



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

فقه الصادق

عنه

فقه الإمام الصادق عليه السلام

السيد محمد صادق الحسيني الهمداني

١٦

مكتبة دار الفقه الإسلامي
بمكة المكرمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فقه الصادق عليه السلام

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

دارالكتاب

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، المجلد ١٦
١٣	اشارة
١٣	المقدمه
١٤	[تتمه كتاب المتاجر]
١٤	[تتمه الفصل الثالث في عقد البيع]
١٤	[تتمه المقصد الرابع في شرائط المتعاقدين]
١٤	[تتمه شرط صدور الإيجاب من المالك للمبيع و القبول من المالك للثمن]
١٤	[تتمه بيع الفضولي]
١٤	اشارة
١٤	القول في الإجازة
١٤	اشارة
١٤	[حكم الإجازة]
١٤	اشارة
٢١	الثمرة على القول بالكشف و النقل
٢٤	ثمرات ذكرها بعض متأخرى المتأخرين
٢٨	ثمرات ذكرها بعض
٢٩	التنبية الأول من تنبيهات الإجازة
٣٠	كفاية الرضا الباطنى فى الإجازة
٣٢	اعتبار عدم سبق الرد
٣٣	الإجازة لا تورث
٣٤	إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن
٣٤	الإجازة ليست على الفور

- ٣٧ اعتبار مطابقة الإجازة للعقد
- ٣٨ [القول فى المميز]
- ٣٨ اعتبار كون المميز جائز التصرف حال الإجازة
- ٣٩ عدم اشتراط كون العقد له مميز فى الحال
- ٤٠ عدم اشتراط كون المميز جائز التصرف حين العقد
- ٥٨ القول فى المجاز
- ٥٨ اشارة
- ٥٨ [اشتراط كونه جامعاً لجميع الشروط]
- ٥٩ يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا
- ٦١ حكم العقود المترتبة
- ٦٤ حكم تتابع العقود فى صورة على المشتري بالغصب
- ٦٧ احكام الرد
- ٦٧ اشارة
- ٦٧ [الرد الموجب لحل العقد]
- ٦٧ [تصرفات المالك قبل الإجازة]
- ٦٩ حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- ٧٠ حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز
- ٧١ حكم رجوع المشتري الى الغاصب
- ٧٤ الغرامة التى غرمها المشتري
- ٨٠ تعاقب الأيدي
- ٨٢ بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره
- ٨٥ بيع نصف الدار
- ٨٧ بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله
- ٨٨ ولاية الأب و الجد

- ٨٨ اشارة
- ٨٩ اعتبار العدالة
- ٩١ اعتبار المصلحة فى التصرف
- ٩٢ مشاركة الجد للأب
- ٩٣ [فقدان الأب و بقاء الجد]
- ٩٣ ولاية النبى صلى الله عليه و آله و الامام عليه السلام
- ٩٤ اشارة
- ٩٤ ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام
- ٩٤ ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة للحجة (عليه السلام)
- ٩٨ ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس
- ١٠٠ وجوب اطاعة المعصوم (عليه السلام)
- ١٠١ اشتراط تصرف الغير بإذنهم
- ١٠١ ولاية الحاكم الشرعى
- ١٠٢ اشارة
- ١٠٢ تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد
- ١٠٧ العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين
- ١٠٨ مزاحمة احد المجتهدين لآخر
- ١٠٩ عدم أولوية الفقيه بالتصرف فى الأموال و الأنفس
- ١١٠ ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه
- ١١١ ولاية عدول المؤمنين
- ١١١ اشارة
- ١١٣ اشتراط العدالة
- ١١٤ فروع
- ١١٧ مزاحمة الولى

- ١١٨ توضيح الآية الشريفة
- ١٢٣ المقصد الرابع: في شرائط العوضين
- ١٢٣ اشارة
- ١٢٣ [بيان حقيقة المال و الملك]
- ١٢٤ بيان الدليل على اعتبار المالية و الملكية في العوضين
- ١٢٤ اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا
- ١٢٤ اشارة
- ١٢٨ بيع الوقف
- ١٢٨ [عدم جواز بيع الوقف في الجملة]
- ١٣٢ الوقف قد يكون تمليكا و قد يكون فكا
- ١٣٤ بيع الوقف مع عدم كونه ملكا
- ١٣٤ صور بيع الوقف
- ١٣٤ اشارة
- ١٣٤ الاولى: ان يخرّب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به.
- ١٣٤ اشارة
- ١٣٩ حكم الثمن على تقدير البيع
- ١٤٠ حكم بدل العين الموقوفة
- ١٤٠ من له ولاية البيع
- ١٤٢ الصورة الثانية: ان يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به
- ١٤٣ الصورة الثالثة: ان يخرّب بحيث تقل منفعته
- ١٤٣ الصورة الرابعة: ان يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه.
- ١٤٥ الصورة الخامسة: ان تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة
- ١٤٦ الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة
- ١٤٨ الصورة السابعة: ان يؤدي بقاءه الى خرابه علما أو ظنا

- ١٤٩ الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال
- ١٥١ الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم
- ١٥١ الصورة العاشرة: ان يلزم فساد تستباح منه الأتفس
- ١٥٢ الوقف المنقطع
- ١٥٥ بيع العين المرهونة
- ١٥٥ اشارة
- ١٥٨ بيان فائدة اجازة المرتين
- ١٥٨ فى ان اجازة المرتين كاشفة أو ناقلة
- ١٥٩ هل تنفع الإجازة بعد الرد ام لا؟
- ١٥٩ حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتين
- ١٦١ عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا
- ١٦١ اشارة
- ١٦٣ بيع المكيل بالوزن، و العكس
- ١٦٦ المناط فى المكيل و الموزون
- ١٦٩ اخبار البائع بقدر المبيع
- ١٧١ بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة
- ١٧١ بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء
- ١٧٤ إذا باع صاعاً من صبرة
- ١٧٤ اشارة
- ١٧٥ ثمرات كون المبيع كلياً فى المعين أو مشاعا
- ١٧٧ الفرق بين الاستثناء و البيع
- ١٧٨ اقسام بيع الصبرة
- ١٧٩ جواز ان يندر للظروف ما يحتمل الزيادة و النقيصة
- ١٨٢ ان يكون مشاهداً أو موصوفاً بما يرفع الجهالة

- ١٨٢ اشارة
- ١٨٣ كفاية مشاهدة العين سابقا
- ١٨٤ حكم ما لو اختلفا فى التغير
- ١٨٨ لو اختلفا فى تقدم البيع على التغير و تأخره عنه
- ١٨٩ لزوم الاختبار
- ١٩١ حكم شراء ما يفسده الاختبار
- ١٩٣ بيع المجهول منضما الى المعلوم
- ١٩٥ بيع المسك فى الفار
- ١٩٦ اعتبار العلم بقدر الثمن
- ١٩٧ اعتبار القدرة على التسليم
- ١٩٧ اشارة
- ٢٠٢ هل القدرة شرط أو العجز مانع
- ٢٠٤ المانع هو العجز فى زمان الاستحقاق
- ٢٠٥ [الخلافا فى المسألة من الفاضل القطيفى]
- ٢٠٦ [المقصد الأصى هو التسلم]
- ٢٠٦ [لو لم يقدر على التحصيل الا بعد مدة]
- ٢٠٦ هل الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية
- ٢٠٧ حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا
- ٢٠٨ عدم إلحاق الصلح بالبيع
- ٢٠٩ بيع الضال و المجهود و المغصوب
- ٢١٠ المقصد الخامس: فى بيان حكم المقبوض بالعقد الفاسد
- ٢١٠ اشارة
- ٢١٣ قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
- ٢١٣ اشارة

- ٢١٥ مدرک قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
- ٢١٩ قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
- ٢٢١ الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها
- ٢٢٤ يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكة فوراً
- ٢٢٦ فيما لو كان للعين المبتاعة منفعة
- ٢٢٧ اشارة
- ٢٢٧ [حكم المنافع المستوفاة]
- ٢٢٩ حكم المنافع غير المستوفاة
- ٢٣٠ المثلى و القيمي
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣١ [تعريف المثلى و القيمي]
- ٢٣٢ بيان ما هو المرجع عند الشك فى المثلية و القيمية
- ٢٣٥ ما تقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية و القيمية
- ٢٣٧ إذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل
- ٢٣٧ اشارة
- ٢٣٩ إذا سقط المثل عن المالية
- ٢٤١ لو تعذر المثل فى المثلى
- ٢٤٣ فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم
- ٢٤٤ لا فرق بين التعذر البدوى و الطارى
- ٢٤٥ المراد من إعواز المثل
- ٢٤٦ فى معرفة قيمة المثل
- ٢٤٦ الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف
- ٢٤٧ لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
- ٢٤٧ ضمان القيمي بالقيمة

- ٢٤٧ اشارة
- ٢٤٨ تعيين القيمه
- ٢٥٧ ارتفاع القيمه بسبب الامكنه
- ٢٥٨ بدل الحيلولة
- ٢٥٨ اشارة
- ٢٥٩ مورد بدل الحيلولة
- ٢٦٠ الزام المالك بأخذ البدل
- ٢٦١ فى ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح
- ٢٦٢ فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا
- ٢٦٣ حق الأولوية
- ٢٦٤ حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمه السوقية
- ٢٦٥ إذا ارتفع التعذر يجب رد العين
- ٢٦٦ اختلاف المتبايعين فى قدر الثمن
- ٢٦٧ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، المجلد ١٦

إشارة

سرشناسه : روحاني، سيد محمد صادق، ١٣٠٣ -

عنوان و نام پديد آور : فقه الصادق / تاليف محمد صادق الحسيني الروحاني.

مشخصات نشر : قم: دار الكتاب، ١٤٠٣ -

مشخصات ظاهري : ج.

شابك : ٢٠٠٠ ريال (ج.٢، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٣، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٤، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٥، چاپ سوم) ؛

٢٠٠٠ ريال (ج.٦، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٧، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٨، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.٩، چاپ سوم) ؛

٢٠٠٠ ريال (ج.١٠، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١١، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١٢، چاپ سوم) ؛ ٢٠٠٠ ريال (ج.١٣، چاپ سوم) ؛

٢٠٠٠ ريال (ج.١٤، چاپ سوم)

يادداشت : عربي.

يادداشت : فهرستنويسی بر اساس جلد شانزدهم، ١٤١٣ق = ١٣٧١.

يادداشت : اين كتاب شرحی بر تبصره المتعلمين في احكام الدين علامه حلي است.

يادداشت : ج.١ - ١٠ و ١٥ (چاپ سوم: ١٤١٢ق = ١٣٧٠).

يادداشت : ج.١١، ١٤ (چاپ سوم: ١٤١٣ق = ١٣٧١).

يادداشت : ج.١٩ (چاپ سوم: ١٤١٤ق = ١٣٧٢).

يادداشت : کتابنامه.

عنوان ديگر : تبصره المتعلمين في احكام الدين.

موضوع : علامه حلي، حسن بن يوسف، ٧٢٦ - ٦٤٨ق. تبصره المتعلمين في احكام الدين -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفري -- قرن ٧ق.

شناسه افزوده : علامه حلي، حسن بن يوسف، ٧٢٦ - ٦٤٨ق. تبصره المتعلمين في احكام الدين. شرح

رده بندي كنگره : BP182/3ع/٢٠٢١٤٨٢٠٢٠٠٠١٣٠٠٠

رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسي ملي : م٧٣-٢٤

المقدمه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية الى الحق، و أفضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، و على آله العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه.

و بعد: فهذا هو الجزء السادس عشر من كتابنا (فقه الصادق) و قد وفقنا لطبعه، و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الأجزاء فانه ولى التوفيق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج١٦، ص: ٩

[تنمة كتاب المتاجر]**[تنمة الفصل الثالث فى عقد البيع]****[تنمة المقصد الرابع فى شرائط المتعاقدين]****[تنمة شرط صدور الإيجاب من المالك للمبيع و القبول من المالك للثمن]****[تنمة بيع الفضولى]****إشارة**

[...]

القول فى الإجازة**إشارة**

اما الكلام فى الإجازة فيقع تارة: فى حكمها و شروطها، و اخرى: فى المجيز، و ثالثة: فى المجاز.

[حكم الإجازة]**إشارة**

اما حكمها: فالمنسوب الى المشهور هو: القول بالكشف، بل قيل: انه لم ينقل القول بالنقل عن احد الى زمان المحقق آقا جمال قده، و اما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل، و عن جماعة: التوقف فى المسألة. ثم ان الكشف يتصور له معان:

أحدها: الكشف الحقيقى الصرف، و هو الظاهر من جامع المقاصد و الجواهر.

ثانيها: الكشف عن امر مقارن للعقد، و هو اما الرضا التقديرى كما عن المحقق الرشتى ره، أو تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الاعلام، و اما امر مجهول عندنا بان يكون الشرط لتأثير العقد امرا واقعيا مقارنا له لا نعرفه الا أنه يكون ذلك الأمر ملازما للإجازة الاستقبالية.

ثالثها: الكشف عن الاثر لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، و هو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخر، و نسب ذلك الى المشهور.

رابعها: الكشف الانقلابى بان تكون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير فى العقد و جاعله اياه سببا تاماً و هو الذى احتمله الشيخ ره فى آخر كلامه.

خامسها: الكشف الحكيمى بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لا حصول نفس الملكية، و هى المنسوب الى المحقق شريف العلماء أستاذ الشيخ ره.

سادسها: الكشف بان تكون الإجازة بوجودها الدهرى المجتمع مع شروطها فى وعاء الدهر، إذ الطوليات الزمانية عرضيات فى عالم الدهر شرطاً.

وفى المقام قول آخر اختاره المحقق الإيروانى ره و الأستاذ الأعظم و نسب الى المحقق الخراسانى، و هو النقل فى الملكية و الكشف فى المملوك، بان يكون اعتبار الملكية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠

[...]

بعد الإجازة، و المعتبر قبلها، و ستعرف توضيحه. هذه هى الأقوال فى المسألة.

و أما الأدلة: فقد استدلو للكشف بوجوه، و كل واحد منها استدل به للقول بنحو من الكشف.

الأول: ما عن فخر الدين فى الإيضاح، و هو: انه إذا لم تكن الإجازة كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود، إذ العقد حالها عدم؛ و حيث ان هذا الوجه بظاهره بين الفساد من جهة ان القائل بالنقل يرى ان العقد جزء العلة لا تمامها، و معلوم ان بعض اجزاء العلة كثيراً ما تقدم على المعلول زماناً كما فى التدريجات- اى الأجزاء المتدرجة فى الوجود- فقد تصدى المحقق النائينى ره لتوجيهه و وجهه: بان مراده ان المنشأ لا يتخلف عن الإنشاء، و اسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.

و لكن يرد عليه: ان المنشأ هو الملكية فى اعتبار المتبايعين، و الذى يكون محل الكلام هو الملكية فى اعتبار الشارع الأقدس.

الوجه الثانى: ما عن جامع المقاصد، و هو: ان العقد سبب تام، إذ المأخوذ موضوعاً لوجوب وفاء هو العقد، قال الله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و لا يكون شىء آخر دخيلاً فيه و الا لأخذ فى الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذى اجازه المالك يكون باقياً تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شىء آخر.

نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع. هذا هو مدرک المعنى الأول من الكشف.

وفيه: أولاً- ما تقدم من ان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ متوجه الى المالكين، و مفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده، و العقد الصادر من الفضولى انما يكون عقداً

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١

[...]

للمالك بالإجازة، فالموضوع يتحقق من حين الإجازة.

و ثانياً: انه قد دل الدليل من الإجماع و النص على اعتبار رضا المالك و دخله فى ترتب الأثر، و هو يقيد العموم فتأمل.

الثالث: ما عن المحقق الرشتى ره، و هو ان الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديرى من المالك، و الإجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال. هذا هو مدرک الوجه الأول من المعنى الثانى له.

وفيه: أولاً: ان الرضا التقديرى لا يكفى فى تأثير العقد لعدم انتسابه إليه بذلك.

و ثانياً: ان الإجازة لا تكشف عن ذلك، كيف و الحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا و الكراهة مختلفة، فيمكن ان لا

يكون حين العقد راضيا، و يصير كذلك بعده.

الرابع: ما عن صاحب الفصول و اخيه المحقق، و هو: انه حيث لا يمكن ان تكون الإجازة المتأخرة شرطا لامتناع تأخر الشرط الذي هو من اجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخرها عن المعلول، فلا- مناص عن الالتزام بان الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب. هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني.

وفيه: أولا: ان لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي، بل تحقق المعلول بعد الإجازة كما هو ظاهر الأدلة.

و ثانيا: انه لا يكون العقد بذاته منشأ لانتزاع هذا الوصف، بل المنشأ هو الإجازة، و الأمر الانتزاعي لا يتحقق قبل تحقق منشأ انتزاعه، و ان أبيت عن ذلك و قلت بان عنوان التعقب كعنواني السابق و الملحق ينتزع من نفس العقد- كما انهما ينتزعا منه- لكن لا كلام في ان هذا العنوان مع عنوان لأحقية الإجازة متضائفان، و المتضائفان متكافئان في القوة و الفعلية، فمع عدم فعلية الثاني لعدم تحقق منشئه لا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ١٢

[...]

يصير الأول فعليا.

و أما الوجه الثالث من المعنى الثاني: فلم ار ما استدل به عليه، و يرد: انه خلاف ظاهر الأدلة و رجم بالغيب، مع ان ذلك الأمر حيث انه ليس من الأمور المتأصلة- إذ الصادر من الفضولي ليس الا العقد، فلا مناص عن الالتزام بكونه امرا انتزاعيا، و عليه فان كان منشؤه نفس العقد لزم ترتيب آثاره و لو لم تتحقق الإجازة.

و ان كان المنشأ هو الإجازة عاد المحذور المتقدم في سابقه.

الخامس: ما استدل به على الكشف الانقلابي، و هو: كون الإجازة من المالك محدثة للتأثير في العقد و جاعلة اياه سببا تاما.

و حاصله: انه فرق بين الإجازة و غيرها من الشروط كالتقبض، فان الإجازة انما تكون إنفاذاً للعقد السابق، فهي ليست دخيلة في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي هو السبب للملكية نظير إنفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر، فالعقد الى حين الإجازة لم يكن سببا و بها انقلب و صار سببا تاما، و لازمه تأثيره في الملك بعد ما لم يكن بنحو الانقلاب.

وفيه: أولا: انه لا يعقل انقلاب الشيء عما وقع عليه.

و ثانيا: ان الإجازة بهذا المعنى لم يدل دليل على نفوذها شرعا، إذ اعتبار الإجازة في سببية العقد، اما ان يكون لأجل اعتبار إسناد العقد الى المالك، أو يكون لأجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه، و على الأول: لا يستند العقد الى المالك الى حين الإجازة لا انها توجب استناد ما وقع من أول وقوعه إليه، بل من حين الإجازة كما تقدم، فمن حين الإجازة يتم السبب للملكية فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب، و كذلك الامر على الثاني: إذ الرضا انما يوجد حين الإجازة لا قبلها، فلا حلية للتصرف قبلها و لا ملك.

السادس: ما استدل به على الكشف الحكمي، و هو وجهان: أحدهما: ما استدل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ١٣

[...]

به على الانقلاب بضميمة انه حيث لا- يعقل الانقلاب فبدلالة الاقتضاء يبني على ارادة معاملة العقد الملحق بالإجازة معاملة العقد

الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري و ان كان اصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.

و يرد عليه ما تقدم.

ثانيهما: ان الكشف الحكيمى سار فى اغلب أبواب الفقه كباب الخمس و الزكاة و نحوهما.

و حاصله: ان كل ما يكون موضوعاً لحكم بواسطة الأمر المتأخر- بحيث كان الامر السابق بمنزلة المادة، و ذلك لأمر بمنزلة الصورة- فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أول تحققه، لأنه ينكشف تحقق الموضوع من أول الامر، مثلا عنوان فاضل المئونة موضوع لوجوب الخمس، و ذاته يتحقق أول زمان ظهور الربح، و لكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة، فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من أول السنة. و فى المقام العقد انما يكون موضوعا لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخرة، فلا بد من البناء على ترتيب الآثار مهما أمكن.

و فيه: انه إذا كان الامر المتأخر بمنزلة الصورة فلا بد من الالتزام بالنقل، إذ حقيقة الشيء انما تكون بصورته.

و أما كون الإجازة شرطا بوجودها الدهرى، فهو مندفع بان شرط الزمانى لا بد و ان يكون زمانيا، فلم يبق من معانى الكشف الا المعنى الثالث، و هو الكشف عن الأثر.

فقد استدل له: بان الإجازة متعلقة بالعقد، و هى رضا بمضمونه، و ليس الا النقل من حينه، و هذا الوجه قد استدل به للقول الأخير الذى هو برزخ بين النقل و الكشف

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٤

[...]

و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد:

الأول: فى إمكان كل من القولين.

الثانى: فى تمامية هذا الوجه.

الثالث: فى انه على فرض التمامية، هل يثبت به الأول، أو الثانى.؟.

اما الأول: فغاية ما قيل فى وجه امتناع الأول: انه مستلزم للقول بالشرط المتأخر، و الشرط لا يتأخر، و الا لزم تأثير المعدوم فى الموجود أو عدم التأثير، و الأول محال، و الثانى خلف و الجواب عن ذلك فى الأصول، و قد أشبعنا الكلام فيه فى حاشيتنا على الكفاية.

و اجماله: ان الشرط بنفسه ليس دخيلا- فى المصلحة و الحكم، بل التقييد به دخيل فيهما، و هو بوجوده الخارجى طرف لما يكون دخيلا فى الموضوع و هو التقييد به، و التقييد عبارة عن اضافة خاصة حاصله للشيء إذا لوحظ مع غيره، و تلك الإضافة تحصل إذا لوحظ مع المتأخر، كما تحصل إذا لوحظ مع المقارن، و على التقديرين هو مقارن له، مثلا فى العرفيات الحمّامى انما يرضى بالتصرف فى الحمام و صرف الماء لن يعطى الفلوس فيما بعد خروجه، فمن علم من حاله انه يعطيه بعد الخروج- بما انه بالفعل مقيد بهذا و يتصف به- يجوز له التصرف فيه.

و بالجملة: حصول امر اعتبارى إضافى من جهة تحقق المتأخر فى ظرفه واضح، و دخل العناوين الاعتبارية الإضافية فى المصالح و الأحكام فى غاية الوضوح، فلا محذور فى الشرط المتأخر أصلا.

و أما القول الثانى: و هو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة و المعتبر سابقا. توضيحه: ان اعتبار الملكية و حصول الملكية كما يمكن اجتماعهما بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقهما بان يكون الاعتبار فعلا- و المعتبر فى زمان لاحق، أو فى زمان سابق، إذ الاعتبار خفيف المئونة و يكون نظير التصور و اللحاظ، و يصح تعلقه بأمر

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٥

[...]

متأخر أو متقدم إذا كان هناك مصحح له و لم يترتب عليه محذور، و لذا بنينا على صحة اعتبار ملك المعدوم و الملك للمعدوم، و لا يتوقف الاعتبار الآلى على اثر مصحح له، ففى المقام تعتبر الملكية بعد تحقق الإجازة، لكن المملوك شىء سابق عليها واقع بعد العقد، فتكون ملكية العين و منافعها قبل الإجازة لمن انتقلت عنه و بعد الإجازة لمن انتقلت إليه.

فقد قيل فى وجه عدم إمكانه امور:

الأول: انه يلزم كون المال ملكا لمالكين فى زمان واحد، و هذا غير معقول.

و فيه: انه حيث يكون زمان الاعتبار متعدداً فلا محذور فى اجتماع ملكيتين فى زمان واحد.

و ان شئت قلت: ان الاعتبار خفيف المثونة، فيمكن اعتبار شىء واحد لشخصين مع تعدد زمان الاعتبار.

الثانى انه بناءً على مسلك العدلية من تبعية الاحكام للمصالح و المفسد، اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه الى حين الإجازة لا محالة يكون لمصلحة داعية الى ذلك، و معه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت إليه فى ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الأمور الواقعية.

و فيه: ان الاحكام الوضعية تابعة لمصالح فى الاعتبارات لا فى الاعتبار، فلا يلزم الاجتماع.

الثالث: انه يلزم التعارض بين الآثار، مثلاً- إذا كان للعين منافع و استوفاهما الغير مقتضى الاعتبار الأول كون عوضها لمن انتقلت عنه فيكون ضامناً له، و مقتضى الاعتبار الثانى كونه لمن انتقلت إليه و كونه ضامناً له، و هكذا.

و فيه: ان الآثار غير الباقية لا كلام فيها، و الباقية مترتبة على الاعتبار الثانى و هو الميزان، و فى المثال يحكم بكونه ضامناً للثانى.

فتحصل: ان الأظهر معقوليتهما معاً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٦

[...]

و اما المورد الثانى: فمحصل الدليل المشار إليه: ان العاقد الفضولى كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد و ينشأ ذلك، و الإجازة من المالك تتعلق بتمام ما أنشأه الفضولى لا بعضه، و دليل صحة بيع الفضولى انما يدل على صحة عقد الفضولى الذى اجازه المالك و وقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف.

و اورد عليه الشيخ ره بايرادات:

الأول: ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه، بل اصل النقل، و انما يحكم بوقوعه من ذلك الحين فيما إذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الإنشاء الذى هو العلة فى ذلك الحين، و المعلول لا يتخلف عن علته.

و بعبارة اخرى: مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان، و انما الزمان ظرف له لا قيد، و استشهد لذلك بأمرين: أحدهما: ان القبول حاله حال الإجازة فى كونه رضا بمضمون الإيجاب، مع انه لم يقل احد بالكشف فيه.

ثانيهما: ان الفسخ للعقد انما يكون نظير الإجازة متعلقاً بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذاً فى العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجبا للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع انه لم يقل به احد.

و لكن يرد عليه قده: ان العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل فى زمان متأخر لا محالة يكون قاصداً الى النقل من حين العقد، و انما لا يذكره فى الإنشاء اعتماداً على ما يقتضيه إطلاق العقد، كيف و لو كان قاصداً لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم يكن

لوجه لوقوعه من حين العقد، و مجرد وقوع الإنشاء في زمان لا- يكفى في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فان الإنشاء سبب لوقوع مضمونه، و المفروض انه النقل على سبيل الإهمال لا من حينه، فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه، مع انه يفرض الكلام فيما إذا أنشأ النقل من حين العقد.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٧

[...]

و اما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الأول منهما: انه ان قلنا بأن القبول إنشاء للملك فالفرق بينه و بين الإجازة واضح، و ان قلنا انه رضا بمضمون الإيجاب فلا محذور في الالتزام بحصول النقل من حين الإيجاب، الا انه بناءً على اعتبار الموالات بين الإيجاب و القبول قليل الفائدة، اي لا فرق بين وقوعه من حين الإيجاب أو من حين القبول غالباً.

و أما الشاهد الثاني فيرد عليه: ان الفسخ هو حل العقد بقاءً لا من حين تحقق العقد.

قال الشيخ ره في ذيل هذا، و الحاصل انه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك ... إلخ.

أقول: هذا ليس حاصلًا لما تقدم بل هو جواب آخر، و محصله: انه لو سلم كون إنشاء الفضولي متعلقًا بالنقل من حينه، إلا ان الإجازة ليست متعرضة لإنشاء الفضولي و انما هي عبارة عن الرضا بالنقل و المبادلة، فتكون مؤثرة في النقل من حينها.

و فيه: ان الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما أنشأه الفضولي لا- يكون كافيًا، و انما يبنى على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله، من جهة كونه رضا بما أنشأه الفضول بالالتزام، و الا لم يكن كافيًا.

الإيراد الثاني: انه لو سلم كون العقد إنشاءً للنقل من حينه، و الإجازة متعلقة بهذا، الا انه دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فان خطابات الإمضاء من قبل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «٢» انما تتوجه الى العاقدين، و المالك

(١) المائدة آية ٢.

(٢) البقرة آية ٢٧٥.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٨

[...]

انما يصير عاقداً من حين الإجازة، فتلك الخطابات تتوجه إليه من حين الإجازة، فالأحكام التكليفية انما تكون ثابتة من حينها، و قبلها لا يجب الوفاء بالعقد و لا يحل التصرف له، و الملكية انما تكون منتزعة منها فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الإجازة، و الامر الانتزاعي لا يتقدم على منشأ انتزاعه.

و فيه: ان هذا الوجه يصلح رداً للكشف عن الاثر، و لا يصلح جواباً عما يلتزم بكون اعتبار الملكية انما يكون من حين الإجازة، الا ان المعبر هو امر من حين العقد، الّا على مسلكه قده من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية، و اما بناءً على كونها مجعولات بالاستقلال- كما حققناه في محله- فلا- يتم هذا الجواب، فان الحكم التكليفى و ان كان من حين الإجازة، الا انه لا مانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعى بالنحو المتقدم من حين العقد. فتدبر.

الإيراد الثالث: انه لو سلم جميع الأمور المشار إليها- من كون العقد إنشاءً للنقل من حينه- و من أن الإجازة إنفاذ لذلك- و الادلة تدل على صحة هذا العقد المجاز الا انه لعدم معقولية ذلك فانه يستلزم انقلاب العقد عما وقع عليه من عدم التأثير الى التأثير و هو محال- فلا بد من صرف الدليل عن ظاهره و حمله على الكشف الحكمى.

و فيه: ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثراً امر لأبد منه حتى على القول بالنقل، فان ذلك من لوازم دخل الإجازة في تأثيره، و انما الخلاف في ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة- كما يقول به القائل بالنقل- أو من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقاً، و المعتبر سابقاً. فتحصل ممّا ذكرناه: تمامية هذا الوجه.

و بما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث، و انه انما يدل على الكشف بالمعنى فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩
[...]

الذي اختاره المحقق الخراساني و تبعه جمع من الأساطين، و خلاصة الكلام، ان ادلة الإمضاء انما تدل على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، و هو ما ذكرناه. هذا كله فيما تقتضيه القواعد. و أما الاخبار الخاصة: فيدل على الكشف صحيح محمد بن قيس «١» المتقدم من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الإجازة، مع انه على القول بالنقل كان اللازم الحكم بالضمان، و الشيخ ره قال: لكن لا ظهور له في الكشف الحقيقي فيحتمل الكشف الحكمي، و لكن يمكن ان يقال: انه بضميمة قاعدة من أتلّف ظاهر في الكشف الحقيقي، فانه لو كانت الوليدة الى حين الإجازة باقية على ملك مالکها كان الحكم بالضمان منافياً لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذي ذكره لاستفادة الكشف من خبر أبي عبيدة يستفاد الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، و حيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف في المعتبر، و الصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه.

و يشهد له ايضاً خبر ابي عبيدة «٢» الوارد في تزويج الصغيرين فضولاً- الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الإدراك، فقد أفاد الشيخ ره في وجه دلالة على الكشف، ان مال الميت لو كان قبل الإجازة باقياً على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم «٣»، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف. و اورد عليه السيد و تبعه المحقق الإيرواني ره: بانه لا محيص عن مخالفة احدي

(١) الوسائل- باب ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١١- من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

(٣) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠

[...]

القاعدتين، اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب «١» ان قلنا بالكشف، فترجيح احدي القاعدتين على الأخرى بلا مرجح.

و فيه: ان مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا- محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل و انها ترث بعد الإجازة كان العزل منافياً لأصالة عدم الإجازة.

و يمكن ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، و هو: انه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا الى الورثة و ان الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة قاعدة الإرث المقتضية لتلقى النصيب من الميت، و ان بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت

لزم مخالفة قاعدة ما تركه الميت فلوارثه «٢» و هذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح. فتحصل: ان القول بالكشف فى المعبر هو الذى تقتضيه القواعد و الادلة، الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمره على القول بالكشف و النقل

بقى الكلام فى بيان الثمره بين الكشف باحتمالاته و النقل.

و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مقامات:

الأول: فى تصرف كل منهما فى ما انتقل إليه.

الثانى: فى تصرف كل منهما فيما انتقل عنه.

(١) الوسائل- باب ١- من أبواب نواقض الوضوء- و باب ٤١- من أبواب النجاسات و باب ١٠ من أبواب الخلل الواقع فى الصلاة حديث ٣.

(٢) اصول الكافى ج ١ ص ٤٠٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢١

[...]

الثالث: فى سائر الآثار من النماء و غيره.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع فى موارد: (١) فى الحكم التكليفى (٢) فى الحكم الوضعى (٣)، فى الآثار المترتبة على الملك.

و ليعلم ان الكلام فى المقام يقع فى تصرف الأصيل، و اما تصرف المالك الذى وقع العقد على ماله فضولا فسيأتى الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

اما المورد الأول: فعلى القول بالكشف الحقيقى باحتمالاته- من شرطية التعقب، أو شرطية اللحاظ، أو شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر، أو الكشف المحض- يجوز التصرف ان أجاز المالك لفرض وقوعه فى ملكه.

و ما افاده الشيخ الأعظم ره من الفرق فى جواز التصرف بين كون نفس الإجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و الحكم بجواز التصرف على الثانى دون الأول، ان أراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كما ستعرف، الا انه لا يلائم مع ما افاده بعد سطرين من جواز الوطاء واقعا على الكشف الحقيقى مطلقا كما لا يخفى.

و ان أراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر فهو غير صحيح، إذ جواز التصرف من آثار الملك، و المفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك ايضا، و على القول بالنقل، و الكشف الانقلابى، و الكشف الذى اخترناه، و الكشف الحكمى لا يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الإجازة، و تحقق الملك بعد الإجازة و لو من حين العقد بنحو الانقلاب أو النحو المعقول لا- يوجب انقلاب التصرف الذى وقع غير جائز عن ما وقع عليه هذا فى الحكم الواقعى، و اما فى الظاهر فان علم بالإجازة جاز التصرف ظاهرا- على فرض جوازه واقعا- و ان لم يعلم به لم يجز لأصالة عدم تحقق الإجازة بناءً على ما هو الحق من جريان الاستصحاب فى الأمور الاستقبالية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٢

[...]

و أما المورد الثاني: فعلى القول بالكشف بالنحو الذى اخترناه، فيعه يكون من قبيل من باع شيئاً ثم ملكه، وكذلك ما شابهه، و اما الطلاق فلا ينبغي الإشكال فى فساده لعدم علقه الزوجية حينه، و كذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب. و اما على الكشف الحكى فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الإجازة و ان وقعت غير نافذة حين وقوعها، و اما على سائر وجوه الكشف فلا ريب فى نفوذها، كما لا ريب فى عدم النفوذ على القول بالنقل.

و أما المورد الثالث: فلو أولد المشتري الجارية قبل إجازة مالكها، فعلى القول بالكشف الحقيقى بنحو الكشف المحض، أو الكشف عن مقارنة الشرط، أو الكشف عن الأثر، صارت ام ولد لوقوع الوطء فى ملكه، و على القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام. و أما على الكشف الانقلابى، و الكشف الذى اخترناه فالأظهر عدم تحقق الاستيلاء، إذ الإجازة على القولين توجب الملكية حقيقة فى الزمان الذى لم يكن الملك موجودا، و هذا لا يوجب انقلاب الوطء - عليه فلا يتحقق الاستيلاء.

و أما على الكشف الحكى فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فان الوطء و ان وقع فى ملك الغير، الا انه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك و من جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطء فى الملك من عدم جواز بيع الام و حرمة الولد، فيجب ترتيبها، و على هذا فلا وجه لاحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكى كما فى المتن. و أوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقى بوجوه لما عرفت.

و أما المقام الثانى: و هو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه، فالكلام فيه يقع فى موردين: الأول: فى تصرف المجيز.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ٢٣

[...]

الثانى: فى تصرف الأصيل.

و محل الكلام التصرف المخرج عن الملك.

اما المورد الأول: فمن حيث الحكم التكليفى لا- كلام فى الجواز على جميع الأقوال- و ستعرف وجهه- و اما من حيث الحكم الوضعى- فالأقوال فيه اربعة: الأول: النفوذ مطلقا، اختاره جمع منهم السيد و المحقق النائنى ره.

الثانى: عدم النفوذ على الكشف مطلقا، ذهب إليه جمع منهم المحقق الإيروانى ره.

الثالث: النفوذ مع بقاء قابلية العقد الفضولى لان يجاز فيجمع بينهما بان على المجيز القيمة.

الرابع: ما فى المكاسب، و هو بطلان النقل على الكشف الحقيقى، و صحته على الكشف الحكى مع البناء على عدم قابليته للإجازة إذا كان التصرف من قبيل إتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعق، و بقاء القابلية و الحكم بصحة الإجازة ان كان بنحو لا ينافيها كإتلاف النماء و نقله.

و قد أفاد فى وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقى: بانه بالإجازة ينكشف وقوع النقل فى ملك الغير، و فى وجه صحته على الكشف الحكى و نفوذ الإجازة مع رجوع المشتري الى المجيز بالقيمة ان لم يكن التصرف بالاتلاف بانه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، و فى وجه عدم صحة الإجازة على الكشف الحكى ان كان التصرف بالاتلاف بانه يفوت محل الإجازة.

أقول: فى كلامه قده مواقع للنظر: اما ما افاده أولا- فلان العقد الصادر من الفضولى لا يكون مؤثرا وحده فى لزوم التزام المالك بمفاده، فهو بعد فى سعة من ذلك،

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ٢٤

]...[

فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب الوفاء به، و بعده لا يبقى مورد للإجازة لخروجه عن ملكه، و تلك الإجازة الواقعة في غير ملكه لا تصلح ان تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كي يصير نقلًا لمال الغير.

و بالجملة: الإجازة المؤثرة هي ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فإذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل، و معه لما أثرت شيئاً.

و أما ما افاده ثانيا: فلانه إذا فرضنا صحة الإجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الأصيل من حين العقد و من جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الإجازة، فالفرق حينئذ بين الكشف الحقيقي و الحكمي في غير محله.

و أما ما افاده ثالثا: فلانه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو إتلاف للمال شرعا، و بين النقل و إخراجة عن ملكه، حيث حكم في الأول بفوات محل الإجازة دون الثاني.

و بالجملة: فوات محل الإجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردين، و خروجه عن المايه غير دخيل في ذلك. فتحصل: ان الأظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الإجازة، ثم عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقي و الحكمي.

و أما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:

الاولى: في ان العقد من قبله هل يكون لازما ام لا؟.

الثانية: في حكم تصرفاته على كل من القولين.

اما الجهة الأولى: ففيها اقوال:

الأول: اللزوم مطلقا.

الثاني: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٦، ص: ٢٥

]...[

الثالث: ما في المكاسب- و هو اللزوم على القول بالكشف، و عدمه على القول بالنقل و ليعلم ان كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الانقلابي.

و ملخص ما افاده في مقام الفرق بينهما: انه على القول بالنقل: الإجازة دخيلة شرطا أو شطراً في تأثير العقد، و يكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيّد بالإجازة، فقبل الإجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققا لعدم تحقق شرطه و قيده.

و أما على القول بالكشف فالإجازة و ان كانت مؤثرة في الملكية و تكون سببا لصيرورة العقد سببا تاما للملك بنفسه، الا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر إليه. و بعبارة اخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك، الا انه حيث تكون هي بعنوان الإمضاء و الإنفاذ فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء، و على هذا بنى التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد- بمعنى لزومه عليه- و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده و تبعه غيره.

و لكن يرد عليه قده: ان الإجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد الى المالك، و قبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولي، و على ذلك فيما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالآخر، و من المعلوم ان الأصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا- الفضولي، فقبل الإجازة لا- يكون هناك عقد كي يجب الوفاء به على الأصيل، و بعبارة اخرى: ان الفضولي ان اشترى للمالك، فالبائع الأصيل يربط التزامه بالتزام المالك، فمع عدم الإجازة و عدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا، و ان اشترى

لنفسه فالبائع و ان ربط التزامه بالتزامه الا- انه يربط بما انه مالك، ففي الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك، فما لم يلتزم المالك لا يكون العقد متحققا، و معه لا معنى لوجوب الوفاء به.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦
]...[

مع انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا صدق العقد على التزام كل منهما و ان لم يكن مرتببا بالآخر، الا ان التزام الأصيل يكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص و هو التزام طرفه يكون ماله له، فالالتزام فعلى الا ان الملتزم به معلق، و عليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شك فيها و اجري استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه.
 فما نقله الشيخ ره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالإجازة و غيرها هو الصحيح على هذا المسلك، و لا يرد عليه ما افاده الشيخ ره، مضافا الى انه لو أغمض عن ذلك كله و سلم ما افاده لما كان وجه للفرق بين النقل و الكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء كما لا يخفى.
 و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده المحقق النائيني ره من وجوب الوفاء مطلقا- من جهة ان وجوب الوفاء متفرغ على العقد لا الملك، و المفروض في باب الفضولي ان العقد تام و لو لم يكن مؤثرا، و لا ينافي وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فان التزام أحدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه- غير تام للإيرادين الأولين اللذين أوردناهما على الشيخ ره.
 فتحصل: ان الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل فله فسخ العقد قبل الإجازة.
 ثم ان المنسوب الى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ ره الإيراد عليه: بان تمسكه بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٧

]...[

و يمكن توجيهه بانه لو سلم عموم العقد لالتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة الى الأبد اجماعا، فهو خارج عن العموم، فلو شك في الإجازة و عدمها يكون التمسك به تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية، فلا- يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهاني كما يظهر لمن راجعه.

و أما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنه مقتضى لزوم العقد عليه، و اما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار، اما بناءً على المختار من عدم اللزوم عليه. فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي. و الكشف الذي اخترناه تكون تصرفاته بأجمعها جائزة تكليفا و وضعا لكونها واقعة في ملكه، و المفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، و الإجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها في غير ملكه لورود الاعتبار عليها.
 و هذا لا إشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة في التصرفات المخرجة عن الملك.

و أما على سائر وجوه الكشف، فجواز التصرف واقعا و عدمه يدوران مدار الإجازة و عدمها، إذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير فلا- يكون جائزة تكليفا و وضعا، و على فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي، و اما الظاهري فالجواز و

عدمه يدوران مدار العلم بالإجازة- و عدمه إذ على الأول لا يجوز، و على الثاني يجوز لأصالة عدمها.

و أما المقام الثالث: فمحل الكلام أمران:

الأول النماء.

الثاني: فسخ الأصيل.

أما الأول ففي المكاسب: فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت إليه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨

[...]

العين، و على النقل لمن انتقلت عنه.

و لكن: ما افاده يتم على النقل، لأن النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه، و كذا يتم على الكشف غير الكشف الانقلابي و الكشف الذي بنينا عليه لتجده في ملك من انتقلت إليه، و لا يتم على هذين المسلكين لأن العين باقية على ملك فمن انتقلت عنه الى حين الإجازة، فالنماء تجدد في ملكه، و الإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية أو اعتبار الملكية السابقة، و هذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأن اعتبار الملكية وارد على وقوع النماء لان النماء وارد عليه.

و للشهيد الثاني ره في الروضة عبارة هي هذه: و تظهر الفائدة في النماء، فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من البيع للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

و قد وجه مراده بعض: بان مفروض كلامه الفضولي من الطرفين، و مراده من المالك المجيز هو الجنس. و وجه آخر حكمه بكون النماءين للمالك المجيز: بان نماء ماله له لتجده في ملكه، و نماء المال الذي انتقل إليه انما يكون له لأن صاحبه سلطه عليه. و الشيخ ره استحسّن التوجيه الأول.

و أما الفسخ: فقد يقال: ان فسخ الأصيل قبل الإجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف.

و استدل له: بان الفسخ على الأول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لإنشائه؛ و على الثاني يكون فسخا بعد تمامية العقد من ناحيته.

و اورد عليه بايرادين: أحدهما: ما نقله الشيخ ره عن بعض و تبعه جمع من المحشين، و هو انه لا دليل على جواز الرجوع عن الإنشاء قبل استكمال اجزاء ما هو مؤثر في حصول النقل، و انما الدليل و هو الإجماع مختص بالرجوع المتخلل بين اجزاء

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩

[...]

العقد التي هي الإيجاب و القبول.

و فيه: انه يمكن ان يستدل له بدليل السلطنة «١» بعد فرض كونه باقيا على ملكه.

و دعوى انه تصرف في العقد لا المال فلا يشمل دليل السلطنة، مندفعه بان نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك.

و بالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه ما دام لم يخرج عن ملكه.

و هذا البيان يجري على القول بالكشف الانقلابي و الكشف المختار كما هو واضح، و لا يجري على سائر وجوه الكشف.

ثانيهما: ان مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود «٢» عدم جواز رفع اليد عنه، قال الشيخ ره: و لا يخلو عن اشكال، و الظاهر ان منشأ اشكاله ما سيدكره بعد أسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الإجازة. فالحق انه على القول بشمول ادلة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه و على القول بعدم الشمول- كما اخترنا- فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي و الكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة، و على سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك لعدم الموضوع لدليل السلطنة، و عدم الدليل على جواز الفسخ و مقتضى الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث..

(٢) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠

[...]

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين

و قد ذكر بعض متأخري المتأخرين ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن ان يقال عليها: منها: ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتعاملين بموته قبل اجازة الآخر و ما شاكل، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، و كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف مثلا، و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة-

أقول: شرائط المعاملة على اقسام:

الأول: شرائط معروضها المتعاملان كالحياء و الإسلام في بعض الموارد.

الثاني: شرائط معروضها العوضان، كالملكية.

الثالث: شرائط العقد.

فالكلام يقع في مواضع:

الأول فيما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين أو تجددت بعد العقد قبل الإجازة.

الثاني: فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه أو تجددت.

الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين.

الأول: في الانسلاخ، فقد يقال انه على الكشف يصح العقد لعدم المانع و العمومات تشملها، و على النقل لا يصح لامتناع ترتب الاثر.

و اعترض عليه بايرادين: الأول: ما افاده صاحب الجواهر من انه على الكشف ايضا يمكن ان يقال بالبطلان نظرا الى اعتبار استمرار القابلية، و لم يذكر هو في وجه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١

[...]

هذا الاعتبار شيئا و لذا رده الشيخ ره بعدم الدليل عليه.

و قد ذكر السيد في وجهه: ان ادلة صحة عقد الفضولي قاصرة عن الشمول لهذه الصورة.

و لكن ما افاده يتم على القول بكون صحة الفضولى على خلاف القاعدة، و لا يتم على القول بكونها على القاعدة كما هو المختار، إذ الدليل حينئذ هو العمومات.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى ره، و هو انه على النقل ايضا يصح، إذ المال ينتقل الى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء مات الأصيل أو من له الإجازة يبقى العقد على حاله.

وفيه: انه بناءً على النقل يكون المال لورثه الأصيل، و انتقله منهم الى المالك المجيز يحتاج الى دليل و بقاء التزام المورث الذى هو سبب النقل مما لم يدل عليه دليل. و اما على الكشف فالإجازة تكشف عن النقل فى حال حياته و لا محذور فيه.

هذا فى الموت، و اما فى الكفر فثبوت الثمرة أوضح، فانه إذا فرضنا فرضنا المبيع مصحفاً و المشتري كان مسلماً فكفر على النقل، بما انه يلزم انتقال المصحف الى الكافر لا يصح، و على الكشف يصير مالكا له حين ما كان مسلماً و لا محذور فيه.

المورد الثانى: فى تجدد القابلية بعد العقد، و هذا ينحصر مورده بالكفر كما لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافراً فاسلم و أجاز مالك المصحف بيعه، فعلى الكشف لا يصح لعدم قابليته للملكية له فى ذلك الزمان، و على النقل من جهة الاثر- اى الملكية- لا مانع من صحة العقد، و سيأتى تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف ره للمسألة بنحو الكلية و هى انه هل يعتبر واجدياً العقد لجميع شروط الصحة ام لا؟.

الموضع الثانى: فى ما لو انسلخت قابلية المنقول أو تجددت، فالكلام فيه ايضا يقع فى موردين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٢

[...]

الأول: فى الانسلاخ، فقد يقال: انه على الكشف يصح، و على النقل لا يصح، إذ على الكشف يكون الانتقال فى زمان قابل له، و على النقل فى زمان لا يكون قابلاً لذلك.

و اورد عليه صاحب الجواهر ره: بانه على الكشف ايضا يعتبر رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها. و أجاب عنه الشيخ ره بأجوبة: الأول: انه لا وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة الى حينها، كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فانهم صرحوا بان اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء ملكية الأول مستمرا.

وفيه: ان صاحب الجواهر يمكن له ان يدعى بالفرق بين المقام و المثال، إذ فى المثال عدم بقاء التملك للبدل انما يكون للتصرف، و هو يؤكد القابلية، و هذا بخلاف المقام.

و لا يخفى ان جواب الشيخ ره انما يكون بالنظر الى إيراده من حيث عدم استمرار تملكه للبدل لا بالنظر الى عدم استمرار ملكيته لماله لو لا- الإجازة، فايراد السيد قده عليه بانه فى المثال يكون المال باقياً على ملكه لو لا الإجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام الشيخ ره كما هو واضح، فتدبر فانه دقيق.

الثانى: فحوى خبر تزويج الصغيرين «١» فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد.

وفيه: ان المفروض موت الزوج، فليس هناك وطء و لا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الإرث، فلا أولوية

(١) الوسائل- باب ١١- من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٣

[...]

الثالث: إطلاق رواية عروة «١»، حيث لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها و إتلافها.

و فيه: أولاً: ما تقدم من عدم تماميته سنداً.

و ثانياً: ان عدم الاستفصال يمكن ان يكون لعلمه صلى الله عليه و آله ببقاء الشاة.

بل الحق فى الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات.

و عن المحقق النائيني ره الإيراد على هذه الثمرة: بانه على الكشف ايضاً بما انه يكون من تلف المبيع قبل القبض و هو من مال بائعه، يكون العقد منفسخاً.

و فيه: أولاً: ان هذه القاعدة انما تختص بالبيع، و فيه ايضاً يختص بالمبيع، ففى الفضولى فى غير البيع، و فى البيع إذا كان التالف هو الثمن، لا يجرى هذا الكلام.

و ثانياً: انه يمكن فرض القبض بان يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض ماله فاقبضه الفضولى، فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض.

و أما الكلام فى تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلا فسأتى عند تعرض الشيخ ره له.

الموضع الثالث: فى شرائط العقد: و حيث ان المدار على ثبوتها حال الإنشاء خاصة- بل لا معنى لبقائها بعده- فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

(١) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٤

[...]

ثمرات ذكرها بعض

و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات.

و تنقيح القول بالبحث فى مواضع:

الأول: فى تعلق الخيارات، كما إذا كان المبيع صحيحاً حين العقد و صار معيباً حين الإجازة أو انعكس، و كذا إذا اختلفت القيمة بحسب الزمانين، و كذا بالنسبة الى خيار المجلس.

و ملخص القول فيه: ان الخيارات على قسمين: أحدهما: ما يكون ثابتاً بدليل خاص.

ثانيهما: ما يكون ثابتاً على القاعدة و من باب الشرط الضمنى.

اما الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل، فان كان المأخوذ فيه تحقق النقل و الانتقال كان على الكشف ثابتاً من حين العقد، و على النقل من حين الإجازة، و ان كان موضوعه البيع و العقد فحيث انه يتم العقد بالإجازة فلا يكون ثابتاً من حين العقد على القولين، و ان كان موضوعه إنشاء البيع كان ثابتاً من حين العقد على المسلكين.

و أما الثانى: فالظاهر ثبوت الثمرة، و انه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد، و على النقل يكون المدار على زمان الإجازة، و ذلك كما فى خيار الغبن، إذ ثبوته انما يكون من باب الشرط الضمنى اى التساوى بين البدلين من حيث القيمة، و لا ريب فى ان ما عليه بناء العقلاء انما هو التساوى فى زمان حصول النقل و الانتقال لا قبله و لا بعده كما لا يخفى. و تمام الكلام فى ذلك فى مبحث الخيارات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥

[...]

الثاني: في حق الشفعة، كما إذا باع الفضولي حصه احد الشريكين، ثم باع الشريك الآخر حصته بنفسه، ثم بعد ذلك أجاز الشريك بيع الفضولي.

و الحق في المقام ثبوت الثمرة، إذ موضوع هذا الحق انما هو الشريك، فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتاً للأصيل الذي باع حصته، لأنه حين البيع كان هو المالك، و على النقل يكون ثابتاً للمشتري من الأصيل، لأنه حين النقل مالك و شريك.

الثالث: في احتساب مبدأ الخيار الذي يكون موضوعه النقل و الانتقال كخيار الحيوان، فانه على النقل يكون مبدأ الاحتساب من حين الإجازة، و على الكشف يكون مبدأ العقد. و لكن فيه كلاماً سيأتى في الخيارات.

الرابع: في معرفة مجلس الصرف و السلم الذي يعتبر ان يكون القبض فيه، فقد يقال انه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد، و على النقل يكون حال الإجازة لتامية البيع حالها دون الأول.

و لكن يمكن ان يقال: ان الميزان هو العقد مطلقاً، إذ متعلق هذا الحكم هو القبض قبل التفرق - اي قبل زوال الاجتماع على المعاملة - و معلوم ان الاجتماع على المعاملة انما هو حال العقد كان العاقدان اصليين أو فضوليين، أو أحدهما فضولياً و الآخر أصيلاً، و على كل حال تلك الحال هي المناط، قلنا بالنقل أو الكشف، إذ لا ربط للنقل و الانتقال فيه كى يختلف على المسلكين. و تمام الكلام في محله.

الخامس: في اليمين و النذر، كما لو نذر التصديق بدراهم ان كان مالكاً يوم الجمعة لكذا، و ثبوت الثمرة حينئذ واضح لا يحتاج الى بيان، ثم انه تظهر الثمرة في باب الخمس و الزكاة، كما لو اشترى شيئاً عن غير مالكة قبل انتهاء السنة فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية، و على الكشف يكون من الاولى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦

[...]

أو اشترى زرعاً قبل انعقاد الحب فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل تجب الزكاة على مالكة المجيز، و على الكشف تجب على المشتري.

التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: قال الشيخ: ان الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهوم الإجازة و معناها وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي.

أقول: ان كان النزاع في مفهومها اللغوي بان ادعى جمع إن الإجازة بمعنى الإنفاذ و مقتضاه نفوذ العقد من حينه، و ادعى آخرون انها بمعنى الرضا بمضمون العقد و مقتضاه حصول النقل من حينها، كان لازم الإجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد و عدم صحته، لأنه حينئذ لم يقصد معنى الإجازة و قصد شيئاً آخر.

و ان كان في معنى الإجازة إطلاقاً أو انصرافاً، بان ادعى جمع ان إطلاقها أو انصرافها يقتضى احد الأمرين، كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد، إذ اقتضاء إطلاق الإجازة أو انصرافه شيئاً كإقتضاء إطلاق العقد شيئاً لا ينافي تقييدها بما ينافي مقتضى إرسالها أو انصرافها.

و ان كان النزاع في حكمها الشرعي، بحسب ملاحظة الأدلة، فان قصد الالتزام بمضمون العقد من حين الإجازة على القول بالكشف، أو قصد الالتزام به من حين العقد على القول بالنقل، فهل تصح ام لا؟ لا إشكال في عدم صحتها على نحو ما قصد، إذ اقتضاها لأحد الأمرين حسب الفرض انما يكون بحسب الجعل الشرعي، و عليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد لأن قصد المكلف لا يغير فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧

[...]

الحكم الشرعي.

انما الكلام في صحتها و عدم افتقار العقد الى اجازة اخرى على طبق ما اعتقده المجيز من احد القولين، و ملخص القول فيها انه تارة: يجيز العقد على ما هو عليه و لكن يعتقد ان الحكم الشرعي هو الكشف، بحيث يكون الداعي و المحرك له هو هذا الاعتقاد و لولاه لما كان يجيز، و كان في الواقع هو النقل أو بالعكس، لا إشكال في الصحة في هذا الفرض، لأنه من باب تخلف الداعي. و اخرى: يجيز بهذا النحو، و هو على قسمين: الأول: يجيز العقد و يشترط النقل من حين الإجازة على القول بالكشف، و من حين العقد على القول بالنقل.

الثاني: ان يجيز العقد هكذا لا انه يجيزه على ما هو عليه و يشترط ذلك.

اما في الأول: فالصحة و الفساد مبنيان على ان الشرط الفاسد هل يكون مفسدا ام لا؟ فعلى الأول تبطل، و على الثاني تصح. و أما في الثاني: فقد يتوهم الصحة من جهة ان المجاز مضمون العقد لا حكمه، و المفروض اجازته، و يكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما رتب عليه شرعاً لغواً لا أثر له، و يكون نظير ما لو تزوج و قصد عدم الإنفاق عليها، فانه تتحقق الزوجية و يترتب عليها وجوب الإنفاق، لكنه فاسد، فان حكم العقد ان كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تم ما ذكر، فلان مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغواً، و ان كان من أنحاء تعين مضمون العقد كما في المقام لا- محالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه، فالأظهر هو البطلان، فان ما يمكن تحققه لم يقصد و لم ينشأ، و ما أنشأ و قصد لا يمكن ان يتحقق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨

[...]

كفاية الرضا الباطني في الإجازة

الثاني: في انه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، ام يعتبر الإنشاء، ام يعتبر كون الإنشاء باللفظ الصريح؟ وجوه و اقوال. و تنقيح القول في المقام يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في انه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني ام لا.

الثانية: في انه على فرض عدم الكفاية هل يكفي الإنشاء القلبي كما عن المحقق الخراساني ره، ام لا؟.

الثالثة: في انه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل ام يعتبر القول.

الرابعة: في انه على فرض اعتبار القول هل يكفي الكناية ام يعتبر ان يكون على وجه الصراحة؟.

اما الأولى: فقد استدل الشيخ ره لكفاية الرضا الباطني بوجوه:

الأول: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه «١».

و اورد عليه جمع من المحققين: بان العمومات انما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده، و عقد الفضولى لا يكون عقدا للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج الى إنشاء الإجازة.

(١) سورة النساء آية ٢٩- الوسائل- باب ٣- من أبواب مكان المصلى حديث ١- ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٩

[...]

و لكن قد عرفت فى أول مبحث الفضولى ان الاستناد المعتبر انما هو الاستناد بمعنى انه عقده و بيعه، و هذا المعنى كما يتحقق بالإمضاء و الإنفاذ و اظهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه.

الثانى: ما ورد فى عدة من الأخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بترويج عبده اقرار منه عليه «١».

و الجواب عن ذلك: بان السكوت فى أمثال المقام إمضاء عرفى قد تقدم ما فيه، نعم، الإيراد عليه بان فى نكاح العبد خصوصية- حيث ان العقد لنفسه و انما المفقود اذن المولى و رضاه فيكفى مجرد الرضا بخلاف ساير اقسام عقد الفضولى تام.

و بذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث و هو ما دل على ان قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح «٢» فيصير اجازة، و ما دل على ان المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد «٣» التى ترتفع بالرضا.

الرابع: ما دل على ان التصرف من ذى الخيار رضا منه «٤».

وفيه: ان ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على ان هذا الفعل كاشف عن الرضا و اسقاط الحق. و على كل حال يكون أجنيا عن المقام، فالعمدة هى العمومات.

و أما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطنى، الأظهر ما عن المحقق الخراسانى ره من كفاية الإنشاء القلبي، إذ به يحصل الاستناد و الانتساب، و ما دل على ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود

(١) الوسائل- باب ٢٦- من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ٢٧- من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٣) الوسائل- باب ٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١- ٢.

(٤) الوسائل، باب ٤ من أبواب الخيار

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٠

[...]

و الإيقاعات انما هو فى المؤثر و هو العقد دون الشروط، و لا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت.

و أما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل فى الإنشاء، إذ لو سلم انه يتوقف الاستناد على الإنشاء و إبرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه.

و دعوى ان الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضى اعتبار اللفظ و الإجازة منها، مندفعه بانه فى تلك النواقل ايضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة.

و أما الجهة الرابعة: فلو أغمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، و لا يعتبر ان يكون باللفظ الصريح.

و دعوى ان إنشاء اللازم و إيجاده فى الإنشاء القولى ليس إيجاداً للملزوم عرفاً، و كون الملزوم مقصوداً و داعياً من إيجاد اللازم لا أثر

له، لأن الدواعى لا أثر لها فى باب المعاملات- التى استند إليها المحقق النائينى ره فى عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها فى مبحث خصوصيات ألفاظ العقد- فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

الثالث: المشهور بين الأصحاب: انه من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.

وقد استدل لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: أولاً: ان الإجماع المنقول- سيما مع معلومية مدرك المجمعين- ليس بحجة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤١

[...]

و ثانياً: انه لا وجه لدعواه بعد إفتاء جمع من الفقهاء ببطلان عقد الفضولى رأساً.

الثانى: ان الإجازة انما تجعل المجيز احد طرفى العقد، وبها يصير مكلفاً بوجوب الوفاء بالعقد، فالرد المتخلل بينها وبين العقد الصادر من الأصيل و الفضولى يكون رداً متخللاً بين اجزاء العقد، وقد تقرر فى محله انه يعتبر ان لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد.

وفيه: أولاً: ان ما هو المسلم فى تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه الالتزام و التعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه، كما لو رد الموجب بعد الإيجاب قبل قبول القابل. و اما لورد صاحبه ذلك، كما لورد القابل قبل ان يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلماً بينهم، و المقام من قبيل الثانى لا الأول، فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الالتزام منه، و الملتزم انما هو غيره كما هو واضح.

و ثانياً: انه فرق بين الرد المتخلل بين الإيجاب و القبول، و الرد المتخلل بين العقد و الإجازة، و بعبارة اخرى: ليست الإجازة فى جميع الأحكام كالقبول أو الإيجاب، و لذا ترى ان الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول يضر، و الفصل بينهما و بين الإجازة لا يضر كما هو واضح.

الثالث: ان مقتضى ما دل على سلطنة الناس على أموالهم «١» تأثير الرد فى قطع علاقة الطرف الأخر عن ملكه، فلا يبقى ما تلحقه الإجازة.

وفيه: ان العلاقة المتصورة بالإضافة الى المال لا تخلو من الملكية و الحقية، و شىء منهما لا يكون فى المقام، اما الأولى: فواضح، و اما الثانية: فلأن العقد قبل

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٢

[...]

الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذى حق، و لذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولى.

و بالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولى ادنى مرتبة من الملك و الحق، و عليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

و ما افاده المحقق النائينى ره من انه و ان لم تحصل العلاقة شرعاً لكنها تحصل له عرفاً، فالرد يبطل هذه العلقه.

فيه: ان العلقه التي عرفت انها اما الملكيه أو الحقيه لا تحصل و لو عرفا.

و أجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين: أحدهما: ان قاعدة السلطنة متعارضة، لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنته على ماله.

وفيه: انه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للإجازة كي تؤثر فيه.

ثانيهما: انه قد مر من الشيخ ره ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما لا جميع ما اراده المالك، إذ ليست مشرعة، فلا تصلح لإثبات مؤثرية الرد في حل العقد.

وفيه: انه لو سلم حصول العلقه للأصيل بالإضافة الى المال لا إشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فان ذلك من مصاديق تسلط الإنسان على رفع مزاحمة الغير، و لا يحتاج الى دليل آخر. فتدبر- فالصحيح ما ذكرناه- فالأظهر صحة الإجازة بعد الرد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٣

[...]

الإجازة لا تورث

الرابع: قال الشيخ: الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضوعها المالك، فقولنا له ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع، و الكل راجع الى انه له ان يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الإجازة، و انما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة. انتهى.

أقول: يقع الكلام في موردين:

(١) في اصل المطلب.

(٢) في الفرق بين ارث الإجازة وارث المال.

اما الأول: فما افاده الذي حاصله: ان ثبوت الإجازة للمالك و تأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي تام، لأن الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، و هو من الأحكام الشرعية. و يترتب على ذلك انه لا- تورث الإجازة لعدم كونها مما تركه الميت، نعم لمن انتقل إليه المال اجازة بيع الفضولي بناءً على جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الإجازة، إلا- ان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فإنها من آثار الملك.

و أما السلطنة التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات فهي متقومة بجواز التصرفات لا انه من آثارها.

و أما الثاني: فالفرق بين ارث الإجازة وارث المال يظهر في موارد:

منها: ما إذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار على أشهر القولين، فانه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٤

[...]

على القول بإرث الإجازة ترثها الزوجة، و على القول بالعدم لا ترث، و ليس لها الإجازة، و المفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

و منها: انه على القول بأنها مما ترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حق الخيار الموروث مع تعدد الورثة من انه هل يرث كل من

الورثة الإجازة في مقدار ماله من العين، أو يرث كل منهم الإجازة في تمام العين بنحو العام الاستغراقى - بمعنى نفوذ إجازة كل واحد منهم - أو يرث المجموع الإجازة - بمعنى انها شىء واحد يرثه الجميع - فلا بد في الصحة من إمضاء الجميع. ومنها: ما لو أوصى بمال معين للفقراء مثلاً بنحو يكون ملكاً لهم بالموت، ثم وقع عقد الفضولى على هذا المال و مات المالك قبل الإجازة، فعلى القول بإرث الإجازة ينتقل هذا الحق، فلهم الإجازة بخلافه على القول بالعدم. فتأمل.

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن

الخامس: هل إجازة تكون إجازة لقبض الثمن ولاقباض المبيع، ام لا وجهان.

الكلام في هذا التنبيه يقع في جهات:

الاولى: في قابلية القبض و الإقباض للإجازة و عدمها.

و فيه وجوه و اقوال.

ثالثها: ما فى المكاسب، و هو جريان الفضوليه فى قبض الثمن المعين دون الكلى.

رابعها: عكس ذلك، اختاره السيد ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥

[...]

و قد استدل لعدم الجريان مطلقاً بوجهين.

الأول: ان حقيقة الإجازة إنفاذ الشىء، و لا مورد للنفوذ الا التصرفات المعاملية، فالأفعال و الأقوال الأخر لا تكون مورداً لها، و منها القبض و الإقباض.

و فيه: ان حقيقة الإجازة اظهار الرضا بما وقع، و هى توجب انتسابه الى المجيز و هذا لا فرق فيه بين المعاملات و غيرها.

الثانى: ما نسب الى المحقق الخراسانى، و أوضحه المحقق الأصفهاني ره، و هو ان الإجازة لا بد و ان تتعلق بما له بقاء و استمرار كالأمر الاعتبارية الانتزاعية من اسباب خاصة، و اما الأفعال الخارجية فليس لها بقاء كى تنتسب بالإجازة الى المالك، و هى لا تصلح لأن توجب انتسابها فى زمانها الى المجيز لعدم معقولية الانتساب مع عدم ما به الانتساب، و صيرورتها منتسبة من حين الإجازة بعد ما لم تكن كذلك يستلزم انقلاب الشىء عما وقع عليه.

و فيه: ان الإجازة كما عرفت عبارة عن اظهار الرضا بما صدر، و الرضا كما يتعلق بالأمر الاعتبارى، كذلك يتعلق بالفعل الخارجى. و كما يتعلق بالأمر المقارن و المتأخر كذلك يتعلق بالأمر المتقدم، و هى توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضياً به من حين الإجازة، و هذا غير انقلاب الشىء عما وقع عليه، مع ان المراد بالقبض ليس هو الا كون الشىء تحت الاستيلاء و السلطنة، و هذا امر له بقاء و استمرار. فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثانى.

و استدل الشيخ فى وجه ما اختاره و أوضحه: بان قبض الثمن الشخصى قابل للإجازة من جهة ان مرجع اجازته الى اسقاط ضمان الثمن عن المشتري، ففى الحقيقة لا يكون القبض عنده قابلاً للإجازة، و انما تكون الإجازة و الرضا به رضا بأثره، و هو اسقاط الضمان. و كذلك الإقباض، فان مرجع اجازته الى حصول المبيع فى يد المشتري

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦

[...]

برضا البائع و اما قبض الثمن الكلي و تشخصه به فهو لا- يكون قابلاً للإجازة، فانه حيث لم يتعين الكلي في المقبوض بيد الفضولي فليس هناك ضمان المعاوضة على المشتري، بل الثمن باق على كليته، و المفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالإجازة.

و فيه: - مضافا الى ما عرفت من ضعف المبني - يرد على ما افاده في قبض الثمن الشخصي: ان الضمان المشتري للثمن قبل القبض انما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة، و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا مالياً كي يكون قابلاً للإسقاط. و ما افاده المحقق النائيني ره من ان ذلك انما يكون من جهة الشرط الضمني إذ كل من البائع و المشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن أو المثلن و ليس مقصودهم مجرد التبديل، لو تم و ان لزم منه كون ذلك من الحقوق، الا انه لا يتم، فان لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر «١».

و استدلل السيد لما ذهب إليه: بان الفضولية انما تجرى في التصرفات المعاملية لا في الأفعال الخارجية، و القبض في المعين من الأفعال الخارجية و في الكلي من التصرفات المعاملية، فان ذلك يكون من باب الوفاء، و هو في اللب مبادلة بين الكلي و الفرد المتشخص - و قد عرفت ما فيه - فالأظهر قابليتهما للإجازة.

الجهة الثانية: انه هل يأتي في القبض نزاع الكشف و النقل ام لا، و جهان أظهرهما الثاني، لأن ذلك النزاع في العقد انما يكون من جهة ان وراء العقد شيء و هو الملكية، و يمكن البناء على تحققها من الأول، و هذا بخلاف القبض، إذ ليس ورائه

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٧

[...]

شيء، فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فأثار قبض المالك عليه من حين الإجازة، فلو تلف بعدها لا يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا يكون البائع ضامنا بخلاف ما لو كان تالفا قبلها، فانه حينئذ لا موضوع للإجازة، إذ بالتلف ينفسخ العقد فلا يكون شيء باقيا كي تلحقه الإجازة.

الجهة الثالثة: لو كانت اجازة العقد دون القبض لغوا كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرق، ففي المكاسب: كانت اجازة للقبض صونا للإجازة عن اللغوية عليه بايرادات:

الأول: ما عن جمع من المحشين منهم السيد ره، و هو: ان ذلك - اي الذي ذكره - راجع الى مقام الإثبات، و ثبوت الدلالة على اجازة القبض، و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، و قابلية القبض للفضولية و ان تصح بالإجازة، و الشيخ ره يرى عدم قابليته لها في الكلي.

و فيه: أولاً: ان الشيخ لم يلتزم بعدم قابليته لها، و انما لم يقيم عنده دليل على صحة القبض بنفسه بالإجازة، و عليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفي في صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذي لا تكون صحة العقد منوطاً به.

و ثانياً: ان عدم قابلية القبض للإجازة اما ان يكون من جهة انه لا يكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قده، أو يكون من جهة عدم قابليته للانتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراساني ره، و شيء منهما لا مورد له في هذا القبض، اما الأول: فلأنه دخيل في صحة العقد و في ترتب الآثار الوضعية و الأمر الاعتباري، فهو من التصرفات المعاملية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٨

]...[

و اما الثانى: فلعدم اعتبار الانتساب فيه، إذ الشرط انما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فإذا صحت المعاملة بالإجازة كفى قبض الفضولى فى الصحة، ولا يخفى ان مرجع هذا الى عدم الاحتياج الى اجازة القبض، و ان الإجازة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته و نفوذه.

الإيراد الثانى: ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الى المجيز من حين الإجازة بعد التفرق، و هو لا يكفى فى صحة المعاملة، فان الشرط هو القبض قبل التفرق، و الجواب عنه هو الجواب الثانى عن الإيراد الأول.

الإيراد الثالث: ما افاده جمع منهم السيد و المحقق النائينى ره، و هو: انه انما يتم إذا كان المجيز عالما بان البيع بدون القبض باطل، و الا فلا يحمل على كونه اجازة للقبض.

و فيه: انه إذا كان بصدد اجازة العقد بجميع ما تتوقف صحة العقد عليه كفى فى كونه اجازة له، مضافا الى ما عرفت من كفاية اجازة العقد فى صحة القبض. فراجع.

فتحصل: ان الأظهر الاكتفاء بإجازة العقد فى مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففى المكاسب: ففى بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان: أقول: الحق ان يقال: بناءً على ان العبرة بقبض المتبايعين، و انه لا يلزم انتسابه الى المالكين، يتعين البناء على الصحة لفرض اجازة العقد و عدم كون قبضه موضوع الاثر كى يلزم اجازته و يضر رده، و اما بناءً على لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغوية اجازته دونه، ورد القبض رد للعقد، إذ لا ينفك الشرط

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٩

]...[

عن المشروط، و عليه فإذا تقدمت الإجازة لغى الرد لكونه رداً بعد الإجازة، و إذا تقدم الرد لم يفد الإجازة بناءً على اعتبار ان لا تكون مسبوقة بالرد، و الا صحت.

الإجازة ليست على الفور

السادس: هل الإجازة على الفور فمع التأخير تسقط، ام لا؟ فيه وجهان:

أقواهما الثانى: لإطلاق الأدلة، و صحيح محمد بن قيس المتقدم «١».

و عليه، فلو يجز المالك و لارد، فهل يتعين إجبار المالك بأحد الأمرين - كما اختاره السيد قده - ام يتعين ثبوت الخيار - كما ذهب إليه جمع - ام يثبت الأمران بنحو التخيير - كما اختاره الشيخ ره - وجوه؟.

و ليعلم ان محل الكلام انما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و فيما انتقل إليه، و اما إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه اما لعدم لزوم لعقد عليه أو لجوازه، حتى بناء على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الإجازة و الرد. و ايضا الظاهر أن محل الكلام ما لو لم يكن الأصيل عالما بكون طرفه فضوليا، أو كان مطمئنا بانه يجوز المالك أو يرد، و اما إذا كان عالم به و لم يكن مطمئنا بشيء منهما، فمن حيث انه مقدم على الضرر لا يجرى شيء من الوجوه. فتدبر.

و كيف كان: فالأظهر من تلك الوجوه هو الثانى، إذ الإجبار انما يكون لأحد أمرين: اما الامتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولى الممتنع، أو للامتناع عن

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٠

[...]

امتثال التكليف اللزومي من جهة لزوم الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر «١».

و لا دليل عليه في غير الموردين.

و من الواضح ان عقد الفضولي لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك - كما تقدم - و لا وجوب الإجازة أو الرد عليه، فالإجبار لا مورد له، و قاعدة «٢» نفى الضرر لا - تصلح لإثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجب نفى لزوم العقد على الأصيل، فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

السابع: هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً، ام لا، ام يفصل بين المطابقة من حيث الجزء، و المطابقة من حيث الشرط؟ وجوه و اقوال؛ و تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بان يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزء.

الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، و اما في صورة الاختلاف من حيث المباينة كما لو وقع العقد على فرس فأجاز في الحمار فلا اشكال في عدم الصحة.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين: الأول: فيما إذا كان محذوفاً،

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما و غيره من الأبواب.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار - حديث ٣ - ٤ - ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥١

[...]

و ملخص القول فيه: ان المعقود عليه ان كان مركباً من اجزاء يكون كل جزء منه موضوعاً مستقلاً بنظر اهل العرف في البيع و الشراء - بنحو لا يرون المعاملة على المجموع الا معاملة على كل واحد مستقلاً، كما لو عقد على عشرة جينة فأجاز بيع بعضها - لا ينبغي التأمل في الصحة، لأن المجاز مما عقد عليه، و لا - سبيل الى اجراء خيار تبعض الصفقة هنا، لأن مورده ما إذا كان بيع كل جزء مشروطاً بانضمام الجزء الآخر ضمناً و ارتكازاً كي يوجب التبعض تخلف الشرط، فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص.

و ان لم يكن كل جزء موضوعاً مستقلاً، كما إذا وقع العقد على حيوان خاص فأجاز نصفه، فعن المحقق النائيني: صحة المجاز، مستدلاً بان حكم الإجازة حكم البيع ابتداءً، فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداءً، فكذلك يجوز له اجازة بعضه.

و فيه: ان الفرق بين الإجازة و البيع واضح، فان الإجازة انما تحتاج الى عقد واقع و الترام معاملي قبلها بخلاف البيع، و عليه فان كان الالتزام العقدي منحللاً الى التزامات عديدة حسب تعدد اجزاء المبيع صح البيع فيما أجزى لكون المجاز معقوداً عليه، و الا فلا، فالميزان هو ذلك.

و به يظهر ان قياس المقام بمسألة التبعض في باب الخيارات كما عن السيد في غير محله، و لكن الظاهر هو الانحلال في جميع الموارد، غاية الأمر الى التزامات ضمنية لا استقلالية، و عليه فيصح البيع فيما أجزى. نعم يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة. المورد الثاني: ما إذا كان الجزء مضافاً، و الضابطة فيه انه انحلت الإجازة الى إجازات متعددة و التزامات عديدة، فيكون احد الالتزامين متعلقا بالعقد و الآخر بالزائد، صح العقد المجاز لكونه عقداً أجزى، و الا فلا، فان المجاز حينئذ غير معقود

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٢

[...]

عليه، و ما عقد عليه لم تتعلق به الإجازة، و الظاهر هو الانحلال في جميع الموارد الا إذا كانت من قبيل اجازة الحصّة الخاصة، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد، فانه حينئذ ما تعلقت الإجازة به لا يكون معقودا عليه كما لا يخفى.

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه تارة: في الشرط المحذوف، و اخرى: في المضاف.

اما الجهة الأولى: فلا- ينبغى الإشكال في الصحة بناء على ما هو الثابت في محله من ان الشرط انما هو التزم في التزم لا ان الالتزام العقدي معلق عليه بحيث لا التزم بدونه، فان الإجازة حينئذ تكون متعلقة بالالتزام العقدي، فما افاده الشيخ ره في وجه عدم الصحة من عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط، ضعيف لما عرفت من ان الشرط التزم مستقل في ضمن الالتزام العقدي.

و أضعف منه تفصيله ره بين الشرط و الجزء، بالالتزام بالتبعض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من ان قبول العقد للتبعض من حيث الشرط اولى من قبوله التبعض من حيث الجزء، مضافا الى ان كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه.

و هل يثبت الخيار للأصيل ام لا؟ وجهان، و الحق ان يقال: ان الشرط ان كان للمالك على الأصيل- كما لو أوقع الفضولي العقد مع اشتراط ان يخط الأصيل ثوب المالك فأجاز المالك العقد بدون الشرط- فلا خيار له، لأن مرجع ذلك الى اسقاط المالك حقه، و لا إشكال في ذلك، و كذلك ان كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة؛ و اما ان كان للأصيل على المالك و لم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، و هو واضح.

و أما الجهة الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائي، و كون الإجازة بمنزلة الإيجاب أو القبول لا يوجب اسراء أحكامهما إليها، مضافا الى ان الشرط المذكور في ضمن أحدهما وحده لا يفيد، و اما المشروط فان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٣

[...]

كانت الإجازة مع الشرط التزم بالعتد منضمما الى الالتزام الشرطي صح، لكون العقد مجازاً و ضم اللغو إليها لا يمنع عن تأثيرها في صحة العقد، و ان كانت التزم واحدا متعلقا بالمشروط لم يصح، و الظاهر هو الأول، لأن الواقع انما هو العقد المجرد، و المجيز يريد ضم الشرط إليه، فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط إليه، فالتقييد انما يكون الإجازة بالشرط، و حيث ان الشرط- كما تقدم- انما يكون هو الالتزام في ضمن الالتزام، و في المقام يكون هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغوئته لا تلازم لغوية الإجازة. فما في المكاسب من تقوية البطلان في غير محله.

[القول في المجيز]

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة

و أما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم بيان امور:

الأول: يشترط في المجيز ان يكون حين الإجازة جازر التصرف بالبلوغ والعقل والرشد بلا اشكال، فان الإجازة تصرف معاملى فى المال، فإذا كان المجيز غير جازر التصرف لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، إذ على الكشف انما يكون الأثر من قبل، و الا فالإجازة هى التى تؤثر فى ذلك.

و دعوى انه على القول بان المؤثر فى النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقب، يشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا حينئذ، مندفعه بانه على هذا المسلك ايضا لا يكون التعقب بمطلق الإجازة شرطا، بل الشرط هو التعقب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولى الملحق بالإجازة.

قال الشيخ: و لو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض ...

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٤

[...]

الخ.

و ربما يورد عليه: بان منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف فى حال الصحة، و كان القبض فى حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، و الإجازة شرط لتأثير عقد الفضولى، فلا يضر وقوعها فى حال المرض و لا يوجب دخولها فى المنجزات.

و لكن يدفعه ان للإجازة حيثيتين: احدهما: حيثية الرضا. الثانية: حيثية الانتساب الى المالك. و هى من حيثية الثانية بنفسها تصرف معاملى و موجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك، فالحق ان الإجازة فى حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تأثير العقد.

عدم اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال

الثانى: اختلفوا فى انه هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد ام لا؟.

و ما يحتمل ان يكون محل الكلام بين الأعلام فى بادئ النظر امور:

أحدها: انه هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد ام لا يعتبر ذلك؟ و إلى هذا نظر البيضاوى فى إيراده على المصنف ره: بانه لا يتم على مذهب الخاصة من وجود الإمام (عليه السلام) فى كل عصر.

و لكن يمكن دفع إيراده: أولا: بالنقض بانه لا يتم على مذهبهم ايضا من وجود خليفه المسلمين فى كل عصر.

و ثانيا: انه فى نكاح الصغار يكون الولي منحصر بالأب و الجد و الوصى على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٥

[...]

خلاف فيه. هكذا قيل.

ثانيها: انه هل يعتبر ان يكون مجيز فعلى حين العقد بان يكون متمكنا من الإجازة ام لا يعتبر؟.

ثالثها: انه هل يعتبر ان يكون المجيز جازر التصرف حين العقد شرعا ام لا يعتبر ذلك؟ فلو فرضنا ان بيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد هل للولي ان يجيزه من جهة انه و ان لم يكن التصرف جائزا له حين البيع لعدم المصلحة الا انه

يجوز له حين الإجازة، ام لا؟.

و الظاهر ان محل النزاع هو الأخير دون الأولين، اما الثاني منهما فلو صوح عدم اعتبار مجيز فعلى، و لذا لو كان المالك نائما أو غائبا لم يتوهم من القائلين بصحة الفضولى فساده و عدم جواز الإجازة بعد الحضور و اليقظة.
و أما الأول: فلعدم ملائمته مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم، فمورد النزاع هو الثالث.
و كيف كان: فقد استدل لاعتبار بوجهين:

الأول: ان صحة العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت فى زمان امتنعت دائما، و قد ذكروا فى توضيح هذا الوجه أمرين:
أحدهما ما افاده المحقق الإيروانى ره، و هو: ان بناء هذا على أمرين: أحدهما: القول بالكشف فى الإجازة، الثانى ان العام إذا خصص بخروج فرد منه فى زمان لم يرجع إليه فى ذلك الفرد فيما عدا ذلك الزمان، فيقال حينئذ ان العقد إذا لم يكن له من يصح بإجازته حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب أوفوا فإذا امتنع شمول أوفوا له فى هذه الحال لم يؤثر من مبدأ وقوعه، فإذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر أبدا، لأن الفرد إذا خرج عن العام فى زمان خرج عنه رأسا، و لم يرجع إليه ثانيا بعد
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٦
[...]

خروجه عنه أولا.

و فيه: ان الكبرى الكلية المشار إليها انما هو فيما إذا خرج فرد عن تحت العام فى الأثناء لا فيما إذا خرج عنه من الأول كما فى المقام.
و تمام الكلام فى محله.

الثانى: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و حاصله: ان عقد الفضولى انما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلا للتأثير بالإجازة، فلا بد و ان يكون جامعا لجميع مراتب الإمكان الاستعدادى، بحيث لا يستند عدم فعليه التأثير الا الى عدم الإجازة، فإذا لم يمكن الإجازة حال العقد يكون العقد غير واجد لجميع مراتب الإمكان الاستعدادى، لان منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة، فإذا امتنعت الإجازة فعلا امتنعت الصحة التأهيلية فعلا، و إذا امتنعت الصحة التأهيلية فى زمان امتنعت دائما، لان ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان هى الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية لا الصحة التأهيلية.

و فيه: ان المراد من الامتناع ان كان هو الامتناع الذاتى فالصغرى ممنوعة، و ان كان المراد الامتناع العرضى اى الامتناع لعدم وجود جميع اجزاء المؤثر، فالكبرى ممنوعة، فان الامتناع حينئذ يدور مدار فقد بعض ما يعتبر فيه.

و ان شئت قلت: ان عقد الفضولى الذى تمتنع اجازته حين العقد و يمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحا بالصحة التأهيلية، لأنه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الإجازة، و ليس معنى الصحة التأهيلية الا ذلك.

الوجه الثانى: لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه فى العين لإمكان عدم الإجازة، هذا على الكشف و لعدم تحقق المقتضى هذا على النقل، و لا فى الثمن لإمكان تحقق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

و فيه: - مضافا الى النقض بجميع موارد عقد الفضولى كما تقدم - تقريبه فى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٧

[...]

التنبه السادس من تنبيهات الإجازة، و الجواب عنه هو ما ذكرناه فى ذلك التنبه، و هو: تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الأصيل، فالحق عدم اعتبار هذا الشرط.

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

إشارة

الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد، ام لا يعتبر ذلك، ام هناك تفصيل؟ وجوه:
وقبل الشروع في المطلب ينبغي تقديم امور:

الأول: انه بناء على كون البحث في الأمر السابق في اعتبار وجود المجيز، الفرق بينه وبين هذا واضح، واما بناء على كون البحث فيه في انه هل يعتبر وجود مجيز جائز التصرف شرعا حين العقد ام لا، فالفرق بين الأمرين ان البحث هناك كان في اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد و عدمه، وفي المقام في أنه هل يعتبر كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حال العقد ام لا.

وبعبارة اخرى: انه لو فرضنا اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حال العقد، و كان موجودا حينه و لم يجز، و كان المجيز الفعلي غيره، كما لو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة و أهمل الولي و لم يجز حتى بلغ فأجاز نفسه، فان المجيز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد و ان كان مجيز نافذ التصرف موجوداً حينه، هل يكفي ذلك ام لا؟.

الثاني: انه ربما يورد على الشيخ ره حيث جعل الصغر و السفه و الجنون من باب عدم المقتضى، مع انها اما موانع، أو أن البلوغ و الرشاد و العقل شرائط التأثير، فان المقتضى للسلطنة على التصرف في المال إضافة الى المتصرف، أو اذن من له الإضافة فهذه الأمور اجنبية عن المقتضى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٨

[...]

و لكن يمكن دفعه: بان نظره الشريف الى ان عدم نفوذ التصرف تارة: يكون لقصور من ناحية المتصرف، و اخرى: يكون من جهة سلطنة الغير ايضا على المال، و عبّر عن الأول بعدم المقتضى، و عن الثاني بوجود المانع، و عليه فيصح ان يقال: ان عدم المقتضى اما لعدم الملك أو لجنون المالك ان سفاهته أو صغره، و به يظهر الفرق بين هذه الأمور و بين حق الرهن المتعلق بالمال.

الثالث: ان السيد ره و غيره أوردوا على الشيخ ره في جعله المسألة الثالثة و هي ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كذلك من مسائل هذا العنوان، مع انها اجنبية عنه.

و يمكن دفعه: بان المراد من عدم الجواز في العنوان عدم الجواز الفعلي لا عدم الجواز الواقعي، فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعا كما في الأولى و الثانية، و اخرى لا يكون جائز التصرف فعلا كما في الثالثة.

الرابع: ان الشيخ ره جعل المسألة الأولى أعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن، أو لعدم المقتضى بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما انه جعل المسألة الثانية- و هي عدم الملك حال العقد- مسألتين لتعدد الجهة من حيث الإجازة و عدمها.

إذا عرفت هذه الأمور تعرف ان ما سلكه الشيخ ره في عنوان هذا البحث و تشقيقه الشقوق هو الصحيح.

و كيف كان: فالكلام يقع في مسائل:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٥٩

[...]

لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف

المسألة الاولى: ان يكون المالك حال العقد، هو المالك حال الإجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل

يصح البيع بالإجازة ام لا؟.

و الكلام فى هذه المسألة يقع فى جهات:

الأولى: فى صحة بيع ما هو متعلق حق الغير.

الثانية: فى عتقه.

