

ضمن تسلیت ایام اسارت و عزای آل الله و با استعانت از پروردگار و عنایت حضرت حجت علیه السلام و حضرت معصومه علیها السلام و با امید به کسب توفیق بر خشنودی قلب مقدس مولایمان بحث را آغاز می‌کنیم. ابتدا تذکر دو نکته را ضروری می‌دانم:

نکته یکم: با توجه به شرایط خاص حاکم بر دنیا و کشورمان به واسطه ویروس کرونا، شرایط درسی از ترم دوم دو سال تحصیلی قبل تا کنون تحت الشعاع این وضعیت قرار گرفته. امسال تحصیلی هم طبق اعلام حوزه علمیه شروع دروس به نحو مجازی است، البته بنده شخصا مایل به ارائه حضوری هر چند با جمعیت اندک بودم لکن الحمدلله و به دعای دوستان در دوران نقاحت از بیماری کرونا هستم که حضور بر خلاف مصلحت است، البته ان شاء الله بعد تعطیلات دهه آخر صفر امید بسیار به ارائه حضوری است. در هر صورت توصیه می‌کنم به گونه‌ای برنامه‌ریزی کنید که حتی جلساتی که کلاس به صورت مجازی برگزار می‌شود از مباحثه حضوری، تلفنی و یا اینترنتی محروم نباشید زیرا به هر شکل که باشد زمان می‌گذرد و آنچه برای ما باقی می‌ماند تلاش‌های خودمان است. لذا اولویت مهم‌تر از نان شب شما، هماهنگ کردن مباحثه و تدارک برای انجام یک مباحثه قوی با پشتوانه مطالعه با کیفیت باشد.

نکته دوم: مرور مباحث گذشته

در سابق اشاره کردیم که مرحوم شیخ انصاری کتاب مکاسب را در سه بخش محرمه، بیع و خيارات ترتیب داده‌اند. گفتیم در کتاب البیع شش مطلب و مبحث را مورد بررسی قرار می‌دهند، که عناوین آنها عبارت بودند از: ۱. تعریف بیع. ۲. معاواة. ۳. الکلام فی عقد البیع. ۴. شروط المتعاقدين. ۵. شرایط العوضین. ۶. بیان سه مسأله. خاتمة: فی آداب التجارة.

مطلب (مبحث) اول: تعریف بیع بود که ضمن رد چهار تعریف، نظرشان در تعریف بیع این شد که: "البیع هو إنشاء تمليك عين بمال".

مطلب (مبحث) دوم: معاواة. در بحث معاواة سه مسأله مطرح فرمودند:

مسأله اول: ماهیت معاطات. در این مسأله چهار نکته بیان شد:

۱. قصد طرفین (عند العرف) در معاواة یا اباحه تصرف است یا تمليك بالعوض.

۲. ثمره شرعی معاطات را ضمن سه قول بیان کردند که مشهور فقهاء قائلند معاواة (شرعا) مفید اباحه تصرف است نه ملکیت اما زمانی که یکی از عوضین تلف شد ملکیت حاصل می‌شود.

۳. در بیان مقصود فقهاء از اباحه تصرف در مورد معاواة سه نظریه اشاره شد، مرحوم شیخ انصاری فرمودند مقصود قصد تمليك است، محقق ثانی فرمودند مقصود ملکیت جائز متزلزل است و صاحب جواهر فرمودند مقصود اباحه تصرف است.

۴. در چهارمین نکته هم معاطات را حقیقتا بیع دانستند.

مسأله دوم: اقوال در معاطات: در این مسأله هم چهار نکته بیان شد:

۱. بیان شش قول در بین فقهاء. ۲. بررسی تاریخی نظریه ملکیت در معاواة.

۳. فرمودند معاطات مفید ملکیت است و ضمن بررسی شش دلیل سه تا از آنها را پذیرفتند.

۴. ضمن بیان سه قول فرمودند: معاواة مفید ملکیت لازمه است از ابتداء تحقق مطلقا (لفظی باشد یا نه) به هشت دلیل و أدله‌ای که برای احتیاج لزوم معاواة به لفظ مطرح شده از قبیل اجماع، ظهور یا اشعار در روایات و سیره متشرعه هر سه مردود بود. تمسک به اجماع بسیط و مرکبش مورد نقد شیخ انصاری قرار گرفت، روایات را هم که نه دلالت و نه ظهور بلکه در حد اشعار پذیرفتند که خود نوعی نقد است و سیره را هم که گفتیم اگر باشد چه بسا به جهت بعض فتاوی علماء باشد نه به جهت اتصال به زمان معصوم لذا حجیت ندارد.

مسأله سوم: تنبیهای معاطات. در این مسأله هشت تنبیه بیان فرمودند:

تنبیه اول: معاطات حقیقتا بیع است و عرف آن را مفید انتقال ملکیت می‌داند و شارع هم بر منوال عرف حکم نموده است بنابراین معاطات مشروط به شرایط بیع خواهد بود و حرمت ربا در آن هم جاری است و احکام همه خيارات هم در آن وجود دارد.

تنبیه دوم: در معاواة تحقق إعطاء لازم است چه با تعاطی و إعطاء طرفینی و چه با إعطاء از یک طرف.

تنبیه سوم: برای تشخیص بایع از مشتری در معاطات، اگر یک طرف پول بدهد یا بگوید پول ندارم به جای پول کالا می‌دهم، اینجا روشن است که کسی پول یا به جای آن کالا می‌دهد مشتری است و اگر هر دو کالا دادند و هیچ کدام قصدشان این نبود که به جای پول کالا می‌دهند می‌گوییم کسی که اول إعطاء می‌کند بایع است و کسی که اول أخذ می‌کند سپس إعطاء می‌کند مشتری است.

تنبیه چهارم: به نظر مرحوم شیخ انصاری معاطات از نظر قصد متعاطیین چهار قسم داشت:

قسم اول: قصد هر دو طرف تمليك مال در مقابل مال دیگری است (إنشاء تمليك عين بمال).

قسم دوم: هر کدام قصد به دست آوردن مال طرف مقابل را دارد، می گوید کالایت را به من تملیک کن تا پولم را به تو تملیک کنم.

قسم سوم: قصد اباحه تصرف در مقابل تملیک. قسم چهارم: هر دو طرف قصد اباحه تصرف دارند.

در قسم اول هیچ اشکال و خدشه‌ای نیست و قصد تملیک وجود دارد مانعی هم ندارد و در قسم دوم هم که شبهه‌ای مطرح شد و نهایتاً با طرح احتمالاتی صحت آن را پذیرفتند اما در قسم سوم و چهارم اشکالاتی داشتند و می توان گفت در انتها صحت این دو قسم را نپذیرفتند اما اگر اشکالاتش پاسخ داده شود می تواند یک معاوضه مستقل و از هر دو طرف مفید لزوم باشد به دلیل المؤمنون عند شروطهم. تنبیه پنجم: نسبت به جریان معاطات در غیر بیع فرمودند اصل در تمام معاملات این است که می توان به صورت معاطاتی و بدون لفظ آنها را منعقد نمود الا مواردی که به اجماع فقهاء نیاز به لفظ داشته باشد. در رهن اجماع داشتیم که باید با لفظ و صیغه خاص باشد. در وقف هم چنین اجماعی داریم که باید با لفظ و صیغه خاص محقق شود لذا صرفاً با تحویل دادن مال موقوفه به موقوف علیهم، وقف محقق نمی شود. بلکه به اجماع فقهاء وقف یک عقد لازم از طرفین است بنابراین نیاز به لفظ و صیغه خواهد داشت.

تنبیه ششم: ملزومات معاطات. مرحوم شیخ انصاری معاطات را مفید ملکیت لازم می دانند لذا این تنبیه را بنا بر مبنای فقهائی مطرح فرمودند که مانند مشهور قائل به اباحه تصرف در معاطات هستند یا مانند مرحوم محقق ثانی قائل به ملکیت جائز هستند. ملزومات هشت گانه عبارت بودند از: ۱: تلف عینین. ۲: تلف یکی از دو عین یا قسمتی از یکی. ۳: یکی از عوضین دین باشد. ۴: نقل عوضین یا یک عوض به عقد لازم. ۵: ناقل به عقد جائز. ۶: امتزاج یک یا هر دو عین. ۷: تصرف مغیّر صورت. ۸: موت یکی از متعاطیین. ملزم بودن هشت مورد مذکور را طبق هر دو مبنای اباحه تصرف و ملکیت جائز پذیرفتند لکن ملزمت ملزم دوم را طبق مبنای اباحه تصرف نپذیرفتند.

تنبیه هفتم: معاطاة بعد تلف بیع است نه معاوضه مستقل. معاطاة بعد از لزوم بیع است و تمام احکام و مختصات بیع در آن جاری است مگر این که دلیل شرعی دلالت کند حکم خاصی صرفاً مربوط به عقد لفظی دارای ایجاب و قبول است.

تنبیه هشتم: فرمودند تقابض بعد عقد فاقد شرائط یا همان عقد فاسد، سه صورت دارد که هیچ کدام را نمی توان منطبق بر معاطات دانست: صورت اول: تقابض مذکور، ناشی از رضایت به معامله نبوده بلکه ناشی از توهم صحت عقد بوده که خود را مجبور به جابجایی می دانسته اند. صورت دوم: تقابض مذکور، با رضایت به معامله بوده اما منشأ رضایت وجاهت و اعتبار شرعی ندارد زیرا مثلاً تشریح است.

صورت سوم: بدون توجه به فساد عقد و تقابض ناشی از آن، کاملاً راضی به انتقال ملکیت هستند، این صورت زمانی منطبق بر معاطات می شود که رضایت باطنی و صرف وصول (نه تقابض) عوضین را کافی بدانیم لکن طبق مبنای ملکیت در معاطات صحیح نخواهد بود.

مطلب (مبحث) سوم: الکلام فی عقد البیع.

در این مبحث هم به تفصیل مطالبی در سه مرحله در رابطه با الفاظ عقد بیع بیان کردند که به جهت عدم تطویل، صرفاً به رؤوس مطالب اشاره می کنم دوستان می توانند به جزوه سال قبل مراجعه نمایند: ۱. خصوصیات معتبر در الفاظ عقد بیع. ۲. الفاظ ایجاب و قبول و شرائط آن. ۳. احکام مقبوض به عقد فاسد.

مطلب (مبحث) چهارم: شروط متعاقدين

فرمودند متعاقدين باید پنج شرط داشته باشند:

۱. بلوغ (ذیل آن طبیعتاً عقل هم مطرح است که مجموعاً شش شرط می شود) دلیل بر این شرط هم شهرت معتضد به اجماع بود.
۲. قصد. به اجماع علما متعاقدين باید مدلول لفظی را که در عقد بکار می برند را قصد نمایند.
۳. اختیار. با تمسک به آیه تجارة عن تراض و روایات ثابت فرمودند اختیار در متعاقدين شرط است و ذیل این شرط به سیزده نکته اشاره کردند که مرور عناوینشان مفید است: ۱. معنای اصطلاحی اختیار. ۲. دلیل بر شرط اختیار. ۳. مکره چه کسی است؟ ۴. حقیقت إکراه لغتاً و عرفاً. ۵. بررسی اکراه با امکان تفصی. ۶. تفاوت اکراه در حکم تکلیفی و وضعی. ۷. اکراه بر یکی از دو امر. ۸. اکراه یکی از دو نفر بر فعل واحد. ۹. صور تعلق اکراه. ۱۰. تخلف از مکره علیه به نقصان یا زیاده. ۱۱. اکراه بر طلاق. ۱۲. اعلام رضایت مکره بعد از عقد. ۱۳. رضایت متأخر ناقل است یا کاشف.
۴. اذن السید لو کان العاقد عبداً.

۵. مالکیت یا اذن از طرف مالک. ذیل شرط پنجم مباحث مفصلی ضمن هفت مطلب دارند که شش مطلب اول در بیع فضولی است:

- ۱- تبیین این شرط و اقوال فقهاء در عقد و ایقاع واقع شده توسط فضولی. ۲- تعریف و مصادیق فضول. ۳- بیان صور بیع فضولی در سه مسأله. ۴- بیان دو امر. ۵. القول فی الإجازة و الرد. ۶. بیان سه مسأله ذیل بیع فضولی. ۷. بیان پنج مسأله ذیل اصل شرط پنجم.

مطلب ۵: القول فی الإجازة و الردّ/ عنوان ۱: إجازة/ مقام ۱: احکام إجازة/ مرحله ۱: بررسی مبنای کشف و نقل/مطلب ۱: أدله ۳

القول فی الإجازة و الردّ ...، ص ۳۹۹

مطلب پنجم: القول فی الإجازة و الردّ

مرحوم شیخ انصاری مطلب پنجم را ذیل دو عنوان بررسی می‌کنند:

۱. إجازة و احکام مربوط به آن در ۷۷ صفحه از کتاب. ۲. ردّ و احکام آن در ۳۶ صفحه از کتاب.

از ابتدای شرط پنجم از شرائط متعاقدین که مالکیت یا اذن از طرف مالک بود وارد مبحث بیع فضولی شدند. فرمودند ایقاع واقع شده توسط فضول که باطل است به اجماع فقهاء. لکن نسبت به عقد واقع شده توسط فضول اختلاف است که مشهور آن را مشروط به اجازه مالک، صحیح می‌دانند.

عنوان اول: إجازة و احکام آن

ذیل این عنوان هم سه مقام از بحث دارند: ۱. بررسی احکام و شرائط إجازة. ۲. بررسی احکام مربوط به مجیز و اجازه دهنده. ۳. بررسی احکام مربوط به مجاز یعنی عقد اجازه داده شده.

مقام اول: إجازة، احکام و شرائط آن

در این مقام دو مرحله از بحث دارند: ۱. بررسی تفصیلی دو مبنای کاشفه و ناقله و آثار آنها. ۲. بیان هفت تنبیه در ذکر شرائط اجازه.

مرحله اول: بررسی دو مبنای کشف و نقل

مرحوم شیخ انصاری ابتدا تذکر می‌دهند که بحث از کشف و نقل بر اساس نظر کسانی قابل پیگیری است که اصل صحت عقد فضولی با اجازه مالک را قبول دارند که مشهور فقها هستند.

قبل از ورود به اصل بحث یک مقدمه فقهی اشاره می‌کنیم که سال گذشته هم در جزوه فقه ۳ جلسه ۲۴ بیان کردیم:

مقدمه فقهی: دو مبنای کشف و نقل در عقد فضولی

در شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۲۹، فصل دوم فی عقد البیع و آداب، ذیل عبارت "و یشرط فی اللزوم الملک" خوانده‌ایم که وقتی مالک بعد از بیع فضول، بیع را اجازه کرد دو مبنا نسبت به زمان مشروعیت بیع فضولی مطرح است:

۱. مبنای کاشفه، یعنی اجازه مالک کشف می‌کند بیع فضول از همان ابتدای تحققش صحیح انجام شده است.

۲. مبنای ناقله، یعنی اجازه مالک از لحظه‌ای که اجازه داد، بیع فضول را تصحیح می‌کند نه از لحظه تحقق بیع فضولی لذا اگر روز شنبه بیع فضولی انجام شده و دوشنبه مالک اجازه داده، در فاصله شنبه تا دوشنبه ملکیت کتاب منتقل نشده بوده.

می‌فرمایند وقتی فضول عقد را انجام داده، مالک بعد از یک فاصله زمانی مثلاً دو روز متوجه شده و عقد را اجازه داده، اینکه اجازه مالک سبب تصحیح عقد فضولی بشود طبق یکی از دو مبنا قابل بررسی است:

مبنای یکم: کاشفه یعنی اجازه بعدی مالک سبب می‌شود آثار عقد را از حین تحقق عقد توسط فضول، حاصل بدانیم و گویا اجازه مالک مقارن و همراه با عقد بوده است.

مبنای دوم: ناقله یعنی اجازه بعدی مالک سبب نقل آثار عقد از حین اجازه مالک می‌شود و گویا عقد، لحظه اجازه مالک واقع شده است.

مرحوم شیخ انصاری وارد بررسی أدله دو مبنا و ثمرات قول به هر کدام از دو مبنا ضمن سه مطلب می‌شوند که عناوین این سه مطلب عبارت است از: ۱. بررسی أدله ۲. نظر مرحوم شیخ انصاری ۳. بررسی ثمرات اختلاف بین دو مبنا.

مطلب اول: بررسی أدله

می‌فرمایند اکثر فقهاء قائل‌اند اجازه در عقد فضولی، کاشف از صحت عقد من حین التحقق است. به چهار دلیل بر این مبنا استدلال شده که دلیل بر قول به نقل هم ضمن همین أدله روشن می‌شود:

دلیل اول: عموم أوفوا بالعقود

این دلیل که توسط مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد و شهید ثانی مطرح شده به سه بیان مورد استدلال قرار گرفته که مرحوم شیخ ابتدا به تبیین بیان اول و نقد آن می‌پردازند بعد دلیل دوم و سوم را مطرح می‌کنند سپس دو بیان بعدی را نقل و نقد می‌فرمایند:

بیان اول از دلیل اول:

آیه شریفه می‌فرماید وفاء به عقود واجب است، یعنی صرف تحقق عقد، سبب تام است برای وجوب وفاء، زیرا نفرموده "أوفوا بالعقود مع شیء آخر" نفرموده اگر عقد با نکته خاصی همراه بود وفاء به آن واجب است. حال به عقد فضولی که نگاه می‌کنیم می‌بینیم فقط اجازه مالک را ندارد پس تا اجازه مالک نیامده اجزاء عقد کامل نشده، به محض اینکه مالک اجازه داد، به حکم آیه باید بگوییم وفاء به همان عقدی که فضول منعقد کرده واجب است، لذا طبق آیه آثار فقهی هم از لحظه عقد جاری خواهد بود که این همان مبنای کاشفیت است.

دلیل دوم: تعلق اجازه به عقد

مرحوم محقق ثانی و شهید ثانی به عنوان دومین دلیل بر مبنای کشف فرموده‌اند، وقتی اصل صحت عقد فضولی را در مباحث قبل ثابت کردیم و فقط آن را مشروط به تحقق اجازه مالک دانستیم، روشن است که اجازه مالک هیچ هویت و جایگاهی ندارد الا اعلام رضایت به مضمون عقد فضول، پس ضمیمه شدن اجازه به عقد و تعلق داشتن اجازه به عقد، نشان می‌دهد اصل نقل و انتقال عوض و معوض در همان لحظه عقد فضولی انجام شده است.

مرحوم شیخ انصاری ابتدای صفحه ۴۰۳ کتاب، وارد نقد دلیل دوم خواهند شد.

دلیل سوم: لزوم تأثیر معدوم در موجود

مرحوم فخر المحققین پسر مرحوم علامه حلی در کتاب ایضاح الفوائدشان فرموده‌اند اصل عقد در مثال ما روز شنبه توسط فضول انجام شده و تلفظ به الفاظ عقد بیع (ایجاب و قبول) از بین رفته و معدوم شده است، حال اگر قائل به مبنای کشف باشیم معنایش این است که همان لحظه تحقق عقد و تلفظ فضول همه چیز تمام شده و ایرادی به آن وارد نیست لکن اگر قائل به مبنای نقل باشیم معنایش این است که شنبه عقد و تلفظ به الفاظ عقد محقق و سپس معدوم شده است سپس روز دوشنبه که مالک اجازه داده است، اجازه مالک در روز دوشنبه می‌خواهد انعقاد عقد را نقل دهد به روز دوشنبه، یعنی تلفظ به الفاظ عقدی که روز شنبه معدوم شد بتواند روز دوشنبه دارای اثر انتقال عوض و معوض باشد و این محال است زیرا لازم می‌آید معدوم (عقد) مؤثر در موجود (انتقال عوض و معوض) باشد و در فلسفه ثابت شده معدوم نمی‌تواند مؤثر در موجود باشد.

نقد دلیل سوم:

مرحوم شیخ انصاری به جهت وضوح اشکال به دلیل سوم، به نقد آن اشاره نمی‌کنند. *

نقد بیان اول دلیل اول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مانند مستدل قبول داریم که اگر رضایت و اجازه مالک به عقد فضولی ضمیمه شود، سبب تام برای وجوب وفاء خواهد بود، لکن همه بحث این است که عقد فضولی شنبه انجام شده و مالک دوشنبه اجازه داده است، پس روز دوشنبه سببیت عقد برای وجوب وفاء تمام می‌شود، یعنی دوشنبه است که عقد با اجازه مالک کامل می‌شود، به چه دلیل ادعا می‌کنید عقدی که روز شنبه واقع شده وجوب وفاء دارد، خیر عقدی که روز دوشنبه کامل شده وجوب وفاء دارد، اجازه مالک در روز دوشنبه کشف نمی‌کند که عقد فضولی در روز شنبه همراه با اجازه مالک بوده، بلکه نهایتاً ثابت می‌کند از روز دوشنبه عقد کامل شده است پس معنا ندارد آثار یک عقد تام و تمام را بر عقد فضول در روز شنبه مترتب کنیم. لذا این بیان شما مثبت مبنای کشف نخواهد بود.

و منه یظهر فساد ...، ص ۴۰۰، س آخر

بیان دوم دلیل اول:

گفتیم دلیل اول تمسک به آیه اوفوا بالعقود بود. که به سه بیان ارائه شده، بیان اول و نقد آن گذشت. قبل از توضیح بیان دوم به یک مقدمه اصولی اشاره می‌کنیم.

مقدمه اصولی: شرط متأخر

در کتاب اصول فقه مرحوم مظفر، ج ۱، ص ۲۷۴ ذیل مباحث مقدمه واجب با عنوانی به نام شرط متأخر آشنا شدیم. مرحوم مظفر فرمودند شروطی که شارع در احکام شرعی بیان کرده بر سه قسم‌اند:

الف: شرط متقدم. یعنی شرطی که قبل از انجام دادن مشروط باید امتثال شود. مانند وضو که شرط نماز است.

ب: شرط مقارن. شرطی که همزمان با انجام دادن مشروط باید امتثال شود. مانند استقبال قبله و طهارت لباس در نماز.

ج: شرط متأخر. شرطی است که بعد از انجام دادن مشروط باید انجام داده شود تا تکلیف شرعی او امتثال شود. مثال مشهور شرط متأخر غسل لیلی مستحاضه است اما مرحوم مظفر علاوه بر آن مثال مبنای کاشفیت در عقد فضولی را هم مطرح فرمودند. یعنی عقد فضولی مشروطی است که با اجازه مالک به عنوان شرط متأخر، تکمیل می‌شود و آثار بر آن مترتب خواهد شد. طبق مبنای کاشفیت، شرط صحت عقد فضولی، اجازه مالک است که بعد از تحقق مشروط (عقد فضولی) می‌آید. *

خلاصه بیان دوم این است که عقد فضولی مشروط است به یک شرط متأخر به نام اجازه مالک و وقتی شرط روز دوشنبه محقق شد، یعنی مشروط که عقد فضولی در روز شنبه بوده تکمیل شده و کشف می‌کنیم از همان روز شنبه دارای اثر بوده است.

مطلب ۵: القول فی الإجازة و الرد/ عنوان ۱: إجازة/ مقام ۱: احكام إجازة/ مرحله ۱: مبنای كشف و نقل /مطلب ۱: أدله ۵
توضیح مطلب: أوفوا بالعقود می گوید وفاء به هر عقدی واجب است یعنی تحقق عقد سبب وجوب وفاء است، عقد فضولی هم شنبه محقق شده لکن برای تأثیر گذاشتن و تحقق انتقال، یک شرط متأخر دارد که اجازه مالک باشد، وقتی دوشنبه شرط متأخر هم محقق و ضمیمه شد، كشف می کنیم سببیت عقد فضولی کامل شده لذا عقد فضولی از همان شنبه اثر و کارکرد خود را خواهد داشت.
البته مرحوم شیخ در توضیح اصل بیان دوم از اصطلاح شرط متأخر استفاده نکرده اند لکن چند خط بعد تصریح می کنند.
نکته دیگر اینکه بعضی از محشین تفاوت داشتن بیان اول و دوم یا بیان دوم با دلیل دوم را انکار می کنند و اینها را عبارة أخری از یکدیگر می دانند. ***

نقد بیان دوم دلیل اول:

مرحوم شیخ أعظم ابتدا به اختصار می فرمایند وقتی شما اعتراف می کنید که رضایت و اجازه مالک که روز دوشنبه می آید شرط (و سبب) است و عقد فضولی که قبل از آن و روز شنبه آمده مشروط (و مسبب) است چگونه ممکن است آمدن شرط، کاشف باشد از اینکه مشروط با تمام اجزایش روز شنبه محقق شده بوده.

به عبارت دیگر وقتی قبول دارید عقد فضولی روز شنبه ناقص بوده چگونه با آمدن اجازه در روز دوشنبه كشف می کنید عقد فضولی از همان روز شنبه کامل بوده، عقد فضولی روز دوشنبه کامل شده پس روز شنبه کامل نبوده و نمی تواند از روز شنبه دارای اثر باشد.
پس شرط متأخر صحیح نیست زیرا معقول نیست که مشروط روز شنبه محقق شود سپس شرط آن دو روز بعد محقق شود، وقتی هنوز شرط نیامده پس اصلا مشروطی هم محقق نشده بوده.

در ادامه مرحوم شیخ انصاری به نقدشان یک اشکال وارد می کنند و از آن جواب می دهند.

تحقیق:

* برای نقد دلیل سوم ابتدا کمی تأمل کنید ببینید چه چیزی به ذهن شما می رسد. سپس به حواشی مراجعه نمایید از جمله حاشیه المکاسب مرحوم آخوند، ص ۵۸. مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی (صاحب عروة) در حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۱۴۹ پنج وجه در نقد دلیل سوم بیان می فرمایند که دو وجه آن را در اینجا نقل می کنم. برداشت خودتان از این دو وجه را به اختصار ارائه دهید. ایشان می فرمایند: لم يتعرض المصنف قدس سره للجواب عن هذا الوجه و لعله لوضوح فساده فإنّ فيه: أولاً: أنّ العلل الشرعیة معرفات فلا مانع من كونها معدومة حال وجود الأثر. و ثانياً أنّ الإشکال مشترك الورود إذ علی القول بالكشف أيضاً يلزم تأثیر المعدوم و هو الإجازة في الموجود الذي هو العقد أو أثره و هو الملكيّة إلّا أنّ يقول بالكشف الحقيقي الصّرف من غير تأثیر للإجازة أصلاً لکنک عرفت بطلانه و الأولى أنّ يقال في مقام النقض إنّ من المعلوم أنّ المؤثر إنّما هو مجموع العقد من الإيجاب و القبول لا القبول فقط و الإيجاب معدوم حال القبول بل أجزاء العقد توجد تدريجاً و اللاحق لا يوجد إلّا بعد انعدام السابق فيلزم تأثیر المعدوم في الموجود إلّا أنّ يلتزم بأنّ المؤثر هو الحرف الأخير من القبول و هو واضح الفساد.

*** کل بحث شرط متأخر در کتاب اصول فقه مرحوم مظفر دو صفحه است. به این بحث مراجعه کنید و خلاصه نظر مرحوم مظفر را در گروه کلاس در ایتا ارائه دهید.

*** برای نمونه مراجعه کنید به هداية الطالب مرحوم شهیدی، ج ۲، ص ۲۸۶.

کلام در نقد بیان دوم بود. بیان دوم از آیه اوفوا بالعقود ادعا کرد رابطه بین عقد فضولی و اجازه مالک مانند شرط متأخر است که وقتی شرط محقق شد کشف می‌کنیم مشروط در زمان خودش مؤثر و تام و تمام انجام شده است. مرحوم شیخ انصاری فرمودند چنین چیزی معنا ندارد زیرا شرط که متأخر است نمی‌تواند سبب شود برای مشروطی که متقدم بوده، به عبارت دیگر امکان ندارد اول مسبب و معلول محقق شود سپس سبب و علتش بیاید و این عقلا محال است.

مرحوم صاحب جواهر در دفاع از بیان دوم می‌فرمایند قبول داریم تقدیم مسبب بر سبب و شرط بر مشروط در امور تکوینی محال است عقلا اما امور و احکام شرعی اعتباریاتی هستند که به دست شارع و معتبر است که هر گونه بخواند اعتبار می‌کند شرط را هر گونه صلاح بداند (متقدم، مقارن یا متأخر) جعل و تقنین می‌کند یا انجام مسبب و معلول را لازم می‌گرداند در حالی که هنوز سبب محقق نشده، و در امور اعتباری هیچ محالی لازم نمی‌آید. این مطلب را هم در موارد مختلفی از فقه تطبیق داده‌اند:

مثال اول: انجام غسل جمعه از مستحبات مؤکده است، ورود روز جمعه علت و سبب است و غسل جمعه معلول و مسبب، با این وجود شارع مقدس فرموده اگر غروب پنج‌شنبه می‌داند که در روز جمعه آب برای غسل جمعه ندارد می‌تواند غسل جمعه را در روز پنج‌شنبه انجام دهد. این یعنی تقدیم مسبب بر سبب و هیچ اشکالی هم ندارد.

مثال دوم: وقت إعطاء زکات فطره، رؤیت هلال است در حالی که شارع إعطاء آن قبل از رؤیت هلال ماه شوال را هم مجاز قرار داده است و این یعنی تقدیم مسبب و معلول که إعطاء فطره باشد بر سبب که رؤیت هلال شوال باشد هیچ اشکالی هم ندارد.

در این دو مثال شرعی و اعتباری، رابطه شبیه علت و معلول در تکوینیات بود لکن شارع اینگونه اعتبار کرد که تقدیم معلول بر علت هیچ اشکالی نداشت، پس به طریق اولی در محل بحث ما که تقدیم مشروط بر شرط است اشکالی نخواهد داشت. دو مثال دیگر:

مثال سوم: مستحاضه‌ای که قبل اذان صبح نیت روزه کرده، باید بعد از اذان صبح و طلوع فجر غسل انجام دهد، پس روزه‌ای را که از اذان صبح شروع کرده است می‌شود مشروط و مقدم بر غسلی که بعد از شروع روزه باید انجام دهد. (جواهر الکلام، ج ۳، ص ۳۶۶)

مثال چهارم: مستحاضه کثیره برای خواندن نماز مغرب و عشاء باید بعد اذان مغرب غسل کند، حال اگر آن روز روزه هم بوده باشد، روزه‌اش هم مشروط است به انجام غسل مذکور در شب، پس روزه مشروط و مقدم است بر غسلی که بعد مغرب و در شب انجام می‌دهد. نتیجه اینکه تقدیم مشروط بر شرط و تصویر شرط متأخر در اعتباریات و امور شرعی هیچ اشکالی ندارد.

مدفوعه مرحوم شیخ انصاری در نقد کلام صاحب جواهر می‌فرمایند هیچ تفاوتی بین شرط و مشروط با سبب و مسبب در امور شرعی و تکوینی وجود ندارد، وقتی عقلا تقدیم معلول بر علت و تقدیم مشروط بر شرط محال است این حکم عقل در همه جا جاری و ساری است، وقتی یک امری عقلا محال باشد شارع هم در اعتبارات و دستورات خودش مرتکب خلاف عقل نمی‌شود.

مثالهای فقهی هم که بیان شد هر چند زیاد هم باشد سبب نمی‌شود یک امر محال عقلی از استحاله خارج شود.

نتیجه اینکه روشن است چنانکه تناقض بین دو شیء در امور عقلی محال است، تناقض بین دو شیء در دستور شارع هم محال است و اجتماع نقیضین چه عقلا و چه شرعا محال است.

سؤال: اگر تقدیم مشروط بر شرط خلاف عقل است پس با مثالهای فقهی مذکور چه می‌کنید؟

جواب: می‌فرمایند در مثالهای مذکور باید توجیهی ارائه دهیم که دستور شارع خلاف عقل نباشد.

بیان این توجیه خواهد آمد.

مرحوم شیخ انصاری در مقام توجیه مثالهای مذکور، می‌فرماید به نظر ما در واقع تقدیم شرط بر مشروط و تقدیم مسبب بر سبب نداریم بلکه در تمام این مثالها یک مشروط داریم و یک شرطیت، یک مسبب داریم و یک سببیت، که این شرطیت و سببیت را از رابطه بین شرط و مشروط انتزاع کردیم و شرطیت مقارن و همراه با مشروط است نه متأخر از آن.

در مثال غسل جمعه توجیه این است که مسبب غسل جمعه است اما سبب در واقع روز جمعه نیست که متأخر باشد، بلکه "الجمعة المتعقبة بعد الخميس" است یعنی سبب، عنوان تعقب است که از رابطه پنج‌شنبه و غسل جمعه انتزاع شده است، این عنوان تعقب (عقب آمدن روز جمعه، یعنی جمعه عقب و بعد از پنج‌شنبه می‌آید) به عنوان سبب، در روز پنج‌شنبه هست یعنی روز پنج‌شنبه معلوم است که بعد آن جمعه می‌آید، پس سبب (عنوان تعقب) و مسبب (غسل جمعه) همزمان و مقارن هستند نه اینکه ابتدا مسبب (غسل جمعه) اتیان شود سپس سببش (روز جمعه) بیاید.

در مثال غسل لیلی مستحاضه مسأله چنین است که تکلیف شرعی مستحاضه "الصوم المتعقب بغسل اللیل" است پس شرط صحت روزه او عنوان "تعقب الغسل" است، که این عنوان را از رابطه بین صوم نهار و غسل لیل انتزاع کردیم، لذا می‌گوییم مشروط، صوم نهار است و شرط آن تعقب الغسل است، این شرط تعقب الغسل، همزمان و مقارن با نهار وجود دارد یعنی مستحاضه مکلف به صومی است که مشروط شده به تعقب الغسل و به محض اینکه غسل را انجام داد متوجه می‌شویم همان صوم در روز، شرط تعقب الغسل را دارا بوده است. پس اصلاً شرط، غسل لیل نیست که شرط متأخر از مشروط باشد بلکه شرط، تعقب الغسل است که مقارن و همزمان با مشروط (صوم نهار)، محقق است.

لکن ذلک لایمکن ...، ص ۴۰۱، س ۱۵

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید البته این توجیهی که برای مثالهای مذکور از فقه بیان کردیم در ما نحن فیه یعنی عقد فضولی و اثبات مبنای کاشفیت قابل استناد نیست یعنی قائلین به مبنای کشف نمی‌توانند بگویند عقد فضول مشروط است و شرط آن نه اجازه مالک بلکه عنوان منتزَع "تعقب الإجازة" است یعنی صحت عقد فضولی مشروط است به آمدن شرطی به نام تعقب الإجازة، وقتی مالک روز دوشنبه اجازه داد می‌فهمیم همان روز شنبه، هم عقد انجام شده هم شرط تعقب الإجازة محقق بوده و امتثال شده است.

دلیل اینکه قائل به مبنای کشف نمی‌تواند از توجیه مذکور استفاده کند این است که ما در أدله و روایات باب فضولی آنچه که داریم این است که صحت عقد فضولی مشروط شده به اجازه مالک نه عنوان "تعقب الإجازة" چنین چیزی در روایات نیست، مجبور هم نیستیم دست به توجیه مذکور بزنیم زیرا برای تصحیح مبنای کاشفیت این توجیهات مطرح شده است در حالی که راه دیگری غیر از مبنای کشف هم هست آقایان می‌توانند قائل به مبنای ناقلیت شوند و استحاله شرط متأخر و لزوم توجیه مذکور هم پیش نمی‌آید.

اللهم إلا أن یکون ...، ص ۴۰۱، س آخر

مرحوم شیخ انصاری در ادامه از کلام مرحوم صاحب جواهر و استفاده ایشان از شرط متأخر دفاع می‌کنند سپس آن را هم نقد می‌کنند. می‌فرماید شاید منظور صاحب جواهر از اینکه با مسأله شرط متأخر می‌توان مبنای کاشفیت را اثبات کرد این باشد که هر چند رابطه شرط و مشروط شبیه رابطه سبب و مسبب است یعنی تا شرط نیاید مشروط محقق نشده، لکن در مبحث عقد فضولی منظور از شرط متأخر این است که همه کاره و اصل سبب همان مشروط است و شرط صرفاً باید ملحق شود که مشروط بتواند اثر خودش را بگذارد. به نوعی می‌توان گفت شرط، یک حالت تشریفاتی دارد و همه چیز دائر مدار مشروط است.

به عبارت دیگر عقد فضولی در روز شنبه مشروط است یعنی سبب انتقال ملکیت است، فقط ملحق شدن اجازه مالک در روز دوشنبه هم لازم است و الا اصل سببیت و اصل اثر مربوط به عقد فضولی است.

مرحوم شیخ انصاری در نقد این کلام می‌فرماید:

اولاً: معنای حقیقی شرط این است که تا زمانی که شرط محقق نشود مشروط محقق نشده است، پس جایگاه شرط، جایگاه سبب است (جزء اخیر علت تامه) تا اجازه مالک نیاید گویا هیچ اتفاقی نیافتاده است، و زمانی که اجازه مالک ملحق شد، از همان لحظه (دوشنبه) سبب شکل می‌گیرد و این هم مطابق با مبنای ناقلیت است نه کاشفیت.

ثانیا: می‌فرمایند اگر هم معنای غیر حقیقی که شما از تعبیر شرط برداشت کردید و شرط را به معنای صرف لحقوق گرفتید نه مؤثر و تمام کننده سببیت، بپذیریم باز هم بر عقد فضولی قابل تطبیق نیست و نمی‌توانید شرطیت اجازه مالک را آنگونه تفسیر کنید.

توضیح مطلب: به حکم عقل و نقل زمانی ملکیت یک شیء از فردی به فرد دیگر انتقال پیدا می‌کند که مالک آن شیء راضی باشد یعنی عقل و روایات می‌گویند تا زمانی که اجازه مالک نباشد گویا هیچ انتقالی شکل نگرفته است، و این اجازه مالک است که مؤثر در انتقال ملکیت است، حال در عقد فضولی وقتی اجازه مالک آمد، از همان روز دوشنبه اثر انتقال را به دنبال دارد که مطابق مبنای ناقلیت است. پس اینکه گفته شود مقصود از شرط، صرف ملحق شدن اجازه مالک است فائده‌ای ندارد چون در روایات تصریح شده مؤثر، اجازه مالک است که آن هم روز دوشنبه آمده است.

مرحوم شیخ انصاری در پایان نقد بیان دوم دلیل اول، بطلان توجیه شرط متأخر با استفاده از عنوان انتزاعی "تعقب" را دوباره متذکر می‌شوند لذا این پاراگراف یک مطلب تکراری است. می‌فرمایند با توضیحات و نقدی که ارائه شد بطلان کلام جمعی از جمله مرحوم صاحب فصول روشن می‌شود.

مرحوم صاحب فصول به این اشکال توجه داشته‌اند که چگونه ممکن است اجازه مالک شرط متأخر باشد (یعنی تحققش روز دوشنبه باشد) و در عین حال کاشف از تأثیر عقد از همان روز شنبه باشد (یعنی اثرش از روز شنبه باشد) لذا برای دفع این اشکال فرموده‌اند از رابطه بین شرط و مشروط یک عنوان انتزاع می‌کنیم و به دست می‌آوریم و می‌گوییم همین عنوان، شرط است و البته همراه و مقارن با مشروط است نه متأخر از آن. در عقد فضولی مشروط عقد فضولی است و شرط آن "لحوق الإجازة" است پس علت تامه برای انتقال مالکیت در عقد فضولی "العقد الملحوق بالإجازة" است. این عنوان لحوق الإجازة همراه با مشروط یعنی عقد فضولی است زیرا عقدی که روز شنبه انجام شد متصف بود به اینکه عقدی است که به دنبال آن اجازه مالک می‌آید، وقتی هم روز دوشنبه اجازه مالک آمد متوجه می‌شویم مشروط (عقد فضولی) و شرط (لحوق الإجازة) از همان شنبه کامل و محقق بوده‌اند.

مرحوم شیخ انصاری جوابشان را تکرار نمی‌کنند، صفحه قبل فرمودند که در عقد فضولی نمی‌توانیم چنین عناوین انتزاعی را شرط بدانیم.

بعضی از فقهاء علاوه بر اینکه شرط بودن عنوان منتزع را مطرح کرده‌اند، فرع و ثمره فقهی هم برای آن ارائه داده و فرموده‌اند اگر مشتری از همان لحظه عقد یقین داشته باشد که مالک اجازه خواهد داد، از همان لحظه عقد مجاز به تصرف مالکانه در مبیع است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند هم اصل مطلب و ادعای عنوان منتزع هم ذکر چنین ثمره‌ای باطل است زیرا أدله عقد فضولی می‌گویند جواز تصرف مشتری در مبیع، متوقف بر اجازه مالک است نه متوقف بر علم به اجازه مالک.

نتیجه اینکه تا اینجا دلیل اول که تمسک به آیه أوفوا بالعقود بود به دو بیانش نقد شد. در ادامه ابتدا دلیل دوم را نقد می‌کنند سپس به نقل و نقد بیان سوم از دلیل اول خواهند پرداخت. *

نقد دلیل دوم:

دومین دلیل بر مبنای کاشفیت که مشهور قائلند کلامی از مرحوم محقق ثانی و شهید ثانی بود که فرمودند اجازه مالک هیچ هویت و جایگاهی ندارد الا اعلام رضایت به مضمون عقد فضول، عقد فضول هم که در روز شنبه انجام شده، پس ضمیمه شدن اجازه مالک یعنی تأیید عقدی که روز شنبه انجام شده بود لذا عقد از همان روز شنبه دارای اثر بوده است و هذا معنی الکشف.

قبل از تبیین نقد مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه فقهی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: زمان ظرف یا قید

زمان در احکام شرعی گاهی قید حکم است و گاهی صرفاً ظرف حکم. تقسیمی که در علم اصول هم خوانده‌اید تقسیم واجبات به موقت و غیر موقت. در بعضی از احکام شرعی مانند واجبات موقت مثل نماز و روزه، زمان قید حکم است یعنی شارع به نماز و روزه‌ای امر کرده که در این بازه زمانی خاص انجام شود، لکن در بعض احکام شرعی مثل واجبات غیر موقت مانند وجوب جواب سلام، زمان صرفاً ظرفی است که ضرورتاً افعال ما در آن محقق می‌شود. یکی از افعال ما هم انجام معاملات و خیلی از امور روزمره است که لزوماً در ظرف زمان واقع می‌شود و اصطلاحاً نمی‌توانیم خودمان و افعالمان را از زمان منسلخ و جدا کنیم. (البته می‌توان گفت هر جا زمان در دلیل شرعی أخذ شده باشد، قید است نه ظرف)

مرحوم شیخ انصاری سه اشکال به این دلیل وارد می‌دانند:

اشکال اول:

می‌فرمایند قبول داریم که اجازه مالک به معنای اعلام رضایت به مضمون عقد است اما باید تحلیل کنیم مضمون عقد چه چیزی است؟ شما گمان کرده‌اید مضمون عقد، انتقال ملکیت است مقید به زمان تحقق عقد یعنی روز شنبه، لذا می‌گویید اجازه مالک و اعلام رضایت به مضمون عقد، یعنی رضایت به عقدی که روز شنبه واقع شده، در حالی که به نظر ما مضمون عقد صرفاً انتقال ملکیت است و هیچ

ارتباطی به زمان ندارد یعنی لزوماً مقید به روز شنبه نیست. بلکه هر فعلی لامحاله در یک زمانی محقق می‌شود و زمان از ضروریات انشاء عقد است یعنی هر عقدی در ظرف زمان محقق می‌شود، این را منکر نیستیم اما معتقدیم مضمون عقدی که فصول انجام داده صرفاً انتقال مالکیت بوده است و هیچ تقیدی به زمان شنبه نداشته است و آنچه را مالک اجازه داده است باز هم همین انتقال مالکیت توسط فصول بوده است و مقید به زمان شنبه نیست.

خلاصه اشکال این شد که مرحوم محقق ثانی و شهید ثانی زمان را قید برای انشاء عقد توسط فصول دانسته‌اند یعنی عقد فصولی مقید به وقوع در روز شنبه، و مالک هم همان را اجازه کرده است؛ در حالی که زمان قید نیست بلکه صرفاً ظرف وقوع عقد بوده است چنانکه هر فعلی در ظرف زمان واقع می‌شود، پس فصول صرفاً یک انتقال مالکیت را انشاء کرده و مالک هم همان را اجازه کرده است.

در عقد فصولی از ابتدا تا انتها سه عمل وجود دارد که هر سه فقط در ظرف زمان واقع می‌شوند نه اینکه زمان در آنها قید باشد:

الف: وقتی یک بایع فصول در عقد بیع می‌گوید "بعث" طبیعتاً این فعل فصول در ظرف زمان محقق شده مثلاً روز شنبه لکن بایع فقط گفته "بعث" نگفته "نقلتُ الكتاب من هذا الحین" یا "نقلتُ الكتاب فقط فی هذا الحین".

ب: مالک که مثلاً روز دوشنبه اجازه می‌کند درست است که می‌خواهد همان عقدی که روز شنبه واقع شده را تأیید کند لکن توجهی به زمان ندارد و صرفاً فصولی شخص فصول را تأیید می‌کند.

ج: شارع هم که در نهایت چنین بیعی را مشروع اعلام کرده و امضاء می‌کند لکن صرفاً توجه‌اش به همان فصولی شخص فصول است که در ظرف زمانی روز شنبه واقع شده نه اینکه مقید به روز شنبه باشد.

مرحوم شیخ انصاری سه شاهد ارائه می‌دهند تا نشان دهند عقد فصول صرفاً یک انتقال بوده نه انتقال مقید به زمان شنبه و به عبارت دیگر زمان قید انشاء عقد فصول نبوده است بلکه زمان ظرف تحقق انشاء عقد فصول بوده است که خواهد آمد.

معرفی اجمالی کتاب مطارح الأنظار

مرحوم شیخ انصاری آثار و تألیفات متعددی در فقه و اصول دارند که طلاب معمولاً با دو کتاب معروف ایشان یعنی رسائل و مکاسب آشنایی دارند. مباحث خارج اصول مرحوم شیخ اعظم قسمتی توسط خود ایشان به نگارش در آمده که کتاب فرائد الأصول معروف به رسائل است، این کتاب در مقایسه با اصول فقه مرحوم مظفر تقریباً می‌شود مجموعه مباحث جلد دوم اصول فقه (البته در اصول فقه تمام مباحث اصول عملیه نیامده بود لکن در رسائل آمده است) لکن مباحث الفاظ و به عبارت دیگر مباحث جلد اول اصول فقه (مانند مباحث عام و خاص، مطلق و مقید، اجتماع امر و نهی و مبحث ضد) در کتاب رسائل نیامده است. مرحوم أبو القاسم کلانتری متوفی ۱۲۸۱ که از شاگردان مرحوم شیخ انصاری بوده‌اند دوره کامل اصول شیخ از جمله مباحث الفاظ را تقریر کرده‌اند با عنوان "مطارح الأنظار" که هر چند در بعضی موارد از اتقان بالایی برخوردار نیست اما اجمالاً برای دسترسی به آراء شیخ انصاری در مباحث الفاظ مفید است مخصوصاً در تطبیق با مباحث جلد اول کفایه. این کتاب را انتشارات مجمع الفکر در چهار جلد به همراه تحقیق به چاپ رسانده است.

تحقیق

* در پایان بحث شرط متأخر، مراجعه به کتاب اصولی مطارح الأنظار، ج ۱، ص ۲۹۰ مفید است که در آنجا به همین مباحث مذکور در کتاب رسائل اشاره شده است و می‌فرمایند: "لا یعقل اشتراط الشيء بالشرط المتأخر، إذ حال عدم الشرط یمتنع وجود المشروط، و إلا لم یکن شرطاً. و أمّا الإجازة فی الفصولی فقد بیّنا فی محلّه أنّ القاعدة تقضي بالنقل فیها، و علی القول بالكشف لا بدّ من الكشف الحکمی، و أمّا الكشف الحقیقی فمما لا واقع له و إن بالغ فی بعض الأفاضل."

مرحوم شیخ انصاری سه شاهد ارائه می‌دهند تا نشان دهند عقد فضول صرفاً یک انتقال بوده نه انتقال مقید به زمان شنبه و به عبارت دیگر در انشاء عقد توسط فضول، زمان قید نبوده است بلکه زمان ظرف تحقق انشاء عقد فضول بوده است، و به عبارت سوم می‌خواهند نشان دهد مضمون عقد چیزی جز انتقال نیست و قید زمان جزء مضمون عقد نیست:

شاهد اول:

در عقود مختلف از جمله در عقد بیع وقتی دو طرف اصیل (غیر فضول) می‌خواهند ایجاب و قبول را انشاء کنند تا عقد محقق شود، مجیب طرف ایجاب را انشاء می‌کند (مثلاً می‌گوید بعتک الكتاب بدرهم) و قابل که در مغازه کتابفروش ایستاده مثلاً با یک فاصله پنج دقیقه‌ای طرف قبول را انشاء می‌کند و می‌گوید قبلت، شارع هم وقتی شرائط شرعی را کامل می‌بیند، این عقد را امضاء می‌کند، اینجا احدی از فقهاء قائل نشده که وقتی قابل گفت "قبلت" مقصودش قبول از لحظه‌ای بوده که موجب صیغه ایجاب را انشاء کرده یا امضاء شارع مربوط به لحظه‌ای می‌شود که موجب بعت گفته است. خیر، زمان صرفاً ظرف است. بله اگر موجب ایجاب را صراحتاً مقید کند به زمانی که ایجاب را واقع می‌کند در این صورت قبول قابل و امضاء شارع هم مربوط به همان زمان خواهد بود.

اشکال: قیاس ما نحن فيه که عقد فضولی است به غیر عقد فضولی مع الفارق است. فارق و تفاوت این است که در عقد فضولی همان لحظه اول (شنبه) تمام عقد یعنی ایجاب فضول و قبول مشتری، واقع شده لذا سبب ملکیت آمده و فقط اجازه مالک مانده، پس می‌توانیم بگوییم اجازه مالک مربوط و مقید به همان روز شنبه است، اما در عقد بایع و مشتری اصیل (غیر فضولی) وقتی بایع صیغه ایجاب را گفت، هنوز عقدی محقق نشده که گفتن "قبلت" بخواهد اعلام قبول آن عقد باشد. نتیجه اینکه سبب ملکیت، عقد است که در عقد فضولی همان ابتدا این سبب (ایجاب و قبول) محقق شده و فقط ملکیت (مسبب) نیاز به اجازه دارد اما در شاهد اول شما با انشاء ایجاب هنوز عقد و سبب محقق نشده که قبول قابل، و تحقق ملکیت بخواهد مقید شود به زمان وقوع عقد.

ترجمه عبارت: و دعوی أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه، ادعا شده عقد (ایجاب و قبول) است که سبب برای تحقق ملکیت است، و ملکیت به عنوان مسبب نمی‌تواند بر عقد (ایجاب و قبول) مقدم شود. در عقد فضولی، سبب همان روز شنبه محقق شده فقط اجازه مالک مانده، پس اجازه مالک هرگاه بیاید ناظر به همان سبب واقع در روز شنبه است اما در شاهد اول شما مرحوم شیخ انصاری وقتی بایع گفت بعت، هنوز عقد و سبب شکل نگرفته که قبلت گفتن بایع بخواهد تکمیل کننده سبب باشد و بخواهد ناظر به زمان وقوع عقد باشد چون هنوز عقدی محقق نشده است.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند ادعای شما صحیح نیست زیرا وقتی می‌گویید عقد، سبب برای تحقق ملکیت است یعنی شارع قبول و امضاء کرده که با عقد به همراه رضایت، انتقال ملکیت محقق شود. پس اگر فرض کنیم ادعای شما درست باشد و در عقد فضول مقتضای مرکب باشد از انتقال مقید به زمان، و رضایت مالک به همان انتقال، معنایش این است که در عقد فضول نیاز به یک متمم و تمام کننده داریم که اجازه مالک باشد و می‌گویید این اجازه مالک هم ناظر به همان انتقال مقید به زمان است، پس باید در عقد اصیل هم بگویید (کان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب) عقد در معامله دو اصیل، دو جزء دارد یک جزء که جزء اصلی هم هست ایجاب مقید به زمان است و جزء دوم که قبول باشد ناظر به همان جزء اول است؛ در حالی که احدی از فقهاء چنین مطلبی نمی‌گوید که تمام کننده عقد لزوماً ناظر است به جزء اول مقید به زمان.

می‌فرمایند برای اینکه روشن شود اجازه یا رد مالک در عقد فضولی صرفاً به مضمون عقد یعنی انتقال ملکیت برمی‌گردد و نه عقد مقید به زمان خاص، باید به مسأله فسخ عقد توجه نمود. در مسأله فسخ عقد مثل اینکه کتابی را خریده و شرط کرده تا دو روز اگر پشیمان شد حق فسخ عقد داشته باشد، وقتی مشتری می‌خواهد از حق فسخش استفاده کند چگونه این حق فسخ را اعمال می‌کند؟ مشتری می‌گوید انتقال ملکیت نسبت به این کتاب را فسخ کردم، در اینجا طبق نظر تمام فقهاء مقصود از فسخ این نیست که عقدی را فسخ می‌کنم که مقید به فلان ساعت و روز بود، خیر صرفاً عقد را فسخ می‌کند و آن هم از لحظه "فسخ" گفتن اعمال می‌شود نه اینکه عقد را از همان لحظه تحقق فسخ کند. لذا مشتری ضامن نیست که هزینه استفاده از کتاب را از زمان عقد تا زمان فسخ بپردازد. در حالی که

اگر کلام مستدل صحیح بود باید بگوید تحقق فسخ از حین عقد است یعنی مشتری در این زمانی که کتاب نزد او بوده ضامن مثلا اجاره آن است که اگر بایع مطالبه کرد بپردازد.

در عقد فضولی هم اجازه دادن مالک یا رد کردن او صرفا به معنای تأیید یا رد انتقال ملکیت است نه انتقال ملکیت مقید به یک زمان خاص.

نتیجه اینکه اجازه و رد و فسخ همه به مضمون و اصل عقد و نقل مربوط می‌شوند نه عقد و نقل مقید به زمان.

شاهد سوم:

فقه‌ها می‌فرمایند شخص مالک بعد از عقد فضولی می‌تواند با الفاظ مختلفی رضایتش را اعلام کند مثلا بگوید: "رضیت بکون مالی لزید یا زاء ماله" یا بگوید "رضیت بانتقال مالی الی زید" در چنین جملاتی هیچ اشاره‌ای به زمان عقد نشده بلکه اصلا هیچ اشاره‌ای به انعقاد عقد توسط فضول نشده، پس معلوم می‌شود زمان صرفا ظرف تحقق عقد بوده نه قید برای عقد، زیرا اگر قید برای عقد بود فقه‌ها فتوا می‌دادند زمان عقد باید در اجازه مالک انعکاس یابد.

سپس می‌فرمایند نه تنها جملات مذکور بلکه اصلا بدون استفاده از الفاظ هم مالک می‌تواند فعل فضول را تأیید کند مثل اینکه زید خانمی را فضولتا به عقد بکر درآورده، خانم وقتی مطلع می‌شود در مقام اجازه دادن عقد سکوت کند اما وقتی بکر می‌خواهد دست او را بگیرد یا مثلا موی او را ببیند مانع نشود.

تا اینجا اشکال اول به دلیل دوم بر مبنای کاشفیت تمام شد. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید به بیان دیگری هم می‌توانیم از دلیل دوم جواب دهیم به این بیان که مستدل در دلیل دوم ادعا کرد اجازه مالک هویت و جایگاهی ندارد الا تتمیم آنچه مقید به روز شنبه توسط فضول انجام شده است. اشکال ما این است که بدون شک در هر معامله‌ای رضایت مالک لازم است حال اگر مالک خودش عاقد بود طبیعتاً طیب نفس و رضایتش در حین انجام عقد، باعث می‌شود با تحقق ایجاب و قبول، عقد تمام شود، اما وقتی که عاقد فضول است و بنا است مالک بعد از ایجاب و قبول اجازه دهد، وقتی مالک اجازه داد مثل این است که عاقد اجازه داده است و چنانکه اگر عاقد خودش مالک باشد بعد از فعل عاقد، عقد دارای اثر می‌شود در فضولی هم وقتی مالک اجازه داد بعد از فعل مالک عقد تمام و مؤثر واقع می‌شود. نتیجه اینکه اجازه مالک یا شرط تحقق ملکیت است یا یکی از اجزاء سبب یعنی عقد است که بعد از آن مالکیت می‌آید.

به عبارت دیگر آنچه مؤثر در انتقال ملکیت است، عقد به همراه رضایت مالک است یا بگوئید عقد مقید به قید رضایت است پس خیلی روشن است که تا رضایت مالک (قید) محقق نشود، عقد فضول هیچ اثری ندارد. و هذا مطابق لمبنی النقل لا الکشف.

به بیان دیگر مرحوم شیخ انصاری در اشکال اولشان در صدد تحلیل مضمون عقد از حیث قیود برآمدند که این تحلیل را از دو بُعد ایجابی (اثباتی) و سلبی (انکاری) تبیین می‌فرمایند:

– اشکال اولشان را با بُعد سلبی و انکاری آغاز کردند و سه شاهد ارائه دادند بر انکار دخالت قید زمان در مضمون عقد.

– در ادامه به بیان و تقریر دیگری با توجه به بُعد ایجابی، ثابت فرمودند که قید اجازه مالک، در تحقق و مؤثر شدن مضمون عقد دخالت دارد و به عبارتی جزء اخیر علت تامه است که با آمدن آن علیّت و سببیت و انتقال ملکیت شکل می‌گیرد.

و ثانیاً: **أنا لو سلمنا ...**، ص ۴۰۵، س ۲

اشکال دوم:

دومین اشکالی که به دلیل دوم بر کشف وارد می‌دانند خلاصه‌اش این است که حتی اگر دست از اشکال اول برداریم و دخالت قید زمان در مضمون عقد را بپذیریم باز هم می‌گوییم امضاء شارع بر این عقد فضولی و اجازه مالک که مرحله پایانی است هیچ نظری به دخالت قید زمان ندارد.

توضیح مطلب: ما با رفع ید از اشکال اول می‌گوییم:

– می‌پذیریم که اجازه مالک شرط اصطلاحی نیست که اشکال شرط متأخر پیش بیاید و نیاز به تصویر تقدم (یا تقارن) شرط بر مشروط داشته باشیم.

– می‌پذیریم که اجازه مالک جزء اخیر علت تامه برای سببیت عقد هم نیست که این اشکال وارد شود که پس اثر عقد باید بعد تحقق این جزء یعنی اجازه مالک بیاید نه من حین العقد.

– می‌پذیریم که اجازه مالک صرفاً محدث و ایجاد کننده تأثیر در عقد سابق (روز شنبه) است و جاعل و قرار دهنده است همان عقد سابق را به عنوان سبب تام. پس اینگونه نیست که با آمدن اجازه، اتفاق جدیدی بیافتد بلکه اجازه صرفاً مکمل عقد فضول است که این عقد هم مقید به روز شنبه بود. در نتیجه قبول داریم که صرف اعلام رضایت از جانب مالک به معنای اجازه اصطلاحی نیست بلکه اجازه اصطلاحی که از آن در عقد فضولی بحث می‌کنیم اعلام رضایت به عقدی است که فضول روز شنبه انجام داده است (اجازه مالک فانی در عقد فضول خواهد بود) و تمام هویت اجازه این است که عقد فضول که روز شنبه انجام شده را جائز، نافذ (مؤثر در انتقال) و ماضی (روا) قرار دهد.

اما با این وجود می‌گوییم دلیل دوم تمام نیست زیرا هر تلاشی که مستدل در اثبات دلیل دوم انجام دهد و ثابت کند مضمون عقد فضول مقید به زمان بوده و اجازه مالک هم ناظر به همان است یعنی اجازه مالک هم جایگاهی ندارد الا اینکه عقد فضولی مقید به زمان را تصحیح می‌کند لکن چنانکه در مطالب جلسات قبل هم اشاره شد یک مرحله دیگر باقی مانده که امضاء شارع بر این عقد فضولی و اجازه مالک باشد.

باید بررسی کنیم ببینیم شارع چه چیزی را امضاء فرموده است؟

أدلهای که از امضاء شارع سخن می‌گویند عموماتی مانند أوفوا بالعقود هستند، که می‌گویند وفاء به عقد واجب است، روشن است که مخاطب حکم وجوب وفاء، عاقدها هستند یعنی بایع و مشتری که با یکدیگر معامله می‌کنند نه سایرین که ارتباطی به معامله آن دو ندارند. پس شارع می‌فرماید وقتی عقد بین دو نفر محقق شد بر هر دو عاقد (مثلا بایع و مشتری) وفاء به عقد واجب است، کلام ما این است که در عقد فضولی، شخص مالک تا زمانی که اجازه نداده، جایگاه عاقد یا به منزله عاقد را پیدا نمی‌کند، لذا وجوب وفا هم ندارد، پس روشن است که تکلیف وجوب وفاء از لحظه‌ای به مالک تعلق می‌گیرد که اجازه کند پس از لحظه اجازه به بعد است که عقد دارای اثر می‌شود.

نتیجه اینکه زمانی ملکیت شرعی مالک بر پول و ملکیت شرعی مشتری بر کتاب محقق می‌شود که مصداق أوفوا بالعقود قرار گیرد و حکم وجوب وفاء هم از لحظه اجازه مالک آمده و هیچ ارتباطی به قبل از اجازه ندارد. و هذا معنی النقل لا الكشف.

تحقیق:

* نسبت به مقصود از تعبیر "بتقریر آخر" برداشت‌های متفاوتی از محشین ارائه شده است. مرحوم شهیدی آن را بیان دیگری از جواب اول (به دلیل دوم) می‌دانند و مرحوم ایروانی بر خلاف ایشان می‌فرمایند: هذه العبارة و كذا قوله بعد سطر و بعبارة أخرى كلتاهما أجنبيّان عن الجواب الأوّل الذي كان الكلام فيه بل أجنبيّان عن الوجه الثّاني من الاستدلال و إنّما هما إعادة كلام تقدّم في جواب الوجه لأوّل من الاستدلال للكشف أعني التمسك بالعمومات (أوفوا بالعقود)

مراجعه کنید به کلام مرحوم ایروانی در حاشیه‌ی مکاسب، ج ۱، ص ۱۲۸ و مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۲۸۸، و مرحوم سید یزدی در حاشیه‌ی مکاسب، ج ۱، ص ۱۵۱. سپس در گروه بفرمایید که توضیح بنده با کدام یک از برداشتها همخوان است.

بسمه تعالی

جلسه هشتم (چهارشنبه، ۱۴۰۰/۰۶/۳۱)

و مما ذکرنا یعلم عدم ...، ص ۴۰۵، س ۱۳

بیان سوم دلیل اول:

اولین دلیل قائلین به کشف تمسک به آیه اوفوا بالعقود بود. استدلال به ای دلیل به سه بیان ارائه شده، بیان اول این بود که مقصود از عقود در اوفوا بالعقود همان کاری است که فضول انجام داده و مالک اجازه می‌کند پس وفا به آن واجب است. در بیان دوم اجازه مالک به عنوان شرط متأخر مطرح شد.

بیان سوم این است که مستدل می‌گوید مقصود از وجوب وفاء به عقد، وجوب عمل بر اساس محتوا و مضمون عقد است، و مضمون عقد هم چیزی نیست جز آنچه که فضول انجام داده (انتقال من حین العقد یا عقد مقید به زمان) و هذا معنی الکشف.

نقد بیان سوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید با توجه به اشکال اول و دوم به دلیل دوم، بطلان بیان سوم در استدلال به آیه اوفوا بالعقود روشن می‌شود که اولاً: مضمون عقدی که فضول انجام داده صرف انتقال ملکیت است نه انتقال مقید به زمان. ثانیاً: دلیلی بر اینکه شارع مضمون عقد بر اساس تفسیر شما را تأیید کرده باشد وجود ندارد.

و قس علی ذلک ...، ص ۴۰۶، س ۱

دلیل چهارم: اطلاق أحل الله البیع

چهارمین و آخرین دلیلی که بر مبنای کاشفیت ارائه شده تمسک به آیه شریفه أحل الله البیع است. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید نوع استدلال به این آیه هم مانند استدلال به اوفوا بالعقود است و همان بیانات و نقدها اینجا هم جاری است.

البته دو تفاوت بین دو آیه مذکور وجود دارد:

الف: "العقود" جمع محلی به لام است که مشهور معتقدند وضع شده برای دلالت بر شمول، لذا دلالت این آیه بر اساس عموم است اما "البیع" مفرد محلی به لام است لذا دلالتش بر شمول بر اساس اطلاق است. و احکام عام و مطلق متفاوت است.

ب: یک آیه از وفاء به تمام عقود سخن می‌گوید و آیه دیگر صرفاً ناظر به عقد بیع حکم صادر می‌فرماید.

مستدل می‌گوید طبق آیه أحل الله البیع، محور حکم حلیت، بیع است و بیع هم کاری است که فضول انجام داده لذا خداوند در این آیه می‌خواهد بفرماید با ملحق شدن اجازه مالک، تصرف در عوض و معوض جایز شده حلال است، پس حلیت به بیع تعلق گرفته و بیع هم همان کاری است که فضول انجام داده. پس حلیت تصرف از همان روز شنبه که عقد بیع محقق شد می‌آید و هذا معنی الکشف.

نقد دلیل چهارم:

نقد استدلال به این آیه هم شبیه نقد استدلال به آیه اوفوا بالعقود است. طبق آیه أحل الله البیع رابطه بین حلیت تصرف و تحقق ملکیت رابطه لازم و ملزوم است، یعنی هر جا ملکیت (ملزوم) باشد لازمه‌اش حلیت تصرف است، روشن است تا اجازه مالک نیامده هیچ حلیت تصرفی وجود ندارد، پس ملکیت و حلیت تصرف از لحظه اجازه مالک به بعد می‌آید و هذا معنی النقل لا الکشف.

و ثالثاً: سلّمنا دلالة ...، ص ۴۰۶، س ۵

اشکال سوم:

سومین اشکال بر دلیل دوم قول به کشف این است که اگر از دو اشکال قبل دست برداریم و حتی بپذیریم که بعضی أدله شرعیه برداشت شما یعنی مبنای کاشفیت را تأیید و امضاء می‌کند باز هم می‌گوییم تصویر مبنای کاشفیت معقول نیست و ظاهر أدله هم باید توجیه شود. توضیح مطلب: می‌فرماید در اشکال دوم ثابت کردیم شارع برداشت مبنای کاشفیت (نقل من حین العقد) را امضاء نفرموده است اما فرض می‌کنیم شارع امضاء فرموده به این بیان که مخاطب دستورات شارع عرف است و روشن است که احکام شارع در مباحث معاملات امضائی است نه تأسیسی، شارع در آیه شریفه اوفوا بالعقود عقدهای بین مردم را امضاء کرده و فرموده وفاء به آنها واجب است، در عقد فضولی هر چند نیاز به اجازه مالک هست اما آنچه را که عرف عقد می‌داند همان کاری است که فضول انجام داده، پس با تحقق اجازه مالک، آنچه توسط شارع امضاء شده و وفاء به آن واجب شمرده شده نقل من حین العقد است.

مرحوم شیخ انصاری در نقد کلام مذکور می‌فرماید:

اولاً: وقتی مالک در روز دوشنبه اجازه داد عرف می‌گوید عقدی که فضول روز شنبه انجام داد نافذ و دارای اثر (انتقال ملکیت) شد، اما اینکه اثر عقد فضول از چه زمانی شروع می‌شود، از همان شنبه اثر انتقال ملکیت شروع شده بود یا از روز دوشنبه شروع می‌شود عرف

چیزی نمی‌گوید. چنانکه وقتی بایع در عقد دو اصیل (غیر فضول) صیغه ایجاب را می‌خواند بعد از چند دقیقه مشتری صیغه قبول را می‌خواند عرف می‌گوید از لحظه‌ای که مشتری گفت "قبلت" عقدشان دارای اثر می‌شود نه از لحظه‌ای که بایع گفته بود "بعثک". فتأمل اشاره به دقت در مطلب است که ما دست از اشکالات متعددی برداشته‌ایم تا آخرین نکته در اشکال به مبنای کشف را بیان کنیم. ثانیاً: فرض می‌کنیم برداشت شما از عرف صحیح است و عرف می‌گوید اجازه باعث می‌شود عقد فضول از همان لحظه تحقق (روز شنبه) مؤثر و نافذ باشد لکن اشکال این است که اصلاً معقول نیست شارع چنین چیزی را تأیید و امضاء کند. قبل از توضیح کلام مرحوم شیخ انصاری دو مقدمه یکی فلسفی و دیگری اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اول فلسفی: استحاله انقلاب

در مباحث مختلف در فقه، اصول و فلسفه از اصطلاح انقلاب استفاده می‌شود. در فقه از جمله در مباحث مربوط به طهارت و نجاست، در اصول از جمله در بحث انقلاب نسبت در رابطه بین چند دلیل. لکن این کاربردها با یکدیگر متفاوت اند یعنی در فقه، اصول و فلسفه هر کدام معنای متفاوتی مورد نظر است. در فلسفه مرحوم ملا صدرا در قسمتی از مباحثشان در الحکمة المتالیة فی الأسفار العقلیة الأربعة، ج ۸، ص ۳۶۸ می‌فرمایند: انقلاب الشیء عبارة عن أن یقلب ماهیة شیء من حیث هی هی إلى ماهیة شیء آخر بحسب المعنی و المفهوم - و هذا ممتنع لأن الماهیة من حیث هی هی لیست إلا هی. مرحوم محقق اصفهانی (کمپانی) فیلسوف الفقهاء و فقیه الفلاسفة ذیل این مبحث مکاسب در حاشیة مکاسب، ج ۲، ص ۱۴۵ می‌فرمایند: "فلا محذور فیہ إلا محذور الانقلاب و هو محال، لأن الشیء الزماني لا یمرّ علیه الزمان مرتین، حتی یکون علی صفة عدم التأثير تارة و علی صفة التأثير أخرى." زمان تکرار شدنی نیست لذا امکان ندارد یک عمل که در یک زمان (شنبه) واقع شده و دارای اثر نبوده، همان عمل عیناً در زمان بعد (دوشنبه) دارای اثر شود زیرا لازم می‌آید زمان (شنبه) تکرار شده باشد (شنبه‌ای که عمل مذکور بی اثر بود و شنبه‌ای که عمل مذکور دارای اثر شد)

مقدمه دوم اصولی: دلالت اقتضاء

در کتاب اصول فقه مرحوم مظفر، ج ۱، ص ۱۳۱ به بعد خوانده‌ایم مدلول الفاظ و جملات بر دو قسم است یا مفهوم است یا منطوق اما قسم سوم از دلالت هم داریم که شرائط و تعریف مفهوم و منطوق بر آن صادق نیست. مرحوم مظفر از این قسم سوم به دلالت سیاقیه تعبیر فرمودند که بر سه قسم است: دلالت اقتضاء، تنبیه و اشاره. دلالت اقتضاء: هی أن تكون الدلالة مقصودة للمتکلم بحسب العرف، و یتوقف صدق الکلام أو صحته عقلاً، أو شرعاً، أو لغة، أو عادة علیها. مثالها قوله: "لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام"، فإن صدق الکلام یتوقف علی تقدیر الأحکام و الآثار الشرعیة لتكون هی المنفیة حقیقة؛ لوجود الضرر و الضرار قطعاً عند المسلمین. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این برداشتی که شما از عرف ارائه دادید و گفتید اجازه مالک باعث می‌شود عقد فضول از همان روز شنبه دارای اثر شود، نا معقول و محال است زیرا باعث انقلاب و دیگرگونی در هویت می‌شود. وقتی عقد فضولی روز شنبه واقع شده و دارای اثر انتقال ملکیت نبوده محال است که دوباره زمان تکرار شود و عیناً همان عقد فضول دارای اثر شود. بنابراین می‌گوییم حتی اگر شما یک دلیل شرعی پیدا کنید که ظاهرش برداشت شما را تأیید کند باید آن را توجیه کنیم زیرا شارع امر نامعقول را امضاء نمی‌کند. لذا می‌گوییم دلیل شرعی که ظاهرش می‌گوید اجازه مالک عقد فضول را از همان روز شنبه دارای اثر قرار می‌دهد به دلالت اقتضاء می‌خواهد بگوید اجازه مالک عقد فضول را از همان روز شنبه نسبت به آثاری که ممکن است، دارای اثر قرار می‌دهد. آثاری که ممکن است مانند نمائات مبیع است که می‌گوییم نماء مبیع در فاصله زمانی بین شنبه تا دوشنبه از آن مشتری است. آثاری که ممکن نیست مانند اصل ملکیت بر مبیع است که این اثر از روز دوشنبه و بعد اجازه مالک قابلیت تحقق دارد و محال است که از لحظه وقوع عقد محقق شده باشد.

نام این توجیه را نقل حقیقی و کشف حکمی می‌گذاریم.

نقل حقیقی است زیرا ملکیت واقعا و حقیقتاً بعد از اجازه مالک می‌آید و کشف حکمی است زیرا بعضی از آثار عقد را از همان لحظه تحقق عقد مترتب نمودیم. (البته توضیح بیشتر این دو اصطلاح در جلسه بعد در مطالب مرحوم شیخ انصاری خواهد آمد.) مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اولین کسی که این تفسیر از کشف (کشف حکمی) را ارائه داده است استاد ما مرحوم شریف العلماء مازندرانی است و الا در عبارات فقهاء گذشته توجه به اصطلاح کشف و تفاسیر مختلف از آن نبوده بلکه از مبنای نقل و کشف با اصطلاح انتقال بحث می‌کرده‌اند مثل اینکه مرحوم علامه حلی می‌فرمایند فقهای که عقد فضولی را با ضمیمه شدن اجازه مالک صحیح می‌دانند اختلاف دارند که زمان انتقال ملکیت از کدام لحظه است از لحظه عقد یا از لحظه اجازه مالک.

پیشاپیش فرارسیدن ایام **أربعین حسینی، رحلت رسول خاتم، شهادت امام رضا و امام حسن مجتبی علیهم الصلوة و السلام** را تسلیت عرض می‌کنم. ادامه بحث این شاء الله بعد از تعطیلات دهه آخر صفر.

مطلب ۵: القول فی الإجازة و الرد/ عنوان ۱: إجازة/ مقام ۱: احكام إجازة/ مرحله ۱: بررسی کشف و نقل/مطلب ۲: نظر مرحوم شیخ ۱۷
جلسه نهم (یکشنبه، ۱۴۰۰/۰۷/۱۸) بعد تعطیلات دهه آخر صفر بسمه تعالی

و قد تحصل مما ذکرنا ...، ص ۴۰۸، س ۱

کلام در بررسی دو مبنای کاشفیت و ناقلیت در عقد فضولی بود. اینکه مشهور فقهاء شیعه می‌فرمایند عقد فضولی با ضمیمه شدن اجازه مالک، صحیح است آیا اجازه مالک که با فاصله از انجام عقد محقق می‌شود، عقد را از لحظه وقوع دارای اثر می‌کند یا از لحظه اجازه. مرحوم شیخ انصاری فرمودند اکثر فقهاء قائل به مبنای کشف هستند یعنی اجازه مالک را کاشف از صحت و مؤثر بودن عقد فضول از لحظه عقد می‌دانند. چهار دلیل قائلین به کشف را نقل و نقد فرمودند.

مرحوم شیخ انصاری قبل از بیان نظریه خودشان، نظرات قائلین به کشف را جمع بندی می‌کنند و می‌فرمایند با توجه به تفاوت أدله‌ای که در تأیید مبنای کشف از جانب قائلین به آن مطرح شد می‌توان سه گرایش در این مبنا تصویر کرد:

گرایش اول: کشف حقیقی با شرط متأخر دانستن اجازه (مشهور)

یعنی اجازه مالک به عنوان یک شرط متأخر برای عقد فضول، حقیقتاً کشف می‌کند عقد فضول از همان لحظه عقد مؤثر بوده است. اصطلاح کشف حقیقی در مقابل کشف حکمی است.

گرایش دوم: کشف حقیقی با استفاده از عنوان منتزع (تعقب)

یعنی عقد فضول مشروط به اجازه مالک نیست بلکه به عنوانی مانند "تعقب الإجازة" یا "لحوق الإجازة" مشروط است که طبق توضیحات جلسات قبل یک شرط مقارن با مشروط (عقد فضول) به حساب می‌آید نه شرط متأخر، لذا اشکال نامعقول بودن شرط متأخر به آن وارد نبود. و بر همین اساس بود که بعضی فرمودند اگر مشتری یقین دارد مالک اجازه می‌دهد، مجاز به تصرف است.

گرایش سوم: کشف حکمی

این بیان از کشف را هم انتهای جلسه قبل ضمن انتساب به استادشان مرحوم شریف العلماء مازندرانی چنین تبیین فرمودند که اجازه مالک کاشف است از مؤثر بودن عقد فضول از لحظه عقد بقدر امکان یعنی بعد از اجازه مالک کشف می‌کنیم مثلاً انتقال نمائات به مشتری از همان لحظه عقد محقق بوده لکن انتقال مالکیت از لحظه اجازه مالک ممکن است نه لحظه عقد.

پس کشف حقیقی یعنی کشف تحقق جمیع الآثار از لحظه عقد و کشف حکمی یعنی کشف تحقق آثار ممکنه من حین العقد.

و قد تبین من تضاعیف کلماتنا ...، ص ۴۰۸، س ۱۱

مطلب دوم: نظر مرحوم شیخ انصاری

گفتیم در مبحث القول فی الإجازة و الرد، دو عنوان اجازه و رد را مستقلاً بررسی می‌فرمایند. ذیل عنوان اجازه سه مقام از بحث دارند، مقام اول در بررسی احکام اجازه بود، مطالب این مقام را ضمن دو مرحله تبیین می‌کنند، مرحله اول بررسی تفصیلی دو مبنای نقل و کشف بود که گفتیم در این مرحله هم سه مطلب دارند. مطلب اول بررسی أدله بود که با أدله قول به کشف و ضمن آن با أدله قول به نقل آشنا شدیم. در مطلب دوم مرحوم شیخ انصاری ارائه نظر و تحقیق خودشان را در دو بُعد مطرح می‌فرمایند.

بُعد اول: به حسب قواعد و عموماً

می‌فرمایند به نظر ما آنسب به قواعد (مانند قاعده سلطنت، قاعده طیب نفس یا قاعده رضایت در معاملات) و عموماً (مانند أحل الله البیع، أوفوا بالعقود) مبنای نقل است و در مرحله بعد آن مبنای کشف حکمی است.

نسبت به مبنای کشف حقیقی هم در جلسات قبل اشاره کردیم که در گرایش کشف حقیقی با شرط متأخر دانستن اجازه مالک، اشکال نامعقول بودن تأخر شرط مطرح است که قابل جواب نبود. در گرایش کشف حقیقی با استفاده از عنوان منتزع هم اشکال کردیم که چنین چیزی در أدله و روایات باب عقد فضولی وجود ندارد.

دومین بُعد در بیان نظریه مرحوم شیخ انصاری بررسی روایات و اخبار خاصه است که خواهد آمد.

پیش مطالعه:

متن روایاتی که سال گذشته ابتدای مباحث عقد فضولی صفحه ۳۵۱ به بعد خواندیم را مرور بفرمایید. همچنین به صفحه ۱۹۲ جزوه سال قبل هم جهت توضیحات بیشتر مراجعه کنید تا جلسه بعد بررسی کنیم این روایات مبنای کشف را تأیید می‌کنند یا مبنای نقل را.

می‌فرمایند روایات خاصه باب عقد فضولی را که بررسی می‌کنیم می‌بینیم مبنای کشف را تأیید می‌کنند.

مرحوم شیخ انصاری در همین جلد از مکاسب، صفحه ۳۵۱ به بعد، روایاتی را در باب عقد فضولی بررسی کردند که در اینجا به دو روایت از آنها استدلال می‌کنند:

روایت اول: صحیحه محمد بن قیس

این روایت را سال گذشته (فقه ۳) به عنوان پنجمین دلیل از أدله مشهور بر صحت عقد فضولی با ضمیمه اجازه مالک تبیین فرمودند. مراجعه کنید به صفحه ۱۹۲ جزوه سال قبل و تبیین محتوای روایت را ملاحظه بفرمایید. در این روایت که پسر، بدون اجازه پدر، کنیز او را فروخته بود و جاریه از مشتری بردار شد، حضرت امیر علیه السلام فرمودند فرزند به عنوان نماء، ملک مشتری است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این روایت دلالت بر مبنای کشف دارد و شهید اول در کتاب دروس آن را دال بر کشف حقیقی (شرط متأخر) دانسته‌اند لکن به نظر ما ظهور در کشف حقیقی ندارد و احتمال دارد دال بر کشف حکمی باشد.

روایت دوم: صحیحه اُبی عبیده

أبی عبیده حذاءً از امام باقر علیه السلام سؤال می‌کند دختر و پسری هستند که ولی آنها قبل از رسیدنشان به سن بلوغ، فضولتاً آن دو را تزویج کرده‌اند. حضرت می‌فرمایند وقتی این دو به سن بلوغ رسیدند باید این ازدواج را اجازه کنند، در ادامه روایت عرض می‌کند اگر پسر بعد از بلوغ این نکاح را اجازه کرد و هنوز دختر به سن بلوغ نرسیده بود که پسر فوت کرد، تکلیف ارث این دختر از آن پسر چه می‌شود؟ حضرت می‌فرمایند باید به اندازه سهم الإرث این دختر و نصف مهریه او از ما ترک پسر کنار بگذارند، وقتی دختر به سن بلوغ رسید باید او را قسّم شرعی دهند که اگر این پسر زنده بود آیا نکاح با او را اجازه می‌کرد یا نه؟ اگر گفت اجازه می‌کردم و حاضر به زندگی با او بودم باید سهم الإرث و نصف مهریه را به دختر بپردازند. (قسم دادن به این جهت است که به طمع دستیابی به ارث و مهر ادعای رضایت به نکاح نکند)

تبیین استدلال به حدیث مذکور بر مبنای کشف:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند کلام امام باقر علیه السلام در این روایت مطلق است یعنی حضرت به صورت مطلق فرمودند با درگذشت پسر، باید سهم دختر از اموالش جدا شود، یعنی چه سایر ورثه راضی باشند یا راضی نباشند.

در کنار اطلاق این روایت، یک دلیل عام داریم که می‌گوید: "الناس مسلطون علی اموالهم". (سایر ورثه مسلط بر سهمشان هستند)

اگر قائل به کشف باشیم بین این اطلاق و عموم تنافی و مخالفتی وجود ندارد اما اگر قائل به نقل باشیم، تنافی خواهند داشت.

توضیح مطلب:

– اگر قائل به نقل باشیم باید بگوییم وقتی پسر از دنیا رفت مالکیت اموالش به ورثه رسید و هنوز دختر مذکور از وارثان این پسر نبود، زمانی که دختر نکاح فضولی را اجازه کرد از آن لحظه به بعد می‌شود از وارثان شوهرش لکن مشکل این است که تا قبل از اجازه دادن، دلیل عام می‌گفت ورثه مالک اموال هستند و طبق مبنای نقل، دختر از ورثه نبود، وقتی دختر نکاح فضولی را اجازه کرد مخالفت بین دو دلیل شکل می‌گیرد، دلیل عام می‌گوید دختر سهمی در ارث ندارد چون لحظه فوت پسر، هنوز دختر همسر و وارث او نبود، و دلیل مطلق (صحیحه) می‌گوید دختر هم بعد از اجازه ارث سهم می‌برد. *

– اگر قائل به کشف باشیم می‌گوییم وقتی دختر نکاح فضولی را اجازه داد کشف می‌کنیم از همان لحظه موت پسر، مالک سهم الإرث و نصف مهریه‌اش بوده لذا دلیل مطلق (صحیحه) هم می‌گوید ورثه مسلط بر مالشان هستند و یکی از ورثه هم این خانم هست.

روشن است که طبق تفسیر حدیث بر اساس مبنای کشف کاملاً تطابق بین فرمایش امام باقر علیه السلام با حدیث سلطنت وجود دارد.

مطلب ۵: القول فی الإجازة و الرد/ عنوان ۱: إجازة/ مقام ۱: احكام إجازة/ مرحله ۱: مبنای کشف و نقل/ مطلب ۲: نظر مرحوم شیخ ۱۹ ممکن است گفته شود بعد از فوت پسر شک داریم آیا دختر بعد بلوغش نکاح را اجازه خواهد داد یا نه؟ می‌گوییم اصل عدم اجازه است (أصالة عدم الحادث، استصحاب عدم اجازه دختر) لذا از همان ابتدا هیچ مالکیتی برای دختر تصویر نشود. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند از روایات برداشت می‌شود شارع در مسأله حق الناس امر به احتیاط می‌کند لذا در این روایت هم فرموده باید احتیاط کنند و مقدار سهم الإرث دختر را کنار بگذارند تا او به سن بلوغ برسد و تکلیف نکاح روشن شود. چنانکه اگر مرد از دنیا برود و همسرش باردار باشد شارع فرموده اگر می‌خواهند ارث را تقسیم کنند باید احتیاط کنند و حداکثر مقداری که احتمال داده می‌شود را برای حمل کنار بگذارند. لذا باید بنا را بر این بگذارند که حمل و جنین، دو قلو باشد و هر دو هم پسر باشند، بله اگر بعد وضع حمل خلاف آن ثابت شد نسبت به مقدار مازاد، بر اساس تقسیمات ارث عمل می‌کنند.

خلاصه نظر مرحوم شیخ انصاری در مسأله:

فرمودند در عقد فضولی، قواعد و عمومات دلالت بر حجیت مبنای ناقله دارند لکن اخبار و روایات خاصه دلالت بر حجیت مبنای کشف حکمی دارند (و پس از آن هم کشف حقیقی با گرایش شرط مقارن یعنی همان عنوان منتزع) و روشن است تا زمانی که دلیل خاص وجود دارد نوبت به عمومات نمی‌رسد. (البته از عبارت مرحوم شیخ انصاری در توضیح بُعد دوم می‌توان کشف حقیقی را به ایشان نسبت داد).

تحقیق:

* مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۲۹۰ می‌فرمایند: قوله منضمًا علی عموم الناس یعنی حفظ عمومه عن ورود التخصیص علیه.

بقی الکلام فی بیان الثمرة ...، ص ۱۰، س ۶

مطلب سوم: ثمره فقهی اختلاف دو مبنا

سومین و آخرین مطلب در مرحله اول، بررسی ثمرات فقهی اختلاف بین دو مبنای نقل و کشف (با هر سه گرایش) است. مرحوم شیخ انصاری از سه جهت به بررسی این ثمرات می‌پردازند:

جهت اول: بین دو گرایش کشف حقیقی

چنانکه در جلسات قبل هم اشاره شد اگر مشتری در لحظه عقد (به هر دلیلی مثل پرداخت آگاهانه چند برابر قیمت) یقین داشته باشد مالک وقتی از عقد فضول مطلع شود قطعاً رضایت خواهد داد، ثمره این است که:

- طبق گرایشی که اجازه مالک را شرط متأخر می‌داند مشتری تا وقتی مالک اجازه نداده حق تصرف ندارد زیرا شرط هنوز محقق نشده.
- طبق گرایشی که اجازه مالک را عنوان تعقب و شرط مقارن می‌داند مشتری حق تصرف خواهد داشت زیرا در لحظه عقد تمام شرائط عقد فضولی تکمیل است. (اجازه مالک را هم با شرط مقارن همان حین العقد تصویر کردند)

جهت دوم: بین کشف حقیقی و حکمی

ثمره فقهی بین کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر و کشف حکمی را در یک مثال ضمن سه فرع فقهی توضیح می‌دهند. مثال این است که مشتری در بیع فضولی یک جاریه را خرید و قبل از اینکه مالک بیع را اجازه دهد با جاریه مباشرت کرد:

فرع اول:

می‌فرمایند حکم مباشرت مشتری با جاریه طبق دو مبنای مذکور متفاوت خواهد بود زیرا:

- طبق کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر باید بگوییم حکم ظاهری این مباشرت حرمت است و حکم واقعی و نفس الامر آن حلیت. توضیح حکم ظاهری: یقین داریم قبل بیع، مباشرت با جاریه برای مشتری حرام بود، بعد از بیع و قبل اجازه مالک شک داریم آیا بر مشتری حلال شده یا نه؟ استصحاب می‌کنیم بقاء حرمت را. پس حکم ظاهری عند الشک حرمت مباشرت است زیرا هنوز اجازه مالک به عنوان شرط متأخر، محقق نشده بود.

توضیح حکم واقعی: وقتی مالک اجازه داد کشف می‌کنیم مشتری از همان لحظه وقوع عقد، مالک جاریه بوده لذا مباشرت در ملکش انجام شده و در واقع عمل حلالی انجام داده بوده. *

- طبق کشف حکمی، ظاهراً و واقعاً مباشرت قبل از اجازه مالک و قبل از انتقال ملکیت بر او حرام بوده است. ظاهراً به دلیل استصحاب عدم جواز مباشرت، واقعاً به دلیل عدم انتقال ملکیت تا قبل از اجازه مالک.

فرع دوم:

در مثال مذکور اگر جاریه از مشتری حمل پیدا کرده باشد و اصطلاحاً مستولده شده باشد، آیا أم ولد خواهد بود و احکام آن را خواهد داشت؟ (مثل اینکه مالک چنین جاریه‌ای حق فروش او یا هدیه او به دیگری را ندارد، فرزند مولا که از جاریه به دنیا آمده حرّ است، اگر مولای او بمیرد، أم ولد از سهم الارث فرزند خود آزاد می‌گردد.)

- طبق کشف حقیقی مشتری از ابتدا مالک جاریه بوده و طبیعتاً جاریه أم ولد خواهد بود.

- طبق کشف حکمی دو احتمال است:

احتمال اول: جاریه أم ولد است زیرا طبق کشف حکمی با اجازه مالک کشف می‌کنیم آثار ممکنه از حین العقد مترتب بوده است یکی از آن آثار هم أم ولد شدن جاریه است.

احتمال دوم: شرط أم ولد شدن این است که حدوث ولد در ملک مشتری باشد و حال آنکه در مثال مذکور قبل از مالکیت مشتری بوده پس جاریه، أم ولد نخواهد بود هر چند مشتری بعد از اجازه، مالک جاریه شده است.

طبق احتمال اول در فرع دوم ثمره صادق نیست چون هر دو مبنا یک فتوا می‌دهند اما طبق احتمال دوم ثمره روشن است.

فرع سوم:

در مثال مذکور اگر مالک قبل از اطلاع از بیع فضولی جاریه‌اش، او را به فردی فروخت سپس مالک مطلع شد که فضول، جاریه‌اش را به دیگری فروخته بوده، و مالک (مثلاً به جهت رسیدن به پول بیشتر) بیع فضول را اجازه کرد، در این صورت:

- طبق کشف حقیقی دو احتمال است:

احتمال اول: معامله مالک باطل است زیرا طبق کشف حقیقی می‌گوییم با اجازه مالک کشف می‌کنیم مشتری از لحظه عقد، مالک جاریه بوده و گویا مالک، ملک مشتری را به دیگری فروخته است پس معامله مالک با فرد دیگر باطل است.

مطلب ۵: القول فی الإجازة و الرد/ عنوان ۱: إجازة/ مقام ۱: احکام إجازة/ مرحله ۱: بررسی کشف و نقل/مطلب ۳: ثمرات دو مبنا ۲۱
احتمال دوم: همین که مالک، جاریه را به فرد دیگر فروخت به معنای ردّ معامله فضول است و اجازه بعدی مالک هم فائده نخواهد داشت.
- طبق کشف حکمی هر دو معامله‌ای که روی جاریه انجام شده صحیح خواهد بود:

اما معامله مالک با فرد دیگر صحیح است زیرا در ملک خودش بیع انجام داده است لذا جاریه را به او تحویل می‌دهد.
اما معامله مالک با مشتری یا به عبارت دیگر اجازه کردن بیع فضول به مشتری هم صحیح است زیرا با اعلام رضایت مالک، شرایط صحت عقد فضولی کامل می‌شود و فقط مالک از آنجا که دیگر نمی‌تواند جاریه را تحویل مشتری بدهد، باید قیمت جاریه را به عنوان بدل به مشتری بپردازد. با این کار هر دو عقد تصحیح می‌شود هم عقد فضولی بر اساس کشف حکمی، هم عقدی که خود مالک قبل از اجازه کردن عقد فضولی منعقد کرده بود (قبل از امضاء عقد فضولی توسط شارع چون هنوز اجازه مالک نیامده بود).

كما فی الفسخ بالخیار ...، ص ۴۱۱، س ۵

می‌فرمایند حکم به صحت هر دو عقد در فرع سوم نمونه فقهی دیگری هم دارد که در باب خیارات است. اگر بایع مثلا به جهت نیاز فوری به پول، ماشین خود را به مشتری فروخت و شرط کرد اگر تا یک هفته توانست پول را به مشتری برگرداند حق فسخ داشته باشد، مشتری بعد از سه روز ماشین را به شخص ثالثی فروخت در این صورت فقهاء می‌فرمایند هر دو بیع صحیح است و حق خیار هم برای بایع باقی است و اگر بایع از حق خیار خود استفاده کرد و بیع را فسخ نمود مشتری باید بدل ماشین یعنی قیمت آن را به بایع بپردازد. (ممکن است در همین بازه زمانی کوتاه قیمت ماشین بالا رود که در این صورت مشتری باید قیمت روز ماشین را به بایع بپردازد)

تحقیق:

* محشین به تناقضی بین دو کلام مرحوم شیخ در فاصله چند خط اشاره کرده‌اند. در جهت اول فرمودند طبق مبنای کشف حقیقی با شرط متأخر دانستن اجازه، تصرف مشتری قبل اجازه صحیح نیست حتی اگر یقین دارد مالک اجازه خواهد داد زیرا هنوز اجازه مالک به عنوان شرط متأخر نیامده است. در اینجا می‌فرمایند مباشرت مشتری با جاریه در واقع و نفس الأمر حلال بوده زیرا با آمدن اجازه کشف می‌کنیم این مباشرت در زمان مالکیتش بر جاریه انجام شده است.

مرحوم سید یزدی در حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۱۵۳ می‌فرمایند: ثم لا یخفی أنّ حکمه قدّس سرّه بکون الوطاء حلالا واقعا علی الکشف الحقیقی ینافی ما مرّ منه أيضا أنفا من عدم جواز التصرف مع العلم بالإجازة بناء علی الشرط المتأخّر فإنّ مقتضى کونه حلالا واقعا جوازه مع العلم به و هذا واضح جدًا.

مرحوم محقق اصفهانی هم توضیحات مفصلی دارند و احتمالات مختلف در مقصود مرحوم شیخ انصاری را بررسی می‌کنند که مراجعه کنید به حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۵۲.

مرحوم شیخ انصاری در مطالب قبل کشف حکمی را تعریف نمودند. در این قسمت از عبارت ضمن تکرار آن یک نکته اضافه هم بیان می‌فرمایند. گفتیم کشف حکمی آن است که با اجازه مالک کشف می‌کنیم عقد از همان لحظه وقوعش صحیح انجام شده و آثار عقد بر آن مترتب می‌شود (آثار ممکنه) غیر از انتقال ملکیت که فقط از لحظه اجازه مالک به بعد قابل تصویر است. پس مشتری بعد از اجازه مالک علاوه بر مالکیت اصل عین از لحظه اجازه، مالک نمائات آن از لحظه عقد هم هست. حال اگر این نمائات توسط مالک تفویض شده بود تکلیف چیست؟ می‌فرمایند تفویض نماء در این مسأله دو صورت دارد:

صورت اول: صرفاً تفویض نماء اتفاق افتاده و اصل عین باقی است، مثل اینکه یک گاو شیرده را روز شنبه به بیع فضولی خریده و مالک روز دوشنبه از این بیع مطلع شد و اجازه داد، لکن مالک در این سه روز مثلاً ۶۰ کیلو شیر از این حیوان دوشیده و فروخته است، در این صورت می‌فرمایند هیچ منافاتی بین اجازه کردن عقد فضولی و فروختن نماء مذکور وجود ندارد، و طبق مبنای کشف حکمی مشتری از لحظه عقد، مالک آثار یعنی نمائات است لذا با بیع باید بدل ۶۰ کیلو شیر را (مثل یا قیمت) به مشتری بدهد.

صورت دوم: تصرف و تفویض مالک به گونه‌ای بوده که با اجازه کردن عقد فضول منافات دارد مثل اینکه اصل عین تلف شده است، مثل اینکه قبل از اطلاع از بیع فضول، گاو را کشته و گوشت آن را در موکب اربعین مصرف کرده و عین قابل برگشت نیست. در حکم این صورت دو احتمال است:

احتمال اول: بگوییم با از بین رفتن عین، بیع فضول منفسخ شده است. (فسخ خود بخودی) و دیگر اجازه مالک لغو و بی معنا است.

احتمال دوم: بگوییم اصل بیع صحیح است و مالک در صورت اجازه کردن باید بدل (مثل یا قیمت) مبیع را به مشتری بدهد. البته بررسی این مسأله (قسام تصرف مالک در مبیع و احکام آن) ابتدای مبحث احکام رد در همین جلد سوم، صفحه ۴۷۷ خواهد آمد.

ثم إنهم ذكروا للثمرة ...، ۴۱۱، س ۱۳

جهت سوم: بین کشف و نقل

سومین مطلب در بررسی دو مبنای کشف و نقل بیان ثمرات فقهی بود. گفتیم از سه جهت به بررسی آنها می‌پردازند.

نسبت به تفاوت بین دو مبنای کشف (با هر سه گرایش) و نقل هم چند ثمره فقهی را بررسی می‌کنند:

ثمره اول: نماء

با توضیحات گذشته روشن است که طبق مبنای کشف (با هر سه گرایش) باید بگوییم نماء مبیع از لحظه وقوع عقد ملک مشتری است و طبق مبنای نقل نماء مبیع از لحظه اجازه مالک ملک مشتری است.

مرحوم شهید ثانی در رابطه با این ثمره عبارتی دارند که ظاهراً قابل پذیرش نیست. در شرح لمعه ایشان چاپ کلانتر در ج ۳، ص ۲۲۹ خوانده‌ایم که می‌فرمایند: "تظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز."

انتهای عبارتشان که می‌فرمایند طبق مبنای ناقلیت هم نماء مبیع هم نماء ثمن از آن مالک مجیز است به ظاهر اشکال دارد زیرا قابل تصویر نیست که نماء ثمن و مثن ملک یک نفر باشد.

بعضی از محشّین الروضه البهیة در صدد توجیه حکم صادره از شهید ثانی برآمده‌اند که چرا هر دو نماء ملک یک نفر باشد. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند چنین تکلفی نیاز نیست و بهتر است که موضوع را در کلام شهید ثانی توجیه کنیم و بگوییم مراد ایشان جایی است که هر دو طرف فضول هستند و از هر دو طرف نیاز به اجازه مالک است. لذا طبق مبنای ناقلیت، هر کدام از دو مالک تا قبل از اجازه دادن، مالک نماء مایملک شان هستند. *

ثمره دوم: جواز فسخ در طرف اصیل

قبل از بیان دومین ثمره، یک نکته از مطالب مرحوم شیخ انصاری را به عنوان مقدمه اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: بعض اقسام فسخ

فسخ و ابطال یک عقد و معامله اقسامی دارد از جمله:

یکم: یک طرف، صیغه مربوط به خود (ایجاب) را انشاء کرد تا زمانی که طرف دیگر صیغه مربوط به خود (قبول) را انشاء نکرده چنین عقدی قابل فسخ و ابطال است. (البته تعبیر عقد از چنین صورتی مسامحه‌ای است و در واقع عقدی محقق نشده است که فسخ شود).

عنوان ۲: احکام رد/مسأله: حکم عوضین/مرحله ۲: حکم مشتری با غاصب/صورت ۲: علم مشتری به غصب/حالت ۲: تلف ثمن ۲۳

دوم: هر دو طرف ایجاب و قبول را انشاء کرده‌اند لکن صحت عقد مشروط به یک شرطی است که تا آن شرط محقق نشود عقد قابل فسخ و ابطال است. مثال: در صحت و تحقق هبه، وقف و صدقه، قبض طرف مقابل شرط است (قبض کردن موهوب‌له در هبه و موقوف علیهم یا نماینده آنان در وقف و قبض مستحق در صدقه) لذا تا قبل از تحقق قبض، امکان فسخ وجود دارد.

ثمره دوم بین مبنای کشف و نقل در فسخ اصیل قابل تبیین است. به این بیان که یک طرف عقد فضول است (در مثال ما بایع) و یک طرف عقد هم اصیل است (در مثال ما مشتری)، اگر طرف اصیل قبل از اینکه مالک اجازه دهد و عقد تکمیل شود عقد را فسخ کند: طبق مبنای کشف می‌گوییم فسخ اصیل لغو و بی فائده است زیرا ایجاب و قبول و به عبارتی عقد از طرف مشتری محقق شده و مشتری دیگر نمی‌تواند معامله را فسخ کند بلکه مالک می‌تواند اجازه ندهد و عقد را فسخ کند زیرا هنوز عقد از طرف فضول و مالک تمام نشده و نیاز به اجازه دارد. (پس عقد از طرف اصیل لازم و غیر قابل فسخ و از طرف فضول قابل فسخ است یعنی مالک می‌تواند اجازه ندهد و عقد خود بخود فسخ شود)

– طبق مبنای نقل می‌گوییم تا اجازه مالک نیامده گویا عقد کاملی محقق نشده لذا فسخ و ابطال آن از جانب اصیل صحیح و نافذ است مانند دو موردی که در مقدمه اشاره شد.

اشکال: مرحوم میرزای قمی فرموده‌اند این ثمره طبق مبنای نقل صحیح نیست زیرا ما با یک عقد دو جزئی مواجهیم، یک جزء آن ایجاب و قبول است که بین فضول و مشتری اصیل واقع و تمام شده، و جزء دیگر آن اجازه مالک است که تمام کننده عقد است و حکم وضعی ملکیت خود به خود محقق می‌شود آمدن یا نیامدن این حکم وضعی در اختیار مشتری نیست لذا مشتری جزء مربوط به خود را محقق نموده و تمام شده باید صبر کند تا مالک تکلیف بیع را مشخص کند اگر مالک اجازه داد، کار مشتری دارای اثر ملکیت خواهد شد و الا فلا.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند بعد از تحقق عقد بین فضول و اصیل، فقط مسأله این نیست که مالک اجازه دهد و عقد دارای اثر شود بلکه ممکن است بگوییم ترتب اثر بر عقد مذکور در صورتی است که تا قبل از اجازه مالک، فسخی اتفاق نیافتد، لذا اگر طرف اصیل قبل از اجازه مالک عقد را فسخ کرد دیگر نظر مالک سالبه به انتفاء موضوع است و اجازه یا رد مالک معنا نخواهد داشت.

به عبارت دیگر ممکن است بگوییم عقد بین فضول و اصیل دو جزء دارد یکی ایجاب و قبول و دیگری اجازه مالک اما شرط مؤثر بودن این عقد دو جزئی، عدم تخلل فسخ است یعنی فسخ بین این دو جزء واقع نشود لذا اگر مشتری قبل از اجازه مالک "قبلت" گفتن خود را ابطال نمود، طبق مبنای نقل باید بگوییم عقد فسخ و باطل شده است و انضمام اجازه مالک هم فائده‌ای ندارد.

فالأولی فی سند المنع ...، ص ۱۳، ج ۲

مرحوم شیخ انصاری راهی برای اشکال کردن به جوابشان مطرح می‌کنند که بهتر است مرحوم میرزای قمی برای منع از جواز فسخ اصیل طبق مبنای نقل، اینگونه به ما اشکال کنند که وقتی جزء اول عقد توسط فضول و مشتری محقق شد باید منتظر اجازه مالک باشند، شک داریم آیا شرطی به نام عدم تخلل فسخ وجود دارد یا خیر؟ می‌گوییم عموماتی مانند "أوفوا بالعقود" می‌گویند وفاء به عقد لازم است و دلیل بر شرط عدم تخلل فسخ هم وجود ندارد (اگر اجماع به عنوان دلیل مطرح شود می‌گوییم اجماع دلیل لبی و در مورد شک باید به قدر متیقن آن عمل نمود).

البته این نکته هم خالی از اشکال نیست زیرا ممکن است گفته شود طبق مبنای نقل، وقتی مشتری قبل از اجازه مالک بیع را فسخ کند شک داریم اصلاً عقدی باقی مانده است که أوفوا بالعقود شامل آن بشود یا نه؟ اگر به عموم أوفوا بالعقود تمسک کنید و بگویید فسخ مشتری بی فائده است می‌شود تمسک به عام در شبهه مصداقیه و باطل خواهد بود. **

نتیجه ثمره دوم: به نظر مرحوم شیخ انصاری فسخ اصیل قبل از اجازه مالک طبق مبنای نقل نافذ و طبق مبنای کشف باطل خواهد بود.

تحقیق:

* مرحوم خوئی بعد نقد هر دو توجیه در **مصباح الفقاهة**، ج ۴، ص ۱۶۹ می‌فرمایند: فلا بدّ اّمّا من الالتزام بكونه سهوا من قلمه الشریف لكون العصمة لصاحبها ...

** این توضیح "لا یخلو عن اشکال" را در حاشیه المکاسب مرحوم محقق اصفهانی، ج ۲، ص ۱۵۷ و حاشیه المکاسب مرحوم ایروانی، ج ۱، ص ۱۳۰ مطالعه کنید.

و منها: جواز تصرف الأصيل...، ص ۱۳، س ۴

ثمره سوم: جواز تصرف اصیل در مالش

سومین ثمره که مورد قبول مرحوم شیخ انصاری است مربوط به تصرف اصیل است که طبق هر دو مبنا آن را بررسی می‌کنند:
- طبق مبنای نقل

بنابر مبنای ناقله نسبت به ثمره سوم دو قول است:

قول اول: تصرف اصیل در مایملک‌اش مجاز است. (شیخ)

اگر معتقد به مبنای ناقله باشیم چون تا زمانی که مالک اجازه ندهد عقد دارای اثر نخواهد بود لذا طرف اصیل تا قبل از اجازه مالک می‌تواند در ملک خود هر نوع تصرفی انجام دهد. (به عنوان یک نکته حاشیه‌ای می‌فرمایند حتی اگر ثمره دوم را نپذیرفته باشیم و طبق مبنای نقل، طرف اصیل را مجاز به فسخ ندانیم یعنی فسخ طرف اصیل را بی فائده بدانیم) دو مثال بیان می‌کنند:

مثال اول: بایع اصیل است و مشتری فضولی، بایع جاریه‌اش را به مشتری فضول فروخته است، مالک ثمن هنوز خرید فضول را اجازه نداده، بایع اصیل چون همچنان مالک جاریه است می‌تواند با جاریه‌اش مباشرت کند و اگر این جاریه باردار شود احکام ام ولد را خواهد داشت مثل اینکه دیگر قابل انتقال به غیر نخواهد بود لذا عقد بیعشان هم ملغی است و اجازه دادن مالک ثمن هم لغو و بی فائده است.

مثال دوم: در عقد نکاح خانم باید صیغه ایجاب را بگوید و مرد صیغه قبول را، در این مثال خانم اصیل است و قبول کننده فضولی، خانم خودش را به عقد زید درآورد و فضول از طرف زید قبول کرد، تا زمانی که زید اجازه نداده و نکاح را نپذیرفته، این خانم می‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند و اگر با مرد دیگری ازدواج کرد عقد قبلی ملغی است و حتی اگر زید هم قبول کند دیگر لغو و بی فائده است.

نتیجه اینکه حتی اگر بر خلاف ثمره دوم قائل باشیم طبق مبنای ناقله، فسخ قولی عقد (فسخ گفتن) توسط اصیل بی فائده است اما فسخ فعلی او در صورتی که باعث شود مورد معامله باقی نماند مؤثر و صحیح خواهد بود زیرا با فسخ فعلی و انتقال به شخص دیگر، محل و مورد برای معامله باقی نمی‌ماند و اصطلاحاً معامله سالبه به انتفاء موضوع است.

مرحوم شیخ انصاری همین قول را قبول دارند.

قول دوم: تصرف اصیل مجاز نیست.

مرحوم محقق ثانی فرموده‌اند چه قائل به نقل باشیم و چه قائل به کشف، طرف اصیل حق ندارد در آنچه به فضول واگذار کرده، تصرف نماید یعنی عقد از طرف اصیل لازم و غیر قابل فسخ است اما از طرف فضول لازم نیست زیرا مالک می‌تواند عقد را رد کند.

دلیل ایشان عموم اوفوا بالعقود است که می‌گوید وفاء به عقد واجب است، طرف اصیل خودش اقدام به عقد کرده پس باید به آن پایبند باشد اما طرف مالک چون خودش اقدام به عقد نکرده لذا وفاء به عقد بر او واجب نیست و می‌تواند عقد را رد کند.

نقد قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند با توجه به هویت مبنای ناقله، اشکال قول دوم روشن است. مبنای ناقله می‌گوید تا زمانی که مالک اجازه نداده عقدی محقق نشده زیرا عقد اصیل و فضول یا مشروط است به شرط اجازه مالک و یا مقید است به قید اجازه مالک و در هر دو صورت تا زمانی که شرط یا قید نیامده، عقدی شکل نگرفته است که آیه شریفه اوفوا بالعقود وفاء به آن را واجب گرداند.

هذا كله على النقل...، ص ۱۴، س ۳

- طبق مبنای کشف

نسبت به ثمره سوم طبق مبنای کشف هم دو قول است:

قول اول: تصرف اصیل در مایملک‌اش مجاز نیست.

جمعی از فقهاء از جمله مرحوم عمیدی فرموده‌اند بنابر قول به کشف، عقد از ابتدا محقق شده است فقط نیاز به یک متمم دارد که اجازه مالک باشد لذا فرد اصیل به محض انعقاد عقد با فضول، دیگر کارش تمام شده و باید به این عقد وفاء کند و حق تصرف در چیزی که در این عقد فضولی به دیگری واگذار کرده را ندارد. لذا در دو مثال مذکور در چند سطر قبل می‌گوییم بایع حق مباشرت با جاریه را ندارد و خانم هم حق ازدواج با فرد دیگر را ندارد و حتی اگر با فرد دیگری ازدواج کرد و زید نکاح فضولی را اجازه داد کشف می‌کنیم نکاح خانم با زید صحیح بوده لذا این خانم حق ازدواج دوم نداشته و ازدواج دوم باطل و سالبه به انتفاء موضوع بوده است. *

قول دوم: جواز تصرف اصیل

بعضی از فقهاء فرموده‌اند بنا بر قول به کشف، تصرف اصیل در ما یملک‌اش مجاز است زیرا تا زمانی که اجازه مالک نیامده عقد تمام نشده و مالک هم احتمال دارد اجازه کند و احتمال دارد اجازه نکند، و صرف احتمال اجازه باعث نمی‌شود سلطنت اصیل بر مالش منتفی شود، پس اصیل تا قبل از اجازه مالک همچنان حق تصرف دارد مطلقاً (چه بنا بر قول به کشف چه نقل). بله اگر مالک عقد را اجازه داد کشف می‌کنیم تصرف اصیل باطل بوده است، و اگر آن مال باقی است باید به مالک بدهد و اگر باقی نیست باید بدل آن را بپردازد. البته اگر اصیل از ابتدا یقین داشته باشد که مالک اجازه می‌کند دیگر حق تصرف نخواهد داشت.

معرفی مرحوم عمیدی

* مرحوم شیخ انصاری یکی از قائلین به این قول را مرحوم سید عمیدی ذکر می‌کنند. مقصود مرحوم سید عمید الدین عبدالمطلب أعرجی حلی (عمیدی) متوفای ۷۵۴ هـ ق است. ایشان کتابی دارند به نام **کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد** که شرحی بر قواعد الأحکام علامه حلی، دائی‌شان است. کتاب دیگری با نام **کنز الفوائد** داریم که شهرت بیشتری دارد و تألیف مرحوم کراچی متوفای ۴۹۹ هـ ق و از شاگردان مرحوم شیخ مفید است که کتاب **التذکره بأصول الفقه** استادشان مرحوم شیخ مفید را هم با عنوان مختصر التذکره خلاصه کرده‌اند. تذکره مرحوم شیخ مفید قدیمی‌ترین کتاب جامع اصولی موجود از عالمان شیعی است. مرحوم شیخ انصاری در ۱۰ مورد از کتاب مکاسب با صراحت از ایشان نقل قول می‌کنند با عناوینی همچون السید العمید، السید العمیدی، السید عمید الدین.

ذکر یک روایت

روز چهارشنبه وعده دادم به مناسبت شهادت امام حسن عسکری علیه السلام امروز جلسه‌مان را به نقل یک حدیث نورانی از حضرتشان متبرک کنم. وضعیتی که به واسطه ویروس کرونا تقریباً دو سال است حاکم بر تمام زوایای زندگی ما شده از طرفی مرگ‌های ناگهانی که اطراف ما از نزدیکان و آشنایان و هم کلاسی‌ها اتفاق افتاده و می‌افتد و انسان فاصله بسیار اندک بین خودش و مرگ را بیشتر حس می‌کند از طرف دیگر مشکلات اقتصادی و گرفتاری‌های مالی و همچنین دغدغه انجام وظائف معنوی، وضعیتی است که باید طبیعتاً نزدیک‌تر شدن ما به مناجات با خدا و تهجد نیمه شب را بیشتر کند، هر چند تنبلی، راحت‌طلبی و عدم برنامه ریزی در زندگی می‌تواند فرصتهای چشیدن لذت مناجات را به راحتی از ما سلب کند.

امام حسن عسکری علیه السلام در باب نماز شب می‌فرمایند: **«إِنَّ الْوُصُولَ إِلَى اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ سَفَرٌ لَا يُدْرِكُ إِلَّا بِامْتِطَاءِ اللَّيْلِ»** تعبیر جالب و دقیقی حضرت بکاربرده‌اند، وصول، سفر و امتطاء هر کدام اشاره به ظرائفی دارد. تعبیر وصول اشاره به هدف دارد، تعبیر سفر اشاره به شیوه حرکت برای رسیدن به هدف دارد، طی مسیر در سفر زحمت و تحمل خستگی دارد، انگیزه و همت نیاز دارد که انسان قبل اذان صبح از خواب جدا شود، تعبیر امتطاء اشاره به شیوه طی مسیر دارد. امتطاء از باب افتعال و به معنای أخذ المطیة یعنی تهیه مرکب است برای رسیدن به هدف. به کارگیری استثناء بعد نفی و دلالت آن بر انحصار هم تمام کننده معنای بلند جمله است که حضرت می‌فرمایند تنها راه رسیدن به لذت مناجات و قرب الی الله، فقط و فقط سوار شدن بر مرکب سحر و مناجات نیمه شب است. مرحوم شهریار در پایان شعر معروف "علی ای همای رحمت" می‌فرماید: **زنوای مرغ یا حق بشنو تو در دل شب غم دل به دوست گفتن چه خوش است شهریارا.** حضرت امیر المؤمنین علیه السلام در خطبه همام می‌فرمایند: **«أَمَّا اللَّيْلُ فَصَاقُونَ أَقْدَامَهُمْ، تَالِينَ لِأَجْزَاءِ الْقُرْآنِ يُرْتَلُونَهَا تَرْتِيلاً. يُحْزَنُونَ بِهِ أَنْفُسَهُمْ وَ يَسْتَثْبِرُونَ بِهِ تَوَاءَ دَائِهِمْ.»** تقیید بزرگان از جمله مرحوم نائینی و مرحوم شهید مطهری الگویی ملموسی برای ما است.

ایام منتسب به حضرت فرصت مناسبی برای مطالعه در زندگی ایشان و آشنایی با منابع مرتبط با شیوه زندگی ایشان است از جمله جلد پنجاهم کتاب بحار الأنوار.

جلسه قبل به علت تجمع حوزویان در اعتراض به جنایت به شهادت رساندن جمعی از شیعیان افغانستان دروس حوزه تعطیل بود.

أقول: مقتضی عموم ...، ص ۱۴، س ۱۲

قول دوم بنابر مبنای کشف این بود که اصیل مجاز است در ملک خودش تصرف کند زیرا اجازه مالک نیامده و بیع به طور کامل محقق نشده و صرف اینکه احتمال دارد مالک اجازه کند سبب نمی‌شود سلطنت اصیل بر مالش از بین برود.

نقد قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید اوفوا بالعقود دلالت می‌کند بر اینکه وقتی عقد شکل گرفت و فاء به آن واجب است، از طرف اصیل عقد شکل گرفته یعنی دیگر کاری نمانده که اصیل انجام دهد لذا و فاء به عقد بر او واجب است حتی طبق عموم آیه می‌گوییم اگر طرف اصیل یقین دارد که مالک اجازه نخواهد داد باز هم حق تصرف و انجام عمل مخالف مقتضای عقد ندارد و بر او حرام است زیرا عموم اوفوا بالعقود می‌گوید وقتی عقدی محقق شد و فاء به آن واجب است (چه این عقد بین اصیلین باشد و چه بین اصیل و فضولی، حتی اگر مالک هنوز اعلام نظر نکرده و اجازه نداده).

با توجه به این عمومیتی که در اوفوا بالعقود توضیح دادیم روشن می‌شود که اصیل نمی‌تواند بگوید قبل از اجازه مالک شک داریم آیا مالک اجازه خواهد داد یا نه، استصحاب عدم اجازه (عدم حادث) جاری می‌کنیم و می‌گوییم یقین داریم قبل از عقد فضولی مالک اجازه‌ای نسبت به معامله ملکش را نداده بود الآن بعد عقد فضول شک داریم اجازه می‌دهد یا نه، همان عدم اجازه را استصحاب می‌کنیم و می‌گوییم اجازه نخواهد داد، در نتیجه عقدی تصویر نمی‌شود لذا لزوم و فاء به عقد از بین می‌رود.

به این دلیل استصحاب عدم اجازه جاری نیست که با وجود دلیل اجتهادی (آیه اوفوا بالعقود) نوبت به دلیل فقهاتی (اصل عملی) نمی‌رسد.

- بررسی ثمره سوم طبق مبنای کشف حقیقی با گرایش شرط مقارن

مرحوم صاحب فصول که کشف حقیقی با گرایش عنوان منتزَع (شرط مقارن) را مطرح کردند و عقد فضولی را مشروط به تعقّب الإجازة می‌دانستند (در صفحه ۴۰۲ کتاب) نسبت به این ثمره سوم معتقدند اصیل می‌تواند قبل از اجازه مالک، در مالش تصرف کند زیرا عقدی که و فاء به آن واجب است "العقد الملحوق بالإجازة" می‌باشد و وقتی فضول و اصیل ایجاب و قبول را انشاء کردند معلوم نیست آیا شرط که اجازه مالک باشد ملحوق خواهد شد یا نه، معلوم نیست عقد بتمامه محقق خواهد شد یا نه، لذا تا قبل از اجازه مالک و فاء به چنین عقدی واجب نخواهد بود.

- بررسی ثمره سوم بر اساس کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر

طبق مبنای مشهور که معتقد به کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر هستند نسبت به این ثمره سوم باید گفت طرف اصیل حق تصرف و نقض عقد را ندارد زیرا مشهور عقد را منعقد شده می‌دانند و فقط یک شرط متأخر باید به آن ضمیمه شود، پس وقتی عقد محقق شده باشد دیگر نقض آن و تصرف در مورد معامله برای اصیل جایز نخواهد بود.

فإن ردّ المالك می‌فرماید گفتیم طبق مبنای مشهور اصیل حق تصرف ندارد تا زمانی که مالک تکلیف را روشن کند، حال:

- اگر مالک عقد را ردّ کند، فسخ کرده عقدی را که از طرف اصیل لازم و ثابت بود (از طرف اصیل لازم و از طرف فضول جائز بود).

- اگر مالک عقد را اجازه کند، در تأیید کاری است که فضول انجام داده، و عقد فضولی که تنها از طرف اصیل لازم بود، تبدیل می‌شود به عقد لازم از هر دو طرف یعنی از طرف فضول هم لازم می‌شود.

حاصل و خلاصه نظریه مرحوم شیخ انصاری در رابطه با ثمره سوم طبق مبنای کشف (حکمی) این است که هرگونه تصرفی که نقض عقد به شمار آید جایز نیست مطلقاً (چه علم به اجازه مالک داشته باشد و چه علم به عدم اجازه مالک داشته باشد و چه اجازه مالک مشکوک باشد) پس تصرفی مانند بیع به شخص ثالث، هبه یا وقف نمودن حرام خواهد بود.

نتیجه ثمره سوم:

به نظر مرحوم شیخ انصاری: طبق مبنای نقل تصرف اصیل قبل از اجازه مالک در مال خودش جایز و طبق مبنای کشف (حکمی) تصرف اصیل غیر مجاز است.

البته طبق مبنای کشف حقیقی با گرایش شرط مقارن جایز و طبق مبنای کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر نیز غیر مجاز است.

و من هنا تبین ...، ص ۱۵، س ۱۵

نکته: حرمت تصرف اصیل در ما انتقل عنه و ما انتقل الیه

مرحوم شیخ انصاری ذیل ثمره سوم ضمن دفع یک توهم، یک نکته جدید بیان می‌کنند.

مستشکل می‌گوید مبادله نزد عقلا و شارع یک امر طرفینی است یعنی یک طرف ثمن را واگذار می‌کند و طرف دیگر مثن را، روشن است که عقلا در مبادلاتشان محاسبه می‌کنند که حتماً به اندازه همان پولی که پرداخته‌اند کالا به دست آورند و اصطلاحاً سرشان کلاه نرود. به عبارت دیگر مبادله یعنی واگذار کردن به اِزاء دریافت نمودن. بنابراین در ثمره سوم باید بگوییم وقتی تصرف اصیل در آنچه که با فضول مبادله کرده حرام است پس به حکم تبادل باید بگوییم تصرف اصیل در آنچه از فضول دریافت کرده مجاز خواهد بود. اگر بنا باشد تا قبل از اجازه مالک، تصرف اصیل هم در آنچه فروخته حرام باشد هم در آنچه خریده، این با مقتضای عقد که تبادل و داد و ستد (دادن و ستاندن) است منافات دارد. نتیجه اینکه تصرف اصیل در ما انتقل عنه حرام و در ما انتقل الیه مجاز است.
نقد:

مرحوم شیخ انصاری در مقام دفع توهم می‌فرماید دلیل بر ثمره سوم یعنی حرمت تصرف اصیل در آنچه واگذار کرده، آیه اوفوا بالعقود بود. این آیه می‌فرماید وفاء به عقد واجب است، دقت در معنای وفاء روشن می‌سازد که عاقد وقتی یک تعهدی علیه خودش در عقد مطرح می‌کند باید به آن پایبند باشد و به تعهدش وفاء کند. مثلاً در معامله کتاب مشتری متعهد می‌شود که پول کتاب را پرداخت کند و بایع متعهد می‌شود کتابش را به مشتری واگذار کند. پس آیه شریفه می‌فرماید آنچه را تعهد کرده‌اید وفاء کنید، آنچه مشتری تعهد کرده پرداخت پول است نه دریافت کتاب و آنچه را بایع تعهد کرده واگذار کردن کتاب است نه دریافت پول، در تمام معاملات مشتری خود بخود به دنبال دریافت کتاب است و بایع به دنبال دریافت پول است، اینکه نیاز به دستور شارع ندارد نیاز به الزام و اجبار و وجوب ندارد، بلکه آنچه نیاز به تذکر و اجبار و وجوب دارد انجام تعهدی است که فرد علیه خودش مطرح کرده مثل اینکه مشتری در بیع کتاب تعهد کرده پولش را پرداخت کند شارع می‌فرماید بعد انجام بیع باید به تعهدت عمل کنی و پول را پرداخت کنی. پس آیه در رابطه با دادن سخن می‌گوید نه ستاندن.

حال این مطلب را بر ثمره سوم تطبیق می‌دهیم و می‌گوییم اصیل (مثلاً بایع) تعهد کرده کتاب را پرداخت کند، پس قبل اجازه مالک حرام است در این کتاب تصرف کند و آن را مثلاً هدیه دهد. اما نسبت به تصرف در پول چگونه؟ آیا اصیل می‌تواند در پولی که به عقد فضولی به دست آورده است تا قبل از اجازه مالک تصرف کند؟

می‌فرماید اوفوا بالعقود نمی‌تواند جواز تصرف در پول را برای بایع اصیل ثابت کند هر چند بایع و مشتری فضول به نیت و قصد تبادل بین پول و کتاب، متعهد شده بودند به یکدیگر کتاب و پول پرداخت کند اما آیه چنانکه توضیح دادیم فقط شامل تعهد می‌شود.

حال شک داریم آیا تصرف اصیل (بایع) در مال طرف مقابل (پول) جایز است یا نه؟ سراغ اصول عملیه می‌رویم و می‌گوییم یقین داریم تا قبل از بیع فضولی، پول به بایع اصیل منتقل نشده بود بعد انجام بیع فضولی و قبل اجازه مالک شک داریم آیا پول دیگران به بایع اصیل منتقل شده یا نه؟ عدم انتقال را استصحاب می‌کنیم، پس هیچ پولی به باعی منتقل نشده است که مجاز به تصرف در آن باشد. به عبارت دیگر یقین داریم تا قبل بیع فضولی تصرف اصیل در پول دیگران (بدون اذن) حرام بود، الآن بعد انجام بیع فضولی و قبل اجازه مالک پول شک داریم آیا تصرف اصیل در پول مجاز است؟ بقاء حرمت تصرف را استصحاب می‌کنیم.

در نتیجه فرد اصیل تا قبل اجازه مالک علاوه بر اینکه حق ندارد در پول کتاب تصرف مالکانه کند، در کتابی هم که خریده حق تصرف نخواهد داشت و باید صبر کند تا مالک تکلیف بیع را با اجازه دادن یا رد کردن مشخص کند. *

نتیجه اینکه بنا بر قول به نقل تصرف اصیل در مالش مجاز است و تصرف در مال طرف مقابل جایز نیست و بنا بر قول به کشف نه تصرف در مال خودش مجاز است و نه تصرف در مال طرف مقابل.

این نکته تمام شد و مرحوم شیخ انصاری به اصل بحث در ثمره سوم برمی‌گردند

تحقیق:

* مرحوم سید یزدی صاحب عروة بر این مطلب مرحوم شیخ انصاری و نقد ایشان بر توهم مذکور اشکال دارند و معتقدند چون عقد در واقع مبادله است معنا ندارد که اصیل تا قبل اجازه مالک هم از تصرف در ثمن ممنوع باشد هم از تصرف در مثن. ایشان در حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۱۵۵ چهار اشکال به جواب مرحوم شیخ انصاری بیان می‌کنند.

مرحوم شیخ انصاری در این قسمت برمی‌گردند به اصل بحث در ثمره سوم که تصرف اصیل در چیزی بود که در مبادله به دیگری واگذار کرده است و طبق مبنای کشف گفتیم این تصرف جایز نیست.
اشکال:

قبل از بیان اشکال دو مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی اول: انواع التزام

التزام به معنای پایبند بودن، از نظر موطن و محل تحقق بر دو قسم است:

۱. التزام عملی که مستقیم مربوط به حیثه افعال و اعمال است.

۲. التزامی قلبی که مربوط به نیت و اعتقاد است.

التزام عملی هم بر دو قسم است:

۱. التزام منجز و تنجیزی یعنی بدون شرط، مثل اینکه با وقف زمینش ملتزم می‌شود به واگذار کردن آن به موقوف علیهم.

۲. التزام معلق و تقدیری یا مشروط. مثل اینکه در نذر می‌گوید الله علیّ أن أفلح کذا إن برئ ولدی من المرض. این یک التزام مشروط است یعنی ملتزم شده به مثلاً صدقه دادن دو چرخه‌اش اما مشروط به اینکه بیماری فرزندش رفع شود.

مقدمه فقهی دوم: اقسام نذر

در شرح لمعه کتاب النذر اجمالاً خوانده‌ایم که نذر بر دو قسم است تبرعی و مجزاتی.

۱. نذر تبرعی آن است که هیچ شرطی در آن مطرح نیست. می‌گوید الله علیّ که هر سال در عید قربان یک قربانی انجام دهم.

۲. نذر مجزاتی آن است که به صورت مشروط انجام می‌شود و این شرط هم اقسامی دارد:

- نذر جهت طاعت: مثل اینکه ضمن نذر، شرط می‌کند اگر موفق بر استمرار در اقامه نماز شب شدم چنین می‌کنم.

- نذر جهت زجر از معصیت یا فعل ناصواب: مثل اینکه شرط می‌کند اگر فلان معصیت یا اخلاق سوء را مرتکب شدم چنان کنم.

- نذر جهت شکر: مثل اینکه ضمن نذر شرط می‌کند اگر خدا فلان حاجت مرا روا گرداند چنان کنم.

نکته: در التزام تعلیقی مثل نذر مجزاتی و مشروط جمعی از فقها فتوا می‌دهند نذر کننده اگر یقین به تحقق نذر و رفع بیماری فرزندش ندارد مجاز است در مال منذور، تصرف کند و مثلاً آن را بفروشد و چنین کاری حث و شکستن و نقض نذر به شمار نمی‌آید و کفاره هم ندارد. *

مستشکل می‌گوید در ثمره سوم طبق مبنای کشف گفتید تصرف اصیل در آنچه معامله کرده و باید به مالک (در صورت اجازه دادن بیع فضولی) واگذار کند حرام است زیرا نقض تعهد، نقض عقد و نقض التزام است در حالی که قرآن می‌فرماید أوفوا بالعقود.

اشکال این است که التزام اصیل (مثلاً بیع) به واگذار کردن کتابش به مالک، یک التزام معلق و مشروط بوده است چنانکه عقلاء در معاملاتشان یک التزام مشروط دارند یعنی وقتی بیع ملتزم می‌شود به واگذار کردن کتاب، قطعاً مشروط است به دریافت پول از مشتری و همینطور مشتری که ملتزم می‌شود به پرداخت پول، قطعاً مشروط است به دریافت کتاب از بیع، در عقد فضولی هم بیع اصیل که ملتزم شده به دادن کتاب، این التزام مشروط است به اینکه مالک بیع را اجازه دهد و بیع مالک پول شود، و مادامی که معلوم نیست مالک اجازه می‌دهد یا نه، تصرف بیع در کتاب، نقض آن التزام نیست زیرا مشتری التزام مشروط بود و هنوز شرط این التزام (اجازه مالک) محقق نشده، لذا بر خلاف مدعای شما در ثمره سوم، می‌گوییم مشتری می‌تواند در ثمن (ما انتقل عنه) تصرف کند. (چه طبق مبنای نقل و چه طبق مبنای کشف)

شاهد بر صحت مدعای ما یکی از فروع بحث نذر است که جمعی از فقهاء می‌فرمایند در نذر مشروط، تا زمانی که شرطش محقق نشده می‌تواند در مال منذور تصرف کند و این تصرف، نقض یا حث نذر به شمار نمی‌آید.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری در پاسخ به اشکال مذکور می‌فرمایند:

اولاً: جواز تصرف قبل از تحقق شرط در همان بحث نذر هم محل اشکال و اختلاف بین فقهاء است چه رسد به قیاسش به ما نحن فیه. ثانیاً: اگر هم جواز تصرف را در مسأله مذکور در باب نذر بپذیریم باز هم می‌گوییم قیاس ما نحن فیه به مسأله نذر مع الفارق است. زیرا هویت نذر در قسم مجزاتی چیزی نیست جز مشروط بودن به تحقق شرط چنانکه در مقدمه توضیح داده شد، اما در مسأله عقد فضولی هیچ التزام معلق و مشروطی وجود ندارد. **

عنوان ۲: احکام رد/مسأله: حکم عوضین /مرحله ۲: حکم مشتری با غاصب/صورت ۲: علم مشتری به غصب/حالت ۲: تلف ثمن ۲۹
بایع اصیل (که حتی ممکن است از فضول بودن مشتری هم بی خبر باشد) به صورت منجز و قطعی می گوید بعثک الكتاب، اینگونه نیست که بایع شرط کند بگوید بعثک الكتاب إن أجاز مالک الثمن. بلکه اگر بایع از فضول بودن مشتری مطلع باشد امید و توقعش این است که مالک ثمن اجازه خواهد داد، بنابر این باید به این عقد منجزی که منعقد کرده پایبند باشد و طبق بیانی که در ثمره سوم اشاره کردیم تصرف بایع اصیل در کتاب حرام خواهد بود تا زمانی که مالک ثمن تکلیف عقد را مشخص کند.

و لأجل ما ذکرنا ...، ص ۱۷، ۴، س ۴

نمونه فقهی برای اثبات مدعا

فرمودند طبق مبنای کشف، طرف اصیل حق تصرف در آنچه به دیگری واگذار کرده را ندارد، و بر اساس آیه "أوفوا بالعقود" به آنچه ملتزم شده باید پایبند باشد. برای این مدعیان یک شاهد فقهی از کلمات مرحوم علامه در کتاب **قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام** بیان می کنند. مسأله این است که اگر در عقد نکاح یک طرف فضول و طرف دیگر اصیل باشد، بر شخص مباشر (اصیل) ازدواج بعدی حرام می شود با این توضیح که شخص مباشر و اصیل دو صورت دارد:

صورت اول: مباشر، زوج است که خانمی را به نکاح خود در آورده و شخص فضول هم از طرف خانم صیغه ایجاب را خوانده است، در این صورت می فرمایند این نکاح علیه مرد یک التزاماتی ثابت می کند از جمله:

- اگر مرد سه همسر دیگر داشته باشد و این نکاح فضولی نکاح چهارم او باشد، دیگر حق ازدواج پنجم نخواهد داشت.

- ازدواج مرد با خواهر این خانم حرام خواهد بود به دلیل حرمت جمع بین الأختین.

- ازدواج این مرد با مادر این خانم حرام خواهد بود به دلیل حرمت ابدی ازدواج با أم الزوجة.

- ازدواج این مرد با دختر این خانم حرام می شود.

بله اگر زن بعد از اطلاع از این نکاح فضولی آن را رد و فسخ کند تمام موارد مذکور بر مرد حلال می شود. البته ازدواج با مادر آن خانم حتی بعد از فسخ نکاح فضولی هم محل اشکال است که باید در کتاب النکاح بررسی شود.

سؤال: آیا مرد بعد تحقق عقد نکاح فضولی و قبل اجازه یا رد خانم، می تواند این خانم را طلاق دهد و دیگر آن امور مذکوره بر این مرد حلال شود؟

جواب: می فرمایند محل نظر و تأمل است و باید در کتاب النکاح بررسی شود زیرا طلاق مترتب بر تحقق عقد لازم از دو طرف است در حالی که در ما نحن فیه تا قبل اجازه خانم، نکاح لازم من الطرفين نشده است که طلاق قابل تصویر باشد.

صورت دوم: مباشر، زوجه است که خودش صیغه ایجاب را خوانده و فضول هم از طرف مرد قبول کرده است. در این صورت هم خانم با این نکاح فضولی یک تبعات و التزاماتی را علیه خودش ثابت می کند از جمله:

- ازدواج این خانم با مرد دیگر حرام است تا زمانی که مرد تکلیف ازدواج را روشن کند و آن را فسخ نماید.

سؤال: در این صورت وقتی مرد از نکاح فضولی مطلع شد آیا طلاق قابل تصویر هست؟

جواب: بلکه زیرا وقتی مرد بعد اطلاع از نکاح فضولی، اگر خانم را طلاق دهد به دلالت اقتضاء می فهمیم اول هر چند برای یک لحظه نکاح را قبول کرده که حالا می خواهد آن را فسخ نماید و الا اگر قبول نکرده بود نیاز به طلاق نبود بلکه صرفاً با اعلام نظر منفی خودش نکاح فسخ می شد.

مرحوم فاضل هندی تصریح به حرمت مصاهره در دو صورت مذکور نکرده اند بلکه صرفاً فرموده اند اشکالی در حکم حرمت نیست. اما جماعتی دیگر از فقهاء تصریح کرده اند که نکاح مورد بحث در مثال، از طرف اصیل لازم است و نتیجه آن اثبات همان محرمانی است که ذکر شد از جمله حرمت ازدواج.

و أما مثل النظر إلى المزوجة ...، ص ۱۷، ۴، س ۱۴

در نمونه فقهی که اشاره شد بحث این بود که طبق آیه "أوفوا بالعقود" مرد (مباشر) بر آنچه علیه خود ملتزم شده (مثل حرمت ازدواج با خواهر آن خانم) باید پایبند باشد زیرا اگر پایبند نباشد (و با خواهر آن خانم هم ازدواج کند) نقض عقد نکاح فضولی و نقض التزام خواهد بود، اما اموری را که التزام علیه مرد مباشر نیست و اگر به آنها پایبند نباشد نقض عقد به شمار نمی آید مانند جواز نگاه کردن به آن خانم و مادر آن خانم این امور ذیل "أوفوا بالعقود" داخل نیست یعنی نمی توانیم از آیه حکم نظر این مرد به آن خانم را به دست آوریم لذا در حکم شرعی این نظر و نگاه شک داریم باید به اصول عملیه مراجعه کنیم. زیرا أدله و روایات می گویند جواز نظر به دنبال علقه زوجیه ثابت می شود و شک داریم در این نکاح فضولی تا قبل از اجازه طرف فضول، زوجیت حاصل شده که نظر مجاز باشد یا نه؟

در اینجا استصحاب عدم جواز نظر جاری است زیرا تا قبل عقد نکاح فضولی یقین داریم نظر مرد به این خانم حرام بود، بعد عقد فضولی شک داریم آیا نظر حلال است یا نه؟ حکم حرمت نظر را استصحاب و ابقاء می‌کنیم. زیرا جواز نظر از لوازم تحقق علقه زوجیت است در حالی که در ما نحن فیه هنوز خانم اعلام نظر نکرده است.

فحرمه نقض العاقد ...، ص ۱۸، س ۲

مرحوم شیخ انصاری در مقام نتیجه‌گیری از بحث می‌فرماید طبق مطالبی که جلسه قبل و این جلسه گفتیم آیه اوفوا بالعقود صرفاً وفاء به اموری را الزام و اجبار می‌کند که فرد اصیل با ورود به عقد فضولی، علیه خودش ملتزم شده است و حق نقض این التزامات را ندارد تا زمانی که مالک در طرف فضول، تکلیف عقد را روشن کند پس حرمت نقض عقد و نقض التزامات مذکور توسط عاقد (اصیل) متوقف بر اجازه مالک و تحقق نتیجه عقد (مثل ملکیت یا زوجیت) نیست بلکه عکس آن می‌گوییم تحقق نتیجه عقد فضولی (مثل ملکیت یا زوجیت) متوقف بر حرمت نقض عقد و حرمت نقض التزامات توسط طرفین است یعنی اگر می‌خواهیم ملکیت در بیع فضولی و زوجیت در نکاح فضولی به عنوان نتیجه عقد محقق شود باید دو طرف، عمل ناقض عقد انجام ندهند، یعنی طرف اصیل مالش را به فرد دیگری نفروشد و مالک هم عقد را اجازه کند و نقض و فسخ ننماید.

تحقیق:

* شهیدین در لمعه و شرح آن، ج ۶، ص ۲۹۴ (چاپ کلانتر) در کتاب العتق که از حذفیات است و نخوانده‌ایم می‌فرمایند: "لو نذر عتق أمتة إن وطئها، فأخرجها عن ملكه قبل الوطاء ثم أعادها إلى ملكه لم تعد اليمين"

** در فقه ۳ مکاسب، ج ۳، ص ۱۶۲ سال گذشته خواندیم یکی از شرایط عقد تنجیز است. دلیل مرحوم شیخ بر این شرط را بیان کنید.

مطلب ۵: القول فی الإجازة و الرد/ عنوان ۱: إجازة/ مقام ۱: احکام إجازة/ مرحله ۱: بررسی کشف و نقل/ مطلب ۳: ثمرات دو مبنا ۳۱

بسمه تعالی

جلسه شانزدهم (چهارشنبه، ۱۴۰۰/۰۷/۲۸)

ثمَّ إِنَّ بَعْضَ مَتَأَخِرَى الْمَتَأَخِرِينَ ...، ص ۱۸، س ۵

بررسی چند ثمره مذکور در کلام فقهاء

تا اینجا مرحوم شیخ انصاری سه ثمره برای اختلاف مبنا بین کشف و نقل را بررسی کردند و هر سه ثمره را پذیرفتند. در ادامه به دوازده ثمره دیگر که مرحوم کاشف الغطاء بیان کرده‌اند اشاره می‌کنند، بعضی را قبول و بعضی را نقد می‌کنند:

یکم: انسلاخ قابلیت مالکیت یکی از متبایعین قبل اجازه دیگری

قبل از توضیح این ثمره یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: اقسام مرتد

ارتداد به معنای روی گردانی شخص مسلمان از اسلام است که احکام فقهی خاصی دارد و در ابواب مختلفی از فقه از جمله طهارت، صلاة، زکات، صوم، حج، تجارت، نکاح و ارث مورد بررسی قرار می‌گیرد. ارتداد یا مرتد بر دو قسم است: مرتد ملی و فطری. مرتد فطری کسی است که فطره مسلمان به دنیا آمده یعنی والدین او یا یکی از آنها مسلمان بوده، اما این فرد بعد از بلوغ از اسلام خارج شده است.

مرتد ملی کسی است که ابتدا غیر مسلمان بوده سپس مسلمان شده و باز اسلام را رها کرده است.

اثبات ارتداد به سادگی نیست و شرایط خاص فقهی دارد و احکام آن هم جزئیات و پیچیدگی‌های خاص خودش را داد. ارتداد با انکار عالمانه و آگاهانه خدا، نبوت پیامبر یا انکار ضروری دین (که وجوب و اعتقاد به آن مورد اتفاق همه مسلمانان است مانند نماز، روزه و حج) واقع می‌شود. بنابر این به راحتی نمی‌توان به هر کسی که مثلاً از روی عصبانیت یا مشکلات زندگی سخنی در معنای انکار خدا یا پیامبر بگوید مرتد گفت. اثبات ارتداد از دو راه است یکی اقرار مرتد و دیگری بینة و شهادت دو مرد عادل.

شأن نزول آیاتی از قرآن مربوط به ارتداد بعضی از مسلمانان در زمان پیامبر است مانند سوره مبارکه آل عمران، آیه ۸۶ تا ۸۹؛ و سوره مبارکه فرقان آیه ۲۹. *

در هر صورت اثبات و تحقق ارتداد از موارد نادر و اندک در جوامع اسلامی است. مرحوم امام اعلی الله مقامه الشریف در ۲۵ بهمن ۱۳۶۷ حکم ارتداد و اعدام سلمان رشدی را صادر فرمودند. سلمان رشدی هندی تبار، مرتد فطری بود.

اجمالی از احکام مرتد چنین است که:

- مرتد زن، زندانی می‌شود تا بمیرد یا توبه کند که در این صورت از او پذیرفته می‌شود.

- مرتد مرد اگر مرتد ملی باشد توبه‌اش پذیرفته می‌شود، اما اگر بعد از عرضه مستدل و محققانه اسلام بر او توبه نکند کشته می‌شود.

- مرتد فطری مرد کشته می‌شود.

- ارتداد مانع ازدواج مسلمان با مرتد است.

- ارتداد مانع ارث بردن مرتد از مسلمان است.

- مرتد مالک عبد مسلمان و قرآن نمی‌شود.

عقد فضولی بین اصیل و فضول واقع شد و هم اصیل هم مالک اصلی صلاحیت و قابلیت و شرایط متبایعین را دارند، لکن قبل از اجازه مالک، فرد اصیل از دنیا برود یا مرتد فطری یا ملی بشود و مبیع عبد مسلمان یا مصحف باشد، در این صورت:

- طبق مبنای کشف باید گفت با ضمیمه اجازه مالک کشف می‌کنیم همان لحظه عقد که اصیل زنده یا مسلمان بود عقد صحیح واقع شده و تمام بوده است.

- طبق مبنای نقل باید گفت اجازه مالک نقل می‌دهد عقد را به بعد از موت لذا چنین عقدی خود بخود فسخ شده و بیع باطل خواهد بود.

دوم: انسلاخ مالیت منقول بعد عقد

مرحوم کاشف الغطاء همچنین فرموده‌اند اگر در حین عقد فضولی عوض و معوض مالیت و قابلیت معامله داشتند لکن بعد از عقد و قبل اجازه مالک مالیت عوضین یا یکی از آن دو از بین رفت مثل اینکه مبیع یخ بود در تابستان و قبل اجازه مالک آب شد، یا مبیع آب شرب بود که نجس شد در این صورت طبق مبنای کشف معامله صحیح و طبق مبنای نقل معامله باطل است.

سوم: تحقق قابلیت یکی از متعاقبین بعد عقد

این ثمره عکس ثمره اول است یعنی لحظه عقد طرف اصیل قابلیت مالکیت را نداشته اما بعد عقد و قبل اجازه مالک این قابلیت پیدا شد در این صورت طبق مبنای کشف معامله باطل خواهد بود و طبق مبنای نقل صحیح خواهد بود.

چهارم: تحقق قابلیت در عوضین بعد عقد

این ثمره عکس ثمره دوم است. مثل اینکه لحظه عقد مبیع میوه نارس فاقد مالیت بود لکن بعد عقد و قبل اجازه مالک این میوه اصطلاحاً می‌رسد، اینجا طبق مبنای کشف معامله باطل و طبق مبنای نقل معامله صحیح است.

پنجم: فقدان بعض شروط حين العقد

در لحظه عقد بعضی از شروط محقق نبود مثل اینکه اصیل بالغ نبود لکن بعد عقد و قبل اجازه مالک به سن بلوغ رسید، اینجا طبق مبنای کشف معامله باطل و طبق مبنای نقل معامله صحیح است.

ششم: فقدان بعض شروط بعد العقد

این ثمره عکس ثمره پنجم است به این بیان که لحظه عقد هر دو بالغ و مجاز به تصرف در مال بودند لکن بعد از عقد و قبل اجازه مالک یکی از دو طرف مجنون یا محجور و ممنوع از تصرف در مالش شد، طبق مبنای کشف معامله صحیح و طبق نقل باطل است.

ربما يعترض على الأول ...، ص ۱۸، س آخر

مرحوم صاحب جواهر به تمام شش ثمره مذکور اشکال دارند و معتقدند در تمام این موارد طبق هر دو مبنا معامله باطل است علت اصلی هم این است که ایشان معتقدند قابلیت و اهلیت متعاقدين و شروط عقد از لحظه عقد تا لحظه اجازه مالک باید استمرار داشته باشد. اشکال به ثمره یکم

مرحوم صاحب جواهر فرموده‌اند در ثمره یکم که حين العقد متبايعين اهلیت معامله داشته‌اند لکن قبل اجازه مالک اصیل اهلیت را از دست داده، طبق مبنای نقل که معامله باطل بود، ما می‌گوییم طبق کشف هم معامله باطل است زیرا أدله و روایات صحت عقد فضولی دلالت می‌کنند صلاحیت و اهلیت متبايعين از لحظه عقد تا لحظه اجازه مالک مستمرا باید باقی باشد که وقتی مالک اجازه داد کشف کنیم این صلاحیت از لحظه عقد تا زمان اجازه مستمرا بوده است در حالی که در ثمره اول این شرط رعایت نشده پس معامله باطل خواهد بود.

نقد اشکال

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید این اشکال وارد نیست زیرا چنین دلیلی وجود ندارد که دلالت کند از لحظه عقد تا لحظه اجازه مالک باید اهلیت و قابلیت در متبايعين مستمر باشد که با اجازه مالک این استمرار را کشف کنیم.

مرحوم شیخ انصاری به سه شاهد اشاره می‌کنند که نشان دهند هیچ دلیلی بر لزوم استمرار اهلیت و قابلیت در عقد فضولی مستمرا من حين العقد الی زمان الإجازة وجود ندارد و فقها در فتاوايشان چنین شرطی را لازم ندانسته‌اند.

شاهد اول: در مسأله تعاقب آیدی که مثلا زید فضول ماشین را به عمرو اصیل می‌فروشد، و عمرو هم قبل اجازه مالک ماشین را به بکر می‌فروشد و بکر هم قبل اجازه مالک به خالد می‌فروشد. فقهاء می‌فرمایند با اجازه مالک اصلی، تمام این بیع‌ها صحیح است با اینکه مالکیت عمرو بر این ماشین از لحظه عقد تا لحظه اجازه مالک باقی و مستمر نبوده است.

شاهد دوم: روایات باب فضولی که ابتدای بحث فضولی صفحه ۳۵۸ کتاب به بعد در سال قبل گذشت بعضی‌شان به ظهور و بعضشان با صراحت دلالت می‌کنند بر اینکه در عقد فضولی حیات متعاقدين تا لحظه اجازه مالک لازم نیست.

پیشاپیش میلاد با سعادت رسول رحمت حضرت محمد مصطفی صلی الله علیه و آله و سلم و آقا امام صادق علیه السلام را خدمت شما تبریک و تهنیت عرض می‌کنم.

جلسه بعدی کلاس ان شاء الله دوشنبه خواهد بود.

تحقیق:

** مراجعه کنید به مجمع البیان، ج ۱، ص ۴۷۱؛ و ج ۴، ص ۱۶۶.

شاهد سوم: روایت ابی عبیده حذاء در تزویج صغیرین توسط ولیّشان که صفحه ۴۰۹ کتاب و جلسه دهم امسال توضیح داده شد. در این روایت امام باقر علیه السلام فرمودند اگر پسر به سن بلوغ برسد و نکاح فضولی را اجازه کند اما دختر هنوز به سن بلوغ نرسیده باید صبر کنند تا دختر به سن بلوغ برسد و نظر خودش را اعلام کند پس حضرت فرمودند صغیرین لحظه عقد بالغ نبوده‌اند و اهلیت اجازه دادن را نداشته‌اند. وقتی در مسأله فروج که شارع اهتمام تامّ دارد و امر به احتیاط می‌کند عدم اهلیت حین العقد مانع نباشد پس به طریق اولی در بیع مانع نخواهد بود.

اشکال به ثمره دوم

مرحوم صاحب جواهر فرموده‌اند استمرار قابلیت مالیت در منقول هم لازم است لذا اگر در حین عقد فضولی قابلیت ملکیت باشد لکن قبل از اجازه مالک این قابلیت از بین برود عقد باطل است طبق مبنای نقل که روشن است و طبق مبنای کشف هم می‌گوییم عقد باطل است زیرا أدله دلالت می‌کنند بر لزوم استمرار قابلیت و مالیت در عوضین تا لحظه اجازه مالک.

نقد اشکال

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند شرط استمرار قابلیت مالیت تا لحظه اجازه مالک بلا دلیل است و شاهد فقهی بر خلاف آن داریم: شاهد اول: همان روایت تزویج صغیرین دلیل بر بطلان اشکال صاحب جواهر به ثمره دوم است زیرا در روایت مذکور فوت پسر بعد از بلوغ و اجازه نکاح و قبل از اجازه دختر، مثل تلف یکی از عوضین قبل از اجازه مالک است، پس وقتی در مسأله نکاح شارع حکم به صحت نموده به طریق اولی در بیع حکم به صحت خواهد کرد و شرط استمرار قابلیت منقول تا زمان اجازه، ثابت نخواهد بود. شاهد دوم: در روایت عروه بارقی که سال گذشته در روایات عقد فضولی صفحه ۳۵۱ کتاب گذشت، وقتی که رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم به او یک دینار دادند تا گوسفندی برای حضرت بخرد و او فضولتا بیع دیگری هم انجام داده بود و دو گوسفند خرید و دومی را به یک دینار فروخت، و نهایتاً هم یک دینار به حضرت برگرداند هم یک گوسفند به حضرت تحویل داد، حضرت کار او را تحسین و حکم به صحتش کردند بدون اینکه از او استفسال و سؤال کنند که آیا شرط مالیت از لحظه عقد تا اجازه مالک باقی بود یا نه.

نعم ما ذکره أخیرا ...، ص ۲۰، س ۱

بطلان ثمره سوم، چهارم و پنجم

مرحوم شیخ می‌فرمایند اشکال مرحوم صاحب جواهر به ثمره سوم، چهارم و پنجم وارد است زیرا در ثمره سوم در لحظه عقد یکی از متعاقبین اهلیت انعقاد عقد را نداشته، و در ثمره چهارم در لحظه عقد یکی از عوضین مالیت نداشته و در ثمره پنجم بعضی از شروط عقد محقق نبوده، در این سه مورد طبق هر دو مبنای کشف و نقل باید حکم به بطلان کنیم چون از همان لحظه اول شرائط تمام نبوده و عقد صحیحی واقع نشده که اجازه مالک کاشف باشد یا ناقل.

بالجمله باب مناقشه و ردّ و ایراد واسع است لکن مطلب صحیح همانی است که در پاسخ مرحوم صاحب جواهر بیان کردیم که شرط استمرار اهلیت و مالیت ثابت نیست.

و ربما یقال بظهور الثمره ...، ص ۲۰، س ۶

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند ثمرات دیگری هم در کلمات مرحوم کاشف الغطاء بیان شده که به شش مورد دیگر اشاره می‌کنند: هفتم: تعلق حق خیار

بایع فضول و مشتری اصیل است، بعد تحقق عقد و قبل اجازه مالک عیبی در مبیع حادث می‌شود:

طبق مبنای کشف عیب در ملک مشتری واقع شده و مشتری عیب ندارد زیرا اجازه مالک کاشف از تحقق عقد من حین الوقوع است طبق مبنای نقل می‌گوییم عیب در ملک بایع اتفاق افتاده است لذا مشتری عیب خواهد داشت.

هشتم: حق الشفعه

یک مغازه را زید و عمرو به نحو مشاع مالکاند، روز شنبه فضولی (بدون اطلاع زید و عمرو) سهم زید را به مشتری اصیل فروخت، سپس روز دوشنبه عمرو هم سهم خود را به فرد دیگری فروخت، روز چهارشنبه عمرو از معامله فضول آگاه شد آن را اجازه کرد. حال در این مثال که مشتری اصیل و آن فرد دیگر مالک آن مغازه شده‌اند باید بررسی کنیم طبق مبنای کشف و نقل کدام یک حق شفعه دارند:

طبق مبنای کشف می‌گوییم گویا ابتدا معامله فضول با مشتری اصیل (شنبه) واقع شده لذا او نسبت به معامله مالک با فرد دیگر (که دوشنبه بوده) حق شفعه خواهد داشت.

طبق مبنای نقل می‌گوییم گویا ابتدا معامله مالک با فرد دیگر (دوشنبه) انجام شده سپس معامله فضول با مشتری اصیل روز چهارشنبه تمام شده، پس آن فرد دیگر حق شفعه خواهد داشت. *

نهم: مبدأ خیارات

نسب به خیارهای حیوان و شرط که زمان در آنها مطرح است، خیار حیوان که سه روز است و خیار شرط که به اساس زمان مورد نظر متعاقدين هر تعداد ساعت یا روز می‌تواند باشد،

اگر قائل به مبنای کشف باشیم مبدأ محاسبه آغاز زمان خیار از حین عقد خواهد بود.

اگر قائل به نقل باشیم مبدأ محاسبه زمان خیار از حین اجازه خواهد بود.

دهم: بیع صرف و سلم

در بیع صرف (طلا نقره) تقابض فی المجلس لازم است و در بیع سلم که مثلاً کتابی پیش خرید کرده قبض ثمن فی المجلس لازم است اگر قائل به کشف باشیم، معیار مجلس عقد خواهد بود.

اگر قائل به نقل باشیم، معیار مجلس اجازه خواهد بود.

یازدهم: قسم و نذر

مثلاً مشتری یک ویلچر را از بایع فضول خرید و نذر کرد یا قسم خورد که آن را به یک معلول نیازمند صدقه دهد:

اگر قائل به کشف باشیم نذر و قسم صحیح است.

اگر قائل به نقل باشیم نذر و قسم باطل است زیرا هنوز ویلچر در ملک او داخل نشده بوده.

دوازدهم: عقود مترتبه بر ثمن یا مثنی

در صورتی که هر کدام از بایع یا مشتری بعد از به دست آوردن مبیع یا مثنی آن را به دیگری بفروشد و آن فرد هم به شخص دیگری بفروشد و اصطلاحاً تعاقب آیدی پیش آید:

طبق مبنای کشف، اگر مالک بعد از انجام چند معامله روی کالا، بیع فضول را اجازه دهد تمام معاملات قبلی هم صحیح خواهد بود.

طبق مبنای نقل حکم مسأله در صفحه ۴۳۵ کتاب ذیل عنوان "من باع شیئا ثم ملکه" خواهد آمد.

خلاصه مرحله اول:

مرحوم شیخ انصاری در انتخاب مبنا فرمودند طبق قواعد و عموماً باید قائل به نقل شد لکن روایات خاصه باب فضولی بر آنها مقدم‌اند و طبق روایات قول به کشف حکمی اولی و سپس قول به کشف حقیقی (با گرایش شرط مقارن و عنوان منتزع بر کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر و قول به نقل) مقدم خواهد بود. (البته از عبارتشان در صفحه ۴۰۹ می‌توان قول به کشف حقیقی را به ایشان نسبت داد) سه ثمره را صراحتاً در تفاوت بین مبنای کشف و نقل پذیرفتند که عبارت بودند از:

۱. نداء. طبق مبنای کشف (با هر سه گرایش) نداء مبیع از لحظه وقوع عقد ملک مشتری است و طبق مبنای نقل نداء مبیع از لحظه اجازه مالک، ملک مشتری است.

۲. فسخ اصیل قبل از اجازه مالک طبق مبنای نقل نافذ و طبق مبنای کشف باطل خواهد بود.

عنوان ۲: احکام رد/مسأله: حکم عوضین/مرحله ۲: حکم مشتری با غاصب/صورت ۲: علم مشتری به غصب/حالت ۲: تلف ثمن ۳۵

۳. تصرف اصیل در مایملکش قبل اجازه مالک طبق مبنای کشف باطل است و طبق مبنای نقل مجاز است.

۱۲ ثمره هم از مرحوم کاشف الغطاء نقل کردند که بعضی را قبول کردند و بعضی (مثل شماره‌های ۳، ۴ و ۵) را نقد فرمودند.

و ینبغی التنبیه علی أمور...، ص ۴۲۱

در اولین جلسه امسال تحصیلی عرض کردیم مرحوم شیخ انصاری در "القول فی الإجازة و الرد" هر کدام از دو عنوان اجازه و رد را جداگانه بررسی می‌کنند. ذیل عنوان اجازه، سه مقام از بحث دارند: ۱. احکام و شرایط إجازة. ۲. احکام مربوط به مجیز و اجازه دهنده. ۳. احکام مربوط به مجاز یعنی عقد اجازه داده شده. در مقام اول دو مرحله از بحث دارند که مرحله اول (بررسی دو مبنای کشف و نقل) تمام شد.

مرحله دوم: بیان هفت تنبیه

مرحوم شیخ انصاری در این مرحله به بیان هفت تنبیه می‌پردازند:

تنبیه اول: مفهوم اجازه

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در رابطه با اختلاف بین دو مبنای کشف و نقل این سؤال مطرح است که آیا این اختلاف مربوط به معنای لغوی کلمه اجازه است یا مربوط به معنای شرعی آن؟

معنای لغوی اجازه روشن است که به معنای اعلام رضایت است و ناقلیت و کاشفیت در معنای لغوی جایگاهی ندارد.

پس مقصود این است که معنای شرعی اجازه و مستفاد از روایات و أدله شرعی صحت مبنای نقل است یا کشف.

سؤال: چه تفاوتی دارد که مبنای کشف و نقل در اجازه را از معنای لغوی اجازه برداشت کنیم یا معنای شرعی؟

جواب: اگر طبق مبنای کشف، مجیز و اجازه دهنده قصد کند اجازه دادن بیع را از لحظه اجازه دادن خودش نه از لحظه عقد:

طبق معنای لغوی کلمه اجازه اشکالی پیش نخواهد آمد زیرا اجازه می‌تواند با کمک قرائن دلالت کند بر اعلام رضایت به صحت عقد از لحظه وقوع.

لکن طبق معنای شرعی چنین اجازه‌ای باطل است زیرا فرضاً أدله شرعی می‌گوید اجازه کاشفه است و فرد حق ندارد ناقله بودن و وقوع من حین الإجازة را قصد کند.

و اگر طبق مبنای نقل، مجیز و اجازه دهنده قصد کند اجازه دادن بیع را از لحظه وقوعش نه از لحظه اجازه، در این صورت هم طبق معنای لغوی اشکالی ندارد لکن بر خلاف ظهور أدله شرعی خواهد بود.

تحقیق:

* بیان دیگر در توضیح حق الشفعه:

– اگر اجازه را کاشفه بدانیم اجازه عمرو در روز چهارشنبه کشف می‌کند معامله فضول با مشتری اصیل که شنبه و قبل از معامله عمرو واقع شده بود، از همان روز شنبه صحیح بوده لذا مشتری اصیل از روز شنبه تا دوشنبه شریک عمرو بوده است، بنابراین آقای مشتری نسبت به معامله عمرو حق شفعه (و ابطال معامله) خواهد داشت.

– اگر اجازه را ناقله بدانیم آن فرد دیگر که حق عمرو را خریده بود نسبت به مشتری اصیل حق الشفعه خواهد داشت زیرا دوشنبه آن فرد دیگر مالک سهم عمرو شد و عمرو هم چهارشنبه بیع فضول را اجازه کرد پس از چهارشنبه گویا آن فرد دیگر با مشتری در بیع فضولی، ناخواسته شریک شده لذا حق شفعه خواهد داشت.

نسبت به کیفیت تبیین اختلاف مبنای کشف و نقل در حق الشفعه، به عبارات محشین مراجعه کنید.

مراجعه كنيد به حاشية المكاسب مرحوم سيد يزدى، ج ١، ص ١٥٧.

مرحوم محقق اصفهاني در حاشية المكاسب، ج ٢، ص ١٧٣ مي فرمايند: و ذلك فيما إذا تبدل الشريك، كما إذا باع الأصيل حصته بعد بيع الفضول، فعلى الكشف يكون الأصيل حال العقد المؤثر من حينه شريكا لمن عقد عنه الفضول، فله حق الشفعة على المشتري من الفضول، و إذا لم يأخذ بالشفعة كان للمشتري المزبور حق الشفعة على المشتري من الأصيل، لوقوع البيع الثاني بعد تمامية البيع الأول و صيرورة المشتري شريكا للأصيل. و على النقل يكون حق الشفعة للشريك الثاني، لأنه الشريك حين تمامية البيع الأول، كما أنه لمن عقد عنه الفضول حق الشفعة على المشتري من شريكه قبل الإجازة، و له أن يتملك حصة شريكه من المشتري منه، ثم يجيز البيع الواقع على حصة نفسه، و أمّا بعد إجازته فلا لأنه ليس بشريك.

مرحوم ميرزا جواد آقاي تبريزي هم در إرشاد الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ٢، ص ٣٨٤ مي فرمايند: كما إذا باع الفضولي نصف الأرض المملوكة للغير من زيد بنحو المشاع ثم باع مالکها نصف تلك الأرض من آخر ثم أجاز بيع الفضولي فإنه بناء على مسلك الكشف لا يثبت حق الشفعة لمن اشترى نصفها المشاع من مالکها حيث ان تملك المشتري من البائع الفضولي نصف الأرض كان قبل تملكه بل يثبت حق الشفعة للمشتري من البائع الفضولي بخلاف القول بالنقل فإنه عليه يثبت الشفعة للمشتري من المالك.

تنبیه دوم: کیفیت اعلام اجازة

مرحوم شیخ انصاری در رابطه با کیفیت اعلام رضایت و اجازة توسط مالک چند شیوه را صحیح می‌داند:

یکم: لفظ صریح در معنای اجازة

الفاظی مانند أمضیت، أجزت، أنفذت، رضیت عرفا الفاظی هستند که صراحتا دلالت بر اجازة و اعلام رضایت می‌کنند.

دوم: لفظ کنایی

معنای کنایی که نزد عرف صراحت در اعلام رضایت دارند هم کفایت می‌کند. دلیل بر این مطلب روایت عروة بارقی است که پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم برای اعلام رضایت از جمله "بارک الله فی صفقة یمینک" استفاده فرمودند که لفظ دال بر تشویق و تأیید است و کنایه از اعلام رضایت می‌باشد.

سوم: فعل دال بر رضایت

نسبت به دلالت فعل و رفتار بر رضایت مالک دو قول است:

قول اول: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مالک می‌تواند بدون استفاده از الفاظ صریح یا معنای کنایی صرفا با رفتار و فعل خود رضایتش را اعلام کند.

مثال اول: بایع فضول کتاب زید را فروخته است، زید بعد اطلاع از این معامله در پولی که فضول دریافت کرده تصرف کند.

مثال دوم: فضول، خانمی را به عقد زید نکاح زید در آورده است، اگر خانم در مقابل زید تمکین کند رضایت فعلی به شمار می‌آید.

قول دوم: ظاهرا عبارات جمعی از فقهاء و صریح کلمات بعض دیگر دلالت می‌کند بر عدم کفایت فعل و لزوم استفاده از الفاظ.

دلیل: مستدل می‌گوید اجازة مالک در عقد فضولی مفید استقرار ملکیت است، چنانکه در بیع هم برای استقرار ملکیت استفاده از لفظ بیع لازم بود و صرف فعل و رفتار کفایت نمی‌کرد، در اجازة که می‌خواهد استقرار ملکیت را به دنبال بیاورد می‌گوییم فعل کافی نیست.

نقد: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید این دلیل مصادره به مطلوب است زیرا:

اولا: تسری حکم بیع به اجازة و قیاس این دو به یکدیگر بلا دلیل است.

ثانیا: اگر هم حکم آن دو را یکی بدانیم می‌گوییم استقرار ملکیت در مقیاس علیه (بیع) هیچ نیازی به لفظ ندارد و ما در مباحث معاطات ثابت کردیم بیع معاطاتی (بر اساس فعل و بدون قول) صحیح و مفید لزوم است و ملک آور است. پس اجازة هم نیاز به لفظ نخواهد داشت.

و یمکن أن یوجّه ... ص ۴۲۲، س ۱۰

می‌فرماید ممکن است در توجیه دلیل مذکور گفته شود ما استقراء و بررسی کردیم و به این نتیجه رسیدیم که در نواقل اختیاری (در مثالب نواقل قهری مانند ارث) لازم مانند بیع فقهاء می‌فرمایند لفظ معتبر است لذا فعل کافی نخواهد بود، اجازة مالک بعد عقد فضولی هم یک ناقل لازم است لذا مانند سایر نواقل اختیاری باید با لفظ انجام شود.

مرحوم شیخ انصاری فقط می‌فرماید: "و فیه نظر" اشکال این توجیه آن است که این استقراء تام نیست لذا حجیت ندارد.

بل لولا شبهة الإجماع ... ص ۴۲۲، س ۱۳

چهارم: صرف احراز رضایت

عبارات جماعتی از فقهاء معاصر را که بررسی می‌کنیم این شبهه تقویت می‌شود که وجود لفظ در اجازة مالک اجماعی است لکن اگر چنین شبهه‌ای نباشد حکم می‌کنیم به کفایت رضایت باطنی از هر طریقی که احراز شود چه با لفظ چه با فعل و چه بدون این دو. مثل اینکه پدر در یک جمعی که پسرش هم حاضر بوده، وجود یک وسیله‌ای را در خانه اضافه و بی مصرف می‌داند، پسر هم برای آن وسیله یک مشتری با قیمت خوب پیدا می‌کند و بدون اطلاع پدر آن را می‌فروشد، اینجا رضایت باطنی پدر محرز است.

فتاوی بسیار و روایات متعددی همین بیان و کلام ما را تأیید می‌کند. به دوازده شاهد در این زمینه اشاره می‌کنیم:

شاهد اول: بعضی فتوا می‌دهند سکوت مالک کفایت نمی‌کند زیرا سکوت اعم از رضایت و عدم رضایت است.

این کلام فقها نشان می‌دهد اعلام اجازة منحصر در اجازة قولی نیست بلکه مهم اعلام رضایت است به هر طریقی لکن سکوت کردن نمی‌تواند مصداق اعلام رضایت باشد چون ممکن است راضی باشد و سکوت کند و ممکن است راضی نباشد و سکوت کند.

شاهد دوم: فقها می‌فرمایند اگر فردی ادعا کرد و کیل زید است در انجام یک معامله و این معامله را انجام داد، سپس زید موکل قسم خورد

بر عدم توکیل، این معامله خود بخود فسخ می‌شود. پس فقهاء صرف قسم را کافی دانسته‌اند در حالی که قسم در اینجا فقط اعلام کراهت باطنی از معامله مذکور است نه ردّ قولی، پس در ما نحن فیه هم صرف اعلام رضایت باطنی را کافی خواهند دانست.

شاهد سوم: فقها فتوا می‌دهند که پدر دختر باکره‌اش را فضولتا به عقد پسری درآورد، و دختر بعد اطلاع از آن سکوت کند و ابراز مخالفت ننماید این سکوت دال بر رضایت است. پس اعلام اجازه عقد فضولی نکاح لزوماً متوقف بر لفظ نیست. بلکه در مواردی اصرار بر اعلام رضایت با لفظ هم بر دختر باکره سخت است به جهت شرم و حیا هم برای فقیه که بخواهد او را مجبور به این کار کنند.

شاهد چهارم: تمام فقهائی که قائل به کفایت فعل در اعلام اجازه هستند (مانند تصرف در ثمن و تمکین زوجه) فتوایشان از باب تعبّد نیست که صرفاً قول و فعل را دال بر رضایت بدانند و برای قول و فعل موضوعیت قائل باشند، بلکه معیارشان احراز رضایت است که یکی از نمودهای آن فعل است لذا اگر رضایت از راهی غیر از قول و فعل هم احراز شود نزد آنان کافی خواهد بود.

شاهد پنجم: فقها می‌فرمایند اگر فردی مکره شد بر انجام معامله‌ای و بعد از رفع اکراه، راضی شد به آن معامله، صحیح و نافذ است. پس فقهاء تعبیر نکرده‌اند به اجازه مکره که ظهور در قول دارد بلکه تعبیر کرده‌اند به رضایت که شامل رضایت باطنی هم می‌شود.

شاهد ششم: روایتی است از محمد بن اسماعیل ابن بزیع که از امام رضا علیه السلام سؤال می‌کند زنی در حال مستی خود را به عقد مردی در می‌آورد، و بعد از رفع این حالت هم با همان مرد در خانه زندگی می‌کند، حضرت می‌فرمایند صرف باقی ماندن در خانه مرد و زندگی با او دال بر رضایت است (و نیاز به اعلام رضایت قولی نیست) *

شاهد هفتم: مشهور که قائل به مبنای کاشفیت در اجازه بودند در تبیین کلامشان می‌فرمودند عقد از ابتدا واجد شرائط بوده فقط رضایت مالک نبوده که با آمدن رضایت مالک، عقد من حین الوقوع صحیح خواهد بود.

در این عبارات هم فقهاء از تعبیر رضایت استفاده کرده‌اند که شامل رضایت باطنی هم می‌شود و نفرموده‌اند باید اجازه دهد که ظهور در رضایت قولی داشته باشد.

با توجه به این شواهد متعدد اگر کسی ادعا کند فقهاء اجماع دارند بر لزوم لفظ در باب اجازه پذیرفتنش سخت تر از خرط القتاد است (شاخه‌ای که پر از خارهای رو به بالا است و انسان بخواهد پنجه دست خود را دور این شاخه حلقه کند و از بالا به پایین بکشد)

شاهد هشتم: عموماً می‌مانند "أحلّ الله البيع" که شامل عقد فضولی هم می‌شوند تنها یک مخصص دارند آن هم روایاتی که دلالت می‌کنند بر لزوم رضایت مالک در انتقال مالش به دیگران، و این رضایت چیزی جز طیب نفس نیست پس احراز رضایت کافی است و الزامی به اجازه قولی یا فعلی وجود ندارد.

شاهد نهم: در روایات باب عبید و إماء آمده که اگر مولا از ازدواج عبدش بدون اذن او مطلع شد و سکوت کرد این سکوت اقرار و تأیید مولا به نفع عبد و علیه خودش است. اینجا هم به احراز رضایت اکتفاء شده است.

شاهد دهم: نسبت به ازدواج عبد بدون اذن مولایش روایات می‌گویند اگر مولا به این عبد گفت همسرت را طلاق بده، به دلالت اقتضاء می‌فهمیم که راضی به نکاح بوده که حالا امر به طلاق می‌کند. پس صرف احراز رضایت کافی شمرده شده است.

شاهد یازدهم: روایات مذکور در شاهد قبلی دلالت می‌کنند ممنوعیت عبد از نکاح بدون اجازه مولایش به جهت عصیان در برابر مولایش می‌باشد و روشن است که با احراز رضایت باطنی مولا دیگر عصیان و سرکشی صدق نمی‌کند پس الزام به استفاده از لفظ نداریم.

شاهد دوازدهم: روایاتی که می‌گویند اگر ذو الخیار در زمان خیار (مثلاً خیار مجلس) در آنچه با بیع به دست آورده تصرف کند این نشانه رضایت او به معامله و از بین برنده خیار است. اینجا هم معیار تحقق رضایت به عقد است نه صرف اجازه قولی.

تحقیق:

* در تبیین روایت و در وجه صحت عقد نکاح در حال مستی مرحوم سید یزدی در حاشیه‌ی مکاسب، ج ۱، ص ۱۵۸ می‌فرمایند: "الاستدلال بهذه الرواية موقوف على حملها على توکیل المرأة غیرها في حال السكر في إجراء الصیغة لیکون من باب الفضولي حيث إنّ التوکیل باطل و إلا فلا يمكن العمل بها بظواهرها لأنّ الصیغة الصادرة من السكران لا اعتبار لها و لو مع لحوق الإجازة إذ هو كالصبي مسلوب العبارة و إنّ عمل بها كما عن بعضهم فلا بدّ من الاقتصار عليها لكونها على خلاف القاعدة هذا مع أنّ الإقامة مع الزوج بعنوان الزوجية من الإجازة الفعلية و قوله ع فهو رضى منها لا يدلّ إلا على كفاية مثل هذا الرضى فتأمل".

بقی فی المقام ...، ص ۴۲۵، س ۶

خلاصه فرمایش مرحوم شیخ انصاری در تنبیه دوم تا اینجا این شد که اعلام اجازة توسط مالک نه متوقف بر لفظ صریح است نه لفظ با معنای کنایی و نه فعل، بلکه مهم احراز رضایت است به هر طریقی که عند العرف دال بر رضایت باشد چه با لفظ چه فعل چه غیر ایندو. این مبنا دو نکته را به دنبال دارد:

الف: طبق مبنای ما که احراز رضایت بعد وقوع عقد و اطلاع مالک از عقد فضولی کفایت می کند پس به طریق اولی اگر این رضایت مقارن عقد باشد یعنی در همان لحظه عقد هم محرز و معلوم باشد کافی خواهد بود و در نتیجه دیگر عقد از فضولی بودن خارج خواهد شد.

البته چنانکه در مباحث قبل هم اشاره شد بعضی از فقهاء علم به رضایت مالک حین العقد را کافی نمی دانستند و معتقد بودند مالک باید رضایت و اجازة را ابراز و اعلام کند. در نتیجه اگر احراز رضایت حین العقد کافی نباشد به طریق اولی احراز رضایت بعد العقد هم کافی نخواهد بود و باید اجازة قولی و با لفظ تحقق پیدا کند و طبیعتاً اگر اجازة قولی قبل از عقد محقق شود، دیگر چنین عقدی، عقد فضولی نخواهد بود.

ب: طبق مبنای ما اگر صرف احراز رضایت دال بر تحقق عقد و لزوم عقد باشد باید به قرینه تقابل بگوییم صرف احراز کراهت هم فسخ عقد به حساب می آید. در نتیجه باید بگوییم اصلاً عقد از همان ابتدا محقق نشده است چه این کراهت مالک لحظه عقد حاصل بشود چه بعد از عقد مطلع شود و کراهت باطنی داشته باشد.

اشکال: این نتیجه دوم با یک فتوای مشهور سازگار نیست آن هم اجازة مکره به عقد اکراهی است که مشهور می گویند اگر بعد از رفع اکراه، بیع اکراهی را اجازة داد عقد صحیح است در حالی که طبق نتیجه دوم شما باید بگوییم به محض احراز کراهت، عقد خود بخود فسخ شده و قابل تصحیح نیست.

جواب: می فرمایند می توان بین اجازة و فسخ تفصیل قائل شد به این بیان که در اجازة عقد صرف احراز رضایت کافی است اما در فسخ عقد صرف کراهت باطنی کافی نیست بلکه باید این کراهت با لفظ اعلام شود.
نتیجه تنبیه دوم:

برای اعلام اجازة توسط مالک نیازی به لفظ یا فعل نیست بلکه صرف احراز رضایت کافی است.

الثالث: من شروط الإجازة ...، ص ۴۲۶

تنبیه سوم: عدم سبق ردّ

سومین تنبیه در بیان یک شرط برای اجازة است که اگر مالک ابتدا عقد فضول را ردّ کند سپس اجازة کند این اجازة نافذ نیست. به عبارت دیگر شرط اعتبار اجازة، عدم سبق ردّ است زیرا روشن است که در صورت تحقق ردّ دیگر عقدی باقی نیست که مالک آن را اجازة کند. برای اشتراط به این شرط سه دلیل ارائه می دهند:

دلیل اول: اجماع

دلیل دوم: أوفوا بالعقود

آنچه وفاء به عقد را واجب می گرداند تحقق عقد از جانب دو عاقد است، چنانکه آیه أوفوا بالعقود که خطاب به عاقدین صادر شده وفاء به عقد را زمانی واجب می داند که عقد شکل گیرد، حال اگر مالک ابتدا عقد فضولی را ردّ نماید دیگر عقدی باقی نمی ماند که وفاء به آن واجب باشد و مالک آن را اجازة کند. لذا اجازة بعد از ردّ هم دیگر کارساز نخواهد بود.

دلیل سوم: حدیث سلطنت

الناس مسلطون علی أموالهم می گوید مالک بر مال اش سلطنت دارد لذا حق دارد عقد فضول را ردّ و ابطال کند و البته به تحقق ردّ، دیگر عقدی باقی نیست که با اجازة دادن آن را تصحیح کند.

فتأمل

فتأمل نقد استدلال به قاعده سلطنت است. *

بله صحیح محمد بن قیس که سال گذشته در صفحه ۳۵۳ گذشت دلالت می کند بر جواز سبق ردّ به این بیان که وقتی پدر از سفر برگشت و متوجه شد پسرش جاریه او را فضولتاً فروخته و جاریه از مشتری بچه دار شده، نزد مشتری رفت و جاریه را از او گرفت که این کار دلالت بر فسخ عقد دارد، اما وقتی مشتری آن بچه را گروگان گرفت، مالک اصلی چاره ای ندید الا اینکه اعلام رضایت کند به بیع جاریه. پس این حدیث دلالت می کند عقد فضولی قابل تصحیح است حتی با اجازة مسبوق به ردّ.

اما این صحیحه قابل جواب است به این بیان که گرفتن جاریه از مشتری یک فسخ فعلی است نه قولی لذا چون مالک انشاء فسخ (قولی) نکرده پس فعل او یعنی أخذ جاریه فسخ به حساب نمی آید لذا روایت در مورد اجازه مسبوق به رد نیست.

اشکال: فقهاء در سایر عقود لازمه می فرمایند فسخ آنها هم با لفظ ممکن است هم با فعل، در صحیحه محمد بن قیس هم یک فسخ فعلی اتفاق افتاده و تفاوتی هم بین بیع جاریه با سایر بیوع نیست پس باید بر اساس این صحیحه حکم کنید به نافذ بودن اجازه مسبوق به رد.

جواب: می فرمایند فعلی را که فقهاء می فرمایند می تواند فسخ کننده عقد باشد فعلی است که از لوازم مالکیت باشد، مانند اینکه با جاریه مباشرت کند یا او را به دیگری بفروشد یا هدیه دهد اما صرف اینکه جاریه را از مشتری بگیرد این تصرف دال بر فسخ نیست پس باز هم می گوییم صحیحه مذکور در مورد اجازه مسبوق به رد نیست.

در هر صورت آنچه از أدله به دست می آید این است که در تمام التزامات و عقود، اجازه در صورتی نافذ است که مسبوق به رد نباشد. نسبت به روایت محمد بن قیس هم اگر ظهور در خلاف این مطلب داشته باشد و جواز سبق رد را ثابت کند یا باید به جهت مخالفت با مسأله متسالم بین الفقهاء و أدله اشتراط عدم سبق رد کنار گذاشته شود یا باید توجیه شود. **

الرابع: الإجازة أثر ...، ص ۴۲۷

تنبيه چهارم: اجازه به ارث نمی رسد

مرحوم شیخ انصاری می فرمایند یکی از آثار سلطنت فرد بر مال اش این است که می تواند عقد فضولی که بر مال اش واقع شده را اجازه کند، اما اگر این مالک قبل از اعلام نظر نسبت به عقد فضولی که بر مال اش واقع شده از دنیا برود، این سلطنت بر اجازه به ورثه او منتقل نمی شود بلکه اصل آن مال به ملک ورثه وارد می شود لذا ورثه می توانند نسبت به این مالی که به آنان رسیده و بر آن یک عقد فضولی واقع شده نظر بدهند، اجازه کنند یا رد نمایند. به عبارت دیگر این اجازه یک حق برای مالک نبود که قابل انتقال به غیر (ورثه) باشد بلکه حکم شرعی و غیر قابل انتقال است.

در مباحث بعد هم توضیح خواهیم داد که اشکالی ندارد مالک در لحظه عقد غیر از مالکی (ورثه) باشد که اجازه می کند.

سؤال: چه تفاوتی وجود دارد که ما اجازه را حکم شرعی و غیر قابل انتقال بدانیم لذا بگوییم اصل مال به ورثه منتقل می شود یا بگوییم اجازه یک حق است و خود اجازه به ورثه منتقل می شود لذا ورثه مستقیماً حق اجازه را رد دارند؟

جواب: تفاوت بین آنها روشن است. ***

تحقیق:

* مرحوم میرزا حبیب الله رشتی در تقریراتی که از ایشان با عنوان **التعلیقة علی مکاسب الشیخ الأنصاری** چاپ شده، ص ۵۱۶ در وجه تأمل می فرمایند: "لعله إشارة إلى أن قاعدة السلطنة لا تجدي عند الشك في شرطية شيء أو مانعته في العقد والكلام هنا إما في مانعية الرد أو شرطية شيء ينافيه الرد أو إلى معارضة قاعدة السلطنة لعمومات العقد فيبقى استصحاب علاقة الآخر سليماً."

** مثل این توجیهی که مرحوم خوئی در **مصباح الفقاهة**، ج ۴، ص ۲۱۹ بیان می فرمایند که: "ما لم يجر العقد كان له ان يتصرف في ماله كيف شاء لكون ذلك من شؤون الملكية على شيء اذن فأخذ المالك ما له لا يدل على الفسخ."

*** در **هدی الطالب فی شرح مکاسب**، ج ۵، ص ۱۹۸ مانند سایر محشین می فرمایند: "إذا كانت الإجازة من الحقوق - كالخيار - انتقلت إلى جميع الورثة حتى إلى من لا يرث من المبيع الذي هو مورد الإجازة، كالزوجة التي لا ترث من العقار، لكنها ترث الإجازة كإرث الخيار وغيره من الحقوق المنتقلة إلى جميع الورثة، فلها إجازة بيع العقار وإن لم يكن لها فيها نصيب، فإن مقتضى كون الإجازة من الحقوق كالخيار هو انتقالها إلى جميع الورثة وإذا كانت الإجازة من الأحكام فهي لا تنتقل إلى الورث. وإنما المنتقل إليه هو المال، فلكل وارث - يرث منه - أن يجيز البيع في خصوص نصيبه مما ورثه، فليس للزوجة أن تجيز البيع أو ترده، لعدم إرثها من المبيع."

همچنین مراجعه کنید به **مصباح الفقاهة** مرحوم خوئی، ج ۴، ص ۲۲۱.

تنبيه پنجم: اجازة نسبت به قبض و اقباض

روشن است که ماهیت بیع همان إنشاء ایجاب و قبول است. تا اینجا ثابت کردیم عقد فضولی با ضمیمه اجازة مالک، علت تامه برای انتقال ملکیت است. اگر در عقد فضولی طرفین بعد وقوع عقد، ثمن و مثن را جابجا نکرده باشند که تکلیف روشن است یعنی با اجازة مالک، فرد اصیل با مالک طرف حساب یکدیگر خواهند بود و ضامن و واگذاری ثمن و مثن اند.

اما اگر اصیل و فضول علاوه بر تحقق عقد، ثمن و مثن را هم جابجا کرده باشند یعنی با بیع فضول ثمن را از مشتری قبض کرده و مثن را اقباض و واگذار نموده است، آیا می توان گفت اجازة مالک نسبت به عقد بیع به معنای اجازة جابجایی ثمن و مثن هم هست؟ در پاسخ به این سؤال حکم مسأله در سه حالت را اشاره می کنند:

حالت اول: مالک بعد اطلاع از عقد فضولی صراحتاً یا ضمناً، هم عقد را اجازة کند هم جابجایی ثمن و مثن را.

در این حالت می فرمایند اجازة هم نسبت به عقد هم نسبت به قبض و اقباض صحیح است زیرا:

نسبت به قبض اگر فضول، ثمن را قبض نکرده بود مشتری ضامن پرداخت آن به مالک بود، لکن مالک با اجازة اش اعلام کرده به قبض ثمن توسط فضول راضی است و گویا فضول وکیل مالک بوده در قبض ثمن لذا مشتری دیگر ضامن پرداخت ثمن نیست.

نسبت به اقباض و واگذار نمودن مثن و کالا اگر فضول کالا را به مشتری اصیل نداده بود اجازة مالک باعث ضمانت مالک در مقابل مشتری می شد لکن اعلام رضایت به اقباض فضول، به منزله تحویل کالا توسط مالک به مشتری است لذا مالک دیگر ضامن واگذار کردن کالا نیست و معیوب شدن یا تلف کالا هم در ملک مشتری است.

البته این حکم مربوط به جایی است که معامله روی ثمن معین و عین خارجی انجام شده باشد مثل اینکه مبلغ را در مقابل بیع فضول گذاشته (یا اگر ثمن هم کالا بوده معین شده باشد) و گفته است که با این اسکناس مثن را از شما می خرم.

اما اگر ثمن کلی باشد که معمولاً در معاملات چنین است یعنی مشتری به بیع فضول می گوید این کالا را در مقابل صد هزار تومان از شما می خرم و چیزی در مقابل بیع نگذاشته بلکه صد هزار تومان را به ذمه می گیرد یعنی متعهد می شود بعد اتمام بیع یک صد هزار تومان به بیع فضول بدهد در اینجا مشکل است که بگوییم اجازة مالک اینگونه قبض را هم نافذ و مؤثر قرار می دهد. (زیرا روایات صحت عقد فضولی می گویند عقد فضولی با اجازة مالک صحیح است حال اگر ثمن یک عین خارجی مثل یک برگه اسکناس باشد می توان قبض و اقباض را با توضیح بالا تصویر کرد لکن اگر ثمن به ذمه مشتری تعلق گرفته باشد بعید است که روایات تحقق إبراء ذمه مشتری با اجازة مالک را هم شامل شود.)

مرحوم علامه حلی (م ۷۲۶ هـ ق) در کتاب مختلف الشیعة فی احکام الشریعة از مرحوم الشیخ طوسی (م ۶۱۰ هـ ق) نقل کرده اند که اگر فضول، غاصب هم باشد و مالک هم اجازة کند، مالک باید ثمن را از خود غاصب مطالبه کند نه از مشتری، این فتوای مرحوم الشیخ طوسی نشان می دهد اجازة مالک دال بر صحت قبض و اقباض هم هست لذا مالک باید ثمن را از غاصب فضول مطالبه کند و این فتوا شاهی است بر صحت مطالبی که در این تنبیه ادعا کردیم. البته مرحوم علامه حلی می فرمایند این فتوا صحیح نیست زیرا ملازمه ای بین اجازة عقد با اجازة قبض وجود ندارد، اینکه مالک عقد فضولی را اجازة کند معنایش این است که لزوماً قبض و اقباض را هم اجازة نموده است لذا مالک می تواند بعد از اجازة، برای دریافت ثمن به خود مشتری مراجعه کند.

حالت دوم: مالک بعد اطلاع از عقد فضولی بر مال اش، عقد را اجازة داد اما نسبت به قبض و اقباض سکوت کرد:

– اگر اجازة عقد بدون اجازة قبض لغو باشد مثل اینکه بیع صرف (نقدین) یا سلم بوده که شرط صحت آن تقابض در مجلس عقد است و فضول و اصیل هم تقابض کرده اند و از مجلس متفرق شده اند، اگر مالک فقط عقد را اجازة کند این بیع صحیح نخواهد بود زیرا شرط صحت آن اجازة و تأیید تقابض است لذا می توان گفت اجازة اصل عقد توسط مالک به دلالت اقتضا می فهماند که تقابض را هم تأیید کرده و الا اجازة عقد لغو خواهد بود.

– اگر اجازة عقد بدون تأیید تقابض لغو نیست، در این صورت روشن است که عقد محقق شده و تقابض باید تکرار شود. (این صورت در کتاب تصریح نشده)

حالت سوم: مالک صراحتاً عقد را اجازة کند و صراحتاً هم تقابض را رد کند، در این حالت هم:

اگر اجازة عقد بدون اجازة قبض لغو باشد مانند بیع صرف و سلم در این صورت عقد باطل خواهد بود.

اگر اجازة عقد بدون اجازة قبض لغو نباشد می گوییم عقد صحیح است و تقابض باید تکرار شود.

السادس: الإجازة لیست ... ص ۴۲۹

تنبيه ششم: اجازه فوری نیست

مالک برای اجازه دادن مجبور به اعلام نظر فوری و به محض اطلاع از عقد فضولی نیست بلکه مجاز است آن را به تأخیر اندازد. به دلیل عموماتی مانند أحل الله البيع، أوفوا بالعقود، تجارة عن تراض که عقد در اینها مقید به قید فوریت نشده است. همچنین صحیحه محمد بن قیس که وقتی پدر از مسافرت بازگشت و از فروش جاریه‌اش توسط پسرش آگاه شد مدت زمانی با مشتری نزاع داشت نسبت به بیع و در آخر کار بیع فضولی مذکور را اجازه کرد و حضرت آن را نافذ دانستند، این نشان می‌دهد اجازه مقید به فوریت نیست. اگر مالک اعلام نظرش را آنقدر به تأخیر اندازد که موجب ضرر مشتری شود زیرا مشتری طبق مبنای کشف نه حق دارد در ما انتقل عنه (پول) تصرف کند و نه در ما انتقل الیه (کالا) تصرف کند چنانکه در مباحث جلسات قبل توضیح داده شد در این صورت دو راه برای جبران ضرر او وجود دارد یا حق خیار و فسخ عقد به او داده شود یا از حاکم بخواهد که او را مجبور به اعلام نظر کند.

السابع: هل یعتبر فی ... ص ۴۲۹

تنبيه هفتم: تطابق اجازه با عقد

در رابطه با تطابق و عدم تطابق بین اجازه مالک و عقد فضولی، صور مختلفی تصویر می‌شود از جمله:
 یکم: عقد بیع بر مثلا دو عنوان کتاب واقع شده و مالک فقط بیع را نسبت به یکی از آنها اجازه کند.
 دوم: عقد فضولی با ذکر یک شرط مثلا از جانب مشتری اصیل واقع شده لکن مالک بیع را بدون وجود آن شرط اجازه کند.
 سوم: عقد فضولی بدون شرط واقع شده لکن مالک آن را مشروط به یک شرط خاصی اجازه کند.
 سؤال: آیا تطابق بین اجازه و عقدی که واقع شده لازم است؟
 جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در مسأله سه قول است:
 قول اول: تطابق بین اجازه و عقد لازم است مطلقا و در غیر این صورت عقد و اجازه باطل است.
 قول دوم: تطابق بین عقد و اجازه لازم نیست مطلقا.

قول سوم: تفصیل (نظر مرحوم شیخ اعظم) مرحوم شیخ انصاری در تبیین حکم سه صورت مذکور می‌فرمایند:

در صورت یکم عقد صحیح است و اگر مشتری از تبعض مبیع راضی نبود خیار تبعض صفة خواهد داشت. چنانکه اگر دو نفر در مالکیت مبیع شریک‌اند و فضول این ملک را بفروشد، یکی اجازه کند و دیگری اجازه نکند بیع نسبت به شخص اجازه دهنده صحیح است. (یا در بیع ما یملک و ما لایملک که آنچه را مالک نیست با آنچه را مالک است با هم بفروشد، یا در بیع ما یملک و ما لایملک که آنچه را قابل ملکیت است با آنچه قابل تملک نیست مانند خمر با هم بفروشد)

در صورت دوم هم می‌فرمایند عقد باطل است زیرا هویت شرط و مشروط یک چیز است و این دو قابل تفکیک و تبعیض نیستند که بگوییم مشروط یعنی عقد صحیح است و شرطی که مالک مطرح کرده فاسد و باطل است، فساد شرط منجر به فساد مشروط و عقد خواهد شد. بله تبعیض از حیث جزء اشکالی ندارد چنانکه در صورت قبل بود زیرا أجزاء قابل تفکیک هستند.

خلاصه اینکه بطلان شرط سبب بطلان عقد می‌شود در حالی که بطلان جزء سبب بطلان عقد نمی‌شود. (بطلان جزء مثل اینکه مبیع کتاب و خمر باشد که نسبت به یک جزء باطل و نسبت به جزء دیگر صحیح خواهد بود) *
 در صورت سوم هم سه قول است:

قول اول: اگر اصیل راضی باشد عقد و اجازه مشروط هر دو صحیح است. مثل این است که بایع ابتدا بگوید: "بعثتُ الكتاب بدرهم" بعد از او مشتری بگوید "قبلتُ بشرط کذا" و موجب (بایع) هم راضی باشد.

قول دوم: با اجازه مالک اصل عقد تصحیح می‌شود لکن شرط آن باطل است زیرا این شرط در متن عقد وجود نداشته، حتی مطرح کردن شرط در ضمن قبول هم در صورتی صحیح است که ابتدا مشتری بگوید: "قبلتُ بیع الكتاب بدرهم بشرط کذا" و بعد از او بایع با رضایت نسبت به شرط صیغه ایجاب را بگوید.

قول سوم: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اقوی این است که عقد رأسا باطل است زیرا شرط مذکور لغو و فاسد است و فساد شرط منجر به فساد مشروط خواهد شد زیرا شرط و مشروط یک التزام واحدند لذا قابل تفکیک و تبعیض نیستند.

تحقیق:

* مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۲۹۶ در نقد این نظر مرحوم شیخ می‌فرمایند: فینافی اختیاره عدم الإفساد فی باب الشرط.

اولین جلسه امسال عرض کردم مباحث "القول فی الإجازة و الرد" در دو عنوان بررسی می‌شود. عنوان اجازه ضمن سه مقام در حال پیگیری است، مقام اول با دو مرحله‌اش تمام شد و مباحث مربوط به دو مبنای پرکاربرد کشف و نقل و بیان هفت تنبیه به پایان رسید.

مقام دوم: احکام مجیز

در این مقام مرحوم شیخ انصاری به بیان سه امر کوتاه می‌پردازند و ذیل امر سوم سه مسأله را مفصلاً بررسی می‌فرمایند:

امر اول: جائز التصرف بودن مجیز حین الإجازة

اولین شرط در مجیز (اجازه دهنده) این است که باید لحظه اجازه دادن جائز التصرف باشد یعنی بالغ، عاقل و رشید باشد.

سؤال: اگر مجیز حین الإجازة مریض به مرض موت باشد آیا اجازه‌اش نافذ است؟

جواب: تصرفات مریض در مرض موت بر دو قسم است:

قسم اول: منجزات مریض که دستورات قطعی او نسبت به اموالش در حال مرض موت است. مثل اینکه قسمتی از اموالش را وقف کند یا هدیه دهد یا معامله کند. چنین تصرفاتی برای او جایز است لکن نسبت به میزان این تصرفات اختلاف است. بعضی معتقدند نسبت به تمام اموالش چنین حقی دارد و بعضی این حق را فقط نسبت به ثلث مال نافذ می‌دانند.

قسم دوم: معلقات مریض که دستورات او برای بعد مرگش به عنوان وصیت است (معلق بر موت). چنین دستوراتی صرفاً نسبت به ثلث مالش نافذ است و در بیشتر از یک سوم مال نافذ نیست.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند حکم اجازه مریض در مرض موتش مانند منجزات مریض است.

در اشتراط به این شرط تفاوتی بین مبنای کشف و نقل نیست زیرا طبق هر دو در لحظه عقد باید جائز التصرف باشد.

امر دوم: عدم اشتراط وجود مجیز حین العقد

دومین امر هم پاسخ به یک سؤال است: *

سؤال: آیا برای تحقق عقد فضولی لازم است در لحظه عقد، مجیز وجود خارجی (دارای اثر) داشته باشد یا خیر؟

مثال: فضول مالی از یتیم (صغیر) را بر خلاف مصلحت یتیم، می‌فروشد:

- اگر وجود مجیز لازم باشد باید قائل به بطلان عقد فضولی مذکور باشیم زیرا خود یتیم که بالغ نبوده تا در جایگاه مجیز باشد، ولی یتیم هم نمی‌تواند آن معامله را اجازه کند زیرا بر خلاف مصلحت یتیم بوده، پس مجیز قابل تصویر نیست و عقد باطل است.

- اگر وجود مجیز شرط نباشد قائل به صحت عقد فضولی مذکور خواهیم شد.

جواب: در مسأله دو قول است:

قول اول: مرحوم علامه حلی معتقدند صحت عقد فضولی مشروط به وجود خارجی مجیز است.

مرحوم محقق ثانی برای این مدعا دو دلیل ارائه داده‌اند:

دلیل اول: در مثال مذکور، صحت عقد در لحظه وقوعش ممتنع است، و آنچه که در برهه‌ای از زمان ممتنع باشد تا ابد ممتنع خواهد بود.

دلیل دوم: لزوم ضرر بر مشتری زیرا مشتری از تصرف در ما انتقل عنه و الیه ممنوع است:

- از تصرف در ما انتقل الیه (مبیع) ممنوع است به دو جهت: اولاً: ممکن است مالک عقد را اجازه ندهد. ثانیاً: هنوز مقتضی تصرف که ملکیت باشد محقق نشده است.

- از تصرف در ما انتقل عنه (ثمن) هم ممنوع است به این جهت که ممکن است مالک عقد را اجازه دهد و در نتیجه با عقد مذکور، ثمن از ملک مشتری خارج شده باشد.

نقد دلیل اول: مرحوم شیخ انصاری از دلیل اول دو جواب می‌دهند:

جواب اول: (نقضی) امتناع مذکور مانند امتناع عادی از دستیابی به مجیز است که در این صورت فقهاء فتوا می‌دهند اگر عادتاً دسترسی به مجیز ممتنع بود اصل عقد فضولی صحیح است، این فتوای فقهاء با وجود امتناع عادی اجازه مجیز به هر جهتی که هست، به همان جهت در ما نحن فیه هم باید قائل به صحت عقد فضولی باشید.

جواب دوم: (حلی) ما نحن فیه و مباحثی چون ملکیت از اعتباریات است و اعتباریات هم سهل المؤمنة هستند و ادعای امتناع و استمرار آن مربوط به تکوینیات است که اگر تحقق یک شیء در لحظه‌ای از زمان ممتنع (بالذات) باشد تا ابد ممتنع خواهد بود.

نقد دلیل دوم: ضرر مشتری قابل جبران و تدارک است با داشتن حق خیار و فسخ عقد. چنان که در جواب نقضی از دلیل اول هم که فقها فتوا به صحت عقد فضولی می‌دهند، راه جبران ضرر مشتری با حق الخیار خواهد بود.

قول دوم: مرحوم شیخ انصاری معتقدند چنین شرطی وجود ندارد.

می‌فرمایند علاوه بر نقد ادله قول به اشتراط، در روایات هم اثری از شرط مذکور وجود ندارد به عبارت دیگر روایات به اطلاقشان صورت فقدان این شرط را هم صحیح می‌دانند مانند روایاتی که نکاح فضول نسبت به صغیر را با ضمیمه شدن اجازه تصحیح می‌کنند و اطلاق دارند، هم شامل صورتی می‌شوند که ولی در نکاح وجود دارد لکن سکوت کرده و اجازه را واگذار به صغیر بعد از بلوغش کرده یا اصلا ولی در نکاح وجود ندارد و تصحیح عقد متوقف بر بلوغ صغیر است. البته در صورتی که حاکم شرع را ولی در نکاح ندانیم زیرا وجود حاکم شرع همیشه قابل تصویر است و اگر او ولایت بر نکاح صغیر فاقد آب و جد داشته باشد طبیعتاً مجیز (حاکم شرع) همیشه وجود دارد و شرط رعایت شده است. لکن ولایت در باب نکاح منحصر در آب و جد است و نسبت به وصی هم اختلاف است که آیا فردی را که مثلاً پدر وصی خود در رابطه با امور یتیم قرار داده حق ولایت در نکاح یتیم هم دارد یا خیر.

در هر صورت نسبت به شرط مذکور یا مانند ما و جمعی از فقهاء مثل مرحوم جمال الدین عبدالله بن متوَّج بحرانی (از عالمان شیعی بحرین در قرن‌های ۸ و ۹ هـ ق)، شهید اول و محقق ثانی فتوا به عدم اشتراط داده شده یا نهایتاً بین قول به اشتراط و عدم آن هیچ کدام را ترجیح نداده‌اند لکن فقط مرحوم علامه حلی جانب اشتراط را ترجیح داده‌اند.

ثم اعلم ان العلامة ...، ص ۴۳۲، س ۸

مرحوم علامه برای بطلان عقد فضولی در صورت عدم وجود مجیز مثال زده‌اند به بیع مال یتیم. که اگر در لحظه عقد ولی نداشته باشد چون خودش هم صلاحیت اجازه ندارد پس عقد فضولی بر مال این یتیم باطل است.

بیضاوی، قاضی و فقیه شافعی و مفسر و متکلم اشعری از عالمان اهل سنت در قرن‌های ۷ و ۸ هجری قمری به مثال مرحوم علامه اشکالی وارد کرده که مثال به بیع مال یتیم صحیح نیست زیرا همیشه مجیز نسبت به او وجود دارد لذا عقد فضولی صحیح خواهد بود. مجیز هم طبق عقیده شیعه، امام زمان است که در هر زمان وجود دارد و نسبت به امر یتیمی که آب و جد ندارد ولایت خواهد داشت. مرحوم علامه حلی جواب داده‌اند که مراد صرف وجود مجیز نیست بلکه مجیز باید در دسترس باشد و حال آنکه دسترسی به امام زمان علیه السلام برای ما مقدور نیست پس همچنان یتیم مذکور در مثال فاقد ولی است.

در دفاع از قاضی بیضاوی و نقد جواب مرحوم علامه حلی گفته شده که اگر هم دسترسی به امام زمان علیه السلام نباشد، دسترسی به مجتهد عادل جامع شرائط به عنوان حاکم شرع وجود دارد و اگر او هم نباشد عدول از مؤمنین هستند و اگر آن هم نباشد نوبت به فاسق از مؤمنین می‌رسد که ولایت بر تصرف و صدور اجازه دارند البته با قید مصلحت یتیم. در هر صورت همیشه مجیز قابل تصویر است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند چنانکه امکان دسترسی به امام زمان نیست همچنین ممکن است مجتهد یا عدول مؤمنین هم از عقد فضولی‌ای که بر مال یک یتیم فاقد ولی در یک گوشه‌ای از جغرافیای ممالک شیعی منعقد شده مطلع نباشند و وجودشان بی اثر باشد. لذا - اگر مراد مرحوم علامه حلی از اشتراط وجود مجیز، وجود ذات مجیز باشد (چه وجودش کارآیی داشته باشد چه نداشته باشد) در این صورت اشکال قاضی بیضاوی به مرحوم علامه حلی وارد است چرا که امام زمان علیه السلام به عنوان مجیز وجود دارند. (ترجمه عبارت فالأولی منع ... اولی این است که نمی‌پذیریم جواب مرحوم علامه به اعتراض قاضی بیضاوی را.)

- و اگر مراد مرحوم علامه حلی وجود مجیز دارای اثر و متمکن از اجازه باشد که کلام علامه صحیح است و می‌گوییم نسبت به امام زمان علیه السلام که امکان دسترسی نیست و نسبت به مجتهد و عدول مؤمنین هم امکان عدم اطلاع وجود دارد.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند برای دفع این اشکالات بهتر است مانند مرحوم فخر المحققین پسر مرحوم علامه حلی تعبیر کنیم به اینکه مثال ما نحن فیه بیع مال یتیم لغیر المصلحة است که اگر شرط وجود مجیز را لازم بدانیم چنین عقد فضولی باطل است زیرا خود یتیم بالغ نیست و ولی او که مثلاً جد او باشد حق اجازه ندارد زیرا بیع مذکور بر خلاف مصلحت یتیم است و ولایت حاکم شرع و عدول مؤمنین هم بالفعل ثمری ندارد زیرا ممکن است بی اطلاع از این بیع فضولی باشند. در هر صورت صرف اینکه من من شأنه الإجازة وجود داشته باشد کفایت نمی‌کند و لا اقل نسبت به اموال، چنین شخصی که اجازه دارای اثر، مطلع و در دسترس باشد وجود ندارد.

تحقیق:

* مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۲۹۶ به تقدیم امر اول بر دوم اشکال دارند: "مقتضی تقدّم الذات علی الوصف أن يجعل هذا أولاً والأول ثانياً". البته اشکال وارد نیست زیرا موضوع سخن در امر دوم، مبتنی بر امر اول است لذا تقدیم امر اول ابهام زدا است.

امر سوم: جائز التصرف بودن مجیز حال العقد لازم نیست

مرحوم شیخ انصاری در امر سوم از امور سه‌گانه در شرائط مجیز می‌فرماید شرط نیست که مجیز (اجازه دهنده) لحظه‌ای که فضول عقد را منعقد می‌کند جائز التصرف باشد بلکه مهم لحظه اجازه است یعنی مجیز در لحظه اجازه دادن باید جائز التصرف باشد.

تفاوتی هم ندارد عدم جواز تصرف مجیز در حال عقد چه علتی داشته باشد:

– علتش عدم مقتضی برای تصرف باشد مثل اینکه حال العقد مالک نبوده (که در صفحه بعد احکامش می‌آید که چطور ممکن است حال العقد مالک نباشد اما بتواند بیع فضولی را اجازه کند) یا مأذون از طرف مالک نبوده.

– یا علتش عدم شرط باشد مثل اینکه شرائط بلوغ یا عقل یا رشد را نداشته است.

– یا علتش وجود مانع باشد مانند اینکه لحظه تحقق عقد فضولی مبیع در رهن و گرو باشد لذا نه رهن مجاز به تصرف است نه مرتهن، لکن فضول بدون اجازه مرتهن مال مرهونه را فروخت و به دنبال آن مبیع را از رهن و گرو خارج نمود. (زید یک موتور را امانت می‌گیرد، در مقابل آن یک موبایل گرو می‌گذارد، در همین زمان که موبایل در رهن و نزد مرتهن (گرو گیرنده) است و زید مجاز به تصرف در آن نیست زید موبایل را می‌فروشد و با پس دادن موتور، موبایل را از رهن خارج می‌کند.

فالکلام یقع فی مسائل ...، ص ۴۳۴، س ۷

مرحوم شیخ انصاری در رابطه با عدم جواز تصرف مجیز در حال عقد و اینکه نهایتاً در حال اجازه، مجاز به تصرف شود و بتواند بیع فضولی را اجازه کند چند مسأله بیان می‌کنند.

مسأله اول: مجیز همان مالک حال العقد است لکن منشأ عدم جواز تصرفش حجر بود

می‌فرمایند اگر مالک مبیع در حال عقد فضولی همان مجیز (مالک اجازه کننده) باشد که فقط حال العقد جائز التصرف نبوده و بعد عقد جائز التصرف شده است در این صورت با اجازه او عقد فضولی صحیح خواهد.

حتی اگر علت عدم جواز تصرف وجود مانعی مانند تعلق حق غیر باشد و این حق غیر بعد از عقد فضولی از بین رفته باشد دیگر نیاز به اجازه هم نیست. مثال: مبیع موبایلی است که مالک آن را نزد مرتهن گرو گذاشته مالک این موبایل را می‌فروشد و قبل از مراجعه و اعتراض مرتهن، با برگرداندن امانت، موبایل را از گرو و رهن خارج می‌کند، به محض خارج شدن موبایل از گرو و تعلق حق مرتهن، خود بخود موبایل ملک مشتری اصیل خواهد شد و نیاز به اجازه مالک هم نیست.

مسأله دوم: مجیز غیر از مالک حال العقد است پس منشأ عدم جواز تصرف، عدم مالکیت بود

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اگر مالک حین العقد با مالک مجیز متفاوت باشد چند صورت پیدا می‌کند که فقط تبیین حکم دو صورت مهم است و با تبیین این دو صورت حکم مابقی صور هم روشن می‌شود. مالک اول هنوز از عقد فضولی مطلع نشده یا اجازه نداده که مالکیت مبیع را به فرد دیگر (مالک دوم) منتقل می‌کند مالک دوم دو قسم دارد:

قسم اول: مالک دوم همان بایع فضول است.

قسم دوم: مالک دوم شخص ثالثی است.

در هر کدام از دو قسم، قصد بایع فضول از بیع فضولی دو حالت دارد:

حالت اول: (بیع لنفسه) بیع را به قصد خودش انجام داده و قصد داشته پول مبیع را برای خودش بردارد.

حالت دوم: (بیع لغيره) بیع را برای مالک اصلی (مالک اول) انجام داده.

هر کدام از دو حالت مذکور هم دو صورت دارد یعنی انتقال مالکیت به شخص فضول و مالک (دوم) شدن او دو صورت دارد:

صورت اول: انتقال ملکیت یک انتقال اختیاری بوده مانند شراء.

صورت دوم: انتقال ملکیت یک انتقال قهری بوده مانند ارث.

در هر کدام از دو صورت مذکور هم نظر مالک دوم نسبت به بیع فضولی بر دو گونه است:

گونه اول: بیع فضولی را اجازه می‌کند.

گونه دوم: بیع فضولی را رد می‌کند.

نتیجه اینکه هر کدام از دو قسمی که در ابتدا توضیح داده شد هشت صورت پیدا می‌کنند که از این هشت صورت فقط دو صورت به تفصیل مورد بحث خواهد بود:

۱. من باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز. ۲. من باع لنفسه و اشتراه من المالك و لم یجز.