الثالثة: فى احتياج صحة البيع الى الإجازة بعد ارتفاع الحجر و عدمه.

الرابعة: فى جريان نزاع الكشف و النقل فى رافع الحجر و عدمه.

الخامسة: فى بيع الصبى و المجنون و السفية.

اما الجهة الأولى: فقد استدل على فساد البيع: بان البيع تصرف فى ما هو متعلق حق الغير فلا يجوز، و النهى عن المعاملة يدل على الفساد.

وفيه: ان البيع ليس تصرفا فى العين، مع انه لو كان حراما لم يكن وجه لفساده، إذ النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد، و قد تقدم تقريب كلا الجوابين.

و أما الجهة الثانية: فقد ذهب المحقق النائنى ره الى انه ملزم على العتق، فلا بد اما من لزوم أداء الدين و فك الرهانة على الراهن، و اما من استسعاء العبد فى فكاك رقبته بفك الرهانة.

و استدل له: بان الإجازة انما تؤثر فيما يؤثر الرد فيه، و رد الحر الى الرق غير ممكن، و بأن تأثير العتق من الراهن - حيث انه مالك للعين - لا اشكال فيه، خصوص مع كون العتق مبنيا على التغليب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٦٠

[...]

و يرد على الأول: ان الرد المقابل للإجازة رد العقد لارد نتيجه، فعدم إمكان رد الحر الى الرق غير عدم إمكان رد العتق نفسه.

و بعبارة اخرى: إذا كان العتق مراعى بالإجازة فلو اجازته يتحقق و تترتب عليه الحرية، و لو رده لا يصير حراً كى يلزم منه رجوعه الى الرق.

و يرد على الوجه الثانى: ان كون العتق مبنيا على التغليب معناه انه لو انعتق مقدار من العبد يتعين عتق الباقي، لا- انه لو تعلق العتق المراعى به يكون ملزما عليه. فتدبر.

فالأظهر عدم الفرق بين العتق و البيع فى ذلك.

اما الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الاحتياج الى الإجازة إذ الاحتياج إليها انما هو لتحقيق الاستناد المتحقق فى المقام بدونها.

و أما الجهة الرابعة: فقد يقال: انه لا يجرى نزاع الكشف و النقل فى مثل فك الرهانة و اسقاط المرتهن و نحوهما من جهة ان حق المرتهن إذا كان مانعا عن تأثير العقد فحكم الفك و الاسقاط حكم القبض فى باب الصرف و السلم، لأن عدم المانع من اجزاء العلة، فملكية المشتري كما تتوقف على القبض فى البابين، كذلك تتوقف ملكية مشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجا للدين، فلا تتحقق الملكية قبل ذلك.

وفيه: ان الكشف بالمعنى الذى ذكرنا فى الإجازة انه غير معقول لا يكون فى الفك و الاسقاط لما ذكرناه، مضافا الى ان لازمه خروج العين عن كونها وثيقة، و اما بالمعنى المعقول فى الإجازة، فيمكن البناء عليه فى المقام ايضا، و الدليل عليه حينئذ هو العمومات بالتقريب المتقدم هناك.

و يؤيد ذلك بل يدل عليه، انه لو باع العين المرهونة غير المالك ثم بعد فك

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦١

[...]

الرهن أجاز المالك ذلك العقد، لا شبهة في انه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الإجازة مطلقاً. و أما الجهة الخامسة: فلو باع غير المالك فأجازة الولي لا كلام، و لو صار بنفسه جائز التصرف فأجاز يكون من صغريات ما تقدم في الأمر الأول.

و الكلام في المقام انما هو فيما لو باع بنفسه، فان بنينا على انه مسلوب العبارة لا كلام في البطلان، و الا فلو صار كذلك فأجاز صح البيع لكونه عقداً اجازة المالك، و لا يتوهم في المقام عدم الاحتياج الى الإجازة- كما ذكرناه في بيع المرهون- فانه يدفعه ان العقد في حال الإنشاء و ان كان مستندا الى المالك تكويننا الا ان الشارع الأقدس الغى هذا الاستناد، فيحتاج الى الإجازة تحقيقاً للاستناد.

من باع شيئاً ثم ملك

اشارة

الثانية: ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

لكن المعنون في كلمات الأصحاب هو الأول و هو ما لو باع شيئاً ثم ملكه، و هذه تتصور على صور الا ان المهم منها اثنتان.

احدهما: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه و أجاز، و الأقوال فيها ثلاثة:

الأول: البطلان اختاره صاحب المقاييس ره.

الثاني: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق و الشيخ ره و جمع آخرون.

الثالث: الصحة بدون التوقف على الإجازة، نسب ذلك الى الشيخ ره، و في النسبة ما لا يخفى، فان منشأها إفتاؤه بصحة بين النصاب

في الزكاة ايضاً ان اغترم حصه الفقراء، مع انه يمكن ان يكون ذلك من جهة ذهابه قده الى ان تعلق الزكاة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٢

[...]

بالعين من قبيل حق الرهانة أو الجنائية، و يمكن ان يكون للنص الخاص «١».

و كيف كان: فقد استدل الشيخ للصحة- مضافاً الى العمومات- بالأصل:

و فيه: انه ان أراد بالأصل هو أصالة الصحة، فيرد عليه: ان الأصل في المعاملات هو الفساد، و ان أراد به أصالة البراءة، فيرد عليه، انه ره

بنى على عدم الرجوع إليها عند الشك في جزئية شيء أو شرطيته للأسباب في باب المعاملات- كما تقدم منه في مقدمه الكتاب- فلا

محالة يكون مراده به القاعدة المستفاد من العمومات، و لكن على المختار لا بأس بالاستدلال به ايضاً، فمقتضى العمومات و الأصل

هي الصحة.

و قد استدل للبطلان بأمور:

الأول: انه قد باع مال الغير لنفسه، و قد مر الاشكال فيه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الاشكال.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان الأقوى صحته، و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده

المتعاوضان.

توضيح المقام: ان عمدة الأشكال في تلك المسألة انما هي أمران.

أحدهما: انه بناءً على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، وبالعكس الفضولي البائع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة و البيع.

الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

اما الاشكال الأول: فلو تم ما ذكره جوابا عنه في تلك المسألة من ان الفضولي انما يبيع للمالك و يبني على انه هو المالك، جرى ذلك في المقام.

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب ما تجب فيه الزكاة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٣

[...]

و ما افاده المحقق النائيني ره في المقام من: ان مبني هذا الجواب على ان الغاصب سارق الإضافة و يرى نفسه المالك، و هذا لا يجرى في المقام لأنه لم يسرق الإضافة و لم يغصب المال، و عليه فليس له قصد المعاوضة، ثم قال: الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع، فكأنه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة فيبيع ما يملكه فعلا- بلحاظ ملكه فيما بعد. يرد عليه: أولا: ان الجواب المذكور لا يختص ببيع الغاصب، بل هو جار في كل ما يبيع مال الغير لنفسه، و لا فرق عليه بين ان يملكه فيما بعد و عدمه. و ثانيا: انه لو لم يكن قاصداً لذلك لم يفد ما افاده أخيراً، فان من يطمئن بانه سيملك لا يرى نفسه مالكا بالفعل، فلا يقدر على قصد المعاوضة الا بالبناء على المالكية فيرجع الى ما تقدم.

و أما الاشكال الثاني: فأجابوا عنه هناك: بانه بعد فرض كون البائع قاصدا للبيع للمالك، و بانياً على انه هو المالك، الإجازة من المالك تتعلق بالأول دون الثاني، فلا يلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، و هذا الجواب لا يجرى في المقام، فان البائع انما يبيعه للمالك و حين الإجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد، فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له.

قمّي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦، ص: ٦٣

فتحصل: ان ما افاده المحقق صاحب المقاييس هو الصحيح على هذا المسلك، و لكن ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح و دفع هذا الاشكال- من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية فأجازة المالك صح و وقع للغاصب، و لو باع لنفسه مع البناء عليها، فحيث ان انشاء بالمطابقة يدل على تملك المعوض، و بالالتزام يدل على المبادلة المذكورة، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كماله اجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب- يجرى في المقام كما لا يخفى، فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

الثاني: ان بيع الفضولي لأبد و ان يكون واجداً لجميع ما يعتبر في صحة البيع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٤

[...]

سوى الإجازة، بحيث لو لحقته الإجازة صح فعلا، و حيث ان من جملة شرائط صحة البيع التي باجتماعها يصير البيع صحيحا بالصحة التأهيلية- و لا ينتظر في ترتب الأثر عليه سوى الإجازة- كون من يراد وقوع البيع له قادرا على التسليم و إمكان الرضا منه- كما في عقد الفضولي في سائر المقامات و المقام ليس كذلك- فان من يراد وقوع البيع له هو الفضولي، و هو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة

فى النقل - اى قدرة من بيده امر المال و كذلك رضا - فهذا البيع الفضولى غير صحيح بالصحة التأهليه، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيه هذا الأمر.

و الجواب عنه: ان المراد من اعتبار الرضا فى المالك ان كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة و يصير مخاطبا بخطاب أو فوا ففى المقام موجود، فان حال الإجازة هو حال إنفاذ المعاملة، و ان كان المراد منه اعتبار رضا المالك فى حال العقد، فيرد عليه: انه غير معتبر قطعاً لأنه فى اغلب موارد بيع الفضولى لا يكون ذلك موجوداً اما للكراهة أو للغفلة أو لغيرهما، و لم يتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحية، و على اى تقدير لا دليل عليه.

و ان كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد، فهو أول الدعوى، و لا دليل عليه.

و أما القدرة على التسليم فظاهر كلام الشيخ ره تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد، و هو أيضاً لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة و غيرها انما يقتضى اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، و تتسبب هى إليه. و حيث ان حال الإجازة حال الالتزام بها و إنفاذها، و المفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع، و لو سلم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيرده الشيخ ره من: ان الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٥

[...]

الثالث: ان الإجازة كاشفة فى موارد صحتها، و الالتزام به فى المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول فى ملكه. و أجب عنه الشيخ ره بما حاصله: أنا نلتزم فى المقام بخروج المال عن ملك المجيز من أول أزمته قابليته، لأنه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، و عليه فإذا صدر العقد و رضى المالك الفعلى به و اجازته يقع البيع له، و لازمه خروج المال عن ملكه من أول أزمته قابليته للتأثير.

أقول: ان الذى يلوح من صدر كلامه و يصرح به فى آخره: انه ره ظن ان صاحب المقاييس لا كلام له فى وجود المقتضى للصحة، و انما كلامه فى وجود المانع، فأجاب عنه: بان المانع انما يمنع عن التأثير فى الملكية من حين العقد، و لا يمنع عن التأثير فى الملكية من بعد حصول الملك للبائع.

و لكن الظاهر من كلامه ره انه لا مقتضى للصحة، و حاصل ما افاده: ان دليل صحة بيع الفضولى و القول بالكشف دليل واحد، و هو ان العقد انما هو نقل من حينه، و الإجازة تتعلق بهذا، و الإمضاء الشرعى متعلق بذلك ايضاً، و حيثئذ ففى المقام لا يمكن شمول العمومات و أدلة الإمضاء للعقد، فلا مقتضى للصحة، و ذلك لأنه ان التزمنا بشمولها له و صيرورته ملكاً للمشتري من حين العقد لزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه، و ان التزمنا بشمولها له و الانتقال إليه من بعد صيرورته مالكا لزم الالتزام بالتبعض فى مضمون العقد، مع انه امر واحد و التزام فأرد متعلق بنقل المال من حينه الى الأبد، و لا يتعدد بتعدد الزمان كى يقال بتعلق الإمضاء ببعضه دون بعض، بل هو امر واحد اما يمضيه الشارع من الأول أو لا يمضيه، فلا يقع الى الأبد. و فى باب الصرف و السلم دل الدليل الخاص على حصول النقل و الانتقال من بعد القبض، و هو فى المقام مفقود، فعلى هذا المسلك فى الكشف لا مناص عن البناء على البطلان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٦

[...]

نعم بناءً على ما سلكه الشيخ ره من ان العقد لا يكون مفاده سوى التمليك، و الإجازة متعلقةً بذلك و الإمضاء متعلق به ايضاً، و لم يؤخذ الزمان فيه ابداً و انما يبني على الكشف للنصوص الخاصة، صح البناء على الصحة في المقام للعمومات، كما انه بناء على ما اخترناه في الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابي بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد الى شراء البائع و انتقاله إليه ملك لمالكة الأول، و من ذاك الوقت الى زمان الإجازة ملك للمجيز، و بعد الإجازة يعتبر ملكية المشتري الأول من حين العقد، فالخروج انما يكون من حين الإجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول، و اما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنه مقتضى شمول العمومات و خطاب أوفوا بالعقود.

الرابع: ان صحة العقد الأول تتوقف على صحة الثاني كى يصير المال ملكاً للمجيز فيجيز، و صحة الثاني تستلزم ملكية المالك الأصلي إلى حين العقد الثاني، فعلى الكشف يلزم اجتماع المالكين - اى المشتري الأول و المالك الأصلي - قبل العقد الثاني و بعد الأول على مال واحد في زمان واحد، و هو من اجتماع الضدين، و يلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود احد الضدين عدم الآخر. و الجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح.

انما الكلام في المقام في الإشكال العام الذى أوردوه على القول بالكشف (و يذكر ذلك في المقام لمناسبة غير خفية) و هو: ان صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز مالكا، لأن اجازة غير المالك كالعدم، و المفروض انها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد و قبل الإجازة اجتماع مالكين على مال واحد، و الشيخ ره يسلم الإشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٧

[...]

أقول: الحق ان يقال فى الجواب عن ذلك: انه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هى اجازة بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كى يكون النقل عن ملكه بإجازته و إمضائه، و عليه ففى المقام بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان و هو متحقق على الفرض. هذا على الكشف بالمعنى المشهور، و اما على الكشف المختار فالإشكال غير وارد أصلاً لفرض اتصال ملكيته بالإجازة كما لا يخفى، مع انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكاً له ان لم يجز، و ان لزم من الإجازة كونه ملكاً لغيره، و نظيرها فى ذلك الإقرار على ما فى اليد بانه للغير، فانه لو لا الإقرار على ان ما فى يده للغير يكون له، و ان كان بالإقرار يكون لغيره.

و الظاهر ان هذا مراد صاحب المقاييس من قوله يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهراً فلا يرد عليه ما افاده الشيخ ره: بان المالك الظاهري انما تجدى اجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة.

الخامس: ان الإجازة لما كشفت عن صحة العقد الأول لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكاً للمشتري الأول، فصحة الثاني تتوقف على اجازته، و هى تتوقف على صحة الأول المتوقفة على اجازة المشتري الثاني، و حيث ان اجازته تتوقف على صحة الثاني المتوقفة على اجازة المشتري الأول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر، و ايضاً يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري غير الفضولى، و هو محال فان لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن و المثمن، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض، اما عدم تملكه المثمن فللفرض انتقاله عنه بالبيع، و اما عن تملكه الثمن فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه الى المالك الثاني و الثمن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٨

[...]

في العقد الثاني ينتقل الى المشتري الأول لوقوعه في ملكه، فيلزم انتقال المثلث و الثمن في العقد الثاني الى المشتري الأول. اما كون اللازم الأول محالاً فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، و مقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، و تملك المثلث على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شيء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين، و اما كون الثاني محالاً فلأن مقتضى المعاوضة ان يملك المشتري بعوض بعينه، و لا يعقل تحققهما و تخلف مقتضاها عنها.

و أجاب الشيخ ره عن هذا الإيراد: بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد، و لو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني فلا يلزم محذور أصلاً.

و أجاب السيد المحشى ره عن لزوم توقف كل من الإجازتين على الأخرى و صحة العقد الثاني على اجازة المشتري الأول: بان بيع مال الغير انما يكون موقوفاً على اجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، و في المقام انما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع و الإجازة، و مثل هذا لا يعقل ان يكون موقوفاً على الإجازة فصحة العقد الثاني، و اجازة المشتري الثاني لا تتوقفان على اجازة المشتري الأول.

و فيه: ان جميع ما ذكر دليلاً على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على اجازته يدل على توقفها عليها في المقام. فالحق ان يقال: ان هذا المحذور انما يلزم على القول بالكشف المشهور، و اما على الكشف المختار فان بنينا على الكشف من حين العقد الثاني - كما مر - فالأمر واضح، و اما ان قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث ان العقد الثاني واقع في ملك الأصلي فيصح بلا توقف على شيء و ينتقل ثمنه إليه، فإذا أجاز المشتري العقد الأول الذي أوقعه فضولاً لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل في الملكية و الكشف في المملوك، و هذا لا يلزم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٦٩

[...]

الكشف عن وقوع العقد الثاني في ملك المالك بالفعل، فان هذا الاعتبار وارد على العقد. فتدبر فان دقيق.

السادس: ان العقد الأول انما يصح بالإجازة، و من شرائطها عدم مسبقيتها بالرد، و العقد الثاني يستلزم الرد، فانه لا يجامع العقد الثاني صحة الأول المقتضية لملك المالك الثمن الأول، فلا - محالاً - يكون الثاني فسخاً للأول و ان لم يعلم بوقوعه. فلا تجدى الإجازة المتأخرة.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان الرد و الفسخ تارة: يكون بإنشائه قولاً أو فعلاً، و اخرى: يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة. و الثاني على قسمين: أحدهما: ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأساً. ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة الى الفاعل فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة الى غيره.

و في المقام بما انه لم ينشأ الرد كما هو المفروض، و البيع ليس كالعقد موجباً لعدم بقاء المحل رأساً كي ينحل العقد رأساً، بل هو موجب لفوت محلها بالإضافة الى المالك لخروج المال عن ملكه، و اما الفضولي الذي اشتراه فمحل الإجازة بالإضافة إليه باق فلا مانع من شمول ادلة النفوذ له، و لا يقاس ذلك بتصرف ذي الخيار من جهة انه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فانه هناك لو لم ينحل العقد لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه، و هذا بخلاف المقام كما هو واضح.

و ما افاده المحقق النائيني ره من: انه إذا كان فعل مفوتاً لمحل الإجازة بالإضافة الى المتصرف كان مفوتاً لمحلها بالإضافة الى غيره ايضاً، إذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص، فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الإجازة بالإضافة إليه ليس له الإجازة، و الفضولي الذي اشترى المال لم يكن احد طرفي الإجازة، فليس له ذلك ايضاً كما ليس له الرد. يرد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٠

[...]

عليه: ان مآل هذا الى انه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد و ما تعلق به الإجازة، و هذا هو الإشكال الثاني، و الجواب عنه قد تقدم، و الكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

و ما اورده المحقق الإيرواني ره عليه بان: البيع لشيء إنشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الإجمال و ان لم يلتفت الى العقد و لم يعلم به، فكل فعل للمنافى فهو إنشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين إنشاء الرد و فعل ما ينافيه. يمكن دفعه: بان إنشاء الرد انما هو كسائر الإنشاءات متقوم بالقصد و بدونه لا يتحقق، فما افاده الشيخ ره متين.

نعم ما ذكره أخيرا في وجه كون الفعل المنافى موجبا لانفساخ العقد في البيع الخيارى يمكن ان يورد على: بانه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزما لإنشاء الرد لم يرد الا- بذلك، لأنه لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير، و أصالة الصحة في الفعل لا تصلح لإثبات تحقق قصد الرد. فتدبر، مضافا الى انه تقدم عدم قدح الرد في تأثير الإجازة.

السابق: النصوص الخاصة، و هي طائفتان:

الأولى: الاخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك، و قد تقدم «١» في أوائل بيع الفضولى انها بحسب السند لا كلام فيها. و تقرب دلالتها: انها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة الى المالك و المخاطب، أو بالنسبة الى خصوص المخاطب. و باطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع و لو صار ملكا و أجاز، بل الظاهر منها ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد

(١) ج ١٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧١

[...]

البيع و الاعداء وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج الى البيان.

و أجاب عنها الشيخ ره: بأنها تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، و هذا لا ينافى ترتب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة.

وفيه: ان مقتضى إطلاقها عدم ترتب الأثر عليه و ان أجاز و أجابوا عنها بأجوبة أخر أحسنها جوابان- و قد تقدما:- أحدهما: ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء كان مملوكا له ام لا، قد على تسليمه ام لا، كليا أو شخصيا، و حيث انه لا يمكن الالتزام به تعيين حمله، اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكا له. أو على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، و ان لم يكن الثانى اقرب لا كلام في عدم اقربيه الأول.

الطائفة الثانية: النصوص الخاصة: كصحيح يحيى بن الحجاج عن ابى عبد الله (عليه السلام) عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا، قال (عليه السلام): لا بأس بذلك اشتراها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها أو تشتريها «١».

و خبر خالد بن الحجاج عنه (عليه السلام) عن الرجل يجئ فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. قال (عليه السلام): أليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت: بلى قال (عليه السلام): لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام «٢».

و صحيح محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام) عن رجل أتاه رجل

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ١٣.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٢

[...]

فقال: ابتع لي متاعا لعلني أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال (عليه السلام): ليس به باس، انما يشتريه منه بعد ما يملكه «١».

و صحيح منصور عن ابي عبد الله (عليه السلام) في رجل امر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه قال (عليه السلام): لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه «٢».

و صحيح معاوية: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير و ليس عندي منه شيء فيقاولني عليه و أقاوله في الربح و الأجل حتى نجتمع على شيء ثم اذهب فاشترى له الحرير فادعوه فقال (عليه السلام): أ رأيت ان وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك يستطيع ان ينصرف إليه و يدعك أو وجدت أنت ذلك ا تستطيع ان تنصرف إليه و تدعه؟ قلت: نعم، قال: فلا بأس «٣».

و الشيخ ره أجاب عنها أولا بما حاصله: انها تدل على المنع عن الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاثراء، فكذا بعده من دون حاجة الى الإجازة، و هذا لا ينافي الصحة مع الإجازة ثم رجع عن ذلك و التزم بدلالاتها على الفساد من جهة ان عدم ترتب الأثر المقصود على عقد الما مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض و الإجازة لا يقتضى النهي عنه بقول مطلق، بل لأبد من النهي عنه مقيدا بتجرده عن ذلك القيد. فالطلاق النهي يقتضى الفساد حتى مع الإجازة.

و الحق في المقام ان يقال: ان الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في ارادة بيع الكلي، و تدل على انه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الي

(١) الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٦.

(٣) الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٣

[...]

المشتري الأول، و قد اتفق النص و الفتوى خلافا للعامة على جواز ذلك، فيتعين حملها على التقيّة - كما يظهر من بعض النصوص المجوزة - أو الكراهة.

و ما ذكره الشيخ ره من ان الحكم في موردها و ان كان يحمل على التقيّة الا ان ذلك لا ينافي الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل و هو يقتضى البطلان في بيع الشخصي. يرد عليه: ان عموم التعليل لا يقبل التبعض بان يحمل على التقيّة أو الكراهة في بعض موارد و هو الكلي، و الأخذ بظاهره في مورده الآخر، لا سيما و ان مورد ورود الكلي، إذ بقاءه في غير مورد الأخبار و إلقائه في موردها بعيد جدا. فهذه النصوص ساقطة.

و أما خبر خالد بن الحجاج: فقد مر الكلام فيه في مبحث المعاطاة و عرفت انه قاصر سنداً و دلالة، اما الأول: فلدوران الراوى بين ابن

بختج و ابن الحجاج و الأول مجهول.

و أما الثاني: فلأن الظاهر منه ثبوت البأس في صورة الزام المواعد بقبول السلعة، و وجهه عدم تحقق البيع في مفروض السؤال و يكون قوله (عليه السلام) انما يحلل الكلام و يحرم الكلام بياناً لذلك. لأن المراد بالكلام الالتزام البيعى، و المراد بالمحلية و المحرمية المنسوبة إليه محلياً الإيجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البائع، و محرمية المبيع على البائع و الثمن على المشتري. و تمام كلام في محله.

و أما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الاشتراء. توضيح ذلك ان إيجاب البيع عبارة عن إقراره و إثباته على الوجه الذى لا يبقى مجال لحله و فسخه من الطرفين بنحو يكون الاشتراء مقدماً للوفاء لا لتتميم المعاملة- قبل استيجابها اى جعل البيع لازماً على نفسه- أو الاشتراء- اى التملك المجامع من الخيار- و النهى عنه ارشاد الى عدم تحققه، فيدل على عدم لزوم البيع قبل ان يملك. و هذا مما لا كلام فيه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٤

[...]

فتحصل: ان شيئاً مما استدل به على الفساد لا يدل عليه.

صور بيع من باع شيئاً ثم ملك

قال المصنف في محكى التذكرة: لا يجوز ان يبيع عينا لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها، و به قال الشافعى و احمد و لا نعلم فيه خلافاً لقول النبى صلى الله عليه و آله: لا تبع ما ليس عندك. و لاشتمالها على الغرر فان صاحبها قد لا يبيعها و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها. انتهى.

و قال الشيخ: ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا، و هذا هو الذى ذكره العلامة في التذكرة نافية للخلاف فى فساده. انتهى.

و تنقيح القول فى المقام: ان البائع ربما يبيع لنفسه، و ربما يبيع لملكه، و ثالثاً يبيع للأجنبى.

اما الصورة الأولى: فتارة: يبيع منجزاً بحيث يرى نفسه ملزماً فى ذلك فيشتري المبيع من مالكة مقدماً للوفاء بعقده. و اخرى: يبيع على ان يكون العقد موقوفاً على الإجازة، و ثالثة: يبيع على ان يكون اللزوم موقوفاً على التملك.

و الشيخ ره ادعى: ان المتيقن من النصوص هو الفرض الأول، و ان الأخيرين باقيا تحت العمومات المقتضية للصحة، و استظهر من تعليل العلامة ره للفساد بالغرر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٥

[...]

و عدم القدرة على التسليم: ان ما هو مفتى به عند الأصحاب هو هذا الفرض.

و اورد عليه المحقق النائنى ره، بما حاصله يرجع الى أمرين: أحدهما: ان الأخبار مطلقة، و المراد من التعليق ان كان هو التعليق البنائى فقد تقدم ان البناء القلبي لا يؤثر فى الصحة و الفساد فى باب المعاملات، و ان كان هو التعليق فى المنشأ فقد اجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: انه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل فى المقام، لأنه عبارة عن جعل الخيار، و هو انما يكون مقابلاً للالتزام العقدى من المالك، و ليس العقد منسوباً الى البائع فى المقام. و الاسم المصدرى غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه.

و لكن ظاهر الشيخ ره اختيار الشق الأول و ادعائه ان مقتضى العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأول، و هو البيع المنجز، و الملمزم عرفاً ورد النهي عنه بالخصوص، و حيث انه ارشاد الى الفساد فيدل على فساده. و وجه استظهاره، ان متعلق النهي في بعضها مواجهة البيع و إقراره المساوق لكونه منجزاً، و قوله (عليه السلام): انما البيع بعد ما يملكه في بعضها الآخر، ظاهر في ذلك، فان البيع ظاهر في التمليك بالحمل الشائع المساوق للمنجز، إذ مع عدم الملكية لا تمليك بالفعل لاتحاد الوجود و الإيجاد. و بهذا يندفع كلا الإيرادين: اما الأول: فواضح، و اما الثاني: فلأن المراد باللزوم المعلق على التمليك ليس هو لزوم العقد شرعاً، بل لزومه عرفاً.

و له قده اختيار الشق الثاني. و دعوى الإجماع على مبطلية التعليق، مندفعه بأنها تتم في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقفة عليها. فراجع ما ذكرناه.

و اورد المحقق الإيراني ره على ما استظهره من تعليل العلامة ره: بان الشراء مترقبا أو غير مترقب لا أثر له في رفع الغرر و حصوله و لا في القدرة و عدمها، فان توطين

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٦

[...]

النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الإجازة كتوطين النفس على الالتزام بالمبيع المجهول على اي وجه كان في عدم رفعه للغرر. و فيه: ان البيع مترقبا للإجازة يوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه، بخلاف ما إذا كان البيع منجزاً، فلا غرر في الأول، كما ان البائع بعد تملكه يكون شرعاً قادراً على تسليمه.

فتحصل: ان ما ذكره الشيخ ره تام، و ان كان ما افاده من الفساد في الفرض الأول حتى مع الإجازة بعد التملك غير تام كما تقدم. و أما الصورة الثانية: قد ذهب الشيخ ره الى انها غير مشمولة لنصوص المنع، و هو كذلك، ثم أورد على الحكم بالصحة فيها من جهة ان الإجازة لا متعلق لها لأن العقد كان إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، و لا معنى للإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. فأجاب عنه: بانه يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة: بان يكون البيع للمالك بما انه مالك بنحو تكون الحيثية تقييدية لا تعليلية. و لكنّه يمكن ان يورد عليه: بانه في عكس المسألة على مبنى الشيخ ره- من ان حقيقة البيع هي المعاوضة- لا- يتصور بيع الغاصب لنفسه الا- بإيقاع البيع للمالك بما انه مالك و ادعاء انه المالك، فلذا التزموا بذلك، و اما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك و ذاته و عنوان المالك، و كل منهما يجتمع مع قصد المبادلة، فوقع البيع للمالك بعد الشراء و اجازته يتوقف على اثبات كون البيع لعنوان المالك، و حيث لا سبيل إليه فلا وجه للحكم بالصحة.

و أما بناءً على ما ذكرناه من ان البيع ليس معاوضة بل حقيقة الإعطاء لا مجاناً، فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول بإجازة المالك الثاني، و تصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها. فراجع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٧

[...]

و اما الصورة الثالثة: ففيها فرضان:

الأول: ان يكون ذلك الغير موكلاً اياه في هذا البيع أو تحت ولايته.

الثاني: ان يكون أجنبياً عنه.

اما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم و المدرك، إذ البيع للنفس ثم الاشتراء أعم من البيع بالمباشرة أو

التسيب- هكذا قيل- ولكن الإنصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى و عدم شمولها لهذا المورد قريبة جدا، فحكم الفرضين واحد و هو انه لو باع له بانيا على مالكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه- على تقدير عدمه- فان أجاز المالك صح للمالك على الأول، و لذلك الغير على الثاني. و ان ملكه الثالث فأجاز صح له، و ان ملكه البائع فأجاز صح له على التقدير الأول، و للبائع على الثاني.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال الشيخ الظاهر بطلان البيع الأول. و قد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا، و بما دل على اعتبار طيب النفس في صحة التجارة و ترتب آثارهما «١»، إذ المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الأول، و التزامه القبلي لم يكن الا التزاما بكون مال غيره له.

و لكن يرد عليه: ان ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقينا، من غير ان

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل- باب ٣- من أبواب مكان المصلى حديث ١-٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٨

[...]

يفصل بين كون البيع منجزا ام معلقا على تملك البائع أو اجازته، ينافي ما ذكره قبل أسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول، اللهم الا ان يقال: ان مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزا.

و الصحيح ان يستدل له: بانه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك، و في المقام لا يكون مستندا إليه، إذ المراد من الاستناد الى المالك ليس قيام الإنشاء به، بل المراد اضافة البيع الى المالك بما هو مالك، و هذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا إليه لعدم التملك، و بعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

و بعبارة اخرى: الإضافة الى المالك امر قصدي لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

و قد استدل لعدم الحاجة الى الإجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود «١» و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط «٢». بتقريب: ان العقد صادر من هذا الشخص، و المانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، و بعد زوال المانع و سيورته ملكا له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء إليه.

و أجاب عنه الشيخ ره بجوابين: أحدهما: ان دليل الوفاء قبل التملك لم يكن شاملا له، فيستصحب بعده، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام.

و فيه: ان عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه لم يكن من جهة خروج

(١) المائدة آية ٢.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٧٩

[...]

بعض الأفراد في بعض الأزمان بدليل مخصص كى يقال انه من موارد استصحاب حكم الخاص بعد ذلك الزمان، بل كان من جهة عدم تامة موضوع العام في نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير، فالبايع قبل التملك غير داخل في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولاً للدليل وجوب إكرام العالم لعدم كونه عالماً، ثم صار كذلك، فهل يتوهم فيه كونه مورداً لاستصحاب عدم وجوب الإكرام، مع انه لو سلم كونه مشمولاً للدليل العام في نفسه و خروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجاً عنه من الأول لا من الوسط لا يكون مورداً لاستصحاب حكم الخاص، مضافاً الى ذلك كله ما حققناه في محله من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص. و تمام الكلام في محله.

الثاني: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على «١» سلطنة الناس على أموالهم، و «٢» عدم حلها لغيرهم الا عن طيب النفس. و قد يورد عليه: بان هذا يتم لو قلنا بدخوله في ملكه و خروجه عن ملكه من دون رضاه، و اما إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأول بمجرد اشتراء البائع - من جهة ان البيع الأول مقتضى لدخول المال في ملك المشتري و كونه ملكاً للغير مانع، فإذا زال المانع اثر المقتضى اثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالكة الأصلي. فتأمل.

فالصحيح ان يجب عنه: بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلي، و بعده لا إجازة منه كى يستند إليه، و مع عدم الاستناد لا يكون مشمولاً للعمومات. فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من باب أبواب مكان المصلى حديث ١ - ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٨٠

[...]

لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف

اشارة

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقداً لكون غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف، و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية أو لعدم الملك، و على كل منهما اما ان يبيع عن المالك أو عن نفسه، فالصور اربع:

الأولى:

ان يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً

، و اختار الشيخ ره في هذه الصورة صحة البيع و عدم توقفها على الإجازة، و تبعه غيره و الوجه في ذلك ان المفروض كونه و ملياً فلا يكون فضولياً، و سائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة، فالعقد صادر من اهله واقع في محله فتشمله ادلة النفوذ و ان لم يكن البائع عالماً به.

و دعوى ان العلم بالولاية جزء الموضوع، مندفعه بكون ذلك خلاف ظاهر الأدلة من جهة ان الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا، و اناطتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود.

و اورد السيد قده عليه: بان العقد و ان صدر عن من كان نافذ التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالماً بانه ولى ما

كان راضيا بهذا البيع الخاص، و مجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، إذ يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح، فيكون الاختيار في التعيين إليه، فلا فرق بين هذه الصورة و بين ما لو بان كونه مالكا. و بالجملة: يعتبر القصد الى النقل و الرضا به بعنوان انه مال المولى عليه، و المفروض عدمه في الفرض. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨١

[...]

و فيه: ان الدليل «١» انما دل على نفوذ تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه صلاحه، و لم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، و القطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت الى الولاية لا يضر إذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتمالها - فإنه من قبيل تخلف الداعي. فالأظهر هي الصحة و عدم التوقف على الإجازة.

لوع باع لنفسه و انكشف كونه وليا

الصورة الثانية: ان يبيع لنفسه و ينكشف كونه وليا. و ملخص القول فيها: انه بناءً على ما افاده الشيخ ره في بيع الغاصب لنفسه من انه انما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة لا بد من البناء على الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اما الصحة فلأن البيع واقع للمالك، و اما عدم الوقوف على الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة الى الإجازة. و ما ذكره ره في وجه الاحتياج إليها من عدم الوقوع على الوجه المأذون فيه، يرد عليه: ان غرضه ان كان عدم كونه مأذوناً فيه تكليفا فيرده: ما تقدم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراما. و ان كان غرضه عدم كونه مأذوناً فيه وصفا، فيرده: ان المفروض كونه وليا و لعله الى هذا أشار بقوله فتأمل، و اما بناءً على ما ذكرناه من ان التنزيل لا يصح قصد المعاوضة، فلا يمكن تصحيح البيع في المقام لأن الولي لا يتمكن من تملك مال المولى عليه مجانا.

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع و شروطه - و باب ٨٨ - من أبواب احكام الوصايا. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٢

[...]

لوع باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

الصورة الثالثة: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا. و الكلام فيها يقع في جهتين: الأولى: في أنه هل يصح ام لا؟. الثانية: في انه على فرض الصحة هل يتوقف على الإجازة ام لا؟. اما الجهة الأولى: فعن العلامة و ولده و الشهيد و غيرهم: القول بالبطلان فيما لو باع مال ابيه بظن حياته فبان ميتا، و استدل له بأمرين: الأول: ما توضيحه: ان البيع للأب بظن حياته بحسب الطبع انما يكون بيعا للأب، و حيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له و لو بإجازته. و بهذا البيان يظهر ان ما اورده الشيخ ره عليه: بان يبيعه عن الأب انما يكون عنه من حيث انه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة انما قصد

البيع عن المالك، كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه، غير وارد.

ثم ان المحقق النائيني ره اورد على الشيخ ره: بان الحثية التقييدية لا يمكن الالتزام بها في الموضوعات الشخصية، لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي بيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، و توصيفه بانه المالك حثية تعليلية، و الحثية التعليلية لا أثر لها لاتحاد المنشأ و المجاز.

و فيه: ان الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين:

الأول: الأفعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالأكل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٣

[...]

الثاني: الأفعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع و الائتمام.

و القسم الأول يتم فيه ما ذكره من جهة ان تلك الأفعال لا تتعلق بالعناوين، مثلا الضرب لا يتعلق بالعنوان فهو اما ان يقع و اما لا، و لا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير. و لا يتم في القسم الثاني لأن الأفعال التي تكون من هذا القبيل تتعلق بالعناوين الكلية.

ففي المقام يتصور وقوع البيع عن الأب على وجهين.

الأول: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحثية تقييدية.

الثاني: وقوعه عنه بنحو تكون الحثية تعليلية.

فما افاده الشيخ ره لا يرد عليه ذلك، فالصحيح ان يورد عليه بما ذكرناه، نعم هذا الإيراد وارد عليه على مسلكه ره، حيث أنه في كتاب الصلاة في مبحث الجماعة في مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب الى هذا المبني، و نحن أوردنا عليه بعين هذا الإيراد- راجع الجزء السادس من هذا الشرح-

الثاني: انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا ان البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه، فحيث انه يعتقد انطباقه على ابيه فقصد الإطلاق في حكم التعليق، اي عن والدي أو عنى ان مات هو، و حيث انه يعتقد كونه حيا فقصد الإطلاق في عقده يعد عبثا و منافيا للقصد الجدي في المعاملة.

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره الشيخ ره و تبعه المحقق النائيني ره و غيره، من: ان هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأول من جهة ان اساس الأول وقوع البيع عن الأب، و اساس هذا وقوعه عن نفسه.

و الحق في الجواب عن هذا الوجه: ان هذا النحو من التعليق- اي المعنوي منه- لا يضر بصحة العقد، كما ان عدم القصد الجدي بهذه الكيفية غير مضر- كما تقدم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٤

[...]

في أول مسألة بيع الفضولي- فالصحيح هو الوجه الأول.

فالمتحصل: انه ان كان البيع عن المالك- اي عن الأب بما انه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه- صح البيع، و ان كان عن الأب كما هو كذلك بحسب الطبع، فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه.

و أما الجهة الثانية: فالمحكى عن غير واحد: لزوم العقد و عدم الحاجة الى اجازة مستأنفة، و عن المحقق و الشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة.

و قد استدلل للتوقف على الإجازة بوجهين:

الأول: ما عن جامع المقاصد من: انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن بل مع اجازة المالك.
و توضيحه: ان العاقل الملتفت الى كون المال للغير و انه لا ينتقل عن ملكه قهراً لا محالة يكون قصده للنقل مقيدا بالإجازة، و حيث ان العقود تابعة للقصد فلا بد و ان تقع الإجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود.
و فيه: أولاً: ان محل الكلام هو قصد البيع مع المالك لا عن شخص الغير و الا بطل البيع كما تقدم، و عليه، و ان سلم كون النقل موقوفاً على الإجازة، الا انه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلا حاجة الى اجازته.
و بعبارة اخرى: بما انه يبيع عن المالك عن قصد إليه، و المفروض انه هو المالك، فلا حاجة الى الإجازة. و لعله إليه يرجع ما ذكره المحقق الثاني بقوله: الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف.
و ثانياً: ان حقيقة البيع و هي النقل في نظر الناقل لا النقل في نظر الشارع، فالالتفات الى انه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهراً غير مناف لقصد النقل الذي به
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٥
[...]

قوام البيع.

و بالجملة: الانتقال شرعا من آثار البيع، و لا يلزم قصده حتى يقال انه يكون موقوفاً على الإجازة. و إلى هذا نظر الشيخ ره فيما ذكره في مقام الجواب.
و أما ما ذكره الشيخ ره بقوله: مع ان عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف، الذي حاصله: ان عدم إمكان قصد النقل فعلاً يناسب القول بالنقل، فان الانتقال انما يكون من حين الإجازة: بخلاف القول بالكشف فان الانتقال فعلي، فيمكن قصده حال النقل، فيرد عليه: ان المدعى هو وقوف النقل على الإجازة لا- تأخره عنها، و هذا لا فرق فيه بين القول بالنقل و الكشف، فانه على الكشف ايضا يكون النقل موقوفاً على الإجازة.
الوجه الثاني: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان اكثر ادلة اشتراط الإجازة في بيع الفضولي جارية هنا، و مراده بما ادله اعتبار التراضي و طيب النفس «١» كما يصرح به بعد ذلك.
و تقريب ما افاده: انها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله، و لذا لو قدّم الى غيره طعاماً بتخيل انه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بانه له، و في المقام بما ان البائع انما رضى بنقل مال معين اتفق كونه ملكاً له في الواقع، و لم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج الى الإجازة لذلك.
و فيه: انه ان كان البيع عن شخص من يتخيل كونه مالكا لزم بطلان البيع و عدم إمكان تصحيحه و لو بالإجازة، و ان كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان انه ماله موجود، فاما يكون باطلاً أو يكون لازماً غير متوقف على

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل - باب ٣- من أبواب مكان المصلي حديث ١- ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٦

[...]

و بعبارة اخرى: انه لا ريب فى كونه راضيا ببيع مال نفسه، فان كان البيع يباع عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للإجازة، و ان كان يباع عن المالك بما هو مالك بنحو يعم نفسه كان الرضا متعلقا بنقل مال المالك الواقعى و ان كان منطبقا على نفسه، و معه لا حاجة الى الإجازة لصدور العقد عنه مباشرة و عن الرضا، و هو اولى من اذنه و اجازته.

و لعله الى هذا يرجع ما استدل به لعدم الاحتياج الى الإجازة بما نقله الشيخ ره بقوله: و لأن قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد... إلخ فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ.

و قد يقال: ان هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون متزلزلا من حيث الحدوث معللا بقاعدة نفي الضرر «١».

و أجاب عن ذلك الشيخ الأعظم ره بما حاصله يرجع الى أمرين: أحدهما: انه لا يصح الرجوع الى قاعدة نفي الضرر التى هى من الأدلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا و طيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

و بعبارة اخرى: ان مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقدة لا يتحقق الانتقال، و مع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذى هو فرع الانتقال.

الثانى: ان الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضرراً مالياً كما فى موارد خيارى العيب و الغبن، و اخرى يكون ضرراً سلطانياً، اى يكون موجبا للنقص فى

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٨٧

[...]

سلطانه على ماله، و فى الأول يتدارك الضرر بالخيار، و اما فى الثانى فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه على ماله، و سد بابه انما هو بالالتزام بعدم خروجه عن ملكه بلا- رضاه لا- خروجه عند و تداركه بالخيار، إذ اصل الانتقال و لو متزلزلا ضرر على المالك فى سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا اللزوم.

و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المحقق النائينى ره على الشيخ بان الصحة ليست امراً مجعولا حتى ترتفع بها بل هى منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد فى ناحية الأسباب أو المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، و الا فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر و نحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، و لا يمكن اثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر، فى غير محله، فان دليل نفي الضرر يرفع إمضاء الشارع للعقد الذى يلزم منه هذا الضرر و لا محذور فى ذلك.

قال الشيخ: ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفه على القول بصحة عقد الفضولى... إلخ.

محصل ما ذكره: ان الأدلة الأربعة التى أقاموها على بطلان بيع الفضولى من الكتاب «١» و السنة «٢» و الإجماع و العقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده امر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولى من باب حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير، يتجه البطلان فى المقام.

و اورد عليه المحقق النائينى: بان حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعى، و حكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعى المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعى، و الحكم الشرعى

(١) النساء: آية ٢٩. الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود

(٢) النساء: آية ٢٩. الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٨

[...]

المستفاد من الثاني طريقي، فإذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون الا تجريباً.

وفيه: ان مورد استثناء الشيخ ره هو حكم العقل بقبح التصرف، وقال: انه لو كان المدرك هو هذا الحكم من العقل اتجه الحكم بالفساد هنا، فان موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد انه مال الغير، و كون الحكم المستفاد من هذا الحكم في بعض الموارد واقعيًا وفي آخر طريقاً اجنبياً عن ما هو محل استثناء الشيخ.

لوبياع لنفسه فانكشف انه له

الصورة الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له، فتارة: يبني على انه ماله كان في اعتبار العقلاء ايضاً كذلك كما في ثمن الخمر، ام لم يكن كما في المال المكسوب من القمار، و اخرى: لا- يبني على ذلك بل يبيع بان يخرج المثلث من ملك ذلك الغير و يدخل ثمنه في ملكه.

اما في الصورة الأولى: فالأظهر الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، فانه باعه عن الرضا بعنوان انه ماله، فالعقد تام من حيث الأركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله، فما أفاده الشيخ ره بقوله: و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة متين، بل هو وجه وجيه. و أما في الصورة الثانية: فدعوى اعتبار الإجازة بناءً على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان انه ماله في البيع، في محلها، لأنه انما رضى بانتقال ما يعتقد انه مال الغير و لم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٨٩

[...]

القول في المجاز

إشارة

و أما القول في المجاز: فتمام الكلام فيه بيان امور:

[اشتراط كونه جامعاً لجميع الشروط]

الأول: قال الشيخ: بشرط في كونه جامعاً لجميع الشروط المعتمدة في تأثيره عدا رضا المالك.

أقول: ان الشروط المعتمدة في إنشاء العقد لا كلام فيها، و اما غيرها من الشروط من شرائط المتعدين و العوضين، فهي على اقسام:

الأول: ما يعتبر حال العقد، ككون العاقد ممن يصح منه المعاهدة و المعاهدة، اما عقلاً ككونه حياً، أو شرعاً ككونه عاقلاً.

الثاني: ما يعتبر فيمن زمام امر العقد بيده كان هو المالك أو ولي التصرف كالقدرة على التسليم، فان دليل اعتبارها انما يدل على ذلك، و لذا لو كان مجرى الصيغة غير قادر على التسليم و كان البيع للصبي غير القادر و لكن كان وليه قادراً صح البيع.

الثالث: ما يعتبر في المالك للمصحف مسلماً.

اما القسم الأول: فهو يعتبر وجوده حين العقد و لا يخفى وجهه.

و أما القسم الثاني: فلا- يعتبر، بل يعتبر وجوده حين الإجازة حتى على الكشف، فانه انما يكون في الملكية لا في انتساب العقد الى المجيز- و هو يعتبر وجوده حين صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد- و هو انما يكون من حين الإجازة.
و أما القسم الثالث: فعلى القول بالكشف يعتبر وجوده حين العقد لأنه أول زمان حصول الملكية، و على القول بالنقل لا يعتبر ذلك.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٠
[...]

و استدل الشيخ قده لاعتبار الشروط فيه بما محصله: ان العقد الإنشائي اما تمام السبب أو جزءه، و على كل تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه لنفس دليل الاعتبار، بل ما دل عليه على اعتباره في العقد التام دون جزءه يعتبر فيه ايضا، لأن الإجازة ليست جزء العقد بل هي شرط تأثيره، و تمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولي و الأصيل، و لو سلم كونها جزء فإنما هي جزء السبب الملك لا جزء البيع الإنشائي و ظاهر الأدلة اعتبار ذلك في البيع الإنشائي لا السبب المملك.
و لكن يرد عليه- مضافا الى ما تقدم عند بيان ما هو الحق عندنا-: ان غاية ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد، اما انه هل يعتبر كون المجري للصيغة كذلك ام يعتبر كون المجيز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بد من الرجوع في ذلك الى وجه آخر، و الظاهر هو الأول، فان المجيز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح و ينسبه الى نفسه، فلا- بد و ان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا، و من جملة ما يعتبر في الصحة العلم بالعوضين.
و بهذا يظهر الفرق بين الإذن و الإجازة، فان العقد في الأول من حين تحققه يستند الى الإذن، فيكفي كونه عالما بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

و هل يشترط بقاء الشرائط المعتمدة حين العقد الى زمان الإجازة ام لا؟ وجهان.

يقع الكلام في موردين:

الأول: في انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الإجازة ام لا؟ و الحق ان شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الإجازة الا على القول بأنها بيع مستأنف- اى إيجاب متأخر- أو قبول، و اما غيرها من الشروط فما كان منها معتبرا فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها، لأنه حين الإجازة يستند العقد الى المجيز و يصير العقد عقده، و ما كان منها معتبرا في حال العقد لا يعتبر وجوده حين الإجازة، و ما كان منها معتبرا في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩١

[...]

المالك يفصل بين القول بالكشف و النقل. و على الأول لا يعتبر و على الثاني يعتبر كما تقدم.

المورد الثاني: في انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط من حين العقد الى حين الإجازة، ام لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، و يظهر وجهه مما قدمناه.

يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل ام لا؟ وجهان.

و تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في أنه هل يعتبر العلم التفصيلي بالمجاز من حيث العوضين و نوع العقد من البيع و الهبة و غيرهما ام لا يعتبر ذلك؟.

الثانى: فى انه هل يعتبر العلم بوقوع العقد ام يكفى احتمال وقوعه؟.

اما المقام الأول: فقد استدل لاعتبار العلم بوجوه:

الأول: ما فى المكاسب، و هو: ان الإجازة احد ركنى العقد، إذ المعاهدة الحقيقية انما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

وفيه: ان دليل اعتبار العلم بالعوضين و نوع العقد لو دل على اعتباره فى البيع و العقد و قلنا ان ظاهره اعتبار ذلك فى البيع و العقد الإنشائى - الذى هو السبب للمعاهدة الحقيقية - فلا وجه لاعتباره فى الإجازة، لأن مجرد الشباهة بالقبول لا يوجب الإلحاق فى الحكم، و الا فالإذن السابق ايضا كذلك، مع انه لا يعتبر فيه ذلك.

الثانى: ما افاده المحقق النائنى ره، و هو: ان الإجازة لا معنى لتعلقها بالعقد

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٩٢

[...]

على نحو الإطلاق لوقوع عقد الفضولى على شىء خاص، و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقلاء.

وفيه: أولا: انه يمكن الإطلاق فى الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع أياً ما كان، و ليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذى لا واقع له.

و ثانيا: انه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الإطلاق غاية الأمر كونها من قبيل اجازة الجهول، و هى كالإذن فى المجهول لا إشكال فيها.

و بالجملة: ان الإذن فى المبهم لعدم كون المبهم مما له واقع لا- يصح، و كذلك اجازته، و اما الاذن فى المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، و كذلك الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما افاده المحقق النائنى ره ايضا، و هو: ان الإجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج فى عموم نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر.

وفيه: أولا: ان الغرر المنفى مختص بالبيع «١».

و ثانيا: انه على فرض العموم لا- إشكال فى عدم كون التوكيل و الاذن مشمولين للمنفى، إذ لا- ريب فى عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات و التعيين من جميع الجهات فيهما، و كذلك الإجازة.

الرابع: ان البيع انما ينتسب الى المجيز من حين الإجازة، ففى الحقيقة هى تكون معاملة و بيعا، فيعتبر ان لا تكون غررية.

(١) الوسائل - باب ٤٠- من أبواب آداب التجارة حديث ٣- و المستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١- و سنن بيهقى ج ٥ ص ٣٣٨- و سنن الترمذى ج ٣- ص ٥٣٢- و أخرجه مسلم- و أبو داود- فى كتاب البيوع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٩٣

[...]

وفيه: ان المنفى هو البيع الغررى، و هو ظاهر فى الإنشائى منه كما تقدم، فالأظهر انه لا يعتبر العلم بالمجاز.

و أما المقام الثانى: فقد استدل لاعتبار العلم بوجهين:

الأول ما فى المكاسب و هو ان الإجازة احد ركنى العقد، فلا يصح التعليق فيها. و بعبارة اخرى: انها فى معناه، فالتعليق مبطل لها.

و فيه: ان مدرک مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقن منه التعليق في البيع الإنشائي، و لا يشمل البيع الحقيقي و ما في معنى البيع: الثاني: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان بها يتحقق الاستناد، و هي من الإيقاعات، و الإيقاع لا يقبل التعليق. و فيه: ان الإيقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لا الإنشاء، و لا دليل على بطلانه به، مع انه لو سلم ذلك فإنما هو في التعليق على غير القيود التي يتوقف عليها، و الا- فلا- دليل على البطلان، و المقام من هذا القبيل لتوقف الإجازة على صدور العقد. فالأظهر عدم اعتبار به، فيكفي مجرد احتمالها، فيجيزه على تقدير وقوعه

حكم العقود المترتبة

الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير، و اما العقد الواقع على عوضه، و الأصحاب حكموا بان اجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحته و صحة ما بعده من العقود، و اجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته و صحة ما قبله. و محل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالي لا الزماني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٤ [٠٠٠]

فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لا طولية و خارجة عما هو محل الكلام، و تعاقبها اما ان يكون بوقوعها من اشخاص متعددة و اما بتعاقبها على اثمان عديدة. ثم ان المراد من العوض في كلماتهم- على ما صرح به الشيخ ره- هو الثمن الكلي، و بعبارة اخرى: ان محل البحث هي صورة ترامي الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي. ثم ان العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير أو على عوضه، بان يكون العوض في كل عقد معوضا في الآخر، و على كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره و لا- كلام في ان للمالك اجازة اي منها شاء، انما الكلام في انه إذا أجاز عقداً هل يوجب ذلك صحة غيره ام لا.؟.

و تنقيح القول فيه: ان المجاز اما أول عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه، أو وسط واقع بين سابق و لاحق واقعين على مورد عقد الوسط و المراد من المورد أعم من الثمن و المثل في العقد الوسط، و ايضا المراد من الوقوع على المورد أعم من كون المورد في ذلك العقد ثمنا أو مثمنا أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق وارداً على مورده و اللاحق وارداً على بدل مورده، أو بالعكس، فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض، و اما الواقعة على العوض فهي ايضا كذلك، لأن المجاز اما ان يكون أول عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق و لاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد و اللاحق على بدله، أو بالعكس. فمجموع الصور اثنتا عشرة، ست للفرض الأول، و ست للفرض الثاني.

و جمع الشيخ الجميع فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية و باع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٥

[٠٠٠]

بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل، و جامعياً هذا المثل لجميع الصور يظهر من التصوير التالي، تأمل تعرف.

- (صور العقود الواقعة على المعوض) بيع العبد بفرس بيع الفرس بدرهم بيع العبد بكتاب بيع العبد بدينار بيع الدينار بجارية ١- أول عقد واقع على المعوض: بيع العبد بفرس.
- ٢- آخر عقد واقع عليه: بيع العبد بدينار.
- ٣- الوسط الواقع عليه- الواقع بين الواقعين على مورده-: بيع العبد بكتاب الواقع بين بيعه بفرس و بيعه بدينار.
- ٤- الوسط الواقع بين واقعين على بدل مورده، بيع العبد بكتاب، الواقع بين بيع الفرس الذي هو بدل للعبد في العقد الأول بدرهم، و بين بيع الدينار الذي هو البديل للعبد في العقد الآخر بجارية.
- ٥- ٦- و بذلك ظهر الواقع بين المختلفين.
- (صور العقود الواقعة على العوض) بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس بيع الدرهم برغيف بيع الدرهم بحمار بيع الرغيف بعسل.
- بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس ١- أول عقد واقع على العوض: بيع الفرس بدرهم.
- ٢- آخر عقد واقع عليه: بيع الرغيف بعسل.
- ٣- الوسط الواقع بين واقعين على مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع الفرس بدرهم، و بيع الدرهم بحمار.
- ٤- الوسط الواقع بين سابق واقع على بدل مورده، و لاحق واقع على مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع العبد بفرس، و بيع الدرهم بحمار.
- ٥- الوسط الواقع بين واقعين على بدل مورده، بيع الدرهم بحمار الواقع بين بيع العبد بفرس، و بيع الرغيف بعسل.
- ٦- الوسط الواقع بين سابق واقع
- فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٦

[...]

على مورده و هو بيع الدرهم برغيف، و لاحق واقع على بدل مورده و هو بيع الرغيف بعسل، و هو ايضا بيع الدرهم بحمار. هذا كله في تطبيق المثال الذي ذكره الشيخ على جميع الصور.

ثم انه يقع الكلام في بيان حكم العقود المترتبة، فالضابط: ان الإجازة كما توجب صحة المجاز، توجب صحة ما قبله مما يتوقف عليه و ما بعده مما يكون من احكامه. و بعبارة اخرى: توجب صحة مما يكون في سلسله علله و معلوله.

توضيح ذلك بنحو يظهر حكم جميع الصور، يقتضى البحث في مواضع:

الأول: في العقود الواقعة على شخص مال المالك و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على العوض، و بيان انه لو أجاز المالك العقد الواقع على ماله اى عقد يصح بهذه الإجازة، و مثال الجامع لذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع العبد بكتاب، ثم بيع الكتاب بالحنطة، ثم بيع العبد بدينار، ثم بيع الدينار بجارية.

الثاني: في العقود الواقعة على الثمن الشخصى، و هو الثمن الواقع عوضا في البيع الأول، و هو الفرس و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على عوضه، و مثال ذلك: بيع الفرس بدرهم، ثم بيع الدرهم بعسل، ثم بيع الفرس بحمار، ثم بيع الحمار بجارية، ثم بيع الفرس بالدار، ثم بيع الدار بالكتاب.

الثالث: في العقود الواقعة على الثمن الكلى و ما سبقه و لحقه من العقود، و مثال ذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع صاحب الفرس العبد بكتاب، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع صاحب الدرهم بدينار، ثم بيع الدرهم برغيف، ثم بيع صاحب الرغيف

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٧

[...]

الدرهم بحمار، ثم بيع الرغيف بعسل.

و في هذه المواضع تارة: يجيز المالك أول العقود، و أخرى: آخرها. و ثالثة: الوسط منها. فإذا بينا حكم اجازة الوسط و تبين حكمه و ما سبقه و لحقه يظهر حكم اجازة العقد الأول و الآخر.

فأقول مستعينا بالله تعالى: انه في الموضع الأول لو أجاز العقد الوسط منها و هو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسحا بالنسبة الى ما قبله سواء أ كان واقعا على نفس مال المالك و هو بيع العبد بفرس، أو واقعا على عوضه في ذلك العقد و هو بيع الفرس بدرهم، بمعنى انه يفوت بذلك محل الإجازة بالنسبة الى المالك للخروج عن تحت سلطنته و عدم توقف صحة المجاز عليهما.

نعم لمن انتقل إليه العبد اجازة بيع العبد بفرس، بناء على عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالكا على القول بالنقل، و مطلقا بناء على القول بالكشف، و له اجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس إليه، و لو أجاز أولا بيع الفرس يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه عليه، و لو لم يجز من انتقل إليه المال بيعه و لا بيع عوضه، فلما لك الفرس حينئذ اجازة بيعه بدرهم.

و اما بالقياس الى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال- و هو بيع العبد بدينار- أو عوضه في العقد اللاحق- و هو بيع الدينار بجارية- فعلى القول بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الإجازة لوقوعها في ملك ملاكها، و اما بناء على القول بالنقل فيبتنى على المسألة المتقدمة- و هي عدم اشتراط الملكية حين العقد- و اما الواقع على عوض هذا المجاز- و هو بيع الكتاب بحنطة- فلا يلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سببا لدخول الكتاب في ملكه، فله اجازة العقد الواقع على كتابه. فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد بإطلاقه غير تام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٨

[...]

و اما الموضع الثاني: فالحكم فيه هو الحكم في الموضع الأول، الا في مورد واحد.

توضيح ذلك: انه إذا تعلق الإجازة بالعقد الوسط- و هو بيع الفرس بحمار- فبالنسبة الى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن- و هو بيع الفرس بدرهم- و على بدله- و هو بيع الدرهم بعسل- يكون فسحا بالتقريب المتقدم.

و أما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن- و هو بيع الفرس بالدار- و على عوضه في العقد اللاحق- و هو بيع الدار بكتاب- فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل.

و أما ما وقع على عوضه في المجاز- و هو بيع الحمار بجارية- فلا يصح بإجازة ذلك لما تقدم.

هذا فيما يشترك فيه الموضعان، و اما ما يختص به هذا الموضع، و هو ان الإجازة في هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك أولا و هو بيع العبد بفرس، و الا لم يصير الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه. فظهر انه لا وجه للقول بأنها توجب فسخ العقود اللاحقة.

و أما الموضع الثالث: فلو أجاز العقد الوسط- و هو بيع الدرهم برغيف- فبالنسبة الى ما بعده من العقود يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه، و ما وقع على ما انتقل إليه، فالبيع الواقع على ما انتقل إليه- و هو بيع الرغيف بعسل- لا يصح بهذه الإجازة، لأنه أوجب دخول المعوض في ملكه، فله اجازة العقد الواقع عليه ايضا، و اما الواقع على ما انتقل عنه- و هو بيع الدرهم بحمار- فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، أو عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد على القول بالنقل.

و أما بالنسبة الى ما قبله من العقود فهي توجب صحة جميعها، أعم من الواقع على المعوض، أو الثمن الكلي، أو الشخصي على القول بالكشف، أو عدم اشتراط

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٩٩

[...]

الملكية على النقل.

اما الأول: فلأنه إذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح.

و أما الثاني: فلأن صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكا له، إذ لو لم يصر الدرهم ملكا له كيف يجيز بيعه برغيف، و صحة بيع الفرس بدرهم أيضا تتوقف على صحة بيع العبد بفرس.

و أما الثالث: فلأنه إذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان في ملكه.

ثم انه من جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصي مرات، ثم العقد على الثمن الكلي أو العكس، أو غير ذلك من الفروض.

كما انه ظهر ما في إطلاق كلام الشهيد قده من: ان العقود الواقعة على المبيع لو أجاز المالك الوسط منها صح و ما بعده، و في الثمن ينعكس الأمر.

كما انه ظهر ما إطلاق كلام الشيخ ره من: انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة كانت اجازة الوسط فسحا لما قبله، و اجازة لما بعده، و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر، إذ يرد عليه: انه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع ذلك تكون اجازة الوسط فسحا لما قبله كما عرفت، و كذلك لو فرضنا ترتب العقود في الثمن الكلي من اشخاص متعددة تكون اجازة لما قبله، فالأولى في بيان الضابط ما ذكرناه فافهم و اغتتم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٠

[...]

حكم تنابع العقود في صورة على المشتري بالغصب

بقي في المقام اشكال أشار إليه المصنف في القواعد في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، و أوضحه قطب الدين على المنقول عنه: بان المشتري مع العلم يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، و لهذا لو تلف لمن يكن له الرجوع عليه، و لو بقي ففيه الوجهان فلا- تنفذ فيه اجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفع ثمنه عن مبيع اشتراه، و من ان الثمن عوض عن العين المملوكة، و لم يمنع من نفوذ الملك فيه الا عدم صدوره عن المالك فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه. انتهى.

و نحوه ما عن الشهيد في حواشيه، و عن الإيضاح وجه آخر ستقف عليه.

و حيث ان منشأ الإشكال هو فتوى الأصحاب بانه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع إليه و مطالبته بالمثل أو القيمة.

فينبغي البحث في مقامين:

الأول: في المنشأ.

الثاني: فيما نشأ عنه.

اما المقام الأول: ففيه مسائل:

الأولى: في ان التسليم إليه مملك له اياه أو مبيح للتصرفات، ام لا؟.

فقد استدل للأول بوجهين:

الأول: ان الأصحاب حكموا بأنه إذا رجع المالك الى المشتري بالمبيع ليس له الرجوع الى البائع باسترداد الثمن، و لو لا كونه ملكا له كان ذلك منافيا لتسلط الناس
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠١
[...]

على أموالهم.

وفيه: - مضافا الى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخران: أحدهما: الضمان مطلقا، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين-
ان الأسباب المملوكة مضبوطة و ليس التسليط بعنوان العوضيه منها، و اما اباحة التصرفات فلا بد و ان تكون اما بفعل المالك أو بحكم
الشارع، و شيء منهما ليس في المقام.

الثاني: انهم حكموا بعدم الضمان في صورة الإلتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن إلتلاف مال الغير موجب للضمان.

وفيه: - مضافا الى ما تقدم- ان عدم الضمان لازم أعم للملك و لما اذن مالكة في الإلتلاف.

الثانية: في انه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقائه ام لا؟.

الأظهر هو الأول، اما بناءً على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، و اما بناءً على القول الآخر فكذلك بناءً على كون التسليط مبيحا
للتصرفات، و اما على القول بكونه مملوكا فلائنه لو سلم ذلك كان هبةً و يجوز الرجوع في الموهوب مع بقائه.

المسألة الثالثة: في انه هل يجوز الرجوع الى البدل إذا أتلفه الغاصب، ام لا؟.

قد استدل للثاني بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: - مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم- انه لم يثبت كونه اجماعا تعديدا.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني (ره) و هو: ان الضمان اما معاوضي أو يدي، و شيء منهما لا مورد له في المقام، اما الأول: فلعلمه بانه
ليس المثلن له، و اما الثاني: فلعلم المشتري بكونه غاصبا و لازمه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن بصحيحة لا
يضمن بفاسده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٢

[...]

وفيه: انه انما يدفعه عوضا عن المبيع لا مجانا، فيكون من صغريات ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو: ان إقباضه الثمن اياه ليس اقباضاً و فائياً، إذ لازم نفوذ المعاملة بإجازة المالك إقباضه
للمالك، فهذا الإقباض الخارجى تسليط منه للغاصب على ماله برضاه و اختياره، فوضع يده عليه باذن المالك، و كذا تصرفاته فلا
يكون ضامنا بإتلافه الثمن.

وفيه: ان الإقباض ان كان بعنوان انه مالك أو ليوصله الى مالكة لا يكون اذنا له في التصرف و الإلتلاف مطلقا، فالأظهر جواز الرجوع
إليه في صورة الإلتلاف.

و بما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل و تسليم المنشأ، و ملخص القول فيه بعد التنبيه على امر و هو: ان مورد

الإشكال انما هو الثمن الشخصي لا الكلي، إذ غاية ما يلزم على الثاني صيرورة ما يأخذ ملكا للغاصب، و لكن الثمن يكون باقيا. انه وقع الإشكال من جهات:

الأولى: من جهة البيع الأول الواقع على مال المالك.

و تقريب الإشكال من هذه الجهة وجهان:

الأول: ان المشتري العالم بغاصبية البائع يكون مرجع اشتراؤه منه الى هبة و تملك للمبيع مجانا، أو الى هبة و استنفاذ للمبيع لعدم إمكان قصد المعاوضة الحقيقية، و لازم ذلك عدم صحة البيع الأول.

و الجواب عنه: ما ذكرناه مفصلا في بيع الغاصب لنفسه.

الثاني: ان المشتري مع العلم بالغصبيّة إذا قبض الثمن اياه يكون ذلك مملكا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٣

[...]

و تسليطا مجانا، فيبقى المبيع بلا ثمن.

وفيه: - مضافا الى ما عرفت من فساد المبنى - انه لو تم فإنما يتم على القول بالنقل و لا- يتم على القول بالكشف، إذ عليه يكون التسليط تسليطا على مال الغير و هو لا- يكون مملكا، مع انه لا يتم لكأنه لو سلم كونه تسليطا مجانا فحيث انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن و هو كونه مملكا في فرض عدم الإجازة.

الثانية: من جهة تتابع العقود.

و حاصله: ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فإذا أجاز ذلك فباع الثمن للغاصب أو اشترى به شيئا فقد خرج عن ملك مالكة و دخل بدله في ملك الغاصب على ما يقتضيه الإذن في التصرفات حتى الناقله، اما بدخوله في ملكه قبل التصرف الناقل و خروجه عن ملكه، أو بخروج الثمن عن ملك المشتري و دخول بدله في ملك الغاصب على اختلاف المسلكين في حقيقة البيع. فالبيع الثاني و كذا ما بعده من البيوع ليس للمالك اجازته، لأنه لا معنى لإجازة العقد الوارد على ما ملكه عاقده، و لازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الأول في صورة التتابع، لأنه يكون البيع بقاء بلا- ثمن. و بعبارة اخرى: يكون من قبيل تلف الثمن قبل الإجازة، و ترده الإشكالات الثلاثة التي أوردناها على الإشكال من الجهة الأولى.

الثالثة: من جهة اجازة غير العقد الأول.

و حاصله على ما ذكره الشيخ ره في ذيل شرح عبارة الإيضاح: ان اجازة المالك البيع الثاني الواقع على عوض ماله و تأثيرها في صحة ذلك العقد من الفضولي تتوقف على ان يكون المبيع ملكا له، و الا- فاجازته اياه اجازة الأجنبي، و كون ذلك المبيع ملكا له يتوقف على اجازته المستلزمة لإجازة العقد الأول الموجبة لدخول المبيع في ملكه، و هذا دور واضح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٤

[...]

وفيه: أولا: ان هذا ليس اشكالا مختصا بصورة علم المشتري بالغصب.

و ثانيا: انه لا يختص تتابع العقود بما إذا أجاز الجميع بإجازة واحدة، فله ان يجيز مترتبا. و ثالثا: انه لو أجاز العقد الثاني تنحل اجازته الى اجازتين: احدهما: متعلقة بالعقد الثاني مطابقة، و الأخرى: متعلقة بالأول التزاما، و هما متحققتان فعلا و مؤثرتان بالترتيب. فأجازة العقد الثاني توجب أولا دخول الثمن في ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه و دخوله في ملك المشتري في العقد الثاني، و لا محذور

فى ذلك.

احكام الرد

اشارة

مسألة: فى احكام الرد.

و الكلام فيها يقع فى موضعين:

الأول: فى الرد الموجب لحل العقد.

الثانى: فى تصرفات المالك قبل الإجازة.

[الرد الموجب لحل العقد]

اما الموضع الأول: فبعد ما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، و ان الرد لا يوجب حل العقد و ليس مفاده الا عدم الإمضاء، لا مورد للبحث عن تحققه باى شىء، و اما على المسلك الآخر فلا- ينبغى التوقف فى عدم تحققه بالبناء القلبي من غير ان يظهر لكونه من الإنشائيات، كما لا توقف فى تحققه بالقول فى الجملة و بالفعل الذى يكون مصداقا للرد، انما الكلام فى انه هل يتحقق باللفظ غير الصريح ام لا؟.

و قد اختار الشيخ ره عدم التحقق لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز.

أقول: مدرك عدم تأثير الإجازة بعد الردان كان هو الإجماع- و حيث انه دليل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٠٥

[...]

لبنى لا إطلاق له- فيتعين الاقتصاد على المتيقن و هو عدم تأثير الإجازة بعد الرد بالقول الصريح، و اما لو كان المدرك قاعدة السلطنة- فبناء على كونها نظرة الى الأسباب- كان المتعين البناء على تحققه بكل لفظ دال عليه صريحا كان ام لم يكن كذلك.

[تصرفات المالك قبل الإجازة]

و اما الموضع الثانى: فالكلام فيه يقع فى مقامين:

الأول: فى التصرفات المخرجة عن الملك.

الثانى: فى غير المخرجة.

اما الأول: فعلى النقل لا كلام فى انها توجب فوت محل الإجازة بالنسبة الى المالك، فان المال باق على ملكه، و تصرف المالك فيما له نافذ شرعا، فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة الى المتصرف، و كذلك على الكشف الانقلابى و الحكمى.

و أما على الكشف الحقيقى بنحو الشرط المتأخر، فقد يتوهم ان الإجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد، فيكون التصرف المخرج واقعا على ملك الغير، و أوضحه المحقق الأصفهانى ره: بان صحة العقدين معا مستحيلة فلا بد من رفع اليد عن احد البيعين، و حيث انه تؤثر الإجازة فى الملكية من حين العقد فلا يعقل اعتبار اتصال الملكية بزمان الإجازة، فلا محالة تكون الملكية الى حال العقد كافية فى تأثير الإجازة، و عليه فالإجازة فى المقام صالحة للتأثير و يترتب عليه عدم نفوذ العقد الثانى لوقوعه فى ملك الغير، و هذا بخلاف العقد الثانى فانه غير صالح للتأثير، فان تأثيره دورى لتوقفه على بقاء المال على ملك مالكة حال البيع و هو متوقف على

عدم صحة العقد المجاز و هو متوقف على عدم كون المال ملكا له، مع انه لا مخرج له عن ملكه الا العقد الثاني فيدور.
و لكن يرد عليه: انه يعتبر في تأثير الإجازة- حتى على الكشف- كون زمام
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٦
]...[

امر البيع بيد المجيز، و انه إذا لم يجز يكون المال ملكا له. و هذا مع وقوع العقد الثاني مفقود، فانه بعد وقوعه و خروج المال عن ملكه
ليس زمام امر المال بيده حتى يجيز، فالتصرفات المخرجة عن الملك أعم من الناقلة، و المتلفة توجب تفويت محل الإجازة بالإضافة
الى المتصرف مطلقا.

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد. و بعبارة اخرى: التصرف المنافي لملك المشتري من حين
العقد.

الثاني: في التصرف غير المخرج.

اما الأول: فقد مثل له الشيخ ره: باستيلاء الجارية، و اجارة الدابة، و تزويج الأمة. و زاد بعضهم: جعل حق للغير في المال كالرهن.
اما استيلاء الجارية: فالحق انه مانع عن تأثير الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، اما على الأول: فواضح، فان الانتقال
انما يكون في حال كونها ام ولد، و اما على الثاني: فلأنه و ان كان زمان الملكية من حين العقد و قبل الاستيلاء الا ان البيع انما يصير
بيعه من حين الإجازة، و ان كان اثره من قبل فيشمله ما دل عدم جواز بيع الأمة المستولدة.

و أما اجارة الدابة: فالأقوال فيها ثلاثة:

الأول: ما في المكاسب و هو: صحة الإجازة و بطلان البيع.

الثاني: صحتهما معا و الرجوع الى البدل، بالإضافة الى المنفعة المستوفاه بالإجازة.

الثالث: وقوعهما صحيحاً مع ثبوت الخيار للمشتري.

و الحق في المقام ان يقال: انه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث، اما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٧

]...[

صحة الإجازة فلو وقعها من المالك الفعلي.

و أما صحة البيع، فلأن مورده العين و هي لم تخرج عن ملك المجيز، فجازته اجازة صادرة من أهلها واقعة في محلها.
و أما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الإجازة و جهل المشتري، فلأنه لم يرد إتلاف على ملكه، و انما انتقل إليه الملك مسلوب المنفعة، و
لازم ذلك ثبوت الخيار.

و أما بناءً على الكشف الانقلابي، فلا بد من اختيار الثاني، اما صحة البيع و الإجازة فلما تقدم، و اما الرجوع الى البدل فلأنه إذا انقلب
العين و صارت ملكا للمشتري بالإجازة انقلبت المنافع ايضاً، و حيث ان المالك أتلفها من حين الإجازة بعقد صحيح لزم الرجوع الى
البدل.

و أما على الكشف الحقيقي، فالمتعين صحة البيع و بطلان الإجازة، اما صحة البيع فلأن الإجازة صادرة من أهلها و اما بطلان الإجازة
فلكشف الإجازة عن وقوع الإجازة على مال الغير.

فتحصل: ان القول الأول لا دليل عليه.

و أما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقي باطل الا إذا أجاز مالكا، لأنه تزويج لأمة الغير المستكشف ذلك من الإجازة، و اما على النقل فالإجازة تكون كييعها بعد التزويج. و به يظهر حكمها على الكشف الانقلابي.

و أما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحا و ليس للمالك اجازة البيع كما هو ظاهر و كذلك على القول بالكشف الانقلابي، و اما على الكشف الحقيقي فيمكن البناء على تأثير الإجازة و انكشاف بطلان الرهن لكونه رهنا لمال الغير. فتأمل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٨

[...]

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

و أما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في انه هل يكون فعل مصداقا للرد كى يصح إنشاء الرد به ام لا؟ و قد ذهب المحقق النائيني ره الى الثاني.

وفيه: ان تحريك الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البيع فعل يكون رداً بالحمل الشائع، و كذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلي.

الثانية: في ان الأفعال غير المنافية لملك المشتري هل يتحقق بها الرد ام لا؟ و تلك الأفعال على قسمين: الأول: ما يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولي على ماله. الثاني: ما يقع في حال عدم الالتفات.

اما القسم الأول: فقد ذهب الشيخ الأعظم ره الى تحقق الرد به.

و استدل له بصدق الرد عليه، فيشمله ما دل على ان للمالك الرد، مثل ما ورد في نكاح العبد و الأمة بغير اذن مولاه كموثق زرارة عن الإمام الباقر (عليه السلام) عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال: ذاك الى سيده ان شاء اجازة و ان شاء فرق بينهما «١». و نحوه غيره.

و ما ورد فيمن زوجته امه و هو غائب كخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر (عليه السلام) عن رجل زوجته امه هو غائب قال (عليه السلام): النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه «٢».

(١) الوسائل - باب ٢٤- من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٧- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٠٩

[...]

و بأن المانع عن صحة الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي، و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفي العقد. و بفحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، فان الوجه في تحقق الفسخ هو دلالة على قصد فسخ البيع، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المترزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولي.

و في الجميع نظر: اما الأول: فلأن غاية ما تدل عليه هذه الأدلة انما هو عدم صحة العقد مع الترك و التفريق، و لا تدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذى هو محل الكلام. مع انه لو سلم دلالتها على ان له الرد يرد عليه ما ذكره ره بقوله: الا ان يقال ان الإطلاق مسوق ... إلخ. و حاصله: انه لا إطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد. و لعله يختص بالقول.

و أما الثانى: فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه احد الطرفين بنحو لا تؤثر اجازته فى انتساب العقد إليه و صيرورته طرفا للعقد.

و أما الثالث: فلأنه يمكن ان يكون نظر المجمعين أو بعضهم فى هذا الحكم الى توقف التصرفات المفروضة على الملك لا دلالتها على الفسخ، و هذا و ان كان خلاف التحقيق كما نبه ره عليه الا- ان مجرد احتمال كون نظرهم الى ذلك يمنع عن التمسك به فى الأصل، فضلا عن الفرع. مع: ان الأولوية ممنوعة، إذ الدفع و ان كان أهون من الرفع الا ان الرد فى المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك، فمن تلك الجهة بما ان فسخ ذى الخيار إرجاع للسلطنة و الرد فى المقام اعدام لها لا مورد للتشبه بالألوية. هذا كله مضافا الى ان تلك الأفعال المفروضة فى حال الالتفات لا تلازم إنشاء الرد بها بل تلازم من عدم الرد، مثلا التعريض للبيع يمكن

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١١٠

[...]

ان يكون للتحرى عن مشتر يدفع اكثر مما دفعه المشتري الأول، فان حصل دفع إليه و الا أجاز بيع الفضولى، و عليه فلا تكون كاشفة عن إنشاء الرد.

فالحق ان يقال: ان منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد ان كان هو الإجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلى، بل ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ فى الرد، فالإجازة بعده تؤثر و ان كان مدرکه دليل السلطنة «١» و قلنا ان له إطلاقا من حيث الأسباب و أحرزنا من الخارج إنشاء الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققا بالأفعال المفروضة، و الا فلا.

و أما القسم الثانى: فالظاهر انه لا يتحقق به الرد، لأنه من الإنشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الالتفات. و ما أفتوا به من ان انكار الطلاق رجوع فإنما هو للنص الخاص «٢». مع انه يمكن تطبيقه على القاعدة بان يقال ان الزوجية بعد الطلاق الى انقضاء العدة ثابتة، و التشبه بها رجوع، و انكار الطلاق تشبهت بها. و على كل تقدير لا يكون مربوطا بالمقام.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب اقسام الطلاق.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١١١

[...]

حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

مسألة: و لو لم يجز المالك، فان كان المال فى يده فهو، و الافتارة: تكون العين باقية، و اخرى: تكون تالفة. فان كانت باقية: ينتزعا ممن وجدها فى يده و له الرجوع الى غيره ممن دخلت تحت يده، و اما حكم منافعتها فقد تقدم فى البيع الفاسد. و ان كانت تالفة: فله الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده، و قرار الضمان انما يكون على من تلفت تحت يده، فان رجع الى الفضولى يأتى فيه المباني الخمسة المتقدمة: قيمة يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الدفع، أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الغصب أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف. و ان رجع الى المشتري لا- يبقى مورد لاحتمال الرجوع إليه بقيمة يوم الغصب أو اعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب أزيد من سائر الأيام لأن العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كى يكون ضامنا لتلك القيمة.

و بما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.

حكم رجوع المشتري الى الغاصب

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و اما حكم المشتري مع الفضولي سواء كان باقيا أو تالفا، فالكلام فيه تارة: في الثمن، و اخرى: فيما يغرمه زائدا على الثمن.

فالكلام في مسألتين:

الأولى: في حكم المشتري مع الفضولي في الثمن، و الكلام فيها في موردين:

الأول: فيما إذا كان جاهلا بكونه فضوليا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٢

[...]

الثاني: فيما إذا كان عالما به.

اما في المورد الأول: فتارة: ينكشف عند المشتري كذب البائع و انه فضولي، و اخرى: ينكشف كذب الآخر و يعلم انه مالك، و ثالثة: لا ينكشف شيء منهما.

لا اشكال في جواز الرجوع في الصورة الاولى، و عدم جوازه في الصورة الثانية، و اما في الصورة الثالثة فان اقام المالك البيئه لكونه ملكا له يجوز الرجوع إليه لأنه يصير البيع باطلا بحكم الشارع. و بعبارة اخرى: تكون البيئه حجة في مثبتاتها فيثبت بها كون البيع بيعا لمال الغير و عدم كون البائع مالكا و كونه فضوليا، و يترتب عليه جواز الرجوع. و كذلك لو أقر البائع بذلك.

و أما ان كان أخذ المالك المبيع مستندا الى الحلف المردود من البائع فغايه ما يثبت به أخذ المبيع و لا يثبت به كون البيع واقعا على مال الغير. و بعبارة اخرى: لا يكون الحلف طريقا شرعيا الى كون المال ملكا للمدعي، و عليه فلا وجه لرجوعه الى البائع.

و أما المورد الثاني: فان كان الثمن باقيا استرده- لما تقدم من عدم صيرورة ما دفع الى الفضولي و الغاصب بعنوان العوضيه ملكا له- و على فرض الملكية فغايته كونه هبة و يجوز الرجوع في الموهب.

و قد ذكر الشيخ ره وجهين آخرين لجواز الاسترداد: أحدهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم البناء عليه في التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، و لا يقولون به.

وفيه: انه يمكن الفرق بين البابين، فان الدفع في البيع الفاسد انما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا يكون مملكا، و في المقام ليس كذلك فانه ليس بعنوان الوفاء. فان الوفاء بالمعاملة يقتضى الدفع الى المالك لا إلى الفضولي.

ثانيهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم عدم صحة الإجازة من مالك المبيع حتى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٣

[...]

على النقل كما تقدم، مع انه لم يشك احد في الصحة.

وفيه: انه يمكن الجواب عنه بما ذكره هو قدده من: انه يمكن ان يكون الدفع تمليكا على تقدير عدم الإجازة، و ان كان الثمن تالفا فالمعروف انه لا يجوز الرجوع، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

و قد استدلل لجواز الرجوع و للضمان بوجوه:

أحدها: ما استند إليه الشيخ ره، و هو: ان إطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسده يقتضى الضمان، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان، ففاسده كذلك.

و فيه: أولا: ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبال سائر مقتضيات الضمان، بل مدرکہا عموم على اليد «١»، فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة و الشيخ ره حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام فلا مورد لتأمله، و ميله الى الضمان بل إفتائه به مستندا إليها. و ثانيا: ان هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان، و اما ان الضامن هو الغاصب البائع أو المالك فلا تدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجرى للصيغة و العلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك في المقام لا يوجب صرف الضمان الى البائع الغاصب. و ثالثا: ان الفساد لا يصدق على عقد الفضولي، بل هو صحيح فاقد لشرط

(١) المبسوط كتاب الغصب- المستدرک باب- ١- من أبواب كتاب الوديعة حديث ١٢ سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠- كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٤

[...]

قابل للحوقه.

ثانيها: قاعدة الاقدام، و قد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و غيرها من القواعد التي عدوها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، و انحصار موجب الضمان باليد و الإتلاف، و هما في المقام يقتضيان الضمان.

و قد أورد الشيخ على الاستدلال باليد في المقام: بأنها و ان كانت تقتضى الضمان الا ان فحوى ما دل «١» على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه- كما في الوديعة- أو الانتفاع به- كما في العارية- أو استيفاء المنفعة منه- كما في العين المستأجرة عدمه إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه مما لا يوجب ذلك بطريق اولي.

ثم أورد على نفسه: بان التسليط انما يكون في مقابل العوض، فأجاب عنه: بانه سألته بإزاء مال غيره، فلم يضمه في الحقيقة شيئا من كيسه.

ثم أورد على نفسه بما حاصله: انه انما سألته بإزاء مال الغير بعد البناء و لو عدوانا على كونه ملكا له، و عليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة، فهو يسلطه على وجه يضمه بماله، الا- ان كلا- منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على كون المثلث ملكا للبائع، فالتسليط انما يكون في مقابل ماله حقيقة، الا ان كون المثلث مالا له ادعائي.

و أجاب عنه: بان المعاملة و التضمن ليست ابتداءً بين الشخصين، فتكون حقيقة المعاملة تضمين كل منهما للآخر بماله الواقعي، و يكون تعلقها بالمالين اعتبارا

(١) الوسائل- باب ٤- من أبواب احكام الوديعة- و باب ١- من أبواب احكام العارية و باب ٣٢ من أبواب احكام الإجارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٥

[...]

ثانيا، بل تكون المعاملة ابتداءً بين المالين، فيجعل احد المالين بإزاء الآخر و ضمانه به، و لازم ذلك ضمان المالك الواقعي، و

الغاصب انما طبق عنوان المالك الواقعي على نفسه ادعاء، و لذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، و حيث انه ليس بمالك فلا يكون ضامنا.

يرد عليه قده امور:

الأول: ان لازم ما ذكره ره- من كون التسليط مجانيا- هو جواز تصرفه تكليفا، و قد صرح قده قبل ذلك بأسطر بعدم جوازه حيث قال: و هي جوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان بل قولان: أقواهما العدم، لأنه أكل للمال بالباطل.

الثاني: ان ما ذكره لو تم فإنما هو في صورة التلف، و لا يتم في صورة الإتلاف، إذا الحكم الثابت في الأصل انما هو في صورة التلف لا الإتلاف.

الثالث: ان ما افاده يتم في التضمن المعاملي، و اما في الضمان الثابت باليد المختص بما إذا كان وضع اليد على المال لا ياذن من المالك في التصرف فيه مجانا و بلا عوض، فلا يتم، فان من تحت يده المال هو الغاصب، و التسليط الخارجي لا يكون مجانيا بل انما يكون جريا على المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفع الى الغاصب انما يدفع إليه بعنوان كونه مال المدفوع إليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كذلك في موارد الاستئمان، فالفرق بين المقامين واضح.

لا- يقال: ان التسليط الخارجي بما انه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلا للتقييد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصا باعتقاد انه عدو له فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو، ففي المقام التسليط و ان كان بعنوان انه مال المدفوع إليه الا انه حيث يكون في الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٦

[...]

فانه يقال: ان المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كذلك. بل بما انه مبرز للإذن في التصرف فيه و إتلافه الذي هو من المعاني الإيقاعية المتعلقة بالصور الذهنية، و تلك المعاني قابلة للتقييد.

فان قلت: انه لا يمكن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي مع المالك إذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد. قلت: انه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين.

فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه: إنه لا مخصص لقاعدة اليد و الإتلاف، فالأظهر هو الضمان- كما اختاره بعض الأساطين و مال إليه جمع من المحققين- و حرمة التصرف فيه، و ان حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد. ثم ان هذا كله في صورة الرد، و اما في صورة اجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن. و اما في صورة القبض: فقد يكون الثمن كلياً، و قد يكون شخصياً، و على التقديرين تارة: يكون المقبوض باقياً، و اخرى: يكون تالفاً. فان كان الثمن كلياً و كان المقبوض باقياً، فان لم يجز الإقباض أو اجازة و بنينا على عدم قابليته للإجازة ليس للمالك- اي مالك المبيع- الا الرجوع الى المشتري، لأن المقبوض لا مساس له به، و ان أجاز الإقباض و بنينا على تأثير الإجازة فيه فله الرجوع الى البائع دون المشتري، لأن ذمة المشتري برئت من الضمان، و ماله دخل تحت يد البائع فيراجعه، و لا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل أو الكشف.

و ان كان الثمن كلياً و كان المقبوض تالفاً، فان لم يجز الإقباض أو اجازة و بنينا على عدم تأثيرها فيه فله الرجوع الى المشتري خاصة كما تقدم، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، و ان أجاز الإقباض و بنينا على تأثيرها فيه فعلى القول بان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٧

[...]

اجازة الإقباض كاشفة عن كون الإقباض من الأول كان إقباض للمالك، كما ان اجازة العقد كاشفة، للمالك الرجوع الى البائع في صورة الإتلاف دون التلف، إذ ليس على الأمين شيء الا مع فرض الإتلاف.

و على القول بان اجازته ناقلة- اما للبناء على النقل مطلقا أو في خصوص، اجازة الإقباض و شبهها- لا أثر لهذه الإجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح اجازته، فلا بدو ان يرجع الى المشتري خاصة.

و ان كان الثمن شخصيا و باقيا و اجاز الإقباض و بنينا على تأثيرها، له الرجوع الى البائع خاصة- من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف- و ان لم يجز الإقباض أو اجازته و بنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع الى كل منهما- اي البائع و المشتري على المسلكين- اما رجوعه الى البائع فلكون ماله تحت يده، و اما رجوعه الى المشتري فللزوم التسليم عليه.

و ان كان الثمن شخصيا و تالفا، فبناء على النقل مطلقا أو في خصوص اجازة الإقباض لا يبقى مورد لإجازة الإقباض فيفسخ العقد، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه. فتأمل.

و أما بناءً على القول بالكشف حتى في الإجازة و أجاز الإقباض، فليس للمالك الرجوع الى البائع و لا إلى المشتري. اما عدم الرجوع الى الأول فلأنه أمين، و اما عدم رجوعه الى الثاني فلتسلمه الثمن. نعم في فرض الإتلاف يرجع الى البائع.

فتحصل: انه في بعض الفروض يرجع الى اي منهما شاء، و في بعضها لا- يرجع إليهما، و في بعضها يرجع الى المشتري فقط، و في بعضها الى البائع، و في بعضها يبطل العقد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٨

[...]

الغرامة التي غرمها المشتري

المسألة الثانية: فيما يغرمه المشتري للمالك غير الثمن اما في مقابل العين أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، أو ما يصرف في إصلاح ملكه، أو لدفع النوائب عنه. و عليه فهو على اقسام:

الأول: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن الذي اشترى به إذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة و اخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

الثاني: قيمة المنافع المستوفاه.

الثالث: ما يغرمه. في مقابل المنافع غير المستوفاه.

الرابع: ما يغرمه من جهة حفر أو نفقة أو قيمة ولد و نحو ذلك.

ثم ان محل الكلام في المقام ليس الا رجوع المشتري الى البائع بعد رجوع المالك إليه، و اما رجوع المالك الى المشتري فهو مفروغ عنه في هذا البحث، كما ان محل الكلام صورة الرد دون الإجازة.

و الكلام تارة يقع في صورة العلم بالفضولية، و اخرى: في صورة الجهل بها.

اما في الأولى: فالظاهر انه: لا- خلاف بينهم في عدم رجوع المشتري إلى البائع لعدم الدليل عليه، و قد يقال: انه يستثنى من ذلك موردان: الأول: ما إذا ادعى البائع الأذن من المالك.

الثاني: ما إذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات إذا لم يجز المالك.

أقول: اما في المورد الأول: فمجرد دعوى الاذن لا يوجب الاستناد إليه كى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١١٩

]...[

تصح دعوى الغرور.

و أما فى المورد الثانى: فان كان الالتزام على الوجه الشرعى فهو الموجب للرجوع، و الا فلا موجب له.
 و أما فى الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لأبد من بيان القواعد التى استندوا إليها فى الحكم فى المقام:
 منها قاعدة نفى الضرر «١»: حيث ان الحكم بعدم رجوع المشتري الى البائع ضرر عليه، فتنفيه القاعدة.
 و فيه: أولاً: ما حقق فى محله من ان قاعدة نفى الضرر نافية للأحكام و لا تصلح لإثبات الحكم فلا يمكن اثبات الضمان بها.
 و ثانياً: ان الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران، فالأظهر انه لا مورد لها فى المقام.
 و منها قاعدة التسيب: اى قوة السبب على المباشر و استدلتوا لها: بالإجماع المحكى عن الإيضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان اقوى و بقاعدة الإلتلاف «٢».
 و فيه: ان المتقين من معقد الإجماع و ما يستفاد من القاعدة انما هو فيما إذا لم يتوسط بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار.

توضيح ذلك: ان السبب على اقسام الثلاثة:

الأول: ما إذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر، و يكون المباشر غير

(١) الوسائل - باب ١٧- من أبواب الخيار حديث ٤ و ٥.

(٢) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٦، ص: ١٢٠

]...[

مختار، و لم يصدر عنه الفعل باختياره. و فى هذا القسم يتم ما ذكر، و الدليلان يدلان على الضمان على السبب.
 و عد المحقق النائنى ره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور و فعل المكره بإكراه الجائر، نظراً الى ان الفعل لا يستند الى المباشر شرعاً لكون واجبا عليه.

و فيه: ان الوجوب الشرعى لا يوجب رفع الضمان، أ لا ترى انه لو اضطر الى أكل مال الغير و وجب عليه ذلك حفظاً للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففى مسألة المكره للمالك الرجوع الى المكره بالفتح. نعم فى مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة.

الثانى: ما إذا كان السبب محدثاً للداعى للمباشر من دون ان يستند الفعل الى السبب، كمن علم غيره طريق سرقة الأموال، و فى هذا القسم لا وجه للضمان على السبب، و الوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا الى المباشر، و الضمان المترتب عليه مستندا الى السبب، كمن قدم الى غيره طعاماً ليأكله مجاناً فتبين عدم كون الطعام له. و فى هذا القسم و ان كان المتجه الضمان، و لكن لا لما تقدم من الإجماع و قاعدة الإلتلاف، فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لا يكون السبب متلفاً و لا يكون الإجماع عليه تعدياً، بل لقواعد أخر، فاتضح ان قاعدة التسيب من حيث هى لا موضوعية لها.

و منها قاعدة الغرور: و استندوا فيها الى امور:

أحدها: الإجماع.

ثانيها: قاعدة نفى الضرر «١» نسب ذلك الى الرياض.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢١

[...]

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوة السبب على المباشر.

رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة الى الخسارة الواردة على المغرور.

وشيء من هذه الوجوه لا يتم، اما الثلاثة الأولى: فلما تقدم، و اما الأخير: فلأن خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان من

جهة الإلتلاف الاختياري للمشتري غير المستند الى البائع كما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لها بوجهين آخرين:

أحدهما: النبوى المعروف: المغرور يرجع على من غره «١» المعمول به بين الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة فى الموارد الجزئية، مع اشتغال بعضها على التعليل: كخبر رفاعه قضى امير المؤمنين

(عليه السلام): فى امرأة زوّجها وليها و هى برصاء: ان لها المهر بما استحل من فرجها، و ان المهر على الذى زوّجها، و انما صار المهر

عليه لأنه دلّسها «٢».

قمى، سيد صادق حسيني روحانى، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦،

ص: ١٢١

و فى خبر إسماعيل بن جابر فى الرجل أعجبتة امرأة فأتى أباهها فزوجه غيرها فولدت منه ثم علم انها غير ابنته و انها امه، قال (عليه

السلام): ترد الوليدة على مواليتها، و الولد للرجل، و على الذى زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه «٣».

و نحوهما غيرهما.

و هى و ان وردت فى النكاح، الا انه لما فيها من عموم العلة تتعدى عن النكاح

(١) رواه المحقق النائيني فى حاشية الإرشاد.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب العيوب و التدليس من كتاب النكاح حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٧ - من أبواب العيوب و التدليس من كتاب النكاح حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٢

[...]

الى غيره، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بناءً على ذلك بما إذا كان الغار عالماً، و اما إذا كان جاهلاً فلا تكون هذه القاعدة ثابتة، و ذلك لأن الغرور ليس بمعنى

الجهل، لأنه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل، و المفعول بل هو بمعنى الخدعة و التدليس، و لا إشكال فى ان البائع أو غيره

الموجب للخسارة إذا كان جاهلاً لا يكون مدلساً ولا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوى ولا النصوص الخاصة. وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله: ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالماً أو جاهلاً، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى. ثم انه ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص «١» الواردة في شاهد الزور الدالة على انه يرجع إليه إذا رجع من شهادته، ولكنه فاسد، وذلك لوجهين:

الأول: انها تدل على الرجوع ابتداءً الى شاهد الزور، لا انه يرجع الى الحاكم وهو الى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة. الثاني: ان في ذلك الباب خصوصية، وهي ان المباشر - وهو الحاكم - يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، ومع احتمال دخلها لا سبيل الى دعوى التعدي وإلغاء الخصوصية. إذا عرفت هذا فاعلم: ان المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري الى البائع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه. واستدل له: بالإجماع، وبقاعدة نفى الضرر، وقد مر ما فيهما.

(١) الوسائل - باب ١١ - من كتاب الشهادات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٣

[...]

فالصحيح ان يستدل له: بقاعدة الغرور، وبصحيح جميل عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية، قال (عليه السلام): يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه «١».

إذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائداً الى الأب أولاً، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، اما على الأول: فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار في صورة عود النفع الى المغرور فبالأولى في صورة عدمه، واما على الثاني فواضح.

وعن صاحب الحدائق: عدم الرجوع إليه، واستدل له، بخبري زرارة «٢» و زريق «٣» الساكتين عن حكم رجوع المشتري الى البائع، مع كونهما في مقام البيان، فان ذلك آية عدم الرجوع.

وفيه: أولاً: ان خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غيره في مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا، و ذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي غيرهما في إصلاح المعيشة من قيمة عرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها الى المالك، فهو يدل على خلاف المقصود.

و ثانياً: ان السكوت في مقام البيان يكون دليلاً - لا - مطلقاً، وفي المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لا في مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري الى البائع.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٥.

(٢) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٣ من أبواب يكتسب به حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٤

]...[

و ثالثا: ان السكوت فى مقام البيان غايته الظهور فى عدم الرجوع، و هو لا يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح فى الرجوع.
و رابعا: انه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجه لا تخفى.

و أما الغرامة التى غرمها فى مقابل المنافع الواصلة إليه، ففيها قولان، قد استدل الشيخ ره و غيره للرجوع بوجه:
منها: قاعدة لا ضرر.

وفيه: - مضافا الى ما تقدم- ان الغرامة المقابلة للنفع الواصلة إليه لا- تكون ضررا. و بعبارة اخرى: ان الضرر هو النقص المالى أو البدنى أو العرضى، و النقص المالى الذى يقوم مقامه ما يسد مسده ليس بنقص مالى عند العرف. ففى المقام بما ان الغرامة انما تكون فى مقابل ما وصل إليه من النفع لا تعد ضررا.

و منها: قاعدة التسبب، و قد مر عدم كونها قاعدة مستقلة الا إذا كان السبب بحيث يستند التلّف إليه عرفا، و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر أصلا.

و منها: النصوص الواردة فى شاهد الزور، و قد مر انها اجنبية عن المقام.

فالأولى: ان يستدل له: بقاعدة الغرور، فان الميزان فيها هو التعزير سواء استوفى المغرور نفعا كأكلة الطعام أو لم يستوف أصلا، و بصحيح جميل المتقدم بناءً على ان مورده الغرامة التى تكون بإزاء المنفعة كما تقدم، ام لأن الحرية نفع عائد الى الأب، أو لأن الولد نفسه منفعة له و ان لم تكن منفعة مالية، ثم ان قاعدة الغرور و ان اختصت بصورة علم البائع، الا ان مقتضى إطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم و الجهل.

و بما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه فى مقابل المنافع غير المستوفاه.

و أما الغرامة التى يغرمها فى مقابل العين، فبالنسبة الى المقدار الذى جعل ثمنا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٢٥

]...[

إذا لم يكن دفع الثمن الى الفضولى لا يرجع الى البائع، لأن هذه الغرامة لم تنشأ من تغير البائع، لأنه لو فرض صدق البائع فى دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة.

و ما ذكره السيد الفقيه قده فى وجه الرجوع بقوله: انه لم يقدم على هذه الغرامة و انما اقدم على دفع الثمن، و المفروض عدم إمضاء الشارع له. يرد عليه: ان الرد الى المالك أو البائع لا يوجب الفرق فى عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضا عن المال التالف.

و أما فى المقدار الزائد- كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف فأخذ منه المالك عشرين- فقد ذهب الشيخ الأعظم ره- تبعا لغيره من الأساطين- الى انه يرجع الى البائع فى المقدار الزائد، لقاعدة الغرور.

و أورد عليه: بان الأقدام و الغرور لا- يجتمعان، و لذا لا يرجع على البائع بالمسمى، و عليه فإذا بنينا على ان مقتضى اقدم المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك- كما هو المدرك للضمان فى كل عقد فاسد يضمن بصحيحه- لا وجه للرجوع الى البائع حيث لا تغير، و ان قيل انه لا- يكون مقدا على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك. و بعبارة اخرى: ان كان مقدا على الضمان بالقيمة الواقعية لا مورد لقاعدة الغرور، و الا فلا وجه لأصل الضمان.

و أجاب عنه الشيخ ره بجوابين:

الأول: ان الإقدام انما يكون على المسمى و لا إقدام على غيره، فبالنسبة الى ما لا إقدام عليه تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، و لكن الإقدام على المسمى سبب شرعا لضمان تمام القيمة، فضمنان التمام ليس مقدما عليه لينافى الغرور، بل اثر الإقدام على المسمى ضمان تمام القيمة. و تبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين.

و فيه: انه إذا كان مدرك الضمان هو الإقدام - كما هو مبنى الإشكال - لا وجه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٤

[...]

للقول بالضمان بالنسبة الى تمام القيمة مع كون الإقدام على المسمى الا إذا ورد دليل على ان الإقدام على شيء سبب لضمان شيء آخر، و المفروض عدمه، فعلى هذا المبنى لا مدفع لهذا الإيراد.

الثاني: و هو الحق، و هو منع المبنى، لأن مدرك الضمان في المقام و غيره من المقبوض بالعقد الفاسد انما هي اليد، و هي تقتضى الضمان بتمام القيمة. و الغرور يوجب رجوع المغرور الى الغار في المقدار الذي غرر فيه، فبالنسبة الى المقدار الزائد و ان كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك الا ان مقتضى قاعدة الغرر هو الرجوع فيها الى البائع.

ثم انه مما ذكرناه ظهر انه انما يرجع إليه في صورة علم البائع، و اما في صورة جهله فلا يرجع إليه لعدم صدق الغرور.

هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، و لو تجددت بعده ففي المكاسب: الحكم بالرجوع فيه اولى.

الظاهر وجه الأولوية ان هناك كان يحتمل ان الإقدام على الضمان بالمسمى اقدم على الضمان بالقيمة الواقعية، و هذا غير محتمل في المقام، لأن ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدما على ضمانه.

و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه، فقد فصل الشيخ ره بين وصف الصحة و غيره من الأوصاف، و التزم بعدم الرجوع في وصف الصحة - نظرا الى مقابله بجزء من الثمن - و الرجوع في غيره من الأوصاف، كما لو كان عبد كاتباً ففسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت لأنه لم يقدم على ضمان ذلك.

و تمام الكلام بالبحث في مقامين:

الأول: في الفرق بين وصف الصحة و غيره من الأوصاف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٧

[...]

الثاني: من انه هل يرجع الى البائع فيما يغرمه بإزاء الأوصاف، ام لا؟.

اما المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بينهما، و ان شيئاً منها لا يقسط عليه الثمن، و ان كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف. و لا فرق في ذلك بين وصف الصحة و غيره.

و الشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف، و ثبوت الأرش في خيار العيب، لا يدل على مقابله بالثمن، و الا لزم ان يرد البائع جزء من الثمن.

و أما المقام الثاني: فالأظهر - خلافاً للسيد الفقيه ره و غيره - عدم الرجوع لعدم تغيير البائع اياه و قد اقدم المشتري على ان الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، و هذا يمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التي توجد فيما بعد و تلتف - حيث انه لم يقدم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

قال الشيخ قده: ثم ان ما ذكرنا كله انما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك، اما لو ان فاسداً من جهة

اخرى فلا- رجوع على البائع، لأن الغرامة لأن الغرامة لم تجيء من تغير البائع في دعوى الملكية، و انما جاءت من جهة فساد البيع. انتهى.

و قد استدلت المحقق النائيني ره لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذي يكون قابلاً للصحة بإجازة المالك، بان العقد الفاسد من جهة اخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستنداً الى التغير، فان الفساد من جهة اخرى هو اسبق العلل، فلا يكون البائع غير مالك هو منشأ الفساد، و لا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزلة وجود المانع، و الفساد من جهة اخرى بمنزلة فقد المقتضى، فلا محالة يستند الفساد الى عدم المقتضى لا إلى وجود المانع.

و فيه: ان سبب الضمان- بعد عدم العقد الصحيح- هي اليد، سواء أ كان عدم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٨

[...]

الصحة لاختلال شرط من شروط العقد، أو كان لاختلال سائر الشروط. و التغير سبب للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغير و سبب الضمان مقتضاهما متحداً حتى يشتركا في التأثير أو يكون التأثير للأسبق منهما.

فالأولى: ان يستدل له فيما إذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية اخرى: بان التغير المساوق للتدليس و التخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان، فمع علمه بذلك و انه يكون ضامناً على كل حال كان البائع مالكا ام لا، لا يصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأيدي

مسألة: إذا باع الغاصب ما غصبه، ثم باعه المشتري بشخص ثالث و تلف المال في يد المشتري الثاني، لا خلاف في انه للمالك مع رد البيع الأول الرجوع الى كل من الغاصب و المشتري، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد فكيف يحكم بضمان كل من الثلاثة. و تنقيح القول في المسألة انما هو بالبحث في مقامين.

الأول: حكم المالك بالإضافة الى كل واحد منهم.

الثاني: حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

اما المقام الأول: فقد أورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده بما حاصله: انه ان اعتبر شيء واحد في الذم يلزم استقرار الواحد في محال متعددة، و ان التزم بتعدد ما في الذم يلزم ان يكون لشيء واحد ابدال متعددة، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٢٩

[...]

و الحق في الجواب: عن هذا الشبهة ان يقال: ان الكلام تارة في الحكم الوضعي، و اخرى في الحكم التكليفي.

اما من حيث الحكم الوضعي: فان قلنا بان معنى ضمان العين كونها في عهدة الضامن - كما قويناه- لا محذور في تعدد الضامن، فان الشيء الواحد في المحال المتعددة اعتباراً ككونه في الأذهان المتعددة بتعدد صورته لا محذور فيه، و العهدة ليست الا محلاً اعتبارياً، و حيث انه واحد فلا محالة يسقط عن جميع الذم بأداء واحد منهم.

و ان قلنا: بان ضمان العين انما هو ثبوت بدلها في الذمة، فان قلنا بان في ذمة كل واحد حصه من الطبيعي غير ما في ذمة الآخر، لزم

ثبوت ابدال عديده لشيء واحد، و اما ان قلنا بان الطبيعي بنفسه في ذمه كل واحد من دون ان يصير حصه، أو قلنا بان حصه منه في ذمه كل واحد من جهة انه وجود اعتباري لا محذور في الالتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور ايضا.
و أما من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه هو الكلام في الوجوب الكفائي لأنه احد مصاديق ذلك، و قد حققنا في الأصول إمكانه، فلا محذور أصلا.

و أما ما افاده الشيخ ره في الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: ان الذم المتعدده تشغل بواحد على البدل نظير الواجب الكفائي في العبادات. فيرد عليه: انه في الواجب الكفائي لا- يكون الوجوب متوجها الى احد الأفراد على البدل، فان ذلك غير معقول، بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف الى الجميع، لكن مشروط بعدم إتيان الآخرين، و هذا لا يمكن الالتزام به في المقام، فانه اما ان يلتزم بتقييد اشتغال كل ذمه بعدم اشتغال الأخرى، أو يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الأخرى، أو يلتزم بتقييده بعدم أداء الأخرى. و لازم الأول انتفاء الاشتغال رأسا لو كان الشرط عدم الآخر مقارنا له، و ثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٠
[...]

و هما كما ترى. و لازم الثاني ثبوت الاشتغالين و بدلين عند عدم مطالبتهما. و لازم الثالث استحقاق المالك لأبدال متعدده لو ادى الجميع ما في ذمهم كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتفق الجميع على الامتثال في الواجب الكفائي، مع ان المالك لا يستحق في شيء من الحالات الا بدلا واحدا.
و أما الالتزام بان الخطاب بالنسبة الى غير من بيده التلف تكليفي لا وضعي كما عن بعض الأعاضم، فيرد عليه: انه لا وجه له بعد كون نسبة على اليد إليهما على حد سواء.
المقام الثاني: في حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الأخرى.
و محصل الإشكال في المقام: ان الأصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي: انه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، و لم رجع المالك الى السابق يرجع هو الى اللاحق، و لا يرجع اللاحق الى السابق الا إذا كان هناك غرور، فان المغرور يرجع الى من غره، مع اشتراكهما في سبب الضمان و وحدة نسبة على اليد إليهما.
و أجابوا عن ذلك بأجوبة:

الأول: ما افاده الشيخ ره، و حاصله: ان السابق بمجرد وضع يده يصير ضامنا، بحيث يكون بدل العين على تقدير التلف على ذي اليد، فتصير العين بذلك مضمونه بالقوة و منحيته بهذه الحيثية، فيد اللاحق واردة على عين لها بدل، فضمامها ضمان عين لها بدل، و مرجع ذلك الى ضمان العين و بدلها على سبيل البدل، إذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البدل عن كونه بدلا.
و بهذا التقريب تندفع جملة من الإشكالات التي أوردها بعض المحشين، منها: انه ما الوجه في ضمان البدل و لم يدل دليل عليه، إذ قد عرفت ان ضمانه مقتضى البدلية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣١

[...]

و منها: ان لازمه جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل دفع البدل، إذ البدل طولى لا عرضي.
و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتى بعد التلف- كما تقدم تحقيقه- فلا يكون لها بدل.

الثاني: ان الانتقال الى البدل على القول به ليس قبل التلف، بل من حينه، و في ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبدل في عرض واحد بلا سبق و لحوق.

الثالث: ان لازم ما ذكره انه لو دفع العين من اللاحق الى السابق بعد اخذه منه و تلفت عنده له الرجوع الى اللاحق، إذ اللاحق اشتغلت ذمته بماله بدل، و بعد عود المال الى السابق لا يصير ضامنا لشيء لضمانه قبله.

الثاني: ما عن صاحب الجواهر ره، و هو: ان من تلفت العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبدل و ان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من ادى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية. و فيه: ان هذا يبتنى على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد، و قد عرفت ضعف المبني.

الثالث: ما عن السيد الفقيه ره، و هو ان العين التالفة تكون باقية على ملك مالکها، و لذا يصح الصلح عليها و احتسابها خمساً أو زكاه، و ما يدفعه السابق الى المالك يكون عوضاً عنها، و مقتضى العوضيه خروج العين التالفة عن ملك مالکها صيرورتها ملكاً للدافع، فيكون هو مثل المالك في جواز الرجوع الى اللاحقين.

ثم أورد على نفسه: بان لازم ذلك جواز رجوع اللاحق الى السابق ايضاً، لأن المفروض انه قام مقام المالك. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٢

[...]

و أجاب عنه: بان الوجه في عدم جواز رجوعه إليه انه السبب في ضمان السابق، بمعنى استقرار العوض في ذمته. و فيه: ما تقدم من ان السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان، و عليه فلا فرق بين السابق و اللاحق، مع ان ما يدفعه الدافع الى المالك انما يكون غرامة و بدلاً عن ماله، من جهة ان ماله العين تلفت، فمقتضى التغيريم ان يحفظ ماليتها بدفع مال، و لا يكون بدل ملك عن ملك.

و بعبارة اخرى: لا يكون بدلاً عن العين في الملكية كى يتوقف على تبديل اضافة الملكية من الطرفين.

الرابع ما استند إليه جماعة منهم المحقق الخراساني ره و على اختلاف بينهم في التعبير، و حاصله: انه في باب التغيريمات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعاً، و من المعلوم لمن راجع العرف و العقلاء انهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداءً و دخولها في العهدة بعد ما كانت داخله في عهدة اخرى، و يرون انه على الأول أداء بدل العين و على الثاني أداء بدل العين للمالك، و بدل ما يؤديه السابق له على البدل.

فمقتضى الأول الخروج عن عهدة العين، و مقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين، و عن عهدة عهدها.

الظاهر هذا احسن ما يمكن ان يقال في وجه جواز الرجوع. نعم لا بد من تقييده بما إذا لم تكن يد اللاحق مجانيه و غير معاوضيه، و الا فليس بناء من العقلاء على الرجوع، مثلاً لو غصب زيد من عمرو شيئاً فوهبه ل بكر ثم تلف تحت يده، لو رجع المالك الى الغاصب ليس له الرجوع الى بكر، و هو واضح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٣

و لو جمع بين ملكه و غيره مضي في ملكه و تخير المالك في الآخر

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

مسألة: و لو جمع بين ملكه و غيره و باعهما معا بعقد واحد و ثمن كذلك مضي بيعه في ملكه و كان فيما لا يملك موقوفاً على

الإجازة، و هو مراد المصنف بقوله: تخير المالك في الآخر.

وقال الشيخ: لا ريب في الصحة على القول بصحة بيع الفضولي، و الظاهر الصحة على القول ببطلانه.

و هو قابل للمناقشة، فان جميع ما ذكر وجها للبطلان يجرى على القول بصحة بيع الفضولي. نعم على القول بصحته و كون الإجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخر و تحققها لا يجرى شيء من تلك الوجوه كما ستعرف.

و كيف كان: فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير - مضافا الى الإجماع - : صحيح الصفار عن ابي محمد العسكري (عليه السلام): لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١». بل العمومات الدالة على صحة العقود كآية الشريفة «٢» تدل على الصحة فيه.

و قد ذكروا في وجه عدم الشمول أمورا:

منها: ان البيع امر واحد بسيط، فاما ان يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات فلازمه الصحة في جميع اجزاء المبيع، أو لا يكون مشمولاً لها فلازمه البطلان في الجميع. و على التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحة و فسادا، و حيث انه لا يمكن

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٤

[...]

الالتزام بالأول و إلا لزم خروج المال عن ملكه مالكه بلا رضاه، فيتعين البناء على البطلان في الجميع.

و فيه: ان البيع - اي الإنشاء - و ان كان واحدا، الا ان ما تضمنه من التمليك يكون متعددا حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك، فإذا تعددت الملكية يتعدد التمليك لا محالة، لأن الإيجاد و الوجود متحدان حقيقة، واحد التمليكين يكون مشمولاً للعمومات، و هو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصح هو دون صاحبه.

و ان شئت قلت: ان الإنشاء واحد صورة و منحل الى انشاءات متعددة حسب ما للمنشأ من الأفراد.

و مما يشهد للانحلال - مضافا الى ظهوره على ما عرفت - انه لو انضم الى ما يصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه و باعهما بإنشاء واحد لم يتوهم احد صحة هذا البيع مستندا الى ان دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلالاً، فان المتعلق المجموع من حيث المجموع، مع ان لازم هذا الوجه ذلك.

و منها: ان البائع لم يرض بانتقال ماله منفردا، فانه رضى بانتقاله منضمنا الى مال غيره، و قد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا في صحة البيع.

و فيه: ان البائع قد رضى بانتقال ماله و انتقال مال غيره، فكل منهما متعلق للرضا، فانتقال ماله يكون عن رضا، و غاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه لا انتقال ماله بلا رضاه، مع انه أخص من المدعى، إذ ربما يكون راضيا بانتقاله منفردا ايضا.

و منها: انه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع، و ما وقع غيره.

أقول قد ظهر جوابه مما ذكرناه في سابقه، فان البائع قاصد لانتقال ماله في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٥

[...]

ضمن قصده انتقال المجموع.

و منها: ان الثمن الواقع بإزاء الجزء المملوك مجهول، فلا تصح المعاملة الواقعة عليه.

و فيه: ان المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعروضين اعتبار العلم بما يجعل عوضاً أو معوضاً فى الإنشاء لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعاً.

و أما طريق معرفة حصه كل منهما، فلا اشكال فيما لو عين حصه كل منهما، كما لو لاحظ الباع و المشتري وقوع حصه معينه من الثمن بإزاء كل جزء من المثلين.

انما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك و أوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصه و التقسيط. و لهم فى ذلك مسالك:

الأول: ما عن المشهور، و هو: انه يقوم مجموع المالين ثم يقوم مال غيره ثم تنسب قيمته الى قيمة المجموع فيؤخذ بتلك النسبه، فإذا كانت قيمة مصرعى الباب عشره و كانت قيمة أحدهما اثنتين يرجع المشتري بخمس الثمن.

الثانى: ما اختاره الشيخ ره وفاقا لغيره، و هو: انه يقوم كل واحد منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمة الى مجموع القيمتين، فإذا كان الثمن عشره و كانت قيمة مال نفسه اربعه و قيمة مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثلث الثمن. إذ نسبة قيمة مال غيره الى مجموع القيمتين هى ذلك.

الثالث: ما اختاره جمع من الأساطين، و هو: انه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظه حل الانضمام، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين.

و الأظهر هو الثالث، و ذلك يظهر ببيان امور:

الأول: ان الهيئه الاجتماعيه ربما لا تكون موجبه لازدياد القيمة و لا لنقصانها،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٣٦

و للمشتري مع فسخ المالك الخيار

و ربما تكون موجبه لأحدهما. و على الثانى تارة: تكون موجبه للازدياد من الطرفين بالسويه كما فى مصرعى الباب، و اخرى: تكون موجبه له بالاختلاف كما لو كان قيمة أحدهما مع الانضمام خمسه و لا معه اربعه، و كان قيمة الآخر معه سته و لا معه ثلاثه. و ثالثه: تكون موجبه للنقصان من الطرفين بالسويه. و رابعه: تكون موجبه له بالاختلاف. و خامسه: تكون موجبه للزيادة فى أحدهما و النقيصه فى الآخر، كما لو باع جاريه مع ابنتها الصغيره و فرضنا ان قيمة الام تنقص فى صوره ضم ابنتها إليها من جهه قيامها بتربيتها، و قيمة الصغيره تزيد بذلك.

الثانى: ان كل جزء انما قوبل بجزء من الثمن فى حال الانضمام لا مطلقاً.

الثالث: ان الأوصاف لا تقابل بالمال، و تخلفها يوجب الخيار لارد جزء من الثمن.

و بهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث، إذ يرد على الأول: ما ذكره الشيخ ره من انه لا يستقيم فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصرعى الباب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشره و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمساً، فان لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع اربعه فى مقابل مصرع واحد، مع انه لم يجعل فى المعامله فى مقابله الأنصف الثمن.

و يرد على الثانى: هذا المحذور بعينه فى صور الاختلاف، فانه فى مثال الجارية و ابنتها إذا باعهما بعشره و كانت قيمة الجارية فى حال الانفراد سته و فى حال الانضمام اربعه و قيمة ابنتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره الشيخ ره رجوع المشتري الى البائع بخمسين من الثمن، مع انه انما جعل من الثمن بإزائها ثلاثه أخماس. فالمتعين هو القول الثالث.

و كيف كان: ف للمشتري مع فسخ المالك و رده العقد الخيار فله

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٧

[...]

حينئذ رد الجميع بلا خلاف، و عن التذكرة نسبته الى علمائنا لتبعض الصفة، و وجوب البيع في خبر الصفار انما هو بالنسبة الى البائع. و صرح بعضهم باعتبار الجهل فيه، فلو كان عالما ان بعضه للغير و يحتمل ان لا يجيز العقد لم يكن له خيار لاقدامه على ذلك، و تمام الكلام في هذا الخيار و مورده في فصل الخيارات.

بيع نصف الدار

ثم انه بقى الكلام هنا في مسألتين:

احدهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار، و قبل الشروع في البحث فيها لا بد من تقديم مقدمتين:

الأولى: في بيان الكسر المشاع و ان الشركة الحاصلة في المبيع على اي كيفية، و العمدة فيه مسلكان:

أحدهما: ما هو المنسوب الى المشهور، و هو: ان معنى الشركة على الإشاعة ان كل جزء يفرض في الجسم فكل واحد من الشريكين المساويين مالكا لنصف هذا الجزء.

ثانيهما: ان كل واحد منهما مالكا لتمام المملوك، و انما الملكية تكون ضعيفة و ناقصة، فالأخوان الوارثان لأبيهما هما معا بالإضافة الى المال كأبيهما، و طرف اضافة الملكية هما مجتمعا، و كل منهما مالكا لجميع المال، و لكن بالملكية الناقصة لا التامة.

و قد استدل للأول: بان المشهور بين المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام و ان كان ان مادة الجسم المطلق هي الأجزاء التي لا تقبل القسمة لا خارجا و لا ذهنيا و يسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد و الجزء الذي لا يتجزأ، و لكن بطلان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٨

[...]

هذه المقالة- كبطلان مقالة النظام، حيث ذهب الى ان الجسم مؤلف من اجزاء غير متناهية- في عصرنا من أوضح البدييات، لأن كل ما يشار إليه بالإشارة الحسية لا بد ان يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة التحت، و كذا باقى الجهات، فلا محيص من ان يكون منقسما و ان لم يكن لنا آله لتقسيمه، مضافا الى ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحي و نفى الدائرة. و عليه فكل جزء يفرض في الجسم كل واحد من الشريكين مالكا لنصف ذلك الجزء.

و فيه: ان هذا البرهان لو تم لاقتضى إمكان ذلك لا كون ما في الخارج كذلك. و الأرجح في النظر هو الثاني، و ذلك لأنه مضافا الى انه المناسب للفهم و الوجدان و يلائم مع الطبع يشهد له وجهان:

أحدهما: انه لا- إشكال في ان الشيء الخارجى الذى يكون ملكا و مالا لو قسّم ربما يصل الى حد يسقط عن المالىة و الملكية لو نصّف، فعلى هذا لو خلف الميت شيئا له المالىة و كان ورثته متعددين لو قسّم ذلك بحسب تعددهم لا يكون كل جزء منه ملكا يلزم البناء على عدم كونه ملكا لأحد، و هو كما ترى.

الثانى: ان المملوك المشترك ربما يكون من الأعراض و الأفعال و الأعمال غير القابلة للقسمة لبطاقتها كالصلاة و رفع الحجر من الأرض و نحو ذلك، و لا معنى للالتزام بالملكية بالمعنى الأول في هذه الموارد، فلا مناص عن البناء على ما اخترناه، و هذه آية قطعية عليه. و أضف الى ذلك كله عدم معقولية المعنى الأول، فان كل ما في الخارج يكون معيناً، و لا معنى لوجود شيء في الخارج غير

معين في الواقع و حيث ان الكسر المشاع بذلك المعنى غير معنى فلا يمكن الالتزام به.
 فتحصل مما ذكرناه: ان معنى الملكية المشاعة هو مالكية الشركاء، كل منهم لجميع المال بالملكية الضعيفة، و نظيره في التكوينات
 رفع جماعة حجراً واحداً، حيث
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٣٩
]...[

ان الرفع يستند الى مجموعهم، فعلى هذا معنى بيع نصف الدار بيعه بتمامه بإعطاء الملكية الناقصة، و هذه مسامحة في التعبير، و شاع
 ذلك.

الثانية: في تعيين محل النزاع و البحث.

لا خلاف و لا إشكال فيما لو علم بانه أراد من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص به، أو نصف غيره، أو المشاع في الحصتين. و انما
 الكلام في موردين:

الأول: ما لو علم انه قصد شيئاً معيناً و كان ذلك مشتبهاً و غير معلوم عندنا.

الثاني: ما لو علم بانه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الا المفهوم هذا اللفظ و ظاهر الشيخ اختصاص النزاع بالمورد الثاني، و صريح
 السيد ره اختصاصه بالمورد الأول، و ذهب المحقق النائيني ره الى التعميم.

أقول: لا ينبغي التوقف في كون الأول مورد النزاع، و لم يذكر وجه لعدم النزاع فيه، و اما ما ذكر في وجه عدم جريان النزاع في المورد
 الثاني، و حاصله: ان الظهورات انما تكون لتشخيص المرادات و المفروض انه لم يقصد المتكلم خصوصية ملكه أو ملك غيره، و انما
 قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس الا الإشاعة. فيرد عليه: ان المراد من انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ ليس خلو الكلام عن
 المراد الجدي، بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ و تعلق ارادته الجدي به هكذا، اي بما يقتضيه ظهور هذا الكلام و لو بلحاظ
 المقام مع خلوه عن الإرادة التفصيلية.

و على هذا فيقع الكلام في موردين: الأول: فيما إذا لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ.

الثاني: فيما إذا قصد معينا غير معلوم لنا. و حيث ان المدرك و كذلك المختار في الموردين واحد فلا حاجة الى البحث في كل من
 الموردين مستقلاً.

و كيف كان: فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه و بين

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٠

]...[

الأجنبي: ان النصف ظاهر في الحصّة المشاعة في مجموع الحصتين.

و اورد عليه الشيخ ره بان هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

أحدهما: ظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة.

ثانيهما: ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه لأن بيع مال الغير يتوقف على نية الغير أو اعتقدا كونه له أو البناء عليه عدواناً، و الكل خلاف
 المفروض، و هو قده من جهة هذا التعارض توقف في المسألة.

و فيه: انه لو سلم ظهور النصف في المشاع بين الحصتين و لم نلتزم بما افاده الشيخ ره في أثناء كلامه من انه ظاهر في نفس المشاع لا
 في المشاع بين الحصتين، لا-ريب في انه ظهور إطلاقي ناشٍ عن انتفاء ما يوجب التعيين، فظهور مقام التصرف في ارادة حصّة

المختصة يمنع عن انعقاده. فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

قال الشيخ قده: ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشهيديين وغيرهم انه لو اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب. انتهى.

أقول: ان بنينا على ان المرأة تملك بالعقد نصف المهر و بالدخول تملك نصفه الآخر، تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا، لأن محل البحث في المقام لا- يكون خصوص البيع، فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه و اما ان قلنا بأنها تملك تمام المهر و بالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه الى الزوج، فهي اجنبية عن المقام، فان المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال، و الطلاق ليس إنشاء لرد النصف كي يجرى فيه هذا النزاع.

اللهم الا- ان يقال: ان ما ذكره الشيخ ره- الذي أشار إليه هنا- هو عدم التنافي بين ظهور النصف في الإشاعة و حمله على نصفه المختص من باب انه من ملك

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤١

[...]

كلياً ملك مصداقه، فما ذكره في صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة، فان حكم الشارع الأقدس برد نصف المهر في قوة تمليك الزوجة نصفه للزوج، فيكون من باب انه من ملك كلياً ملكه مصداقه، إذ المرأة مالكة لمصداق النصف فيكون نظيراً للمقام.

بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

الثانية: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف في صحة البيع في المملوك، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

و يشهد لهم- مضافاً الى ذلك، و إلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك و غير الملك تقريب دلالتها على الصحة في أمثال المقام، و ان ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم مقتضى و اخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه- إطلاق مكاتبة الصغار المتقدمة المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١»، فإنها بإطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وفقاً عاماً غير مملوك لأحد.

و طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف مما تقدم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من انه يقوم كل واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

لكن الإشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض انه لا قيمة له.

(١) الوسائل- باب ٢- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٢

[...]

أقول: لا إشكال فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه كما لو ضم الخمر الى الخل فباعهما بصفة واحدة، فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكاً و مالا، انما الإشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاة و خنزيراً بعنوان انهما شاتان، و الأظهر انه يقوم قيمة المملوك- اي الشاة- لأن بذل المال انما يكون بإزاء الصورة النوعية و الا فالأجسام من حيث هي لا ماليتها لها و لا يبذل بإزائها

المال. و المراد بها الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بإزاء الشاة دون الخنزير فلا بد من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا إذا كان غير المملوك مالا عرفيا، و اما ان لم يكن مالا فقد اختار السيد الفقيه بطلان البيع في هذه الصورة من جهة انه لا يمكن تعيين ما بإزاء غير المملوك لأنه لا قيمة له، و لا يمكن البناء على الصحة بالنسبة الى المملوك في تمام الثمن لأنه جعل بإزاء غير المملوك في المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان.

و فيه: انه يتم في صورة الجهل فانه يجعل بإزاء ما لا يملك جزء من الثمن، و لا يتم في صورة العلم من جهة انه في تلك الصورة لا يجعل بإزائه شىء من الثمن و يكون ذلك نظير ضميمة الأوساخ، فلا محالة يصح البيع في تمام الثمن. و بذلك يظهر تمامية ما افاده الشيخ الكبير من التفصيل بين صورة العلم و الجهل. فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٣

ولاية الأب و الجد

إشارة

مسألة: يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء بلا خلاف. و في الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه، و في غير واحد من الكتب: دعوى ذلك. و استدلل له الشيخ الأعظم قده: بالأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة، و بفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح «١».

و فيه: ان النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف:

الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد «٢».

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية و لده الصغار ثم يصنع بها ما شاء «٣».

الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصى بمال الطفل إذا كان قد اوصى ابوه بذلك «٤».

و لا يصح الاستدلال بشىء منها، اما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لابنه، مع انها واردة في الولد مطلقاً صغيراً كان ام كبيراً، بل مورد أكثرها البالغ، و في بعضها التقييد بصورة الحاجة و الاضطرار، و في بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقة، مع انها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب يكتسب به.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب يكتسب به.

(٤) الوسائل - باب ٩٢ - من أبواب احكام الوصايا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٤

[...]

و اما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة ان الشارع الأقدس قد وسع في اسباب حلية الوطاء بما لم يوسع في

سائر المعاملات كما تقدم فى مبحث الفضولى، مع ان فيها ما ورد فى الكبير كصحيح ان محبوب الوارد فى تقويم جارية البنت التى قد أهداها إليها أبوها حين زوجهها، مع انها من جملة أدلة جواز تصرفاته الرجعة الى نفسه و سبيلها سبيل تلك الأدلة. و أما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية فى حال الحياة واضح.

و أما الفحوى فقد تقدم فى مبحث الفضولى المناقشة فى فحوى نفوذ النكاح بالإضافة الى سائر المعاملات. فراجع. و لكن مع ذلك اصل الحكم مما لا ينبغى التوقف فيه لبناء العقلاء عليه و عدم ردع الشارع عنه، و اجماع الامة عليه، و جملة كثيرة من النصوص الدال بعضها كنصوص الاتجار بماله الوارد فى باب الزكاة «١» و المؤيد غيره كالنصوص المتقدمة. بقى الكلام فى الجملة المذكورة فى جملة من الأخبار (أنت و مالك لأبيك) «٢» لا اشكال فى عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية رقبه الولد لأحد، و ماله المفروض كونه ملكا له لا يعقل كونه ملكا لأبيه، و كذا لا ينبغى التوقف فى عدم كونها للاختصاص بعنوان كونه و ماله تحت ولايته لأنها وردت فى الكبير ايضا، و لا كلام فى عدم ولايته على ولده الكبير، بل الأمر يدور بين أمرين: الأول: ان تكون اللام للاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به و بماله فسيبيلها حيثنذ سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك.

(١) الوسائل - باب ٢- من أبواب من تجب عليه الزكاة.

(٢) الوسائل - باب ٧٨- من أبواب ما يكتسب به.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٤٥

[...]

الثانى: ان تكون لإفادة كون الولد موهوبا تكوينا للأب و انتسابه إليه بكونه ولده. و يؤيد الثانى المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا (عليه السلام) حيث قال: و علة تحليل مال الولد لوالده بغير اذنه و ليس ذلك للولد لأنه الولد موهوب للوالد فى قوله عز و جل ... إلخ «١» و عليه فهى حكمة التشريع. و بعبارة اخرى: انها علة التحليل فى مقام الثبوت لا الإثبات، و تدل على ان منشأ جعل تلك الآثار ذلك و لا تكون هى متكلفة لحكم جعلى فلا يتمسك بإطلاقها. انما الكلام يقع فى جهات:

اعتبار العدالة

الأولى: فى انه هل يعتبر فى ولاية الأب و الجد العدالة- كما عن الوسيلة و الإيضاح- ام لا تعتبر- كما هو المشهور بين الأصحاب؟- و جهان.

قد استدل لعدم الاعتبار بوجوه:

الأول: الأصل، تمسك به الشيخ قده فى مقابل الإطلاق، و عليه فليس المراد به القاعدة المستفاد منه، بل المراد به الأصل العملى، و لذا أورد عليه جمع ممن تأخر عنه منهم المحقق النائينى ره: بان الأصل بالعكس، لأن نفوذ تصرف شخص فى مال غيره يتوقف على الدليل، و مع عدمه الأصل يقتضى عدم نفوذه.

(١) الوسائل - باب ٧٨- من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٤٦

]...[

و لكن الظاهر ان مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء و عدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، و عليه فلا إيراد عليه.

الثاني: الإطلاقات، تمسك بها الشيخ ره و تبعه غيره و لا بأس به ان كان هناك إطلاق، و قد تقدم الكلام فيه.

الثالث: الإجماع المحكى عند التذكرة على ولاية الفاسق على الترويح و هو كما ترى.

و قد استدل لاعتبار العدالة بوجهين:

الأول: انه ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرب عن حاله و يستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته و إخباراته عن غيره.

و فيه: أولاً: ان المنافى للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة وليا، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التي لا مفسدة فيها- لا سيما إذا كان مأموناً من هذه الجهة خصوصا بملاحظة شفقة الأبوة و رأفته- لم يكن فسقه مانعا عن جعله وليا.

و ثانيا: ما ذكره الشيخ ره بقوله: بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال الطفل اي رؤية آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله في ثروته منعه من التصرف في ماله ... إلخ.

الثاني: نص القرآن، و قد استظهر الشيخ ره ان المراد به آية الركون الى الظالم «١»، و استظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ «٢».

تقريب الاستدلال بالأولى احد وجهين: أحدهما: ان جعله تعالى الفاسق أمينا

(١) هود آية ١١٤.

(٢) الحجرات آية ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٧

]...[

و وليا ركون منه الى الظالم، مع انه نهى عنه.

ثانيهما: ان المعاملة مع الأب بعنوان انه ولي الطفل ركون إليه، و هو منهى عنه.

و في كليهما نظر: اما الأول: فمضافا الى انه استدلال بفحوى الآية لا بنصها من جهة ان الناهي عن شيء كيف يفعله، انه غير تام، إذ مجرد جعله أمينا و وليا كجعل شخص و كيلا ليس ركونا إليه، مع ان الملاك غير معلوم، و لعله لركون العبد مفسدة ليست في ركون المولى.

و أما الثاني: فلأن المعاملة مع الأب بعنوان ان الله تعالى جعله أمينا و وليا ليست ركونا من العبد إليه، فإنها كالمعاملة معه بما انه مالك أو وكيل هذا كله مضافا الى ان الظالم أخص من الفاسق، أضف الى ذلك ما قيل من ورودها في سلاطين الجور و ان المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

و أما الآية الثانية: فيرد على الاستدلال بها: ان قبول اخبار الفاسق و إقراره حينئذ انما يكون من جهة كون وليا حيث انه من ملك شيئا ملك الإقرار به، و لا ينافي مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، و الآية متضمنة للثاني، مع ان عدم قبول اخباره و إقراره لا ينافي ثبوت الولاية، مضافا الى ان قبول اخباره و إقراره بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه و ماله لأبيه غير قبول اخباره عن غيره، بل هو في حكم قبول إقراره على نفسه، فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٨

[...]

اعتبار المصلحة في التصرف

الجهة الثانية: هل يشترط في تصرفهما المصلحة أو يكفي عدم المفسدة أم لا يعتبر شيء وجوه.

و الكلام فيها في موردين:

الأول: في اعتبار عدم المفسدة.

الثاني: في اعتبار المصلحة.

اما المورد الأول: فعن غير واحد: دعوى الإجماع على اعتباره. و استدلال لعدم الاعتبار. بإطلاق النبوي وغيره من النصوص.

و اورد عليه الشيخ ره: بانه لأبد من تقييده بما يقيد من الأخبار جواز تصرف الأب في مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين بن ابي

العلاء «١» أو بان لا يكون فيه سرف كصحيح ابن مسلم «٢»، أو كونه مما لأبد منه معللا بان الله لا يحب الفساد كصحيح الثمالي «٣»، و

بالآية: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** «٤» بتقريب انها تشمل الجد و يتم في الأب بعدم الفصل، و بالإجماع.

أقول: اما الأخبار فهي تدل على جواز أخذ الأب لنفسه مع الحاجة، و هذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذي هو محل الكلام

في المقام.

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

(٤) الأنعام آية ١٥٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٤٩

[...]

و اما الآية الشريفة: ففي شمولها للجد تأمل، لأن من له الجد لا يصدق عليه اليتيم، فتأمل، مع ان عدم الفصل غير ثابت.

و أما الإجماع: فليس تعديا يكشف عن رأى المعصوم (عليه السلام).

و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقق النائيني ره، فانه بعد الإيراد على الشيخ ره قال: انه يستفاد من الأخبار ولايته على الابن، و ان

ولايته غير ولاية الولاية، الحكمة في جعلها الشفقة و المحبة، و عليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر في ماله يجوز تصرفه في مال المولى

عليه. ثم قال: الا ان يعقد اجماع على خلافه أو يتمسك بالآية الشريفة.

فالحق في الجواب عن هذا الوجه منع الإطلاق كما تقدم و محصله: جملة أنت و مالك لأبيك ليست في مقام جعل الحكم و الولاية و

انما هي في مقام بيان حكمة التشريع، و اما ما رتب عليه فجواز الانتفاع بماله اجنبي عن المقام و مقيد بصورة الحاجة و بغير سرف، و

بما إذا لم ينفق عليه بأحسن نفقة، و جواز الاقتراض. مضافا الى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه، و جواز بيعه من نفسه مقيد

بقيمة عادلة، و جواز نكاح الأب و الجد للبت مثلا قد عرفت ما فيه. مضافا الى انه قيد في بعض النصوص بعدم كونه مضارا فلا إطلاق

للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع أصالة عدم الولاية، و هي تقتضى اعتبار عدم المفسدة.

و أما المورد الثاني: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة، واختار الشيخ وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصروهم عدم اعتباره و تبعهم جمع من المحققين، وقد استدل على اعتباره بوجوه:

أحدها: الآية الشريفة: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** بدعوى ان الأحسن ما فيه المصلحة، و هي تشمل الجد، و يتم في الأب بعدم القول

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥٠

[...]

بالفصل.

و فيه: أولا: ان صدق اليتيم على الطفل الذي لا أب له و له جد غير مسلم.

و ثانيا: ان المراد بأحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتي - و الفعل الذي لا مفسدة فيه حسن.

و ثالثا: ان الآية منصرفه الى الأجانب و لا تشمل الجد.

و رابعا: ان عدم الفصل غير محرز.

ثانيها: الأصل، فانه بعد ما ليس في ادلة الولاية ماله إطلاق لأبد من الاقتصار فيها على المتيقن و هو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، و الرجوع في غير ذلك الى أصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرف.

و فيه ان هذا الوجه حسن ان لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذي لا مفسدة فيه، و الظاهر وجوده، و حيث انه لم يرد عنه الشارع أو لم يثبت الردع و مقتضى الاستصحاب عدمه، فيبني على عدم اعتباره، و لا مورد للأصل حينئذ.

ثالثها: الإجماع.

و فيه: انه ليس اجماعا تعديدا فلا يعتمد عليه.

و قد استدل الشيخ ره لعدم الاعتبار بالمطلقات - و قد عرفت ما فيها - و بما ورد «١» في نكاح الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، و جه ظهوره فيه التعليل بان البنت و أباهما للجد - و قد تقدم ما فيه ايضا - فالصحيح ما ذكرناه.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥١

[...]

مشاركة الجد للأب

الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهرا كما ادعى في ان الجد و ان علا يشارك الأب. و قد استدل له بوجهين:

الأول: ما في المكاسب، و هو ما دل «١» على ان الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لأبيه.

و فيه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو ان رواية النكاح شاملة للجد العالي.

و فيه: ان روايات النكاح كلها مختصة بالأب الا ما ورد في مزاحمة الأب للجد، و اكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجد الأدنى أو عدم الأدنى. نعم بعضها «٢» بعنوان الأب و الجد، و هو ايضا يمكن دعوى انصرافه الى الأدنى أو عدم الإطلاق للأعلى

بملاحظة الأخبار الأولى، وحيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل.

[فقدان الأب وبقاء الجد]

الجهة الرابعة: و لو فقد الأب و بقي الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب ام لا-؟ المنسوب الى المشهور بين القدماء هو الأول، و إلى المشهور بين المتأخرين هو الثاني.

و استدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق (عليه السلام):

(١) الوسائل ٧٨- من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل- باب ١١- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥٢

[...]

ان الجد إذ زوج ابنة ابنه و كان أبوها حيا و كان الجد مرضيا جاز «١». حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة أبيها. وفيه: انه من قبيل مفهوم الوصف، و لا نقول به، و لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب، و ما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

الثاني: انه مع فقد الأب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى ام تكون ثابتة لأبيه ايضا؟ قولان: استدل للأول في المكاسب: بآية: أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض «٢» بتقريب: انها تدل على ان القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد و خرج منها الجد مع الأب و بقي الباقي.

وفيه: أولا: ان هذه الآية مختصة باب الإرث.

و ثانيا: انها تدل على أولوية بعض الأرحام من بعض و لا تدل على تعيين البعض الاولى، و لعله البعض البعيد، بل احتمال كونه أولى أرجح من جهة التعليقات في النصوص.

و استدل للثاني: بإطلاق الأدلة، و بالاستصحاب.

و يرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.

و على الثاني: ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.

(١) الوسائل- باب ١١- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٤.

(٢) الأنفال آية ٧٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥٣

[...]

إشارة

مسألة: من جملة اولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم. هذه المسألة انما سيقى لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط، و انما يذكر قبله مقدار ولاية النبى صلى الله عليه و آله و الإمام (عليه السلام)، من جهة ان بعضهم ذهب الى ان مقتضى عموم ادلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم (عليه السلام)، فلا بد أولاً من تعيين مقدار تلك الولاية.

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام

فأقول: للولاية معان:

١- الولاية التكوينية.

٢- وجوب الإطاعة و قبول قول الولى فى الأحكام الشرعية.

٣- الحكومة و الرئاسة الدنيوية بإدارة شئون الأمة.

٤- الولاية الشرعية، اى ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس.

٥- وجوب الإطاعة فى الأوامر الشخصية العرفية.

و الظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبى و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين. فتنقيح القول بالبحث فى موارد:

الأول: فى الولاية التكوينية- اى ولاء التصرف التكوينى- و المراد بها: كون زمام امر العالم بأيديهم، و لهم السلطنة التامة على جميع الأمور بالتصرف فيها كيف

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٥٤

[...]

ما شاء و اعداماً و إيجاداً، و كون عالم الطبيعة منقاداً لهم لا بنحو الاستقلال بل فى طول قدرة الله تعالى و سلطنته و اختياره، بمعنى ان الله تعالى أقدرهم و ملكهم كما أقدرنا على الأفعال الاختيارية، و كل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم و سلطنتهم.

و من هذا الباب معجزات الأنبياء و الأولياء، و قد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص، قال الله تعالى: **وَقَالَ الَّذِي عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ** (١) و قال عز من قائل: **فَسَخَّرْنَا لَهُ الرِّيحَ تَجْرِي بِأَمْرِهِ رُخَاءً حَيْثُ أَصَابَ وَ الشَّيَاطِينَ كُلَّ بِنَاءٍ وَ غَوَاصٍ وَ آخَرِينَ مَقْرَنِينَ فِي الْأَضْمِقَادِ** (٢) و قال سبحانه: **أَنِّي أَخْلَقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَ أُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ وَ أُحْيِي الْمَوْتَى بِإِذْنِ اللَّهِ وَ أَنْبِئُكُمْ بِمَا تَأْكُلُونَ وَ مَا تَدْخُرُونَ فِي بُيُوتِكُمْ** (٣) الى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.

و إذا ثبت ذلك لهؤلاء فثبوتهم للرسول الأعظم و خليفته الذى عنده علم الكتاب بنص «٤» القرآن لا يحتاج الى بيان، و عليه فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات و الكرامات الصادرة على المعصومين عليهم السلام- كالتصرف الولائى فى النقش و صيرورته أسداً مفترساً و ما شاكل- انما نلتزم بها و نعتقد من غير التزام بالتأويل، كيف و نرى انهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات من إبراء المريض الذى عجز

(١) سورة النمل آية ٤٠.

(٢) سورة ص آية ٣٨.

(٣) سورة آل عمران آية ٤٩.

(٤) الرعد آية ٤٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥٥

[...]

الأطباء عن إبرائه، وحل معضلات الأمور و ما شاكل، و ليس ذلك الا لما ذكرناه.

و يمكن ان تكون الآية الكريمة: النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ «١» ناظرة الى ثبوت هذا المعنى من الولاية ايضا للنبي صلى الله عليه و آله.

و بالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبي و الأئمة المعصومين - الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبي صلى الله عليه و آله للروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغي التوقف فيه.

و أما شبهة استلزام ذلك للشرك، فهي تندفع باننا لا ندعى ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل ان الله تبارك و تعالى ملكهم و أقدرهم كما ملكنا و أقدرنا على الأفعال الاختيارية، و به يظهر ان لا ينافيه قوله تعالى: قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا «٢» فان المراد عدم الملكية بالاستقلال. و لتفصيل الكلام فى المقام محل آخر.

الثانى: فى وجوب إطاعتهم و قبول قولهم فى الأحكام الشرعية و الوظائف المجعولة الإلهية، و ان قولهم و كذا فعلهم حجة. لا شبهة فى ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله: مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا «٣» و قال سبحانه: لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَ الْيَوْمَ الْآخِرَ وَ ذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا «٤» و قال عز و جل: قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ «٥» الى غير

(١) سورة الأحزاب آية ٦.

(٢) الأعراف آية ١٨٧.

(٣) سورة الحشر آية ٧.

(٤) سورة الأحزاب آية ٢١.

(٥) سورة آل عمران آية ٣١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥٦

[...]

ذلك من الآيات الدالة على ان قول رسول الله صلى الله عليه و آله و كذا عمله حجة.

و قد دل الحديث الشريف الذى هو متواتر بين الفريقين و لا- شك فى صدوره عنه صلى الله عليه و آله: انى تارك فيكم الثقلين: كتاب الله و عترتى اهل بيتى، و انهما لن يفترقا حتى يردا على الحوض، فلا- تقدموهما فتهلكوا، و لا- تقصروا عنهما فتهلكوا، و لا تعلموهم فانهم اعلم منكم. على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عليهم السلام، أضف الى ذلك ما دل على ثبوت ما للنبي صلى الله عليه و آله من المناصب للأئمة الهداة.

ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة للحجة (عليه السلام)

الثالث: في ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة الدينوية بإدارة شؤون الأمة للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَالأئمة صلوات الله عليهم. لا ينبغي الشك و الكلام في ثبوت هذا المنصب لهم، و انه فوض إليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب الهى لا- من قبل الناس، و الشاهد لثبوتهم لهم امور:

أحدها: الآيات الكريمة قال الله تعالى: **إِنَّمَا وَرِثَكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ** «١» فان الآية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة و الرئاسة بعد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَالأئمة صلوات الله عليهم، فإذا انضم الى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية في شان امير المؤمنين (عليه السلام)، و ما دل على ثبوت منصب كل امام لإمام بعده- كخبر المعلى الآتى- يثبت هذا المنصب للأئمة الهداء.

(١) المائدة آية ٥٥.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٥٧

[...]

وقال سبحانه: **أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ** «١» فان الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم و امر صادر من الله تعالى و رسوله و أولى الأمر، و مقتضى إطلاقها ذلك حتى في ما يرجع الى شؤون الأمة و ادارة المملكة الإسلامية، و ليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى الا ذلك، بل في بعض النصوص صرح الإمام (عليه السلام) بان الإطاعة المأمور بها في الآية أريد بها الإطاعة في الأوامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع الى ادارة شؤون الأمة لاحظ خبر عيسى بن السرى قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) حدثني عما بنيت عليه دعائم الإسلام إذا أنا أخذت بها زكى عملى و لم يضرني جهل ما جهلت بعده، فقال (عليه السلام): شهادة ان لا- إله الا الله و ان محمداً رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَالأئمة صلوات الله عليهم، و الإقرار بما جاء به من عند الله و حق في الأموال من الزكاة، و الولاية التي امر الله بها ولاية آل محمد- الى ان قال- قال الله عز و جل: **أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ** فكان على ثم صار من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي، ثم هكذا يكون الأمر، ان الأرض لا تصلح الا بإمام «٢».

و صحيح بريد العجلي عن ابى جعفر (عليه السلام) في قول الله عز و جل: **فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا** جعل منهم الرسل و الأنبياء و الأئمة، فكيف يقرون في آل ابراهيم و ينكرونه في آل محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَالأئمة صلوات الله عليهم، قال: قلت: وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا قال: الملك العظيم ان جعل فيهم ائمة

(١) النساء آية ٥٩.

(٢) اصول الكافي ج ٢- ص ٢١ حديث ٩ باب دعائم الإسلام.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٥٨

[...]

من أطاعهم أطاع الله و من عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم «١». الملك بالضم هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر

بإطاعتهم و جعلها قرين اطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة اخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح. و اما أولو الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم ان المراد بهم الأئمة الاثنى عشر.

ثانيها الروايات منها الدالة على ان الأئمة عليهم السلام ولاة امر الله و أولو الأمر، لاحظ خبر عبد الرحمن: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: نحن ولاة امر الله «٢».

و خبر الحسين ابن ابي العلاء الآتي «٣» و غيرهما.

و الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة.

و منها: ما عن «٤» سيد الشهداء صلوات الله عليه: فلعمري ما الإمام الا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله.

و منها: خبر «٥» المعلى بن خنيس عن الإمام الصادق (عليه السلام) في قول الله عز و جل: **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ** * إلخ: عدل الإمام ان يدفع ما عنده الى الإمام الذي بعده، و أمرت الأئمة ان يحكموا بالعدل و امر الناس ان يتبعوهم.

و خبر «٦» سليمان بن خالد عنه (عليه السلام): اتقوا الحكومة، فان الحكومة إنما

(١) اصول الكافي ج ١- ص ٢٠٦ حديث ٥.

(٢) اصول الكافي ج ١ ص ١٩٢.

(٣) اصول الكافي ج ١ ص ١٨٧.

(٤) ارشاد المفيد طبع النجف ص ٢٠٤.

(٥) الوسائل - باب ١- من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

(٦) الوسائل - باب ٣- من أبواب صفات القاضي حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٥٩

[...]

هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى أو وصى نبى. و قريب منهما غيرهما.

و منها: النصوص المتقدمة في ذيل الآية الثانية.

و منها: بعض الأخبار الواردة صفات الأئمة: كخبر «١» عبد العزيز بن مسلم عن الإمام الرضا (عليه السلام) - في حديث طويل -: ان

الإمامة زمام الدين و نظام المسلمين و صلاح الدنيا و عز المؤمنين، ان الإمامة اس الإسلام النامى و فرعه السامى، بالإمام تمام الصلاة و

الزكاة و الصيام و الحج و الجهاد و توفير الفىء و الصدقات و إمضاء الحدود و الأحكام و منع الثغور و الأطراف، و نحوه غيره.

و ظهور ذلك في ان الحكومة للإمام (عليه السلام) واضح، بل هو كالصريح في ذلك.

و نظير ذلك ما عن العليل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا (عليه السلام) في علل حاجة الناس الى الإمام حيث قال بعد ذكر

جملة من العلل: و منها أنا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا إلا بقيم و رئيس لما لا بد لهم في امر الدين و الدنيا،

فلم يجز في حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به الى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة

على ذلك بالسنة مختلفة.

ثالثها: الارتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم في كل امر راجع الى المعاد و المعاش على رجوع الجاهل الى العالم من جهة

كونه اهل الخبرة و الاطلاع، و لم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، و حيث ان الإمام (عليه السلام) اعلم الناس و أفضلهم و ابصر

بالأمور- سواء أ كان الأمر مربوطا بالمعاش أو المعاد- فيتعين جعله

(١) اصول الكافي ١- ص ٢٠٠.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٦٠

[...]

المرجع و الحاكم، و متابعتة حتى في الأمور الراجعة الى ادارة شئون الامة.

رابعها: حكم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق و لا ملة من الملل بقوا و عاشوا الا بقتيم و رئيس لما لا بد لهم منه في امر الدين و الدنيا، و من الممتنع في حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لأبد لهم منه و لا قوام لهم به، و عليه فاما ان يعين الأبرص بالأمور السياسية و تنظيم البلاد أو غيره، و الثاني باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح، و هو قبيح و من الحكيم محال، فيتعين الأول.

و بهذا البيان يظهر قطعياً ان الله تعالى عيّن الإمام (عليه السلام) لذلك.

خامسها: ان جملة من الأحكام الشرعية جزائية، و قضائية، و سياسية، و اجتماعية. كالقصاص، و الحدود، و القضاء، و قبول الجزية، و الجهاد و ... و لا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الامة و قد صرح في جملة من الأخبار انها لإمام المسلمين «١»، و لذلك نرى ان النبي صلى الله عليه و آله حينما ساعدته الظروف أسس حكومة إسلامية عادلة، و كذلك الإمام علي بن ابي طالب (عليه السلام) أسس الحكومة و حارب مع من خالفه في ذلك.

(١) المستدرک باب ٥ من أبواب صلاة الجمعة و آدابها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٦١

[...]

ولاية التصرف في الأموال و الأنفس

الرابع: في ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل تصرف منهم في أموال الناس و أنفسهم.

و بعبارة اخرى: في الولاية الظاهرية التي هي من المجعولات الشرعية المترتب عليها جواز التصرف، فقد استدلت لثبوتها لهم بوجوه:

منها: الآية الشريفة: النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ «١» و ما كان مساقه مساقها.

و اورد على الاستدلال بها تارة: بأنها مختصة بصورة التراحم للانصراف و لأن الولاية لا تقبل الشدة و الضعف، فلا بد و ان يكون التفضيل مجازياً، و المراد ثبوت الولاية عند التراحم للنبي صلى الله عليه و آله و انتفائها عن غيره. و اخرى: بانه انما تكون الآية في مقام بيان عدم اختصاص رئاسته صلى الله عليه و آله بالرئاسة الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية و الحكومة، فقال تدل أولويته بكل شخص من نفسه.

و لكن يرد الأول: ان الانصراف ممنوع، الولاية قابلة للشدة و الضعف كما هو ظاهرها.

و يرد الثاني: - مضافا الى كونه خلاف الظاهر- انه ينافيه النبوي: انا اولي بكل مؤمن من نفسه «٢».

(١) سورة الأحزاب آية ٦.

(٢) اصول الكافي ج ١- ص ٤٠٦ حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٦٢

[...]

فالحق ان يقال: إنها تدل على ثبوت ولاية و سلطنة على الناس اقوى و أشد من ولاية الشخص على نفسه، و من الضروري ان ولاية الشخص على نفسه انما هي في التصرف السببي من الطرق و الأسباب الشرعية، كبيع ماله، و تزويج المرأة و تطليق زوجته. و أما التصرف بلا سبب أو بسبب غير شرعي فليس له الولاية عليه حتى تثبت تلك بنحو أشد للنبي صَلَّى الله عليه و آله، مثلا ليس له ان يعطى الانتفاع بزوجه لغيره فلا يكون ذلك ثابتها له صَلَّى الله عليه و آله، و كذلك الأحكام المحضة كالإرث. و بالجملة: الآية الشريفة ليست في مقام التشريع للأحكام بل هي في مقام بيان تشريع الولاية، و تدل على انها ثابتة له فيما للشخص على نفسه من الولاية لا في أزيد من ذلك.

و يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم أزيد مما للشخص على نفسه، بل يشهد له: ما في ذيل حديث طويل مروى عن كتاب نزهة الكرام و بستان العوام تأليف محمد بن الحسين بن الحسن الرازي، فقال له (اي للكاظم عليه السلام): قد بقي مسألة تخبرني بها و لا تضجر، فقال له، سل، فقال: خبروني انكم تقولون ان جميع المسلمين عبيدنا و جوارينا، و انكم تقولون من يكون لنا عليه حق و لا يوصله إلينا فليس بمسلم، فقال له موسى (عليه السلام): كذب الذين زعموا اننا نقول ذلك، و إذا كان الأمر كذلك فكيف يصح البيع و الشراء عليهم، و نحن نشترى عبيد أو جوارى و نعتقهم و نقعد معهم و ناكل معهم، و نشترى المملوك و نقول لا يا بني، و للجارية يا بنتي، و نقعدهم يأكلون معنا تقربا الى الله سبحانه، فلو انهم عبيدنا و جوارينا ما صح البيع و الشراء و قد قال النبي صَلَّى الله عليه و آله لما حضرته الوفاة: الله الله في الصلاة و ما ملك ايمانكم، يعني صلوا و أكرموا ممالئكمم و جواريتكم، و نحن نعتقهم، و هذا الذي

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٦٣

[...]

سمعت غلط من قائله و دعوى باطله، و لكن نحن ندعى ان ولاء جميع الخلائق لنا، يعني ولاء الدين، و هؤلاء الجهال يظنون ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، و نحن ندعى ذلك لقول النبي صَلَّى الله عليه و آله يوم غدیر خم: من كنت مولاه ... إلخ «١» فانه يدل على ما ذكرناه.

قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة: لكن الظاهر ان سيرة النبي صَلَّى الله عليه و آله و الأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، و هو الظاهر من الملاحظة التواريخ و الأخبار، فلاحظ كلام امير المؤمنين في نهج البلاغة في جواب اخيه عقيل و مراجعته الى الأمير صلوات الله عليه. انتهى.

و منها: النصوص الدالة على ان الدنيا و ما فيها لهم عليهم السلام، و ان لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لاحظ مكاتبة ابن الريان الى العسكري (عليه السلام) قال: كتبت إليه: روى لنا: ان ليس لرسول الله صَلَّى الله عليه و آله من الدنيا الا الخمس، فجاء الجواب: ان الدنيا و ما عليها لرسول الله صَلَّى الله عليه و آله «٢».

و مرسل احمد بن محمد بن عبد الله: الدنيا و ما فيها لله تبارك و تعالی و لرسوله و لنا، فمن غلب على شيء منها فليقت الله. الحديث «٣».

و خبر ابى بصير عن مولانا الصادق (عليه السلام) قلت له: اما على الإمام زكاة، فقال: أحلت يا أبا محمد، اما علمت ان الدنيا و الآخرة للإمام (عليه السلام)

- (١) كتاب النجوم للسيد بن طاوس..
 (٢) اصول الكافي ج ١- ص ٤٠٩ حديث ٦ باب ان الأرض كلها للإمام.
 (٣) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٨ حديث ٢.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٦٤
]...[

يضعها حيث يشاء و يدفعها الى ما يشاء «١». و نحوها غيرها.
 فان الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس و أموالهم من غير جعل جاعل للرسول صلى الله عليه و آله و الإمام (عليه السلام) بالجعل غير المنافي مع ملكية الناس، و هذه عبارة اخرى عن الأولوية بالتصرف فيها منهم. و منها: الإجماع، و الظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم. و منها: غير ذلك، و لظهور عدم دلالة ما ذكره أغمضنا عن التعرض له، و فيما ذكرناه كفاية.

وجوب اطاعة المعصوم (عليه السلام)

الخامس: في وجوب الإطاعة.
 يمكن ان يستدل للزوم إطاعتهم في أوامرهم الشخصية العرفية الراجعة مصلحتها إليهم بوجهين:
 أحدهما: الآيات و النصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، و ان معصيتهم كمعصية الله تعالى، كقوله سبحانه: أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ «٢».
 و قوله تعالى: فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ

- (١) اصول الكافي ج ص ٤٠٩ حديث ٤.
 (٢) النساء آية ٥٩.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٦٥
]...[

عَذَابٌ أَلِيمٌ «١».
 و قوله عز و جل: مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَ مَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا «٢».
 و صحيح زرارة عن ابي جعفر (عليه السلام): ذروة الأمر و سنامه و مفتاحه و باب الأشياء و رضا الرحمن تبارك و تعالى الطاعة للإمامة بعد معرفته (عليه السلام) «٣».
 و خبر الحسين بن ابي العلاء قال: ذكرت لأبي عبد الله (عليه السلام) قولنا في الأوصياء ان طاعتهم مفترضة. فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ وَ هم الذين قال الله عز و جل: إِنَّمَا وَدَّعْتُمُ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا «٤».
 الى غير ذلك من الأخبار المتواترة.
 إذ اختصاص هذه بأجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة ان الإطاعة فيها اطاعة بالذات لأمره تعالى، و اطاعة بالعرض

للسائط، و الإطاعة التي تكون بالذات اطاعة لهم هي إطاعتهم في الأوامر الشخصية. و معلوم ان ظاهر الآيات و الروايات ارادة الثانية. الوجه الثاني: انهم صلوات الله عليهم مجارى الفيوضات، و أولياء النعم بأجمعها من المال و الولد و الأعتاء و غيرها، فهم المنعمون بالواسطة، و قد استقل العقل بوجوب شكر المنعم، و معلوم ان صرف النعمة في سبيل اطاعة المنعم شكر، و تركه

(١) النور آية ٦٤.

(٢) النساء آية ٨٣.

(٣) اصول الكافي ج ١ ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١.

(٤) اصول الكافي ج ١ ص ١٨٥ حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٦٦

[...]

كفران، فيحسن الأول عقلا و يقبح الثاني كذلك، و بالملازمة يستكشف الوجوب.

اشتراط تصرف الغير بإذنتهم

و هل يستقل غيرهم عليهم السلام في التصرف، ام يكون تصرف الغير منوطا بإذنتهم؟ وجهان. و تفصيل القول في المقام: انه لا كلام و لا خلاف في ثبوت الولاية بهذا المعنى، اي اشتراط تصرف الغير بإذنتهم في جملة من الموارد الخاصة التي دل الدليل على ذلك، كالحودود، و التعزيرات، و الحكومات، و الجهاد، و غيرها، كما لا كلام في ثبوتها لهم في الأمور التي ثبت انها وظيفة الرئيس، لما دل من النصوص على ان لهم الرئاسة كخبر الفضل و غيره، و انهم ولاة الأمر و أولى الأمر، كما لا ينبغي التوقف في عدم ثبوتها لهم بالإضافة الى الوظائف الشخصية لكل فرد من افراد الرعية من العبادات و المعاملات. انما الكلام فيما إذا جهل الأمر و لم يحرز ان التصرف من اي الأقسام، فان احتمل كونه من وظيفة الإمام خاصة فتارة: لا يحرز كون الفعل مطلوباً للشارع على كل تقدير، و اخرى: يحرز ذلك. فعلى الأول: تجرى أصالة البراءة عنه بالإضافة الى الرعية، و على الثاني: حيث ان توجه التكليف الى المكلفين بنحو الواجب الكفائي بالتفصيل الذي سيمر عليك معلوم، فلا مورد للأصل،. و ان احرز ان التكليف ليس مختصاً بالمعصوم عليه السلام و انه متوجه الى المكلفين بنحو الواجب الكفائي أو العيني و لكن احتمل دخل اذنه (عليه السلام) فيه، كان المرجح إطلاق دليل المنع، أو دليل الجواز لو كان و الا فمع التمكن من الرجوع إليه (عليه السلام) لا بد من ذلك، و لا مجال للرجوع الى الأصل لأنه لا يرجع إليه من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٦٧

[...]

التمكن من الفحص. و ان لم يتمكن من ذلك فان احتمل كون اذنه من قبيل شرط الوجوب تجرى أصالة البراءة مع عدم تحقق الاذن، و ان احتمل كونه من قبيل شرط الواجب دخل في مسألة الأقل و الأكثر الارتباطيين.

إشارة

إذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

و ملخص القول في المقام: انه لا شبهة ولا ريب في ان منصب القضاة - من فصل الخصومة و الأمور التي يرجع فيها في العرف الى القاضي كأخذ الحق من المماطل، و حبسه، و بيع ماله، و التصرف في مال القصر، و نصب القيم و ما شاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط، و تشهد به مشهورة ابي خديجة المروية في الكافي و التهذيب و الفقيه و غيرها بأسانيد مختلفة و متون متفاوتة في غير الجملة التي هي مورد للاستشهاد قال: بعثني أبو عبد الله (عليه السلام) الى أصحابنا فقال: قل لهم: اياكم إذا وقعت بينكم خصومة - الى ان قال - اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حالنا و حرامنا، فاني قد جعلته عليكم قاضيا. الحديث «١».

و ظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاء المنصوبين من قبل ائمة الجور، و من المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاة لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع إليه سائر ما أشرنا إليه، بل في زماننا ايضا القضاء يتصدون لما ذكر فيثبت

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣ حديث ٥٣ و ج ٦ ص ٢١٩ حديث ٨- و الكافي ج ٢ ص ٣٥٨ و الفقيه ج ٣- ص ٢ و الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٦٨

[...]

هذا المقام للفقيه.

و به يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، و لا يستفاد منها مزيد من ذلك، مع انه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله: اجعلوا بينكم ... إلخ كافيا و لم يكن حاجة الى ضم هذه الجملة. فالظاهر ان هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التي من مصاديقها المورد.

و اورد عليها بضعف السند لوجهين: أحدهما: ان في طريقها المعلى بن محمد.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني، و هو: ان لأبي خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق، و هي زمان متابعتة للخطابية، و حالتها استقامة، و ما قبل الاعوجاج و بعده، و لم يعلم انه رواها في اي الحالات.

و لكن يمكن دفع الأول: بان الخبر مروى بطرق مختلفة، منها ما في الفقيه عن احمد بن عائد عن ابي خديجة، و طريقه إليه هو: ابوه عن سعد بن عبد الله عن احمد ابن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء، و هؤلاء كلهم ثقات، كما ان احد طريقتي الشيخ في التهذيب إليه قوى، مع ان المعلى من مشايخ الإجازة على ما افاده المحقق المجلسي ره، و هو يكفي في قبول رواياته.

و يدفع الثاني: ما حقق في محله من ان سالم بن مكرم أبا خديجة ثقة.

و لا كلام ايضا في ثبوت منصب الفتوى له، و ان للعوام ان يقلدوه و تدل عليه الآيات و الروايات و بناء العقلاء على رجوع الجاهل الى العالم، على ما فصلنا القول في ذلك في كتاب الاجتهاد و التقليد.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ١٦٩

[...]

انما الكلام في انه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق و منفذ الحكم و وظيفته تشكيل الحكومة اما بنفسه أو بنصب شخص من قبله، ام لا؟.

المعروف بين الأصحاب هو الأول، بل في عوائد النراقي: دعوى الإجماع عليه، قال: حيث نص به كثير من الأصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمات.

و هو الحق الذي لا- ريب فيه، لأن من جملة احكام الإسلام، بل و المهم منها احكاما جزائية، و قضائية، و سياسية، و اجتماعية كالفصاح، و الديات، و الحدود، و الجهاد، و الصلح، و القضاء، و قبول الجزية و ... و لا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الأمة.

و بعبارة اخرى: ان الأحكام التي اتى بها نبي الإسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ انما هي قوانين كلية، و بديهي ان القانون ان لم يكن له مجر لا يفيد و يكون لغواً، فيعلم من ذلك ان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ الذي جاء بتلك القوانين و حينما ساعدته الظروف شكّل الحكومة بنفسه، و كذلك وصيه امير المؤمنين (عليه السلام) عين شخصاً لإجراء تلك الأحكام، و ليس في هذا الزمان غير المجتهد الذي قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ في حقه: انه خليفتي و وارثي و قال الإمام (عليه السلام): هو الحجّة عليكم الى غير ذلك من التعابير التي ستمر عليك، مع انه لا يكون ثمّة احد اعرف بمباني الإسلام منه، فهو المتعين لأن يكون قائماً بالحكومة و على رأسها.

و ان شئت قلت: انه لا ريب في ان وظيفة المجتهد في هذا العصر اجراء احكام الإسلام، و حفظ أمن البلاد الإسلامية، و التحرز من مكاييد الاستعمار، و حفظ استقلال

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٠

[...]

البلاد الإسلامية، و الدفاع عن حريم الإسلام و القرآن، و قطع يد من تسول له نفسه العبث في بلاد المسلمين و حفظ المسلمين من يد الأجانب و من عبثهم في عقول المسلمين، و عقد الذمة و العهود، و اجراء الحدود، و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر. و هل يمكن شيء من ذلك الا من قبل الدولة و الحكومة القوية العادلة، قال الله تعالى: وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَيْطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ «١» هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم، و قد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا (عليه السلام) المتضمن: انا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا الا بقتيم و رئيس لما لا بد لهم منه في امر الدين و الدنيا، فلم يجز في حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به. فان هذا البرهان العقلي جار في زمان الغيبة ايضا.

و تشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة «٢» عمر بن حنظلة عن ابي عبد الله (عليه السلام): ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فاني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله، حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكماً كسائر الحكام المنصوبين في زمان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ و من المعلوم ان الحاكم المنسوب في تلك الأزمنة كان يرجع إليه في جميع الأمور العامة التي يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكماً مطلقاً

(١) الأنفال ٦٣.

(٢) الكافي ج ١- ص ٦٧ حديث ١٠- التهذيب ج ٦ ص ٣٠١ حديث ٥٢- الفقيه ج ٣ ص ٥- الاحتجاج ص ١٩٤- الفروع ج ٧ ص ٤١٢- الوسائل- باب ١١- من أبواب صفات القاضي حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧١

[...]

بهذا المعنى. و بعبارة اخرى: الحاكم هو المنفذ الحكم.

و اورد عليها تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق، و اخرى: بان الظاهر من الحاكم هو القاضى لأن مورد السؤال و التحاكم هو الترافع الى القاضى، و قوله: فإذا حكم بحكمنا اى قضى، فهى تدل على جعل منصب القضاة له.

و لكن يرد الأول: ان الأظهر وثاقه الرجل لتوثيق الشهيد الثانى اياه، قال: أنا حققنا توثيقه من محل آخر، و لورود روايتين دالتين «١» عليها، و لغير ذلك من الشواهد، مع ان الأصحاب تلقوها بالقبول و لذلك سميت بالمقبولة.

و يرد الثانى: ان المسلم عند الأصحاب: ان خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد، مع انه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفى قوله: ينظر ان من كان ... إلخ و لم يكن حاجة الى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذى يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبرى كليه من مصاديقها المورد.

و منها: ما رواه الصدوق بأربعة طرق عن على (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اللهم ارحم خلفائى - ثلاثا - قيل: يا رسول الله و من خلفائك، قال: الذين يأتون بعدى يروون حديثى و سنتى - و زاد فى بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدى - «٢».

و حيث انه عند دوران الأمر بين الزيادة و النقيصة الأصل البناء على وجود ما

(١) رواهما العلامة المامقانى فى رجاله احدهما عن التهذيب - و الأخرى عن الكافى.

(٢) عيون الأخبار ج ٢ ص ٣٧ حديث ٩٤ - معانى الأخبار ص ٣٧٤. الفقيه ج ٤ ص ٣٠٣ حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ من أبواب صفات القاضى حديث ٥٣ - و باب ١١ - منها حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٢

[...]

نقص، فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة، و ظهوره حينئذ فى ارادة الفقهاء من الرواء فى غاية الوضوح. و بعبارة اخرى: المراد من راوى الحديث و السنة هو من يعلم الناس احكام الإسلام لا مجرد لقلقه اللسان، و هذا يلزم مع الفقاهة. فيدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول الله صلى الله عليه و آله، و الخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه فى كل ما هو له، و ان شئت قلت: ان كون الرئاسة و الحكومة حق خليفة رسول الله صلى الله عليه و آله و منصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع و لذلك كان كل من ملوك بنى أمية و سلاطين بنى العباس، بل و من قبلهم من رؤساء الحكومة الإسلامية، مدعيا لخلافة رسول الله صلى الله عليه و آله لتصدى ذلك المقام. و على ذلك فتعيين رسول الله صلى الله عليه و آله العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البينة على جعلهم حكاما نافذى الحكم و رؤساء للحكومة الإسلامية.

و مما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة فى جعله نافذ الحكم و رئيسا: الآية الكريمة: **يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ** «١» فان كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه فى الآية، و انما امر فيها بالحكم و عدم اتباع الهوى.

و منها: التوقيع الشريف المروى فى كتاب إكمال الدين و إتمام النعمة للصدوق، و كتاب الغيبة للشيخ، و الاحتجاج للطبرسى فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب: و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا، فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله «٢».

(١) سورة ص آية ٢٦.

(٢) إكمال الدين وإتمام النعمة طبع الكمباني ص ٢٦٦ ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبة ص ١٩٨ - الاحتجاج طبع النجف ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٣

[...]

بتقريب: ان المراد بالحوادث - من جهة كونها جمعاً محلي باللام - كل حادثة يرجع فيها الرعية الى رئيسهم، من غير فرق بين كونها من السياسيات أو الشرعيات، و من غير فرق بين ان تكون مرتبطة بشخص خاص أو بالمجتمع، فتشمل ما كان من قبيل إخراج الأجانب النفط و سائر المعادن، و عقد الذمة مع الدول الآخر، و ما لو توجه الخطر من جانب الأجانب الى الدولة الإسلامية، و ما شاكل، فيدل على ان راوى الحديث المجعول حجة على الأمة، و هو الفقيه الجامع للشرائط، مرجع في جميع تلك، و ليس معنى الحكومة و كون الشخص حاكماً و نافذ الحكم الا ذلك.

و احتمال ارادة حوادث خاصة - نظراً الى ان اللام للعهد، و اشارة الى الحوادث المسئول عنها التي ليست بأيدينا - يندفع بان توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك.

و قد يقال: انه تضمن الرجوع في الحوادث الى الفقيه، و لا يدل على و كول نفس الحادثة إليه لياشره بنفسه أو بمن ينصبه كما ادعاه الشيخ ره، و الظاهر من ذلك الرجوع في حكمها إليه لا - إيكالها إليه. و لكن يندفع ذلك: بان الرجوع في كل حادثة الى الفقيه، و كسب الوظيفة منه، و لزوم العمل بكل ما يعينه و لو كان هو الدفاع عن المملكة الإسلامية و حفظ حدودها و ما شاكل، عبارة اخرى عن كونه حاكماً مطلقاً، و يناسب هذا المعنى التعليل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل الله المسلط على العام و ما فيه.

و منها: ما روى عن الحسين بن علي عليهما السلام: مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، و الأمانة على حاله، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، و ما سلبتم ذلك الا بتفرقكم عن الحق و اختلافكم في الشئنة بعد البيئنة الواضحة، و لو صبرتم على الأذى و تحملتم المثونة في ذات الله كانت امور الله عليكم ترد، و عنكم تصدر، و إليكم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٤

[...]

ترجع، و لكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، و استسلمتم امور الله في أيديهم ... إلخ «١».

و تقريب الاستدلال به: ان المراد بالعلماء في الخبر غير الأئمة بقريئة سائر الجملات المتضمنة لتفرقهم عن الحق و اختلافهم في السنة، و ان المخاطب فيه هم العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف و غير العاملين بالوظيفة، و غير ذلك من القرائن.