أما المسألة الأولى ...، ص ۴۳۵، س ۱۲

صورت اول: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز

نسبت به این صورت دو قول است:

قول اول: (شیخ و) محقق حلّی: عقد صحیح است

ایشان در مسأله‌ای مشابه ما نحن فیه در باب زکات فتوا به صحت داده‌اند. ایشان فرموده‌اند اگر مثلاً کشاورزی که گندم دارد و گندم او به مقدار نصاب رسیده است (۳۰۰ صاع یا ۸۴۷ کیلو) باید (در گندمی که بیشتر با آب باران و نهر آبیاری شده) یک دهم زکات بدهد. یعنی یک دهم از گندم‌ها ملک او نیست بلکه ملک فقراء است. حال اگر قبل از اخراج سهم فقراء همه گندم‌ها را بفروشد، نسبت به ۹ دهم که تکلیف روشن است و ملک خودش بوده لذا بیع صحیح است اما نسبت به یک دهم که ملک فقراء بوده و فضولتا فروخته اگر غرامت بدهد و عوض آن را به فقرا بپردازد مرحوم شیخ طوسی فرموده آن یک دهم به ملک خودش وارد می‌شود (فضول می‌شود مالک دوم) لذا آن بیع فضولی نسبت به یک دهم که انجام داده بود خود بخود تصحیح می‌شود و نیاز به اجازه هم ندارد.

اما مرحوم محقق حلّی می‌فرماید کشاورز که فضولتا سهم فقراء (یک دهم) را فروخته بود و عوض آن را پرداخت کرد، می‌شود مالک جدید آن یک دهم لذا تصحیح آن بیع فضولی نیاز به اجازه جدید خواهد داشت و اگر کشاورز آن بیع فضولی را اجازه کند، می‌گوییم بیع فضولی هم صحیح واقع شده است چنانکه در مسأله "من باع مال غیره ثم اشتراه" می‌گوییم نیاز به اجازه جدید است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید از فتوایی که مرحوم محقق حلّی از مرحوم شیخ طوسی نقل کردند (عدم الحاجة الی الإجازة) روشن می‌شود که مرحوم شیخ طوسی بر خلاف مشهور که می‌گویند زکات به عین گندم‌ها تعلق می‌گیرد، معتقدند زکات نه به طور مطلق به عین تعلق می‌گیرد و نه به طور مطلق به ذمه کشاورز تعلق می‌گیرد بلکه تعلق زکات به عین مانند تعلق حق مرتهن به عین مرهونه است. توضیح مطلب: وقتی رهن مثلاً یک موتور امانت می‌گیرد و در مقابل آن مالی را نزد مرتهن گرو می‌گذارد، در مدت رهن هیچکدام حق تصرف در مال مرهونه (رهن گذاشته شده) را ندارند اما اگر رهن در مهلت مقرر موتور را بازگرداند مرتهن می‌تواند مال مرهونه که در ملک رهن قرار دارد را بفروشد و قیمت موتور خودش را بردارد پس مرتهن مالک مال مرهونه نیست اما حق مرتهن به مال مرهونه تعلق گرفته که در مورد لزوم می‌تواند تصرف کند. پس تعلق زکات و سهم فقراء به عین خارجی (گندم‌های موجود) مانند تعلق دین به ذمه رهن است یعنی چنانکه رهن، مالک مال مرهونه است اما تا دین را أداء نکند حق تصرف در آن را ندارد همچنین کشاورز مالک تمام گندم است اما تا زمانی که عوض یا عین سهم فقراء را پرداخت نکند حق تصرف در گندم‌ها را ندارد.

لذا با توجه به توضیحات مذکور می‌فرماید اگر مرحوم شیخ طوسی در فرع مذکور از باب زکات فرمودند اجازه لازم نیست و بیع فضولی صحیح است از این جهت بوده که فرع مذکور را مشابه باب رهن می‌دیده‌اند که اگر رهن مال مرهونه را بدون اجازه مرتهن (فضولتا) بفروشد سپس قبل از مراجعه مرتهن امانت را بازگرداند و فک رهن کند یعنی مال مرهونه را آزاد کند دیگر نیازی به اجازه جدید برای تصحیح عقد فضولی نیست بلکه به صرف آزاد شدن مال مرهونه، بیع فضولی که بر آن واقع شده بود خود بخود تصحیح می‌شود.

قول دوم: محقق ثانی: عقد باطل است.

جمعی از فقهاء از جمله مرحوم محقق ثانی معتقدند عقد مذکور در فرع اول باطل است.

همچنین مرحوم صاحب جواهر به تبع بعض معاصرینشان این عقد را باطل می‌دانند.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در مسأله من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجازة به نظر ما قول اول و نظر مرحوم محقق حلّی أقوی است یعنی بیع فضولی مذکور نیاز به اجازه دارد و البته بعد از اجازه صحیح خواهد بود.

دلیل بر این کلامشان عموماً است مانند أحلّ الله البيع و تجارة عن تراض که اطلاق دارند و می‌گویند همان ثمن و مثنی که بر آنها بیع فضولی واقع شده بود در نهایت با اجازه و اعلام رضایت قابل تصحیح‌اند چه مجیز مالک اول باشد چه مالک دوم. *

هفت اشکال به نظر شیخ و پاسخ آنها

می‌فرماید به نظریه صحت بیع مذکور اشکالی وارد نیست الا هفت امری که مرحوم تستری از کلامات مرحوم فخر المحققین و مرحوم محقق ثانی گردآوری کرده‌اند که از تمام آنها پاسخ خواهیم داد.

اشکال اول:

مرحوم تستری می‌فرماید ضمن سومین مسأله از مسائل عقد فضولی (صفحه ۳۷۶ کتاب و صفحه ۲۰۷ جزوه سال قبل مکاسب ۳) پنج وجه به عنوان اشکال به صحت "من باع مال غیره لنفسه" وارد شد لذا معتقدیم چنین بیعی باطل است. حتی بعض توجیهاتی که در دفاع از بیع مذکور و پاسخ به اشکالاتش در آنجا داده شد اینجا قابل مطرح کردن نیست. (مراجعه کنید به وجه سوم مذکور در آن بحث)

نقد اشکال اول:

مرحوم شیخ می‌فرماید در همانجا از هر پنج اشکال جواب دادیم و ثابت کردیم بیع من باع مال غیره لنفسه صحیح است. حتی بعضی از اشکالاتی که در آن مسأله مطرح شده بود اصلاً اینجا قابلیت طرح ندارد. مثل این اشکال که در آنجا مطرح شده بود قصد متعاقدان با قصد مجیز متفاوت است لذا عقد باطل خواهد بود. به این بیان که قصد هر دو عاقد (بایع فضول و مشتری اصیل) این بود که چیزی را از ملک خودشان خارج کنند و در مقابلش چیزی را به ملکشان داخل کنند. پس قصد بایع از بیع فضولی این بود که ثمن را به ملک خودش وارد کند در حالی که مجیز قصدش از اجازه دادن این است که ثمن را به ملک خودش وارد کند.

این اشکال در اینجا قابل طرح نیست زیرا بایع فضول با مالک مجیز یکی هستند لذا قصد بایع فضول با مالک مجیز (مالک دوم) یکی است چون فضول و مجیز یک شخص است.

اشکال دوم:

در تحقق یک بیع صحیح و تام شرائطی معتبر است از جمله: ۱. مالکیت فروشنده بر مال. ۲. رضایت مالک. ۳. قدرت مالک بر تسلیم مبیع به مشتری. با توجه به این مسأله اگر ما بیع غیر مملوک (بیع فضولی) را اجازه داده‌ایم با اینکه فضول نه مالک است و نه قادر بر تسلیم است و نه لحظه عقد رضایت مالک را همراه دارد، به این جهت است که بعداً با تحقق اجازه مالک تمام این امور تکمیل می‌شود یعنی با اجازه مالک، بایع حقیقی مالک خواهد بود، قادر بر تسلیم و راضی به عقد خواهد بود. اما در فرع محل بحث چنین نیست زیرا مالک اصلی که بیع فضولی بر مال او انجام شد نه بیع فضولی را اجازه می‌کند نه قدرت بر تسلیم دارد حتی لحظه اعلام اجازه توسط مالک دوم، مالکیتی برای مالک اول وجود ندارد.

خلاصه اینکه کسی که لحظه عقد، مالک مبیع بود و بیع بر مال او انجام شده بود ملکیت، رضایت و قدرت بر تسلیم ندارد و مالک دوم (فضول) جای او را گرفته است.

نقد اشکال دوم:

چیزی که عقد فضولی کم دارد و باید به آن ضمیمه شود رضایت کسی است که رضایتش تمام کننده عقد است به عبارت دیگر کسی که زمان اعلام اجازه، رضایتش کارساز در بیع است چه این فرد لحظه عقد مالک مبیع بشد یا نباشد.

دلیل بر این مدعا آن است که مستند لزوم رضایت متعاقدين در عقد چند دلیل است از جمله حدیث الناس مسلطون علی أموالهم، أدله دال بر حرمت تصرف در مال دیگران بدون طیب نفس آنان، و قبح عقلی و عقلایی تصرف در مال دیگران بدون رضایت آنان است و نهایت چیزی که این أدله دلالت می‌کنند این است که در عقد فضولی رضایت کسی مهم است که رضایتش تمام کننده عقد است و در ما نحن فیه همان مالک دوم است.

نسبت به قدرت بر تسلیم هم می‌گوییم قبول داریم که لحظه عقد مالک باید قادر بر تسلیم باشد و اکتفا نمی‌شود به وجود شرط قدرت بر تسلیم در خصوص عقد فضولی بلکه در غیر فضولی هم این شرط وجود دارد اما مشکل ما در بیع فضولی این نیست که مالک قدرت بر تسلیم ندارد بلکه فرض این است تمام شروط عقد در بیع فضولی جمع است و فقط رضایت مالک هنوز ضمیمه نشده که با اعلام رضایت و اجازه همه چیز تمام می‌شود و انتقال ملکیت محقق خواهد شد.

اشکال سوم:

مشهور معتقد به مبنای کشف هستند که اصح اقوال است و أدله مبنای کشف هم اطلاق دارند یعنی می‌گویند اجازه کاشف است از انتقال ملکیت از لحظه عقد است مطلقا یعنی این أدله مقید نیستند به اجازه دادن مالک اول بلکه شامل مالک دوم هم می‌شوند. لازمه مبنای کشف این است که وقتی مالک دوم اجازه می‌دهد کشف می‌کنیم از لحظه عقد فضولی، مشتری اصیل مالک مبیع بوده است در حالی که لحظه عقد هنوز ملکیت به مالک دوم منتقل نشده بود، چگونه ممکن است اجازه مالک دوم کشف کند انتقال ملکیت به مشتری اصیل در لحظه عقد فضولی انجام شده با اینکه خود مالک دوم لحظه عقد مالک مبیع نبوده. این خروج مبیع از ملک مالک (دوم) است قبل از اینکه مبیع داخل در ملک مالک (دوم) شده باشد.

نقد اشکال سوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در مبنای کشف اینگونه نیست که در هر صورتی اجازه مالک کاشف از انتقال ملکیت از لحظه عقد فضولی باشد حتی در صورتی که مجیز در لحظه عقد مالک نبوده است. به عنوان مثال عقد فضولی روز شنبه انجام شده (بین فضول و مشتری اصیل)، روز دوشنبه مالک اصلی، مبیع را به فضول فروخته است (فضول می‌شود مالک دوم)، و روز چهارشنبه، فضول عقد فضولی را اجازه می‌کند. قبول داریم اجازه کاشف است اما از چه چیزی؟ مقدار کاشفیت اجازه لزوماً از لحظه عقد نیست بلکه تابع وضعیتی است که منجر به تصحیح عقد فضولی شنبه بشود.

توضیح مطلب این است که وقتی ثابت شود روز شنبه یک عقد فضولی انجام شده که شخص فضول اهلیت آن را داشته یعنی بالغ و عاقل و رشید بوده محل بیع یعنی مبیع هم قابلیت انعقاد عقد را داشته یعنی مالیت داشته و مجهول نبوده، در این صورت ما با یک عقد فضولی مواجهیم که تمام شرائط را دارد غیر از رضایت مالک، حال می‌گوییم چنانکه اگر مالک اول اعلام رضایت می‌کرد، عقد فضولی تصحیح می‌شد اگر مالک دوم هم اعلام رضایت کند باز هم عقد فضولی تصحیح خواهد شد زیرا دلیلی نداریم که بگوییم اعلام رضایت باید توسط کسی باشد که در حال عقد مالک بوده است. دلیل فقط می‌گوید مالک باید رضایت بدهد، روز چهارشنبه مالک شخص فضول است لذا رضایت او تمام کننده عقد فضولی شنبه خواهد بود.

تفسیر جدید از کاشفیت اجازه

با توجه به توضیحات مذکور تفسیر جدیدی از مبنای کشف ارائه می‌دهیم که البته منافاتی با تفسیر قبلی ندارد بلکه تفسیری اعم از تفسیر قبلی است. می‌گوییم کاشفیت یعنی اینکه اجازه مالک کشف می‌کند از انتقال ملکیت مبیع به ملک مشتری اصیل از اولین لحظه‌ای که قابلیت این انتقال محقق باشد، این قابلیت در عقد فضولی عادی (غیر محل بحث) از لحظه عقد یعنی روز شنبه است اما در محل بحث ما (من باع مال غیره ...) این قابلیت از لحظه مالک شدن فضول (روز دوشنبه) تصویر می‌شود.

این تفسیر از کشف هم نه محذور عقلی دارد نه محذور شرعی. لذا عمومات مقتضی صحت عقد فضولی با ضمیمه اجازه مالک شامل فرع محل بحث هم می‌شود مانعی هم وجود ندارد. اگر مستشکل قصد اشکال کردن دارد باید یا در مقتضی صحت اشکال کند یا مانعی برای صحت تصویر کند مثلا ثابت کند طبق أدله مبنای کشف، مجیز باید همان مالک اصلی حین العقد باشد و از توضیحات ما روشن شد که هیچکدام از این دو قابل اثبات نیست یعنی نه خدشه‌ای در مقتضی صحت وجود دارد (چون مستدل دلیلی بر بطلان عقد مذکور ارائه نداد بلکه به محتوای اجازه و کاشفیت آن استناد نمود که جواب دادیم) و نه مانع عقلی یا شرعی نسبت به تفسیر مذکور برای کاشفیت اجازه وجود دارد.

تحقیق:

* مرحوم شیخ انصاری در مقام استدلال عبارتشان این است که "للأصل و العمومات" محشین مختلف مکاسب می‌فرمایند مقصود از این اصل در اینجا قاعده‌ای است که از روایات و عمومات به دست می‌آید که انتقال ملکیت باید با رضایت هر دو مالک (مالک ثمن و مالک ثمن) واقع شود. لذا واو عاطفه در جمله مذکور برای عطف تفسیری است نه اینکه عبارت اشاره به دو دلیل داشته باشد.

مرحوم سید یزدی در حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۶۳ می‌فرماید: " لا یخفی أنّهما لیسا دلیلین مستقلّین إذ المراد من الأصل إمّا القاعده المستفاده من العمومات من صحّة کلّ عقد شكّ في صحّته شرعا و إمّا أصالة عدم شرطية مالکية المجیز حین العقد و هي أيضا لا تنفع إلّا بضمیمة العمومات إذ مع قطع النظر عنها الأصل عدم ترتّب الأثر".

مستشکل می‌گوید شمای شیخ انصاری در تنبیه اول از تنبیهای هفتگانه ذیل بحث از کشف و نقل (جلسه ۱۷ جزوه) فرمودید چون اجازه را به معنای شرعی آن می‌دانیم، وقتی در روایات آمده اجازه کاشف از تحقق بیع من حین العقد است دیگر مالک حق ندارد بگوید من بیع را در خصوص دو روز بعد از عقد اجازه می‌دهم زیرا کاشفیت اجازه دل‌بخواهی نیست که مالک بگوید می‌خواهد از یک روز بعد بیع فضولی یا دور بعد آن اجازه دهم خیر، وقتی اجازه داد خود بخود کاشف از انتقال ملکیت من حین العقد است.

بر اساس همین مطلب و مدعای شما می‌گوییم در ما نحن فیه هم که عقد فضولی شنبه واقع شده و شراء فضولی از مالک هم دوشنبه واقع شده، وقتی مالک دوم (فضول) روز چهارشنبه اجازه کند نمی‌توانید بر اساس تفسیر جدیدتان از معنای کشف بگویید اجازه کاشف از انتقال ملکیت از روز دوشنبه است. بلکه اجازه شرعی یعنی کاشفیت من حین العقد که شنبه باشد.

جواب:

می‌فرمایند مطلبی که در تنبیه اول گفتیم ثابت و روشن است، اینکه مجیز دل‌بخواهی عمل کند و با اینکه شارع می‌گوید انتقال ملکیت از حین عقد (شنبه) است او بگوید من اجازه‌ام را به دو روز بعدش (دوشنبه) تخصیص می‌دهم، این تخصیص کشف به زمان مورد نظر خودش باطل است اما در صورتی باطل است که قابلیت انتقال ملکیت از روز شنبه فراهم باشد در حالی که در ما نحن فیه قابلیت انتقال ملکیت از روز شنبه فراهم نیست بلکه از دوشنبه آغاز می‌شود که فضول یا همان مجیز مالک مبیع می‌شود.

بنابراین تخصیص دل‌بخواهی مذکور دو حالت دارد:

حالت اول: جایی که قادح است (یقدح مع القابلیة) که توضیح دادیم اگر قابلیت از شنبه باشد اما اختصاص به دوشنبه بدهد این اختصاص قادح و باطل است. (در عقد فضولی عادی)

حالت دوم: جایی که قادح نیست (غیر قادح) یعنی در ما نحن فیه چون قابلیت انتقال ملکیت از روز دوشنبه محقق می‌شود لذا حتی اگر مالک مجیز هم بگوید دلم می‌خواهد از روز شنبه اجازه دهم این قدح و خللی به عقد وارد نمی‌کند و ائی کلام او لغو است زیرا اصلا قابلیت انتقال ملکیت از شنبه وجود ندارد پس خود بخود اجازه او به روز دوشنبه تعلق پیدا می‌کند.

اشکال چهارم:

قبل از بیان اشکال چهارم، مثال محل بحث را رسم می‌کنم تا مطلب بهتر دریافت شود.

روز چهارشنبه

روز دوشنبه (عقد بیع دوم)

روز شنبه (بیع فضولی) (عقد اول)

اجازه مالک دوم (فضول)

مالک اصلی + فضول (مالک دوم)

بیع فضول + مشتری اصیل

مستشکل می‌گوید بیع فضولی روز شنبه انجام شده و طبق مبنای کشف با دریافت اجازه مالک به دنبال تصحیح آن هستیم، تصحیح عقد بیع روز شنبه با اجازه دادن فضول (مالک دوم) زمانی ممکن است که بگوییم فضول مالک مبیع است و این مالکیت فضول بر مبیع زمانی ممکن است که بگوییم مبیع تا روز دوشنبه همچنان در ملک مالک اصلی بوده و روز دوشنبه مبیع به فضول (مالک دوم) منتقل شده است. نتیجه این که از روز شنبه تا دوشنبه به مقتضای مبنای کشف مشتری اصیل مالک مبیع است و عینا در همین زمان مالک اصلی هم باید مالک مبیع باشد تا بتواند آن را در روز دوشنبه به فضول بفروشد. پس لازم آمد وجود دو مالک بر یک مبیع در آن واحد که این محال است زیرا جمع ضدین است. (أمران وجودیان لایجتماعان و یرتفعان فی موضع واحد)

تضاد چنین است که وجود عقد دوم (که مالک اصلی همچنان مالک مبیع باشد تا بتواند مبیع را به فضول بفروشد) مقتضی عدم عقد اول است (که مشتری مالک مبیع نشده باشد) و وجود عقد اول (که طبق مبنای کشف سبب مالکیت مشتری اصیل است) موجب عدم عقد دوم است (که دیگر مالک اصلی مالک مبیع نباشد) هر دو عقد دو امر وجودی هستند که هر کدام اقتضای عدم دیگری را دارد. در نتیجه لازم می‌آید هر کدام از دو عقد در آن واحد هم نباشند و هو محال.

خلاصه اینکه از روز شنبه تا دوشنبه دو مالک بر مبیع واحد تصویر شد که محال است.

إن قلت: مرحوم تستری در تثبیت و تحکیم اشکال چهارمشان از یک اشکال هم پاسخ می‌دهند.

اشکال این است که اشکال چهارم نه تنها منجر به بطلان عقد فضولی در فرع محل بحث (من مایع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز) می‌شود بلکه باعث بطلان اصل مسأله فضولی خواهد بود زیرا عین اشکالی که مطرح کردید به عقد فضولی هم وارد است.

به این بیان که طبق مبنای کشف می‌گوییم مالکیت مشتری اصیل از روز شنبه متوقف است بر ضمیمه شدن اجازه مالک اصلی، خب روشن است که اجازه مالک اصلی هم متوقف است بر اینکه مالک اصلی همچنان مالک مبیع باشد، پس از روز شنبه تا لحظه اجازه مالک مشتری اصیل و مالک اصلی در آن واحد مالک یک مبیع هستند.

نتیجه اینکه یا باید قائل باشید به بطلان اصل عقد فضولی با تمام فروعاتش و یا دست از مبنای کشف بردارید که چنین مشکلی به وجود نیاید.

قلنا: مرحوم تستری می‌فرماید اشکال جمع بین دو مالک در آن واحد و بر مبیع واحد نسبت به اصل عقد فضولی قابل حل است اما نسبت به فرع محل بحث قابل حل نیست.

توضیح مطلب: مالکیت مشتری اصیل بر مبیع یک مالکیت حقیقی است اما مالکیت مالک اصلی بر مبیع که لازمه اجازه دادن بیع فضولی است، یک مالکیت صوری و ظاهری است که با استصحاب مالکیت سابق (مالکیت مالک قبل از عقد فضولی) به دست می‌آید و به محض اجازه دادن بیع فضولی این مالکیت ظاهری از بین می‌رود (ید و سلطه مالک اصلی و حق او در این مبیع از بین می‌رود) و تنها مالکیت مشتری اصیل باقی می‌ماند.

اما این جواب و تفکیک بین مالکیت حقیقی و صوری در فرع محل بحث کارساز نیست زیرا در فرع مذکور ما با دو عقد مواجهیم لذا علاوه بر اینکه مالکیت مشتری از روز شنبه را باید مالکیت حقیقی بدانیم، مالکیت مالک اصلی تا روز دوشنبه را هم باید مالکیت حقیقی بدانیم که بتواند مبیع را به فضول بفروشد.

نقد اشکال چهارم

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید پاسخ این اشکال نیز همان پاسخ از اشکال سوم است.

می‌فرمایند ما که قائل به صحت عقد در "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" هستیم تفسیرمان از کاشفیت را ارائه دادیم و گفتیم که اجازه مالک لزوماً کاشف از انتقال مالکیت از لحظه تحقق عقد فضولی نیست بلکه کاشف از انتقال مالکیت مبیع به مشتری است از اولین لحظه‌ای که قابلیت انتقال مالکیت وجود داشته باشد که روز دوشنبه است.

و حينئذ فتوقف إجازة ...، ص ۴۴۰، س ۱۳

می‌فرمایند جدای از مبنای کشف دو نکته مسلم است که باید کشف را بر اساس این دو نکته تبیین کنیم:

الف: اجازه عاقد اول (فضول که مالک دوم شده) متوقف است بر صحت عقد دوم، یعنی زمانی اجازه فضول نافذ و معتبر است که عقد دوم بین مالک اصلی و فضول صحیح باشد.

ب: صحت عقد دوم متوقف است بر بقاء ملک بر مالکیت مالک اصلی تا زمان عقد دوم، یعنی زمانی مالک اصلی می‌تواند روز دوشنبه مبیع را به فضول بفروشد که مالک آن باشد.

وقتی این دو نکته مسلم بود می‌گوییم اجازه مالک کشف می‌کند از مالکیت مشتری اصیل از اولین لحظه قابلیت انتقال ملکیت به مشتری که روز دوشنبه باشد پس دیگر در فاصله بین شنبه و دوشنبه دو مالکیت بر مبیع واحد تصویر نشد لذا کلام مرحوم تستری که فرمودند صحت عقد اول (بیع فضولی) لازمه‌اش این است که از روز شنبه تا دوشنبه مبیع هم ملک مالک اصلی باشد هم ملک مشتری اصیل، صحیح نمی‌باشد. بلکه صحیح بودن عقد اول که همان بیع فضولی است مستلزم این است که تا دوشنبه همچنان مبیع در ملک مالک اصلی باشد سپس با اجازه فضول در روز چهارشنبه کشف می‌کنیم مشتری از همان روز دوشنبه مالک مبیع بوده است.

بیان مرحوم شیخ انصاری در جواب از اشکال چهارم همچنان ادامه دارد که خواهد آمد.

به دوستان توصیه می‌کنم حتماً این بحث را حین مطالعه روی کاغذ پیاده کنید تا کاملاً برایتان جا بیافتد حتی اگر معتقدید مطلب برایتان روشن است.

نعم إنما يلزم ما ذكره ...، ص ۴۴۱، س ۳

مرحوم شیخ انصاری از اشکال چهارم مرحوم تستری به عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجازه" جواب دادند. در این قسمت از عبارت می‌فرمایند بله اگر فقیه قائل باشد به مبنای کشف و این کاشفیت اجازه را به معنای کشف ملک از لحظه عقد بدانند اشکال اجتماع مالکین که مرحوم تستری فرمودند وارد است و البته ما در جواب از اشکال سوم، تفسیرمان از کاشفیت (کاشفیت اجازه از انتقال ملکیت از اولین لحظه قابلیت انتقال) را ارائه دادیم و جواب همان است و نیاز به تکرار ندارد.

نعم یبقی فی المقام ...، ص ۴۴۱، س ۶

بله یک اشکالی که ایشان مطرح کردند نسبت به اصل عقد فضولی که در تمام عقود فضولی اشکال اجتماع مالکین وجود دارد، سپس با تصویر ملکیت حقیقی و ظاهری از آن جواب دادند این اشکال نیاز به بررسی و پاسخ دارد زیرا این اشکال غیر از اشکال به فرع محل بحث (من باع مال غیره لنفسه...) است. به عبارت دیگر دو اشکال در کلام ایشان مطرح شد:

الف: اشکال به اصل عقد فضولی که منجر به اجتماع مالکین (مشتري اصیل و مجیز یا همان مالک اصلی از شنبه تا دوشنبه) بر ملک واحد می‌شود و مستلزم اجتماع متضادین است.

ایشان از این اشکال جواب دادند که هنوز به بررسی آن نرسیده‌ایم و جواب ایشان را قبول نداریم.

ب: اشکال به فرع محل بحث که منجر به اجتماع مالکین (مشتري اصیل و مالک اصلی) بر ملک واحد و جمع بین متضادین است.

از این اشکال ایشان پاسخ دادیم.

نعم يلزم من ضمّ هذا ...، ص ۴۴۱، س ۱۰

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند هر چند ما هر دو اشکال ایشان را باطل می‌دانیم لکن از جمع بین دو اشکال ایشان باید گفت طبق مدعای مرحوم تستری در فرع محل بحث ما تا روز دوشنبه اجتماع بین سه مالک پیش می‌آید:

۱. مالک اصلی که مالکیتش بر مبیع روشن است و این مالکیت تا روز دوشنبه که مبیع را به فضول می‌فروشد باقی است.

۲. مالکیت مشتری اصیل از روز شنبه، زیرا اجازه مجیز (فضول) در روز چهارشنبه کشف می‌کند مشتری از شنبه مالک بوده است.

۳. مالکیت عاقد و بایع فضولی که روز شنبه عقد فضولی را با مشتری اصیل انجام داد و روز چهارشنبه همان عقد شنبه را اجازه کرده است به عبارت دیگر باید طبق مبنای کشف بگوییم مبیع از ملک فضول خارج شده که توانسته به ملک مشتری اصیل درآید و الا غیر مالک که نمی‌تواند مبیع را به ملک مشتری اصیل وارد کند.

ثم إن ما أجاب به ...، ص ۴۴۲، س ۳

مرحوم تستری ذیل اشکال چهارمشان به فرع محل بحث، یک "إن قلت" و اشکال به مطلق بیع فضولی مطرح کردند و از آن با عنوان "قلنا" و با تصویر ملکیت حقیقی و ظاهری جواب دادند، مرحوم شیخ انصاری این جواب ایشان را هم نمی‌پذیرند و چهار اشکال دارند:

اشکال اول: تصویر ملکیت ظاهری برای مالک اصلی مشکل را حل نمی‌کند زیرا اگر بنا باشد اجازه مجیز کشف کند مالک حقیقی مبیع از روز شنبه، مشتری اصیل بوده است و مالکیت مجیز یک مالکیت صوری و ظاهری بوده است همین اجازه مبطل اجازه خواهد بود مثل این است که چاقو دسته خودش را ببرد، زیرا اگر شما مجیز را مالک صوری و ظاهری مبیع بدانید چنین فردی حقی نسبت به مبیع نخواهد داشت که اجازه یا رد کند، کسی که خودش مالک حقیقی مبیع نباشد چگونه می‌خواهد با اجازه دادن، مالکیت حقیقی مبیع را به مشتری اصیل منتقل کند. مالکیت ظاهری مجیز و به دنبال آن مؤثر بودن اجازه مجیز تا زمانی تصویر می‌شود که معلوم نباشد مالک حقیقی چه کسی است و زمانی که طبق مبنای کشف، مالکیت واقعی و حقیقی مشتری از روز شنبه کشف شد دیگر امکان ندارد که مالکیت مجیز را هم تا بعد از شنبه تصویر کنیم که بتواند بیع فضولی را اجازه کند.

اصل اشکال این است که شرط مالکیت برای مجیز یک شرط واقعی است (مانند شرط طهارت برای نماز) نه شرط علمی (مانند شرط چهر قرائت در نماز صبح) لذا اگر بعدا هم کشف بشود که شرط واقعی وجود نداشته عمل باطل است، شمای مرحوم تستری در عقد

فضولی عادی (نه فرع محل بحث) می‌گوید ملکیت مالک اصلی تا روز دوشنبه یک ملکیت ظاهری است اشکال ما این است که شرط مالکیت مجیز یک شرط واقعی است و هر زمان که بفهمیم مجیز مالک واقعی نبوده اجازه او هم بی فائده خواهد بود. پس اینکه با اجازه مجیز در روز دوشنبه کشف کنیم مشتری از روز شنبه مالک حقیقی بوده است لازمه‌اش این است که مالک از شنبه تا دوشنبه مالک حقیقی مبیع نبوده است. چگونه کسی که مالک حقیقی نبوده توانسته با اجازه دادنش، مالکیت حقیقی را به مشتری اصیل منتقل کند.

اشکال دوم: نکته دیگری مرحوم تستری ذیل جواب از ان قلت فرمودند که جواب مذکور به عنوان "قلنا" نسبت به ما نحن فیه جاری نیست یعنی اصل بیع فضولی را با تصویر ملکیت حقیقی مشتری اصیل و ملکیت صوری و ظاهری مالک اصلی درست کردیم لکن این جواب در فرع محل بحث کارساز نیست زیرا در ما نحن فیه روز دوشنبه باید مالکیت مالک اصلی بر مبیع حقیقی باشد تا بتواند مبیع را به فضولی بفروشد.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این کلام هم تحکّم صرف و غیر قابل پذیرش است زیرا وقتی ادعا می‌کنید در عقد فضولی عادی، مالکیت مالک اصلی، صوری است خب چه اشکال دارد که در ما نحن فیه همین ملکیت صوری را به بایع فضول منتقل کند و بایع فضول هم بر اساس همین ملکیت صوری بیع اول را اجازه کند و در نتیجه کشف شود که مشتری اصیل مالکیت حقیقی بر مبیع داشته است.

اشکال سوم: خود مرحوم تستری در استدلال بر صوری و ظاهری بودن مالکیت مالک اصلی فرمودند اجازه در واقع رفع ید و اسقاط حق مالک است، خب اگر این ید و حق، صوری و ظاهری باشد دیگر اثری نخواهد داشت زیرا مالک اصلی در واقع ملکیت، ید و حق ندارد که به مشتری منتقل کند.

اشکال چهارم: نزد عرف بدیهی است که اجازه مالک در واقع رفع ید از ملکیت واقعی است نه یک فعل و رفتار صوری و ظاهری.

و التحقیق أن الإشکال إنما نشأ ...، ص ۴۴۲، س ۱۴

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند پاسخ اصلی از اشکال به جمع بین مالکین در تمام عقود فضولی اعتقاد به همان مبنای کشف حکمی است که در مباحث قبل و تبیین کشف و نقل بر خلاف مشهور به آن معتقد شدیم. مشهور معتقد به کشف حقیقی با گرایش شرط متأخر بودند که اجازه کاشف از انتقال ملکیت از همان لحظه عقد است اما کشف حکمی این بود که اجازه کشف می‌کند از تحقق آثار ممکنه من حین العقد مانند نماء اما تحقق ملکیت فقط از لحظه اجازه ممکن است. طبق مبنای کشف حکمی نه اجتماع مالکین در مطلق عقود فضولی می‌شود و نه اجتماع مآک ثلاثه در فرع محل بحث می‌شود. به جدول زیر دقت کنید که زمان مالکیت‌ها مشخص شده‌اند:

شنبه: عقد فضولی	دوشنبه: عقد بین مالک اصلی و فضول	چهارشنبه: اجازه فضول	
مالکیت ندارد	مالکیت ندارد	مالکیت دارد	مشتری اصیل <<
مالکیت دارد	مالکیت ندارد (چون فروخته است)	مالکیت ندارد	مالک اصلی <<
مالکیت ندارد	مالکیت دارد (چون خریده است)	مالکیت ندارد (چون اجازه داد)	فضول <<

الخامس: أن الإجازة المتأخرة ...، ص ۴۴۳، س ۲

اشکال پنجم:

پنجمین اشکال مرحوم تستری به صحت فرع محل بحث (من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز) دو بُعد دارد:

بُعد اول: لزوم دور.

مرحوم تستری می‌فرمایند طبق مبنای کشف باید بگوییم با اجازه فضول در روز چهارشنبه کشف می‌کنیم مشتری اصیل از همان روز شنبه مالک مبیع بوده است، لذا بیعی که مالک اصلی و فضول روز دوشنبه انجام داده‌اند بر ملک مشتری و بدون اجازه مشتری انجام شده، اشکال این است که صحت عقد فضولی و مالکیت مشتری اصیل بر مبیع متوقف است بر اجازه فضول در روز چهارشنبه و مالکیت فضول هم متوقف است بر اجازه مشتری نسبت به بیع روز دوشنبه.

پس مالکیت فضول متوقف شد بر مالکیت مشتری اصیل و مالکیت مشتری اصیل هم متوقف شد بر مالکیت فضول.

به عبارت دیگر اجازه فضول متوقف شد بر اجازه مشتری اصیل و اجازه مشتری اصیل متوقف شد بر اجازه فضول.

ادامه اشکال خواهد آمد.

دو نکته پیش فرض در این اشکال مورد توجه است:

الف: معامله و داد و ستد نزد عقلا به معنای جابجایی عوض و معوض است. یعنی فرد فقط در مقابل دریافت کالا حاضر است پول بدهد. ب: در معامله و تبادل، عقلا مقید هستند که بین ثمن و مثن یا همان عوض و معوض تساوی برقرار باشد یعنی به همان اندازه که پول می‌دهند کالا دریافت کنند.

مرحوم تستری می‌فرماید عقیده به مبنای کشف علی المشهور، با صحت عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" قابل جمع نیست زیرا از دو جهت مستلزم محال است:

جهت اول: محرومیت مالک اصلی از ثمن و مثن

اجازه مالک دوم (فضول) در روز چهارشنبه کشف می‌کند مشتری اصیل از همان روز شنبه مالک مبیع (موتور) بوده است، از طرف دیگر مالک اصلی و فضول روز دوشنبه ملک مشتری را معامله کرده‌اند لذا باید ثمن را به مشتری بپردازند، یعنی هم مبیع و موتور از مالک اصلی گرفته شده و به مشتری داده شده زیرا عقد فضولی شنبه صحیح شد هم ثمن آن از مالک اصلی گرفته شده و به مشتری داده شده زیرا مالک اصلی روز دوشنبه ملک مشتری را فروخته است پس پول موتور را باید به مشتری بدهد. و اینکه مالک اصلی هم کالا را بدهد هم پول آن را محال است عادتاً، عرفاً و عقلاً.

جهت دوم: جمع بین عوض و معوض نزد مشتری

از طرفی اجازه مالک دوم (فضول) در روز چهارشنبه کاشف است از مالکیت مشتری اصیل نسبت به موتور از همان شنبه، از طرف دیگر مالک اصلی روز دوشنبه ملک مشتری را (در بیع دوم) فروخته پس باید ثمن را به مشتری بدهد و این هم مستلزم جمع بین عوض و معوض نزد مشتری است و هذا محال عادتاً، عرفاً و عقلاً. جمع بین عوض و معوض نزد مشتری سه حالت دارد:

حالت اول: مشتری در عقد فضولی روز شنبه موتور را به ده میلیون تومان خرید، در بیع دوم هم مالک اصلی موتور را به ده میلیون تومان فروخت لذا باید به مشتری ده میلیون تومان بدهد، در این حالت جمع بین عوض و معوض شد و دو ثمن هم مساوی هستند یعنی هم موتور در ملک مشتری است هم ده میلیون تومان. (إن اتحد الثمنان یعنی اگر قیمت در بیع اول و دوم مساوی باشد)

حالت دوم: مشتری در عقد فضولی موتور را به یازده میلیون تومان خرید و مالک اصلی هم در بیع دوم موتور را به ده میلیون فروخت باید این ده میلیون تومان را به مشتری بدهد. اینجا معوض و کمتر از مقدار عوض نزد مشتری جمع شد (یعنی موتور یازده میلیونی و ده میلیون تومان نزد مشتری جمع شد) (إن زاد الأول یعنی اگر قیمت مبیع در عقد بیع اول بیشتر از عقد دوم باشد)

حالت سوم: مشتری در عقد فضولی موتور را به ۹ میلیون تومان خرید و مالک اصلی هم در بیع دوم موتور را به ۱۰ میلیون تومان فروخت و باید این ده میلیون تومان را به مشتری بدهد. اینجا هم معوض (موتور) و بیشتر از مقداری که برای خرید موتور پول داده بود نزد مشتری جمع شد. (إن نقص یعنی اگر قیمت مبیع در عقد اول کمتر از عقد دوم باشد)

در هر سه حالت جمع بین عوض و معوض نزد مشتری است و هذا محال عادتاً، عرفاً و عقلاً.

و الجواب عن ذلك ...، ص ۴۴۳، س آخر

نقد اشکال پنجم:

مرحوم شیخ انصاری در نقد پنجم می‌فرماید جواب همان مطلبی است که در نقد اشکال چهارم و سوم گفتیم که این اشکالات مبتنی است بر کاشفیت اجازه از صحت عقد در روز شنبه که این مبنا باطل است و طبق تفسیری که از کاشفیت ارائه دادیم، اجازه طبق نظر مشهور کاشف است از انتقال ملکیت از اولین لحظه امکان انتقال که روز دوشنبه است.

پس منشأ هر سه اشکال اخیر ابتناء بر مبنای مذکور است که در هر سه اشکال به بیانهای مختلف از جانب مرحوم محقق ثانی و مرحوم فخر المحققین مطرح شده و مرحوم تستری بیان کرده‌اند و ما مبنا را نقد کردیم لذا هر سه اشکال منتفی خواهد بود.

السادس: أن من المعلوم ...، ص ۴۴۴، س ۵

اشکال ششم:

می‌دانیم که فسخ بر دو قسم است یا قولی است مثل اینکه مالک نسبت به عقد فضولی روز شنبه بگوید فسختُ العقد، و یا فعلی است یعنی مالک عملی انجام دهد که لازمه آن فسخ عقد فضولی باشد.

در ما نحن فیه وقتی روز دوشنبه مالک اصلی مبیع را به فضول می‌فروشد نشان دهنده این است که عقد فضولی را فسخ کرده و پایبند به عقد فضولی نیست لذا عقد فضولی دیگر قابل تصحیح و اجازه نیست. اگر عقد اول صحیح بود باید ثمن به ملک مالک اصلی در می‌آمد اما وقتی مالک رفتاری بر خلاف پایبندی به عقد اول انجام داد حتی اگر اصلاً از عقد فضولی اطلاع نداشت باز هم سبب فسخ فعلی عقد فضولی می‌شود و در مباحث جلسات قبل خواندیم که اجازه مسبوق به ردّ نمی‌تواند عقد فضولی را تصحیح کند لذا اجازه روز چهارشنبه هم فائده‌ای ندارد و نمی‌تواند عقد فضولی مذکور را تصحیح نماید.

در هر صورت عقد فضولی تا قبل از اجازه مالک مانند عقد جائز است که مالک حق اجازه یا ردّ دارد بلکه عقد فضولی اولی به جواز است زیرا در عقود جائز (مثل بیع ب خیار شرط) خود مالک عقد را منعقد کرده باز هم می‌گوییم حق اجازه یا ردّ دارد اما در عقد فضولی مالک دخالتی در انعقاد و انشاء عقد نداشته لذا به طریق اولی حق اجازه یا ردّ خواهد داشت؛ پس چنانکه تصرف منافی با مقتضای عقد مبطل عقود جائز است تصرف منافی با مقتضای عقد در عقد فضولی هم مبطل خواهد بود.

نقد اشکال ششم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید قبول داریم که فسخ بر دو قسم است یا قولی است یا فعلی؛ لکن فسخ فعلی به معنای ابطال عقد نیست بلکه به معنای ملحق نشدن اجازه از جانب صاحب اجازه است.

توضیح مطلب: می‌فرمایند اگر صاحب اجازه، صراحتاً بگوید فسخ العقد الفضولی، اینجا عقد فضولی باطل و کالعدم است لکن اگر فعل و تصرف منافی با مقتضای عقد فضولی انجام دهد چه با اطلاع از عقد فضولی باشد چه بدون اطلاع از عقد فضولی باشد سبب ابطال عقد فضولی نیست زیرا دلیلی نداریم بر ابطال عقد فضولی. ابتدای مبحث عقد فضولی ثابت کردیم عقد فضولی عقدی است که از حیث انشاء و سایر شرائط هیچ نقص و مشکلی ندارد غیر از اینکه باید اجازه صاحب اجازه به آن ضمیمه شود پس عقد فضولی معلق می‌ماند تا زمانی که اجازه ملحق شود اما اگر صاحب اجازه به جای اجازه دادن رفتار منافی با عقد فضولی انجام داد دو صورت دارد:

صورت اول: تصرف (و فسخ فعلی) صاحب اجازه در آنچه نسبت به آن عقد فضولی منعقد شده سبب می‌شود دیگر محل و امکان اجازه از او سلب شود لکن باز هم عقد فضولی معلق خواهد ماند.

مثال: زید خانمی را فضولتا به عقد خود درآورده، و خانم هم قبل از اطلاع از این عقد نکاح فضولی، با عمرو ازدواج می‌کند، این ازدواج فعل منافی با مقتضای عقد نکاح فضولی است لکن با تحقق ازدواج با عمرو، دیگر امکان اجازه و تصحیح عقد فضولی وجود ندارد. **صورت دوم:** تصرف (و فسخ فعلی) صاحب اجازه در آنچه نسبت به آن عقد فضولی منعقد شده سبب می‌شود فقط این مالک اصلی حق اجازه نداشته باشد لذا اگر مالک اصلی چه با اطلاع از عقد فضولی چه بدون اطلاع از عقد فضولی مبیع و ملکش را به فردی فروخت معلوم می‌شود دیگر حق اجازه نسبت به عقد فضولی ندارد (محل اجازه نسبت به او از بین رفت)، لکن عقد فضولی همچنان باقی و معلق بر اجازه مالک بعدی است یعنی اگر فردی که از مالک اصلی مبیع را خریده است همان عقد فضولی را اجازه کند عقد فضولی تصحیح خواهد شد. اینجا می‌گوییم محل اجازه نسبت به مالک اصلی (مالک اول) فوت شد اما نسبت به مالک یا مالکان بعدی این مبیع همچنان باقی است.

نعم لو فسخ المالك ...، ص ۴۴۵، س ۹

جمع بندی مطلب این است که فسخ بر دو قسم است:

الف: فسخ قولی. مالک انشاء می‌کند فسخ را و می‌گوید: "فسختُ العقد الفضولی" اینجا عقد فضولی باطل است به دو دلیل: ۱. اجماع. ۲. الناس مسلطون علی أموالهم می‌گوید مالک حق دارد ارتباط دیگران با مال خودش را قطع کند که نتیجه آن ابطال عقد فضولی است. **ب:** فسخ فعلی. لکن این فسخ فعلی وابسته به قصد مالک است لذا:

– اگر مالک قصدش از انجام بیع دوم و فروش مبیع به فرد دیگر ابطال اثر عقد فضولی به صورت فی الجمله بوده، مسلماً چنین حقی دارد لکن فی الجمله یعنی دیگر عقد فضولی با اجازه او قابل تصحیح نیست و محل اجازه نسبت به او فوت شده اما عقد فضولی همچنان متزلزل و باقی است و مالک بعدی می‌تواند با اجازه دادن عقد فضولی، سبب تصحیح و تمامیت سبب در عقد فضولی شود.

– اگر مالک قصدش از انجام بیع دوم ابطال عقد فضولی به طور کامل باشد چنین چیزی را قبول نداریم زیرا دلیل شرعی، عرفی و عقلایی بر آن نداریم و اگر هم به این فعل مالک فسخ یا ردّ گفته می‌شود نه اینکه این فعل سبب ابطال عقد فضولی شود بلکه فقط سبب فوت محل اجازه نسبت به مالک اصلی می‌شود لذا اگر بعد از این فسخ فعلی، عقد فضولی را اجازه هم بدهد فائده‌ای ندارد چون مسبوق به ردّ است اما مالک یا مالکان بعدی می‌توانند با اجازه خودشان عقد فضولی را تصحیح و تکمیل کنند.

اگر مالک از عقد فضولی اطلاع داشته و قصدش از تصرف و انجام بیع در روز دوشنبه، فسخ فعلی عقد فضولی بوده بعید نیست که مانند انشاء قولی آن را مبطل عقد فضولی بدانیم. لکن این مطلب خللی در مدعای ما وارد نمی‌کند زیرا مدعای که جلسه قبل تبیین کردیم ما این بود که صرف تصرف و بیع مالک در روز دوشنبه به معنای فسخ و ابطال عقد نیست بلکه به معنای تفویض محل اجازة نسبت به مالک است مگر اینکه مالک با اطلاع از عقد فضولی، بیع روز دوشنبه را به قصد ابطال عقد فضولی شنبه انجام داده باشد که در این صورت مانند انشاء قولی مبطل خواهد بود.

شاهد بر اینکه صرف تصرف مالک به معنای فسخ عقد فضولی و ابطال آن نیست این است که اگر مالک صرفاً تصرف و بیعی در مبیع انجام داد و بعداً کشف شد که بیعش باطل بوده است، عقد فضولی به حال خود باقی خواهد بود و همچنان قابلیت دارد که با ملحق شدن اجازة تصحیح شود.

اشکال: مستشکل در نقد مدعای مرحوم شیخ انصاری مبنی بر عدم ابطال عقد فضولی به صرف تصرف دو مورد نقض اشاره می‌کند و می‌گوید در عقود جائز مانند هبه و بیع خیاری، اگر مالک کالای هدیه داده شده یا فروخته شده را به فرد ثالثی بفروشد این بیع دوم مبطل عقد اول خواهد بود در حالی که شما ادعا می‌فرمایید مبطل عقد اول نیست.

توضیح مطلب: هبه یک عقد جائز است فرض کنید زید یک کتاب را به غیر ذی رحم و غیر معوضه هدیه داد و مثلاً قبل از اینکه هدیه گیرنده آن را دریافت کند همان کتاب را به بکر فروخت، در اینجا فقهاء می‌فرمایند این تصرف مبطل عقد قبلی یعنی هبه است.

همچنین اگر زید کتاب را به عمرو بفروشد به شرطی که تا یک روز حق فسخ داشته باشد، که اصطلاحاً بیع خیاری و عقد جائز است، و قبل از دریافت کتاب توسط عمرو مشتری، کتاب را به بکر بفروشد، اینجا هم فقها می‌فرمایند این تصرف مبطل عقد قبلی است.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند بین عقود جائز از جمله دو مورد مذکور با ما نحن فیه تفاوت است به این بیان که در عقود جائز یک عقد تام الأجزاء و الشرائط محقق شده و ملکیت کتاب به هدیه گیرنده و مشتری منتقل شده است لذا جواز تصرف مالک در کتاب و فروش آن به بکر لزوماً به معنای ابطال عقد اول است زیرا نمی‌تواند در ملک هدیه گیرنده و مشتری بدون اجازة آنان تصرف نماید. پس فروش کتاب به بکر به معنای ابطال عقد اول است و امکان ندارد در عین اینکه کتاب ملک هدیه گیرنده باشد ملک بکر هم باشد. اما در ما نحن فیه مالک کتاب و ملک خودش را می‌فروشد زیرا عقد فضولی شنبه را اجازة نداده بود، پس تحقق بیع دوم متوقف بر ابطال عقد فضولی نیست بلکه نهایتاً چنانکه توضیح دادیم محل اجازة نسبت به مالک فوت می‌شود اما مالک بعدی می‌تواند با اجازة کردن عقد فضولی، آن را تصحیح و تکمیل کند.

و من ذلک يظهر ...، ص ۴۴۶، س ۸

می‌فرمایند با جواب از اشکال معلوم می‌شود که مدعای مرحوم تستری در پایان اشکال ششم صحیح نیست. ایشان عقد فضولی و ما نحن فیه را به سایر عقود جائز تشبیه کردند و فرمودند چنانکه تصرف منافی با مقتضای عقد اول مبطل عقد جائز است پس در ما نحن فیه هم تصرف مالک مبطل عقد فضولی است. این کلام هم صحیح نمی‌باشد زیرا قیاس عقد متزلزل از حیث حدوث (عقود جائز) به عقد متزلزل از حیث بقاء (ما نحن فیه) مع الفارق است چنانکه در جواب از اشکال توضیح دادیم.

السابع: الأخبار المستفیضة ...، ص ۴۴۶، س ۱۳

اشکال هفتم

هفتمین و آخرین اشکال مرحوم تستری به صحت عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" تمسک به روایات است. *

مرحوم تستری می‌فرمایند دو طائفه روایات داریم طائفه اول قانون کلی و عامی را بیان می‌کند که دلالت بر بطلان عقد فضولی محل بحث دارد و طائفه دوم روایات مربوط به موارد خاصی است که دلالت بر بطلان عقد محل بحث دارند.

طائفه اول:

روایات مستفیضه‌ای داریم که حکایت می‌کنند از نهی رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم از بیع مال دیگران با تعابیری همچون: "لا تبع ما لیس عندک" و "لا بیع الا فی ملک".

نهی از بیع در اینجا نهی تکلیفی و حرمت گفتن "بعث و اشتریت" نیست بلکه مقصود بطلان بیع ملک دیگران است.

نسبت به نهی مذکور دو احتمال است:

احتمال یکم: بیع مذکور باطل است مطلقاً چه نسبت به مخاطب چه نسبت به مالک. (مخاطب همان فضولی یا غاصب است که صیغه "لاتبع" به او خطاب شده است) یعنی انجام بیع فضولی باطل است و قابل تصحیح نیست نه توسط فضول و نه توسط خود مالک و اجازه او.

احتمال دوم: بیع مذکور نسبت به خصوص مخاطب یعنی شخص فضول باطل است. (اما نسبت به مالک در صورت الحاق اجازه، ممکن است قابلیت تصحیح داشته باشد)

در سال گذشته مبحث أدله و روایات عقد فضولی ثابت کردیم روایات عقد فضولی از احتمال دوم سخن می‌گویند.

لکن هر دو احتمال دلالت می‌کنند بر اینکه بیع مال دیگران برای خویش باطل است لذا در ما نحن فیه "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" باید بگوییم اصل عقد فضولی باطل است مطلقاً یعنی چه بعداً فضول مالک همین مال بشود یا مالک نشود و در صورت مالک شدن چه عقد اول را اجازه کند چه اجازه نکند. البته روشن است که روایت ناظر به صورتی است که شخص فضول بعد از بیع فضولی لنفسه، مالک مبیع شود که روایت می‌گوید باز هم عقد فضولی توسط او قابل تصحیح نیست و الا اگر فرض کنیم فضول بیعی را لنفسه انجام داد و بعداً هم در بیع دومی آن را مالک نشد روشن است که نه عقد فضولی صحیح واقع شده و نه فضول بعداً مالک شده که بتواند خودش عقد فضولی را اجازه و تصحیح کند.

طائفه دوم خواهد آمد.

تحقیق:

* به کتاب مقابس الأنوار مرحوم تستری، صفحه ۱۳۵ مراجعه نمایید و به دو سؤال پاسخ دهید:

سؤال یکم: تعداد اشکالاتی که مرحوم تستری در کتابشان شماره زده‌اند چند سؤال است؟

سؤال دوم: اشکال هفتم در کلام مرحوم شیخ انصاری چندمین شماره در کلام مرحوم تستری است؟

در این رابطه اگر تفاوتی ملاحظه می‌کنید وجه آن را توضیح دهید.

** مرحوم امام در کتاب البیع، ج ۲، ص ۳۶۴ می‌فرمایند: نزدیک هاهنا: بأن الاحتمالات فيه كثيرة، مع قطع النظر عن صدر رواية حکيم و سائر القرائن، کاحتمال کون المراد بالموصول الأعيان الخارجیة، أو الكلّي، أو الأعمّ. و احتمال کون المراد بلیس عندک عدم کونه مملو کاً، أو تحت سلطته، أو الأعمّ. و کاحتمال أن یكون النهی للإرشاد إلى البطلان، أو للتحريم، أو للتنزیه، أو الإرشاد بالنسبة إلى بعض مفاده، و للتنزیه بالنسبة إلى بعض. و الجمع بینهما لا مانع منه عقلاً، لا لأجل جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنی واحد كما هو التحقيق، بل لأنّ النهی و الأمر لا یستعملان في جميع الموارد إلّا في المعنی الحقيقي، و هو الزجر و البعث، و لا دلالة لشيء منهما على الحرمة و الوجوب كما قرّرنا في محلّه، و إنّما یستفاد الإرشاد و غیره منهما من المناسبات بین الموضوعات و الأحکام.

پیش مطالعه:

به کتاب مرحوم تستری، مقابس الأنوار، ص ۱۳۵ مراجعه کنید و عبارت ایشان را با عبارت مرحوم شیخ انصاری در نقل قول از ایشان را مقایسه کنید و تفاوت الفاظ را اشاره کنید. فقط نسبت به این قسمت از عبارت که مرحوم شیخ انصاری نقل می‌فرمایند: "روایة یحیی بن الحجاج المصححة إليه".

دومین طائفه از روایاتی که مرحوم تستری با تسمک به آنها عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجازه" را باطل می‌داند روایاتی است که در موارد خاص مطرح شده که به پنج روایت اشاره می‌کنند:

روایت اول: روایت یحیی بن الحجاج

نسبت به سند این روایت مرحوم شیخ انصاری تعبیری دارند که بین بعضی از محشین و شارحان مکاسب اختلاف شده است. *

تعبیر این است که "روایة یحیی بن الحجاج المصححة إلیه" نسبت به این تعبیر چند نکته بیان می‌کنیم:

نکته اول: عبارت مرحوم تستری در کتاب مقابس الأنوار، صفحه ۱۳۵ به شکل دیگری است، ایشان می‌فرمایند: "منها ما رواه الشيخ و الكلینی فی الصحیح عن یحیی بن الحجاج".

نکته دوم: تعبیر به "صحیح" به معنای صحیح دانستن سند روایت است لکن تعبیر "مصححة" و تعبیر "مصححة إلی" تفاوت دارد.

"مصححة" بر دو معنا می‌تواند دلالت کند:

معنای یکم: گوینده این تعبیر خودش سند را بررسی نکرده بلکه به تبع دیگران آن را صحیح می‌داند.

معنای دوم: در سند این حدیث اشکالی بوده که باعث شده بعضی آن را موثقه یا ضعیفه بدانند لکن به نظر گوینده این تعبیر آن اشکال قابل جواب است. **

نکته سوم: تعبیر "الیه" یعنی اشخاص موجود در سند تا راوی مذکور ثقة هستند اما راوی بین او و امام معصوم محل اشکال و تأمل است.

نکته چهارم: آنچه به عنوان جمع‌بندی می‌توان گفت این است که تعبیر "المصححة إلیه" که البته در کلمات دیگران به صورت "الصحیحة إلیه" یا "الصحیح إلیه" بکار می‌رود در کلمات مرحوم شیخ انصاری در هفت مورد از کتب مختلفشان از رساله فی الموارث، کتاب الزکاة، کتاب الصوم، کتاب الخمس و کتاب الصلاة و مکاسب این تعبیر یافت شد که بعضا نسبت به بعضی از مراسلات ابن ابی عمیر، بزنی و یونس بکار برده شده که نشان می‌دهد این تعبیر را به قصد دلالت بر وجود سقط در حدیث بکار می‌برند و خودشان سند را بررسی نکرده‌اند. البته در خصوص این روایت محل بحث، وجود سقط در سند قابل پذیرش نیست لذا تعبیر "الیه" در اینجا مفهوم ندارد.

اما نسبت به دلالت حدیث یحیی می‌گوید از امام صادق علیه السلام سؤال کردم فردی (مشتری) به من می‌گوید برای من این لباس و دایه را بخر و به من بفروش به اندازه معینی هم سود به تو می‌دهم، حضرت فرمودند اشکالی ندارد لکن اول خودت آن لباس و دایه را بخر (بعد به او بفروش)، نباید با (ایجاب و قبول) این فرد بیع را تمام کنی قبل از اینکه از صاحب آن لباس و دایه طلب صیغه ایجاب (و انجام بیع) کنی یا از صاحب کالا بخری.

حضرت می‌فرمایند اگر اول کالایی که مالک نیست را در یک بیع الزام آور به مشتری بفروشی و بعد از آن دنبال خرید کالا از مثلا کلی فروش بروی این بیع باطل است بلکه اول خودت کالا را بخر بعد به مشتری بفروش.

استدلال مرحوم تستری به این روایت چنین است که در ما نحن فیه فضول ابتدا روز دوشنبه کالا را به مشتری اصیل فروخته سپس روز دوشنبه خودش کالا را خریده است، چنین بیعی بر اساس صریح روایت مذکور باطل است.

روایت دوم: خالد بن حجاج

برادر یحیی بن حجاج یعنی خالد نقل میکند از امام صادق علیه السلام پرسیدم فردی (مشتری) نزد من می‌آید و می‌گوید این لباس را برای من بخر مقدار معینی سود به تو می‌دهم. حضرت فرمودند آیا چنین نیست که بعد از این صحبت با شما اگر خواست برای خرید آن

لباس از شما مراجعه کند و اگر نخواست مراجعه نکند؟ عرض کردم بله همینطور است (یعنی بعد از اینکه من کالا را خریدم مجبور نیست آن را از من تحویل بگیرد چون بیع الزام آوری بین ما انجام نشده بلکه مشتری صرفاً اعلام کرده اگر این کالا را داشته باشم مایل به خرید خواهد بود) حضرت فرمودند در این صورت اشکالی ندارد همانا کلام می‌تواند سبب حلیت شود و می‌تواند سبب حرمت شود.

محتوای این روایات پنج‌گانه یکی است لذا تطبیق بر استدلال مرحوم تستری در همان روایت اول انجام شد.

در رابطه با جمله "إنما یحلل الکلام و یحرّم الکلام" مرحوم شیخ انصاری در بحث معاطات پنج معنا و احتمال ذکر کردند. مرحوم تستری هم در اینجا به سه احتمال اشاره می‌کنند و می‌فرمایند طبق هر سه احتمال، روایت دلالت بر بطلان عقد فضولی محل بحث دارد. احتمال اول: مقصود از کلام، عقد بیع (بعث و اشتريتُ گفتن) است و زمان گفتن این کلام قبل از خرید و شراء بایع از کلی فروش است یعنی اگر این کلام قبل شراء نباشد (نفیا) حلال و اگر قبل شراء باشد (اثباتاً) حرام است.

احتمال دوم: مقصود از کلام، عقد بیع است که اگر بعد از شراء بایع باشد حلال و اگر قبل شراء باشد حرام است.

احتمال سوم: مقصود از کلام اگر صحبتها و چانه‌زنی قبل بیع باشد حلال و اگر صیغه بیع الزام آور باشد حرام است.

روایت سوم: صحیح ابن مسلم

می‌گوید از حضرت سؤال کردم از فردی (مشتری) که می‌رود نزد فرد دیگر (بایع) و می‌گوید کالای خاصی را برای من بخر ان شاء الله می‌آیم از تو می‌خرم یا نقدی یا نسیه و بایع هم به خاطر او این کالا را می‌خرد، (این معامله چه حکمی دارد؟) حضرت فرمودند: اشکالی ندارد بعد از اینکه بایع خرید و مالک شد می‌تواند به این مشتری بفروشد.

روایت چهارم: صحیح منصور بن حازم

می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم فردی (مشتری) امر می‌کند به فرد دیگر (بایع) که برای او کالایی را بخرد تا این مشتری از او بخرد، حضرت فرمودند اشکالی ندارد لکن بعد از اینکه بایع خودش کالا را خرید می‌تواند به مشتری بفروشد.

روایت پنجم: صحیح معاویه بن عمار

می‌گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم فردی (مشتری) می‌آید نزد من و درخواست معامله مقداری پارچه حریر را دارد اما من حریر ندارم با هم گفتگو می‌کنیم (که من برای او تهیه کنم و نسبت به) مقدار و درصد سود و زمان تحویل به توافق می‌رسیم، سپس می‌روم که حریر پیدا کنم و او را دعوت به معامله کنم، (حکم این معامله چیست؟) حضرت فرمودند (صحبت‌های شما چگونه بوده است) اگر آن مشتری همان حریر را در جای دیگر (با کیفیت بهتر یا قیمت پایین‌تر) پیدا کرد آیا طبق صحبت‌هایتان مجاز است سراغ آن برود و معامله با تو را رها کند؟ یا اگر تو مشتری بهتری پیدا کردی طبق صحبت‌هایتان می‌توانی معامله با او را رها کنی؟ عرض کردم بله. فرمودند پس اشکال ندارد.

مرحوم تستری در بیان استدلال به این روایات می‌فرماید بعضی از این روایات تعلیل و أداة حصر (إنما) آمده که مفهوم دارد و در بعضی شان نیامده لکن مورد روایت کاملاً بر بحث ما منطبق است، در هر صورت دلالت می‌کنند بر اینکه اگر بایع فضولی کند و مال دیگران را به مشتری بفروشد قبل از اینکه خودش آن مال را از کلی فروش بخرد، چنین معامله‌ای باطل است زیرا طبق این روایات در صورتی معامله‌شان صحیح است که در بیع اول بایع کالا را (مثلاً از کلی فروش) بخرد سپس در بیع دوم کالایی را که مالک شده و ملکیتش هم استقلالاً نه فضولی، به مشتری بفروشد و در صحبت‌های با مشتری قبل معامله‌شان هم هیچ الزامی بر مشتری و التزامی بر خودش نسبت به آن مبیع وجود نداشته باشد. در حالی که این شرط در ما نحن فیه رعایت نشده پس عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" باطل است.

قبل از ورود به جواب مرحوم شیخ انصاری لازم است اشاره شود به اینکه این نوع بیع یعنی (من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجازه) در زمان ما شیوع بیشتری دارد. موارد مختلفی پیش می‌آید که در یک پاساژ که بورس یک کالای خاص است وقتی انسان برای خرید کالایی مثل کتاب، مراجعه می‌کند فروشنده نمی‌گوید ندارم بلکه سریع به دنبال تهیه کتاب مورد نظر از همکارانش می‌رود که در اینجا همین بحث مطرح است اگر ابتدا به مشتری بفروشد و بیع را الزام آور کند سپس برود به دنبال خرید از همکار و تحویل به مشتری این بیع باطل است و اگر ابتدا از همکارش بخرد سپس به مشتری بفروشد صحیح است. همچنین خیلی از بیع‌های اینترنتی همین‌گونه است در مواردی که فروشنده کالا را ندارد با شما هماهنگ می‌کند که برایتان تهیه و ارسال می‌کند و شما درب منزل هزینه را نقد یا آنلاین پرداخت کنید چنین بیعی صحیح است زیرا هر چند موقع درخواست شما کالای مورد نظر را نداشته لکن اول خریده سپس به شما می‌فروشد. همچنین مواردی از معاملات در سایت معروف دیجی کالا چنین است. سایت آمازون که یک سایت فروش کالا در آمریکا با سطح فروش جهانی است و از شرکتهای معتبر و مهم دنیا است، به جهت تحریم ارسال کالا به ایران ندارد لذا سایتهایی در ایران هستند که سفارش کالا از آمازون را برای کشور ترکیه ثبت می‌کنند و به دست مشتری ایرانی می‌رسانند، از شما سفارش می‌گیرند و همان ابتدا مبلغ کالا به علاوه هزینه پست به علاوه سود خودشان را از مشتری دریافت می‌کنند و بعد از خرید از آمازون برای مشتری ارسال می‌کنند، حال اگر پولی که از مشتری دریافت کرده‌اند به معنای یک معامله تمام شده و الزام آور و غیر قابل برگشت باشد معامله باطل است اما در مواردی چنین است که فردی که واسطه است اعلام می‌کند به مشتری که تا قبل از اینکه خود با بیع از مالک خریده مشتری فرصت دارد که معامله را کنسل کند و پولش را دریافت کند در این صورت معامله صحیح است زیرا صورت مسأله چنین است که وقتی با بیع (واسطه) کالا را خرید آن موقع دیگر بیع با مشتری هم نهایی و الزام آور شده نه اینکه قبل از خرید الزام آور شده باشد، پس این معامله صحیح است. البته بعضی از واسطه‌ها در اینترنت به عنوان وکیل مشتری اقدام به تهیه کالا و رساندن به دست مشتری می‌کنند که از این جهت معامله‌شان اشکالی ندارد و از محل بحث ما (بیع فضولی) خارج است. البته تحلیل فقهی صحت یا بطلان یک بیع و فتوای به جواز یا عدم جواز باید به صورت جزئی و مشخص با توجه به تمام زوایای آن انجام شود، در این مطلب فقط در صدد تبیین این نکته بودیم که فرع فقهی ما نحن فیه مصادیق زیاد دارد و بسیار مبتلا به است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

نسبت به طائفه اول که روایات عامه بودند جواب این است که عباراتی مانند "لاتبع ما لیس عندک" و "لا بیع الا فی ملک" دلالت می‌کنند بر اینکه با بیع حق ندارد چیزی را که مالک نیست به صورت قطعی و فصولتا به مشتری بفروشد که بعدا برود از مالکش بخرد و به مشتری تحویل دهد چنین بیعی باطل است و اثر بیع یعنی نقل و انتقال را به دنبال ندارد لذا نه با بیع حق دریافت ثمن دارد نه مشتری حق مطالبه ثمن.

نسبت به طائفه دوم و اخبار خاصه می‌گوییم تعابیر موجود در این روایات به وضوح دلالت می‌کنند بر بطلان بیعی که با بیع فضول به نحو قطعی و الزام آور قبل از مالک شدن انجام داده و حتی متوقف بر اجازه بعدی هم نیست در این صورت ما هم معتقدیم این معامله باطل است و مسأله و فرع فقهی‌اش به زودی خواهد آمد که بیع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک و لم یجز" باطل است.

اما بحث ما در جایی است که فضول روز شنبه مبیع و کالای دیگران را به مشتری فروخته است، سپس روز دوشنبه خودش از مالک آن کالا و مبیع را می‌خرد و چهارشنبه بیع فضولی را اجازه می‌کند، در روز شنبه هیچ بیع الزام آوری شکل نگرفته بلکه یک معامله معلق انجام شده و تا اجازه به آن ضمیمه نشود هیچ یک از با بیع و مشتری الزام و وجوب و فاء به عقد ندارند.

پس نه تنها روایات دلالت بر بطلان ما نحن فیه ندارند بلکه سند محکمی بر صحت عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" می‌باشند.

تحقیق:

* مرحوم سید یزدی صاحب عروه در حایة المكاسب، ج ١، ص ١٦٥ می فرماید: لعل وجه هذا التعبير من المصنف مع أن الوجود في المقابيس على ما قيل و منها ما رواه الشيخ و الكليني في الصحيح عن يحيى بن الحجاج قال سألت إنا تأمله في الصحة بالنسبة إلى من تقدم على يحيى من الرواة لا من جهة التأمل في وثاقته و لا في من قبله إذ هو يروي عن الإمام ع بلا واسطة مع أنه أيضا ثقة على ما في الخلاصة و النجاشي فلا وجه لما أورد عليه من أنه لا وجه لهذا التعبير بعد عدم الوسطة بينه و بين الإمام ع فإن التعبير المذكور قد يكون في مقام يكون متأملا في من تقدمه من الرواة إما واقعا أو من جهة عدم المراجعة إلى تراجمهم فتدبر

** آية الله شبيري زنجانی حفظه الله در مباحث خارج فقه كتاب البيع جلسه ١٦/٠١/٩٤ می فرماید: [يحيى بن حجاج معمولا از امام صادق عليه السلام مستقيم نقل نمی کند بلکه به واسطه برادرش خالد (که روایت دوم از برادرش خالد است) نقل می کند. و به این جهت که مضمون روایت او و برادرش مانند هم است احتمالا در سند روایت يحيى، نام خالد بن حجاج سقط شده لذا تعبیر به مصححة به جهت این سقط است که بعضی در وثاقت خالد تشکیک دارند زیرا مرحوم نجاشی اینگونه فرموده که: "ثقة و اخوه روى عن ابى عبدالله عليه السلام" این تعبیر مرحوم نجاشی باید حمل بر موارد مشابه شود و بگوئیم مقصودشان این است که یک ضمیر مستتر است یعنی اینگونه بوده: "ثقة هو و اخوه" پس نهایتا خالد هم ثقة است و اگر تعبیر المصححة اليه به جهت این سقط باشد باز هم سند صحیحه است به جهت وثاقت خالد.]

عرض می کنم: این مطالب باید تحقیق شود لکن ادعای مشابهت در این روایت يحيى با روایت برادرش اگر مقصود ایشان مشابهت بین روایت اول و دوم کتاب است که از این دو برادر می باشد قابل پذیرش نیست.

و ما قيل من أن تسليم ...، ص ۴۵۰، س ۲

مرحوم شیخ انصاری بعد از تبیین مدعای خودشان از چند اشکال جواب می‌دهند، مدعا این بود که روایات مذکور بیعی را منع و نهی می‌کنند که به صورت قطعی و الزام آور بین بایع فضول (که مالک نیست) و مشتری اصیل واقع شود نه بیعی که قطعی و تمام شده نیست بلکه معلق بر اجازه باقی مانده.

اشکال اول: مستشکل می‌گوید روایات مذکور شامل موارد بیع فضولی و معلق بر اجازه هم می‌شود لذا چنین بیعی را هم ابطال می‌کنند. توضیح مطلب: مفروض و پیش فرض در روایات این است که با انجام بیع اول تسلیم مبیع به مشتری اصیل بر بایع فضول لازم است، این تسلیم مبیع هم اجازه فعلی است، پس روایات با وجود اینکه بایع باید مبیع را به مشتری تسلیم کند می‌فرمایند بیع فضول باطل است. **جواب:** مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند أدله لزوم طیب نفس در انتقال ملکیت دلالت می‌کنند اجازه چه قولی چه فعلی، چیزی است که ناشی از سلطنت بر مال و استقلال در تصمیم‌گیری باشد لذا عرف و أدله شرعیه فردی که مجبور است اجازه دهد را مکروه می‌نامند. تسلیم مبیع را که مستشکل به عنوان اجازه فعلی و نتیجه قطعی بیع اول تصویر کرد ناشی از طیب نفس نیست بلکه ناشی از بیع الزام آوری است که بایع مجبور است مبیع را به مشتری تسلیم کند و تحویل دهد در حالی که در ما نحن فیه و عقد فضولی چنین الزامی وجود ندارد و مالک می‌تواند عقد فضولی را اجازه دهد یا رد کند، پس به تصریح روایات بیع فضولی که الزام آور نباشد و معلق بر اجازه یا رد مالک باشد صحیح است و با ضمیمه اجازه مالک این بیع نهایی و قطعی می‌شود.

به عبارت دیگر اگر بگویید پیش فرض سؤال و جواب این است که بایع فضول ملزم به تسلیم مبیع به مشتری است می‌گوییم از محل بحث ما خارج است زیرا بحث ما در جایی است بایع فضول مختار است که اجازه دهد یا رد کند. این هم نشان می‌دهد بیع الزام آوری روز شنبه انجام نشده است.

اشکال دوم: مستشکل می‌گوید در روایت دوم که روایت خالد بود حضرت تصریح دارند بیع اول بین بایع و فضول باید به گونه‌ای باشد که مشتری "إن شاء أخذ و إن شاء ترك" در این صورت است که لا بأس به و الا اگر مشتری چنین اختیاری نداشته باشد و یک بیع الزام آور محقق شده باشد "به بأس*" و باطل است. شمای شیخ انصاری در جلسه ۱۳ امسال و صفحه ۴۱۳ کتاب در بررسی سومین ثمره از ثمرات اختلاف بین مبنای کشف و نقل فرمودید طبق مبنای کشف، مشتری اصیل بعد از تحقق عقد فضولی حق تصرف در مالش که به بایع واگذار کرده را ندارد تا زمانی که مالک اجازه یا رد کند همچنین حق فسخ معامله را قبل از اجازه یا رد مالک ندارد تا تکلیف بیعشان مشخص شود. اینکه می‌فرمایید حق تصرف در مالش و حق فسخ ندارد نشان می‌دهد یک بیع الزام آور و قطعی محقق شده و طبق مدعای خودتان باید بفرمایید روایات مذکور از این بیع نهی می‌کنند.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند کلام امام صادق علیه السلام در روایت یحیی بن حجاج دلالت می‌کند نهی و بطلان مربوط به عقد و بیعی است که از جانب هر دو طرف الزام آور شده باشد نه یک طرف. امام صادق علیه السلام به یحیی فرمودند: "لاتواجهه البیع" تواجبه از باب مفاعله است و باب مفاعله وضع شده برای دلالت بر فعل طرفینی لذا حضرت از بیع الزام آور من الطرفين نهی می‌فرمایند نه بیعی که صرفاً از طرف مشتری لازم و الزام آور باشد. *

و الحاصل أن ...، ص ۴۵۱، س ۳

بررسی روایات

مرحوم شیخ انصاری به جمع‌بندی مدعیانشان می‌پردازند لکن در چند مرحله آن را بیان می‌کنند:

مرحله اول: ممنوعیت بیع ما لایملک بدون ضمیمه اجازه

قبل از تبیین خلاصه مدعای مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اصولی: دلالت نهی بر فساد

در اصول فقه مرحوم مظفر انتهای مبحث ملازمات عقلیه در آخرین مطلب از غیر مستقلات عقلیه، ج ۱، ص ۳۵۴ خوانده‌ایم که: المسألة الخامسة دلالة النهي على الفساد. تحرير محل النزاع. هذه المسألة من أمهات المسائل الأصولية التي بحثت من القديم ... المبحث الثاني النهي عن المعاملة. إن النهي في المعاملة على نحوين كالنهي عن العبادة فإنه تارة يكون بداعي بيان مانعية الشيء المنهي عنه أو بداع آخر مشابه له و أخرى يكون بداعي الردع و الزجر من أجل مبعوضية ما تعلق به النهي و وجود الحزاة فيه. فإن كان الأول فهو خارج عن مسألتنا كما تقدم في التنبيه السابق إذ لا شك في أنه لو كان النهي بداعي الإرشاد إلى مانعية الشيء في المعاملة فإنه يكون دالا على فسادها عند الإخلال لدلالة النهي على اعتبار عدم المانع فيها فتخلفه تخلف للشرط المعتبر في صحتها و هذا لا ينبغي أن يختلف فيه اثنان.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید ما دو نکته را در روایات قبول داریم:

الف: روایات چه عمومات و چه روایات خاصه دلالت می‌کنند بر نهی از فروختن شیء قبل از مالک شدن آن.

ب: این نهی هم دال بر فساد است.

مقصود از فساد بیع در ما نحن فيه یعنی بیعی که بایع قبل از مالک شدن مبیع، آن را بفروشد با توجه تقابل معنایی فساد با صحت روشن می‌شود. اگر فرض کنیم شارع بیعی را که بایع قبل از مالک شدن مبیع، آن را بفروشد صحیح دانسته یعنی امضاء و تأیید کرده، معنایش این است که مقصود عرف از انجام معامله را امضاء کرده؛ مقصود عرف از انجام چنین معامله‌ای آن است که:

۱. بعد از بیع نقل و انتقال مالکیت ثمن و مثنی انجام شود.

۲. بایع مجاز به تصرف در ثمن باشد.

۳. مشتری بتواند بایع را ملزم کند به تهیه مبیع و تحویل آن به مشتری.

۴. بایع بعد از اینکه مبیع را تهیه کرد و خرید، حق ندارد از تحویل آن به مشتری امتناع کند.

حال در روایات محل بحث که فرموده‌اند بیع مذکور فاسد است یعنی این آثار مذکور، بر آن مترتب نیست اما باید دقت کرد که فساد و عدم ترتب این آثار هیچ منافاتی ندارد با اینکه عقد مذکور قابلیت تصحیح با ضمیمه شدن اجازه را داشته باشد.

به عبارت دیگر آنچه روز شنبه واقع شده بین فضول و مشتری اصیل، بیع بدون ضمیمه اجازه مالک اصلی بوده لذا این بیع به خودی خود آثار مذکور را ندارد و فاسد به حساب می‌آید اما می‌تواند با ضمیمه شدن اجازه از جانب مالک اصلی (در روز دوشنبه) یا از جانب مالک بعدی این مبیع (که در ما نحن فيه بایع فضول بود و روز چهارشنبه اجازه می‌داد) تصحیح شود و آثار چهارگانه مذکور بر آن مترتب شود.

اعتقاد به دلالت نهی بر فساد هم تلازم ندارد با لغو بودن انشاء عقدی که بایع فضول و مشتری اصیل روز شنبه انجام داده‌اند بلکه صرفاً بی اثر است تا زمانی که اجازه ضمیمه شود.

نتیجه اینکه نهی در این روایات نهی ارشادی است یعنی ارشاد به وجود مانعی برای اثر گذاشتن منهی عنه است (منهی عنه بیع و مانع آن مالک نبودن بایع و اثر هم انتثال ملکیت است) و این منافاتی ندارد که با از بین رفتن مانع، همان بیع فضولی دارای اثر شود.

فافهم

مرحوم سید یزدی صاحب عروه در حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۶۶ می‌فرماید فافهم اشاره به نقد مدعای قبل است قد عرفت أن حال النهي في المقام حال النهي في سائر المقامات كالنهي عن بيع المجهول و نحوه فكما يفيد البطلان مطلقا فكذا في المقام و لعلّه إلى ما ذكرنا أشار بقوله فافهم.

به عبارت دیگر اشاره به نکته و اشکالی است که در اللهم إلا أن يقال مطرح خواهد شد و البته جواب داده می‌شود.

* نسبت به این مدعی مرحوم شیخ انصاری به چند نکته اشاره می‌کنم:

نکته اول: مرحوم محقق اصفهانی فیلسوف الفقهاء و فقیه الفلاسفة، در چند مورد از تألیفشان می‌فرماید معنای موضوع له باب تفاعل طرفینی بودن است لکن معنای موضوع له باب مفاعله طرفینی بودن نیست. چند مورد از کلمات ایشان را ذکر می‌کنم:

الف: در همین محل بحث ذیل این مدعی مرحوم شیخ انصاری در حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۲۲۹ می‌فرماید: " لا یخفی أنّ عنوان المفاعلة كما ذكرنا في أوائل التعليقة و في غير مورد، لا يتقوم بالإيجاب من الطرفين، بل ينسب إلى البائع هنا، أي لا توجه على نفسك في هذه المعاملة قبل أن تستوجه على نفسك في المعاملة الثانية، فلا نظر له إلى لزوم المعاملة على الأصيل. مع أنّ المراد من المواجهة- إذا كانت قائمة بالطرفين- كون كل منهما بالخيار، لا اللزوم المجموعي حتى ينتفي بانتفاء اللزوم من طرف الفضولي فقط. مضافاً إلى أنّ قوله عليه السلام (أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك) تنصيص على عدم اللزوم من طرف الأصيل، و أنّ المعاملة إذا كانت بحيث لا يتمكن المشتري من ردّها و قبولها غير نافذة."

ب: در ابتدای تعلیقه‌شان بر مکاسب (ایشان قسمت محرّمه را تعلیقه زده‌اند و از مبحث بیع شروع می‌شود) ذیل بحث از تعریف بیع به مبادله مال بمال می‌فرماید: " هذا بناء على ما هو المعروف من تقوم المفاعلة بطرفين. و التحقيق خلافه كما تشهد به الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنية و غيرها ... مما لا يصح نسبة المادة إليهما، أو لا يراد منها ذلك، بل الظاهر أنّ هيئة المفاعلة لمجرد تعديّة المادة و انبائها إلى الغير، مثلا الكتابة لا تقتضي إلّا تعديّة المادة إلى المكتوب، فيقال «كتب الحديث» من دون تعديتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم «كاتبه» فإنّه يدل على تعديتها إلى الغير، بحيث لو أريد إفادة هذا المعنى بالمجرد ل قيل «كتب اليه»."

ج: در شرح عمیق و دقیقشان بر کفایة الأصول مرحوم آخوند با نام **نهاية الدراية في شرح الكفاية**، ج ۴، ص ۴۳۷ جامع‌ترین بیان‌شان را ارائه داده و می‌فرماید: " لا يخفى عليك أن الضرار، و ان كان مصدرا لباب المفاعلة، و هو- كما في المتن- الأصل فيه أن يكون فعل الاثنين، كما هو المشهور. إلا أنه لا أصل له، كما تشهد له الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنية و غيرها، فان فيها ما لا يصح ذلك، و فيها ما لا يراد منه ذلك كقوله تعالى يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا فَانْظُرْ كَيْفَ يَخْدِعُكَ اللَّهُ وَ يَخْدِعُكَ اللَّهُ، و الى المؤمنين، لا منهما إليهم أيضا و قوله تعالى وَ مَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ يُرَؤْنَ وَ نَادِيَةٌ وَ نَافِقُونَ وَ شَاقِقُونَ وَ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَ لَا تُوَاقِدُنِي إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ. و من الاستعمالات عاجله بالعقوبة، و بارزه بالحرب، و باشر الحرب، و ساعده التوفيق، و خالغ المرأة، و واره في الأرض، فان جميع ذلك بين ما لا يصح فيه إرادة الانتساب إلى الاثنين، و ما لا يراد منه ذلك. مع أنهم فرقوا بين المفاعلة و التفاعل بعد الاشتراك في التقوم بفعل الاثنين، بالانتساب إليهما بالأصالة و الصراحة في الثاني، و بالأصالة إلى أحدهما و التبعية إلى الآخر في الأول. مع أنه غير معقول، و الوجه فيه: أن كل هيئة لا تكون موضوعة إلا بازاء نسبة خاصة من النسب، فليس مفاد هيئة (تضارب زيد و عمرو) نسبة ضرب زيد عمروا و نسبة ضرب عمرو زيدا، بل ضرب كل منهما للآخر لوحظ نسبة واحدة بينهما، و على نهج إضافة مادة واحدة إلى طرفين يعبر عنها- في الفارسية- بقولهم: (بهم زدن) فزيد و عمرو طرفا هذه النسبة الوجدانية. و عليه، فمفاد تضارب زيد عمروا إن كان هذه النسبة الخاصة، فلا فرق بينها و بين تضارب زيد و عمرو، فما وجه انتساب المادة إلى طرفيها، كما في تضارب زيد و عمرو.

ایشان در قسمتی از بیان‌شان می‌فرماید: فالحق: أن مفاد هيئة المفاعلة غير مفاد هيئة التفاعل، و أنه لا يتقوم بطرفين كما في التفاعل.

مرحوم خوئی هم در مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۲۷ توضیحات مفیدی دارند که مراجعه بفرماید.

نکته دوم: مرحوم امام در **کتاب البيع**، ج ۱، ص ۶۹ در نقد این کلام مرحوم اصفهانی می‌فرماید: " لا يصغى إلى ما قيل: إن هيئة باب المفاعلة لمجرد تعديّة المادة و انبائها إلى الغير، فلا فرق بين «كاتبه» و «كتب إليه» و لا بين «ضاربه» و «ضربه» إلّا في أنّ «كاتب» بهيئته دالّ على ما أفاد الحرف أو كان لازم النسبة، و الدليل عليه استعمال باب المفاعلة في الكلام الفصح في غير ما كان بين الاثنين. و ذلك لأنّ الاستعمال أعمّ، و لا سيّما مع قيام القرينة العقلية أو غيرها على معنى، و لا شبهة في أنّه إذا كتب إلى زيد لا يقال: «بينهما

مکاتبة» و إذا أنهى البحث إلى طرفه لا يقال: «بينهما مباحثة» أو «باحثه» إلى غير ذلك من الأمثلة. و السند هو التبادر و المعروفة عند أهل اللغة و العرف، كما اعترف بها، و ليس شيء أقرب إلى إثبات اللغة من التبادر، و لا سيما عند أهل اللغة و العرف.

نکته سوم: به چند نمونه از کلمات متخصصین ادب عربی هم اشاره می‌کنم:

الف: ابن حاجب (م ۶۴۶ هـ ق) در **الشافیه** می‌گوید: "فاعل لنسبة أصله إلى أحد الامرین متعلقا بالآخر للمشاركة" البته کاربرد باب مفاعله در معنای تفعلیل و ثلاثی مجرد را هم قبول دارد.

ب: **شرح الشافیه** رضی الدین استرآبادی (م ۶۸۶ هـ ق)، ج ۱، ص ۹۶، ایشان در صفحه ۱۰۱ ذیل عنوان الفرق بین فاعل و تفاعل می‌نویسد: ثم اعلم أنه لا فرق من حيث المعنى بين فاعل وتفاعل فى إفادة كون الشئ بين اثنين فصاعدا.

ج: سعد الدین تفتازانى در **شرح التصريف** در جامع المقدمات، ص ۱۷۸، می‌نویسد: "تاسيسه على ان يكون بين اثنين فصاعدا يفعل أحدهما بصاحبه ما فعل الصّاحب به"

نکته چهارم: در جمع‌بندی مطلب عرض می‌کنیم:

اولا: بیان تفصیلی این نکات به جهت پرکاربرد بودن این مبنا در مباحث مختلف فقهی از جمله در تعریف بیع به مبادله، در قاعده بسیار پرکاربرد لاضرر و لاضرار، مضاربه، مساقاة، مزارعه و در بحث اصولی شمول خطابات شارع نسبت به غائبین از عصر نص که ممکن است ادعا شود خطاب مصدر باب مفاعله است و در معنای آن بین الإنثینی بودن و التفات طرفین أخذ شده است. همچنین در بحث از بیع کلب هیراش (مصدر باب مفاعله) که جمعی از فقها آن را به معنای سگ ولگرد یا سگ هار معنا می‌کنند که صحیح نیست زیرا محققان از لغویان از جمله ابن فارس در معجم مقاییس، ج ۶، ص ۴۶ می‌گویند: مُهَارِشَةُ الكلاب: تحريش بعضها على بعض. مقصود سگی است که تربیت شده برای جنگ با سگهای دیگر.

ثانیا: اگر کلام مرحوم محقق اصفهانی نسبت به استعمالات قرآنی ثابت باشد اشکال مرحوم امام اعلی الله مقامه الشریف به ایشان وارد نیست زیرا در صورت ثبوت تبادر طرفینی بودن معنای باب مفاعله در عصور متأخره باز هم ثابت نمی‌کند که در عصر نص، همین معنا متبادر بوده است و با أصالة عدم النقل هم نمی‌توان تبادر در عصر نص را ثابت نمود.

ثالثا: در خصوص محل بحث یعنی تعبیر "لاتواجهه البیع" در روایت می‌توان ادعا نمود حتی اگر مدعای مرحوم اصفهانی را هم بپذیریم باز هم اشکال به مرحوم شیخ انصاری نخواهد بود و حق با مرحوم شیخ انصاری است. به این بیان که علاوه بر توجه به هیئت مفاعله و معنای مشارکت، به ماده "و ج ب" هم باید توجه کرد که دلالت بر ایجاب در بیع دارد. درست است که بیع بین دو طرف بایع و مشتری محقق می‌شود اما در یک معامله ایجاب فقط توسط یک طرف انجام می‌شود و طبیعتا طرف مقابل، موجب نیست بلکه قابل است، در نتیجه می‌توان گفت در این روایت مشتری صیغه قبول را اعلام و مقدم بر ایجاب کرده، فقط باقی مانده انشاء صیغه ایجاب توسط بایع و حضرت با جمله "لاتواجهه البیع" از انشاء ایجاب توسط بایع نهی می‌فرمایند زیرا اگر بایع ایجاب را بگوید می‌شود بیع لازم من الطرفين.

در نتیجه حضرت از تحقق بیع لازم من الطرفين نهی و منع می‌فرمایند چنانکه مرحوم شیخ انصاری فرمودند.

اللهم إلا أن يقال ...، ص ۴۵۲، س ۱

مرحوم شیخ انصاری از جلسه قبل وارد جمع‌بندی مدعیان شدند و به عنوان اولین مرحله در جمع‌بندی کلامشان فرمودند روایات از بیع قبل از مالکیت در صورتی منع می‌کنند که اجازه مالک به آن ضمیمه نشود.

مرحله دوم: بیان یک اشکال و پاسخ آن

در مرحله دوم از یک اشکال پاسخ می‌دهند.

اشکال: مستشکل با پیش فرض گرفتن دو نکته، مدعیان مرحوم شیخ انصاری را نقد می‌کند:

الف: هرگاه صحت یک بیع نزد شارع متوقف بر قید خاصی باشد که بدون آن قید، بیع باطل باشد طبیعتاً شارع باید اعلام نماید و الا اگر قیدی مطرح نکرده باشد معلوم می‌شود آن بیع را به طور مطلق مجاز و مشروع می‌داند. لذا چون شارع صحت هبه را مشروط به قبض می‌دیده و صحت بیع صرف و سلم را مشروط به قبض فی المجلس می‌دیده، صحت این دو را مقید به دو قید مذکور نموده است. به عبارت دیگر هرگاه شارع یک عقد را به طور مطلق فاسد و باطل بداند و به هیچ وجه امکان تصحیح آن وجود نداشته باشد، حکمش را به طور مطلق بیان می‌کند و می‌گوید بیع با بیع فضول، قبل از مالک شدن مبیع باطل است وقتی قیدی نمی‌آورد معنایش این است که چه اجازه بعدی به آن ملحق بشود چه اجازه بعدی به آن ملحق نشود.

ب: عرف، بیع با بیع قبل از مالک شدن را مجاز می‌داند و معتقد است با بیع با انجام این بیع ملزم به تهیه مبیع و تحویل آن به مشتری است. نتیجه این است که وقتی شارع بیع با بیع قبل از مالک شدن مبیع را به طور مطلق ممنوع اعلام می‌کند و هیچ قیدی برای تصحیح آن بیان نمی‌کند معلوم می‌شود چنین بیعی را حتی با ضمیمه شدن اجازه مالک هم قابل تصحیح نمی‌داند.

پس اینکه قصد عرف از بیع با بیع قبل از مالک شدن، تحقق یک بیع الزام آور برای دو طرف باشد محور حکم به فساد بیع نیست بلکه نهی مطلق شارع نسبت به چنین بیعی بدون بیان راه کار اصلاح آن سبب فساد مطلق چنین بیعی است.

سؤال: با این بیان شمای مستشکل تمام عقود فضولی باطل شد چه بیع فضولی عادی و چه بیع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" در حالی که مشهور معتقد به صحت عقد فضولی هستند.

جواب: مستشکل می‌گوید آنچه در روایات نهی شده و قابل تصحیح هم نیست آن است که با بیع ملک دیگران را (روز شنبه) برای خودش بفروشد یعنی قصد دارد بعداً خودش مبیع را (دوشنبه) از مالک بخرد و عقد فضولی را (چهارشنبه) اجازه کند چنین عقدی مطلقاً باطل است و با اجازه هم تصحیح نمی‌شود اما روایات مذکور وقوع بیع برای مالک اصلی را نهی نکرده‌اند پس اگر فضول روز شنبه ملک مالک را برای خود مالک بفروشد و روز دوشنبه خود مالک اصلی بیع را اجازه داد این اجازه سبب تصحیح بیع فضولی و وقوع بیع بین مشتری اصیل و مالک اصلی می‌شود نه بین با بیع فضول و مشتری اصیل.

نعم قد یخشد فیها ...، ص ۳۵۴، س ۱۵

پاسخ از اشکال: نعم استدراک از اللهم إلا أن يقال و پاسخ از اشکال مستشکل است. در نعم می‌خواهند ثابت کنند بیع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" صحیح است. به این بیان که می‌فرمایند مبیع مورد معامله در روایات عامه و خاصه مذکور بر دو قسم است:

قسم اول: مبیع کلی فی الذمه است که به طور کلی مشخصات یک بخاری مطرح می‌شود و معامله انجام می‌شود که بعداً با بیع یکی از مصادیق آن مدل بخاری را بخرد و به مشتری تحویل دهد. هر چند روایات عامه مانند "لا تبع ما لیس عندک"، و خاصه مانند صحیح محمد بن مسلم و صحیح منصور بن حازم که مشتری می‌گفت "اشتر لی متاعاً" و صحیح معاویه بن عمار از این قسم‌اند و حکم به عدم جواز می‌کنند لکن این نوع بیع را فقهاء امامیه جایز دانسته‌اند، در مقابل فقهاء امامیه، فقهاء اهل سنت معتقد به عدم جواز هستند.

قسم دوم: مبیع عین خارجی است مانند دو روایت اول از یحیی و خالد بن الحجاج که مشتری می‌گفت اشتر لی هذا التوب.

حال می‌فرمایند نهی روایات از بیع مبیعی که هنوز مالک نشده و بعداً مالک می‌شود و اجازه می‌کند، به دو گونه قابل تحلیل است:

تحلیل یکم: به جهت موافقت با اجماع فقهاء شیعه بگوییم نهی در این روایات نهی کراهتی است.

تحلیل دوم: بگوییم نهی مذکور در روایات به جهت تقیه و ناچاری در مطابقت با فتوای مکتب خلفا بوده است.

لکن الإعتقاد علی ...، ص ۴۵۳، س ۷

در نقد دو تحلیل مذکور می‌فرمایند اینکه تمام مفاد هر دو قسم روایات را با حمل بر کراهت یا تقیه موهون قرار دهیم و به نوعی کنار بگذاریم صحیح نیست. زیرا هر چند حکم عدم جواز در روایات مربوط به بیع مبیع کلی یا مبیع شخصی قبل از تملک از باب تقیة صادر شده باشد لکن برای نجات امام معصوم و شیعیان از خطر، همین حکم عدم جواز در موافقت با فتوای اهل سنت کافی بود و نیاز به بیان تعلیل "إنّما البیع بعد ما یشتريه" ذیل صحیح‌ه منصور و محمد بن مسلم نبود.

پس اینکه حضرت بعد از حکم کلی به عدم جواز، یک تعلیل عام ارائه می‌دهند و می‌فرمایند جواز بیع منحصر است به وقتی که خود بایع مبیع را خریده باشد سپس به مشتری بفروشد مانع از حمل روایات بر تقیه است زیرا اگر روایت تقیة صادر شده بود باید به همان حکم عدم جواز، اکتفاء می‌شد نه اینکه ضمن بیان حکم تقیه‌ای و خلاف واقع، یک تعلیل عام و کلی هم ذکر شود و بفرمایند: "إنّما البیع بعد ما یشتريه" جواز بیع فقط زمانی است که اول بایع مبیع را خریده باشد، چرا که إنّما به عنوان أداة حصر مفهوم دارد یعنی در هر بیعی و هر مبیعی وقتی که بایع خودش مالک نشده بیع جایز نیست.

فالأقوی العمل بالروایات ... ص ۴۵۳، س ۱۲

مرحله سوم: بیان دلیل دیگر بر بطلان بیع محل بحث

می‌فرمایند بعد از تمام توضیحاتی که داده شد اقوی این است که بگوییم عمل به روایات مذکور اقتضا دارد فتوا دهیم به بطلان و عدم جواز بیع مبیعی که بایع هنوز مالک آن نشده، و این فتوا دو مؤید هم دارد:

مؤید اول: نقل اجماع از مرحوم علامه حلی که در ادامه به آن اشاره خواهیم کرد.

مؤید دوم: روایت حسن بن زیاد طائی در مورد نکاح فضولی عبد. روایت این است که فردی نزد امام صادق آمد و سؤال کرد من عبد و برده بودم و در همان زمان بدون اجازه مولایم ازدواج کردم، بعد مدتی مولایم مرا آزاد نمود، آیا نکاحی که انجام داده بودم صحیح است یا نیاز است دوباره صیغه نکاح بخوانم؟ حضرت سؤال فرمودند که مولایت از نکاح تو آگاه شد یا نه؟ عرض کرد بله بعد از اینکه فضولتا و بدون اذن مولایم ازدواج کردم مولایم مطلع شد و سکوت کرد و چیزی (دال بر منع من از نکاح) نگفت، حضرت فرمودند این سکوت، اقرار و اجازه نکاح تو است نیازی به إعادة صیغه نکاح نیست. از محتوای روایت به دست می‌آید دو علت برای جواز نکاح این عبد ممکن است مطرح شود که حضرت فقط یکی از این دو علت را تأیید فرمودند:

علت اول: اینکه عبد بالأخره بعد از عتق، مالک خودش شده و به عنوان مالک جدید می‌تواند نکاح فضولی خودش را اجازه دهد.

علت دوم: اینکه تنها راه تصحیح نکاح فضولی عبد، ضمیمه شدن اجازه مالک اصلی یعنی مولایش است نه اجازه خود عبد.

حال اینکه امام صادق علیه السلام از رضایت مالک این عبد نسبت به نکاحش استفسال و سؤال نمودند معلوم می‌شود تنها راه تصحیح نکاح فضولی عبد، ضمیمه شدن اجازه مالک است نه فضول، و الا حضرت می‌فرمودند تو الآن مالک خودت هستی و می‌توانی نکاح فضولیات را اجازه و تأیید کنی.

نتیجه می‌گیریم عقد فضولی در صورتی که اجازه مالک ضمیمه شود صحیح است و در صورتی که فردی غیر از مالک اصلی (مثل فضول که محل بحث ما است) اجازه کند سبب تصحیح عقد نمی‌شود.

ثم إن الواجب على كل تقدير ...، ص ۴۵۴، ص ۱۱

مرحله چهارم: تثبیت ادعای صحت بیع محل بحث

مرحوم شیخ به عنوان مرحله پایانی در تبیین مدعیان می‌فرمایند در هر صورت راهی نیست جز مراجعه به مضمون روایات که می‌گویند اگر بایع مبیعی را که مالک نیست برای خودش بفروشد و مشتری هم بخرد بدون ترقب و انتظار لحقوق اجازه چه از جانب مالک اصلی (کلی فروش) و چه از جانب بایع فضول بعد از مالکیتش (که از کلی فروش بخرد) چنین بیعی باطل است. پس دلیل بر بطلان چنین بیعی هم روایات است هم اجماعی که مرحوم علامه حلی نقل کرده‌اند و اختلاف بین فقهاء شیعه در بطلان چنین بیعی را نفی کرده‌اند.

شافعی و احمد حنبل نیز قائل به بطلان هستند.

مرحوم علامه دو دلیل بر بطلان ارائه می‌دهند یکی روایات لاتبع ما لیس عندک و دیگری لزوم غرر زیرا ممکن است مالک اصلی (کلی فروش) کالا را به بایع فضول بفروشد لذا بایع قادر بر تسلیم کالا به مشتری نخواهد بود.

استدلال مرحوم علامه حلی به لزوم غرر و عدم قدرت بر تسلیم نشان می‌دهد بطلان این معامله به جهت عدم ترقب و انتظار فروش کالا توسط کلی فروش به بایع فضول است یعنی بدون توجه به اینکه بایع فضول می‌تواند کالا را تهیه کند و به مشتری تحویل دهد یا نمی‌تواند، یک بیع الزام آور بین خود و مشتری اصیل منعقد نموده است که باطل می‌باشد.

در پایان مراحل چهارگانه تبیین مدعیان، محتوای مستفاد از روایات را بر چند فرع تطبیق می‌فرمایند. اگر خاطر شریفان باشد ابتدای مسأله دوم در جلسه ۲۲ محل بحث را به شانزده قسم و صورت تقسیم کردند و فرمودند فقط از دو صورت به تفصیل بحث می‌کنیم و حکم سایر اقسام و فروع خود بخود روشن می‌شود.

محتوای روایات عامه مانند "لاتبع ما لیس عندک" و روایات خاصه مانند پنج روایت مذکور این بود که بیع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" در صورت تحقق بیع قطعی، منجز و الزام آور در لحظه عقد فضولی، باطل است. با توجه به این برداشت و محتوای روایات، حکم چند صورت و فرع دیگر هم روشن می‌شود:
فرع اول: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز.

بیع مذکور در صورت تحقق غیر قطعی و غیر الزام آور و توقف صحت آن بر اجازه مالک صحیح است چه مالک اصلی بعدا اجازه دهد و چه فضول مالک شود و عقد فضولی را اجازه دهد. پس این فرع داخل در محتوای روایات و باطل نیست در نتیجه ذیل روایات دال بر صحت عقد فضولی خواهد ماند.

فرع دوم: لو باع مال غیره لنفسه مع توقف البیع علی مالکیت الفضول

اگر بایع فضول که مالک مبیع نیست با مشتری اصیل معامله کنند و الزام آور شدن آن را متوقف کنند بر اینکه هرگاه بایع فضول کالا را بخرد و مالک شود بیع لازم شود پس عقد فضولی را بر مالکیت فضول متوقف کنند نه بر اجازه.

در این فرع مرحوم شهید اول فرموده‌اند روایات این مورد را هم شامل می‌شوند لذا معامله مذکور باطل است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند انصاف این است که بیع مذکور در فرع دوم صحیح است و روایات تنها موردی را باطل اعلام می‌کنند که عقد فضولی از همان لحظه وقوع، الزام آور باشد و صحتش بر هیچ چیزی متوقف نباشد در حالی که در فرع دوم صحت بیع فضولی متوقف است بر مالکیت بایع فضول پس روز شنبه یک عقد الزام آور نداریم که سبب بطلان عقد شود. لذا علتی را که مرحوم علامه حلی برای بطلان ذکر کردند که لزوم غرر و عدم قدرت بر تسلیم بود در این فرع دوم وجود ندارد.

فرع سوم: لو باع للمالک ثم ملک و اجاز لنفسه

اگر بایع مبیع را بفروشد برای مالک نه برای خودش، و به طور اتفاقی بعد از عقد فضولی، خود فضول مالک شود (مثل اینکه ارث ببرد) در این صورت ضمیمه شدن اجازه بایع فضول که مالک جدید است سبب صحت عقد فضولی خواهد بود زیرا روایات مذکور می‌گفتند بیع

بیع فضول قبل از مالکیت، اگر برای خودش باشد و الزام آور باشد باطل است اما در این فرع بیع برای مالک است نه خودش الزام آور هم نبوده بلکه متوقف بر اجازه بوده است. پس روایات دال بر بطلان، شامل این فرع نمی‌شود.

اشکال: مستشکل می‌گوید اگر بیع مبیع را برای مالک فروخته و به طور اتفاقی مالک شده معنایش این است که اجازه بیع متعلق نداشته باشد زیرا اگر مالک اصلی اجازه می‌داد معلوم بود که بیعی که برای مالک انجام شده را اجازه می‌دهد لکن بیع فضول کدام بیع را می‌خواهد اجازه کند؟ بیع که برای فضول نبوده بلکه برای مالک بوده است. پس اجازه فضول (مالک جدید) متعلق ندارد و قابل تصویر نیست لذا بیع قابل تصحیح نخواهد بود. به عبارت دیگر بیع واقع شده تا ثمن به ملک مالک وارد شود در حالی که اجازه صادر شده تا ثمن به ملک فضول (مالک جدید) وارد شود و این ناسازگاری بین مقصود از بیع و مقصود از اجازه، سبب بطلان بیع است.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در مسأله سوم از مسائل عقد فضولی در سال گذشته عکس همین فرع سوم را مطرح کردیم و از همین اشکال پاسخ دادیم لذا اینجا هم جواب همان است.

توضیح مطلب: عکس مسأله در فرع چهارم این است که فضول مبیع را برای خودش می‌فروشد (که نهایتاً در ملک فضول بیع محقق شود) و مالک هم برای خودش اجازه می‌دهد (که نهایتاً در ملک مالک اصلی بیع محقق شود) در مباحث قبل همین اشکال وارد شد که بیع برای فردی واقع شده و اجازه برای فرد دیگر لذا باطل است. آنجا جواب دادیم مهم نیست که مالک چه کسی است بلکه مهم عنوان مالک و اجازه مالک است. اینجا هم که فضول مبیع را برای مالک فروخته و اما زمان اجازه دادن برای خود اجازه می‌دهد مهم نیست که چه کسی مالک است بلکه مهم وجود عنوان مالک و اجازه از جانب مالک است که در ما نحن فیه محقق است لذا بیع صحیح خواهد بود.

فتاویٰ عموماً محشین ذکر می‌کنند که اشاره به نقد جواب از اشکال و بطلان مقایسه ما نحن فیه با مسأله مذکور در سابق است. (مراجعه کنید)

فرع چهارم: لو باع لثالث معتقداً لتملکه أو بانیا علیه عدواناً فأجاز

فرع چهارم و آخرین فرع که ذیل "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" بیان می‌فرمایند این است که بیع فضول مال را برای شخص ثالث بفروشد به اعتقاد اینکه شخص ثالث مالک است لکن بعد از بیع فهمید شخص ثالث مالک نبوده، یا می‌داند که کالا ملک زید است لکن به جهت وارد کردن ضرر به زید، کالا را برای شخص ثالث فروخت در این صورت مسأله چه حکمی دارد؟

مثال: فضول کالایی که در مغازه زید است را به اعتقاد اینکه این کالا ملک پدر زید (شخص ثالث) است برای پدر زید بفروشد و بعداً بفهمد که ملک خود زید بوده نه پدر زید و یا با اینکه می‌داند این کالا ملک زید است لکن به جهت وارد کردن خسارت به زید (عدواناً) برای پدر زید بفروشد. (سود حاصل از این فروش به ملک کسی وارد می‌شود که برای او فروخته شده است)

این معامله سه حالت پیدا می‌کند:

حالت اول: اگر مالک اصلی کالا، این بیع فضولی را اجازه دهد طبق مبنای مشهور که عقد فضولی را صحیح می‌دانند اینجا هم صحیح خواهد بود، زیرا لازم نیست حتماً به نیت مالک فروخته شود بلکه مهم این است که اجازه مالک به بیع فضولی ضمیمه شود.

حالت دوم: بعد از بیع فضولی، پدر زید به هر دلیل مالک کالا شود.

حالت سوم: بعد از بیع فضولی، خود فضول به هر دلیل مالک کالا شود.

نسبت به حالت دوم و سوم می‌فرمایند حکمشان مانند حکم فرع قبلی است (فرع سوم) که معامله صحیح است زیرا روایات مذکور می‌گفتند بیع بیع فضول قبل از مالکیت، اگر برای خودش باشد و الزام آور باشد باطل است اما در این فرع بیع برای مالک است نه خودش الزام آور هم نبوده بلکه متوقف بر اجازه بوده است. پس روایات دال بر بطلان، شامل این فرع نمی‌شود.

مسأله بعدی مربوط است به فرع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک و لم یجز" که خواهد آمد.

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا ...، ص ۵۷، س ۱

مرحوم شیخ انصاری در جلسه ۲۲ به تقسیمات شانزده گانه ای برای عقد فضولی اشاره کردند در رابطه با صورتی که مالک اصلی قبل از اجازه یا رد، مالکیت مبیع را به فرد دیگر منتقل می کند. و فرمودند فقط دو قسم و دو صورت نیاز به بررسی تفصیلی دارد و حکم مابقی صور و فروع روشن می شود. صورت اول که بیع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" گذشت.

صورت دوم: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک و لم یجز

بایع فضول مبیع و کالای دیگران (مثلا کلی فروش) را برای خودش و از طرف خودش فروخته است (به قصد اینکه از کلی فروش بخرد) سپس آن را (از کلی فروش) خرید لکن بیع فضولی که خودش انجام داده بود را اجازه نکرد (مثلا به خاطر اینکه مشتری بهتری پیدا کرد) در این صورت بیع اول که فضولی واقع شده بود باطل است به سه دلیل:

دلیل اول: اخبار ناهیه که جلسات قبل به تفصیل بررسی کردیم و نتیجه گرفتیم بیع مال دیگران برای خویش در صورتی جایز است که اولاً الزام آور نباشد ثانیاً مترقب و معلق بر اجازه باشد در این فرع وقتی فضول بعد از مالک شدن، بیع فضولی را اجازه ندهد به معنای رد بیع است لذا بیع فضولی که مالک مبیع آن را اجازه ندهد باطل خواهد بود.

دلیل دوم: الناس مسلطون علی أموالهم می گوید فضول بعد از مالک شدن، سلطنت بر مال و اختیار دارد، اگر بیع فضولی اول را اجازه نکردن طبیعتاً آن بیع فضولی باطل است.

دلیل سوم: أدله لزوم طیب نفس (تجارة عن تراض) می گویند مالک مبیع در بیع فضولی رضایت و طیب نفس ندارد لذا معامله باطل است. سؤال: آیا می توانیم بگوییم همین که بایع فضول در بیع فضولی ملتزم شده بود مبیع و کالا را از کلی فروش بخرد و به مشتری تحویل دهد خودش نوعی اجازه است لذا بیع صحیح باشد.

جواب: می فرمایند بایع فضول در عقد فضولی ملتزم شده بود مال دیگران (کلی فروش) را به ملک مشتری وارد کند نه مال خودش را و این هم به معنای لزوم اجازه نیست و الا اگر بیع الزام آور و به همراه اجازه در لحظه عقد فضولی تصویر کنید بیع فضولی از همان ابتدا باطل خواهد بود.

اللهم إلا أن يقال ...، ص ۵۷، س ۸

اشکال: مرحوم فخر المحققین فرموده اند بیع فضولی لحظه وقوعش الزام آور نبوده بلکه متوقف و معلق بر حقوق چیزی بوده لذا اخبار دال بر بطلان شامل آن نمی شوند اما تفاوتی ندارد متوقف بر حقوق اجازه مالک جدید (فضول) باشد یا متوقف بر مالکیت بایع فضول باشد یعنی بایع ملک دیگران را فروخته که بعداً بخرد و مالک شود و به مشتری تحویل دهد، لذا به حکم "أوفوا بالعقود" و "المؤمنون عند شروطهم" می گوئیم به محض اینکه بایع فضول مالک شد خود بخود بیع فضولی تصحیح شده و بایع باید مبیع را به مشتری تسلیم کند. جواب: مرحوم شیخ انصاری با سه بیان ثابت می کنیم اینجا جای تمسک به عموماً "أوفوا بالعقود" و "المؤمنون عند شروطهم" نیست:

بیان اول:

توضیح بیان اول نیاز به یک مقدمه اصولی دارد:

مقدمه اصولی: جریان استصحاب بعد از خروج بالتخصیص یا بالتخصیص

عدم شمول یک دلیل عام نسبت به بعضی از افراد دو حالت دارد یا بالتخصیص است یا بالتخصیص:

الف: تخصیص: هرگاه دلیل عامی با یک دلیل خاص تخصیص بخورد و یکی از افراد از تحت عام خارج بشود، سپس نسبت به بقاء حکم خاص شک پیدا کنیم باید حکم خاص استصحاب شود نه حکم عام.

مثال: روز شنبه مولا فرمود اکرم العلماء، روز دوشنبه فرمود لاتکرم زیدا العالم، روز چهارشنبه شک کردیم که آیا اکرام زید واجب است یا نه، اینجا نمی توان یقین سابق به حکم عام (وجوب اکرام) را استصحاب نمود زیرا یقیناً این حکم نسبت به زید تخصیص خورده لذا باید یقین به حکم خاص (حرمت اکرام) را استصحاب کنیم. (اینجا اصطلاحاً گفته می شود عموم افرادی عام نسبت به زید از بین رفته و قابل استصحاب نیست)

ب: تخصیص: اگر یک فرد تخصصاً از افراد عام خارج بود (از ابتدا عام شامل آن نبود) سپس فردی از افراد عام شد، اگر نسبت به بقاء آن تحت عام شک کنیم، حکم عام استصحاب خواهد شد نه حکم زمان خروج از عام.

مثال: روز شنبه مولا فرمود اکرم العلماء و زید روز شنبه جاهل بود اما دوشنبه عالم و فردی از افراد عام شد، اگر چهارشنبه شک کنیم در حکم اکرام زید، حکم عام (وجوب اکرام) را باید استصحاب کنیم نه اینکه حکم زمان جاهل بودنش را استصحاب کنیم. (اینجا اصطلاحاً گفته می شود عموم ازمانی عام نسبت به زید باقی است و شامل زمانهای بعد هم می شود)

گفتیم بیع فضولی بر ملک دیگران، الزام آور نبوده لذا تا قبل از مالک شدن با بیع فضول یقین داریم الزام و وجوب وفاء به عقد نداشته، بعد از مالک شدن با بیع فضول شک داریم آیا وفاء به عقد فضولی بر او واجب است یا نه؟ عدم وجوب وفاء را استصحاب می‌کنیم. پس اشکال ما به مرحوم فخر المحققین این است که محل بحث ما از موارد استصحاب حکم خاص است نه حکم عام یعنی اوفوا بالعقود به عنوان عام شامل بیع فضولی ما نحن فیه هم بود لذا وفاء به آن واجب بود لکن روایات لاتبع ما لیس عندک آن را تخصیص زد، شک داریم آیا همچنان حکم وجوب وفاء به عقد باقی است یا نه، طبق توضیحی که در مقدمه داده شد باید حکم خاص را استصحاب کنیم.

فتأمل

فتأمل، نقد بیان اول است یعنی اینجا محل استصحاب حکم عام است نه حکم خاص. توضیح مطلب: بیع فضولی در مثال ما تا قبل از مالکیت با بیع فضول اصلا مصداق عقد لازم الوفاء نبود (تخصصا از تحت عقود خارج بود زیرا عقد بیع بین مالک ثمن و مالک مثنم نبود) لکن بعد از مالکیت با بیع فضول، مصداق عقد بین دو مالک (مشتری اصیل که مالک ثمن است و با بیع فضول که مالک مثنم شده) است و خطاب اوفوا بالعقود شاملش می‌شود لذا اگر شک پیدا کنیم باید به عموم اوفوا بالعقود تمسک کنیم و حکم عام را استصحاب نماییم. * بیان دوم: اوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم می‌گویند عقد صحیح و لازم الوفاء است لکن الناس مسلطون علی اموالهم و تجارة عن تراض می‌گویند لازم الوفاء نیست زیرا در صورتی انتقال ملکیت محقق می‌شود که مالک راضی باشد و در ما نحن فیه با بیع فضول بعد از مالک شدن، راضی به بیع فضولی نیست این دو دلیل تعارضا و تساقطا، نسبت به تکلیف شرعی شک داریم مراجعه می‌کنیم به أصالة الفساد در معاملات (یقین داریم قبل از مالکیت با بیع الزام آور محقق نشده بود شک داریم آیا بعد از مالکیت با بیع فضول، بیع الزام آور شده یا نه اصل بقاء حالت سابقه است. یا به أصالة الفساد در معاملات تمسک شود زیرا اجازه ندادن با بیع فضول به معنای رد کردن است.) بیان سوم: تمسک به فحوی الخطاب و مفهوم اولویت در حدیث حسن بن زیاد مربوط به نکاح فضولی عبد است.

حدیث مذکور که در جلسه ۳۰ مطرح شد عبدی نکاح فضولی انجام داده بود و سپس توسط مولایش آزاد شده بود، سؤالش از امام صادق علیه السلام این بود که آیا نکاحش صحیح است یا نیاز به تجدید صیغه نکاح است. حضرت فرمودند تو بعد از عتق، مالک نفس خودت هستی و به نکاح هم راضی هستی دیگر مشکلی نیست بلکه فرمودند مولایت از نکاح فضولی تو مطلع شد یا نه؟ جواب داد بله مطلع شد و سکوت کرد، حضرت فرمودند همین سکوت نشانه رضایت به نکاح است. پس حضرت صرف مالکیت عبد بر نفس خویش را کافی ندانستند بلکه از رضایت مولایش پرس و جو کردند و به جهت سکوت و رضایت مولایش نکاح او را صحیح دانستند. نتیجه اینکه صرف مالکیت کافی نیست بله نیاز به اجازه است. اما اولویت هم چنین است که وقتی مالکیت بر نفس برای تمامیت عقد کافی نباشد به طریق اولی مالکیت بر مال کافی نخواهد بود و باید اجازه مالک ضمیمه شود.

سپس می‌فرمایند اگر هم نظر مرحوم فخر المحققین در رابطه با صحت عقد "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک و لم یجز" قبول کنیم این حکم به صحت فقط در اینجا جاری خواهد بود نه در دو فرعی که الآن اشاره می‌کنیم زیرا در این فرع با بیع فضول مالک می‌شود لکن در دو فرعی که الآن اشاره می‌کنیم اصلا با بیع فضول مالک نمی‌شود که مالکیت او اجازه بیع فضولی به حساب آید. فرع اول: لو باع مال غیره لمالکه ثم ملک و لم یجز.

فضول مال زید را برای زید فروخته است سپس همین مال را مثلا از زید ارث می‌برد و مالک می‌شود اما آن بیع فضولی را اجازه نمی‌کند و به صلاح خودش نمی‌داند اینجا هم طبق ضوابطی که آموختیم باید حکم به بطلان کنیم زیرا اجازه ضمیمه نشده است. فرع دوم: لو باع مال غیره لثالث ثم ملک و لم یجز

فضول مال زید را برای شخص ثالثی (مثل پدر زید) فروخته است سپس همین مال را مثلا از زید ارث می‌برد و مالک می‌شود اما آن بیع فضولی را اجازه نمی‌کند و به صلاح خودش نمی‌داند اینجا هم طبق ضوابطی که آموختیم باید حکم به بطلان کنیم زیرا اجازه ضمیمه نشده است. اینجا هم بیع باطل است زیرا فضول بعد از مالکیت، بیع را اجازه نداده یعنی رد نموده است.

فرع سوم: لو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله

وکیل برای موکّش مالی را می‌فروشد سپس متوجه می‌شود قبل از بیع، موکل فوت کرده و وکالت او هم از بین رفته بوده لذا بیعی که انجام داده بیع فضولی بوده است، اینجا اجازه و رد فضول فائده ندارد اما اگر وارث موکّل اجازه دهند بیع صحیح خواهد بود.

تحقیق:

* مراجعه کنید به مکاسب و البیع (یا حاشیة مکاسب) تقریرات مباحث مرحوم نائینی که توسط مرحوم محمد تقی آملی به نگارش درآمده، ج ۲، ص ۱۹۰.

عنوان ۱: إجازة/ مقام ۲: احکام مجیز/ امر ۳: جواز تصرف مجیز حال العقد لازم نیست/ لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان ۷۱

جلسه ۳۳ (چهارشنبه، ۱۴۰۰/۰۸/۲۶) بسمه تعالی

(سه شنبه به مناسبت رحلت حضرت معصومه سلام الله علیها حوزه علمیه قم تعطیل بود)

المسألة الثالثة: ما لو باع ...، ص ۵۸

در جلسه ۲۱ ابتدای مبحث القول فی المجیز، اشاره کردیم مرحوم شیخ انصاری سه امر را بیان می‌کنند و سپس ذیل امر سوم به بررسی سه مسأله می‌پردازند. عناوین سه امر و دو مسأله گذشته چنین بود: امر اول: مجیز باید حین الإجازة جائز التصرف باشد. امر دوم: وجود مجیز حال العقد لازم نیست. امر سوم: جائز التصرف بودن مجیز حال العقد لازم نیست. ذیل بحث از عدم جواز تصرف سه مسأله دارند که دو مسأله بررسی شد:

مسأله اول: مجیز همان مالک حین العقد است لکن عدم جواز تصرف او حین العقد به جهت حجر بوده است.

مسأله دوم: مجیز غیر از مالک حین العقد است پس عدم جواز تصرف مجیز حین العقد، عدم مالکیت حین العقد بوده است.

مسأله سوم: مجیز معتقد باشد جائز التصرف نیست فانکشف الخلاف

مجیز یا همان بایع در مثال ما تصور می‌کرد مجاز به تصرف در این مبیع و فروش آن نیست لذا حال که اقدام به فروش مبیع کرده پس فضولی است، اما بعد از عقد بیع، فهمید مجاز به تصرف بوده است این مسأله چهار صورت دارد که باید به صورت جداگانه بررسی شود. منشأ تقسیم به چهار صورت به این جهت است که تصور عدم جواز تصرف دو منشأ دارد:

۱. ناشی از تصور عدم ولایت، عدم وکالت یا عدم اذن بوده بعد فهمید مأذون بوده. (ولایت در عبارت کتاب به معنای مطلق اذن است)

۲. ناشی از تصور عدم مالکیت بوده و بعد فهمید مالک است.

هر کدام از این دو صورت، یا کالا را للمالک فروخته یا لنفسه.

پس مجموع صورتهای مسأله سوم چهار صورت شد. اما بررسی این چهار صورت:

صورت اول: أن یبیع للمالک فانکشف کونه ولیا عنه

بایع تصور می‌کرده مجاز به تصرف نیست لذا فضولی خواهد بود با این وجود مال را از بری مالک فروخته است (که پول کالا و سود حاصل از بیع به مالک برسد) در این صورت دو قول است:

قول اول: (مشهور و شیخ) بیع صحیح است.

مرحوم شیخ و مشهور می‌فرمایند هیچ مانعی برای صحت بیع وجود ندارد زیرا بایع حین العقد هم مجاز به تصرف بوده لذا عقد تام الأجزاء و الشرائط واقع شده است.

حتی قائلین به بطلان عقد فضولی هم در این صورت باید قائل به صحت این عقد باشند زیرا در واقع اصلا عقد، فضولی نبوده است.

قول دوم: بیع باطل است.

مرحوم قاضی ابن براج فرموده‌اند عقد مذکور باطل است زیرا علم به مأذون بودن در لحظه عقد لازم است.

ایشان فرموده‌اند اگر مولا راضی به بیع عبدش باشد لکن عبد از رضایت و اذن مولا اطلاع نداشته باشد و احدی از کسانی که با عبد معامله می‌کنند هم اطلاع نداشته باشند، بیع‌های او باطل است چون علم به اذن حین العقد نداشته است البته وقتی از اذن مولا مطلع شد بیع‌های بعدی اش صحیح خواهد بود. لکن اگر مولایش به جمعی امر کرده باشد که با عبد من معامله کنید (که مثلا امتحانش کنم صلاحیت اداره مغازه را دارد یا خیر) و عبد از امر مولا به آنان اطلاع داشته باشد اما از رضایت و اذن مولا نسبت به فعل خودش اطلاع نداشته باشد در این صورت معاملاتش صحیح است زیرا امر مولا به آن افراد برای معامله با عبد، ظهور دارد در اذن مولا و همینکه عبد بداند طرف مقابلش مأذون از طرف مولا است کفایت می‌کند زیرا معامله یک مسأله طرفینی است و رضایت به خرید از عبد به معنای رضایت به فروش توسط عبد است.

مرحوم علامه حلی به ایشان اشکال کرده‌اند که وقتی در واقع اذن مولا وجود دارد، دلیلی بر لزوم علم و اطلاع عبد از آن نداریم.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این اشکال مرحوم علامه حلی نیکو است.

صورت دوم: أن یبیع لنفسه فانکشف کونه ولیا عن المالک

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در این صورت هم بیع صحیح است زیرا قصد بیع لنفسه از طرف مالک نه منفعتی به حال بایع (که تصور می‌کرد فضول است) دارد و نه اشکالی به بیع وارد می‌کند، یعنی قصد بیع لنفسه باعث نمی‌شود ثمن یا حتی سود معامله به ملک بایع درآید بلکه ملک مالک خواهد بود.

البته ممکن است بگوییم این عقد هم یک نوع عقد فضولی است و چنانکه عقد فضولی برای صحتش نیاز به اجازه دارد اینجا هم باید اجازه ضمیمه شود. به عبارت دیگر ولایت و اذن بایع فقط مربوط به فروش مال برای مالک بوده نه لئفسه، پس بایع که مال را برای خودش فروخته باید اجازه (همین ولی یا مولی علیه) هم ضمیمه شود و الا بیع به نحو مأذون محقق نخواهد شد.

فتأمل

اشاره به نقد است یعنی با وجود اینکه در واقع این بایع، ولی و مأذون بوده دیگر دلیلی نداریم بر اینکه توجه به این اذن و قصد این اذن هم در لحظه عقد لازم باشد. به عبارت دیگر چنانکه گفتیم قصد لئفسه نه منفعتی به حال بایع دارد و قدحی به عقد وارد می‌کند.

صورت سوم: أن بیع للمالک فانکشف کونه مالکا

مثال مشهور برای این صورت آن است که پسر به گمان حیات پدرش، خانه پدر را برای پدر می‌فروشد سپس مطلع می‌شود که لحظه عقد بیع، پدرش از دنیا رفته بوده و در واقع خود او مالک خانه بوده است. در رابطه با این صورت دو نکته بیان می‌فرمایند یکی در رابطه با صحت این عقد و دیگری در رابطه با بررسی لزوم الحاق اجازه به این عقد.

نکته اول: این عقد صحیح است مشروط به اجازه.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در مسأله دو احتمال است:

احتمال اول: عقد مذکور صحیح است.

مشهور و مرحوم شیخ انصاری معتقد به صحت این بیع هستند البته بعداً این قید را هم اضافه خواهند کرد که باید اجازه هم ضمیمه شود. احتمال دوم: بطلان این عقد به سه دلیل:

مرحوم علامه حلی و به تبع ایشان پسرشان مرحوم فخر المحققین و مرحوم شهید اول احتمال داده‌اند عقد مذکور باطل باشد به سه دلیل: دلیل اول: ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع.

بایع قصد کرده بیع للمالک یعنی برای غیر باشد در حالی که آنچه در خارج واقع و محقق شده بیع لئفسه بوده و خودش حقیقتاً مالک بوده پس ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع.

دلیل دوم: عقد مذکور در واقع معلق است و عقد تعلیقی باطل است.

هر چند بایع در عقد مذکور به صورت منجز و قطعی گفته خانه پدرم را از طرف او به تو فروختم به ده دینار لکن در واقع و در باطن آن یک تعلیق وجود دارد زیرا در واقع خود بایع مالک بوده لذا گویا چنین گفته که اگر مورث من فوت کرده باشد خانه‌ام را به تو فروختم. پس اگر عقد مذکور را صحیح بدانیم باید یک تعلیق در تقدیر بگیریم در حالی که در ابتدای کتاب البیع ثابت شد که عقد تعلیقی و انشاء تقدیری و معلق باطل است.

دلیل سوم: فعل بایع در انعقاد بیع مذکور یک فعل عبث و لغو است.

وقتی بایع معتقد است این خانه ملک او نیست و به مشتری هم می‌گوید که این خانه را از طرف فرد دیگر می‌فروشد چنین فعل و بیعی لغو و عبث است زیرا با اینکه خود را مالک نمی‌داند باز هم تصرفات مالکانه (بیع) انجام می‌دهد. پس عمل او لغو و عبث است و فعل عبث منشد اثر و منشأ انتقال ملکیت نخواهد بود.

نقد دلیل اول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند مهم در عقد (چه فضولی و چه غیر فضولی) این است که قصد شود انتقال ملک از مالک آن، مالک هر کسی باشد تفاوتی ندارد چه بایع باشد و چه فرد دیگر مهم این است که عنوان کلی مالک قصد شود پس اینکه بایع اشتباه کرده و گمان کرده مالک، پدرش هست خلی به بحث وارد نمی‌کند.

بله کسانی که دلیلشان بر بطلان اصل عقد فضولی این است که طیب نفس مالک در لحظه عقد وجود نداشته آنان می‌توانند در اینجا قائل به بطلان شوند زیرا بایع نسبت به خروج مالکیت خانه از ملک خودش رضایت و طیب نفس نداشته بلکه رضایت به انتقال مالکیت از ملک پدر داشته است پس بیعی که در صورت سوم انجام شده بیعی بودن که لحظه عقد طیب نفس مالک وجود نداشته است لذا باطل خواهد بود.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند به دلیل لزوم طیب نفس مالک حین العقد ما هم معتقدیم در این صورت سوم باید اجازه بعدی هم به عقد بیع ضمیمه شود که این مطلب را در صفحه بعد و جلسه بعد توضیح خواهیم داد.

دلیل دوم برای احتمال بطلان صورت سوم یعنی "أن يبيع للمالك فانكشف كونه مالكا" این بود که در باطن عقد بایع، یک تعلیق وجود دارد و عقد تعلیقی هم باطل است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

اولاً: پیش فرض شما در دلیل اول با دلیل دوم متناقض است زیرا در دلیل اول (ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد) پیش فرض کلامتان این است که بایع مبیع را برای مالک می‌فروشد نه برای خودش، لکن در دلیل دوم و اشکال تعلیق، پیش فرض و مبنای کلامتان در تفسیر باطن عقد بایع این است که بایع مبیع را برای خودش می‌فروشد نه برای مالک.

ثانیاً: در صورت سوم محل بحث، بایع معتقد به حیات پدرش می‌باشد لذا معنا ندارد شما بگویید باطن عقدش این است که اگر پدرم از دنیا رفته باشد خانه را به تو می‌فروشم، اصلاً چنین چیزی در ذهن بایع هم نیست زیرا او معتقد است پدرش زنده و مالک خانه است، پس اگر خانه را فروخته بیع تعلیقی انجام نداده یعنی نگفته به این شرط خانه را می‌فروشم که پدر و مورث من از دنیا رفته باشد، بلکه او خود را مسلط بر مال و دارای حق فروش می‌داند که چنین اقدامی انجام می‌دهد و به صورت منجز و غیر تعلیقی خانه را برای پدرش می‌فروشد چنانکه بیع غاصب هم به همین صورت (با اجازه مالک) قابل تصحیح است که غاصب معتقد به سلطنت خودش بر مال است و آن را می‌فروشد. پس همین که قصد بایع بیع از طرف مالک بوده کفایت می‌کند و لازم نیست عنوان مالک را حتماً بر شخص معین در خارج تطبیق نماید.

اللهم إلا أن يقال ...، ص ۴۶۱، س ۱۴

اشکال: مستشکل در نقد جواب مرحوم شیخ انصاری می‌گوید در صورتی بیع حقیقی شکل می‌گیرد که بایع و ناقل مالک مبیع باشد و اگر مالک نباشد، قصد بیع توسط بایع صوری، ظاهری و بی فائده خواهد بود.

چنانکه مرحوم شهید ثانی هم در مسالک فرمودند فضولی و مکره هر دو أداء الفاظ عقد بیع را قصد کرده‌اند لکن مدلول بیع را قصد نکرده‌اند زیرا مدلول بیع انتقال مالکیت کالا از ملک بایع به ملک مشتری است در حالی که در بیع فضولی اصلاً چنین قصدی ممکن نیست زیرا فضول مالک نیست و در بیع مکره هم ممکن نیست زیرا فرض این است که این شخص، مکره است و اصلاً تمایل به انتقال مالکیت مالش به مشتری را ندارد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید همین قصد صوری و ظاهری از جانب بایع کافی است لذا بر همین اساس است که فقهاء بیع فضولی را (با ضمیمه اجازه مالک) صحیح می‌دانند.

نقد دلیل سوم:

می‌فرمایند با جواب از دلیل دوم، جواب از دلیل سوم و ادعای عبث بودن بیع بایع در محل بحث هم روشن می‌شود زیرا برای تحقق عقد نیاز به إنشاء الفاظ عقد و قصد انتقال مالکیت داریم که در محل بحث وجود دارد و بایع هم بعث گفته است هم قصد حقیقی انتقال مالکیت خانه پدرش به مشتری را دارد، اجازه و رضایت هم حاصل است، اگر هم ادعا شود این یک قصد صوری است می‌گوییم همین مقدار کافی است.

و كيف كان فلا ينبغي ...، ص ۴۶۲، س ۵

گفتیم مرحوم شیخ انصاری در بررسی حکم صورت سوم به دو نکته اشاره می‌فرماید. نکته اول اثبات صحت عقد محل بحث بود.

نکته دوم: ضمیمه اجازه بعدی

بعد از اثبات صحت عقد مذکور سؤال است که آیا برای تصحیح بیع مذکور نیاز به اجازه مالک واقعی یا همان بایع است؟

می‌فرمایند در پاسخ به این سؤال دو قول وجود دارد:

قول یکم: نیاز به اجازه نیست.

قائلین به این نظریه دو دلیل اقامه کرده‌اند:

دلیل اول: اجازه را باید مالک اعلام کند و مالک نیز همان بایعی است که مباشرة (یعنی خودش) و بدون اجبار و با رضایت خودش بیع را انجام داده، پس الزام به اجازه دادن بیعی که خود مالک انجام داده لغو و بی اثر است.

دلیل دوم: هر چند بایع متوجه نبوده که مال خودش را می‌فروشد لکن همین که قصد کرده مالکیت این مبیع را به مشتری منتقل کند، در اعتبار و عدم اعتبار این قصد او دو احتمال است:

احتمال اول: بگوییم همین قصد انتقال این مال معین، کافی است و لازم نیست حتما قصد کند که مال خودش را می‌فروشد. بنابر این احتمال باید بگوییم همین قصد چون از جانب مالک واقعی محقق شده لذا نه تنها نیاز به اجازه بعدی ندارد بلکه از اذن مالک به وکیل هم بالاتر است. زیرا در اذن مالک به وکیل ما با اذن یک فرد (موکل) نسبت به فرد دیگر (وکیل) مواجهیم در حالی که در ما نحن فیه خود مالک، بیع را انجام داده پس همین قصد بایع نه تنها از اجازه بالاتر است بلکه از اذن هم بالاتر است.

احتمال دوم: بگوییم این قصد کافی نیست بلکه باید قصد کند مال خودش را می‌فروشد.

بنابر این احتمال باید معتقد به بطلان اصل عقد باشیم زیرا اگر قصد مذکور از جانب بایع فائده و اثری نداشته باشد نشان می‌دهد اصلا عقدی محقق نشده است.

نقد این دو دلیل بعد از دلیل دوم خواهد آمد.

قول دوم: نیاز به اجازه هست. (مرحوم شیخ)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید به نظر ما قول اقوی کلام مرحوم محقق ثانی و شهید ثانی است که صحت عقد مذکور متوقف بر لحوق اجازه مالک است.

برای لزوم الحاق اجازه مالک دو دلیل مطرح شده که مرحوم شیخ انصاری دلیل دوم را قبول دارند:

دلیل اول: قصد بایع انتقال ملکیت بعد اجازه مالک بوده است.

مرحوم محقق ثانی فرموده‌اند از آنجا که بایع خودش قبول دارد مبیع ملک او نیست، توجه دارد که لحظه عقد انتقال ملکیت محقق نمی‌شود بلکه انتقال ملکیت متوقف بر اجازه بعدی مالک است. پس طبق قصد بایع، باید اجازه بعدی ملحق شود تا بیع صحیح باشد.

نقد دلیل اول: از دلیل اول دو جواب داده شده:

جواب اول: خود مرحوم محقق ثانی با "اللهم إلا أن یقال" فرموده‌اند مدلول عقد بیع و الفاظ "بعث" و "اِشتریت"، اصل انتقال ملکیت است اما اینکه بایع حین العقد نیتش این باشد که مالک بعدا اجازه کند، چنین چیزی در مدلول و حقیقت بیع وجود ندارد تا بگویید قصد الحاق اجازه مالک لازم است یا بگویید اگر خلاف آن را قصد کند بیع باطل است (مثل اینکه قصد کند به مالک اطلاع ندهد و از مالک تقاضای اجازه نکند) بلکه چگونگی انتقال مبیع (که به محض تحقق عقد واقع شود یا بعد از اجازه مالک) از احکام شرعی و عوارض عقود و خارج از حقیقت آنها است و نسبت به عقود مختلف هم تفاوت دارد لذا صحت بعضی از عقود متوقف است بر ملحق شدن امری (مانند صحت بیع صرف که متوقف است بر لحوق تقابض فی المجلس) و صحت بعضی از عقود هم هیچ توفقی بر شیءای ندارد و بلافاصله بعد از تحقق عقد بیع، انتقال ملکیت محقق می‌شود.

پس آنچه در عقد بیع مهم است، قصد اصل انتقال ملکیت بین بایع و مشتری است اما اینکه اجازه مالک ضمیمه بشود یا نشود خارج از مدلول و محتوای اصل عقد است.

جواب دوم: (مع أن عدم القصد المذكور) مستدل در دلیل اول گفت محتوای عقد مذکور این است که بایع قصد کرده انتقال ملکیت را بعد از اجازه مالک، مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید اگر بایع صرفا قصد انتقال ملکیت نموده باشد نه انتقال بعد از اجازه مالک، هیچ اشکال ندارد؛ اما اگر بگوییم بایع باید حین العقد، انتقال ملکیت بعد از اجازه مالک را قصد کند طبق مبنای کشف دچار مشکل می‌شویم. (زیرا مبنای کاشفیت می‌گوید انتقال از لحظه عقد محقق می‌شود در حالی که مستدل گفت بایع باید قصد کند از لحظه اجازه مالک انتقال محقق می‌شود و این دو سازگار نیستند.

پس روشن شد که دلیل اول باطل است و برای اثبات لزوم اجازه نیازی به قصد مذکور وجود ندارد.

دلیل دوم: أدله لزوم طیب نفس

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید به نظر ما دلیل بر لزوم لحوق اجازه در ما نحن فیه (با اینکه بایع همان مالک بوده است) أدله طیب نفس است. آیاتی مانند تجارة عن تراض و روایاتی مانند الناس مسلطون علی أموالهم و لایحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفس دلالت می‌کنند انتقال ملکیت بین بایع و مشتری تنها در صورتی محقق می‌شود که با طیب نفس هر دو باشد، در ما نحن فیه حین العقد رضایت مالک نسبت به انتقال ملکیت محقق نبوده است، پس تصحیح بیع و تحقق تجارة عن تراض، متوقف است بر لحوق اجازه.

البته یکی از أدله لزوم طیب نفس، اجماع بود که در ما نحن فیه نمی‌توانیم با تمسک به اجماع، لزوم الحاق اجازه را ثابت کنیم زیرا ابتدای صورت سوم (در جلسه قبل) گفتیم که مشهور معتقد به صحت بیع بدون نیاز به اجازه بعدی مالک هستند.

در ادامه مرحوم شیخ به نقد دلیل قول اول می‌پردازند که خواهد آمد.

کلام در بررسی لزوم ضمیمه شدن اجازه در صورت سوم از عقد بود (آن بیع للمالک فانکشف کونه مالکا) فرمودند در مسأله دو قول است، مشهور معتقدند نیازی به ضمیمه شدن اجازه نیست و دو دلیل ارائه دادند، مرحوم شیخ انصاری با تمسک به أدله وجوب طیب نفس در معاملات فرمودند حقوق اجازه مالک لازم است. در این قسمت عبارتشان وارد می‌شوند در نقد دلیل قول اول.

نقد دلیل قول اول:

قائلین به عدم لزوم الحاق اجازه دو دلیل داشتند.

دلیل اول این بود که چون بایع همان مالک بوده است و بیع را با اختیار و رضایت خودش انجام داده لذا حالا که فهمیده خودش مالک است دیگر نیازی به ضمیمه اجازه وجود ندارد و الزام بایع به اجازه دادن کاری که خودش انجام داده لغو است.

مرحوم شیخ انصاری به نقد این دلیل اشاره نمی‌کنند اما می‌توان گفت صرف اینکه خود مالک بایع بوده است کفایت نمی‌کند زیرا حین البیع اصلا توجهی به انتقال از ملک خودش نداشته که راضی به آن باشد. چنانکه در بیع اکراهی هم هر چند بایع همان مالک است اما رضایتش وجود ندارد لذا نیاز به الحاق اجازه دارد.

دلیل دومشان این بود که قصد انتقال ملکیت توسط بایع اگر کافی نیست که باید اصل عقد باطل باشد و اگر کافی است فهو المطلوب. مرحوم شیخ انصاری در نقد این دلیل می‌فرمایند قصد انتقال ملکیت این مال معین تنها برای تحقق اصل عقد کافی است نه برای تحقق عقد لازم، عقد لازم تنها با حقوق اجازه شکل می‌گیرد. وقتی می‌گوییم قصد اصل انتقال ملکیت برای تحقق عقد کافی است و لزوم عقد با ضمیمه اجازه محقق می‌شود دیگر تفاوتی ندارد که قصد انتقال مال خودش را داشته باشد یا قصد انتقال مال فرد دیگر را، و این قصد انتقال در واقع هم صحیح باشد (یعنی در واقع مبیع ملک خودش نباشد) یا در واقع صحیح نباشد (یعنی در واقع مبیع ملک خودش نباشد) در هر صورت قصد انتقال مال خودش یا قصد انتقال مال دیگری چنانکه جلسه قبل هم توضیح دادیم خارج از مدلول و محتوای عقد است و نه وجودشان نفعی به حال بایع دارد و نه عدمشان خللی به تحقق بیع وارد می‌کند. به همین جهت بود که در مباحث مختلف بیع فضولی اشاره کردیم اگر مال دیگران را برای خودش و به قصد تملک خودش هم بفروشد باز هم اصل بیع فضولی صحیح است و فقط نیاز به ضمیمه اجازه مالک دارد.

أدله اعتبار تراضی مانند تجارة عن تراض و لایحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه دلالت می‌کنند بر اینکه باید ختم بیع به این صورت باشد که هر دو مالک (مالک ثمن و مالک مثن) راضی باشند که مالکیت یک مال معینی از آنان به دیگری منتقل شود نه اینکه بایع به صورت اتفاقی و بعد عقد مطلع شود که مبیع ملک خودش بوده است.

نتیجه: طیب نفس و رضایت در صورتی سبب حلیت تصرف در اموال دیگران می‌شود که یا حین العقد توجه داشته باشد که مالکیتش نسبت به مبیع را سلب می‌کند و به دیگری می‌دهد یا بعدا متوجه شود و اجازه کند. با توجه به این نکته، به چند فرع استهشاد می‌کنند:

فرع اول:

اگر زید گمان می‌کند این دوچرخه ملک عمرو است لذا به بکر می‌گوید من به شما اجازه می‌دهم از دوچرخه عمرو استفاده کنید و بکر (مأذون) می‌داند دوچرخه ملک خود زید است و لکن زید نمی‌داند، در اینجا فقهاء می‌فرمایند بکر حق تصرف در دوچرخه را ندارد. این نشان می‌دهد طیب نفس در صورتی مؤثر است که همراه با اطلاع از مالکیت باشد و الا باید اجازه بعدی ضمیمه شود.

فرع دوم:

اگر عبدی را به خیال اینکه عبد فرد دیگری است آزاد کند و سپس متوجه شود که عبد خودش بوده است، عتق محقق نمی‌شود.

فرع سوم:

اگر از طرف زید وکیل در طلاق همسر او است، و به خیال اینکه این خانم همسر زید است او را طلاق دهد سپس متوجه شود خانم خودش است طلاق واقع نمی‌شود.

در مورد عتق و طلاق به عنوان دو ایقاع، باید همان لحظه إجراء صیغه قصد تحقق عتق عبد خودش و طلاق همسر خودش را داشته باشد و الا عتق و طلاق به صرف یک قصد کلی و مبهم واقع نمی‌شود.

فرع چهارم:

زید عبد بکر را غصب کرده و بکر اطلاع ندارد، اگر زید به بکر بگوید این عبد من است (او را به وکالت از من به خودت تملیک کن سپس) او را از طرف خودت آزاد کن و بکر هم عبد را آزاد کند و سپس بفهمد که عبد خودش بوده چنین عتقی محقق نخواهد شد چنانکه مرحوم علامه حلی، شهید اول و محقق ثانی همین را می‌گویند.

اشکال:

مستشکل می‌گوید مدعای مرحوم محقق ثانی مبتلای به تناقض است زیرا ایشان از طرفی در مثال مربوط به فرع چهارم معتقدند صحت عتق متوقف بر اجازه بعدی نیست و این عتق از اساس باطل است اما در بیع فضولی معتقدند صحت بیع متوقف بر اجازه بعدی مالک است.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید تناقضی وجود ندارد زیرا عتق یک ایقاع است که باید از همان لحظه تحقق، به صورت کامل و با طیب نفس و قصد إخراج از مال خودش محقق شود و قابلیت تعلیق و لحوق اجازه را ندارد در حالی که بیع چنین نیست و اشکالی ندارد که إنشاء بیع توسط فضول محقق شود و اجازه آن بعداً ملحق شود.

بله این اشکال تناقض به کسانی وارد است که در فرع چهارم و باب عتق، لحوق اجازه را کافی نمی‌دانند و عتق را از اساس باطل می‌دانند اما عقد فضولی محل بحث را هم بدون نیاز به لحوق اجازه، صحیح می‌دانند زیرا:

– اگر قصد انتقال به صورت مبهم و کلی را می‌پذیرند و آن را به معنای طیب نفس و سبب انتقال مالکیت می‌دانند حتی در جایی که قصد کرده انتقال مال غیر را سپس فهمیده مال خودش بوده، باید در باب عتق و در فرع چهارم هم معتقد باشند عتق صحیح است زیرا قصد انتقال و إخراج از ملک به صورت کلی وجود داشته هر چند نمی‌دانسته ملک خودش است.

– اگر قصد انتقال به صورت مبهم و کلی را نمی‌پذیرند و آن را دال بر طیب نفس نمی‌دانند بلکه معتقدند باید عالم باشد که مال خودش را به دیگران منتقل می‌کند و از ملک خودش إخراج می‌کند، باید معتقد باشند چنین بیعی قبل از لحوق اجازه لازم نمی‌باشد نه اینکه فتوا دهند نیازی به اجازه بعدی نیست.

فالحق أن القصد ...، ص ۶۵، س ۱

حق این است که قصد إنشاء بیع اگر تعلق بگیرد به یک مال معین (یعنی قصد کند انتقال یک مال معین را به دیگری) می‌تواند مصحح عقد باشد (و إنشاء بعث و إشتیریت ثابت و محقق می‌شود) و قابلیت تأثیر را برای بیع فراهم سازد و نیازی نیست که حتماً عالم باشد که مبیع ملک خودش هست یا نه، لکن این مقدار فقط در حد ایجاد قابلیت است و نمی‌تواند مال را از ملک بایع خارج کرده و به ملک مشتری وارد کند، لذا در مقام جمع‌بندی می‌گوییم:

– اگر إنشاء مذکور، از عقود باشد که قابلیت لحوق اجازه را دارند، اجازه مالک بعد بیع می‌تواند محقق کننده اثر انتقال ملکیت باشد.

– اگر إنشاء مذکور، از ایقاعات باشد که قابلیت تعلیق و توقف بر اجازه را ندارند، از اساس باطل خواهند بود.

ثم إنه ظهر مما ذكرنا ...، ص ۶۵، س ۶

مرحوم شیخ انصاری فرمودند در صورت سوم که "أن یبیع للمالک فانکشف کونه مالکا" عقد بیع صحیح است لکن نیاز به ضمیمه شدن اجازه مالک دارد پس مالک (که در محل بحث ما همان بایع است) حق انتخاب دارد و می‌تواند بیع خودش را تأیید یا رد کند. با توجه به این مدعایشان به دو سؤال هم پاسخ می‌دهند:

سؤال یکم:

مرحوم شیخ انصاری نسبت به حق انتخاب مالک در ما نحن فیه به سؤالی پاسخ می‌دهند لکن قبل از بیان سؤال به یک مقدمه فقهی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: اقسام حق انتخاب بین رد و تأیید

منشأ حق انتخاب بین رد عقد یا تأیید عقد بر دو قسم است:

قسم یکم: حق انتخاب از باب اجازه در عقد فضولی باشد که یا عقد را تأیید کند یا رأساً رد کند و اجازه تحقق تام به عقد ندهد.
قسم دوم: حق انتخاب از باب حق الخيار باشد. که عقد شکل گرفته را یا فسخ کند یا امضاء. (خيار یعنی ملک فسخ العقد) تفاوت بین این دو قسم در این است که بیع فضولی حدوثاً متزلزل است و فقط با حقوق اجازه لازم می‌شود و سببیت تامه پیدا می‌کند اما بیع مع الخيار حدوثاً سببیت تامه دارد و محقق شده است لکن بقاءً متزلزل و متوقف بر اتمام زمان خيار است. سؤال این است که در محل بحث ما حق انتخاب مالک بین رد یا تأیید بیعی که خودش انجام داده از باب اجازه در عقد فضولی است یا از باب حق الخيار؟

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند دو نظریه وجود دارد:

نظریه اول: مرحوم شیخ انصاری این حق انتخاب را از باب اجازه در عقد فضولی می‌دانند.

نظریه دوم: مرحوم تستری و به تبع ایشان مرحوم صاحب جواهر معتقدند این حق انتخاب از باب حق الخيار است که فقط بقاءً متزلزل است. دلیشان این است که بایع نمی‌دانسته مبیع ملک خودش است و از این جهت ضرر متوجه او است لذا برای دفع ضرر با تمسک به قاعده لا ضرر می‌گوییم حق انتخاب و حق خيار بین فسخ و امضاء (رد و اجازه) دارد.

نقد نظریه دوم: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این نظریه و دلیل آن صحیح نیست زیرا حق الخيار زمانی شکل می‌گیرد که عقد بیع و انتقال ملکیت به طرف مقابل محقق شده باشد سپس می‌گوییم مخیر است که امضاء یا فسخ کند در حالی که ثابت کردیم در ما نحن فیه لحظه تحقق الفاظ عقد بیع هنوز انتقال مالکیت محقق نشده است و متوقف بر حقوق اجازه است.

استدلالتشان به لا ضرر برای اثبات خيار هم صحیح نیست زیرا منشأ ضرر دو گونه است:

یکم: منشأ ضرر، عوض یا معوض باشد که لا ضرر خيار را ثابت می‌کند (مثل اینکه وجود عیب در کالا خيار عیب می‌آورد یا دریافت ثمن اضافه توسط بایع خيار غبن می‌آورد یا حیوان بودن معوض خيار حیوان می‌آورد یا بقاء مجلس معامله، خيار مجلس می‌آورد).

دوم: منشأ ضرر، جهل به مالکیت باشد که طبیعتاً حین العقد رضایت به انتقال مالکیت هم وجود ندارد، همین جهالت هم دو قسم است:

۱. یا جهل به اصل انتقال مالکیت است مانند بیع فضولی عادی که مالک حین العقد از فروش مالش توسط فضول اطلاع ندارد.

۲. جهل به مالکیت مبیع است با وجود اینکه از انتقال مالکیت آگاه است بلکه خودش بایع است. (ما نحن فیه)

تنها ضرری که در ما نحن فیه متوجه بایع است از جانب جهل به مالکیت است نه عوضین لذا دفع این ضرر هم با الزام به حقوق اجازه است یعنی لا ضرر نهایتاً ثابت می‌کند که لزوم عقد متوقف بر حقوق اجازه است.

ثم إن الحكم بالصحة ...، ص ۶۵، س آخر

سؤال دوم:

می‌دانیم که نسبت به صحت و بطلان عقد فضولی اختلاف است مشهور و اکثر فقهاء آن را صحیح و بعضی هم آن را باطل می‌دانند، سؤال این است که آیا صحت و بطلان بیع در صورت سوم که فرد مبیع را به عنوان اینکه ملک دیگران است از طرف مالکش می‌فروشد

لکن بعداً متوجه می‌شود مبیعی ملک خودش بوده است، مبتنی بر قول به صحت و بطلان در عقد فضولی است؟ یعنی کسانی که اصل عقد فضولی را باطل می‌دانند اینجا هم قائل به بطلان هستند؟

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید تلازمی بین ما نحن فیه و دو قول نسبت به بیع فضولی وجود ندارد بلکه ممکن است قائلین به بطلان عقد فضولی اینجا قائل باشند بیع مذکور (با ضمیمه اجازه) صحیح است. البته اگر قائلین به بطلان عقد فضولی، دلیل و مستندشان قبیح تصرف در مال غیر بدون رضایت مالک باشد این دلیل می‌تواند مستند بطلان صورت سوم محل بحث هم قرار گیرد.

به عبارت دیگر اگر دلیل بر بطلان عقد فضولی را روایات (مثل لاتبع ما لیس عندک) یا اجماع بدانیم هیچکدام دلالت بر بطلان ما نحن فیه ندارند زیرا "لاتبع ما لیس عندک" شامل ما نحن فیه نمی‌شود زیرا فرض این است که بایع مالک است و بیع "ما عنده" است نه "ما لیس عنده"، اجماع هم وجود ندارد و صحت و بطلان محل اختلاف است.

اما اگر دلیل بر بطلان عقد فضولی قبیح تصرف در مال دیگران بدون رضایت آنان باشد (که از آیه "تجارة عن تراض" و روایات "لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه" و "دلیل عقل" به دست می‌آید) در این صورت طبق مبنای قائلین به بطلان عقد فضولی طبیعتاً این صورت سوم محل بحث هم باید باطل باشد زیرا بایع حین العقد راضی به انتقال مالکیت مال خودش به دیگران نبوده است. * البته ما از تمام أدله قائلین به بطلان عقد فضولی جواب دادیم و کلامشان را نقد نمودیم.

در عبارت کتاب جمله‌ای است که (ثم یغرم المثلث و إن کان جاهلاً) در بعض نسخ وجود ندارد و اگر توسط محققان مجمع الفکر در متن نمی‌آمد بهتر بود. زیرا بحث از غرامت ارتباط به ما نحن فیه ندارد و مرحوم شیخ انصاری در صفحه ۴۸۴ به بعد به این بحث می‌پردازند. در هر صورت عبارت مذکور یعنی اینکه اگر بیع محل بحث را صحیح بدانیم و اجازه بایع هم به آن ملحق شود، بایع موظف است مثلث را به مشتری تحویل دهد و اگر مثلث وجود نداشته باشد باید بدل آن را به عنوان غرامت بپردازد.

الرابعة: أن یبیع لنفسه ...، ص ۶۶، س ۴

صورت چهارم: أن یبیع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له

در آخرین صورت از صور چهارگانه در مسأله سوم که مجیز معتقد باشد جائز التصرف نیست فانكشف الخلاف این است که بایع کالا را برای خودش (از طرف خودش) می‌فروشد به گمان اینکه مبیع ملک فرد دیگری است و او فضول است (که بعداً برود از مالک آن بخرد و به مشتری تحویل دهد و سود این واسطه‌گری به او برسد)، اما بعد بیع معلوم شود مبیع ملک خود بایع بوده است.

در این صورت هم می‌فرمایند حکم مانند صورت سوم است که بیع صحیح است حتی بنا بر نظر قائلان به بطلان عقد فضولی (چون اینجا در واقع فضول نیست بلکه مالک است) لکن موقوف است بر ضمیمه اجازه.

البته ممکن است در این صورت چهارم بگوییم بیع رأساً صحیح است و نیاز به ضمیمه اجازه هم ندارد زیرا بایع بیع را برای خودش انجام داده است لذا طیب نفس و رضایت حین العقد هم محقق است لذا از اجازه بعدی بی‌نیاز هستیم. البته این نکته در صورت سوم نبود لذا مجبور بودیم در صورت سوم حقوق اجازه را لازم بدانیم زیرا در صورت سوم بایع بیع را برای مالک انجام داده بود نه برای خودش. به همین جهت مرحوم تستری که در پاسخ به سؤال اول (ابتدای جلسه امروز) فرمودند حق انتخاب بایع از باب حق الخيار است (نه از باب اجازه در عقد فضولی) در اینجا فرموده‌اند نیازی به اجازه نیست و عقد در صورت چهارم از همان لحظه وقوعش لازم خواهد بود.

خلاصه احکام مجیز

مرحوم شیخ انصاری در مبحث احکام مجیز سه امر بیان کردند:

امر یکم: مجیز باید حین الإجازة جائز التصرف باشد.

امر دوم: وجود مجیز حال العقد لازم نیست.

امر سوم: جائز التصرف بودن مجیز حال العقد لازم نیست.

ذیل امر سوم به مناسبت بحث از عدم جواز تصرف سه مسأله بیان فرمودند:

عنوان ۲: احکام رد/مسأله: حکم عوضین/مرحله ۲: حکم مشتری با غاصب/صورت ۲: علم مشتری به غصب/حالت ۲: تلف ثمن ۷۹

مسأله اول: اگر مجیز همان مالک حین العقد باشد لکن حین العقد جائز التصرف نبود به جهت حجر، فرمودند بیع صحیح است.

مسأله دوم: مجیز غیر از مالک حین العقد است پس علت عدم جواز تصرف مجیز حین العقد، عدم مالکیت حین العقد بوده است.

ذیل مسأله دوم فرمودند مسأله ۱۶ صورت پیدا می‌کند که فقط بعضی از صور را تفصیلاً بحث فرمودند:

صورت اول: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز. فرمودند بیع صحیح است. ذیل این صورت از هفت اشکال مرحوم تستری به قول صحت جواب دادند که دو نکته مهم داشت:

الف: ارائه تفسیری جدید از کاشفیت: کاشفیت یعنی اجازه مالک کشف می‌کند از انتقال ملکیت مبیع به ملک مشتری اصیل از اولین لحظه‌ای که قابلیت این انتقال محقق باشد، این قابلیت در عقد فضولی عادی از لحظه عقد (روز شنبه) است اما در محل بحث ما (من باع مال غیره ...) این قابلیت از لحظه مالک شدن فضول (روز دوشنبه) تصویر می‌شود.

ب: در پاسخ از اشکال مرحوم تستری با استدلال به روایات هم فرمودند محتوای روایات عامه مانند "لاتبع ما لیس عندک" و روایات خاصه مانند پنج روایت مذکور این بود که بیع "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" در صورت تحقق بیع قطعی، منجز و الزام آور در لحظه عقد فضولی، باطل است اما اگر صحت بیع و سببیت تامه آن برای انتقال مالکیت متوقف بر حقوق اجازه باشد بیع صحیح خواهد بود. براساس این برداشت از روایت حکم چند صورت و فرع دیگر هم روشن می‌شود که:

۱. لو باع مال غیره لنفسه مع توقف البیع علی مالکة الفضول؛ صحّ البیع.

۲. لو باع للمالک ثم ملک و اجاز لنفسه؛ صحّ البیع.

۳. لو باع لثالث معتقدا لتملکة أو بانیا علیه عدوانا فأجاز؛ صحّ البیع.

صورت دوم: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک و لم یجز؛ بطل البیع.

ذیل این صورت هم به چند فرع اشاره کردند:

۱. لو باع مال غیره للمالکة ثم ملک و لم یجز؛ بطل البیع.

۲. لو باع مال غیره لثالث ثم ملک و لم یجز؛ بطل البیع.

۳. لو باع وكالة عن المالک فبان انعزاله؛ در این صورت اجازه و ردّ فضول فائده ندارد و امضاء عقد واگذار به ورثه است.

مسأله سوم: مجیز معتقد باشد جائز التصرف نیست فانکشف الخلاف، این مسأله چهار صورت دارد:

۱. أن یبیع للمالک فانکشف کونه ولیا عنه؛ صحّ البیع.

۲. أن یبیع لنفسه فانکشف کونه ولیا عن المالک؛ صحّ البیع.

۳. أن یبیع للمالک فانکشف کونه مالکا؛ فرمودند این بیع صحیح است در صورتی که اجازه مالک ضمیمه شود، حق انتخاب مالک نسبت

به ردّ یا امضاء هم از باب اجازه در عقد فضولی است نه حق الخيار.

۴. أن یبیع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانکشف أنه له؛ صحّ البیع ممکن است نیاز به اجازه بعدی مالک هم نباشد زیرا لحظه عقد توجه به

اخراج مبیع از مالکیت خودش داشته است.

تحقیق:

* مرحوم سید صاحب عروه در حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۱۶۹ به عبارت مرحوم شیخ که فرمودند: "إلا أن یستند فی بطلانه ..." اشکالی دارند و استثناء را صحیح نمی‌دانند. ایشان می‌فرمایند: "لا وجه للاستثناء الذي ذكره المصنف قدس سره بقوله إلا أن یستدلّ إلخ و ذلك لأنّ النهي عن التصرف في مال الغير أيضا لا يشمل ما نحن فيه لأنّ المفروض أنه ماله غاية قبح التصرف فيه من حيث إنه من التجريّ و مثله لا یستلزم الفساد فتدبر"

۸۰ www.almostafa.blog.ir مکاسب/بیع/مبحث ۴: شرائط متعاقدين/شرط ۵: مالکیت یا اذن (فقه ۴، جلد ۳)
البته مرحوم محقق اصفهانی در جواب از این اشکال مرحوم سید در حاشیه مکاسب، ج ۲، ص ۲۴۸ می فرماید: فإنّ موضوع قبح التصرف
لا یعقل أن يكون هو مال الغير واقعا، بل ما أعتقده أنّه مال الغير، و هذا العنوان محفوظ مع المصادفة للواقع و عدمها، ... فالاعتراض على
استثناء المصنف قدس سرّه في غير محله.

و أما القول في المجاز، ص ۶۷ع

اولین جلسه امسال تحصیلی عرض کردم مرحوم شیخ انصاری مباحث "القول فی الإجازة و الرد" را ذیل دو عنوان اجازه و رد بررسی می‌کنند، در عنوان اجازه سه مقام از بحث دارند:

۱. احکام اجازه. ۲. احکام مجیز. ۳. احکام مجاز.

دو مقام از بحث تمام شد.

مقام سوم: احکام مجاز

مقام سوم در بررسی احکام مجاز یعنی عقدی که اجازه داده شده است.

می‌فرمایند بررسی جامع و کامل احکام مجاز اقتضا دارد سه امر بیان شود:

امر اول: جامعیت جمیع شروط

قبل از بیان مطلب مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه فقهی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: اقسام شرائط در عقود

نسبت به عقود سه نوع شرط مطرح است که در مباحث ابتدای کتاب البیع مکاسب خوانده‌ایم:

یکم: شروط صیغه عقد، مانند عربیّت، ماضویّت، تطابق، تنجز، موالات، ترتیب.

دوم: شرائط متعاقدين، یعنی بلوغ، عقل، اختیار و مالک بودن یا مأذون بودن از طرف مالک یا لحوق اجازه در عقد فضولی.

سوم: شرائط عوضین، مانند مالیّت، معلومیّت و قدرت بر تسلیم.

مرحوم شیخ انصاری در امر اول به چهار نکته اشاره می‌کنند:

نکته اول: لزوم مراعات جمیع شرائط حین العقد الارضایت

نکته اول بیان مدعا است که می‌فرمایند تمام شرائط صیغه، شرائط متعاقدين و شرائط عوضین در عقد لازم المراعات است و تفاوتی بین عقد فضولی و غیر فضولی نیست الا خصوص شرط طیب نفس و الحاق اجازه مالک بعد البیع که می‌فرمایند طبق أدله‌ای که بررسی

کردیم اشکالی ندارد در عقد فضولی حین العقد مالک بی اطلاع باشد و بعد عقد رضایتش را اعلام کند. بنابراین:

الف: صرف وجود شرائط متعاقدين سبب صحّت انشاء عقد نخواهد بود بلکه شرائط صیغه و عوضین هم لازم است.

ب: احراز تمام شرائط حین العقد، نسبت به خصوص طرف اصیل کفایت نمی‌کند چه قائل به کشف باشیم چه قائل به نقل:

- پس قائل به کشف نمی‌تواند بگوید: "لحظه تحقق عقد، بیع نسبت به مشتری اصیل لازم و غیر قابل فسخ است لذا شرائط بیع هم فقط

نسبت به او لازم المراعات است اما نسبت به طرف فضول بیع جائز و متزلزل است تا زمانی که مالک اعلام نظر کند، پس رعایت شرائط

نسبت به طرف فضول لازم نیست." چنین چیزی صحیح نیست و مراعات جمیع شرائط در هر دو طرف لازم است. (عبارت للزومه علیه

حینئذ یعنی للزوم العقد علی الأصيل حین القول بالكشف)

- بل مطلقاً یعنی کلام مذکور صحیح نیست چه قائل به کشف باشیم چه نقل زیرا طبق هر دو مبنا انشاء بیع (بعث و اشتريت) روز شنبه

محقق شده پس باید از همان شنبه مستجمع جمیع شرائط باشد هرچند تحقق اثر انتقال ملکیت وابسته به لحوق اجازه است اما اجازه بنا

است همان انشاء عقد را تکمیل کند (چه اجازه سبب تکمیل از لحظه عقد بشود که کشف می‌گوید و چه سبب تکمیل از لحظه اجازه

بشود که نقل می‌گوید)

و ذلك لأن العقد ...، ص ۶۷ع، س ۷

نکته دوم: دلیل بر مدعا

دومین نکته استدلال بر مدعای مذکور است. دلیل بر لزوم اجتماع جمیع شرائط آن است که یا عقد فضولی که مثلاً روز شنبه انجام شده

را تمام السبب برای انتقال ملکیت می‌دانیم یا جزء السبب (که جزء دیگرش اجازه مالک باشد) و در هر دو صورت بالآخره انشاء عقد چیزی

جز آن نیست و روشن است که از ابتدای شروع عقد، باید مستجمع جمیع شرائط مربوط به عقد باشد مثل اینکه جایز نیست موجب، صیغه

ایجاب را بیان کند در حالی که قابل، جاهل به عوض و معوض باشد حتی اگر چنین چیزی در عقد غیر فضولی صحیح باشد لااقل در عقد فضولی صحیح نیست زیرا:

- طبق مبنای کشف که روشن است عقد چیزی نیست جز همان "بعث" و "اشتریت" روز شنبه لذا از همان ابتدا باید جامع شرائط باشد
 - طبق مبنای نقل هم جایگاه اجازه شبیه به شرط است یعنی جزء ماهیت عقد نیست (چنانکه ماهیت وضو به عنوان شرط، چیزی غیر از ماهیت نماز به عنوان مشروط است) لذا عقد همان است که شنبه واقع شده و باید جامع شرائط عقد باشد و اگر هم اجازه را به عنوان جزء عقد به شمار آوریم باز هم جزء ماهیت عقد نیست بلکه جزء مؤثریت عقد است یعنی ماهیت عقد محقق شده لکن برای تحقق اثر انتقال ملکیت نیاز به اضافه شدن اجازه داریم. لذا باز هم می‌گوییم عقد از همان شنبه باید جامع شرائط باشد.

فیکون جمیع ما دل ...، ص ۶۷، س ۱۱

نکته سوم: استثناء بعض شرائط

نسبت به شرائطی که وجودشان من حین العقد لازم است می‌فرمایند ما تابع أدله هستیم که دو گونه شرط برای عقد مطرح می‌کنند: یکم: عموم أدله‌ای که شرائطی برای عقود مطرح می‌کنند ظهور دارند در اینکه از اولین لحظه شروع شکل‌گیری أجزاء عقد، آن شرط لازم المراعات است.

دوم: أدله‌ای که ظهور در اعتبار یک شرط از ابتدای انشاء عقد ندارند بلکه دلالت می‌کنند بر مراعات یک شرط در لحظه نهایی شدن و انتقال ملکیت در یک عقد. شرائطی مانند مسلمان بودن خریدار قرآن یا خریدار عبد مسلمان که اشکالی ندارد خریدار، لحظه عقد فضولی کافر باشد لکن حین الإجازة و انتقال ملکیت مسلمان شده باشد، همچنین شرط قدرت بر تسلیم که حین الإجازة تحققش لازم است. *

نکته چهارم: بقاء شرائط از لحظه عقد تا اجازه

در نکات قبل فرمودند وجود جمیع شرائط در لحظه عقد لازم است.

سؤال این است که آیا این شرائط باید تا لحظه اجازه هم باقی باشند یا لازم نیست؟

در مقام جواب می‌فرمایند:

الف: بقاء و استمرار شرائط متعاقدين تا لحظه اجازه لازم نیست. لذا موتی یک یا هر دوی متعاقدين هم سبب إبطال عقد نخواهد شد. طبق مبنای کشف که روشن است زیرا در مبنای کشف تمام نگاه به همان روز شنبه و زمان تحقق عقد است که آن موقع هم شرائط جمع بوده، طبق مبنای نقل هم نیازی به بقاء و استمرار شرائط متعاقدين نیست زیرا در این مبنا هم هرچند انتقال ملکیت از لحظه اجازه محقق می‌شود اما محور این انتقال همان انشاء عقد روز شنبه است که آن زمان شرائط جمع بوده است.

بله اگر کسی اجازه را یک عقد جدید به حساب آورد (یعنی نه تنها قائل به نقل باشد بلکه قائل باشد اجازه نوعی ایجاب و قبول جدید است، در این صورت ممکن است بگوییم بقاء و استمرار شرائط تا زمان اجازه لازم است لکن بطلان این مبنا را در مباحث گذشته ثابت کرده‌ایم.

ب: اما بقاء و استمرار شروط عوضین هم:

- طبق مبنای نقل لازم است زیرا جابجایی عوضین در مبنای نقل در واقع روز دوشنبه و حین الإجازة انجام می‌شود.

- طبق مبنای کشف دو احتمال است که بقاء شرط باشد یا نه لکن معتبر دانستن شروط عوضین طبق مبنای کشف بعید نیست. **

الثانی: هل يشترط في المجاز ...، ص ۶۸، س ۵

امر دوم: معلومیت مجاز للمجيز

میزان اطلاع مجیز از عقد فضولی در لحظه اجازه از سه حال خارج نیست:

یا جاهل است یا اجمالا اطلاع یافته است یا تفصیلا می‌داند (تفصیلا به این صورت که می‌داند فضول چه کالایی را به چه قیمتی و در چه عقدی به دیگری واگذار کرده است. جنس عقد را می‌داند که نکاح بوده یا بیع یا صلح، نوع عقد را می‌داند که مثلا صلح معوض است یا غیر معوض و فصل آن را هم می‌داند که مثلا به چه کسی فروخته شده است)

اگر مالک جاهل بالتمام است نسبت به عقد فضولی که در این صورت تحقق اجازه از او قابل تصویر نیست.

نسبت به کفایت آگاهی اجمالی از عقد فضولی یا لزوم آگاهی تفصیلی هم دو احتمال است:

احتمال اول: آگاهی اجمالی نسبت به عقد فضولی کافی است.

دلیل: اجازه مانند اذن سابق است پس اشکالی ندارد که علم اجمالی در آن کافی باشد زیرا در اذن، که مالک به فردی اذن می‌دهد و او را وکیل می‌کند برای انجام یک معامله، فقهاء می‌فرمایند لازم نیست تمام مطالب نسبت به معامله مورد نظر معلوم باشد مثل اینکه ماشین را به چه کسی با چه قیمتی در چه زمانی و در چه مکانی بفروشد بلکه اذن و توکیل صحیح است حتی به صرف اینکه زید را وکیل در فروش ماشین قرار دهد بدون اطلاع و صحبت از جزئیات آن. پس در اجازه هم علم اجمالی کفایت می‌کند.

بله نباید اجمال به اندازه‌ای باشد که اصلاً وکیل نداند وکیل در چه چیزی است، و مالک نداند چه چیزی را اجازه می‌دهد.

احتمال دوم: آگاهی تفصیلی نسبت به عقد فضولی لازم است.

دلیل: اجازه در واقع به منزله یکی از ارکان عقد است زیرا وقتی مالک اجازه داد گویا خود او بایع بوده و طرف حساب مشتری قرار می‌گیرد بنابراین می‌گوییم چنانکه بایع و مشتری باید از ابعاد و زوایای معامله آگاهی کامل داشته باشند، مجیز یا همان مالک هم باید علم تفصیلی به زوایای عقد فضولی داشته باشد لذا اگر بدون اطلاع از ابعاد معامله بخواهد آن را اجازه دهد مثل این است که در عقد غیر فضولی بگوییم قابل بدون اطلاع از ایجاب صرفاً قبول را مطرح کند پس چنانکه انشاء قبول بدون اطلاع از ایجاب باطل است، اجازه مالک هم بدون اطلاع از ابعاد عقد فضولی باطل خواهد بود.

سؤال: آیا مجیز می‌تواند به صورت معلق و مشروط، عقد فضولی را اجازه کند به این صورت که بگوید اگر شخصی فضولتاً کالای مرا فروخته باشد بیع فضولی را اجازه می‌کنم.

جواب: می‌فرمایند قول به بطلان اجازه معلق، قوی است. زیرا هر چند اجازه از عقود نیست تا با استناد به اجماع فقهاء در بطلان عقد تعلیقی بگوییم اجازه تعلیقی هم باطل است اما اجازه در حکم عقد است و جایگاه و اعتبار عقد را دارد لذا می‌توان گفت تعلیق در اجازه هم باطل است.

دلیل بر اینکه اجازه را در حکم عقد می‌دانیم آن است که با آمدن اجازه است که مالک مخاطب "أوفوا بالعقود" قرار می‌گیرد و می‌دانیم که "أوفوا بالعقود" خطاب به عاقد است یعنی کسی که عقد را محقق می‌کند واجب است به آن وفا کند و مجیز هم با اجازه دادن عقد در جایگاه عاقد قرار می‌گیرد و خطاب أوفوا بالعقود شامل او هم خواهد شد پس چنانکه عقد تعلیقی باطل است اجازه تعلیقی هم باطل است.

فتأمل

عموم محشین مکاسب فتأمل را نقد تشبیه اجازه به عقد دانسته‌اند به بیان‌های مختلف. ***

مرحوم شیخ انصاری در این امر دوم نظر خودشان را نه نسبت به کفایت علم اجمالی صریحاً بیان کردند و نه نسبت به کفایت اجازه تعلیقی. اما ممکن است بگوییم با فتأمل نشان دادند که قوت بطلان اجازه تعلیقی را قبول ندارند یعنی اجازه تعلیقی اشکال ندارد زیرا تعلیق در عقد مبطل است و اجازه نه جزء عقد است و نه رکن عقد، و به تبع آن تکلیف معلومیّت مجاز هم روشن می‌شود که علم و آگاهی اجمالی از عقد فضولی برای تحقق اجازه کفایت می‌کند.

تحقیق:

* تعبیر "لعل" در عبارت مرحوم شیخ انصاری اشاره به کلامی است که در صفحه ۴۳۷، سطر آخر داشتند که در جواب از اشکال دوم مرحوم تستری فرمودند: "أما القدرة على التسليم فلانضایق من اعتبارها في المالك حين العقد."

** مراجعه کنید به حواشی مکاسب که عموم محشّین به این تعبیر "غیر بعید" اشکال کرده‌اند.

مرحوم شهیدی در **هدایة الطالب**، ج ۲، ص ۳۴۱ می‌فرماید:

"قد مرّ من المصنّف في ذیل بیان الثمرات بین الكشف و النّقل عند التّعرض لثمرات ذکرها بعض متأخّري المتأخّرين الجزم بعدم الاعتبار بناء علیه و هو الَّذي يقتضيه خبر نکاح الصّغیرین فنفي البعد هنا في غير محلّه."

همچنین مراجعه کنید به کلام **مرحوم ایروانی در حاشیة المکاسب**، ۱، ص ۱۴۱؛ و الحاشیة الأولى علی المکاسب از مرحوم خوانساری، ص ۸۳.

****مرحوم سید صاحب عروه**، در **حاشیة المکاسب**، ج ۱، ص ۱۷۱ می‌فرماید:

كون الوفاء بالعقد مختصاً بالعقد ممنوع بل يجب الوفاء علی من له العقد سواء كان عاقداً أو أذن له في العقد أو مجيزاً له فتعلّق الوجوب به بعد الإجازة لا قبلها لا يكون دليلاً علی كونها في معنى العقد.

مرحوم آخوند در حاشیة المکاسب، ص ۷۵ می‌فرماید:

انّ المنع عن التّعليق، أنّما هو بالإجماع، و القدر المتيقن منه التّعليق في نفس العقد، لا فيما هو بمعناه، و لعلّه أشار إليه بأمره بالتأمّل. مرحوم آخوند می‌فرماید دلیل بر بطلان عقد تعلیقی را اجماع دانستید و اجماع دلیل لبی است و عند الشک فقط به قدر متیقن آن می‌توان عمل نمود، قدر متیقن از آن هم عقد تعلیقی است نه اجازة تعلیقی لذا وقتی شک داریم آیا اجازة تعلیقی هم باطل است یا نه، عند الشک نمی‌توانیم به دلیل لبی تمسک کنیم زیرا دلیل لبی اطلاق ندارد که شامل مشکوک (اجازة تعلیقی) هم بشود.

مباحث قبل مربوط به زمانی بود که یک عقد فضولی بر مال مالک واقع شده و مالک یا آن را اجازه می‌دهد یا رد می‌کند، اما مرحوم شیخ انصاری در سومین امر از امور سه‌گانه در بررسی احکام مجاز، به تحلیل حکم عقود می‌پردازد که ممکن است به دنبال عقد فضولی محقق شود.

به عبارت دیگر ممکن است بر اصل مال مالک که فضول به دیگری فروخته یا بر عوضی که فضول در مقابل مال مالک دریافت نموده عقدهای بعدی هم انجام شود که حکم آنها هم باید بررسی شود.

مطالب مربوط به عقود مترتبه را ضمن چند نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: بیان ۱۲ قسم و یک مثال جامع

مرحوم شیخ انصاری در تبیین اقسام دوازده‌گانه محل بحث می‌فرمایند:

مُجَاز (آنچه مالک می‌خواهد اجازه کند تا بیع فضولی که بر مالش واقع شده را صحیح و مؤثر در انتقال ملکیت قرار دهد) دو قسم است: قسم اول: مُجَاز، عقد واقع بر نفس و عین مال مالک (مجیز) است.

قسم دوم: مُجَاز، عقد واقع بر عوض مال مجیز است. (در ص ۴۷۱، س ۹ توضیح می‌دهند چه عوض چه عوض العوض یا وسائط بیشتر) هر کدام از دو قسم مذکور سه حالت دارند:

حالت اول: مُجَاز، اولین عقد واقع بر نفس مال مجیز یا عوض آن است. (۱)

حالت دوم: مُجَاز، آخرین عقد واقع بر نفس مال مجیز یا عوض آن است. (۲)

حالت سوم: مُجَاز، عقدی بین (وسط) عقود سابق و لاحق است.

حالت سوم خودش چهار صورت دارد:

صورت اول: عقود سابق و لاحق بر نفس مال مجیز واقع شده. (۳)

صورت دوم: عقود سابق و لاحق بر عوض مال مجیز واقع شده. (۴)

صورت سوم: عقود سابق، بر نفس مال مجیز و عقود لاحق، بر عوض آن واقع شده. (۵)

صورت چهارم: عقود سابق، بر عوض مال مجیز و عقود لاحق بر نفس مال مجیز واقع شده. (۶)

پس قسم اول به شش نوع قابل تصویر است که اعداد داخل پرانتز آن را نشان می‌دهد و قسم دوم هم به همین صورت و در مجموع دوازده نوع اجازه یا همان مُجَاز داریم که باید از احکام اینها بحث کنیم.

مثال: مرحوم شیخ انصاری یک مثال بیان می‌کنند که تمام تقسیمات دوازده‌گانه در همان قابل تطبیق است لذا می‌فرمایند:

فضول عبد مالک را بدون اجازه به مشتری می‌فروشد و در عوض آن فرس (اسب) می‌گیرد، این اولین عقد فضولی است که واقع شده است که به دنبال این بیع فضولی تعدادی عقد مترتب بر یکدیگر (یعنی پی در پی و یکی پس از دیگری) روی عبد (نفس مال مالک) و

تعدادی عقد مترتب بر یکدیگر روی فرس (عوض مال مالک) واقع می‌شود. (در اصطلاح عامیانه چند دست می‌گردد)

عقودی که بر نفس مال مالک واقع شده‌اند چنین است:

- مشتری اول، عبد را به مشتری دوم می‌فروشد و در مقابل آن یک کتاب (ارزشمند) دریافت می‌کند.

- مشتری دوم هم عبد را به مشتری سوم می‌فروشد و در مقابل آن یک دینار دریافت می‌کند.

- مشتری دوم که دینار دریافت کرده بود، دینار را فروخت و در مقابل آن یک جاریه دریافت کرد.

(تعبیر "ثالث" در جمله "باعه الثالث بدینار" در عبارت کتاب یعنی سومین شخصی که تا الآن وارد معامله شده، شخص اول فضول،

شخص دوم مشتری اصیل، شخص سوم همان مشتری دوم است)

اما عقودی که بر عوض مال مالک یعنی فرس، واقع شده‌اند:

- بایع فضول، اسبی که به عنوان عوض عبد (مال مالک) دریافت کرده را به یک درهم می‌فروشد.
 - بایع فضول که الآن یک درهم دارد، یک درهم را به یک قرص نان می‌فروشد (درهم می‌دهد و نان می‌گیرد).
 - مشتری که درهم را دریافت کرده، آن را در مقابل یک حمار می‌فروشد. (درهم می‌دهد و حمار می‌گیرد)
 - بایع فضول که قرص نان را دریافت کرده بود، قرص نان را می‌فروشد و در مقابل آن، عسل دریافت می‌کند.
- برای سهولت در تطبیق مطلب بر عبارت کتاب، عقود و بیع‌های مذکور در مثال را با ذکر شماره، به همان ترتیبی که در کتاب آمده ذکر می‌کنم، مرحوم شیخ می‌فرماید هشت بیع را به عنوان مثال تصویر می‌کنیم که جامع تمام اقسام دوازده‌گانه است:
- بیع یکم:** بایع فضول، عبد مالک را به مشتری اصیل می‌فروشد و فرس دریافت می‌کند. (عبد به فرس)
- بیع دوم:** مشتری اول، عبد را به مشتری دوم می‌فروشد و در مقابل آن یک کتاب (ارزشمند) دریافت می‌کند. (عبد به کتاب)
- بیع سوم:** مشتری دوم هم عبد را به مشتری سوم می‌فروشد و در مقابل آن یک دینار دریافت می‌کند. (عبد به دینار)
- بیع چهارم:** بایع فضول، اسبی که به عنوان عوض عبد (مال مالک) دریافت کرده را به یک درهم می‌فروشد. (فرس به درهم)
- بیع پنجم:** مشتری که دینار دریافت کرده بود، دینار را فروخت و در مقابل آن یک جاریه دریافت کرد. (دینار به جاریه)
- بیع ششم:** بایع فضول که الآن یک درهم دارد، یک درهم را به یک قرص نان می‌فروشد. (درهم به نان)
- بیع هفتم:** مشتری که درهم را دریافت کرده، آن را در مقابل یک حمار می‌فروشد. (درهم به حمار)
- بیع هشتم:** بایع فضول که قرص نان را دریافت کرده بود، قرص نان را می‌فروشد و در مقابل آن، عسل دریافت می‌کند. (نان به عسل)
- بررسی حکم بیع‌های مذکور در مثال خواهد آمد.

یک روایت و یک نکته تربیتی

مرحوم نوری (م ۱۳۲۰ هـ ق) در مستدرک وسائل الشیعة، ج ۱۲، ص ۱۶۹ و مرحوم علامه محمد باقر مجلسی (م ۱۱۱۰ هـ ق) در بحار الأنوار ج ۶۷، ص ۵۵ از مصباح الشریعة منسوب به امام صادق علیه السلام روایتی نقل می‌کنند که از جهات متعددی زیبا و کاربردی است: از حیث محتوا و توجه به حالات عارض بر قلب و روح آدمی و تقسیم آنها بر چهار قسم، از حیث نوع تطبیق و تمثیل با استفاده از قواعد ادب عربی، از حیث بیان علامت‌های هر کدام از حالات، از حیث بیان آثار هر کدام از حالات و از حیث توجه به راهکار درمان و رسیدن به هدف. امام صادق علیه السلام می‌فرماید: إِرْغَابُ الْقُلُوبِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَنْوَاعٍ رَفَعٍ وَفَتْحٍ وَخَفْضٍ وَوَقْفٍ؛ رَفَعُ الْقَلْبِ فِي ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَفَتْحُ الْقَلْبِ فِي الرَّضَى عَنِ اللَّهِ وَخَفْضُ الْقَلْبِ فِي الْأَشْتِغَالِ بِغَيْرِ اللَّهِ وَوَقْفُ الْقَلْبِ فِي الْغَفْلَةِ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا ذَكَرَ اللَّهَ بِالْتَعْظِيمِ خَالِصاً ارْتَفَعَ كُلُّ حِجَابٍ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ قَبْلِ ذَلِكَ فَإِذَا انْقَادَ الْقَلْبُ لِمُؤَرِّدِ قَضَاءِ اللَّهِ بِشَرَطِ الرَّضَى عَنْهُ كَيْفَ يَنْفَتِحُ بِالسُّرُورِ بِالرُّوحِ وَالرَّاحَةِ وَإِذَا اشْتَغَلَ قَلْبُهُ بِشَيْءٍ مِنْ أَسْبَابِ الدُّنْيَا كَيْفَ تَجِدُهُ إِذَا ذَكَرَ اللَّهَ بَعْدَ ذَلِكَ وَأَنَابَ مُنْخَفِضاً مُظْلِماً كَبَيْتِ خَرَابٍ خَاوٍ لَيْسَ فِيهِ عُمْرَانٌ وَلَا مُؤَنَسٌ وَإِذَا غَفَلَ عَنِ ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى كَيْفَ تَرَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ مَوْقُوفاً وَمَحْجُوباً قَدْ قَسَا وَأَطْلَمَ مِنْهُ فَارِقٌ نُورِ التَّعْظِيمِ فَعَلَامَةُ الرَّفَعِ ثَلَاثَةٌ أَشْيَاءٌ وَجُودُ الْمُؤَافَقَةِ وَفَقْدُ الْمُخَالَفَةِ وَدَوَامُ الشُّوقِ وَعَلَامَةُ الْفَتْحِ ثَلَاثَةٌ أَشْيَاءٌ التَّوَكُّلُ وَالصِّدْقُ وَالْيَقِينُ وَعَلَامَةُ الْخَفْضِ ثَلَاثَةٌ أَشْيَاءٌ الْعُجْبُ وَالرِّيَاءُ وَالْحِرْصُ وَعَلَامَةُ الْوَقْفِ ثَلَاثَةٌ أَشْيَاءٌ زَوَالُ خَلَاوَةِ الطَّاعَةِ وَعَدَمُ مَرَاةِ الْمُعْصِيَةِ وَالتَّيَّاسُ عِلْمُ الْخَلَالِ وَالْحَرَامِ.

در تربیت، بدیهی است که ابتدا باید به تربیت نفس توجه نمود سپس به تربیت دیگران از جمله خانواده و اولاد. در تربیت اولاد یکی از مواردی که متأسفانه به طور ناصحیح جا افتاده این است که اگر فرزند ما کار ناشایستی انجام دهد به او می‌گوییم این کار زشت است، تعبیر "این کار زشت است" یعنی مردم این کار را زشت می‌شمارند، توجه کنیم که معیار تشخیص درست و نادرست را نگاه مردم قرار ندهیم مخصوصاً در جامعه کنونی با وجود ضعف‌های عقیدتی و فرهنگی بلکه عادت کنیم به فرزندمان در مقابل کار ناشایست او به دو نکته توجه کنیم یکی تعبیر به "نادرست" به جای "زشت" دیگر اینکه ابتدا از او سؤال کنیم به نظر خودت این کار درست بود؟ با استفاده از تعبیر "نادرست" این نکته به طرف مقابل منتقل می‌شود که به دلیل آن توجه کند. همه ما در برابر رفع و فتح و خفض و وقف قلبهای زیادی مسئولیت داریم که ابتدا در اصلاح نفس باید بکوشیم و سپس نسبت به نزدیک‌ترین افراد که خانواده ما هستند دقت و توجه کنیم. إن شاء الله خداوند به همه ما توفیق فراهم نمودن اسباب خشنودی قلب مقدس امام زمان مان را عنایت فرماید به برکت صلوات بر محمد و آل محمد. و صَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ.

نکته دوم: بیان حکم تقسیمات مذکور

مرحوم شیخ انصاری حکم تقسیمات مذکور و بیع‌های هشت‌گانه را در دو مرحله بیان می‌کند:

ابتدا توجه به ترتیب وقوع بیع‌ها که جلسه قبل توضیح داده شد لازم است. می‌توانید شماره هر بیع را شماره روز مربوط به وقوع بیع در نظر بگیرید مثل اینکه بیع ۱ روز اول ماه، بیع ۲ روز دوم ماه و به همین ترتیب زمانی وقوع مابقی بیع‌ها را تصویر کنید. (اعم از بیع‌هایی که روی عین مال مالک یعنی عبد، انجام شده‌اند یا بیع‌هایی که روی عوض آن یا عوض عوض آن انجام شده‌اند):

بیع ۵	بیع ۳	بیع ۲	بیع ۱	بیع ۴	بیع ۶	بیع ۷	بیع ۸
دینار - جاریة	عبد - دینار	عبد - کتاب	عبد - فرس	فرس - درهم	درهم - نان	درهم - حمار	نان - عسل

مرحله اول: حکم بیع‌های واقع شده بر نفس مال مجیز

قبل از ورود به بررسی حکم فقهی بیع‌های واقع شده بر نفس مال مالک، به چند نکته به عنوان پیش فرض باید توجه نمود که در کتاب تصریح نشده:

الف: پیش فرض بحث این است که تمام هشت بیع مذکور انجام شده و بعد از آن مالک می‌خواهد نظر خودش را اعلام کند.

ب: سه بیع بر نفس مال مالک (عبد) انجام گرفته که بیع‌های ۱، ۲ و ۳ هستند؛ و مابقی بیع‌ها بر عوض مال مالک انجام شده است.

ج: مرحوم شیخ به حکم بیع اول و بیع آخر اشاره نمی‌کنند زیرا با بررسی حکم بیع وسط، حکم بیع اول و آخر هم روشن می‌شود.

د: اجازه بیع سوم (عبد به دینار) توسط مالک، به معنای فسخ بیع اول و دوم است لکن اگر مالکیت مجیز حین العقد را شرط ندانیم (که مشهور و مرحوم شیخ انصاری شرط نمی‌دانند) با بیع در بیع سوم (که عبد دارد و آن را به یک دینار فروخته)، می‌تواند بیع اول و دوم را اجازه کند.

اما بیان حکم بیع‌های واقع شده بر نفس مال مجیز منطبق بر عبارت کتاب:

« (أما إجازة العقد ...) بررسی حکم اجازه عقد واقع بر نفس مال مجیز (بیع‌های یک تا سه):

« حکم اجازه بیع دوم (بیع وسط) که به تبع آن حکم بیع اول و سوم هم روشن می‌شود:

اگر مالک بیع دوم (عبد به کتاب) را اجازه کند، این بیع صحیح خواهد بود اما حکم بیع اول و سوم متفاوت است:

««« حکم بیع سوم (عبد به دینار) نسبت به مبنای کشف و نقل متفاوت خواهد بود:

طبق مبنای کشف بیع عبد به دینار هم صحیح است زیرا با ضمیمه شدن اجازه مالک به بیع دوم، کشف می‌کنیم از همان زمانی که بیع دوم محقق شد، مشتری در بیع دوم که کتاب داد و عبد گرفت، مالک عبد گردید لذا وقتی عبد را در بیع سوم در مقابل دینار به دیگری فروخته، ملک خودش را فروخته است.

طبق مبنای نقل، اجازه مالک باعث تصحیح بیع از لحظه اجازه به بعد خواهد شد پس با بیع در بیع سوم که قبل از اجازه مالک انجام شده می‌شود مصداق مسأله "من باع مال غیره ثم ملک فأجاز" که حکمش به تفصیل در جلسات قبل بررسی شد، زیرا با بیع عبد در بیع سوم وقتی عبد را فروخت و دینار گرفت، هنوز مالک نبود، حال:

اگر مالکیت حین العقد را لازم بدانیم بیع سوم باطل است زیرا حین العقد هنوز مالکیت نبود چون اجازه مالک نبود.

اگر مالکیت حین العقد را لازم ندانیم بیع سوم صحیح است و البته طبق مبنای مشهور نیاز نیست که با بیع در بیع سوم، بیع را اجازه کند و طبق مبنای مرحوم شیخ انصاری (در جلسه ۳۴)، اجازه با بیع در بیع سوم هم لازم است.

««« حکم بیع اول (و هی فسخٌ بالنسبة...) می‌فرمایند بیع اول (عبد به فرس) را مالک مجیز نمی‌تواند اجازه دهد و تصحیح نماید

زیرا او با انتخاب و اجازه بیع دوم، از بیع اول روی‌گردانده و آن را فسخ کرده و دیگر توسط مالک اصلی قابل تصحیح نیست اما

نسبت به بایع عبد در بیع دوم که کتاب داد و عبد را گرفت، اگر مالکیت حین العقد را شرط بدانیم، نمی‌تواند بیع اول را اجازه کند و اگر مالکیت حین العقد را شرط ندانیم می‌تواند بیع اول را اجازه کند.

البته اگر مالک، بیع اول (عبد به فرس) را اجازه کند، این عقد صحیح است و عقود بعدی که روی این عبد واقع شده (عقد دوم و سوم) حکمشان تابع انتخاب مبنای کشف و نقل است با توضیحی که الآن اشاره شد.

« أَمَا الْعُقُودُ الْوَاقِعَةُ عَلَى عَوْضٍ (...) حُكْمُ عَقْدٍ وَاقِعٍ شَدَّ بِرِ عَوْضِ مَالٍ مُجِيزٍ (بیع‌های ۴ و ۵)

بیع‌های ۱ تا ۳ معامله بر عین مال مجیز یعنی عبد بود اما دو بیع بعد از آن، یعنی بیع چهارم (فرس به درهم) و بیع پنجم (دینار به جاریه)، معامله بر عوض مال مجیز است که حکمشان چنین است:

« بیع چهارم (فرس به درهم) یک بیع فضولی است که نسبت به مال مشتری (صاحب اصلی فرس) انجام گرفته و صحت این بیع متوقف بر اجازه مالک فرس است.

« بیع پنجم (دینار به جاریه) هم تکلیفش وابسته به بیع سوم (عبد به دینار) است که طبق مبنای کشف و نقل آن را بررسی کردیم.

و أَمَا إِجَازَةُ الْعَقْدِ الْوَاقِعِ ...، ص ۴۷۰، س ۵

مرحله دوم: حکم بیع‌های واقع شده بر عوض مال مجیز

مرحوم شیخ انصاری در مرحله دوم، به بررسی حکم بیع‌های واقع شده بر عوض مال مجیز می‌پردازد که پنج بیع بود (۴ تا ۸) لکن حکم

بیع ۴ و ۵ تبیین شد لذا می‌فرمایند اگر عقد مجاز بیع‌های ۶، ۷ و ۸ باشد تکلیف چیست؟

در این مرحله هم به چند نکته به عنوان پیش فرض باید توجه نمود که در کتاب تصریح نشده است:

الف: اگر عقد مجاز، اولین عقد واقع بر عوض باشد (بیع فرس به درهم) در این صورت هم این بیع ۴ با اجازه مالک تصحیح خواهد شد هم اصل بیع فضولی (بیع عبد به فرس) زیرا وقتی مالک بیع فرس به درهم را اجازه می‌دهد معنایش این است که بیع عبد به فرس را پذیرفته و خود را مالک فرس می‌داند که بیع فرس به درهم را اجازه می‌کند. به عبارت دیگر اجازه بیع لاحق (بیع ۴) مستلزم اجازه سابق (بیع ۱) هم هست. لکن مستلزم صحت بیع ۷ و ۸ نیست و آنها اجازه مستقل می‌خواهند.

ب: اگر عقد مجاز آخرین عقدی باشد که بر عوض واقع شده (بیع نان به عسل)، اجازه مالک نسبت به این بیع به معنای صحت بیع‌های قبل از آن است زیرا وقتی مالک بیع نان به عسل را اجازه می‌کند یعنی خودش را مالک عبد نمی‌داند بلکه مالک نان می‌داند که برای دریافت عسل نان می‌دهد پس با اجازه بیع نان به عسل، بیع عبد به فرس و بیع فرس به درهم نیز امضاء شده است.

« حکم بیع ششم (درهم به نان)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اگر عقد مجاز، بیع وسط باشد (بیع وسطی که بر عوض مال مجیز واقع شده یعنی بیع‌های ۶ و ۷ که بین ۵ و ۸ واقع شده) باعث می‌شود بیع قبل از آن هم تصحیح شود لذا اگر مجیز، بیع ۶ (نان به درهم) را اجازه کند طبق توضیح نکته "ب" طبیعتاً بیع ۴ و ۱ را هم امضاء کرده است و بیع ۷ (درهم به حمار) نیز امضاء خواهد شد البته بر اساس همان توضیح مربوط به مبنای کشف و نقل که در حکم بیع سوم در صفحه قبل گذشت.

« حکم بیع هشتم (نان به عسل)

می‌فرمایند اگر مجیز، بیع ۶ (پرداخت درهم برای دریافت نان) را اجازه کرده باشد یعنی قبول کرده که مالک عبد نیست بلکه مالک درهم است، لذا هر بیعی که بعد از آن روی نان انجام شده باشد (بیع هشتم یعنی پرداخت نان برای دریافت عسل) مثل بیعی است که ابتداءً فضول روی مال مالک انجام داده است که نیاز به اجازه مستقل دارد.

گفتیم مرحوم شیخ انصاری در سومین امر از امور سه‌گانه احکام مجاز، چند نکته بیان می‌کنند. نکته اول بررسی اقسام و بیان مثال برای عقود متعدده مترتبه بود. نکته دوم بیان حکم این عقود بود.

نکته سوم: ضابطه کلی در عقود مترتبه

مرحوم شیخ انصاری مطالبشان در نکته دوم را خلاصه‌گیری نموده و آن را بر ضابطه‌ای که با عبارت مختصرتری در عبارات مرحوم فخر المحققین و مرحوم شهید اول بیان شده تطبیق می‌دهند.

می‌فرمایند اگر بخواهیم مطالب نکته دوم را در قالب یک ضابطه مختصر بیان کنیم می‌گوییم:

عقود متعدده مترتبه بر مال مجیز (اعم از عین مال مجیز یا عوض آن) دو صورت دارد:

صورت اول: عقود متعدده، توسط اشخاص متعدد واقع شده (یعنی عقودی که بر عین مال مجیز واقع شده در بیع‌های ۱، ۲ و ۳)

(مقصود از اشخاص متعدد این است که بایع در بیع ۱ فرد فضول است اما بایع در بیع ۲ همان مشتری اصیل است و بایع در بیع ۳ هم شخص دیگری است. البته می‌توان تصویر کرد که بایع یک نفر باشد به این صورت که یک مبیع و یک عبد را به چند نفر فروخته و کلاهبرداری کرده باشد)

در این صورت اول، اجازه عقد وسط (بیع ۲) توسط مالک:

– به معنای فسخ عقود قبل از آن است.

– عقود لاحق بر آن علی‌الکشف صحیح‌اند و علی‌النقل وابسته به این است که مالکیت حین الإجازه شرط باشد (لذا بیع لاحق قابل تصحیح و اجازه نباشد) یا شرط نباشد (لذا بیع لاحق قابل تصحیح و اجازه باشد) که جلسه قبل گذشت.

صورت دوم: عقود متعدده، توسط شخص واحد واقع شده مثل اینکه فضول، روی عوض مال مالک چند بیع انجام داده (فضول یک بار عبد را داده فرس گرفته، همان فضول فرس را داده درهم گرفته و باز همان فضول درهم را داده و نان گرفته)

در این صورت دوم حکم عکس صورت اول است یعنی وقتی مالک عقد وسط (بر عوض مالش) را اجازه کرد:

– به معنای صحت عقود سابق است.

– و عقود لاحق نیاز به اجازه مستقل دارد.

مرحوم شهید اول و مرحوم فخر المحققین در رابطه با عقود متعدده عبارت مختصری دارند در حالی که مرحوم شیخ انصاری در نکته دوم به تفصیل احکام را بیان فرمودند، عبارت شهید اول در الدرر الشریعیة فی فقه الإمامیة، ج ۳، ص ۱۹۳ چنین است: "لو ترتبت العقود علی العین و الثمن فللمالك إجازة ما شاء، و مهما أجاز عقدا علی المبیع صح، و ما بعده خاصّة، و فی الثمن ینعکس"

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مقصود شهید اول ضابطه‌ای است که به تفصیل توضیح دادیم و ایشان هم به دو صورت اشاره دارند:

صورت اول: مالک یکی از عقود واقع بر مبیع (عبد) را امضاء کند.

این همان صورت اولی است که چند خط قبل توضیح دادیم که اشخاص متعدد مبیع (عبد) را معامله می‌کنند که حکمش فسخ عقود سابق و صحت عقود لاحق (علی‌الکشف) است.

صورت دوم: مالک یکی از عقود واقع بر ثمن (یا همان عوض که فرس است) را امضاء می‌کند.

در مقصود شهید اول از عقود واقع بر ثمن دو احتمال است که مقصود ایشان احتمال دوم است:

احتمال یکم: عقود متعدد بر ثمن شخصی مرارا. یعنی همان ثمن و عوض که فرس بود چند بار توسط اشخاص متعدد مورد معامله قرار بگیرد مثل اینکه فرس را با فرس معامله کند و کسی که فرس را گرفته آن را با کفش معامله کند و فرد بعدی که فرس را گرفته با درهم معامله کند.

احتمال دوم: عقود متعدد بر ثمن شخصی توسط یک شخص انجام شود. به این صورت که با بیع فضول فرس را به فرد الف بدهد و از او درهم بگیرد، سپس همین با بیع فضول درهم را به فرد بعدی بدهد و نان بگیرد باز همین با بیع فضول نان را به فرد دیگری بدهد و غسل بگیرد.

مقصود شهید اول از "و فی الثمن ینعکس" احتمال دوم است که با صورت دوم در کلام مرحوم شیخ انصاری تطبیق می‌کند.

و قد علم من ذلک ... ص ۴۷۱، س ۹

مرحوم شیخ انصاری ابتدای این امر سوم یعنی صفحه ۴۶۹، سطر ۳ فرمودند عقد مجاز در عقود متعدده بر دو قسم است یا مالک عقد اجازه داده شده، عقد واقع بر نفس مال یا عقد واقع بر عوض مال. با تعبیر "قد علم من ذلک" می‌فرماید با این توضیحات روشن شد که مقصود ما از عقود واقع بر عوض مال، فقط عوض در بیع اول (فرس) نیست بلکه شامل عوض العوض (درهم) و عوض عوض العوض (نان) و سایر عوض‌های مع الواسطه می‌شود.

ثم إن هنا اشکالا ... ص ۴۷۱، س ۱۲

نکته چهارم: بررسی اشکالی از مرحوم علامه حلی

مرحوم شیخ انصاری در نکته اول و دوم فرمودند مالک حق تتبع در عقود دارد یعنی حق دارد بررسی کند کدام یک از عقود واقع شده بر نفس مال یا عوض مال او به نفعش هست و همان را اجازه کند.

مرحوم علامه حلی فرموده‌اند جواز تتبع عقود زمانی است که مشتری عالم به غصب و تصرف بدون اذن با بیع نباشد اما اگر مشتری عالم باشد که با بیع مالک نیست بلکه تصرف غاصبانه و بدون اذن است در این صورت تتبع در عقود برای مالک مجاز نیست و جواز تتبع در عقود برای مالک محل اشکال است. *

مرحوم علامه توضیحی نداده‌اند که مقصودشان از این اشکال چیست لکن مرحوم شیخ انصاری عبارت چند نفر از فقهاء در تبیین مقصود از اشکال را نقل می‌کنند.

یکم: بیان مرحوم قطب الدین رازی

ایشان فرموده‌اند مقصود مرحوم علامه از وجود اشکال، وجود دو احتمال است:

احتمال اول: تتبع در عقود برای مالک جایز نیست زیرا وقتی مشتری علم دارد با بیع، غاصب است و مالک مبیع (عبد) نیست اگر با او معامله کند و در قبال دریافت عبد، فرس را به عنوان عوض به غاصب بدهد غاصب مالک فرس می‌شود و مثل این است که فرس و مالش را به دست دزد سپرده و گویا آن را تلف کرده است لذا اگر فرس نزد غاصب تلف شود مالک فرس حق رجوع به غاصب و مطالبه فرس را ندارد و اگر فرس باقی باشد دو وجه دارد که مجاز به رجوع باشد یا نه. بنابراین اگر با بیع غاصب، فرس را به فرد دیگر (در بیع ۴) بفروشد ملک خودش را فروخته و معنا ندارد که بگوییم مالک عبد حق دارد این بیع را اجازه کند زیرا بیع چهارم بین دو مالک اصلی (غاصب که مالک فرس است و مشتری که مالک درهم است) واقع شده و ارتباطی به مالک عبد ندارد.

احتمال دوم: تتبع در عقود برای مالک جایز است زیرا مالک فرس (مشتری اصیل در بیع فضولی یعنی بیع ۱) در واقع فرس را به عنوان عوض عبد و عوض مال مالک پرداخت کرده است لذا مقتضی برای مالکیت مالک عبد بر فرس وجود داشت تنها مانع این بود که مالک عبد خودش معامله نکرده است بلکه شخص فضول و غاصب این کار را کرده، لذا اگر اجازه بعدی مالک ضمیمه شود همان عقد هم قابلیت تصحیح را دارا است پس مالک حق دارد نسبت به تمام این عقود مترتبه تتبع و بررسی کند هر کدام را مایل بود اجازه کند زیرا معاملات متعدد نسبت به مال او انجام شده است.

علامه حلی بین این دو احتمال نظری انتخاب نکرده‌اند لذا فرموده‌اند فیه اشکال.

تحقیق:

* عبارت مرحوم علامه حلی در قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۹ نسبت به عقود متعدده این است که: "بیع الفضولی موقوف علی الإجازة علی رأی، و کذا الغاصب و إن کثرت تصرفاته فی الثمن بأن یبیع الغصب و یتصرف فی ثمنه مرّة بعد اخرى. و للمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته، و مع علم المشتري إشکال."

دوم: بیان مرحوم شهید اول

دومین بیانی که مرحوم شیخ انصاری در تبیین وجه اشکال در کلام مرحوم علامه حلی بیان می‌فرمایند مربوط به کلامی است از شهید اول که کلام مرحوم شهید اول همراه با یک دقت بیشتری از مرحوم قطب الدین است.

ایشان فرموده‌اند وقتی مشتری علم دارد بایع، غاصب است و در عین حال غاصب را مسلط بر مال خودش (فرس) قرار می‌دهد، این ثمن به ملک مالک اصلی (مالک عبد) وارد نشده و زمانی که بایع غاصب این فرس را در بیع بعدی با درهم معاوضه می‌کند، این معاوضه او در حکم تلف ثمن (فرس) است و با این تلف، گویا غاصب ملک خودش را فروخته و الآن هم مالک درهم شده است، حال که غاصب ملک خودش را فروخته است دیگر معنا ندارد مالک اصلی نسبت به بیع او نظر دهد و آن را امضا یا رد کند.

البته امکان دارد بگوییم مالک اصلی می‌تواند نسبت به بیع فضولی (بین عبد و فرس) نظر دهد و آن را اجازه کند، لکن احتمال دارد بگوییم مالک اصلی نسبت به همان بیع اول (بین عبد و فرس) هم حق اظهار نظر ندارد و اصلاً آن بیع قابل اجازه دادن نیست زیرا در آن بیع، عبد با فرس مبادله شده بود، الآن که غاصب فرس را فروخته و درهم گرفته دیگر در مقابل عبد، ثمن و فرس وجود ندارد که مالک اصلی با اجازه آن بیع، عبد را تحویل دهد و فرس بگیرد. بنابراین نه تنها تتبع مالک اصلی در عقود و انتخاب هر بیعی که صلاح می‌داند مجاز نیست بلکه همان بیع اول فضولی هم قابل اصلاح نیست زیرا مبیع در آن بیع (یعنی عبد) باقی است اما ثمن که فرس بود باقی نمانده است.

سپس ایشان فرموده‌اند لازمه قول به بطلان تتبع مالک اصلی در بین عقود، بطلان تمام عقود از جمله عقد بیع اول است زیرا چنانکه توضیح دادیم علم مشتری به غصب و تسلیط غاصب بر ثمن باعث می‌شود در مقابل مبیع و مثنی (یعنی عبد) هیچ ثمنی وجود نداشته باشد و مالک اصلی با اجازه بیع فضولی به فرس نرسد زیرا فرس توسط مشتری به غاصب تملیک شده است.

پس اگر گفته شود در این صورت در اصل صحت عقد (فضولی) اشکال است قول صحیحی خواهد بود.

سوم: بیان مرحوم محقق ثانی

ایشان فقط قسمت آخر کلام مرحوم شهید اول را در وجه اشکال، بیان کرده‌اند که با وجود علم مشتری به غاصب بودن بایع، نه تنها عقود مترتبه محل اشکال خواهند بود بلکه اصل عقد فضولی هم محل اشکال خواهد بود و هیچ کدام از عقود متعدده قابل اجازه نیستند.

چهارم: بیان مرحوم فخر المحققین

مرحوم فخر المحققین با مو شکافی بیشتری در مسأله منشأ اشکال را توجه به تفاوت دو مبنای کشف و نقل دانسته‌اند. ایشان می‌فرمایند: - اگر مشتری جاهل به غصب باشد، تتبع عقود برای مالک اصلی جایز است و هر کدام از عقود متعدده را به صلاح خود بداند می‌تواند اجازه کند.