و يدل الحديث على ان مجارى الأمور على أيديهم، و لا - معنى لمجارى الأمور في مقابل مجارى الأحكام سوى الأمور المربوطة بالحكومة الإسلامية، و يؤكد ذلك ما في ذيله من قوله و استسلمتم امور الله في أيديهم فان ما استسلموه هو الحكومة و ما يرتبط بها، و ايضا تضمن الخبر ان العلماء غضب حقهم، و من المعلوم ان المغضوب ليس غير الحكومة.

و على الجملة: من تدبر في الخبر صدرا و ذيلا يظهر له ان مراد الإمام الشهيد صلوات الله عليه: ان العلماء هم الحكام، و ان تشكيل الحكومة من وظائفهم، و قد غضب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و عدم المصانعة عند الظلمة، و ما شاكل و الله العالم.

و منها: خبر علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن موسى بن جعفر (عليه السلام): إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة، و بقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها، و أبواب السماء التي كان يصعد فيها باعماله، و ثلم في الإسلام ثلماً لا يسدها شيء، لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها «٢».

(١) تحف العقول ص ٢٣٧.

(٢) اصول الكافي ج ١- ص ٣٨ باب فقد العلماء حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٥

[...]

و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان حصن الإسلام و حافظه هو الفقيه، و حيث ان احكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها احكام اجتماعية و سياسية و قضائية و جزائية، و لا يمكن حفظ تلك الأحكام، و كون الفقيه حصناً يدافع عنها الا من قبل حكومة قوية صالحة، و لذلك نرى ان الاستعمار الأروبي علم من أول وهلة ان استعمار له لا يتم ما دام القرآن هو الكتاب السماوي الذي يتبعه المسلمون و يجرون احكامه و قوانينه و يتبعون ارشاداته و تعاليمه، و بهذا صرح (كلادستون) رئيس وزراء بريطانيا في ذلك الوقت، و من ذلك الوقت اتجه وجهه اخرى، فأخذ يسعى بشتى الطرق و الوسائل لتضعيف الإسلام، و كان من جملة مصائده و حباله نعمة التفكيك بين الدين و السياسة، و صارت تلك من أخطر الوسائل في أيديهم، و سبباً لما نرى الآن من حال الإسلام و المسلمين و البلاد الإسلامية.

و بالجملة احكام الإسلام من الجهاد و المهادنة و عقد الذمة، و العهود و اجراء الحدود و القصاص و قبول الجزية، و ما شاكل، لا يمكن حفظها الا مع كون الحكومة بيد الفقيه أو من ينصبه الفقيه بذلك، فجعل الفقيه حصناً للإسلام لا يكون الا بجعله حاكماً مطلقاً منفذ الحكم.

و منها: خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله و ما دخلوهم في الدنيا؟ قال صَلَّى الله عليه و آله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١».

و تقريب الاستدلال به: ان الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض إليه، و قد

(١) اصول الكافي ج ١- ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٦

[...]

فوض الى الفقهاء الأحكام الشرعية، و قد مر في الخبر السابق ان حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن الا من قبل حكومة إسلامية قوية، و قوله: ما لم يدخلوا ... إلخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الإهمال في تشكيل الحكومة و صيرورة المتبوع تابعاً و المخدوم خادماً خيانة يخرج بذلك عن كونه أميناً.

و منها: ما رواه في الكافي، و أمالي الصدوق، و في أول المعالم بأسانيد عديدة متصلة عن ابي عبد الله (عليه السلام): قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به طريقاً الى الجنة، و ان الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، و انه يستغفر لطالب العلم من في السماء- الى ان قال- و ان العلماء ورثة الأنبياء، ان الأنبياء لم يورثوا ديناراً و لا درهماً و لكن ورثوا

العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر «١».

و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان العالم وارث الأنبياء في العلم، و المراد به الأحكام و الحقائق و القوانين التي جاءوا بها فكما انهم موظفون بنشرها و إجرائها كي ينتفع بها الناس، فكذلك العالم موظف بذلك، و قد مر أن اجراء الأحكام الشرعية بأجمعها لا يمكن الا بيد الحاكم المطلق.

و دعوى ان المراد بالعلماء هم الأئمة، غريبه، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم، مع انه بهذا المضمون روايات صريحة في ارادة غير الأئمة الهداة صلوات الله عليهم، مثل ما في البحار: و قال امير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد: تفقه في الدين، فان الفقهاء ورثة الأنبياء «٢».

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٣٤ باب ثواب العالم و المتعلم.

(٢) ج ١- ص ٢١٦ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٧

[...]

و في المقام روايات آخر قريبة المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحد منها.

العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين

و قد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون أبواب الحكام و لا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ خبر السكوني عن ابي عبد الله (عليه السلام): قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله و ما دخولهم في الدنيا؟ قال صَلَّى الله عليه و آله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١».

و النبوي: العلماء أمناء الرسل على عباد الله عز و جل ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم و اعتزلوهم «٢».

و النبوي: شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، و خيار الأمراء الذين يأتون العلماء «٣».

و الخبر قال (عليه السلام): العلماء احباء الله ما أمروا بالمعروف و نهوا عن المنكر و لم يميلوا في الدنيا و لم يختلفوا أبواب السلاطين، فإذا رأيتهم مالوا الى الدنيا و اختلفوا أبواب السلاطين فلا تحملوا عنهم العلم، و لا تصلوا خلفهم، و لا تعودوا مرضاهم، و لا

(١) اصول الكافي ج ١- ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه.

(٢) المحجة البيضاء ج ١- ص ١٤٤.

(٣) المحجة البيضاء ج ١ ص ١٤٤- و أخرجه ابن عبد البر في العلم بلفظ آخر على نقل و بلفظه نقله الشهيد في المنية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٧٨

[...]

تشيعوا جنازتهم، فانهم آفة الدين، و فساد الإسلام، كما يفسد الخل العسل «١». الى غير ذلك من الأخبار.

و الظاهر ان منشأ هذه التشديدات العظيمة و السر فيها وجهان: أحدهما: ان العالم جعل متبوعا و حاكما و مخدوما، فإذا صار تابعا و خادما و محكوما كان ذلك انعكاسا على ام الرأس، و مثله هو الذي يقوم فى العرض الأكبر مع المجرمين ناكسى رءوسهم عند ربهم.

قمى، سيد صادق حسيني روحانى، فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)؛ ج ١٦، ص: ١٧٨

الثانى: ان السلطان و الملك قد غصب حق المجتهد و تصدى للحكومة. فاختلاف بابه تقرير لظلمه و تعديه فلا يجوز. و بذلك يظهر الوجه لما فى روايات كثيرة من ذم السلاطين و النهى عن اختلاف أبوابهم و الأمر بالهرب منهم. و فى المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها و للإخبار الواردة عن ائمة الدين فيها، و لكن الظروف لا تساعد، و إلى الله المشتكى. فالتحصّل مما ذكرناه: انه لا ينبغي التوقف فى ان تشكيل الحكومة و وظيفة المجتهد الجامع للشرائط.

(١) خراجية الفاضل القطيفى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٧٩

[...]

مزاحمة احد المجتهدين لآخر

بقى الكلام فى انه هل يجوز لأحد المجتهدين مزاحمة الآخرين ام لا؟.

و تنقيح القول فى ذلك: انه تارة: يتصدى أحدهم للرئاسة و الحكومة، و اخرى: لم يستقر له الأمر و يريد التصدى لها. اما فى الصورة الأولى: فلا اشكال فى عدم جواز المزاحمة ان كان المتصدى أهلا لذلك، إذ مضافا الى ان المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الإسلامية- و هو بديهى الحرمة- يشهد لعدم جوازها قوله (عليه السلام) فى مقبوله ابن حنظلة المتقدمة: فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله. و هو على حد الشرك بالله «١». فان تصدى المجتهد حينئذ كتصدى الإمام (عليه السلام)، فمزاحمة الثانى اياه كمزاحمته للإمام، و هى مستلزمة للرد عليه و هو رد الإمام فلا يجوز. أضف الى ذلك انه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، و هو غير جائز قطعا، مع ان الأدلة انما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم التصدى له، ففى فرض التصدى لا دليل على ثبوته لأحد.

و إلى هذا نظر المحقق النائيني ره، حيث قال: ان الفقيه ولى من لا- ولى له، فإذا تحقق الولى فلا ولاية لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولى من لا ولى له كما ان الظاهر الى هذا نظر من قال ان دليل الولاية ان لم يكن لفظيا فالمتيقن منه انما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدى احد، و الا فيرجع الى الأصل و هو يقتضى عدم الولاية

(١) الوسائل- باب ١١- من أبواب صفات القاضى حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٨٠

[...]

و ان كان لفظيا، فإطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لأبد من الرجوع الى الأصل المتقدم.

و أما في الصورة الثانية: فان قلنا باعتبار الأعلمية- كما يشهد به ما رواه في البحار عن الاختصاص قال: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: من تعلم علما ليمارى به السفهاء او لياهى به العلماء أو يصرف به الناس الى نفسه يقول انا رئيسكم فليتبوأ مقعده من النار، ان الرئاسة لا تصلح الا لأهلها، فمن دعى الناس الى نفسه و فيهم من هو اعلم منه لم ينظر الله إليه يوم القيامة «١». فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة، و الا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، و التوسل بكل امر جائز في نفسه للوصول الى ذلك المقام السامى بل لو كان يرى نفسه أحق و ابصر بالأمر و انه لو تصدى لذلك كان يخدم الإسلام و المسلمين احسن مما لو تصدى الآخر يجب عليه ذلك و الله العالم.

عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال و الأنفس

فالمتحصل مما أسلفناه: ثبوت منصب الفتوى و القضاة و ما يتبع هذا المنصب، و الحكومة المطلقة للفقيه، و عليه فكل امر يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع المسلمون فيه الى الفقيه، كما انه المرجع في كل امر يكون بيد القضاء كما مر، و اما غير تلك من ما ثبت للإمام (عليه السلام) من أولويته بالتصرف في الأموال و الأنفس، و لزوم اطاعته في اوامره الشخصية العرفية، و ولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

(١) البحار ج ٢- ص ١١٠ من الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨١

[...]

شئ منها للفقيه بما هو فقيه لاختصاص أدلتها بالإمام (عليه السلام).

قال الشيخ: قده: فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع ... إلخ.

و قد التزم هو قده في كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه ان طالب.

و استدل له: بان منعه رد عليه و الراد عليه راد على الله تعالى كما في مقبوله ابن حنظلة «١» و بقوله (عليه السلام) في التوقيع الشريف:

اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله «٢».

و لكن قد مر ان الخبرين انما يدلان على ان الحكومة و القضاة للفقيه و لا يدلان على ثبوت شئ آخر كوجوب الإطاعة، و حيث إن

ذلك ليس شأننا من شئون احد المنصبين. و بعبارة اخرى: ليس مما يرجع فيه العرف الى الرئيس أو القاضى، فلا وجه لوجوب الرد

إليه، و ما في المقبوله انما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردا على الإمام لا ان مطلق الرد رد عليه.

نعم إذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكما و سلطانا فطلب الزكاة أو الخمس لصرفها في المصالح العامة و الفقراء و جب الدفع إليه، لأن

ذلك من حيثيات الحكومة و شئونها و لذا كان دأب النبي صَلَّى الله عليه و آله و الوصى (عليه السلام) في زمان حكومتها مطالبه

الزكاة و الأخذ من المانعين جبرا.

و بما حققناه يظهر الضابط فيما للفقيه تصديقه و ما ليس له ذلك، فتدبر حتى لا يشته عليك الأمر.

(١) الوسائل- باب ١١- من أبواب صفات القاضى- حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١١- من أبواب صفات القاضى- حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨٢

]...[

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه

بقي الكلام في توقف تصرف الغير على اذنه.

و ملخص القول في المقام: ان ما ثبت كونه معروفاً إذا علم كونه وظيفه شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاة، أو علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

و ان احتمال ان يكون في وجوده أو وجوبه منوطاً بنظر شخص خاص، فان كان لدليل ذلك المعروف عموم أو إطلاق من هذه الجهة تنفي الإناطة به حتى و ان ثبت كونه منوطاً بنظر شخص الإمام (عليه السلام) في زمان حضوره، إذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر الإمام في زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الاستئذان منه يكون الإطلاق هو المحكم، و لا وجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للإمام (عليه السلام) بما هو امام.

نعم ما ثبت له بعنوان انه قاض أو حاكم و رئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه، و عليه فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه، و لعله يكون من هذا الباب الجهاد من الكفار، و قد مر الكلام فيه في كتاب الجهاد.

و ان لم يكن لدليل معرفيته إطلاقاً أو عموم، فان لم يحرز اصل المطلوبية في زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الإمام (عليه السلام) فيها، فان ثبت كون دخل نظره (عليه السلام) بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه، و انه لأبد فيه من الرجوع إليه لما مر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، و ان احتمال دخل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨٣

]...[

نظر شخص الإمام (عليه السلام) فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلك من قبيل المعاملات أو العبادات للأصل.

و ان احرز ارادة وجوده في الخارج و علم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطاً عند التعذر، لا كلام في ان للفقيه التصدي له، لأنه اما يعتبر اذنه أو هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، و اما غير الفقيه فان كان التصرف تصرفاً معاملياً فالأصل عدم نفوذه الا باذن الفقيه، و ان كان غير معاملي فان استلزم ذلك التصرف في مال الغير أو نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير أو نفسه «١» و الا كما في الصلاة على الميت جاز التصدي له بدون اذنه بناءً على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل و الأكثر كما لا يخفى.

و بذلك يظهر عدم تمامية ما افاده الشيخ ره من إطلاق عدم المشروعية، كما انه ظهر ما في إطلاق المحقق الخراساني من الجواز في غير المعاملات.

فان قيل بناءً على ما ذكر من انه لو كان عموم أو إطلاقاً لدليل ذلك المعروف لم يكن اذن الفقيه معتبراً لا بد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم ما دل على ان كل معروف صدقة «٢» من النصوص، توجه عليه ان تلك النصوص من جهة أخذ مشروعية الفعل في موضوعها- لأن المعروف هو ما عرفه الشارع و رغب إليه و حث عليه- لا سبيل الى التمسك بها، لأنه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفاً بدون اذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر هو اعتبار اذن الفقيه في التصرفات المعاملية و ما استلزم التصرف في مال الغير أو نفسه.

(١) الوسائل باب ٣- من أبواب مكان المصلى حديث ١-٣ و باب ١- من أبواب القصاص فى النفس حديث ٣.

(٢) الوسائل- باب ٤١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨٤

[...]

وقد اشتهر فى الألسن و تداول فى بعض الكتب رواية «١»: ان السلطان ولى من لا ولى له.

و اختلفت كلمات القول فى المراد من السلطان، فعن جماعة: ان المراد به الإمام (عليه السلام)، و هو الظاهر من صدر عبارة الشيخ ره فى المقام، و عن آخرين كالعلامة فى التذكرة و غيره: ان المراد به ما يعم الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء و الحكم، و هو الظاهر من عبارة الشيخ ره الأخيرة.

و الأظهر هو الثانى: فان السلطان من له السلطنة على غيره، و الإمام (عليه السلام) و ان كان مصداقه الكامل الا ان للفقيه ايضا السلطنة على غيره، و هو الحاكم المنفذ الحكم كما مر، فمقتضى إطلاق الخبر هو جعل الولاية له ايضا.

و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ثبوت الولاية على من لا ولى له، و من شأنه ان يكون له ولى لمن له السلطنة، و لازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به أو بما له كان جائزاً له لو كان مالكا لأمره، فيجوز للحاكم الشرعى ان يزوج المجنون الذى لا ولى له، و ان يزوج المجنونة.

فان قيل: انه ضعيف السند للإرسال.

قلنا: ان صاحب الجواهر ره فى كتاب النكاح قال: ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر فى خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد. و الظاهر انه كذلك، فان الفقهاء فى باب النكاح يصرحون بان احد الأولياء السلطان، و الظاهر ان هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا اشكال فى الخبر سنداً و دلالة.

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢- رواه أبو داود فى محكى سننه ج ١ ص ٤٨١- و ابن ماجه تحت قم ١٨٧٩- و احمد فى مسنده ج ٦ ص ٤٧- و فى عوائد النراقى عائدة ٥٤ انه مروى فى كتب الخاصة و العامة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨٥

[...]

ولاية عدول المؤمنين

إشارة

مسألة: فى ولاية عدول المؤمنين.

و ملخص القول فى المقام: ان المعروف الذى ثبت كونه من وظائف الفقيه- و قد مر ضابطه- لا محالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكن منه، الا إذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به، فيجوز حينئذ تصدى غيره.

و أما ما لم يثبت فيه ذلك، فان كان لدليله عموم أو إطلاق يقتضى جواز تصدى كل احد فلا كلام، و الا فان كان احتمال دخل نظر الفقيه و اذنه من قبيل شرط الوجوب يكون التكليف به ساقطاً مع تعذر الاستئذان منه لأصالة البراءة. و ان كان من قبيل شرط الواجب،

فان كان ذلك تصرفا معامليا أو كان مستلزما للتصرف فى مال الغير أو نفسه، لم يجرز لما تقدم، و إلا جاز و لم يسقط التكليف به لجريان الأصل عند الشك فى الأقل و الأكثر.

ثم ان ثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذر الاستئذان انما يكون بأحد طرق:

أحدها: استفادة ذلك من النصوص و لو مع ملاحظة المناطات و مناسبة الحكم و الموضوع، كما فى دفن الميت.

ثانيها: ان يكون للدليل ذلك المعروف إطلاق، و لا يكون الدليل المقيد له بنظر الفقيه مطلقا، فانه حينئذ يقتصر فى تقييده على المقدار المتيقن و هو التمكن من الاستئذان.

ثالثها: استقلال العقل بذلك، كما فى حفظ مال اليتيم من التلف.

رابعها: ان يدل دليل بالخصوص على ذلك، كما سيأتى فى بيع مال اليتيم.

خامسها: جريان السيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع عنها، كما إذا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٨٦

[...]

مرض اليتيم و توقفت نجاته من الهلاكه على التصرف فى ماله.

و قد ذكر له طرق أخرى.

منها: ما نسب الى الشهيد ره، و هو: التمسك بدليل كل معروف صدقة «١» و شبهه، و قد مر أنه لعدم احراز الموضوع - و هو كون الفعل معروفا من كل احد - لا موقع للتمسك به.

و منها: ما افاده الشيخ ره، و هو: ما إذا كان الفعل مقدمة لما هو حسن عقلا، كما لو توقفت نجاه اليتيم من الهلاكه على التصرف فى ماله، بدعوى انه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكه على التصرف فى مال الغير بغير اذنه.

وفيه: ان الكبرى الكلية تامة، الا - انه فى المثال من جهة إمكان الصرف من مال نفسه أو من بيت المال لا يتم ما أفيد فيه، و الكبرى داخله تحت الطريق الثالث الذى ذكرناه.

ثم ان الشيخ ره ذكر ان من جملة الأدلة المطلقة لمعروفية الفعل قوله (عليه السلام): عون الضعيف من أفضل الصدقة. و قوله تعالى: وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ * «٢».

وفيه: اما الأول: فقد عرفت انه لا إطلاق له من هذه الجهة. و حاصله: انه من الواضح ان كل ما يكون عوننا لا يكون صدقة، حتى ما كان عوننا بفعل محرم، فالمراد هو العون بما يكون جائزا شرعا، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر.

و أما الآية الشريفة: فان كان الخطاب فيها متوجها الى الأولياء كما ان قوله

(١) الوسائل - باب ٤١ - من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة..

(٢) سورة الأنعام آية ١٥٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٨٧

[...]

تعالى: فَإِنْ أَنْشَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَخِطَابُ إِلَيْهِمْ فَهِيَ اجْنِبِيَّةٌ عَنِ الْمَقَامِ، و ان كان متوجها الى عامة المكلفين فالاستدلال بها فى نفسها لا مانع منه، فإنها حينئذ بمفهوم الاستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقا، الا ان من التزم بدلالة التوقيع و غيره

على عموم ولاية الفقيه و انها تدل على اعتبار اذن الفقيه في أمثال ذلك ليس له التمسك بعمومها، فانه بعد تقييد إطلاقها بإطلاق تلك الأدلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الاستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

قال الشيخ: بقى الكلام فى اشتراط العدالة فى المؤمن، و هو مقتضى الأصل ... إلخ. لا يخفى انه قد ه فى ولاية الأب و الجد التزم بان مقتضى الأصل عدم اعتبار العدالة، و هنا التزم بان الأصل يقتضى اعتبارها، و يمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من ارادته من الأصل بذلك، و الا فالبا بان من واد واحد كما هو واضح. و كيف كان: فمحصل القول فى المقام: ان الكلام فى اعتبار العدالة ربما يقع فى جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و ربما يقع بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضمما الى فعل غيره، كالايجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعا للأثر.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة فى بيع مال اليتيم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨٨

[...]

اما المورد الأول: فان كان ثبوت معروفية ذلك الفعل بإطلاق دليل أو عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما انه كذلك إذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل و الفاسق، و اما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، أو كان باستكشافه من المناطات و نحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، و لغيرهم مشكوك فيه، و الأصل عدمه، مع ان مقتضى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفا معامليا، و عدم الجواز إذا كان تصرفا فى مال الغير أو نفسه، بالإضافة الى غير العدول.

اما المورد الثانى: فمن النصوص صحيح ابن بزيع: رجل مات من أصحابنا و لم يوص فرفع امره الى قاضى الكوفة فصير عند الحميد القيم بما له، و كان الرجل خلف ورثة صغاراً و متاعاً و جوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنه فروج، قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام) و قلت له- الى ان قال فقال (عليه السلام): إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس «١».

و الكلام فى هذا الخبر يقع فى جهات: الأولى: فى انه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا ولى لهم ام لا؟.

الثانية: فى انه هل يدل على اعتبار العدالة ام لا؟.

الثالثة: فى انه هل يوجب تقييد إطلاق غيره من الأدلة لو كان ام لا؟.

اما الجهة الأولى: فقد يقال كما عن المحقق الإيروانى ره احتمالاه انه متضمن

(١) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٨٩

[...]

للإذن الشخصي من الإمام (عليه السلام) لا- لإعطاء الحكم، و حيث ان مفاده ليس إعطاء المنصب بل التوكيل فلا ينفع بالنسبة الى اعصار سائر الأئمة.

و فيه: ان هذا مخالف للظاهر من وجوه:

منها: ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعي، فالجواب يكون ظاهراً في بيان ذلك.

و منها: ان ظاهره نفى البأس عن الأعمال التي اتى بها عبد الحميد قبل الرجوع الى الإمام.

و منها: التعبير بمثلك و مثل عبد الحميد، إذ لو كان في مقام بيان الإذن الشخصي لم يكن يعبر هكذا.

و بالجملة ظهور الخبر سؤالاً و جواباً في بيان إعطاء الحكم لا ينبغي إنكاره.

و أما الجهة الثانية: فالوجوه المحتملة للمماثلة اربعة:

الأول: المماثلة في التشيع.

الثاني: المماثلة في الوثاقه، و ملاحظه مصلحه اليتيم.

الثالث: المماثلة في العدالة.

الرابع: المماثلة في الفقهه.

و قد أفاد الشيخ ره- و تبعه المحقق النائيني ره-: ان الاحتمال الرابع مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، و لو مع تعذره.

و فيه: انه لم يفرض في الخبر لابدية البيع، فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه، مع ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة في العدالة، فانه بإطلاقه حينئذ يدل على ثبوت البأس مع تعذر العادل. مضافاً الى ان مورده منطوقاً و مفهوماً صورة التمكن من أمثال محمد بن إسماعيل و عبد الحميد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٠

[...]

فالحق ان يقال: ان احتمال ارادة المماثلة في الفقهه يدفعه: ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأن الكليني و ان روى الرواية و اطلق عبد الحميد، و لكن الشيخ في محكي التهذيب رواها و قيده بابن سالم، و احتمال اشتباه الشيخ أو أنه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده بعيد غايته.

و ما افاده المحقق البهبهاني ره من ان ابن سالم لم يكن في عصر الجواد (عليه السلام) و الخبر مروى عنه، يرد عليه: ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسأل حكم المسألة كلية، و لا يلزم ذلك كون عبد الحميد في زمانه (عليه السلام)، و حيث انه ليس صاحب اصل أو كتاب، فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

و يدفع احتمال ارادة المماثلة في العدالة، فرض تصرف عبد الحميد في البيع بمجرد نصب القاضي له كما يظهر من توقفه في بيع الجوارى لأنهن فروج، مع ان الرجاليين وثقوه، و الوثاقه أعم من العدالة.

و يدفع احتمال ارادة المماثلة في التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال: إذا كان من أصحابنا، أو من أصحابك، أو من يعرف أمرنا فلا بأس، فالمتعين ارادة المماثلة في الوثاقه و الأمانة، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين و ان لم يكن عادلاً.

و أما الجهة الثالثة: فبناء على ما افاده الشيخ ره يكون الخبر مجملاً، و ان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهة الأخذ بالمتيقن، و عليه فلا وجه للأخذ به في مقابل إطلاق دليل أو عموم، بل هو يكون مبيناً لإجمال هذا كما هو الشأن في كل مورد كان احد الدليلين

مجملاً و الآخر مينا.

و منها: صحيح على بن رثاب عن الإمام الكاظم (عليه السلام): عن رجل بينى و بينه قرابة مات و ترك أولاداً صغاراً و ترك مماليك و غلماناً و جوارى و لو يوص، فما ترى
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩١
[...]

فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد، و ما ترى في بيعهم؟ قال: فقال (عليه السلام): ان كان لهم ولى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد؟ فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك، إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم ان يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم «١».
و لكن: هذا الصحيح اجنبى عن المقام، لأن الظاهر من القيم هو القيم الشرعى، اما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث، أو بنصب من بيده الأمر.

و ان شئت قلت: ان الخبر وارد فى مقام بيان جواز الاشترء من القيم فى مقابل الاشترء من الصغار، و ليس فى مقام بيان من به تقوم القيمومة.

و منها: موثق زرعة عن سماعة: عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك؟ قال (عليه السلام): ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس «٢».
و هذا و ان كان يدل على الاكتفاء بالوثاقه، الا انه مختص بالقسمه.

و منها: صحيح إسماعيل بن سعد عن الإمام الرضا (عليه السلام): عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار، أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك، فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفة أ يطيب الشراء منه ام لا؟ فقال (عليه السلام): إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب احكام الوصايا حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٢

[...]

إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك «١».

و قد استظهر منه الشيخ ره اعتبار العدالة.

و اورد عليه: بان الظاهر من القاضى الذى تراضوا به هو القاضى الشرعى الذى له الولاية على مال الصغير مطلقاً، و ان لم ينضم إليه العدل اجماعاً. و بأن غاية مفاده ثبوت الولاية للعدل، و هذا لا ينافى ثبوتها لمطلق الثقة الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع، و بانه انما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة الى المشتري، و الكلام انما هو فى وظيفة المتصدى للبيع نفسه.

و فى الجميع نظر: اما الأول: فلأن السؤال انما هو عن البيع من دون تصدى القاضى، و مع تصديه فالجواب يكون عاماً للموردين.

و أما الثانى: فلأن الظاهر كون قوله: عدل ... إلخ عطفاً على قوله رضا الورثة، و عليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل، و يوجب تقييد إطلاق صحيح ابن بزيع.

و أما الثالث: فلأنه بناء على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما انها طريق الى ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطا للشراء مستلزما لجعلها شرطا للبيع، و الا- فجعل جواز البيع للفاسق من غير ان يجوز لأحد الشراء منه لغو، فالأظهر ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين، و الظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الإمارة على كون التصرف تصرفا بالأحسن- كما ذهب إليه الشيخ ره- بل من باب دخلها بنفسها، إذ الظاهر من أخذ كل عنوان في الموضوع دخله في الحكم بنفسه لا من باب الإمارة الى

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٣

[...]

شىء آخر.

و بما ذكرناه ظهر الحال في المقام الثاني فلا نعيد.

و مقتضى إطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه، فما افاده المحقق الأردبيلي ره من كون ولاية العدول على مال اليتيم في عرض ولاية الفقيه، متين اللهم الا- ان يقال: ان مقتضى إطلاق هذه النصوص و ان كان ذلك، الا انه من جهة كونها من مناصب القضاة، و قد جعل الشارع الفقيه قاضيا و حاكما، فمع وجوده لا بد من تصديقه لذلك. فتدبر فان المسألة تحتاج الى تأمل زائد.

فروع

بقي في المقام فروع:

الأول: انه بناء على جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب، هل يقبل اخباره ام لا؟ وجهان. و الحق ان يقال: انه بناء على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره لقاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به.

و دعوى معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق؛ مندفعه بانه لا تعارض بينهما، إذ لا تنافي بين عدم قبول اخباره من حيث انه خبر الفاسق و قبوله من حيث انه مالك للتصرف، و لذا ترى انه يقبل اخبار ذى اليد. و ان قلنا انه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه، فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني: انه بناء على جواز البيع للفاسق، إذا تصدى الفاسق للبيع و أوجب و شك من يريد القبول في انه هل يكون الإيجاب تصرفا على وجه احسن ام لا، فهل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٤

[...]

تجرى أصالة الصحة في الإيجاب و يحرز بها صحة الإيجاب و القبول، ام لا؟ وجهان.

قد استدل الشيخ ره للثاني بوجهين:

أحدهما: ان الحكم لم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على موضوع و هو إصلاح المال و مراعاة الحال، و هذا عنوان لموضوع الأثر، و حيث انه قد ثبت في محله انه يعتبر في جريان أصالة الصحة في موضوع الأثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه، و

كون الشك متمحضا في الصوف، و الافع الشك في الموصوف لا تجرى أصالة الصحة، ففي المقام لا تجرى أصالة الصحة في الإيجاب.

الثاني: ان أصالة الصحة في الإيجاب لا- تثبت الا- صحة الإيجاب التأهيلية، و لا- يحرز بها تحقق المصلحة، و حيث ان القابل ايضا متصرف في مال الصغير، و لا بد و ان يكون تصرفه على وجه احسن، و لا يحرز ذلك بأصالة الصحة في الإيجاب، فاصالة الصحة الجارية في الإيجاب لا تفيد في الحكم بترتب النقل.

و لكنه يرد على الوجه الأول: ان هذا الشرط كسائر الشرائط انما يكون شرط صحة التصرف، و عنوان التصرف الذي هو موضوع الاثر عنوان المعاملة من البيع و غيره، و من شرائط صحته و إمضاء الشارع له كونه صلاحا لليتم.

و بعبارة اخرى: ان الموصوف بالصحة و الفساد نفس التصرف المعاملي، غاية الأمر ان هذا التصرف يمتاز عن سائر التصرفات بكونه مشروطا بشرط زائد، و هو كونه صلاحا لليتم، و ما كان واجدا لهذا الشرط يصح، و ما كان فاسدا لا يصح، و مجرد جعله عنوانا و كيفية للتصرف لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف و يكون من قبيل الأعمال الخارجية التي قصد بها البيع أو شيء آخر، و عليه فمع احراز اصل التصرف و الشك في صحته و فساده تجرى أصالة الصحة، و يحرز بها الصحة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٥

[...]

و يرد على الوجه الثاني: ان الذي لا بد و ان يكون صلاحا لليتم هو الإيجاب و البيع، فانه متضمن لإعطاء ماله بعوض، و اما القبول فهو أخذ للمال الذي هو عوض عن ماله، و هذه حيثية راجعة الى المشتري لا إلى اليتيم، فلا يعتبر فيه احراز كون المعاملة صلاحا لليتم، و لعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من ان اهل العرف يفهمون من جعل شخص ولياً في البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا ام لا.

مع انه يمكن ان يقال: ان الدليل انما دل على اعتبار كون التصرف على وجه احسن، و هو انما يكون بالبيع، و اما الشراء فهو مطاوعة و قبول للبيع لا انه بنفسه تصرف، فلا يعتبر فيه هذا الشرط. فالأظهر جريان أصالة الصحة في الإيجاب و ترتب الأثر عليه مع ضم القبول إليه.

الثالث: ما ذكره بقوله: نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري واخذ الثمن ... إلخ.

أقول: ما افاده ره و ان كان متينا- اي تجرى أصالة الصحة في فعل البائع و المشتري و يترتب عليها الأثر- الا ان الوجه الأول الذي ذكره في الفرع المتقدم يجري في هذا الفرع، و لازمه عدم جريانها، و لازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثلث على ملك الصغير، و يحرز به كون مال اليتيم يجب إصلاحه و حفظه من التلف هو المثلث لا الثمن.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٦

[...]

مزاحمة الولي

و حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فهل هو على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي؟.

و المقصود من سوق هذا الكلام بيان حكم مزاحمة غير المتصدى للمتصدى، و قد حكم الشيخ ره بجوازها، و استند في ذلك الى ان ما ثبت له انما يكون على وجه التكليف لا على وجه النصب من الإمام (عليه السلام).

و لكنه يرد عليه أمران:

الأول: ان الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال (عليه السلام): ان كان ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم ... إلخ مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك، مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه ولياً و مالكا للتصرف، و الا لما كانت جائزة، و لا معنى لمجرد جعل التكليف في هذا المقام.

الثاني: انه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الإمام كما هو كذلك تجوز مزاحمته إذا كان النصب بعنوان يعم كليهما وحلا يختص بخصوص المتصدى، فان التصدى لا- يوجب تعيين المتصدى و انحصار المنسوب به الا إذا دل دليل آخر على ذلك، و هو مفقود.

توضيح الآية الشريفة

المشهور بين الأصحاب: ان تصرف غير الأب و الجد في مال الصغير مشروط
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٧
[...]

بوجود المصلحة، و عن مفتاح الكرامة: انه اجماعي، و الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين.
و استدلل له بقوله تعالى: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** * «١» و حيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمة فلا بد من ذلك. و الكلام فيه يقع في جهات:
الاولى: ان حرمة القرب الى مال اليتيم الا بالتى هي احسن محدودة في الآية الشريفة بقوله تعالى: **حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** * كما في سورتي الانعام و الاسراء، فحينئذ قد يقال: ان الغاية ان كانت قيداً للموضوع أو المتعلق- و ان كان لا يترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للآية الشريفة- الا انه خلاف الظاهر، فان الظاهر كونها قيداً و غاية للحكم، و عليه فتدل الآية بمفهوم الغاية على ان القرب المحرم انما هو الى زمان البلوغ، و بعده لا يكون محرماً، مع انه محرم قطعاً.
و أوجب عنه بجوابين: الأول: انها غاية للمستثنى فقط، فمعناها: ان جواز التصرف على وجه احسن محدود بالبلوغ، و به ينقطع الجواز و يدور امر التصرف مدار اذن صاحب المال.
الثاني: انها غاية للمستثنى منه، أو هو مع المستثنى، الا ان المستثنى منه حرمة التصرف مطلقاً و لو مع رضا اليتيم، و هذا الحكم محدود بالبلوغ، فانه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه.
و كلاهما خلاف الظاهر، اما الأول: فلان الظاهر كونه غاية للحكم الذى تضمنه الآية الشريفة.

(١) الانعام آية ١٥٢- الاسراء آية ٣٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ١٩٨
[...]

و اما الثاني: فلان المذكور انما هو الحكم المطلق لا إطلاق الحكم.

فالحق ان يقال: انه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقاً لبيان تحقق الموضوع، فان الموضوع هو اليتيم، و هو يتبدل بالبلوغ.
الجهة الثانية: في بيان المراد من القرب المنهى عنه.

أقول: الظاهر من القرب فى نفسه هو ما يقابل البعد، و لكن الظاهر منه فى الآية الشريفة التصرف فى مال اليتيم، و حيث ان التصرف فى مال اليتيم ربما يكون خارجيا مثل اكله و شربه و نحوهما، و ربما يكون اعتباريا كبيعته و شرائه و نحوهما. فقد وقع الخلاف فى المراد من الآية، و محتملاته التى ذكرها الشيخ ره اربعة:

الأول: ارادة اقرب ما يكون الى مصداق القرب، اى أول تصرف فيه كمسه و وضع اليد عليه. هذا هو الاحتمال الثانى فى المكاسب. الثانى: ان يراد ما يعمه و سائر التصرفات الخارجيه. و بعبارة اخرى: مطلق التقلب و التحرك، و هو الاحتمال الأول فى المكاسب. الثالث: ان يراد به ما يعم ذلك و الترك. و بعبارة اخرى: مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك، و هو الاحتمال الرابع فى المكاسب.

الرابع: ان يراد به التصرف الاعتبارى، و هذا هو الاحتمال الثالث فى المكاسب. و هناك احتمال خامس اظهر من الجميع، و هو: اراده ما يعم التصرفات الخارجيه و الاعتباريه، إذ سائر الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه، و التعميم الذى لا يساعده عرف و لا لغة. و مجرد كون المتعلق هو مال اليتيم و قرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتبارى المتعلق به، لا يصلح معينا للاحتمال الرابع الذى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ١٩٩

[...]

اختاره الشيخ ره.

و أما ما افاده المحقق الإيروانى ره من: ان الظاهر ان القرب كناية عن أكل مال اليتيم و الاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف لأجل اليتيم، فتكون الآية اجنبية عن المقام. فبعيد جداً لا يلائم مع استثناءه الا بالتى هى احسن. الجهة الثالثة: فى بيان المراد من النهى المتعلق بالقرب.

أقول: ان كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتبارى المتعلق بمال اليتيم كان النهى ظاهراً فى الإرشاد الى الفساد، و ان كان المراد هو التصرف الخارجى المتعلق به من وضع اليد عليه و إمساكه و اكله و شربه كان ظاهراً فى الحرمة المولوية. و حيث عرفت ان المراد هو الجامع بينهما، فان حملناه على المولوية لما دلت الآية على فساد المعاملة، لان النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد، مع ان بناء الأصحاب رضى الله عنهم على التمسك بالآية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم ما لم يكن على وجه احسن، و ان حملناه على الإرشاد لزم تخصص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتباريه، و هو مما لا وجه له.

و حل هذه العويصة انما يكون بأحد نحوين:

الأول: حمل النهى على ما يعم المولوى و الارشادى، و لا مانع من ذلك، فان الاختلاف بينهما انما يكون فى الدواعى و الأغراض، و لا اختلاف بينهما ذاتا نظير الوجوب و الاستحباب، و لذا بنينا على جواز الامر الواحد بشيئين مع كون أحدهما واجبا و الآخر مستحبا. و بالجملة: قد حقق فى محله انه لا مانع من حمل النهى عن العام على ارادة المولوية فى بعض افراده و الإرشادية فى بعضها الآخر.

الثانى: حمل النهى على خصوص المولوى، و النهى عن المعاملة نفسيا و ان لم

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٠٠

[...]

يدل على الفساد الا انه يوجب فسق من اتى بمتعلقه، و بصيرورته فاسقا يخرج عن الولاية لما تقدم من اعتبار العدالة فى المتصدى لأمر اليتيم، و مع خروجه عنها لا يكون تصرفه نافذاً كما هو واضح.

الجهة الرابعة: في بيان وجه تأنيث الموصول مع انه لو قدر ما هو من جنس المستثنى لزم تذكيرها، فان القرب مذكر، و الذي ينبغي ان يقال انه من جهة جعل المستثنى مجرورا بحرف جر لأبد من جعل المستثنى منه مقدراً و مجرورا بحرف جر، مثل: بحيثية أو كيفية، و عليه فيلائم تأنيث الموصول.

الجهة الخامسة: في بيان محتملات الأحسن.

و قد ذكر الشيخ ره: ان محتملاته اربعة، فان المراد به اما: التفضيل، أو الحسن. و على الأول: فاما ان يراد التصرف الأحسن من الترك، أو الأحسن مطلقاً من الترك و من التصرفات الأخر. و على الثاني: فاما ان يراد به ما فيه المصلحة، أو ما لا مفسدة فيه. و هناك احتمال خامس و هو: ارادة التفضيل منه، و ان يراد به من التصرفات الأخر.

و لازم الأول جواز البيع إذا كان احسن من تركه و ان كان الايجار احسن منه، و لازم الثاني عدم جوازه ما لم يكن احسن من تركه و من التصرفات الأخر، و لازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة و ان كان تركه أصلح أو سائر التصرفات كذلك، و لازم الرابع جواز التصرف إذا لم يكن فيه مفسدة و ان كان في غيره من التصرفات مصلحة أكيدة، و لازم الخامس جواز البيع إذا كان أصلح من الايجار و ان كان تركه أصلح.

و قد استظهر الشيخ ره الاحتمال الثاني، و الوجه فيه: ان الظاهر من الأحسن ارادة التفضيل، و ان حذف المتعلق و ترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم.

و اورد عليه بايرادات:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠١

[...]

الأول: ان استعماله في غير التفضيل كثير، و يؤيد عدم ارادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر كلمة من و عدم إضافته.

و فيه: ان استعماله في غير التفضيل كثيرا مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه إذا ذكر بلا قرينة، و عدم ذكر كلمة من أو الإضافة إنما يوجب ظهوره في العموم، و لا ينافي ذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الإيرواني ره، و هو: انه ان أريد منه الأحسن من جميع ما عداه لزم عدم الاقدام على شيء من التصرفات عند مساواتها أو مساواة عدة منها في مقدار المصلحة، فان كل واحد من تلك الافراد المساوية ليس احسن من جميع ما عداه، و ان أريد منه الأحسن في الجملة و لو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف يكون هو احسن من ما دونه و ان كان هناك تصرف آخر احسن منه. و فيه: ان المراد به هو الأحسن مطلقاً، الا انه في الفرض نقول بان الجامع بين الافراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون احسن من غيره، فيجوز، و لازمه التخيير بين الافراد.

الثالث: انه لو فرضنا ان الترك و سائر التصرفات لا حسن فيها أصلاً، و هذا الفعل كالبيع فيه مصلحة أكيدة، لزم عدم جوازه، فانه لا يصدق الأحسن لعدم المبدأ في غيره لتكون الزيادة صادقة في البيع، مع انه جائز قطعاً.

و فيه: أولاً: انه لا محذور في الالتزام بعدم شمول المستثنى له، و انما يلتزم بالجواز بالأولية، إذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره فجوازه مع عدمها يكون اولي.

و ثانياً: انه يحمل الأحسن على التفضيل المجازي، اي ما يترجح على غيره في نظر العقلاء، سواء كان لأجل ان مصلحته أكد من مصلحة غيره، أو من جهة ان فيه المصلحة و في غيره المفسدة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٢

[...]

و قد ظهر مما ذكرناه أمران:

الأول: تمامية ما افاده الشيخ ره من ارادة الأحسن مطلقا.

الثاني: عدم تمامية ما افاده من انه لو فرضنا بيع مال اليتيم بعشرة دراهم و فرضنا انه لا يتفاوت الحال في إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فان هذا التصرف ليس أصلح من تركه.

وجه عدم تماميته: ان الجامع بينه و بين الإبقاء يكون أصلح من غيره، فيجوز و يتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.

هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت انه يستفاد منها اعتبار المصلحة، و اما بحسب الروايات، فقد ذكر الشيخ ره روايتين و ادعى دلالتهما على كفاية عدم المفسدة و عدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:

احدهما: حسنة الكاهلي قال: قيل لابي عبد الله (عليه السلام): أنا ندخل على اخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى في ذلك؟ فقال (عليه السلام): ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا «١».

تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم من جهة ان ما لوحظت المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول في بيت الأيتام و القعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة الى ذلك فتصدق عليها المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الذيل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي

(١) الوسائل - باب ٧١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٢٠٣

[...]

ذلك، فلا تنافي بين صدر الخبر و الذيل، و يكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة، و ان لم تكن مصلحة.

و فيه: ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة- بالإضافة الى ما ذكر و ان كانت اقل مما يوازيه- لزم جواز الدخول مع إعطاء اقل مما يوازيه، و هذا لا- يجوز قطعاً، و ان كان المراد الزيادة- بالإضافة الى مائة أموالهم خرجت صورة مساواة النفع و الضرر عن منطوق الخبر، و تعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري الشيخ ره.

و الحق ان يقال: ان في مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع و الضرر، فانه بالتصرف في الدار و البساط و الخادم و الطعام المخلوط بطعام صاحبه لا- يلزم خسارة مالية على الأيتام، فكل ما اعطى بإزاء ذلك ان كان يوازي ذلك يعد نفعاً لهم، و ان اعطى اقل من ذلك كان ضرراً- فتدبر- و لو أغمض عن ذلك و سلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقط و الرجوع إلى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز إذا لم يكن في التصرف مصلحة و نفع عائد الى الأيتام.

ثانيتها: رواية علي بن المغيرة: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): ان لى ابنه اخ يتيمة فربما اهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول يا رب هذا بدا، فقال: لا بأس.

بتقريب: ان ترك الاستفصال من مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة، و لا ريب في ان منصرف الرواية صورة عدم النقص، فلا يرد عليه الإيراد: بان مقتضى ترك الاستفصال جواز إعطاء الأنقص، و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان من يأكل من طعام الغير و يريد إعطاء عوضه و بنائه على عدم إعطاء الأقل لا محالة يعطى مقداراً أزيد، و فرض التساوى نادر جدا ملحق بالمعدوم.

الثاني: ان الظاهر كون اليتيم تحت اختياره و أمرها بيده، و حينئذ يكون عدم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٤

[...]

التصرف في طعامها إبقاء لمالها و تصرفا وجوديا، فالجامع بينه و بين التصرف بإزاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة، فيكون جائزاً، و يتخير بين الفردين.

الثالث: ان الظاهر كون الطعام مطبوخاً، فلا محالة أكل مقدار منه و إعطاء عوضه المساوي معه في القيمة يكون أصلح بحال اليتيم.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، من غير فرق بين التصرفات الخارجية و المعاملية.

و الشهيد قد استدل على اعتبار المصلحة بوجوه أخر:

الأول: انه منصوب لها.

وفيه: ان هذا أول الكلام، و لعله منصوب وليا لحفظ ماله، فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله، و إبقائه على حاله.

الثاني: أصالة بقاء الملك على حاله.

وفيه: انه لا يرجع إليها مع عموم دليل الولاية.

الثالث: ان العدميات لا تكاد تقع غاية.

وفيه: ان العدميات و ان لم تقع غاية، بل الغاية لأبد و ان تكن امرا وجوديا، الا ان اعتبار كونه امرا وجوديا راجعا الى المولى عليه مما

لم يدل عليه دليل، مع الإغماض عما ذكرناه، فلو فرضنا انه لا مفسدة في بيع مال اليتيم، و كانت هناك مصلحة راجعة الى نفس

المتصدى للبيع جاز بمقتضى عموم ادلة الولاية، لو لا الآية الشريفة.

و بالجملة: الكلام في المقام انما هو في ان البيع الذي لا مفسدة فيه إذا كان بداع عقلائي هل يكون نافذا ام لا؟.

و هل يتحرى الأصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه؟ وجهان.

ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحرى الأصلح، غاية الامر بالنسبة الى التصرفات

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٥

[...]

المتعارفة، و اما لو خرج الأصلح عن ذلك و أوجب تحريه الأصلح الحرج، أو كان خلاف المتعارف، فلا يجب.

و بهذا يندفع ما ذكره الشهيد ره في وجه عدم لزوم تحرى الأصلح من ان ذلك لا يتناهى.

بقي في المقام شيء لم ار من تعرض له، و هو: ان نظر الولي في الحسن هل له موضوعية ام هو طريق الى الحسن الواقعي؟ و ثمرة

ذلك انه لو باع الولي و كان في ذلك مصلحة بنظره ثم تبين عدم المصلحة فعلى الأول يصح البيع و على الثاني لا يصح.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: السيرة القطعية.

الثاني: لزوم اختلال النظام من عدم الصحة في الفرض، مثلا لو باع مال اليتيم و بعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة، و من الواضح ان

الحكم بالفساد في هذا المورد و شبهه يستلزم الحرج و اختلال النظام.

الثالث: ان دلالة الآية الشريفة- التي هي المقيدة لإطلاق ادلة الولاية على ان التصرف غير الأحسن إذا كان معامليا باطل- انما تكون

من جهة دلالة النهي على الحرمة، و ان ارتكابه حينئذ موجب للفسق و مخرج له عن الولاية، و من الواضح انه إذا كان البيع بنظر الولي

صلاحاً لا يكون هو موجبا للفسق، وان لم يكن في الواقع كذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٦

[...]

بيان حقيقة المال و الملك

المقصد الرابع: في شرائط العوضين

إشارة

. و قد ذكرنا بعضها في الباب الأول، و كيف كان فيشترط في كل منهما أمور آخر.

الأول و الثاني: كونه مالا، و ملكا.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامين:

الأول: في بيان حقيقة المال، و الملك.

الثاني: في وجه اعتبارهما.

[بيان حقيقة المال و الملك]

اما الأول: فالمال تكون على نحوين:

أحدهما: ما كانت ماله ذاتية، و هو كل ما فيه منفعة عائدة الى الإنسان، و يحتاج إليه بحسب فطرته من المأكل و المشروب و الملبوس و ما شاكل الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه و ادخاره للانتفاع به وقت الحاجة، و يبذلون بإزائه شيئا مما يرغبون فيه من النقود و غيرها من جهة توقف الوصول إليه الى اعمال عمل، ففي الحقيقة يعتبر في صدق المال على شيء أمران: أحدهما: كونه موضوعا لغرض، سواء كان ذلك دفع الضرورات الأولية كالأقوات، أو العرضية كالادوية، أو لتحصيل اللذة كالفواكه و بعض الأشربة.

ثانيهما: توقف الوصول إليه الى اعمال عمل، و لأجل ذلك تختلف مالية الأموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة و العمل الذي يحتاج إليه في الوصول الى ذلك الشيء. مثلا- الغرض المترتب على الماء أزيد بمراتب من ما يترتب على بعض الأدوية النادرة الوجود، و لكن المال على الشاطي لا مالية له، و ذلك الدواء له مالية معتد بها. و السر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٧

[...]

في ذلك: فقد الامر الثاني في الأول، و لذا كلما ازداد بعدا عن الشط ازدادت ماله.

ثانيهما: ما كانت ماله اعتبارية و جعلية كالنقود، و هو على قسمين:

الأول: ما كان الاعتبار فيه عاما يشترك فيه جميع افراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعية، و هي توقف حفظ نظام النوع على التبادل بين الأموال و عدم إمكان التبادل بين الأموال التي ماله ذاتية كالأحجار الكريمة من الذهب و الفضة و غيرها.

و بالجملة: القسم الأول ما بنى العقلاء على اعتبار الماله له.

الثاني: ما كان الاعتبار فيه خاصاً، وهو أيضاً على قسمين، إذ قد يكون شياً خاصاً تعتبر له المالية من جانب دولة ما بالنظر إلى ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه كطوابع البريد، فان كل طابع له مالية في مملكة خاصة دون الممالك الأخرى، و ماليته انما تكون بلحاظ ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه وهو إيصال المكتوب إلى أي محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعين به، وقد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الأول كالدينار العراقي والاسكناس، وهذا القسم الأخير لا يعتبرونه العقلاء مألماً بمجرد اعتبار المعبر أياً من كان، بل لأبد وان يكون له غطاء، ويعبر عنه بغطاء العملة، والتغطية على وجوهه، ثم ان حرمة المنافع كعدمها مسقطه للمال عن المالية.

و أما الملكية فلها أربعة مراتب:

الأولى: الملكية الحقيقية، وهي عبارة عن السلطنة التامة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدوداً و بقاءً، وهي مخصوصة بالله تعالى.

الثانية: الملكية الذاتية، والمراد بالذاتي ما لا يحتاج تحققه إلى امر خارجي، لا الذاتي في باب البرهان و لا الذاتي في باب الكليات الخمس، وهي عبارة عن الإضافة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٨

[...]

الحاصلة بين الشخص و نفسه و عمله و ذمته، إذ الإنسان مالك لعمله و لنفسه و لذمته بالملكية الذاتية، والشاهد به الضرورة و الوجدان و السيرة العقلية، و هذه المرتبة دون مرتبة الوجدانية الحقيقية المختصة بالله تعالى.

الثالثة: الملكية المقولية، وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر، كالهيئة الحاصلة من التعمم و التقمص و ما شاكل.

الرابعة: الملكية الاعتبارية، وهي التي يعتبرها العقلاء أو الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية إلى ذلك.

و هذه المرتبة من الملكية قد تكون اولية، و قد تكون اضافة ثانوية. و الأولية قد تكون اصلية كالاضافة الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معاً، و قد تكون تبعية وهي ما تكون بين المالك و نتاج أمواله، و الإضافة الثانوية والمراد بها ما قابل الأولية، و ان طرأت على الأموال مراراً عديدة، و هي قد تكون قهرية كالاضافة الحاصلة بسبب الإرث، و قد تكون اختيارية كالاضافة الحاصلة من المعاملات. و لتفصيل الكلام محل آخر.

و محل الكلام في المقام هو اعتبار الملكية الذاتية، أو الاعتبارية.

و أما النسبة بين المال و الملك فهي العموم من وجه، إذ الحبة من الحنطة ملك و ليست بمال، و المباحات الأصلية قبل حيازتها أموال و ليست بملك لأحد، و قد يجتمعان و هو كثير.

بيان الدليل على اعتبار المالية و الملكية في العوضين

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الدليل على اعتبار المالية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٠٩

[...]

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكية.

اما المورد الأول: فقد أفاد الشيخ ره: ان ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين ما دل على انه لا بيع الا في ملك «١». و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان أكل المال في مقابله اكلا للمال بالباطل فلا يجوز، و ما لم يتحقق فيه ذلك فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو و الا فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين.

في كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية بما دل على انه لا- بيع الا في ملك، إذ عرفت ان النسبة بين المال و الملك عموم من وجه، فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كي يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال.

الثاني: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقق المالية و لا عدمها بما دل على عدم جواز أكل المال بالباطل، فان صدق أكل المال بالباطل ان كان لأجل عدم المالية فهو طريق إليه لا شىء في مقابله، مع ان المفروض الشك في صدق المالية، فلا محالة يشك في صدق أكل المال بالباطل و ان كان لا لأجل ذلك فلا وجه لعدده من شئون ما لم يعلم انه مال.

الثالث: في استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق انه ليس بمال، و عدم احراز صدق أكل المال بالباطل، و عدم دليل خاص على عدم جواز البيع على الصحة، فانه إذا توقف صدق البيع الذي هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الأموال، فمع الشك في ذلك يشك في صدق الموضوع، و معه لا يبقى مورد للتمسك

(١) راجع سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٠

[...]

بالعموم.

فالحق ان يقال: ان اعتبار المالية في العوضين انما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث ان البيع مثلا عبارة عن الإعطاء لا مجانا، فإذا كان العوض مما لا مالى له فإعطاء المعوض إعطاء مجانا، و هكذا عنوان التجارة و العقد، و هذا هو الميزان. ثم ان هاهنا فروعا:

منها: انه إذا كان للشىء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا؟.

و منها: انه إذا كان للشىء منفعة محللة نادرة و منفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه ام لا؟.

و قد تقدم الكلام في هذه الفروع في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لاعتبار الملكية بوجوه:

الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده «١»، و قد مر في مبحث بيع الفضولى ان تلك النصوص معارضة بما تضمن «٢» الجواز، و بلحاظ التعارض تحمل على ارادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه، مضافا الى إمكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.

الثاني: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر.

وفيه: انه ان أريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، و ان أريد بها غيرها فعليه التوضيح و البيان.

الثالث: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكاً سفهياً، و اكل للمال بالباطل.

- (١) الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود
 (٢) الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١١
]...[

و فيه انه إذا فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا- كالكلي في الذمة- لا يكون البيع سفهيا و لا أكلا للمال بالباطل.
 الرابع: الإجماع.

و فيه: انه لعدم كونه تعبديا لا يعتمد عليه.

و قد يقال: بعدم اعتبار الملكية نظرا الى انه يجوز بيع الكلي في الذمة، مع انه ليس مملوكا للبائع.
 و فيه: ما مر من انه مملوك له بالملكية الذاتية.

و الحق ان يقال: انه لا- يجوز بيع المباحات و لا- مال الغير لعدم سلطانه على المبيع و عدم كون البائع مالكا لأمرهما. اما في الثاني:
 فواضح، و اما في المباحات: فلان المباحات الأصلية متساوية النسبة الى البائع و المشتري، و ليست هي كالكلي ليتعهد به في ذمته، و لا
 كالعين الشخصية المضافة إليه بالإضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه، فعدم جواز البيع فيهما انما هو لأجل عدم تسلطه على المبيع و
 عدم كونه مالكا لأمره، لا لعدم ملكية الرقبة.
 قال الشيخ: و احتزوا به ايضا عن الأرض المفتوحة عنوة... إلخ.

الكلام في ان الأرض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين، ام ليست كذلك قد مر في كتاب الجهاد، و لكن بناء على كونها ملكا
 لهم لا- يكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها، بل لأبد من اضافة خصوصية الى الملكية كي يصح الاحتراز بواسطة تلك
 الخصوصية.

و على القول بأنها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيتها على سائر أنحاء الملكية لا إشكال في انها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين، و
 الا لزم الانتقال بالارث، مع ان القوم غير ملتزمين بذلك. و لزم عدم تسلط غير الملاك على التصرف فيها كما هو مقتضى
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٢
]...[

الناس مسيطون على أموالهم «١»، مع ان أمرها بيد ولي الامر و لا لنوع المسلمين، فانه و ان لم يرد عليه المحذوران المتقدمان- إذ لا
 تعين للميت حتى يرثه وارثه و لا تعين للمالك فلا محالة تكون الولاية لولي الامر القابض على هذه الأرض- الا انه يرد عليه: ان لازمه
 جواز إعطاء ولي الامر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، و لا وفقا لهم، و الا لزم عدم جواز بيعها الا في موارد
 مخصوصة منصوصة لا- لما يراه ولي الامر من المصلحة، بل هي ملك لنوع المسلمين، و جعل أمرها عينا و منفعة الى ولي الامر مع
 رعاية مصلحة النوع.

اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا

إشارة

وقد ذكر المصنف ره و المحقق ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقاً، و أبدله في محكى القواعد بكونه تاماً. و فرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى، و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته. و تنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة، ثم في مسألة بيع الوقف و بيع الرهن. اما الأول: فالمراد من الطلقة ان لا يكون في المبيع مانع عن التصرف، لأنها من الإطلاق. توضيح ذلك: ان عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف، اما لعدم المقتضى كما إذا لم يكن ملكاً له، أو لمانع كما إذا كان المالك محجوراً

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٣

[...]

عن التصرف لفسل و نحوه، و ربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه، و ذلك ايضا قد يكون لعدم المقتضى كما إذا لم يكن مالا، و قد يكون للمانع كما إذا كان وقفاً أو رهناً. و عدم ملك التصرف من الناحية الاولى لرجوعه الى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين، و عدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه الى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين، فملكية الشيء ربما تكون محفوفة بالوقفية أو الرهنية أو غيرهما من الموانع، و ربما تكون مطلقة، و قد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة و غير محفوفة بشيء من الموانع، و من الواضح ان هذا المعنى غير كون البائع مستقلاً بنقله و نقله ماضياً فيه. فلا يرد عليهم ما اورده الشيخ ره عليهم: بان مرجع هذا الشرط الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلاً.

و هل يكون هذا شرطاً خاصاً واحداً معتبراً في البيع و يترتب عليه عدم جواز بيع الوقف و الرهن و نحوهما، ام هو عنوان انتزاعي مما هو مانع لا انه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الامر الانتزاعي على منشأ انتزاعه؟ وجهان.

مختار الشيخ ره هو الثاني، و عن المحقق الخراساني ره: اختيار الأول، و استدلل له: بان المبرهن في محله ان الواحد لا يصدر الا عن الواحد، فإذا كان الاثر واحداً كشف ذلك عن وحدة المؤثر، فان كان المؤثر بحسب الصورة متعدداً لأبد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بينها، ففي المقام لأبد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بين الاعدام الخاصة و ان المانع هو الجامع بين تلك الموانع.

و فيه: ان هذا البرهان لو تم و كان جارياً في الاحكام الشرعية- من جهة انه و ان لم يكن فيها تأثير و تأثر، و ان مقتضى الجعل ارادة الجاعل، الا انه بلحاظ المصالح و الملاكات يجري فيها هذا البرهان، فان المولى الحكيم إذا لم يكن شيء دخيلاً في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٤

[...]

الملاك لما كان آخذاً اياه في الموضوع فإنما هو في خصوص المقتضى الذي يترشح منه المقتضى، و لا يتم في الشرائط الدخيلة في فعلية الاثر من المؤثر و الموانع، و لذا لم يتوهم احد رجوع شرائط الصلاة الى شرط واحد، فلا بد من تعيين احد الوجهين من الرجوع الى الادلة اللفظية، و هي تتضمن مانعية كل عنوان خاص و اشتراط عدمه، و ليس في الادلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقاً، و عليه فالأظهر هو الثاني.

و لا يخفى ان اكثر من تعرض لذلك لم يذكروا من الحقوق المانعة سوى الوقفية و الرهنية و أم الولدية مع انها اكثر من هذه الثلاثة، و قد أنهاها بعض الأساطين الى أزيد من عشرين، و لكننا في المقام نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب مع إلغاء بحث ام الولد لعدم

الموضوع لها. فالكلام فى مسألتين.

بيع الوقف

[عدم جواز بيع الوقف فى الجملة]

الاولى: لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً فى الجملة و محكياً.

حق القول فى المقام يقتضى البحث فى موردين:

الاولى: فى اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البيع.

الثانى: فى الأدلة الخاصة.

اما المورد الأول: فالوقف لغة: هو إيقاف الشىء و حبسه المساوق للسكون فى قبال الجريان فى التقلبات و ليس له فى الاصطلاح

معنى آخر، بل ذكروا فى حقيقته انه تحبب الأصل و تسبيل المنفعة.

و فى النبوى: انه حبس الأصل و سبل الثمرة «١». و المراد من التحبب: اما

(١) المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢١٥

[...]

الممنوعية عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و صاحب الجواهر، أو قصر الملك على شخص أو جهة مثلاً بحيث لا يتعداهما، و

على التقديرين يثبت المطلوب، اما على الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعية من التصرف، و مقتضاه بطلان الوقف بنفس

جواز التصرف. و به يظهر وجه ما افاده صاحب الجواهر ره من: ان الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً

من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه. انتهى.

و أما على الثانى: فلان حقيقة الملك لا تختلف فى الوقف و غيره، فحيثه عدم التعدى عن موضوعه راجعه الى عدم نفوذ التصرف فيه

شرعاً بالانتقال من موضوعه.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

الأول: عموم قوله (عليه السلام): الوقوف يكون على حسب ما يوقفها أهلها. ففى مكاتبه الصفار الى ابى محمد الحسن بن على عليهما

السلام فى الوقف و ما روى فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع (عليه السلام): الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله

تعالى «١». و فى اخرى: الوقوف على حسب ما يقفها أهلها ان شاء الله «٢». و قد استدل به الشيخ ره.

وفيه: ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التى قررها الواقف من القيود و الشروط من الموقوف عليه و العين الموقوفة

و صرف المنافع، و ليس المراد به ان الوقوف يجب إبقائها، و عليه فان كان عدم البيع مأخوذاً فى حقيقة الوقف فلا وجه للاقتصار على

هذا الخبر، بل كان الاولى ان يتمسك أولاً بالعمومات الأولى من قبيل

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٦

[...]

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وغيره وان لم يكن ماخوذاً فيها كما هو مسلك الشيخ ره على ما يصرح به في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتبه على الوقف.

الثاني: خبر ابي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) قلت: جعلت فداك اشترت أرضاً الى جنب ضيعتي بألفي درهم فلما وفرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال (عليه السلام): لا- يجوز شراء الوقف، و لا- تدخل الغلة في ملكك، ادفعها الى من أوقف عليه، قلت: لا اعرف لها ربا قال (عليه السلام): تصدق بغلتها «١».

وهذا الخبر مروى في الكافي والفقيه، وهو في الأول مجهول، وفي الثاني صحيح، فلا خدشة فيه سنداً. واما من حيث الدلالة فقد يقال: انه يدل- بقرينه ذيله- على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، وهذا مما لا كلام فيه، انما الكلام في الشراء من الموقوف عليه.

ولكن يرد عليه: أن الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفاً لا صدور البيع من غير اهله، مع ان ترك الاستفصال في الصدر في مقام الجواب كاف في إطلاق المنع، إذ السؤال لم يكن مقيداً في الصدر وانما قيده بعد جوابه (عليه السلام)، فجوابه مطلق. فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بيع الوقف.

الثالث: ما روى في صدقات امير المؤمنين (عليه السلام) من قوله: هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حى سوى تصدق بداره التي في بنى زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله تعالى الذي يرث السماوات والأرض «٢». بدعوى: ان

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٧

[...]

الظاهر من الوصف كونه صفةً لنوع الصدقة لا لشخصها.

أقول: الذي يظهر من كلمات الشيخ ره وغيره ابتناء الاستدلال به على ذلك، وان الامر يدور بين كون الوصف صفةً لنوع الصدقة أو لشخصها.

و حق القول في المقام ان يقال: انها ليست صفةً لنوع الصدقة، لأنها عبارة عن التمليك المتقرب به الى الله تعالى، ولها نوعان: أحدهما: ما هو قسيم للوقف، وهو يمتاز عن الوقف بفصل عدمى وهو عدم كونه بحيث لا يباع ولا يوهب.

ثانيهما: الوقف، وهو ما يكون متفصلاً بكونه بحيث لا يباع ولا يوهب.

وعليه فالصدقة بمنزلة الجنس، وبأحد الفصيلين تصير وقفاً، وبالأخر صدقة خاصة. فقوله (عليه السلام) لا تباع ولا توهب ليس وصفاً لنوع الصدقة قطعاً. اللهم الا ان يقال: ان مرادهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفاً لنوع من الصدقة، فلا يرد عليهم هذا الإيراد.

ثم ان مرادهم من كونه وصفاً للنوع أعم من كونه فصلاً مقوماً للنوع و كونه لازماً للوقف، فلا يرد على الشيخ ره التهافت في كلماته، حيث استظهر في المقام كونه صفةً لنوع الصدقة، ويصرح فيما بعد من عدم كون المنع من الانتقال مأخوذاً في حقيقة الوقف كما لا يخفى.

ثم ان المراد من كونه وصفاً للشخص كونه وصفاً له بنحو الاشتراط، إذ لو لم يكن ذلك فصلاً أو لازماً للنوع يمتنع كونه مقوماً للشخص بما انه فرد لهذا النوع، وليست هذه الهيئة من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصاً بنحو الاشتراط و الالتزام، فالأمر يدور بين كونه وصفاً للنوع و كونه وصفاً للشخص بنحو الاشتراط.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: ان الظاهر من قوله (عليه السلام) لا تباع كونه بنفسه وصفاً للصدقة
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٨
[...]

لا التزاماً و جعلاً.

الثاني: انه لو كان شرطاً و التزاماً في ضمن التزم كان المتعين عدم ذكره الا- بعد تحقق الالتزام الأول بما له من الاركان التي منها الموقوف عليه، و ان الالتزام يكون على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: ان الظاهر من صورة الوقف انه في مقام إنشاء الوقف كتباً مطابقاً للإنشاء اللفظي الذي أنشأه في الخارج، و إذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطاً خارجياً لما صح الإنشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: انه لو كان شرطاً كان يصدر الوصف بكلمة على أو نحو تلك، فيكون وصفاً للنوع، و لكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف في هذا النوع الخاص، فلعل له نوعين أحدهما: المتقوم بهذه الهيئة، ثانيهما: غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفاً للنوع لا يدل على المطلوب، اللهم الا ان يضم عدم الفصل بين أقسام الوقف، و لا بأس به.

و ذكر الشيخ من مرجحات كونه وصفاً للنوع ما حاصله: انه لو كان شرطاً كان إطلاقه مخالفاً للمشروع للجواز في بعض الأحيان فكان فاسداً بل مفسداً، و الظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت في موارد الاستثناء، و الجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به- حيث انه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية و استشكل فيه من الناحية الاولى- ان الجواز في موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز في مطلق الوقف، فانه يكون عن عدم ما يقتضى للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع دون شرط خلاف الثاني فتأمل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢١٩
[...]

و يرد عليه: ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفاً للمشروع على جميع التقادير، و ان كان عدم الفعل لم يكن مخالفاً له، فان شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفاً للكتاب و السنة.

و ربما يذكر من مرجحات كونه شرطاً خارجياً ما حصله: انه لو كان شرطاً يمكن حفظ إطلاقه من جهة علمه (عليه السلام) بعدم طروء المسوغات المنافية للاشتراط، و لو كان صفةً للنوع لم تجد هذه الجهة، إذ علمه (عليه السلام) بان شخص هذه الصدقة لا يطرأ عليه المسوغ لا يجوز توصيف الطبيعي بوصف يختص بهذا الشخص.

ذكر الشيخ ره تبعاً لبعض الأساطين: ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة: حق الواقف، حق البطون المتأخره عن بطن البائع السابق، و التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

فلا بد لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول: اما كونه متعلقاً لحق الواقف، فتقريبه: ان الواقف يجعل العين وقفاً يجعلها صدقةً جاريةً ينتفع انتفاعاً آخرياً بانتفاع الموقوف عليهم، و البيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات.

وفيه: ان مجرد انتفاع الواقف أخروياً بعد خروج الملك عن ملكه لا يصلح مانعاً عن البيع، فان هذا لا يوجب حدوث حق اعتباري في العين مانع عن بيعها، وتفويت الغرض ليس كتفويت الحق مانعاً عن البيع، مع ان متعلق البيع نفس العين، والمثوبات انما تكون بإزاء الانتفاعات، فلا مانع من بيع العين وبقاء حق الموقوف عليهم في استيفاء المنافع الموجب لانتفاع الواقف متعلقاً بها. فتأمل.

لا- يقال: ان المراد ان هذا غرض معاملي للواقف، حيث انه أنشأ الوقف ببقاء العين و تسبيل المنفعة وقد أمضى الشارع هذا المعنى بقوله: الوقوف على حسب ما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٠

[...]

يقفها أهلها.

فانه يقال: ان المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لا حق الواقف.

و أما كون العين مورداً لحق الله سبحانه، فتقريبه: ان الوقف صدقة في سبيله تعالى و هي له، و بهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس.

وفيه: ان غاية ما هناك تقرب الواقف بالعمل، و إعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية، و هما متحققان في جميع العبادات، و لا يوجبان صيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

و أما كون العين مورداً لحق البطون اللاحقة، فتقريبه: ان الواقف جعل الوقف ملكاً لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين، و هو يمنع عن البيع.

وفيه: ان ما يثبت للبطون اللاحقة لا- محالة يكون بإنشاء الواقف، و من الواضح انه انما أنشأ الملكية خاصة، فليس هناك امر آخر اعتباري يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع. و اما الملكية فحيث انها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تكون العين مورداً للملكية لهم، فلا مانع من البيع من هذه الجهة.

نعم يمكن ان يذكر وجه آخر للمنع، و هو: ان البطن الموجود انما يملك العين بالملكية المحدودة لا- المرسله، فان تلك كانت للواقف، و قد قسمها على البطون، فكل بطن تملك العين في مدة محددة، و البيع هو التملك مرسلًا مطلقًا، فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

و قد وقع النزاع بين صاحب الجواهر ره و شيخه، و بين الشيخ ره، فقد ذهب الأولان الى ان الوقف يبطل بنفس جواز البيع، و خالفهما الشيخ ره و ذهب الى بقاءه ما لم يتحقق البيع، و به يبطل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢١

[...]

و قد يقال: انه لا ثمره لهذا النزاع، فانه قبل طرؤ المسوغ لا يجوز البيع و بعده يصح، و لكن إذا طرأ المسوغ و لم يبع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع صفة الوقفية لا مورد لتوهم ارتفاع الجواز، فان الوقف لا يعود بارتفاعه و اما على القول ببقائها يمكن القول بارتفاع الجواز لدوران مدار السبب المسوغ اللهم الا ان يقال: ان دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لا عموم ازمانى له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا إطلاق دليل المنع، فلا تكون هذه ثمره. فتأمل، فان هذا لا يتم على ما سلكتاه من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام.

و كيف كان: فقد عرفت ان ما اختاره صاحب الجواهر اقوى.

الوقف قد يكون تمليكا و قد يكون فكا

إذا عرفت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع فاعلم: ان لأصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة أقوالا. ولا يخفى ان استفادة الاتفاق من الأصحاب و لو فى مورد خاص مشكل لاختلاف كلماتهم فى اصل الخروج عن المنع و فى موارد، و كلماتهم لا تخلو من الأشكال و التشويش، و قد بذل جمع - منهم الشيخ ره - جهدهم فى استقصائها، شكر الله مساعيهم، و لا يهتأ نقلها و تحقيق ما يظهر منها، انما المهم بيان ما يستفاد من الأدلة، و الكلام يقع تارة، فى الوقف المؤبد، و اخرى: فى المنقطع. اما الأول: ففي المكاسب: ان الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، و الثانى: ما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير ...

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٢

[...]

إلخ.

تنقيح القول فى المقام: ان الكلام يقع أولا: فى انه هل يخرج الملك عن ملك الواقف ام لا؟ ثم فى انه على فرض الخروج هل يدخل فى ملك الموقوف عليه خاصا أو عاما أو لا، ام يفصل بين العام و الخاص؟.

اما الموضوع الأول: فقد استدل لعدم الخروج الذى ذهب إليه أبو الصلاح: بقوله صلى الله عليه و آله: حبس الأصل و سبل الثمرة «١». و يقول الفقهاء: انه تحبب الأصل و تسبيل الثمرة. بتقريب: ان الظاهر من الحبس إبقائه على حاله و ملك مالكه.

وفيه: ان الظاهر من الحبس بقريئة تسبيل المنفعة - الحبس على الموقوف عليه، كما ان التسبيل له لا الحبس على الواقف. و قد استدل للخروج عن ملكه بوجوه بينة الفساد، و الصحيح ان يستدل له: بان الملكية من الاعتبار، و الاعتبار لأبد و ان يكون بلحاظ الإثارة، فالاعتبار الذى لا يترتب عليه اثر لغو لا يصدر من العقلاء و الشارع، و حيث ان اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعا من التصرفات و رجوع منافعه الى الموقوف عليه لغو و بلا اثر، فلا يصدر من العقلاء و الشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه.

و يمكن ان يستدل له بما اشتمل من النصوص «٢» على كيفية الوقوف و صدقات المعصومين عليهم السلام من قولهم بتا بتلا- اى منقطعاً عن الواقف و مبانا عنه، لان البت و البتل بمعنى القطع.

و أما الموضوع الثانى: فعن الأكثر - بل المشهور - انتقاله الى الموقوف عليه،

(١) المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٦ و ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٣

[...]

و نقل الحلّى عن بعضهم: اختيار انتقاله الى الله تعالى، و عن المبسوط: نسبه الى قوم، و عن الشهيد الثانى فى المسالك، و العلامة فى القواعد: التفصيل بين العام و الخاص.

و قد استدل لصيرورته ملكا للموقوف عليه بوجوه:

الأول: ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامنا للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكا له لما كان وجه للضمان. وفيه: انه يكفي في الحكم بالضمان إضافتها إليه و لو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها، فيكون البدل كالمبدل مورداً و مصرفاً لانتفاعه به.

الثاني: ان فائدة الملك- و هي استحقاق النماءات و المنافع- تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين. وفيه: ان ملكية المنافع و النماءات ان لم يتعلق بها إنشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين، و اما إذا تعلق الإنشاء بها مستقلاً- كما في باب الإجارة- فلا تكشف عن ملكية العين، و المقام من هذا القبيل، فان الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال. الثالث: ان الوقف من أركانه الموقوف عليه، اما خاصاً أو عاماً، و لو كان مجرد فك الملك لما احتاج إليه. وفيه: ان الاحتياج إليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع أو الانتفاع لا من حيث كونه فكاً للملك. الرابع: ان الوقف لو كان فكاً لا تملكها لما احتاج الى القبول كالعق، مع انه يتوقف عليه. وفيه: ان الاحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف مورداً و مصرفاً للنماءات و الانتفاعات. و استدلل للقول بانتقاله الى الله تعالى: بان الوقف ازالة الملك عن المالك على فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٤

[...]

وجه القرية، فيكون منتقلا الى الله تعالى، و هو كما ترى.

و استدلل للقول الثالث: في الخاص بما تقدم، و في العام و الجهات بتساوي نسبة كل واحد من المستحقين، و استحالة ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين للإجماع، و استحالة الترجيح و لا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به، فيتعين ان يكون لله.

وفيه: أولاً: انه لا مانع من الالتزام بانه مال لا مالك له.

و ثانياً: انه يمكن الالتزام بكون المالك هو الكلي كما في الخمس و الزكاة.

و الحق ان يقال: ان الوقف على اقسام:

أحدها: ما يملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة، فيجوز له نقلها باجارتها و نحوها كالأوقاف الخاصة أو ما يشبهها من الأوقاف العامة كالبستان الموقوف على الطلاب.

ثانيها: ما يملك الموقوف عليه الانتفاع بها و لا يملك المنفعة، كان ملك الانتفاع بإنشاء الواقف كالمدارس و الخانات، أو بحكم من الشارع كالمسجد، فانه لم يقصد به الا- جعله مسجداً، و قد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف وقفاً على المصلين.

ثالثها: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة و لا الانتفاع، كما في المعلقة الموقوفة على الروضات و المشاهد المقدسة.

اما في الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم ملكية العين، إذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة ايضاً ملكا.

و أما في الأول: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك في النصوص بالصدقة التي هي الإعطاء مجاناً بقصد القرية، سيما و في بعضها مثل ما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٥

[...]

تضمن «١» صدقة الامام الكاظم (عليه السلام) نسبتها الى جميع حقه من الأرض الموقوفة، فانه لا ينبغي التوقف فى استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى.

بيع الوقف مع عدم كونه ملكا

إذا عرفت ان للوقف قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، و ثانيهما: ما لا يكون ملكا لهم بل هو فك و تحرير، فاعلم: انه يقع الكلام فى مقامين:

الأول: فى بيع ما لا يكون ملكاً فى الموارد التى لو كانت ملكا كان يجوز بيعها، و التى سيأتى ذكرها فى المقام الثانى.
الثانى: فى ما يكون ملكا لهم.

اما المقام الأول: فقد قال الشيخ ره: و اما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه لعدم الملك ... إلخ.

الكلام فى هذا المقام يقع فى موارد:

أحدها: فى حكم الأوقاف العامة غير المسجد كالأوقاف والمدارس و نحوهما.

ثانيها: فى حكم المسجد.

ثالثها: فى اجزاء المسجد.

رابعها: فى ثوب الكعبة.

اما المورد الأول: فان قلنا بانه يعتبر فى البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك، و لا إجارتها لعدم ملك المنفعة

(١) الوسائل باب ١٠- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٢٦

[...]

على الفرض. فما عن بعضهم من جواز الإجارة حتى فى مثل المسجد إذا خرب لا ينطبق على هذا المبنى، و اما على المختار من عدم اعتبار ذلك و انه يكفى كونه مالكا للبيع و مسلطا على التمليك- كما فى بيع الكلى فى الذمة و اجارة الحر نفسه- فلا اشكال فى جواز البيع، إذ كما يقال فى الوقف الخاص: ان العين بشخصها محبوسة ما دام الى ذلك سبيل و الا- فهى محبوسة بماليتها دون شخصها فتتبدل بعين اخرى تجعل مكانها كذلك يقال فى الوقف العام ان العين محبوسة بشخصها ما دام يمكن الانتفاع بها، و الا فهى محبوسة بماليتها و مطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما أصلا.

و بما ذكرناه يظهر حال الإجارة، و انها تصح، بل هى اولى بذلك من البيع، فان فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية.

كما انه ظهر حكم حصير المسجد، فانه كسائر الأوقاف العامة، و لا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكا للمسلمين كما افاده الشيخ ره.

كما انه ظهر حكم الأوقاف العامة التى ليست لأجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالتزيين، فإنها و ان لم تكن مملوكة لأحد لعدم الدليل الا انه يجوز بيعها فى موارد جواز البيع لو كانت مملوكة.

و أما المورد الثانى: فملخص القول فيه: ان للمسجد- مع قطع النظر عن كونه من الأوقاف العامة و يجوز انتفاع المسلمين به فى الصلاة و غيرها- حيثية اخرى، و هى حيثية المسجدية و احكام خاصة من حرمة تنجيسه و وجوب ازاله النجاسة عنه و نحوهما، و هذه

الحيثية- اي حيثية كون الأرض بيت الله- قائمة بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالية، وهذه الحيثية تمنع عن بيعه. واما إجارتها فبما انها لا تنافي هذه الحيثية، و من حيث انه وقف عام ايضا لا مانع لفرض كون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فيها. و بذلك ظهر تمامية ما افاده كاشف الغطاء ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٧

[...]

و اما المورد الثالث: فالظاهر ان حالها حال المسجد، فإنها من اجزائه، و تجمعها و العرصة صيغة واحدة، و بناء الأصحاب على ترتب احكام المسجد عليها من حرمة التنجيس و وجوب ازالة النجاسة و غيرهما ما لم يصرح بعدم دخولها في المسجد، و عليه فلا يجوز بيعها بوجه. فان أمكن الانتفاع بها في ذلك المسجد، و الا- ينتفع بها في مسجد آخر، و ان لم يمكن صرفت في سائر مصالح المسلمين.

و ما عن كاشف الغطاء من ان لكل احد حيازتها و تملكها- من جهة ان للموقوف عليهم الانتفاع بها و منها التملك بالحيازة- ضعيف لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك. كما ان ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد و بنيانه، في غير محله. و أما المورد الرابع: فقد دلت النصوص «١» على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنة، و لا- يهمننا البحث في تطبيقها على القواعد.

و ما افاده المحقق الإيرواني ره من: ان عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة، فالعين باقية على ملك مالكةا و قد اذن في التصرف كذلك، غير تام، فان لازمه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن اذنه أو مات و انتقل الى ورثته و لم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

و ما افاده المحقق الأصفهاني ره من: أنه ليس حيسا مؤبدا مع وضوح ان المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام، بلا لا قصد لمعطيه الا تزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت و سدنته أو لعامة المسلمين، اقرب الى الصواب.

(١) الوسائل باب ٢٦- من أبواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٨

[...]

و لو أتلّف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف ففي الضمان وجهان.

قد استدلل لعدم شمول على اليد «١» له بوجوه: الأول: ما في المكاسب، و هو: ان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم.

و فيه: ان هذه الملازمة لم يدل عليها دليل، بل لا ملازمة، فان المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة، مع ان العين التالفة تحت اليد مضمونة.

الثاني: ما في المكاسب ايضا، و هو: ان الظاهر من التأديّة الإيصال الى المالك، فيختص بأمالك الناس.

و فيه: ان الظاهر منها التأديّة الى اهله كان هو مالكا أو موردا للانتفاع به.

الثالث: ان الضمان انما هو بمعنى اشتغال الذمة بالبدل، فلا بد و ان يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمة، و مع عدمه لا معنى لاشتغال الذمة.

وفيه: أولاً: معنى الضمان كون العين في العهدة و اثرها وجوب رد العين، و مع تلفها رد بدلها، و القائم مقامها ملكاً أو مورداً للانتفاع. و ثانياً: انه لا- مانع من اعتبار كون الكلى في الذمة الذي هو مورد لملك الانتفاع، فمعنى ضمانه للموقوف عليه اشتغال ذمته بكلى البدل الذي هو مورد لسלטنتهم على الانتفاع، و تقوم بمن له الذمة يكفى فيه هذا المقدار، فالأظهر هو الضمان بالاتلاف أو التلف.

(١) راجع ص ٣٤٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٢٩

[...]

صور بيع الوقف

إشارة

- الصورة الاولى و قد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف في موارد، فلا- بد من البحث فيها. و تنقيح القول فيه بالبحث في صور المسألة.

الاولى: ان يخرّب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به.

إشارة

و قد استدل الشيخ ره لجواز البيع في هذه الصورة بطريقتين:

الأول: ان المقتضى موجود و المانع مفقود.

الثاني: الاستدلال و اقامة الدليل على الجواز.

اما الأول: فبتقريب: ان المقتضى للجواز و هو الملك موجود، فيعمه المقتضى في مقام الاثبات و هو ادلة نفوذ البيع و المانع مفقود- بالتفصيل الذي سيمر عليك- فلا بد من البناء على الجواز.

و اورد عليه: بان الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع الا بطلان الوقفية، و هو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بيع الوقف و تبديله و سراية الوقفية الى بدله.

و لكن يدفعه: ان الشيخ ره لا يسلم المبنى، مع انه على هذا المبنى ايضا يمكن ان يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك.

و قد ذكر في وجه عدم جريان ادلة المنع: ان ادلة المنع ثلاثة: الإجماع، و قوله (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف «١». و قوله (عليه

السلام): الوقوف على حسب ما

(١) الوسائل- باب ٦- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٠

[...]

يقفها أهلها ان شاء الله «١».

و شىء منها لا- يجرى فى المقام، اما الإجماع: فواضح. و اما الثانى: فلانصرافه الى غير هذه الحالة. و اما الثالث: فلانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى إنشاء الوقف و ليس عدم البيع منها.

مع انه لو سلم أخذ إبقاء العين فى الوقف فحيث ان الوقف تحييس العين و تسهيل الثمرة، فهو يختص بصورة إمكان الانتفاع، فكما انه فى أول الامر مع عدم وجود الثمرة لا يتحقق الوقف، كذلك يتوقف بقائه على استدامه ذلك، فبنفاد الثمرة يبطل الوقف.

و لكن: يرد على ما ذكره من الانصراف: ان الانصراف الناشئ عن قلة وجود الفرد لا يصلح لتقييد الإطلاق، مع ان كل عين موقوفة مآلها الى الخراب بحسب العادة، فليست حالة الخراب قليلة بالإضافة الى حالة العمارة.

و أما الإيراد عليه: بان مورده الأرض الخربة لقوله: فلما عمرتها ... إلخ فكيف يدعى الانصراف؟ فيمكن الجواب عنه: بان المدار على عدم إمكان الانتفاع لا على صدق الخراب، و ارض الزراعة انما لا يمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها و نحوه لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة.

و يرد على الوجه الأول الذى ذكره فى قوله (عليه السلام): الوقف على حسب ... إلخ: ان هذا ينافى استدلاله قده بهذا الخبر على عدم جواز البيع، مضافا الى فساد ذلك لما عرفت من ان عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضا مترتبا على الوقف، بل عدم البيع مأخوذ فى حقيقته.

(١) الوسائل - باب ٢- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣١

[...]

و يرد على الوجه الثانى: ان الوقف عبارة عن تحييس العين دائما، و تسهيل مالها من المنفعة كائنه ما كانت لا تسيلها دائما.

و قد يقال فى وجه عدم مانعية الوقف عن البيع كما عن المحقق النائيني ره: بان قوام الوقف بأمرين: بقاء العين الموقوفة، و كونها ذات منفعة، لأنه عبارة عن حبس العين و تسهيل الثمرة، و إذا خرب الوقف بنحو لا ينتفع به لا محالة تتبدل الصورة النوعية للعين الموقوفة الى صورة نوعية اخرى عرفا. مثلا: النخلة الموقوفة إذا قلعت تعد عرفا مبانئة للنخلة، و بالتبدل- اى تبدل الصورة النوعية التى تعلق الوقف بها- يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع.

و بعبارة اخرى: الوقف متعلق بعناوين خاصة كعنوان الشجر و الحمام و البستان و أمثال ذلك، و مع الخراب لا تبقى هذه العناوين و لا تصدق أساميها، و الوقف يدور مدار صدق الاسم.

وفيه: ان الوقف كسائر المعاملات من البيع و الهبة، فكما انه يتعلق بالعناوين الخاصة، كذلك المعاملات تتعلق بها، فكما ان تبدل الصورة النوعية لا يوجب زوال الملكية كذلك لا يوجب تبدل الوقف الذى هو تمليك خاص.

و بالجملة تبدل الصورة النوعية لا يؤثر فى الملكية، فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة.

و ان شئت قلت: ان الوقف يتعلق بالموجود الخارجى بما له من الحالات، و لذا لو تبدلت صورته النوعية الى صورة نوعية اخرى ينتفع بها لا- إشكال فى عدم جواز بيع الوقف مع ان لازم هذا الوجه و الوجه الثانى الذى افاده الشيخ ره هو بطلان الوقف و عود العين الموقوفة الى الواقف أو ورثته، أو بقائها ملكا طلقا للموقوف عليه الموجود، أو كونها من المباحات الأصلية التى تملك بالحيازة لا جواز بيع الوقف و سرياه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٢

[...]