- اگر مشتری عالم به غصب باشد، جواز و عدم جواز تتبع مالک اصلی در عقود متعدده مترتبه وابسته به دو مبنای کشف و نقل خواهد بود یعنی طبق مبنای ناقلیت تتبع جایز نیست و طبق مبنای کاشفیت جایز است. اما توضیح مطلب:

طبق مبنای ناقلیت اجازه (که بیع و تمام آثار آن از لحظه اجازه مالک به بعد محقق می‌شود) توجه به یک فتوای فقهاء حکم را روشن می‌کند. فقها صراحتاً فتوا می‌دهند که اگر مشتری در بیع فضولی عالم است به غاصب بودن بایع و در عین حال ثمن (فرس) را به بایع غاصب تحویل دهد و او را مسلط بر مال خویش گرداند، نمی‌تواند سلعة و مثنی (یعنی عبد) را نزد خود نگه دارد و زمانی که مالک عبد به مشتری مراجعه می‌کند و می‌گوید سلعه (و عبد) مرا بازگردان باید عبد را به مالک اصلی برگرداند و حق مراجعه به بایع غاصب را هم ندارد حتی اگر عین ثمن (فرس) نزد غاصب باقی باشد زیرا خودش اقدام به تسلیط غاصب بر مالش نموده.

با توجه به این فتوای فقها و با توجه به مبنای ناقلیت می‌گوییم اگر فرض کنیم مالک اصلی بعد از عقود متعدده مترتبه یکی از آنها را اجازه کند، اجازه مالک به این معنا است که از لحظه اجازه به بعد آثار بیع محقق می‌شود در حالی که قبل از اجازه مالک، ثمن و فرس به ملک غاصب وارد شده لذا دیگر ثمن و فرسی وجود ندارد که مالک با اجازه‌اش ثمن را به ملک خویش وارد کند.

تا زمانی که مالک اصلی اجازه نداده بود هنوز مالک ثمن و فرس نبود، مشتری هم که فرس را در اختیار غاصب قرار داد و غاصب مالک آن شد پس فرس نه در ملک مالک اصلی وارد شده نه بر ملک مشتری باقی مانده فقط می ماند اینکه بگوییم فرس در ملک غاصب است زیرا محال است مملوک (فرس) بدون مالک باشد پس اجازه بعدی مالک هم طبق مبنای ناقلیت نمی تواند نسبت به قبل از اجازه مالک اثری بگذارد و فرس را از ملک غاصب بیرون بیاورد.

نتیجه اینکه طبق مبنای ناقلیت اصلا عقد صحیحی وجود نخواهد داشت که مالک آن را اجازه کند. (عبد در ملک مالک است و فرس در ملک غاصب و مشتری هم بی نصیب مانده است)

طبق مبنای کاشفیت اجازه (که با آمدن اجازه مالک کشف می کنیم بیع و تمام آثار آن از اولین لحظه تحقق بیع فضولی وجود داشته) می گوییم با تحقق اجازه مالک کشف می کنیم همان لحظه ای که مشتری اصیل فرس را در مقابل عبد معامله کرد بیع صحیحا واقع شده و فرس به ملک مالک اصلی درآمده و اینکه بعد از بیع، مشتری فرس را تحت سلطه غاصب قرار داده مورد اعتنا نخواهد بود لذا همان بیع اولیه صحیح است و بعد از اجازه مالک، مشتری می تواند عبد را تحویل بگیرد و همچنین می تواند فرس را از غاصب بگیرد و به مالک اصلی تحویل دهد.

و یحتمل أن یقال ...، ص ۴۷۳، س آخر

مرحوم فخر المحققین می فرمایند البته احتمال دارد طبق مبنای ناقلیت هم قائل به جواز تتبع مالک بشویم به این بیان که نسبت به فرس که ثمن بود، دو حق قابل تصویر است:

از طرفی به واسطه بیع فضولی، مالک اصلی حقی نسبت به ثمن پیدا کرده است که با اجازه بیع فضولی، مالک ثمن بشود.

از طرف دیگر غاصب به جهت تسلیط مشتری که عالم به غصب بود، حقی نسبت به فرس پیدا کرده است.

روشن است که حق مالک اصلی از نظر زمانی مقدم بر حق غاصب است اما در ترجیح یکی از این دو حق بر دیگری بر اساس روایات

می گوییم الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال و المالك بأجود الأحوال، لذا فرس ملک مالک اصلی است و عبد هم ملک مشتری خواهد بود.

مرحوم فخر المحققین در پایان کلامشان فرموده اند به نظر من (بر خلاف فتوای فقهاء) اگر بعد از تسلیط غاصب بر ثمن توسط مشتری،

عین ثمن نزد غاصب باقی باشد مشتری حق دارد به او مراجعه کند و ثمن را از او گرفته به مالک اصلی بدهد تا مالک عبد شود، و اگر

عین ثمن باقی نیست دیگر حق رجوع به غاصب را ندارد.

مرحوم شیخ انصاری وارد بررسی کلام مرحوم فخر المحققین می شوند که خواهد آمد إن شاء الله.

مرحوم علامه حلی که فرموده بودند اگر مشتری عالم به غصب باشد و به دنبال بیع فضولی، عقود متعدده مترتبه شکل بگیرد، قول به جواز تتبع عقود برای مالک اصلی "فیه اشکال"؛ مرحوم شیخ انصاری بعد از نقل چهار عبارت از فقهاء در مقام تبیین جمله "فیه اشکال" می‌فرمایند بهترین بیان را مرحوم فخر المحققین داشتند که فرمودند:

- طبق مبنای کشف:

الف: اشکالی در جواز تتبع عقود برای مالک اصلی وجود ندارد و می‌تواند هر بیعی را که به صلاح خود می‌داند اجازه کند.

ب: بیان مرحوم قطب الدین و مرحوم شهید اول کامل نبود و باید بین مبنای کشف و نقل تفاوت قائل می‌شدند، زیرا طبق مبنای کشف اجازه مالک بعد از عقود متعدده مترتبه، کشف می‌کند از تحقق بیع فضولی بین مالک اصلی و مشتری اصیل قبل از اینکه مشتری، غاصب را مسلط بر ثمن (فرس) کرده باشد، بنابراین:

اگر مالک بیع را اجازه کند این اجازه بر اساس مقتضایش اثرگذار است یعنی عبد ملک مشتری و فرس ملک مالک اصلی خواهد شد.

اگر مالک بیع را رذ کند دیگر مشتری حق رجوع به غاصب را نخواهد داشت، عبد در ملک مالک می‌ماند و فرس در ملک غاصب.

- طبق مبنای نقل:

الف: اینکه مالک اصلی بخواهد عقدی که بر ثمن واقع شده یعنی بیعی که با بیع غاصب روی فرس انجام داده (فرس داده و درهم گرفته) را اجازه دهد محل اشکال است زیرا مستلزم دور است.

برای توضیح مطلب به خط سیر زمانی اتفاقاتی که در رابطه با آن بحث می‌کنیم دقت کنید:

ابتدا عقد فضولی بین غاصب و مشتری اصیل روی عبد و فرس انجام شد.

سپس مشتری با اقباض و تحویل دادن ثمن (فرس) با غاصب، او را مسلط بر ثمن قرار داد.

پس از آن، غاصب فرس را به فرد دیگری تحویل داد و درهم دریافت کرد.

در مرحله آخر فرض این است که مالک اصلی می‌خواهد بیع غاصب (بیع فرس به درهم) را اجازه دهد.

می‌فرمایند اینکه مالک مجاز باشد عقد واقع بر ثمن توسط غاصب را اجازه دهد محل اشکال است زیرا:

از طرفی اجازه مالک اصلی نسبت به بیع فرس با درهم متوقف است بر اینکه او مالک فرس بشود (زیرا قبل اجازه اجنبی از فرس است).

از طرف دیگر طبق مبنای نقل، مالکیت مالک اصلی بر فرس هم متوقف بر اجازه مالک است.

پس اجازه مالک متوقف شد بر اجازه مالک و هذا دور واضح.

ب: همچنین اینکه مالک اصلی بخواهد عقد فضولی اول (بین عبد و فرس) را اجازه دهد محل اشکال است (یا معتقدیم مالکیت غاصب

بر فرس به صرف تسلط بر ثمن آغاز می‌شود یا معتقدیم مالکیت غاصب بر ثمن و فرس بعد از تلف حقیقی یا حکمی مثل معامله با درهم

محقق می‌شود) زیرا قبل از اینکه مالک اصلی برای مالکیت بر فرس، بیع فضولی را اجازه دهد مشتری، غاصب را بر ثمن مسلط کرد و

همین سبب می‌شود فرس به ملک غاصب درآید و دیگر اجازه مالک اصلی نسبت به آن تأثیری نداشته باشد.

در نتیجه در هر دو مورد "الف" و "ب" طبق مبنای نقل، عقد فضولی باطل است، لذا فرس در ملک غاصب و عبد در ملک مالک اصلی باقی

می‌ماند و این مشتری است که چیزی به دست نمی‌آورد.

و ما ذکره فی الإيضاح ...، ص ۴۷۵، س ۷

مرحوم فخر المحققین نسبت به مبنای نقل یک احتمالی مطرح فرمودند که ممکن است بگوییم حق مالک اصلی نسبت به فرس مقدم

است بر حق غاصب لأن الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند نمی‌دانیم مبنا و دلیل این احتمال طبق قول به نقل چیست، زیرا عقد فضولی (بین عبد و فرس) که

محقق شده طبق مبنای نقل، صرفاً سبب ناقص برای تحقق عقد است و تا زمانی که اجازه نیاید هیچ اتفاقی نیافتاده است و وقتی هم که

اجازه ضمیمه شود من حین الإجازة مؤثر خواهد بود، پس در زمانی که مالک اصلی نسبت به فرس اجنبی به شمار می‌آید و هیچ حقی نسبت به ثمن ندارد، علت تامه مالکیت غاصب بر ثمن که همان تسلیط مشتری بعد از عقد فضولی باشد محقق شده بنابراین، وجهی برای تقدیم مالک اصلی بر غاصب وجود ندارد.

نعم یمکن أن یقال ... ص ۴۷۵، س ۱۱

بله ممکن است گفته شود فتوای اصحاب به عدم جواز رجوع مشتری به بایع غاصب مربوط به زمانی است که مالک بیع را اجازه ندهد و ردّ کند، نه اینکه صرفاً با سلطه پیدا کردن غاصب بر ثمن توسط مشتری، مالکیت غاصب محقق شود.

پس بعد از تحقق بیع فضولی و بعد از تسلیط بایع غاصب بر ثمن توسط مشتری، عقد دو صورت پیدا می‌کند:

صورت یکم: مالک اصلی عقد را اجازه می‌دهد که در این صورت مشتری اصیل حق دارد به غاصب مراجعه کند فرس را از او بگیرد به مالک بدهد و عبد را از مالک دریافت نماید.

صورت دوم: مالک اصلی عقد را ردّ می‌کند که در این صورت مشتری اصیل حق رجوع به غاصب را ندارد در نتیجه، عبد در ملک مالک اصلی باقی می‌ماند و فرس هم در ملک غاصب باقی خواهد ماند و چیزی به مشتری نمی‌رسد. نکته پایانی مربوط به دلیل تفصیل مذکور بین صورت اول و دوم است.

سال گذشته در مباحث مربوط به مقبوض به عقد فاسد خوانده‌ایم که یکی از تبعات فساد عقد، عدم تحقق نقل و انتقال بین ثمن و مثن است، حال در ما نحن فیه می‌گوییم وقتی بیع عبد با فرس بین بایع غاصب و مشتری اصیل توسط مالک امضاء نشد به معنای بطلان عقد فضولی است، و قبض ثمن توسط غاصب هم به دنبال یک عقد فاسد انجام شده لذا فتوای به مالکیت غاصب بر ثمن بر خلاف قاعده مقبوض به عقد فاسد است، حال شک داریم آیا بایع غاصب مالک ثمن است یا خیر، می‌گوییم در مخالفت با اصل و قاعده مقبوض به عقد فاسد باید به قدر متیقّن اکتفا نمود و قدر متیقّن از جواز مخالفت با قاعده مذکور این است که مشتری غاصب را مسلط بر فرس گرداند و مالک اصلی هم بیع را ردّ کند که دیگر مشتری حق رجوع به غاصب را نخواهد داشت اما اگر مالک اصلی بیع را اجازه کند قاعده مقبوض به عقد فاسد شامل این مورد می‌شود و می‌گوید قبض ثمن توسط غاصب باطل و بی فائده است و مشتری می‌تواند ثمن را از غاصب پس بگیرد.

فافهم

اشاره به نقد مطلب قبل است یعنی برداشت تفصیل مذکور از کلام فقها مشکل است لذا نمی‌توانیم بگوییم مقصود فقها این بوده که اگر مالک بیع را اجازه داد، مشتری حق مراجعه به بایع غاصب را داشته باشد و اگر اجازه نداد مشتری حق رجوع به غاصب را نداشته باشد.

مرحوم سید یزدی در حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۱۷۲ می‌فرماید: لعلّه إشارة إلى أنّ وجه عدم جواز الاسترداد أو ملكية الغاصب إذا كان هو التسليط المجاني من جانب مالك الثمن حيث إنّه عالم بعدم كونه مالكا له و مع ذلك يدفعه إليه فهو مطلق غير مقيد بالإجازة لأنّ المفروض أنّ المشتري إنّما يشتري من الغاصب بعنوان أنّه المالك لا بتوقّع إجازة المالك الحقيقي فتدبر.

مبحث احکام اجازه با تمام تفصیل و مقامات سه‌گانه اش (اجازه، مجیز و مجاز) در ۷۷ صفحه از کتاب مکاسب، تمام شد.

در اولین جلسه امسال تحصیلی اشاره کردیم مرحوم شیخ انصاری ذیل مباحث عقد فضولی، به بحث از دو عنوان اجازه و رد می پردازند. احکام اجازه در سه مقام (احکام اجازه، مجیز و مجاز) ضمن ۷۷ صفحه کتاب به پایان رسید. در این قسمت به بررسی احکام رد ضمن ۳۶ صفحه می پردازند.

عنوان دوم: احکام رد

مرحوم شیخ انصاری در بررسی احکام رد به شش نکته اشاره می کند:

نکته اول: لزوم صراحت در رد قوی

مرحوم شیخ انصاری می فرماید رد قوی یا لفظی باید با الفاظ صریح واقع شود مانند "فسخت" یا "رددت" زیرا اگر مثلاً مالک بعد اطلاع از عقد فضولی بگوید "خوشم نیامد" شک پیدا می کنیم آیا عقد فضولی مردود و ابطال شده یا نه استصحاب جاری می کنیم و نتیجه می گیریم بقاء عقد فضولی را در حالت انتظار ضمیمه شدن اجازه مالک.

توضیح مطلب: در مباحث قبل چندین بار تکرار شد که عقد فضولی از طرف اصیل (در مثال ما مشتری اصیل بود) لازم و غیر قابل فسخ است، اما از طرف مالک صرفاً قابلیت دارد که با ضمیمه شدن اجازه مالک، سببیت این عقد برای انتقال ملکیت کامل شود. حال اگر شک کنیم لفظی که مال گفت دال بر رد هست یا نه؟ می گوییم یقین داریم با تحقق عقد فضولی، بیع از طرف اصیل لازم شد و از طرف مالک اصلی قابلیت لزوم با ضمیمه شدن اجازه مالک را داشت، حال در بقاء آن شک داریم لذا با تمسک به استصحاب می گوییم لزوم عقد از طرف اصیل و قابلیت لزوم از طرف مالک اصلی را استصحاب می کنیم و مالک همچنان فرصت دارد نظرش نسبت به بیع فضولی را اعلام نماید.

نکته دوم: چه نوع تصرفی رد فعلی به شمار می آید؟

مرحوم شیخ انصاری سه قسم از تصرفاتی که ممکن است تصرف فعلی به حساب آیند را بررسی می کند:

قسم اول: تصرفات مخرج مبیع از ملک مالک رد فعلی است

وقتی مالک مبیع از بیع فضولی اطلاع ندارد و تصرفی در مال خودش انجام می دهد که سبب اخراج مبیع از ملکیت او شود، چنین تصرفی رد فعلی خواهد بود. مثل اینکه مبیع را به فردی بفروشد، یا مبیع یک ماده غذایی باشد و آن را استفاده (تلف) نماید، یا مبیع عبد باشد که مالک او را آزاد کند، یا بفروشد یا هبه دهد، یا عقد فضولی یک عقد نکاح باشد مثل اینکه زید فضولتاً هند را به عقد عمرو در آورده، لکن هند که از این نکاح فضولی بی اطلاع است خودش با بکر ازدواج می کند چنین تصرفاتی طبیعتاً سبب بطلان عقد فضولی خواهند بود. دلیل: تصرف مخرج عن الملك باعث می شود اجازه بیع فضولی سالبه به انتفاء موضوع باشد. دیگری کالایی نیست که بیع فضولی نسبت به آن را اجازه کند.

قسم دوم: تصرفات غیر مخرج و منافی با کاشفیت اجازه، رد فعلی است

ابتدا چند مثال برای این قسم از تصرف بیان می کنند:

مثال یکم: با بیع فضول کنیز زید را فضولتاً فروخته است، زید از این بیع فضولی اطلاع ندارد و با کنیز مباشرت می کند و این کنیز امّ ولد می شود (که دیگر مجاز به فروختن این کنیز و انتقال ملکیت آن به دیگران نخواهد بود تا زمانی که یا این کنیز را آزاد کند یا بعد موت مولا، از سهم الارث این فرزندش آزاد شود) لذا هر چند مالکیت مولا بر این کنیز باقی است لکن امکان فرض انتقال من حین العقد وجود ندارد.

مثال دوم: فضول، خانه مالک را فضولتاً فروخته اما مالک بی اطلاع، خانه اش را اجازه می دهد در این صورت خانه از ملک مالک خارج نشده لکن دیگر امکان ندارد طبق مبنای کشف بگوییم با ضمیمه شدن اجازه کشف می کنیم بیع فضولی من حین العقد محقق شده بود.

مثال سوم: فضول، کنیز زید را فروخته است اما مالک بی اطلاع، کنیز را به ازدواج فردی در می آورد.

مرحوم شیخ انصاری می فرماید دلیل بر اینکه چنین تصرفی در حکم رد عقد فضولی می باشد این است که بین تصرف غیر مخرج عن الملك و کاشفیت اجازه از وقوع عقد من حین التحقق منافات وجود دارد و این دو قابل جمع نیستند.

مرحوم شیخ انصاری این منافات را به سه بیان توضیح می دهند.

بیان اول: (لأنّ صحّة الإجازة ..) اگر اجازه کشف کند صحت عقد را من حین الوقوع معنایش این است که آن تصرفات غیر مخرج باطل بوده است و اگر فرض کنیم آن تصرفات صحیح بوده اند پس امکان ضمیمه اجازه وجود نخواهد داشت. پس جمع بین صحت اجازه و

صحت تصرفات امکان ندارد زیرا یا منفعت خانه از لحظه تحقق عقد فضولی ملک مستأجر است یا (منفعت خانه و عین خانه ملک مشتری اصیل است)

بیان دوم: (و الحاصل أن ..) بین کاشفیت اجازه از صحت عقد من حین الوقوع با تصرفات غیر مخرج عن الملك تناقض است. به این بیان که وقتی یکی از دو طرف تناقض (یعنی تصرف مخرج عن الملك) محقق شد نسبت به وقوع طرف مقابلش سه احتمال است:

احتمال اول: وقوع یک طرف (تصرف) باعث امتناع وقوع طرف دیگر (اجازه صحیحه) می‌شود. یعنی اجازه بعدی لغو و کالعدم خواهد بود.

احتمال دوم: وقوع یک طرف (اجازه بیع فضولی) باعث ابطال طرف مقابلش (تصرف) می‌شود. یعنی وقتی مالک خانه را اجاره داد و سپس بیع فضولی را اجازه کرد، اجازه بیع فضولی سبب سبب ابطال اجاره می‌شود.

احتمال سوم: وقوع یک طرف (تصرف) باعث می‌شود طرف مقابلش (اجازه عقد فضولی) بر غیر وجهی که واقع شده حمل شود. یعنی وجه وقوع اجازه این بود که بیع فضولی را من حین التحقق تصحیح کند لکن با انجام تصرف غیر مخرج مانند اجاره دادن، مجبور می‌شویم بگوییم اجازه سبب تصحیح بیع فضولی می‌شود لکن نه من حین وقوع العقد.

احتمال دوم باطل است زیرا اگر فرض کنیم تصرف صحیح واقع شده دیگر معنا ندارد اجازه بعدی آن را ابطال کند. (لأن الشيء لا یقلب عمّا وقع علیه؛ وقتی یک عقد صحیح و تام و تمام واقع شد دیگر تبدیل به عقد باطل نمی‌شود)

احتمال سوم هم باطل است زیرا بر خلاف مبنای مشهور است که مشهور معتقد به کاشفیت اند نه ناقصیت لذا اگر بنا باشد اجازه من حین العقد مؤثر نباشد با مبنای کاشفیت منافات خواهد داشت.

نتیجه اینکه احتمال اول متعین است و باید بگوییم تصرف غیر مخرج عن الملك ردّ فعلی عقد فضولی خواهد بود.

بیان سوم: (و بالجمله کل ..) تصرفات غیر مخرج عن الملك از جانب بایع به صورت صحیح واقع شده پس با صحت آنها، وقوع اجازه به نحو صحیح من حین عقد البیع باطل است لإمتناع اجتماع المتنافیین (تصرف مالک که مالکیت مستأجر بر منفعت خانه را به دنبال دارد و اجازه مالک که مالکیت مشتری اصیل را بر خانه و منفعت آن به دنبال دارد و این دو متنافی هستند زیرا لازم می‌آید جمع بین دو مالک نسبت به مالکیت منفعت این خانه).

بله اگر تصرفی که مالک انجام داده نه به نحو مثالهای مذکور بلکه مثل سکونت خودش در خانه بوده است، در این صورت وقتی بیع فضولی را اجازه کند باید هزینه استفاده از خانه را من حین العقد الی حین الاجازه بپردازد.

فتأمل

ممکن است در صدد نقد کلام قبلیش باشد که تصرف مالک حتی به نحو سکونت خودش در خانه‌ای که فضول فروخته منافی با اجازه است به عبارت دیگر تفاوتی بین اجازه دادن یا سکونت کردن در خانه وجود ندارد و نسبت به هر دو نوع تصرف باید بگوییم ردّ فعلی به حساب می‌آید.

و منه یعلم که در حکمی که بیان کردیم تفاوتی بین اطلاع و عدم اطلاع مالک از عقد فضولی وجود ندارد زیرا تنافی بین تصرف و اجازه، تنافی واقعی است نه تنافی علمی و دُکری.

اشکال: مستشکل می‌گوید شمای شیخ انصاری در جلسات گذشته در مسأله "من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز" در پاسخ به مرحوم تستری تفسیری جدید از مبنای کاشفیت ارائه دادید، ما اینجا شبیه همان حرف شما را می‌گوییم و ادعا می‌کنیم تصرف غیر مخرج عن الملك ردّ فعلی به شمار نمی‌آید زیرا لازم نیست اجازه لزوماً سبب تصحیح بیع من حین الوقوع شود بلکه اجازه از اولین زمان ممکن، سبب تصحیح عقد می‌شود و اولین زمان ممکن هم بعد از اجازه و رفع تصرف است.

جواب: می‌فرمایند به اجماع فقهاء در مبنای کاشفیت باید اجازه را کاشف از وقوع بیع من حین التحقق بدانیم. تفاوت بین ما نحن فیه و مسأله سابق هم این است که در آنجا نسبت به ملکیت مالک جدید، به تفسیر دیگری از کاشفیت تمسک کردیم اما در ما نحن فیه مالک جدید وجود ندارد بلکه مالک اصلی در بیع فضولی است که در مبیع تصرف غیر مخرج انجام داده است.

نعم لو قلنا بأن الإجازة ...، ص ۴۷۹، س ۲

بله اگر قائل به کاشفیت اجازه آن هم طبق گرایش شرط مقارن (یا شرط متأخر) شویم خواهیم گفت که اجازه بعدی کاشف از صحت وقوع بیع فضولی من حین التحقق است لذا تصرف غیر مخرج مالک که بعد از وقوع عقد انجام شده باطل، و اجازه صحیح خواهد بود.

کلام در بررسی اقسام تصرفات مالک در چیزی بود که مورد عقد فضولی واقع شده است. قسم اول تصرف مخرج عن الملك بود که فرمودند نوعی رد فعلی است و مانند رد قولی مبطل عقد فضولی است. قسم دوم تصرف غیر مخرج و لکن منافی با ضمیمه اجازه بعدی بود که این قسم را هم نوعی رد فعلی به شمار آوردند.

قسم سوم: تصرفات غیر مخرج و غیر منافی

سومین قسم از تصرفات مالک، تصرفاتی است که هم غیر مخرج عن الملك است هم منافاتی با اجازه بعدی و تصحیح عقد من حین التحقق ندارد. دو مثال برای این قسم بیان می‌کنند:

مثال یکم: مالک کالایی را که فضول به دیگران فروخته را در معرض فروش می‌گذارد، این تصرف سبب خروج کالا از ملک مالک نمی‌شود و منافاتی هم با اجازه بعدی ندارد یعنی مالک می‌تواند بیع فضولی را اجازه کند و مبیع را تحویل داده و ثمن را بگیرد.

مثال دوم: مالک کالایی را که فضول به دیگران فروخته را در یک بیع فاسد به فرد دیگری می‌فروشد که بیع فاسد نه سبب خروج مبیع از ملک مالک می‌شود و نه منافاتی با اجازه بعدی دارد.

سؤال این است که آیا چنین تصرفی در حکم رد فعلی به شمار می‌آید یا خیر؟

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این تصرف دو حالت دارد:

حالت اول: تصرف با اطلاع از عقد فضولی

اگر مالک از عقد فضولی اطلاع دارد و با این وجود مبیع را در معرض فروش قرار می‌دهد چنین تصرفی رد فعلی به شمار می‌آید به سه دلیل که مرحوم شیخ انصاری دلیل اول را نقد می‌کنند اما دو دلیل بعدی را می‌پذیرند:

دلیل یکم: صدق رد بر چنین تصرفی

می‌فرمایند مالکی که از بیع فضولی بر مال خودش مطلع است و با این وجود مالش را در معرض فروش قرار می‌دهد قرینه بر این است که راضی به بیع فضولی نیست و عرفاً بر چنین تصرفی، رد فعلی صادق است. لذا روایات دال بر جواز رد شامل این تصرف هم می‌شود، روایاتی مانند روایت مربوط به بحث نکاح عبد و أمه بدون اذن مولایشان که حضرت می‌فرمایند مالک این عبد و أمه حق رد و ابطال نکاح را دارد، این رد اطلاق دارد و شامل تصرف مورد بحث هم می‌شود.

همچنین روایتی که محمد بن مسلم نقل می‌کند نسبت به مادری که بدون اطلاع پسرش، او را به عقد نکاح دختری درآورد، از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که حضرت فرمودند: "إن شاء قبل و إن شاء ترک" تعبیر به "ترک" اطلاق دارد و شامل ما نحن فیه هم می‌شود. اشکال:

ممکن است گفته شود این روایات صرفاً در مقام بیان اصل حق انتخاب هستند یعنی مالک در روایت اول و پسر در روایت دوم صرفاً حق اجازه یا رد دارند اما این روایات در مقام بیان کیفیت وقوع رد نیستند چنانکه در مقام بیان کیفیت وقوع اجازه هم نیستند.

مرحوم شیخ انصاری این اشکال را وارد می‌دانند.

دلیل دوم: عدم صدق أحد طرفی العقد

فقهاء معتقدند اگر مالک، بیع فضولی را به صورت قولی و لفظی رد نمود دیگر امکان اجازه وجود ندارد که از آن با عنوان اجازه مسبوق به رد در مباحث قبل بحث کردند، همان معیاری که مانع از تحقق اجازه بعد از رد قولی است، همان معیار در ما نحن فیه هم وجود دارد. معیار این بود که مالک با اجازه دادن عقد فضولی در واقع می‌خواهد در جایگاه بایع بنشیند و بیع را امضاء کند، اما وقتی که ابتدا بیع را رد کرده باشد دیگر امضاء همان بیع سالبه به انتفاء موضوع است زیرا بیعی وجود ندارد که امضاء شود. در ما نحن فیه هم وقتی مالک با اطلاع و آگاهی از بیع فضولی، مبیع را در معرض فروش قرار می‌دهد معنایش این است که دیگر تمایل ندارد در جایگاه بایع در عقد فضولی قرار بگیرد و بیع را تصحیح و امضاء کند لذا چنین تصرفی مبطل عقد فضولی است و رد فعلی به حساب می‌آید.

دلیل سوم: فحوی الإجماع

مرحوم شیخ انصاری در دلیل سوم با ضمیمه سه نکته، به یک قیاس اولویت تمسک می‌کنند و ثابت می‌فرمایند که تصرف محل بحث، ردّ فعلی به شمار می‌آید:

الف: به اجماع فقهاء اگر ذی الخيار (مثلاً بایع) در زمان خيار، در مبیع تصرف کند مانند وطی جاریه‌ای که در بیع مع الخيار به زید فروخته است، یا بیع مبیع به شخص ثالث، یا آزاد کردن عبدی که در بیع مع الخيار به زید فروخته، بیع مذکور فسخ خواهد شد و این تصرفات کاشف از ردّ و فسخ بیع مع الخيار خواهند بود.

ب: نسبت به اینکه معیار تحقق فسخ مذکور در نکته الف چیست دو احتمال است:

۱. صرف اراده و قصد ردّ، سبب فسخ بیع مذکور می‌شود.

۲. چون وطی جاریه، بیع کالا و عتق عبد متوقف است بر اینکه باید در ملک مالک واقع شود (لا بیع الا فی ملک، لا عتق الا فی ملک، لا وطی الا فی ملک) لذا بیع دوم با بیع اول منافات دارد و با تحقق بیع دوم، بیع اول (بیع مع الخيار) خود بخود فسخ می‌شود.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند احتمال دوم صحیح نیست زیرا مالک بعد از بیع مع الخيار، دیگر مالک مبیع نیست که از مالکیتش استفاده کند و تصرفی مانند عتق و بیع انجام دهد، پس خصوص مالکیت سبب ردّ بیع مع الخيار نیست بلکه مالک یک لحظه قصد ردّ بیع مع الخيار را می‌کند سپس مبیع به ملکش بازمی‌گردد سپس در این مبیع تصرفی مانند عتق و بیع انجام می‌دهد. پس آنچه معیار برای تحقق فسخ مذکور در نکته الف است اراده و قصد ردّ است.

ج: وقتی فسخ و ردّ فعلی، اثر عقد ثابت حدوثاً و مؤثر من حین الوقوع را از بین می‌برد به طریق اولی می‌تواند اثر عقد فضولی متزلزل حدوثاً را هم از بین ببرد.

نتیجه اینکه تعریض للبیع (به عنوان یک تصرف غیر مخرج و غیر منافی با ضمیمه شدن اجازه بعدی) با اطلاع از بیع فضولی، نوعی ردّ فعلی نسبت به بیع فضولی خواهد بود.

عنوان ۲: احکام رد/نکته ۲: تصرفاتی که رد فعلی به شمار می آید/قسم ۳: تصرف غیر مخرج غیر منافی، با جهل به عقد فضولی ۹۹
جلسه ۴۵ (یکشنبه، ۱۴/۰۹/۱۴۰۰) بسمه تعالی

و أما الثانی و هو ما یقع ...، ص ۴۸۰، س ۱۱

حالت دوم: تصرف با جهل به عقد فضولی

اگر مالک تصرف غیر مخرج عن الملک و یر منافی با کاشفیت اجازه از تحقق بیع من حین العقد داشته باشد و اطلاعی از وقوع بیع فضولی هم نداشته باشد، مثل اینکه نمی داند فضول ماشین او را فروخته است و ماشینش را در معرض فروش قرار می دهد این تعریض ماشین لیبیع یک تصرف غیر مخرج و غیر منافی است.

در حکم این حالت می فرمایند دلالت بر رد فعلی نمی کند وقتی مالک اصلا اطلاع از عقد فضولی نداشته دیگر رفع ید از فعل عقد بر آن صادق نیست زیرا تحقق رد وابسته به اطلاع از عقد فضولی است تا بتوان گفت مالک با تعریض مبیع لیبیع عقد فضولی را مردود دانسته، پس ردی تحقق پیدا نکرده است.

فرمودند لایکفی مجرد ... یعنی صرف تعریض لیبیع بدون اطلاع از بیع فضولی بر آن رد صادق نیست سپس یک مثال می زنند برای جایی که صرف چنین تصرفی کفایت می کند برای تحقق رد. مثال این است که به مرد گفته می شود شما خانمت را طلاق رجعی داده ای و زمان عده خانم هنوز تمام نشده، مرد وقوع طلاق را انکار می کند، فقهاء می فرمایند این انکار در حکم رجوع از طلاق و رد طلاق است لذا دوباره زن و شوهر هستند.

در این مثال مرد اطلاع از طلاق ندارد یعنی می گوید طلاقی واقع نشده است با این وجود فقهاء انکار طلاق بدون اطلاع از وقوع طلاق را در حکم رد طلاق دانسته اند اما در ما نحن فیه چنین نیست که تصرف بدون اطلاع از وقوع بیع فضولی هم در حکم رد باشد. (تنظیر به طلاق به جهت بیان مثال برای کفایت است در مقابل لایکفی)

بله اگر کفایت تصرف بدون اطلاع، در تحقق رد را نسبت به عقود جائز (که عقد حدوثا ثابت و بقاء متزلزل است) ثابت کنیم به طریق اولی در ما نحن فیه (که عقد فضولی حدوثا هم متزلزل است) ثابت خواهد بود لکن چنین چیزی در عقود جائز هم قابل اثبات نیست. پس این حالت دوم محل اشکال است و نمی توانیم آن را رد فعلی به شمار آوریم. حتی حالت اول هم محل اشکال است از نگاه بعضی از فقهاء زیرا جمعی از فقهاء می فرمایند چنانکه اجازه صرفا باید قوی باشد و اجازه فعلی کافی نیست، رد هم باید قوی باشد و رد فعلی کافی نیست، طبق این مبنا هم حالت اول (که تصرف غیر مخرج غیر منافی، با اطلاع از عقد فضولی انجام شده) هم حالت دوم که بدون اطلاع انجام شده نمی تواند رد به حساب آید.

لذا مرحوم علامه حلی که تحقق فسخ و رد بیع فضولی را با فعل کافی نمی دانند می فرمایند اگر زید فردی را وکیل کند در فروش ماشینش، سپس خودش ماشین را در یک بیع فاسد بدون اطلاع از فساد بیع، معامله کند، (اگر معامله صحیح بود، به معنای ابطال وکالت وکیل بود چون دیگر ماشین در کار نیست، اگر عالم به فساد بیع بود باز هم ممکن بود بگوییم می خواهد با این فعلش نشان دهد که وکالت وکیل را ابطال کرده است، اما) این بیع فاسد با جهل موکل به فساد، به معنای رد وکالت و ابطال وکالت نیست. پس همین که مرحوم علامه حلی فعل بیع فاسد توسط موکل را دال بر رد وکالت ندانسته اند معلوم می شود ایشان چنین فعلی را کافی نمی دانند)

و الحاصل أن المتیقن ...، ص ۴۸۱، س ۹

نکته سوم: خلاصه بحث

مرحوم شیخ انصاری در جمع بندی مطالب نکته دوم می فرمایند نسبت به رد پنج صورت بررسی شد:

۱. رد قوی که گفتیم قدر متیقن از وقوع رد، همین قسم است.
۲. رد فعلی با تصرف مخرج عن الملک که در حکم رد قوی است.
۳. رد فعلی با تصرف غیر مخرج عن الملک و منافی با کاشفیت اجازه از تحقق بیع من حین العقد، که در حکم رد قوی است.
۴. رد فعلی با تصرف غیر مخرج غیر منافی، با علم مالک از عقد فضولی، که در حکم رد قوی است.
۵. رد فعلی با تصرف غیر مخرج و غیر منافی، با جهل مالک از وقوع عقد فضولی، که رد بر آن صادق نیست.

نکته چهارم: جریان حکم در وکالت و وصایت

می‌فرمایند احکامی که در نکته سوم به عنوان خلاصه بیان کردیم، در عقد وکالت و عقد وصایت هم جاری است یعنی اگر مالک فردی را وکیل در بیع ماشینش قرار داد به چهار قسم می‌تواند ردّ و ابطال وکالت را انجام دهد. البته نسبت به قسم چهارم که اشکال بود و ما صدق ردّ و تحقق ردّ با تصرف غیر مخرج غیر منافی، با علم مالک به عقد فضولی را پذیرفتیم و در عقد وکالت و وصایت پذیرش این حکم ساده‌تر و روشن‌تر است. وجه اوضاحت این است که عقد وکالت و وصایت هم آغازش وابسته به موکل و موصلی است هم ابطالش یعنی پیشنهاد دهنده وکالت موکل است و هر لحظه هم که اراده کند می‌تواند وکیل را عزل و وکالت را ابطال کند اما در بیع هر کدام از بایع و مشتری جایگاه مستقل دارند و تفاوتی ندارد که پیشنهاد دهنده بایع باشد یا مشتری، همچنین قبول کننده بایع باشد یا مشتری. *

نکته پنجم: کیفیت ردّ در عقود جائز

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید نسبت به عقد فضولی اقسامی را برای ردّ بررسی کردیم که نتیجه‌اش شد: ۱. ردّ قولی. ۲. تصرف مخرج عن الملک. (مالک از عقد فضولی مطلع باشد یا نباشد) ۳. تصرف غیر مخرج عن الملک و منافی با کاشفیت اجازه از تحقق عقد من حین الوقوع. (مالک از عقد فضولی مطلع باشد یا نباشد) ۴. تصرف غیر مخرج و غیر منافی لکن با علم به عقد فضولی و با قصد ردّ. لکن در عقود جائز (چه عقد جائز بالذات مانند عقد وکالت و چه عقد جائز بالعرض مانند بیع مع الخيار) تنها دو راه برای اعلام ردّ توسط مالک وجود دارد: ۱. ردّ قولی ۲. ردّ فعلی (به معنای تصرف با قصد و اراده ردّ).

اما سایر تصرفات در عقد فضولی نمی‌توانند بر ردّ بیع دلالت کنند مگر اینکه قصد و اراده ردّ در آنها وجود داشته باشد، پس آنچه سبب تحقق ردّ در عقود جائز می‌شود قصد ردّ است نه صرف تصرف مخرج عن الملک زیرا در عقد جائزی مانند هبه وقتی مالک کالا را هدیه می‌دهد دیگر مالک آن نیست لذا حق ندارد آن را به فرد دیگر بفروشد، پس اگر بعد از هدیه دادن، کالا را بفروشد این کار تصرف در ملک دیگران و باطل است مگر اینکه بگوییم قصدش از این کار ردّ هدیه و پس گرفتن آن بوده که یک لحظه به ملکش وارد شده (ملکیت آنّا ما) سپس آن را فروخته است. در حالی که در ما نحن فیه وقتی مالک تصرفی در مبیع انجام می‌دهد در حقیقت در ملک خودش تصرف انجام داده نه در ملک دیگران زیرا هنوز بیع را اجازه نداده است.

عکس ما نحن فیه یعنی در عقود جائز اگر قصد ردّ نباشد، تصرف در ملک دیگران است اما در ما نحن فیه تصرف در ملک خودش است.)

نکته ششم: ثمره بحث ردّ

در رابطه با ثمره بحث ردّ به دو ثمره اشاره می‌کنند و فقط ثمره یکم را می‌پذیرند:

ثمره یکم: وقتی مالک بیع فضولی را با قول یا فعلش ردّ کرد دیگر قابلیت اجازه وجود ندارد زیرا گفتیم اجازه مسبوق به ردّ نافذ نیست.

ثمره دوم: وقتی مالک بیع فضولی را ردّ کرد اگر مبیع نزد مشتری باشد مالک می‌تواند به مشتری مراجعه کند و مبیع را از او پس بگیرد. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید ثمره دوم صحیح نیست زیرا جواز رجوع مالک به مشتری برای پس گرفتن مبیع، منحصر در ردّ بیع فضولی نیست بلکه مالک تا زمانی که بیع فضولی را اجازه نکرده است می‌تواند به مشتری مراجعه کند و مبیع را از او پس بگیرد به هر انگیزه‌ای مثل اینکه مالک می‌ترسد به پولش نرسد لذا به مشتری می‌گوید فعلاً مبیع را پس بیاور تا بعداً تکلیف بیع فضولی را روشن کنم یا اینکه مالک می‌خواهد با پس گرفتن موقت مبیع از مشتری، فضول را توبیخ و شرمنده کند که دیگر چنین کاری نکند.

البته همین انتزاع و پس گرفتن از مشتری در صورتی که قرائنی به همراه داشته باشد می‌تواند دال بر ردّ بیع فضولی باشد پس فقط زمانی که قرائنی دال بر ردّ وجود داشته باشد زیرا پس گرفتن مبیع از مشتری تا قبل از اجازه یا ردّ اعم است از اینکه دال بر فسخ باشد یا نباشد و این قرائن حالیه و مقالیه هستند که روشن می‌کنند قصد مالک از پس گرفتن مبیع از مشتری چه بوده است.

تحقیق:

* محشین مکاسب در وجه اوضاحت هر کدام مطلبی دارند که بعضی آنها قابل پذیرش نیست لذا مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۳۰۷ می‌فرمایند: لم أفهم وجه الأوضاحت.

عنوان ۲: احکام رد/ مسأله‌ای در حکم عوضین /مرحله ۱:حکم رابطه مالک با مشتری-مرحله ۲:حکم رابطه مشتری با غاصب ۱۰۱

بسمه تعالی

جلسه ۴۶ (دوشنبه، ۱۵/۰۹/۱۴۰۰)

مسأله لو لم یجز المالك ...، ص ۴۸۳

مسأله‌ای در حکم عوضین بعد رد

مرحوم شیخ انصاری ذیل مبحث رد به بررسی حکم عوضین بعد از رد بیع فضولی توسط مالک می‌پردازند. می‌فرمایند اگر مبیع نزد خود مالک باشد یعنی فضول به مشتری تحویل نداده، در این صورت روشن است که وقتی مالک بیع فضولی را رد می‌کند قضیه معامله تمام است و بیع کالعدم است و مالک هم کاری با مشتری ندارد زیرا کالای مالک نزد خود او است.

اما اگر مبیع نزد مالک نباشد یعنی فضول مبیع را به مشتری تحویل داده باشد، در این صورت در دو مرحله باید بحث کنیم:

مرحله اول: حکم مالک با مشتری

(نسبت به مبیع که مثلاً ماشین بوده) در دو بخش حکم عین و منفعت مبیع را بیان می‌کنند:

بخش اول: عین مال

اگر عین مال موجود است، مالک می‌تواند کالایش را نزد هر کسی هست (مشتری اول یا دوم یا ...) از او بگیرد.

اگر عین مال تلف شده، نزد هر کسی تلف شده او ضامن است.

اگر مثلی است باید مثل را بدهد.

اگر قیمی است باید قیمت را بدهد.

مشهور: قیم یوم التلف را باید بپردازد.

بعضی: أعلى القیم را باید بپردازد.

اگر ارتفاع و انخفاص قیمت نزد یک مشتری صورت گرفته باید أعلى القیم را بدهد.

اگر قیمت نزد مثلاً مشتری دوم (در عقود متعدده) بالا رفته و نزد مشتری سوم قیمت

پایین آمده، اصل قیمت را مشتری سوم و مبلغ ارتفاع قیمت را مشتری دوم باید بدهد.

بخش دوم: منفعت مال

مشتری منافع مستوفاة (منافعی که بهره برداری و استفاده شده) را ضامن است.

مشتری منافع غیر مستوفاة (مثلاً ماشین در پارکینگ بوده و استفاده نشده) را هم ضامن است (علی اختلاف)

مرحله دوم: حکم مشتری با فضول

در رابطه با این مرحله هم ۲ مسأله بیان می‌کنند: یکی بررسی تکلیف ثمن و دیگری بررسی غرامت‌هایی که مشتری پرداخته.

مسأله اول: اصل ثمن

این مسأله نیز دو صورت دارد:

صورت اول: جهل مشتری به فضول بودن بایع (جواز رجوع)

در این صورت مشتری به بایع فضول مراجعه می‌کند و ثمن را از او پس می‌گیرد و اگر تلف شده بود بدل آن را مطالبه می‌کند.

اشکال: هر چند مشتری جاهل بوده به اینکه بایع غاصب است لکن همین واگذار کردن ثمن مانند اعتراف و اقرار مشتری به مالک شدن

بایع نسبت به ثمن است پس چون خودش اقدام به واگذار کردن مالش به غاصب نموده دیگر حق رجوع به بایع غاصب را ندارد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اعتراف و اقرار بر سه قسم است:

قسم اول: مبتنی بر قاعده ید بوده.

یعنی مشتری چون دیده بایع ید و سلطه بر این ماشین دارد لذا طبق این قاعده شرعی، بنا بر مالکیت بایع گذاشته و ثمن را به او واگذار

کرده است.

در این قسم می‌فرمایند مشتری حق رجوع به بایع غاصب را دارد.

قسم دوم: مبتنی بر قطع و علم بوده.

مشتری قطع شخصی داشته که با بیع مالک است به صورتی که مثلاً حتی دو شاهد عادل شهادت داده‌اند به غاصب بودن با بیع لکن مشتری باز هم اعتنا نکرده و معتقد به مالکیت با بیع بوده است. در این صورت مشتری حق رجوع به بیع را ندارد.

قسم سوم: معلوم نباشد که اعتراف مشتری مبتنی بر کدام یک از دو قسم قبل بوده است، در این جا دو احتمال است:

احتمال اول: بگوییم طبق ظاهر حال و قاعده ید حکم می‌کنیم به مالکیت با بیع، لذا مشتری حق رجوع به بیع برای دریافت ثمن را دارد.
احتمال دوم: بگوییم این عمل مشتری مصداق اقرار به مالکیت با بیع است و لفظ اقرار در لسان شارع و عقلاً به معنای مطابقت آنچه به آن اقرار شده با واقع است به عبارت دیگر اقرار کننده گویا می‌گوید من علم دارم به اینکه چنین کاری کرده‌ام (که در اینجا مساوی است با جهل مرکب). طبق این احتمال دیگر حق رجوع به بیع را نخواهد داشت.

صورت دوم: علم مشتری به غاصب بودن با بیع

این صورت نیز سه حالت دارد:

حالت یکم: عین ثمن باقی است (جواز رجوع به غاصب)

مرحوم شیخ انصاری در این حالت می‌فرماید مشتری حق دارد به غاصب مراجعه کند به دو دلیل:

دلیل یکم: سبب شرعی برای مالکیت غاصب بر ثمن وجود ندارد.

به عبارت دیگر اگر این بیع فضولی فاسد که توسط مالک رد شده است بخواهد سبب برای انتقال مال مشتری (ثمن) به غاصب باشد پس باید در مقبوض به عقد فاسد هم فقهاء فتوا دهند با وجود فساد عقد اما انتقال و جابجایی بین عوض و معوض محقق می‌شود در حالی که مشهور فقها انتقال در مقبوض به عقد فاسد را قبول ندارند.

دلیل دوم: اگر همینجا مالک بیع فضولی را اجازه کند مشهور فقها فتوا می‌دهند بیع فضولی صحیح است و مالک اصلی مالک ثمن خواهد بود. این فتوا نشان می‌دهد ثمن به ملک غاصب وارد نشده است و الا اگر ثمن به مالک غاصب وارد شده باشد یعنی دیگر ثمن وجود ندارد که مالک اصلی با دادن مثن (ماشین) ثمن را دریافت کند و چنین بیعی قابل تحقق و نیست و نباید فقهاء آن را مجاز می‌دانستند پس همینکه فتوا داده‌اند این بیع با اجازه مالک قابل تصحیح است، یعنی ثمن باقی است و به ملک غاصب وارد نشده است.

فتاوی

مرحوم سید یزدی صاحب عروة در حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۶ می‌فرماید: "یمكن أن يكون إشارة إلى ما ذكره قدس سره سابقاً من أن فوات محل الإجازة إنما يلزم بناء على النقل و أما بناء على الكشف كما هو المختار فلا و ذلك لأن المالك المجيز إنما ملك الثمن من أول الأمر فلا يمكن أن يملكه البائع فلعن القائلين بعدم جواز الرجوع إنما يقولون به بناء على النقل."

همچنین مراجعه کنید به مصباح الفقاهة مرحوم خوئی، ج ۴، ص ۳۴۳

سؤال: آیا با بیع غاصب مجاز است بعد دریافت ثمن از مشتری در آن تصرف کند؟

جواب: در مسأله دو قول است:

قول اول: مجاز است زیرا مشتری با رضایت خویش ثمن را در اختیار غاصب نهاده است.

قول دوم: مجاز نیست زیرا اکل مال به باطل و تصرف در مال دیگران بدون وجه شرعی است.

مرحوم شیخ انصاری قول دوم را تقویت می‌کنند.

حالت دوم: تلف عین ثمن

مرحوم شیخ انصاری نسبت به صورتی که مشتری عالم به غصب باشد و در عین حال ثمن را به بایع غاصب تحویل دهد و عین ثمن نزد غاصب تلف شود در دو مرحله بحث می‌کنند، در مرحله اول حکم به عدم ضمان غاصب و عدم جواز رجوع مشتری با غاصب از نگاه مشهور را تبیین و تثبیت می‌کنند و سپس در مرحله دوم حکم به ضمان غاصب را انتخاب می‌کنند:

مرحله اول: حکم به عدم ضمان غاصب (مشهور)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در صورت مذکور طبق نظر مشهور باید بگوییم مشتری حق رجوع به غاصب را ندارد به عبارت دیگر بایع غاصب در مقابل ثمن تلف شده مشتری ضامن نیست. ابتدا این مدعا را با دلیل ثابت می‌کنند سپس از سه اشکال پاسخ می‌دهند.

دلیل: دلیل مشهور بر مدعایشان تسلیط مجانی ثمن توسط مشتری به غاصب است. مرحوم شیخ انصاری در تبیین این دلیل می‌فرمایند ضمان بایع غاصب در فرض مذکور قابل اثبات نیست زیرا دو دلیلی که برای ضمان اقامه می‌شود در ما نحن فیه جاری نیست:

یکم: فحوی حدیث "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" یا به تعبیر دیگر قاعده ید (غیر از قاعده ید که اماره ملکیت است)

حدیث علی الید می‌گوید هرگاه مالی از دیگران تحت ید و سلطه فرد دیگر قرار گرفت ضامن است تا زمانی که مال را به صاحبش برگرداند. از تحت عموم این حدیث چند مورد خارج شده یعنی در چند مورد ضمان نیست و وقتی در این موارد ضمان نباشد به طریق اولی در ما نحن فیه ضمان نخواهد بود. اما بیان سه مورد: قبل از بیان این سه مورد یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی حقوقی: معنای ودیعه و عاریه

در شرح لمعه کتاب الودیعه و کتاب العاریه با این دو اصطلاح آشنا شده‌ایم. شهیدین در لمعه و شرح آن می‌فرمایند:

الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، ج ۴، ص ۲۲۹ (چاپ کلانتر): وديعة هي استنابة في الحفظ ... و تنتقل إلى إيجاب و قبول كغيرها من العقود، و لا حصر في الألفاظ الدالة عليها كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي كل لفظ دل عليها، بل التلويح و الإشارة المفهومة لمعناها اختياراً.

همچنین در **قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران**، ماده ۶۰۷ به بعد می‌خوانیم: ودیعه عقدی است که بموجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه گذارمودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می‌گویند. ماده ۶۱۱: ودیعه عقدی است جائز. ماده ۶۱۴: امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفريط. **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية**، ج ۴، ص ۲۵۵ (چاپ کلانتر): العاریة بتشديد الباء، و تخفف، نسبة إلى العار، لأن طلبها عار، أو إلى العارة مصدر ثان لأعرته إعاره، كالجابة للإجابة، أو من عار إذا جاء و ذهب لتحولها من يد إلى أخرى، أو من التعاور و هو التداول. و هي من العقود الجائزة تتمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً، و لا حصر أيضاً أي عوداً إلى ما ذكر في الودیعة في ألفاظها إيجاباً و قبول.

همچنین در **قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران** ماده ۶۳۵ به بعد می‌خوانیم: عاریه عقدی است که بموجب آن احد طرفین بطرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند. ماده ۶۳۸: عاریه عقدی است جائز و بموت هر یک از طرفین منفسخ می‌شود. ماده ۶۴۰: مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تفريط یا تعدی.

مورد اول: ودیعه. اگر فرد مالی را نزد دیگری ودیعه و امانت قرار داد و مال نزد ودیعه گیرنده بدون افراط و تفريط تلف شد ضامن نیست.

مورد دوم: عاریه. اگر فرد مالی را برای استفاده به دیگری عاریه داد و مال نزد عاریه گیرنده بدون افراط و تفريط تلف شد ضامن نیست.

مورد سوم: اجاره. اگر بدون افراط یا تفريط متسأجر منزل آسیب ببیند، او ضامن نیست.

در این سه مورد که ودیعه دهنده، عاریه دهنده و اجاره دهنده به قصد بازپس‌گیری مالش را به دیگری واگذار کرده، شارع فرموده طرف مقابل ضامن نیست پس به طریق اولی در ما نحن فیه که مشتری بدون قصد رجوع، ثمن را به بایع غاصب تسلیم کرده باید بگوییم غاصب ضامن نیست.

اشکال اول:

مستشکل می‌گوید تسلیط مشتری نسبت به بایع غاصب مجانی نبوده بلکه در مقابل مبیع بوده است. بله اگر این تسلیط مجانی بود مانند هبه، می‌توانستید بگویید چنانکه در هبه صحیحه ضمان نیست در هبه فاسده هم ضمان نیست لکن تسلیط مجانی نبوده است.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید قبول داریم که مشتری ثمن را مجاناً در اختیار غاصب نگذاشته لکن در مقابل ثمن چیزی را ضمانت کرده که ملک او نبوده بلکه ضمانت کرده که مبیع و مال مالک را به مشتری بدهد و چنین ضمانتی بی فائده و کالعدم است زیرا مال مالک به او ارتباطی ندارد که ضمانتش را بکند، پس این تسلیط مشتری مانند هبه فاسده و بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجرة است که اگر هم صحیح باشند ضمان ندارند لذا فاسدشان هم ضمان ندارد، در ما نحن فیه هم می‌گوییم اگر مالک این بیع فضولی را اجازه هم می‌داد باز هم غاصب ضامن نبود لذا حال که بیع فضولی را رد کرده و بیع فضولی فاسد است باز هم می‌گوییم ضمانتی وجود ندارد. (بر اساس قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده که سال گذشته خوانده‌اید)

دوم: قاعده اقدام

دومین دلیلی که ممکن است برای ضمان غاصب به آن تمسک شود قاعده اقدام است لکن این قاعده هم نمی‌تواند در ما نحن فیه ضمان غاصب را ثابت نماید.

توضیح مطلب: غاصب اقدام کرده بر ضمانتی که اعتبار ندارد زیرا مشتری هم می‌داند که با بیع ملک فرد دیگر را می‌فروشد و نسبت به ملک فرد دیگر ضمانت می‌کند و چنین ضمانتی هم بی ارزش و بی اعتبار است با این وجود مشتری ثمن را به او واگذار کرده لذا می‌گوییم بیع غاصب فضول، یک اقدام به ضمانت معتبر نیست لذا کالعدم است.

نتیجه اینکه تنها چیزی که در ما نحن فیه هست تسلیط مشتری است و این هم ضمانتی بر عهده بیع نمی‌آورد.

فإن قلت: تسلطه ...، ص ۴۸۷، س ۶

اشکال دوم:

مستشکل می‌گوید صدق مفهوم معاوضه وابسته به این است که طرفین عقد، یا مالک حقیقی باشند یا مالک ادعائی یعنی صرفاً ادعا می‌کند مالک است نه اینکه حقیقتاً مالک باشد (چنانکه غاصبان و سارقان معمولاً خود را به جای مالک قرار می‌دهند)، در ما نحن فیه مشتری و با بیع غاصب می‌دانند که با بیع مالک حقیقی نیست و صرفاً مدعی مالکیت است بنابراین ضمانت حقیقی که به دنبال معاوضه محقق می‌شود در ما نحن فیه وجود دارد، پس تسلیط مشتری نسبت به بیع مجانی نبوده است بلکه به اجزاء ضمانت با بیع بوده است و ضمانت با بیع هم به دنبال ادعای مالکیت بوده است، نتیجه اینکه ادعای مالکیت توسط غاصب حقیقی نیست اما تضمین او حقیقی است. یک نمونه فقهی که نقض قول مشهور به عدم ضمان است:

مستشکل می‌گوید اگر مشتری جاهل به غصب باشد و غاصب با صرف ادعای مالکیت، واگذار کردن مثن را تضمین کند، و ثمن هم نزد غاصب تلف شود مشهور فتوا به ضمان غاصب می‌دهند با اینکه با بیع نسبت به مال دیگران تضمین داده، خب ما نحن فیه هم چنین است که با بیع غاصب صرفاً مدعی مالکیت است و در مقابل دریافت ثمن، تضمین می‌دهد لذا در ما نحن فیه هم باید فتوا به ضمان بدهند.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید تعریف ضمان آن است که فردی چیزی و مالی را بر عهده و ذمه بگیرد به این معنا که اگر نیاز به جبران خسارت و پرداخت غرامت شد، انجام دهد، به این کار می‌گوییم ضمانت و به آن فرد می‌گوییم ضامن. حال اگر چیزی را که ضمانت کرده ملک خود ضامن باشد، یک ضمانت حقیقی شکل گرفته و آثار و تبعات فقهی حقوقی خود را دارد. (شبیبه آنچه امروزه به عنوان گارانتی کالا مطرح می‌شود که فروشنده سلامت و کیفیت کالا را ضمانت می‌کند) اما در ما نحن فیه که غاصب ضمانت مال دیگری را بر عهده گرفته در حالی که هم مشتری هم غاصب می‌دانند تعهد و ضمانت غاصب نسبت به مال فرد دیگر اثر و فائده‌ای ندارد دیگر ضمان حقیقی و دارای اثر محقق نشده است.

نسبت به نمونه فقهی که مستشکل بیان کرد هم می‌گوییم ادعای مالکیت که غاصب دارد و مشتری هم بر اساس آن ثمن را به او داده نهایتاً می‌تواند اصل وقوع عقد را تأیید و تصحیح کند که اگر بعداً اجازه مالک ضمیمه شد این عقد تکمیل و تتمیم شود، و در واقع ضمانت حقیقی بر عهده غاصب نیامده، لذا وقتی مالک عقد را اجازه دهد می‌گوییم متبایعین حقیقی مشتری و مالک هستند نه مشتری و غاصب، و ثمن در ملک مالک وارد می‌شود و مثن هم در ملک مشتری، این نکات نشان می‌دهد ضمانت مطرح شده از جانب غاصب، هیچ حقیقت، جایگاه و اثری ندارد، و تصویر مالکیت ادعائی هم برای تصویر تحقق اصل عقد فضولی است.

مرحوم شیخ انصاری بعد از پاسخ به دو اشکال، در جمع بندی مدعی مشهور مبنی بر عدم ضمان غاصب می‌فرماید وقتی مشتری، با بایع غاصب را مسلط بر ثمن گردانید هیچ ضمانت حقیقی برای بایع غاصب شکل نمی‌گیرد.

سؤال: مشهور فقهاء در جهل مشتری به غصب، یعنی جایی که مشتری معتقد است بایع مالک مبیع است و بایع غاصب هم ادعای مالکیت دارد، می‌فرماید مشتری حق رجوع دارد و غاصب ضامن است با اینکه در این صورت جهل هم بایع ضمانت بر چیزی را پذیرفته که مالک آن نیست پس ضمان حقیقی شکل نگرفته، چرا اینجا فقهاء نمی‌فرمایند غاصب ضامن نیست؟

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید تفاوت بین ما نحن فیه که به اعتقاد مشهور غاصب ضامن نیست با مورد سؤال که به اعتقاد مشهور، غاصب ضامن است در این نکته نهفته که در مورد سؤال مشتری طیب نفس در تسلیط غاصب بر ثمن نداشته، مشتری تصور می‌کرد بایع مالک است لذا طبق نفس و قصد تسلیط غاصب نداشت، اما در ما نحن فیه مشتری با علم، قصد و طیب نفس ثمن را در اختیار بایع غاصبی قرار داده که می‌داند ضمانتی وجود ندارد.

اشکال سوم: (بیان یک مورد نقض)

مستشکل می‌گوید فقهاء می‌فرمایند تسلیط مشتری در بیع فضولی فاسد و مردود (که مالک رد کرده) اگر با علم مشتری به غصب باشد موجب ضمان غاصب نسبت به ثمن نیست، پس چرا فقهاء در مورد مشابه فتوا به ضمان می‌دهند. فقهاء به هر دلیلی در آنجا فتوا به ضمان می‌دهند در اینجا هم باید فتوا به ضمان دهند.

توضیح مطلب: فقهاء می‌فرمایند اگر دو مالک (در بیع دو اصیل نه فضولی) با علم به اینکه بیعشان فاسد است معامله کنند و سپس ثمن و مثن را جابجا کنند، هر دو ضامن هستند (بایع ضامن ثمنی که دریافت کرده و مشتری ضامن مثنی که دریافت کرده) با اینکه صورت مسأله مثل ما نحن فیه است یعنی ضمانتشان در برابر بیعی است که فاسد بوده و حقیقتی ندارد، وقتی بیع حقیقی محقق نشده پس تضمین حقیقی هم محقق نشده چرا فقهاء در مورد مذکور فتوا به ضمان می‌دهند و در ما نحن فیه فتوا به عدم ضمان؟ به عبارت دیگر مورد مذکور نقض فتوای به عدم ضمان در ما نحن فیه است.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در مورد مذکور تضمین حقیقی محقق شده یعنی قطعاً هر دو بایع و مشتری در مقابل تضمین دیگری مالش را واگذار کرده است لکن چون بیع فاسد بوده این بیع و ضمان تابع آن نزد شارع اعتبار ندارد، اما اصل ضمان بر اساس قاعده ضمان (ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) جاری است زیرا عقد مذکور اگر صحیح بود قطعاً ضمان آور بود حال که فاسد است باز هم اصل ضمان محقق است. لذا:

– چه مدرک قاعده ضمان را قاعده اقدام بدانیم قاعده اقدام می‌گوید بایع با علم و عمد اقدام به دریافت ثمن در بیع فاسد کرده پس اصل ضمان محقق است و مشتری هم با علم و عمد اقدام به دریافت مثن کرده پس اصل ضمان محقق است.

– چه مدرک قاعده ضمان را حدیث علی الید ما أخذت حتی تؤدی بدانیم که در مورد مذکور أخذ ثمن و مثن مجانا یا از باب امانت نبوده بلکه در مقابل عوض بوده است پس ید بایع و ید مشتری هر دو ضامن ثمن و مثن است.

به عبارت دیگر یک ضمان متصور است نسبت به اینکه بایع ضامن تحویل دادن مبیع به مشتری است، و مشتری ضامن تحویل و قبض ثمن به بایع است، این ضمان را شارع باطل و فاسد می‌داند به تبع فساد بیع لکن ضمان دیگری وجود دارد که ضمان برگرداندن مبیع توسط مشتری و برگرداندن ثمن توسط بایع است این ضمان حقیقی است و همچنان به ذمه دو طرف تعلق گرفته است.

اما هیچ کدام از این توضیحات در ما نحن فیه وجود ندارد پس نه تضمین حقیقی وجود دارد نه اصل ضمان قابل اعتنا است زیرا مشتری با علم و عمد، مالش را به غاصب تسلیط و تملیک کرده است.

مرحوم شیخ انصاری یک مثال می‌زنند که عدم ضمان غاصب در ما نحن فیه روشن‌تر و واضح شود. می‌فرمایند اگر مشتری کالای مالک اصلی را از فضول بگیرد اما ثمن را با علم و عمد به یک شخص ثالثی (غیر از فضول و مالک) تسلیم و تملیک کند، وقتی مالک اصلی بیع فضول را رد کرد آیا احدی در عدم ضمان آن شخص ثالث شک پیدا می‌کند؟ اینجا روشن است که مشتری با علم و عمد پولش را به شخصی داده که نه مالک مبیع است نه ارتباطی به مبیع دارد، لذا به چه حقی می‌خواهد به شخص ثالث مراجعه کند و پولی را که به او تملیک کرده پس بگیرد؟

نعم لو كان فساد العقد ...، ص ۴۸۹، س آخر

بله اگر علت فساد عقد مذکور در اشکال مستشکل نه فقدان شرائط عوضین بلکه عدم قابلیت تملک باشد مثل خمر و خنزیر که به نظر شارع قابلیت مالکیت در آنها وجود ندارد، حکم به عدم ضمان تقویت خواهد شد زیرا وقتی طرفین علم دارند به عدم مالکیت نسبت به خمر و با این وجود مشتری در برابر دریافت خمر، ثمن را به بایع تملیک می‌کند، دیگر بایع ضامن پس دادن ثمن نخواهد بود.

تا اینجا خلاصه کلام مشهور که فعلا مرحوم شیخ هم با آن همراهی کردند این شد که:

نسبت به ضمانت غاصب و فضول در برابر مشتری در عقد فضولی که مالک، آن را رد کرده است:

- اگر مشتری جاهل به غصب باشد، غاصب ضامن است یعنی مشتری حق رجوع به او برای پس گرفتن ثمن را دارد.

- اگر مشتری عالم به غصب باشد و عین ثمن هم باقی باشد، غاصب ضامن است زیرا دلیلی برای مالکیت غاصب بر ثمن وجود ندارد.

- اگر مشتری عالم به غصب باشد و عین ثمن هم تلف شده باشد، غاصب ضامن نیست زیرا با وجود تسلیط و تملیک عالمانه و عامدانه ثمن توسط مشتری به غاصب، أدله ضمان شامل غاصب نمی‌شود.

مرحوم شیخ نسبت به حکم ضمان در مورد اخیر اشکالی دارند و در جلسه بعد ثابت می‌کنند در مورد اخیر هم غاصب ضامن است.

نکته تربیتی

نسبت به بحث از أصالة الصحة و أبعاد چهارگانه آن (در فعل نفس، در فعل غیر، در قول غیر و در اعتقاد غیر) وعده بیان نکات تربیتی داده بودم. در این جلسه اشاره‌ای به این بحث با محوریت أصالة الصحة فی فعل النفس از منظر اخلاقی تربیتی نه فقهی اصولی بیان می‌کنم. در رابطه با "نفس" دو بُعد و دو برداشت مطرح است:

الف: مثبت که از آن با کرامت نفس، عزت نفس و چنین تعبیری یاد می‌شود و خداوند در سوره مبارکه فجر، آیا ۲۷ و ۲۸ می‌فرماید: "يَا أَيُّهَا النَّفْسُ الْمُطْمَئِنَّةُ ارْجِعِي إِلَىٰ رَبِّكِ رَاضِيَةً مَّرْضِيَّةً". می‌توانیم مباحث مربوط به این بُعد را در عنوان "جهاد با نفس" خلاصه کنیم. این روایت هم معروف است که هم از حضرت امیر علیه السلام و هم از امام صادق علیه السلام نقل شده که:

"إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بَعَثَ سَرِيَّةً فَلَمَّا رَجَعُوا قَالَ مَرْحَبًا بِقَوْمٍ قَضَوْا الْجِهَادَ الْأَصْغَرَ وَبَقِيَ عَلَيْهِمُ الْجِهَادُ الْأَكْبَرُ قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَ مَا الْجِهَادُ الْأَكْبَرُ قَالَ جِهَادُ النَّفْسِ ثُمَّ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَفْضَلُ الْجِهَادِ مَنْ جَاهَدَ نَفْسَهُ الَّتِي بَيْنَ جَنْبَيْهِ"

عنوان ۲: احکام رد/مسأله: حکم عوضین /مرحله ۲: حکم مشتری با غاصب/صورت ۲: علم مشتری به غصب/حالت ۲: تلف ثمن ۱۰۷ (أمالی شیخ صدوق، ص ۴۶۶؛ وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۱۶۱)

ب: منفی که از آن با مذمت نفس، نکوهش و سرکوب نفس یا هوای نفس یاد می‌شود و خداوند در سوره مبارکه نازعات آیه ۴۰ می‌فرماید: "وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَ نَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ" می‌توانیم مباحث مرتبط با این بُعد را در عنوان "اعتماد به نفس" خلاصه کنیم.

حضرت امیر المؤمنین علیه الصلوة و السلام به هر دو بُعد نفس در این روایت شریفه اشاره کرده‌اند که:

"أَقْبِلْ عَلَىٰ نَفْسِكَ بِالْإِدْبَارِ عَنْهَا" (غرر الحکم و درر الکلم، ج ۱، ص ۱۴۵)

البته عناوینی همچون خودباخته، خودشیفته و خود باور هم باید مورد توجه قرار گیرد.

در رابطه با جهاد با نفس به چند نکته توجه شود:

نکته اول:

توجه شود که برای موفقیت در این زمینه نیاز به عمل و تحمل سختی و زحمت است و صرفا با دعا کردن حاصل نمی‌شود.

نکته دوم:

نیاز به استمرار دارد. یکی از مواضع و موارد پرتکرار در زندگی که هم برای ما هم در تربیت اولادمان مؤثر است جهاد با نفس در کنار سفره غذا است. هر چند با اوضاع اقتصادی فعلی سر سفره طلبه‌ها قضای چرب و شیرین و آنچنانه‌ای نیست اما نسبت به اکل همان غذای معمولی هم انسان بتواند خودش را کنترل کند و به همان دستورات اسلام در زمینه غذا خوردن مخصوصا نسبت به حجم و مقدار غذا خوردن دقت کند. یا در مهمانی فرزند ما ببیند که وقتی چند رقم خوردنی و سالاد و خورش و امثال اینها سر سفره است ما مقید نیستیم که حتما از همه چیز بچشیم بلکه به یک یا دو مورد اکتفا می‌کنیم. مقابله با نفس در این زمینه هم به جهت کثرت تکرار، کمک به کنترل هوای نفس می‌کند هم برای اطرافیان ما قابل توجه و تأمل است.

نکته سوم:

بعضی گمان می‌کنند شروع یک روز خوب صرفا وابسته به آغاز صبح است که بعضی با خواندن قرآن یا یاد خدا و حتی بعضی با موسیقی یا بعضی با مزاح و شوخی سعی دارند روزشان را آغاز کنند که تا شب بر همان اساس حس خوبی داشته باشند، لکن یک نکته مهم این است که شروع یک روز خوب صرفا وابسته به آغاز روز نیست بلکه وابسته به انتهای شب قبل هم هست که با عمل به دستور محاسبه کوتاه قبل خواب با مرور کارهای مثبت خود را تشویق به تکرار کند (مثل اینکه والدینش را خوشحال کرده سعی کند فردا با خلاقیت و سلیقه خودش به نوع دیگری آنان را خوشحال کند) و با مرور کارهای منفی از تکرار آنها مانع شود.

یکی از نکات مهم در مسأله جهاد با نفس توجه به نماز شب و جدا شدن از رختخواب برای مناجات سحر و قبل اذان صبح است که از مهم‌ترین چیزهایی که برای انسان باقی می‌ماند همین مناجات سحر است البته باید اگر لذت آن را بچشیم. مرحوم شیخ بهائی کتابی دارند با نام کشکول که مطالعه آن را به دوستان توصیه می‌کنم بعضی از ابیات یکی از اشعار این کتاب چنین است:

یا ندیمی قم، فقد ضاق المجال

قد صرفت العمر فی قیل و قال

انها تهدی الی خیر السبیل

و اسقنی تلک المدام السلسبیل

نه از او کیفیتی حاصل، نه حال

علم رسمی سر به سر قیل است و قال

آن عرب، شعری به آهنگ حجاز:

وه! چه خوش می‌گفت در راه حجاز

قرب الجلّ الیه و الرّسن

کل من لم یعشق الوجه الحسن

بهر او پالان و افساری بیار»

یعنی: «آن کس را که نبود عشق یار

امیدواریم عشق مناجات و لذت عبادت بر کام همه ما بنشیند.

نکات دیگری هم هست در رابطه با جمع بین اعتماد به نفس و توکل، جمع بین اعتماد به نفس و توسل به اهل بیت، جمع بین اعتماد به نفس و توسل به اسباب ظاهری (مانند دارو) که خواهد آمد.

می‌لاد با سعادت عقيله بنی هاشم حضرت زینب سلام الله علیها را پیشاپیش تبریک عرض می‌کنم، **إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَوْفِيقَ اللَّهِ** چشیدن لذت مناجات سحر به همه ما عطا شود به برکت صلوات بر محمد و آل محمد.

اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ وَعَجِّلْ فَرَجَهُمْ.

هذا و لکن إطلاق قولهم ...، ص ۴۹۰، س ۴

کلام در این بود که اگر مشتری عالم به غصب باشد و با این وجود ثمن را به بائع غاصب تسلیط کرده است، و عین ثمن هم تلف شده، آیا مشتری بعد از ردّ بیع فضولی توسط مالک حق رجوع به بائع غاصب برای دریافت ثمن را دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر غاصب ضامن برگرداندن ثمن هست یا خیر؟ دو جلسه قبل عرض کردیم مرحوم شیخ انصاری در دو مرحله حکم این مسأله را تبیین می‌فرمایند. مرحله اول تبیین و تثبیت نظر مشهور فقها مبنی بر عدم ضمان غاصب بود و مرحوم شیخ نیز همراهی فرمودند. لکن در مرحله دوم ضمن نقد فتوای مشهور دلیل بر اثبات ضمان غاصب ارائه می‌دهند.

مرحله دوم: حکم به ضمان غاصب (شیخ)

مرحوم شیخ انصاری در این مرحله که نظر مختارشان را ارائه می‌دهند سه مطلب بیان می‌کنند:

مطلب اول: استدلال به قاعده ضمان

می‌فرمایند ما طبق قاعده معروف ضمان که "کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و کلّ عقد لایضمن بصحیحه لایضمن بفاسده" حکم می‌کنیم به ضمان غاصب در ما نحن فیه. قبل از بیان کلام مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه فقهی که سال گذشته در فقه ۳ جلسه ۶۲ هم ضمن ذیل همین قاعده بیان کردیم را تکرار می‌کنم. *

مقدمه فقهی: نوع، صنف و شخص عقد

در دسته بندی مربوط به اقسام عقود، از چند اصطلاح منطقی استفاده می‌شود:

نوع عقد: مقصود از نوع عقد، عنوانی است که خودش هم زیر مجموعه‌هایی دارد. مانند بیع که چند صنف زیر مجموعه دارد.

صنف عقد: مقصود از صنف عقد، عنوانی است که ذیل آن عناوین دیگری وجود ندارد بلکه دارای افرادی است. مثل بیع سلم یا بیع صرف یا بیع نقد و نسبه است که از طرفی زیر مجموعه نوع عقود است و از طرفی هم خودش چند صنف دارد که هر صنفی احکام خاص خود را دارد.

فرد عقد: مقصود از فرد یا شخص عقد هم جزئی ترین قسم در دسته بندی عقود است که دیگر زیر مجموعه یا اقسامی ذیل آن نیست مانند خصوص عقد بیع بین زید و عمرو است.

مسأله ضمان را نه در نوع عقود بلکه در صنف عقود باید مورد توجه قرار داد زیرا تفاوت احکام ضمانت نه فقط مربوط به انواع مختلف عقود مثل بیع، اجاره، صلح و ... است بلکه در ناحیه اصناف نیز تفاوت حکم ضمانت وجود دارد.

مثال: صلح یک نوع عقد است که به دو صنف تقسیم می‌شود:

الف: صلح معوضه (مصالحه مع العوض) که در آن ضمانت وجود دارد.

ب: صلح غیر معوضه (مصالحه بلاعوض) که در آن ضمانت وجود ندارد.

توضیح مطلب مرحوم شیخ انصاری این است که قاعده ضمان و عبارت "کلّ عقد یضمن ... متن آیه یا روایت نیست بلکه برداشت فقها از روایات و أدله باب ضمان است. در رابطه با مقصود از عقد در جمله مذکور چهار احتمال وجود دارد:

احتمال اول: کلّ صنف من العقود یضمن بصحیحه یضمن بفاسده.

هر عقدی مثل بیع، صلح و ... دو صنف دارد یکی صحیح (واجد شرائط شرعی) و دیگری فاسد (فاقد شرائط معتبر شرعی) پس هر عقدی که در صنف صحیحش ضمان باشد در صنف فاسدش هم ضمان است. بنابراین احتمال (که مرحوم شیخ در مباحث قبل برداشت معنای صنف را تقویت کردند) می‌گوییم عقد بیع فضولی در صنف صحیحش (که مالک اجازه می‌دهد) ضمان است (مبیع باید به مشتری داده شود و ثمن به مالک) پس در صنف فاسدش (که مالک ردّ می‌کند) هم ضمان است (مبیع باید به مالک برگردانده شود و ثمن به مشتری). لذا طبق این برداشت از قاعده در ما نحن فیه غاصب ضامن است. مرحوم شیخ انصاری به همین احتمال معتنی هستند.

احتمال دوم: کل شخص من العقود علی فرض صحت یضمن بصحیحه یضمن علی فرض فاسده.

شخص عقد یعنی عقد بیع جزئی که بین زید و عمرو در روز شنبه و مثال ساعت ۱۰ صبح نسبت به معامله کتاب محقق شده است. در تقدیر گرفتن تعبیر "علی فرض صحت" به این دلیل است که یک عقد بیع شخصی بین زید و عمرو یک فرد بیشتر نیست یعنی دو فرد

ندارد که یکی صحیح و دیگری فاسد باشد بلکه یک فرد و یک شخص عقد است. لذا باید بگوییم اگر فرض کنیم همین یک عقد شخصی، صحیح است و در صحیحش ضمان باشد پس در فرض فسادش هم ضمان خواهد بود.

طبق این احتمال باید بگوییم در عقد شخصی محل بحث (که مشتری با علم به غصب ثمن را به بائع تسلیم کرده) و در مثل بیع بلائمن و اجارة بالأجرة اگر فرضاً صحیح واقع شده بودند هیچ ضمانی وجود نداشت زیرا تسلیط مجانی واقع شده پس در فسادش هم ضمان نخواهد بود، لذا در ما نحن فیه غاصب ضامن نیست. اما این احتمال باطل است زیرا با ظاهر قاعده سازگار نیست. در ظاهر قاعده از "عقد صحیح و فاسد" سخن گفته شده، و این دو کلمه (صحیح و فاسد) مشتق اصولی هستند و ظهور در فعلیت دارند یعنی هر عقدی که بالفعل هم فرد صحیح دارد هم فرد فاسد، اگر در فرد صحیحش ضمان باشد در فرد فسادش هم ضمان خواهد بود. لذا اگر عقد را به شخص عقد معنا کنیم دیگر دو فرد بالفعل نخواهیم داشت بلکه فقط دو فرد فرضی داریم. بنابراین احتمال دوم هر چند عدم ضمان در ما نحن فیه را (مطابق با فتوای مشهور) ثابت می کند اما اصل احتمال باطل است.

احتمال سوم: کل نوع من العقود یضمن بصحیحه یضمن بفاسده.

هر نوعی از عقود (مثل نوع بیع، نوع صلح و ..) که دارای فرد صحیح و فرد فاسد است، اگر در فرد صحیحش ضمان باشد در فرد فسادش هم ضمان خواهد بود. اگر در بیع صحیح ضمان باشد پس در بیع فاسد هم ضمان خواهد بود. طبق این احتمال می گوییم در ما نحن فیه غاصب ضامن است زیرا اگر بیع فضولی صحیح می بود (یعنی مالک اجازه می کرد) در بیع فضولی صحیح ضمان وجود داشت پس حالا که مالک رد کرده و فاسد است باز هم ضمان وجود دارد.

پس طبق احتمال سوم در ما نحن فیه باید بگوییم غاصب ضامن است لکن این احتمال که مقصود از عقد، نوع عقد باشد مورد نظر فقها نیست (چنانکه در جلسه ۶۲ سال گذشته در فقه ۳ برای این برداشتشان از عبارات فقها مثالی از بحث صید در حال احرام بیان نمودند).
احتمال چهارم: کل معامله مالیه یضمن بصحیحه یضمن بفاسده

در احتمال چهارم مقصود از عقد، جنس عقد است یعنی هر معامله مالی که در آن فرد صحیح و فاسد قابل تصویر باشد اگر در صحیحش ضمان نباشد در فسادش هم ضمان نخواهد بود.

طبق این احتمال می گوییم چون تسلیط بائع غاصب توسط مشتری در ما نحن فیه یک معامله مالی به حساب نمی آید بلکه یک تملیک مجانی است مانند بیع بلائمن و اجارة بلا أجر و هبه غیر معوضه، لذا چنانکه در هبه غیر معوضه اگر صحیح هم واقع شود ضمان ندارد در فسادش هم ضمان نیست در ما نحن فیه هم این تسلیط مجانی اگر صحیح باشد ضمان ندارد پس فسادش هم (که مالک بیع را رد کرده) ضمان نخواهد داشت.

فتأمل مرحوم شیخ احتمال چهارم را با فتأمل نقد می کنند. مرحوم خوانساری در صفحه ۸۸ الحاشیه الأولى علی المکاسب، در وجه فتأمل می فرمایند احتمال چهارم باطل است زیرا عنوان "کل معامله مالیه" شامل رهن نمی شود زیرا معامله و مبادله مال نیست، در حالی که به اتفاق فقهاء رهن از عقود است و باید در تعبیر "کل عقد یضمن ..." داخل باشد لکن طبق احتمال چهارم داخل نخواهد بود.
نتیجه مطلب اول:

احتمال دوم (شخص عقد) و احتمال چهارم (جنس عقد) که باطل است، احتمال اول (صنف) و احتمال سوم (نوع) می توانند ضمانت در ما نحن فیه را اثبات کنند لکن از بین این دو معتقدیم مقصود از "کل عقد" در قاعده ضمان این است که "کل صنف من العقود"
مطلب دوم: بیان سه شاهد

مرحوم شیخ انصاری می فرمایند مستند قول مشهور به عدم ضمان غاصب در ما نحن فیه غموض و پیچیدگی دارد، به این جهت که در موارد مشابه ما نحن فیه که طبیعتاً باید حکم به عدم ضمان کنند می بینیم فتوا به ضمان می دهند. مرحوم شیخ انصاری سه شاهد بیان می کنند که نشان دهند فقهاء در موارد مشابه فتوای به ضمان داده اند لذا مستند مشهور به طور دقیق معلوم نیست چه مدرکی است که بتوان تشخیص داد چرا در ما نحن فیه قائل به عدم ضمان هستند و در موارد مشابه ما نحن فیه قائل به ضمان هستند.

عنوان ۲: احکام رد/مسأله: حکم عوضین /مرحله ۲: حکم مشتری با غاصب/صورت ۲: علم مشتری به غصب/حالت ۲: تلف ثمن ۱۱۱
شاهد اول:

در ما نحن فیه (که مشتری عالم به غصب بوده و عین ثمن تلف شده) مشهور فقها فتوا به عدم ضمان غاصب می‌دهند در حالی که در مسأله مشابه اینجا یعنی مسأله بیع بلا ثمن اُحدی فتوا به عدم ضمانت نداده است.

نعم مرحوم شهید اول و دیگران نسبت به إجارة بلا أجرة فتوای به عدم ضمان داده‌اند. (نعم استدراک از شاهد اول است)
شاهد دوم:

تسلیط بلا عوض که در ما نحن فیه محقق شده مثل مورد رشوه است زیرا در رشوه هم راشی یعنی رشوه دهنده مالش را گویا بلا عوض به مرتشی و رشوه گیرنده تسلیط کرده اما در ما نحن فیه فقهاء فتوا به عدم ضمان می‌دهند لکن در رشوه، مرتشی را ضامن می‌دانند.

شاهد سوم:

روایاتی که می‌گویند ثمن الخمر سحت، پولی که در مقابل خمر دریافت شود سحت است یعنی اکل مال به باطل است لذا گیرنده این ثمن یا همان بایع خمر چون یک شیء دارای مالیت به مشتری واگذار نکرده لذا حق استفاده از این ثمن و تصرف و تلف آن را ندارد. پس بر اساس این روایات در ما نحن فیه هم باید مشهور بفرمایند اکل ثمن توسط غاصب اکل مال به باطل است و غاصب ضامن است. البته این شاهد سوم خیلی قابل اعتنا نیست و می‌توان از استشهاد به آن دست کشید زیرا مقصود این روایات از تشبیه ثمن خمر به "سحت" صرفاً در مقام بیان حکم حرمت تکلیفی هستند و در مقام بیان حکم وضعی ضمان نیستند. لذا ممکن است بگوییم کسی که خمر را دریافت کرده اگر آن را تلف کند و روی زمین ریزد ضامن نیست پس بیع خمر حرام و سحت است لکن اگر مشتری آن را روی زمین بریزد ضامن نیست. (حرمت هست ضمان نیست)

مطلب سوم: ذکر چهار فرع فقهی

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند مشهور حتی طبق مبنای خودشان به عدم ضمان غاصب در صورت علم مشتری به غصب و تلف ثمن، باز هم در چند فرع فقهی از محل بحث باید قائل به ضمان غاصب باشند. لذا چهار فرع را ذکر می‌کنند و لزوم قول به ضمان در سه فرع ابتدایی را نشان می‌دهند.

فرع اول:

اگر بایع غاصب مبیع را نه برای خودش بلکه از طرف مالک آن بفروشد، مثل اینکه اعلام کند من مالک این کالا نیستم و آن را از طرف مالک می‌فروشم، در این صورت حتی طبق مبنای مشهور قطعاً بایع غاصب ضامن ثمن دریافتی از مشتری خواهد بود زیرا مشتری در واقع او را مسلط بر ثمن قرار نداده بلکه او را واسطه در رساندن ثمن به مالک می‌دانسته است.

فرع دوم:

اگر بایع غاصب بعد از انجام بیع فضولی بدون اجازه مشتری ثمن را بردارد در این صورت مشتری غاصب را مسلط بر مالش قرار نداده بلکه صرفاً در یک عقد فضولی کالایی را خریده است و این هم سبب نمی‌شود بگوییم خودش غاصب را مسلط بر ثمن قرار داده است. بلکه باید تسلیط توسط خود مشتری محقق شود.

و یکشف عن ذلک ...، ص ۴۹۲، س ۹

یعنی کاشف از اینکه تسلیط عقدی (صرف انجام عقد فضولی در ما نحن فیه بدون تسلیط ثمن توسط مشتری) سبب تحقق ضمان نمی‌شود این است که فقهاء تصریح می‌کنند بایع غاصب بعد از دریافت ثمن حق تصرف در آن را دارد با اینکه فقها معتقدند عقد فاسد إباحه تصرف نمی‌آورد پس معلوم می‌شود جواز اباحه تصرف به دنبال عقد صحیح می‌آید لذا تصرف بایع غاصب در ثمن بدون اذن مشتری باطل و ضمان آور است.

فرع سوم:

اگر مشتری ضمن عقد فضولی با بایع غاصب شرط کند که اگر مالک بیع را رد کرد بایع باید ثمن را به مشتری بازگرداند. در این صورت هم قطعاً بایع ضامن خواهد بود حتی بنابر فتوای مشهور.

فرع چهارم:

مشهور در ثمن جزئی خارجی فرمودند با علم مشتری به غصب، غاصب ضامن نیست، لذا اگر ثمن کلی فی الذمه باشد مثل اینکه مشتری گفته در مقابل این مبیع یک میلیون تومان به شما خواهم داد سپس این تعهد خودش را در قالب ده تراول چک صد هزار تومانی تطبیق کرد و تحویل بایع داد در این صورت هم طبق نظر مشهور باید فتوا به عدم ضمان داد.

خلاصه مسأله اول:

نسبت به حکم بین مشتری و بایع غاصب در رابطه با اصل ثمن گفته شد:

- اگر مشتری جاهل به غصب بوده، غاصب ضامن است که ثمن را به مشتری برگرداند.
- اگر مشتری عالم به غصب بوده و عین ثمن باقی است، غاصب ضامن برگرداندن ثمن است.
- اگر مشتری عالم به غصب بوده و عین ثمن تلف شده:

مشهور فرمودند غاصب ضامن نیست زیرا دلیلی بر ضمان او وجود ندارد.

مرحوم شیخ انصاری فرمودند غاصب ضامن است زیرا قاعده ضمان شامل این مورد می‌شود.

تحقیق:

* بررسی تفصیلی این قاعده را سال گذشته در فقه سه خوانده‌ایم. در جلسه ۶۰ به بعد سال قبل (۱۳۹۹-۱۴۰۰) مرحوم شیخ انصاری به تفصیل تاریخچه، معنای مفردات (مثل کلمه کل، کلمه عقد، باء) مقصود فقهاء از این عبارت و دلیل بر حجیت آن را بررسی کردند. فایل کامل جزوه مذکور را از آدرس وبلاگ بالای همین صفحه دریافت کنید.

مسأله دوم: حکم خسارت‌های پرداخت شده توسط مشتری

(مسأله اول جلسه ۴۶ بود) غرامت‌هایی که ممکن است توسط مشتری به مالک مبیع پرداخت شود دو دسته است، یا در مقابل منافع مبیع است یا در مقابل عین مبیع، منافع مبیع هم یا مستوفاه بوده یا غیر مستوفاه، و عین مبیع هم یا کل مبیع است یا اجزاء یا اوصاف آن. مرحوم شیخ انصاری ابتدا این تقسیمات را توضیح می‌دهند سپس به بررسی حکم آنها می‌پردازند. البته ترتیب ذکر اقسام در قسمت توضیح با قسمت بررسی حکم متفاوت است که ما بر اساس کتاب پیش می‌رویم و در قسمت بررسی حکم دسته‌بندی مطلب روشن‌تر است. خسارت‌های ناشی از اختلاف قیمت:

در صورت تلف مبیع، مشتری ممکن است مبلغی بیش از آنچه در بیع فضولی مطرح شده را مجبور باشد به مالک مبیع برگرداند، از جمله: - ممکن است مشتری ماشین را از غاصب به صد میلیون تومان خریده در حالی که قیمت ماشین در همان زمان دویست میلیون تومان بوده، وقتی ماشین دست مشتری تلف شده باشد مشتری موظف است دویست میلیون تومان به مالک اصلی پرداخت کند، صد میلیون تومان که ثمن مطرح شده در بیع فضولی بوده و صد میلیون مازاد هم باید بپردازد.

- ممکن است در این زمانی که ماشین دست مشتری بوده ارتفاع قیمت پیدا کند، بنابراین اگر ماشین دست مشتری تلف شده باشد او باید هم ثمن را بپردازد و مبلغ ارتفاع قیمت را بپردازد.

خسارات ناشی از منافع مستوفات:

منافعی را که مشتری در طول مدت تسلط بر مبیع استفاده کرده از قبیل پشم حیوان و میوه درخت موظف است به مالک اصلی بپردازد.

خسارات ناشی از منافع غیر مستوفات

مشتری هزینه‌هایی برای نگهداری مبیع متحمل شده که تکلیف اینها باید روشن شود. مثل اینکه مبیع حیوان بوده و مشتری در این مدت به حیوان علوفه داده، یا مبیع خانه بوده و مشتری آن را بازسازی کرده، یا اموالی از مشتری تلف یا ضایع شده مثل اینکه نهالی در باغ کاشته و مالک آنها را درآورده و بیرون انداخته، همچنین وقتی مالک نهالها را در می‌آورد زمین ناهموار می‌شود خسارت و هزینه کارگر برای صاف کردن زمین را باید مشتری بپردازد، یا مبیع جاریه بوده که مشتری با او مباشرت کرده و بچه دار شده، این بچه چون ملحق به پدر و حرّ هست پس مشتری باید فقط جاریه را به مالک برگرداند و قیمت این بچه (در معادل سازی با یک عبد بچه) را به مالک بپردازد. همچنین خسارت‌هایی که بابت ایجاد نقص در اوصاف و اجزاء مبیع باید مشتری به مالک بپردازد.

سؤال این است که در تمام این اقسام سه‌گانه آیا مشتری بعد از پرداخت این خسارت‌ها به مالک می‌تواند به غاصب مراجعه کند و این خسارت‌ها را از او مطالبه نماید؟ به عبارت دیگر آیا بعد از ردّ بیع فضولی توسط مالک، بایع غاصب ضامن این خسارات پرداخت شده توسط مشتری هم هست یا خیر؟ مرحوم شیخ انصاری در پاسخ به این سؤال می‌فرماید مشتری نسبت به غصب بایع دو حالت دارد:

حالت اول: با علم مشتری به غصب، غاصب ضامن هیچ خسارتی نیست.

در صورت علم مشتری به غصب، بایع غاصب در هیچ‌یک از تقسیمات مذکوره ضامن نیست زیرا دلیلی بر ضمان غاصب نداریم.

حالت دوم: با جهل مشتری به غصب

اگر مشتری جاهل به غصب باشد مسأله ضمان نسبت به اقسام خسارت‌های پرداخت شده باید بررسی شود:

دسته اول: غرامت در مقابل منافع

قسم اول: غاصب ضامن غرامت منافع غیر مستوفاه است

اگر مشتری جاهل به غصب بوده، بایع غاصب ضامن غرامتی است مشتری در مقابل منافع غیر مستوفاه پرداخت کرده به ۴ دلیل: ۱. اجماع (البته مدرکی است). ۲. قاعده غرور. (مبتنی بر حدیث فاقد سند که به پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نسبت داده شده "المغرور يرجع إلی من غرّ" البته قاعده غرور با أدله دیگر مثل بناء عقلا قابل اثبات است). بایع غاصب، مشتری جاهل را فریب داده و سبب ضمانت مشتری در برابر مالک مبیع و پرداخت خسارت به او شده لذا موظف است خسارت مشتری را جبران کند. یک تنظیر را اشاره می‌کنند که ما نحن فیه مانند فردی است که در دادگاه شهادت دروغ داده و باعث شده فردی متضرر شود، اگر این شاهد از شهادتش برگردد و اعلام کند شهادت من دروغ بوده است، موظف است خسارت‌هایی که با شهادت دروغش به وجود آورده را جبران کند. ۳. قاعده لاضرر.

۴. روایت جمیل. امام صادق علیه السلام در این روایت می‌فرماید فردی که جاریه‌ای را از بازار خریده و جاریه از مشتری بچه‌ای به دنیا آورده، و سپس مالک اصلی پیدا شد و اثبات کرد که جاریه از آن او است، مشتری موظف است جاریه را به صاحبش برگرداند، بچه که حرّ هست را نزد خود نگاه دارد، و قیمت یک عبد بچه را که به صاحب جاریه خسارت زده به او پرداخت کند. (زیرا اگر با اجازه مالک کنیز یک

عبد با این کنیز ازدواج می‌کرد بچه، عبد می‌بود و قابل مالکیت اما حالا که یک حرّ با جاریه مباشرت کرده بچه حرّ خواهد بود و این خسارت به مالک جاریه است) و در پایان مشتری می‌تواند برای این قیمت بچه و خسارتی که متحمل شده به بایع غاصب مراجعه کند و خسارت را از او مطالبه نماید. نسبت به بچه‌ای که از این جاریه به دنیا آمده دو احتمال است: ۱. این بچه یک منفعت استیفاء شده توسط مشتری به شمار می‌آید. ۲. این بچه یک منفعت غیر مستوفات می‌باشد زیرا ملحق به پدر و حرّ است لذا قابل تملک و دارای مالیت نیست. (یعنی اگر این بچه عبد بود منفعت مستوفاة بود اما حال که حرّ است منفعت مستوفاة بر آن صادق نیست.) با توجه به این دو احتمال، کیفیت استدلال به این روایت چنین است که:

- اگر موضوع روایت (بچه و قیمت آن که موضوع حکم ضمان غاصب است) را یک منفعت مستوفات بدانیم:

منطوق روایت حکم قسم دوم (منافع مستوفاة) را روشن می‌سازد که در آنها ضمان هست.

مفهوم اولویت روایت حکم قسم ۳ را بیان می‌کند که با ضمانت منافع مستوفات به طریق اولی ضامن منافع غیر مستوفات است. - اگر موضوع روایت را یک منفعت غیر مستوفات بدانیم روایت به منطوقش دلالت می‌کند بر ضمان غاصب نسبت به خسارات قسم سوم. البته ممکن است گفته شود تعبیر "أخذت منه" در روایت، مشعر به علیّت أخذ برای جواز رجوع مشتری به غاصب است لذا بگوییم در هر سه قسم از خسارتها که مالک خسارتی از مشتری أخذ کرد، مشتری می‌تواند به غاصب مراجعه کند و خسارتی که پرداخت کرده را از بایع غاصب بگیرد. لکن اشعار کافی نیست و باید احراز شود علت حکم به ضمان غاصب، و جواز رجوع مشتری به او، أخذ است.

اشکال: مستشکل می‌گوید روایاتی مرتبط با ما نحن فیه (پرداخت خسارت توسط مشتری) داریم اما اهل بیت علیهم السلام نسبت به ضامن بودن غاصب سکوت کرده‌اند. پس نمی‌توانیم بگوییم غاصب نسبت به خسارت‌هایی که مشتری پرداخت کرده ضامن است. مرحوم شیخ ابتدا دو روایت را به عنوان نمونه برای کلام مستشکل نقل می‌کنند سپس به اشکال پاسخ می‌دهند.

روایت اول: زراره می‌گوید فردی از بازار مسلمین جاریه‌ای خرید و به شهر خودش منتقل کرد و چند سال نزد او بود و از مشتری اولادی به دنیا آورد، سپس فردی پیدا می‌شود که ادعا می‌کند مالک جاریه است و بیّنه اقدام می‌کند، امام صادق علیه السلام فرمودند مشتری اولادش را نزد خود نگه می‌دارد و جاریه را به ضمیمه هزینه چند سال کار کردن این جاریه برای مشتری و شیر دادن بچه‌های مشتری را باید به مالک تحویل دهد. (حضرت نسبت به اینکه مشتری می‌تواند برای دریافت این خسارت از بایع اقدام کند سکوت فرمودند)

روایت دوم: زُرَیق نقل می‌کند نزد امام صادق علیه السلام بودم که دو نفر وارد شدند یکی از آن دو چنین گفت: من مالی از فردی از بنی عمار قرض گرفتم و به او رسید دادم و شاهد هم حاضر بود، بعد مدتی طلبش را از من مطالبه کرد و من قرض خود را پرداخت کردم لکن نه رسیدم را از او گرفتم و نه از او رسید مبنی بر پرداخت قرض گرفتم و نه فردی شاهد برائت ذمه من و پرداخت قرض بود، و به این جهت که اعتماد به او داشتم فقط گفتم رسیدی که من به شما دادم را پاره کنید، این فرد هم سهل‌انگاری کرد و قبل از پاره کردن رسید از دنیا رفت، ورثه او رسید را برداشته با شهود نزد من آمدند که مبلغ بدهی را بای بپردازم، من قبول نکردم لذا نزد قاضی و حاکم شرع کوفه (که از اهل سنت بوده) رفتیم قاضی بر اساس رسید و شهادت بیّنه به نفع ورثه حکم کرد و چون مال مورد نظر زیاد بود من فرار کردم، قاضی هم باغی را که مالک بودم به ورثه سپرد تا بفروشند و طلبکاری‌شان را بردارند، و این برادر شیعه ما که اینجا نشسته ندانسته مبتلا شده به خرید باغ من از ورثه، اما ورثه از این کارشان پشیمان می‌شوند و خودشان اقرار می‌کنند که پدرشان طلبکاری را گرفته بوده لذا از این برادر شیعه ما خواستند که باغ مرا پس بدهد و پولش را در چند قسط معلوم دریافت کند. این برادر شیعه ما گفت من دوست دارم تکلیف شرعی‌ام را از امام صادق (علیه السلام) بپرسم، لذا نزد شما آمده‌ایم تا وظیفه ما را بیان بفرمایید. سپس آن فرد (همان برادر شیعه که مشتری بوده و باغ را از ورثه خریده بود) گفت: یا بن رسول الله جانم به فدای شما، در این مورد چه تکلیف می‌فرمایید؟ حضرت فرمودند شما پول باغ را که به ورثه دادی پس می‌گیری، و باغ را به صاحبش پس می‌دهی و از باغ رفع ید می‌کنی. عرض کرد وقتی این کار را انجام دادم آیا مالک باغ چیز دیگری هم می‌تواند از من مطالبه کند؟ حضرت فرمودند بله هر مقدار از غلات و میوه و هر چه که در این باغ بکار گرفته شده بوده و در زمان تحویل گرفتن باغ در آن بوده را باید به مالک بازگردانی، اما اگر شما (مشتری) زراعتی در باغ انجام دادی می‌توانی یا قیمت آن را از مالک باغ بگیری یا مالک باغ صبر کند تا فصل درو زراعت برسد و تو زراعتت را برداشت کنی و البته مالک می‌توان صبر نکند و قیمت زراعت را به تو بپردازد و زراعت از آن خودش باشد (و اگر خواست آن را از بین ببرد) سپس همان مالک زمین گفت: اگر مشتری نهال یا بنائی در باغ اضافه کرده باشد چگونه؟ فرمودند مشتری یا قیمت آن را بگیرد یا آنچه احداث کرده بردارد و ببرد. گفتم اگر بناء یا نهالی که قبلاً در باغ بوده را از بین برده باشد چگونه؟ فرمودند یا باید آنها را بسازد یا قیمتش را بدهد. وقتی مشتری همه خسارتها را جبران کرد مالک باغ هم هزینه‌هایی که مشتری انجام داده از نهال کاری و ساختمان سازی و دفع آفات و نگهداری باغ را باید به مشتری بدهد. (حضرت نسبت رجوع مشتری به ورثه برای دریافت این خسارات سکوت کردند.)

جواب: مرحوم شیخ انصاری سه جواب بیان می‌کنند:

اولا: دو روایت مذکور در مقام بیان حکم رابطه بین مشتری و مالک است نه مشتری و غاصب که محل بحث ما است. ثانيا: سلمنا که در مقام بیان حکم مشتری با غاصب است، لکن در این روایت حضرت با سکوتشان اشاره به عدم ضمان غاصب کرده‌اند در حالی که روایت جمیل تصریح قوی به ضمان غاصب است لذا سکوت توان معارضه با تصریح را ندارد. (به عبارت دیگر مستشکل می‌خواهد بگوید سکوت ظهور در عدم ضمان دارد اما روشن است که عند التعارض نص بر ظاهر مقدم است)

ثالثا: در هر دو روایت رجوع مشتری به غاصب عرفا یا شرعا منتفی بوده لذا به حکم ضمانت غاصب هم پرداخته نشده است: - اما روایت زراره به این جهت که مشتری، جاریه را به شهر دیگری برده و چند سال از خرید جاریه گذشته است لذا نه امیدی به پیدا کردن بایع است و نه هزینه کردن و سفر طولانی و پر زحمت رفتن برای پیدا کردن بایع غاصب به صرفه است.

- اما در روایت زریق هم بایع همان قاضی است که باغ را مصادره کرده و به فروش گذاشته است، نسبت به این قاضی هم اگر قاضی منصوب من قبل الإمام باشد چون قضاوتش بر اساس بینه و شاهد بوده است لذا غرامت و ضمانی متوجه او نیست اما ظاهر روایت این است که قاضی جور و منصوب من قبل الجائر بوده است و مشتری هم که شیعه بوده (من إخواننا) عالم به بطلان تصرفات این قاضی بوده لذا مشتری عالم به غصب، چنانکه گفتیم حق رجوع به غاصب را ندارد.

قسم دوم: منافع غیر مستوفاه

در این رابطه مرحوم شیخ انصاری به دو قول اشاره می‌کنند:

قول اول: مشهور و مرحوم شیخ: غاصب ضامن است

مرحوم شیخ انصاری برای استدلال بر این قول به پنج دلیل اشاره می‌کنند لکن دلیل پنجم را نمی‌پذیرند. ایشان ابتدا دو دلیل را تبیین می‌کنند سپس به قول دوم و نقد آن می‌پردازند و دوباره تمام پنج دلیل را یکجا بیان می‌کنند.

دلیل اول: قاعده غرور. المغرور یرجع الی من غرّه. این قاعده به اجماع فقها حکم می‌کند به ضمان در یک فرع فقهی و محل بحث ما نیز مانند همین فرع فقهی است پس قطعاً در ما نحن فیه هم طبق قاعده غرور حکم می‌کنیم به ضمان غاصب.

اما فرع فقهی این است که جمعی در یک رستوران دور یک میز میهمان هستند، یکی از میهمان‌ها دیرتر وارد می‌شود و میهمانی که زودتر آمده غذایی را که روی میز دیگران (غیر مرتبط با میهمانی) گذاشته شده را بدون اجازه برمی‌دارد و در مقابل میهمان تازه وارد می‌گذارد و میهمان هم غذا را می‌خورد، سپس مالک غذا به سر میزش برمی‌گردد و اعلام می‌کند راضی به اکل طعامش توسط میهمان نیست، در این صورت فقهاء می‌فرمایند فردی که این غذا را در مقابل میهمان گذاشت ضامن است و باید خسارت بدهد با اینکه میهمان غذا را خورده و منفعت به میهمان رسیده است.

دلیل دوم: قاعده لاضرر. بایع غاصب با این کارش به مشتری ضرر وارد کرده است زیرا قصد مشتری از این معامله این است که وقتی باغ یا ماشین یا هر کالایی را می‌خرد از منافع آن بدون پرداخت هزینه اضافه، بهره‌مند شود، در حالی که مشتری برای استفاده‌اش از منافع این ماشین باید به مالک خسارت بپردازد و اگر غاصب ضامن نباشد خسارت عظیمی برای مشتری است و اینکه مشتری خودش از میوه این باغ خورده یا از منفعت این ماشین استفاده کرده دلیل نمی‌شود که از غاصب خسارت نگیرد زیرا بعد خریدن ماشین بنا نبوده مشتری پولی هم بابت سوار شدن بر ماشین به دیگران بپردازد.

البته مرحوم شیخ انصاری اینجا از قاعده لاضرر به عنوان مؤید استفاده می‌کنند نه دلیل یک جهت مؤید بودن را با جمله "خصوصاً فی بعض الموارد" اشاره می‌کنند که ممکن است مواردی را تصویر کنیم که مشتری حتی با وجود پرداخت غرامت منافع مستوفات هم، ضرری متوجه‌اش نباشد لذا در این صورت نمی‌توان با تمسک به لاضرر، غاصب را ضامن دانست. (مثل اینکه مشتری یک فلز یاب از غاصب خریده و یک هفته از آن استفاده کرده و مقدار قابل توجهی طلا پیدا کرده، وقتی مالک بیع فضولی را رد می‌کند و از مشتری خسارت و اجاره استفاده یک هفته‌ای از این وسیله را هم که بگیرد باز هم ضرری متوجه مشتری نخواهد بود)

قول دوم: صاحب ریاض: غاصب ضامن نیست

دلیل: ایشان فرموده‌اند در ما نحن فیه نمی‌توان با تمسک به قاعده غرور، ضامن بودن غاصب را ثابت کرد زیرا هر چند قاعده غرور را قبول داریم لکن کلیت آن و صدق غرور در ما نحن فیه را قبول نداریم به این جهت که طبق أدله قاعده غرور، مغرور زمانی می‌تواند به غارّ مراجعه کند که از جانب این غرور و فریب، ضرری متوجه مشتری شده باشد و در ما نحن فیه هیچ ضرری متوجه مشتری نیست زیرا

خودش از منافع استفاده کرده و بالأخره اگر میخواست میوه بخورد یا از ماشین دیگران استفاده کند باید پول می پرداخت و هزینه می داد الان هم در مقابل غرامتی که داده منفعتش به ملک خود مشتری وارد شده است. به عبارت دیگر:

صغری: هذا مشتری مغرور. کبری: و کل مغرور یرجع إلى من غرّ. نتیجه: هذا مشتری یرجع إلى من غرّ.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید صغری صحیح است اما کلیت کبری را قبول نداریم که در هر موردی فردی مغرور واقع شد، حق مراجعه به غار داشته باشد بلکه زمانی حق رجوع دارد که ضرر به مشتری و مغرور رسیده باشد.

نقد دلیل قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری دو جواب از دلیل قول دوم بیان می کنند که دومی از مرحوم صاحب جواهر است و آن را قبول ندارند.

جواب اول: از مرحوم شیخ انصاری که می فرماید: "لا یخلو عن شیء". می توان گفت مقصود این است که أدله قاعده غرور اطلاق دارند لذا ضرر باشد یا نباشد، قاعده غرور جاری است. یا اینکه بگوییم در ما نحن فیه ضرر هم ثابت است لذا قاعده غرور جاری خواهد بود. *
جواب دوم: از مرحوم صاحب جواهر. قبل توضیح آن یک مقدمه فقهی برای روشن شدن کلامشان و نقد مرحوم شیخ بر ایشان لازم است:

مقدمه فقهی: قاعده سبب و مباشر

در کتاب الضمان (و به تبع در غصب، دیات و ...) بحثی مطرح است با عنوان موجبات ضمان که بر سه قسم است: مباشرت، تسبیب و تراحم الموجبات. نسبت به سبب و مباشر سه حالت متصور است: **

حالت اول: سبب در سببیتش اقوی از مباشرت مباشر است. البته همین اقوی بودن سبب هم بر دو گونه است:

الف: مباشر، هیچ جایگاهی در تحقق فعل ندارد مثل اینکه زید، عمرو را هل می دهد و به شیشه دیگران می کوبد، اینجا عرف زید را سبب شکسته شدن شیشه می داند نه عمرو.

ب: مباشر، با اختیار خودش عمل را انجام می دهد لکن سبب (یا همان مسبب)، زمینه را فراهم کرده است. مثل اینکه زید به دروغ ادعا می کند مالک باغ است و به عمرو توصیه می کند از میوه های باغ بخورد.

حالت دوم: سبب و مباشر در عملکردشان مساوی هستند، مثل اینکه زید گوسفند غصبی را نگه می دارد و عمرو هم ذبح می کند.

حالت سوم: سبب، هیچ جایگاهی در تحقق فعل ندارد. زید (سبب) چاقو را ساخته و بکر (مباشر) با خرید آن، عمرو را می کشد.

قانون مدنی، ماده ۳۳۲: هرگاه یک نفر سبب تلف شدن مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد.

قانون مجازات اسلامی، ماده ۴۹۲: جنایت در صورتی موجب قصاص یا دیه است که نتیجه حاصله مستند به رفتار مرتکب باشد اعم از آنکه به نحو مباشرت یا به تسبیب یا به اجتماع آنها انجام شود.

ماده ۴۹۴: مباشرت آن است که جنایت مستقیماً توسط خود مرتکب واقع شود.

مرحوم صاحب جواهر نسبت به کلام مرحوم صاحب ریاض و حکم ما نحن فیه سه مدعا دارند:

مدعای اول: قاعده غرور مبتنی بر ضرر نیست که مرحوم صاحب ریاض فرمودند بلکه مبتنی بر قاعده سبب و مباشر است.

مدعای دوم: طبق قاعده سبب و مباشر در ما نحن فیه باید بگوییم چون سبب اقوی از مباشر است لذا غاصب (سبب) ضامن است و مباشر (مشتری) می تواند به او مراجعه کند و خسارتی را که مشتری به مالک پرداخته از سبب (غاصب) بگیرد.

تحقیق:

* مرحوم مظفر، در حاشیه المظفر علی مکاسب، ج ۱، ص ۱۶۶ می فرماید: لما عرفت من المصنف قدّس سرّه من صدق الضرر في المقام، لأنه و إن وصل إليه نفع إلا أن المنفعة استوفاهما بزعم أنها له مجاناً لدعوى الغار له، فلو كان البائع صادقا في دعواه لما كان عليه خسارة قيمتها لو استوفاهما، فخسارته لقيمتها ضرر أدخله عليه البائع بكذب، فلا بد من رجوعه على البائع، لأنه هو الذي أضره.

** قسمتی از عبارات شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، ص ۲۳۱ به بعد: في موجبات الضمان و البحث إما في المباشرة أو التسبیب أو تراحم الموجبات أما المباشرة فضابطها الإتلاف لا مع القصد إليه كمن رمى غرضاً فأصاب إنساناً و كالتصريح للتأديب فيتفق الموت منه. ص ۲۳۷: البحث الثاني في الأسباب و ضابطها ما لولاه لما حصل التلف لكن علة التلف غيره كحفر البئر و نصب السكين و إلقاء الحجر فإن التلف عنده بسبب العثار. ص ۲۴۰: البحث الثالث في تراحم الموجبات إذا اتفق المباشر و السبب ضمن المباشر كالدافع مع الحافر و الممسك مع الذابح و واضح الحجر في الكفة مع جاذب المنجنيق و لو جهل المباشر حال السبب ضمن المسبب كمن غطى بئراً حفرها في غير ملكه فدفن غيره ثالثاً و لم يعلم ف الضمان على الحافر و كالفار من مخيفة إذا وقع في بئر لا يعلمها و لو حفر في ملك نفسه بئراً و سترها و دعا غيره فالأقرب الضمان لأن المباشرة يسقط أثرها مع الغرور. و لو اجتمع سببان ضمن من سبقت الجناية بسببه.

نقد مدعای اول صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند مقصود مرحوم صاحب ریاض این نیست که قاعده غرور مبتنی بر قاعده ضرر است که صاحب جواهر آن را نقد می‌کنند و می‌فرمایند مبتنی بر قاعده ضرر نیست بلکه مبتنی بر قاعده تسبیب است بلکه مرحوم صاحب ریاض می‌فرمایند أدله قاعده غرور، ظهور دارد در اینکه زمانی غارّ ضامن است که مغرور متضرر شده باشد. بنابراین طبق عقیده صاحب ریاض:

اگر مستند قاعده غرور روایات باشند مانند روایات تدلیس در باب نکاح اینها ظهور دارند در ضمان در صورت إضرار به دیگران.

اگر مستند قاعده غرور اجماع باشد که اجماع دلیل لَبّی است و عند الشک به قدر متیقّنش باید أخذ شود و قدر متیقّن از اجماع بر ضمان غارّ جایی است که مغرور ضرر هم کرده باشد. (دلیل لَبّی اطلاق ندارد که بگوییم ضرر باشد یا نباشد غارّ ضامن است)

نقد مدعای دوم صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند تمسک ایشان به قوه سبب نسبت به مباشر هم در ما نحن فیه نمی‌تواند ضمان غاصب را ثابت کند زیرا چنانکه در مقدمه فقهی جلسه قبل اشاره شد اگر اقوی بودن سبب به صورتی باشد که عرفاً هیچ نقشی برای مباشر قائل نباشند در این صورت می‌پذیریم که سبب ضامن است مثل اینکه:

زید فردی را هُلّ دهد و سبب شکسته شدن شیشه شود که مانند مکّره است.

زید با وجود باد شدید، آتشی را نزدیک خرمن قرار دهد و باد آتش را به خرمن بیاندازد و بسوزاند.

زید ظرف روغن جامد فرد دیگر را که منذهایی دارد زیر آفتاب قرار دهد و این روغن به مرور ذوب شده و از منذهای ظرف روی زمین بریزد و تلف شود.

در این موارد عرف سبب را علت خسارت می‌داند و مباشر که مثلاً هُلّ داده شده صرفاً آلیت دارد و ابزار است.

اما نسبت به محل بحث ما هیچ دلیلی بر ضمان غاصب از جهت سببیت وجود ندارد زیرا هرچند سببیت غاصب قوی است لکن مباشر هم با اختیار خودش از منافع استفاده کرده و مکّره به استفاده از منافع نبوده است. لذا غاصب ضامن نیست نه به این نحو که بگوییم مالک مستقیماً به غاصب مراجعه کند برای دریافت خسارت و نه به این نحو که استقرار ضمان بر عهده غاصب باشد یعنی مالک به مشتری مراجعه کند و خسارت بگیرد سپس مشتری به غاصب مراجعه کند و خسارت بگیرد.

أدله قول اول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند برای اثبات ضمان در ما نحن فیه نمی‌تواند از قانون تسبیب استفاده کرد بلکه باید به چهار دلیل دیگر تمسک کرد البته دلیل پنجمی هم بیان می‌کنند که نقد می‌فرمایند:

دلیل اول: قاعده ضرر

جلسه قبل کیفیت استدلال به آن توضیح داده شد.

دلیل دوم: اجماع بر تقدیم سبب

دومین دلیل نه قاعده تسبیب بلکه اجماع فقهاء بر تقدیم سبب اقوی است که شامل ما نحن فیه هم می‌شود.

دلیل سوم: روایات

روایات مختلفی در ابواب متعدد فقه داریم که دلالت می‌کنند بر ضمان غاصب در ما نحن فیه مانند روایات تدلیس در باب نکاح.

دلیل چهارم: قاعده غرور

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند دلیل سوم و چهارم هر چند در خصوص ما نحن فیه صادر نشده‌اند لکن فقهاء از این دو دلیل برای موارد مشابه ما نحن فیه و اثبات ضمان استفاده کرده‌اند که به تنقیح مناط می‌توانیم بگوییم در ما نحن فیه هم ضمان ثابت است.

مورد اول: همان مثال رجوع آکل طعام غیر، که در جلسه قبل توضیح داده شد و گفتیم سبب ضامن است نه مباشر.

مورد دوم: مثال شهادت زور و دروغ که دو جلسه قبل توضیح داده شد که گفتیم شاهد کاذب ضامن است.

مرحوم شیخ انصاری در ادامه به نقل و نقد مدعی سوم مرحوم صاحب جواهر می‌پردازند سپس به دلیل پنجم و نقد آن اشاره می‌کنند.

و قد ظهر مما ذکرنا فساد ... ص ۵۰۱، س ۴

مدعی سوم صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر فرموده‌اند ما نه تنها کبرای مذکور در کلام مرحوم صاحب ریاض را قبول نداریم و قابل تطبیق بر ما نحن فیه نمی‌دانیم بلکه صغرای قیاسشان را هم قبول نداریم. به عبارت دیگر اصلاً مغرور واقع شدن مشتری در ما نحن فیه نسبت به منافع مستوفات را قبول نداریم.

نقد مدعی سوم صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند هر چند مفهوم غرور منقح و روشن نیست و نیاز به بررسی و تحلیل دارد لکن انصاف این است که حداقل در مثل ما نحن فیه که فرد به قصد استفاده و اتلاف منفعت مال خودش اقدام به استیفاء منفعت نموده و بنا نداشته به کسی در مقابل استیفاء از مال خودش هزینه‌ای پرداخت کند، مفهوم غرور محقق است و قدر متیقن از مفهوم غرور مثل همین موارد است که فرد قصدش اتلاف مال غیر نبوده است پس مشابه مکره خواهد بود از این حیث که نمی‌توان او را مؤاخذه و مجبور به تحمل ضرر نمود.

دلیل پنجم: روایت جمیل

طبق توضیحی که دو جلسه قبل داده شد، اگر فرزند به دنیا آمده از جاریه را با اینکه حرّ است، منفعت و مال به حساب آوریم می‌توانیم به روایت جمیل تمسک کنیم و بگوییم غاصب نسبت به منافع مستوفات هم ضامن است چنانکه همین مطلب را مرحوم محقق حلی در شرایع الإسلام به عنوان یک احتمال ذکر کرده‌اند.

نقد دلیل پنجم:

(فیه تأمل) به نظر ما بر ولد حرّ، مال صادق نیست لذا نمی‌تواند منفعت جاریه به حساب آید پس روایت جمیل از منافع مستوفات سخن نمی‌گوید بنابراین نمی‌توانیم برای اثبات ضمان غاصب در منافع مستوفات به این روایت تمسک کنیم.

دسته دوم: غرامت پرداخت شده در مقابل عین مبیع

دسته اول غرامت‌های پرداخت شده در مقابل منافع (مستوفاه و غیر مستوفاه) بود که گذشت. دسته دوم غرامت‌های پرداخت شده در مقابل عین مبیع تالف است که سه قسم است: غرامت مربوط به (زیادی قیمت) کل مبیع، غرامت مربوط به اجزاء مبیع یا اوصاف مبیع.

قسم اول: غرامت ناشی از زیادی قیمت در کل مبیع

غرامت ناشی از اختلاف قیمت نسبت به عین مبیع (کل مبیع) دو حالت دارد:

حالت اول: غرامت ناشی از زیادی قیمت در لحظه عقد (ضمان غاصب)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید اگر مشتری مبیعی را از بایع غاصب (با جهل به غصب) به کمتر از قیمت واقعی مثلاً به نصف قیمت عادلانه بازار خریده است و مبیع نزد مشتری تلف شد و مالک هم بیع فضولی را رد کرد و خسارت کالایش را (قیمت عادلانه بازار) را از مشتری گرفت، آیا مشتری می‌تواند به غاصب مراجعه کند و غرامتی را که به مالک داده از غاصب مطالبه کند؟

قبل از اینکه به مثال مرحوم شیخ انصاری بپردازیم توجه به این نکته لازم است که در اینجا هیچ بحثی نسبت به ثمنی که مشتری به غاصب پرداخته بود نداریم زیرا تکلیف اصل ثمن را در مسأله اول بررسی کردیم و نتیجه این شد که مشهور فرمودند اگر مشتری جاهل به غصب باشد مطلقاً حق رجوع به غاصب را دارد و اگر عالم به غصب باشد فقط در صورتی که عین ثمن باقی باشد حق رجوع به غاصب دارد اما مرحوم شیخ انصاری فرمودند مشتری چه جاهل به غصب باشد و چه عالم به غصب و چه عین ثمن باقی باشد چه تلف شده باشد حق رجوع به غاصب را دارد.

پس در این قسمت نسبت به اصل ثمن بحث نمی‌کنیم بلکه فقط نسبت به غرامتی که مالک از مشتری در مقابل تلف کالایش دریافت می‌کند بحث می‌کنیم که آیا مشتری می‌تواند این غرامت را از غاصب مطالبه کند یا نه؟

مرحوم شیخ انصاری یک مثال برای بحث مطرح می‌کنند که آن را اینگونه توضیح می‌دهیم:

مثال: مشتری موتور که قیمتش ۲۰ میلیون تومان بوده را به ده میلیون تومان از غاصب می‌خرد، سپس این موتور دست مشتری تلف می‌شود، مالک ضمن رد بیع فضولی قیمت موتورش که بیست میلیون بوده را از مشتری می‌گیرد، آیا مشتری می‌تواند به غاصب مراجعه کند و این بیست میلیون را از او بگیرد؟ پس با دو قیمت و دو عدد کار داریم یکی ۱۰ میلیون که ثمن المسمی و مبلغ مطرح شده بین بایع غاصب و مشتری بوده است و دیگری ۲۰ میلیون که قیمت عادلانه آن موتور در بازار بوده است. (پس یک ۱۰ میلیون داریم که ثمن المسمی بوده و یک ده میلیون دیگر داریم که مربوط به زیادی قیمت است)

در این مسأله به دو قول اشاره می‌کنند:

قول اول: (مرحوم شیخ) غاصب فقط ضامن زیادی است

مرحوم شیخ انصاری دو دلیل بر این قولشان ارائه می‌دهند دلیل اول قاعده غرور و فریب خوردن مشتری است و دلیل دوم تمسک به قیاس اولویت است که بعد از نقد قول دوم بیان می‌کنند.

دلیل اول قول اول: می‌فرماید مشتری موتور را که به ۱۰ میلیون از غاصب خریده بود را تلف کرده و اگر ملک خود مشتری هم بود با تلف آن، ضرر می‌کرد پس حال که ملک دیگران دست مشتری تلف شده ضرر آن به خود تلف کننده مربوط می‌شود و ربطی به دروغ یا راست گفتن بایع غاصب ندارد، به عبارت دیگر نسبت به ۱۰ میلیون که ثمن المسمی بین مشتری و غاصب است، بایع غاصب هیچ‌کاره است و دروغی به مشتری نگفته و مشتری را فریب نداده، اما نسبت به ۱۰ میلیون زائد بر ثمن المسمی، مشتری حق رجوع به غاصب را دارد زیرا دروغ گفتن غاصب (و ادعای مالکیت بر موتور) سبب غرور و فریب مشتری شده است، لذا اگر مشتری حاضر شده این مبیع را بخرد به این جهت بوده که بایع به نصف قیمت می‌داده و مشتری قرار نبوده علاوه بر آن ثمن المسمی، ۱۰ میلیون اضافه هم بپردازد.

قول دوم: عدم ضمان غاصب مطلقاً

بعضی از فقهاء قائل شده‌اند در مسأله مذکور، تمام ۲۰ میلیون از جیب مشتری رفته و غاصب هیچ ضمانتی نسبت به غرامت مذکور ندارد. به این دلیل که مشتری هرچند موتور را به ۱۰ میلیون تومان خریده لکن این موتور ۲۰ میلیون تومان قیمت دارد پس مشتری اقدام به تعهد در مقابل موتور ۲۰ میلیون تومانی کرده است، حال که موتور تلف شده پس هیچ قسمتی از ۲۰ میلیونی که به عنوان غرامت به مالک داده است را حق ندارد از غاصب مطالبه کند زیرا مستند قاعده ضمان، قاعده اقدام است و می‌گوید هر عقدی که اقدام به انجام صحیح آن، ضمان آور است اقدام به انجام فاسد آن هم ضمان آور است لذا در ما نحن فیه چون مشتری خودش اقدام به تعهد و ضمان

در برابر موتور ۲۰ میلیون تومانی کرده اگر صحیح بود و مالک امضاء می کرد باید ۲۰ میلیون تومان به جهت تلف موتور مالک به او می پرداخت، حال که مالک بیع را رد کرده نیز باید ۲۰ میلیون به مالک بپردازد و حق رجوع به غاصب را ندارد.
نقد قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری در نقد قول دوم می فرماید:

اولاً: مستدل در قول دوم باید اقدام مشتری نسبت به هر دو بعد از غرامت پرداخت شده را ثابت کند. یعنی نشان دهد مشتری هم اقدام بر تعهد و ضمانت ۱۰ میلیون ثمن المسمی کرده است هم اقدام بر تعهد و ضمانت ۱۰ میلیون زائد کرده است. شارع به جهت رد بیع فضولی توسط مالک مشتری را ضامن و متعهد به پرداخت غرامت ۲۰ میلیون تومانی به مالک موتور می داند، اما دلیل قول دوم بر عدم رجوع مشتری به غاصب، قاعده اقدام است و تنها اقدامی که از جانب مشتری علیه خودش اتفاق افتاده اقدام به تعهد و ضمانت ثمن ۱۰ میلیون تومانی است نه ۱۰ میلیون زائد، لذا سبب پرداخت ۱۰ میلیون زائد توسط مشتری به مالک فریب کاری غاصب بوده است پس هر چند پرداخت ۱۰ میلیون زائد دلیلش اقدام مشتری به خریدن موتور به قیمت ۱۰ میلیون تومان بوده لکن مشتری هیچ اقدام مستقیمی برای تعهد و ضمانت در برابر ۱۰ میلیون زائد نداده و غاصب به جهت فریب کاری و دروغی که گفته باید ۱۰ میلیون زائد را پرداخت کند.

(پس مالک به قیمت موتورش یعنی ۲۰ میلیون رسید و ضرری نکرده است؛ مشتری جاهل از غصب هم در واقع ضرری نکرده زیرا خودش موتوری را که بابتش ۱۰ میلیون پول داده بود را تلف کرده و غیر از این ۱۰ میلیون که ناشی از سهل انگاری خودش و تلف موتور بوده ضرری متوجه او نشده، اما غاصب ۱۰ میلیون ضرر کرد زیرا باعث فریب مشتری شده بود.)

ثانیاً: چنانکه در مبحث قاعده ضمان اثبات کردیم، همچنان می گوئیم مستند قاعده ضمان، اقدام نیست بلکه حدیث علی الید ما أخذت حتی تؤدی است یعنی قبض مال دیگران لا علی وجه الإئتمان و امانت، هر چند ظاهر عبارت مرحوم شیخ طوسی و جمعی از فقهاء تمسک به قاعده اقدام بود برای اثبات ضمان لکن عباراتشان را توجیه کردیم و توضیح دادیم که هر چند ممکن است از ظاهر عباراتشان اینگونه برداشت شود که مستند ضمان، اقدام است اما در واقع مستند ضمان را حدیث علی الید می دانند.

و کیف کان فجریان ...، ص ۵۰۳، س ۱۲

دلیل دوم قول اول: قیاس اولویت

مرحوم شیخ انصاری به عنوان دلیل دوم بر ضمان غاصب نسبت به مبلغ زائد می فرماید وقتی در منافع مستوفات با تمسک به قاعده غرور ثابت کردیم مشتری جاهل حق رجوع به غاصب را دارد پس به طریق اولی قاعده غرور در ما نحن فیه دلالت می کند بر جواز رجوع مشتری به بایع غاصب زیرا در آنجا مشتری از منفعت استفاده و بهره برداری کرده بود اما اینجا موتور دست مشتری تلف شده و باز هم مشتری باید ۱۰ میلیون ثمن المسمی را به عنوان غرامت به مالک بدهد.

حالت دوم: غرامت ناشی از زیادی قیمت بر اثر ارتفاع قیمت بازار (ضمان غاصب)

مرحوم شیخ انصاری در این حالت هم می فرماید اگر مشتری جاهل به غصب بوده و موتور را بر اساس قیمت عادلانه بازار به ۱۰ میلیون خریده بود لکن بعد از آن قیمت بازار دو برابر شد و موتور هم دست مشتری تلف شد، در این صورت مشتری نه ۱۰ میلیون ثمن المسمی بلکه ۱۰ میلیون زائد بر آن را که به مالک داده می تواند از غاصب بگیرد.

به این دلیل که وقتی در حالت اول ثابت کردیم با اینکه مشتری توجه به اختلاف قیمت موتور در لحظه عقد دارد اما نسبت به مقدار زائد مغرور و فریب خورده به شمار می آید لذا غاصب ضامن زیادی ثابت و قطعی در لحظه عقد است پس به طریق اولی ارتفاع قیمتی که به هیچ وجه مشتری در لحظه عقد توجه و تعهدی نسبت به آن نداشته، فریب نسبت به آن قطعی است و به دنبال تحقق فریب و غرور، قاعده غرور می گوید بایع غاصب، ضامن است و مشتری حق دارد غرامت ۱۰ میلیون زائد را از بایع غاصب بگیرد.

پیشاپیش شهادت صدیقه طاهره، زهرای مرضیه، سیده نساء العالمین سلام الله علیها را تسلیت عرض می کنم. در پایان این جلسه نکاتی در محکومیت اهانت امام جمعه اهل سنت آزادشهر به ساحت اهل بیت علیهم السلام عرض کردم و مطالعه بلکه مباحثه کتاب المراجعات را به دوستان توصیه کردم و بر مغتنم دانستن ایام تعطیلی مناسبتی برای مطالعه در زمینه مربوطه، تأکید کردم. دوستانی که مایل هستند می توانند به پایان فایل صوتی این جلسه مراجعه بفرمایند. جلسه بعدی کلاس بر اساس تقویم آموزشی، این شاء الله سه شنبه ۳۰ آذر.

بعد تعطیلات دهه فاطمیه سلام الله علیها به روایت ۷۵ روز.

مرحوم شیخ انصاری فرمودند غرامت‌های پرداخت شده توسط مشتری به مالک مبیع یا در مقابل منافع است (مستوفاه و غیر مستوفاه) یا در مقابل عین مبیع است، غرامت در مقابل عین مبیع هم سه قسم بود: یا مربوط به کل مبیع است یا جزء مبیع یا اوصاف مبیع. حکم قسم اول گذشت که فرمودند چه زیادی قیمت در لحظه عقد باشد چه مربوط به ارتفاع قیمت سوقیه، بایع غاصب نسبت به مقدار زیاده بر ثمن المسمی در بیع فضولی، ضامن است و اگر مشتری مطالبه کرد باید به مشتری بپردازد.

قسم دوم: غرامت در برابر اجزاء تالف مبیع (غاصب ضامن است)

ممکن است نه کل مبیع بلکه یکی از اجزاء مبیع تلف شده باشد، حال اگر این جزء مبیع در بازار مثلاً ۲ میلیون تومان قیمت داشته لکن غاصب در بیع فضولی قیمت آن را یک میلیون تومان لحاظ کرده است می‌فرمایند حکم پرداخت غرامت در مقابل زیادی قیمت جزء تلف شده هم مانند قسم اول است که کل مبیع تلف شده بود. یعنی در اینجا هم دو قول خواهد بود:

قول اول: مرحوم شیخ انصاری معتقدند که بایع غاصب فقط نسبت به زیادی قیمت (یک میلیون تومان) که سبب فریب و غرور مشتری شده ضامن است نه نسبت به اصل ثمن (یک میلیون تومان) که در بیعشان نسبت به این جزء واقع شده بود.

قول دوم: بعضی هم معتقدند غاصب هیچ ضمانتی در این قسم ندارد.

قسم سوم: غرامت در برابر اوصاف تالف مبیع (غاصب ضامن است)

سومین قسم از غرامت‌های پرداخت شده در مقابل عین مبیع مربوط به اوصاف تالف (تلف شده) در مبیع است که بر دو گونه‌اند:
الف: اوصاف صحت. مثل اینکه سیلندر موتور دست مشتری بسوزد، که حکمشان مانند تلف جزء است و همان دو قول جاری است.
ب: اوصاف غیر از صحت. این اوصاف هم بر دو بخش هستند:

– اوصافی که قسمتی از ثمن در مقابل آنها لحاظ شده مانند اتومات بودن دنده، حکم این اوصاف هم مانند تلف جزء است.

– اوصافی که قسمتی از ثمن در مقابل آنها قرار نمی‌گیرد که این هم بر دو قسم است:

– باعث تفاوت قیمت می‌شود، مثل تلف چراغ مه‌شکن، حکم این اوصاف هم مانند تلف جزء است.

– باعث تفاوت قیمت نمی‌شود، مثل اندکی خُش روی صندلی موتور، در این مورد ضمان نیست.

پس اگر غرامتی که مشتری به مالک پرداخته بابت تلف اوصافی باشد که جزئی از ثمن در مقابل آنها قرار نمی‌گرفته است غاصب ضامن است و مشتری بعد از پرداخت غرامت به مالک می‌تواند آنها را از غاصب مطالبه کند زیرا مشتری اقدام بر ضمان پرداخت غرامت نسبت به این اوصاف نکرده بود که به کسی پولی به این جهت پرداخت کند لذا مغرور است و می‌تواند به بایع غارّ مراجعه کند.

ثَمَّ إِنَّ مَا ذَكَرْنَا ...، ص ۵۰۴، س ۹

مرحوم شیخ انصاری بعد از بررسی حکم اقسام مختلف غرامت پرداخت شده توسط مشتری به چند نکته اشاره می‌کنند:

نکته اول: فساد بیع غیر از جهت غصب

می‌فرمایند احکامی که بیان کردیم مربوط به صورتی بود که بیع غیر از مسأله غصب و فضولی بودن مشکل دیگری نداشته باشد، اما اگر بیع از جهت سایر شرایط از قبیل شرایط عقد، متعاقدين یا عوضین فاسد باشد در این صورت غاصب ضامن نخواهد بود زیرا منشأ پرداخت غرامت توسط مشتری تعزیر بایع و فریبکاری او نبوده است بلکه فساد بیع بوده لذا اگر بایع در ادعای مالکیت مبیع صادق هم باشد یعنی بیع فاسد بین مشتری و مالک انجام شود باز هم غرامت ثابت است و طرفین نسبت به یکدیگر ضامن‌اند.

غایة الأمر این است که اگر بایع در ادعای مالکیت صادق باشد مغرور له خود او است یعنی غرامت به خود او پرداخت می‌شود و اگر در ادعای مالکیت کاذب باشد یعنی بایع غاصب باشد در این صورت غرامت باید به مالک پرداخت شود.

پس حکم بیع فاسد مذکور، حکم اصل ثمن است که در مسأله اول گذشت.

نکته دوم: ضمان و قرار ضمان

می‌فرمایند با توضیحات قبل روشن شد که:

– اگر مالک از مشتری خسارت بگیرد، مشتری هم می‌تواند به بایع غاصب مراجعه کند و طبق تفصیل مذکور خسارت را از او بگیرد.

– اگر مالک از بایع خسارت بگیرد:

– اگر منشأ خسارت (قرار ضمان) فریبکاری بایع بوده، دیگر بایع حق ندارد به مشتری مراجعه کند و خسارت را از او بگیرد.

– اگر منشأ خسارت، فریبکاری بایع نبوده (مثل ۱۰ میلیون در مقابل ثمن المسمی که حکمش جلسه قبل توضیح داده شد) بایع بعد از پرداخت خسارت به مالک، حق دارد خصوص همان مقدار را از مشتری بگیرد.

دلیل بر جواز رجوع بایع به مشتری در صورت مذکور این است که مشتری عامل تلف مبیع و کالا بوده است لذا حداقل به اندازه ثمن المسمی (همان نصف قیمت عادلانه بازار که در معامله مطرح کرده بودند) خسارت بر عهده خود مشتری خواهد بود.
این قلت:

نسبت به این کلام اخیر مرحوم شیخ انصاری اشکالی مطرح است. مدعیای مرحوم شیخ انصاری این شد که اگر منشأ غرور و فریب، بایع نبوده وقتی مالک خسارت را از بایع مطالبه کرد، بایع هم می‌تواند خصوص آن خسارت را از مشتری مطالبه کند به این دلیل که مشتری مبیع را تلف کرده است.

مستشکل می‌گوید ید و سلطه هر کدام از بایع غاصب و مشتری، ید عدوانی، غاصبانه و بدون رضایت مالک بوده و همین عدوانی بودن ید، سبب ضمان و اشتغال ذمه آنها در برابر مالک شده، حال اگر مالک با مراجعه به بایع خسارتش را جبران کرد، مسأله ضمان و اشتغال ذمه تمام شده، دیگر به چه حقی بایع بتواند به مشتری مراجعه کند، وقتی خود بایع هم در برابر مالک ضامن بوده است به چه دلیل خسارتی که به مالک پرداخت کرده را از مشتری مطالبه کند؟ اینکه مبیع دست مشتری تلف شده هم دلیل بر جواز رجوع بایع به مشتری نخواهد بود زیرا عامل ضمان بایع، عدوانی بودن ید او است و این ارتباطی به مشتری ندارد. بله اگر مشتری عمداً مبیع را تلف کرده باشد باید خودش جبران خسارت کند چون باعث شده بایع هم دیگر نتواند عین کالا را به مالک برگرداند، اما وقتی مبیع خود بخود تلف شده بایع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت.

قلت:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید قبل جواب از اشکال، یک مقدمه در تحلیل کیفیت اشتغال ذمه دو ید عدوانی بر شیء واحد بیان می‌کنیم.

مقدمه فقهی: ضمان تخیری (علی البدل)

مرحوم شیخ انصاری خودشان این مقدمه را در حدود سه صفحه از کتاب توضیح می‌دهند. (می‌دانیم که گاهی یک شیء داریم و یک ید عدوانی و گاهی دو شیء متفاوت داریم و دو ید عدوانی مستقل نسبت به هر کدام، و گاهی یک شیء و چند ید عدوانی مستقل نسبت به همان یک شیء).

سؤال این است که "ما" در حدیث "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" به معنای شیء واحد است چگونه ممکن است دو یا چند ید عدوانی (چند اشتغال ذمه مستقل) نسبت به یک شیء تصویر نمود؟ به عبارت دیگر وقتی مالک فقط مالک یک کالای مثلاً یک میلیون تومانی است، چگونه ممکن است چند ید عدوانی، هر کدام مستقلاً ضامن برگرداندن این کالا یا در صورت تلف آن، ذمه هر کدام به پرداخت یک میلیون تومان مشغول باشند؟ در پاسخ می‌فرمایند مسأله را از دو بُعد باید بررسی کنیم:

بُعد اول: رابطه بین مالک و یدهای عدوانی

"علی الید" در حدیث مذکور به روشنی دلالت می‌کند تعهد جبران خسارت (یا همان اشتغال ذمه) بر فردی که مسلط بر مال دیگران است ثابت می‌باشد اما تحلیل چگونگی اشتغال ذمه چند نفر یا مثلاً دو نفر نسبت به یک شیء چنین است که هر کسی ید عدوانی بر مال دیگران پیدا کرد ضامن جبران خسارت است اما نه اینکه مالک مجاز باشد به همه آنها مراجعه کند و از هر کدام جداگانه خسارت مالش را بگیرد بلکه به این معنا که خسارت مالک باید جبران و تدارک شود اما به محض اینکه مالک خسارت را از یک نفر گرفت تدارک محقق شده و ضمان و اشتغال ذمه از بین می‌رود و مالک دیگر حق ندارد به سایر یدهای عدوانی مراجعه کند لِإِنَّ المتدارک لا یتدارک.

اما توضیح اینکه با پرداخت خسارت توسط یک ید عدوانی، حق مالک ساقط بشود و حق نداشته باشد به سایر یدهای عدوانی مراجعه کند این است که حق مالک تا زمانی ثابت است که عین مال او (مبدل) یا بدل مالش به او نرسد، اما به محض این که یکی از عین یا بدل به او رسید دیگر حقی نسبت به دیگران ندارد زیرا تنها حقی که مطرح بود همین عین یا بدل بود که به مالش رسید و عنوان دیگری غیر از بدلیت هم ندایم که پرداخت مجدد را واجب کند.

خلاصه کلام این که مالک آن شیء در صورتی که مالش تلف شده باشد، مالک بدل آن است بر ذمه آیدی عدوانی به صورت علی البدل یعنی مالک مجاز است به هر کدام از یدهای عدوانی که خواست مراجعه کند اما به محض اینکه بدل مالش به او واصل شد و رسید دیگر بدلیت معنا نخواهد داشت زیرا مالک حق دیگری نداشته و ندارد که مستحق بدل دوم هم باشد.

مقدمه مرحوم شیخ انصاری هنوز ادامه دارد و در جلسه بعد ضمن بیان چهار نمونه فقهی برای ضمان تخیری، تعبیری از مرحوم علامه حلی نقل می‌کنند که فهم مطلب را خیلی روان و ساده می‌کند. مرحوم علامه حلی فرموده‌اند این ضمان تخیری و علی البدل در ما نحن فیه مانند تعبیر واجب کفایی در عبادات است. توضیح مطلب خواهد آمد.

مرحوم شیخ انصاری در ادامه مقدمه‌ای که بیان فرمودند چهار نمونه فقهی برای ضمان تخییری بیان می‌کنند:

مورد اول: اهل سنت معتقدند اگر بدهکار بعد رسیدن موعد پرداخت بدهی، توان پرداخت آن را نداشته باشد و فردی ضمانت او را بر عهده بگیرد، طلبکار حق دارد به هر کدام که خواست علی‌البدل مراجعه کند. که از آن به ضمیمه شدن ذمه (ضامن) به ذمه (بدهکار) تعبیر می‌کنند. البته امامیه معتقد به نقل ذمه است نه ضم ذمه.

مورد دوم: اگر مشتری به بایع و مالکیت او بر مبیع اعتماد ندارد و می‌گوید باید فردی ضمانت شود، در این صورت دو ضمانت علی‌البدل شکل می‌گیرد و مشتری در صورت کشف عدم مالکیت بایع، به هر کدام از بایع یا ضامن که خواست می‌تواند مراجعه کند. همچنین اگر بایع به مشتری اعتماد نداشته باشد.

مورد سوم: انتقال بعضی از اعیان و اشیاء خود به خود ضمان آور ست مانند عاریه، حال اگر مالک به مستعیر (طلب کننده عاریه) اعتماد نداشته باشد و از او ضامن مطالبه کند، مُعیر (عاریه دهنده) عند التلّف، به هر کدام از ضامن و مستعیر علی‌البدل می‌تواند مراجعه کند برای جبران خسارتش.

مورد چهارم: زید موظف است برای دریافت وام دو ضامن مستقل معرفی کند، یعنی هر کدام تمام مبلغ وام را ضمانت کنند نه اینکه هر کدام نصف مبلغ را ضمانت کنند، و وام دهنده در صورت عدم وصول طلب، می‌تواند به هر کدام از ضامن‌ها که خواست مراجعه کند. این هم نمونه دیگری برای ضمان تخییری یا ضمانت علی‌البدل است.

مرحوم شهید اول (مستشهد به سال ۷۸۶ هـ ق) و استادشان مرحوم فخر المحققین (م ۷۷۱ هـ ق) هر دو از مرحوم علامه حلی (متوفی ۷۲۶ هـ ق) نقل کرده‌اند که مرحوم علامه در مجلس درسشان هیچ منعی برای تحقق دو ضمانت مستقل نسبت به یک مال نمی‌دیدند و چنین تعبیر فرمودند که واجب علی‌البدل در ابواب عبادات همان واجب کفائی است و در ابواب معاملات همین ضمانت تخییری و علی‌البدل است که اشتغال ذمه و وجوب تدارک خسارت بر یدهای عدوانی (غاصب از غاصب) باشد.

بُعد دوم: رابطه بین یدهای عدوانی

وقتی مالک به یکی از بایع غاصب یا مشتری (به یکی از یدهای عدوانی) مراجعه کرد و خسارتش را از او گرفت دیگر نه مالک حق مراجعه به سایر یدهای عدوانی دارد و نه سایر یدهای عدوانی نسبت به او اشتغال ذمه دارند. اما تکلیف یدهای عدوانی چه می‌شود، آیا یک ید عدوانی برای جبران خسارتی که به مالک داده است می‌تواند به سایر یدهای عدوانی مراجعه کند؟ می‌فرمایند اگر فرض کنیم دو ید عدوانی باشد که یکی غصب یکی مقدم و سابق بر دیگری باشد دو حالت دارد:

حالت اول: مالک به ید عدوانی لاحق (مشتری در مثال ما) مراجعه کرد و خسارت را از او گرفت:

- اگر عامل غرور و فریب لاحق (مشتری) فرد سابق (بایع غاصب) باشد لاحق می‌تواند به سابق مراجعه کند.

- اگر عامل غرور لاحق، فرد سابق نباشد، لاحق نمی‌تواند به او مراجعه کند.

حالت دوم: مالک به ید عدوانی سابق (بایع غاصب) مراجعه کرد و خسارت را از او گرفت:

- اگر سابق عامل غرور و فریب لاحق بود در این صورت روشن است که سابق حق مراجعه به لاحق ندارد زیرا اگر مالک به لاحق (مشتری) مراجعه می‌کرد هم مشتری می‌توانست به سابق (بایع غاصب) مراجعه کند برای دریافت غرامت، پس حال که مالک مستقیم سراغ سابق رفته دیگر معنا ندارد سابق به لاحق مراجعه کند. در محل بحث ما این حالت منطبق بر ۱۰ میلیون تومان زائد بر ثمن المسمی در بیع فضولی است که اگر مالک آن را از بایع غاصب (سابق) گرفت، او حق رجوع به مشتری (لاحق) را ندارد.

- اگر سابق عامل غرور و فریب لاحق نبود (مثل ۱۰ میلیون تومان اصل ثمن المسمی در محل بحث که دو جلسه قبل تبیین شد) مقصود مستشکل از اشکال این حالت اخیر است که ما گفتیم بایع حق رجوع به مشتری را دارد به دلیل تلف مبیع دست مشتری و مستشکل گفت چنین حقی ندارد.

با توجه به مقدمه مذکور در کلام مرحوم شیخ انصاری و اینکه محل اشکال مستشکل را در عبارت پایانی مقدمه معین فرمودند، در پاسخ از این قلت می‌فرمایند دو جواب مطرح است، جواب اول از خودشان است و جواب دوم از مرحوم صاحب جواهر که آن را نقد می‌کنند.

جواب اول: از مرحوم شیخ انصاری

اما تبیین دلیل جواز رجوع بایع غاصب به مشتری برای دریافت خسارت ۱۰ میلیون تومان (ثمن المسمی نه ۱۰ میلیون زائد بر آن).

اشتغال ذمه‌ای که در ما نحن فیه تصویر می‌شود یک خط سیر مشخصی دارد بر این اساس که:

- بایع غاصب با سلطه و ید بر موتور مالک ذمه‌اش (بالفعل) مشغول شد به أداء عین (مُبدل) و در صورت تلف عین، أداء بدل به مالک.

- سپس مالی که ضمانت عین و بدلیش بر عهده بایع بود در ید و تحت سلطه مشتری قرار گرفت و ذمه مشتری (بالفعل) مشغول شد به أداء عین و در صورت تلف عین، أداء بدل آن به مالک (بدل بر عهده بایع بود و بدل بدل، به ذمه مشتری تعلق می‌گیرد.) (در این مرحله ذمه بایع بالقوه مشغول به أداء بدل به مالک است و ذمه مشتری بالفعل مشغول به أداء بدل بدل، به مالک است)

- دو ضمان و اشتغال ذمه مذکور نسبت به عین و بدل بر ذمه بایع و مشتری هر کدام مستقل و علی البدل (ضمان تخییری) است یعنی مالک به هر کدام بخواهد می‌تواند مراجعه کند برای دریافت عین و در صورت تلف عین دریافت بدل.

- اینکه عین (مُبدل) به مشتری منتقل شده معنایش این نیست که مشتری فقط ضامن عین (مُبدل) باشد نه بدل بلکه به محض انتقال عین به مشتری او ضامن عین و در صورت تلف، ضامن بدل بدل شده است (بایع ضامن بدل و مشتری ضامن بدل است).

حال در محل بحث ما که مشتری موتور ۲۰ میلیون تومانی را به ۱۰ میلیون تومان خریده و موتور هم دست مشتری تلف شده، و مالک خسارت (۲۰ میلیون تومان) را از بایع گرفته ادعا می‌کنیم بایع می‌تواند ۱۰ میلیون تومان قیمت موتور در بیع مذکور را از مشتری بگیرد به این دلیل که:

(فما یدفعه الثانی) غرامت (۱۰ میلیون تومانی) که مشتری به بایع داده بدل از بدلی است که بر عهده بایع بود، (تدارک تدارکی است که بر عهده بایع بود) یعنی بایع خسارت مالک را جبران کرد و خودش متحمل خسارت شد و مشتری هم باید خسارت بایع را جبران کند زیرا موتور دست مشتری تلف شده است.

(بخلاف ما یدفعه الأول) اما آنچه را که بایع به مالک داده است تدارک و جبران خسارت عین موتور است که دست مشتری تلف شده لذا بایع حق دارد به مشتری مراجعه کند، زیرا بین بایع و مالک دیگر فردی نیست که بگوییم بایع هم بدل بدل را داده است، خیر، بایع بدل عینی را داده که مشتری تلف کرده لذا مشتری هم موظف است بدل بدل را به بایع بدهد.

(فإن أذاه الی المالك) شاهد مدعای ما این است که اگر مشتری بدل بدل را به مالک داده بود دیگر نیاز به پرداخت خسارت ۱۰ میلیون تومان از جانب بایع نبود. (چون تلف دست بایع اتفاق نیافتاده)

(لا يجوز دفعه إلى الأول) البته به این نکته هم توجه شود تا زمانی که بایع خسارت به مالک نداده لازم نیست که مشتری چیزی به بایع پرداخت کند، زیرا ۱۰ میلیون تومانی که مشتری باید به بایع پرداخت کند به جهت تدارک و جبران خسارت وارده بر بایع از طرف مشتری است و تا زمانی که بایع ۱۰ میلیون را به مالک نپرداخته، متحمل خسارت نشده که مشتری آن را جبران و تدارک کند. پس تا زمانی که تدارک توسط بایع حاصل نشده مشتری اشتغال ذمه به جبران خسارت بایع ندارد. (اشتغال ذمه به تدارک تدارک ندارد)

۱۰ میلیون تومانی که بنا است مشتری به بایع بدهد از قبیل عوض ذمه بایع نیست که چون بایع موتور را به مشتری داده و موتور دست مشتری تلف شده پس باید مشتری به عوض اشتغال ذمه بایع در مقابل مالک ۱۰ میلیون به بایع بدهد، خیر، آنچه بنا است مشتری بپردازد صرفاً تدارک و جبران خسارت است، و این هم در صورتی است که مالک، ۲۰ میلیون (۱۰ میلیون که ثمن المسمی در بیع فضولی بوده و ۱۰ میلیون هم زائد بر آن که مجموعاً مساوی با قیمت عادلانه بازار می‌شدند) را از بایع گرفته باشد.

پس رابطه بین بایع و مشتری مثل رابطه بین ضامن و مضمون عنه است از این جهت که وقتی زید ضامن می‌شود که عمرو وام بگیرد، زمانی زید می‌تواند به عمرو مراجعه کند و مبلغ ضمانت را از عمرو بگیرد که زید مبلغ وام را به بانک پرداخته باشد و الا اگر زید ضامن چیزی به بانک نپرداخته که معنا ندارد مبلغ ضمانت را از عمرو بگیرد.

خلاصه و نتیجه مطلب: مشتری که مال دست او تلف شده در مقابل دو نفر علی البدل ضامن است یکی مالک و دیگری بایع غاصب که قبل از مشتری سلطه و ید بر مال پیدا کرده بود. پس تلف موتور دست مشتری سبب می‌شود:

- یا مستقیماً بدل را به مالک بدهد. (در صورتی که مالک به مشتری مراجعه کند)

- یا بدل بدل را به بایع بدهد. (در صورتی که مالک به بایع مراجعه کرده و بدل را از بایع گرفته است)

این بحث مصداقی است برای ضمان و اشتغال ذمه یک نفر به دو شیء (مُبدل و بدل) نسبت به دو نفر (مالک و بایع) علی البدل چنانکه عکس این نوع ضمانت در آیادی متعدده متعاقبه هم مطرح است که ذمه چند شخص علی البدل مشغول است به یک شیء که ملک یک نفر بوده و مالک می‌تواند به هر کدام که خواست مراجعه کند.

کلام در این بود که اگر قیمت مطرح شده در بیع باغ غاصب با مشتری کمتر از قیمت واقعی بود، مثلاً موتور ۲۰ میلیونی را به ۱۰ میلیون معامله کرده بودند، سپس موتور دست مشتری تلف شد و مالک خسارت و قیمت موتور (۲۰ میلیون تومان) را از باغ گرفت، باغ حق دارد نسبت به ۱۰ میلیون که ثمن المسمی بوده به مشتری مراجعه کند و از او بگیرد. مستشکل اشکالی مطرح کرد که وقتی مالک به باغ مراجعه کرد و خسارت گرفت دیگر مسأله ضمان و اشتغال ذمه به پایان رسیده و دلیلی ندارد باغ به مشتری مراجعه کند.

مرحوم شیخ انصاری در مقام جواب فرمودند با یک ضمان تخییری و علی البدل مواجهیم به این معنا که مالک حق دارد به هر کدام از باغ یا مشتری مراجعه کند لکن اگر مالک به باغ مراجعه کرد و ۲۰ میلیون تومان را گرفت، تحقق غرور و تحقق تلف را بررسی می‌کنیم، لذا گفتیم مشتری ضامن ۱۰ میلیون ثمن المسمی موتور تلف شده است چون باغ از این جهت غارّ نبوده و باغ هم ضامن ۱۰ میلیون زائد بر ثمن المسمی است که غارّ بوده پس بعد رجوع مالک به باغ، باغ می‌تواند ۱۰ میلیون ثمن المسمی را از مشتری بگیرد.

جواب دوم: از مرحوم صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر در رابطه با این مدعا که اگر مالک برای دریافت خسارت به باغ مراجعه کرد، باغی که مبیع دست او تلف نشده می‌تواند به مشتری که مبیع دست او تلف شده مراجعه کند می‌فرماید ما ضمان تخییری را مشروع نمی‌دانیم و بدون تصویر ضمان تخییری ثابت می‌کنیم باغ حق رجوع به مشتری دارد. مرحوم صاحب جواهر دو مدعا دارند:

مدعای یکم: (در انتهای عبارتشان می‌فرمایند) نسبت به شیء واحد، فقط یک ضمان قابل تحقق است، و دلیلی نداریم چند نفر نسبت به یک مال اشتغال ذمه پیدا کنند. (دلیلی بر مشروعیت ضمان تخییری نداریم)

مدعای دوم: در ما نحن فیه دو حکم داریم یکی تکلیفی (به تعبیر صاحب جواهر، شرعی) و یکی وضعی (به تعبیر ایشان، ذمی):

– حدیث "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" یک حکم تکلیفی (یا شرعی) و وجوب أداء (بدل) می‌آورد که هم شامل باغ می‌شود هم مشتری. – "من ألتف مال الغیر فهو له ضامن" یک حکم وضعی (یا ذمی) ضمان می‌آورد فقط برای کسی که مال دیگری را تلف کرده یعنی مشتری. نتیجه: باغ فقط یک حکم تکلیفی و وجوب أداء دارد اما مشتری هم حکم تکلیفی و وجوب أداء و هم حکم وضعی ضمان دارد.

بر همین اساس مالک هم می‌تواند مشتری را الزام به أداء بدل کند، هم می‌تواند باغ را الزام به أداء بدل نماید، حال:

– اگر مالک به مشتری مراجعه کند، با أداء بدل توسط مشتری حکم تکلیفی أداء بدل امتثال شده و دیگر نه مشتری و وجوب أداء بدل دارد نه باغ. حکم وضعی هم امتثال شده و دیگر مشتری ضامن نیست. (نسبت به ۱۰ میلیون ثمن المسمی)

– اگر مالک به باغ مراجعه کند، با أداء بدل توسط باغ، حکم تکلیفی أداء بدل امتثال شده و دیگر نه مشتری و وجوب أداء بدل دارد نه باغ اما حکم وضعی ضمان مشتری همچنان باقی است. این مراجعه مالک به باغ سبب شکل‌گیری یک معاوضه شرعیّه قهریه بین مشتری و باغ می‌شود به این بیان که مراجعه مالک به باغ سبب می‌شود باغ مجبور باشد وظیفه ذمی و حکم وضعی مشتری را انجام دهد و بدل را به مالک بپردازد لذا خود بخود باغ، مالک بدل در مال مشتری می‌شود. به عبارت دیگر بدون اختیار باغ و مشتری بین آن دو یک معاوضه قهری محقق می‌شود که باغ بدل را از طرف مشتری داده است و مشتری هم باید در مقابل، به باغ بدل را بدهد و خسارت باغ را جبران نماید. (باغ بدل را به مالک داده و مشتری بدل را به باغ می‌دهد که همان ۱۰ میلیون ثمن المسمی باشد) *

نقد جواب دوم:

مرحوم شیخ انصاری شش جواب یا به عبارتی شش اشکال به کلام مرحوم صاحب جواهر دارند:

اشکال اول: (لا وجه للفرق) احکام وضعی تابع احکام تکلیفی هستند یعنی محتوای خطابات شارع صرفاً حکم تکلیفی است که ما از آنها حکم وضعی را استخراج می‌کنیم، و در خطاب "علی الید ما أخذت حتی تؤدی" فقط یک حکم تکلیفی است که از آن حکم وضعی ضمان را هم به دست می‌آوریم لذا "علی الید" علی السوئیه هم شامل باغ می‌شود هم مشتری و هر دو محکوم به حکم تکلیفی و وضعی هستند.

اشکال دوم: (مع کون دلالة) دلیل بر قاعده ضمان فقط حدیث علی الید است لذا اینکه بگویید این روایت دلالت می‌کند حکم تکلیفی و جوب أداء در این روایت شامل بایع و مشتری است اما حکم وضعی مستفاد از این روایت فقط شامل مشتری می‌شود استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد است. (نسبت به مشتری در معنای تکلیفی و وضعی بکار رفته باشد و نسبت به بایع فقط در معنای تکلیفی)

اشکال سوم: (مع أنه لا یکاد) متوجه نمی‌شویم چرا مرحوم صاحب جواهر بین حکم تکلیفی و وضعی نسبت به بایع و مشتری تفاوت قائل شده‌اند در حالی که حدیث "علی الید" شامل هر دو می‌شود و اینکه تلف در دست مشتری محقق شده باعث نمی‌شود ضمان از بایع به مشتری منتقل شود بلکه باعث می‌شود ضمان عین به ذمه تبدیل شود چه ذمه بایع چه ذمه مشتری.

اشکال چهارم: اینکه فرمودند فقط فرد لاحق ضامن است بر خلاف اجماع فقهاء است چرا که فقها بالاتفاق معتقدند تفاوتی بین سابق و لاحق در ضمان نیست و مادامی که یکی از ضامنین أداء دین نکرده یا مالک ذمه آنان را ابراء نکرده همه آنها ضامن‌اند.

بنابراین تمام احکام ضمان در ما نحن فیه نسبت به سابق و لاحق جاری است از قبیل:

- اگر مدیون و ضامن، دینش را أداء نکند حاکم شرع او را مجبور به پرداخت می‌کند.

- اگر اجبار حاکم اثر نداشت، از اموال او بر می‌دارد و به طلبکار واگذار می‌کند.

- اگر مدیون از دنیا رفت، مقدار دین باید از اصل ترکه او (قبل از تقسیم بین ورثه) برداشته شود.

- اگر ترکه مدیون کمتر از دینش بود، باید بین غرماء به نسبت تقسیم شود.

- طلبکار حق دارد بر ذمه مدیون در مقابل دریافت کالایی از شخص ثالث مصالحه کند.

اشکال پنجم: معاوضات قهریه در فقه موارد مشخصی دارد و این مورد از آنها نیست. لذا باید بگوییم به مجردی که بایع بدل را به مالک داد دیگر ارتباط مالک با بایع و مشتری قطع می‌شود زیرا تدارک و جبران حق مالک محقق شده به عبارت دیگر این بایع و مشتری هستند که نسبت به مالک وظیفه دارند لذا به محض انجام وظیفه، دیگر دلیلی برای تأثیر فعل مالک در تحقق معاوضه قهریه وجود ندارد.

اشکال ششم: اگر فرض کنیم ید های متعددی بر مال مالک واقع شده مثلا بعد از بایع چهار نفر دیگر هم ید و سلطه بر مال مالک پیدا کرده‌اند و مبیع دست نفر چهارم تلف شده، طبق مبنای صاحب جواهر باید بگوییم اگر مالک از بایع غاصب (سابق) خسارت را گرفت، بایع سابق حق ندارد به فرد لاحق بعد از خود مراجعه کند بلکه باید به آخرین فرد لاحق که نفر چهارم در مثال است مراجعه کند در حالی که به اتفاق فقهاء بایع حق دارد به فرد اول بعد از خود مراجعه کند و فرد اول هم مجاز است به فرد دوم مراجعه کند و هكذا تا برسد به فردی که مبیع دست او تلف شده است.

هذا کله إذا تلف ...، ص ۵۱۱، س ۲

نکته سوم: استرداد عین مال در صورت بقاء

تا اینجا حکم تلف مبیع نزد مشتری و حکم بقاء مبیع تبیین شد که در اولی أداء بدل و در دومی رد عین مبیع واجب است. در اینجا به چند فرع فقهی در رابطه با استرداد عین مبیع اشاره می‌کنند:

فرع اول: مادامی که عین مبیع باقی است مالک حق دارد عین مالش را مطالبه کند چه از کسی که کالایش دست او است چه از کسانی که در این بیع یا بیع‌های فضولی بر مال مالک ید و سلطه پیدا کرده‌اند، حال اگر مالک به بایع غاصب مراجعه کرد و عین کالایش را از او مطالبه کرد بایع باید کالا را از مشتری بگیرد و به مالک تحویل دهد و اگر مشتری از بازگرداندن کالا امتناع ورزید، مالک می‌تواند از بایع بدل حلیوله و موقت بگیرد و اگر دسترسی مالک به کالایش مقدور شد می‌تواند بدل حلیوله را به بایع مسترد کند و کالایش را بگیرد.

تحقیق:

* بیان مرحوم خوئی از کلام مرحوم صاحب جواهر و نکات ایشان نسبت به اشکالات مرحوم شیخ انصاری را در **مصباح الفقاهة**، ج ۴، ص ۳۸۱ مطالعه کنید. همچنین بیان مرحوم کمپانی در **حاشیة المکاسب**، ج ۲، ص ۳۲۲ را مراجعه کنید.

مرحوم سید صاحب عروه به بیانات مرحوم شیخ انصاری اشکال دارند که مراجعه کنید به **حاشیة المکاسب**، ج ۱، ص ۱۸۵.

فرع دوم:

صرف اینکه مالک می‌تواند برای دریافت کالایش مستقیماً به مشتری مراجعه کند دلیل نمی‌شود که حق مراجعه به بایع نداشته باشد بلکه همچنان حق مراجعه به بایع دارد و بایع غاصب موظف است کالا را از مشتری گرفته و به مالک منتقل کند هرچند برای بایع هزینه داشته باشد. بلکه اگر با وجود توانایی بایع در برگرداندن مبیع، مالک خودش مستقیماً بخواهد از مشتری بگیرد نمی‌تواند هزینه‌های آن مثل سفر به شهر محل سکونت مشتری را از بایع غاصب بگیرد.

فرع سوم:

اگر بایع توانایی ندارد مبیع را از مشتری پس بگیرد، اما مالک قدرت و توانایی پس گرفتن مبیع از مشتری را دارد آیا می‌تواند هزینه استرداد را از بایع غاصب مطالبه کند؟ سه احتمال است:

یکم: بله از باب مقدمه واجب، واجب است زیرا با مطالبه مالک، برگرداندن مبیع بر غاصب واجب است و این هزینه مقدمه واجب است.

دوم: خیر، زیرا وظیفه بایع در صورت مذکور، واگذار کردن بدل حیلوله است نه پرداخت هزینه‌های برگرداندن مبیع.

سوم: بایع فقط به اندازه اجرت متعارف موظف است بپردازد نه بیشتر از آن.

– اگر عین مبیع باقی است لکن تغییراتی (به زیاده یا نقیصه) در آن ایجاد شده هم احکامی دارد که محل بحث از آنها در کتاب الغصب است چنانکه بعض نکات مذکور هم مناسبت کتاب الغصب بود.

وَقَفْنَا لِلَّهِ لَمَّا يَرْضِيهِ عَنَّا مِنَ الْعِلْمِ وَالْعَمَلِ إِنَّهُ غَفَّارُ الزَّلَّلِ

هذا تمام الكلام فى القول فى الإجازة و الرد.

اولین جلسه امسال تذکر داده شد که مرحوم شیخ انصاری در کتاب البیع شش مطلب و مبحث را مورد بررسی قرار می‌دهند، که عناوین آنها عبارت بودند از:

۱. تعریف بیع. ۲. معاواة. ۳. الکلام فى عقد البیع. ۴. شروط المتعاقدين ۵. شرائط العوضين. ۶. بیان سه مسأله. خاتمة: فى آداب التجارة.

در شروط متعاقدين پنج شرط را مطرح فرمودند: بلوغ، عقل، اخیار، اذن السید لو كان العاقد عبداً و مالکیت یا اذن از طرف مالک. ذیل

شرط پنجم وارد بحث بیع فضولی شدند و گفتیم در رابطه با بیع فضولی شش مطلب مفصل را بررسی می‌کنند:

مطلب اول: تبیین شرط پنجم و اقوال فقهاء در عقد و ایقاع واقع شده توسط فضولی.

مطلب دوم: تعریف و مصادیق فضول.

مطلب سوم: بیان صور بیع فضولی در سه مسأله.

مطلب چهارم: بیان دو امر.

مطلب پنجم: القول فى الإجازة و الرد.

مطلب ششم: بیان هشت مسأله ذیل بیع فضولی از جمله در باب ولایت (أب، جد، فقیه، عدول مؤمنین) و بیع مصحف.

از ابتدای امسال وارد مطلب پنجم شدیم با عنوان "القول فى الإجازة و الرد" و این بحث هم به اتمام رسید لذا وارد ششمین و آخرین

مطلب ذیل بحث عقد فضولی و ذیل شرائط متعاقدين می‌شویم.

مطلب ششم: سه مسأله ذیل بیع فضولی

چنانکه در اولین جلسه امسال تحصیلی اشاره شد مرحوم شیخ انصاری ذیل شرط پنجم از شرائط متعاقدين (مالکیت یا اذن از طرف مالک)

هفت مطلب بیان می‌کنند که شش مطلب مربوط به بحث از بیع فضولی است.

بعد بیان احکام اجازه و رد، در ششمین مطلب به عنوان متمیم بحث بیع فضولی، سه مسأله مطرح می‌فرمایند.

عناوین این سه مسأله از این قرار است:

مسأله یکم: بیع مملوک به ضمیمه غیر مملوک توسط فضول

مسأله دوم: بیع نصف دار در مالکیت مشاع

مسأله سوم: بیع ما یُملک و ما لا یُملک

چنانکه روشن است هر سه مسأله یک وجه مشترک دارند که مرحوم شیخ انصاری اینها را در کنار یکدیگر ذکر می‌کنند، وجه مشترک این است که بایع مالک تمام مبیع نیست لکن در مسأله اول ملک خودش را با ضمیمه به ملک دیگران می‌فروشد در مسأله دوم نصف خانه‌ای را که به نحو مشاع مالک است می‌فروشد (و خودش هم نمی‌داند چه قصدی داشته، آیا قصد فروش نیمه ملک خودش را داشته یا نیمه کل خانه را) و در مسأله سوم چیزی را که قابلیت تملک (مالک شدن) ندارد را با شیءای که قابلیت تملک دارد می‌فروشد.

این سه مسأله را به تفصیل بررسی می‌فرمایند:

مسأله اول: بیع مملوک و غیر مملوک توسط فضول

اگر فضول کالایی که ملک خودش هست (مملوک) را با کالایی که ملک دیگری است (غیر مملوک) با هم در یک بیع به مشتری بفروشد چه حکمی دارد؟ روشن است که این بیع فقط نسبت به کالای دیگران فضولی به شمار می‌آید. در این مسأله چند نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: حکم این بیع (صحت)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید طبق هر دو قول در رابطه با بیع فضولی سؤال را پاسخ می‌دهیم.

– طبق نظر قائلین به بطلان عقد فضولی می‌گوییم این بیع نسبت به مملوک صحیح است اما نسبت به غیر مملوک که فضولی به شمار می‌آید باطل است. البته چنین حکمی نمونه فقهی هم دارد که بیع گوسفند و خنزیر باشد که فقهاء می‌فرمایند اگر مبیعی که از نظر شارع مالیت دارد و قابل تملک و مالک شدن است مانند گوسفند، به ضمیمه مبیعی که از نظر شارع مالیت ندارد و قابل تملک و مالک شدن نیست مانند خنزیر یا خمر است را در یک بیع به مشتری بفروشد، بیع نسبت به گوسفند صحیح و نسبت به خنزیر باطل است.

مستند صحت اصل بیع محل بحث حتی طبق قائلین به بطلان بیع فضولی دو دلیل است:

دلیل یکم: اجماع.

دلیل دوم: صحیحه صفّار که در أدله قائلین به بطلان بیع فضولی در گذشته بررسی شد.

در این صحیحه، صفّار در مکاتبه‌ای که با امام حسن عسکری علیه السلام داشت در قسمتی از جواب حضرت اینگونه مکتوب فرموده بودند که بیع نسبت به آنچه مالک نیست باطل است و نسبت به آنچه ملک خودش بوده صحیح و لازم است.

طبق این دو دلیل مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابوالمکارم بن زهره، مرحوم ابن ادریس و دیگران چنین فتوایی داده‌اند و البته اگر این دو دلیل نبود علی القاعده می‌توانستیم به اصل صحت بیع مذکور اشکال کنیم که در پانزده صفحه بعد تحت عنوان "بیع ما یُملک و ما لا یُملک" توضیح خواهیم داد که در این بیع محل بحث ما قُصد (وقوع بیع هر دو کالا) لم یقع و ما وقع (بیع یک کالا) لم یُقصد.

– طبق نظر قائلین به صحت عقد فضولی اصل این بیع کاملاً صحیح است و نسبت به غیر مملوک متوقف بر اجازه مالک است. اگر مالک اجازه داد بیع نسبت به هر دو جزئش صحیح است و اگر مالک ردّ کرد بیع فقط نسبت به مملوک صحیح خواهد بود و باید کالای مالک را به او بازگرداند. نمونه فقهی این بحث هم جایی است که گمان می‌کند کل مبیع ملک خودش است و بعد بیع متوجه می‌شود قسمتی از مبیع را مالک نبوده است، اینجا هم فقهاء می‌فرمایند نسبت به غیر مملوک اگر مالک اجازه کند کل بیع صحیح خواهد بود.

نهایتاً برای جبران خسارت، خیار مطرح خواهد بود که نسبت به ثبوت خیار هم:

– خیار تبعض صفقه برای مشتری در صورت جهل به غصب، به اجماع فقهاء ثابت است.

– خیار تبعض صفقه برای بایع را مرحوم شیخ طوسی ثابت می‌دانند و مرحوم ابن زهره نفی می‌کنند. البته ممکن است در جمع بین این دو قول بگوییم مقصود مرحوم شیخ طوسی از ثبوت خیار برای بایع نسبت به زمانی است که بایع یا مدعی جهل به عدم مالکیت است یا مدعی اذن از طرف مالک است و مقصود مرحوم ابن زهره از عدم ثبوت خیار برای بایع صورتی است که بایع عالم به غصب باشد پس اختلافی نسبت نسبت به خیار تبعض صفقه برای بایع نیست و هر دو فقیه فتوایشان مشابه است.

نکته دوم: بطلان بیع در صورت لزوم منع شرعی از رد مالک

اگر مالک بیع را اجازه کند که بحثی نیست اما اگر مالک بیع نسبت به مال خودش را رد کرد، صحت بیع نسبت به مال فضولی مقید است به جایی که از رد مالک ممنوعیت شرعی لازم نیاید. دو مثال برای این ممنوعیت بیان می‌کنند:

مثال اول: ممنوعیت از جانب لزوم ربا. فضول ده کیلو گندم خودش را با ده کیلو جو دیگری به مشتری فروخته است به دوازده کیلو گندم و دوازده کیلو جو. اگر مالک جو معامله را امضاء کند می‌توان گفت گندم با جو معامله شده لذا همجنس نیستند و ربای معاوضی وجود ندارد، اما اگر مالک جو، معامله را رد کند و جو از گردونه معامله خارج شود، صورت معامله چنین خواهد شد که ده کیلو گندم با دوازده کیلو گندم معامله و این هم ربای معاوضی در همجنس و باطل است. لذا اصل بیع باطل خواهد بود.

مثال دوم: در مکاسب، ج ۴، ص ۱۹۵ در مسأله "لا يجوز بيع الأبق منفرداً" و در ج ۴، ص ۲۰۱ در مسأله "يجوز بيع الأبق مع الضميمة" (در فقه ۵ خواهید خواند که ... بیع عبد أبق (فراری) منفرداً باطل و مع الضميمة صحیح است. حال اگر فضول عبد أبق خودش را با ضمیمه اسب فرد دیگر بفروشد، سپس مال کاسب بیع را رد کند، اصل بیع باطل خواهد بود زیرا بعد از رد بیع نسبت به اسب، باقی می‌ماند بیع عبد أبق منفرداً و چنین بیعی هم باطل است.

نکته سوم: شیوه محاسبه سهام‌ها در ثمن

تا اینجا گفتیم اصل بیع مذکور صحیح است حال:

– اگر مالک بیع مالش را اجازه داد طبیعتاً فضول باید ثمن را به دو سهم تقسیم کند یکی سهم فضول و دیگری سهم مالک

– اگر مالک بیع را نسبت به مالش رد کند و بایع ثمن را از مشتری گرفته باشد باز هم نیاز است به محاسبه سهم بایع فضول در ثمن که ما بقی را به مشتری برگرداند.

سؤال این است که شیوه محاسبه سهمین به چه صورت است؟

مرحوم شیخ انصاری شیوه محاسبه سهام را در دو بخش بررسی می‌کنند: ۱. در قیمتات. ۲. در مثلثات.

بخش اول: شیوه محاسبه سهام در قیمتات

سه طریقه را برای محاسبه سهام در قیمتات بررسی می‌فرمایند:

طریق اول:

اولین طریق که مختار مرحوم شیخ انصاری هم هست به این صورت است که ابتدا قیمت کارشناسی و عادلانه هر کدام از دو کالا را به دست می‌آورند، سپس نسبت بین هر کدام از این دو قیمت را به مجموعشان می‌سنجند و بر اساس همین نسبت سهم‌ها از ثمن المسمی تفکیک می‌شوند.

مثال یکم: فضول دوچرخه خودش را با موتور فرد دیگر به مشتری فروخته است. قیمت عادلانه دوچرخه در بازار ۵ میلیون و قیمت عادلانه موتور در بازار ۱۰ میلیون تومان است که مجموعشان ۱۵ میلیون تومان است، نسبت ۵ میلیون به ۱۵ میلیون نسبت یک سوم است و نسبت ۱۰ میلیون به ۱۵ میلیون نسبت دو سوم است.

پس سهم فضول از ثمن المسمایی که در معامله مطرح کرده بود یک سوم خواهد بود.

مثال دوم: مثالی هم از مرحوم ابن ادریس نقل می‌کنند که مورد قبول مرحوم شیخ انصاری است.

قبل از بیان آن یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: اشاره به بعض واحدهای اندازه‌گیری

مقیاس‌های اندازه‌گیری متعدد است از قبیل مقیاس‌های مربوط به سطح (مساحت)، وزن، کیل، حجم، زمان، دما، فشار، سرعت، انرژی و ... به چند مورد به اختصار اشاره می‌کنیم:

چند مقیاس برای کیل:

صاع (حدود ۳ کیلوگرم)، مُدّ (در زمان پیامبر حدود ۷۰۰ گرم بوده)، قفیز (حدود ۴۲ کیلو).

چند مقیاس برای طول:

ذراع (حدود ۴۲ سانتیمتر)، میل (حدود ۱/۸ کیلومتر)، فرسخ (حدود ۵ کیلومتر).

چند مقیاس برای سطح:

جریب (حدود ۱۱۶۲ مترمربع)، قفیز (غیر از مقیاس کیل است، حدود ۱۱۶ مترمربع).

چند مقیاس برای جرم و وزن:

پرکاربردترین مقیاس برای اندازه‌گیری وزن، اصطلاح "کیلوگرم" است که معادل هزار گرم می‌باشد و هر چه شیء گرانبهاتر باشد از مقیاس‌های جزئی و کوچکتر استفاده می‌شود:

بزرگترین واحد اندازه‌گیری سنتی ایران "خروار" بوده که معادل ۳۰۰ کیلوگرم است. (من تبریز سه کیلو گرم است)

هر یک کیلوگرم معادل حدودا ۳۵ اونس و یا اندکی بیش از ۲ پوند است.

هر سیر معادل ۷۵ گرم و هر مثقال صیرفی معادل ۴ و نیم گرم و هر مثقال شرعی معادل ۳ و نیم گرم است.

هر سوت معادل یک میلی گرم (یک هزارم گرم) و هر ۱ گرم معادل هزار سوت است.

هر قیراط معادل ۲۰۰ سوت یعنی یک پنجم گرم است. پس هر گرم معادل پنج قیراط است. *

مثال مرحوم ابن ادریس این است که فضول دو کالای مملوک و غیر مملوک را سه دینار به مشتری فروخته است.

کارشناس، ملک فضول را یک قیراط و ملک فرد دیگر را دو قیراط قیمت‌گذاری می‌کند و بر اساس نسبت سنجی بین هر یک از دو قیمت با مجموع آنها سهم فضول یک سوم و سهم مالک دو سوم خواهد بود که لذا از سه دیناری که ثمن المسمی بوده یک دینار ملک فضول است و اگر مالک بیع را رد کرده دو دینار باید به مشتری داده شود و کالای مالک برگردانده شود و اگر مالک بیع را امضاء کرده دو دینار به مالک داده می‌شود.

تحقیق

* معرفی چند منبع در زمینه مطالعات مربوط به مقایس:

کتاب "الأوزان و المقادیر" از ابراهیم سلیمان البیاضی از علماء شیعه.

مقاله "بحث فی تحویل الموازين و المکابیل الشرعیة إلى المقادیر المعاصرة" از عبدالله بن سلیمان در مجله البحوث الإسلامية شماره ۵۹ از اهل سنت.

مقاله "بررسی واحدهای سنجش وزن، کیل، طول و سطح در تاریخ اقتصادی مسلمانان" از آقای زرا نژاد در مجله اقتصاد اسلامی شماره ۱۵.

در کتب فقهی عموماً در کتاب الزکاة مبحث نصاب زکات غلات به مقیاس‌های کیل و وزن اشاره شده است.

برای تبدیل سریع و آسان مقیاس‌های مختلف به یکدیگر سایتهای مختلفی وجود دارد که می‌توانید مراجعه کنید.

کلام در بررسی طریقه تفکیک سهام در بیع فضولی (مملوک و غیر مملوک) بین بایع فضول و فرد دیگر بود. نسبت به قیمیات طریقه صحیح از نظر مرحوم شیخ انصاری در جلسه قبل توضیح داده شد.

مرحوم علامه حلی در کتاب إرشاد الأذهان إلی احکام الإیمان کیفیت تفکیک سهام را در عبارت کوتاهی چنین بیان می‌فرماید: "یقسط المسمی علی القیمتین".

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مقصود علامه حلی همان توضیحی است که به عنوان طریق اول بیان کردیم.
طریق دوم:

دومین طریق در تفکیک سهام کلامی است از مرحوم محقق حلی در شرایع الإسلام و مرحوم علامه حلی در قواعد الأحکام و مرحوم شهید اول در اللمعة دمشقیة که چه بسا از همان عبارت إرشاد الأذهان چنین برداشتی کرده باشند. *

طریق دوم این است که ابتدا کارشناس قیمت مجموع دو کالا را تعیین می‌کند سپس قیمت یکی از دو کالا را به صورت جداگانه تعیین می‌کند سپس نسبت به این دو عدد و این دو قیمت را محاسبه می‌کنیم، نسبت، کسر یا درصد به دست آمده نسبت به هر دو کالا را از ثمن مشخص می‌کنیم.

مثال: در همان مثال جلسه قبل فرض می‌کنیم کارشناس گفته است قیمت دو چرخه و موتور اگر مجتمعا به فروش برسد ۱۵ میلیون تومان است و قیمت دو چرخه به تنهایی ۵ میلیون تومان است، ثمنی که در معامله جابجا شده هم فرضا ۱۸ میلیون تومان بوده، نسبت پنج به پانزده نسبت یک سوم است لذا یک سوم ۱۸ میلیون تومان ملک بایع فضول خواهد بود (ثمن مربوط به دو چرخه) و دو سوم ۱۸ میلیون تومان هم ملک فرد دیگر خواهد بود.

مرحوم محقق ثانی عبارت مرحوم علامه حلی "یقسط المسمی علی القیمتین" را طبق طریقه دوم تفسیر کرده‌اند.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید انصاف این است که نمی‌توان عبارت کتاب ارشاد مرحوم علامه حلی را حمل بر این طریق دوم نمود و باید گفت عبارات فقهاء مذکور و جمله "یقومان جمیعا ثم یقوم أحدهما" که در آنها تکرار شده مقصود طریق دوم است زیرا نسبت به مقصود از عبارت "یقومان جمیعا" دو احتمال است:

احتمال اول: مقصود از جمیعا این باشد که کارشناس هر کدام از آن دو کالا را جداگانه قیمت گذاری کند.

این احتمال با طریق اول سازگار است لکن با جمله بعدی همخوانی ندارد که فرموده‌اند: "ثم یقوم أحدهما" زیرا این تعبیر نشان می‌دهد "جمیعا" به معنای مجتمعا و هر دو با هم است.

احتمال دوم: مقصود از جمیعا، مجتمعا و هر دو باهم باشد.

این احتمال با طریقه دوم سازگار است نه طریق اول و غیر از برداشت ما از عبارت مرحوم علامه حلی در إرشاد الأذهان است.

نقد طریق دوم:

طریق دوم مبتلا به دو اشکال است، اشکال اول از مرحوم محقق ثانی است که مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید این اشکال قابل توجیه و إغماض است و مهم اشکال دوم است که قابل جواب نیست.

اشکال اول: از مرحوم محقق ثانی

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید کلمات آقایان اطلاق دارد یعنی می‌فرمایند شیوه تفریق بین سهام این است که ابتدا قیمت مجموع، سپس قیمت یکی از دو کالا را کارشناس تعیین می‌کند نسبت این دو قیمت سنجیده می‌شود؛ در حالی که این شیوه در بعض موارد صحیح نیست زیرا گاهی قیمت آن دو کالا به صورت مجتمعا (هیئت اتصالیه و ضمیمه بودن دو کالا به یکدیگر) بیشتر از قیمت هر دو کالا به صورت منفردا است.

مثال: در مواردی مثل اینکه کالا دو لنگ درب باشد یا دو لنگ کفش (یک جفت کفش) باشد یعنی یک لنگ در ملک فضول است و لنگ دیگر آن ملک فرد دیگر است، اینجا روشن است که قیمت دو لنگ درب با هم (مجتمعا، با هیئت اتصالیه) بیشتر است از اینکه کسی

بخواهد هر لنگه را جداگانه بخرد زیرا معامله هر لنگه درب یا هر لنگه کفش به صورت جداگانه، به مقدار زیادی از قیمت می‌کاهد، پس در این موارد که هیئت اتصالیه و اجتماع دو ملک سبب ارتفاع قیمت می‌شود طریقه دوم منطقی و عقلانی و مطابق با هدف عقلا از معاوضات نخواهد بود زیرا اگر فرض کنیم مالک بیع یک لنگه درب که ملکش بوده را رد کرده و آن لنگه را از مشتری گرفته است، مشتری به بایع مراجعه می‌کند تا مقداری از پولش که در برابر آن لنگه درب بوده را پس بگیرد، طبق طریق دوم محاسبه می‌کنیم و می‌گوییم قیمت این درب کامل (مجموع دو لنگه) ۱۰ میلیون تومان است، قیمت یک لنگه آن به تنهایی دو میلیون تومان است، نسبت بین ۲ و ۱۰ نسبت یک پنجم است، مبلغی که مشتری به عنوان ثمن در معامله پرداخته بود ۵ میلیون تومان بوده، حال آنچه باید بایع به مشتری پس دهد همان نسبت یک به پنج است (یا کسر یک پنجم یا ۲۰ درصد) یعنی یک میلیون از پنج میلیون. وقتی دو لنگه درب ارزشی مساوی دارند چطور ممکن است ثمن که پنج میلیون تومان بوده ۴ میلیون در مقابل یک لنگه درب قرار گیرد (نزد بایع) و یک میلیون هم در مقابل یک لنگه دیگر درب (نزد مشتری)؟

پس معلوم است که طریق دوم لااقل در این مواردی که هیئت اتصالیه سبب ارتفاع قیمت هر دو جزء می‌شود راهگشا نیست. و الحاصل اینکه بیع مملوک و غیر مملوک توسط فضول، نسبت به مقداری که مالک آن بیع را رد نموده است باطل خواهد بود لذا حصه و قسمتی از ثمن که در مقابل آن جزء قرار گرفته نیز باید توسط بایع به مشتری باز گردانده شود همان حصه و سهمی که اگر مالک بیع را اجازه می‌داد طبیعتاً باید به مالک داده می‌شد. همچنین بیع نسبت به آنچه مملوک فضول بوده صحیح است (مقصود از نصیب المالك در عبارت، فضول است) چنانکه اگر مالک جزء دیگر بیع را اجازه می‌داد این مقدار از سهم باز هم ملک بایع می‌بود. مرحوم شیخ انصاری دو توجیه برای طریقه دوم ذکر می‌کنند سپس اشکال دومی را خودشان بیان می‌کنند که قابل جواب و توجیه نخواهد بود.

تحقیق:

* عبارت مرحوم شهید اول در *اللمعة الدمشقية*:

ص ۱۰۵: "لَوْ بَاعَ غَيْرَ الْمَمْلُوكِ مَعَ مِلْكِهِ وَ لَمْ يُجْزِ الْمَالِكُ صَحَّ فِي مِلْكِهِ وَ تَخَيَّرَ الْمُشْتَرِي مَعَ جَهْلِهِ، فَإِنْ رَضِيَ صَحَّ فِي الْمَمْلُوكِ بِحَصَّتِهِ مِنْ الثَّمَنِ بَعْدَ تَقْوِيمِهِمَا جَمِيعاً ثُمَّ تَقْوِيمِ أَحَدِهِمَا".

عبارت قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۹:

"لو باع ملكه و ملك غيره صفقة صح فيما يملك، و وقف الآخر على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ البيع و قسط الثمن عليهما بنسبة المالكين، بأن يقوموا جميعاً ثم يقوم أحدهما".

عبارت شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۹:

"لو باع ما يملك و ما لا يملك مضى بيعة فيما يملك و كان فيما لا يملك موقوفاً على الإجازة و يقسط الثمن بأن يقوموا جميعاً ثم يقوم أحدهما و يرجع على البائع بحصته من الثمن إذا لم يجز المالك".

در رابطه با طریقه تفریق بین سهم بایع و فرد دیگر دو طریق بیان شد. مرحوم محقق ثانی اشکالی به طریق اول وارد کردند که مرحوم شیخ انصاری آن را قبل جواب دانسته و طریق دوم را قابل توجیه می‌دانند. لذا دو توجیه مطرح می‌کنند سپس اشکال دومی به طریق دوم وارد می‌کنند و آن را قابل جواب نمی‌دانند.

توجیه طریق دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند می‌توانیم عبارات فقها که فرموده بودند: "یقومان جمیعا ثم یقوم أحدهما" توجیه کنیم:

توجیه اول:

کلام فقهاء را حمل بر غالب بیع‌ها می‌کنیم که معمولا در مبیع‌های دو جزئی، هیئت اتصالیه سبب زیادی یا نقصان قیمت نمی‌شود. لذا طریق دوم مربوط به صورت زیادی قیمت به سبب هیئت اتصالیه نیست.

پس اشکال مرحوم محقق ثانی وارد نخواهد بود.

توجیه دوم:

می‌گوییم مقصود فقها همان طریقه اول بوده به این بیان که "یقومان جمیعا" یعنی هر دو جزء مبیع جداگانه قیمت گرفته شود و با یکدیگر جمع شود، و مقصود از "ثم یقوم أحدهما" این است که سپس قیمت یکی از آنها را به قیمت مجموع سنجیده می‌شود.

نقد اشکال اول:

(و إلا فساد) مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اشکال اول وارد نیست زیرا ممکن است کسی با وجود زیادی قیمت به جهت هیئت اتصالیه باز هم به آن اعتنا نکند و قائل به طریقه دوم در محاسبه سهم‌ها شود هر چند این قول ضعیف است و ما قبول نداریم لکن بالأخره امکان دارد قائل به آن بگویند ضرر مشتری از جانب بی توجهی به زیادی قیمت ناشی از هیئت اتصالیه، با داشتن حق خیار جبران می‌شود و مشتری می‌تواند کل بیع را فسخ کند. نتیجه اینکه اشکال اول اشکال مهمی نیست.

اشکال دوم:

اشکالی که مرحوم شیخ انصاری معتقدند قابل جواب نیست و باید از طریق دوم دست برداشت این است که در صورت نقصان قیمت به واسطه هیئت اتصالیه جمع بین ثمن و مثن نزد مشتری خواهد شد و چنین چیزی با ماهیت معاملات و مبادله سازگار نیست لذا اصل بیع باطل است و با جعل خیار هم قابل اصلاح نیست. برای توضیح مطلب مرحوم شیخ انصاری ابتدا مقدمه‌ای بیان می‌کنیم:

مقدمه زیست‌شناسی جانوری: بیماری کانیبالیسم در طیور

یکی از بیماری‌هایی که در بین پرندگان به ویژه مرغ‌ها شیوع پیدا می‌کند، بیماری هم‌نوع‌خواری یا کانیبالیسم است. بر اثر عوامل خاصی نوعی رفتار بین این حیوانات بروز می‌کند که با نوک زدن به یکدیگر ابتدا پرها و در صورت عدم جداسازی حیوان مبتلا به این رفتار، پوست و حتی گوشت حیوان دیگر را می‌خورند و این رفتار توسط سایر طیور موجود در گله هم تقلید خواهد شد تا جایی که تمام گله در معرض تلف قرار خواهند گرفت. اما در صورت رسیدگی، جداسازی و رعایت نکات بهداشتی، تغذیه‌ای به راحتی قابل کنترل و درمان است. البته قابلیت انتقال و سرایت به انسان وجود ندارد.

برای تمثیل موردی که هیئت اتصالیه و انضمام دو جزء مبیع سبب نقصان قیمت شود به دو مثال اشاره می‌کنیم:

مثال یکم:

زید، مرغ یا پرنده‌ای دارد که مبتلا به بیماری کانیبالیسم خفیف است و در ظاهر حیوان نمایان است، زید حوصله درمان آن یا تمایل به کشتن و استفاده از گوشتش ندارد، لذا برای اینکه انگیزه خرید در مشتری ایجاد کند، مرغ سالم عمرو را به آن ضمیمه می‌کند و هر دو مرغ را به اندازه قیمت یک مرغ یا اندکی کمتر می‌فروشد، اگر مرغ سالم را به تنهایی می‌فروخت مبلغ بیشتری دریافت می‌کرد.

مثال دوم:

دو کنیز (مادر و دختر) هستند (یکی مملوک بایع و یکی مملوک دیگری) قیمت هر کدام منفردا ۱۰ دینار است مشتری پیدا نمی‌شود که بتواند جداگانه بفروشد از طرفی بودن این دو با یکدیگر (هیئت اتصالیه) سبب ایذاء و توطئه علیه صاحبشان خواهد شد، بنابراین بایع

مجبور است برای ایجاد انگیزه در مشتری هر دو را با هم به قیمت یک کنیز بفروشد (و از شرشان خلاص شود) لذا هر دو را به قیمت ۸ دینار می‌فروشد.

حال طبق طریق دوم محاسبه می‌کنیم، ابتدا قیمت مجموع دو کنیز را ملاحظه می‌کنیم که کارشناس می‌گوید ۱۰ دینار، سپس قیمت یکی را به تنهایی حساب می‌کنیم که باز هم ۱۰ دینار است، نسبت بین ۱۰ دینار منفردا به ۱۰ دینار مجتمعا نسبت مماثل یعنی یک یکم (یا ۱۰۰ درصد) است حال وقتی مالک بیع فضولی را رد کرد، بایع باید یکی کنیز مالک را به او برگرداند و سهم مشتری از ثمن را هم به مشتری برگرداند، طبق طریق دوم بایع باید صد در صد ۸ دینار که ثمن بود را به مشتری تحویل دهد، مشکل این است که هم تمام ثمن نزد مشتری است هم قسمتی از مبیع که کنیز بایع باشد و این هم جمع بین عوض و معوض است و با ماهیت معامله و مبادله منافات دارد.

فالتحقیق فی جمیع الموارد ...، ص ۵۱۸، س ۷

این است که بگوییم در جمیع موارد چه هیئت اتصالیه سبب زیادی قیمت یا نقصان قیمت بشود یا نشود بر اساس طریق اول باید محاسبه را انجام داد لذا در مثال مذکور باید بگوییم قیمت هر دو کنیز منفردا ۱۰ دینار است که مجموعش می‌شود ۲۰ دینار، نسبت بین ۱۰ دینار که قیمت یکی است به ۲۰ دینار که قیمت مجموع است نسبت یک دوم یا ۵۰ درصد است، لذا بایع باید نیمی از ثمن (یعنی ۴ دینار از ۸ دینار) را به مشتری بپردازد. و هیچ مشکلی هم وجود نخواهد داشت.

فإن قلت:

مستشکل می‌گوید اگر هیئت اتصالیه باعث زیادی قیمت باشد هم طریقه اول هم طریقه دوم باطل و ظالمانه خواهد بود به این بیان که مشتری درب دارای دو لنگه می‌خرد و هدفش هیئت اتصالیه این دو لنگه است و یک لنگه درب به کار مشتری نمی‌آید، حال:

- طبق طریقه اول بررسی می‌کنیم و می‌گوییم: مشتری دو لنگه یک درب را خریده به ۵ درهم، قیمت کارشناسی هر دو لنگه درب با هم یعنی با هیئت اتصالیه در بازار ۱۰ درهم است، قیمت یک لنگه درب به تنهایی ۲ درهم است، قیمت لنگه دیگر درب هم به تنهایی ۲ درهم است، مجموع این دو عدد ۲ می‌شود ۴ درهم، نسبت بین ۲ به ۴ می‌شود یک دوم پس طبق طریق اول بعد از رد بیع توسط مالک لنگه دوم درب، باید بایع در مقابل آن فقط یک دوم از ۵ درهم که ثمن بود را به مشتری بپردازد یعنی ۲ و نیم درهم، در حالی که اگر مشتری یک لنگه درب را به تنهایی می‌خرید فقط ۲ درهم پرداخت می‌کرد اما الآن یک لنگه درب به مشتری رسیده در مقابل ۲ و نیم درهم علاوه بر اینکه هیمن لنگه درب هم به درد مشتری نمی‌خورد.

- طبق طریقه دوم هم ظلم اشد واقع می‌شود زیرا ابتدا قیمت کارشناسی مجموع را ملاحظه می‌کنیم که ۱۰ درهم است و سپس قیمت یک لنگه درب را به تنهایی حساب می‌کنیم که ۲ درهم است، سپس نسبت به ۲ به ۱۰ که می‌شود یک پنجم را از ثمن به مشتری پس می‌دهیم یعنی یک درهم از پنج درهم گویا مشتری یک لنگه درب خریده به چهار درهم در حالی که بنا بود دو لنگه کامل را به پنج درهم خریداری کند.

مستشکل برای رهایی از اشکال وارد به هر دو طریق قبل، طریق سوم را مطرح می‌کند.

طریق سوم:

مستشکل می‌گوید بهتر است که بگوییم ابتدا هر کدام از دو جزء منفردا قیمت گذاری شود (کارشناس می‌گوید لنگه اول ۲ درهم لنگه دوم هم ۲ درهم) سپس قیمت هیئت اتصالیه هم به دست آید (کارشناس می‌گوید ۶ درهم)، مجموع این سه قیمت (قیمت لنگه اول، قیمت لنگه دوم، قیمت هیئت اتصالیه) می‌شود ۱۰ درهم، نسبت هر کدام از آن سه قیمت را به ۱۰ درهم می‌سنجیم، نسبت قیمت لنگه اول درب به ۱۰ درهم می‌شود یک پنجم، نسبت قیمت لنگه دوم درب هم می‌شود یک پنجم، نسبت قیمت هیئت اتصالیه به ۱۰ درهم می‌شود سه پنجم، حال این نسبت‌های به دست آمده را بر اساس ثمن پرداخت شده در معامله که پنج درهم بوده تفکیک می‌کنیم، یعنی یک درهم ملک بایع می‌شود و چهار درهم ملک مشتری (یک درهم به جهت قیمت یک لنگه درب و سه درهم به جهت هیئت اتصالیه)

مرحوم شيخ انصاری می‌فرماید فوت وصف انضمام (هیئت اتصالیه) در باب معاوضات سبب ضمان نمی‌شود زیرا راه دیگری برای جبران ضرر هست که خیار شرط باشد (شرط متصل بودن دو لنگه درب چه به عنوان خیار شرط در بیع تصریح شده باشد چه به صورت شرط ارتکازی و پیش فرض چنین معامله‌هایی مطرح باشد) بله در باب غصب فوت وصف انضمام ضمان آور است چون راه جبران ضرر مالک منحصر در آن است اما در معاوضات راه جبران ضرر، استفاده از حق الخیار است که مشتری اگر ملاحظه کند ببیند با وضعیت پیش آمده بر اساس طریق اول در محاسبه و تفریق سهمها ضرر می‌کند و هیئت اتصالیه برایش مهم بوده، حق الخیار دارد و می‌تواند کل بیع را فسخ کند.

و لافرق فیما ذکرنا ...، ص ۵۱۹، س ۸

حال که روشن شد در قیمیات شیوه محاسبه و تفریق سهام باید به طریق اول باشد می‌گوییم تفاوتی ندارد که قسمت مملوک بایع و قسمت غیر مملوک او، دو جزء متعدد و مستقل باشند مانند دو کتاب یا اینکه یک شیء متحد باشد که بایع و دیگری در آن سهم دارند مثل اینکه مبیع عبدی باشد که یک سوم آن ملک بایع و دو سوم آن ملک دیگری است، در صورت اتحاد مبیع باز هم شیوه محاسبه به همان طریق اول است و نباید بر اساس طریقه دوم در تقسیم بندی سهام نسبت سنجی بین قیمت یک سوم سهم بایع با قیمت مجموع عبد بشود زیرا ممکن است قیمت یک سوم عبد کمتر باشد از قیمت نصف دو سوم عبد باشد (هر چند سهم بایع یک سوم بوده و سوم فرد دیگر دو سوم، و روشن است که یک سوم، نصف دو سوم است، اما در قیمت چنین نیست که لزوماً قیمت یک سوم، نصف قیمت دو سوم باشد بلکه ممکن است کمتر از آن باشد) چون انگیزه برای خریدن یک سوم کمتر است، پس نه به طریق دوم بلکه باید بر اساس طریق اول ابتدا قیمت یک سوم عبد (یعنی ملک بایع) را به دست آوریم، سپس قیمت دو سوم عبد (یعنی ملک فرد دیگر) را هم به دست آوریم، سپس قیمت یک جزء را به مجموع قیمت دو جزء نسبت سنجی کنیم و بر همین اساس ثمن را بین بایع و مشتری تقسیم کنیم.

بخش دوم: شیوه محاسبه سهام در مثلیات

مباحث مطرح شده تا اینجا در مورد کیفیت تفریق سهام، مربوط به قیمیات بود، حال نسبت به مثلیات مثل اینکه مقداری از گندم خودش را با گندم دیگری به مشتری فروخته است، و فرد دیگر بیع را رد کرد، می‌فرماید مسأله دو صورت دارد:

صورت اول:

اگر حصه بایع و مالک مشاع باشد در این صورت ثمن نسبت به سهم هر کدام در مبیع توزیع می‌شود اگر سهم بایع و فرد دیگر در این گندمها بالمناصفه است یعنی هم کدام مالک نصف هستند، پس ثمن هم به نصف تقسیم می‌شود و بعد از رد بیع توسط مالک بایع باید نصف گندمها را از مشتری بگیرد به مالک دهد و نصف ثمن را هم به مشتری بازگرداند.

صورت دوم:

اگر حصه بایع و مالک معین و غیر مشاع است، در این صورت شیوه محاسبه همان طریق اول است که در قیمیات مطرح کردیم که هر کدام از دو حصه ابتدا قیمت گذاری شود، سپس قیمت یکی از دو حصه با قیمت مجموع دو حصه نسبت سنجی شود و بر اساس نسبت به دست آمده، ثمن تفریق شود.

فافهم

در این رابطه به کلمات محشین از جمله مرحوم سید صاحب عروه مراجعه کنید.

چه بسا مقصود مرحوم شيخ انصاری از فافهم نقد مطلب قبلش باشد یعنی اگر طریق اول در تمام صور قیمیات و همچنین در مثلیات راه‌گشاست چرا در حصه مشاع این همین شیوه استفاده نمی‌کنید و در مثلیات مشاع شیوه متفاوتی مطرح می‌کنید. به عبارت دیگر می‌توانیم در مثلیات مشاع هم از طریق اول استفاده کنیم.

خلاصه مسأله اول:

مرحوم شیخ انصاری فرمودند بیع مملوک به ضمیمه غیر مملوک توسط بایع فضول صحیح است، اگر مالک بیع مالش را اجازه کرد که کل بیع صحیح و اگر رد کند بیع نسبت به مملوک بایع صحیح است.

حال اگر مالک بیع مالش را اجازه کرد بایع باید سهم او را از ثمن بپردازد و اگر مالک بیع را نسبت به مالش رد کرد بایع باید مال مالک را برگرداند و قسمتی از ثمن را به مشتری پس دهد.

شیوه محاسبه و تفریق سهام هم به این طریق شد که ابتدا هر کدام از مملوک و غیر مملوک جداگانه توسط کارشناس قیمت‌گذاری شود، سپس قیمت یکی از آن دو به مجموع قیمت آندو نسبت سنجی شود، و بر اساس نسبت به دست آمده، ثمن بین بایع و فرد دیگر تقسیم شود. (فرد دیگر در صورت اجازه مالک، همان مالک خواهد بود و در صورت رد بیع توسط مالک، مشتری خواهد بود)

به جهت نزدیک شدن به ایام فاطمیه سلام الله علیها و امتحانات پایان ترم اول، کلاس تعطیل خواهد بود. البته به مرور، متن جزوه (بدون ارائه صوت) در کانال کلاس در ایستا بارگزاری می‌شود که مورد استفاده دوستان قرار گیرد و به انتهای محدوده ترم اول برسیم.

مسأله: لو باع من له نصف الدار ...، ص ۵۲۲

مسأله دوم: بیع نصف الدار

در جلسه ۵۷ عرض کردیم مرحوم شیخ انصاری در ششمین مطلب از مباحث بیع فضولی سه مسأله بیان می‌کنند که در یک نکته مشترک‌اند که با بیع مالک تمام مبیع نیست. در این مسأله در رابطه با شیوه‌ای متفاوت در بیع فضولی به دو فرع فقهی اشاره می‌کنند. مباحث مطروحه تا اینجا مربوط به زمانی بود که تکلیف فضولی بودن با بیع برای خودش روشن بود هر چند ممکن بود مشتری عالم به فضولیت یا جاهل باشد. اما بحث در این مسأله در رابطه با موردی است که خود با بیع هم نمی‌داند دقیقاً چه کرده است آیا ملک دیگری را فروخته یا ملک خودش را؟

فرع اول: با بیع مالک نصف مشاع خانه است. (شیخ: توقف)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید اگر فرض کنیم زید مالک نصف خانه است (نصف مثال است لذا تفاوتی با ثلث و ربع ندارد) یعنی زید به نحو مشاع با عمرو هر کدام مالک نصف خانه هستند و زید در یک معامله به مشتری می‌گوید: "بعتک نصف الدار بكذا" نصف خانه را به شما فروختم به فلان مبلغ، در تحلیل مقصود از این عبارت چند صورت وجود دارد:

صورت اول: معلوم است که مقصود زید نیمی از خانه که سهم خود او است را قصد کرده لذا بیع صحیح و تمام است.

صورت دوم: معلوم است که مقصود زید نیمه ملک عمرو را قصد کرده لذا بیع فضولی خواهد بود و احکام بیع فضولی را دارد.

صورت سوم: مقصود زید از جمله مذکور فقط معنا و مفهوم لفظ نصف بوده است و توجهی به اینکه نیم ملک خودش را می‌فروشد یا ملک عمرو را معلوم نیست حتی برای خود زید، در این صورت دو احتمال دارد:

احتمال یکم: بگوییم مقصود زید از "بعتک نصف الدار بكذا" ملک خودش بوده لذا بیع تمام و صحیح است.

احتمال دوم: بگوییم مقصود زید نصف از کل خانه به صورت مشاع بوده است یعنی نصفی از سهم خودش و نصفی از سهم شریکش.

احتمال سوم هم ممکن است تصویر شود که مقصود فقط ملک عمرو بوده، این احتمال با توضیح بعدی (توضیح منشأ احتمالین) روشن می‌شود که احتمال به جایی نیست.

دو احتمال مذکور تعارض دارند و هیچ‌کدام ترجیح بر دیگری ندارند لذا حکم این مسأله برای ما روشن نیست. تعارض بین دو احتمال مذکور سه منشأ دارد یعنی سه ظهور از عبارت "بعتک نصف الدار بكذا" در مانحن فیه به دست می‌آید که یک ظهور با دو ظهور دیگر تعارض دارد و ترجیحی وجود ندارد. سه ظهور عبارت‌اند از:

ظهور یکم: کلمه نصف در جمله "بعتک نصف الدار بكذا" چون اطلاق دارد و مقید به حصه خاصی نشده لذا می‌گوییم مقصود نصف از کل خانه است یعنی نصف مشاع (که می‌شود نصفی از سهم زید و نصفی از سهم عمرو) (این ظهور مطابق احتمال دوم است)

ظهور دوم: در مواردی که گویند "بعتک نصف الدار بكذا" خودش در واقع مالک نصف خانه است، هر چند کلمه "نصف" اطلاق دارد و شامل هر دو احتمال مذکور می‌شود لکن ظاهر حال مسلمان و عقلاً انصراف دارد به این که در اموال خودشان بیع انجام می‌دهند لذا مقصود از نصف خانه، کل سهم خودش هست که سهمش نصف از خانه بود. (این ظهور مطابق با احتمال اول است)

البته این ظهور انصرافی مختص ما نحن فیه است یعنی تصرفات مالکانه از جانب مالک اما در سایر مقامات مانند مقام اقرار چنین ظهوری وجود ندارد لذا اگر همین زید در دادگاه بگوید: "اقرار می‌کنم نصف خانه ملک عمرو است" تعبیر "نصف" در این جمله ظهور در ملک خودش ندارد بلکه ظهور در نصف از کل خانه دارد که همان نصف مشاع باشد.

ظهور سوم: کلمه "بعث" در "بعتک نصف الدار بكذا" هر چند اطلاق دارد و مقید نشده بیع لنفسه است یا لغيره، اما از آن جهت که فاعل و گوینده این سخن، مالک نصف خانه است لذا می‌گوییم اطلاق فعل "بعث" منصرف است به بیع لنفسه (که مطابق احتمال اول است) زیرا در صورتی این جمله بر بیع مال دیگران دلالت می‌کند که:

- یا گوینده قصد و نیت بیع سهم عمرو را داشته باشد. که در فرض مسأله ما گوینده چنین نیتی ندارد.
 - یا گوینده اعتقاد (و جهل مرکب) داشته باشد که مال خودش را می‌فروشد. که این هم در ما نحن فیه وجود ندارد.
 - یا گوینده خود را مالک مال و سهم عمرو بداند (عدوانا) و اقدام به فروش کند. که این وضعیت هم در ما نحن فیه وجود ندارد.
- نتیجه اینکه ابهام در ظهور کلمه "نصف" و کلمه "بعث" در جمله مذکور سبب میشود نتوانیم بین دو احتمال مذکور (احتمال فروش کل سهم خودش یا احتمال فروش نصف کل خانه یعنی نصفی از سهم خودش و نصفی از سهم عمرو) یکی را معینا انتخاب کنیم.