الوقفية الى بدلها و عوضها.

فالصحيح في وجه عدم المنع ان يقال: ان حقيقة الوقف لما كانت تحبب العين و تسهيل المنفعة، كان الواقف بحسب ارتكازه حينما يوقف ما لا ينتفع به بشخصه الى الأبد قاصداً لان تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها ما دام الى الانتفاع بها سبيل، و بما لها من المالية إذا لم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها، و عليه فإذا سقطت العين الموقوفة عن قابلية الانتفاع كان لازم الوقف على حسب ما يوقفها تبديلها بما يماثلها في المالية، لان ذلك في نظر العقلاء من أنحاء حفظ المال بما هو مال.

و بالجملة: تسليط الموقوف عليهم على الانتفاع الى الأبد يوجب التوسعة في الموقوف، و حبسه انما يكون بما ذكرناه، فالتبديل ليس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذي هو غرض الواقف المعامل. فتدبر فيما ذكرناه فانه دقيق.

و بهذا البيان يظهر الوجه في دعوى انصراف لا يجوز شراء الوقف عن مثل الفرض، فالأظهر جواز البيع في هذه الصورة. و أما الطريق الثاني: فقد استدلل للجواز بان الامر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الجميع و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليهم. و الثاني مناف لحق سائر البطون، مع انه يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين إتلافه و نقله. و الثالث هو المطلوب.

و لكن يرد على ما افاده في الشق الأول و هو ان تعطيله حتى يتلف مناف لحقوق الله تعالى و الواقف و الموقوف عليه أمران:

الأول: ما تقدم من انه لا أصل لهذه الحقوق و هي غير ثابتة، و ليس هناك الا التعبد بعدم البيع أو اخذه في مفهومه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٣

[...]

الثاني: انه لو سلم هذه الحقوق فهي متعلقة بالعين الموقوفة و تتوقف على ثبوت المنفعة فيها، و الا- فلا حق للموقوف عليه باعتبار الانتفاع دنيويا، و لا للواقف أخروياً مترتباً على الدنيوي، و لا لله تعالى لعدم المصرف للملك، فلا حق كى يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق. اللهم الا ان تكون الحقوق قائمة بالاعم من العين و المالية لكن ذلك أول البحث.

و أما مسألة كون الإبقاء تضييعاً فيرده: ان كون مثل هذا التضييع حراماً غير مسلم، مع انه لو سلم فلا اشكال في ان حرمة التضييع مقيدة بما إذا لم يكن ذلك بتجوز من الشارع، فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف بكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير إتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمة.

و يرد على ما افاده في الشق الثاني- مضافاً الى ما مر:- ان جواز الإتلاف لا يستلزم جواز البيع، فان جواز الإتلاف يكفي فيه الملكية الفعلية، و جواز البيع لا يكفي فيه ذلك، بل يتوقف على كونها ملكية مرسله غير محدودة، و سيأتي ان ملكية البطن الموجود ليست كذلك.

و أما استصحاب المنع فرده الشيخ ره: بان المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و قد ارتفع يقينا فلا يبقى ما كان في ضمنه.

و فيه: انه ان أراد بذلك انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى فيرد عليه: ان انتفاع البطن بالعين مع لزوم إبقائها و المنع عن نقلها من قبيل اللازم و الملزوم، أو المتلازمين لا من قبيل الكلى و الفرد، و ارتفاع الملزوم أو الملازم لا يقتضى ارتفاع اللازم أو الملازم الآخر لإمكان قيامه بملزوم آخر.

و ان أراد به ارتفاع الموضوع فيرد عليه: ان العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التي لا- ينتفع بها، و الانتفاع من الحيثيات التعليلية لا التقييدية، فالصحيح في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٤

[...]

وجه المنع من الاستصحاب الوجه الأول بضميمة ما ذكرناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام.

حكم الثمن على تقدير البيع

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦، ص: ٢٣٤

و تمام الكلام بيان امور:

١- في حكم الثمن على تقدير البيع، و الظاهر انه لا خلاف في انه لا يخص به البطن الموجود.

أقول: ان كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من انه إبقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذكره الشيخ أخيراً و هي رعاية الحقوق، فلا اشكال في عدم الاختصاص كما لا يخفى.

و ان كان من جهة ما ذكره أولاً من ثبوت المقتضى و عدم المانع للكلام في الاختصاص و عدمه وجه، و قد استدل الشيخ ره لعدم الاختصاص بوجهين:

الأول: ان البدلية تقتضى ذلك، لان المبيع ملك للموجودين بالفعل، و ملك للمعدومين بالقوة، و شأناً بمقتضى تملك الواقف، فكذلك الثمن. و دعوى انه لا- تحقق للملك الشأني، يكذبها إنشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود، و عليه فحيث ان المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد و ان يدخل العوض في ملك الجميع.

و فيه: ان الملكية امر اعتباري، و هي اما متحققة أو لا. و ليست الملكية الشأني سنخا من الملكية الاعتبارية، بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لان يصير ملكا، و إنشاء الواقف انما يكون سببا لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على امر متأخر. فكون الإنشاء موجودا لا يلزم كون

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٥

[...]

المنشأ كذلك.

و بالجملة: المتحقق بالنسبة الى البطن اللاحق ليس الا القابلية لا الملكية الاعتبارية، و عليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضى الاشتراك، و مجرد القابلية لا يكون من الحقوق التي تكون متعلقة بالمبيع ليسرى الى بدله بالبيع.

الثاني: ان ملكية كل بطن للعين الموقوفة ليست ملكية مرسله غير محدودة بزمان أو زمانى، بل هي بحسب إنشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن و حياته. و بعبارة اخرى: الواقف انما أنشأ ملكية كل طبقة بانسباط ماله من الملكية المرسله على جميع الطبقات، فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها، و عليه فإذا اعطى البطن الموجود ماله من الملكية لم يكن ذلك بيعا، مع ان لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا، و ان اعطى الملكية المرسله المنبسطة بالنسبة الى مقدار ملكية البطن اللاحقة اما بالولاية أو باذن المتولى أو اذن الحاكم الشرعى فلا محالة يدخل الثمن في ملك الجميع على النحو الذي كان المثلن ملكا لهم.

حكم بدل العين الموقوفة

الثاني: انه قد ظهر مما ذكرناه: انه لا- حاجة الى صيغة الوقف في البدل، وقد يقال: ان الوقف إذا كان عين تملك الطبقات على التدريج و كان عدم جواز البيع من آثار هذا التملك الخاص فتتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج الى اجراء صيغة الوقف، و اما ان كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تملك الطبقات تدريجا من دون حصول عنوان الحبس، فلا- بد من إنشائه بالصيغة. و لكن هذا لو تم فإنما هو بناءً على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى و عدم المانع، و اما بناء على ما اخترناه فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٦

[...]

في وجه الجواز من كونه ابقاءً للوقف و حفظاً للموقوف بما هو مال، فعدم الاحتياج الى اجراء الصيغة واضح.

الثالث: الظاهر ان البدل ليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه، و الوجه في ذلك ما تقدم من ان الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع و حدوث الخراب، فما بقي على الوقفية هو المالية. و خصوصية الثمن لا تكون وقفاً كما كانت كذلك في المثل حسب إنشاء الواقف، فيجوز تبديله و بيعه ما لم يضر بالمالية.

الرابع: انه قد ظهر ايضاً مما ذكرناه: عدم وجوب شراء المماثل للوقف، و لكن قد استدلل لوجوب شرائه بوجوه.

الأول: ان المثل اقرب الى مقصود الواقف.

وفيه: أولاً: ان غرض الواقف لا ضابط له.

و ثانياً: انه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم يكن ذلك غرضاً عقدياً و مصباً للعقد.

الثاني: انه لا إطلاق للأدلة المجوزة، و المتيقن منها هو البيع بالمماثل أو الشراء بالمماثل.

وفيه: ان مدرك الجواز لم يكن دليل خاص كي يجري فيه ذلك، بل كان عدم شمول دليل المنع، فلا وجه لهذه الدعوى.

الثالث: و هو الصحيح، و محصله: ان الواقف حينما وقف العين التي لها مالية، و خصوصيات نوعية، و خصوصيات شخصية، قد حبس الجميع ما دام الى الانتفاع بها سبيل، و الا فالجهتان الاوليتان محبوستان، و عليه فلا بد من رعاية الخصوصية النوعية. اللهم الا ان يقال: ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مالية العين و الخصوصية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٧

[...]

الشخصية، اما لحاظ الخصوصية النوعية و تعلق إنشاء الوقف بها فغير معلوم، و الأصل عدمه، و الأحوط الأول.

و على اى تقدير: يجوز بيعه بالنقود و شراء المماثل أو غيره بها، و قد فرضه الشيخ ره في المقام، و الوجه فيه تعارف البيع بالنقود و تعسر بيعه بالمماثل.

من له ولاية البيع

الخامس: صرح غير واحد: ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم.

و في المقام قولان آخران:

أحدهما: ان يكون ذلك الى الناظر ان كان.

ثانيهما: عدم الاحتياج الى الضميمة.

و استدل للأخير: بان الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون، فلا يحتاج بيعهم الى ضم شخص آخر.

و فيه: ان ملكيتهم محدودة، و إعطاء الملكية المرسله لما ليس لهم.

و استدل للقول الأول: بان الحاكم ولى المعدومين، اما من باب كون الحاكم ولى القاصر، أو لكونه ولى الممتنع، الشامل للممتنع، عن اختيار أو اضطرار. و بأن ذلك احد الأمور الحسيه.

و فيهما نظر: اما الأول: فلان المعدوم فى المقام لا يكون من القاصر و لا الممتنع، لان السالبه هنا بانتفاء الموضوع.

و أما الثانى: فلتوقفه على لزوم البيع و عدم ثبوت هذا الحق للناظر.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٨

[...]

و الأول غير ثابت، و الثانى فاسد كما ستعرف.

فالأظهر هو القول الثانى، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما افاده الشيخ ره، و حاصله: ان الناظر له التصرف فى نفس العين، و لا دليل على نظارته على البديل. و لكن يدفعه: ان بيع الوقف حفظاً للوقف بعنوان انه مال، فيكون ذلك من أهم الأمور الملحوظة للواقف. فالأظهر كون ذلك الى الناظر لو كان. نعم مع عدمه تصل التوبه الى الحاكم الشرعى.

السادس: إذا بيعت العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالتقدين و لم يمكن شراء ما ينتفع به، فهل يدفع الثمن الى البطن الموجود لا بأن يكون له خاصه فانه لا يجوز قطعاً بعد اشتراك جميع الطبقات فيه، بل ليكون تحت يده حتى يوجد ما ينتفع به، ام يوضع عند أمين، ام عند الناظر لو كان؟ و جوه.

قد استدل لعدم جواز الدفع الى الموجود: بانه مال مشترك بينه و بين سائر البطون، فلا يجوز جعله تحت سلطنته، و انما كان يدفع العين إليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلاً بلا مزاحم، و كذلك بدلها الذى ينتفع به. و اما البديل الذى لا ينتفع به فلا سلطنه له على الانتفاع به كى تكون له السلطنه على البديل فيدفع إليه لذلك.

و فيه: ان الثمن و ان كان لا ينتفع به الا انه ملك للبطن الموجود و ليس كالمملك المشترك عرضاً، بل الاشتراك طولى، فهو فى هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصه، و لازم ذلك سلطنته على إمساكه. و لو تنزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه الى الناظر لأنه المنصوب لذلك، و الا فيوضع عند أمين.

و إذا لم يمكن شراء شىء ينتفع به بدون الخيار، و أمكن شراء ما ينتفع به مع الخيار، هل يجوز ذلك ام لا؟ ربما يقال بالثانى نظراً الى ان البديل وقف و الوقف عبارة عن تحييس العين، و هذا ينافى مع الخيار، إذ الحبس الى ان يفسخ حبس موقت لا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٣٩

[...]

دائماً.

و لكن يدفعه: ان وقف البديل - كما تقدم - غير وقف الأصل، فان وقف البديل انما هو حبسه بما انه مال و لا دخل لخصوصياته الشخصيه فى الوقف، و لذا بنينا على جواز التبديل اختياراً، و الخيار لا ينافى حبسه بما هو مال، إذ غايته الفسخ و التبديل بعين اخرى، و عليه فيجوز ذلك، و لو طلب البطن الموجود ذلك و جب حفظاً لحق الانتفاع به.

ثم انه إذا رضى البطن الموجود فى الاتجار، و كان ذلك صلاحاً لجميع البطون، جاز الاتجار به و يكون الربح مشتركاً بين البطون،

لأن مجموع ما اشترى بالثمن وبيع بالثمن وقع بإزاء ما هو بدل الوقف، فلا محالة يشترك فيه الجميع، وليس الربح من المنافع كى يختص به البطن الموجود، بل هو زيادة حصلت بالتجارة و وقعت بإزاء المايئة التي كانت وقفاً، فإلى اى مرتبة وصلت المايئة تكون باقية على الوقفية.

السابع الظاهر عدم الفرق فى جواز البيع بين خراب الجميع أو البعض، كما لا- ينبغى الاشكال فى جواز صرف الثمن فى الباقي، أو وقف آخر عليهم. انما الكلام فيما إذا كان انتفاع البطن اللاحقة بالباقي محتاجا الى ذلك و لم يرض البطن الموجود به، هل يجوز الصرف ام لا؟.

وقد يقال بالجواز نظرا الى تعارض الضررين، و لكن الحق عدم الجواز، لان الضرر فى نفسه متوجه الى البطن اللاحقة، و لا يجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم. فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٤٠

[...]

الصورة الثانية

الصورة الثانية: ان يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا انه لا منفعة فيه كدار انهدمت و صارت عرصه تؤجر بأجرة غير معتد بها.

و الكلام فيها يقع فى موارد:

الأول: ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفا و كان ما له من المنفعة قليلة جدا بحيث تلحق بالمعدوم.

الثانى: ما إذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتد بها و لم تكن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة.

الثالث: فى وقف العنوان.

اما المورد الأول: فالظاهر جواز البيع لجريان ما ذكر فى الصورة الاولى من انصراف ادلة المنع و غيره من الوجوه فى هذا المورد، لا سيما ما ذكرناه من ان البيع إبقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال.

و أما المورد الثانى: فقد يستظهر من القائلين بالجواز فى الصورة الاولى الجواز فى هذا المورد بحمل قولهم لا يجدى نفعا على ارادة عدم النفع المعتد به، كما انه قد يستظهر المنع بحمله على ارادة عدم النفع بالمرّة.

و كيف كان: فالمتبع هو الدليل، و غاية ما قيل فى وجه الجواز ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و حاصله: ان غرض الواقف من الوقف

أمران: حفظ خصوصية العين الموقوفة، و حفظ خصوصية الانتفاع، و حيث ان الغاية المقصودة الانتفاع الخاص، و حبس العين بما هى

مقصود بالتبع و لا يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٤١

[...]

بالأصالة فلا محالة يقدم الأول فيجوز البيع و اشتراء ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة.

وفيه: ان غرض الواقف العقدى انما هو تسهيل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع، فمع بقاء المنفعة و إمكان الانتفاع لا وجه لجواز

التبديل كما لا يخفى، فالأظهر عدم الجواز فى هذا المورد.

و أما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر ره صحته و بطلان الوقف بانعدام العنوان، و خالفه الشيخ ره.

أقول: لا إشكال في ان وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له، و لا أظن ذهاب احد الى جوازه، و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر ره الى انه يمكن وقف العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانية مثلاً. و الكلام في ذلك تارة: في مقام الثبوت، و اخرى: في مقام الاثبات اما في مقام الثبوت: فلا- ارى فيه محذوراً، فان الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان أو الزماني، بان تعتبر ملكية الشيء ما دام معنونا بعنوان البستانية، و يمكن تأييده بملكية الخل ما دام خلا و إذا انقلب خمرا خرجت عن الملكية، و بملكية الأرض المحيأة على القول بدوران الملكية مدار الحياة، و كذلك الامر في الحبس ملكا، و مقتضى عمومات الوقف و المعاملات صحة مثل هذا الوقف فيكون كالوقف المنقطع الآخر. و دعوى انه يدل على بطلانه ما دل على اعتبار التأيد في الوقف مندفعه بانه لا دليل عليه سوى الإجماع، و هو مختص بالتأيد من حيث الزمان. و تمام الكلام في محله.

و أما مقام الاثبات: فلا- يبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بالعنوان في كونه للإشارة الى المعنون، و ان تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٢٤٢
[...]

المعقول لا بد من ذكره و التصريح به.

الصورة الثالثة

الصورة الثالثة: ان يخرب بحيث تقل منفعة

لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم و هي تنحل الى صورتين:
احدهما: ان تقل المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها، كان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاص منها.
ثانيتها: ان تزول المنفعة التي لاحظها الواقف بالمرء مع وجود غيرها.
اما في الصورة الاولى: فلا ينبغي التوقف في عدم الجواز لأدلة المنع عن بيع الوقف.
و أما في الصورة الثانية: فالأظهر انه بناء على خروج العين عن الحبسية بانتفاء منفعته بالمرء، تخرج العين عنها في هذه الصورة، إذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرء، و حيث ان المنفعة الأخرى ليست متعلقة للوقف و غرض الواقف فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق و يكون حكم هذا الوقف حينئذ حكم الوقف المنقطع الآخر.
و على ذلك فيمكن بناء نزاع الشيخ ره و الحلبي قده في مسألة النخلة المنقلعة على ذلك، و يكون نظر الشيخ ره في إفتائه بالجواز الى الصورة الثانية، و نظر الحلبي ره الى الصورة الاولى، و يكون النزاع بينهما لفظياً.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٢٤٣

[...]

الصورة الرابعة

الصورة الرابعة: ان يكون بيع الوقف اتفق و أعود للموقوف عليه.

لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن احد سوى المفيد، و لم يرض المصنف ره باسناده إليه، و عليه فلا قائل به.

و كيف كان: فالعمدة فى المقام خبران:

أحدهما: خبر جعفر بن حنان عن الامام الصادق (عليه السلام) عن رجل وقف غلة له على قرابة من أبيه و قرابة من امه - الى ان قال - قلت: فلورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الأرض ان احتاجوا و لم يكفهم من الغلة؟ قال (عليه السلام): نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا «١».

ثانيها: التوقيع الشريف كتب الحميرى الى صاحب الزمان (عليه السلام): روى عن الصادق (عليه السلام) خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم ان يبيعه فهل يجوز ان يشتري من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا- يجوز الا ان يجتمعوا كلهم على ذلك. و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه، فأجاب (عليه السلام): بانه إذا كان الوقف على امام المسلمين فلا- يجوز بيعه، و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين «٢».

اما الخبر الأول: فأورد عليه بوجه:

(١) الوسائل - باب ٦- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٦- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٩.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٤٤

[...]

الأول: ضعف السند لجهالة جعفر.

وفيه: ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الإجماع.

الثانى: انه جمع فيه بين الوقف و الوصية، فان الوقف ان كان مقدما بطلت الوصية، و ان كانت الوصية مقدمة كان الوقف فسحا لها، و ان كانا متقارنين بإنشاء واحد، فمضافا الى عدم معقوليته، لزم بطلان الوصية لتوقف نفوذها على الموت دون الوقف، فيتم سبب الوقف فلا يبقى موقع لنفوذ الوصية.

وفيه: انه يمكن فرض صدور الوصية بعنوان الشرط على الموقوف عليهم فى ضمن عقد الوقف على ان يعطوا المقدار المعين للموصى له، فإذا مات الموصى له عادت جميع المنافع الى الموقوف عليهم كما هو المفروض فى الخبر.

الثالث: ما فى المكاسب، و هو: انه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع انفع، فالجواز مشروط بالأمرين. و فيه: ان هذا الجواب يكفى إلزاما للخصم، و الا- فيمكن الالتزام باعتبار الحاجة، اى الحاجة الى نفع زائد لىفى بمثونته، و هذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها.

الرابع: ما ذكره الشيخ ره ايضا، و هو: ان المراد بالخير يحتمل ان يكون هو الخير الذى بلحاظه يكون الفعل اختياريا، و هو طلب خير الفعل لما فيه من الداعى الموافق لغرضه، و الجواز فى هذا الفرض مما لم يقل به احد.

وفيه: ان السائل سأل عن البيع الاختيارى الموافق لغرضه، و ليس هذا امرا مبهما كى يحتاج الى تكراره فى الجواب.

الخامس: ما ذكره الشيخ ره ايضا، و هو: انه يحتمل ارادة الخيرية بلحاظ ما فرضه السائل من رفع الحاجة. و قد تقدم الكلام فى ذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٤٥

[...]

السادس: ما عن المختلف وجماعة، وهو ظهوره في الوقف المنقطع، و محل الكلام الوقف المؤبد. وفيه: ان مقتضى إطلاقه على هذا هو جواز البيع في الطبقات المتوسطة قبل الانقراض، و من الواضح عدم الفرق بينه و بين المؤبد حينئذ، إذ الفرق انما يصلح في الطبقة الأخيرة أو بعد انقراضهم كما لا يخفى.

السابع: ما ذكره الشيخ ره أيضاً، و هو: ان ظاهره بيع الوقف و صرف ثمنه كيف شاء، و هذا ايضاً مما لا يمكن الالتزام به، إذ كون المبدل مشتركاً و البدل مختصاً غير معقول.

و فيه: ان الظاهر منه - كما تقدم - بيع الوقف إذا كان الثمن أزيد نفعاً. فراجع.

فالحق في الجواب عنه هو: اعراض الأصحاب و عدم إفتائهم بمضمونه.

و أما الخبر الثاني: فالكلام فيه تارة: في ما أرسله عن الامام الصادق (عليه السلام)، و اخرى: فيما أجاب (عليه السلام) به أخيراً.

اما الأول: فهو يدل على جواز البيع إذا كان أصلح، و هو المدعى.

و أورد عليه بجملة من الإيرادات الواردة على الخبر الأول، و قد تقدم ما فيها.

و قد يقال: انه يقيد إطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حيث التقييد بالحاجة، فيكون أخص من المدعى.

و فيه - مضافاً الى ما تقدم - انه لا مفهوم لكلام الامام (عليه السلام) كى يقيد به إطلاق هذا الخبر، إذ الشرط انما ذكر في السؤال لا الجواب. فالحق في الجواب عنه: انه معرض عنه عند الأصحاب.

و أما الثاني: فيرد عليه - مضافاً الى ذلك - انه في مقام البيان من حيث الاجتماع و التفرق لا في مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كى يتمسك بإطلاقه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٤٦

[...]

و عن المحقق النائيني الجواب عنه بوجه آخر، و هو: انه يدل على جواز بيع الوقف، مطلقاً فالنسبة بينه و بين ادلة المنع هي التباين، و إذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما الى عموم مطلق فيخصص إطلاقه بها.

و فيه: أنا لا نقول بانقلاب النسبة في شيء من الموارد، فإذا كانت النسبة هي التباين تعين طرحه لوجوه لا تخفى.

الصورة الخامسة

الصورة الخامسة: ان تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة

. فقد ذهب جماعة الى جواز البيع في هذه الصورة، و عن الانتصار و الغنية دعوى الإجماع عليه.

و استدلل له: بالإجماع، و بأن الضرورات تبيح المحظورات، و بخبر جعفر «١» المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة بعد تقييد الحاجة بالشديدة للإجماع على عدم كفاية ما دونها من المرتبة.

و في الجميع نظر: اما الأول: فلان مصطلحهم في الإجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يركن إليه.

و أما الثاني: فلا أقول: الضرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي.

و أما الثالث: فلما مر من ان الظاهر منه الحاجة الى البيع للتبديل بما هو انفع من حيث وفاء النفع بمثونته لا الحاجة الى البيع لصرف الثمن في رفع الحاجة التي هي محل

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٤٧

[...]

الكلام.

و اجاب الشيخ ره عنه: بان ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الأرض لمثونه سنه الموقوف عليهم فى جواز البيع، و هذا اقل مراتب الفقر الشرعى. و النسبة بينه و بين الحاجة الشديدة هى العموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً لا مثونه له و لا حاجة شديدة الى البيع لتتميم مثوته من مال الفقراء، و قد تكون له حاجة شديدة و له مثونه سنه، و قد يتفقان.

و يمكن دفعه: بان الحاجة الى تتميم المثونه بالبيع ان كانت مسوغه للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك. فتأمل.
و كيف كان: فالأظهر المنع لعموم الادله.

الصورة السادسة

الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة

. فى المسألة اقوال:

نفوذ الشرط و جواز البيع: ذهب إليه المصنف فى محكى الإرشاد و توقف فيه فى محكى القواعد.

عدم نفوذ الشرط مع إفساده للوقف و عدمه: ذهب إليه جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز و بين غيره فلا: ذهب إليه فى محكى جامع المقاصد.

الكلام فى المقام يقع فى موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٤٨

[...]

الثانى: فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الأول: انه مخالف لمقتضى العقد اما من جهة ان الوقف بمعنى الحبس و الممنوعيه من التصرفات فينافيه شرط البيع، أو من جهة ان الوقف للتأييد و الوقف الى مدة باطل و التأيد مناف لجواز البيع.

الثانى: انه مخالف للسنة لما دل من النصوص «١» على عدم جواز بيع الوقف.

و الحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شىء من المسوغات فلا اشكال فيه أصلاً، إذ الجواز حاصل و الشرط مؤكد له. و ان كان بيعه لا عند تحقق شىء من المسوغات، فاما ان يكون الشرط مطلقاً، و اما ان يكون معلقاً على تقدير خاص، و على التقديرين اما ان

يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفاً، و اما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفاً.

فان كان الشرط مطلقاً مع عدم كون الثمن وقفاً لا ينبغى التوقف فى فساد الشرط لكونه منافياً لمقتضى العقد- بناء على ما عرفت من أخذ عدم البيع فى مفهومه- و مخالفاً للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة.

و ان كان مطلقاً مع كون العوض وقفاً فالأظهر صحته لأول ذلك الى وقف الشىء بما انه مال، اى يكون الوقف الجامع بين المال و بدله، فيكون الشرط منافياً لمقتضى إطلاق الوقف لا أصله. و ان كان معلقاً فان كان الشرط بيعه و جعل ثمنه وقفاً صح، فانه يؤول الى

وقف العين بما انها مال مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير، و بعده تكون وقفا بما انها مال، فهذا ايضا مناف لمقتضى إطلاق العقد لا

(١) الوسائل - باب ٦- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١-٤ و باب ١٧- من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٤٩

[...]

أصله، و أدلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كى يكون الشرط منافيا للسنة. و ان كان معلقا و كان الشرط بيعه و صرف ثمنه اى عدم كونه وقفا فان قلنا بان عدم البيع مأخوذ فى حقيقة الوقف صح ذلك، فانه يرجع الى انه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذى علق عليه جواز البيع، و إذا تحقق فلا وقف، و مقتضى إطلاق أدلة الوقف و نفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف. و دعوى: انه مناف للتأييد المعتبر فى الوقف، مندفعه بعدم الدليل على اعتباره، و انه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه. و ان قلنا بانه من احكامه لا من مقوماته فالأظهر عدم الصحة الا مع إنشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير، فان عدم جواز بيع الوقف و لزومه ليس من الحقوق بل من الاحكام، فالشرط مناف للسنة. و بما ذكرناه يظهر ما فى كلمات الشيخ ره.

و أما الثانى: اى ما يقتضيه النص الخاص، و هو الصحيح الحاكي لوقف امير المؤمنين (عليه السلام) ماله بينبع: فان أراد- يعنى الحسن (عليه السلام)- ان يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليعمل ان شاء لا حرج عليه فيه، و ان شاء جعله سرى الملك، و ان ولد على و أموالهم الى الحسن بن على، و ان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبيعها ان شاء لا حرج عليه فيه، و ان باع فانه يقسمها. الحديث «١».

و هذا ايضا يدل على الجواز، و مورد الاستدلال به قوله (عليه السلام): فان أراد ان يبيع نصيبا من المال ... إلخ.

(١) الوسائل - باب ١٠- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٥٠

[...]

و اورد عليه بايرادات:

الأول: انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محل الكلام.

و فيه: انه ظاهر فى كونه فى مقام إعطاء السلطنة للموقوف عليه فى ضمن الوقف على البيع، و هذا هو الاشتراط.

الثانى: انه محمول على الوصية نظراً الى ما فى صدره من قوله (عليه السلام): هذا ما اوصى به و قضى فى ماله عبد الله على، و قوله فى آخره: و لا يحل - الى قوله- ان يغير شيئاً مما أوصيت به.

و فيه: انه ينافيه قوله (عليه السلام): الذى كتبت من أموالى هذه صدقة واجباً بتلته حيا انا أو ميتا. و لا تكون الوصية بتلته واجباً فى حياته، بل الوقف كذلك، و إطلاق الوصية على جميع ما يدبره الإنسان من شئون ماله بنحو الإيصاء به لمن يقوم بعده بالأمر الشائع، و اختصاص الوصية بالمعهودة انما هو فى لسان الفقهاء خاصة.

الثالث: انه قابل للحمل على ارادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

وفيه: انه مناف لقوله ان يبيع، و لقوله جعله سرى الملك اى ملكا نفيسا لنفسه.

الرابع: ان مورده الوقف العام، و لا إشكال فى عدم جواز البيع فيه. و قد تقدم الجواب عنه، و انه لا فرق بين الوقف العام و الخاص. فالإنصاف ان الخبر لا إشكال فيه دلالة، كما لا إشكال فيه سنداً، فيدل على جواز البيع مع الشرط، و قد عرفت انه مقتضى القاعدة. و ربما يستدل للجواز بجملة اخرى من الرواية، و هى قوله (عليه السلام) (فبدا له ان يبيعها فليبيعها ان شاء لا حرج عليه و لكن يمكن الإيراد عليه: بعدم ثبوت كون مورده وقفاً و ذلك لوجهين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٥١

[...]

الأول: قوله و ان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة اى غير الصدقات العامة، و هذا كما يمكن حمله على ما إذا كانت من الأوقاف الخاصة على الذرية، يمكن حمله على دار الصدقة التى فوض أمرها إليه و جعل له سكنها ما دامت الحاجة و بعده بعنوان الوصية يفعل ما امره به. اللهم الا ان يقال: ان المراد بهذه الجملة (انه كان دار الحسن التى هى مسكنه غير دار الصدقة و لم يكن له حاجة الى دار الصدقة و رأى المصلحة فى بيعها فليبيعها ان شاء و يصرف ثمنها فى المصارف المذكورة.

الثانى: ان تلك الدار لم تكن داخله فيما وقفه فى أول هذا الخبر، فان الموقوف هو ماله يبيع و ما حولها و بوادى القرى و بديمة و باذنية، و كل تلكم ليست الا المزارع و ليست الدار داخله فيها و لكن فى الجملة الاولى كفاية.

الصورة السابعة

الصورة السابعة: ان يؤدى بقاءه الى خرابه علما أو ظنا

. و قد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقاً، و المفيد و الديلمي و الفاضلان فى اكثر كتبهما، و الشهيدان فى غير الدروس، و المحقق الكركى و غيرهم: الى المنع، و عن الشيخ فى النهاية، و ابن سعيد فى كتابيه، و الطوسى و العلوى و المصنف فى بيع التحرير، و الشهيد فى الدروس و غيرهم: اختيار الجواز، و اختاره الشيخ ره، و قد استدلل للجواز بوجوه:

الأول: ما عن التنقيح، و هو: ان بقاء الوقف على حاله، و الحال هذه اضاعة و إتلاف للمال و هو منهى عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً.

وفيه: ما تقدم من ان التضييع المحرم هو ما لم يكن بأمر من الشارع، و حيث ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٥٢

[...]

إبقاء الوقف يكون بأمر منه فلا يشمل دليل حرمة التضييع.

الثانى: ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غيرها، و هو: ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه، و قد تعذرت فيجوز إخراجه عن حده تحصيلاً للغرض منه، و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.

وفيه: ان هذا لو تم فإنما هو فى آخر أزمته بقاءه الذى خرجت العين فيه عن حيز الانتفاع، و اما قبله فالغرض، من الوقف الاستيفاء من شخص العين و هو ممكن فلا يجوز.

الثالث: ما افاده المحقق النائينى ره، و هو: انه إذا احتمل احتمالاً عقلاً تأديته الى الخراب على نحو لو كان فعلاً خراباً لجاز بيعه، جاز بيعه لان حكم الاحتمال حكم الخراب، و لكن من حيث كونه طريقاً، لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خراباً فعلاً.

وفيه: ان هذا لو تم فإنما هو فى احتمال الخراب الفعلى لا فى احتمال تأديته الى الخراب، لان هذا الاحتمال ليس طريقاً الى الخراب

بالفعل كما هو واضح.

الرابع: ما افاده الشيخ ره، و مقصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع، و حاصله: ان المانع عن التمسك بها فى الوقف امور:

أحدها: حق الواقف.

ثانيها: حق الموقوف عليه.

ثالثها: الادلة المانع عن بيع الوقف.

و شىء منها لا يصلح للمنع فى المقام، اما الأول: فلان غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لا محالة لأوله الى الخراب، و غرضه المتعلق بالانتفاع به بما انه مال يتوقف على البيع، فالبيع ليس منافيا لغرضه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٥٣

[...]

و اما الثانى: فلان المفروض ان انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبدل، و الانتفاع بشخص العين غير ممكن، و اما حقهم فى تصدى البيع فالمفروض انه يباع باذن البطن الموجود و أولياء البطن اللاحقة.

و أما الثالث: فلانصرف الادلة عن صورة أول العين الى الخراب المخرج لها عن حد الانتفاع.

وفيه: ان هذا يتم فى صورة الخراب، و اما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن، و حق الموقوف عليهم فى الانتفاع به كذلك، و الادلة غير منصرفه، فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

الخامس: ما كتبه (عليه السلام) فى جواب ابن مهزيار: ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف ان بيع الوقف أمثل فليبع، فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس «١».

بتقريب: ان قوله (عليه السلام): فانه ... إلخ تعليل لجواز البيع فى صورة الاختلاف، و ان المراد من المال الوقف، فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الأخر المترتب على الاختلاف، إذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية: انه كلما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: ان كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقرينه ضم النفوس الى الأموال يصير ظاهرا فى المال الأخر، إذ الاختلاف يوجب صرف المال فى الغلبة على الخصم و أدائه الى المقاتلة الموجبة لإتلاف النفوس، و هذا بخلاف تلف الوقف الذى هو اجنبى عن تلف النفس.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٥٤

[...]

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف ان خيف اوله الى الخراب، لا سيما إذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة. نعم يجوز البيع فى آخر أزمته بقاءه، إذ لا منفعة حينئذ و الله العالم.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال

. فكللمات القوم فى هذه الصورة متشبهة، فلا يصغى الى نقل شهرة فى الباب، فالمهم صرف عنان الكلام الى الحجج و الادلة.

و قد استدلل للمنع فى المكاسب: بعموم ادلة المنع عن بيع الوقف «١» و بالاستصحاب.

أقول: ما ذكر من عموم الادلة متين فى نفسه، و اما الاستصحاب فغاية ما يمكن ان يقال فى تقريره: ان عموم دليل نفوذ البيع خصص بما دل على عدم جواز بيع الوقف، و هو و ان اختص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور و لم يكن له عموم شامل له، الا انه من جهة كون دليل نفوذ البيع و الوفاء بالعقد مما لا عموم ازمانى له، بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من افراد البيع و العقد، و مع الشك فى ان الخارج هو فى زمان أو دائما يجرى الاستصحاب، و لا يكون مورد التمسك بالعموم. و فيه: - مضافا الى عدم تمامية المبنى كما حققناه فى الأصول- انه لا يكون منطبقا على المقام من جهة انه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم

(١) الوسائل - باب ٦- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١-٤ و باب ١٧- من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٥٥

[...]

دليل نفوذ البيع فى زمان و يشك بعده فى خروجه، بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدر الوجود، و البيع بعد العروض فرد مقدر آخر. و عليه فع عدم شمول دليل المخصص يتعين الرجوع الى عموم دليل النفوذ للشك فى التخصيص الزائد، بل لو لم يكن هناك عموم لما كان مورد لإجراء الاستصحاب. فتدبر فانه دقيق.

و استدلل للجواز: بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة فى الصورة السابقة.

و اورد عليه الشيخ بان قوله (عليه السلام): فانه ربما جاء فى الاختلاف ... إلخ اما ان يكون تعليلا لجواز البيع عند الاختلاف، أو يكون حكمه له. و على الأول: يتعين البناء على جواز بيع الوقف إذا لم يزل المال و النفس، و لو لا- لدخل فيه، لان العلة كما تخصص تعمم. و على الثانى: يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا، و شىء منهما لا يمكن الالتزام به لعدم إفتاء المشهور به. و فيه: انه يحمل على التعليل كما هو ظاهره، و لكن العلة هى لزوم تلف المال و النفس من ترك البيع و إبقاء الوقف على حاله، فان الظاهر منها ان عليه ما ذكر من جهة ان الوقف صدقة جارية يتقرب بها الى الله تعالى، و هذا لا يلائم مع تلف المال و النفس، و لا مانع من الالتزام بالتعميم على هذا، اى الالتزام بجواز البيع فى كل مورد لزم من بقائه تلف المال و النفس.

و دعوى انها معرض عنها و لم يعمل بها الأصحاب، قد تقدم ما فيها، فالمكاتبة تدل على الجواز فى هذه الصورة هذا مع قطع النظر عن الإشكالات المشتركة بين جميع الصور التى سيتعرض لها الشيخ ره، و ستعرف عدم ورود شىء منها. فالأظهر هو جواز البيع فيها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٥٦

[...]

و ربما استدلل له بحديث «١» لا ضرر الحاكم على الادلة الواقعية.

و فيه: ان الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال و النفس، و فى مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعى. و به يظهر ما فى الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس.

الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم

. و قد استدلل للمنع عن البيع في هذه الصورة: بعموم الادلة، و الاستصحاب.
 و قد تقدم ان الاستدلال بالعموم متين، و لكن الاستدلال بالاستصحاب في غير محله.
 و قد استدلل للجواز بوجهين:
 الأول: لا ضرر. و قد تقدم ما فيه.
 الثاني: مكاتبه ابن مهزيار المتقدمة، بدعوى انه يستفاد منها ان ذكر تلف النفس و المال انما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم، و الاحتياط سبيل النجاة.

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٥٧

[...]

الصورة العاشرة**الصورة العاشرة: ان يلزم فساد تستباح منه الأنفس**

و قد استدلل للمنع بما تقدم، و للجواز بما ذكرناه آنفا.
 و تقريب الاستدلال بالمكاتبه: ان ذكر تلف الأموال و ضمه الى تلف النفوس انما هو من جهة التلازم الغالبى، إذ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف الأموال لا لخصوصية فيه، بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة.
 و اورد عليه الشيخ ره بما تقدم من: ان مقتضى عموم العلة جواز البيع لدفع كل فتنه مؤدية الى ذلك، و قد عرفت الجواب عنه.
 فالحق في الإيراد عليه - مضافا الى منع التلازم الغالبى - ان حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر، فان الظاهر كون كل قيد مأخوذ في لسان الدليل للاحتراز، مع ان لازم التمسك بالمكاتبه البناء على كفاية خوف الأداء الى استباحه الأنفس لا اعتبار الاستباحه الواقعية.
 و ربما اورد على الاستدلال بالمكاتبه في هذه الصور بايرادات:
 الأول: اعراض الأصحاب عنها، و قد عرفت ان الأصحاب عملوا بها، و انما الخلاف بينهم في موضوع الجواز من جهة اختلافهم في فهم المراد منها.

الثاني: ان الظاهر من عدم ذكر الاعقاب فيه كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً الذى هو محل البحث.
 و فيه: ان عدم ذكر الاعقاب انما هو من جهة عدم الاحتياج إليه، فلو لم ندع ان إطلاق الوقف ظاهر في المؤبد، لا كلام في ان مقتضى ترك الاستفصال البناء على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٥٨

[...]

عدم الفرق في ذلك بين المؤبد و المنقطع.

الثالث: ما عن الإيضاح، و هو ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف، و عن المحدث المجلسى و البحرانى: الجزم به، و احتمله سيد العروة، فهى تدل على جواز البيع ما لم يتحقق الوقف، و محل الكلام هو بيع الوقف.

وفيه: أولاً: ان الظاهر من الوقف و الموقوف عليهم و غيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح.
و ثانياً: انه لو تنزلنا عن ظهورها في ذلك يكفي في الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف و القبض و عدمه.
الرابع: ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع انه مناف لحق البطون و لقول المجوزين لأنهم يقولون بجواز البيع و شراء عوض الوقف بثمنه.

وفيه: أولاً: ان عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية.
و ثانياً: ان الالتزام بذلك في خصوص مورد الوقف الذي لا يرتفع الاختلاف الا بتقسيم الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك في الوقف، لا أرى فيه محذوراً.
و ثالثاً: ان المحكى عن الأكثر العمل بها.

الخامس: انه لو جاز بيع الوقف فإنما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبي، و المكاتبه تدل على جوازه للأجنبي كما لا يخفى.
وفيه: انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظراً، أو انه استأذن من الامام (عليه السلام) في ذلك لكونه من الأمور الحسبية.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٥٩
[...]

الوقف المنقطع

هذا كله في الدائم، و اما الوقف المنقطع، و هو ما إذا وقف على من ينقرض.

فالكلام فيه يقع في جهات:

الاولى: في صحة الوقف المنقطع.

الوقف المنقطع على قسمين:

الأول: ما يجعل وقفاً موقتماً كما لو قال وقتت هذا عشر سنين و هذا لا- خلاف بينهم في بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد و المسالك، بل عن الغنية و المختلف و السرائر و الجواهر: دعوى الإجماع عليه، و كفى به مدركا.

الثاني: ما يجعل على من ينقرض غالباً، و الأظهر صحته وقفاً كما هو المشهور بين الأصحاب، لان الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها. و دعوى: أخذ التأييد في مفهوم الوقف كما ترى، لان حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة- كان ذلك دائماً ام موقتماً- و الإجماع على اعتبار التأييد في الوقف و ان كان لا ينكر الا ان مراد المجمعين عدم توقيته مدة لا كونه دائماً. و بعبارة اخرى: المراد به عدم الاقتران بمدة، و اما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافي الدوام.

و يشهد لصحته صحيح الصّفّار: كتبت الى ابي محمد (عليه السلام) اسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟ فقد روى ان الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتماً فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذي يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦٠

[...]

الأرض و من عليها، و قال آخرون: هذا موقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر في آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله تعالى الأرض و من عليها، و الذي هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك و ما الذي يبطل؟

فوقع (عليه السلام): الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله «١». فانه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه. الجهة الثانية: في انه بعد الانقراض يرجع الوقف الى الواقف و ورثته أو الى ورثته الموقوف عليه أو يصرف في وجوه البر، وجوه أقواها الأول، لان خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به انما يكون خروجا ما داميا، اي ما دامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع الى مالكة بموته، فانه لم يخرج عن ملكه الا الى اجل.

و دعوى ان مقتضى إطلاق ادلة الإرث انتقاله الى ورثته الموقوف عليه، مندفعه بأنها انما تدل على الإرث فيما هو للميت لا ما ليس له بعد موته، و مقيد ملكيته بحياته، فانه ليس مما تركه الميت. و تمام الكلام في محله.

هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، و الا- فهو ملك له من الأول و بموته ينتقل الى ورثته، و لعل الأظهر ذلك، لان ما ذكرناه في وجه خروجه عن ملك الواقف في المؤبد- من ان اعتبار الملكية له لغو، و من إطلاق الصدقة عليه لا سيما ما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة- لا يجرى في المقام. اما الأول: فواضح، و اما الثاني: فلعدم إطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع. الجهة الثالثة: في جواز بيعه و عدمه.

الظاهر ان قلنا بانتقال الوقف الى الموقوف عليه لا ينبغي التوقف في عدم جواز

(١) الوسائل- باب ٧- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦١

[...]

بيعه، لعموم ما دل على عدم جواز بيع الوقف «١» الشامل للمؤبد و المنقطع.

و من الغريب عدم ذكر الشيخ ره هذه الجهة مع هذا البسط و الاطناب، نعم لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الادلة المانع عن البيع له، اما دليل الوقوف فلظهوره في ان المنع عن البيع الذي أنشأ الواقف انما هو من خصوصيات إنشائه ملكية الموقوف عليهم- اي يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم- فلو لم يقع اصل الملك كيف تقع خصوصياته، و اما غيره فللانصراف الى ما لو كان البيع منافيا للوقف.

ثم انه على القول بعدم شمول الادلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد، فأقول: ان بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:

أحدها: ان يبيع العين الموقوفة من الأجنبي من عدم انتقال منافعه إليه، و حيث ان المقتضى للصحة و هو الملك موجود، فلا بد من التكلم في المانع، و هو ليس الجهل بمقدار المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه للجهل بأمد انقضائها- فان الجهل بنفسه و ان كان من الموانع لصحة البيع الا انه الجهل بالمبيع و المنافع ليست داخله فيه و ان أوجبت زيادة المالية- بل المانع هو الغرر، و قد وجهه الشيخ ره بقوله بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به. و أورد عليه المحقق الأصفهاني ره: بانه إذا كان المبيع معلوما ذاتا و وصفا و تسليمه و كان المجهول وقت التسليم لا يكون ذلك غريبا، و على فرض التنزل و تسليم صدقه عليه لا دليل على مبطلته لان العمدة في مانعيته الإجماع، و هو غير ثابت في المقام.

(١) الوسائل- باب ٦- من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١- ٤ و باب ١٧- من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦٢

[...]

وفيه: ان الجهل بوقت التسليم و الجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر.
اما الثانى: فلان الثمن انما يدفع بإزاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر.
و أما الأول: فلانه كما يصدق الغرر مع الجهل بأصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته.
و دعوى ان عمدة دليل مانعية الغرر الإجماع غير الشامل للمقام، مندفعه بان عمدة دليله النبوى «١» المنجبر بالعمل الشامل للمقام.
فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.
و أما مصحح الحسن بن نعيم الدال على جواز بيع المالك داره التى جعل سكنها لرجل و لعقبه من بعده «٢»، فهو يخصص دليل الغرر، و عليه فان أمكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده الى الوقف المنقطع و يحكم بجواز بيعه و الا فلا.
بقى الكلام فى اجازة الموقوف عليه، و ان رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته ام لا؟.
و المقصود من ذلك ان تكون عينه و جميع منافعه منتقلة الى المشتري، فلا يلزم الغرر. و الأظهر عدم كفايته، فان المنفعة لا تنتقل الى المشتري لا بلا عوض و لا معه الا بالصلح، اما عدم انتقالها بلا عوض فلان الناقل اما هو الهبة أو الاسقاط أو الإبراء، و لا مورد لشيء منها فى المقام، اما الهبة: فلاعتبار تعلقها بالعين، و اما الاسقاط: فلانه يتعلق بالحق و المنفعة ملك، و اما الإبراء: فلانه يتعلق بالملك الذمى كالدين،

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب احكام السكنى و الحبيس حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٦٣

[...]

و المنفعة ملك خارجى.

و أما عدم انتقالها بالعوض، فلان ناقلها اما الإجارة أو البيع على قول، و يعتبر فى كل منهما عدم الغرر، و فى المقام كل من المعاملتين - اى المعاملة التى يوقعها الواقف - أصالة، و التى يوقعها عن الموقوف عليه غررية، و ان كان لا غرر بعد تمامية العقدين فيتعين ان يكون ذلك بعنوان الصلح، و لا بأس به، الا انه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة الى اجازة الموقوف عليه.

ثانيها: ان يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم، و قد أفاد المحقق الأصفهاني ره: انه لا ينبغي النزاع فى صحتها بيعا حيث لا غرر و لا جهالة.

وفيه: ان المشتري بعد البيع و ان كان يعلم بماله من العين و المنافع الا ان الميزان فى الصحة و الفساد كون البيع بنفسه غرريا و عدمه، و هذا البيع بنفسه غررى، و العلم بعد تحققه بماله لا يوجب عدم صدق الغرر، ألا ترى انه لو صالح احد الشريكين الذى له مقدار من العين غير المعين شخصا فباعه بعد ذلك الشريك الأخر حصته لا إشكال فى صدق الغرر و بطلان البيع، مع ان المشتري بعد البيع يعلم بما انتقل إليه و ان العين بتمامها له.

ثالثها: ما إذا انتقلت منفعة العين الموقوفة الى غير الموقوف عليهم ثم بيع العين منه، فان حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة.

رابعها: ما إذا انتقلت المنفعة الى الواقف فباع العين، لا إشكال فى الصحة لوجود المقتضى و عدم المانع.

هذا كله بناء على بقائه على ملك الواقف، و اما لو قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه، فلا- يجوز البيع لا للواقف و لا للموقوف عليه و ذلك لوجهين:

الأول: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٦٤

[...]

الثانى: ان الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، و الموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسله، فان باع و نقل الملكية المرسله نقل ما ليس له، و ان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو نقل الملكية المرسله. و لا- فرق فيما ذكرناه بين عود الملك الى الواقف أو انتقاله الى ورثه الموقوف عليه أو صيرورته فى سبيل الله تعالى قوله قد: لأنه حقيقة وقف مؤبد ... إلخ.

وفيه: ان صيرورة الوقف فى سبيل الله ان كانت بإنشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين و صرف منافعها فى سبيل الله تعالى، و ان كانت من جهة انقضاء أمد ملك الموقوف عليه لا مانع من صرفها بنفسها فى سبيل الله تعالى.

بيع العين المرهونة

إشارة

الثانية: فى بيع العين المرهونة اقوال:

(١) الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين.

(٢) الصحة مع الوقوف على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك، ذهب إليه الشيخ و ابن حمزة و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم.

(٣) البطلان، و هو الظاهر من عبار جماعه من القدماء و غيرهم، و صرح به صاحب المقاييس ره.

و الكلام يقع فى مقامين:

الأول: فى انه هل يصح بيع الراهن مستقلام لا.

الثانى: فى انه على فرض عدم الصحة كذلك هل يبطل رأسا ام يمكن تصحيحه

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٦٥

[...]

بالإجازة أو سقوط حق المرتهن بالإسقاط أو الفك.

اما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة: بالإجماع على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون، و بالمرسل عن النبى صلى الله عليه و آله الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف فى الرهن «١» المنجر ضعفه بالعمل، و بقاعدة السلطنة «٢». إذ البيع يناهى سلطنة المرتهن على حقه.

و فى الجميع نظر: اما الأول: فلان هذا الإجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام)، بل منشؤه منافاة البيع لحق المرتهن.

و بعبارة اخرى: معقد الإجماع هو عدم استقلال المالك فى التصرفات المنافية لحق المرتهن، و من صرح بالبيع فإنما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن، و عليه فحيث ان البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن و لحق المرتهن - إذ لا- يعتبر فى العين المرهونة ان تكون

ملكا للراهن، و قد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن - فإذا جاز ذلك ابتداء جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فتنقل العين المرهونة الى المشتري، و يكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها. نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار.

و أما الثاني: فلان التصرف فيه لا يعم التصرف الاعتباري كالبيع كما حقق في مبحث الفصولي، مع انه على فرض الشمول ان النهي عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتباري و الخارجي، و لا يكون ظاهرا في الإرشاد، بل هو ظاهر في المبعوضيه و الحرمة النفسية. و قد مر في أول الجزء الرابع عشر عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد.

(١) المستدرک - باب ١٧ - من أبواب كتاب الرهن حديث ٦.

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث - و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦٦

[...]

و اما الثالث: فلما عرفت آنفا من ان البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه، فالأظهر هي الصحة و النفوذ و عدم الوقوف على الإجازة، أو سقوط حق المرتهن.

و أما المقام الثاني: فقد استدل الشيخ ره للصحة مع الإجازة بوجوه:

الأول: العمومات السليمة عن المخصص، فان معقد الإجماع و الاخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال.

و اورد عليه المحقق الأيرواني: بان بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع، و المتيقن و ان كان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن الا انه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم ازمانى فيها، بل عمومها افرادى فقط بإزاء كل عقد إيجاب واحد للوفاء لا إيجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد فى زمان صح التمسك بها فى زمان آخر.

وفيه: ان خروج فرد من زمان ان كان لأجل مانع و كان ذلك المانع مقرونا بالعقد و من حين تحققه فارتفع ذلك المانع لا مانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع، و الكبرى التى أشار إليها لو تمت انما هي فيما إذا كان خروج الفرد فى الأثناء كما حقق فى محله. فالإنصاف انه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع باذن من له الحق كما هو الحق، و لذا يجوز بيع الرهن باذن المرتهن إذا أجاز المرتهن و ارتفع المانع عن تأثير العقد و صحته صح بمقتضى العمومات.

الثانى: ان الاستفادة من تعليل صحة نكاح العبد بالإجازة بانه لم يعص الله و انما عصى سيده «١». ان كل عقد كان النهي عنه لحق الأدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا.

و اورد عليه: بان الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق،

(١) الوسائل - باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦٧

[...]

و بعضها لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء و الوقف و نحوهما.

و كون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، و مع عدم احرازه لا سبيل الى الاستدلال بعموم العلة.

وفيه: ان الاستفادة من ما دل على كفاية اذن المرتهن و ان به يجوز البيع كونه من قبيل الأول.

الثالث: فحوى أدلة «١» صحة الفضولي.

و اورد عليه المحقق الايرواني ره: بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع، فلا- أولوية، بل و لا المساواة.

و فيه: انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد و كونه من الحقوق القابلة للارتفاع، و عليه فالاولوية واضحة، فان في بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة و اللزوم: احدهما: فقدان رضا المالك. و ثانيتهما: عدم استناد البيع الى المالك. و في المقام ينحصر المنع بالجهة الاولى فلا محالة يكون اولي.

و قد استدل صاحب المقاييس ره لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محصله الى وجوه:

منها: ان المستفاد من ظاهر الإجماعات و الاخبار المحكية تعلق النهي بالمعاملة لأمر داخل راجع الى احد العوضين لاستحقاق المرتهن اياه لا لأمر خارج كما في البيع وقت النداء، و النهي في المعاملات إذا كان كذلك يقتضى الفساد. ثم أورد على نفسه: بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي.

و أجاب عنه: بان الفضولي ان باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، و ان باع

(١) راجع مبحث الفضولي من هذا الكتاب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦٨

[...]

على وجه النيابة عن المالك- حيث انه لا يعد تصرفا عرفا- فلا يكون منهيا عنه، فلا يكون باطلا، و لا يعقل في المقام النيابة و البيع الاستقلالي تصرف عرفا.

و فيه: أولا: ما تقدم من عدم دلالة الأدلة المشار إليها على حرمة البيع.

و ثانيا: ان النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد.

و ثالثا: ان ما ذكره من القسمين يتصور في بيع الراهن، فانه يمكن ان يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوي الاستقلال.

و رابعا: انه قد عرفت صحة بيع الفضولي و ان كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الإجازة.

و منها: ان البيع ان صدر عن غير المالك، فيمكن وقوعه موقوفا على الإجازة، فان له بقاء، و بالإجازة يستند الى المالك فتشمله العمومات. و ان صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على اجازة شخص آخر، فاما ان يصح، أو يبطل و لا ثالث. و حيث انه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان.

و فيه: انه حيث يكون للعقد بقاء، فإذا صدر عن المالك و لم يؤثر لاقتراانه بالمانع، فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

و منها: ان التعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله (عليه السلام): انه لم يعص الله و انما عصى سيده. يدل على الفساد في المقام، فانه يدل على ان عصيان الله تعالى موجب للفساد، و عصيان غيره لا يوجب البطلان لإمكان ارتفاعه كما في نكاح العبد و بيع غير المالك، و في المقام من جهة كونه محجورا عليه يكون عاصيا لله تعالى بتصرفه، و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، فيكون بيعه فاسدا.

و فيه: ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي، و الّا عصيان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٦٩

[...]

السيد عصيان الله تعالى لأنه امر باطاعته ونهى عن مخالفته، بل المراد به العصيان الوضعي، فيكون مفاد التعليل انه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للاسقاط يمكن تصحيح المعاملة بإسقاطه. و في المقام حيث ان عدم الصحة انما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه بإجازته أو سقوط حقه، فالأظهر هي الصحة في هذا المقام ايضا.

ثم ان هاهنا إشكالين آخرين على القول بالصحة موقوفا على الإجازة توهم اختصاصهما بالمقام دون سائر اقسام الفضولي: أحدهما: ما ذكره الشيخ ره بقوله: وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا. و حاصله: انه بناء على الكشف يلزم ان يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه، إذ الإجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع فلا بد اما من البناء على بطلان البيع أو بطلان الرهانة.

و فيه: ان القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع و لا- يلزم محذور، مع ان هذا الإيراد مشترك الورود، فانه في المقام ان لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شيء واحد في سائر اقسام الفضولي. ثانيهما: ما ذكره الشيخ ره بقوله: وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا و حاصله: ان المقام يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملكه، غاية الفرق انه في تلك المسألة يصير البائع الفضولي مالكا للمبيع، و في المقام يصير مالكا للبيع. و فيه: انه على الكشف نلتزم بكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٧٠

[...]

بيان فائدة اجازة المرتهن

و تمام الكلام في المقام يقتضى البحث في جهات:

الاولى: قد يقال: ان اجازة المرتهن لا شأن لها في المقام الا من جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن، إذ الإجازة في عقد الفضولي انما تؤثر في استناد العقد الى المالك، و بها يصير مخاطبا بَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المرتهن لا يمكن توجه هذا الخطاب إليه فلا اثر لإجازته. و لكنه يمكن دفعه: بان المرتهن و ان لم يكن مالكا للعين الا ان له حقا متعلقا بها، فله سلطنة عليها من جهة كونها موضوعه حقه، و عليه فله اعمال هذه السلطنة في موضوع حقه بان يجيز العقد و يمضيه و ان يرد العقد و يحله، و عدم توجه خطاب أَوْفُوا إِلَيْهِ لا يصلح مانعا عن كون اجازته مؤثرة في العقد و موجبة لتامية أركانها و مشمولاً لأدلة الصحة و النفوذ. هذا بناء على القول بالصحة موقوفا على الإجازة، و اما على المختار من الصحة بدونها فاجازته لا شأن لها. الجهة الثانية:

في ان اجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة

، فعلى المختار من صحة عقد الراهن و عدم منافاة البيع لحق الرهانة لا يبقى مجال لهذا النزاع، و لا يترتب على اجازته شيء سوى انها بالملازمة تكشف عن اسقاط حقه، و لا معنى لكشف الإجازة عن الاسقاط من حين العقد.

و أما بناءً على توقف الصحة على الإجازة، فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به في المقام بعين ذلك المناط لا بالأولوية إذ كما يقال في اجازة المالك انها إمضاء للعقد من حين حصوله و تكون رضا بمضمونه و هو النقل من حينه، كذلك يقال في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٧١

]...[

اجازة المرتهن، فانه من جهة تعلق حقه بالعين و ثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد و إمضائه من حين حدوثه. و أما ان التزمتنا في الفضولي بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف في المقام، إذ لا وجه للتعدى سوى ما ذكره الشيخ ره من الولاية، بتقريب: ان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى، و هي هنا من قبيل رفع المانع، فإذا كانت اجازة المالك كاشفة كانت اجازة المرتهن اولى بذلك. و هو غير تام لما ذكرناه مرارا من ان باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية و التأثير و التأثر، و انه لا يصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و تسميتها بأسمائها، فكما ان اجازة المالك دخيلة في الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع، كذلك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه، مع انه لو سلم كون اجازة المالك جزء المقتضى و اجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لأسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع، لان مناطات الاحكام غير معلومة، ففعل المناط مختص به.

و أما ما ذكره الشيخ ره مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة، فيرد عليه: ان عدم وقوع الإيقاعات مراعاة انما قلنا به للإجماع، و حيث انه ليس في إيقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تأييدا لما ذكره. الجهة الثالثة: في انه

هل تنفع الإجازة بعد الرد ام لا؟

الظاهر بناء على عدم توقف الصحة على الإجازة- حيث انه لا معنى لرده سوى عدم اسقاط حقه- فله الإجازة بعد ذلك و اسقاط حقه. و اما بناء على توقفها على الإجازة فان قلنا بان الرد يكون حلا للعقد لم تنفع الإجازة و الا- كفت في المقام، و ان لم تكف في الفضولي، فان مدرك عدم كفايتها حينئذ الإجماع، و حيث انه ليس في فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ٢٧٢

]...[

المقام اجماع، فالأظهر كفايتها.

و أما ما ذكره المحقق النائيني ره من: ان الرد انما يؤثر في المقام في مورد فعليته حق المرتهن، و هو ما إذا حل اجل الدين، و اما لو لم يحل فلا يؤثر، فله الإجازة بعد ذلك. فيرد عليه: ان حق الرهانة انما يكون ثابتا من الأول و لا ربط له بحلول الدين، و هو موجب لتأثير رده.

حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

الجهة الرابعة: إذا عقد الراهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن اما بالإسقاط، أو بإبراء الدين، أو بأدائه. فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا- بالعقد و لا- ينافى مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، و لكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشتري جاهلا يثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره، يقع الكلام في انه هل يسقط خياره ام لا- و سيأتي الكلام في ذلك في خيار العيب في مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار- و اما على القول بالمنافاة و انه لا يصح العقد بدون اجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا؟ وجهان، قد استدلل للبطلان و عدم الصحة بوجوه:

الأول: ان المرتهن كان شريكاً في سلطان الراهن و لم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلاً، فإذا سقط حقه و صار الراهن مالكا للبيع يدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، فعلى القول بالبطالان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام. و أجاب عن ذلك الشيخ ره و تبعه المحقق النائيني ره بما حاصله: أنه في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه يكون البيع صادراً من غير المالك، فلا مقتضى للصحة، و بعد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٢٧٣

[...]

صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. و اما في المقام فليس عدم الاثر لقصور في المقتضى و انما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى.

و فيه: ما تقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد ما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات و الاثار، فلا يصح ان يقال الملكية مقتضية، و حق الرهانة مانع، بل كل ما أخذ في العقد يكون اعتباره على حد سواء، كيف و قد صرح هو قده فيما سبق بان الملكية شرط. فالحق تامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئاً ثم ملكه.

الثاني: ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة و اللزوم، و بعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجوز الاستصحاب، و لا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زمانى له.

و أجاب عنه الشيخ ره: بانه من جهة العلم بمناط المستصحب و ان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لإجراء الاستصحاب، و يكون المقام من باب وجوب العمل بالعام.

و فيه: انه قد صرح في الأصول بان العام المخصص في زمان إذا لم يكن له عموم ازمانى لا يتمسك به بعد مضي الزمان المتيقن و ان لم يجر الاستصحاب.

فالحق في الجواب ان يقال: ان المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعين الرجوع في غير مورد التخصيص الى عموم العام و ان لم يكن له عموم زمانى.

الثالث: ان ظاهر بعض النصوص «١» ان نكاح العبد لا يصح بدون اذن سيده و ان اعتق، و يكون المقام نظير ذلك.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٢٧٤

[...]

و فيه: ان عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفاً في مملوك المولى خاصة بل المتصرف ايضاً مملوك، و لذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقف على اجازته ايضاً، فالصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

الجهة الخامسة: في ان سقوط حق الرهانة هل يجرى فيه نزاع الكشف و النقل ام لا؟.

الظاهر انه لأبد من البناء على النقل في المقام، و ان قلنا بالكشف في الإجازة فان الإجازة إمضاء و إنفاذ للعقد الذى هو النقل من حينه، و اما سقوط الحق فهو رفع للمانع، فالعقد من حيث السقوط يكون مشمولاً لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكية من الأول.

و ما افاده المحقق النائيني ره في وجه إمكان البناء على الكشف على القول بالكشف في الإجازة من ان السقوط يكشف عن كون

العقد سببا تاما فيؤثر من الأول، غير سديد، فان هذا المعنى من الكشف لا دليل عليه، و انما التزمنا بالكشف في الإجازة لما أشرنا إليه غير الشامل للمقام.

الجهة السادسة: بناء على توقف صحة عقد الرهن على الإجازة أو سقوط حق الرهانة لو أوجد العقد الرهن هل يجب عليه فك الرهن من مال آخر- إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني الا بذلك- ام لا يجب، فانه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه و اما رفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب؟ وجهان. اختار الشيخ الأعظم ره الثاني: و قاس المقام بمن باع شيئا ليس له، فانه لم يلزم احد بوجوب شرائه من مالكة و دفعه الى المشتري.

و لكن الأظهر لزوم الفك، و ذلك لأنه يجب عليه أداء الدين، و هو انما يكون ببيع العين المرهونة و أداء الدين منها أو أدائه من مال آخر و فك الرهن بذلك، فحيث

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٧٥

و يشترط في المكيل و الموزون و المعدود معرفة المقدار بأحدها

انه باعها و يجب عليه الوفاء به فليس له بيعها بشخص آخر، فيتعين الأداء من مال آخر وفاء بالعقد. و بهذا يظهر الفرق بين المقام و بيع الفضولي، نعم لو باع الراهن قبل حلول اجل الدين لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره ره. فالأظهر هو التفصيل، فتدبر حتى لا تبادر بالأشكال.

عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا

إشارة

و الرابع مما يشترط في المبيع: ان يكون معلوما فلا- يجوز بيع المكيل و الموزون و المعدود الا- مع معرفة المقدار بأحدها فلا يباع المكيل و الموزون و المعدود جزافا و لو كان مشاهدا كالصبرة، و لا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة و لا العدد المجهول كملا اليد و نحوها بلا خلاف، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

و يشهد له حديث نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله عَنْ بَيْعِ الْغُرْرِ «١»، و جملة من النصوص:

منها: صحيح الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت، قال (عليه السلام): لا يصلح الا بكيل، قال: و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع

(١) الوسائل- باب ٤٠- من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٧٦

[...]

الطعام «١». و أورد عليه بايرادات:

الأول: ان قوله (عليه السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلا ... إلخ مجمل، إذ لو كان المراد به ما يبيع بكيل فما معنى لا يصح

مجازفة؟ و ان كان المراد به ما من شأنه ان يباع بكيل- اى يقال انه مكيل و يكون الخطاب الى الراوى بما هو من اهل العرف و العادة- فلازمه تنويع الطعام، مع انه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن.

و فيه: انه يمكن اختيار الشق الثانى و اخذ القيد توضيحيا، أو بان يقال ان من الطعام ما هو مكيل و منه ما هو موزون و لو فى بعض البلدان، فيكون مفاد قوله (عليه السلام) ذلك، ان ما يكون من الطعام مكيلا انما اعتبر فيه الكيل من جهة انه لا يصلح بيعه مجازفة، و لازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

الثانى: ما ذكره جماعة منهم المحقق الإيروانى ره، و هو: ان المراد من قوله: و ما كان من الطعام سميت ... إلخ ان البيع إذا انعقد بعنوان الكيل كما إذا بيع منّا من الحنطة- يعتبر الكيل فى مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع و المشاجرة- فهو اجنبى عن المقام. و فيه: ان هذا خلاف الظاهر، فانه يتوقف على تقدير كلمة قبضه أو تسليمه) بعد قوله فانه لا يصلح كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر. الثالث: ان الخبر مخالف لفتوى المشهور، فانهم أفتوا بتصديق البائع فى اخباره بان كيل المبيع كذا، و هذا الصحيح يدل على انه لا يعتمد عليه.

و فيه: انه فى تلك المسألة انما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما اخبر به

(١) الوسائل- باب ٤- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٧٧

[...]

بعنوان ان كيله ما اخبر به و انه لو نقص يأخذ الزائد و لو زاد يرد، لا يبيعه بما اخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع انه فى تلك المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمنا.

الرابع: ان قوله (عليه السلام) هذا مما يكره من بيع الطعام ظاهر فى عدم الفساد.

و فيه: ان الكراهة فى النصوص غير ظاهرة فى الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع، مع انه لو سلم الإجمال و عدم ظهورها فى ذلك يكون المرجع قوله (عليه السلام) (لا يصلح مجازفة، بل المحكى عن الفقيه فلا يصح مجازفة. فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل فى المكيل.

و منها: موثق سماعه: سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن؟ فقال (عليه السلام): اما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشتري منه مراوحة فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تنزه إذا كان المشتري الأول قد اخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع: انى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيالك و وزنك، فلا بأس «١».

و اورد عليه المحقق الأصفهاني ره: بان مورد الاستدلال ان كان هى الشرطية الاولى و هى قوله: فلا- بأس ان اشتريته ... إلخ فمن الواضح ان نفي البأس عن اشتراؤه بلا- كيل و لا- وزن لا مفهوم له الا بلحاظ موضوع الشرطية و هو طعام قد كيل أو وزن، و هو من مفهوم الوصف. و ان كان هى الشرطية الثانية و هى قوله: إذا اخذه المشتري الأول ... إلخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتى رجلا فى

(١) الوسائل- باب ٥- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٧٨

[...]

طعام قد كيل و وزن و الشرطية إذا كانت لتحقيق الموضوع أو لتقريره لا مفهوم لها، فلا مفهوم في القضية الا مفهوم الوصف.
و فيه: انه يدل على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال و الجواب.
و منها: غير ذلك من النصوص.

ولا- يخفى ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون، سواء ألزم من تركهما الغرر ام لا؟ كما ان مقتضى حديث نفي الغرر مانعية الغرر الشخصي، سواء أ كان العوض مما يكال أو يوزن ام لا، فالنسبة بينهما عموم من وجه، و حيث انهما مثبتان لا تنافى بينهما فيتعين العمل بالدليلين و البناء على اعتبار الكيل و الوزن في المكيل و الموزون، مع عدم كون البيع غرريا.
و على ما ذكرناه، فان لم يكن المبيع مكيلا أو موزونا- لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة، أو لكثرتة كزبرة الحديد-، أو كان مكيلا و موزونا و لكن كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، أو كان الشيء في أصله كذلك و لكن كان ماليته بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الامر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات- غير ما هو من الذهب و الفضة و الأوراق المطبوعة- صح البيع بلا كيل و لا وزن ان لم يلزم الغرر الشخصي كما هو المفروض.
اما في الأول: فلعدم شمول ادلة الكيل و الوزن له و انصرافها عنه.

و أما في الثاني: فلان الكيل و الوزن انما اعتبروا من جهة الطريقية الى معرفة المقادير و الحدود لا لخصوصية فيهما بالخصوص، كما يشهد له- مضافا الى مناسبة الحكم و الموضوع- ما دل على الاعتماد على اخبار البائع بالكيل أو الوزن، و قوله (عليه السلام) في ذيل الصحيح المتقدم فانه لا يصلح مجازفة الدال على ان المانع
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٢٧٩
[...]

هو البيع جزافا. فإذا كان الحدس موجبا للاطمئنان كفى.
و أما في الثالث: فلعدم كونه مكيلا و لا موزونا.
هذا كله في المكيل و الموزون.

و أما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، و عن مجمع البرهان: انه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود الا عدداً و ان الأصل و العمومات و حصول التراضي- الذي هو العمدة في الدليل- دليل قوى، فإثبات خلافه مشكل.
و لكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن الجوز لا تستطيع ان نعهه فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال (عليه السلام): لا بأس به «١». من جهة ظهوره في اعتقاد السائل، لزوم العد، و تقريره (عليه السلام) ذلك- هو لزوم العد، و به تقييد إطلاقات الادلة.

بيع المكيل بالوزن، و العكس

و استقصاء الكلام في المقام انما يكون ببيان امور:

الأول: في تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، و الكلام فيه في موردين:

(١) في بيع المكيل وزنا و بالعكس، و قد اختلفوا فيه على اقوال، ثالثها: التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح، و بين بيع الموزون بالكيل فلا يصح.

رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا الى التقدير المعتمد في

(١) الوسائل - باب ٧- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨٠
[...]

المبيع في نفسه فيصح، و بين ملاحظته مستقلا فلا يصح.
فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إليه ما تعارف فيه.
الثاني: في تقديره به مستقلا.

اما الأول: فقسمه الشيخ ره الى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، و ربما يكون مما لا يتسامح فيه.
أقول: إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة حد
المبيع و مقداره، و التقدير بما هو طريق الى ذلك- مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك و يخرج البيع عن كونه
جزافيا- فيصح.

و يشهد له: - مضافاً الى ذلك- صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه و خبر عبد الملك بن عمرو: قلت لابي عبد الله (عليه
السلام): اشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال (عليه السلام): لا بأس «١».
و ما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر، ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فان ائزان مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من
جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة.
و لكن يرد عليه: انه لا مفهوم له كي يقيد إطلاق هذا الخبر به.

(١) الوسائل - باب ٥- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨١
[...]

و اما إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره في المقام الثاني، و تصحيحه بالبناء على ذلك
التقدير، مخدوش، إذ البناء عليه الراجع الى شرط الخيار لو نقص لا يصح العقد، لان ذلك لا يخرج عن الجزافية، و لذا لا يصح
البيع بالمشاهدة مبني على مقدار معين مما تعارف فيه.
و دعوى إطلاق الخبر، ممنوعه، فان الظاهر و لا أقل من المحتمل كون ما بقي من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن
تدبر فيه.

و أما المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم في محكي الرياض: جواز بيع المكييل وزناً، و عدم جواز بيع الموزون
كيلا.

و استدلل له الشيخ ره: بان الوزن اصل للكيل، و ان العدول الى الكيل من باب الرخصة، و عليه فيبيع المكييل بالوزن ليس بيعا جزافيا
بخلاف العكس.

أوفيه: لا- إشكال فى ان الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية العقلانية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة و الثقل، و لهذه الحيشة مراتب معينة يعبر عنها بالثاقيل و ما دونها و ما فوقها، و ليس الكيل طريقا الى معرفة ذلك فى نفسه، فلا محالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن، الا انه بعد تعارف الكيل فى شىء و عدم معرفة وزنه غالبا لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل يكون ذلك ايضا بيعا جزافيا.

و ربما يستدل للجواز فى الموردين بخبر وهب عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن ابيه عن الامام على (عليه السلام): لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن «١».

(١) الوسائل - باب ٧- من أبواب السلف حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٨٢

[...]

و فيه: أولا: ان الخبر ضعيف السند لو هب.

و ثانيا: انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزونا و بالعكس، و لا يدل على جواز كل من الكيل و الوزن فى مورد الآخر. فالأظهر هو عدم الجواز مطلقا.

و لو وقعت المعاملة بعنوان معلوم عند احد المتبايعين يمكن الاستدلال لصحتها: - مضافا الى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذى يحضرونه أو بكيهه مع جهلهم بالمقدار- بان الغرر لا يلزم- بعد فرض علم المشتري بان الكيل أو الوزن المشتري به متعارف فى البلد- و نصوص اعتبار الكيل و الوزن تدل على لزوم ان يكون البيع بأحدهما.

و أما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلا فلا تدل عليه، بل اغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل و الوزن المتعارفين فى بلدهم. و بعبارة اخرى: ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافا و بالتخمين بلا وزن و لا كيل، و لا تدل على مزيد من ذلك. و لكن ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم (عليه السلام) محل تأمل، و الظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك و ان لم يصدق من حيث المالىة، و النصوص انما هى فى صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل و الوزن من حيث هما. فالأظهر بطلان تلك المعاملة.

و أما صحيح الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام): لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصر «١».

(١) الوسائل - باب ٦- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٨٣

[...]

فالظاهر منه المنع عن البيع بغير صاع المصر بتدليس انه صاع المصر، فلا يدل على جواز البيع بصاع المصر و ان لم يعلم مقداره. (٢) فى بيع المعدود بالكيل أو الوزن.

لا كلام فى انه إذا كان الكيل أو الوزن طريقا الى العد يجوز ذلك كما تقدم، و صحيح الحلبي المتقدم المختص بصورة تعذر العد لا مفهوم له كى يدل على عدم جوازه مع الإمكان، و تقريره (عليه السلام) لما فى ذهن السائل من عدم الجواز مع الإمكان غير ظاهر. و أما إذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة فقد اختار الشيخ ره كفاية الوزن فيه، و الظاهر ان وجهها أصالة الوزن فى التقدير مطلقا حتى

فى المعدود.

و فيه: ان أصالة الوزن لو سلمت لا تفيد بعد فرض كون مناط المالىة فى شىء العدد، فانه يلزم من بيعه بالوزن الغرر. فالأظهر عدم الكفاية.

المناط فى المكيل و الموزون

الثانى: فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا.

وقبل الشروع فى بيان المختار و دليله، ينبغى تقديم امور:

الأول: ان مورد البحث هو انه هل المدار على ما كان مكيلا أو موزونا فى عصر النبى صلى الله عليه و آله لا على كيل عصره و وزنه، فانه لم يقل بذلك احد، و لا يكون ذلك رافعا للغرر.

و بعبارة اخرى: مورد الكلام تعيين ما هو مكيل أو موزون لا تعيين الكيل و الوزن، إذ لا كلام فى ان المكيل يكال بالمكيل المتعارف فى كل عصر، و الموزون يوزن

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٨٤

[...]

بالميزان المتعارف فى كل زمان. فما فى عبارة المبسوط المنقولة فى المكاسب و المكيال مكيال اهل المدينة و الميزان ميزان اهل مكة لأبد من تأويله، لا سيما و قد نفى الخلاف عنه.

الثانى: ان النزاع فى المقام ليس فى مفهوم المكيل و الموزون، فان مفهومهما اللغوى واضح، و لا حقيقة شرعية لهما قطعا، و لا تكون مكيلىة شىء أو موزونيته من الأمور الواقعية، و يكون نظر العرف و الشرع طريقا إليها حتى يكون الشارع مصوبا للعرف تارة و مخطئا لهم اخرى، بل هما أمران جعليان رتب الشارع على هذا الامر الجعلى البنائى الذى بنى العرف عليه حكما، و حيث ان الجعل و البناء يختلف باختلاف الاعصار و الأمصار، فلذا وقع النزاع فى انه هل المعيار عصر خاص و مصر مخصوص، ام الميزان صدق عنوان كون الشىء مكيلا أو موزونا؟.

الثالث: المحكى: عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق: ان الأصحاب أفتوا بان المراد بالمكيل و الموزون ما ثبت فيهما الكيل و الوزن فى زمانه صلى الله عليه و آله، و حكم الباقي فى البلدان ما هو المتعارف فيها.

و اورد عليهما صاحب الجواهر ره: بانى لم اجد ذلك فى كلام احد من الأساطين، فضلا عن ان يكون اجماعا نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة الى الربا، و الشيخ ره ذكر طرقا ثلاثة لاستفادة ان الفقهاء أفتوا بذلك:

الأول: ان التبع فى كلمات الأصحاب يشهد بذلك. و ذكر منها عبارة المبسوط.

و فيه: أن ما افاده فى المبسوط الصريح فى ذلك خيرة التذكرة و نهاية الاحكام و المختلف و حواشى الشهيد و غيرها، و هو المنقول عن القاضى كما عن مفتاح الكرامة، و لكن القدماء من الأصحاب لم يصرحوا بذلك.

الثانى: ان المقطوع به بعد التبع ان الموضوع فى هذه المسألة و فى مسألة الربا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٢٨٥

[...]

واحد و هو المكييل و الموزون، و قد حمل عليه حكمان: أحدهما: عدم جواز بيعه متفاضلا. ثانيهما: عدم جواز بيعه مجازفة. فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين.

و فيه: ان ما ذكروه ان كان ضابطة لتعيين المفهوم، أو كان ضابطة لتعيين المصداق مع كونه ظاهرا في ضبط ما هو مصداق الموضوع في المقامين، كما إذا ذكروا المسألتين بنحو الاتصال و في ذيلهما ذكروا ذلك تم ما افاده، و لكن بما ان ما ذكروه انما يكون في مقام ضبط ما هو المصداق في ذيل مسألة الربا خاصة و لا إطلاق له يشمل هذه المسألة، فلا يجدى ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لا خصوص مصداق خاص منه.

الثالث: ما هو مركب من أمرين: أحدهما: انه يشترط عند الأصحاب في الربا ان يكون الكيل و الوزن شرطا في صحة بيعه.

ثانيهما: اتفاقهم على ان العبرة في المكييل و الموزون الجاري فيه الربا على هو كذلك في عهد الشارع الأقدس. فانه يستنتج منهما اعتبار الكيل و الوزن في ما كان مكيلا و موزونا في عهده.

و ان شئت قلت: بهيئة الشكل الأول ما كان و كيلا أو موزونا في عهده يجري فيه الربا، و ما يجري فيه الربا يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن، و نتيجتهما ان كل ما كان مكيلا أو موزونا في عهده يشترط ان يباع بالكيل أو الوزن.

و فيه: ان الامر الأول- و هو الكبرى في القياس- ان أريد به ان من شرط جريان الربا كون الكيل أو الوزن شرطا في صحة بيعه و لو في زمانه صلى الله عليه و آله خاصة فهو حق، الا انه لا يفيد للمستدل. و ان أريد به انه من شرطه كون ذلك شرطا في صحته الى الأبد، و ما دام يجري فيه الربا فهو أول الكلام و غير ثابت.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨٦

[...]

فإنصاف ان دعوى الإجماع، بل الشهرة في المقام في غير محلها.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: ان الكلام يقع في موردين:

الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.

الثاني: في ما استدل به على ما هو المنسوب الى المشهور.

اما المورد الأول: فالمستفاد منها: ان المدار في اعتبار الكيل و الوزن على ما هو مكييل أو موزون في زمان البيع و بلده، فما كان مكيلا أو موزونا في زمان البيع و بلده اعتبر في صحة بيعه ذلك، و ما لم يكن كذلك و ان كان في زمان الشارع مكيلا أو موزونا لا يعتبر في صحته ذلك، لان دليل اعتبار هذا الامر حديث نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر (١).

و النصوص الخاصة المتقدمة، اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فان من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه صلى الله عليه و آله في رفع الغرر و إثباته، و اما النصوص فالمأخوذ فيها عنوان المكييل و الموزون من دون التقييد بزمان خاص و بلد مخصوص، و مقتضى إطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند إيقاع المعاملة من حي زمانها و مكانها.

و بعبارة أخرى: قوله (عليه السلام) ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدّر وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمل هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة و الأمكنة.

و أما المورد الثاني: فالمنسوب الى المشهور دعويان:

(١) الوسائل- باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨٧

]...[

الاولى: ان العبرة في التقدير بزمان النبي صَلَّى الله عليه و آله.

الثانية: ان ما لم يثبت كونه مكبلا أو موزونا في عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان.

وقد استدلل للأولى: بالإجماع، و بأن المراد من المكيل و الموزون المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم، و بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع.

و في الجميع نظر: اما الأول: فلما تقدم. و ما عن المبسوط من نفى الخلاف عنه، لا يدل على الإجماع، إذ عدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم، مع انه لو ثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

و أما الثاني: فلان الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية، ألا ترى انه لم يتوهم احد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة في عهد الشارع. و بالجمله: ما ذكرناه واضح.

و أما الثالث: فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في المفهوم، فانه مبين معلوم و لا حقيقة شرعية له.

و انما الكلام في انه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، ام الميزان كلما صدق عليه ذلك، مع ان النصوص انما وصلت إلينا من الأئمة عليهم السلام لا- منه صَلَّى الله عليه و آله، فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم و وزنه كما لا يخفى.

و استدلل للثانية: بالإجماع، و بأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء الشرعية، و بمقتوع ابن هاشم الآتي: و لا ينظر فيما يكال أو يوزن الا الى العامة و لا يؤخذ فيه الخاصة، فان كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨٨

]...[

اصل اللحم ان يوزن، و اصل الجواز ان يعد.

و في الجميع نظر: اما الأول: فلما تقدم.

و أما الثاني: فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل و الموزون كي يتم فيه ذلك، بل في انه هل لمصداق خاص منه خصوصية ام لا.

و أما الثالث: فلعدم حجيته لعدم اتصال الخبر الى المعصوم، و عدم حجيه قول التابعي من حيث هو، مع ان المراد بالعامة ليس جميع الناس و الا لما كان يوجد- سيما في عصر الخبر- شيء يحرز اتفاق الناس عليه، بل المراد منه ان بناء المتعاقدين لا يكفي، بل يعتبر بناء قوم كأهل بلد عليه، فهو ينطبق على ما ذكرناه. مضافا الى انه لو أغمض عن ذلك و سلم كونه دالا على ما ذهب إليه المشهور يقع التعارض بينه و بين صحيح الحلبي الدال على ان الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بما هما من افراد البلد، و المحل و الترجيح معه كما لا يخفى.

ثم انه بناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التي ذكرها الشيخ ره، و هو واضح.

نعم يبقى منها فرعان:

الأول: لو فرضنا كون المبيع في بلد، و العقد في بلد آخر، و المتعاقدين اهل بلد ثالث، و كان ذلك الشيء في احد البلاد مقدرًا بغير ما يقدر به في البلاد الأخر، فهل العبرة ببلد المبيع كما اختاره الشيخ ره، ام ببلد العقد، ام ببلد المتعاقدين؟ وجوه: أظهرها الثالث، فانه الظاهر من صحيح الحلبي ما سميت فيه كيلا فانه موجه الى البائع.

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦، ص: ٢٨٨

الثاني: انه لو وقعت المعاملة في الصحراء و كان البلاد مختلفة في التقدير و لم تكن الصحراء ملحقة بأحدها، فان كان المتعاقدان اهل بلد لحقهما حكمه كما تقدم، و الا فلا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٨٩

[...]

يعتبر في بيعهما الكيل و الوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل و الوزن لهذا المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الغرر.

اخبار البائع بقدر المبيع

الثالث: لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور. و ظاهر التذكرة الاتفاق عليه. الظاهر ان الغرر و ان كان يرتفع بإيقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، الا- انه قد عرفت انه يعتبر الكيل و الوزن و ان لم يلزم الغرر من عدمهما، و معلوم ان بذلك لا يتحقق هذا القيد، فعلى هذا يتعين الرجوع الى النصوص الخاصة، و هي على طوائف:

الاولى: ما دل على الاعتماد عليه مطلقا: كخبر محمد بن حمران قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه و أخذناه بكيله، فقال: لا بأس «١» و نحوه غيره.

الثانية: ما دل على عدم الاعتماد عليه: كصحيح الحلبي المتقدم «٢».

الثالثة: ما دل على الاعتماد عليه في صورة الائتمان خاصة: كخبر ابي العطار عن مولانا الصادق (عليه السلام): إذا ائتمنتك فلا بأس «٣». و نحوه غيره.

(١) الوسائل - باب ٥- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ٤- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٥- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٠

[...]

و الجمع بينها- لو سلم كون المقام مشمولاً لصحيح الحلبي، و لم نقل باختصاصه بما إذا كان الاخبار عن حدس لاحس كما هو ظاهره- يقتضى تقييد إطلاق الطائفة الاولى بمفهوم الثالث، و تقييد إطلاق الثانية بمنطوقها، و بذلك يرتفع التعارض.

و بما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني من حمل صحيح الحلبي على الكراهة، كما انه يظهر اعتبار كون المخبر مؤتمناً، و الظاهر ان هذا هو مراد الشيخ ره حيث قال: ثم الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار.

و على القول بالصحة فلو عامل و تبين الخلاف، فتارة: يكون بالنقيصة، و اخرى: يكون بالزيادة. فالكلام يقع في مقامين:

اما المقام الأول: فالأقوال و الوجوه فيه خمسة:

الأول: البطلان.

الثاني: الصحة لزوما.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة.

و تنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في انه هل يصح ام يكون باطلا؟.

الثاني: في انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم أو الجواز؟.

الثالث: في انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، أو خيار تبعض الصفقة، أو خيار الغبن؟.

اما المورد الأول: فقد استدلل للبطلان: بمغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩١

[...]

العقد حقيقة مغايرة حقيقية، فما وقع عليه العقد لا وجود له. افرض خمسة أمان إذا تبين ان الموجود اربعة أمان، و ما له وجود لم يقع عليه العقد فلا بد من البناء على البطلان.