راه حل مرحوم فخر المحققین و نقد آن

مرحوم فخر المحققین راه حلی برای انتخاب احتمال اول در ما نحن فیه ارائه داده‌اند که مرحوم شیخ انصاری قبول ندارند. مرحوم فخر المحققین می‌فرمایند در فقه مسأله‌ای مطرح است که اگر زید عبدی دارد به نام "غانم" و همسایه او هم عبدی دارد به نام "غانم" وقتی زید به مشتری می‌گوید "بعثتُ غانماً" یک غانم نامی را به شما فروختم دو احتمال مطرح است یکی اینکه ملک خودش را فروخته و دیگری اینکه ملک همسایه را فضولتا فروخته، در این مورد فقهاء بالإجماع فتوا می‌دهند جمله مذکور ظهور دارد در فروش ملک خودش، لذا در ما نحن فیه هم بگوییم جمله "بعثتُ نصف الدار بكذا" ظهور دارد در احتمال اول که بیع ملک و سهم خودش باشد. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند قیاس ما نحن فیه به "بعثتُ غانماً" مع الفارق است. زیرا در مثال مذکور هم کلمه "بعثتُ" ظهور دارد در بیع مال خودش و هم کلمه "غانم" ظهور دارد در عبد خودش، و این دو ظهور هیچ معارضی ندارند که سبب ابهام و اجمال شود لذا کلام مرحوم فخر المحققین و فقها در آن مثال صحیح است اما در ما نحن فیه چنانکه توضیح دادیم با ظهورات متعارض مواجهم لذا با عدم مرجح، هیچ کدام قابل انتخاب نیست.

نتیجه اینکه مرحوم شیخ انصاری در مسأله متوقف هستند.

فرع دوم: بایع مالک نصف و وکیل یا ولی در نصف دیگر است (شیخ: حمل بر نصف مشاع)

می‌فرمایند در همان موضوع فرع اول اگر بایع مالک نصف مبیع است و نسبت به نصف دیگر هم وکالت فروش از طرف مالک دارد یا ولی مالک نصف دیگر است، در این صورت اگر بایع به مشتری گفت: "بعثتُ نصف الدار" تکلیف چیست؟

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند کلمه "نصف" را حمل می‌کنیم بر نصف مشاع یعنی نصف از سهم بایع و نصف از سهم مالک دیگر زیرا تعبیر "نصف" ظهور دارد در نصف مشاع و این ظهور مانند فرع قبل معارض ندارد لذا تکلیف روشن است که نصف مشاع فروخته شده است. حتی ظهور کلمه "نصف" باعث تقیید ظهور کلمه "بعثتُ" می‌شود به این بیان که لولا کلمه "نصف" می‌گفتیم کلمه "بعثتُ" ظهور در بیع سهم خودش دارد لکن با آمدن کلمه "نصف" در "بعثتُ نصف الدار" ظهور تعبیر بیع هم تحت الشعاع قرار می‌گیرد و باید بیع را هم با قرینه بعدش یعنی تعبیر "نصف" معنا کنیم.

اشکال مرحوم شهید ثانی

مرحوم شهید ثانی ضمن چند نکته کوتاه ادعا می‌فرمایند در ما نحن فیه باید بگوییم مقصود، سهم خود بایع است نه نصف مشاع: الف: ظاهر حال هر متکلمی آن است که معنا و مدلول کلامش را قصد کرده است.

ب: فضول، هر چند گفتن لفظ را اراده و قصد کرده اما قصد مدلول از او محقق نمی‌شود زیرا مدلول یعنی انتقال ملکیت.

ج: اگر مقصود از "نصف" در جمله مذکور، نصف مشاع باشد لازم می‌آید نسبت به سهم شریک، بیع فضولی باشد.

نتیجه: باید نصف را حمل کنیم بر تمام سهم خود بایع تا ظاهر حال متکلم که قصد مدلول است رعایت شود و اگر حمل کنیم بر نصف مشاع لازم می‌آید بیع فضولی باشد و متکلم را قاصد مدلول لفظ ندانیم.

جواب

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اولاً مدعای مرحوم شهید ثانی مبنی بر عدم قصد مدلول لفظ را قبول نداریم و سابقاً هم نقد کردیم. ثانياً: بالفرض که کلام ایشان در بیع فضولی صحیح باشد می‌گوییم در این فرع فقهی فرض این است که بایع وکالت یا ولایت دارد بر سهم شریک لذا اصلاً بیع فضولی نیست.

مرحوم شیخ انصاری در ادامه مطلب به جزئیاتی بعضاً خارج از باب بیع اشاره می‌کنند در رابطه با ظهور تعبیر "نصف" در سایر ابواب مانند بحث مهریه و طلاق، مبحث اقرار و ارث، لذا به بیان خلاصه نظریه مرحوم شیخ انصاری در این مسأله اکتفا می‌کنیم.

خلاصه کلام مرحوم شیخ انصاری در این مسأله

مرحوم شیخ انصاری معتقدند در مسأله بیع نصف دار اگر بایع مالک نصف خانه باشد و به مشتری بگوید: "بعتک نصف الدار" و تصریح نکرده و ملتفت نبوده که نیمه مربوط به خودش را می‌فروشد یا سهم شریک را، در این صورت نسبت به فتوا توقف کردند و نه نصف را حمل بر نیمه مملوک خود بایع کردند نه حمل بر نیمه مشاع نه نیمه شریک. اما اگر بایع علاوه بر مالکیت نصف خانه، وکیل یا ولی شریک هم بوده است در این صورت مشهور معتقد بودند حمل می‌کنیم بر نیمه سهم خودش اما مرحوم شیخ انصاری فرمودند اقوی این است که "نصف" را حمل کنیم بر نصف مشاع بین دو حصه اما در باب اقرار در صورت عدم قرینه، اقرار به نصف را حمل می‌کنیم بر مقدار مشاع بین دو حصه.

مسأله: لو باع ما یقبل ...، ص ۵۳۱

مسأله سوم: بیع ما یملک و ما لا یملک

آخرین مسأله در بیع فضولی بررسی حکم بیع بیع ما یملک و ما لا یملک است.

مرحوم شیخ انصاری در این رابطه به سه نکته اشاره می‌کنند:

نکته اول: طرح بحث

یقینی است که بعضی اشیاء در شریعت اسلام قابلیت تملک و مالک شدن ندارند مانند خمر. در رابطه با این اشیاء احکام مختلفی مطرح است از جمله اینکه قابلیت بیع و معامله هم ندارند. حال اگر فردی شیءای را به آن ضمیمه کند و مثلاً مقداری خمر و مقداری سرکه را با هم به مشتری بفروشد چه حکمی خواهد داشت؟ در این مسأله به این سؤال پاسخ خواهند داد.

نکته دوم: اقوال و أدله

می‌فرمایند در مسأله دو قول است:

قول اول: مشهور و مرحوم شیخ: فقط در ما یملک صحیح است

مرحوم شیخ انصاری سه دلیل بر این مدعا اقامه می‌فرمایند:

دلیل اول: اجماع

جمعی از فقهاء ادعا نموده‌اند حکم مذکور اجماعی است، جمعی با صورت ضمنی مانند مرحوم محقق ثانی و جمعی با صراحت مانند مرحوم ابوالمکارم ابن زهره.

دلیل دوم: مکاتبه صفار

این روایت را هم در مباحث أدله بطلان بیع فضولی (سال گذشته) مطرح فرمودند هم در جلسه ۵۷ مورد اشاره قرار گرفت. راوی در مکاتبه‌اش با امام عسکری علیه السلام سؤال می‌کند فردی فقط مالک قسمتی از یک روستا بوده لکن تمام روستا را می‌فروشد، حضرت فرمودند: "لا یجوز بیع ما لیس یملک" تعبیر به "ما لیس یملک" در کلام حضرت اطلاق دارد و شامل هر چیزی می‌شود که مالک نیست یا قابل مالکیت ندارد مانند اینکه ملک وقف را بفروشد. پس بیع مذکور فقط در مقدار مملوک‌اش صحیح است.

دلیل سوم: أصالة اللزوم

بعد از بیع مذکور (بیع سرکه و شراب) شک داریم آیا بیع نسبت به سرکه لازم است و اوفوا بالعقود شامل آن می‌شود یا نه؟ أصالة الصحة و أصالة اللزوم می‌گوید بیع نسبت به سرکه صحیح و لازم است.

اشکال: مستشکل می‌گوید آنچه را بایع قصد کرده بود بیع تمام روستا بوده در حالی که شما می‌گویید آنچه واقع می‌شود بیع قسمت مملوک او است پس ما قصد لم یقع و ما وقع لم یُقصد لذا کل بیع باطل خواهد بود چنانکه فقها در شرط فاسد فتوا نمی‌دهند فق شرط فاسد است اما مشروط (اصل عقد) صحیح است بلکه فتوا می‌دهند شرط فاسد موجب فساد مشروط و عقد می‌شود.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اینجا نص و اجماع دلیل است بر صحت بیع نسبت به مقدار مملوک.

قول دوم: تفصیل در علم و جهل مشتری

بعضی از فقهاء در مسأله تفصیل داده‌اند که:

– اگر مشتری جاهل به حکم یا موضوع باشد (نمی‌داند قسمتی از چیزی که می‌خرد شراب است یا نمی‌داند حکم معامله شراب بطلان است) چنانکه مشهور می‌فرمایند بیع نسبت به سرکه صحیح است.

– اگر مشتری عالم به موضوع و حکم باشد در این صورت بیع باطل است حتی نسبت به سرکه زیرا در شرح لمعه خوانده‌ایم و در مباحث بعد در مکاسب هم با توضیح بیشتری خواهیم خواند یکی از شرائط عوضین معلوم بودن ثمن است و در ما نحن فیه مشتری نمی‌داند چه مقدار از ثمن در مقابل سرکه قرار می‌گیرد و چه مقداری در مقابل خمر، پس مقدار ثمن برای مشتری مجهول است لذا بیع رأساً باطل خواهد بود.

نقد قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری سه جواب در نقد این قول بیان می‌کنند:

اولاً: بیع مذکور روی مجموع سرکه و خمر انجام شده لذا ثمن معلوم است و جهالتی ندارد.

ثانیاً: در مباحث شرائط عوضین خواهد آمد اگر یک بیع از نگاه عرف و عقلاً صحیح باشد (بیع سرکه و خمر مجموعاً) و جهالتی هم در ثمن نباشد سپس شارع قسمتی از بیع (نسبت به خمر) را دچار اشکال ببیند هر چند جهل به مقدار ثمن در مقابل سرکه باشد اما اصل بیع صحیح است زیرا این جهالت از ناحیه حکم شارع آمده نه از ناحیه متبایعین. (تفصیل این نکته در شرائط عوضین خواهد آمد.)

ثالثاً: ثمنی را که مشتری با علم به خمریت قسمتی از مبیع و با علم به بطلان معاوضه بر آن و عدم مالیت خمر پرداخته است از دو حال خارج نیست:

الف: تمام ثمنی که پرداخته را به قصد ثمن سرکه پرداخته است نه به قصد ثمن سرکه و خمر.

در این حالت ثمن معلوم است و هیچ جهالتی ندارد.

ب: نیمی از ثمن را در مقابل سرکه پرداخته و نیمه دیگر را هم در مقابل خمر.

در این حالت هم مقدار ثمن معلوم است و جهالتی وجود ندارد فقط مقداری از ثمن که در مقابل خمر قرار می‌گیرد را گویا مجاناً به بایع تسلیط کرده زیرا عالم بوده که خمر مالیت ندارد پس گویا ثمن در مقابل خمر را به صورت مجانی در اختیار بایع گذاشته لذا حق مراجعه به بایع و پس گرفتن ثمن در مقابل خمر را ندارد.

البته این جواب سوم اشکال دارد زیرا فقها فتوا می‌دهند مشتری حق دارد مقداری از ثمن که در مقابل خمر بوده را از بایع مطالبه کند پس نقد قول دوم در حقیقت همان جواب دوم (ثانیاً) است.

ثم إن طریق تقسیط الثمن ...، ص ۵۳۳، س ۱۳

نکته سوم: شیوه تقسیط ثمن

حال که در مسأله محل بحث حکم می‌کنیم به صحت بیع نسبت به مقداری که مالیت دارد به این سؤال باید پاسخ داد که شیوه تقسیم و تقسیط ثمن در مقابل سرکه و خمر چگونه است که حکم کنیم بایع باید مقداری از ثمن که در مقابل ما لایمک بوده را باید برگرداند.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در جلسات قبل (جلسه ۵۷) شیوه تقسیم را توضیح دادیم که ابتدا هر کدام از دو کالا توسط کارشناس (مقوم) قیمت گذاری و تقویم می‌شود، سپس هر دو قیمت جمع می‌شود و نسبت قیمت هر کدام به تنهایی را با قیمت مجموع به دست می‌آوریم بر اساس همان نسبت و مقدار به دست آمده ثمن تقسیم می‌شود قسمتی نزد بایع می‌ماند (که در مقابل سرکه بوده) و قسمتی به مشتری برگردانده می‌شود (که در مقابل خمر بوده).

لکن الکلام هنا ...، ص ۵۳۴، س ۲

به مناسبت نکته سوم سؤالی مطرح می‌شود:

سؤال:

وقتی خمر مالیت ندارند چگونه قیمت خمر در بازار مسلمین را به دست آوریم که بتوانیم نسبت سنجی‌ای که توضیح دادید را اجرا کنیم؟ یا اگر مبیع مجموع عبد و حرّ بوده چگونه قیمت حرّ در بازار را به دست آوریم که بتوانیم نسبت بین قیمت آن با مجموع را بسنجیم؟

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید قیمت حرّ را مقایسه می‌کنیم که اگر عبد بود چه مقدار قیمت داشت همان را معیار قرار می‌دهیم اما اگر قسمتی از مبیع خمر یا خنزیر بوده باشد در این صورت قیمت‌گذاری کافر معتبر است به این صورت که دو شاهد مسلمان عادل هم آن قیمت را تأیید کنند که این دو شاهد عادل یا قبلاً کافر بوده‌اند و سر و کار با خمر و قیمت آن داشته‌اند و الآن مسلمان هستند یا از مسلمانانی‌اند که با کفار ارتباط و مراوده دارند، پس به این صورت قیمت به دست می‌آید و نسبت سنجی می‌شود.

در پایان می‌فرمایند اگر بایع هر دو جزء را به عنوان سرکه به مشتری فروخته سپس معلوم شد یک قسمت خمر بوده باز هم شیوه محاسبه و نسبت سنجی همان است که بیان شد مثل حرّی که به عنوان عبد به همراه یک کنیز فروخته شده باشد گفتیم فرض می‌کنیم اگر این حرّ عبد بود چه مقدار قیمت داشت و نسبت سنجی می‌کردیم اینجا نیز به همین صورت می‌گوییم اگر این خمر که به عنوان سرکه فروخته شده سرکه بود چه مقدار قیمت داشت به همان نسبت محاسبه می‌کنیم و اگر به عنوان خمر فروخته شده قیمت را به دست می‌آوریم و محاسبه می‌کنیم.

مسألة يجوز للأب و الجد ... ص ۵۳۵

در جلسه ابتدای سال تحصیلی عرض کردیم مرحوم شیخ انصاری در کتاب البیع شش مبحث و یک خاتمه دارند. عناوین مباحث عبارت‌اند از: ۱. تعریف بیع. ۲. معاطاة. ۳. الکلام فی عقد البیع. ۴. شروط المتعاقدين. ۵. شرائط العوضين. ۶. بیان سه مسأله. خاتمة: فی آداب التجارة. در مبحث چهارم که شرائط متعاقدين است پنج شرط مطرح شد: بلوغ، قصد، اختیار، إذن السید لو كان العاقد عبداً و پنجمین شرط که مالکیت یا اذن از طرف مالک بود. ذیل شرط پنجم مطالب مفصل هفت‌گانه‌ای دارند که شش مطلب ابتدایی آن مربوط به عقد فضولی است و مطلب هفتم مربوط به اصل بحث از شرط پنجم است:

۱- تبیین این شرط و اقوال فقهاء در عقد و ایقاع واقع شده توسط فضولی. ۲- تعریف و مصادیق فضول. ۳- بیان صور بیع فضولی در سه مسأله. ۴- بیان دو امر. ۵. القول فی الإجازة و الرد. ۶. بیان سه مسأله ذیل بیع فضولی. ۷. بیان پنج مسأله ذیل اصل شرط پنجم.

مطلب هفتم: بیان ۵ مسأله ذیل شرائط متعاقدين

مرحوم شیخ انصاری بعد بحث از عقد و بیع فضولی و ذیل اصل شرط پنجم از شرائط متعاقدين (مالکیت یا اذن از طرف مالک) پنج مسأله بیان می‌کنند که سه مسأله ابتدایی مربوط به اولیاء عقد (پدر و جد، فقیه و عدول مؤننین) می‌باشد و دو مسأله هم مربوط به مبیع خاص (بیع عبد مسلم به کافر و بیع مصحف به کافر) می‌باشند.

ارتباط این بحث با اصل شرط پنجم از شرائط متعاقدين آن است که در هر جامعه‌ای از جمله جامعه اسلامی افرادی وجود دارند که به علل مختلف ممنوع از تصرف در اموالشان هستند. طبیعتاً سلطه بر اموال آنان (چه توسط عقلاً در جوامع غیر اسلامی و چه) توسط شارع به افراد دیگری واگذار شده است که از آن تعبیر می‌کنیم به ولایت. چه ولایت بر اشخاص مانند ولایت بر نکاح صغیر و چه ولایت بر اموال مانند ولایت بر مایملک صغیر. مرحوم شیخ انصاری سه مصادیق برای چنین ولایتی را بررسی می‌کنند که تعبیر می‌کنند به اولیاء تصرف: أب و جد، فقیه و عدول مؤننین. هر کدام از اینها احکامی دارد که بررسی می‌فرمایند.

مسأله اول: ولایت پدر و جد

در این مسأله سه نکته بیان می‌فرمایند:

نکته اول: جواز تصرف پدر و جد پدری در اموال طفل

مرحوم شیخ انصاری برای حکم مذکور و جواز تصرفات پدر و جد پدری به عنوان فروختن مالی از اموال طفل یا خریدن چیزی با پول طفل برای او سه دلیل ارائه می‌دهند:

دلیل اول: اجماع

دلیل دوم: اخبار مستفیضه در مختلف ابواب فقه.

دلیل سوم: فحوی روایات مربوط به نکاح

روایاتی داریم در باب نکاح که پدر و جد پدری حق دارند برای فرزند یا نوه صغیرشان (چه پسر و چه دختر) همسر انتخاب کنند و بین آن دو نکاح منعقد کنند. وقتی در باب نکاح که مانند مبحث دماء اهتمام و احتیاط شارع است چنین تصرفی مجاز است به طریق اولی در اموال مجاز خواهد بود.

نکته دوم: بررسی دو شرط در ولایت آن دو

مشهور معتقدند در ولایت پدر و جد دو شرط را مطرح نموده‌اند:

شرط اول: عدالت

در رابطه با شرط عدالت دو قول است:

قول اول: مشهور و مرحوم شیخ: شرط نیست

مشهور سه دلیل بر مدعایشان اقامه نموده‌اند:

دلیل اول: اصل

در رابطه با مقصود مرحوم شیخ انصاری از این اصل نکاتی مطرح است و عموماً به مرحوم شیخ انصاری اشکال شده است که هیچ اصلی در اینجا قابل جریان نیست.

تحقیق:

در رابطه با مقصود از این اصل به عبارات محشین و سایر فقهاء مراجعه کنید. چند عبارت را ذکر می‌کنم:

مرحوم آخوند در حاشیه‌ی مکاسب، ص ۸۹ می‌فرماید: لا یخفی انّ قضیة الأصل اعتبارها (عدالة)، لأصالة عدم نفوذ تصرفهما فی مال الطفل، كما ان الأصل عدم ثبوت الولاية.

مرحوم شهیدی در **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**، ج ۲، ص ۳۲۴ می‌فرماید: أقول استدللّ المشهور بأمور الأوّل الأصل كما فی المتن و فيه أنّه إن أريد به أصالة عدم اعتبار العدالة بمعنى الاستصحاب ففيه أنّه ليس له حالة سابقة يقينية فتأمل و إن أريد به ما فی بعض الحواشي من أنّ أصالة عدم الدليل دليل عدم فيما يعمّ به البلوى كما نحن فيه ففيه أنّه لا دليل على حجیة ذلك مطلقاً ما لم يرجع إلى أصل معتبر.

مرحوم امام در **کتاب البيع**، ج ۲، ص ۵۹۴ چند وجه برای تطبیق اصل بیان می‌کنند و همه آنها را نقد می‌کنند لذا می‌فرمایند: لم يتضح مراده من الأصل.

شیخنا الأستاذ آیه الله حاج شیخ جواد مروی حفظه الله می‌فرمودند می‌توان اصل مذکور در کلام مرحوم شیخ انصاری را طبق مبانی مرحوم شیخ انصاری اینگونه تبیین کرد که سیره عقلاً تعلق گرفته به ولایت داشتن پدر بر فرزند بدون دخالت قید عدالت، شک داریم آیا از جانب شارع ردعی نسبت به این سیره عقلاییه وارد شده یا نه؟ اصل عدم ردع شارع از این سیره است.

دلیل دوم: اطلاق روایات

روایاتی که به بعضی آنها اشاره خواهد شد می‌گویند پدر ولایت دارد و قید یا شرط عدالت مطرح نشده است.

دلیل سوم: فحوی روایات باب نکاح

در روایات باب نکاح به صراحت وارد شده که پدر ولایت دارد حتی اگر فاسق باشد. وقتی در باب نکاح با شدت اهتمام شارع و احتیاط در این مواضع، فاسق ولایت دارد به طریق اولی در باب بیع پدر فاسق ولایت خواهد داشت. پس عدالت برای ولایت پدر شرط نیست.

قول دوم: مرحوم فخر المحققین: اشتراط عدالت

ایشان دو دلیل ارائه داده‌اند:

دلیل اول: ولایت فاسق خلاف حکمت خداست

فرد فاسق به جهت فسق‌اش ممکن است مرتکب خیانت در اموال طفل بشود حتی اگر پدر طفل باشد لذا سپردن امور این طفل به دست چنین فردی خلاف حکم خداوند است.

دلیل دوم: تمسک به آیه لا ترکنوا إلى الذین ظلموا

خداوند در سوره مبارکه هورد، آیه ۱۱۳ با صراحت نهی فرموده از واگذار کردن امور به افراد ظالم و فاسق ظالم است.

نقد دلیل اول: حاکم شرع ناظر است

اگر واگذار کردن ولایت به پدر فاسق بدون هیچ نظارتی باشد خلاف حکم خداست لکن حاکم شرع ناظر است و هرگاه او بر خلاف امانت رفتار کند و نسبت به اموال طفل رفتار خیانت‌آمیزی داشته باشد، حاکم شرع دخالت می‌کند و مانع او خواهد شد.

نقد دلیل دوم: ارتباطی به ما نحن فيه ندارد

طبق روایات تفسیری که از اهل بیت علیهم السلام در تفسیر آیه مذکور وارد شده، این آیه مربوط به فرمانبری از حاکم جور و ظلمه است و ارتباطی به بحث ولایت پدر فاسق ندارد.

و هل یشرط فی تصرفه المصلحة ...، ص ۵۳۶، س ۱۱

شرط دوم: رعایت مصلحت

نسبت به اینکه آیا پدر نسبت به تصرف در اموال فرزندش باید مصلحت (خیر و صلاح) طفل را رعایت کند یا خیر سه قول است:

قول اول: لازم نیست مطلقا

بعضی معتقدند رعایت مصلحت مذکور لازم نیست چه تصرف به مصلحت طفل باشد چه به ضرر طفل باشد و چه علی السوئة باشد.

دلیل: اطلاعات از روایات

دلیل بر این قول تمسک به اطلاعات از روایات است که قیدی مطرح فرموده‌اند. حتی در بعضی از روایات فراتر از این تعبیر شده به "أنت و مالک لأبیک"

نقد دلیل:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

اولا: رویایات مقیده وجود دارد

روایاتی داریم که تصرف پدر در اموال اولاد را مقید به رعایت مصلحت می‌کنند.

ثانیا: لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ

از طرفی آیه ۱۵۲ از سوره مبارکه انعام می‌فرماید تصرف دیگران در مال یتیم از جمله جد پدری این طفل باید به نحو احسن باشد، یکی از ابعاد احسن بودن تصرف، رعایت مصلحت طفل است. از طرف دیگر فقهاء بین ولایت پدر و جد پدری تفاوتی قائل نیستند پس با عدم قول به فصل نتیجه می‌گیریم شرط رعایت مصلحت برای پدر هم ثابت است.

ثالثا: اجماع بر رعایت مصلحت

قول دوم: باید با رعایت مصلحت باشد

جمعی از فقها از جمله مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابن ادریس حلی و مرحوم علامه حلی قائل تصرفات پدر باید به مصلحت فرزند باشد پس اگر مفسده داشته باشد یا علی السوئة باشد جایز نیست.

دلیل: اجماع

مرحوم شیخ انصاری در این رابطه عباراتی از فقهاء را نقل می‌کنند. فقط به یک نکته در عبارت مرحوم علامه حلی اشاره می‌کنیم.

مرحوم علامه حلی فرموده‌اند اگر پدر مثلا ورشکسته شده است می‌تواند با فروش اموال فرزندش قرض خود را بپردازد هرچند اموال فرزند را به نصف قیمت بفروشد و اطمینان داشته باشد نمی‌تواند مال فرزندش را برگرداند. لکن این کار بر خلاف اجماع فقها است زیرا اجماع داریم پدر بدون رعایت مصلحت فرزند حق تصرف در اموال او را ندارد.

هذا و لکن الأقوی كفاية ...، ص ۵۴۰، س ۱۰

قول سوم: مرحوم شیخ: فقط مفسده نداشته باشد

مرحوم شیخ انصاری معتقدند اقوی این است که پدر فقط در صورتی حق تصرف در اموال اولاد را ندارد که تصرفش به ضرر آنها باشد و دارای مفسده باشد لذا اگر تصرف به مصلحت آنان باشد یا علی السوئة باشد (نه مصلحت نه مفسده) اشکالی نخواهد داشت.

دلیل: جمع بین روایات

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند روایاتی داریم که مطلقا پدر را مجاز به تصرف در اموال اولاد می‌دانند، در مقابل روایاتی داریم که این اطلاق را محدود می‌کنند و قدر میتقنشان صورتی است که تصرف، مفسده داشته باشد پس در غیر این صورت تصرف مجاز است.

سؤال: با آیه لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ چه می‌کنید، شما که در نقد قول اول فرمودید دلالت می‌کند تصرف پدر حتما باید بر اساس رعایت مصلحت باشد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری سه جواب مطرح می‌فرمایند:

اولا: آیه شریفه دلالت نمی‌کند بر لزوم رعایت مصلحت.

در توضیح این جواب، مرحوم شهیدی در هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۳۲۶ می‌فرماید چنین نقل شده که کلمه "أحسن" افعال تفضیل نیست که دلالت کند بر لزوم رعایت مصلحت و بهترین وضعیت، بلکه برای دلالت بر افعال تفضیل نیاز به قرینه است زیرا در موارد متعددی این کلمه به معنای "حسن" است یعنی ضد قبیح پس مهم این است که تصرف پدر مفسده نداشته باشد.

ثانیا: سلمنا که آیه دلالت می‌کند بر لزوم رعایت مصلحت لکن روایات مطلقه‌ای داریم که می‌گویند تصرفات ولی مطلقا جایز است به مصلحت طفل باشد یا نباشد.

ثالثا: سلمنا که دلالت آیه مطلق باشد یعنی بفرماید هیچ فردی حق تصرف در اموال یتیم را ندارد الا با رعایت مصلحت، اما آیه فقط شامل جد پدری می‌شود نه خود پدر، لذا نسبت به پدر می‌گوییم تمام تصرفاتش جایز است.

اشکال: در اشکال به قول اول شما فرمودید طبق عدم قول به فصل حکم پدر و جد یکی است چرا اینجا تفاوت قائل می‌شوید؟

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند ما بین فقها قول به فصل داریم یعنی در جایی که پدر ورشکسته شده می‌تواند مال فرزندش را قرض بگیرد و آن را بفروشد اما جد چنین ولایتی ندارد، پس اشکالی ندارد که در اینجا هم به حکم آیه شریفه بگوییم فقط تصرفات جد، مقید به رعایت مصلحت و أحسن بودن است اما تصرفات پدر چنین قیدی ندارد.

ثم لا خلاف ظاهرا ...، ص ۵۴۲، س ۳

نکته سوم: تساوی اجداد زنده در ولایت

اگر فرض کنیم یک طفل هم پدرش زنده است هم سه جد او، جد اَدنی (پدر پدر)، جد وسطی و جد اعلی به حکم اجماع و اطلاقات أدله می‌گوییم جد مطلقا ولایت دارد. مانند روایاتی که می‌فرمایند: "أَنْتَ وَ مَالِكَ لِأَبِيكَ" که شامل آب می‌شود هر چه بالا رود.

سؤال: اگر پدر از دنیا رفته باشد و مثلا سه جد طفل زنده باشند ولایت این طفل به پدر می‌رسد یا هر سه جد مساوی هستند؟

جواب: بعضی قائل اند اجداد در عرض یکدیگر ولایت دارند.

بعضی هم معتقدند فقط جد اَدنی (پدر پدر) ولایت دارد. وقتی پدر زنده باشد به حکم نص خاص همه اجداد در کنار پدر ولایت دارند اما اگر پدر از دنیا رفته باشد فقط جد اَدنی ولایت دارد زیرا خداوند در سوره مبارکه انفال، آیه ۷۵ می‌فرماید: "وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ" لذا چنانکه در باب طبقات ارث تا طبقه اَدنی حاضر باشند نوبت به طبقه بعدی (اعلی) نمی‌رسد، در اینجا هم می‌گوییم تا جد اول زنده است نوبت به ولایت جد دوم و سوم نمی‌رسد.

مرحوم شیخ انصاری به نظر خودشان تصریح نمی‌کنند.

خلاصه نظر مرحوم شیخ انصاری در ولایت آب

فرمودند پدر و جد ولایت بر طفل دارند هر چند عادل نباشند لکن اگر تصرفش برای طفل مفسده داشته باشد مجاز نیست اما اگر مصلحت داشت یا مصلحتی نداشت اما مفسده‌ای هم نداشت همچنان مجاز به تصرف از طرف طفل هستند.

تحقیق در حدود اطاعت از والدین

در پایان بحث از ولایت آب و جد و به جهت پاسخ به سؤالاتی که در ذهن به وجود می‌آید در رابطه با محدوده اطاعت از والدین و کیفیت و أدله آن، کتاب المناهل و نویسنده آن مرحوم سید مجاهد را معرفی می‌کنم که دوستان به آن مراجعه نمایند.

شخصیت شناسی مرحوم سید مجاهد صاحب کتاب المناهل

* مرحوم سید محمد طباطبائی (۱۱۸۰-۱۲۴۲ هـ ق) معروف به سید مجاهد فرزند مرحوم سید علی طباطبائی صاحب ریاض المسائل، و داماد مرحوم علامه بحر العلوم است، دارای تألیفات متعدد که معروفترین آنها در علم اصول "مفاتیح الأصول" و در فقه "کتاب المناهل" است. صاحب مناهل و پدر در کربلا هستند، صاحب ریاض از فقهاء بزرگ شیعه است و شیخ انصاری به آراء ایشان در موارد متعددی از مکاسب می‌پردازند و در صدد آشنا کردن طلبه با فرمولهای اجتهادی در کتاب ریاض المسائل هستند، نمونه قدس و ملکه تقوی را در صاحب ریاض از سلف صالح شیعه می‌توان دید. کز و فرّ علمی و استدلالی می‌کند با پسرش (سید مجاهد) و به این اطمینان می‌رسد که پسرش أعلم است و اعلام می‌کند من دیگر با وجود پسر من فتوا نمی‌دهم چون امتحانش کردم دیدم أعلم است، سید مجاهد به حرج می‌افتد و به جهت احترام پدر هجرت می‌کند به اصفهان و ۱۳ سال می‌ماند و بعد از رحلت پدر در ۱۲۳۱ ق به کربلا بازمی‌گردد. باید توجه داشت این ایمان و اخلاق، دین و مردم را حفظ کرده است. نه اینکه الآن کسی به روستایی برود استدلال بیاورد فلانی أعلم است بعد باز کسی دیگر برای عملیت فرد دیگر برود و مردم را متحیر کند.

بزرگان معاصر ما از جمله شیخنا الأستاذ حفظه الله نقل می‌فرمودند مرحوم آیه الله سید محمد هادی میلانی (۱۳۱۳-۱۳۹۵ هـ ق) در مشهد در جمعی که از طرف ایشان برای تبلیغ می‌رفتند فرموده بودند ببینید مردم مقلد چه کسی هستند همان رساله را بیان کنید من راضی نیستم اسمی از من بیاورید.

جهت شهرت ایشان به مجاهد آن است که اواخر ۱۲۴۱ ق برای جهاد و شرکت در جنگ ایران با روسیه در زمان فتحعلی شاه قاجار به تهران وارد شدند. و به همراه عالمان بزرگی همچون ملا احمد نراقی (۱۲۴۵ ق) و سید ابراهیم نواب یزدی بن سید عبد الفتاح بن سلطان العلماء صاحب حاشیه بر معالم، حاج ملا محمد صالح برغانی قزوینی، شیخ ملا صفر علی لاهیجانی، شیخ میرزا ضیاء الدین بن اسد الله بروجردی، شیخ میرزا داود بن شیخ اسد الله بروجردی و شیخ محمد حسین بن معصوم بروجردی در جهاد شرکت کردند. شرح حال ایشان را در کتب تراجم از جمله **أعیان الشیعة**، ج ۹، ص ۴۴۳ مطالعه کنید.

معرفی اجمالی کتاب المناهل

مرحوم سید محمد طباطبائی معروف به سید مجاهد در کتاب المناهل که هر مبحث آن را با همین عنوان آغاز می‌کنند مثل کتاب مناهل الودیعة، ایشان به طور جامع و مستدل به بحث از حقوق والدین، اطاعت از والدین و عقوق والدین پرداخته‌اند که مراجعه به آن برای شما مفید بلکه لازم است. به فهرست مطالب ایشان در این زمینه اشاره می‌کنم. ایشان پس از بحث از ودیعه در صفحه ۲۵۴ می‌فرمایند:

کتاب مناهل جملة من الاحکام المتفرقة

- منهل لا ريب في ان عقوق الابوين من المحرمات و الكبائر القادحة في العدالة.

ينبغي التنبيه على امور:

الاول صرح في النهاية و القاموس و المصباح المنير و مجمع البحرين بان العقوق في الاصل من العق و هو الشق

الثاني هل يحرم ان يقال للوالدين اف او لا

الثالث هل يجوز اهانة الابوين و اذاهما او زجرهما

الرابع هل يجوز الامور المذكورة للتقية او لا

الخامس هل يجوز الامور المذكورة اذا رضى بها الوالدين تحننا منهما

السادس هل يجوز الامور المذكورة لدفع الاذية و الاهانة عن نفسه

السابع يستفاد من ظواهر الآيات المتقدمة وجوب الاحسان الى الوالدين

الثامن استفاد من جملة من الروايات الضعيفة وجوب بر الابوين

التاسع لا اشكال في انه لا يجب اطاعتهم في المعصية من ترك الواجب

العاشر هل تجب اطاعة كل منها في المباح و حرمة عصيانه فيه

الحادي عشر هل يشترط في حرمة العقوق اسلام الابوين

الثاني عشر هل يحرم عقوق الجد و الجدة و ان عليا او لا

الثالث عشر هل الابوان باعتبار الزنا يحرم عقوقهما أيضا او لا.

مسأله: في ولاية الفقيه ... ص ۵۴۵

مسأله دوم: ولايت فقيه

در این مسأله سه مطلب بیان می‌کنند: ۱. (طرح بحث) مناصب ثلاثه فقيه. ۲. ولايت پیامبر و ائمه عليهم السلام. ۳. ولايت فقيه.

مطلب اول: مناصب ثلاثه فقيه

مرحوم شيخ انصاری می‌فرماید امتثالاً لأمر اكثر حضار مجلس المذاكرة وارد بحث از مناصب فقيه می‌شویم. لذا دو نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: عناوين مناصب فقيه

سه منصب را برای فقيه فقط اشاره می‌کنند که عبارت‌اند از: إفتاء، قضاوت و ولايت بر تصرف در اموال و انفس:

منصب اول: إفتاء

قبل از توضیح کلام مرحوم شيخ انصاری یک مقدمه فقهی کوتاه بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: موضوعات عرفیة و موضوعات مستنبطة

فتوای فقيه دو رکن دارد یکی موضوع و دیگری حکم شرعی آن. رتبه موضوع همیشه مقدم بر حکم است لذا از رابطه بین موضوع و حکم تعبیر می‌کنند به سبب و مسبب یا علت و معلول.

موضوع بر دو قسم است:

قسم اول: موضوع عرفی و لغوی

مقصود عناوینی است که برای فهم آنها باید به عرف و لغت (که البته لغت هم متخذ از عرف است) مراجعه کرد مانند عنوان خمر، خلّ، دم، کلب، خنزیر و امثال اینها.

قسم دوم: موضوع مستنبط

مقصود عناوینی است که برای فهم محتوای آنها نیاز به بیان شارع داریم. عناوینی مانند وطن در قصر و اتمام نماز، غناء و ... فهم مقصود شارع از این عناوین نیاز به بررسی تخصصی أدله شرعی است لذا تشخیص موضوع در این عناوین، بر عهده فقيه است نه مقلد.

مرحوم شيخ انصاری می‌فرماید اولین منصب فقيه، منصب إفتاء است. إفتاء در حکم شرعی و موضوعات مستنبطة. این مسأله هم اجماعی است. مگر جمع قلیلی از اخباریان که معتقدند تقلید کردن بر فرد عامی حرام می‌باشد و افراد باید خودشان وظیفه شرعی را از ادله استفاده کنند.

منصب دوم: قضاوت و حکم در مرافعات

مرحوم شيخ انصاری به اختصار می‌فرماید دومین منصب فقيه قضاوت است و حکم کردن در مرافعات بین مردم. البته گاهی حکمی که فقيه صادر می‌کند مربوط به باب مرافعات هم نیست مثل اینکه حکم می‌کند به رؤیت هلال ماه مبارک رمضان.

مرحوم شيخ انصاری به بررسی مسأله نمی‌پردازند اما اجمالاً قابل توجه است که فقها بین حکم و فتوا تفاوت قائل‌اند که محل بحث از آن در مبحث اجتهاد و تقلید است، و گفته می‌شود یک فقيه می‌تواند فتوای فقيه دیگر را نقض کند و بر خلاف آن فتوا دهد لکن یک فقيه نمی‌تواند حکم یک فقيه دیگر را نقض کند.

منصب سوم: ولايت بر تصرف در اموال و انفس

ولايت بر تصرف دو قسم است:

قسم اول: ولايت در تصرف استقلالاً

در مثل سهم امام فقيه مستقلاً حق دارد این سهم را بگیرد و محلش به مصرف برساند.

قسم دوم: ولايت بر اجازه به دیگران در تصرف

فقيه فقط حق دارد به دیگران اجازه دهد که تصرفی انجام بدهند یا نه مانند باب تقاص که فقيه نمی‌تواند مستقیماً تقاص کند بلکه فقط می‌تواند در موردی که زید مورد ظلم عمرو واقع شده و عمرو حاضر نیست حق مالی زید را بپردازد به زید اجازه دهد در اموال عمرو تقاص کند.

می‌فرماید رابطه بین دو قسم مذکور عام و خاص من وجه است یعنی دو ماده افتراق دارند و یک ماده اجتماع:

ماده افتراق اول: فقيه حق تصرف مستقل دارد اما حق اجازه به غیر را ندارد مانند مال مجهول المالک.

ماده افتراق دوم: فقيه حق تصرف مستقل ندارد اما حق اجازه به غیر دارد مانند باب تقاص.

ماده اجتماع: فقیه هم مجاز به تصرف بالاستقلال است هم مجاز است به دیگران اجازه تصرف دهد مانند سهم مبارک امام علیه السلام.

ثم إن إذنه المعتبر ...، ص ۵۴۶، س ۹

نکته دوم: صور اذن فقیه به تصرف غیر

می‌فرمایند در منصب ولایت برای فقیه گفتیم در بعض موارد فقیه ولایت دارد که به دیگران اجازه تصرف دهد، این نوع ولایت سه صورت دارد:

صورت اول: نیابت و وکالت به غیر

فقیه ولایت خودش را به شکل نیابت و وکالت به غیر واگذار می‌کند. مثل اینکه فردی را وکیل در أخذ سهم امام قرار می‌دهد.

یکی از ویژگیهای وکالت این است که با موت موکل (فقیه) وکالت باطل می‌شود و آن فرد دیگر مجاز به أخذ سهم امام نخواهد بود.

صورت دوم: تولیت و تفویض به غیر

فقیه حق تصرف را به دیگری تفویض می‌کند لذا با موت فقیه این حق همچنان برای آن فرد باقی می‌ماند مثل اینکه فقیه، زید را به عنوان متولی یک موقوفه عامه (وقف برای عموم مردم) منصوب می‌کند یعنی فقیه حق تولیت خودش را به دیگری واگذار می‌کند لذا در این صورت با موت فقیه، ولایت متولی باطل نمی‌شود. البته فقیه می‌تواند آن متولی را عزل کند.

صورت سوم: اذن به غیر

صورتی که نه وکالت و نیابت است و نه تفویض و تولیت بلکه صرفاً فقیه به فردی اذن می‌دهد برای تصرف در یک مورد خاص. مثل اینکه زید مرده است ولی ندارد، فقیه (حاکم شرع) به زید اذن می‌دهد بر جنازه زید نماز میت بخواند. این اذن فقط مربوط به همین مورد است.

مطلب دوم: ولایت پیامبر و ائمه علیهم السلام

در این رابطه سه نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: اصل اولیه عدم ولایت (به معنای اول)

می‌فرمایند اصل عدم ولایت احدی علی احد است به معنای اولی که برای ولایت ذکر کردیم (ولایت در تصرف استقلالا) زیرا خداوند همه افراد را آزاد آفریده است لذا هیچ فردی حق ندارد در مال یا نفس دیگری تصرفی داشته باشد.

نکته دوم: استثناء پیامبر و اهل بیت علیهم السلام

به حکم أدله أربعه، پیامبر و اهل بیت علیهم السلام از اصل اولیه عدم ولایت خارج شده‌اند:

دلیل اول: آیات قرآن

آیات متعددی در قرآن دلالت بر ولایت حضرات معصومان دارند. از جمله: "النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ؛" "مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ؛" "فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ؛" "وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَاطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ؛" "إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ"

دلیل دوم: روایات

روایات متعددی در این رابطه وارد شده که به بعض آنها اشاره می‌کنند از جمله: قال في يوم غدیر خم: "أست أولی بکم من أنفسکم"

قالوا بلی قال من كنت مولاة فهذا علی مولاة"

دلیل سوم: اجماع

می‌فرمایند و أما الإجماع فغیر خفی.

دلیل چهارم: عقل مستقل

قبل از بیان کلام مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اصول: تقسیم دلیل به شرعی و عقلی (مستقل و غیر مستقل)

در اصول فقه مرحوم مظفر، ج ۱، ص ۲۰۶ به بعد در تقسیمات دلیل به شرعی و عقلی و تقسیم دلیل عقلی به مستقل و غیر مستقل

(غیر مستقل مانند مفهوم موافقت و قیاس اولویت) خوانده‌ایم که می‌فرمایند:

المقدمتان (صغرى و كبرى) قد تكونان معا غير عقليتين فالدليل الذي يتألف منهما يسمى دليلا شرعيا في قبال الدليل العقلي و لا كلام لنا في هذا القسم هنا. و قد تكون كل منهما أو إحداهما عقلية أي مما يحكم العقل به من غير اعتماد على حكم شرعي فإن الدليل الذي يتألف منهما يسمى عقليا و هو على قسمين:

۱. أن تكون المقدمتان (صغرى و كبرى) معا عقليتين كحكم العقل بحسن شيء أو قبحه ثم حكمه بأنه كل ما حكم به العقل حكم به الشرع على طبقه و هو القسم الأول من الدليل العقلي و هو قسم المستقلات العقلية. ۲. أن تكون إحدى المقدمتين غير عقلية و الأخرى عقلية كحكم العقل بوجوب المقدمة عند وجوب ذبيها فهذه مقدمة عقلية صرفة و ينضم إليها حكم الشرع بوجوب ذي المقدمة و إنما يسمى الدليل الذي يتألف منهما عقليا فلأجل تغليب جانب المقدمة العقلية و هذا هو القسم الثاني من الدليل العقلي و هو قسم غير المستقلات العقلية و إنما سمي بذلك لأنه من الواضح أن العقل لم يستقل وحده في الوصول إلى النتيجة بل استعان بحكم الشرع في إحدى مقدمتي القياس.

چهارمین دلیل بر ولایت پیامبر و اهل بیت علیهم السلام دلیل عقلی است که مرحوم شیخ انصاری به دو بیان آن را تقریر می‌فرماید:

بیان اول: دلیل عقل مستقل

دلیلی که صغری و کبرای آن عقلی است. (مرحوم شیخ انصاری در عبارتشان ابتدا به کبری و سپس به صغری اشاره می‌کنند). در علم کلام ثابت شده شکر منعم عقلاً واجب است و یکی از مصادیق شکر هم اطاعت است. همچنین از معجزات متواتر معصومان، سیره اخلاقی و معنوی آنان قطع پیدا می‌کنیم آنان واسطه در فیض و ولی نعمت ما هستند. لذا از این مطالب صغری و کبری عقلی شکل می‌گیرد که:

صغری: ائمه معصومین منعم هستند.

کبری: اطاعت منعم واجب است.

نتیجه: ائمه معصومین اطاعتشان واجب است. یعنی آنان اولی از ما هستند.

بیان دوم: دلیل عقل غیر مستقل

صغری: اطاعت پدر بر اولاد واجب است شرعا.

کبری: وقتی پدر جسمانی اطاعتش بر اولاد واجب است، پدر معنوی (که هدایت انسان وابسته به او است) به طریق اولی اطاعتش لازم است عقلا.

فتأمل

اشاره به نقد دلیل عقل غیر مستقل است که وجوهی بیان شده از جمله: لزوم اطاعت پدر در امور خاصی است و مطلق نیست لذا قیاس اولویت به آن ثمره مطلوب مستدل را ندارد. یا اینکه اطاعت غیر از ولایت است لذا اطاعت مادر واجب است اما ثابت نمی‌کند مادر هم بر فرزند ولایت دارد. یا اینکه اگر یک شیعه‌ای فرد کافری را به اسلام و مکتب اهل بیت علیهم السلام هدایت کرد چنین ولایتی بر آن فرد پیدا نمی‌کند.

و أمّا بالمعنى الثانى ...، ص ۵۴۸، س ۱۴

نکته سوم: ولایت به معنای اجازه تصرف به غیر

آیا مواردی داریم که اهل بیت علیهم السلام به غیر خودشان اجازه تصرف داده باشند یا خیر؟

پاسخ این است که در شریعت و امور اجتماعی انسان نکاتی دخالت دارد که اگر نباشند اختلال نظام معیشت مردم پیش می‌آید از این نکات به امور عامه یا مصالح عامه تعبیر می‌شود مانند حدود و تعزیرات، بیت المال مسلمین، نیروهای نظامی و انتظامی، صنایع و تولیدات ضروری که شارع راضی به معطل ماندن آنها نیست. حال می‌فرمایند پیامبر و اهل بیت علیهم السلام طبق روایات ولایت در امور عامه و مصالح عمومی مسلمین برایشان ثابت است. چهار طائفه روایت بر این معنا دلالت می‌کنند:

طائفه اول: روایاتی که از معصومین به اولی الأمر تعبیر شده است.

طائفه دوم: روایاتی که امر می‌کنند در حوادث واقعه به فقیه مراجعه کنید زیرا جانشین ما است. (معلوم می‌شود خود اهل بیت علیهم السلام چنین ولایتی دارند که آن را به فقیه واگذار کرده‌اند)

طائفه سوم: روایاتی که به طور کلی وجود حکومت برای تنظیم مصالح عمومی کشور اسلامی را لازم می‌دانند و متولی اش است.

طائفه چهارم: روایاتی که در خصوص بعضی از مصالح عمومی مانند حدود و تعزیرات تصریح می‌کند متولی‌اش امام معصوم است.

پس این روایات دلالت می‌کنند در امور عامه باید از امام معصوم اجازه گرفت. البته روشن است در تمام امور جزئی مانند هر خرید و فروشی که اشخاص جامعه انجام می‌دهند نیاز به اذن امام معصوم نیست اگر در موردی هم شک پیدا شد چون فرض مسأله مربوط به عصر حضور امام معصوم است نمی‌توان به اصول عملیه مراجعه نمود. مگر اینکه مثلاً امام معصوم در زندان باشد و امکان دسترسی وجود نداشته باشد.

مطلب سوم: ولایت فقیه

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مهم‌ترین بحث در این مسأله بحث از ولایت فقیه است. در این رابطه پنج نکته بیان می‌کنند و در پایان نظرشان در بحث روشن و مبرهن می‌شود.

نکته اول: عدم ولایت در تصرف استقلالی برای فقیه

سؤال این است که آیا ولایت به معنای اول یعنی ولایت در تصرف استقلالا که حق تصرف در اموال و انفس که برای معصوم ثابت بود برای فقیه هم ثابت است یا نه؟ آیا فقیه می‌تواند اموال فردی را مصادره کند، یا می‌تواند به فردی دستور دهد همسرش را طلاق دهد یا او را تبعید کند؟

جواب: می‌فرمایند چنین چیزی برای فقیه ثابت نیست و دلیلی بر آن نداریم. البته بعضی از علما مانند مرحوم ملا احمد نراقی استاد مرحوم شیخ انصاری در عوائد الأیام و مرحوم محقق ثانی برای اثبات این ولایت برای فقیه به روایاتی تمسک کرده‌اند که مرحوم شیخ به تعدادی از آنها اشاره می‌کنند دلالتشان بر مدعا را نمی‌پذیرند. به بعضی از آنها اشاره می‌کنیم:

روایت یکم: روایت "العلماء ورثة الأنبياء" روشن است که تمام شوون و متعلقات مورث به وارث می‌رسد الا بعضی از خصوصیات که قابل ارث بردن نیست مانند عصمت. پس شأن ولایت از شوونی است که نبی گرامی اسلام صلی الله علیه و آله و سلم به علماء ارث رسیده است.

روایت دوم: از امام حسین علیه السلام نقل شده که فرمودند: "مجاری الأمور بيد العلماء بالله الأئمة على حلاله و حرامه" حضرت می‌فرمایند مجاری و ریشه‌ها و اصل امور مردم به دست علماء است یعنی چنانکه مردم می‌توانند در اموالشان تصرف کنند همسر انتخاب کنند یا همسرشان را طلاق دهند این گونه تصرفات به فقیه و عالم هم واگذار شده است.

روایت سوم: از رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم نقل شده که فرمودند علماء امتی کانبیاء بنی اسرائیل " استدلال به روایت چنین است که گفته شده حذف المتعلق دال على العموم، وقتی متعلق تشبیه علماء به انبیاء بنی اسرائیل ذکر نشده پس در عموم شوونات انبیاء بنی اسرائیل مشترک‌اند یکی از شوون انبیاء، ولایت بر مردم است پس این ولایت برای علماء هم ثابت است. (هر چند بعضی از شوون مانند نبوت استثناء شده یقیناً)

روایت چهارم: در بعض روایات از عالم و فقیه به خلیفة النبی تعبیر شده است پس چنانکه پیامبر منصب ولایت و جواز تصرف در اموال و انفس دیگران را دارد، عالم و فقیه هم چنین منصبی را خواهد داشت.

روایت پنجم: امام صادق علیه السلام در مقبوله عمر بن حنظله می‌فرمایند من فقیه را "جعلته علیکم حاکماً" حاکم قرار دادن دلالت دارد بر جواز انواع تصرفات.

لكن الإنصاف بعد ...، ص ۵۵۳، ص ۲

مرحوم شیخ انصاری جدای از اشکالی سندی در تعدادی از روایات مذکوره، دو اشکال به دلالت این روایت بیان می‌کنند:

اشکال اول:

با تأمل در صدر و ذیل این روایات روشن می‌شود که در صدد بیان وظیفه مشترکی بین امام معصوم و فقیه و عالم هستند که آن هم بیان احکام دین باشد. مثلاً ذیل روایتی که حضرت فرمودند علماء ورثة انبیاء هستند حضرت می‌فرمایند یعنی احادیث را به ارث می‌برند و باید به آیندگان منتقل کنند. پس این روایات فقیه را به منزله معصوم می‌دانند در تبلیغ احکام نه در ولایت.

مرحوم شيخ انصاری می‌فرماید اگر فقیه‌ی فتوایش این باشد که مقلد می‌تواند خودش خمس و زکات را به محل مصرفش برساند دیگر بعد از این فتوا ولایت ندارد که مقلد را امر کند که باید زکات را به من تحویل دهی، به این جهت ولایت ندارد که مقلد ملزم به اطاعت از او باشد بلکه اگر از ابتدا فتوایش این باشد که مقلد موظف است خمس و زکات را به مرجع تحویل دهد، مقلد باید به این فتوا عمل کند.

اشکال دوم:

اگر مفاد این روایات را بپذیریم که فقیه مطلقاً ولایت دارد و حق تصرف در اموال و انفس را دارا است، تخصیص اکثر لازم می‌آید زیرا در موارد زیادی باید این ولایت را تخصیص بزنیم و تخصیص اکثر از مولای حکیم قبیح است.

نکته دوم: ولایت فقیه در مصالح عامه

آیا تصرف دیگران در امور مربوط به مصالح عامه نیاز به اجازه فقیه دارد؟

امور و مصالح عامه بر دو قسم است:

قسم اول: برای بعضی از مصالح عامه در شریعت اسلام متولّی خاصی در نظر گرفته شده است. مثل تولیت امور ایّتام که جدّشان است؛ مثل فتوا و قضاوت که بر عهده فقیه گذاشته شده یا بعضی از مراتب امر به معروف و نهی از منکر که بر عهده عموم مردم گذاشته شده است. در این قسم تکلیف روشن است.

قسم دوم: مصالح عامه‌ای که متولّی خاصی مشخص نشده است. مسائلی از قبیل امنیت عمومی، برنامه ریزی برای بودجه عمومی کشور، بهداشت عمومی شهرسازی و ... در این قسم شک داریم رجوع به فقیه لازم است و مردم بدون اجازه و نظر فقیه حق دخل و تصرف ندارند یا لازم نیست؟

مرحوم شيخ انصاری می‌فرماید جواز دخل و تصرف در امور مربوط به مصالح عامه باید با اجازه فقیه باشد.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة ...، ص ۵۵۴، س ۶

البته فقیه هم وظیفه مستقل دارد یعنی وقتی مردم برای دریافت نظر و اجازه فقیه به او مراجعه کردند فقیه باید بررسی کند:

– اگر مورد مسأله از مختصات امام معصوم باشد مانند جهاد ابتدایی که فقیه معتقد باشد از مختصات امام معصوم است. در این مورد تکلیف روشن است که نه فقیه حق دخالت دارد و نه مردم حق اقدام دارند.

– اگر مورد مسأله از مختصات امام معصوم نباشد یعنی فقیه بر اساس أدله معتقد است مجاز به تولیت است. در این مورد فقیه موظف است به مردم اعلام نظر کند.

– اگر مورد مسأله از مواردی باشد که فقیه نتوانست از أدله استفاده کند مجاز به تولیت است، در این موارد فقیه نمی‌تواند عهده‌دار اجازه تصرف شود هرچند منجر به تعطیل شدن و محرومیت جامعه از آن مسأله شود. به این دلیل که با اصل غیبت امام زمان عجل الله تعالی فرجه الشریف جامعه اسلامی از مصالح و برکات مهم‌تری محروم شده است لذا محرومیت از یک مسأله اینچنینی هم اشکالی ندارد.

أدله وجوب رجوع به فقیه در مصالح عامه فاقد متولّی خاص

مرحوم شيخ انصاری سه دلیل ارائه می‌دهند که ثابت کنند مردم در امور عامه‌ای که متولّی خاص ندارد باید به فقیه مراجعه کنند:

دلیل اول: مقبوله عمر بن حنظله

امام صادق علیه السلام در این روایت می‌فرماید برای امور شرعی در زندگی خود به فقیه مراجعه کنید زیرا او از طرف ما حاکم بر شما است و اگر کسی قول او را ردّ کنند مانند این است که دستور ما را ردّ کرده است.

دلیل دوم: روایت "مجارى الأمور بيد العلماء"

مجارى امور قطعاً شامل قسم دوم از امور عامه می‌شود لذا تصمیم‌گیری دز آنها به فقیه واگذار شده و مردم حق دخالت ندارند.

از ناحیه مقدسه حضرت حجت عجل الله تعالی فرجه الشریف توقیع و نامه‌ای وارد شده که حضرت در جواب اسحاق بن یعقوب می‌فرماید:

"أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رؤاة حديثنا ، فإنهم حجّتي عليكم وأنا حجة الله"

حوادث واقعه یعنی مطلق اموری که برای شیعیان پیش می‌آید و عرفا یا عقلا یا شرعا نیاز به تصمیم‌گیری حاکم و رئیس است، لذا شیعیان به جهت عدم دسترسی به امام معصوم باید به فقهاء مراجعه کنند مثل اموال قاصرین (کسانی که مجاز به تصرف در مالشان نیستند) به جهت غیبت (مثلا صاحب مال مفقود شده) یا موت یا خردسالی یا سفاهت.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید تعبیر "الحوادث الواقعة" در توقیع شریف را نمی‌توان مختص مسائل شرعی (احکام مشتبه) و باب قضاوت دانست به چند جهت:

جهت اول: حضرت نفرموده‌اند حکم شرعی حوادث واقعه به فقیه و اگذار شده بلکه به طور مطلق فرمودند "الحوادث الواقعة"

جهت دوم: تعبیر "إنهم حجّتي عليكم" نسبت به اموری بیان می‌شود که نیاز به اعلام نظر شخص فقیه دارد یعنی منصب اعلام نظر و رأی که در منصب امامت مطرح است به فقیه و اگذار شده لذا حضرت نفرمودند "إنهم حجج الله عليكم" که گفته شود مربوط به احکام الله و امور شرعی است بلکه فرمودند فقهاء حجت من بر شما هستند.

جهت سوم: اصل موضوع نامه اسحاق بن یعقوب و جواب حضرت نشان می‌دهد مسأله صرفا مربوط به احکام شرعی نیست. اسحاق بن یعقوب می‌گوید از محمد عثمان عمری (نائب خاص حضرت و متوفای ۳۰۵ هـ ق) خواستم نامه مرا که حاوی سؤال از مسائلی است که بر من مشکل شده است به حضرت حجت عجل الله تعالی فرجه الشریف برساند. پس تعبیر "سألت محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه أن يوصل لي كتابا قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ" نشان می‌دهد مقصود او و همچنین جواب حضرت به او فقط مربوط احکام شرعی نبوده و الا لزوم رجوع جاهل به عالم بدیهی است و معنا ندارد اسحاق بن یعقوب از این امر بدیهی سؤال کند.

ثم إن النسبة بين ...، ص ۵۵۶، س ۱۵

نکته سوم: اشکال به دلالت توقیع و پاسخ آن اشکال:

مستشکل می‌گوید قبول داریم که توقیع شریف می‌گوید حوادث واقعه به فقیه و اگذار شده اما در مقابل آن روایاتی داریم که می‌گویند "کلّ معروف صدقه" یعنی هر کار خیری صدقه است، روشن است که برای صدقه دادن نیاز به اجازه نیست، پس انجام هم کار خیری در مصلحت عامه مردم نیاز به اجازه فقیه نخواهد داشت. رابطه بین توقیع و حدیث مذکور عام و خاص من وجه است یعنی دو ماده افتراق و یک ماده اجتماع دارند:

ماده افتراق اول: حوادث واقعه‌ای که خیر و معروف عرفی نباشند. مانند قصاص و اجرای حد و شلاق زدن.

ماده افتراق دوم: کارهای خیری که از حوادث واقعه نیستند و نیاز به اجازه فقیه ندارند. مانند صدقه دادن یک ظرف غذا.

ماده اجتماع: حوادث واقعه و مصالح عامه‌ای که خیر و معروف عرفی هم هستند مثل اداره نمودن بهداشت عمومی، امنیت عمومی و نسبت به ماده اجتماع توقیع شریف می‌گوید نیاز به اجازه از فقیه دارد و حدیث "کلّ معروف صدقه" می‌گوید نیاز به اجازه فقیه ندارد هر دو حدیث تعارضاً تساقطاً پس در این قسمت توقیع شریف باید کنار گذاشته شود.

جواب:

قبل از بیان جواب مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اصولی: تعاریف ورود، حکومت، تخصیص و تخصص

در رسائل مرحوم شیخ انصاری از جمله در انتهای استصحاب و ابتدای مبحث تعادل و تراجیح و همچنین در کتاب اصول فقه مرحوم مظفر، ج ۲، ص ۲۱۹، ذیل مبحث تعادل و تراجیح با عناوین حکومت و ورود، و تفاوت آنها با تخصیص و تخصص آشنا شده‌اید.

مرحوم مظفر فرمودند دو اصطلاح حکومت و ورود و تبیین آن دو به عنوان مبحثی خاص از ابداعات مرحوم شیخ انصاری است هر چند که محتوا و مغزای این دو اصطلاح در کلمات فقهاء قبل ایشان هم وجود داشته است. در اینجا به جهت مطلب مورد بحث فقط اصطلاح حکومت را توضیح می‌دهیم:

حکومت: نوعی رابطه بین دو دلیل است که یک دلیل در موضوع دلیل دیگر تصرف می‌کند به نحو توسعه یا تضییق. باید توجه داشت این رابطه به هیچ وجه از نوع تعارض نیست. مرحوم مظفر می‌فرمودند: آن یقدم أحد الدلیلین علی الآخر تقدیم سيطرة و قهر من ناحية أدائیة و لذا سمیت بالحکومة. فیکون تقدیم الدلیل الحاکم علی المحکوم لیس من ناحية السند و لا من ناحية الحجیة بل هما علی ما هما علیه من الحجیة بعد التقدیم أي إنهما بحسب لسانهما و أدائهما لا یتکاذبان فی مدلولهما فلا یتعارضان و إنما التقدیم كما قلنا من ناحية أدائیة بحسب لسانهما.

مثال حکومت به نحو توسعه: دلیل اول: اکرم العلماء. دلیل دوم: المتقی عالم.

دلیل دوم حاکم بر دلیل اول و مفسر آن است به این نحو که یک فرد (متقی) را به افراد موضوع دلیل اول (العلماء) اضافه می‌کند و افراد دلیل اول را توسعه می‌دهد یعنی حکم اکرام را شامل متقی هم می‌داند. مثال دیگر: "صل مع الطهارة" با "الطواف بالبيت صلاة". مثال حکومت به نحو تضییق: دلیل اول: اکرم العلماء. دلیل دوم: الفاسق لیس بعالم.

مرحوم شیخ انصاری دو جواب به اشکال مذکور بیان می‌کنند:

جواب اول:

دو دلیل مذکور (توقیع شریف و "کل معروف صدقة") تعارض و تساقط نمی‌کنند زیرا رابطه‌شان حکومت به نحو تضییق است یعنی توقیع شریف حاکم است بر "کل معروف صدقة" به این بیان که "کل معروف صدقة" می‌گوید هر کار خیری صدقة است، توقیع شریف در موضوع آن حدیث تصرف می‌کند و می‌گوید هر کار خیری در صورتی صدقه است که با اجازه فقیه باشد لذا در امور عامه نیاز به اجازه فقیه ثابت است و احادیثی مانند "کل معروف صدقة" هم مانع آن نیستند.

جواب دوم:

سَلَمْنَا که دو دلیل مذکور در ماده اجتماع تعارض و تساقط می‌کنند لذا نوبت می‌رسد به جریان اصول عملیه و اصول عملیه هم حکم می‌کنند به لزوم اجازه از فقیه. توضیح مطلب: یقیناً تصرف در مصالح عمومی با اجازه فقیه نافذ و روا است شک داریم آیا تصرف بدون اجازه فقیه صحیح و نافذ است یا خیر؟ اصل عدم مشروعیت تصرفات بدون اذن فقیه است. (استصحاب عدم مشروعیت، برای اثبات مشروعیت هر کاری نیاز به دلیل شرعی داریم و لولا دلیل شرعی اصل عدم مشروعیت است.)

لکن جریان این اصل محل تأمل است زیرا اصل مثبت است. یعنی اصل عدم مشروعیت تصرفات بدون اذن فقیه جاری می‌کنیم و به حکم عقل نتیجه می‌گیریم پس فقیه در مصالح عامه ولایت دارد. لذا مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند مسأله ولایت فقیه و لزوم اجازه از فقیه در امور و مصالح عامه خالی از اشکال نیست.

و علی آی تقدیر ...، ص ۵۵۷، س ۹

نکته چهارم: جمع‌بندی بحث

مرحوم شیخ انصاری در جمع‌بندی مطالب می‌فرمایند در مواردی که رضایت شارع به اقامه آنها در جامعه اسلامی روشن است، فقیه ولایت دارد و برای چنان تصرفاتی نیاز به اجازه فقیه است کن در مواردی مانند اقامه حدود اگر فقیه شک کند اقامه آنها توسط فقیه و دخالت فقیه مورد رضایت شارع هست یا نه از خصوصیات امام معصوم است در این موارد ولایت برای فقیه ثابت نیست.

پس برای تصرف فقیه نسبت به اموال و انفس به طور عام، ولایتی برای فقیه ثابت نشد همچنین امور و مصالح عامه‌ای که از مختصات امام معصوم باشد هم فقیه ولایت ندارد اما در امور و مصالح عامه‌ای که از مختصات امام معصوم نباشد فقیه ولایت دارد.

ثم إنه قد اشتهر فی الألسن ...، ص ۵۵۸، س ۱۴

نکته پنجم: بررسی "السلطان ولی من لا ولی له"

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند عبارتی در ألسنه مشهور شده که "السلطان ولی من لا ولی له" در این رابطه چند نکته باید توجه شود:

یکم: بررسی سند

عبارت مذکور اصلاً سند ندارد به عبارت دیگر عین این محتوا، اصلاً روایت معتبر نیست هر چند در کتب روایی اهل سنت ذکر شده است. البته مشابه آن را مرحوم نوری در مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۸، ص ۱۴۴ نقل می‌کنند که در موصل فردی کشته شد و ولی‌ای نداشت به حضرت امیر علیه السلام خبر دادند حضرت فرمودند: "أنا ولیّه".

بعضی معتقدند جمله مذکور یک قاعده است که از محتوای آیات و روایات به دست می‌آید.

آنان که می‌گویند عبارت مذکور حدیث منقول از پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم (در کتب اهل سنت) است لکن سندش ضعیف است معتقدند عمل مشهور جابر ضعف سند آن است.

مرحوم ملا احمد نراقی استاد مرحوم شیخ انصاری در عوائد الأیام، عائده ۵۴، ص ۵۲۹، مرحوم صاحب جواهر در مواردی از جمله در ج ۲۶، ص ۱۰۴ کتاب الحجر (الحاکم ولیّ من لا ولیّ له)؛ ج ۲۹، ص ۱۸۸ کتاب النکاح و در ج ۳۲، ص ۹ کتاب الطلاق به این عبارت به عنوان حدیث عمل کرده‌اند.

در هر صورت چه روایت باشد چه قاعده چون فقهاء بر اساس آن فتوا داده‌اند پس حجت است.

دوم: "السلطان" امام معصوم است.

می‌فرمایند بعضی از فقهاء مقصود از السلطان را منصرف به امام معصوم دانسته‌اند، الف و لام "السلطان" عوض از مضاف الیه محذوف است که بوده "سلطان الناس" پس این عبارت یا حدیث، شامل غیر معصوم که فقیه باشد نمی‌شود و برای شمول آن نسبت به فقیه نیاز به دلیل داریم و در بررسی أدله نتیجه گرفتیم دلیلی بر ثبوت ولایت عامه برای فقیه نداریم.

سوم: بررسی "ولیّ من لا ولیّ له"

می‌فرمایند گفته شده "ولیّ من لا ولیّ له" یعنی عموم افراد مسلمان در جامعه اسلامی که ولیّ ندارند سلطان عادل ولیّ آنها است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این برداشت صحیح نیست بلکه حدیث مذکور می‌گوید هر فرد یا گروه و طائفه‌ای که شأنش این است که ولیّ و قیم داشته باشد اما ندارد، سلطان عادل ولیّ او است. مثلاً طفل صغیر شأنش این است که ولیّ داشته باشد و پدر و جدش ولیّ او هستند حال اگر پدر و جدّ او فوت کرده باشند سلطان عادل ولیّ او است. همچنین نسبت به طائفه مجانبین سلطان ولیّ آنها در تصرفات مالی است همچنین جامعه اسلامی مالک انفال است، اگر ولیّ جامعه که امام معصوم است حضور ندارد سلطان عادل ولیّ است.

پس روایت مذکور فقط در مواردی که شأنیت ولایت باشد ولایت را برای سلطان عادل ثابت می‌کند نه در تمام امور و شؤون مسلمین و جامعه اسلامی.

البته از جهتی دلالت این حدیث از توقیع شریف (أما الحوادث الواقعة) هم بالاتر است، از این جهت که ذیل توقیع شریف توضیح دادیم اثبات ولایت برای فقیه در مصالح عامه شامل موارد شک نمی‌شود، اما این حدیث به طور مطلق می‌گوید در تمام موارد چه متیقّن چه مشکوک چه منافع عامه چه غیر عامه هر جا به نفع و مصلحت شخص یا جامعه باشد سلطان ولیّ من لا ولیّ له است.

سؤال: قید "به نفع یا مصلحت" شخص یا جامعه را چگونه از حدیث "السلطان ولیّ من لا ولیّ له" استفاده کردید؟

جواب: می‌فرمایند اضافه "ولیّ" به "من" موصوله اضافه به تقدیر لام (منفعت) است یعنی ولیّ لمن، ولیّ است به نفع کسی که. پس از حدیث مذکور استفاده می‌شود تصرفات سلطان عادل باید به مصلحت فرد و جامعه باشد.

نتیجه اینکه توقیع شریف ولایت را برای فقیه در مصالح عامه‌ای که رضایت شارع به دخالت فقیه در آنها روشن باشد ثابت کرد اما این حدیث (بر فرض تمامیت سند) ولایت را برای سلطان عادل نسبت به بعض طوائف ثابت می‌کند.

تحقیق:

مباحث مرحوم شیخ انصاری در باب ولایت فقیه تمام شد البته به چند نکته هم ذیل ولایت عدول مؤننین اشاره می‌کنند مانند مزاحمت یک فقیه برای فقیه دیگر. البته بحث ولایت فقیه با وقوع انقلاب شکوهمند اسلامی در ایران هم از مباحث روز و مبتلا به است هم از مباحث چالشی و دارای شبهه و نیازمند به بررسی و پاسخ مستدل است که محل بررسی فقهی استدلالی آن در مباحث خارج است و این جا هم به جهت ضیق وقت نمی‌توانیم فراتر از مکاسب مرحوم شیخ انصاری مباحثی مطرح کنیم زیرا زمان زیادی می‌طلبد، هر چند پیگیری اجمالی آن برای پاسخ به شبهات موجود در ذهن خودتان یا افراد دیگر در جامعه مطلوب است. برای مطالعه در این زمینه و برای سیر مباحث مربوط به ولایت فقیه هر کدام از فقهاء مشی خاصی دارند.

شیخنا الأستاذ آية الله حاج شیخ جواد مروی حفظه الله ذیل این مباحث و در جلسات مختلف به سه نکته اشاره فرمودند:

نکته اول: سیر بحث فقهی در ولایت فقیه

سیر جامع و کامل مبحث ولایت فقیه بر اساس تحقیقات مفصلشان در این رابطه را در اولین جلسه ورود به این مسأله در همین بحث از مکاسب مرحوم شیخ انصاری چنین مطرح فرمودند:

کتاب الولاية و فيه خمسة فصول:

الفصل الأول: فی ثبوت الولاية للنبي و الأئمة المعصومين عليهم السلام.

الفصل الثاني: فی مناصب الفقيه و هی ثلاثة: الإفتاء، القضاء و الحكم بين الناس و الولاية.

الفصل الثالث: فی الولاية و فيه أربعة أبواب:

الباب الأول: ولاية الفقيه على أخذ الأضراس و الزکوات و الأوقاف و العیّب إذا لم یکن لهم أبٌ و لا جدٌ أو وصیّة.

الباب الثاني: ولاية الفقيه على الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر فیما یتوقف على ضربٍ و جرحٍ و قتل.

الباب الثالث: ولاية الفقيه على الحكومة.

الفصل الرابع: فی الحكومة. و فيه خمسة ابواب:

الباب الأول: فی ضرورة الحكومة فی جميع الأعصار. الباب الثاني: فی ضرورة الحكومة فی عصر الغيبة. الباب الثالث: فی تنقیح الأخبار

التي ربما يُستظهر منها عدم الدخالة فی إقامة دولة عادلة. الباب الرابع: فی أنحاء الحكومات الموجودة فی البلاد. الباب الخامس: فی ولاية

الفقيه على الحكومة و ذکر أدلته. و فيه مسائل:

المسألة الأولى: تعیین الفقيه لمنصب الحكومة بالنصب من الشارع لا بانتخاب الناس. المسألة الثانية: لا ربط للبيعة بمسأله الولاية.

المسألة الثالثة: هل مسألة الولاية على الحكومة للفقهاء فعلى أو شأنی؟ المسألة الرابعة: تراحم أحد الفقهاء للآخر فی مسألة الولاية.

المسألة الخامسة: وظائف الحاكم الإسلامی. المسألة السادسة: هل يجوز الخروج على الحاكم إذا صار جائراً؟

الفصل الخامس: فی أنواع السلطات فی الحكومة الإسلامية و فيه أربعة أبواب:

الباب الأول: السلطة التشريعية و فيه خمسة مسائل:

المسألة الأولى: فی بیان الحاجة إليها. المسألة الثانية: فی انتخاب النواب فی مجلس الشورى و کیفیتته. المسألة الثالثة: هل الملاك فی

الانتخاب، آراء الجميع أو الأكثر. المسألة الرابعة: إذا كانت الأكثرية غير صالحة فهل تُقدّم على الأقلية الصالحة؟ المسألة الخامسة: إذا لم

يشترك الأكثرية هل تجبر أم يكفي انتخاب الأقلية؟

الباب الثاني: فی السلطة التنفيذية (قوه مجریه) و فيه أربعة مسائل:

الأولى: الحاجة إليها. الثانية: شرائط الوزراء و العمال. الثالثة: فی مراقبة العمال و الموظفين. الرابعة: فی القوّة المسلّحة.

الباب الثالث: فی السلطة القضائية. و فی خمسة مسائل:

الأولى: الحاجة إليها. الثانية: شرائط القاضی. الثالثة: نصب المقّلد للقضاء. الرابعة: اختيارات القاضی. الخامسة: أداب القضاء.

الباب الرابع: فی الأمن العام. (استخبارات، اطلاعات) و فيه ثلاث مسائل:

الأولى: الحاجة إليها. الثانية: اهدافه و هي أربعة:

۱. التحركات السلطات الخارجية. ۲. مراقبة اهل النفاق. ۳. مراقبة الجواسيس. ۴. مراقبة العمال و الموظفين.

الثالثة: شرائط من يستخدم للأمن العام.

نکته دوم: معرفی چند منبع مطالعاتی

همچنین منابعی ذکر فرمودند برای مراجعه در مبحث ولایت فقیه، (البته کتابهای جدید زیاد هست و دسترسی در اینترنت فراهم و راحت است اما) برای مطالعات عمیق فقهی و استدلالی و اینکه روشن شود این بحث از گذشته‌ها هر چند اجمالاً در کتب فقهی مطرح بوده توجه به این منابع مفید است:

کتاب البیع مرحوم امام خمینی اعلی الله مقامه الشریف، ج ۲، ص ۶۱۵ به بعد ذیل همین بحث از مکاسب. (ذیل بیع فضولی)

مصباح الفقاهة مرحوم خوئی، ج ۵، ص ۳۴

الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة از مرحوم محدث بحرانی و كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء از مرحوم کاشف الغطاء که در کتاب الخمس به مناسبت مطرح می‌فرمایند.

البدر الزاهر فی صلاة الجمعة و المسافر، تقریرات مباحث مرحوم آیه الله العظمی بروجردی، ص ۷۲ ذیل بحث امامت جمعه.

عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحكام، از مرحوم ملا احمد نراقی، عاثة ۵۴.

الفردوس الأعلی، از مرحوم شیخ حسین کاشف الغطاء، ص ۹۴.

جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام از مرحوم محمد حسن نجفی متوفای ۱۲۶۶ هـ ق (صاحب جواهر معروف) ایشان در موارد متعددی مطرح می‌فرمایند از جمله: مبحث زکات فطره، ج ۱۵، ص ۴۲۱؛ کتاب الخمس، ج ۱۶، ص ۱۷۸؛ کتاب الجهاد، ج ۲۱، ص ۱۱؛ کتاب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، ج ۲۱، ص ۳۹۷؛ کتاب البیع، ج ۲۲، ص ۳۳۴ به بعد؛ کتاب الحجر، ج ۲۶، ص ۱۰۳؛ کتاب النکاح، ج ۲۹، ص ۱۸۸. (مبنای ایشان باید با ملاحظه تمام این موارد به دست آید)

نکته سوم: شخصیت‌شناسی

در بین فقهاء شیعه موارد متعددی داشتیم که به نوعی متصدی ولایت فقیه بوده‌اند که هم سیره‌شان هم آثار مکتوبشان می‌توان منبع تحقیق و استناد فقهی قرار گیرد. از جمله: مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء، مرحوم سید محمد طباطبائی معروف به سید مجاهد، مرحوم میرزا محمد تقی شیرازی، مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی صاحب عروه، مرحوم محقق کرکی، مرحوم مقق ثانی، مرحوم شیخ بهائی، مرحوم میرداماد، مرحوم علامه محمد باقر مجلسی صاحب بحار الأنوار، مرحوم محمد کاظم خراسانی معروف به آخوند صاحب کفایه و ... می‌توان گفت بین علماء شیعه فقیهی نبوده است که شرائط و مقدمات برایش محیا و فراهم باشد و از پذیرش ولایت امتناع کرده باشد بدون اینکه فقیه دیگری عهده دار شود.

مسأله فی ولایة عدول المؤمنین ... ص ۵۶۱

مسأله سوم: ولایت عدول مؤمنین

گفتیم مرحوم شیخ انصاری ذیل شرایط متعاقدين به عنوان هفتمین مطلب، پنج مسأله بیان می کنند.

سومین مسأله مربوط به بررسی ولایت عدول مؤمنین است که آن را ضمن چهار مطلب پی می گیرند:

مطلب اول: اثبات اصل تحقق ولایت عدول مؤمنین

در این مطلب دو نکته بیان می کنند:

نکته اول: ضابطه کلی

هر عمل مطلوب عند الشارع که می دانیم شارع راضی به ترک آن نیست (اصطلاحاً می گوئیم امور حسیّۀ) اگر در انجام آن و اِعمال تصرف در آن، دسترسی به فقیه باشد باید تحت نظارت او باشد و اگر فقیه متعذّر الوصول شد تولیت و سرپرستی در آن به احاد مسلمین واگذار شده است.

دلیل: از طرفی مطلوبیّت اقامه آن امور عند الشارع معلوم است و از طرف دیگر شارع شخص خاصی را برای اِقدام به آن عمل معرفی نفرموده و فرض این است که دسترسی به فقیه هم ممکن نیست پس احاد مؤمنین مجاز به اِقامه آن امر هستند.

اشکال: ممکن است اذن فقیه به صورت مطلق شرط باشد یعنی در صورت تعذر وصول به فقیه تصرف دیگران هم مجاز نباشد.

جواب: می فرمایند این بر خلاف فرض است. زیرا فرض ما این بود که این امور مطلقاً مطلوب شارع است و شارع راضی به تعطیل شدن آنها نیست لذا در صورت تعذر وصول به فقیه طبیعتاً نوبت به احاد مؤمنین می رسد. بله اگر احتمال دهیم اذن فقیه در مطلوبیت عمل نزد شارع معتبر است در این صورت عند الشک اصل عدم مشروعیت تصرف عدول مؤمنین جاری خواهد بود. مانند مرتبه جرح در نهی از منکر.

نکته دوم: نقل و تکمیل کلامی از شهید اول

مرحوم شهید اول فرموده اند در صورت تعذر وصول به فقیه اگر بعضی از افراد از اداء واجبات مالی خود مانند خمس و زکات امتناع کردند آیا احاد مؤمنان می توانند آنان را مجبور به پرداخت کنند و در محلیش به مصرف برسانند؟ در جواب از این سؤال دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: جایز است.

به دو دلیل:

اولاً: عمومات و اطلاقاتی مانند "کلّ معروف صدقة" یا آیه ۲ سوره مبارکه مائده "تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى".

ثانیاً: گفتیم اصل اقامه این امور مطلوب شارع است و شارع راضی به تفویض و تعطیل آنها نیست.

احتمال دوم: مرحوم شیخ انصاری می فرمایند بیانات شهید اول صحیح است الا اینکه احتمال دوم یعنی عدم جواز را بیان نفرمودند لذا ما کلامشان را تکمیل و تتمیم می کنیم. احتمال دوم عدم جواز است به این دلیل که صرف معروف بودن یک عمل باعث نمی شود هر کسی مجاز به تصرف و تصمیم گیری باشد و چه بسا اذن امام یا نایب امام شرط باشد مانند قضاوت و اقامه حدود. پس صرف معروف بودن مثبت ولایت و سبب جواز تصرف نیست مثل اینکه ماشین فردی دویست میلیون تومان قیمت دارد و زید مشتری پیدا کرده که حاضر است دویست و بیست میلیون تومان بپردازد، در اینجا احدی از فقها قائل نیست که چون این کار خیر و معروف است پس زید ولایت دارد بر فروش ماشین فرد دیگر.

بله در دو مورد است که اگر فقیه متعذّر الوصول بود مؤمنین ولایت دارند و حتی موظّف به اتیان هستند:

مورد اول: عقل مستقل حکم کند به عدم جواز ترک عمل. مرحوم شیخ انصاری مثال می زنند به حفظ مال یتیم از هلاکت. ما مثال می زنیم به تشکیل حکومت که برقراری عدل در جامعه وابسته به اقامه حکومت است که اگر فقیه نبود نوبت به مؤمن صالح برای منصب حاکمیت می رسد لذا به حکم عقل مستقل اقامه عدل لازم است.

مورد دوم: دلیل شرعی داشته باشیم بر لزوم انجام عمل بهر نحوی که شده مانند تجهیز میت مؤمن که شارع امر به دفن کرده است.

مطلب دوم: شرطیت عدالت

سؤال این است که آیا در صورت تعذر فقیه و جواز تصرف و ولایت برای مؤمنین، عدالت هم شرط است یا مؤمن (شیعه اثنی عشری) فاسق هم مجاز به این تصرف است؟

در پاسخ به این سؤال دو نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: مشهور معتقد به لزوم عدالت‌اند

مشهور فقها برای این مدعیان دو دلیل بیان کرده‌اند:

دلیل اول: در مواردی که مؤمنین ولایت دارند قدر متیقن این است که مؤمن عادل ولایت دارد، شک داریم آیا مؤمن فاسق هم ولایت دارد یا خیر؟ اصل عدم ولایت احدی علی احد است لذا نوبت به مؤمن فاسق نمی‌رسد.

دلیل دوم: روایاتی که ولایت را مختص به مؤمن عادل می‌دانند از جمله صحیحة محمد بن اسماعیل، موثقه زرعة و صحیحه اسماعیل بن سعد.

مرحوم شیخ انصاری بعد از نقل روایات به بیان نظر خودشان می‌پردازند و می‌فرمایند:

- در بعض موارد دلیل خاص ولایت را برای مؤمن ثابت می‌کند مثل باب قسمت نمودن ترکه میّت در این موارد باید به همان نص خاص مراجعه کنیم که اگر قید عدالت مطرح شده همان متبّع است و الا تفاوتی بین عادل و فاسق نیست.

- در مواردی که از مصالح عامه است و دلیل خاص نداریم از دو جهت باید بحث کنیم:

جهت اول: وظیفه شخص فاسق

مؤمن فاسق از جهت خودش حق تصرف دارد زیرا عموماتی داریم که می‌گویند "عون الضعیف صدقة" و اطلاق دارند چه کمک کننده فاسق باشد و چه عادل. لذا مؤمن فاسق اگر دید مال یتیمی در معرض تلف است می‌تواند دخالت کند و آن را به نفع یتیم حفظ نماید.

جهت دوم: وظیفه دیگران نسبت به تصرف فاسق

وظائف دیگران نسبت به تصرفات فاسق دو صورت دارد:

صورت اول: عمل فاسق عبادی باشد.

در این صورت که مؤمن فاسق دیده میّتی هست و ولیّ ندارد خودش عهده دار تجهیز میّت شده و نماز میت خوانده است اینجا دو حالت دارد:

حالت اول: فرد مؤمن عادل دیده که مؤمن فاسق نماز میت را خوانده است، در این حالت بر مؤمنین عدول واجب نیست نماز میت را اعاده کنند زیرا أصالة الصحة فی فعل المؤمن جاری است. (چنانکه در انتهای مبحث استصحاب رسائل ذیل عنوان تعارض استصحاب با قواعد و أمارات خوانده‌اید. مراجعه کنید به جزوه امسال رسائل ۵)

حالت دوم: مؤمن عادل خودش ندیده بلکه خود فاسق خبر داده نماز بر میّت خوانده است در این صورت مؤمن عادل باید دوباره نماز میت را انجام دهد.

صورت دوم: عمل فاسق معاملی بوده

در این صورت هم که مؤمن فاسق تصرف مالی در اموال مثلاً یتیم انجام داده دو حالت دارد:

حالت اول: انسان با این تصرف فاسق به صورت مستقیم مواجه است مثل اینکه فروشنده کتاب، فاسقی است که کتاب یتیمی را می‌فروشد در این حالت مشتری حق بیع و متصرف در مال یتیم را ندارد به سه دلیل:

دلیل یکم: صحیحه اسماعیل بن سعد که منمطوقش می‌گوید اگر عادل اموال یتیم را در معرض فروش گذاشت می‌توانید بخرید، مفهومی این است که اگر فاسقی این کار را کرد خرید از او جایز نیست.

دلیل دوم: موثقه زرعة است اگر ثقه در روایت را به معنای عدالت بدانیم چنانکه در این معنا هم بکار رفته است. پس اگر عادل (ثقه) بود حق خرید وجود دارد و الا فلا.

دلیل سوم: روایات عامه و مطلقه می گویند اگر تصرفی به مصلحت یتیم باشد مجاز است حال شک داریم تصرف فاسق به مصلحت یتیم هست یا نه؟ می گوئیم فاسق حق تصرف ندارد و مؤمن عادل از باب وجوب کفایی خودش باید عهده دار فروش مال یتیم با رعایت مصلحت یتیم بشود.

سؤال: در صورت اول که عمل عبادی فاسق بود گفتید عمل او را حمل بر صحت می کنیم و أصالة الصحة جاری می کنیم چرا در اینجا أصالة الصحة جاری نمی کنید؟

جواب: می فرمایند أصالة الصحة زمانی جاری است که موضوع محرز باشد و شک در وصف صحت داشته باشیم و در اینجا اصل تحقق موضوع مصلحت یتیم در تصرف فاسق مشکوک است لذا أصالة الصحة جاری نیست مثل جایی که شک در اصل موضوع اقامه نماز توسط فاسق داشته باشیم که اینجا هم أصالة الصحة جاری نیست.

فتأمل اشاره به نقد مطلب قبلش است. قبل از فتأمل ادعا شد اصالة الصحة در شک نسبت به بلوغ بایع جاری نیست، فتأمل می گوید جاری است.

نعم لو وجد فی ید الفاسق ...، ص ۵۶۹، س ۱۲

حالت دوم: فرد به صورت مستقیم با تصرف فاسق ارتباط ندارد مثل اینکه یک فاسقی مال یتیم را به دیگری فروخته است، و مؤمن عادل از این معامله مطلع شده است لکن از این جهت که هر مؤمن عادلی موظف به رعایت مصلحت در مال یتیم است شک داریم آیا این معامله به مصلحت یتیم بوده یا نه؟ چون نسبت به اصل مصلحت یتیم شک دارد تکلیفی ندارد.

ممکن است گفته شود أصالة الصحة در فعل و معامله فاسق جاری کنیم و نتیجه بگیریم معامله صحیح بوده است.

فندتبر اشاره به این است که أصالة الصحة زمانی جاری است که موضوع محرز بشود، موضوع در این معامله هم مصلحت یتیم است، وقتی اصل موضوع مصلحت مشکوک باشد جای اصالة الصحة نیست. چنانکه چند خط قبل گفتیم.

مطلب سوم: مزاحمت مؤمن یا فقیه دیگر

فرمودند در صورت تعذر وصول و دسترسی به فقیه نوبت به ولایت عدول مؤمنین می رسد، حال اگر یک مؤمن عهده دار تصرف در مال یتیم بر اساس مصلحت یتیم شد، آیا مؤمن دیگر حق دخالت و عهده دار شدن کار را دارد؟

در پاسخ به این سؤال دو نکته بیان می کنند:

نکته اول: جواز دخالت مؤمن دیگر تا قبل اتمام تصرف مؤمن اول

قائلین به جواز تصرف مؤمن در امور و مصالح عامه دو مبنا دارند:

مبنای اول: جمعی معتقدند جواز تصرف مؤمن در چنین اموری به نیابت از فقیه است یعنی امام معصوم یا فقیه این منصب را به مؤمن داده است.

مبنای دوم: جمعی معتقدند جواز تصرف مؤمن به نیابت از فقیه یا امام معصوم نیست بلکه یک حکم استقلالی است که خداوند برای مؤمن جعل فرموده چنانکه جواز تصرف را برای پدر و جدّ جعل فرموده است.

مرحوم شیخ انصاری می فرمایند طبق مبنای اول اگر قائل بودیم با عهده دار شدن یک فقیه، فقیه دیگر حق مزاحمت ندارد، در اینجا هم می گوئیم مؤمن دیگر حق مزاحمت ندارد، و طبق مبنای دوم همچنان حق دخالت برای مؤمن حق دخالت برایش محفوظ است یعنی قبل اتمام تصرف یک مؤمن، مؤمن دیگر می تواند دخالت کند.

مرحوم شیخ انصاری معتقد به مبنای دوم هستند لذا می فرمایند مؤمن اول مال یتیم را به بیع مع الخیار فروخت، مؤمن دوم می تواند دخالت کند و از حق فسخ استفاده کند و بیع دیگری انجام دهد و البته اگر بیع اول لازم و تمام شده باشد مؤمن دوم دیگر مجاز به دخالت نیست. (البته مرحوم شیخ وارد جزئیات نشده اند و الا روشن است که مسأله صور مختلفی دارد که اگر منجر به اختلال نظام جامعه اسلامی یا اختلال نظم زندگی ایتم یا خصوص یک یتیم باشد حکم چیست که مرحوم شیخ وارد نشده اند البته در نکته بعد در رابطه با مزاحمت یک فقیه برای فقیه دیگر مطلبی را اشاره می کنند)

نکته دوم: عدم جواز دخالت فقیه دیگر به محض اشتغال یک فقیه به مقدمات

می‌فرمایند اگر فقیه فعل مربوطه (ذی المقدمه) را شروع کرده باشد مثل اینکه نماز میت را شروع کرده باشد به اجماع علما فقیه دیگر حق دخالت و مزاحمت ندارد، لکن اگر فقیه اول کار را شروع نکرده باشد بلکه مشغول مقدمات عمل است سایر فقهاء حق دخالت و مزاحمت ندارند.

قبل از ارائه دلیل بر این مدعا می‌فرمایند فقہائی که برای اثبات ولایت فقیه در امور و مصالح عامه به توقیع شریف (أما الحوادث الواقعة) تمسک می‌کنند دو دیدگاه دارند:

یکم: بعض فقهاء مستندشان فراز اول توقیع است که می‌گویند عوام مردم امر شده‌اند در حوادث واقعه به فقها مراجعه کنند (فارجعوا فیها) دوم: بعض فقها مانند مرحوم شیخ محمد حسین کاشف الغطاء (متوفای ۱۳۷۳ هـ ق) مستندشان جمله "فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله" است. (ایشان در کتاب **الفردوس الأعلى**، ص ۹۴ می‌فرمایند: و بالجملة: فالعقل و النقل يدل على ولاية الفقيه الجامع على مثل هذه الشؤون فإنها للإمام المعصوم أولاً، ثم للفقيه المجتهد ثانياً بالنيابة المجعولة بقوله عليه السلام: "و هو حجتي عليكم، و أنا حجة الله عليكم") مرحوم شیخ انصاری دو دلیل برای مدعایشان ارائه می‌دهند:

دلیل اول:

می‌فرمایند اگر ولایت فقیه را مستند به مبنای اول بدانیم مزاحمت فقیه دوم برای فقیه اول جایز است زیرا "فارجعوا فیها" خطاب به عوام مردم است نه فقهاء لذا فقیه دیگر واجب نیست به فقیه اول مراجعه کند بلکه خودش می‌تواند قبل از اشتغال فقیه اول به ذی المقدمه، اقدام کند.

اما اگر ولایت فقیه را مستند به مبنای دوم بدانیم به محض شروع یک فقیه در مقدمات یکی از مصالح عامه (مثلاً تشکیل حکومت) حجت بر سایر فقها تمام شده و حق دخالت ندارند و دخالتشان مخالفت با نایب امام معصوم خواهد بود. (البته تفاوت بین حکم و فتوا در مبحث قبلی یعنی مبحث ولایت فقیه اشاره شد، لذا مخالفت یک فقیه با فقیه دیگر در فتوا اشکال ندارد) **توهم:**

مستشکل می‌گوید فقها مانند وکلاء امام معصوم هستند پس چنانکه اگر یک موکل چند نفر را وکیل کند در فروش ماشین‌اش، اگر وکیل اول شروع کرد در مقدمات و مشتری پیدا کرد اما هنوز بیع انجام نداده وکیل دوم بیع را محقق سازد اشکال ندارد، اینجا هم بگوییم اگر یک فقیه شروع کرد در مقدمات عمل باز هم فقیه دیگر می‌تواند دخالت کند. **پندفع:**

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در باب وکالت هم همین دو صورت وجود دارد یعنی اگر وکلاء فقط وکیل در بیع باشند نه مقدمات، در این صورت تا زمانی که یک وکیل بیع را آغاز نکرده سایر وکلاء حق دخالت دارند اما اگر وکیل در مقدمات هم باشند به محض شروع یک وکیل در مقدمات عمل و مثلاً قرار گذاشتن با یک مشتری، سایر وکلاء حق دخالت ندارند. در ولایت فقیه هم چنین است. **دلیل دوم:**

یک دلیل عقلی و واضح است که اگر با شروع یک فقیه و حکم نمودن در امور مصالح عامه مانند اقامه حکومت، سایر فقها دخالت کنند و آنها هم بخواهند اقامه حکومت کنند اختلال نظام و هرج و مرج لازم می‌آید و نقض غرض می‌شود. **نتیجه:**

با آغاز یک فقیه در مقدمات عمل، مثل مقدمات اقامه حکومت، سایر فقهاء حق دخالت ندارند زیرا حجت بر همه (عوام مردم و فقهاء) تمام شده و مخالفت با این فقیه، مخالفت با نایب امام معصوم است.

البته باب قضاوت با باب ولایت فرق دارد، در باب قضاوت و مرافعات اگر طرفین دعوا نزد یک فقیه رفتند و از او قضاوت مطالبه کردند و او قضاوت کرد بر سایرین تبعیت لازم است اما اگر هنوز قضاوت نکرده، طرفین دعوا تصمیم گرفتند به فقیه دیگر مراجعه کنند اشکال ندارد و موضوع قضاوت که درخواست طرفین از قاضی و حاکم شرع اول بود از بین می‌رود و فقیه دومی که مورد مراجعه بود می‌تواند بین آن دو اقامه عدل و قضاوت کند.

ثم إنه هل يشترط في ولاية غير الأب ...، ص ۵۷۳، س ۹

مطلب سوم: شرطیت رعایت مصلحت

مرحوم شیخ انصاری در خصوص یتیم می‌فرمایند در تصرف در اموال صغیر اگر پدر و جدّ ندارد و نوبت به فقیه یا عدول مؤمنین رسیده است رعایت مصلحت شرط است به سه دلیل:

دلیل دوم: أصالة عدم المشروعية

شک داریم اگر فقیه یا مؤمن عادل بدون رعایت مصلحت یتیم تصرفی در اموال او انجام دهد مشروع است یا نه می‌گوییم بر اساس أدله عدم ولایت احدی بر دیگری، اصل عدم مشروعیت تصرف او است.

دلیل سوم: آیه لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ

مرحوم شیخ انصاری دو نکته در رابطه با آیه ۱۵۲ سوره مبارکه انعام "لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ" دارند:

نکته اول: تفسیر آیه بر اساس ادب عربی

می‌فرمایند فهم آیه متوقف است بر توجه به معنای دو کلمه:

الف: کلمه "قرب" این کلمه مقصود قرب و نزدیکی فیزیکی به اموال یتیم نیست بلکه مقصود معنای کنایی آن است که چهار احتمال دارد:

۱. جابجا کردن. ۲. تصرف (اولین تصرف). ۳. مطلق تصرف. ۴. اختیار و انتخاب.

ب: کلمه "أحسن" نسبت به معنای این کلمه هم چهار احتمال است:

۱. افعال تفضیل و متعلقش هم ترک باشد. به معنای انتخاب بهترین کار بین فعل تصرف و ترک تصرف در مال یتیم.

۲. (التفضیل المطلق) افعال تفضیل و متعلقش هم جمیع الأفعال و التکرر باشد. یعنی این تصرف از تمام تصرفات یا ترک تصرفات بهتر

باشد. (مثلا فروش آن از تعمیر و اجاره بهتر باشد)

قبل از بیان احتمال سوم و چهارم یک مقدمه کوتاه ادبی نحوی بیان می‌کنیم:

مقدمه ادبی نحوی: یکی از کاربردهای افعال تفضیل

مرحوم شیخ رضی در کتاب نحوی و مهم شرح کافیه‌شان، ج ۳، ص ۴۵۹ می‌فرمایند: واعلم أنه يجوز استعمال أفعال ، عاريا عن اللام

والإضافة ومن ، مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة قياسا عند المبرد سماعا عند غيره ، وهو الأصح.

اگر افعال تفضیل بدون الف و لام و بدون اضافه شدن بکار رود و بعد آن هم "من" جازة نباشد به معنای اسم فاعل یا صفت مشبّهه

بکار می‌رود.

۳. به معنای حَسَن یعنی مصلحت. (زیرا الف و لام ندارد مضاف هم نیست و بعدش من جاره هم نیست.) و حَسَن هم به معنای مصلحت

است یعنی هر تصرفی که به مصلحت یتیم باشد.

۴. به معنای حَسَن یعنی عدم المفسدة. هر تصرفی که برای یتیم مفسده نداشته باشد.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند به نظر ما احتمال سوم در کلمه "قرب" (تصرف عرفی) و احتمال دوم در کلمه "أحسن" یعنی التفضیل

المطلق صحیح است زیرا این دو کلمه ظهور در این دو معنا دارند. پس آیه می‌فرماید در مال یتیم تصرف نکنید مگر به بهترین وجه

ممکن.

مرحوم شیخ انصاری در پایان این بحث یک مثال بیان می‌کنند و تحلیل‌ها و احتمالات ۱۶ گانه (از ضرب چهار احتمال در کلمه قرب و

چهار احتمال در کلمه احسن) را در قالب سه تفسیر مختصر بر آیه عرضه می‌کنند و نتیجه می‌گیرند اگر فروش مال یتیم به مصلحتش

بود و این کار انجام شد و ریال دریافت شد آیا می‌توان این ریال را تبدیل به ارز دیگر نمود، بعد از بحث و بررسی مختصری می‌فرمایند

این تبدیل جایز است.

* در انتهای این مسأله به چند منبع از منابع آیات الأحکامی اشاره می‌کنم.

نعم ربما يظهر من بعض الروايات، ص ۵۷۷، س ۳

نکته دوم: تفسیر آیه بر اساس روایات

می‌فرمایند روایاتی داریم که قرینه می‌شوند مقصود از آیه این است که تصرف در مالی یتیم صرفا باید فاقد مفسده باشد (أحسن بودن

تصرف لازم نیست):

روایت اول: حسنه محمد بن عبدالله کاهلی

می‌گوید به امام صادق علیه السلام عرض کردم با بعضی از ایتام مراوده و ارتباط داریم به منزلشان می‌رویم و طعامی می‌خوریم یا آنها

به منزل ما می‌آیند و طعامی می‌خورند آیا این تصرفات در اموال یتیم جایز است؟ حضرت فرمودند اگر به ضرر آنها باشد جایز نیست.

در تفسیر این حدیث دو قول متضاد است:

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید حدیث دلالت می‌کند تصرف در مال یتیم باید بر اساس مصلحت باشد صرف عدم المفسده کافی نیست لذا اگر تصرفی کردید که نه مصلحت داشت نه مفسده جایز نمی‌باشد.

مرحوم شیخ انصاری ضمن توضیحاتی می‌فرماید صرف عدم المفسده کافی است پس اگر نه مصلحت داشت نه مفسده، مجاز است.

روایت دوم: روایت ابن مغیره

از امام صادق علیه السلام سؤال می‌کند یتیمی با ما مراد دارد و گاهی خوراکی به او هدیه می‌شود که ما هم استفاده می‌کنیم و از غذا و مال خودمان هم به او می‌دهیم و می‌گوییم ای خدا این در برابر آن، آیا جایز است؟ حضرت فرمودند: لا بأس.

اینجا حضرت سؤال فرمودند آیا مصلحتش بیش از مفسده بوده یا نه؟ پس معلوم می‌شود صرف عدم المفسده کافی است. می‌فرمایند البته ممکن است از دلالت این روایت صرف نظر کنیم و مربوط به مورد ضرورت باشد چرا که در ماکول و طعام و غذا بالأخره باید سریع مصرف شود و یتیم هم نمی‌تواند همه را یک جا بخورد پس چه بسا از باب ضرورت بوده که حضرت فرمودند لا بأس نه در حالت عادی که محل بحث ما است.

هل يجب مراعاة الأصلح ...، ص ۵۷۹، س ۱

مطلب چهارم:

مرحوم شیخ انصاری بعد از نقل کلامی از مرحوم شهید اول، ضمن توضیحاتی نتیجه می‌گیرند:

- اگر یک تصرف خاص در مال یتیم أصلح باشد از ترک آن مثل اینکه فروش اصلح باشد از نگه داشتن، در این صورت رعایت أصلح بودن تصرف لازم نیست زیرا در معنای کلمه قرب در آیه شریفه معنا و احتمال سوم را انتخاب کردیم و گفتیم فعل را با ترک نمی‌سنجیم.
- اگر اصل فعل و تصرف لازم باشد لکن در انتخاب فعل گزینه‌های متعددی وجود دارد از قبیل: بیع، اجازه و هبه و ...، در این صورت انتخاب اصلح لازم است.

معرفی منبع مطالعه در آیات الأحکام

یک گونه از تحقیقات و تألیفاتی که باید با آنها ابتدا آشنا شوید و در مراحل بعدی مراجعه داشته باشید منابع آیات الأحکامی است یعنی کتبی که به تفسیر و تحلیل آیاتی از قرآن پرداخته‌اند که در آنها حکم شرعی بیان شده که البته در تعداد این آیات اختلاف است اما مشهور است که تعدادشان پانصد آیه است البته عدد دقیق نیست. در رابطه با مباحث آیات الأحکام، اهل سنت بیشتر کار کرده‌اند هر چند از عالمان شیعه هم کتب متعددی موجود است.

چند کتاب را اشاره می‌کنم که اجمالا و به اختصار آشنایی و مراجعه به این منابع را آغاز کنید:

از عالمان مکتب اهل بیت علیهم السلام:

- **فقه القرآن از راوندی، متوفای ۵۷۳.**

- **کنز العرفان فی فقه القرآن از مرحوم مقداد سیوری حلی معروف به فاضل مقداد متوفای ۸۲۶.**

- **زبدة البیان فی أحكام القرآن از مرحوم مقدس اردبیلی متوفای ۹۹۳.**

- **مسالك الأحکام إلى تنقیح آیات الأحکام از مرحوم فاضل جواد (کازمی) متوفای ۱۰۶۵ در چهار جلد.**

از عالمان مکتب خلفا:

- **روائع البیان فی تفسیر آیات الأحکام من القرآن از محمد علی صابونی، از اندیشمندان معاصر سوری، استاد کلیة الشریعة و الدراسات الإسلامية مکه در دو جلد که در شعبان ۱۴۴۲ مطابق با ۲۹ اسفندماه ۱۳۹۹ درگذشت. ایشان در مقدمه می‌نویسد ذیل هر آیه ده بحث آورده‌ام، تحلیل: لفظی، لغت، معنی اجمالی آیه، سبب نزول، ارتباط آیات، قرائات، وجوه اعراب، نکات بلاغی، احکام شرعی، حکمت تشریح و ...**

الجامع لإحکام القرآن و المبین لما تَمَنَّه من السُّنَّه و آی القرآن، از قُرطبی متوفای ۶۷۱. البته ضدیت با شیعه هم دارد و در مواردی طعن‌هایی به شیعه دارد از جمله تعبیر: "الرافضة قَبْجهم الله" در ج ۱، ص ۵۶ و ...