وفيه: ان العناوين على قسمين:

أحدهما: ما هو مناط مالية الأشياء، و هي الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية و العرفية، كعنوان الذهب، و العبد، و ما شابههما.

ثانيهما: ما ليس مناط المالية، و انما يبذل الثمن بإزاء المعنون كالكلم الخاص و الحد المخصوص، فان الثمن لا يبذل بإزاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن، بل يبذل بإزاء المعنون، اي الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان، و ما ذكر يتم في القسم الأول، و هو اجنبي عن المقام و لا- يتم في القسم الثاني، فانه ينحل العقد الى القعد على كل جزء جزء، فالمقدر الموجود لا مانع من تأثير العقد فيه و المقصود ليس شيئا كى يؤثر العقد فى تملكه. و هذا بخلاف القسم الأول، فانه لا ينحل العقد فيه الى العقد على ذات الموجود و العقد على عنوانه، فان المادة المشتركة لا ماليتها لها و لا يبذل المال بإزائها. فالأظهر هي الصحة.

و أما المورد الثاني: فالأظهر هو الجواز، لان التراضى لم يقع بالمبيع على كل تقدير و الا بطل البيع للغرر و الجهالة. و سيجىء فى المورد الثالث زيادة توضيح لذلك.

و أما المورد الثالث: فقد ظهر مما ذكرناه فى المورد الأول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة. و اما ثبوت خيار الغبن فلا وجه له، لان ذلك انما يثبت فيما إذا بيع بأزيد من القيمة السوقية، و فى المقام ربما يكون بأنقص منها كما لا يخفى، لا فى موارد تخلف المبيع جزءا و وصفا.

فما فى القواعد على المحكى من ثبوت خيار الغبن، ان كان تسامحا فى العبارة فلا كلام، و الا فهو غير تام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٢

[...]

و اما ثبوت خيار تخلف الشرط فإنما هو فيما إذا وقع البيع مثلا على شىء و اشترط صريحا أو ضمنا فى ضمنه شىء آخر، بحيث لم

يقع شيء من الثمن بإزاء الشرط و ان كان موجبا لازدياد قيمة المبيع، و المقام ليس من هذا القبيل، فان كل جزء من المبيع وقع بإزائه جزء من الثمن، و عليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بإزاء الجزء المفقود، و له الخيار بين الإمضاء و الفسخ بعد ذلك. ثم ان الفرق بين هذه الاقسام من الخيار انه لو كان الثابت خيار تبعض الصفقة يرد جزء من الثمن ثم يتخير بين الفسخ و الإمضاء، و لو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء، و لو كان خيار الغبن يتخير بينهما ما لم يبذل البائع التفاوت، و الا فلا خيار له. فتدبر. و أما المقام الثاني: فمن التزم بالبطلان في المقام الأول لأبد له من الالتزام به في المقام، و لكن عرفت فسادها فما عن المبسوط من البطلان ضعيف، و لا وجه لخيار الغبن كما تقدم، و لا لخيار التبعض لعدمه، و لا لخيار الشرط لما تقدم. و دعوى ان العقد يؤثر في ملكية ذات المبيع و شرط وصف خاص مباين للموجود لا يوجب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن، و نتيجة ذلك الصحة، و كون الزيادة للمشتري و ثبوت الخيار للبائع بين الإمضاء بتمام الثمن، و الفسخ كما التزم به الشيخ ره في باب الشروط، مندفعه بان شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدم، فالعقد لا يؤثر الا في المتقدر، و الزائد باق على ملك البائع، و لذلك يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري من جهة حصول الشركة بينه و بين البائع في ما اشتراه، و الشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٣

[...]

بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

الرابع: قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة و ان لم يمسخا. و قد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفه الاجزاء كالثوب و الدار و الغنم مع المشاهدة، و ادعوا ان عليها الإجماع. و اورد عليهم جمع منهم الشيخ ره: بانه يشكل الحكم بالجواز في كثير من تلك الموارد لثبوت الغرر، و ظاهر بعض الموردين و صريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر. و لكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد و لو لم يلزم الغرر، و هي الموارد التي يباع الشيء بالعد و الذرع. اما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود، و اما في الثاني: فلان العد بالذرع ايضا داخل في حقيقة العد، و لا فرق بين ان يقال جوزه و جوزتان و ان يقال ذرع و ذرعان، و مجرد كون الأول من قبيل الكم المنفصل، و الثاني من قبيل الكم المتصل لا يصلح فارقا. نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد و لا بالذرع، فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر، كما في العباء فان كل طاقة منه لها قيمة و هي مناط ماليته كانت اربعة اذرع أو أزيد أو انقص.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٤

و يجوز ابتياع بعض الجملة مشاعا إذا علمت نسبته

بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء

و الخامس: يجوز ابتياع بعض الجملة المعلومه لا المجهوله و الا تجهل المبيع مشاعا إذا علمت نسبته كالثلث و الربع، فانه لا جهالة و لا

غرر حينئذ سواء كانت اجزائه متساوية أو متفاوتة بلا خلاف و في الجواهر بل الإجماع بقسميه عليه.

و لا يجوز ابتياع شيء مقدر منه لا بقصد الإشاعة إذا لم تكن متساوية الاجزاء، انما الكلام في بيع بعض من جملة متساوية كصاع من صبرة مجتمع الصيعان أو متفرقتها، و الوجوه المتصورة ثلاثة:

الأول: ان يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدرًا بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة أصوع كان المبيع عشرها، فيكون الصاع ملحوظا مرآة الى الكسر المشاع المساوي للصاع. و قد أوضحنا حقيقة الإشاعة في أول مسألة بيع نصف الدار، لا إشكال في صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثال و بين بيع عبد من عبيد، و من غير فرق بين اختلاف العبيد و الاصوع في القيمة و عدمه، و من غير فرق بين العلم بعدد صيعان الصبرة و عدمه لتقدر الكسر بالصاع، و العلم بنسبته الى المجموع لا يكون معتبرا. و عن العلامة ره: الاشكال في صحة بيع عبد من عبيد أو شاء من شاتين لو قصد الإشاعة.

و غاية ما قيل في توجيهه أمران:

الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد و الشاء، و الحال انه كما يعتبر في الإنشائات كون الإنشاء بما هو ظاهر أو صريح في ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٥

[...]

متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه.

و بهذا يظهر ان ما ذكره المحقق النائيني ره من الجواب عن هذا الوجه بانه ليس الكلام في مقام الاثبات كي يدعى عدم الظهور و انصراف المطلق الى بعض افراده بل في مقام الثبوت، غير تام.

و كيف كان: فيرد عليه: انه لا دليل على اعتبار ذكر متعلق القصد فضلا عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه، و عليه فمع العلم بإرادة الكسر المشاع لا يضر عدم ظهور اللفظ فيه.

الثاني: ان العبيد أو الشاتين بما انه لا وحدة لهما حقيقة، فوحدتهما تصحيحا لبيع جزء مشاع منهما انما تكون بالاعتبار، و حيث انه لا إنشاء له غير إنشاء البيع، فيلزم تكفل إنشاء واحد لأمرين: تنزيل الشيتين منزلة الشيء الواحد، و بيع الكسر المشاع في المجموع.

و فيه: ان اعتبار الوحدة لا يحتاج الى الإنشاء كي يلزم ذلك، فالأظهر هي الصحة في هذا المثال ايضا.

الثاني من الوجوه المتصورة: ان يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الافراد المتصورة في المجموع، و هو على قسمين: أحدهما: ما يكون له واقع معين و يكون مردداً عند المتبايعين.

ثانيهما: ما لا يكون معينا و لو في الواقع.

اما في القسم الأول: فان كانت المصاديق مختلفة في القيمة بطل البيع للغرر، و ان كانت متفقة فيها صح البيع.

و قد استدلل للبطالان: بالجهالة التي يبطل معها البيع اجماعا.

و فيه: ان الجهالة غير الموجبة للغرر لا دليل على مبطلتها، و الإجماع عليها ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٦

[...]

كان ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم.

و أما في القسم الثاني: فالأظهر هو البطلان، لا للغرر لما تقدم، و لا للجهالة لما تقدم، و لان المراد لا تعين له في الواقع حتى يجهل، و

لا- لأن الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج واحدهما على سبيل البديل غير قابل لقيامها به- فانه يرد عليه ما ذكره الشيخ ره: بان الملكية امر اعتباري وليست صفة وجودية متأصلة كالسواد- بل لان المردد من حيث هو لا ماهية له ولا تحقق، وهو صرف مفهوم لا مطابق له، والملكية وان كانت امراً اعتبارياً، الا انها هوية تعلقية و متقومة بطرفها، ويستحيل ان تتحقق في أفق الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها، فهي لا يعقل تعلقها بالمردد.

و بعبارة اخرى: انه لا- مطابق له في الخارج فلا ينطبق على ما في الخارج، فلا يصح اعتبار كونه مملوكاً لعدم الاثر، فيع المردد بهذا المعنى باطل.

الثالث من الوجوه المتصورة: ان يكون المبيع هو الكلي في المعين. والكلام فيه يقع في جهتين:
الاولى: في تصويره.

الثانية: في حكمه.

اما الاولى: فليس المراد به الكلي الذمي المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة بحيث ينحل العقد عليه الى العقد على الكلي الذمي واشتراط وفائه و أدائه من الصبرة الخاصة، فان لازم ذلك انه لو تلفت الصبرة يكون البيع باقياً مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط، مع ان الحكم في الكلي في المعين انه لو تلفت الصبرة يكون ذلك في حكم تلف المبيع و موجبا لانفساخ العقد، مع ان لازمه جواز نقل الصبرة بأجمعها الى الغير، ولا يلتزمون به في الكلي في المعين، وايضا لازمه جواز أداء المبيع من غير الصبرة، غاية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٧

[...]

الامر يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري، ولا يلتزمون به في المقام.

كما انه ليس المراد به الكلي الموجود خارجاً في الصبرة، فان وجود الكلي بوجود افراده، فمع تعدد الافراد اما ان يقع العقد على أحدها المعين، أو غير المعين، أو على جميع الوجودات، ولا رابع ليكون هو الكلي في المعين، و صرف الوجود بمعنى ما لا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدودة، و بمعنى الناقص للعدم ليس له مصداق حقيقة فان كل وجود بديل عدم نفسه، بل المراد به هو الكلي المقيد بالصبرة الخارجية.

توضيح ذلك: ان الكلي كما يمكن تقييده بكلية آخر، و يكون القيد و المقيد كلياً ثالثاً أضيق من الأولين كالحنطة المقيدة بان تكون من محل مخصوص و بلد خاص، كذلك يمكن ان يقيد بالموجود الخارجي المشتتمل على افراد كالصبرة الموجودة في الخارج، فيكون المجموع كلياً ينحصر افراده في الموجود الخارجي.

و أما الثانية: فقد استدلت لفساد البيع في هذه الصورة: بلزوم الغرر، و بالجهالة، و بانه لم يعهد ملك الكلي في غير الذمة، و باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناء من بيع الثمرة على الإشاعة.

و لكن يمكن دفع الجميع، اما الأول: فلعدم لزومه مع تساوي الافراد من حيث القيمة.

و أما الثاني: فلما تقدم من عدم مانعية الجهل من حيث هو، مع انه لا جهالة هناك، فان المبيع كلي و معلوم.

و أما الثالث: فلان عدم المعهودية ممنوع، كيف و هو معهود في الوصية و الإصداق، مع ان عدم المعهودية لا يصلح دليلاً للمنع. و اما الرابع: فلان حمل الكلام على معنى لظهوره فيه أو للتعبد لا يستدعي بطلان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٨

[...]

غيره لو صرح بإرادته.

و بعبارة اخرى: انه يدل على الحمل على الإشاعة إذا لم يحرز المراد، و محل الكلام ما لو احرز ان المراد هو الكلّي في المعين، فالأظهر صحته.

إذا باع صاعاً من صبرة

إشارة

السادس: لو باع صاعاً من صبرة، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة، اعني الكسر المشاع، أو الوجه الثالث- اي الكلّي في المعين- بناء على صحته.

و لا يخفى انه لا فرق في هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد معين و أريد تعيينه بظاهر اللفظ، و بين ما لم يكن قاصداً الا لمفهوم هذا اللفظ.

ثم انه و ان كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساوية الا-جزء اربعة، الا- انه حيث تكون النكرة و الفرد المنتشر مأخوذاً فيها خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجود الطبيعي فتحتاج ارادة أحدهما الى قرينه و دال آخر، و مع فقد ذلك لا محالة يدور الامر بين ارادة الكسر المشاع، أو الكلّي في المعين.

اللهم الا ان يقال: ان الشيخ ره يدعى ان مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر، لكن ستعرف عدم تماميته، و اما بناء على مسلك الشيخ ره فلعل وجه حصره الوجوه في الوجهين ما ذكره من ان احتمال ارادة المنتشر يدفع بأصالة الصحة.

و كيف كان: فالكلام يقع أولاً فيما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور، ثم فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الأول: فالمشهور بين الأصحاب الحمل على الكلّي في المعين. و توضيح

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٢٩٩

[...]

المقام: ان الصاع كسائر ألفاظ أسماء الأجناس موضوع لطبيعي المعنى، و هو المقدار الخاص مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات، و تنوينه اما ان يكون تنويناً للتمكن و مجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة أعرابية، أو يكون للتكثير. و على الأول لا يزيد على الطبيعي شيء، و الثاني و ان كان يتوهم ظهوره في الفرد المنتشر كما في المكاسب حيث ادعى الشيخ ره ظهوره في ارادة الفرد المنتشر، إذ لا وجه له سوى ذلك- الا انه يمكن ان يقال: ان المراد به مجرد عدم التعيين لا النكرة المصطلحة.

و أما كلمة من فهي للتبعيض، فمفاد هذه الجملة ارادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة الا- من جهة كونه بعضاً من الصبرة الموجودة في الخارج، فظاهرها هو الكلّي المتقيد بالموجود الخارجي المشتمل على افراد خارجية، و قد عرفت ان هذا هو الكلّي في المعين.

و بعبارة اخرى: ان ظاهرها ارادة صاع من الحنطة الذي هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج، و هذا هو الكلّي في المعين، إذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا-المجموع مضافاً الى ان ارادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر و هو أخذ الصاع مرآة و طريقاً و معرفاً للعشر أو الثمن أو نحو ذلك، و هذا بخلاف حمله على الكلّي في المعين، فانه يكون الصاع بنفسه و عنوانه مبيعا.

هذا كله بناء على مسلك المشهور في الكسر المشاع، و اما بناء على ان الكسر المشاع عبارة عن ملكية تمام المال بالملكية الناقصة-

كما عرفت فى مسألة بيع نصف الدار- فحمل العبارة المذكورة على الكلى فى المعين فى غاية الوضوح كما لا يخفى.
و أما النص و هو صحيح بريد عن الامام الصادق (عليه السلام) فى رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب فى أنبار بعضه على بعض من اجمة واحدة و الأنبار فيه ثلاثون طن و قد وقعت النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف طن.
فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٠٠
]...[

قال (عليه السلام): العشرة آلاف طن التى بقيت هى للمشتري «١». فهو ايضاً يشهد بالحمل على الكلى فى المعين، فانه لو كان المبيع كسرا مشاعا كان الباقي مشتركاً بين البائع و المشتري، غاية الامر كان يفسخ البيع بالنسبة الى المقدار التالف، فالحكم بكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلى فى المعين.
لا يقال: انه يلائم مع الفرد المنتشر ايضاً.
فانه يقال: انه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر و عدم إمكان تصحيحه و لو بالتعبد، يتعين حمل الخبر على الكلى فى المعين.

ثمرات كون المبيع كلياً فى المعين أو مشاعاً

و يتفرع على المختار من كون المبيع كلياً امور: أحدها كون التخيير فى تعيينه بيد البائع كما هو المشهور بين الأصحاب.
و خالف القوم المحقق القمى ره، و ذهب الى ان التخيير فى تعيينه بيد المشتري. و الظاهر ان منشأ مخالفته للقوم قياسه تملك الكلى فى المعين بالأمر بالطبيعة و المشتري بالمأمور، فكما ان هناك يكون التخيير فى تعيين الفرد بيد المأمور، كذلك التخيير فيه فى المقام انما يكون بيد المشتري.
وفيه: ان الامر بامره يصير مالكاً لفرد من الطبيعى على المأمور، و فى المقام يصير المشتري مالكا على البائع فكان الحرى قياس المشتري فى المقام بالأمر هناك، فكما انه ليس اختيار الفرد هناك بيد الامر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

(١) الوسائل- باب ١٩- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٠١

]...[

و بالجملة: إذا كان البائع مملكا للكلى فى المعين يصير المشتري مالكا لطبيعى دون الخصوصيات، فليس له حق فى الخصوصيات ليعين بعضاً منها لنفسه، فلا محالة يكون الخيار بيد البائع. و هذا بخلافه على الإشاعة، فان المال يكون مشتركاً بينهما، فليس لأحدهما التعيين الا مع رضا الآخر.

و منها: انه لو تلف بعض الجملة و بقى مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه.
و الوجه فى ذلك: انه مع بقاء مصداق واحد للكلى لا يكون الكلى تالفاً، بل هو موجود، و حيث انه لا تعدد لمصداقه لا محالة يكون حق المشتري منحصراً فيه، و يكون نظير ما لو امر بطبيعة و انحصر مصداقها فى فرد واحد، فانه يتعين كونه مأموراً به. و هذا بخلافه على الإشاعة، فان كل ما تلف يكون مشتركاً بينهما، و كذلك الباقي.

و منها: انه لو فرضنا ان البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً قالوا: انه إذا بقى صاع واحد كان للأول.

و قد ذكروا فى وجه تعيين الصاع الباقي للمشتري الأول و يكون المبيع بالنسبة الى الثانى من قبيل ما تلف قبل قبضه أمرين:

الأول: ما افاده الشيخ ره. و حاصله: ان البائع بعد ما باع صاعا من الصبرة- التى هى عشرة أصوع- يكون مالكا لتسعة أصوع، فالمبيع الثانى يكون ساريا فيما يملكه البائع، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى ساريا فيه، فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض.

و فيه: ان تسعة أصوع للمالك بعد البيع الأول لا- تميز لها واقعا كى يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها. و بعبارة اخرى: كل من المبيعين يكون كليا قابلا للانطباق على كل فرد من افراد الصبرة، و ما دام لم يتلف ما عدا الصاع الواحد يكون كل منهما فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٠٢

[...]

على حد سواء فى التطبيق على كل فرد منها، و لا امتياز لأحدهما على الآخر، فبعد التلف ايضا تكون هذه النسبة باقية. و ان شئت قلت: ان الأولية انما تكون فى المبيع و هو الكلى لا فى التطبيق على الفرد.

الثانى: ما افاده المحقق النائنى ره، و هو: انه إذا لم يبق الا مقدار حق أحد المشترين فحيث ان المشتري الأول سابق على الثانى فى المعاملة، فهو سابق فى صرف الطبيعى الى نفسه، و جرة الى ملكه و جعله منطبقا على الصاع الباقي و يزاحم الآخر فى صرف الوجود من الطبيعى.

و فيه: انه إذا كان هناك تراحم فى بادئ الامر كان ما ذكر متينا- كما لو فرضنا انه لو لم يكن له الا صاع من الصبرة- و اما إذا لم يكن التراحم الا بقاء فمن حين حدوث التراحم لا أولوية لأحدهما على الآخر، إذ التقدم يكون فى الحدوث، و فى ذلك الحين لم يكن تراحم، و عليه فالأظهر انه لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فالباقي بما ان نسبته إليهما على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفا منه، و بالنسبة الى النصف الآخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض.

ثم ان المبيع انما يبقى كليا ما لم يقبض، و اما ان قبض فلاقباضه صور اربع:

الاولى: ان يعين الكلى فى فرد و يقبضه المشتري.

الثانية: ان يقبضه المجموع بعد تعيين الكلى المبيع فى الكسر المشاع.

الثالثة: ان يقبضه المجموع، بان يكون كل واحد منها وفاء و الكليات الأخر امانة.

الرابعة: ان يقبضه المجموع بعنوان الأمانة حتى يعين حصه الكلى فيما بعد.

لا إشكال و لا كلام فى الصورة الاولى، فانه لو تلف المقبوض يحسب على المشتري.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٠٣

[...]

كما لا- ينبغى التوقف فى حكم الصورة الثانية، و انه يحسب التالف عليهما بالنسبة، لان التعيين بيد البائع، من غير فرق بين ان يكون بنحو الإفراز أو الإشاعة.

و أما الصورة الثالثة: فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، و اما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما، فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعينا فى فرد بنحو الإفراز و الإشاعة، فإذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلى تالفا لقابلية تطبيقه على هذا الفرد.

و أما الصورة الرابعة: فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة.

و أما بالنسبة الى الإقباض الذى اثره انه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض، فالظاهر ايضا اتحاد حكمها مع الصورة السابقة،

إذ لا يعقل ان يكون مال الشخص امانة عنده، فلا محال يكون اقباضاً.

الفرق بين الاستثناء والبيع

قال الشيخ قده: و انما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة ... إلخ. محصل الاشكال: ان الأصحاب في مسألة استثناء الأبطال أفتوا بانه لو تلفت الثمرة سقط من المستثنى بحسابه، و لازم ذلك الحمل على الإشاعة، و حينئذ يقع الاشكال في الفرق بين المسألتين، حيث ان ظاهرهم في مسألة الأبطال الحمل على الإشاعة، و في المقام الحمل على الكلي في المعين، و ايضا فان لهم في مسألة الأبطال فتويين لا تلائمان مع الإشاعة: احدهما: انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع في الباقي.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠٤

[...]

ثانيتها: استقلال المشتري في التصرف. و قد ذكروا في مقام الفرق وجوها، و قد ذكر الشيخ ره جملة منها مع ما يرد عليها فلا حاجة الى الإعادة.

و منها: ما افاده الشيخ ره في آخر كلامه، و حاصله: ان المستثنى كما يكون كلياً، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل الى المشتري كلياً، بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع، فكل منهما مالك للكلي، و نسبة الموجود الى كل منهما على حد سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيح بلا مرجح، فتكون نسبة التالف إليهما على حد سواء فيحسب عليهما. و اما في البيع، فان المبيع و ان كان كلياً الا ان مال البائع لم يلاحظ بعنوان كلي.

و فيه: أولاً: ان الخصوصية اما ان تكون باقية على ملك البائع في مسألة الاستثناء، أو تكون داخله في ملك المشتري. فعلى الأول: حكم المشتري في المقام حكمه في تلك المسألة فلا وجه لحساب التالف عليه. و على الثاني: كان حكم المشتري هناك حكم البائع في المقام، فلا وجه لحساب التالف على البائع.

و ثانياً: ان ظاهر بيع المجموع الا مقداراً منها بيع الموجود الخارجي لا الكلي.

و ثالثاً: انه لا يرتفع بذلك اشكال استقلال المشتري في التصرف، كما لا يرتفع به اشكال انه لو تلف بتفريط المشتري كان حصه البائع في الباقي كما لا يخفى.

و منها: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان المبيع في بيع الصاع كلي و لا يملك المشتري من الخصوصية شيئاً، فما دام يكون صاع من الصبرة موجوداً لا- وجه لحساب التالف عليه، و المبيع في مسألة الاستثناء ايضا و ان كان كلياً الا- ان البائع يملك الكلي مع الخصوصية، فاحتساب التالف على المشتري لا- وجه له، بل يحسب عليهما، و مقتضى استحقاقه الكلي ان يستحق الباقي لو أ تلف المشتري مقداراً من الثمرة، لان حقه لم يكن مشاعاً في مال المشتري حتى يستحق القيمة، و على هذا يرتفع اشكال

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠٥

[...]

جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا رضا من البائع، لأنه لم يكن شريكاً معه بعنوان الإشاعة.

و فيه: ان البائع ان كان مالكا لجميع الخصوصية كان المشتري كالمشتري في مسألة شراء الصاع لا وجه لحساب التالف عليه، و ان ملك بعض الخصوصية بنحو الإشاعة عاد سؤال الفرق، و ان ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كما تقدم.

و منها: ما افاده المحقق الأصفهاني ره و حاصله: ان ظهور الصاع في بيع الصاع من الصبرة في الكلى في المعين لا مزاحم له، و ظهوره فيه في مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء في كونه متصلاً لا- منقطعاً، و هو أقوى فلا محالة يكون المستثنى جزئياً اخرج من الجزئيات، و حيث ان الجزئي المفروز اما مجهول أو مردد، و الأول باطل و الثاني محال، فلا بد من حمله على الجزئي بجزئيه منشأ انتزاعه و هو الكسر المشاع.

و فيه: - مضافاً الى انه بهذا لا يرتفع اشكال استقلال المشتري في التصرف، و انه لو تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصه البائع في الباقي- ان استثناء الكلى من المجموع ليس استثناءً منقطعاً بل يكون متصلاً، لان الاستثناء المتصل هو ما لو اخرج شيء لو لم يكن استثناء كان داخلاً في المستثنى منه، و في المقام كذلك.

فالحق ان يقال: ان المستثنى في مسألة الأبطال ايضاً كلى، و لذا يكون المشتري مستقلاً في التصرف، و لكن حيث انه لا إشكال عند العرف في انه لو تلف المجموع الا مقدار المستثنى ليس ذلك للبائع خاصة، يستكشف من ذلك ان المستثنى هو الكلى ذو مراتب، و يكون الاستثناء في قوة استثناءات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً، فمجموع الأبطال تكون مستثناءً مع بقاء مجموع الثمرة، و شيء منها نسبته الى الباقي نسبة المجموع الى المجموع مع تلف شيء منه، و عدم الاستثناء مع تلف الجميع.

و بعبارة اخرى: ان المستثنى هو الكلى المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠٦

[...]

مثلاً، فكلما تلف يحسب عليهما لا محالة، و مع ذلك يستقل المشتري بالتصرف، و لا يلزم من ذلك غرر، فان المستثنى متعين و هو عشر المجموع مثلاً. و اما وجه انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصه البائع في الباقي، فالظاهر انه يكون هو الشرط الضمني لبناء المتعاملين على ذلك كما لا يخفى.

اقسام بيع الصبرة

قال في محكي الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد: ان اقسام بيع الصبرة عشرة.

لا يخفى انه إذا كانت الصبرة معلومة المقدار صح بيعها في اربعة اقسام:

أحدها: بيع جميع الصبرة.

ثانيها: بيع جزء معلوم منها كالعشر.

ثالثها: بيع صاع أو صيعان منها مع العلم باشمالها على هذا المقدار.

رابعها: بيع الصبرة جميعها كل صاع منها بكذا.

إذ المثلث في هذه الاقسام كالمثلث معلوم، و بطل في القسم الخامس، و هو بيع كل صاع منها بكذا، لان المبيع حينئذ غير معلوم فيكون البيع غررياً لصلاحيه انطباق كل صاع بكذا على الواحد و الزيادة.

و عن المحقق النائيني ره: انه يظهر مما افاده الشيخ في بعض كتبه من صحة الإجارة لو قال المؤجر: آجرتك الدار كل شهر بكذا في الشهر الأول، لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر يقينا صح البيع في المقام بالنسبة الى صاع واحد.

و فيه: - مضافاً الى فساد المبنى كما نبه هو عليه من جهة ان تردد متعلق العقد

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠٧

[...]

بين الأقل والأكثر يقتضى الجهل به- انه لو تم لما أمكن البناء على الصحة في المقام، إذ في الأصل يدعى ان اجارة الشهر الأول متيقنة، وذلك الشهر ممتاز عما عداه.

و أما في الفرع فلا يمكن ان يقال ان بيع الصاع الواحد متيقن، فانه ان أريد به الواحد الشخصي فهو لتردده بين الافراد لا يصح كما تقدم، وان أريد به الكلى في المعين فهو غير متيقن، إذ لو أخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض في مقابل الكلى في المعين، بل وقع بإزاء الاشخاص الخارجية. فالأظهر هو البطلان في هذا القسم.

و أما اقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار فلا- كلام في بطلان- بيع ثلاثة اقسام منها، وهي: بيع جميع الصبرة، و بيع جزء معين منها كالعشر، و بيع كل صاع منها بكذا.

كما لا إشكال في صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشمالها عليه، انما الكلام وقع في موردين: الأول: في حكم القسم الأخير مع عدم العلم باشمال الصبرة عليه.

الثاني: في حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا، الذي حكمنا فيه بالصحة في المعلومة.

اما المورد الأول: فعن القواعد والتذكرة و حواشي الشهيد و الروضة و غيرها: البطلان، و عن ظاهر الدروس و اللمعة: الصحة. و الأظهر هو الأول للغرر.

و غاية ما قيل في وجه الصحة و منع الغرر: ان بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع، فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن، فما كان من المبيع موجوداً يصح البيع بالإضافة إليه، و ما لم يكن موجوداً بطل بالقياس إليه و ثبت للمشتري خيار تبعض الصنفقة.

و فيه: انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك، لما كان مجدياً بعد اعتبار معلومية كيل المبيع أو وزنه ان كان مكيلاً أو موزوناً، مع ان ارتفاع الغرر غير ثابت، فانه و ان ارتفع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠٨

و يجوز الأندار للظروف بما يقاربها

من حيث المالية الا- انه لا- يرتفع من حيث الغرض المعاملية. و بعبارة اخرى: الجهل بوجود المبيع غرر عرفاً كما لا يخفى، فالأظهر هو الفساد.

و أما المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب إليهم البطلان، و عن الشيخ في الخلاف: انه لا مانع منه و الأصل جوازه، و عن الكفاية: انه غير بعيد.

و استدلل للصحة: بان المبيع معلوم بالمشاهدة، و الثمن مما يمكن ان يعرف بان يكال الصبرة و يوزع الثمن على قفزاتها.

و فيه: ان المعلومية بالمشاهدة لا تكفي فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل أو الوزن، مع انه يلزم الغرر، فالأظهر هو البطلان.

جواز ان يندر للظروف ما يحتمل الزيادة و النقص

السابع و يجوز للمشتري أو للمتولى عنهما الأندار للظروف و اسقاط ما يحتمل الزيادة على الظروف و النقص بلا خلاف، و عن فخر الإسلام: دعوى الإجماع عليه، و قيد في بعض الكلمات منها المتن بكون الأندار بما يقاربها.

و الكلام في المقام يقع في مقامين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يستفاد من النصوص.

اما المقام الأول: فملخص القول فيه: ان بيع المظروف يتصور على وجوه:

أحدها: ان يوزن مظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملةً بكذا. وفي هذه الصورة لا يحتاج الى الأندار، وقد حكم الشيخ ره بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٠٩

[...]

ولكن بناء على هذا و ان كان يتم ما افاده الا ان الكلام في المبني، إذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع، و في المقام وزنه غير معلوم، و معلومية وزنه منضمما الى شيء آخر لا تكفي. فالأظهر هو البطلان.

ثانيها: ان يوزن المظروف مع ظرفه ثم يباع على وجه التسعير، بان يقول: بعته كل رطل بدرهم. و الكلام في هذه الصورة يقع في جهتين: الاولى: في انه هل يصح البيع ام لا. الثانية: في الأندار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم.

اما الاولى: فقد تقدم الكلام فيها في مسألة بيع صاع من صبرة، و عرفت ان الأظهر هو البطلان إذا كان وزنه بتمامه غير معلوم.

و أما الثانية: فالأظهر هو الاكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع و ان الأندار في هذا المقام لا يضر، فلو عين مقداراً للظرف و تراضيا عليه مع احتمال الزيادة و النقيصة لا إشكال فيه، إذ البيع على الفرض تام الاجزاء و الشرائط، و التراضى انما يكون في مرحلة تسليم حق البائع، و في هذا المقام كما له ان يبرئ المشتري عن الثمن بتمامه أو بعضه، كذلك له التراضى على مقدار معين و إبرائه عن الزيادة لو كان، و للمشتري ايضا ان يرضى بان يأخذ البائع اكثر مما يستحقه.

ثالثها: ان يوزن الظرف و المظروف ثم ينذر مقداراً للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك، كما لو وزن المجموع و كان عشرة أرطال ثم أنذر رطلين للظرف فباع المظروف الذي هو ثمانية أرطال تخميناً بعد الأندار بمبلغ معين. و في هذه الصورة إذا كان وزن الظرف من جهة الاعتياد معلوماً و اطمأن بان وزنه بالمقدار الذي أنذر صح البيع للاطمئنان بوزن المبيع، فلا جهالة و لا غرر، و الا بطل البيع للجهالة و الغرر. و التراضى لا يصحح البيع الغررى، كما ان معلومية وزن المجموع لا تكفي كما تقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٠

[...]

رابعها: ان يبيع مقداراً من المظروف الذي يعلم باشماله عليه، ثم في مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم ينذر مقداراً للظرف و يسلمه الى المشتري. و في هذه الصورة يصح البيع، إذ لا- غرر و لا- جهالة. و اما في مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الاولى- فراجع- هذا ما تقتضيه القواعد.

فالمتحصل منها: ان للأندار صورتين:

احدهما: الأندار بعد البيع و في مقام الوفاء.

ثانيهما: الأندار في ضمن المعاملة.

و في الصورة الاولى: الأندار لا يضر بصحة المعاملة ان كانت صحيحة في نفسها، ثم هو ان كان بما هو المعتاد الذي عليه بناء العرف و العقلاء لا يعتبر فيه التراضى، و الا اعتبر فيه ذلك.

و في الصورة الثانية: ان كان بالمتعارف صح البيع، و الا بطل حتى مع التراضى. و اما بحسب الاخبار: فما ورد من النصوص في المقام ثلاثة.

الأول موثق حنان قال: سمعت معمر الزيات قال لابي عبد الله (عليه السلام): أنا نشترى الزيت فى زقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال (عليه السلام): ان كان يزيد و ينقص فلا باس، و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه «١».

الثانى: خبر على بن ابى حمزة قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: جعلت فداك انى رجل أبيع الزيت- الى ان قال- قلت: فانه يطرح لظروف السمن و الزيت لكل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص.

فقال (عليه السلام): إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس «٢».

(١) الوسائل- باب ٢٠- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

(٢) الوسائل- باب ٢٠- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣١١

[...]

الثالث: خبر على بن جعفر عن اخيه موسى (عليه السلام) عن الرجل يشتري المتاع وزنا فى الناسيه و الجواق فيقول ادفع للناسيه رطلا أو اقل أو اكثر من ذلك، أ يحل ذلك البيع؟ قال (عليه السلام): إذا لم يعلم وزن الناسيه و الجواق فلا باس إذا تراضيا «١».

و الكلام فى هذه الروايات يقع فى جهات:

الاولى: فى سندها.

فالأولان موثقان، و اما الثالث فليس فى طريقه من لم يوثق أبا عبد الله بن الحسن. ثم ان الغالب على الظن كون الأولين حاكين عن قضية واحدة، إذ من المستبعد سؤال الزيات عن ابى عبد الله (عليه السلام) مسألة واحدة مرتين. و الله العالم.

الثانية: فى ان موردها هو الأندار بعد البيع أو الأندار فى ضمن المعاملة.

ظاهر قوله فى موثق حنان فيحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان على الاشترء، فهو من الأندار بعد المعاملة لتسليم حق المشتري إليه و ان أبيت عن ذلك فلا- اقل من احتمال فى مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية و بيانا لكيفية الاشترء، فلا يمكن استفادة حكم مخالفه للقاعدة منه.

و أما خبر على بن ابى حمزة فان كان متحداً مع خبر حنان فلا كلام، و الا فيمكن ان يقال انه مهمل من هذه الجهة.

و أما خبر على بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فيقول ... إلخ على اشترء المتاع كون الأندار بعد البيع، و ما فى ذيله أ يحل ذلك البيع قابل للحمل على ارادة حليته البيع بلازمه من حيث ان الأندار من توابع البيع المتعلق بما له ظرف. و عليه

(١) الوسائل باب ٢٠- من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣١٢

[...]

فهذا الخبر ايضا ظاهر فى الأندار بعد البيع، و قد مر أن جواز الأندار بعد البيع مما تقتضيه القواعد، فإذا ما تقتضيه القواعد و تدل عليه النصوص هو جواز الأندار بعد البيع الذى هو المتعارف من الأندار، و الظاهر ان ما هو المشهور بين الأصحاب ايضا ذلك.

الثالثة: فى القيود المعتره فيه.

ظاهر موثق حنان فى بادئ النظر اعتبار احتمال الزيادة و النقصان، و ظاهر الأخيرين اعتبار التراضى. و قد يقال فى الجمع بين النصوص

كما عن صاحب الجواهر ره: بانه يحمل الموثق على صورة العادة المقتضية للانذار بذلك المقدار، و لذا لم يعتبر فيه التراضي، و يحمل الخبرين الأخيرين على ما إذا لم تكن هناك عادة، و لذا اعتبر فيهما التراضي. و فيه: انه جمع تبرعى لا شاهد له.

و قد يقال كما في المكاسب: ان المعول خصوص الموثق، و الظاهر انه لضعف سند الأخيرين، أو ضعف سند الأخير و اتحاد الأول منهما مع الموثق، و هو ظاهر في اعتبار الاعتياد من حيث ظهوره في كون حساب المقدار الخاص متعارفاً، و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظروف بحسب حاله. لكن: ما افاده ره من ان المعول خصوص الموثق متين. و اما ما افاده من ان ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفاً، فيرد عليه: ان ظاهره كصريح خبر على ان ابي حمزة احتمال الزيادة و النقصان، و هذا لو لم يختص بصورة عدم التعارف لا يكون مختصاً بصورة التعارف كما لا يخفى.

و الحق ان يقال: ان الزيّات حيث لم يكن سائلاً عن معاملة شخصية بل كان سؤاله عن حكم ما هو شغله فلا محالة يكون المراد من قوله (عليه السلام) ان كان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٣

و يشترط في كل مبيع ان يكون مشاهداً أو موصوفاً بما يرفع الجهالة

يزيد أو ينقص الزيادة و النقيصة في نوع المقدار المنذر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة و في بعض آخر النقيصة الذي هو الاحتمال الثالث في المتاجر فلا محالة يصير ذلك سبباً لاحتمال الزيادة و النقيصة في كل معاملة شخصية. فمراده (عليه السلام) انه ان كان يحتمل الزيادة و النقيصة لا محالة يتراضيان. و اما ان كان يحتمل خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري ففيه بأس.

فالمتحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الأخيرين.

فتحصل: انه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

في كفاية المشاهدة و عدمها و الخامس مما يشترط في كل مبيع:

ان يكون مشاهداً أو موصوفاً بما يرفع الجهالة

إشارة

و الا كان باطلا للغرر و الجهالة.

و هذا لا إشكال فيه، كما لا إشكال في الصحة في ما لو وصفه بما يرفع الجهالة، انما الكلام في كفاية المشاهدة.

و قد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفه الاجزاء كالثوب و الدار و الغنم مع المشاهدة، و ادعوا ان عليها الإجماع.

و اورد عليهم جمع منهما الشيخ ره: بانه يشكل الحكم بالجواز في كثير من تلك الموارد لثبوت الغرر، و ظاهر بعض الموردين و صريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

و لكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد و لو لم يلزم الغرر، و هي الموارد التي يباع الشيء بالعد و الذرع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٤

[...]

اما فى الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد فى المعدود. و اما فى الثانى: فلان العد بالذرع ايضا داخل فى حقيقة العد، و لا- فرق بين ان يقال جوزه و جوزتان و ان يقال ذرع و ذرعان، و مجرد كون الأول من قبيل الكم المنفصل، و الثانى من قبيل الكم المتصل، لا يصلح فارقا.

نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد و لا بالذرع فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر، كما فى العباء، فان كل طاقة منه لها قيمة و هى مناط ماليته كانت اربعة اذرع أو أزيد أو انقص.

كفاية مشاهدة العين سابقا

و فيما يكفى المشاهدة لصحة العقد لو شاهد عينا فى زمان سابق على العقد: فلا اشكال فى صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ما هى عليه، كما لا- إشكال فى الفساد مع قضاء العادة تغييرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر، انما الكلام فى موردين:

الأول: فى انه لو اقتضت العادة التغيير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البائع أو الاشتراط فى ضمن العقد ام لا؟.

الثانى: فى حكم ما لو احتمل الأمران.

اما الأول: فالظاهر صحة البيع مع اخبار البائع إذا كان مؤتمنا، أو اشتراط تلك الصفات فى ضمن العقد. اما مع اخبار البائع فللنصوص «١» الواردة فى اخبار البائع

(١) الوسائل باب ٥- من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣١٥

[...]

بالكيل أو الوزن المتقدمة بناءً على إلغاء خصوصية موردها و التعدى الى سائر الخصوصيات التى يكون الجهل بها موجبا للغرر، و اما مع الاشتراط فلارتفاع الغرر به.

و أما المورد الثانى: فقد أفاد الشيخ ره: انه جاز الاعتماد على أصالة عدم التغيير و البناء عليها فى العقد فيكون نظير اخبار البائع بالكيل أو الوزن، لان الأصل من الطرق التى يتعارف التعويل عليها.

وفيه: ان الغرر لا- يرتفع بالأصل. و ان شئت قلت: انه انما يجرى الاستصحاب فيما كان الاثر مرتباً على المتيقن، و اما بالنسبة الى اثر العلم فلا يكون الاستصحاب مفيداً بالإضافة إليه، فان الاستصحاب ان جرى و حكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقق الشرائط من اليقين السابق و الشك اللاحق و ثبوت الاثر للمتيقن تترتب عليه آثار العلم التى تكون مرتبته عليه من حيث انه موجب للجرى العملى على طبق الحالة السابقة دون غيرها. و اما إذا لم يكن هناك اثر للمتيقن فلا يجرى كى يقوم مقام القطع فى تلك الآثار، و فى المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا- يترتب على الاستصحاب، مضافا الى انه من آثار العلم بما هو طريق لا بما انه مقتضى للجرى العملى، و عليه فلا يفيد الاستصحاب فى المقام.

و لكن مع ذلك يمكن تصحيح العقد: بان إيقاع المعاملة على العين المرئية سابقا يكون له ظهور عرفى فى اشتراط وجود تلك الصفات، و ليست هى من قبيل الأوصاف التى لا- دخل لها فى العقد كى لا يكفى مجرد البناء، بل هى من قبيل الأوصاف التى تقع المعاملة مبنية عليها التى هى بمنزلة الأوصاف المذكورة. و لا إشكال فى ارتفاع الغرر بذلك، اللهم الا ان يقال ان ارتفاع الغرر من

حيث المالية بذلك و ان كان لا إشكال فيه كما في سائر موارد الاشتراط، الا ان الغرر من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع به. فتأمل.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٦
فان وجد على الوصف و الا كان له الخيار

و كيف كان: فان وجد على الوصف و الا كان له الخيار بلا خلاف معتد به.
و تفصيل القول: ان صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث:
الاولى: العلم العادى ببقاء تلك الصفات.
الثانية: اخبار البائع بها.
الثالثة: إيقاع المعاملة مبني عليها.

اما فى الصورة الاولى و الثانية. فالأظهر صحة العقد و لزومه، اما الصحة فلما تقدم، و اما لزومه فلانه لا موجب للخيار لا خيار الغبن لان ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، و لا خيار الرؤية لما سيأتى من اختصاصه بما إذا اشترط الوصف، و لا خيار الشرط لعدمه، و لا غير ذلك، و هو واضح.

و أما فى الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم.

و ما عن المصنف فى نهاية الاحكام من احتمال البطلان، يمكن ان يكون مدرکه احد امور:

الأول: ما افاده الشيخ ره من ان العقد إذا وقع على الشىء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، و الا فلا وجه للخيار.

الثانى: ان المعتبر فى صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا، و الاشتراط لا يرفع غررية البيع.

الثالث: ان الشرط الذى لم يذكر فى العقد لا عبرة به.

و الجميع كما ترى اما الأول: فللنقض بجميع الشروط، و للحل، فان الشرط التزام فى ضمن التزام. و سيأتى توضيح ذلك فى محله.

و أما الثانى: فلان الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع و عدم كونه غرريا.

و أما الثالث: فلان الشرط غير المذكور فى العقد على قسمين: الأول: ما يقع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٧

[...]

العقد مبني عليه و يكون له ظهور عرفى فيه. الثانى: ما لا يكون كذلك و ما ذكر يتم فى الثانى من جهة انه فى باب العقود و الإيقاعات لا- عبرة بالبناءات القلبية ما لم تبرز، و لا- يتم فى الأول، إذ لا يعتبر فيها غير الإبراز شىء آخر من كون الإبراز بالدلالة المطابقة لا الالتزامية فالأظهر هى الصحة و الخيار.

حكم ما لو اختلفا فى التغير

فرعان:

الأول: لو اختلفا فى التغير فادعاه المشتري، فعن المبسوط و التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و المسالك و غيرها: تقديم قول المشتري، و استدلو له بأصول ستمر عليك، و قبل بيانها لأبد و ان يعلم ان مورد الكلام فى هذا الفرع ما لو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد و كان الاختلاف فى انها هى الصفات المرئية أو ان الصفات المرئية كانت غيرها، لاما لو اتفقا على الصفات المرئية و كان الاختلاف فى انها كانت باقية الى حين العقد ام لا، فانه فى هذه الصورة يجرى استصحاب بقائها على ما كانت عليه، و

هو حاكم على جميع الأصول المفروضة، و ايضا الغرض من الأصول التي تمسكوا بها تشخيص المدعى عن المنكر، و اما انه على فرض كون المشتري منكرًا يثبت له الخيار فهو انما يكون بموازين باب القضاء من اليمين و البينة.

فإيراد المحقق الخراساني ره على القوم منهم الشيخ بان الخيار لا يثبت بالأصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به، في غير محله. إذا عرفت هذين الأمرين فاعلم: ان الأساطين القائلين بتقديم قول المشتري استندوا الى وجوه:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٨

[...]

الأول: ان المشتري هو الذى ينتزع منه الثمن، و لا- ينتزع منه الا بإقراره أو بيئته تقوم عليه، و ليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقه المشتري بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقه الملكية التي كانت قبل البيع، إذ المبني فاسد لان الملكية من سنخ الوجود، و ليست ذى مراتب، بل المراد به ظهور اليد في كون المشتري مسلطاً على الثمن بالتصرف فيه و لو بالفسخ، فحينئذ ان كان الثمن بيده فلا كلام و الا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن.

و فيه: ان يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد أمانيه و ليست اماره تسلطه عليه، و ادعاء المشتري تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

و الشيخ ره بعد هذا الجواب قال: الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع ... إلخ.

و حاصله: انه بناء على ما ذكره المصنف ره في التذكرة من ان البائع لا يكون مسلطاً على تسلم الثمن في زمان الخيار كما ان المشتري لا يكون مسلطاً على تسلم المثلث في ذلك الزمان، يصير البائع مدعياً و المشتري منكرًا لموافقة قوله للأصل من وجه آخر، و هو انه مع الشك في ثبوت الخيار يشك في حدوث سلطنة كل من البائع و المشتري، و الأصل عدمها، فمقتضى الأصل عدم تسلط البائع على تسلم الثمن من المشتري، فإذا صار المشتري منكرًا ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء. ثم قال: انه لا مدفع لهذا الأصل الا أصالة عدم سبب الخيار.

و الحق في الجواب عن هذا الوجه ما افاده الشيخ ره في مبحث الخيارات بقوله: انى لا أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، و لم اجد من عنوانه و تعرض لوجهه. و لا ينافيه ما افاده في مبحث خيار المجلس بما حاصله: انه لو قلنا بوجود التقابض في عقد الصرف و السلم، فثمره الخيار واضحة و هى عدم وجوب التقابض كما توهمه المحقق

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣١٩

[...]

النائبي ره، فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض، و هذه ثمرة الخيار لا انه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ.

و أما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية و غيرها، و انه يتم ما افاده العلامة ره في القسم الأول دون الثانى من جهة ان حقيقة الخيار في القسم الأول عبارة عن كون امر العقد بيد ذى الخيار، فجميع آثاره تحت تصرفه و منها التسليم و التسلم، و اما فى القسم الثانى فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد ما لم يصل الى ذى الخيار عوضه، فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانياً، فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على أموالهم، فيجب على المشتري تسليم الثمن و ان جاز له استرداده بعده. فغير تام، فان حقيقة الخيار فى القسمين واحدة و هى ملك فسخ العقد و إقراره، و لا يؤثر هذا الا من حين وقوعه فيرفع اثر البيع لا انه يكشف عن عدم صحة البيع من الأول، و لذا يجب التسليم فى القسمين ما لم يتحقق الفسخ.

الوجه الثاني: ان البائع يدعى علم المشتري بهذا الوصف الموجود و الرضا به، و المشتري ينكره، و الأصل مع المشتري. ذكره المصنف في محكي التذكرة.

و أجاب عنه الشيخ ره بجوابين:

أحدهما: ان المشتري يدعى علمه بالوصف الآخر الذي يدعيه الذي هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف، و الأصل عدمه، فالبائع يكون منكراً و المشتري مدعياً.

ثانيهما: ان الشك في علم المشتري بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصالة عدم تغير المبيع لم تجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف.

و في كل من الاستدلال و جوابي الشيخ ره نظر، اما الأول: فلان أصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الآخر الا على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٠

[...]

القول بالأصل المثبت. و به يظهر ما في الجواب الأول الذي ذكره الشيخ ره، إذ لا يثبت بالأصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا لوصف الموجود.

و أما الثاني: فلان حكومة الأصل السببي على المسببي انما تكون فيما إذا كانت السببية شرعية لا في مثل المقام مما تكون السببية عقلية.

الوجه الثالث: ان الأصل عدم وصول حق المشتري إليه كما عن جامع المقاصد.

و فيه: ان حقه من العين واصل إليه قطعاً، و من الوصف المفقود غير ثابت، و استصحاب بقاء كلي الحق من قبيل الاستصحاب في القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلي، و لا تقول به، فهذه الوجوه لا تتم، و لذلك قال الشيخ:

و يمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف ... إلخ.

و حاصله: انه ان كان الوصف من قيود المبيع و كان الالتزام التزاماً وحدانياً متعلقاً بعنوان المتصف بالصفات، كان الأصل مع المشتري

لرجوع النزاع الى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود، و عدمه و الأصل مع المشتري، و ان

كان في قوة اشتراطها، على ان يكون هناك التزامان، كان الأصل من البائع لرجوع النزاع في التغير و عدمه الى النزاع في اشتراط

خلاف هذا الوصف الموجود على البائع، و عدمه و الأصل مع البائع.

أقول: ان ما هو محل البحث من قبيل القسم الثاني، و ذلك لوجهين:

الأول: ان تقييد المبيع و تضييقه يختص بالكلي، فانه قابل لذلك، و لا يكون الشخصي كذلك، و تعليق البيع على الوصف موجب

للبطلان، فلا محالة يكون من قبيل الالتزام به في ضمن العقد.

الثاني: ان البيع بالرؤية القديمة انما صححناه بالاشتراط، فراجع ما ذكرناه،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢١

[...]

و عليه فالأصل مع البائع.

و ربما يقال في تقريب ان الأصل مع البائع وجوه أخرى:

منها: أصالة عدم وقوع العقد على العين المقيده بالوصف المفقود ليثبت الجواز.

وفيه: انه ان أريد بها ما هو مفاد ليس التامة، فهي لا تفيد، فان عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود لا أثر له الا ان يثبت به وقوعه على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق غير المقيده بشيء من الوصفين، و ان أريد به ما هو مفاد ليس الناقصة، فلا حالة سابقة له.

ثم ان الشيخ ره نظر المقام بالشك في كون الماء المخلوق دفعه كراً من أصله، بدعوى ان أصالة عدم كريتته نافع غير جاريه، و أصالة عدم وجود الكر جارية غير نافع في ترتب آثار القلة عن الماء المذكور.

وفيه: انه في الماء المخلوق دفعه من جهة ان آثار القلة آثار للماء غير المتصف بعنوان الكرية يمكن اجراء عدم الكرية الأزلى كما ذكرناه في الجزء الأول من هذا الشرح مفصلاً، و اما في المقام فلا- يمكن ذلك من جهة ان موضوع اللزوم هو العقد الواقع على المتصف بالوصف الموجود أو المطلق لا- على العقد غير الواقع على المتصف بالوصف المفقود، فلا- تنفع أصالة العدم الأزلى في المقام بخلافه في المثال.

و منها: أصالة اللزوم.

وفيه: ان الشك في الجواز و اللزوم مسبب عن الشك في وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود و عدمه، فإذا جرى الأصل في السبب لا يبقى شك في اللزوم كى يرجع الى اصلته.

و منها: العمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمه على الأصول العملية المتقدمة، مثل ما

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٢

[...]

دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض (١)، و عموم لا- يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه (٢)، و عموم الناس مسلطون على أموالهم (٣).

وفيه: ان هذه العمومات قد خصصت بأدلة الخيارات، فمع الشك في الخيار تكون الشبهة مصداقية، و لا يرجع فيها الى العمومات. و منها: ان موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا- ينطبق على المدفوع، فإذا شك في تلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة.

وفيه: ان موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقه على ما وقع العقد عليه. و بعبارة اخرى: عدم دفع البائع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشتري، و الأصل موافق له، مع انه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به اللزوم.

و منها: ان أصالة عدم تغير المبيع واردة على الأصول المذكورة، لان الشك فيها مسبب عن الشك في تغير المبيع.

وفيه: انه ان أريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث انه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الاثر، و ان أريد به استصحاب المعنون ففيه: أولاً: انه من الاستصحاب القهقهري، لأنه يراد اثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد. و ثانياً: ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفى، فان موضوع الاثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد.

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلى- و المستدرک ج ١ ص ٢٢٢ و الاحتجاج ص ٢٦٧.

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٣

[...]

فتحصل مما ذكرناه: انه ان كانت الأوصاف من قبيل الشرط و الالتزام في الالتزام كان الأصل من البائع، و الافع المشتري. و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع.

فبناء على ما اخترناه من ان أوصاف المبيع في البيع بالرؤية القديمة مع الشك فيها، انما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الالتزام في الالتزام، و عليه بنينا في المسألة المتقدمة ان الأصل مع البائع، لأبد من البناء في المقام على ان الأصل مع المشتري، لان البائع يدعى ان الشرط غير هذا الوصف الموجود، و المشتري ينكره، و الأصل عدمه.

و أما بناء على كونها من قيود المبيع يكون الأصل مع البائع بعكس المسألة السابقة، فان المشتري يدعى وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود، و البائع ينكره، و الأصل معه.

و بذلك ظهر ان ما بنى عليه الشهيد ره من ان الأصل مع المشتري في المسألتين لا ينطبق على القواعد.

و أما ما افاده المحقق النائيني ره في توجيه ما افاده الشهيد ره: بان الغالب يقدم البائع على البيع كائنا ما كان و لا ينظر الى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا، فغير تام، إذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الاثراء كذلك تختلف رغبات البائع سيما في الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجودا و عدما كما هو واضح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٤

[...]

لو اختلفا في تقدم البيع على التغير و تأخره عنه

الفرع الثاني: ما لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغير.

و الكلام في هذا الفرع يقع في موضعين:

الأول: فيما إذا صارت قيمته بعد التغير اقل و كان المدعى للخيار هو المشتري، الثاني فيما إذا صارت قيمته أزيد و كان المدعى للخيار هو البائع.

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

أحدهما: بناء على ان تلف الوصف بعد البيع و قبل القبض يوجب الخيار.

ثانيهما: بناء على عدم كونه موجبا للخيار.

و قبل الشروع في بيان الحق لأبد من تقديم مقدمة، و هي: انه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف، و ربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف.

مثال الأول: ما لو وجب إكرام زيد العالم.

و مثال الثاني: موارد ضمان الأوصاف، فانه مترتب على الاستيلاء على الوصف نفسه.

و في القسم الأول إذا كان الوصف متيقنا سابقاً و مشكوكا فيه لاحقاً يجري فيه الاستصحاب و يترتب حكمه بضم الوجدان الى الأصل، فلو كان زيد عالما و شك في بقاء علمه يستصحب ذلك و يكون إكرامه متعلقا للوجوب، و في القسم الثاني لا يكفى

استصحاب بقاء الصفة، لان لا يثبت به كون الفعل متعلقا به، فلو كان الغنم سمينا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٥

[...]

سابقاً و شك في سمنه حال الغضب لا يكفي استصحاب بقاء السمن في الحكم بضمنا هذا الوصف المترتب على غضب الوصف ايضا. و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه في المورد الأول: يكون الأصل مع المشتري لأصالة عدم وصول حقه إليه، و أصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى زمان القبض لا- يثبت قبض الصفة الذي هو موضوع اللزوم فلا- تجرى، و كذا لا تجرى أصالة عدم القبض الى ما بعد التغير، فإنها ايضا لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذي هو موضوع الخيار، فهذان الاصلان لا يجريان. و اما أصالة اللزوم فهي محكومة لاستصحاب عدم وصول حق المشتري إليه.

و في المورد الثاني: يكون الأصل- و هو أصالة اللزوم و أصالة عدم التغير و بقاء الوصف الى حين البيع الجارية و المفيدة في المقام من من جهة ان الاثر و هو اللزوم انما يترتب على وقوع البيع على الموصوف في حال وجود تلك الصفة- مع البائع.

و ما عن بعض من: ان الأصل الثاني معارض مع أصالة عدم وقوع البيع الى زمان التغير، يرده: انه لا أثر لهذا الأصل، لان الخيار انما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف.

و أما ما افاده الشيخ ره من: ان الأصل مع المشتري و هو أصالة عدم وصول حقه إليه، فغير تام، لأنه على الفرض بعدم وصول حقه إليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار، فكيف باستصحابه.

و أما الموضوع الثاني: و هو ما لو ادعى البائع الخيار، بان كانت العين في حال المشاهدة فاقده الوصف و البيع وقع عليها مع عدم الوصف و صارت بعد ذلك واجدة له، و ادعى البائع تقدم وجود الصفة على البيع و القبض، و المشتري يدعى التأخر

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٦

و لو افتقرت معرفته الى الاختبار جاز بيعه بالوصف ايضا

فظاهر كلام الشيخ ان الأصل مع البائع، و صريح كلام المحقق النائيني ره ذلك.

و لكن الحق ان الأصل مع المشتري، إذ مضافا الى أصالة اللزوم تجرى أصالة عدم التغير و عدم وجود الوصف الى حين البيع، و لا تعارضها أصالة عدم البيع الى زمان التغير، إذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف.

لزوم الاختبار

مسائل:

الاولى: لأبد و ان يختبر الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف باختلاف ذلك كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف لدفع الغرر، انما الكلام في كفاية الوصف عن الاختبار و عدمها، و إلى الحكمين أشار في المتن قال: و لو افتقرت معرفته اي معرفة ما يراد شرائه الى الاختبار اي اختبار الطعم أو الذوق أو الشّم جاز بيعه بالاختبار، و بالوصف ايضا القائم مقام الاختبار كما يقوم مقام الرؤية، بلا خلاف و لا إشكال في شيء من ذلك.

و تفصيل القول في هذه المسألة: انه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف أوصافه الثلاثة، و اخرى لا تختلف. و على الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا و فاقد فاسدا، و قد يكونان معا من مراتب الصحيح.

اما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف و اشتراط و لو ضمنى للغرر، من غير فرق

بين كون الفاقد فاسد أو مما لا ماله له المترقبه من ذلك الشيء، و بين كونه معيبا. و هناك قول آخر، و هو: القول بصحة البيع اعتمادا على أصالة السلامة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٧

[...]

و فيه: انه لا- دليل عليها لا من بناء العقلاء و لا من الشرع، اما الأول: فلأنهم في اموراتهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها، و ما اعترف به الشيخ ره من بنائهم عليها في ما إذا كان الشك في طرء المفسد، غير سديد، لأنهم في ذلك المورد ايضا لا يبنون عليها مع عدم الاطمئنان و ما يرى من إيقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته انما يكون من جهة الشرط الضمني. و سيأتي الكلام فيه.

و أما الثاني: فلان ما يتوهم كونه دليلا- عليها ليس الا- الاستصحاب، و هو لا- يجرى في المقام، لان الاثر مترتب على الاحراز دون المتيقن.

كما لا- ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار أو غيره، أو اخبار البائع به ان كان مؤتمنا، أو اشتراط وجوده و لو بالشرط الضمني لارتفاع الغرر بجميع ذلك.

اما بالأول: فواضح.

و أما بالثاني: فلما دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات «١»، و ما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن ان كان مؤتمنا «٢» بعد إلغاء خصوصية المورد.

و أما بالثالث: فان كان الشرط صريحا واضح، و ان كان ضمنيا- اي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها- فلما تقدم إجمالا، و سيأتي تفصيله من انه بحكم ذكر الشرط و ليس من قبيل البناء القلبي المجرد كى يقال انه لا عبرة به في باب العقود و الإيقاعات.

و خبر محمد بن العيص عن ابي عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ما

(١) الحجرات آية ٦.

(٢) الوسائل- باب ٥- من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٨

و بتخير مع خلافه

يذاق يذوقه قبل ان يشتري؟ قال: نعم فليذقه و لا يذوقن ما لا يشتري. لا يدل على لزوم الاختبار، فانه سؤال و جوابا في مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه.

و أما في القسم الثاني: فما ذكرناه في هذا القسم يجرى فيه طابق النعل بالنعل، و الفرق بينهما انه لا مجال في هذا القسم لاحتمال الاستناد الى أصالة السلامة.

و أما في القسم الثالث: فالأظهر صحة البيع مع الجهل بالوصف و ان لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

ثم انه في القسم الأول لو تبين فقد الوصف، فان كان الفاقد مما لا ماله له بطل البيع، لأنه حينئذ ينظر العرف الفاقد غير الواجد حقيقة، فما وقع عليه العقد لا واقع له، و ما له واقع لم يقع عليه العقد.

و بعبارة أخرى: مع عدم المالية للمبيع لا يصدق عنوان البيع، و ان كان الفاقد معيبا و له ماله أيضا صح البيع و ثبت خيار العيب.

و أما في القسم الثاني، فان كان البيع مع اشتراط وجود الوصف و لو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط، و ان كان مع الاختبار أو اخبار البائع لم يثبت الخيار، لا خيار تخلف الشرط لعدمه، و لا خيار الغبن لان مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، و لا خيار العيب لعدم كونه معيبا.

و بما ذكرناه ظهر ما في إطلاق كلام المصنف و يتخير مع خلافه.

و قد نسب الخلاف في هذه المسألة الى المفيد و القاضي و سلار و أبي الصلاح و ابن حمزة، و ظاهر كلماتهم كصريح الحلّي تعين الاختبار و عدم كفاية التوصيف. و بما ذكرناه يظهر ما في كلماتهم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٢٩

و لو ادى اختباره الى الإفساد جاز شرائه

حكم شراء ما يفسده الاختبار

و لو ادى اختباره الى الإفساد جاز شرائه من دون اختبار اجماعا.

محصل الكلام في المقام: ان الأوصاف التي تختلف المالية باختلافها على قسمين:

الأول: ما يوجب فقده كون الفاقد غير صحيح.

الثاني: ما لا يوجب فقده ذلك بل يكون الواجد و الفاقد من مراتب الصحيح.

اما في الأول: فيجوز البيع مع التوصيف أو الاشتراط و لو بنحو الشرط الضمني كما تقدم فيما لا يفسده الاختبار، و لا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر.

و أما الاعتماد على أصالة السلامة فقد عرفت في المسألة المتقدمة ما فيه.

و أما ما عن جماعة من الاكتفاء بالبراءة من العيوب، فان كان المراد بها ما تقدم و هو براءة المبيع من العيوب فهو متين، الا انه يرجع الى اشتراط الصحة، و ان كان المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب فيرد عليه: ان ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع، و لا وجه للقول بصحة البيع معه.

و أما في القسم الثاني: فان كان الوصف مما يمكن ضبطه و توصيفه اعتبر ذلك دفعا للغرر، و الا جاز بيعه و ان لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للإجماع على عدم لزومه.

و الوجه في ذلك: اما انه لا يلزم الغرر من جهة ان لهذه الأمور عند العرف مائة معينة، و ان كان لو انكشف كونها واجدة للوصف تصير مالتها أزيد الا انه ما لم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية، أو لأنه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر «١».

(١) ص ٢٨٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٠

فان خرج معيبا أخذ أرشه و ان لم يكن له قيمة بعد الكسر أخذ الثمن

و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر ره المدعى للسيرة على بيع ما يفسده الاختبار بمجرد المشاهدة الى هذا القسم، و اما في القسم الأول فقد عرفت انه يمكن ان تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني.

و كيف كان: فان خرج معيماً أخذ أرشه ان لم تكن له قيمة بعد الكسر أخذ الثمن.
ومحصل الكلام في المقام: انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر ونحوه، فربما يكون للفساد مقدار من المائيه، و لكنه اقل من مقدار الصحيح. وربما لا تكون له المائيه، فان كان له مقدار من المائيه، فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذي لا يصلح الا للإحراق، لا إشكال في فساد البيع، فان ما وقع عليه العقد غير موجود، و الموجود لم يقع عليه العقد.
و بعبارة أخرى: ما قصد لا واقع له، و ما له واقع لم يقصد، و ان كان ذلك معيب الصحيح صح البيع و ثبت خيار العيب، و ان لم تكن له مائيه بطل البيع لتقومه بتبديل المال.

و أما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر ونحوه، فان كان للفساد مائيه و كان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، و يسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه أخذ الأرش. و لو كان التصرف الكسرى بالمقدار اللازم في الاختبار، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أولا؟ وجهان، لا يبعد أظهرية الثاني، فان البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقع عليه الاختبار، و ليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. و ان كان بنظر العرف مبيناً للصحيح بطل البيع، و ان لم تكن للفساد مائيه، فالكلام فيه في مواضع:

الأول: ان المبيع الفاسد الذي لا مائيه لمكسوره كالبيض هل له مائيه قبل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣١

[...]

الكسر من جهة ان العقلاء يبذلون بإزائه المال رجاء للسلامة و ليس المال الا ما يبذل بإزائه المال، ام ليس له مائيه نظراً الى ان المائيه تنتزع من كون الشيء موضوعاً لأثر يميل العقلاء إليه و يكون مورداً لرغبتهم؟ وجهان: أقواهما الثاني، و عليه فيكون البيع في الفرض باطلاً من أصله من جهة انكشاف عدم المائيه.

الثاني: انه على تقدير المائيه قبل الكسر، هل يفسخ البيع من حين الكسر و تبين الفساد- كما عن الشهيد ره نظراً الى ان الخروج عن المائيه بالكسر حيث انه لأمر سابق على العقد فيكون مضموناً على البائع- ام لا يفسخ من جهة ان الخروج عن المائيه ليس لأمر سابق و هو فساده فانه أوجب نقصاً في المائيه، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلاً، وجهان: أقواهما الثاني.

فان قلت: انه يمكن تصحيح كلام الشهيد ره بان يقال: انه بالكسر يظهر العيب، فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتاً قطعاً، و في ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفاً في زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له «١».

قلت: أولاً: ان الكسر إتلاف لا تلف، و القاعدة مختصة بالتلف.

و ثانياً: انها مختصة بالخيارات الزمانية بأنفسها، و خيار العيب ليس زمانياً بذاته.

الثالث: انه على تقدير المائيه قبل الكسر و عدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح و المعيب؟ وجهان: أقواهما الثاني، فان الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده.

و دعوى ان الحادث في زمان الخيار ايضاً موجب له، مندفعه بان الحادث بالاتلاف ليس موجبا له كما هو واضح.

(١) الوسائل- باب ٥ و ٨- من أبواب الخيار.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٢

و لا يجوز بيع السمك في الأجمة و لا اللبن في الضرع و لا ما في بطون الانعام و يجوز لو ضم معها غيرها

المسألة الثانية: و لا يجوز بيع السمك فى الأجمة و لو كان مملوكا مقدورا على تسليمه لجهالته و لا اللبن فى الضرع و لا ما فى بطون الانعام.

و هذا كله لا كلام فيه.

و انما الكلام فيما ذكره بقوله: يجوز لو ضم معها غيرها.

بيع المجهول منضما الى المعلوم

و الأقوال فى المسألة- اى فى بيع المجهول مع الضميمة- ثلاثة: أحدها: الجواز مطلقا ذهب إليه السيد فى محكى الانتصار.

الثانى: ما هو المشهور بين الأصحاب و هو عدم الجواز كذلك.

الثالث: ما عن المختلف و شرح الإرشاد و غيرهما، و هو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع، و بين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.

و الحق يقتضى البحث فى موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى: فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الموضع الأول: فان لم يكن المجهول تابع لا كلام فى البطلان للغرر، و اما التابع فله معان: أحدها: ما عن العلامة فى القواعد و التذكرة، و هو: ان التابع ما أخذ شرطا فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه، و عليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق فى الصحة فى صورة الاشتراط بين ان يكون الشرط أصلا فى الغرض أو تابعا، كما لا فرق فى البطلان على الجزئية بين الصورتين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٣٣

[...]

و أورد على ذلك المحقق الثانى: بان هذا الفرق ليس بشىء لان العبارة لا أثر لها.

ورده المحقق النائى رده: بان الجزء يقسط عليه الثمن، فإذا كان مجهولا- يفسد البيع، و هذا بخلاف الشرط، فان الثمن يقع بإزاء المشروط، و هو معلوم.

أقول: تارة يكون الالتزام البيعى أجنيا عن الالتزام الشرطى، و انما أخذ الأول ظرفا للثانى خاصة من جهة انه لا عبرة بالالتزام الابتدائى، كما لو كان الالتزام البيعى لزيد، و الشرطى لعمرو و اخرى يكونان مرتبطين. اما فى الصورة الاولى: فيتم ما افاده المحقق النائى رده، و لا يتم فى الثانية، فان المبيع و ان كان معلوما الا انه من جهة تفاوت مالىة المبيع بالعرض بوجود الشرط و عدمه لا محالة يلزم الغرر فيبطل لذلك.

ثانيهما: ما يظهر من الشهيدين و المحقق الثانى، و هو: ان التابع هو ما يعد فى العرف من التوابع، كمفتاح الدار و حمل الام و البيض فى جوف الدجاجة، و نحو تلكم.

و على هذا ايضا لا نظر الى الغرض الشخصى أو النوعى، و الأظهر فى التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين ما لو جعل التابع جزء للمبيع، و بين ما لو أخذ شرطا. و فى الأول جهالته موجبة للغرر، و فى الثانى لا توجب ذلك. و الشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف، فانهم يفرقون فى صدق الغرر بين الموردتين.

ثم ان التابع بهذا المعنى قسمان: الأول ما لا يدخل فى ملك المشتري لو لم يصرح فى العقد. الثانى: ما يكون بناء العرف و العقلاء على تبعيته فى الملكية للمبيع ما لم يصرح بخلافه. فتدبر حتى لا يختلط الموردان.

ثالثها: ما يظهر من العلامة في المختلف، و هو: ان المراد بالتابع ما يكون تابعا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٤

[...]

بالنسبة الى الغرض من المعاملة، سواء أ كان غرضا نوعيا أو شخصيا، مثل ما لو أراد شراء السرج و كان مالكة لا يبيعه بدون الفرس فاشترهما معاً، فان الفرس تابع بهذا المعنى، و الظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنى مضرة و موجبة للغرر.

رابعها: ما يظهر من المحقق القمي و صاحب الجواهر، و هو: ان التابع ما هو كذلك في الجعل و التبانى و ان كان هو المقصود بالأصالة و انما يجعل تبعا تخلصا عن الغرر نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذى يراد بيعه لعارض بإيقاع العقد على شىء معين معلوم لا نزاع فيه و يجعل ذلك من اللواحق. و الظاهر عدم كفاية ذلك، و الا لزم تجويز بيع كل مجهول. و ان شئت قلت: ان الجهالة توجب غررية المعاملة، و مجرد البناء على كونه تابعا لا يوجب رفع الغرر.

و أما الموضوع الثانى: فملخص القول فيه: ان بعض النصوص يدل على انه يصح بيع مجهول الوجود مع الضميمة، كصحيح ابن محبوب عن الكرخي قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما؟ فقال (عليه السلام): لا بأس ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف «١». حيث ان المفروض فيه الجهل بوجود ما فى البطون.

و بعضها يدل على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة، كموثق سماعه عن اللبن يشترى و هو فى الضرع فقال (عليه السلام): لا الا ان يحلب لك منه أسكرجة فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجة و ما فى ضروعها بثمان مسمى، فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجة «٢». فتأمل، فانه قابل للحمل على الجهل

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٨ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٥

[...]

بالوجود.

و بعضها يدل على صحة بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البنزطى عن مولانا الصادق (عليه السلام): إذا كانت أجمه ليس فيها قصب اخرج شىء من سمك فيباع و ما فى الأجمه «١».

و خبر ابى بصير عنه (عليه السلام) فى شراء الأجمه ليس فيها قصب انما هى ماء قال (عليه السلام): تصيد كفا من سمك اشترى من هذا السمك و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا «٢». فإنهما ظاهران فى صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه الى المعلوم بنحو الجزئية.

و اورد عليها: الشيخ ره: بأنها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه الى مجهول آخر، إذ الأصواف على ظهر مائة نعجة فى رواية الكرخي مجهولة بنفسها و لا يصح بيعها منفردة، و المستخرج و المتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البنزطى و خبر ابى بصير غير معينين، و ما فى الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن، و على هذا فلم يفت احد بمضمونها فلا بد من رد علمها الى أهلها.

و فيه: ان إطلاقات النصوص واردة فى مقام بيان شىء آخر و هو تصحيح بيع المجهول لا تصحيح بيع الضميمة، فلا مورد للتمسك

بإطلاقها من هذه الجهة.

وبعبارة أخرى: ان النصوص انما سيقت لبيان انه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة و ليست في مقام بيان ما يعتبر في الضميمة، فلا يصح التمسك بإطلاقها من تلك الجهة، فالحق انها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة، و لكن لا تختص تلك

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٦

و لاما يلقح الفحل و يجوز بيع السمك في فاره و ان لم يفتق

بصورة كون المجهول تابعاً، و تكون مختصة بموارد خاصة و ليست لها إطلاق أو عموم يتمسك به للتعدى عنها.

و قد مر الكلام في المكاسب المحرمة في مبحث بيع المنى انه لا يجوز بيع ما يلقح الفحل فلا نعيد ما ذكرناه.

بيع المسك في الفار

و الثالثة: المشهور بين الأصحاب انه يجوز بيع المسك في فاره و ان لم يفتق و لو بإدخال خيط فيه و شمه، و هو مقتضى العمومات و السيرة.

و استدلال لعدم الجواز بوجهين:

أحدهما: أنه دم و لا يجوز بيع النجس.

و أجاب عنه الشيخ ره: بانه ليس بنجس للنص «١» و الإجماع.

و يمكن ان يجاب عنه - مضافا الى ذلك بوجهين -:

أحدهما: عدم كونه نجسا اما للاستحالة - فتدبر - أو لان المادة من أصلها ليست مادة دم بل هي جرم خاص.

ثانيهما: انه لا دليل على بطلان بيع دم الذي ينتفع به منفعة محللة معتد بها، كما تقدم تفصيل القول في ذلك في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

الثاني: انه مجهول و لا يجوز بيع المجهول كما تقدم.

و فيه: انه تارة يحتمل الفساد، و اخرى لا يحتمل ذلك، و يكون الفاقد لوصف

(١) الوسائل - باب ٤٣ - من أبواب لباس المصلى و باب ٩٥ و ٩٧ من أبواب آداب الحمام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٧

و بيع الصوف على ظهر الغنم،

محتمل من مراتب الصحيح.

اما في الصورة الاولى: فقد أفاد الشيخ ره: ان في بناء العرف على أصله الصحة في نفي الفساد. و قد تقدم ما في ذلك في المسألة السابقة.

و الحق انه مع اخبار البائع بالسلامة ان كان مؤتمنا أو اشتراط الصحة و لو بالشرط الضمني يصح البيع لارتفاع الغرر. اما بالأول: فلما دل

على حجية خبر الواحد في الموضوعات «١»، و ما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن ان كان مؤتمنا «٢» بعد إلغاء خصوصية المورد.

و أما بالثاني: فلما تقدم في المسألة السابقة، و بدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر. و أما في الصورة الثانية: فان لم تختلف القيمة باختلاف الأوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر، و ان كان يختلف به القيمة. فيصح مع اخبار البائع، أو الاشرط و لو ضمنا، و بدون احتمال الوجهان: وجه البطلان لزوم الغرر، و وجه الصحة سيرة المتشرع من التجار و غيرهم على البيع بدون الاختبار. و الأحوط ان يختبر بفتقهما بإدخال خيط فيها بآبرة ثم إخراجها و شمه. و اما بيع الصوف على ظهر الغنم فقد ظهر حكمه مما مر.

(١) الحجرات آية ٦.

(٢) الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع و شروطه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٨

و لا بد ان يكون الثمن معلوما قدرا و وصفا بالمشاهدة أو الصفة

اعتبار العلم بقدر الثمن

الرابعة: كما لا بد و ان يكون المبيع معلوما كذلك لأبد و ان يكون الثمن معلوما قدراً و وصفا بالمشاهدة أو الصفة بلا خلاف، و قد تكرر في كلماتهم دعوى الإجماع و الاتفاق عليه، و صاحب الحدائق خالف الأصحاب في خصوص ما إذا باع بحكم المشتري للنص، و الإسكافي خالفهم في ما إذا باع بسعر ما باع. و المدرک له حديث نفى الغرر المتقدم. و يؤيده التعليل في رواية حماد بن ميسر عن جعفر عن ابيه (عليه السلام): انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم «١».

و قد استدل صاحب الحدائق ره لما ذهب إليه: بصحيح رفاعه النخاس قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها، فابى ان يقبلها مني و قد كنت مسستها قبل ان ابعث إليه بالثمن، فقال: ارى ان تقوم الجارية قيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت إليه كان عليك ان ترد إليه ما نقص من القيمة، و ان كان ثمنها اقل مما بعثت إليه فهو له، قال: قلت: جعلت فداك ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك ان تردها و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه «٢».

و اورد عليه الشيخ ره: بان التأويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع

(١) الوسائل باب ٢٣ - من أبواب احكام العقود حديث ٤.

(٢) الوسائل - باب ١٨ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٣٩

[...]

و فساده، إذ لو كان البيع صحيحا لزم تعين المسمى دون القيمة الواقعية، فلما ذا امر (عليه السلام) بتقويم الجارية بقيمة عادلة؟ و ان

كان فاسداً فلما ذا حكم بتعين ما بعث إليه ان كانت القيمة الواقعية اقل؟ و لهذا التزم بانه يحمل على ارادة التوكيل فى التقويم و البيع بعده بما يتعين فى نظره لا- بالقيمة الواقعية، و الامر برد ما نقص انما هو من جهة خيار الغبن، فكما انه إذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كذلك إذا عينها الوكيل، و انما عين ذلك من جهة انه حيث لا حاجة للموكل فى الجارية و الوكيل محتاج إليها، فيسقط خياره ببذل التفاوت أو يحمل على حصول الجبل بعد المس فصارت ام ولد.

و أجب عن ذلك بجوابين: ما افاده المحقق الإيروانى ره، و هو: ان ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع بحكم المشتري فى الرواية البيع بتعيينه المطلق، اما إذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل و يكون تعيينه طريقاً محضاً لا موضوعياً فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية، فلا حاجة الى التأويل، بل تنطبق الرواية على القاعدة.

و فيه: - مضافاً الى انها لا- تنطبق على القاعدة إذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر- ان ما افاده يستلزم استرجاع الزائد ان كانت قيمتها اقل مما بعثه إليه، فهذا لا يلائم مع حكمه بعد الرجوع الى الزائد.

ثانيهما: انه يحمل على ارادة تعيينه بحكمه و ان تعيينه يكون موضوعاً، و لكن يشترط ان لا يكون اقل من قيمة المثل، و عليه فلو كانت القيمة السوقية اقل كان ما بعثه إليه له، و لو كانت أزيد لا بد من رد الزائد لاشترطه.

و فيه: انه خلاف الظاهر جداً، و ان تم ما افاده الشيخ ره و لم نورد عليه بان متعلق الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة، كان البيع بغيره فضولياً، و ان كان

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ٣٤٠

و لا يجوز ان بدينار غير درهم نسيئة و لا نقداً مع جهل نسبته إليه، و يشترط ان يكون مقدوراً على تسليمه

عاماً لغيره لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن، و ايضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت، و الا فيرد الصحيح الى اهله. و على اى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة.

و الظاهر من خبر حماد المتقدم انه لا يجوز ان يبيع شيئاً بدينار غير درهم نسيئة و لا نقداً مع جهل نسبته إليه.

اعتبار القدرة على التسليم

إشارة

و السادس مما يشترط فى كل من العوضين: ان يكون مقدوراً على تسليمه اجماعاً.

و قبل الشروع فى اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغى تقديم امور:

الأول: ان ذكر هذا الشرط من شروط العوضين، مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين، و هذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور فى العين كالطير الطائر و العبد الآبق و نحوهما، بل ربما يقال انه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور العاقد- كما لو تعاوضا على عين معينة و هما فى السجن و لا يرجى إطلاقهما منه- لا يكون ذلك مانعاً عن صحة البيع.

و أما ما افاده المحقق النائيني ره فى وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال، فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه: ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية.

فقه الصادق عليه السلام (للمرواني)، ج ١٦، ص: ٣٤١

]...[

الثاني: ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد، فلو كان حين حدوثه قادراً على التسليم و طراً العجز يدخل ذلك في طرء العيب الموجب لثبوت الخيار. و بهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، و تعذره الموجب للخيار. و لعل هناك فرقا آخر، و هو إذا كان البائع غير قادر و لكن كان المشتري قادراً على التسليم، يثبت الخيار، و ان كان هو ايضا قادر بطل العقد. و سيأتي الكلام في ذلك فانتظر.

و من هنا ظهر الامر الثالث، و هو ان محل الكلام عجز البائع و المشتري عن ذلك، و اما إذا كان المشتري قادراً على التسليم فهو خارج عن المقام. و سيأتي حكمه.

إذا عرفت هذه الأمور، فاعلم: انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الإجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من الانتصار ان عليه اجماع العامة و لم يذكر الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيفي. و قد استدلل لاعتباره بوجوه:

الأول: النبوى المشهور بين الفريقين - بل قيل انه اجمع عليه المخالف و المؤلف -: نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر «١».

و تنقيح القول في هذا الحديث الشريف يقتضى البحث في جهات:

الاولى: في سنده. و الظاهر انه من أقضيه النبي صلى الله عليه و آله المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، و هي بعينها مروية من طرقنا برواية

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣ - و المستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١ - الدعائم ج ٢ - ص ١٩ سنن بيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - و سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٢ - و أخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣ - و أبو داود في كتاب البيوع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٢

]...[

عقبه متفرقة على حسب تفرق الأبواب، و على اى تقدير مع اعتماد الأصحاب عليه و تلقيهم اياه بالقبول و إفتائهم مستنداً إليه لا يبقى مجال الاشكال في سنده.

الجهة الثانية: في معنى الغرر و تطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه. و قد ذكروا في تفسير الغرر أموراً: الغفلة، و الخديعة، و الخطر، و عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، و المنخدع لا يكون على عهدة و ثقته، و ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه.

و قد أفاد بعض المحققين: ان هذه التفاسير ليست كلها بيانا للمعنى الحقيقي، بل بعضها بيان مفهومه، و بعضها الآخر بيان لازمه الدائمى، و بعضها بيان لازمه الغالبى، و بعضها بيان لمورده. و معناه الحقيقى: ما يساوق الخديعة، و لازمه الدائمى هو الغفلة، و لازمه الغالبى هو الخطر و الوقوع في الضرر، و المنخدع لا يكون على عهدة و ثقته، و مورده ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه.

و الحق ان يقال: ان لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها أصلاً على ما يظهر من كتب اللغة، لان ما يكون بمعنى الغفلة انما هو المعنى المشتقى اللازم و هو غر يغر (بكسر الغين، و مصدره الغرة بالكسر، و اسم فاعله الغار بمعنى الغافل، و لا يكون له اسم مفعول لكونه لازماً. و ما يكون بمعنى الخدعة انما يكون متعدياً و هو غر يغر (بضم الغين و اسم مفعوله المغرور، و غرير صفة مشبهة، و اسم مفعول هذا الباب يلازم مع اسم فاعل ذلك الباب، فالمغرور يلازم مع كونه غافلاً، و مصدره غرور، و المستعمل في القرآن الكريم انما هو

المعنى الثاني، ولا جامع بين البابين.

و أما لفظ الغرر فلم يستعمل في شيء منهما، وإنما هو بمعنى الخطر، ولا يكون معناه حدثاً اشتقاقياً، بل هو جامد كما صرح بذلك في الأساس والمصباح والمغرب والجملة والمجمع والقاموس، وقد فهم العلماء قدس الله أسرارهم منه ذلك، ولذا أفاد المحقق المشار إليه أنه إنما يحمل الغرر في الخبر على الخطر لفهم العامة والخاصة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٣

[...]

لا تفاهم ظاهراً على ذلك كما يتضح بالمراجعة إلى استدلالات الفريقين في أبواب المعاملات.

وبالجملة: الغرر بحسب تصريح اللغويين وفهم أهل العرف والعلماء إنما هو بمعنى الخطر.

لا يقال: إنه إذا كان جامداً فكيف يقال: غرر يغرر تغريراً.

فإنه يقال: إن بعض الجوامد بواسطة بعض أبواب المزيد فيها يصير مشتقاً كالماء المشمس والتحجير وغيرهما، والمقام من هذا القبيل، فمعنى غرر بنفسه أوقعه في الخطر.

وما عن القاموس من تفسير بنفسه عرضها للهلاكه، وإنما هو من جهة أن خطر النفس هو الهلاكه، وما فيه من أن الاسم الغرر مراده منه أن اللفظ الأصلي هو معنى اسمي غير قابل للاشتقاق وهو الغرر، وما عن علي (عليه السلام) من تفسير الغرر بعمل لا يؤمن معه من الضرر، غير ثابت، ولم يحرز صدوره عنه، ولو سلم الصدور لا بد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على أي تقدير.

وقد يقال: إن بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غررياً بعد كون المبيع معلوماً ذاتاً ووصفاً، وإنما يكون الغرر والخطر من ناحية الآثار الخارجية، أي التسليم والتسلم.

وفيه: إن الملكية المجردة لا يترتب عليها شيء ولا يبذلون العقلاء بإزائها شيئاً، فالبيع عليها غرري، وما أبعد ما بين هذه الدعوى. وما ادعاه الشهيد ره من اختصاص الغرر بمجهول الحصول، وإن كان هو أيضاً لا يخلو عن محذور، ويؤيد ما ذكرناه تمثيل أهل الفن للغرر ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وآله: لا تشتري السمك في الماء فإنه غرر. فلا ينبغي التوقف

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٤

[...]

في صدق الغرر والخطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه.

الجهة الثالثة: في بيان مفاد النهي.

الظاهر أن النهي عن المعاملة كما عرفت في أول الجزء الرابع عشر من هذا الشرح ظاهر في كونه إرشاداً إلى الفساد، فإذا ظهر ذلك هو فساد البيع الغرري.

الجهة الرابعة: إنه قد يقال: إن المانع عن الصحة إن كان هو الغرر فهو يمكن دعوى ارتفاعه بوجوه: أحدها: إنه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض إليه لا يكون هناك غرر.

وفيه: إن نفوذ الشرط مشروط بكونه في ضمن العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.

ثانيها: إنه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر، فله الفسخ واسترجاع الثمن.

وفيه: إن الخيار إنما يثبت في العقد الصحيح، فكيف يصحح العقد به.

قَمِي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦، ص: ٣٤٤

ثالثها: انه بالفحص اما ان يحصل في يده، أو يصير ميثوساً من ذلك، فيكون بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه، فهو مأمون العاقبة من الخطر، لأنه اما ان يصل إليه المبيع أو بدله. وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم، إذ الحكم بالانفساخ فرع صحة العقد. رابعها: انه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الامتناع من تسليم الثمن فلا غرر. وفيه: ان الامتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكاً للبائع لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه. هذا كله مع ان الغرر باعتبار الغرض المعاملي لا يجبر بالفسخ ولا بالانفساخ، فالحق دلالة النبوي على الفساد، الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٥

[...]

التسليم، لان الخطر انما يطلق فيما إذا احتمل الحصول و لو ضعيفا، و لكن في هذا الفرد يثبت الحكم بالأولوية القطعية. الثاني: ان بذل المال بإزاء ما لا يمكن تسليمه سفهي، فلا تشمله ادلة نفوذ المعاملات فإنها مسوقة لبيان إنفاذ المعاملات العقلانية. وفيه: أولاً: ان بذل المال القليل بإزاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهياً بل ربما يعد عدم البذل سفهياً. و ثانياً: ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة، و الدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفهيه و لم يدل دليل على عدم نفوذ المعاملة السفهائية. الثالث: ان المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه: أكل للمال بالباطل. وفيه: ان المراد بالأكل بالباطل بقرينة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالأسباب الباطلة كالقمار و نحوه، و الا فغاية ما هناك كون إعطاء المال مجاناً و بلا عوض، و ليس هذا من قبيل أكل المال بالباطل. الرابع: ان ما لا يقدر على تسليمه لا يعد مالا عرفاً فلا يصح بيعه. وفيه: أولاً: ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الأشياء بأنفسها مع قطع النظر عن الاشخاص، و هو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه، و هي صفة تعتبر من نفس المال و ان لم يكن هناك مالك. و ثانياً: انه لو سلم ذلك فإنما هو فيما لا يحتلم التمكن من التسليم كما لا يخفى. و قد استشهد الشيخ لسلب صفة التمويل عنه: بانه يجب على غاصبه قبلاً ان يدفع تمام القيمة بصيرورته كذلك من باب بدل الحيلولة. وفيه: ان لزوم أداء تمام القيمة انما يكون من جهة الحيلولة بين المالك و تمام المالية بالحيلولة بينه و بين العين لا من جهة التلف، و قد تقدم تفصيل القول في ذلك في مبحث فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٦

[...]

بدل الحيلولة.

الخامس: ما ذكره الشيخ ره بقوله: منها ما اشتهر عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مِنْ قَوْلِهِ: لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ.. إلخ.

لا يخفى ان أقضيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة بن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبه بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب، و عليه فهذا النبوى «١» مروى من طرقنا و من طرق العامة، فلا وجه للمناقشة في سنده.

و أما من حيث الدلالة، فمحصل ما افاده الشيخ ره: ان محتملات قوله (عليه السلام) عندك اربعة: أحدها: الحضور الذى هو معناه الحقيقى.

ثانيها: الملك.

ثالثها: السلطنة عليه و القدرة على تسليمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد.

و من البين ان الأول ليس بمراد قطعاً لجواز بيع الغائب اجماعاً.

و الثانى خلاف الظاهر، فان بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده، فبيع غير المملوك بيع ما ليس له، لا بيع ما ليس عنده.

و الثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوى على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، فيتعين الرابع، فيدل على فساد بيع ما لا يكون مالكا له، و ما لا يقدر على تسليمه، فلا بد من إخراج بيع الفضولى عنه بأدلته أو بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لباعه لو أراد ذلك.

(١) أشرنا الى مصادر الخبر فى ص

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٤٧

[...]

و فيه: ان ارادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماسه للعين، اما وحدها أو مع الملكية خلاف الظاهر، بل اما ان يراد مطلق التصرفات الخارجية أو لا- يكون ذلك بالخصوص بمراد، و حيث انه لا يعتبر السلطنة الخارجية المماسه للعين قطعاً، فلا يكون ذلك بمراد لا مستقلاً و لا ضمناً، بل الظاهر منه ارادة السلطنة الاعتبارية على التصرفات التسيبية المعاملية، فيكون أجنيا عن المقام.

السادس: ما ذكره الشيخ ره، و حاصله: ان لازم العقد وجوب التسليم، و هو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد، و الا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

و فيه: انه ان أريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذى هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الى صاحبه، الا ان هذا اللازم ليس لازماً لا ينفك، بل هو فرع التمكّن منه، و مع عدم التمكّن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه لعدم القدرة.

و ان أريد به انه من مقتضيات إطلاق العقد نفسه، فيرد عليه: ان العقد عبارة عن تملك العين مثلاً لا هو مع اعتبار امر آخر أو تكليف آخر.

و ان أريد به ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه، فيرد عليه: ان التعليق فى العقد موجب للبطلان.

و ان أريد به ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذى وجوبه من احكام العقد، فيرد عليه: أولاً: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» على ما حققناه فى محله يكون إرشاداً الى لزوم العقد، و على فرض كونه تكليفاً يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

(١) المائدة آية ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٨

]...[

و ثانيا: ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح، فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة.

و أجاب الشيخ عنه: بانه يضعف بانه ان أريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا ... إلخ.

مراده: انه ان أريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم، لمنع الملازمة، اي لا دليل على ان ذلك من لوازم العقد، و ان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملازم مع الوجوب المشروط، فاللازم متحقق في الفرض، و كذلك الملزوم.

قال الشيخ: و قد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب، ثم يدفع بمعارضته بأصالة ... إلخ.

المعترض، و دافعه، صاحب الجواهر ره.

و حاصل الاعتراض بما ذكره الشيخ من الجواب: ان مقتضى أصالة عدم تقييد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق، فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم.

و محصل الدفع: انه معارض بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط، فان إطلاق ادلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في النفوذ، فالحجة على الاشتراط تعارض الحجة على عدمه.

و أما ما ذكره الشيخ ره من النظر الواضح في الاعتراض و المعارضة، فلعل وجه النظر في الاعتراض انه ان أريد بأصالة عدم تقييد الوجوب الأصل العملي - اي أصالة عدم وجوب المقيد -.

- فيرد عليه: انه معارض بأصالة عدم وجوب المطلق.

و ان أريد به الأصل اللفظي، اي إطلاق دليل الوجوب - فهو مقيد بالقدرة عقلا.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٤٩

]...[

و وجه النظر في الدفع: ان إطلاق دليل المقيد لو سلم لا ريب في حكومته على أصالة عدم تقييد البيع كما لا يخفى.

السابع: ما ذكره الشيخ بقوله: و منها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه، و لا يتم الا بالتسليم ... إلخ.

وفيه: أولا: ان تخلف الأغراض و الدواعي لا يوجب فساد المعاملة و بطلانها.

و ثانيا: ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق، بل الانتفاع على فرض التسليم.

و ثالثا: نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم.

فتحصل مما ذكرناه: ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوي المشهور: نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

هل القدرة شرط أو العجز مانع

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: هل القدرة على التسليم شرط كما في التكاليف، ام يكون العجز عنه مانعا؟ وجهان.

و ملخص القول: ان الكلام في هذا التنبيه يقع في مواضع:

أحدها: فيما هو مقتضى كلمات الأصحاب.

ثانيها: في معقوليّة مانعي العجز و عدمها.

ثالثها: فيما يقتضيه الدليل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥٠

[...]

رابعها في ترتب الثمرة على هذا النزاع.

اما الأول: فظاهر كلمات القوم حيث قالوا: و من شرائط العوضين القدرة على التسليم كون القدرة شرطا. و مورد نزاع الشيخ ره و صاحب الجواهر كلام الغنيّة، و ذيله الذي نقله الشيخ ره صريح في شرطية القدرة، اللهم الا ان يكون ذلك من كلام الشيخ ره.

و أما الثاني: فقد ذهب الشيخ ره الى عدم معقوليّة مانعية العجز، من جهة ان العجز امر عدمي لأنه عدم القدرة عما من شأنه ان يقدر، و المانع هو الامر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم.

وفيه: ان المانع في باب العلة و المعلول غير المانع في باب العقود و الإيقاعات كما تقدم، فان المراد به في هذا الباب ما قيد صحة العقد بعدمه، أو حكم بفساد العقد معه، و حيث ان هذا ممكن فمانعية العجز معقولة.

و أما الموضوع الثالث: فالأظهر ان المستفاد من الأدلة مانعية العجز، و ذلك لان ضم ادلة نفوذ البيع، بقوله صلوات الله عليه: نهى النبي عن بيع الغرر يقتضى ان يكون موضوع النفوذ البيع الذي ليس بغرر - اي لا - يكون متصفا به - لا ان الموضوع هو البيع المتصف بما يضاد الغرر كما هو واضح.

و أما الموضوع الرابع: فقد يقال بظهور الثمرة فيما إذا شك في القدرة، فانه على القول بشرطية القدرة لأبد من احرازها في الحكم بصحة البيع، و اما على القول بمانعية العجز فيحكم بالصحة، و ان لم يحرز ذلك لوجهين: الأول: أصالة عدم المانع: الثاني: قاعدة المقتضى و المانع من جهة ان العقد مقتض و العجز مانع، فإذا شك في المانع مع احراز المقتضى يبني على تحقق المقتضى بالفتح. و فيهما نظر: اما الأول: فلان الشبهة اما موضوعية، أو حكمية، فان كانت

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥١

[...]

موضوعية. فان كانت الحالة السابقة القدرة يبني عليها، و ان كانت هي العجز يبني عليه، و مع عدم احراز الحالة السابقة أو توارد الحالتين لا يجري الأصل الموضوعي و انما يرجع الى أصالة الفساد، من غير من فرق بين المسلكين و ان كانت حكمية، كما لو شك في ان الخارج هو العجز المستمر أو العجز في الجملة، أو شك في ان المراد بالعجز ما يشمل التعسر، يرجع الى عمومات الصحة اقتصاراً في المخصص على المتيقن منه.

و بالجملة: بعد كون العجز و القدرة من قبيل العدم و الملكة لا من قبيل السلب و الإيجاب، لا يبقى فرق بين مانعية الأول و شرطية الثانية كما لا يخفى.

و أما الثاني: فلعدم حجيتها أولاً و عدم جريانها في الاحكام الشرعية ثانيا لعدم تمييز المقتضى عن المانع و الشرط. هذا كله مضافا الى ان المدرك لاعتبار هذا القيد بما انه النبوي فلا يتصور الشك الموضوعي لتقوم الغرر بالجهل.

المانع هو العجز في زمان الاستحقاق

الثاني: هل العبرة في القدرة على التسليم هي القدرة في زمان استحقاق التسليم، ام في زمان البيع؟ وجهان. ولكن الظاهر انه لا- إشكال كما لا- خلاف في ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان الاستحقاق من غير فرق بين كون المستند وجوب التسليم، أو نهى النبي عن بيع الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو عدم الانتفاع، أو لا تبع ما ليس عندك. إذ لا وجوب للتسليم قبل الاستحقاق، و المعاملة التي يقدر البائع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بغررية فعلا، و الاقدام على بيع ما يتمكن من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥٢

[...]

تحصيله في حال الاستحقاق ليس اقداما سفهياً، و لا يترقب الانتفاع من المبيع الا بعد استحقاقه. والمراد من عدم بيع ما ليس عنده على فرض دلالة على هذا الشرط بقريته مناسبة الحكم و الموضوع و بحسب المتفاهم العرفي عدم الالتزام بما لا- يقدر عليه، و من كان قادراً حين الاستحقاق غير قادر حين البيع لا يكون ملزماً على نفسه بما لا يقدر عليه، فما افاده المحقق الأصفهاني ره من انه لو كان المدرك النهي عن بيع ما ليس عنده لأبد من القدرة حال ورود البيع عليه، غير تام، فهذه الكلية لا كلام فيها.

انما الكلام في الفروع التي فزَعها الشيخ ره على تلك:

أحدها: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري.

وفيه: ان عدم اعتبارها في هذا المورد ليس من متفرعات عدم اعتبار القدرة حال البيع، بل لو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لم تكن معتبرة في الفرض، لان التسليم طريق الى وصول المال بيد المشتري، فمع تحقق الوصول لا يعقل استحقاق التسليم. ثانيها: ما إذا اشترى من ينعق عليه.

وفيه: ان عدم اعتبارها في المورد انما يكون من جهة عدم دخوله في ملكه أو خروجه عنه بعد دخوله آناً ما، لا من جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع.

ثالثها: ما إذا اشترى فضولاً فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك.

وفيه: ان المعتبر هو قدرة من له العقد لا مجرى الصيغة، و حيث ان العقد انما يستند الى من له العقد- و هو المالك من حين الإجازة لا قبلها- فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الإجازة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥٣

[...]

و ربما يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الأصيل.

و الظاهر ان منشأ الاشكال انه على القول بالكشف إذا كان احد الطرفين أصيلاً، بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء و المؤثر في الملكية هو العقد، فهو من حين البيع الى ما قبل الإجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه، و ما انتقل إليه. اما في الأول فلخروجه عن ملكه، و اما في الثاني فلانه لا يجب على مالكة التسليم فلا يقدر هو على تحصيله، فيلزم من ذلك الغرر.

وفيه: ان منشأ الاشكال ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل إليه فهو يتحقق في الفضولي من الجانبين، و ان كان حرمانه عن

التصرف فيما انتقل عنه، فهو لا دخل له بالقدرة على التسليم و التسلم، كما لا دخل له بالغرر.
رابعها: بيع الرهن قبل اجازة المرتهن أو فكه.

هذا التفريع حسن من جهة ان المشتري لا يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن على القول بتوقف نفوذه عليها، فلا تعتبر قدرته قبل الإجازة و انما العبرة بالقدرة بعدها، و ان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه.
خامسها: ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.

محصل ما افاده في هذا الفرع: انه في بيع السلم بما ان القبض جزء السبب الناقل، فقبل تسليم المشتري الثمن لا يكون السبب متحققا، فالعجز عن التسليم لا يقدح في الصحة فلو اتفق حصوله صح البيع.

و بعبارة اخرى: قبل ان يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لأنه جزء المملك، و بعده التسليم متحقق.

و اورد عليه: بانه قبل القبض البيع العرفي موجود، و البائع بنظرهم يستحق التسليم، فالعجز عنه موجب لكون البيع غرريا عندهم فيشمله نهى النبي صَلَّى اللهُ

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥٤

[...]

عليه و آله عن بيع الغرر، فان الموضوع فيه البيع الغرري العرفي.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان اهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الاثر شرعا قبل القبض لا يرونه غرريا في الفرض.

و يمكن الجواب بوجه آخر، و هو: ان دليل اعتبار القبض يكون حاكما على دليل مانعية الغرر، و يدل على انه لا غرر في الفرض.

و أما ما افاده المحقق الإيرواني في الجواب عن ذلك: بان ظاهر النبوي ان البيع الذي لو لا الغرر كان صحيحا مؤثراً هو الذي نهى النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله عنه إذا كان غرريا، و البيع في الفرض قبل القبض لا يكون صحيحا، فالغرر فيه لا يكون مانعا، فيرد عليه: ان دليل كل مانع انما يكون متكفلا لبيان مانعية ذلك الشيء خاصة، و لا نظر له الى سائر الموانع و الشرائط، و لذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لا سبيل الى دعوى عدم مانعية شيء منهما، مع ان مقتضى البرهان المزبور ذلك، فان دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر، و المفروض اقترانه به. فالحق ما ذكرناه.

[الخلاف في المسألة من الفاضل القطيفي]

التنبيه الثالث: قيل ان الخلاف في اصل المسألة لم يظهر الا عن الفاضل القطيفي.

و لكن الظاهر من كلامه انه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم في الجملة، غاية الامر انه يلتزم باعتبار امر في خصوص مورد الجهل و

عدم الرضا، و عليه فلا تنافي بين كلمات الشيخ ره حيث نفى الخلاف في أول المسألة، و هنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيفي.

و الظاهر ان الشيخ فهم من كلامه انه يلتزم باشتراط الصحة بأمر لا يجامع العلم و الرضا كعنوان الخدعة، و لذا أورد عليه بان الغرر انما هو في النبوي بمعنى

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥٥

[...]

الخطر لا الخدعة، و يحتمل ان يكون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحية حق تسلم المبيع للمشتري، فإذا علم بعدم القدرة و اقدم على

المعاملة راضيا بها فقد أسقط حقه. و الجواب عنه: ان الشارع اعتبر القدرة و كون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط، غير ثابت، و الأصل يقتضى عدمه.

[المقصد الأصلي هو التسلم]

الرابع: الظاهر ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشترط الا بالتبع و انما المقصد الأصلي هو التسلم كما صرح به المصنف و غيره، و ذلك لان المستند لاعتبار هذا القيد إن كان نهى النبي عن الغرر، أو لزوم السفاهة مع عدمه، أو كونه اكلا للمال بالباطل فواضح. إذ لا غرر و لا سفاهة و لا أكل للمال بالباطل مع تمكن المشتري من التسلم. و ان كان لا تبع ما ليس عندك فالوجه فيه ان الظاهر بقريئة المناسبة بين الحكم و الموضوع كون القدرة على التسليم انما تعتبر من جهة الطريقة الى وصول المال الى صاحبه، و لا موضوعية لها، نعم إذا كان التسلم متوقفا على بذل المال، للمشتري الرجوع الى البائع فيه، لان ذلك وظيفته.

[لو لم يقدر على التحصيل الا بعد مدة]

التنبية الخامس: و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة فان كان التعذر أبدياً بطل البيع لما تقدم، و ان كان فى مدة يتسامح فيها صح، و ان كان فى مدة لا يتسامح فيها كسنة أو أزيد، فان كان مدرك اعتبار هذا الشرط النبوى: نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر. فالأظهر هى الصحة لما تقدم من انه فى صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر، و انما التزمنا بالبطلان فى صورة العلم بالعجز الى الأبد للأولوية غير الجارية فى الفرض، كما انه لا تكون هذه المعاملة سفهية و لا أكلا للمال بالباطل.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٥٦

[...]

و ان كان المدرك النبوى: لا تبع ما ليس عندك «١». تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة الا مع شرط تأخير التسليم الى ذلك الزمان، فانه حينئذ يكون قادراً حين الاستحقاق، و قد مر كفاية ذلك. و بذلك ظهر أن الشيخ ره يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قد سلم دلالة هذا النبوى على اعتبار هذا الامر، كما انه ظهر أن الأظهر هى الصحة على المختار. و ان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر. السادس:

هل الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية

. ملخص القول فى المقام: انه لا إشكال فى البطلان إذا لم يكن قادرا واقعا و كانا عالمين بذلك، كما لا إشكال فى الصحة إذا كانا عالمين بالقدرة و كان قادراً واقعاً. انما الكلام فيما إذا كانا عالمين بالقدرة و لم يكن كذلك، أو كانا جاهلين بها و كانت متحققه. فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهى النبي عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة فى الصورة الاولى، و البطلان فى الثانية، من جهة ان الغرر قوامه بالجهل. ففى الاولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطرية بخلاف الثانية.

و ان كان المدرك لا يتبع ما ليس عندك انعكس الامر كما لا يخفى، و حيث انهما معا عند الشيخ ره مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان فى صورتين.

فما افاده من البطلان فى الصورة الثانية لو تبين العجز، تام و لا يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهاني ره، نعم ما ذكره من الصحة فى تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ المعاملة بعد وقوعها باطله لا تصح بالتجدد.
و دعوى ان مدرك البطلان فى تلك الصورة لا يتبع ما ليس عندك و هو انما

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٥٧

[...]

يدل على عدم الصحة ما دام ليس عنده، فلو تجددت و صار مما عنده لا وجه للبطلان، مندفعه بان الشيخ و ان احتمل ذلك، لكنه لم يبين عليه كما يظهر من الفروع التى رتبها على ان القدرة المعتره هى القدرة حال الاستحقاق.

حكم ما لو كان الوكيل عاجزا و الموكل قادرا

التنبية السابع: قال الشيخ: ثم لا إشكال فى اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لاما إذا كان وكيلا ... إلخ.
أقول: لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا إشكال فى اعتبار قدرة نفسه، و لو كان العاقد غيره فان كان وكيلا فى اجراء الصيغه خاصة فلا اشكال فى ان العبرة بقدرة الموكل و لا اعتبار بقدرته، لأنه ليس ملزما بالتسليم، و يكون كالأجنى. نعم لو علم بقدرته و اعمال قدرته يكتفى بها لا من حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال فى يد المشتري الذى عرفت كفايته. و أما لو كان وكيلا مفوضا فى البيع و لوازمه، فلا اشكال فى الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد، و المناط فى رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم و مأمور بالوفاء بالعقد.

انما الكلام فى ما لو كان عاجزا و كان الموكل قادرا، فيه اقوال:

الأول: ما عن الشيخ ره و تبعه غيره، و هو: الاكتفاء بذلك.

الثانى: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو: عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب إليه العقد.

الثالث: ما اختاره العلامة الطباطبائي صاحب المصباح، و هو: الكفاية مع رضا

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٥٨

[...]

المشتري بالرجوع الى الموكل، و رضا الموكل برجوع المشتري إليه.

و الأظهر هو الأول، لان المناط هو ما يرتفع به الغرر، و هو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم، و فى الفرض كل من المالك و الوكيل ملزم به، فيكفى قدرة كل منهما فى رفع الغرر.

و استدلل للثانى: بان الوكيل الذى يستند إليه العقد ليس بقادر، و الموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب إليه، فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل، و حيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع.

و فيه: ان كلاً منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح، و هذا مما لا كلام فيه، و العقد الصادر من الوكيل إذا كان الموكل قادراً على التسليم صحيح لعدم الغرر و ارتفاعه بقدرته.

و بعبارة أخرى: مع قطع النظر عن نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر، هذه المعاملة صحيحة و مستندة الى كل منهما، فكل منهما موظف بالوفاء بها، و لا يلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

و استدلل للثالث: بان الموكل و ان كان أجنبياً عن البيع - و لذا لا يكفي قدرته فقط - لكنه مع التراضي و التزام الموكل لا غرر في البيع و ان كان الوكيل عاجزاً. و فزع على ذلك بطلان بيع الفضولي، فان قدرة العاقد لا تكفي لعدم الوكالة، و لا تراضي و لا التزام بين المشتري و المالك كي تكفي قدرته.

ثم أورد على هذا التفريع: بانه ربما يحصل للفضولي الوثوق بإرضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الإجازة المحققة لقدرته على التسليم، و القدرة على السبب قدرة على المسبب.

و أجاب عنه بوجهين:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٥٩

[...]

الأول: انه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الاذن للبيع، غاية الامر حصوله بالفحوى و شاهد الحال.

الثاني: ان صحه بيع الفضولي في هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها احد. و الشيخ ره بعد نقله ذلك قال: و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي ثم في تفريع الفضولي ثم في الاعتراض الذي ذكره ثم في الجواب عنه أولاً و ثانياً تأمل بل نظر.

أقول: اما وجه النظر في المبنى، فهو ما عرفت من ان الموكل ليس أجنبياً عن العقد و ملزم بالتسليم، و العلم بقدرته يكفي في ارتفاع الغرر، و الا - فمجرد التراضي لا - يوجب رفع الغرر. و اما وجه النظر في تفريع الفضولي، فهو: ان الفضولي اجنبي عن العقد، و لا يكون العقد تاماً و منتسباً الى مالكه الا بعد الإجازة، و لذا بنينا على كفاية القدرة حال الإجازة، و عدم اعتبار القدرة حال البيع. و اما وجه النظر في الاعتراض، فهو: ان قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطباً بلزوم التسليم.

و أما وجه النظر في الجواب الأول، فهو: عدم خروج المعاملة عن الفضولية بالوثوق بإرضاء المالك مع عدم كونه راضياً بالفعل.

و أما وجه النظر في الجواب الثاني: فلم يظهر لي، لان القائلين بصحة بيع الفضولي لم يقتصروا على هذه الصورة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٠

فلا يصح بيع الآبق منفرداً و لو ضم إليه غيره صح و لا الطير في الهواء

عدم إلحاق الصلح بالبيع

التنبيه الثامن: و حيث عرفت اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع ف اعلم: انه لا يصح بيع الآبق منفرداً و ان كان انه لو ضم إليه غيره صح بلا - خلاف فيهما. و لا يهمننا البحث في ذلك لعدم الموضوع، و انما نتعرض لخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها المصنف ره، قال: و لا الطير في الهواء، و الشيخ الأعظم ره و سائر الأساطين، و ان لم تكن مربوطة ببيع الآبق بل هي من تذييلات و فروع المسألة المتقدمة، و هي مسائل.

الاولى: انه لا يختص اعتبار القدرة على التسليم بالتمثن، بل هو يعتبر في الثمن ايضاً لاشتراك الادلة بينهما، فكما انه من عدم احراز

القدرة على تسليم المثلث يلزم الغرر، كذلك يلزم الغرر من عدم احراز القدرة على تسليم المثلث.
الثانية: فى إلحاق سائر المعاملات بالبيع، والكلام تارة: فى غير الصلح، و اخرى: فيه. اما فى غير الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهين:
أحدهما: ان الاستفادة من نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر بمناسبة الحكم و الموضوع ان الموجب للبطلان هو الغرر من حيث انه غرر بلا خصوصية للبيع.

ثانيهما: ما أرسل عن النبى صلى الله عليه وآله انه نهى عن الغرر «١»، المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب لاستدلالهم فى جميع المعاوزات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة و غيرها، بل فى غير المعاوزات كالوكالة بذلك.

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦- مسألة بيع الطير فى الهواء- و نحوه عن الشهيد- و سبقهما الشيخ فى الخلاف.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٦١

[...]

و اما فى الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها، و ذلك لوجهين:

الأول: ان دليل الغرر انما يكون حاكما على ادلة المعاملات التى لها صنفان غررى و غير غررى، و اما الصلح الذى ليس له صنفان- بل هو بطبعه مبنى على المسامحة و المسالمة و التجاوز من جهة ان الغرض فيه ليس متقوما بالمبادلة و المقابلة- فلا يكون دليل الغرر حاكما عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.

الثانى: صحيح محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام): انه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولى ما عندى، فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما «١». فانه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة للغرر، و هو و ان لم يصرح فيه بإرادة الصلح من تلك المعاهدة، الا انه محمول عليه بقرينة فهم الأصحاب.

بيع الضال و المجهود و المغصوب

الثالثة: ان مقتضى نهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر «٢»، عدم جواز بيع الضال و المجهود و المغصوب كما افتى به جماعة. و بعبارة اخرى: مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه، و ما تعذر بواسطة الغير و عن جماعة: الجواز، و استدلال له بوجوه:

(١) الوسائل- باب ٥- من أبواب احكام الصلح حديث ١.

(٢) ص ٣٤١

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٣٦٢

[...]

أحدها: انه بالفحص عنه اما ان يحصل فى يده أو ييأس منه. فان حصل، و الا فهو فى حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من أصله الموجب لرجوع المثلث الى صاحبه، فهذا البيع مأمون العاقبة من الخطر. و اما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد اقدم عليه، و جهالته غير مضره خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

و فيه: أولاً: انه مع عدم الحصول لا يحرز اليأس دائماً، بل ربما يرجى حصوله.
و ثانياً: ان كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت.
و ثالثاً: ان الحكم بالانفساخ مرتب على العقد الصحيح، فلا يمكن تصحيح العقد به.
و رابعاً: انه الخطر من حيث الغرض المعاملى على حاله لا يرتفع بالانفساخ.
ثانيها: انه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر، فالصحة تكون مراعاةً بالتسليم، فان تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به فيها و الا تخير بين الفسخ و الإمضاء فلا غرر.
و فيه: أولاً: ان الخيار مرتب على العقد الصحيح، فلا يعقل تصحيح العقد به.
و ثانياً: ان الغرر من ناحية الغرض المعاملى لا يرتفع بذلك.
ثالثها: ان له شرط الخيار برد الثمن أو مثله إذا لم يحصل المبيع فى يده الى ثلاثة ايام.
و فيه: أولاً: ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه فى العقد الصحيح، فلا يصحح العقد به.
و ثانياً: ان الغرر الناشئ من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع بذلك.
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٣
و كل بيع فاسد فانه مضمون على قابضه

رابعها: ان له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البائع من تسليم المبيع، فلا خطر.
و فيه: - مضافاً الى ما تقدم- ان الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مالكا له لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه. فالأظهر هو فساد بيعه.

الرابعة: المشهور بين الأصحاب انه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفرداً لا يجوز بيعه منضمماً بغيره. و عن ظاهر الانتصار: جوازه. و يشهد للأول: ان بيع المجموع من مقدور التسليم و غيره فى صفقة واحدة غررى. و ما عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلك، ضعيف، و أضعف منه الاستدلال بالنص الوارد فى بيع العبد الآبق الدال على جوازه مع الضميمة، إذ المناط غير محرز، و التعدى يحتاج الى دليل.
ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

المقصد الخامس: فى بيان حكم المقبوض بالعقد الفاسد

إشارة

. و قد طفحت عبارات القوم بان كل بيع فاسد لو قبض المشتري به، فانه لم يملك بلا خلاف، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه. و الوجه فيه واضح، لان ذلك مقتضى فرض الفساد، و تترتب عليه امور:
الأول: انه لا- يجوز له التصرف فيه، و هو مضمون على قابضه كما هو المعروف، و عن شيخ الطائفة فى باب الرهن و فى موضع من البيع، و الحلّى فى موضعين من السرائر، و المصنف فى التذكرة و المختلف، و غيرهم فى غيرها: دعوى الإجماع عليه.
و ليعلم ان محل البحث فى المقام انما هو فى فرض التلف، و اما فى فرض الإلتلاف
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٤

فلا أظن توهم الخلاف في الضمان، من جهة قاعدة من أتلف.

و كيف كان: فالكلام في موردين:

(١) في الحكم التكليفي، و هو جواز التصرف و عدمه.

(٢) في الحكم الوضعي.

اما الأول: فان كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد العقد- كما لو علم بالفساد و سلطه عليه كذلك- فلا اشكال في جواز التصرف. و ان لم يكن راضيا بالرضا الفعلي و لكن كان راضيا بالرضا التقديري، بمعنى انه لو كان عالماً بالفساد و ان المال ماله كان راضياً بالتصرف فيه، جاز التصرف بناءً على كفاية الرضا التقديري في حليّة التصرف. و الا فلا يجوز لما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه «١».

و دعوى ان فساد المعاملة لا- يوجب زوال الاذن و الرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لان الجنس لا يتقوم بفصل خاص، فاسده، فان الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتياز. فإذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة اثر- و المفروض انه ليس هناك رضا آخر- فلا مورد للقول بالجواز.

و أما الثاني: فقد مر في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة و ما يرد عليه، و انما الكلام في المقام في انه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامناً لو تلف ام لا. المشهور بين الأصحاب هو الأول، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

(١) راجع الوسائل باب ٣- من أبواب مكان المصلى و المستدرک ج ١ ص ٢١٢ و فروع الكافي ج ١- ص ٤٢٦- و الاحتجاج ص ٢٦٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروماني)، ج ١٦، ص: ٣٦٥

[...]

و استدلل له في المكاسب بوجهين: الأول: النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدى «١». و هو و ان كان ضعيف السند الا انه لاعتماد الأصحاب عليه و استدلالهم به لا- مجال للمناقشة في سنده، و انما المهم دفع ما أورد على الاستدلال به، و هو انما يكون أمرين: الأول: ان كلمة على ظاهرة في الحكم التكليفي، من جهة ان ظاهر كلمة على هو الاستعلاء، و الاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف اقرب الى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة الى الوضع.

و يمكن الجواب عنه بوجوه: منها ان حمله على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغواً و يقدر يجب نحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.

و منها: انه يستدعى تقدير فعل من الافعال من قبيل رده أو حفظه، و هذا التقدير ايضا خلاف الظاهر.

و منها: ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية، إذ يكون مفاده حينئذ انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديداً للموضوع، و هو بعيد في الغاية، و لا يناسب ايضا ارادة دفع البدل، إذ مع إمكان الغاية لا يجب دفع البدل، و مع عدم إمكانها لا غاية كى يفى بها. فالمتعين حمل الحديث على الوضع.

ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة و هو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتاجر المنسوب الى المشهور، ام هو بمعنى دخول المأخوذ في العهدة و للعهد آثار تكليفية و وضعيه من حفظه و أدائه مع التمكن و أداء بدله لو تلف

(١) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٦

[...]

كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان: أقواهما الثاني، لان ما قبل الغاية من جهة كون مغياً بالأداء لا بد و ان يكون امراً ثابتاً فعلياً مستمراً الى ان يتحقق الأداء، وهذا ينطبق على الوجه الثاني. و اما على الوجه الأول فلا امر مستمر الى حال الأداء ما لم يتلف.

الإيراد الثاني: ما عن المحق النائيني ره، و هو: ان الأخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر و الغلبة كما تشهد به موارد استعماله- لاحظ قوله تعالى: وَ كَذَلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذْ أَخَذَ الْقُرَىٰ ﴿١﴾ و قوله: لَأَخْذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ ﴿٢﴾ و قوله تعالى: فَأَخَذْنَا مِنْهُمُ أَخْذًا عَزِيزًا مُّقْتَدِرًا ﴿٣﴾ و غير ذلك من موارد استعماله. و عليه فيختص الحديث بصورة الغضب و لا يشمل غير ذلك المورد من موارد اذن المالك الحقيقي و تسليط المالك ماله للمشتري.

وفيه: ان الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كما عن عن قهر و غلبه ام لم يكن، و استعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة و القهر كثير، لاحظ قوله تعالى: خُذِ الْعَفْوَ ﴿٤﴾ و قوله عز اسمه: خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ﴿٥﴾ و قوله (عليه السلام): خذها فاني إليك معتذر. و غير ذلك من الموارد.

فتحصل: ان الحديث يدل على الضمان في مطلق الموارد.

قال الشيخ ره: و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير

(١) هود الآية ١٠٢.

(٢) الحاقة الآية ٤٦.

(٣) القمر الآية ٤٢.

(٤) الأعراف الآية ١٩٩.

(٥) التوبة الآية ١٠٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٧

[...]

بل المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز و الشعور.

و يرد عليه: انه يتم على القول باستقلال الاحكام الوضعية في الجعل، و اما بناءً على مسلكه قده من انها منتزعة من الاحكام التكليفية في موارد ما فلا يتم كما لا يخفى.

و ما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: و يمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه لو أريد من الجملة الإنشاء و الجعل، و اما لو أريد منه الاخبار بالتعهد، و ان الأخذ متعهد بما اخذه، و انه يثبت عليه و يتوجه إليه تمام ما في المأخوذ من التكاليفات و الخسارات المتوجهة طبعاً الى مالكة، فلا يلزم شيء، و يكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف. يرد عليه: - مضافاً الى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة كونها في مقام الإنشاء لا الإخبار- ان الامر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلاً و تقديرًا، فإذا لم يكن بالنسبة الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.

و أما ما افاده في رسالته الاستصحاب بما حاصله: ان ضمان الصغير حكم وضعي ينتزع من الخطاب المتوجه إليه بعد صيرورته بالغاً بان يغرم ما أتلّفه في حال صغره فيرد عليه: ان فعلية الامر الانتزاعي مع كون منشأ انتزاعه امراً استقبالياً لا تعقل.

الوجه الثاني: الرواية الشريفة الواردة في الامّة المتباعدة إذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتري، الدالة على انه يأخذ الرجل ولده بالقيمة «١». بدعوى انها تدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فتدل بالأولية على ضمان العين في صورة التلف.

وجه الأولوية: ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الأعيان، فإذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتأصلة أولى بذلك.

وفيه: انه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة و كان اللقاح من الرجل، أو قيل

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٨

[...]

بان الولد ينعقد رقاً و يصير حراً بالولادة، يكون: ذلك إتلافاً حقيقة، و الضمان في صورة الإتلاف مما لا كلام فيه. و اما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل و انه ينعقد رقاً، فمن حيث أخذ الولد منها حراً و ان كان لا إتلاف و لا استيفاء للمنفعة، الا انه من حيث اشغال الرحم بتربية ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم، و لا أقل من كونه إتلافاً، فإنها كانت مستعدة لانماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطفته.

و عليه فإذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبداً محضاً و تم استدلال الشيخ به، و اما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك فلا يتم، و لا يبعد دعوى ظهوره في الثاني، و لا أقل من الإجمال.

فتحصل: انه لا يصح الاستدلال به من جهتين، ثم انه في مورد الخبر لأبد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطء ايضاً، فانه منفعة استوفاه عن ملك الغير.

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

إشارة

و في مفتاح الكرامة نسب الى الأصحاب انهم استدلوا له مضافاً الى ما تقدم بالقاعدة المشهورة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و في الجواهر بالنسبة الى الجملة الاولى انه يظهر من بعضهم الإجماع عليها.

و في المكاسب: ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده و هذه القاعدة أصلاً و عكساً و ان لم أجدها بهذه العبارة. في كلام من تقدم على العلامة، الا انها تظهر من كلمات الشيخ في المبسوط. انتهى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٦٩

[...]

و كيف كان: فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا و عكسا، ثم بيان المدرك فيها، فلا بد من البحث في مقامين:
الأول: في الأصل، و الكلام فيه في جهات:

الأول: في معنى الضمان، فعن بعض الأساطين تفسيره بكون تلفه عليه و انه يتلف مملوكا له.

و فيه: انه لا- دليل و لا- وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف في يده الا- بناءً على القول بكون أداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية الشرعية، و ستعرف ما في المبني، مع ان الإنسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفة و لا يكون ذلك خسارة عليه و ان كان خسارة منه. و في المكاسب تفسيره بكون المال متداركا بالعوض بمعنى كون خسارته و دركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه.

و يرد عليه: أولا: ان هذا لا يناسب معنى الضمان الذي هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة و المتفاهم العرفي.

و ثانيا: ان لازم هذا المعنى عدم فعليّة الضمان قبل التلف في العقود الفاسدة.

و ثالثا: ان الثابت في العقود الصحيحة التملك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض، فليس عنوان الدرك و التدارك في الصحيح.

و رابعا: ان التلف لا دخل له في الضمان في الصحيح، و انما تمام الموضوع فيه هو العقد.

فالحق في معنى الضمان ان يقال: ان المراد به في الجملتين هو المراد به في سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، و هو التعهد المالي. ففي العقود الصحيحة يكون هذا المعنى - اي تعهد كل منهما مال صاحبه بتسيب من المتعاقدين مع إضاء الشارع - و في العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع، فالضمان في

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٠

[...]

الجملتين أريد به التعهد المالي.

الجهة الثانية: في ان عموم العقود هل هو انواعي، أو اصنافي، ام افرادي؟.

أقول: ظاهر العموم و ان كان هو الأخير - كما هو الشأن في كل طبيعة واقعة في متلو اداء العموم كقوله (عليه السلام) كل شيء طاهر، أو كل مسكر حرام و ما شابههما - الا ان ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وجود الفردين في ما هو الموضوع لهذا الحكم، و لو حمل العام على الافرادى تعين حمل الصحيح على الفرض و التقدير فيقال: ان هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به، فكذلك في هذا الفرض، و هو خلاف الظاهر.

فما احتمله صاحب الجواهر من كون العموم إفراديا ضعيف، فيدور الامر بين كونه انواعيا أو اصنافيا، و الأظهر هو الثاني، إذ لو كان انواعيا حيث انه قد يتفق في نوع واحد ما يضمن بصحيحه و ما لا يضمن به كالعارية فان في عارية الذهب و الفضة ضمان دون عارية غيرهما، و كالصلح فانه ربما يكون معاوضيا و ربما لا يكون كذلك فلا يفيد سوى الإبراء و التمليك المجاني، فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجبا للضمان، فلا بد من البناء على عدم الضمان في الافراد الفاسدة منه مطلقا و هو مما لا يمكن الالتزام به.

و ان شئت قلت: انه مع وجود القسمين في نوع فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحه، أو ما لا يضمن به. و بعبارة ثالثة: ان ظاهر الجملة اتحاد القسمين في جميع ما يعتبر في الضمان و عدمه الا في الجهة الموجبة للفساد، فيتعين كون العموم اصنافيا.

قال الشيخ ره: ثم المتبادل من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة اشكال انتهى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧١

[...]

أورد عليه السيد ره: بان العقد مع الشرط و مجرداً عنه صنفان متغايران، و بعد ارادة الصنف من مدخول كل لا يبقى اشكال فى ان المراد أعم من ان يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط.

وفيه: ان الشرط تارة يكون مؤثراً فى اقتضاء العقد للضمان- و بعبارة اخرى: يوجب ضمان متعلق العقد، كما فى العارية المضمونه، فان الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان- و اخرى لا يكون كذلك، بل يوجب الضمان فى غير متعلق العقد كما لو استأجر اجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط، فان متعلق العقد هو المنفعة دون العين. ففى الأول يتم ما ذكره المحشى و لا يتم فى الثانى كما لا يخفى.

الجهة الثانية: فى بيان معنى الباء فى بصحيحه و بفساده.

م احتمالات الباء فى المقام ثلاثة: السببية التامة، السببية الناقصة، الظرفية. لا سبيل الى الالتزام بالأول، لأنه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان الا بعد القبض كما فى باب الصرف و السلم، فىكون القبض جزء العلة.

و أما الثانى: فالالتزام به فى بصحيحه و ان كان لا بأس به الا انه لا يتم فى بفساده، إذ فى العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، و قد ذكر الشيخ وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان: الأول: ان العقد منشأ و سبب للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان، فهو سبب للسبب.

وفيه: ان سبب السبب و ان كان سبباً الا ان ذلك فيما إذا كانت السببية فى المورد من سنخ واحد تكوينية أو تشريعية، و اما إذا كانت فى أحدهما تكوينية و فى الأخر تشريعية فلا يصح هذا الإطلاق كما لا يخفى، و المقام كذلك، فان سببية العقد الفاسد للقبض ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان. و ان شئت قلت: ان

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٤، ص: ٣٧٢

[...]

الظاهر من هذه الجملة ان السببية المترتبة من هذه القاعدة هى الشرعية لا الخارجية.

الثانى: ان العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

وفيه: ان الموجب للضمان هو القبض، و السببية المشار إليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما ان الظاهر بقريته وحدة السياق ارادة شىء واحد من كلمة الباء، فيتعين حملها على ارادة الظرفية، كما فى قوله تعالى: **وَلَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ بِبَدْرٍ** (١) و قوله: **نَجَّيْنَاهُمْ بِسَحَرٍ** (٢) و غير ذلك من الاستعمالات.

مدرک قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

. الجهة الرابعة: فى مدرک هذه القاعدة و قد ذكر له وجوه: الأول: الإجماع.

وفيه: انه لو تم الإجماع حيث انه غير تعبدى لمعلومية مدرک المجمعين فلا يعتنى به.

الثانى: اقدام الأخذ على الضمان، و هو و ان دخل على ان يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، لكنه إذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة.

و اورد عليه الشيخ ره بايرادات: منها: انه ربما يكون الاقدام موجوداً و لا ضمان كما قبل القبض.

وفيه: ان الضمان فى الصحيح ضمان بالمسمى، و هو متحقق قبل القبض، و انما يكون التلف من مال بائعه لما دل على ذلك من جهة

انفساخ العقد بالتلف أو من جهة

(١) آل عمران آية ١١٩.

(٢) القمر آية ٣٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٣

[...]

الشرط الارتكازى الضمنى، و هو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. و على اى تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود. و منها: انه ربما لا يكون الاقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا قال بعتك بلا ثمن، و كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري.

و لكن يرد على النقض الأول: ان المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع الا بان يقصد ذلك بقوله بعتك، و قوله بلا ثمن يكون إسقاطاً للعوض و ابراءً لذمة المشتري، فان قوام البيع و حقيقته انما يكون بجعل المال بإزاء الثمن، فيكون هذا الكلام من الأغلاط و ذكر المتناقضين، و ان قصد البيع بقوله بعتك خاصة فقد أقدم على الضمان، و ان قصد به التمليك فهو هبة، إذ التمليك بلا عوض هو الهبة. و عليه فان صح إنشاء عقد بالألفاظ الموضوعه لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة، و الا ففاسدة. فعلى جميع التقادير لا يصح هذا النقض.

و يرد على الثانى: ان الاقدام على الضمان المعاوضى موجود، و كذلك الضمان، غاية الامر هناك شرط لضمان البائع المبيع. و منها: انها انما أقدمت على ضمان خاص لا الضمان بالمثل او القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى. و اورد عليه المحقق الخراسانى ره على ما نسب إليه: بأنهما انما أقدمتا على اصل الضمان فى ضمن الاقدام على ضمان خاص، و الشارع انما لم يرض الضمان الخاص لا أصله.

و فيه: ان الاقدام الموضوع للأثر هو الاقدام القصدى لا القهرى، و معلوم

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٤

[...]

ان ما تراضيا عليه و قصده هو الضمان بشىء خاص، و هذا لا ينحل الى التراضى بمطلق الضمان، و كونه بشىء خاص، فلا يكون الاقدام على الضمان بالمسمى اقدا ما على مطلق الضمان.

فالأولى: ان يورد على الشيخ ره: بان ما ذكره أخص من المدعى، إذ ربما يكون المسمى مقداراً كلياً منطبقاً على القيمة الواقعية، و ربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية. و فى هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذى يحكم بثبوتها.

و منها: انه لا دليل على سببية الاقدام للضمان، و هذا هو الحق فى الجواب عن هذا الدليل.

الثالث: خير على اليد المتقدم «١». و قد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة و دلالة على الضمان ظاهرة.

و اورد عليه: بان مورده مختص بالأعيان و لا يشمل المنافع و الأعمال المضمونة فى الإجارة الفاسدة.

وجه الاختصاص بها أمران: أحدهما: ما افاده الشيخ فى الامر الثالث، و هو عدم صدق الأخذ بالإضافة الى المنافع.

و فيه: انه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجرحه الخاصة، و الا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار و العقار، فلا محالة يكون

الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء، و التعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازماً غالباً له، و الأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة الى المنافع، إذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين، و ان لم يستوف المنفعة و لم تكن العين مضمونة، فان المنفعة هي قابلية العين

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٥

[...]

للكوب و للسكنى مثلاً، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو عدم صدق التأديء في المنافع، فان ظاهر قوله حتى تؤدي كون عهده المأخوذ بأداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها. و لا يمكن دفعه بان المنفعة و ان كانت تدريجية الوجود الا انها واحدة وجوداً فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد و الأداء بأداء طرفه الأخر، لان المقصود اثبات ضمان المنافع، و هذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى. كما انه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضمان المأخوذ غير المؤدى، إذ الظاهر منه ما كان من شأنه ان يؤدي بعد اخذه.

و فيه: ان الغاية في الخبر ليست أداء شخص ما أخذ و الا بقى الضمان في صورة التلف و أداء العوض لعدم تحقق أداء الشخص، بل المراد منها أعم من أداء الشخص و أداء العوض غاية الامر يكون بنحو الطولية، فإذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الا بأداء شخصها، و في صورة التلف يرتفع بأداء عوضها، و المنافع و ان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها.

هذا كله مضافاً الى انه يمكن ان يقال: انه و ان اختص مورد الخبر بالأعيان و لا يشمل المنافع، الا ان أخذ العين له احكام منها ضمان منافعها.

فتحصل: ان الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله (عليه السلام): لا يحل مال

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٦

[...]

امرئ مسلم الا عن طيب نفسه «١». و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: حرمة ماله كحرمة دمه «٢». و قوله: لا يصلح ذهاب حق احد «٣». و تقريب دلالة حديث لا- يحل: ان الحلال هو ما لا- تبعه له، فإذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. و إذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه ما لا خساره من قبله، فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعه و خساره و عوض.

و فيه: أولاً: ان ظاهر هذا التركيب في نفسه ارادة الحلية التكليفية، و يقدر التصرف كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ «٤» و قوله عز و جل: أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ* «٥». و غيرهما.

و ثانياً: ان حمل الحلية على الوضعية لا- يلائم مع حرف المجاوزة في قوله الا عن طيب نفسه، فان ظاهره صدور شيء عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا.

و ثالثا: ان الحديث لو دل على الضمان فإنما هو بالنسبة الى المنفعة التي استوفيت، و لا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة، و العمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسبب من المستأجر، فإنها غير مربوطة بالمستأجر حتى

(١) بمضمونه اخبار- في الوسائل باب ٣- من أبواب مكان المصلى- و المستدرک ج ١ ص ٢١٢- و فروع الكافي ج ١- ص ٢٢٦- و الاحتجاج ص ٢٦٧.

(٢) الوسائل- باب ٣- من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٣) الوسائل- باب ٤٠- من أبواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.

(٤) النساء الآية ٢٣.

(٥) المائدة الآية ٤ و ٥.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٧

[...]

يشملها الحديث الشريف.

و رابعا: انه لا يشمل عمل الحر بناءً على ما تقدم منه في أول كتاب البيع من التأمل في صدق المال عليه. و أما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به: ان الحرمة انما نسبت الى المال، و ظاهر ذلك ارادة المال من حيث انه مال، و احترامه كذلك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالياً بتداركها، فعدم تدارك ماله معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماله رده أو رد عوضه لو تلف.

و فيه: أولاً: ان ظاهر الخبر- و لو بقرينة السياق- ارادة الحرمة التكليفية منه، فان قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و اكل لحمه من معصية الله فيكون المراد من حرمة ماله- بواسطة تنظيره بحرمة دمه- شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر.

و ثانياً: انه ايضا لا يشمل المنافع غير المستوفاة و العمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه الى المستأجر.

و ثالثاً: ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكته، و هي لا تقتضي أزيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف.

و رابعا: انه لا يشمل عمل الحر بناءً على عدم كونه مالا.

و اما حديث لا- يصلح ذهاب حق احد فهو لا يدل على الضمان. لان الكلام انما هو في ثبوت الحق في المقام، و الحكم لا يصلح لإثبات موضوعه.

الخامس: قاعدة نفى الضرر، بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضررى على المالك فينتفى لحديث نفى الضرر «١»، فيحكم بالضمان.

(١) الوسائل- باب ١٢ و ٧- من أبواب كتاب احياء الموات و باب ٥- من أبواب كتاب الشفعة و باب ١- من أبواب موانع الإيرث و غيرها من كتب الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٨

[...]

و لكن بعد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما الشيخ ره في محله، و عليهما يبتنى الاستدلال في المقام: أحدهما: ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية المجعولة، بل كل ما هو من الإسلام وجودياً كان أو عدمياً. ثانيهما: ان مدلول حديث لا ضرر نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئاً من متعلقه ام كان ناشئاً من نفسه، كلزوم البيع الغبني انه لا يصح الاستدلال به في المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، و ان الضرر يكون منفيًا في عالم التشريع، و لا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر احد في تجارته مثلاً لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، و هذا من الواضح بمكان.

و في المقام إذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفى الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك، مع ان الحديث لو كان مثبتاً للزوم التدارك لما كان وجهه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به و لا- إتلافه، فليكن سد ضرره من بيت مال المسلمين. فالأظهر ان قاعدة نفى الضرر ايضاً لا تنفي بإثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد، و هو انما يختص بالأعيان و المنافع، و لا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى.

و هل هناك فرق بين العلم بالفساد و الجهل به ام لا؟.

أقول: الصور المتصورة اربع: علمهما بالفساد، و جهلها به، و علم الدافع مع جهل القابض، و العكس.

و الاشكال انما هو في صورتين منها، و هما: علم الدافع و جهل القابض، و علمهما به. و في الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص بها، اما الاشكال المشترك فهو: ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة دفعه تسليطاً مجاناً و امانة مالكية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٧٩

[...]

و فيه: انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذي بنى عليه تشريعاً. و بعبارة اخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث في المقام، و اما إذا سلطه مجاناً فلا كلام في عدم الضمان.

و أما الاشكال المختص فهو: ان الدافع إذا كان عالماً بالفساد و القابض جاهلاً به لا محالة يكون الدافع غاراً و القابض مغروراً، فلا يكون ضامناً لقاعدة الغرور.

و فيه: ان القابض انما قبضه لا مجاناً بل مع العوض و اقدم على ذلك، فلا يكون مغروراً.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

المقام الثاني: في عكس القاعدة، و هو: ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و الكلام فيه في مواضع:

الأول: ان الكلام في مواد القضية هو ما تقدم في اصل القضية، الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظ الباء في هذه القاعدة انها لو كانت للسببية. لم تجد هذه القضية للحكم بعدم الضمان في شيء من الموارد، إذ هي انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، و لا ينافي ذلك اقتضاء اليد أو غيرها للضمان، فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثاني: في مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ في المبسوط: الاستدلال لها: بان الضمان لأبد و ان يكون لإقدام الأخذ، أو لحكم الشارع به، و العقد الصحيح الذي ليس فيه اقدم على الضمان و لا حكم الشارع به فيه فالفساد منه ايضاً كذلك فانه

]...[

ليس فيه اقدم، و لا حكم للشارع فيه. اما الأول: فواضح، و اما الثاني: فلان حكمه به مع عدم التعبد الشرعي الخاص به لأبد و ان يكون من جهة إمضاء ما يقتضى الضمان المفقود في المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

و لكن هذا الاستدلال مبني على مسلكه في الضمان في فاسد العقود التي يضمن بصحتها من التمسك بقاعدة الاقدام، و اما بناءً على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال اجنبي عن المقام.

و ظاهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح و الفاسد، و قوله فكيف بفاسده أريد به التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول، لا بالأولية كما فهمه الشيخ الأعظم ره. ثم انه على فرض ارادته الأولوية، مراده أولوية الفاسد بعدم الضمان من صحيحه لا أولوية فاسد ما لا يضمن بصحته من فاسد ما يضمن بصحته كما هو ظاهر توجيه الشيخ ره.

استدل الشيخ الأعظم ره على عدم الضمان في غير التمليك بلا عوض - اعنى الهبة - في مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له ان يتهمه «١».

وحاصله: ان حقيقة الاستئمان المالكى هي التسليط عن الرضا مجانا الموجود في فاسد العقود التي لا يضمن بصحتها. و استدلاله في الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الاستئمان «٢»، فان استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه

(١) الوسائل باب ٤ - من أبواب كتاب الوديعة.

(٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب العارية.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨١

]...[

مجانا عدم ضمانه بطريق اولي. و لمن تأخر عنه في كل من الموردين كلام.

اما المورد الأول: فأورد عليه المحقق الإيرواني: بان تسليط المالك ان وقع بزعم صحة المعاملة و مقيدا بها ثم ظهر عدم الصحة لم يكن هناك واقعا تسليط منه، فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان.

وفيه: ان حقيقة الاستئمان كما عرفت هي التسليط عن الرضا، و حيث ان دفع ما وقع عليه العقد في هذه الموارد ليس عن اللابدية فلا محالة يكون دفعه المال تسليطاً عن الرضا، و ان وقع باعتقاد صحة المعاملة.

و أما المورد الثاني: فقد أورد عليه المحقق الخراساني: بان الأولوية انما تكون فيما إذا لم يكن هناك إتلاف، و الا فالضمان ثابت في الأصل، مع انه في المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا.

أقول: الظاهر ان مراد الشيخ ره انه في الأصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونة و المالك سلطها عن الرضا، غاية الامر بما انه في تلك الموارد لا - إذن و لا - رضا في التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، و هذا بخلاف الهبة، فانه في ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه.

و وجه الأولوية انه في تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا، و في الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه و وصلها بالموهوب له.

فتحصل: ان ما افاده الشيخ ره حق لا ريب فيه.

و يمكن ان يستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه بوجهين آخرين: أحدهما: السيرة العقلانية على عدم الضمان في العقود المتضمنة للتسليط المجاني، و هي تخصص قاعدة اليد، و لا تصلح هي ان تكون رادعة عنها بعمومها كما حقق في الأصول.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٢

[...]

الثاني: انصراف الحديث عن اليد المستندة الى التسليط المجاني، و لعل وجهه ان قاعدة اليد انما تكون عقلانية ممضاة شرعا لا تعبدية صرفة، و هي انما تكون لأجل احترام المال، و لا ريب في سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا. فإذا لا ينبغي. التوقف في عموم هذه القاعدة. نعم يختص ذلك بما إذا كان التسليط المشار إليه باقيا الى حين التلف أو الإتلاف، فلو وهب ماله لذي رحمه بهبه فاسدة و اعتقد صحتها و لم يكن راضيا ببقاء الموهوب تحت يده و لا يسترده لاعتقاد لزومها، لا إشكال في الضمان في صورة التلف و الإتلاف لعموم قاعدتي اليد و الإتلاف و عدم المخصص.

الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها

الثالث: في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة أصلا و عكسا فيها:

منها ضمان العين المستأجرة، فان الإجارة الصحيحة لا توجب ضمانها، مع ان فاسدها يوجب الضمان.

الكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في انه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة ام لا؟.

الثاني: في انه هل الضمان ثابت ام لا؟.

اما الأول: فقد أفاد الشيخ ره في وجه عدم كونه نقضا: بان المراد بالمضمون مورد العقد، و مورده في الإجارة المنفعة، و العين في

حكمها يرجع الى القواعد. فإذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضا لها.

و اورد عليه المحقق الخراساني ره: بان حقيقة الإجارة جعل العين في الكراء

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٣

[...]

و ملك المنفعة لازمها الغالبى، و الا فرما تقتضى ملك العين كإجارة الشاء فإنها تقتضى ملك لبنها، فمورد عقد الإجارة هو العين لا المنفعة.

و لكن يمكن دفعه: بان كون مورد العقد هو العين أو المنفعة اجنبى عما هو الميزان و الملاك للقاعدة، فان الضابط هو ان العقد الصحيح إذا أوجب الضمان المعاوضى ففي الفاسد منه ضمان الغرامة، و إذا لم يكن في صحيحه الضمان من ناحية العقد ففي فاسده ايضا لا ضمان، و الإجارة انما توجب الضمان بالإضافة الى المنفعة، و ان كان مورد العقد العين، و لا نظر لها الى العين، و لا تكون مقتضية بالقياس إليها إثباتا و نفيا. و عليه فما افاده الشيخ ره متين.

و أما المورد الثاني: فقد اختلفت كلماتهم فيه، و ملخص القول فيه: انه في الموارد التي لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر

على العين كالدابة حيث انه لا- يتوقف استيفاء المنفعة منها و هي الركوب على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق لا يكون ضمان، إذ بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين امانة مالكية لما تقدم من ان حقيقة الاستئمان المالكى التسليط عن الرضا.

و أما فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط، فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال فى عدم الضمان ايضا من جهة الأمانة المالكية، و ان لم يكن باقيا فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين لكون الإجارة مبنية على عدم الضمان، و مع هذا التبانى و اسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فإذا لا دليل على الضمان و الأصل عدمه، بل يمكن الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك، فالأظهر عدم الضمان على

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٤

[...]

جميع التقادير.

و قد استدلل للضمان بوجهين ذكرهما الشيخ ره فى المكاسب (الأول): ان دفع المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه، و المفروض عدم الاستحقاق، فیده عدوان موجبة للضمان.

و فيه: ما عرفت من انه فى بعض الموارد تكون يده يد أمانيه لا عدوانيه، و فى بعضها الأخر لا تقتضى الضمان لانصراف حديث اليد و بناء العقلاء. و بذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثانى، و هو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد.

و منها: الصيد الذى استعاره المحرم من المحل، بناءً على فساد العارية، فان المنسوب إليهم ضمان المحرم بالقيمة، مع ان صحيح العارية لا يضمن به.

أقول: لا بد أولا من الإشارة الإجمالية الى حكم المسألة، ثم ملاحظة انه هل يكون نقضا على القاعدة. ام لا.

اما الجهة الاولى: فمجملة القول فيها: انه ان قلنا بعدم حرمة إمساك الصيد للمحرم و ان المحرم هو حدوث ذلك لا إبقائه، فلا اشكال فى صحة العارية و عدم الضمان الا مع الإلتلاف، و الابقاء على وجوب رده الى مالكة تقديما لحق المخلوق على حق الخالق أو مع الفداء جمعا بين الحقيين، فلا- وجه للضمان، لان العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الاستئمان المالكى، و المفروض عدم وجوب الارسال، فلا يتوهم الضمان من ناحيته.

و أما ان قلنا بوجوب الارسال فلا كلام فى الضمان، و كذا بعد الارسال إذا عد تلفا عرفا.

و أما قبله فقد نسب الى المشهور الضمان من حين وجوب الارسال، و استدلل له بوجهين: الأول: ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكة بالعارية

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٥

[...]

و الا لزم التصرف فى مال الغير من غير اذنه، فيشمله ما دل على ان من أ تلف مال الغير فهو له ضامن، إذ لا فرق فى هذه الكبرى الكلية بين إلتلاف العين و إلتلاف ملكيتها مع بقاءها، فتكون القيمة ثابتة من حين العارية. و لعله الى هذا نظر الشيخ ره حيث قال: ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هى القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذى هو سبب ل ضمان ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التلف.

و في كل من الصغرى و الكبرى نظر:

اما الاولى: فلان التمسك بأصالة العموم انما هو فيما إذا احرز الفردية للعام و شك في شمول حكمه له، كما لو علم عالمية زيد و شك في وجوب إكرامه، فيتمسك بعموم أكرم العلماء لوجوبه. و اما لو احرز الحكم و شك في فرديته للعام، كما لو علم عدم وجوب إكرام زيد و شك في انه عالم فيكون عموم أكرم العلماء مخصصا، أو غير عالم، فليس هناك تخصيص، فلا مجال للتمسك بأصالة العموم، و الحكم بعدم الفردية كما حقق في محله، و التمسك بعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام، انما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى، فلا مورد للتمسك به.

مع انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر و هو ما دل على ان اختيار المال بيد مالكة و انه مسلط عليه، و هذا يناهض مع خروجه عن ملكه قهراً، مضافا الى ان لازم هذا انه لو عصى و رده المحرم الى مالكة يكون الضمان باقيا، مع ان الأصحاب أفتوا ببراءة ذمته في هذا الفرض و أضف الى ذلك كله ان المعير في صورة العلم دخيل في التلف، فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معاً، و معه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح.

و أما الثانية: فلان الدليل انما دل على ان إتلاف مال الغير موجب للضمان،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٦

[...]

و اما إتلاف الملكية و ازالة العلقه فلم يدل دليل على انه موجب للضمان.

الوجه الثاني: ان من اسباب الضمان الحيلولة بين المال و مالكة، و هي كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه، كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا. و في المقام على تقدير وجوب الارسال لا يتمكن المستعير من رده إليه شرعا، و معه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان.

و فيه: ان المالك متمكن عقلاً و شرعاً من الاسترداد، و انما لا يتمكن المستعير من الرد، و هذا ليس مورداً للقاعدة. مع ان دفع بدل الحيلولة انما هو من احكام العين المضمونة و لا يكون عدم التمكن من الأداء بنفسه من المضمنات، و معلوم ان يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان، مضافا الى ان المالك مع علمه بنفسه دخيل في ذلك، فلا وجه للضمان المستعير. و هناك وجوه أخر بينة الفساد، فالأظهر عدم الضمان قبل الارسال كما عن المصنف ره و غيره.

و أما الجهة الثانية: فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام، و ان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الإتلاف فعدم ورود النقض، واضح فانه انما يصح النقض إذا حكم به مع صدق التلف دون الإتلاف، إذ في صورة الإتلاف في صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا.

و منها: ضمان المنافع غير المستوفاه في البيع الفاسد، مع انها غير مضمونه في البيع الصحيح. هكذا ذكر الشيخ ره هذا النقض، و لكن يرد عليه: أولا: ما سيأتي منه قده من نقل الأقوال الخمسة في ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري في الامر الثالث، فليس الحكم بالضمان مسلما.

و ثانيا: ان التخصيص بغير المستوفاه لا وجه له، فان المستوفاه ايضا مضمون بها في الفاسد دون الصحيح.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٧

[...]

لا يقال: ان وجه الضمان فيها انما هو الإتلاف، و مورد القاعدة هو التلف.

فانه يقال: انه لا فرق بينهما، فان الإتلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاة ايضا بإمساك العين.
و كيف كان: فالكلام فى المقام انما هو فى انه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة ام لا؟ و الشيخ
ره سلم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة فى العقد الصحيح، لان الثمن انما هو بإزاء العين دون المنفعة.
و اورد عليه السيد قده: بان المنافع و ان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة فى القيمة و زيادة الثمن، و هذا المقدار يكفى فى صدق
كونها مضمونة.

و فيه: ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين، و ان كان على عالم الصورة لم يندفع الاشكال بذلك.
و ان شئت قلت: انه لا ريب فى ان المال فى البيع ليس بإزاء المنفعة و ان كانت هى الداعية لجعل المال فى مقابل العين، و لذا لو فسخ
البيع و كان المشتري مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن، و لا يلاحظ شىء منه فى قبال المنفعة، و عليه
فلا يتم هذا الجواب.

و الصحيح فى وجه عدم ورود النقض ان يقال: ان حكم المنفعة فى البيع حكم العين فى الإجارة، و هى لكونها خارجة عن مورد
العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا- تكون نقضاً على القاعدة، مع انه ستعرف انه يمكن ان يقال: ان القاعدة انما هى فى مورد
التلف، و المنافع التى يحكم بضمانها انما هى فى صورة الإتلاف من جهة إمساك العين.

و منها: حمل المبيع فاسداً، فانه غير مضمون فى الصحيح، مع انه مضمون فى البيع الفاسد. و الشيخ ره أجاب عنه: بانه يمكن ان يكون
القول بالضمان فى صورة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٨

[...]

الاشتراط- اى جعل الحمل جزءاً من المبيع- و حينئذ لا نقض على القاعدة، فان فى صحيحه ايضا الضمان.
و فيه: انه لا نقض على القاعدة و ان قيل بالضمان فى صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة و العقد بالنسبة
إليه لا اقتضاء. ثم ان الأظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدمه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم
الضمان بالقياس الى الحمل و كونه امانة مالكية، فلا يشمله حديث على اليد كما تقدم. و تمام الكلام فى محله.
و منها: الشركة الفاسدة بناءً على انه لا يجوز التصرف بها، فانهم حكموا بضمان ما اخذه احد الشريكين عدوانا.
و فيه: ان عقد الشركة بنفسه لا- يوجب جواز التصرف كى يقال انه فى صورة الفساد لا يجوز، فيكون المتصرف ضامنا، بل هو انما
يكون فى صورة الاذن فى التصرف، و عليه فلا فرق بين الصحيح و الفاسد فى عدم الضمان، إذ لو اقتضى الاذن عدم الضمان فى
الصحيح اقتضاه فى الفاسد ايضا.

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فوراً

الثانى من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فوراً.

و الكلام فى هذا الامر يقع فى جهات:

الاولى: فى مدرك وجوب الرد، و قد استدلل له بوجوه:

الأول: الإجماع.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٨٩

]...[

و فيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

الثاني: التوقيع المروى عن الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره الا باذنه «١». بتقريب: ان الإمساك و لو آناً ما تصرف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز فيجب الرد.

و اورد عليه: بان التصرف من الصرف، فالمراد به التقلب و التقلب، و لا يصدق ذلك على مجرد الإمساك، و الظاهر من الكتاب تردد الشيخ ره في تمامية هذا الإيراد. و لكن عدم تمامية الاستدلال به واضح، إذ لو كان الإمساك تصرفاً لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد الانباءً على مقدميه ترك الضد لوجود ضده، و المراد بالضدين في المقام ما يعم المتماثلين اي ما لا يجتمعان، و وجوب نقيض الحرام، فانه حينئذ يكون الرد ضدّاً للإمساك، فإذا حرم الإمساك حرم ترك الرد لحرمة ذى المقدمه و هو الإمساك، و إذا حرم الترك وجب الفعل، و في كلتا المقدمتين نظر بل منع، و عليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد.

الثالث: موثق سماعة عن مولانا الصادق (عليه السلام) في حديث عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبة نفس منه «٢».

أقول: لا يرد على هذا الحديث الإيراد الأول على الخبر المتقدم، حيث ان حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا اذنه، الا ان الاشكال الثاني يرد عليه.

(١) الاحتجاج ص ٢٤٧- عن الأسدي العمري عنه (عليه السلام).

(٢) الوسائل - باب ٣- من أبواب مكان المصلى حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٠

]...[

لا يقال: ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر من وجوب الرد.

فانه يقال: ان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.

فالحق ان يستدل له: بانه المستفاد من النصوص المتفرقة، ففي صحيح البنزطي الوارد في اللقطة: و ان جاءك طالب لا تتهمه رده عليه.

و في صدره في الطير الذي يعرف صاحبه قال (عليه السلام): إذا عرف صاحبه رده إليه «١». و غير ذلك من النصوص.

فان المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا «٢» و تسالم الأصحاب على هذا الحكم، و وجوب رد مال الغير الى صاحبه.

الثانية: في معنى الرد و الأداء، و انه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك و التخليه بينه و بين ماله، ام هو حمله إليه و إقباضه منه، ام

كل من الأمرين مصداق للأداء و الرد، ام يكون ذلك في الأمانة بالتخليه و في غيرها بالإقباض من المالك كما لعله المشهور؟.

اقوال: الأظهر هو الأخير، فان حقيقة الرد و الأداء إيصال الشيء الى محله، و حينئذ إذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا

بالتخليه بينه و بين مالكة، لان بها يخلع الأمين نفسه عن السلطنة عليه و يدخله تحت سلطنة المالك و يوصل الشيء الى محله. و اما

محل المال خارجاً فهو كل مكان رضى به المالك أو الشارع الأقدس، و حيث ان وجود المال خارجاً عن الأمين انما يكون برضا

المالك أو باذن من ولى امره- اي الشارع الأقدس- فلا يكون في غير محله كى يكون مكلفاً بالرد الخارجى.

و أما إذا كان المال مغصوباً فأداؤه و رده انما يكون بالإقباض منه، إذ كما ان

(١) الوسائل باب ١٥- من أبواب كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) النساء الآية ٥٨.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩١

[...]

كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله- فلا بد من إيصاله الى محله- كذلك كونه عنده خارجا يكون في غير محله، فلا بد من إيصاله إليه بالإقباض منه.

و بما ذكرناه ظهر انه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الإيداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ و بدون اذن مالكة و الشارع، يجب ردها الى بلد الإيداع.

الجهة الثالثة: في انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفى في رده التخليه، ام يكون من قبيل المغصوب فيجب الإقباض؟ و الأظهر هو الأول، و ذلك في العقود الجائزة واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، و قد مر أن الاستئمان المالكى هو التسليط عن الرضا، و اما في العقود اللازمة فلانه حين اقدامه على العقد المقتضى للدفع لا محالة كان راضيا بالدفع و التسليط، و الظاهر بقائه على حاله نوعا ما بعد العقد، و هذا هو الوجه في كون يده أمانيه، فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ ره بقوله: انه انما يكون اياه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضيه ... إلخ، إذ الوجه في كونه استئمانا هو الاذن الخارجى لا الإذن العقدى.

و بما ذكرناه ظهر انه يمكن ان يقال: ان النزاع فى المقام صغرى، إذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما إذا احرز رضا المالك بالتصرف فى ماله و لو كان رضا تقديريا، و من يقول بالعدم فإنما هو فى غير هذه الصورة.

الجهة الرابعة: فى انه إذا توقف الرد على المثونة، فهل يجب بذلها على المشتري من جهة انه لا يتم الرد الا به، ام لا يجب لقوله (عليه السلام) لا ضرر «١»، ام هناك تفصيل بين المثونة القليلة و الكثيرة، فيجب البذل فى الاولى و لا يجب فى الثانية من

(١) الوسائل - باب ١٢- من أبواب كتاب احياء الموات- و غيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٢

[...]

جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المثونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن فى بادئ النظر، ام يفصل بين ما إذا كانت المثونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، و ان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن و صريح المحقق النائنى ره؟ وجوه: أقواها الأخير، و ذلك لأنه إذا كانت المثونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد أخص من حديث لا ضرر فيخصص به، و ان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل. ضمان المنافع المستوفاة الثالث:

فيما لو كان للعين المتباعدة منفعة

إشارة

استوفاهما المشتري قبل الرد.
و الكلام في هذا الامر يقع في مقامين:
الأول: في المنافع المستوفاه.
الثاني: في المنافع غير المستوفاه.

[حكم المنافع المستوفاه]

اما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
أحدهما: في الدليل على الضمان.
ثانيهما: فيما استدل به على عدم الضمان.
اما المورد الأول: فيمكن ان يستدل له بوجوه:
الأول: عموم على اليد «١». بناءً على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الأعيان، و ان الحديث يدل على الضمان.

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٣

[...]

الثاني: الرواية الواردة في الامه المتباعدة إذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتري، الدالة على انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة «١». بالتقريب المتقدم في أول هذا المبحث.

الثالث: صحيح ابى ولاد «٢» الآتي الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاه، نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف.

الرابع: قاعدة من أتلّف، الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصه، و جملة منها موارد العقود الاستثنائية كالمضاربة و الرهن و غيرها «٣». فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط، و جملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله (عليه السلام): فهو ضامن، أو غرمه بما جنت به يده «٤». و غيره.

و دعوى عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها في أول الكتاب.

ثم انه قد استدل له بوجوه آخر: منها: قاعدة احترام مال المسلم، و منها: قاعدة نفي الضرر. و قد تقدم انه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه.

و أما المورد الثاني: فقد استدل على عدم الضمان: بالنبوى المرسل الخراج بالضمان «٥» بتقريب: انه يدل على ان من ضمن شيئاً و تقبله لنفسه فخرجه- اي منفعه- له مجاناً.

(١) الوسائل- باب ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٣.

(٢) الوسائل- باب ٧- من أبواب كتاب الغصب- و باب ١٧- من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

(٣) الوسائل- باب ١- من أبواب المضاربة- و باب ٧- من أبواب كتاب الرهن.

(٤) الوسائل - باب ٢٩ - من أبواب كتاب الإجارة.

(٥) راجع صحيح الترمذی ج ٥ ص ٢٨٥ - و سنن ابی داود ج ٢ ص ٢٥٥ و المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٤

[...]

و تنقيح القول في النبوي المرسل بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء أصحابنا به - مع انه محل نظر - فانه و ان استدل شيخ الطائفة به في جملة من الموارد في محكي المبسوط، و العلامة ره في باب الغصب من كتاب التذكرة، الا ان هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند. و بعد تسليم ان ما ذكره العلامة ره من اختصاص النبوي بالبيع انما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع، أنه فيه احتمالات: أحدها: ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري، و كونه بمعنى التعهد المالي فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين، و ان كان ضمانه قهراً عليه كما فهمه أبو حنيفة.

ثانيها: ان المراد به المعنى المصدري، اي احداث الضمان إمضاء الشارع ام لا، فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان، فيشمل العقود المعاوضية، صحيحة كانت ام فاسدة، و لا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان، و هو الذي فهمه ابن حمزة و جعله مدركا لعدم ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد.

ثالثها: ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع إمضاء الشارع له، فيختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة، و الظاهر انه الذي فهمه المشهور منه.

رابعها: ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص، يعنى ان المنافع تكون لمن كانت العين ملكه، بحيث لو تلفت تلفت من ملكه، و هو الذي فهمه شيخ الطائفة من الخبر. فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين، فيكون أجنيا عن المقام.

خامسها: ان المراد بالضمان احد المعاني الثلاثة الاولى، و لكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لا- العين، فيكون مفاده: ان المنافع تملك بلا ملك للعين، و يدل على صحة الإجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الأرض، و المراد بالخراج الضريبة المعينة للأراضي

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٥

[...]

الخراجية، فيكون مفاده: ان الخراج يثبت في عهدة ضامن الأرض و متقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التكفل، فيكون مفاده: ان فائدة العين انما تكون بإزاء دخول العين في كفالة مالكها، بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته و حفظه و إصلاحه.

اما الاحتمال الأخير: فيدفعه: ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته، مع انه يختص الخبر حينئذ بمثل الحيوان، و لا يشمل غيره.

و أما الاحتمال السادس: فهو خلاف إطلاقه، فان حذف المتعلق يفيد العموم.

و أما الاحتمال الرابع: فقد مر ما فيه في بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه بفساده.

و أما الاحتمال الأول: فيدفعه صحيح ابى ولاد الآتى الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

و أما الاحتمال الثاني: فيدفعه انه مع عدم إمضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان، مع انه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، مع انه يلزم منه انه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه فيدور الامر بين الثالث و

الخامس، و الأظهر هو الأول، فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية إليه، و معلوم ان الداعي للإقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع، و مع الإغماض عن ما ذكرناه لإجمال الخبر لا يستند إليه في الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٦

[...]

حكم المنافع غير المستوفاه

المقام الثاني: في المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها ايضا الضمان، و الكلام فيه في موردين:

الأول: في دليل الضمان.

الثاني: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيدل على الضمان حديث على اليد بناءً على ما تقدم في بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده من شمول الحديث للمنافع.

و تشهد له ايضا قاعدة الإلتلاف، فان حبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها إلتلاف لمنافعها عرفا. و عن المحقق الخراساني ره: الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

و فيه: ان أريد بذلك انه يصدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد، و ان أريد به ما ذكره المحقق الإيرواني ره من ان أداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بأدائها بمنافعها و فروعها، فيرد عليه: انه ان لم تصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها، فان الغاية أداء نفس ما يكون تحت اليد لا شيء آخر، و إن أريد به غير ذلك فعليه البيان.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

الأول: ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. ذلك، فان المنافع لا تضمن في العقد الصحيح فكذلك في فاسده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٧

[...]

و فيه: أولاً: ما تقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف و لا تشمل صورة الإلتلاف، و قد عرفت صدق الإلتلاف على تلف المنافع.

و ثانياً: ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، و بضميمة عدم الفصل بين البيع و الإجارة يثبت الضمان في المقام.

و ثالثاً: ما تقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد و مصبه، و القاعدة أصلا و عكسا مختصة بما هو مصب العقد.

الثاني: ان البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجانا.

و فيه: ان البائع لا- نظر له الى المنافع، و انما يسلط المشتري على العين، إذ ليس متعلق العقد بالمنفعة، و انما هو العين، مع ان هذا لا يختص بغير المستوفاه كما لا يخفى.

الثالث: قوله (عليه السلام) في الامه المتباعدة إذا وجدت مسروقة بعد ان أولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده

بقيته «١». بتقريب: انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاه، و ساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان. وفيه: ان الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، و انه يكون الولد حراً، و عليه قيمته، و لذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاه الأخر من الطبخ و التنظيف و غيرهما.

و الغريب ان الشيخ ره في أول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية، و جعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاه، و في المقام جعلها من المستوفاه، و قد تقدم ما هو الحق عندنا.

الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليده ابيه بغير اذنه، قال (عليه

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٨

[...]

(السلام): خذ وليدتك و ابنها «١». بتقريب: انه ساكت عن المنافع الفائتة، و هو و ان ورد فيما إذا كانت العين لغير البائع، الا انه يدل على حكم المقام بالأولوية. و يرد عليه ما أوردناه على سابقه.

الخامس: صحيح ابي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاه دون غيرها «٢». و إذا ثبت عدم الضمان في المغصوب ثبت في المقام بالأولوية.

و فيه: انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاه، فانه و ان كان يتصور له منفعة اخرى، الا انها تضاد مع ما استوفاه. و بعبارة اخرى: كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل، و حيث انه استوفى واحدة منها و لم تكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع انه (عليه السلام) في هذا الصحيح في مقام الرد على ابي حنيفة و بيان ان عليه كرى البغل و ليس في مقام بيان احكام آخر.

فتحصل مما ذكرناه: ان الأظهر هو الضمان.

المثلي و القيمي

إشارة

قمي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦، ص: ٣٩٨

الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثليا و جب مثله بلا خلاف.

و الكلام في هذا الامر يقع في مواضع:

الأول: في تعريف المثلي و القيمي.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٣٩٩

[...]

الثاني: في انه لو شك في مورد في انه يجب رد المثل أو القيمة، مقتضى الأصول العملية رد أيهما.
الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية.

[تعريف المثلى و القيمي]

وقبل الشروع في البحث في هذه المواضع لأبد من التنبيه على امر، و هو: انه لم يقع لفظا المثلى و القيمي في شىء من الروايات. نعم المشهور بين الأصحاب: انه لو تلف شىء تحت يد غير المالك- الذى لا يكون مأذونا فيه- يجب رد مثله ان كان من المثليات، وورد قيمته ان كان من القيميات. بل ادعى عليه الإجماع، و حيث ان المثلى و القيمي ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق، و اختلفت كلماتهم فيهما في جملة من الموارد، فقد وقع الخلاف في انه هل يرجع الى العرف في تفسيرهما و لا يتبع تفسير العلماء و ان اتفقوا على امر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف، ام لأبد من البناء على المثلية في خصوص ما إذا اتفقت كلماتهم على كون شىء كذلك و لا- يرجع في ذلك الى العرف، ام لا- اعتبار بالعرف، و لا باتفاق العلماء، بل يرجع في كل مورد الى ما يفهم من إطلاقات ادلة الضمان.

و منشأ هذا الخلاف: ان الإجماع على ضمان المثلى بالمثل و القيمي بالقيمة، هل هو من قبيل الإجماع على القاعدة و يكون الإجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم (عليه السلام) متعلقا بهذين العنوانين، ام هو من قبيل الإجماع على الحكم في الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين، ام هو من قبيل الإجماع على تفسير الإطلاقات الواردة في الضمان و ليس من قبيل الإجماع على القاعدة و لا- من قبيل الإجماع على الحكم. إذ على الأول لأبد من الرجوع في تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن في العناوين المأخوذة في متون النصوص و لا عبرة بتفسير الفقهاء، و على الثاني لا بد من الأخذ بما اتفق عليه المجمعون و لا عبرة بنظر العرف و فهمهم كما هو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٠

[...]

واضح، و على الثالث لا عبرة بشىء منهما.

و حيث انه لم يثبت كون الإجماع في المقام من اى قسم من هذه الاقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف و لا بتفسير الفقهاء، و عليه فيتعين الرجوع الى الأدلة- و ستعرف مقتضاها- فلا اثر للنزاع في ان المثلى ما هو.

و كيف كان: فقد عرفت انه يقع الكلام في مواضع:

الأول: في تعريف المثلى و القيمي. فعن المشهور تفسير المثلى: بانه ما يتساوى اجزأه من حيث القيمة. و المراد من الاجزاء الجزئيات و الافراد، و المراد من التساوى التساوى من غير جهة الكم.

فمحصل المراد: ان المثلى ما له مماثل في الصورة و الصفات التى تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القيم. و أظن ان ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزأه و تقاربت صفاته، و ما عن الدروس و الروضة من: انه المتساوى الاجزاء و المنفعة المتقارب الصفات، و ما عن بعضهم من: انه ما يجوز بيعه سلما، و ما عن آخر: ما يجوز بيع بعضه ببعض. ايضا ترجع الى هذا المعنى، و لا اختلاف بينهم بحسب المراد.

وقد أورد على هذا التعريف بإيرادات:

الأول: انه ان أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من الموارد، إذ ما من مثلى الا و اجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة، فان قفيزا من حنطة تساوى عشرة و من اخرى تساوى عشرين. و ان أريد التساوى في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب و الأرض. وفيه: ان الميزان وجود المماثل له، كان الجامع بينهما هو الصنف أو النوع أو الجنس، ففي الحنطة يكون كل صنف منها مثليا. و هذا هو مراد من جعلها مثليه.

الثاني: انه ان أريد تساوى الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠١

[...]

حقيقيا، فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع. و ان أريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك في اكثر القيميات.

وفيه: ان المراد هو الأول، و عرفت ان المراد هو التساوى في الصفات الموجبة لاختلاف القيم، و عليه فدعوى اختلاف افراد الصنف الواحد في الصفات الموجب لاختلافها في المالية مجازفة، و اختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة في المالية بالنسبة الى الافراد من صنف واحد و ان كان لا ينكر الا انه لا يضر بالمثلية.

الثالث: انه ربما يوجد لبعض ما هو من القيميات مماثل بهذا المعنى، كما لو فرضنا حيوانين مثليين في جميع الخصوصيات، مع انه لا ريب في كون الحيوان قيميا.

وفيه: ان الميزان هو وجود المماثل نوعا و بحسب الغالب، و لا عبرة بوجود المثل في النادر، إذ اهل العرف يحكمون بضمان القيمة في هذه الموارد.

و أما القييدان الآخران اللذين ذكرهما المحقق النائيني ره: أحدهما: ان يكون التساوى في الصفات بحسب الخلقة الإلهية كالحجوبات لاما كان كذلك بحسب الصناعة البشرية، فالمسكوكات من القيميات لا المثليات.

ثانيهما: ان لا يتغير بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالفواكه. فلا يكونان معتبرين، إذ لا وجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الأشياء- اى ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية، و ما يتغير بالبقاء و بتأثير الهواء من القيميات- مع انه يكون الاختلاف في ذلك بحسب الأزمان و الأمكنة و الكيفيات، و من الواضح انه لو كان شىء مثليا في زماننا كالثوب و الكتاب و غيرهما- يعامل معه معاملة المثلى و ان كان في سالف الزمان من القيميات.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٢

[...]

بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية و القيمة

الموضع الثاني: في بيان المرجع عند الشك في المثلية و القيمة، و فيه وجوه و اقوال:

(١) ان الأصل الذى يرجع إليه هو تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

(٢) انه تخيير المالك بينهما.

(٣) الضمان بالمثل.

(٤) الضمان بالقيمة.

(٥) القرعة.

(٦) الرجوع الى الصلح القهري.

و قد استدلل للأول: بأصالة براءة ذمّة الضامن عما زاد على ما يختاره.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الإجماع قائم على عدم التخيير بين المثل و القيمة، فانه اما يتعين المثل أو القيمة.

وفيه: أولاً: انه في الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعا، بل هو ايضا محتمل.

ثانيا: ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لا عدمه و لو في الظاهر.

الثاني: ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائيني و المحقق الأصفهاني، و هو: ان المقام من قبيل دوران الامر بين المتباينين.

فان المراد بالقيمة ليس هي المالية السارية في كل مال بالحمل الشائع - حتى يقال ان وجوب أداء المالية متيقن و الشك في وجوب

رعاية امر زائد و هي خصوصية الطبيعة المماثلة للتألف فيجرى عنها البراءة

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٣

[...]

- بل المراد بها المالية المحضّة التي لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم و الدينار و أشباههما، و لذا ليس للضامن ان يؤدي بدل

القيمي التالف شيئا آخر، فتعين النقود في القيميات شاهد كون القيمة هي المالية المحضّة لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل و

القيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا، و الماهية بشرط شيء، و هما متباينان، فلا بد من الاحتياط، و لا مورد للبراءة.

وفيه: ان القيمة التي ضمن بها في القيميات هي صرف المالية لا المالية بشرط لا، و حيث ان مطابقها هي النقود، و اما غيرها فيكون له

مع قطع النظر عن المالية خصوصيات أخرى، فللمالك طلب النقد خاصة و الامتناع عن قبول الخصوصية التي يبذلها الباذل. و لذا لو

رضى المالك بشيء آخر غير النقدين كان ادائه وفاقاً لما في ذمته و لا يحتاج الى معاملة جديدة. و عليه ففي مورد الشك في المثلية

و القيميّة يصح ان يقال: ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم، و الشك انما هو في الاشتغال بالخصوصية الزائدة، و الأصل عدمه، و

حيث ان الشك المزبور سبب للشك في لزوم إعطاء صرف المالية المعراء عن الخصوصية تحصيلاً لرضا المالك و ثبوت حقه فيها

على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو أراد الضامن دفعها، فتجرى البراءة عن ذلك ايضا. فتكون نتيجة الأصلين تخيير الضامن

في دفع أيهما شاء.

الثالث: ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الامر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الامر بين التعيين و التخيير، و الأصل فيه

التعيين، فيجب رد المثل.

وفيه: ما حققناه في محله من ان الأصل في الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين.

الرابع: ان الحكم الظاهري يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، و الا فلا يكون مجعولاً. و في المقام إذا علمنا بان الواقع اما المثل معينا

أو القيمة كذلك، فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٤

[...]

وفيه: ان التخيير الذي بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفة كل واحدة

منهما للواقع، و العلم بمخالفتهما معا للواقع لا تضر بجريانهما معاً.

فتحصل: ان الأظهر هو تخير الضامن.

وقد استدلل للثاني - و هو تخير المالك - بانة إذا لم تجر أصالة البراءة بالقياس الى الضامن لما تقدم و تعين عليه دفعهما و اختار المالك أحدهما لا ريب في كونه مسقطاً للذمة، لان ما يختاره اما هو البديل الواقعي، أو يكون بدل البديل من جهة رضاء المالك بغير الجنس في مقام الوفاء. و على اى تقدير يكون مسقطاً، فما يختاره المالك يكون مسقطاً قطعاً و غيره مشكوك فيه، و الأصل عدم السقوط الا بما يختاره المالك.

وفيه: ان محل الكلام انما هو فيما إذا لم يرض المالك الا بما هو حقه، و لم يرض الضامن الا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا. و اما صورة تراضيهما على امر فهى خارجة عن محل الكلام، فانه في هذه الصورة لا- كلام في جواز رد القيمة و ان تعين دفع المثل، و كذلك العكس، و من المعلوم ان اختيار المالك ليس معينا لما يجب دفعه و لا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى.

و استدلل للثالث - و هو تعين المثل - بوجهين:

الأول: ان المثل و القيمة من قبيل الأقل و الأكثر، و الدوران بينهما من قبيل دوران الامر بين التعيين و التخيير، و الأصل في هذا المورد هو التعيين.

وفيه: ما حققناه في محله من ان الأصل فيه هو التخيير.

الثاني: ان مقتضى عموم على اليد هو تعين دفع المثل مطلقاً، خرج عنه بالإجماع القيميات، و من الواضح ان الإجماع انما يكون فيما ثبت قيمته فالمرجع في صورة الشك هو عموم العام.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٥

[...]

وفيه: انه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعين المثل مطلقاً، ان الخارج عنه بالإجماع ليس هى الموارد الخاصة بل عنوان القيمي، فلو شك في شىء انه قيمي أو مثلي يكون من الشك في المصدق، و ليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

و استدلل للقول الرابع: بان مقتضى النبوى هو لزوم دفع القيمة مطلقاً، خرج منه المثلي، فمع الشك فيه يرجع الى عموم العام.

وفيه: - مضافاً الى ما ستعرف من عدم دلالة النبوى في نفسه على ذلك - انه عند الشك في كون شىء مثلياً بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام كما تقدم آنفاً.

و استدلل للقول الخامس: بعموم ادلة القرعة «١».

وفيه: أولاً: انما يرجع إليها في صورة عدم تعين الوظيفة بالامارة أو الأصل، و قد عرفت ان مقتضى الأصل هو تخير الضامن.

و ثانياً: انه تختص أدلتها بالشبهة الموضوعية و لا تشمل الشبهة الحكمية.

و استدلل للقول السادس: بانة من جهة ان الامر دائر بين المتباينين، و كما يجب على الضامن دفعهما معا قضاءً للعلم الإجمالى، لا يجوز على المالك أخذهما للعلم الإجمالى بحرمة أخذ أحدهما، فلا مناص الا عن الصلح.

وفيه: ما عرفت من ان الأصل يقتضى تخير الضامن.

(١) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كيفية الحكم و احكام الدعوى من كتاب القضاء.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٦

]...[

ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية و القيمة

الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية فى هذا المقام، و الأدلة التى ركنوا إليها فى المقام ثلاثة:
الأول: النبوى المتقدم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى «١». و قد استظهر الشيخ ره منه تخير المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية أداء العين خاصة على بقاء عهده العين، و انه لا رافع لها سوى أدائها، و قد قام الإجماع على سقوطها بدفع ما رضى به المالك و بقى الباقي.

و فيه أن الوجوه المحتملة فى الحديث اربعة:
أحدها: أن يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة حتى) فى كون مدخولها رافعا لما قبلها و غاية لها، و ظهور ذلك فى كونه ممكن الحصول، إذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت فى المغيا بحال وجود العين.
ثانيها: ان يكون الحديث دالا- على كون العين فى العهدة ما دام وجودها، و بتلفها تنقلب العهدة الى ذمة المثل أو القيمة كما عليه المشهور، من جهة ان مفاد الحديث كون المأخوذ تلفه على الآخذ.
ثالثها: ان يكون المراد به بقاء العين فى العهدة و لو بعد التلف، و يكون دفع المثل أو القيمة مسقطا لها، و قد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين.
رابعاً: ان يكون مفاده بقاء العين فى العهدة حتى بعد التلف، و دفع المثل أو

(١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٠٧

]...[

القيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين، يعنى حق المالك لمطالبه العين، و حق الضامن كى لا يكلف بغير المقدور.
و ما ذكره ره لا يتم على شىء من هذه الوجوه، اما على الأول: فواضح. و اما على الثانى: فلان سقوط العهدة بالتلف معلوم، و الشك انما هو فيما ثبت فى الذمة، فلا وجه للتمسك بالعموم فى هذا المقام. و اما على الثالث: فلان التخصيص الذى قام الإجماع عليه ليس بعنوان ما يختاره المالك، بل هو انما يكون بالمثل أو القيمة.
فعلى القول بأنهما من قبيل المتباينين لا- سبيل الى التمسك بالعموم، و على القول بأنهما من قبيل الأقل و الأكثر، و ان كان يتمسك بالعموم فى الشبهة المفهومية، و لكن لازمه تعيين المثل، مع انه لا يرجع إليه فى الشبهة الموضوعية، و اما على الرابع: فلا شك فى بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم، بل وجوب دفع البدل انما يكون ثابتا بدليل آخر.
و يدفع الاحتمال الأول لزوم ركائه هذا الكلام، إذ كون أداء العين رافعا و مسقطا لعهدتها واضح لا يحتاج الى بيان، مع ان ما ذكر من ظهور الجملة فى كون الغاية ممكن الحصول انما يتم بالقياس الى ما لا- يمكن حصوله لاما إذا أمكن فى زمان دون زمان كما لا يخفى.

و يدفع الاحتمال الأخير الضرورة و الإجماع. فيدور الامر بين الثانى و الثالث. و الأظهر هو الثالث، إذ كون العين بنفسها فى العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها، و عدمها فى عالم العين لا ينافى وجودها فى عالم الاعتبار، و حيث ان الظاهر من الحديث كون المأخوذ

بنفسه في العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

الثاني: ان مقتضى إطلاقات ادلة الضمان الواردة في المغصوبات و الأمانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل، إذ هي على كثرتها لا تكون متعرضة لبيان
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٨
[...]

المضمون به الا ما شذ و ندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. و من المعلوم ان المتعين عندهم تعين رد ما هو الأقرب الى العين بعد عدم إمكان رد العين نفسها، و الأقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية، و الخصوصيات الفائتة التي تختلف بها الرغبات، فيتعين ذلك.

ثم انه في صورة عدم التمكن من رده ايضا يراعى ما هو الأقرب الى التالف بعد المثل، و هو القيمة من النقدين أو شبههما، لان غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها. و بعبارة اخرى: ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتألف بعد إرجاعه إليهما.

وفيه: أولا- انه لو تم لا يختص لزوم أداء المثل بما إذا كان موجودا نوعا، إذ المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمن بالأقرب مطلقا، فلا عبرة بوجوده أحيانا.

و ثانيا: ان الأقربية ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم في هذا المقام الا الى المالية، و لذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية، و لا يلتفتون إليه و لا يلزمون بدفعه إذا زادت قيمته.

و بالجملة: المعيار عندهم هو القيمة، و عليه فهذا الوجه يقتضى تعين القيمة.

الثالث: قوله تعالى: **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيَّكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** (١) قيل: انه يدل على تعين المثل في المثلى و القيمة في غيره، بتقريب ان مماثل

(١) البقرة الآية ١٩٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٠٩

[...]

ما اعتدى هو المثل في المثلى و القيمة في القيمي.

و اورد عليه بوجوه: الأول: انه مختص بالمتلف عدوانا.

الثاني: ان مدلوله اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به. الثالث: ان النسبة بين مقتضاه و مذهب المشهور عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة و لا يضمن به عند المشهور، كما لو تلف عليه عبدا و له في ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فان مقتضى الآية الشريفة التهاثر القهرى، و المشهور غير ملتزمين بذلك.

و قد ينعكس الامر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا، فان مقتضى الآية عدم جواز الزام المالك بالمثل لاقتضاها اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، و المشهور ملتزمون بتعين المثل، و قد يجتمعان في المضمون به.

و في الجميع نظر: اما الأول: فلعدم القول بالفصل.

و أما الثانى: فلان الظاهر من الآية المماثلة فى المعتدى به، لان حملها على ارادة المماثل فى الاعتداء يستلزم كون الباء زائدة، و كون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف- و هو الاعتداء- و هذا خلاف الظاهر.

و أما الثالث: فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال بالآية الشريفة، مع انه ستعرف ما فيه.

و لكن الانصاف ان مقتضى إطلاق الآية الشريفة- لا سيما بعد ملاحظة موردها و هو مقاتلة المشركين فى الشهر الحرام، و ما عن التهذيب عن الامام الصادق (عليه السلام) فى رجل قتل رجلا فى الحرم أو سرق فى الحرم قال (عليه السلام): يقام عليه الحد و صاغراً لأنه لم ير للحرم حرمة و قد قال الله تعالى: **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** فقال: هذا هو فى الحرم، و قال:

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤١٠

[...]

فَلَا عُذْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ «١» - هو ارادة الأعم من المماثلة فى الاعتداء و المعتدى به و كفياته، الا انها لا تدل على الضمان و اشتغال الذمة، بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف فى حنطته جاز له التصرف فى حنطته ايضا، و لا تدل على أزيد من ذلك.

ثم انه يقع الكلام فى انه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على ان ضمان المثلى انما يكون بالمثل و القيمى كما عن شيخ الطائفة، أو تدل على وجوب المماثلة فى الحقيقة و المالية فى جميع الموارد كما اختاره الشيخ ره، ام تدل على غير ذلك؟.

أقول: محتملاتها اربعة: الأول: ان يراد بالمماثلة المطلقة- اى المماثلة فى الحقيقة و المالية- من جهة ان المماثلة المطلقة هى المماثلة بلا عناية، و لازم ذلك ما افاده الشيخ ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجترى به فى مقام الأداء.

الثانى: ان يراد بها المماثلة فى الحقيقة خاصة، من جهة انها المماثلة العرفية، و لازمه ما افاده المشهور من تعيين المثل مطلقا و ان نقص قيمته عن التالف.

الثالث: ان يراد بها المماثلة فى المالية، من جهة ان الأغراض العقلانية فى باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، و لازمه تعيين القيمة مطلقا.

الرابع: ان يراد بها مطلق المماثلة- اى المماثلة من اى وجه كان- و لازمه التخيير فى أداء أيهما شاء، و الأظهر منها هو الثانى كما لا يخفى وجهه.

فظهر مما ذكرناه امور: الأول: ان ما نسب الى شيخ الطائفة من دلالة الآية على ان المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيمة لا يمكن تصحيحه و تطبيق الآية عليه.

الثانى: ان ما اختاره الشيخ الأعظم ره خلاف الظاهر.

(١) الوسائل باب ١٤- من أبواب مقدمات الطواف و ما يتبعها من كتاب الحج حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤١١

[...]

الثالث ان ما اختاره المشهور هو الذى تدل عليه الآية على فرض دلالتها على الضمان.

إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل

إشارة

الخامس: ذكر في القواعد: انه لو لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد.

قبل الشروع فى البحث لأبد من تقديم مقدمات:

الاولى: انه إذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها و ان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقى القيمة السوقية. و ان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من أوصافها أو جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد، و ان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها، بل لو سقطت عن المالية بالكلية لا يجب عليه رد شىء آخر.

الثانية: ما تقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الأداء، بمعنى كون العين فى العهدة و ان الانتقال الى المثل أو القيمة انما هو حين الأداء.

الثالثة: ان محل الكلام فى المقام ليس هو ما إذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فانه لا إشكال فى هذا المورد فى وجوب الشراء، فانه ان أريد أداء القيمة لأبد من أداء قيمة يوم الأداء. فعلى اى تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء للضرر وغيره، بل محل البحث ما إذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمانى، و الأقوال فيه ثلاثة:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٢

[...]

الأول: وجوب الشراء كما عن جمع منهم العلامة و الشيخ ره.

الثانى: عدم وجوب الشراء و ان حكمه حكم تعذر المثل - و سيأتى - اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما افاده السيد ره وغيره و هو التفصيل بين ما لو علم الأخذ بعدم الاستحقاق، و ما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء فى الأول دون الثانى.

و استدلل للأول: بإطلاق النص و الفتوى.

وفيه: ان إطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر «١» الحاكم على جميع ادل الاحكام الواقعية.

و اورد على التمسك بحديث لا ضرر. فى المقام بايرادت:

الأول: ان هذا الحكم بنفسه ضررى فى جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

وفيه: انه يتم بالنسبة الى المقدار الزائد كما لا يخفى.

الثانى: ان جريان دليل الضرر فى الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبته المثل بحقه.

وفيه: ان كون حقه المثل فى هذا الفرض أول الكلام.

الثالث: انه لا- ضرر فى متعلق التكليف و هو دفع المثل، و انما الضرر فى مقدماته و هو شراء المثل بأزيد من ثمن المثل. فلا وجه للتمسك بحديث نفى الضرر لعدم وجوبه.

وفيه: أولاً: ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات و غيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٣

[...]

و ثانيا: ان حديث لا ضرر لا يخصص بما إذا كان متعلق بالحكم ضروريا، بل يدل على نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر. و في المقام الضرر انما ينشأ من وجوب دفع المثل.

الرابع: انه اقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق.

و فيه: أولا: انه لو تم فإنما هو في صورة العلم بعدم الاستحقاق، و اما في صورة الجهل فلا يتم، و بذلك ظهر مدرك القول الثالث. و ثانيا: ان أخذ العين انما يكون اقديما على ضمان المثل و ان كان لم يوجد الا بأكثر من ثمن المثل إذا كان حكمه في الشريعة هو ذلك، فلا يصح تعليل الحكم بذلك لاستلزامه الدور. و بعبارة اخرى: الاقدام على الضرر انما يكون متوقفا على ثبوت هذا الحكم، و لو توقف ذلك عليه لزم الدور.

و ثالثا: ان الاقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لا- ضرر الا- في الموارد التي يكون رفع الحكم خلاف الامتنان أو غير موافق له.

و الغريب ان السيد قدده في العروة بنائه على ذلك، و لذا افتى ببطلان وضوء من تحمل الضرر و ترضاً، و مع ذلك في المقام استند الى قاعدة الاقدام.

و رابعا: ان الاقدام المانع عن جريان الحديث و التمسك به هو الاقدام على الضرر- كما لو ترضاً بالماء مع كون الوضوء ضروريا، أو اشترى شيئا مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمة. و اما لو فعل فعلا، الذي لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضروريا، كما لو أكل في الليل شيئا يكون اكله سببا لكون الصوم ضروريا عليه، أو اجنب نفسه مع كون الغسل ضروريا عليه- فلا يكون ذلك الاقدام سببا لعدم شمول الحديث. فتدبر فانه دقيق.

و المقام من قبيل الثاني، فان أخذ العين هو المقدم عليه و هو ليس ضروريا،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٤١٤

[...]

و الضرر انما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشملة لا ضرر.

فتحصل: ان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء. و يشهد له: - مضافا الى ذلك- ما تقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فيما لو كان المثل كثيرا مبدولا، و الا فهو قيمى، و لا فرق في ذلك بين كون عزة الوجود بدوية أو طارئة، فكون الشىء مثليا في زمان لا يوجب كونه كذلك الى الأبد. فالأظهر عدم وجوب الشراء.

و مما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و جوابه.

إذا سقط المثل عن المالىة

قال الشيخ قدده: بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالىة ... إلخ.

أقول: قد تقدم انه لا إشكال في انه إذا سقطت العين المأخوذة عن المالىة من دون ان ينقص منها شىء و لا من صفاتها و منافعها لا يجب عليه شىء سوى ردها، انما الكلام فيما إذا تلفت و كانت مثليه و سقط المثل عن المالىة، و الأظهر هو عدم الانتقال الى القيمة و كفاية رد المثل، و ذلك فان مقتضى الادلة وجوب المثل، و اما المالىة المنتزعة من ميل الناس و رغبتهم أو اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول في هذا الزمان فهي لا تكون مضمونة.

و ان شئت قلت: ان العين بما لها من الخصوصيات تكون في العهدة الى حين الأداء، و هي في الفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه للانتقال الى القيمة، و أداء قيمة يوم الأخذ أو يوم التلف و الفات انما هو رغبات الناس أو اعتبار المعبر لا شىء من المأخوذ.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٥

[...]

و يشهد لما اخترناه - مضافا الى انه مقتضى القاعدة -: صحيح معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شيء صاحب الدراهم الاولي، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال (عليه السلام): لصاحب الدراهم الدراهم الاولي (١).

و قد استدل لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه:

الأول: ان الزمان و المكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، فان الماء في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ، و الثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فإذا أخذ الماء في المفازة و الثلج في الصيف تكون خصوصية الزمان و المكان في عهده الضامن و لا يكون ردهما في الشاطئ و الشتاء أداء للمأخوذ، فلا مناص عن رد القيمة أداء للخصوصيتين.

وفيه: - مضافا الى ان لازم ذلك لزوم تدارك المالية إذا سقطت العين عن المالية، و تدارك النقصان إذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة، مع انهم غير ملتزمين بذلك - ان الزمان و المكان ليسا دخيلين في المالية، بل اصل القيمة و ترقبها ينشئان من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشئان من كثرة الوجود و قلة الطالب بلا دخل للزمان و المكان في ذلك، فان الثلج في الصيف إذا كثر لو قل طالبه تنقص ماليتها أو يسقط عنها، و هو في الشتاء إذا قل و كثر راغبة يصير غالبا. فالمعيار ما ذكرناه. و بالجملة: سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما إذا صار الثلج ماء، و اخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده أو غير ذلك مع بقائه على ما هو عليه من الخصوصيات، ففي الأول يحكم بالضمان لعموم

(١) الوسائل باب ٢٠ - من أبواب الصرف حديث ٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٦

[...]

أدلته، و لا يحكم به في الثاني.

الثاني: حديث لا ضرر (١) بتقريب: ان المأخوذ حين اخذه كان له مالية، فإذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضرراً على المالك، و الحديث ينفيه.

وفيه: انه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الأعظم ره - و هو نفى الضرر غير المتدارك - تم ما ذكر، فان لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدسة، و ان كان ثبوت ضمان الأخذ على هذا الوجه ايضا لا يخلو من اشكال، فان غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، اما كون المتدارك هو الأخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. و لكن قد حققنا في محله ضعف المبني، و ان الحديث انما ينفي الاحكام الضررية و لا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان في المقام.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو: ان دليل وجوب رد المثل انما يكون دليلاً على التضمين و التبريم، فلا بد من رعاية حيثية المالية، إذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال. ثم قال: و منه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية و سقوط المثل عن المالية، فان رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين و التبريم بلحاظ ماليتها، فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول.

و لكن يرد عليه قده أمران: الأول: انه لا فرق بين العين و المثل، و وجوب رد كليهما انما ثبت بعموم على اليد، و هو بالنسبة إليهما على حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل لا مناص عن القول به في العين.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٧

[...]

الثاني: ان ادلة الضمان انما تدل على وجوب رد العين مع وجودها، و المثل بعد تلفها ان كان مثليا، و قد تقدم ان المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة، و حيث ان المالية ليست صفة في العين أو المثل، فلا وجه لضمانها.

و ان شئت قلت: ان العين بعد تلفها انما تكون في العهدة الى حين الأداء، و هي على الفرض لا مالية لها حينه، فلا وجه لأدائها. فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره و احتمله في القواعد من انه إذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض الى القيمة بل يكفي رد المثل.

قال الشيخ: ثم انه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، و لا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف وفاقا لظاهر المحكى عن التحرير و التذكرة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد. انتهى. أقول: لا ينبغي التوقف في جواز مطالبة المالك لماله من العين أو المثل في اي مكان كان لعموم الناس مسلطون على أموالهم «١» و كذا لا إشكال في وجوب رد العين إذا كانت موجودة، و المثل إذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمتها في مكان التلف، انما الكلام فيما إذا كانت قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، و فيه وجوه و اقوال:

الأول: وجوب رده على الضامن.

الثاني: عدم وجوبه.

(١) البحار ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٨

[...]

الثالث: التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين إليها و بين غيرها، فان طالبه في احد تلك البلدان وجب الرد، و ان طالبه في غيرها لا يجب.

و استدل السيد قده للأخير: بانصراف ادلة الضمان نظير ما يقال في القرض من الانصراف الى بلد وقوعه، فان الاستفادة منها وجوب الرد و الدفع في مكان ذلك المال، و لا يفهم جواز الإلزام بذلك في كل مكان أراد المالك.

و فيه: انه في باب القرض يتم ما ذكر لكون الانصراف هناك عقديا، و هذا بخلاف باب الضمان.

و الأظهر هو الأول، لان العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم، فمال المالك في عهدة الضامن، و مقتضى عموم على اليد ما أخذت و غيره من الادلة لزوم الخروج عن عهده في اي مكان كانت المطالبة.

لو تعذر المثل في المثلي

السادس: فيما لو تعذر المثل في المثلي.

و الكلام في هذا الامر يقع في مقامات:

الأول: في انه إذا تعذر المثل في المثلى هل يكون مضمونا بالقيمة ام لا؟ والكلام في هذا المقام يقع في موردين:
الأول: في ما إذا طالب المالك.
الثاني: في فرض عدم مطالبته.

اما المورد الأول: فقد استدل على الانتقال الى القيمة بوجوه:

أحدها: ما ذكره الشيخ ره بقوله: لان منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤١٩
[...]

منفى بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.

وفيه: ان الامتناع عن أداء القيمة انما يكون ظلما إذا كان حقه هو القيمة في فرض تعذر المثل، و الا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه
متعذر لا انه ممنوع عن حقه، فثبوت الاستحقاق به دورى.

الثاني: ما افاده السيد فى الحاشية و المحقق النائنى ره، و هو: أنه للعين جهات ثلاث: الخصوصية الشخصية، و الخصوصية النوعية، و
الحيثية المالية. فبمقتضى الأدلة و جب رد جميعها على الأخذ، فكما انه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين
الأخيرتين، كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.
وفيه: ان المالية الواجب ردها فى المثلى انما هى المالية الخاصة الموجودة فى المثل، فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية
النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد ره ايضا، و هو حديث لا ضرر «١» فانه يدل على نفي كل حكم وجودى أو عدمى ينشأ منه الضرر فى
الشريعة، و من تلك الاحكام هذا الحكم.

وفيه: ان لزوم الصبر على المالك و جواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل و ان كانا ضررين الا انهما عقليان و من باب تعذر أدائه، و
اما عدم لزوم أداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه، فان الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، و اثبات حقه به دور واضح.

(١) الوسائل باب ١٢- من أبواب كتاب احياء الموات و غيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٠

[...]

الرابع: ما افاده الشيخ ره ايضا، و هو قوله تعالى: فَأَعْتِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ «١» بتقريب: ان الضامن إذا الزم بالقيمة مع تعذر
المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

وفيه: ان الآية على فرض دلالتها على الضمان، انما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، و لا تدل على ان الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد
على ما اعتدى عليه، و الا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل.

و الصحيح ان يستدل له بما تقدم من ان الشئ إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمي، من غير فرق بين التعذر فى جميع الاعصار أو
فى عصر واحد و من باب الاتفاق. فالمثلى المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لأنها حقه.

و الغريب ان المحقق النائنى ره مع تصريحه بهذا فى الامر السابق لم يلتزم به فى المقام، بل صرح بخلافه. فراجع.

المورد الثانى: فى انه إذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا؟ فيه وجهان بل قولان: أظهرهما الأول، فانه

بناءً على ما عرفت في وجه لزوم أداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتاً في القيمة قبل المطالبة، فللضامن إزماءه بقبول حقه.

نعم بناءً على ما افاده الشيخ ره في وجه ذلك أولاً ليس للضامن إزماءه بذلك، فان الانتقال الى القيمة انما يكون من جهة الجمع بين الحقين، فإذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال. و بهذا التقريب يظهر انه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيرواني ره من انه إذا

(١) البقرة: الآية ١٩٤.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢١
[...]

جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن ان حقه هو القيمة، فجاز إزماءه بأخذ القيمة و تفرغ ذمة الضامن عن حقه.

في ان العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اي يوم

المقام الثاني: في ان العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اي يوم، و الوجوه المحتملة التي بعضها اقوال خمسة عشر، الا ان ما يمكن ان يذكر له وجه عشرة كما ستعرف. و منشأ الاختلاف الخلاف في أمرين:

أحدهما: ان المدار في القيمي على قيمة يوم الدفع، أو قيمة يوم الغضب، أو قيمة يوم التلف، أو اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم الدفع، أو الأعلى من يوم الأخذ الى يوم التلف. و سيأتي في الامر السابع تنقيح القول في ذلك. ثانيهما: انه بناءً على الانتقال الى القيمة هل العين تصير قيميّة أو القدر المشترك بينهما يكون قيميّاً؟ و حق القول في المقام يقتضى البحث في موردين: الأول: في بيان المختار.

الثاني: في بيان الوجوه التي ذكرت أو يمكن ان تذكر لسائر الأقوال.

اما الأول: فحيث عرفت ان العين تكون في العهدة الى زمان الأداء، و عرفت في ضابط القيمي و المثلي ان العين المتعذر مثلها تصير قيميّة، و ستعرف ان العبرة في القيميّات بقيمة يوم الأداء، فلا محالة تعرف ان المدار في المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع. و أما الثاني: فان قيل: ان المأخوذ بنفسه يصير قيميّاً، تأتي فيه احتمالات خمسة، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٢
[...]

و هي: قيمة يوم الأخذ.

قيمة يوم التلف. قيمة يوم الأداء. اعلى القيم من يوم الغضب الى يوم التلف. اعلى القيم من يوم الغضب الى يوم الدفع. و ان قيل: ان المثل يصير قيميّاً، جاء فيه ايضاً احتمالات خمسة، و هي: قيمة يوم الغضب، و هو يوم تلف العين، فانه يوم غضب المثل، و كونه في الذمة الى يوم إعواز المثل. قيمة يوم الأداء. قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل. اعلى القيم من يوم تلف العين الذي هو يوم غضب المثل الى يوم إعواز المثل الذي هو يوم تلفه. اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الأداء. و ان قيل: ان الجامع بينهما يصير قيميّاً، جاء فيه ايضاً احتمالات خمسة، و هي: قيمة يوم الأداء. و قيمة يوم الغضب، و هو يوم غضب

العين، إذا غضب القدر المشترك يكون بغضب العين. وقيمة يوم التلف، و هو يوم إغواز المثل، فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل و عدم التمكن من أدائه و اعلى القيم من يوم الغضب الى يوم الدفع. و اعلى القيم من يوم الغضب الى يوم التلف. و حيث ان احتماليين من احتمالات كون المثل قيميا- و هما الأولان- ينطبقان مع احتماليين من القول بكون المأخوذ قيميا- و هما الثاني و الثالث- كما لا يخفى، و احتمالات اربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا، و هي غير الأخير ينطبق مع احتمالات القولين الأولين، و انما لا ينطبق خصوص الأخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الأعلى من يوم غضب العين الى يوم الاعواز. فالتحصّل من هذه المسالك: ان الاحتمالات التي لها وجه تسعة. و هناك احتمال آخر، و هو: كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناءً على ان انقلاب المثل إليها انما هو حينها. هذه هو المحتملات التي لها وجه، و اما غير ذلك من الاحتمالات فاما لا أساس لها، أو لا تتفاوت بها القيمة مع المحتملات المذكورة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٣

[...]

فتحصّل ان المحتملات التي لها وجه عشرة:

الأول: قيمة يوم قبض العين.

الثاني: قيمة يوم تلفها.

الثالث: قيمة يوم إغواز المثل.

الرابع: قيمة يوم الدفع.

الخامس: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الدفع.

السادس: اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الأداء.

السابع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم تلفها.

الثامن: اعلى القيم من يوم قبض المثل- اي تلف العين- الى يوم الاعواز.

التاسع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الاعواز.

العاشر: قيمة يوم المطالبة.

و بذلك يظهر عدم تامة ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان المحتملات ثمانية، مع ان المحتمل الثالث في كلامه قد متحّد مع الخامس. فراجع و تدبر.

لا فرق بين التعذر البدوي و الطاري

المقام الثالث: ظاهر كلام المصنف ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طرود التعذر، لاما تعذر فيه المثل ابتداءً. و عن جامع المقاصد: انه حينئذ يتعين كون التالف قيميا. و ذكر في وجه التفصيل امور:

الأول: انه في صورة التعذر ابتداءً لا يكون التكليف بأداء المثل منجزاً في وقت من الأوقات، و هذا بخلاف صورة التعذر الطاري.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٤

[...]

و اورد عليه الشيخ ره: بان التمكن من الأداء ليس شرطاً في الحكم الوضعي، اي اشتغال الذمة بالمثل، كما لا يشترط في استقراره

استدامته.

و لكن: يرد على الشيخ ره: ان مبنى التوجيه المزبور على ان الضمان ليس بنفسه امرا اعتباريا استقلاليا، بل هو منتزع من التكليف الفعلي بأداء البدل، و اساس الإيراد انما هو كونه امراً اعتباريا مستقلا في الجعل، فهما لا يردان على مبنى فأرد.

فالحق ان يورد عليه: بانه بناءً على كونه امرا اعتباريا، ان صح اعتباره في فرض التعذر الطارئ صح في الابتدائي ايضا، فانه إذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشىء مع عدم التمكن من أدائه صح ذلك في التعذر البدوى، و الا لما صح بقاءً ايضا.

الثاني: ما ذكره الشيخ ره، و هو: ان الأدلة في مقام الاثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوى، و اما إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل أو انقلابه قيميا.

و فيه: انه إذا كانت الأدلة في مقام الاثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائي، لزم ان لا تكون الذمة مشغولة بالقيمة في القيمي مع تعذر أدائها ابتداءً.

الثالث: ما ذكره بعض أكابر المحققين، و هو: ان الفرق بين العجز البدوى و الطارئ عدم صدق ضابط المثلية في الأول، و صدقه في الثاني.

توضيحه: ان ضابط كون الشىء مثليا كون الشىء ذا مماثل موجود لا كونه ذا مماثل نوعا، و عليه فمع العجز البدوى لا يكون التالف مثليا بخلاف صورة طروء العجز.

و فيه: انه إذا كان ضابط المثلية كون الشىء ذا مماثل موجود، فعند طروء التعذر لا- يكون بقاءً كذلك، فلا- مناص عن القول بالانقلاب.

فتحصل: انه لا فرق بين الصورتين.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٥

[...]

ثم ان هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة و اما على المختار من كون العين في العهدة، فعدم الفرق أوضح.

المراد من إعواز المثل

المقام الرابع: في بيان المراد من الاعواز.

فعن المصنف: ان المراد به عدم وجوده في البلد و ما حوله، و عن المسالك زيادة قوله: مما ينقل إليه عادة، و عن المحقق الثاني: الرجوع فيه الى العرف.

و الشيخ ره ذهب الى الأخير بناء على الإجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز، و اما إذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر. ثم مال قده الى ما عن العلامة من جهة النص الوارد في السلم انه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري. بتقريب: انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفي ذلك، ثم قال: و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

أقول: ان الاعواز و التعذر لم يردا في رواية، و لا هما معقد اجماع تعبدى حتى ينازع في صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما، و عليه فيتعين ملاحظة القواعد.

و محصل الكلام: ان هنا مسألتين - بعد مفروغية انه إذا كان المثل موجودا ليس للمالك مطالبة القيمة و إلزام الضامن بأدائها و له

الإلزام بأداء المثل.

الاولى: انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل.

الثانية: انه متى للمالك إلزامه بأداء القيمة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٦

[...]

اما الاولى: فليس للمالك إلزامه بأدائه إذا لم يتمكن عقلا أو شرعا، بان كان الأداء ضروريا عليه أو حرجيا. و بعبارة اخرى: متى انتفى احد الشروط للتكليف، من غير فرق في ذلك بين وجود المثل في البلد أو غيره، كما ان له إلزامه به إذا كانت شروط التكليف موجودة، و لو كان المثل في بلد بعيد.

و أما الثانية: فليس له إلزامه بأدائها الا إذا تعذر عقلا المثل، و الا فلو لم يكن متعذرا عقلا و لكن كان أدائه حرجيا أو ضروريا له ان يتحمل الضرر و الحرج، و يؤدي المثل. و هذا ايضا لا فرق فيه بين البلد و غيره.

في معرفة قيمة المثل

المقام الخامس: في معرفة قيمة المثل.

أقول: منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الأيام و الفصول، فقد تقدم الكلام في تعيينها، و ان كان اختلاف الأمكنة فسيأتي الكلام فيه، و ان كان اختلاف الأيام في عزة الوجود و كثرته، فالميزان هو قيمة اليوم الذي عين لذلك، كان هو يوم الغصب أو يوم التلف أو يوم الأداء أو غير ذلك.

و بالجملة: حيث عرفت ان العين انما تكون في العهدة الى حين الأداء- و لذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الأداء- فيفرض العين موجودة يوم الأداء، و تقوم و تؤدي تلك القيمة الفرضية. فلا اشكال في المسألة.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٧

[...]

الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف

السادس: إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلد التلف، فهل الاعتبار ببلد المطالبة، أو ببلد التلف، أو يتخير المالك في التعيين، أو يتخير الضامن فيه؟ وجوه:.

أقول: المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره، و قد عرفت ان الأظهر جواز المطالبة في كل مكان شاء المالك، و عليه فالعبرة في المقام ببلد المطالبة.

و فضل في المبسوط، بما محصله: ان للمالك مطالبة القيمة في كل مكان كان له مطالبة المثل، فان كان المثل مما لا مؤونة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا، و ان كان في نقله مؤونة فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا، و ان كان في نقله مؤونة و كانت القيمتان مختلفتين فليس له الا مطالبة قيمة بلد التلف.

و لكن يرد عليه: ان الضرر الذي لأجله حكم في الصورة الأخيرة بعدم لزوم أداء المثل أو قيمته في بلد المطالبة: ان كان من جهة الاحتياج الى مؤونة النقل، فهو موجود في الصورة الثانية، و ان كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود في الصورة الاولى، و ان كان من

جهةً مجموع الأمرين فيرد عليه: ان الانضمام يوجب زيادة الضرر لا أصله، فالالتزام بالتفصيل، و ان له المطالبة في اى مكان شاء في الصورتين الأوليتين و ان العبرة ببذل التلف في الأخيرة مما لا وجه له.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٨

[...]

لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

السابع: لو دفع القيمة في المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالأقوى عدم عود المثل في ذمته، و ذلك بناءً على المختار من ان التالف إذا تعذر مثله يصير قيمياً واضح. فانه مع صيرورته قيميا وادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته، فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل. و ان شئت قلت: ان القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل. و اما بناءً على ان المثل يصير قيمياً، فان قلنا ببقائه في الذمة الى حين الأداء و ان المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة و يطالب المالىة و لذلك له ان يصبر الى ان يتيسر المثل فلا يعود المثل في ذمته ايضاً، و كذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل الى قيمته.

نعم بناء على القول ببقاء المثل في الذمة يعقل اعتبار بدل الحيلولة من جهة انه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة، و انما يؤدي القيمة لان ينتفع بها الى ان يتيسر المثل.

ضمان القيمي بالقيمة

إشارة

السابع: لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة.

و الكلام في هذا الامر يقع في موارد:

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٢٩

[...]

الأول: في انه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة في القيميات، ام تبقى العين في العهدة الى حين الأداء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول، و الحق هو الثاني لما تقدم في الامر السابق من ظهور حديث على اليد في ذلك.

و لا ينافيه شيء من الاخبار، اما ما دل على الضمان فواضح، و اما النصوص المعينة للقيمة فلان جملة منها مثل خبر السكوني عن الامام الصادق (عليه السلام) الوارد في السفرة المطروحة الكثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، فقال امير المؤمنين (عليه السلام): يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن «١».

و خبر على بن جعفر عن الامام الكاظم (عليه السلام) في رجل أصاب شاة في الصحراء الدال على انه يأكلها و ان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه «٢».

و مرسل الصدوق عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الطعام الذي وجد في مفازة، المتضمن انه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء «٣». و غير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون، تكون في مقام بيان ان اللواجد ولاية على ان يبيع ما وجده عن صاحبه لنفسه و يبقى الثمن في ذمته الى ان يجيء صاحب المال، و اجنبية عن المقام بالمرءة. و جملة اخرى منها لا يستفاد منها أزيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، و هذا يلائم مع كون العين في العهدة.

و أما ما ذكره الشيخ ره فى عداد النصوص التى ادعى منافاتها لهذا القول بقوله:

- (١) الوسائل - باب ٢٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ١.
 (٢) الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ٧.
 (٣) الوسائل - باب ٢ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ٩.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٣٠
]...[

و منها ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. فيرد عليه: مضافا الى انه ليس فى نصوص الرهن عنوان السقوط، بل فيها انهما يترادان الفضل إذا كان لأحد الأمرين من الرهن و الدين عند تلفه فضل، و انه إذا كان الرهن يساوى ما رهنه فليس عليه شىء - انه ايضا لا ينافى كون العين فى العهدة بعد فرض ان أداءها بعد التلف انما يكون بدفع القيمة بدلا أو وفاء، و ان ذلك انما يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن كما لا يخفى.

الثانى: انه لا ريب و لا كلام فى انه عند تعذر المثل فى القيميات يكفى رد القيمة، و انما الخلاف المتوهم فى صورة وجود المثل من جميع الجهات أو ما يصدق عليه المثل، فالمشهور بين الأصحاب انه يكفى رد القيمة، و عن الإسكافى و المحقق: انه يجب رد المثل. و ظنى انهما غير مخالفين للمشهور، فان مورد كلامهما القرض، و لا يبعد فيه دعوى ان المتعارف الشرط الضمنى برد المثل و لو فى بعض الصفات. و يؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق فى باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة، فمدعى عدم الخلاف فى كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف.

و كيف كان: فالأولى بيان ما هو المستفاد من الأدلة، و قد تقدم فى الامر السابق ان حديث على اليد لا نظر له الى هذه الجهة، و آية الاعتداء لا تدل على الضمان، و ان الإطلاق المقامى و الإجماع يقتضيان تعيين القيمة. فراجع.
 فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٣١
]...[

تعيين القيمة

و قد اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد.

و الأقوال و الوجوه المحتملة فى المسألة خمسة:

- (١) كون المدار على يوم القبض، نسب الى الأكثر.
 (٢) يوم التلف، نسب الى الشيخين و اتباعهما، و عن الدروس و الروضة: نسبه الى الأكثر.
 (٣) يوم الدفع.
 (٤) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف.
 (٥) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع.

و أما ما عن المفيد و القاضى و الحلبي من الاعتبار بيوم البيع، فالظاهر ارادة يوم القبض، فهو يرجع الى القول الأول.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مواضع:

الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

الثالث: فيما يقتضيه صحيح ابى ولاد وغيره من النصوص الخاصة.

اما الموضوع الأول: فعن المصنف وغيره: انها تقتضى القول الخامس، إذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، و لا- تحصل البراءة الا بالاعلى.

و اورد عليه: بان الأصل في المقام البراءة لكون الشك في التكليف بالزائد.

و أجاب عنه الشيخ ره: بان الأصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة و ان كان هو

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٣٢

[...]

البراءة الا ان الأصل في الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب.

و حق القول في المقام، انه ان قلنا بان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية في موارد- كما اختاره الشيخ ره- فالمرجع

أصالة البراءة، إذ لا شيء مجعول سوى لزوم دفع القيمة، و المفروض دورانها بين الأقل و الأكثر، فتجرى البراءة عن الزائد.

و ان قلنا بان الحكم الوضعي كالتكليفى متأصل في الجعل، فان قلنا في المقام بالانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما

هو المنسوب الى المشهور- فالمرجع هو البراءة ايضا، لان شغل الذمة مشكوك فيه فتجرى البراءة. و ان قلنا بكون العين في العهدة الى

حال أداء العوض، فالمرجع هو استصحاب بقاء العين و عدم السقوط الا بدفع الأكثر.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده المصنف حق على المسلك المختار من بقاء العين في العهدة بعد تلفها، كما ظهر أن جواب الشيخ ره لا

يتم على مسلكه.

و أما الموضوع الثاني: فقد استدل المصنف للقول الأول- على ما نسب إليه:- بانه زمان ازالة يد المالك. توضيحه: ان القابض انما وضع

يده على ماله، مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية، و الصفات النوعية. مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب عليه رده بماله

من الحيثيات إذا أمكن الرد. و ان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف و جب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت

اليد، و لا وجه لوجوب رد المراتب الأخر عن المليات، فإنها مليات واردة على ما هو تحت العهدة، لا ان العهدة واردة عليها.

و فيه: أولاً: ان المالية المنتزعة من رغبة الناس و ميلهم لا تقع تحت اليد، و لا تكون مضمونة كما تقدم.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٣٣

[...]

و ثانيا: ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية و لكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص.

و ثالثا: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم التلف، لان على اليد لا يختص بحدوث اليد،

بل يشمل بقائها، فكل زمان من أزمنته كون العين تحت اليد قد أزيلت فيه يد المالك، فوجب ان يغرم أكثرها.

و استدل للقول الثاني في المتاجر بان معنى ضمان العين عند قبضها كونها في عهده، و معنى ذلك و جوب تداركها ببدلها عند التلف

حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، و تداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها.

و فيه: انه بناءً على المسلك الحق من بقاء العين في العهدة الى حين الأداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى، و به يظهر ان

الحق هو القول الثالث، و هو ان العبرة بقيمة يوم الدفع.

و استدلل للقول الرابع بوجوده: أحدها: قاعدة نفى الضرر.

و فيه: أولاً: ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الأدلة المثبتة للحكم، و تدل على نفيه، و لا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر.

و ثانياً: انها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين.

ثانيها: انه إذا تلفت العين في يوم ارتفاع قيمتها ضمن الأعلى بناءً على ان العبرة بيوم التلف، فكذلك إذا حيل بينها و بين المالك حتى

تلفت فيضمن الأعلى، و لو تنزلت يوم التلف، لان الغاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها.

و فيه: - مضافاً الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٣٤

[...]

و انه لا عبرة بيوم التلف- انه لا دليل على كون الحيلولة سبباً للضمان.

ثالثها: ما أساسه يبتنى على أمرين: أحدهما: شمول على اليد للمالية و كونها مضمونة. ثانيهما: الانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين

التلف بالقيمة- و قد عرفت ما في كلا الأمرين.

و استدلل للقول الخامس: بالوجهين الأولين المذكورين في سابقه اللذين تقدم ما فيهما. و بما يبتنى على أمرين: الأول: بقاء العين في

العهد إلى حين الأداء. الثاني: كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلاً تحت الضمان. و قد مر ما في الثاني.

فتحصل: ان القواعد تقتضى كون العبرة بيوم الدفع.

و أما الموضوع الثالث: فالكلام فيه يقع في موردين: الأول: في صحيح ابي ولاد.

الثاني: في غيره من النصوص.

اما المورد الأول: فقبل البحث فيه لأبد من تقديم مقدمة، و هي: ان الصحيح مختص بالمغصوب، و استدلل للتعدى منه الى المقبوض

بالباع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين: أحدهما: ما عن الحلبي من دعوى الاتفاق على كون البيع

فاسداً بمنزلة المغصوب الا في ارتفاع الإثم.

و فيه: انه على فرض ثبوت الاتفاق لم يثبت كونه تعدياً، مع ان ثبوته ممنوع.

ثانيهما: ما افاده الشيخ ره، و حاصله: أنه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم أمكن تخصيصها بالغاصب و عدم التعدى

عنه، و اما لو كان ظاهرها ان الاعتبار بيوم الغصب و جب التعدى عنه، و ذلك لأنه إذا كان قيمة المغصوب يوم التلف أو الدفع اكثر من

قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان و التدارك تقتضى كون العبرة بقيمة يوم التلف أو يوم الدفع الارفاق بالغاصب،

و التخفيف عليه،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٣٥

[...]

و كون غيره أسوأ حالاً منه، و هذا مما يقطع بخلافه. فلا محالة يستكشف ان المجعول هو قيمة يوم الأخذ مطلقاً.

و بالجملة: التحفظ على ظهور الرواية في كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على انه المعيار مطلقاً، و الا- لزم كون غير

الغاصب سواء حالاً منه.

ثم ان السيد قده أفاد في وجه مراد الشيخ ره: انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم التلف، فإذا دل الصحيح على

ان العبرة فى باب الغضب بيوم الغضب لزم ان لا يكون المغضوب واجب التدارك، و هذا بخلاف ما لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشىء فى زمان انقطاع يده عنه، و عليه فظهور الصحيح فى كون المدار على يوم الأخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك، و ان الذى فهمناه خطأ.

و اورد عليه: بانه يمكن ان يقال: ان التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه و بحسب يوم التلف، الا- ان إطلاقه يقتضى كون المناط على قيمة يوم التلف، و هذا لا ينافى تقييده بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص، فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه. و لكن الظاهر ان مراده ما ذكرناه.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه قد استدلل فى المقام بصحيح ابى ولاد الذى رواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابى ولاد الحناط، و رواه الكليني ره عن عدة من أصحابنا عن احمد بن محمد بن محمد مثله، و حيث انه مشتمل على احكام كثيرة فالأولى نقل الخبر بتمامه، قال: اكرتيت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا و جاثيا بكذا و كذا، و خرجت فى طلب غريم لى، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بينى و بينه و رجعت الى الكوفة، و كان ذهابى

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٣٦

[...]

و مجيئى خمسة عشر يوما، فأخبرت صاحب البغل بعذرى و اردت ان أتحلل منه مما صنعت و ارضيه، فبذلت له خمسة عشر درهما فابى ان يقبل، فتراضينا بأبى حنيفة، فأخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لى: ما صنعت بالبغل؟ قلت: قد دفعته إليه سليما قال: نعم بعد خمسة عشر يوما، قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال: ما ارى لك حقا لأنه اكرته الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل و إلى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء. قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما افتى به أبو حنيفة و أعطيته شيئا و تحللت منه، و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله (عليه السلام) بما افتى به أبو حنيفة فقال (عليه السلام): فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تحبس الأرض بركانها، فقلت لابي عبد الله (عليه السلام): فما ترى أنت جعلت فداك؟ قال (عليه السلام): ارى له عليك مثل كراء بغل ذاهبا من الكوفة الى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد، و مثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه، قال: فقلت: جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه فقال (عليه السلام): لا- لأنك غاصب، قلت: أ رأيت لو عطب البغل و نفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فان أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحنه و العيب يوم ترده عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك و ان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرتى كذا و كذا فيلزمك، فقلت: انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللتى فقال (عليه السلام): انما رضى بها و حللك

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٣٧

[...]

حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم. الخبر «١».

و محل الاستشهاد فيه جمل ثلاث:

الاولى: قوله (عليه السلام): نعم قيمة بغل يوم خالفته.

والاحتمالات فى اليوم ثلاثة:

أحدها: ان يكون قيماً للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة فى ان العبرة بقيمة يوم الغضب.

و ذكر الشيخ ره فى تقريب كونه قيماً لها وجهين:

الأول: اضافة القيمة المضافة الى البغل إليه ثانياً، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل.

وفيه: انه ان أريد بذلك اضافة المضاف نفسه إليه ثانياً، فمضافا الى انه لا معنى حينئذ لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل

للإضافة، يرد عليه: ان الشئ الواحد لا يضاف الى شيئين مرتين.

وبعبارة اخرى: المضاف الى شئ لا يضاف ثانياً.

وان أراد به اضافة مجموع المضاف و المضاف إليه، فمضافا الى انه لا يصح قوله: فيكون اسقاط ... إلخ، إذ لا دليل على انه لأبد و ان

لا- يصدر جزء المضاف بحرف التعريف. يرد عليه: ان المجموع لتضمنه النسبة الإضافية التى هى من الحروف لا يضاف، إذ المعنى

الحرفى لا يقع ظرفاً. و بعبارة اخرى: الإضافة من خواص الأسماء و الحرف لا يضاف.

الثانى: جعل اليوم قيماً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل،

(١) الوسائل - باب ١٧- من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٣٨

[...]

و الظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف و العامل فيه الاختصاص الحاصل من الإضافة، فانه معنى حرفى، و العامل لا بد و ان يكون

فعلاً أو شبه فعل، بل مراده قيدياً اليوم للقيمة المضافة الى البغل، و هى مضافا الى كونها معنى حدثياً فى نفسها فإنها ما يقوم بالشئ

من المالىة، انه لو سلم كونها معنى جامداً بسبب الإضافة تتضمن معنى اشتقاقياً.

وفيه: ان هذا و ان كان لا- محذور فيه، الا- ان قيدياً اليوم لنعم لو لم تكن اظهر لا- ريب فى كونها محتملة، و الاحتمال مسقط

للاستدلال.

الثالث: كون اليوم قيماً للبغل بإضافة البغل إليه، فيكون المقام من قبيل تتابع الإضافات. فقد يقال كما عن المحقق النائنى ره: بان الخبر

على هذا ايضا يدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة، إذ حيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلالة الاقتضاء لأبد و ان يكون

إضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته فى ذلك اليوم.

وفيه: انه حيث لا ريب فى ان للبغل بحسب الصفات و الخصوصيات المتفاوتة بحسب الأيام قيماً مختلفة، و لا كلام ايضا فى ان هذا

الاختلاف مضمون فى باب الضمان، و الخلاف انما هو فى اختلاف القيم المستندة، الى اختلاف السوق و الرغبات، فيمكن ان يكون

يوم المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قوياً، فان التعب و الهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية فى

ذلك اليوم، و هذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف أو يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة فى وقت

التلف أو يوم الدفع فيقوم ذلك البغل فى يوم الأداء أو وقت التلف، فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح أجنياً عن ما هو المقصود.

الرابع: كون اليوم قيماً لقوله (عليه السلام) نعم الذى هو فى قوة قوله يلزمك أو يكون لفظ يلزمك مقدرًا بعده، فيكون اليوم حينئذ

وعاء توجه التكليف،

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٣٩

[...]

فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه في الصحيحة.

و اورد على هذا الاحتمال بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق الإيرواني ره، و هو: ان العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف الى أداء القيمة، فيوم انتقال التكليف الى أداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب.

وفيه: ان نعم جواب عن السؤال، و هو لزوم أداء القيمة على تقدير التلف، فيكون ظاهراً في لزوم أداء القيمة على تقدير التلف، و معلوم ان هذا التكليف التعليقي انما يتوجه من حين الغصب.

ثانيهما: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

وفيه: أولاً- ان السائل لم يقل ما يلزمني كي يكون ظاهراً فيما ذكر، بل قال أ ليس كان يلزمني فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذي هو المسئول عنه اصل اللزوم، فكيف يجعل السؤال عما يلزمه.

و ثانياً: انه لو سلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة أو غيرها، فجوابه (عليه السلام) ناظر الى ذلك.

فتحصل: انه لا مانع من تعلق الظرف بنعم.

و ربما يقال- كما عن المحقق النائيني ره-: بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الامر بالالتزام لا بالمطابقة، إذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب، إذ مالمية المال إذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنه لا يعقل

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٤٠

[...]

ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعلياً و يقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

وفيه: ان التكليف المتوجه بأداء القيمة في يوم المخالفة ليس تكليفاً فعلياً تنجزياً بل هو تكليف تعليقي و هو لزوم أداء القيمة على فرض التلف، فزمان فعلياً الإلزام و تنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة.

فتحصل مما ذكرناه: ان محتملات هذه الجملة ثلاثة، و على الأول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة و لا تدل على ذلك على الأخيرين، و حيث انه إذا لم ندع ظهورها في الاحتمال الثالث فلا ريب في كون احتمالها مساوياً لغيره، فلا يبقى مورد للاستدلال بهذه الجملة.

الثانية: قوله (عليه السلام): و يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا.

و تقريب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما افاده الشيخ في المكاسب، و هو: ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به، فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناءً على انه يوم المخالفة، لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، و من المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

وفيه: ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء- بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب- انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات، و هذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الأداء من جهة عدم

الاختلاف في مدة خمسة عشر يوماً أيضاً كما سيصرح هو قده به، و يؤكد ذلك ان الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح و المعيب ان
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٤١
]...[

المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها بحيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه، مع انه لو سلم الاختلاف - بما ان هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعي بل في مقام بيان موضوع عرفي كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية - فيمكن ان يقال: انه لو كان الميزان قيمة يوم الأداء إذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الأداء سهلاً كما لا يخفى.
 فتحصل: ان هذه الجملة أيضاً لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد.
 الجملة الثالثة: قوله (عليه السلام) في جواب السؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده.
 و ملخص القول فيها: انه بناءً على وجود اليوم في الرواية، المحتملات فيها اربعة:
 أحدها: رجوع يوم ترده الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي، فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده، و يعتبر زيادته حال رد العين، و على هذا فهي اجنبية عن المقام و غير متعرضة لهذا الحكم.
 و اورد عليه بايرادين:

الأول: ما افاده الشيخ ره، و هو: ان العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الرد، و لازم هذا الوجه ان لا يوجب ضماناً في الصورة الاولى و ان لا يوجب الضمان بالنسبة الى ما حدث منه و ارتفع في الثانية، مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك.
 و فيه: ان المسألة خلافية و فيها اقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن، و ما لم يكن كذلك كوصف الصحة.
 الثاني: ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر
 فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٤٢
]...[

و هو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل و لا يمكن اشراب معناه فيه.
 و فيه: ان الجوامد على قسمين: قسم لا يقدر بالزمان، و قسم يتقدر به، و الأول لا يتعلق به الظرف، و الثاني لا مانع من تعلق الظرف به، و المقام من قبيل الثاني.
 ثانيها: رجوعه الى قوله (عليه السلام) عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة.
 و اورد على هذا الاحتمال: ان التكليف بأداء الأرش و الضمان انما يكون في يوم حدوث العيب لا يوم الرد، و ان أريد به يوم رد البغلة.
 و فيه: انه بناءً على المختار من ان العبرة في القيمات بقيمة يوم الدفع، هذه الجملة على هذا الوجه تدل على ذلك، فانه بما ان التالف مع وجود العين و وصف من أوصافها فلا يلاحظ بنفسه في العهدة، بل انما تكون عهده بتبع عهدة العين، فإذا خرجت العين عن العهدة بأدائها لا عين في العهدة ليقال ان صحيحها كذا و معيها كذا، و ليس على الضامن الا عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة، فلا محالة يكون المعيار في مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين. فتدبر فانه دقيق.
 ثالثها: رجوعه الى القيمة، و ارادة رد الأرش من قوله يوم ترده. و يدفع هذا الاحتمال: ان مرجع الضمير حينئذ ان كان قيمة ما بين ...

إلخ لزم تأنيته، و ان كان ما بين لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الا على المأخوذ دون بدله. و أما ما ذكره الشيخ ره من انه لا عبرة في أرش العيب بيوم الرد اجماعاً، فيرد عليه: ان المسألة خلافية، و قد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد، و قد افتى بذلك جمع، مع انه لو سلم قيام الإجماع عليه فليس هو اجماعاً تعديداً، مضافاً الى احتمال الفرق بين العين و النقص.

رابعها: رجوعه الى القيمة و ارادة رد البغلة. و تقريب دلالتها على المختار من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٤٣

[...]

ان العبرة بيوم الرد ما ذكرناه في المحتمل الثاني.

فتحصل: ان هذه الجملة مضافاً الى انها لا دلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفه، يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الأداء.

بقي الكلام في الصحيح في جهات ثلاث:

الاولى: في الاشكال الذي أوردوه على قوله (عليه السلام) في جواب قول السائل: و من يعرف ذلك؟ قال: أنت، و هو اما ان يحلف هو على القيمة فليزملك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكرى كذا و كذا فيلزمك. و الجواب عنه.

الثانية: فيما افاده الشيخ ره من ان هذه الجملة تؤيد القول بان العبرة بيوم التلف.

الثالثة: في ان الصحيح هل يمكن ان يستدل به على اعلى القيم ام لا.

اما الجهة الاولى: فمحصل الاشكال: ان المالك دائماً يدعى الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعياً و وظيفته اقامة البينة، و الغاصب منكراً و وظيفته الحلف أو رد الحلف، فكيف حكم (عليه السلام) بانه يحلف المالك و ان له رد الحلف على الغاصب، ثم على فرض كونه منكراً، فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته؟

و أجيب عن الاشكال بوجوه:

أحدها: انه (عليه السلام) في مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة، و قضية البينة على المدعي و اليمين على من أنكر انما هي في المخاصمات، و ذلك من جهة ظهور السؤال و الجواب في ذلك، حيث ان السؤال انما يكون عن العارف، و أجاب (عليه السلام): بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، ان ان تحلف أنت من جهة كونه عندك في مدة، أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف أنت و لم يعرف هو،

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٤٤

[...]

فتكون الصحيحة غير مربوطه بموازين القضاء.

و الذي يوهن هذا الجواب - و ان ذهب إليه جمع منهم السيد الفقيه و المحققان الأصفهاني و الإيرواني - قوله (عليه السلام) فيلزمك، و قوله لزمه إذ الملمزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الإلهي ذلك لا - حلف كل احد و ان توافق الطرفان عليه، اللهم الا ان يقال ان الإنسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

ثانيها: حمل الصحيح على التعبد و جعله مخصصاً للقاعدة العامة، و هو غير بعيد في نفسه، إذ من شئون أخذ الغاصب بأشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه، و ان لا يطالب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك. و التزم به الشيخ في

محكى النهاية، و المفيد فى محكى المقنعة، و عن المصنف: نسبتة الى الأكثر. و بذلك ظهر ما فى تضعيف الشيخ ره هذا الوجه. ثالثها: ان تكون هذه الجملة فى مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع و يكون الحلف وظيفه المالك فى صورة، و هى ما لو كان قوله موافقا للأصل، و البيئه وظيفته فى صورة اخرى و هى ما لو كان قوله مخالفا للأصل. اختاره الشيخ ره. و فيه: ان هذا مناف لظاهر الصحيح، بل صريحه، فانه صريح فى ورود حلف المالك و الغاصب و سماع البيئه من المالك كلها على مورد واحد.

فتحصل: ان الأوجه فى دفع الاشكال الوجه الثانى ثم الأول.

و أما الجهة الثانية: فقد أفاد الشيخ ره فى وجه كون هذه الجملة مؤيدة للقول: بان العبرة بيوم التلف بعد حملها على المورد ان انه إذا كان المعيار يوم التلف يمكن توجيه الاشكال المتقدم بوجه قريب و هو حمل الخبر على موردين متعارفين، و هما ما إذا اتفقا فى السابق على قيمة البغل و ادعى الغاصب نقصانها فى يوم التلف عن قيمته فى السابق، و ما إذا اتفقا على انه لم تتفاوت قيمة البغل و انما اختلفا فى السابقة من حيث

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٤٥

[...]

الزيادة و النقصان. فانه فى المورد الأول تكون وظيفه المالك اليمين لموافقه قوله للأصل، و فى المورد الثانى تكون وظيفته البيئه لمخالفة قوله للأصل، و هذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على يوم المخالفة، فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل و وظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا، و هو ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانها عن تلك يوم المخالفة، و معلوم انه لا يصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر. و لكن يرد عليه امور:

الأول: ما تقدم من منافاه حمل الخبر على موردين لظاهره، بل صريحه.

الثانى: ان غاية ما يدل عليه الوجه المزبور انه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة، و اما ان المدار قيمة يوم التلف أو يوم الدفع فالخبر أجنبى عنه حينئذ.

الثالث: انه يمكن فرض صورة يمكن قول المالك موافقا للأصل، و تكون تلك الصورة متعارفة، و ان قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة، و هى ما إذا اتفقا على قيمة البغل و ادعى الغاصب انه كان معيوباً حين المخالفة، فان قول المالك بكونه صحيحاً موافق للأصل، فتكون وظيفته حينئذ الحلف.

و أما الجهة الثانية: ففي المكاسب: لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها على ذلك. و وجهها المحقق النائينى ره، بان قوله (عليه السلام) يوم خالفته بيان، لان المخالفة موجبة للضمان، و المفروض ان كلما كان الشىء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه، و لا موجب لان تكون القيمة ملحوظة فى أول حدوث المخالفة، بل إذا فرض قيمة العين اعلى فى يوم من سائر الأيام يضمنها الغاصب و ان تنزلت بعد ذلك، و لامتناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الأدنى تحت الأعلى و ينحصر فى الأعلى.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٤٦

و لو علمه صنعاً أو صبغه فزادت رجوع بالزيادة و لو نقص ضمن النقصان كالأصل

و يرد عليه: - مضافا الى ما تقدم من تطرق احتمالات فى يوم خالفته الموجب لعدم صحة الاستدلال به، و مضافا الى ما عرفت من ان المالية ليست مضمونة و داخله تحت على اليد- ان الظاهر من يوم خالفته هو أول يوم حدوث المخالفة.

و أما المورد الثانى: فقد استدلل لان العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص: الاولى: ما ورد فى باب الرهن «١»، و قد تقدم فى أول هذا التنبيه و عرفت انه لا ينافى مع القاعدة. فراجع.

الثانية: ما ورد فى عبد أعتق بعضه، ففى خبر عبد الرحمن بن ابى عبد الله عن ابى عبد الله (عليه السلام) عن قوم ورتوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى أعتق نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقى؟ فقال (عليه السلام): نعم يؤخذ بما بقى (منه بقيمة يوم أعتق خ) «٢» و نحوه غيره.

و فيه: انه من المحتمل كون قوله يوم أعتق قيذاً ليؤخذ لا للقيمة، و عليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين التعلق و ساكت عن ان ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء.

فتحصل: ان الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء و الدفع.

و قد ظهر مما قدمناه: انه لا خلاف و لا اشكال فى انه لو علمه صنعة أو صبغة فزادت قيمته رجع بالزيادة و لو نقص ضمن النقصان كالأصل. و الوجه فيهما ظاهر من ما قدمناه.

(١) الوسائل - باب ٧- من أبواب كتاب احكام الرهن.

(٢) الوسائل - باب ١٨- من أبواب كتاب العتق حديث ٦.

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٤٧

[...]

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

قال الشيخ قده: و إذا كان بسبب الأمكنة، فالظاهر عدم اعتبار محل التلف ... إلخ.

يحتمل فى العبارة وجهان:

أحدهما: مع لفظ عدم.

الثانى: بدونه.

و مراده على الأول: ان خصوصية المكان من الخصوصيات و الأوصاف التى تكون دخيلة فى المالية و تختلف المالية باختلافها، و ان اختلاف المالية فيها ليس مستندا الى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء، و عليه فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد التى مرت بها العين لا قيمة يوم التلف.

و مراده على الثانى: ان معنى الضمان و جوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف، و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل فى مكان التلف قائم مقامه.

و لكن يرد على الوجه الأول: ان خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة فى المالية، بل اصل القيمة و ترقبها ينشئان من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشئان من كثرة الوجود و قلة الطالب، بلا دخل للزمان و المكان فى ذلك.

و يرد على الوجه الثانى: ما تقدم من بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء، و الصحيح انه بناء على المختار من بقاء العين فى العهدة يكون الاعتبار بقيمة العين

فقه الصادق عليه السلام (للروحانى)، ج ١٦، ص: ٤٤٨

[...]

في محل الخروج.

نعم في المقام مسألة اخرى، و هي: انه إذا كانت القيمة في مكان أزيد من القيمة في مكان التلف و الأخذ، هل للمالك ان يطالبها ام لا؟ و قد تقدم الكلام في ذلك.

بدل الحيلولة

إشارة

ثم انه لا- بأس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين و لكن تعذر الوصول إليها، فقد صرح غير واحد: بانه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة. و تنقيح القول فيه بالبحث في جهات: الاولى: انه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول الى ماله إذا صدق عليه التلف عرفاً للأدلة المتقدمة، و للنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقاً و مفهوماً الواردة في السرقة و الضياع، و لا حاجة الى نقلها. انما الكلام فيما إذا لم يصدق عليه التلف عرفاً، و قد استدلل على الضمان- بمعنى لزوم دفع البديل المسمى عندهم ببديل الحيلولة- بوجوه:

الأول: قاعدة نفى الضرر «١» بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول إليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبديل. و فيه: ان قاعدة نفى الضرر انما تنفي الحكم الضروري و حكم الموضوع الضروري، و لا تدل على ثبوت حكم و لا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في

(١) راجع الوسائل- باب ١٢- من أبواب كتاب احياء الموات و غيره من الأبواب.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٤، ص: ٤٤٩

[...]

محلّه.

الثاني: قاعدة اليد بدعوى ان أداء العين كما يكون بأداء بدلها عند تلفها يكون بأداء بدل الحيلولة.

و فيه: ان مفاد حديث على اليد «١» ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببديل الحيلولة واضح، و ان كان بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم أداء العين ما دامت موجودة و تدارك ماليتها بأداء حصه مماثلة لها بعد التلف. و بعبارة اخرى: ما دامت موجودة لا يكون أداء بدل الحيلولة أداء لها، و لذا لا تخرج عن ملك مالكةا، و لو كان ذلك أداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

الثالث: ان في أدائه جمعاً بين الحقين، بعد فرض رجوع البديل الى الضامن لو ارتفع التعذر.

و فيه: ان الحق الثابت للمالك انما هو بالإضافة الى العين نفسها لأبد لها مع بقائها، مع انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر و هو الزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع اولي كما لا يخفى.

الرابع: قاعدة السلطنة «٢»، اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البديل واخذه، أو بدعوى ان من شئون السلطنة

على العين السلطنة على ماليتها. و بعبارة اخرى: للعين شئون ثلاثة: من حيث الشخصية، و من حيث الطبيعة النوعية، و من حيث المالية. و تعذر مطالبة الاولى لا يمنع عن مطالبة غيرها. أو

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠- كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

(٢) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٠

[...]

بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بما له.

و في الجميع نظر: اما الاولى: فلان السلطنة على مطالبة العين مع إمكان ردها ثابتة و لازمها السعي في ذلك بالسعي في مقدماته لارد البدل، و مع عدم إمكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة، و الامتناع بالاختيار و ان كان لا ينافي الاختيار الا انه عقاباً لا خطاباً.

و أما الثانية: فلان مالية العين القائمة بها، اي تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين، و المالية القائمة ببدلها حصة اخرى من المالية، و لم تثبت السلطنة على مطالبتها.

و أما الثالثة: فلان السلطنة على الانتفاعات بما له ساقطة للتعذر.

الخامس: انه فوت سلطنة المالك و أتلفها فيجب عليه تدارك ذلك.

و فيه: ان ما للمالك انما هو الملك لا السلطنة، بل هي من الاحكام المترتبة عليه، فلا يتعلق بها الضمان.

السادس: إطلاق النصوص المتقدمة.

و فيه: انها ظاهرة أو منصرفه الى صورة صدق التلف عرفاً.

السابع: الإجماع، و هو كما ترى.

فتحصل: انه لا- دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين، نعم لما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامناً للمنافع. و قد تقدم تفصيل القول في ذلك.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥١

[...]

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية: في بيان مورد بدل الحيلولة.

فاعلم: انه إذا تمكن الغاصب من رد العين و لكنه لم يرد بل حال بين العين و مالكها، ليس هناك بدل الحيلولة، بل يكون الغاصب مكلفاً برد العين، كما انه إذا تلفت العين أو تلف جميع الانتفاعات في جميع الأزمنة خرجت بذلك عن الملكية، كصيرورة الخل خمراً، ام لا- كما إذا انكسرت المرآة، أو تلف بعض الانتفاعات في جميع الأزمنة، كما لو صار الحيوان موطوءاً فإنه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائماً في بلد الوطاء لا في سائر البلاد، ليس هناك بدل الحيلولة بل مورده ما إذا تلفت جميع الانتفاعات في بعض الأزمنة لعدم تمكن الضامن من الرد.

ثم ان مورده ما إذا كان التعذر لعارض خارجي، و اما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخيوط

المغصوب الذي خيط به الثوب- إذ قد يكون إخراجة من الثوب موجباً لتلفه- أو لخلطه بمال آخر، فلا يكون مورداً لبذل الحيلولة ولا يعتبر فيه سوى ما ذكر، و عليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف، إذ ربما يرجى التمكّن من العين قريباً، وربما يرجى بعد مضي مدة طويلة. و على التقديرين اما ان يتعذر على المالك اعادة العين، و انما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود، و اما ان لا يتعذر. و على القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت في جميع هذه الصور، و لا وجه لتخصيصه بما إذا كان يرجى التمكّن بعد مدة طويلة. نعم إذا كان زمان التعذر يسيراً جداً لا يكون مشمولاً لما تقدم من الأدلة.

الجهة الثالثة: في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٢

[...]

للتكليف برد العين، أو الأعم منه و من التعذر العرفي؟.

قد استدل للأول: بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما إذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف، و بانه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفاً برد العين، و لا يجتمع التكليف برد العين و البذل. و فيهما نظر: اما الأول: فلان الأدلة التي أقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى إطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي ايضاً، و معه لا مورد للرجوع الى الأصل.

و أما الثاني: فلان مورد التكليف بالبذل زمان الاشتغال بالمقدمات، و مورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات، و لكن الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات، قصيراً جداً، فلا يكون ثابتاً و بين غيره، فيكون ثابتاً و لا يخفى وجهه. ثم ان السيد الفقيه أورد على الشيخ ره بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله: لا يخفى ان هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بان فيه جمعا بين الحقيين، كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار.

و فيه: ان في المقام بحثين: أحدهما: انه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول الى الأبد أم لا؟.

الثاني: في انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف ام لا؟ و بين الجهتين عموم من وجه، إذ اليأس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذراً عقلاً، كما ان العلم بوجوده أو رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلاً للتعذر العقلي، و على هذا فلا مورد لإيراده.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٣

[...]

الزام المالك بأخذ البذل

الجهة الرابعة: في الاحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته.

و تنقيح القول فيها في ضمن مسائل:

الاولى: هل يكون دفع البذل حقاً للضامن فله الزام المالك بأخذه، ام ليس له ذلك؟.

و قد استدل الشيخ ره على الثاني: بقاعدة تسلط الناس على أموالهم «١».

و فيه: ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة، فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان صار ملكاً له مع عدم

مطالبته، فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه، و ان لم يصير ملكا له فلا اضافة له إليه كى يشمل دليل السلطنة.

و ان كان المراد به السلطنة على الامتناع من أخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله- و بعبارة اخرى: السلطنة على الامتناع من أخذ بدل ماله- فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان قلنا انه غرامه يدفعها الضامن و ليس بإزاء العين، فلا يزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. و ان قلنا له عوضا قهراً فدلليل السلطنة لا- يمنع عنه لأخصيئة دليله حيثئذ من دليلها. نعم بناءً على ان للمالك المعاوضة الاختيارية يتم ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.

و الحق في المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، إذ لو كان مدركه

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٤

[...]

قَمْي، سيد صادق حسيني روحاني، فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ٢٦ جلد، ه ق فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ١٦، ص: ٤٥٤

قاعدة اليد أو إطلاق النصوص كان ذلك حقا للضامن، فان حاله حيثئذ كحال سائر أمواله. و اما ان كان المدرك قاعدة نفى الضرر، أو كون ذلك من باب الجمع بين الحقين أو الإجماع، فللمالك الامتناع من اخذه، فان الضرر ينتفى بثبوت حق للمالك في مطالبة البدل، كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك، و قاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به الى أخذ بدله، فله ان لا يطالب، و المتيقن من الإجماع صورة المطالبة.

في ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح

المسألة الثانية: في ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له أو مباح؟ فقد استدلل للثاني بوجهين:

الأول: ما ذكره الشيخ ره، و محصله: ان الفأئ بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين، فاللازم تداركها بسلطنة توازيها بأداء مماثل العين، لان معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن، و لازم ذلك فيما إذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفأئ، فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة، و حيث ان السلطنة على الانتفاعات لا تقتضى الملك من أول الامر عنده قده، فلذا اختار الإباحة لو لا الإجماع.

أقول: اما ان الإباحة المطلقة هل تقتضى الملك من أول الامر ام لا، فقد أشبعنا الكلام فيه في المعاطاة. و اما ان ادله بدل الحيلولة هل تدل على الملك أو الإباحة، فالحق هو التفصيل، إذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك أزيد من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٥

[...]

الإباحة، و لو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك، إذ قاعدة اليد تدل على كون المبدول بدلا عن مائة العين، كما ان قاعدة

السلطنة الدالة على السلطنة على مطالبة ماله تقتضى ذلك، إذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها اعتبار ماله غير ماله، وقاعدة نفى الضرر ايضا تقتضى ذلك فان ضمان القيمة هناك كضمانها في صورة التلف،
وقاعدة نفى الضرر تدل على ضمان البدل لان عدمه، ضررى.
الثانى: انه حيث تكون العين باقية على ملكه، فلو ملك البدل لزم منه الجمع بين العوض و المعوض.
وفيه: أولاً: انه سيأتى الكلام فى ان العين تنتقل عنه ام لا.
و ثانياً: انه يمكن ان يقال: ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل.
ثم ان هذا كله فى غير صورة التلف العرفى، و اما فى تلك الصورة فلا ينبغى التوقف فى الملكية للأدلة الدالة على ثبوت البدل فيها المتقدمة.

فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا

المسألة الثالثة: فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا؟.

أقول: لا- إشكال فى عدم الانتقال بناءً على عدم صيرورة البدل ملكاً للمالك، و اما بناءً على الملكية ففى موارد التلف الحقيقى أو العرفى لا كلام أيضاً فى خروجه عن ملكه. اما فى الأول: فواضح. و اما فى الثانى: فلان الملكية من الاعتباريات، و الاعتبار انما يكون بلحاظ الاثر، و بدون لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.
و أما فى غير ذينك الموردين، فقد اضطربت فيه كلمات الاعلام غاية
فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٦
[...]

الاضطراب، و محصل القول: ان فى المسألة وجوها و أقوالاً: أحدها: ان الضامن يملك العين التى ادى عوضها مطلقاً.
الثانى: انه لا يملكها كذلك.

الثالث: ما مال إليه الشيخ ره، و هو عدم الملكية فيما إذا كان الفئات معظم الانتفاعات، و الملكية فيما إذا لم يكن الفئات الا بعض ما ليس به قوام الملكية.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجهين: الأول: ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البدل حصول المعاوضة و المبادلة بين العينين، و صيرورة كل منهما ملكاً للآخر، و بدلاً عنه.

الثانى: ان مقتضى عنوان التدارك و الغرامة ذلك، إذ مع فرض عدم التلف و بقاء مقدار من المالىة للمتعدّر لو حكم الشارع بتدارك مالىته بتمامه بعنوان تدارك ما فى العهدة و بعنوان انه أداء للمتعدّر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، و حيث ان كون المتعدّر من المباحات الأصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكاً للضامن.

و استدلل للثانى: بمنع تلك الاستفادة و الفهم العرفى من ادلة الضمان، و بأن التكليف بأداء البدل يمكن ان يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلية، و الغرامة لا تقتضى كون العين ملكاً للضامن، فان العين التالفة يضمن الضامن قيمتها و لا تكون ملكاً له.

و بالجملة: الغرامة سادة للثلمة التى وردت على ملك المالك، فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين فى ملكه لأنها ليست بدلاً عن نفس العين.

وفيه: انه مع بقاء العين على مقدار من المالىة، سد الثلمة لا يكون بإعطاء كمال القيمة، فإعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان العقوبة و المجازاة بل بعنوان

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٧

[...]

تدارك ما في العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه و دخولها في ملك الضامن.
و استدلال للثالث: بانه مع فوات معظم الانتفاعات لا محالة يكون أداء القيمة غرامة، و هي لا تقتضى انتقال العين الى الغارم، و اما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضى أداء تمام القيمة، فالأمر بأداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية.
و فيه: ان ما ذكره في الشق الأول يتم في صورة التلف العرفي، و اما في غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت.
فتحصل: ان الأظهر صيرورته ملكا للضامن.

قال في شرح القواعد: فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و لو طلب المالك نزعها، و ان افضى الى التلف و جب، ثم يضمن الغاصب النقص و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة. انتهى.

احتمل في هذا المورد و أمثاله امور:

منها: ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله.

و منها: اشتراك مالك الثوب و مالك الخيوط في قيمة الثوب بعد الخياطة.

و منها: كونها من موارد التلف.

و الأظهر هو الأخير، إذ قيمة الثوب و ان زادت بالخياطة الا- ان زيادتها و لو مقداراً منها ليست بإزاء الخيوط، و ان صارت هي سبباً لازدياد قيمة العين، و قد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون الغاصب ضامناً لقيمة الخيوط، و قد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، و عليه فلا يجب نزعها و ان طلبه المالك، و تجوز الصلاة في هذا الثوب المخيط كما افتى به في محكي مجمع البرهان و استجوده صاحب الجواهر ره.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٨

[...]

حق الأولوية

قال الشيخ: ثم ان هنا قسماً رابعاً و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية ... إلخ.

الكلام في هذا الفرع يقع في جهات:

الاولى: في بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية: و قد استدلل له بأمر:

الأول: ما افاده المحقق النائيني ره و غيره، و هو: ان الحق ليس أمراً مغايراً للملك، بل هو من شئونه و مراتبه الضعيفة المنذكة تحت القوى، لأنه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق و المستحق عليه، و هي حاصلة للمالك و محفوظة في جميع الحالات المتواردة على الملك.

و فيه: ان الملكية و الحق من الاعتباريات الشرعية و العرفية، لا من المقولات، و الاعتبار لا اشتداد فيه و لا حركة، و كل من الملك و الحق اعتباري غير الآخر.

الثاني: ان حق الأولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الامر يشك في ارتفاعه، فيستصحب بقاءه.

و فيه: ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه و نحوه، و هو غير حق الأولوية، مع ان لازم كونه أثراً له

ارتفاعه بارتفاعه.

و بالجملة: حق الأولوية الذي هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

الثالث: انه قد دل الدليل على ان الملك أحق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الأولوية من مقارنات الملك، و لو شك في زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك.

وفيه: ان ما دل عليه الدليل المزبور انما هو أولوية المالك بالتصرف في ماله من

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٥٩

[...]

غيره، وهذا غير ثبوت حق الأولوية.

الرابع: الإجماع.

وفيه: انه ليس تعديا، و لعل مستند المجمعين ما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لثبوته بالسيرة العقلية و بناء العقلاء على ذلك، و أظن انه لا ريب في بنائهم عليه، و حيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف إيمضائه لذلك.

الجهة الثانية: في وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن.

أقول: بناءً على ثبوت حق الأولوية لا-شك في وجوبه، فانه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق، و لو شك في وجوب متعلق الحق، فهل يجرى استصحابه نظراً الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقيديه فالموضوع عند العرف يكون باقيا، ام لا يجرى لكونه من الجهات التقيديه؟ وجهان: أظهرهما الأول.

و أما بناءً على عدم ثبوته، فجريان الاستصحاب و عدمه مبنيان على ما تقدم.

الجهة الثالثة: في انه مع فرض ثبوت حق الأولوية هل يكون ذلك للمالك أو الضامن؟ و الأظهر هو الثاني لاقتضاء الغرامة ذلك، و لبناء العقلاء عليه. فالضامن أحق من غيره.

حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة: في حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة.

فعن العلامة ره و بعض آخر: ضمان المنافع، و رجحه في موضع من جامع المقاصد، و الظاهر ان المشهور بين الأصحاب العدم، و هو الأظهر. اما على ما اخترناه

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦٠

[...]

من صيرورة العين المتعذرة ملكاً للضامن فواضح، و اما على المسلك الآخر فلانه قد خرج الضامن عن عهده العين و ادى ماليتها، فليس له بعد أدائها عهده العين الثابتة بعلى اليد و غيره من ادلة الضمان، فلا شيء يقتضى الضمان.

نعم إذا وضع يده عليها ثانياً أو على نمائها حصل الضمان.

و بالجملة: بعد خروج الضامن عن عهده العين يكون حاله بالإضافة الى ذلك الملك حال غيره من الأجانب، و عليه فكون النماء حادثاً في ملك المالك لا يقتضى ضمانه، كما ان اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضى ذلك، فالأظهر عدم الضمان.

و استدلل للقول الأخر: بان المال حيث يكون باقيا على ملك مالكة و ارتفعت ماليتها و قيمته، فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال و صاحبه، يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة و المالك، و الغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا، فيجب تداركها.

و فيه: ان هذه الحيلولة ليست حيلولة اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة، و المفروض انه خرج عن عهدها.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦١

[...]

إذا ارتفع التعذر يجب رد العين

المسألة الخامسة: إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا، فهل يجب ردها ام لا؟ وجهان. و قد استدلل على ذلك بوجوه:

الأول: ما في المكاسب، و هو: ان مقتضى عموم على اليد ما أخذت المغيى بالأداء هو ذلك.

و فيه: انه ان قلنا بالملكى- اى العين بدفع الغرامة تصير ملكا للضامن- فلا موضوع لعلى اليد، و ان قلنا ببقائها على ملك المالك، فيرد عليه: انه على الفرض- حيث خرج عن عهده العين بدفع البدل و أداء المالية- فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه ثانيا. و دعوى ان العموم المزبور يدل على تعهد الأخذ بالعين تداركا و ردا، و دفع الغرامة انما يكون تداركا للمالية، و انما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعذر العقلى، و إذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الأخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين، و لعله الى هذا يشير قوله قده: و دفع البدل لأجل الحيلولة... إلخ، مندفعه بان على اليد انما يدل على كون المال المأخوذ فى العهدة ما لم يؤد، فإذا فرضنا كون دفع البدل أداء فلا وجه لوجوب الأداء ثانياً. و بعبارة اخرى: انما يجب دفع البدل من جهة كونه أداء، و معه لا وجه لوجوبه ثانيا. و ان شئت قلت: انه لا يدل على وجوب الرد تكليفا، و انما يدل على الضمان خاصة.

الثانى: ما فى المكاسب ايضا، و هو: استصحاب وجوب الرد.

و فيه: انه ان أريد به استصحاب الوجوب التنجيزى، فيرد عليه: انه ارتفع

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦٢

[...]

بالتعذر فلا وجه لاستصحابه، و ان أريد استصحاب الوجوب التعليقى، فيرد عليه: ان التمكن ليس من قيود الطلب شرعا، بل هو شرط عقلى فى كل واجب، فلا- يكون الوجوب بسببه تعليقا. اللهم الا- ان يقال: انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعا، فلا محالة يصير الوجوب تعليقا، و لا مانع من استصحابه فى المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقى. و ان قلنا بانه شرط عقلى، بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى، و ان كان التكليف باقيا شرعا فيستصحب الوجوب التنجيزى فى المقام. و عليه فالحق ان يورد على هذا الأصل: بانه مع الخروج عن عهده العين لا يجب ردها تكليفا لاختصاص الادلة بصورة بقاء العهدة.

الثالث: ما افاده السيد قده و المحقق النائنى ره، و حاصله ان البدلية المفهومة من الادلة انما هى بدلية ما دام التعذر و موقتة، فإذا ارفع التعذر يعود كما كان.

و فيه: انه فى موارد صدق التلف عرفا تكون الغرامة بدلا دائما بمقتضى إطلاق النصوص، و فى موارد بدل الحيلولة على القول به مقتضى الادلة من على اليد و غيره كون دفع البدل فى حال التعذر أداء للعين و خروجا عن عهدها لاما دام متعذرا. و بعبارة اخرى: التعذر علة للحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجودا و عدما، و لو شك فى ذلك لكفى الاستصحاب فى بقاء البدلية.

الرابع: الإجماع، و هو كما ترى، فالصحيح ان يستدل له ببناء العقلاء، بدعوى ان بناءهم على العود في أمثال المقام مما يكون البديل لا من باب الإبراء عن الخصوصية أو المعاوضة الشرعية، بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك أو الشارع ولاية عليه. فتدبر فانه دقيق.

و بما ذكرناه يظهر وجه عود الغرامة الى الضامن بعد ارتفاع التعذر نعم يمكن

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦٣

و إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فالقول قول البائع ان كان باقيا، وقيل: ان كان في يده، وقول المشتري ان كان تالفا، وقيل: ان كان في يده.

ان يقال: ان بناء العقلاء فيها انما يكون مع مطالبة مالك العين، و اما بدونها و رضاء المالك بعدم رد العين لا بناء منهم على عود الغرامة، ففي الحقيقة يكون العود بالنسبة الى المالك باختياره، و بالنسبة الى الضامن لا باختياره بل باختيار المالك.

اختلاف المتبايعين في قدر الثمن

مسألة: و إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن سواء كان في الذمة أو معيناً في وجه ف ادعى البائع زيادته، و المشتري عدمها، كان القول قول البائع مع يمينه ان كان المبيع باقيا مطلقا على المشهور. و قيل و القائل الإسكافي ان كان المبيع في يده اي في يد البائع، و قول المشتري ان كان تالفا، و قيل: ان كان في يده.

و هو مذهب الأكثر كما عن التذكرة و جامع المقاصد، و الأشهر كما عن الدروس، و في الجواهر: على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن ظاهر الغنية و كشف الرموز: دعوى الإجماع عليه، بل هو صريح الخلاف. و في المسألة اقوال آخر:

(١) ان القول قول المشتري لو كان مصب الدعوى الزيادة و النقصان، و التحالف إذا كان مصب الدعوى ان العقد وقع على الأقل أو الأكثر.

(٢) التحالف مطلقا ثم الرجوع الى ثمن المثل.

(٣) انه لا بد من الرجوع الى القرعة.

و تنقيح القول في المقام: ان مقتضى قواعد باب القضاء ان القول قول

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦٤

[...]

المشتري، لان وقوع العقد على الأقل معلوم، اما في ضمن الأكثر أو مستقلا، و وقوعه على الزائد مشكوك فيه يجرى فيه الأصل، و لا تعارضه أصالة عدم وقوع العقد على الأقل بخصوصه، لعدم ترتب الاثر عليها فلا تجرى. و تمام الكلام في كتاب القضاء.

الا ان في خصوص المسألة رواية تدل على ما ذهب إليه المشهور، و هي مرسله البنظلي التي رواها المشايخ الثلاثة عن ابي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا و كذا، باقل مما قاله البائع، فقال: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشيء قائما بعينه «١». المنجبر بما ذكرناه، بل عن إيضاح النافع: ان الرواية مقبولة عند اهل الحديث، و عن الكفاية: انها مشهورة و متكررة في الكتب معمول بها بين الأصحاب، أضف إليه ان البنظلي من الذين اجمعوا على تصحيح ما يصح عنهم و عن عدة الشيخ:

ان البنظي لا يروى الا عن ثقة.

وهي تدل على ما نقلناه عن المشهور منطوقا ومفهوما خلافا لما تقتضيه قواعد باب القضاء.

و يعضدها في الجملة صحيح عمر بن يزيد عن ابيه عن الامام الصادق (عليه السلام) - في حديث - فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا «٢». الظاهر في بقاء العين، ومع ذلك كله لا وجه للتعرض لما استدل به على سائر الأقوال ونقده، والحمد لله أولا و آخراً.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب احكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١١ - من أبواب احكام العقود حديث ٢.

فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)، ج ١٦، ص: ٤٦٥

[...]

الحمد لله على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التي من أعظمها تحرير الكتب الفقهية ونشرها، ومنها هذا الكتاب وهو الجزء السادس عشر من كتابنا (فقه الصادق) وكان ختامه في ليلة الأربعاء ١٠ ذى القعدة الحرام سنة ١٣٨٠ بيد مؤلفه الأحرر محمد صادق الحسيني الروحاني القمي عفى عنه، ويتلوه الجزء السابع عشر في الخيارات ان شاء الله تعالى.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (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؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهاذة 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 ينطقي ومصباحها، بل تتبع 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 والنهار، 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 القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيه: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميه و الإيرانيه - في أنحاء العالم - من جهه أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

- (الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه
 (ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول
 (ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...
 (د) إبداع الموقع الانترنتى " القائمية " www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخر
 (ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية
 (و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)
 (ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كاشك، 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 فى الجلسه

(ى) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيه المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رمضان " و "مفترق" و فائى/ "بنايه" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسيه (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحالية و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان

الغامدية



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