مسأله: يشترط في من ...، ص ۵۸۱

مسأله چهارم: نقل عبد مسلم به كافر

چهارمین مسأله از مسائل پنج‌گانه ذیل شرط پنجم شرائط متعاقدين (مالکیت یا اذن مالک) مربوط به مباحث عبید و اِماء است که معمولاً به جهت عدم تحقق موضوع آن در خارج، سالهاست که از دروس رسمی حوزه‌های علمیه حذف شده و بزرگان مختلفی حتی از محشّین و شارحان مکاسب در مباحث فقهی‌شان ذیل بحث شرائط عوضین به این بحث حتی اشاره هم نمی‌کنند؛ از جمله مرحوم امام اعلی الله مقامه الشریف در کتاب البیع، ج ۲ ص ۷۱۸، مرحوم آیه الله العظمی شیخ جواد تبریزی در اِرشاد الطالب، ج ۳، ص ۶۳.

لکن بارها در جلسات قبل و سالهای قبل برای دوستان اشاره کرده‌ام که بعضی از مباحث، قواعد و روایات هستند که محل بحث استدلالی و فقهی آنها صرفاً در همین مباحث عبید و اِماء هستند که در مباحث بیع فضولی و روایاتی مانند باب نکاح عینا ملاحظه فرمودید. لذا چون در این مسأله نکاتی هست که در سایر مباحث فقهی به کار می‌آید (و فقهاء از جمله مرحوم شیخ انصاری هم به همین جهت به آن پرداخته‌اند) به نکات مهم بحث اشاره می‌کنیم.

مرحوم شیخ انصاری در این مسأله چهار مطلب را بررسی می‌کند:

۱. نظریه مختار و أدله آن. ۲. حکم غیر بیع مانند اجاره، رهن و وقف. ۳. تعریف کافر و مؤمن. (که مهم و مورد ابتلاء است) ۴. بررسی بعضی نصوص خاصه.

مطلب اول: عدم جواز بیع عبد مسلم به كافر

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید فروش عبد مسلمان به کافر جایز نیست.

قائلین به این قول شش دلیل و یک مؤید دارند:

دلیل اول: اجماع

دلیل دوم: قیاس

گفته شده أدله‌ای داریم که ادامه یافتن مالکیت کافر بر مسلمان جایز نیست و مسلمانان موظف‌اند عبد مسلمان را از کافر بخرند و از تحت سلطه او خارج کنند، پس وقتی حکم بقاء مالکیت چنین است حکم حدوث بیع و مالکیت کافر بر مسلمان نیز همین خواهد بود. (نوعی تنقیح مناط)

نقد دلیل دوم:

مرحوم شیخ انصاری بعد از اشاره به دلیل سوم و چهارم این دلیل را نقد می‌کند و می‌فرماید اصلاً آن أدله در مقام ابطال مالکیت نیستند بلکه دلالت می‌کنند مالکیت کافر باقی است فقط مجوزی برای نگه داشتن عبد ندارد (و بر مسلمانان واجب است که عبد را از او بخرند)

دلیل سوم: آیه نفی سبیل

خداوند در آیه ۱۶۱ سوره مبارکه نساء می‌فرماید: **"لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"** کافر نباید بر مسلمان سبیل و سطله داشته باشد و ابرز مصادیق سطله، مالکیت کافر و رقیت مسلمان است.

نقد دلیل سوم:

مرحوم شیخ انصاری در عبارت کتاب بعد از دلیل پنجم استدلال به این آیه را نقد می‌کند و می‌فرماید:

نقد اول:

"لَنْ" در آیه شریفه برای نفی ابد و غیر قابل تخصیص است یعنی هیچگاه خداوند مالکیت مسلمان بر کافر را جعل نکرده و نپذیرفته است، در حالی که در مطلب چهارم روایاتی خواهد آمد که در بعضی از موارد کافر مالک مسلمان می‌شود. پس نتیجه می‌گیریم آیه اصلاً در مقام بیان حکم ملکیت نیست بلکه مثلاً به قرینه ماقبل این عبارت خداوند در مقام انکار تقدّم کافر بر مسلمان در آخرت است. **"فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"**.

نقد دوم:

روایات تفسیری ذیل آیه ثابت می‌کند اصلاً آیه در مقام بیان حکم ملکیت نیست. روایتی داریم از امام رضا علیه السلام که فردی از حضرت سؤال کرد بعضی با تمسک به همین آیه معتقدند امام حسین علیه السلام روز عاشورا شهید نشده‌اند بلکه مانند حضرت عیسی به آسمان برده شده‌اند زیرا شهادت حضرت ناقض این آیه است. امام رضا علیه السلام فرمودند برداشت آنان از آیه اشتباه است که گمان کرده‌اند کافر بر مؤمن تسلط پیدا نمی‌کند. بلکه کلمه سبیل در آیه شریفه به معنای حجت و دلیل است یعنی خداوند می‌فرماید در هیچ زمانی مسلمانان از حیث استدلال در عقائد، بر مسلمانان چیره نخواهند شد بلکه آنقدر مسأله توحید روشن است که حجت علیه کفار تمام است. نتیجه اینکه این آیه ارتباطی به بحث ملکیت ندارد.

نقد سوم:

نسبت بین آیه مذکور با عموماتی مانند "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ"، "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" و "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" عموم و خصوص من وجه است یعنی دو ماده افتراق و یک ماده اجتماع دارند:

ماده افتراق اول: تجارة عن تراض بين دو مسلمان است که آیه نفی سبیل در این مورد ساکت است.

ماده افتراق دوم: سلطه کافر بر مسلمان است که آیه نفی سبیل می گوید باطل است و آیه تجارة عن تراض نسبت به آن ساکت است.

ماده اجتماع: فروش عبد مسلمان به کافر که آیه نفی سبیل می گوید باطل و آیه تجارة عن تراض و أوفوا بالعقود می گوید صحیح است.

نسبت به ماده اجتماع تعارض و تساقط می کنند پس نمی توان برای ابطال بیع عبد مسلمان به کافر به آیه نفی سبیل تمسک کرد.

سؤال: آیا می توانیم بگوییم رابطه بین آیه نفی سبیل با تجارة عن تراض رابطه حکومت است یعنی عمومات می گویند هر تجارت و بیعی مجاز و حلال است و آیه نفی سبیل می گوید تجارت و بیع با کافر تجارت و نیست. پس آیه نفس سبیل حاکم است به نحو تضییق. (مانند اکرم العلماء و الفاسق لیس بعالم).

جواب: می فرمایند خیر زیرا آیه نفی سبیل اصلاً ارتباط به بحث ملکیت ندارد.

خلاصه اینکه آیه می گوید کافر بر مسلمان سلطه ندارد و سلطه غیر از ملکیت است زیرا موارد زیادی داریم که ملکیت هست اما سلطه نیست، صغیر و مجنون و سفیه مالکیت بر مالشان دارند اما سلطه و حق تصرف ندارند.

سؤال: طبق تفسیر شما از آیه نفی سبیل، رابطه این آیه با حدیث "الناس مسلطون علی أموالهم" چه می شود؟

جواب: می فرمایند آیه حدیث سلطنت را تخصیص می زند که الناس مسلطون علی أموالهم الا کافر، الا صغیر و ...

دلیل چهارم: روایت **الإِسْلَامُ يَغْلُو وَ لَا يُغْلَى عَلَيْهِ**

مرحوم ابن بابویه شیخ صدوق در کتاب الإِثْرُ از **من لا يحضره الفقيه** بدون ذکر سند و بدون ذکر مروی عنه (نام معصوم) نقل می کنند که: **"الإِسْلَامُ يَغْلُو وَ لَا يُغْلَى عَلَيْهِ"** لذا این حدیث مرسله و به تعبیری مقطوعه است. (البته این حدیث در کتب دیگر به رسول خدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم نسبت داده شده است)

مرحوم شیخ انصاری می فرماید ضعف سند این روایت با عمل اصحاب در موارد مختلف جبران می شود حتی فقها بر اساس عمل به این روایت فتوا می دهند کافر ممنوع است از اینکه در یک محله مسلمان نشین بخواهد خانه ای بلندتر از خانه مسلمانان بسازد. البته اگر اجماع و شهرت تمسک به آیه را در این رابطه نپذیریم تمسک به سایر أدله محل اشکال است.

دلیل پنجم: روایت حضرت امیر علیه السلام

روایتی است که عبدی مسلمان شده و مولایش کافر است حضرت امیر علیه السلام می فرمایند این عبد را به مسلمانان بفروشید. مستدل می گوید معلوم می شود مالکیت کافر بر مسلمان جایز نیست.

نقد دلیل پنجم:

مرحوم شیخ انصاری می فرماید این روایت دلالت می کند فروش عبد مسلمان که نزد کافر است واجب می باشد اما دلالت نمی کند که بیع عبد مسلمان به کافر باطل است.

دلیل ششم: استصحاب فساد بیع مذکور

مرحوم شیخ انصاری دلیلی برای قائلین به صحت بیع عبد مسلمان به کافر بیان می کنند که استصحاب صحت بیع است و در نقد آن به دلیل ششم بر بطلان بیع مذکور تمسک می کنند و می فرمایند در مقابل استصحاب صحت بیع، استصحاب فساد بیع جاری است.

مطلب دوم: حکم غیر بیع مانند اِچَارَة، رهن و وقف

مرحوم شیخ انصاری می فرماید نسبت به اجاره عبد یا حرّ مسلمان برای کافر اگر اجاره به ذمه تعلق بگیرد صحیح است (کافر بگوید یک صدلی ای برای من بساز که سلطه نیست زیرا هر زمان که مسلمان اراده کند می تواند شروع به کار کند یا دست از کار بکشد) اما اگر به شخص تعلق بگیرد اجاره باطل است زیرا مستلزم سلطه کافر بر مسلمان است (کافر سه ساعت یک مسلمان را در اختیار بگیرد که برای او رانندگی کند)

نسبت به رهن می فرمایند رهن گذاشتن عبد مسلمان نزد شخص کافر باطل است اما اگر برای کافر اما نزد فرد ثالثی رهن گذاشته شود صحیح است. ودیعه هم حکم رهن را دارد. عاریه گذاشتن عبد مسلمان نزد کافر هم باطل است زیرا منجر به سلطه او بر مسلمان است. وقف عبد مسلمان برای کفار هم صحیح نیست زیرا لازمه اش سلطه کافر بر مسلمان است لذا باطل می باشد.

مطلب سوم: مقصود از کافر

مرحوم شیخ انصاری در این مطلب دو نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: کافر یعنی انسان‌هایی که اسلام آنان را نجس می‌داند.

کافر یعنی مطلق کسانی که از نظر شریعت اسلام نجس هستند مانند مرتد، مشکر، ناصبی و غلات.

سؤال: زمان نزول آیه که غلات و ناصبی‌ها نبوده‌اند چطور آیه شامل آنها هم می‌شود؟

جواب: می‌فرمایند همین که شارع حکم به کفر آنها کرده کفایت می‌کند که احکام کافر بر آنها مترتب شود.

نکته دوم: مقصود از مسلمان

می‌فرمایند مقصود از مسلمان که سلطه کافر بر او مجاز نیست تمام طوائف اسلامی هستند غیر از آنان که محکوم به کفراند.

اشکال: در آیه شریفه خداوند می‌فرماید کافر بر مؤمن سبیل و سلطه ندارد، مؤمن در روایات انصرافاً دارد به شیعه اثنی عشری پس آیه

شامل غیر شیعه نمی‌شود؟

جواب: می‌فرمایند تعبیر مؤمن در زمان نزول آیات به معنای کسی بوده که شهادتین بر زبان جاری کند. لذا در سوره مبارکه حجرات آیه

۱۴ خداوند می‌فرماید: " قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لَكِنْ قُولُوا أَسْلَمْنَا وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ " انصراف مؤمن در روایت به

شیعه اثنی عشری از زمان امام باقر علیه السلام به بعد است.

سؤال: اطلاق کافر به مخالفین شیعه در بعض روایات چگونه است؟

جواب: می‌فرمایند این روایات باید توجیه شود زیرا روایات زیادی داریم که احکام ظاهریه‌ای مانند طهارت و جواز نکاح با آنان ثابت است.

مطلب چهارم: مستثنیات بیع عبد مسلمان به کافر

می‌فرمایند بر اساس روایات در بعضی از موارد بیع مسلمان به کافر جایز است از جمله:

- جایی که لازمه خریدن عبد مسلمان توسط کافر آزادی خود بخودی عبد باشد که دیگر سلطه‌ای تصویر نمی‌شود.

- مکلیت قهری کافر بر مسلمان. مانند ارث که عبد مسلمان در ملک کافری بوده که می‌میرد و این عبد مسلمان به عنوان ارث به فرزند

کافرش می‌رسد.

مسألة: المشهور عدم جواز ...، ص ۶۰۱

مسأله پنجم: نقل المصحف الى الكافر

آخرین مسأله در باب شرائط متعاقدين این است که می فرمایند نسبت به فروش قرآن به کافر دو قول است:

قول اول: مشهور: جایز نیست.

دو دلیل بر این مدعا اقامه شده:

دلیل اول: وجوب احترام المصحف

ممکن است کافر به قرآن بی احترامی کند لذا دادن قرآن به او جایز نیست.

دلیل دوم: قیاس اولویت

وقتی مسلمان با گفتن شهادتین و اعتقاد به قرآن احترام پیدا می کند و کافر حق سلطه بر او را ندارد پس به طریق اولی خود قرآن محترم

است و کافر حق سلطه بر آن را ندارد.

مرحوم شیخ انصاری می فرماید اصل فتوا و مدعا نیکو است اما أدله مذکور وافی به مقصود نیست.

قول دوم: کراهت دارد.

سؤال: آیا احادیث پیامبر و اهل بیت علیهم السلام در حکم آیات قرآن است؟

جواب: مرحوم شیخ طوسی در کتاب المبسوط فرموده اند بله در حکم قرآن است لذا فروشش به کافر و تحت سلطه کافر قرار گرفتن جایز

نیست. (چه اخبار آحاد باشد چه اخبار متواتر و یقینی)

* چهارمین مبحث از مباحث شش گانه کتاب البیع (شرائط متعاقدين) به پایان رسید.

اولین جلسه امسال تذکر داده شد که مرحوم شیخ انصاری در کتاب البیع شش مطلب و مبحث را مورد بررسی قرار می‌دهند، که عناوین آنها عبارت بودند از: ۱. تعریف بیع. ۲. معاواة. ۳. الکلام فی عقد البیع. ۴. شروط المتعاقدين. ۵. شرائط العوضین. ۶. بیان سه مسأله. خاتمه: فی آداب التجارة.

مرحوم شیخ انصاری ابتدای کتاب البیع، بیع را تعریف نمودند و آن را به دو قسم فعلی (معاواة) و قولی (لفظی) تقسیم نمودند، سپس به بحث از شرائط بیع پرداختند. ابتدا شرائط عقد بیع (قولی) را بررسی کردند و سپس شرائط متعاقدين را، پس تا الآن از مباحث شش‌گانه کتاب البیع چهار مبحث تمام شده است.

مبحث پنجم: شرائط عوضین

در این مبحث مرحوم شیخ انصاری شش شرط برای عوضین (ثمن و مثن یا همان عوض و معوض) بیان می‌کنند که عبارت‌اند از: ۱. مالیت ۲. ملکیت. ۳. عدم تعلق حق دیگران به عوضین (طلق باشد یعنی مثلاً وقف نباشد) ۴. قدرت بر تسلیم ۵. علم به مقدار ثمن ۶. علم به مقدار مثن. سه شرط از این شرائط شش‌گانه را امسال در فقه ۴ خواهیم خواند إن شاء الله. البته مرحوم شیخ انصاری هیچ‌کدام از این شش شرط را شماره نمی‌زنند فقط در قدرت بر تسلیم در صفحه ۱۷۵ می‌فرمایند الثالث من شروط العوضین القدرة علی التسليم. لذا برای اینکه در تقسیم بندی محدوده فقه‌های هفتگانه مکاسب از جانب مرکز مدیریت حوزه که فقه ۵ با الثالث من شروط العوضین معرفی و عنوان زده شده شرط سوم یعنی عدم تعلق حق دیگران به عوضین را ذیل شرط دوم مطرح خواهیم کرد و در نتیجه در عوضین پنج شرط لازم المراجعة است:

شرط یکم: مالیت

در این شرط به سه نکته اشاره می‌کنند:

نکته اول: طرح بحث

می‌فرمایند هر کدام از عوضین (ثمن و مثن یا عوض و معوض) باید مالیت داشته باشند.

دلیل: فیومی در معنای لغت بیع می‌گوید "مبادلة مال بمال" بیع یعنی جا به جا نمودن و داد و ستد مال با مال یعنی شیء دارای مالیت.

پس اگر یک یا عوضین هر دو مالیت نداشته باشند بیع بر آن صادق نیست.

با قید تمویل دو مورد خارج از تحت بیع (و صدق مالیت) خارج می‌شوند:

مورد اول: آنچه عند العقلاء منفعت مقصوده ندارد. (عقلاً حاضر نیستند در مقابل دریافت آن، پول بدهند. به عبارت دیگر ما یُبذل بإزائه شیء نیست) مانند سوسک‌ها و کرم‌ها که در زمان مرحوم شیخ انصاری منفعتی برای عقلاً نداشت هر چند الآن موضوع عوض شده و منفعت مقصود عند العقلاء دارد.

مورد دوم: آنچه عند الشارع مال نباشد. مانند خمر و خنزیر.

نکته دوم: اقسام عدم انتفاع

جمعی از فقیهان عدم انتفاع و منشأ عدم منفعت نزد عقلاً را در دو قسم دیده‌اند:

قسم اول: خِسَّة الشیء.

بعضی از اشیاء به جهت پست بودن مورد توجه عقلاً نیستند لذا پولی به‌ی‌آنها پرداخت نمی‌کنند مثل یک ریگ بی ارزش.

قسم دوم: قِلَّة الشیء.

بعضی از اشیاء ذاتاً دارای مالیت هستند لکن در صورتی که اندک باشند بی ارزش خواهند بود مثل یک دانه گندم. هر چند بر همین یک دانه گندم ملک صادق است یعنی فرد مالک همان یک گندم هم هست لذا فقها فتوا می‌دهند اگر یک دانه گندم هم از فرد دیگر تلف کند ضامن خواهد بود. البته مرحوم علامه حلی فتوا به عدم ضمان داده‌اند و فقهاء بعدی به ایشان اعتراض کرده‌اند.

و الأولى أن یقال: إن ...، ص ۱۰، س ۳

نکته سوم: ضابطه مالیت از نظر مرحوم شیخ

مرحوم شیخ انصاری نسبت به مالیت داشتن شیء و حکم آن، اشیاء را در چهار قسم دسته‌بندی می‌کنند.

قبل از بیان کلام مرحوم شیخ انصاری به یک مقدمه کوتاه فقهی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: رابطه مالیت عرفی و شرعی

نسبت بین مالیت عرفی و عند العقلاء و مالیت شرعی و عند الشارع نسبت عموم و خصوص مطلق است یعنی مالیت عند العرف معنای عام و مصادیق گسترده‌ای دارد که شارع قسمت زیادی از آنها را قبول دارد و لکن مالیت را در قسمتی از اشیاء هم نمی‌پذیرد مانند خمر و صنم. پس مالیت عرفی به منزله دائره بزرگ (عام) است و مالیت شرعی به منزله دائره‌ای کوچکتر (خاص) در داخل دائره مالیت عرفی قرار می‌گیرد. *

قسم اول: آنچه عرفاً مال نیست بیعش صحیح نیست.

می‌فرمایند اگر عرف یک شیء را مال به شمار نیاورد، بیع آن باطل است زیرا اجماع داریم بر اینکه آنچه مال نیست نمی‌تواند یکی از عوضین در بیع قرار گیرد، زیرا بیع عند العقلاء محقق نمی‌شود الا در ملک و عقلاً چیزی که مالیت ندارد را اصلاً ملک و مملوک حساب نمی‌کنند.

قسم دوم: عرفاً مال است لکن معاوضه‌اش اکل به باطل است. بیعش صحیح نیست

اگر شیء‌ای نزد عرف مالیت داشته باشد لکن عرف معامله آن را در بعضی از حالات اکل مال به باطل به شمار آورد یعنی پول گرفتن در مقابل آن را پول زور حساب کند این بیع هم در همان حالات باطل است. مثل یک لیوان آب در کنار چشمه پر آب. یا کود خاک برگ در جنگل پر از خاک برگ.

قسم سوم: نزد عرف مال و بیعش صحیح است لکن شرعاً ممنوع است. بیع صحیح نیست

اگر شیء‌ای نزد عرف هم مال باشد هم بیعش صحیح باشد مانند خمر، اما به نص خاص یا اجماع ثابت شده است که عند الشارع مال نیست در این صورت بیع باطل خواهد بود.

قسم چهارم: نزد عرف مال و بیعش صحیح است و منع شرعی هم ندارد، بیع صحیح است

اگر شیء‌ای نزد عرف مال باشد و بیعش را هم صحیح بدانند، از شرع هم دلیلی بر ممنوعیت بیع آن یا مالیت نداشتن آن وارد نشده باشد در این صورت بیع صحیح خواهد بود به دلیل عمومات "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" و "بِجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" و روایت معایش العباد که از کتاب تحف العقول در ابتدای کتاب مکاسب گذشت.

این تمام بحث در شرط اول بود البته مرحوم شیخ انصاری ذیل شرط سوم (قدرت بر تسلیم) در صفحه ۱۸۳ هم نکاتی در رابطه با مالیت دارند.

تحقیق:

* در رابطه با مالیت، تعریف و اقسام و احکام آن مباحث مختلف و مبتلابه و به روز مطرح است که در جای خودش باید مطالب فقها بررسی شود. بعضی از کسانی که معامله رمز ارزها و به خصوص بیت کوین را نا مشروع می‌دانند به جهت شبهه و اشکال در مالیت آنها است که البته این اشکال در جای خودش قابل نقد و جواب است و مالیت رمز ارزها کاملاً قابل اثبات است. از جمله تحقیقاتی که به این شبهه و اشکال شرعی اشاره کرده‌اند گزارش کارشناسی است که پژوهشکده پولی بانکی، بانک مرکزی به چاپ رسانده با عنوان "تحلیل ماهیت، استخراج و مبادله انواع رمز ارزها و توکن‌ها از منظر فقه اسلامی و قوانین کشور" که در صفحه ۳۹ می‌نویسد: "با توجه به این موارد می‌توان مدعی بود که نه مالیت رمز ارزهای جهانروا قابل احراز است و نه عدم مالیت آنها و به همین دلیل، استفاده از آنها در عمل می‌تواند با شبهه شرعی مواجه باشد"

اجملاً و به عنوان آشنایی با کلیت بحث مالیت می‌توانید به کتاب **ما وراء الفقه** از مرحوم شهید سید محمد صدر (پسر عموی شهید صدر معروف) جلد اول، صفحه ۳۹۴ ذیل عنوان "فصل فی المال" مراجعه کنید. ایشان مباحثی را مطرح می‌کنند از جمله در رابطه با: "فی سبب حصول المالیه للأشیاء" و "فیما یمثل المالیه سوقیا و عقلاً".

شرط دوم: ملکیت

طبق توضیحاتی که جلسه قبل در رابطه با شمارش شروط عوضین عرض کردم دومین شرطی که مرحوم شیخ انصاری در عوضین لازم المراعات می‌دانند، ملکیت است.

سیر بحث در این شرط دوم چنین است که مرحوم شیخ انصاری ابتدا دو مطلب ذیل این شرط بیان می‌کنند سپس یک متمم برای شرط ملکیت بیان می‌کنند تحت عنوان "عدم تعلق حق دیگران به عوضین" (همان شرط شماره سه که جلسه قبل توضیح داده شد) و بعد از تبیین متمم، ضمن چهار مسأله چهار مورد از موارد عدم جواز تصرف مالک در ملکش به جهت تعلق حق دیگران به آن را تفصیلاً بررسی می‌کنند که عبارت‌اند از: وقف، ام ولد، رهن و جنایة، و تا پایان فقه ۴ ادامه خواهد داشت و در فقه ۵ وارد شرط سوم یعنی القدرة علی التسلیم خواهند شد)

مطلب اول: بیع دو دسته اشیاء جایز نیست

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند با شرط ملکیت دو دسته از اشیاء از جواز و صحت بیع خارج می‌شوند:

دسته اول: مباحات اصلیه

مباحات اصلیه مانند آبها، مرتع‌ها، ماهی‌ها و حیوانات آزاد و رها قبل از صید شدن اینها قابل فروش نیستند زیرا مالک بالفعل ندارند.

دسته دوم: اراضی مفتوح عنوة

عنوه به معنای قهر و غلبه است و به معنای ذلت هم به کار می‌رود مانند آیه ۱۱۱ سوره مبارکه طه: "وَعَنْتِ الْأُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ" اراضی مفتوح عنوه یعنی اراضی‌ای که با خیل و رکاب و لشکر کشی فتح شده‌اند مثل ارض عراق.

مرحوم شیخ انصاری برای اثبات اینکه این اراضی شرط ملکیت را ندارند لذا بیع‌شان برای مردم جایز نیست می‌فرمایند ملکیت بر چهار قسم است و اراضی مفتوح عنوة از هیچ‌کدام این چهار قسم نیست لذا ملکیت مطرح در آنها را باید قسم پنجمی به شمار آوریم.

اما اقسام مالکیت بر اشیاء:

قسم اول: املاک شخصی.

عموم املاک و اشیائی که ملک شخص یا گروه خاص (به نحو مشاع) هستند و احکام مالکیت از جمله به ارث رسیدن بعد موت را دارا می‌باشند. اراضی مفتوح عنوه چنین حکمی ندارند یعنی اینگونه نیست که عین این اراضی ملک مسلمانان باشد و بین آنان تقسیم شود و به هر کسی مقدار اندکی برسد، لذا به ارث هم نمی‌رسد.

قسم دوم: وقف خاص.

اشیائی که عین‌شان ملک کسی نیست اما منفعت آنها ملک شخص یا گروه خاصی (به نحو مشاع) است که به آنان موقوف‌علیهم گفته می‌شود. اراضی مفتوح از این قسم هم نیستند زیرا نسبت به این اراضی مالکیت بر منفعت برای مسلمانان (به نحو مشاع) تصویر نمی‌شود.

قسم سوم: وقف عام.

اشیائی که نه عین و نه منفعت آنها ملک کسی نیست البته منفعت بعد از تصرف به ملک فرد در می‌آید مثل اینکه اتوبوسی را برای حمل عموم زائران به حرم وقف کرده، هر زائری که سوار این اتوبوس شود مالک منفعت صندلی است که روی آن نشسته تا به حرم برسد، یا منزلی وقف عام برای استفاده علماء شده باشد که وقتی برای سکونت مثلاً پنج ساله، به یک مجتهد خاص داده شد بعد از تصرف، این مجتهد مالک منفعت پنج ساله این خانه می‌شود. اراضی مفتوح عنوة از این قسم هم نیستند.

قسم چهارم: زکوات و اُخماس.

زکات و خمس ابتدا به عین مال تعلق می‌گیرند که در صورت صلاحدید مجتهد و مرجع تقلید قابل تبدیل به پول هم هست و فرد می‌تواند به جای یک پنجم از برنج‌هایی که بیش از یک سال نزد او مانده و استفاده نکرده، پول آن را به عنوان خمس بپردازد. در این قسم هم وقتی مثلاً عین برنج به عنوان خمس به محل مصرف آن داده شد آن فرد مالک عین و منفعت خواهد بود. اما اراضی مفتوح عنوه از این قسم هم نیستند یعنی وقتی فردی مسلط بر قسمتی از این اراضی شد مالک منفعت آن نیست.

قسم پنجم: اراضی مفتوح عنوه

پس ناچاریم اراضی مفتوح عنوه را قسم پنجمی در عرض چهار قسم قبلی به شمار آوریم که در آن منفعت حاصل از این اراضی باید در مصالح عموم مسلمین استفاده شود. البته موضوع و حکم نسبت به این اراضی در مطلب دوم روشن خواهد شد.

دلیل بر اینکه عموم مسلمین حق تصرف و استفاده از آن را دارند اجماع و روایات خاصه مانند مرسله حماد و صحیح حلی است که مرحوم شیخ انصاری در صفحه ۱۹ به بعد متن شش روایت را نقل می‌کنند.

مطلب دوم: اقسام ارضین و احکام آن

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید حال که سخن از اراضی شد هر چند محل مناسب بحث از تقسیم اراضی و احکام آنها در اواخر مکاسب محرمه است نه در کتاب البیع اما چون قبلا به تفصیل بیان نکرده‌ایم لذا اینجا به ذکر اقسام و احکام آنها می‌پردازیم. اراضی را به حصر عقلی می‌توان بر چهار قسم تقسیم نمود زیرا تمام اراضی کره زمین یا موات (بایر و بی آب و علف) هستند و یا عامر و آباد هستند. هر کدام از این دو قسم هم یا بالأصله است (که از ابتدا عامر بوده مانند جنگلها و مراتع یا از ابتدا موات بوده مانند کویر) یا بالعرض (که ابتدا عامر بوده سپس موات شده یا ابتدا موات بوده و سپس توسط انسانها عامر شده است)، از ضرب این دو قسم در یکدیگر چهار قسم به دست می‌آید که پنجمی ندارد.

قسم اول: موات بالأصله

در رابطه با این قسم، دو نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: مالکیت امام علیه السلام

می‌فرمایند اراضی موات بالأصله، ملک پیامبر و سپس امامان معصوم هستند.

دلیل: اجماع و روایات مستفیض بلکه گفته شده متواتر دال بر مطلب‌اند. این اراضی از انفال هستند که خداوند متعال در اولین آیه سوره مبارکه انفال می‌فرماید: "يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ"

نکته دوم: اباحه تصرف مجانی برای مردم

مردم مجاز به تصرف در این زمین‌ها هستند در صورتی که آنها را آباد کنند و نیاز به پرداخت اجاره و عوض هم نیست. اشکال (به نکته اول): در بعضی از روایات وارد شده که پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم فرمودند مَوْتَانِ الْأَرْضِ (زمین موات) برای خدا و رسول است و من به شما مسلمانان واگذار کردم. پس این زمین‌ها ملک مردم‌اند.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید (اولا: دو حدیثی که اشاره می‌کنید ضعف سندی دارند، ثانیاً: این دو روایت را به جهت روایات متواتر بر مالکیت امام، حمل می‌کنیم بر جواز تصرف بلا عوض. یعنی زمین‌ها برای آباد سازی و استفاده به مسلمانان واگذار شده است. اشکال (به نکته دوم): روایاتی داریم که دلالت می‌کنند بر جواز تصرف و آباد سازی اراضی موات لکن به شرط پرداخت خراج و مالیات نه به صورت بلاعوض. (طقس یعنی اجاره) در متن کتاب به دو روایت اشاره می‌شود. جواب: می‌فرمایند در جواب از اشکال مذکور دو توجیه مطرح می‌کنیم:

توجیه اول: این دو روایت را حمل می‌کنیم بر لزوم پرداخت اجاره زمانی که امام معصوم مطالبه کند اما بر اساس روایات، اهل بیت علیهم السلام پرداخت اجاره تصرف در زمین موات بالأصله را از شیعیان‌شان برداشته‌اند و پس از ظهور حضرت حجت عجل الله تعالی فرجه الشریف، حضرتشان غیر شیعیان را مُجَاب خواهند نمود به پرداخت اجاره و آنان را با ذلت از آن زمین‌ها اخراج خواهند نمود. البته مرحوم علامه فرموده‌اند اگر تصرف در این اراضی بدون اذن و رضایت امام باشد طبیعتاً باید اجاره پرداخت شود.

توجیه دوم: آن دو روایت دال بر وجوب آداء اجاره را حمل می‌کنیم بر زمان حضور امام معصوم زیرا چنانکه اشاره کردیم اجماع و روایات فراوان داریم بر اینکه در زمان غیبت پرداخت اجاره این زمین‌ها به امام معصوم علیه السلام واجب نیست. بل الأخبار متّفقه ... روایات و اجماع داریم بر اینکه زمین تا زمانی که موات بالأصله است ملک امام علیه السلام است لکن اگر کسی آن را احیاء کرد ملک او خواهد بود یعنی مالک می‌شود و بعد موتش به ارث می‌رسد. *

کاروری اصولی در فقه

* مرحوم خوئی در مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۱۲۵ در رابطه با همین مطلب نکته‌ای بیان می‌کنند که روایات دال بر مالک شدن مُحیی، عام است و مختص شیعه نیست سپس می‌فرمایند: "ما دلّ من الاخبار علی کون موات الأرض للشیعة بالإحیاء لا توجب التخصیص لعدم التنافی" این تعبیر "لا توجب التخصیص لعدم التنافی" اشاره به کدام نکته در رابطه بین عام و خاص دارد؟

دومین قسم از اقسام چهارگانه زمین‌ها، زمینی است که ابتداء آباد بوده بدون اینکه انسانی آن را آباد کند مانند جنگلها و مراتع. * مرحوم شیخ انصاری در این رابطه دو نکته بیان می‌کنند:

نکته اول: این اراضی ملک امام است

می‌فرمایند این قسم از اراضی هم مانند قسم قبل ملک امام معصوم است.

دلیل: اجماع و روایات هستند از جمله روایتی که در ذکر مصادیق انفال و زمین‌هایی که ملک امام هستند می‌فرماید: "کل أرض لرب لها". اشکال: مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید روایتی داریم که امام کاظم علیه السلام که در مصادیق انفال می‌فرماید: "کل أرض مئیتة لا رب لها" قید "مئیتة" یک قید احترازی است یعنی اگر زمین مئیتة نبود دیگر از انفال و ملک امام معصوم نیست. پس روایاتی که به نحو عموم می‌گویند کل أرض لا رب لها فهو للإمام تخصیص می‌خورد با این روایت امام کاظم علیه السلام و نتیجه این است که کل أرض لا رب لها فهو للإمام الا الأراضی العامرة.

جواب: قبل از بیان جواب مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه کوتاه اصولی را اشاره می‌کنیم:

مقدمه اصولی: مفهوم وصف

در کتاب اصول فقه مرحوم مظفر، ج ۱، ص ۱۲۱، در مبحث مفهوم وصف و مفهوم لقب نکاتی مطرح شد:

۱. اگر صفت با موصوف در کلام ذکر شده بود (وصف معتمد بر موصوف) مربوط به بحث مفهوم وصف اصولی است و اگر موصوف و موضوع ذکر نشده بود (وصف غیر معتمد بر موصوف) در اصطلاح اصولی نامش لقب و مربوط به مفهوم لقب است.
۲. لقب به اجماع اصولیان مفهوم ندارد. مثال: أكرم فقیهاً، این جمله مفهوم ندارد و نمی‌توان گفت مفهومش لاتکرم نحوياً است.
۳. صفت مذکور در کلام دو حالت دارد: یا قید برای موضوع است یا قید برای حکم است.
- اگر وصف قید برای موضوع باشد، مفهوم ندارد مانند أكرم انسانا عالما اینجا عالم قید برای انسان است نه حکم أكرم.
- اگر قید برای حکم باشد دلالت دارد بر مفهوم یعنی إنتفاء حکم عند إنتفاء الوصف. مثال: مطل الغنی ظلم، یعنی تأخیر در أداء دین از جانب کسی که توان أداء دین را دارد، ظلم به شمار می‌رود، با قرینه سایر روایات می‌فهمیم وصف غنی قید برای حکم است یعنی اگر وصف غنی نبود و فرد بدهکار، فقیر بود حکم ظلم نخواهد بود.
۴. غالباً وصف قید برای موضوع است نه حکم فلامفهوم للوصف، مگر اینکه با قرینه ثابت شود وصف قید حکم است.

مرحوم شیخ انصاری در جواب اشکال مذکور می‌فرماید:

اولاً: وصف مفهوم ندارد.

ثانیا: اگر وصف مفهوم داشته باشد زمانی است که وصف قید برای حکم باشد نه موضوع، در روایت مذکور، وصف "مئیتة" وصف موضوع و قید غالب مربوط به موضوع است زیرا غالب زمین‌های بدون مالک زمین‌های بایر و موات هستند لذا حضرت به جهت این وضعیت غالبی، فرموده‌اند هر زمین موات ملک امام است. نتیجه اینکه وصف "مئیتة" مفهوم ندارد.

نکته دوم: حکم مالکیت بالحیازة

اگر فردی زمین عامر را تصرف کند و مثلاً دیوار چینی کند آیا مالک می‌شود؟ دو احتمال مطرح است:

احتمال اول: مالک نمی‌شود زیرا این زمین‌ها ملک امام معصوم است و تصویر مالک دوم در آنها معنا ندارد.

احتمال دوم: بله مالک می‌شود به دلیل روایت نبوی "مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَيْسَ بِقَبْضِهِ إِلَيْهِ الْمُسْلِمُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ" (البته این روایت سنداً مرسل است)

قسم سوم: عامر بالعرض ملک مئیتی است با شرائط إحياء

عامر بالعرض زمینی است که ابتدا موات بوده سپس آباد شده است.

می‌فرمایند بر اساس شرائط و ضوابط مذکور در باب احياء موات کسی که زمین موات را إحياء و آباد کند مالک آن می‌شود. (که در شرح

لمعه، جلد هفتم چاپ کلانتر در کتاب إحياء الموات خوانده‌اید) **

دلیل: مرحوم ابن فهد حلی (م ۸۴۱هـ) در المهذب البارع فی شرح مختصر النافع، ج ۴، ۲۸۵ فرموده‌اند: "أجمعت الأمة .." و مرحوم فاضل

مقداد سیوری (م ۸۲۶هـ) اهل قریه سیور از توابع حله عراق) در التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، ص ۹۸ فرموده‌اند: "على ذلك إجماع

المسلمين، و عند أصحابنا أن الموات من الأراضین للإمام و لا يجوز إحياءه إلا باذنه، و مع اذنه يصير ملكاً للمأذون له و اذنه شرط."

مرحوم شیخ انصاری بعد از اشاره به قسم چهارم، به ذکر تقسیماتی مربوط به قسم سوم بازمی‌گردند.

قسم چهارم: موات بالعرض

زمینی که آباد بوده و سپس تبدیل به موات یعنی خشک بدون سکنه شده است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید زمین مذکور بر دو قسم است:

قسم اول: عمارة و آبادانی زمین در سابق، عمارة بالأصالة بوده است که در این صورت در قسم اول گفتیم ملک امام است.

قسم دوم: عمارة و آبادانی زمین در سابق به دست انسان صورت گرفته بوده و آباد کننده اولیه این زمین مالک شده است، در این قسم که زمین را فرد اول آباد کرده و به حکم إحياء أرض، مالک شده سپس بر اثر ترک اهالی آن منقلب تبدیل به زمین موات شده است، آیا فرد دومی که این زمین را آباد کند مالک آن می‌شود؟

می‌فرماید دو قول است:

قول اول: جمعی مانند مرحوم شیخ طوسی و محقق حلی معتقدند این زمین با اینکه موات است همچنان بر ملک مالک قبلی (آباد کننده اول) باقی است.

قول دوم: جمعی مانند علامه حلی در بعض فتاوا ایشان و شهید ثانی معتقدند با تبدیل شدن این زمین به موات، هر فرد دیگری که این زمین را آباد کند به ملک آباد کننده جدید در خواهد آمد.

منشأ اختلاف اقوال هم اختلاف در روایات وارده در این باب است که در جای خودش و در کتاب إحياء موات باید بررسی شود.

سپس مرحوم شیخ انصاری به ذکر تقسیماتی مربوط به قسم سوم می‌پردازد که خواهد آمد.

تحقیق:

* مرحوم شیخ انصاری در عبارت کتاب عمارة را اینگونه معنا می‌کنند که "أى لا من معمر" زمین عامر یعنی زمینی که بدون دخالت انسان آباد شده است. مرحوم خوئی در **مصباح الفقهاة**، ج ۵، ص ۱۳۴ می‌فرماید: "الظاهر أنه لم يوجد استعمال المعمر في التعمير بل استعمال اسم الفاعل منه عامر و المعمر من العمر، يقال لمن عمره كثير".

ظاهراً اشکال ایشان وارد باشد. ابن فارس در **معجم مقاییس اللغة** که مهم‌ترین منبع لغوی در ریشه یابی کلمات است، در ج ۴، ص ۱۴۰ می‌نویسد: "العين و الميم و الراء أصلان صحيحان، أحدهما يدل على بقاء و امتداد زمان، و الآخر على شيء يعلو، من صوت أو غيره. ... و من الباب عمارة الأرض، يقال عمّر الناس الأرض عمارةً، و هم يعمرونها، و هي عمارة معمورة. و قولهم: عمارة، محمول على عمّرت الأرض، و المعمورة من عمّرت. و الاسم و المصدر العمران. و استعمر الله تعالى الناس في الأرض ليعمروها. و الباب كله يؤول إلى هذا." این ماده لغوی در قرآن هم کاربردها مختلفی در معنای عمر و حیات دارد از جمله در سوره مبارکه فاطر، آیه ۱۱ می‌فرماید: "وَمَا يُعْمَرُ مِنْ مُعَمَّرٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ عُمُرِهِ إِلَّا فِي كِتَابٍ".

أبو حاتم سجستانی (م ۲۵۵هـ) از عالمان اهل سنت کتاب مختصری دارد با عنوان **المعمرون و الوصايا** که در این کتاب وصیت‌های افرادی که عمر طولانی داشته‌اند یا در عمرشان کارهای مهم و اثر گذاری انجام داده‌اند را گردآوری کرده است.

** عبارت مرحوم شهیدین در لمعه و شرح آن در کتاب إحياء الموات چنین است: " (و شروط الاحياء) المملک للمحيي (ستة : انتفاء يد الغير) عن الأرض الميتة ... (و انتفاء ملك سابق) ... (و انتفاء كونه حريماً لعامر) ، لأن مالك العامر استحق حريمه ، لأنه من مرافقه و مما يتوقف كمال انتفاعه عليه و سياًتي تفصيل الحریم (و انتفاء كونه مشعراً) أي محلاً (للعبادة) كعرفة ، و المشعر و منى ولو كان يسيراً لا يمنع المتعبدين ، سدا لباب مزاحمة الناسكين ، و لتعلق حقوق الناس كافة بها فلا يسوغ تملكها مطلقاً لأدائه إلى تفويت هذا الغرض الشرعي ... (أو مقطعا) من النبي صلى الله عليه وآله ، أو الإمام عليه السلام لأحد المسلمين ، لأن المقطع له يصير أولى من غيره كالتجوير فلا يصح لغيره التصرف بدون إذنه وإن لم يفد ملكاً، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله أقطع بلال بن الحرث العقيق وهو واد بظاهر المدينة و استمر تحت يده إلى ولاية عمر ... (أو محجراً) أي مشروعاً في إحيائه مشروعاً لم يبلغ حد الاحياء فإنه بالشروع يفيد أولوية لا يصح لغيره التخطي إليه ، وإن لم يفد ملكاً فلا يصح بيعه لكن يورث و يصح الصلح عليه. الروضة البهية، ج ۷، ص ۱۵۵.

مرحوم شیخ انصاری به ذکر تقسیماتی مربوط به قسم سوم از اراضی یعنی اراضی عامر بالعرض می‌پردازند.

تقسیمات زمین عامر بالعرض

زمینی که موات بوده سپس عامر و آباد شده بر دو قسم است:

قسم اول: عامر، مسلمان باشد مالک زمین خواهد بود و ملکیتش با نواقل قهری مثل ارث یا اختیاری مثل بیع، وقف و هدیه زائل می‌شود.

سؤال: اگر زمین و ساختمان آن خراب شد و به نوعی دوباره یک زمین موات به شمار آمد از ملکیت عامر مسلمان خارج می‌شود؟

جواب: می‌فرمایند دو قول است بعضی معتقدند همچنان بر ملک عامر باقی است و بعضی معتقدند به ملک عامر جدید در می‌آید.

قسم دوم: اگر عامر کافر باشد دو حالت دارد:

حالت اول: زمین در دار الإسلام است، اینجا دو قول است:

– اگر ملکیت بر زمین در دار الإسلام را مشروط به اسلام ندانیم پس کافر مالک آن زمین می‌شود.

– اگر ملکیت بر زمین در دار الإسلام را مشروط به اسلام بدانیم پس کافر عامر مالک نمی‌شود و زمین در ملک امام باقی است.

حالت دوم: زمین در دار الکفر است. اینجا کافر عامر مالک می‌شود و زوال ملکیت او با نواقل اختیاری یا قهری و همچنین با غنیمت گرفته

شدن خواهد بود.

نسبت به زمینی که کافر مالک می‌شود (چه قولی که مربوط به دار الإسلام بود و چه عمران در دار الکفر باشد) که گفتیم مالک است:

– اگر با طوع و رغبت مسلمان شود، بر ملکیتش باقی است مانند سایر اموالش.

– اگر کافر بماند مالک خواهد بود لکن رفع ید و خروج این زمین از ملکیت کافر به چند صورت ممکن است محقق شود:

صورت اول: کافر زمین را رها کرده و از آن هجرت می‌کند که ملک امام خواهد بود.

صورت دوم: این کافر می‌میرد و وارثی هم ندارد در این صورت هم ملک امام خواهد بود از باب انفال که بدون لشگرکشی به دست آمده.

صورت سوم: رفع ید و خروج کافر از این زمینی که توسط کافر آباد شده با جنگ و لشگرکشی محقق شود که به آن مفتوح عنوة، یا أرح

خراج یا أرض سواد گفته می‌شود. در رابطه با این صورت سوم نکات و احکامی بیان می‌کنند.

نکاتی در احکام ارض مفتوح عنوة

نسبت به ارض مفتوح عنوه مثل ارض عراق به چند نکته و حکم اشاره می‌کنند:

نکته یکم: مالک این زمین مسلمانان هستند

مرحوم شیخ انصاری برای اثبات ملکیت مسلمانان بر این زمین به اجماع و روایات مستفیضة تمسک می‌کنند و پنج روایت ذکر می‌کنند:

روایت اول: روایت اَبی بردة * *

در قسمتی از متن روایت، امام صادق علیه السلام می‌فرمایند اصل ارض خراج قابل معامله نیست بلکه عامر، حق تصرف و اولویت خود

را می‌تواند به مشتری بفروشد و با این شراء منتقل می‌شود حق مسلمانان (مالیات و خراجی که بر عهده عامر بود) به مشتری (یعنی

مشتری از این به بعد باید خراج و مالیات مربوط به این زمین را بپردازد) و چه بسا مشتری قدرت بیشتری بر درآمدزایی از این زمین داشته

باشد و به پرداخت خراج و انجام وظیفه شرعی بیشتر مایل باشد.

روایت دوم: مرسله حمّاد * *

امام کاظم علیه السلام در این روایت به ذکر احکامی در باب خمس، جهاد و اِحياء موات پرداخته‌اند که مرحوم شیخ انصاری بعضی از

فقرات را حدیث نقل می‌کنند. حضرت می‌فرمایند ارضی که با لشگرکشی و جنگ به دست آمده در دست کسی که آن را آباد کرده رها

شود و لکن والی باید خراج و مالیات بگیرد به هر مقداری مثل نصف یا ثلث یا ثلثین که به مصلحت مسلمانان باشد و مضرّ به حال آن

فرد و کشاورز هم نباشد. تا روایت می‌رسد به اینجا که اگر محصول این زمین از غلّات اربعة و متعلق زکات باشد باید ابتدا عشر و یک

دهم آن به عنوان زکات جدا شود (اگر زمین با آب باران و قنات آبیاری می‌شده یک دهم زکات دارد و اگر با "دوالی" (چرخ آبکشی از

چاه) و "نواضح" (شتران آبکش) آبیاری شده نصف عشر یعنی یک بیستم زکات دارد) بعد جدا سازی زکات، مقدار باقی‌مانده بر اساس قرارداد

و مصالحه بین والی و آن کشاورز باید تقسیم شود نصیب کشاورز و اَکرة (جمع اکر به معنای کارگر روز مزد) داده شود و باقی مانده نزد

والی باید در مصارف کارمندان والی و مسئولین رسیدگی به این زمین‌ها و در جهت تقویت دین خدا و مصالحی که مورد نظر والی هست

از قبیل تقویت اسلام، دین، لشگریان اسلام و امثال اینها مصرف شود هیچ مقداری از این مبالغ، کم یا زیاد ملک والی نمی‌شود.

روایت سوم: صحیح حلبی

امام صادق علیه السلام فرمودند ارض سواد یا همان مفتوح عنوة ملک جمیع مسلمین است چه مسلمانانی که امروز هستند چه آنان که امروز مسلمان نیستند و در آینده مسلمان می‌شود و چه مسلمانانی که هنوز به دنیا نیامده‌اند، خریدن این زمین‌ها جایز نیست الا اینکه به نیت وارد ساختن در ملک مسلمانان باشد و در این صورت اگر یک مسلمان این زمین را خرید والی می‌تواند از او زمین را بگیرد و پولی که بابت زمین داده با به او برگرداند و درآمدی که مشتری از این زمین داشته و استفاده کرده هم ملک مشتری خواهد بود.

روایت چهارم پنجم و ششم

این روایات معنایشان روشن است که در تطبیق عبارت معنا می‌کنیم و دلالت می‌کنند بر اینکه اراضی مفتوح عنوه ملک مسلمین هستند. و ظاهره کما تری ...، ص ۳۲، س ۱

نکته دوم: حکم بیع این زمین‌ها

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در نکته اول ثابت شد مالک اراضی مفتوح عنوه عموم مسلمانان هستند و درآمد این زمین‌ها باید در مصالح مسلمین خرج شود، اما آیا کسی که این زمین را آباد کرده و در آن ساختمان ساخته است می‌تواند آن را به دیگران بفروشد؟ در پاسخ به این سؤال به چهار قول اشاره می‌کنند که قول اول نظریه خودشان است:

قول اول: مرحوم شیخ: صرفاً حق تصرف قابل بیع است با اذن امام

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید بیع اصل این زمین‌ها جایز نیست حتی به تبع و ضمیمه ساختمان اما حق تصرف و اولویتی که به واسطه آبادسازی این زمین برای عامر ایجاد شده قابل خرید و فروش است، یعنی همان حقی که با بیع پیدا کرده بود که مجاز به تصرف بود و کسی حق نداشت او را از زمین اخراج کند همین حق را می‌تواند به مشتری بفروشد البته در صورتی که امام معصوم یا نایب او اجازه داده باشند چه اجازه اختصاصی به این فرد چه اجازه عام به تمام شیعیان.

قول دوم: شیخ طوسی: هیچ تصرفی مجاز نیست.

مرحوم شیخ طوسی فرموده‌اند هیچ‌گونه تصرفی در این اراضی جایز نیست حتی تصرف برای آباد سازی و عمران زیرا اینها تصرفات مالکانه هستند و کسی که مالک نیست حق چنین تصرفی (بیع و هبه و آبادسازی و ...) ندارد.

توجیه قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید باید اذن قول را توجیه نمود به یکی از دو وجه:

وجه اول: مقصود ایشان از منع هر گونه تصرف، تصرفاتی بوده است که در زمان حضور امام و بدون اذن ایشان باشد.

وجه دوم: مقصود منع از تصرفاتی است که ملک آور است مانند حیازت که ملک آور است.

قول سوم: مرحوم شهید اول: هر تصرفی جایز است حتی بیع با اذن امام

مرحوم شیخ انصاری عباراتی از مرحوم شهید اول نقل می‌کنند سپس می‌فرماید به ایشان نسبت داده شده تفصیل بین زمان غیبت که تصرف حتی بیع جایز است و زمان حضور که تصرف منوط به اذن امام است.

توجیه قول سوم:

مرحوم شیخ انصاری ضمن نقل عبارتی از شهید ثانی می‌فرماید در عبارات این فقها (شهیدین و محقق ثانی) قرینه داریم که مقصودشان همان نکته ای است که گفتیم بیع آثار، اُبنیه و حق تصرف جایز است اما بیع اصل زمین جایز نیست. پس حکم اینان به جواز بیع مقصود بیع حق تصرف است نه بیع زمین.

پس قول دوم و سوم هم مطابق قول اول خواهند بود.

تحقیق:

* اُبی برده در سند این روایت توثیق خاص ندارد اما نقل صفوان بن یحیی که از اصحاب اجماع است از او علامت وثاقت او خواهد بود لذا سند روایت معتبر است.

** سند روایت چنین است: "عن حماد بن عیسی، عن بعض أصحابه، عن اُبی الحسن علیه السلام فی حدیث"

قول چهارم: شیخ طوسی در تهذیب: جواز بیع ارض

مرحوم شیخ انصاری عبارت مرحوم شیخ طوسی در تهذیب را نقل می‌کنند که مرحوم شیخ طوسی ابتدا اشکالی بیان کرده‌اند که اگر مستشکل بگوید بیانات شما دالّ بر اباحه تصرف در ارض مفتوح عنوه است نه بیع و شراء آن و اگر بیع و شراء صحیح نباشد بیع متفرّعات آن از ساختمان و حق تصرف هم قابل بیع نخواهد بود. مرحوم شیخ طوسی در جواب از اشکال ضمن تقسیمی فرموده‌اند بیع اراضی مفتوح عنوه جایز است و در مقام استدلال بر این کلامشان به روایت ابی برده (اولین روایت جلسه قبل) استناد کرده‌اند.

توجیه قول چهارم

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند روایت ابی برده صراحتاً بیان می‌کرد که اراضی مفتوح عنوه ملک مسلمین است لذا بیع آن جایز نخواهد بود، پس همین استدلال مرحوم شیخ طوسی قرینه است که مقصودشان از جواز بیع ارض مفتوح عنوه، بیع آثار و متعلقات است نه خود ارض.

خلاصه نکته دوم

مرحوم شیخ انصاری فرمودند ارض مفتوح عنوه ملک مسلمانان است و قابل معامله و نقل و انتقال نیست اما تصرفاتی که روی این زمین انجام گیرد از قبیل ساختمان سازی، درختکاری، زراعت و امثال اینها از قبیل حق تصرف، اولویت و اختصاص قابل معاوضه و بیع و شراء و سایر نواقل است. و سه قول دیگری که به ظاهر با این قول تنافی داشت بر اساس قرائن موجود در عبارات صاحبان اقوال، توجیه شد و نتیجه وجود یک قول در امامیه است که همان قول اول و کلام مرحوم شیخ انصاری باشد.

نکته سوم: مشروعیت تصرف و حق اختصاص برای محیی

سومین نکته ذیل بیان احکام ارض مفتوح عنوه اثبات مشروعیت تصرف در ارض مفتوح عنوه است به نوعی که این تصرف به دنبالش حق اختصاص یا حق اولویت بیاورد. البته بهتر بود مرحوم شیخ انصاری ابتدا این نکته را بررسی می‌فرمودند سپس نکته قبلی را زیرا اثبات مشروعیت حق اختصاص مقدم است بر جواز بیع حق اختصاص.

مسأله مشروعیت تصرف و به تبع آن تحقق حق اختصاص در دو صورت باید بررسی شود:

صورت اول: توقف بر اذن امام در عصر حضور

جواز تصرف و به تبع آن شکل‌گیری حق اختصاص و اولویت نسبت به استفاده از زمین در عصر حضور امام معصوم مشروط است به اذن امام به این دلیل که ارض مفتوح عنوه ملک مسلمین است و در مصالح مسلمین باید مصرف شود و در عصر حضور، ولیّ مسلمین همان امام معصوم است که بر اساس صلاحدید و اذن او باید تصرفات مذکور انجام شود.

صورت دوم: نسبت به عصر غیبت ۵ قول است

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند نسبت به عصر غیبت پنج وجه است:

وجه اول: تصرف نیاز به اذن دارد چه امام چه فقیه چه سلطان

این وجه می‌گوید اذن لازم است هر چند از سلطان جائری که طبق ضوابط شرعی مجاز به دریافت خراج باشد.

(البته چنانکه در مباحث جوائز السلطان در انتهای مکاسب محرّمه هم اشاره شده در موارد اندکی است که تصرف سلطان جائر و اذن او مورد قبول قرار می‌گیرد از جمله این مورد طبق قول اول که بالأخره باید در اختیار سلطان قرار گیرد تا در مصالح مسلمین مصرف شود.)

در تفاوت بین خراج و مقاسمه می‌توان به این نکته اشاره کرد که خراج مالیاتی است که به طور کلی بر زمین و درآمد آن بسته می‌شود و نظری به مقدار درآمد زمین ندارد که کم باشد یا زیاد یا اصلاً درآمد نداشته باشد، مثلاً والی می‌گوید اجازه این چند هکتار زمین سالی این مبلغ است و دیگر کاری ندارد که امسال محصول این زمین آفت بزند و از بین برود. اما مقاسمه یعنی تقسیم در آمد مثل اینکه والی بگوید نصف یا ثلث درآمد زمین را به عنوان مالیات باید بپردازد در این صورت اگر درآمد زمین کم باشد مالیات کمتری هم خواهد داشت

وجه دوم: تصرف مطلقاً جائز است بدون نیاز به اذن

دومین وجه این است که هیچ اذنی نیاز نیست زیرا اهل بیت علیهم السلام استفاده از تمام زمین‌ها را برای شیعه حلال قرار داده‌اند.

مؤید این وجه آن است که روایاتی دلالت می‌کند بر جواز قبول خراج که مانند اجاره دادن در مقابل استفاده از زمین است پس معلوم می‌شود اصل تصرف و استفاده از زمین اشکال ندارد.

وجه سوم: شیخ انصاری: مشروط به اذن فقیه و نائب الامام

سومین وجه جواز تصرف در عصر غیبت با اذن حاکم و فقیهی است که نائب امام معصوم است.

وجه چهارم: تفصیل بین مستحقین و غیر مستحقین

کسانی که مستحق استفاده از درآمد زمین مفتوح عنوه هستند مانند لشگریان اسلام، عالمان دینی، مبلغان مذهب، سربازان، مرزداران، و ... اینان مجاز به تصرف در زمین هستند زیرا در بعضی روایات چنین تعبیری آمده که "إنّ لک نصیبا فی بیت المال" نشان می‌دهد فردی که مستحق دریافت درآمد چنین زمین‌هایی است مجاز به تصرف هم هست آن هم مجانا.

اما کسانی که مستحق دریافت درآمد این زمین‌ها نیستند مانند ثروتمندان، تصرفشان در این زمین منوط به پرداخت خراج است و به همین جهت که پرداخت خراج بر آنان واجب است بعضی از فقها فتوا داده‌اند خودداری کردن از پرداخت خراج بر آنان جایز نیست و باید خراج بپردازند هر چند به سلطان جائز و البته بعضی فقها هم گفته‌اند اگر خراج را به نائب امام پرداخت کند می‌تواند از پرداخت به سلطان جائز امتناع ورزد.

وجه پنجم: تفصیل بین اقسام زمین مفتوح عنوه

پنجمین و آخرین وجه این است که گفته شود:

- اگر زمین در حال فتح آباد بوده سپس موات شده تصرف در آن برای اِحیاء، جائز است له دلیل روایاتی مثل "من اَحیی اَرْضاً فِهی له"

- اگر زمین در حال فتح آباد بوده و بر همان حال باقی مانده دیگر تصرف برای اِحیاء آن معنا ندارد.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید اَوْفُقِ بِالْقَوَاعِدِ اِحْتِمَالِ سَوْمِ (اگر پذیرفته نشود) سپس چهارم و (اگر نقد شود) سپس پنجم است.

نکته چهارم: جواز اِخْذِ مَنقُولَاتٍ از اَرْضِ مَفْتُوحِ عَنوهِ

نسبت به منقولات از ارض مفتوح عنوه مانند برگ درختان آن یا چوبها یا سنگ‌های موجود در آن زمین یا کوزه و ظروف سفالی ساخته شده از خاک آن می‌فرمایند اگر اینها به صورت جداگانه در حال فتح روی زمین موجود باشند ملک مقاتلین هستند زیرا از منقولات اند اما اگر در حال فتح مثل خاک جزء ارض بوده‌اند طبق مقتضای قاعده و روایات سه احتمال مطرح است:

احتمال اول: چون علی القاعده اینها هم ملک مسلمین اند جواز اِخْذِ و تصرف آنها نیاز به اجازه دارد چه از سلطان جائز چه از حاکم شرع.

احتمال دوم: هیچ نیازی به اجازه نیست زیرا سلطان، سرپرست اصل زمین و مسلط بر دریافت اجرت زمین است نه اجزاء آن مگر اینکه فرد بخواهد صرفاً از منفعت این اجزاء و منقولات استفاده کند که تناول و سرپرستی سلطان جایز خواهد بود.

احتمال سوم: اینها حکم مباحات عامه را دارند. مرحوم شیخ انصاری همین احتمال را تقویت می‌کنند به دو دلیل:

دلیل اول: روایاتی مانند "من سبق الی ما لم یسبقه الیه مسلم، فهو اَحَقُّ به"

دلیل دوم: سیره متشرعه بله سیره بزرگان و علماء دین و مذهب در استفاده و خرید مهر ساخته شده با ترتب حسینیه و خاک کربلا رزقنا الله و ایاکم زیارته فی الدنیا و شفاعته فی الآخرة، است همچنین خریدن و سوغات آوردن ظروف سفالی ساخته شده از خاک ارض عراق.

نکته تربیتی

در ادامه مباحثی که در گذشته تحت عنوان اَصَالَةُ الصَّحَّةِ فی فعل النفس از نگاه تربیتی (نه فقهی و اصولی) داشتیم برای توضیح جمع بین اعتماد به نفس و توکل به خدا و توسل به اهل بیت علیهم السلام و توسل به اسباب ظاهری مانند دارو، نکاتی در این جلسه عرض شد از جمله این نکته که انسان به جهت مخلوق بودنش به حکم عقل، ذاتاً نیاز به حامی و پشتیبان دارد و بهترین حامی او خالق او است که در سوره مبارکه مزمل، آیه ۹ فرمود: "رَبُّ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكِيلًا" همچنین وسائط فیض بین خالق و مخلوق که اهل بیت علیهم السلام هستند. لکن تحقق توکل در نفس انسان متوقف بر توجه و التفات مکرر و پر تکرار دارد و با غفلت سازگار نیست. در همین رابطه نمونه‌ای از شرح حال مرحوم آیه الله العظمی سید محمد هادی میلانی (متوفای ۱۳۵۴ ه.ش) در انس قلبی با ادعیه و بالأخص دعای ابوحمزه ثمالی بیان شد که منجر به اسلام و تشیع پرفسور بلون بلژیکی (مدفون در قبرستان خواجه ربیع مشهد) شد. دوستان در صورت تمایل، به صوت این جلسه مراجعه بفرمایند.

بر اساس توضیحاتی که در جلسه ۶۰ و ۶۱ برای شماره گذاری شرایط عوضین بیان شد، مرحوم شیخ انصاری برای دومین شرط از شرایط عوضین که ملکیت بود یک متمم بیان می‌کنند که عنوانش طلق بودن ملک است.

متمم شرط ملکیت: طلق بودن (انتفاء حق دیگران)

مرحوم شیخ انصاری در رابطه با این متمم هم نسبت به عنوان بحث هم نسبت به جایگاه بحث از آن، ۴ نکته دارند که بیان می‌کنند:

نکته اول: عنوان طلق و معنای آن

فقها عموماً از این بحث با عنوان "طلق بودن ملک" تعبیر کرده‌اند به این معنا که اگر ملکی را وقف کرده باشد یا رهن گذاشته باشد نمی‌تواند بفروشد. پس طلق بودن یعنی تام بودن سلطنت بر مال و عدم محدودیت (و مطلق العنان بودن) حق تصرف مالک در مال.

(اذن به معنای اعلام رضایت پیشینی و قبل از اقدام فرد مقابل است و اجازه به معنای اعلام رضایت پسینی و بعد از اقدام فرد مقابل است. اگر مرتهن، قبل از اقدام رهن نسبت به بیع مال مرهونه اعلام رضایت کند می‌گوییم اذن و اگر بعد اقدام باشد می‌گوییم اجازه مانند اجازه در عقد فضولی)

نکته دوم: این شرط در حقیقت شرط متعاقدين است

شرط طلق بودن در حقیقت از شرایط متعاقدين است نه شرایط عوضین زیرا در این شرط سخن از آزاد بودن مالک نسبت به تصرف در مال است و سخن از موانعی است که ممکن است این سلطه مالک را محدود کند و مالک را ممنوع از بیع قرار دهد لذا جایگاه اصلی آن در شرایط متعاقدين بود و بحث از جهت شرایط عوضین لامحصل له و لا فائده فیه اما به تبع فقهاء این بحث را ذیل شرایط عوضین بررسی می‌کنیم.

نکته سوم: عنوان صحیح بحث، انتفاء حق دیگران از ملک است

می‌فرمایند باید دقت شود که مهم طلق بودن ملک نیست بلکه مهم منتفی بودن حق دیگران در مال مالک است.

به عبارت دیگر عنوان طلق یک عنوان مستقل نیست بلکه عنوانی است که از انتفاء حق دیگران انتزاع و اقتباس شده است.

در مقام توضیح مطلبشان می‌فرمایند اگر می‌بینیم فقها ذیل شرط ملکیت از عنوان طلق بودن بحث می‌کنند معنایش تأسیس و بنیان گذاشتن یک شرط جدید نیست که ذیل آن فروع فقهی مورد نظر مطرح شود بلکه مسأله عکس است یعنی شرط ملکیت، وقف نبودن، مرهونه نبودن، أم ولد نبودن و ... می‌باشد که متفرع بر این امور مسأله طلق بودن مطلق می‌شود. پس چون این عناوین عدمی بوده‌اند فقها برای تسهیل در تعبیر، از عنوان اثباتی "کونه طلقاً" استفاده کرده‌اند.

نکته چهارم: ذکر ۱۸ مصداق برای تعلق حق دیگران

مرحوم تستری در مقابسه الأنوار به ۲۲ مورد از موارد تعلق حق دیگران به ملک و مانعیت از بیع به تفصیل (در بیش از ۷۰ صفحه رحلی) بحث کرده‌اند که مرحوم شیخ انصاری به ۱۴ مورد صرفاً اشاره و چهار مورد را به تبع سایر فقها به تفصیل بحث می‌کنند که بحث ما تا پایان سال تحصیلی در بررسی همین چهار مورد خواهد بود. (به این نکته توجه شود که مقصود از منع تصرف در این مثالها منع از تصرف مخرج عن الملك است یعنی بیع و وقف و هبه و امثال اینها جایز نیست و الا استفاده از مال برای خود مالک اشکال ندارد) اما اشاره به ۱۸ مورد مذکور و ذکر مثال برای آنها:

مورد اول: اگر فرد نذر شرعی کرده باشد که کتابش را به دیگری واگذار کند این کتاب متعلق نذر است و بیع آن باطل خواهد بود.

مورد دوم: بایع کتاب را فروخته به این شرط که تا یک هفته خیار فسخ داشته باشد، در این هفته مشتری حق بیع این کتاب را ندارد.

مورد سوم: اگر عبد مرتد شده باشد باید کشته شود و تعلق حق الله مانع از بیع او خواهد بود.

مورد چهارم: اگر فرد قسم شرعی خورده بر عدم بیع یکی از اموالش، تعلق حق الله مانع از بیع او خواهد بود و بیعش باطل است.

مورد پنجم: در کتاب الحج لمعه خوانده‌ایم در حج قران حاجب باید قربانی‌اش را از میقات و زمان احرام همراه داشته باشد و این قربانی را علامت گذاری می‌کنند اگر شتر باشد روی کوهان آن خراشی ایجاد می‌کنند و خونس را به همان اطراف می‌مالند که از آن به "إشعار" تعبیر می‌شود و اگر قربانی گوسفند باشد بند دو لنگه کفش را به یکدیگر می‌بندند و از گردن گوسفند آویزان می‌کنند که از آن به "تقلید" تعبیر می‌شود. حال اگر حیوانی را برای قربانی تعیین نموده بود دیگر حق فروش آن را ندارد و بیعش باطل است.

مورد ششم: اگر عبدی را (مثلاً به ثمن اندکی) در بیع لازم خریده و مالک شده لکن فروشنده شرط کرده عبد را آزاد کند در این صورت مشتری حق فروش عبد را ندارد و بیعش باطل است.

مورد هفتم: عبد مکاتب که با مولایش قرارداد بسته که اگر فلان مبلغ پول بدهد آزاد شود، نسبت به مقداری از آن مبلغ که عبد به مولایش پرداخته که هیچ، اما نسبت به مقداری که هنوز نپرداخته مولایش حق فروش عبد را ندارد و بیع باطل خواهد بود.

مورد هشتم: عبد مدبّر اگر تدبیر بر موت مولا نباشد بلکه بر موت فرد دیگر باشد مثلاً مولا گفته اُنت حرّ دبر وفات زید، مولا از دنیا رفت و زید هنوز زنده است، در این صورت ورثه که مالک این عبد شده‌اند حق فروش عبد را ندارند.

مورد نهم: فردی وصیت کرده وقتی فوت کرد کتابش (موصی به) را به زید (موصی له) بدهند، آن فرد از دنیا رفت و زید هنوز وصیت و دریافت کتاب را قبول نکرده است در این مدت ورثه مالک کتاب هستند لکن حق فروش آن را ندارند.

مورد دهم: شریک بدون اجازه شریکش حق ندارد سهم خودش را بفروشد و حق الشفعة مانع آن است.

مورد یازدهم: اگر کنیزی که از یک عبد باردار شده را بخرد و سپس با او مباشرت کند، وقتی بچه به دنیا بیاید حق فروش بچه را ندارد (با اینکه انعقاد نطفه این بچه از حرّ نبوده بلکه از عبد بوده است).

مورد دوازدهم: زید و عمرو با یکدیگر شراکتا یک کنیز می‌خرند، زید با کنیز مباشرت می‌کند و فرزندی به دنیا می‌آید، اینجا اگر کنیز را به عقد یک عبد در می‌آوردند بچه آنها هم عبد بود و مالکین می‌توانستند آن فرزند را بفروشند لکن در مثال مذکور چون زید حر بوده فرزند هم حرّ خواهد بود لذا عمرو حق فروش سهم خودش در این بچه را نخواهد داشت و باید در مقابل سهمش که از دست رفته است، پولش را بگیرد. (اگر این فرزند عبد میشد هر مقدار که قیمت داشته به نسبت سهم عمرو در شراکت، می‌تواند از زید مطالبه کند)

مورد سیزدهم: تعارض سبب مملک و سبب مزیل ملک است. مثل اینکه مسلمانی در جنگ، یک کافر حربی را اسیر گرفته که اسیر گرفتن طبق ضوابط مذکور در کتاب الجهاد سبب مالکیت این مسلمان است، لکن بعد از آن متوجه می‌شود این اسیر پدر این مسلمان است که أبوة سبب زائل کننده ملکیت است. در اینجا ملکیت آنما تصویر می‌شود اما حق فروش پدرش را ندارد. (این تفسیر از عبارت مرحوم شیخ انصاری بنابر این است که حربی را در عبارت منصوب و مفعول بدانیم البته می‌توانیم حربی را مرفوع و فاعل بدانیم که یک حربی حربی دیگر را اسیر کرده باشد، هرچند از حیث حکم تفاوتی ندارد لکن تفسیر اول با مثالهای قبل و بعد سازگارتر است.)

مورد چهاردهم: یکی از رزمندگان اسلام در حال جنگ، غنیمی از دشمن می‌گیرد به واسطه غنیمت گرفتن مالک می‌شود لکن تا قبل از تقسیم غنائم بین رزمندگان، حق فروش آن را ندارد. علت تصویر ملکیت هم این است که محال است ملک (غنیمت) بلا مالک بماند.

مرحوم شیخ انصاری از این موارد هجده گانه بحثی نخواهند داشت و به تبع سایر فقها صرفاً از چهار مورد به تفصیل بحث می‌کنند:

مورد پانزدهم: وقف. اگر مالی وقف شده باشد دیگر قابل خرید و فروش نیست حتی برای موقوف علیهم و کسی که مالک آن بوده است.

مورد شانزدهم: أم ولد شدن کنیز مانع از جواز بیع او خواهد بود.

مورد هفدهم: رهن. اگر مالی را گرو و رهن گذاشته باشد حق فروش آن را ندارد و بیعش باطل است مگر با اذن یا اجازه مرتهن.

مورد هجدهم: جنایت. اگر عبدی مرتکب جنایت شده باشد بیع او باطل خواهد بود.

مرحوم شیخ انصاری از این چهار مورد اخیر طبق همین ترتیب مذکور ضمن ۱۷۰ صفحه بحث خواهند کرد که حدود ۷۰ صفحه مربوط به بحث أم ولد و عبد است و این مباحث از حذفیات است لکن کلیات مطالبشان را بحث خواهیم کرد.

شرط ۲ از شرایط عوضین: ملکیت/تمم ملکیت: طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۱: طرح بحث، حکم کلی و دلیل ۱۷۹
جلسه ۶۶ (یکشنبه، ۱۰/۱۱/۱۴۰۰) بسمه تعالی

مسأله: لایجوز بیع الوقف ...، ص ۳۳

مرحوم شیخ انصاری در اولین مسأله از مسائل چهارگانه ذیل تعلق حق غیر به ملک مالک، به بحث از بیع وقف می‌پردازد که از سه مسأله دیگر (بیع أم ولد، رهن و عبد جانی) حجم بیشتری دارد.

مسأله اول: بیع وقف

در این مسأله سه مرحله از بحث وجود دارد: ۱. طرح بحث و بیان حکم کلی و أدله آن. ۲. ذکر اقوال در بیع وقف. ۳. بیان تفصیلی تحقیق و دیدگاه مرحوم شیخ انصاری در مسأله. قبل از ورود به مباحث مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: وقف عقد است یا ایقاع

نسبت به عقد یا ایقاع بودن وقف، بین فقهاء اختلاف است. از ظاهر عبارات مرحوم شیخ انصاری در تمام این مبحث بیع وقف به دست می‌آید ایشان وقف را عقد می‌دانند از جمله در صفحه ۹۹ به لزوم قبض در وقف اشاره دارند. جمعی از فقها مانند مرحوم نجفی در جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۳، مرحوم محقق حلی در شرایع الإسلام، ج ۲، ص ۱۶۵، مرحوم علامه حلی در قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۳۸۸ و مرحوم محقق اصفهانی در حاشیة المکاسب، ج ۳، ص ۹۹ و جمعی دیگر. بعضی عبارتشان چنین است: "الوقف عقد ثمرته تحبیس الأصل و إطلاق المنفعة" در این رابطه به منابعی که در پایان جزوه امروز ذی لعنوان تحقیق آورده‌ام مراجعه شود. *

مرحله اول: طرح بحث و بیان حکم کلی و أدله

در مرحله اول سه مطلب بیان می‌کنند:

مطلب اول: بطلان بیع وقف و أدله آن

در کتاب الوقف شرح لمعه با تعریف وقف آشنا شده‌ایم که تحبیس العین و اطلاق (یا تسبیل) المنفعة است.

می‌فرمایند فی الجمله بیع وقف باطل است. (تعبیر فی الجمله به جهت جواز بیع در بعض موارد است که خواهد آمد.) به سه دلیل:

دلیل اول: اجماع محصل.

دلیل دوم: اجماع منقول.

دلیل سوم: روایات.

به سه روایت اشاره می‌کنند:

روایت اول: مکاتبه صفار

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُحَمَّدٍ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ فِي الْوَقْفِ وَ مَا رُوِيَ فِيهِ عَنْ آبَائِهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فَوَقَّعَ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْوَقُوفُ تَكُونُ عَلَى حَسَبِ مَا يُوقِفُهَا أَهْلِهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

امام حسن عسکری علیه السلام به طور عام فرمودند تمام وقف‌ها باید به نحوی که واقف وقف کرده مورد عمل قرار گیرند. کیفیت استدلال به این حدیث بر بطلان بیع وقف چنین است که نیت واقفین انجام یک خدمت برای نسل خودش یا عموم مسلمانان الی یوم القیامه است که هم دیگران به صورت مستدام منتفع شوند هم صدقه جاریه و ثواب مستمر برای او نوشته شود. لذا بیع وقف با این قصد و نیت منافات دارد و روایت می‌فرمایند باید به نیت واقف عمل نمود.

روایت دوم: معتبره اَبی علی بن راشد

(تعبیر مرحوم شیخ انصاری به روایت دال بر ضعف سند نیست) اَبو علی ابن راشد که همان حسن بن راشد و از اصحاب امام جواد و امام هادی علیه‌السلام است از امام هادی علیه‌السلام سؤال می‌کند که من زمینی را کنار زمین خودم خریدم و زمانی که مبلغ آن را پرداخت کردم با خبر شدم که زمین موقوفه بوده است وظیفه من چیست؟ حضرت فرمودند بیع این زمین جایز نبوده و مالک آن نشده‌ای و ثمره و غله این زمین را هم مالک نیستی و باید به موقوف علیهم واگذار کنی. سؤال کرد موقوف علیهم را پیدا نکرده‌ام، حضرت فرمودند (در هر صورت مالک زمین و ثمره آن نمی‌شوی و) باید غله را از طرف آنان صدقه دهی. **

روایت سوم: وقف‌نامه امیر المؤمنین.

در وقف‌نامه‌های امیر المؤمنین و سایر اهل بیت علیهم السلام فرازهایی دال بر عدم جواز بیع وقف وجود دارد که به یک نمونه مرحوم شیخ انصاری اشاره می‌کنند که حضرت امیر منزلی را در محله بنی زریق برای خاله‌هایشان و نسل آنها وقف کرده‌اند.

جمله‌ای که دال بر بطلان بیع وقف است این است که حضرت فرمودند: "تصدّق بداره ... صدقةً لا تباع" مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید "صدقةً لا تباع" صفت دال بر نوع صدقه است، یعنی صدقه حضرت از قسم صدقه‌ای است که قابل فروش نمی‌باشد که همان وقف است. پس حضرت در مقام بیان یک قانون کلی هستند که ملک وقف قابل بیع نیست.

اشکال: جمله "صدقةً لا تباع" وصف نوع نیست بلکه شرطی است که حضرت در این وقف شخصی و جزئی مربوط به خانه خودشان مطرح کرده‌اند که موقوف‌علیهم نباید این خانه را بفروشند، پس در این صورت این جمله دال بر یک قانون کلی نیست بلکه مربوط به همین وقف جزئی خواهد بود.

در وقف‌نامه، "صدقةً لا تباع" وصف نوع است نه شرط شخصی

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید به نظر ما جمله مذکور صفت نوع است نه شرط شخصی به سه دلیل یا به سه بیان:

و يُعَدُّ كونهَا شرطًا ...، ص ۳۴، ۹

دلیل اول: صدقةً، مفعول مطلق نوعی است

قبل توضیح مطلب یک مقدمه ادبی بیان می‌کنیم:

مقدمه ادبی: معانی مفعول مطلق

مرحوم رضی الدین استرآبادی (در شرح الرضی علی الکافیة، ج ۱، ص ۲۹۵ به بعد) می‌فرماید مفعول مطلق مصدری است که از ماده فعل خودش باشد و هیچ فعلی نیست الا اینکه مفعول مطلق دارد. مفعول مطلق در سه معنا به کار می‌رود:

۱. مفعول مطلق تأکیدی مانند نزلناه تنزیلاً.

۲. مفعول مطلق عددی مانند قرأت الكتاب قرائتین.

۳. مفعول مطلق نوعی مانند جلستُ جلسة الأمير.

البته ابن حاجب می‌گوید: "و قد یكون بغير لفظه، نحو قعدت جلوساً"

دلیل اول مرحوم شیخ انصاری این است که "صدقةً" مفعول مطلق است، اما مفعول مطلق تأکیدی نیست زیرا قید "لا تباع و لا توهب" برای آن ذکر شده، مفعول مطلق عددی هم نیست زیرا حضرت فرموده‌اند تصدّق صدقتین، لذا مفعول مطلق نوعی خواهد بود. پس "صدقةً" صفت برای بیان نوع است یعنی نوع صدقه حضرت، صدقه‌ای بوده که قابل فروش نیست یعنی وقف. ***

دلیل دوم: شرط، بین ارکان عقد واقع نمی‌شود

قبل از بیان این دلیل هم یک مقدمه فقهی کوتاه بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: جایگاه شرط در صیغه عقد

در استعمالات محاورهای و کاربردهای روایی شرط در صیغه عقد، متعارف و غالب این است که شرط بعد از ذکر ارکان عقد بیان می‌شود نه لابلای ارکان عقد.

به عنوان مثلاً گفته می‌شود بعتک الكتاب بمائة ألف بشرط كذا، در این مثال ابتدا نوع عقد که بیع است مشخص شده، مشتری و بایع معلوم است، ثمن و مثن هم معلوم است بعد از بیان همه اینها گفته می‌شود بشرط كذا. پس گفته نمی‌شود بعتک بشرط كذا الكتاب بمائة ألف.

دلیل دوم این است که اگر جمله حضرت را شرط بدانیم لازم می‌آید وسط بیان ارکان عقد حضرت شرط را مطرح کرده باشند زیرا این جمله حضرت در موضعی بیان شده که هنوز یک رکن وقف که موقوف‌علیهم باشد بیان نشده است مخصوصاً که اصلاً این شرط خطاب به موقوف‌علیهم و علیه آنان مطرح شده است لذا اگر این جمله شرط بود، جا داشت حضرت ابتدا ارکان عقد از جمله موقوف‌علیهم را تعیین بفرمایند سپس این شرط را مطرح کنند. نتیجه اینکه جمله مذکور شرط نیست.

دلیل سوم: اگر شرط باشد، خلاف شرع خواهد بود

قبل بیان این دلیل هم دو مقدمه فقهی کوتاه و یک مقدمه ادبی لغوی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی اول: شرط فاسد و افساد عقد

مشهور معتقدند شرط فاسد و باطل، مفسد و مبطل عقد است.

مرحوم شیخ انصاری در ج ۶، ص ۸۹ (اوائل فقه ۷) می‌فرماید:

شرط ۲ از شرائط عوضین: ملکیت/متمم ملکیت: طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۱: طرح بحث، حکم کلی و دلیل ۱۸۱

”في حكم الشرط الفاسد و الكلام فيه يقع في أمور: لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به ... و لا تأمل أيضاً في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد؛ لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غرراً. و كذا لو كان الاشتراط موجباً لمحذور آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً؛ لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبّد من أجل الإجماع أو النصّ. البته مرحوم شيخ انصاری بحث‌های جزئی و نکات دیگری هم دارند که باید مراجعه شود.

مقدمه دوم: جواز بیع وقف در بعض صور

در لمعه خوانده‌ایم و در مرحله سوم از بحث مرحوم شيخ انصاری در بیع وقف (ج ۴، ص ۶۱ به بعد) هم خواهد آمد که در بعض صورتها بیع وقف جایز و بلکه در بعض موارد لازم است. از جمله در جایی که عدم بیع منجر به نزاع و قتل بین موقوف علیهم شود لذا برای دفع فساد یا رفع فساد یا اضطرار به بیع شرعاً بیع وقف مجاز خواهد بود.

مقدمه ادبی لغوی: تفاوت معنای دفع و رفع

در لغت عرب چندین کلمه داریم که اشتراک در معنای ممانعت دارند لکن تفاوت‌های جزئی معنایی در آنها وجود دارد. به بعض این کلمات از فروق اللغویة ابوالهلال عسکری، ص ۱۳۰ و ۳۳۲ اشاره می‌کنیم:

(الفرق) بین المنع و الصد:

أن الصد هو المنع عن قصد الشيء خاصة، و لهذا قال تعالى (وَ هُمْ يَصُدُّونَ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) أي يمنعون الناس عن قصده، و المنع يكون في ذلك و غيره ألا ترى أنه يقال منع الحائط عن الميل لان الحائط لا قصد له، و يقولون صدني عن لقائك يريد عن قصد لقائك و هذا بين.

(الفرق) بین الرد و الرجوع. أنه يجوز أن ترجعه من غير كراهة له قال الله تعالى (فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ إِلَى طَائِفَةٍ مِنْهُمْ) و لا يجوز أن تردّه الا اذا كرهت حاله، و لهذا يسمى بالهرج ردا و لم يسم رجعا، هذا أصله ثم ربما استعملت احدي الكلمتين موضع الاخرى لقرب معناهما.

(الفرق) بین الرد و الرفع. أن الرد لا يكون الا الى خلف، و الرفع يكون الى قدام و الى خلف جميعا.

(الفرق) بین النبذ و الطرح. أن النبذ اسم لالقاء الشيء استهانة به و اظهارا للاستغناء عنه و لهذا قال تعالى (فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ) و قال الشاعر: نظرت الى عنوانه فنبدته * كنبذك نعلنا أخلقت من نعالكا و الطرح اسم لجنس الفعل فهو يكون لذلك و لغيره.

(الفرق) بین التنحية و الإزالة. أن الإزالة تكون الى الجهات الست، و التنحية الإزالة الى جانب اليمين أو الشمال أو خلف أو قدام و لا يقال لما صعد به أو سفل به نحى و انما التنحية في الأصل تحصيل الشيء في جانب و نحو الشيء جانبه. البته کلمات دیگری هم هست مانند درء.

پس اجمالا رفع یعنی از بین بردن آنچه محقق شده و دفع یعنی ایجاد مانع برای عدم تحقق یک فعل یا یک شیء.

دلیل سوم این است که اگر جمله "صدقة لاتباع" شرط باشد، لازم می‌آید حضرت یک شرط خلاف شرع در وقف‌نامه‌شان مطرح کرده باشند زیرا طبق روایات قطعا در بعض موارد بیع وقف جایز است لذا اینکه حضرت بفرمایند این خانه‌ام را وقف می‌کنم و شرط می‌کنم که موقوف علیهم به هیچ وجه حق فروش ندارند این بر خلاف شرع است لذا کلام حضرت شرط نیست بلکه وصف نوع است. مرحوم شيخ انصاری این دلیل سوم را قبول ندارند و با سه اشکال آن را نقد می‌کنند و نتیجه می‌گیرند جمله مذکور صفت نوع است به همان دو دلیل اول و دوم. ادامه بحث ان شاء الله جلسه بعد خواهد آمد.

تحقیق:

* کتاب **ما وراء الفقه** از مرحوم شهید سید محمد صدر (پسر عموی شهید صدر معروف) اثر مفیدی است که آشنایی با آن در بعض موارد راه‌گشا است. در جلد ۴، صفحه ۲۱ این کتاب چنین آمده: "فقد يقال إنه عقد دائم و قد يقال: إنه إيقاع في الوقف العام و عقد في الوقف الخاص كما هو المشهور و قد يقال: إنه إيقاع دائما. و تقریب الرأي الأول ينطلق من كون الوقف ذو طرفين لا محالة، و هما الواقف و الموقوف عليه، و كلما كانت المعاملة ذات طرفين كانت عقدا. كما أنه كلما كانت ذات طرف واحد كانت إيقاعا. و من هنا أفتى قسم من الفقهاء بكونه عقدا أي بلزوم (القبول) من قبل الموقوف عليه. فإن كان الوقف خاصا لزم قبول الموقوف عليه.

و ان كان الوقف عاما لزم قبول الحاكم الشرعي الذي هو ولي الجهة الموقوف عليها كالفقراء أو المحتاجين أو غيرهم. إلا أن هذا التقريب غير تام، لأن العقد ليس هو كل معاملة ذات طرفين مطلقاً، بل كل معاملة ذات طرفين و يلزم أخذ رضاها معا. فمثلاً: أن العتق ذو طرفين هما: المالك و العبد أو العتق و المعتق. و مع ذلك فهو إيقاع لأن اللازم هو رضا المالك بالعتق دون العبد. فإذا تم الدليل في الوقف بالاكْتفاء برضاء الواقف دون غيره، على ما سيأتي. لم يكن لزوم لأخذ القبول من قبل الموقوف عليه، إذا كان عاماً أو سواء كان عاماً أو خاصاً كما سيأتي. و أما تقريب الرأي القائل بكون الوقف إيقاع مطلقاً أو دائماً فانطلاقاً من مرحلتين من التفكير: المرحلة الأولى: عدم وجود الإشارة في كل أخبار الوقف على الإطلاق إلى وجود القبول

مرحوم امام در **كتاب البيع**، ج ۳، ص ۱۳۰ می فرماید: إنَّ الوقف بالمعنى المشترك الحاصل في جميع موارد، لا يعقل أن يكون عقداً؛ ضرورة أن الوقف على حمام بيت الله، أو على الوحوش في حرم الله مثلاً، لا يعقل أن يكون عقداً بين الواقف و الموقوف عليه، و لا ثالث في مثله يقبل الوقف، أو يكون قابلاً للتعاقد و التملك، فلا بدّ من الالتزام: إمّا بأنّ مثله ليس بوقف، و هو كما ترى. و إمّا بأنّ الوقف مختلف المعنى، ففي مورد يكون إيقاعاً، و في مورد عقداً، و هو أيضاً باطل. و إمّا بكون الوقف في مثله باطلاً، و هو أيضاً مخالف لإطلاق الأدلة بعد صدق «الوقف» عليه. مع أن بطالانه شرعاً لو فرض، لا ينافي صدق «الوقف» عليه، فيتضح منه أنه من الإيقاعات، و هو موافق لاعتبار الوقف في تمام موارد. مع أنه لم يتعارف في الوقوف على كثرتها، قبول الموقوف عليه أو الحاكم، فهل ترى في المساجد و الخانات و القناطر الموقوفة على كثرتها التي لا تعدّ في أقطار بلاد المسلمين و غيرهم الإرجاع إلى المجتهد الجامع للشرائط أو وكيله؟! فالسيرة القطعية قائمة على خلاف ما ذكره. فالإنصاف: أن الالتزام بكونه عقداً، ثمّ التكلّف في بعض الفروع المتفرّعة عليه، ممّا لا وجه معتدّ به له. همچنین به قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مراجعه کنید:

ماد ۵۶ - وقف واقع میشود به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند و قبول طبقه اول از موقوف علیهم یا قائم مقام قانونی آنها در صورتی که محصور باشند مثل وقف بر اولاد و اگر موقوف علیهم غیر محصور یا وقف بر مصالح عامه باشد در این صورت قبول حاکم شرط است. ماده ۵۹ - اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف نهد وقف محقق نمی شود و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می کند.

*** در متن روایت نقل شده توسط مرحوم شیخ انصاری که محققین مجمع الفکر در پاورقی می گویند تمام نسخ مکاسب چنین است که: "فلما عمّرتها خُبرتُ" وقتی این زمین را آباد کردم خبردار شدم وقفی است. اما در مجامیع روایتی این تعبیر به گونه دیگری وارد شده و چنین است که: "اشتریت أرضاً إلى جنبِ ضیعتی فلما وفّرت المال خُبرتُ أن الأرضَ وقفٌ"

در این رابطه مرحوم امام در پاورقی کتاب البيع، ج ۳، ص ۱۵۳ در رابطه با لزوم مراجعه به منابع اصلی در نقل روایات می فرماید: "لکن لم أجد في شيء من الكتب بدل قوله: «و لما وفّرت المال» «و لما عمّرتها» كما هو الموجود في تجارة الشيخ الأعظم (قدّس سرّه). و المظنون: أنه اشتباه، منشؤه الاتّكال على الحافظة حال التحرير، فإنّ الاشتباه من النسخ في مثل ذلك بعيد. و العجب: أن بعض المحشّین (قدّس سرّه) اتّكل على نقل الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) و لم يراجع كتب الحديث، فاستشكل في الانصراف: بأنّ مورد الرواية هو تعمیر الخراب، و أجاب عنه.

فعلى العلماء الأعلام و المحصلین عدم الاتّكال على الحافظة في نقل الأحاديث، و لا على كتب الاستدلال، و لا سيّما مثل كتاب الجواهر و ما بعده. و مع الأسف الشديد، فانتنا قراءة كتب الأحاديث على المشايخ و قراءتهم علينا بعد توسعة الفقه و أصوله بهذه التوسعة، و لذلك وقعنا في اشتباهات كثيرة، منشؤها اختلاف النسخ، و اختلاف قراءة كلمة واحدة تختلف معها الأحكام، كما هو ظاهر للمراجع.

*** در رابطه با این بحث نظر مرحوم مظفر در حاشیه شان بر مکاسب با عنوان حاشية المظفر على المكاسب، ج ۱، ص ۱۸۲ را ببینید.

مرحوم شیخ انصاری دلالت دو دلیل اول و دوم را بر اثبات صفت نوع بودن "صدقة لاتباع" را ثابت می‌دانند لکن دلیل سوم را قابل استناد نمی‌دانند و سه اشکال به آن وارد می‌دانند. دلیل سوم این بود که اگر جمله مذکور را شرط بدانیم، شرط خلاف شرع و فاسد و مفسد عقد خواهد بود زیرا طبق روایات، بیع وقف در بعض موارد جایز است و اینکه حضرت شرط بفرمایند که نباید این موقوفه فروخته شود بر خلاف شرع خواهد بود لذا جمله مذکور وصف نوع است.

اشکال اول: روایاتی که دال بر صحّت بیع وقف هستند مربوط به حالت ضرورت‌اند، جمله حضرت اطلاق ندارد که شامل مورد ضرورت هم بشود. به عبارت دیگر حضرت می‌فرمایند این خانه را وقف نمودم و شرط می‌کنم آن را بدون عذر نفروشد (تا زمانی که ضرورت اقتضاء نکرده نفروشد). چنانکه روایت ابی علی بن راشد که با صراحت می‌گفت: "لایجوز بیع شراء الوقف" این جمله هم خلاف شرع نیست بلکه مربوط به حالت عادی و غیر اضطراری است.

اشکال دوم: اگر قید "لاتباع" را خلاف شرع بدانیم تفاوتی ندارد چه "صدقة" وصف باشد و چه شرط باشد در هر دو صورت قید مذکور خلاف شرع است. به عبارت دیگر خلاف شرع بودن مختص به شرط نیست بلکه وصف هم می‌تواند خلاف شرع باشد
اشکال سوم: طبق توضیحی ثابت می‌کنیم که اگر جمله "صدقة لاتباع" شرط باشد هیچ اشکالی پیش نمی‌آید اما اگر وصف نوع باشد خلاف شرع خواهد بود. بیان مطلب این است که:

– اگر جمله مذکور شرط شخصی باشد می‌گوییم حضرت از علم لدنی‌شان استفاده کرده‌اند و می‌دانستند تا زمانی که نسل موقوف علیهم باقی است هیچ ضرورتی به فروش این خانه پیدا نخواهد شد، بر این اساس نسبت به موقوفه شخصی خودشان یک شرط مطرح کرده‌اند که هیچ مخالفتی هم با شرع ندارد.

– اما اگر جمله مذکور وصف نوع باشد این اشکال وارد است که چرا حضرت برای تمام وقف‌ها و در تمام حالات، قید "لاتباع" را آورده‌اند در حالی که مسلماً در موارد ضرورت بیع وقف جایز است. در این حالت نمی‌توانیم بگوییم امام عالم بوده‌اند که برای تمام موقوفات ضرورتی به فروششان پیدا نمی‌شود زیرا چنین چیزی بالوجدان صحیح نیست و موارد مشروع زیادی نسبت به بیع وقف محقق شده است.
نکته: اشکالی به مرحوم تستری

مرحوم تستری هم مانند مرحوم شیخ انصاری جمله "صدقة لاتباع" را وصف نوع می‌دانند لکن از عبارتشان به دست می‌آید که دلیل سوم را پذیرفته‌اند یعنی مرحوم تستری معتقدند چون قید "لاتباع" در وقف‌نامه حضرت، اطلاق دارد پس نمی‌تواند شرط شخصی باشد بلکه باید وصف نوع باشد، مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند از سه اشکال وارد بر دلیل سه روشن می‌شود تمسک مرحوم تستری به دلیل سه صحیح نیست. البته انصاف این است که اصل وصف نوع بودن جمله مذکور ثابت و روشن است اما نه به دلیل سوم بلکه به دلیل اول و دوم.

و مما ذکرنا ظهر ...، ص ۳۵، س ۱۵

مطلب دوم: حقوق مانع از بیع وقف

مرحوم شیخ انصاری بعد از اثبات حکم کلی بطلان بیع وقف در مطلب اول می‌فرمایند آنچه مانع از بین وقف است سه حق می‌باشد:

یکم: حق الواقف.

واقف ملک خودش را به این جهت وقف می‌کند که بعد فوت او که دستش از دنیا و تحصیل ثواب کوتاه است، با استفاده موقوف علیهم از ملک او همچنان ثواب به نام اعمالش سرازیر شود پس اگر موقوف علیهم این ملک را بفروشند و پول آن را مصرف کنند این حق واقف تضییع خواهد شد و غرض واقف نقض می‌شود.

دوم: حق البطون المتأخره عن بطن البایع

اگر نسل و بطن حاضر از موقوف علیهم (چه در وقف خاص چه در وقف عام) مال موقوفه را بفروشند و پول آن را مصرف کنند، نسل‌های بعدی از منفعت این موقوفه محروم خواهند شد لذا حق آنان مانع از جواز بیع وقف است.

سوم: حق الله

از روایات (لا اقل طبق مبنای کسانی که قصد قربت را در وقف شرط می‌دانند) به دست می‌آید که عمل وقف برای تقویت دین خدا و کسب رضای خدا انجام می‌شود و عهده‌دار عوض و پاداش این عمل نیز خداوند است، پس بیع وقف با حق الله منافات دارد زیرا یک

عامل (هر چند کوچک) در تقویت دین، از بین می‌رود علاوه بر اینکه خداوند متعهد شده به پاداش دادن بر وقف لذا اگر مال موقوفه فروخته شود موضوع پاداش از بین می‌رود. *

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید البته ممکن است در مواردی مانعیت بعضی از این حقوق ثلاثه یا تمامشان از بین برود مثل اینکه واقف زنده باشد و از حق خود گذشت کند. البته تفصیل و جزئیات مطلب در مرحله سوم که تحقیق و بررسی تفصیلی جزئیات بحث بیع وقف است خواهد آمد.

مطلب سوم: بطلان وقف بعد از بیع است یا بعد خراب (جواز بیع)

سومین و آخرین مطلب در مرحله اول پاسخ به یک سؤال است.

سؤال: در مواردی که بیع وقف جایز است مثل مخروبه و بلااستفاده شدن وقف، بطلان وقف از چه زمان محقق می‌شود از لحظه‌ای که ملک مخروبه و جایز البیع شد یا لحظه‌ای که بیع انجام شود؟ مثال: ملکی در سال ۱۳۰۰ شمسی وقف شده و در سال ۱۳۸۰ مخروبه و جایز البیع شده و در سال ۱۴۰۰ فروخته شده، سؤال این است که از کدام تاریخ وقف باطل شده از ۱۳۸۰ یا از ۱۴۰۰؟

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در پاسخ به این سؤال دو قول است:

قول اول: (مشهور و شیخ) بعد از تحقق بیع است نه از زمان جواز بیع

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید وقتی ملک وقفی مخروبه و بیعش مجاز شد، همچنان موقوفه است و هیچ اشکالی ندارد که هم موقوفه باشد هم بیعش جایز باشد بله زمانی که بیع انجام شد، وقف بودن ملک هم باطل می‌شود و طبق شرایط شرعی نسبت به هر موردی باید ببینیم که آیا با پول آن باید بدل تهیه کنند که وقف در شکل دیگری استمرار داشته باشد یا موقوف‌علیهم می‌تواند پول آن را به مصرف برسانند و خرج کنند.

دلیل: مقتضی موجود و مانع مفقود

دلیل مرحوم شیخ انصاری بر مدعایشان این است که با اجرای صیغه شرعی و إنشاء وقف، ملک موقوفه می‌شود و علی‌الدوام موقوفه است و بیعش باطل است اما گاهی ضرورت اقتضاء می‌کند بیعش جائز باشد پس تا زمانی که فروخته نشده، إنشاء وقف اقتضاء بقاء دارد و همچنان این ملک موقوفه است. بله وقتی فروخته شد از وقف خارج شده و وقف آن باطل می‌شود.

نمونه فقهی این مسأله عقود جائزه مانند هبه هستند که وقتی واهب (هدیه دهنده) هدیه را به متَّهَب (هدیه گیرنده) غیر ذی رحم و غیر معوضه واگذار می‌کند متَّهَب مالک می‌شود و این مالکیت هم اقتضاء استمرار دارد اما واهب می‌تواند این هدیه را پس بگیرد و مانع استمرار مالکیت متَّهَب شود. پس تا زمانی که واهب هدیه را پس نگرفته عنوان هدیه ثابت است و از لحظه پس گرفتن هبه باطل می‌شود.

فتاوی اشاره دارد به اینکه قیاس وقف به هبه و عقود جائز مع الفارق است زیرا وقف یک عقد لازم است در حالی که هبه یک عقد جائز است و از همان ابتدا ابطال آن به هر دلیلی مجاز بوده است.

تحقیق:

* مرحوم خوئی در **مصباح الفقاهة**، ج ۵، ص ۱۵۹ در نقد سه حق مذکور می‌فرماید:

"أقول: و لیت شعري أنه من أين ظهر مما ذكره ان المانع هي الأمور الثلاثة، بل لا وجه لها بحسب نفسها أيضا أما حق الواقف فبمجرد وقفه تخرج العين الموقوفة عن ملكه و كون العين صدقة جاریة ینتفع بها لا یقتضي أن تكون العين متعلقة لحق الواقف و أما حق البطون المتأخرة فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا، يكون ذا حق مع أنه لو كان مانعا انما يمنع إذا بیع و صرف الثمن على الموجودین و اما لو اشترى به مثله فلا يلزم منه هذا المحذور و اما قوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، فلا يدل على ذلك فان معناه أن ما أنشأ الواقف من حسب المال فقد أمضاه الشارع، و اما حق الله فان كان المراد به ان المنع عن بيعه انما هو للتعبد الشرعي الواصل بواسطة سفرائه من الروایات المتقدمة فلا كلام لنا فيه، و ان كان المراد من ذلك شيء آخر و إثبات حق له تعالى كالأنفال و نحوها فلا دليل دل على ذلك كما لا يخفى."

(سه‌شنبه و چهارشنبه به مناسبت ارتحال آیه الله العظمی صافی گلپایگانی حوزه تعطیل بود و شنبه شهادت امام هادی علیه السلام بود. در ابتدای جلسه چهار نکته محوری در ابعاد شخصیتی مرحوم آیه الله العظمی صافی یعنی جامعیت در بُعد علمی، حامی ناصح بودن در بُعد سیاسی، تواضع در بُعد اخلاقی و توجه به مولایمان حضرت حجت عجل الله تعالی فرجه الشریف در بُعد معنوی اجمالاً تبیین شد)

إلا أنه ذكر بعض ... ص ۳۶، س ۱۲

کلام در مطلب سوم و پاسخ به این سؤال بود که اگر ملک وقفی مثلاً به جهت مخروبه شدن جائز البیع بود، بطلان وقف از لحظه جواز بیع است یا از لحظه تحقق بیع؟ گفتیم در مسأله دو قول است، مرحوم شیخ انصاری معتقد بودند بطلان بیع از لحظه تحقق بیع است لذا جمع بین وقفی بودن یک ملک و جواز وقف آن اشکالی ندارد.

قول دوم: از لحظه جواز بیع است نه تحقق بیع

مرحوم صاحب جواهر به تبع مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء معتقدند بطلان وقف از لحظه مخروبه شدن و جواز بیع است به این دلیل که وقف ماهیتاً با جواز بیع سازگار نیست به تعبیر ایشان وقف بودن با جواز بیع، متضاد و غیر قابل جمع هستند زیرا وقف بودن یعنی غیر قابل بیع بودن، پس به محض جواز شرعی بیع یک موقوفه، وقف آن باطل خواهد بود هر چند چندین سال بعد، آن را بفروشند.

نقد قول دوم:

مرحوم صاحب جواهر فرمودند بعد از دقت و إمعان نظر می‌گوییم: "إذا بطل الوقف إتجه حينئذٍ جواز البیع" مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند نسبت به مقصودشان از بطلان وقف دو احتمال است:

احتمال اول: مقصود ایشان از بطلان، إنتفاء منع بیع باشد.

این احتمال علاوه بر اینکه خلاف ظاهر کلام ایشان است، مطلب بسیار روشن و ساده‌ای است که نیاز به بحث کردن ندارد چه رسد به إمعان نظر زیرا معنی چنین می‌شود که "إذا انتفی منع بیع الوقف، إتجه حينئذٍ جواز البیع" هر انسانی متوجه می‌شود که وقتی ممنوعیت بیع از بین برود، جواز بیع می‌آید.

احتمال دوم: مقصود ایشان از بطلان، إنتفاء اصل وقف باشد.

این احتمال مطابق با ظاهر کلامشان است "إذا بطل الوقف" یعنی "إذا انتفی الوقف" زمانی که وقف کاملاً منتفی شود بیع جایز است، پس ایشان ممنوعیت بیع را از مقومات و ارکان وقف به شمار آورده‌اند. اما این مقصود هم باطل است زیرا:

اولاً: اگر به محض جواز بیع، وقف باطل شود معنایش این است که از ملک موقوف‌علیهم خارج شود، خب به ملک چه کسی وارد شود (ملک که بدون مالک نمی‌شود) و چه کسی مجاز به فروش آن است؟ اگر بگویید ملک واقف می‌شود می‌گوییم خلاف اجماع فقهاء است. **ثانیاً:** قبل از بیان اشکال دوم مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه کوتاه بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: وقف تحریری و تملیکی

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب، ج ۴، ص ۵۳ یعنی حدود ۱۷ صفحه بعد از محل بحثمان می‌فرماید:

إنّ الوقف علی قسمین:

أحدهما: ما یکون ملکاً للموقوف علیهم، فیملکون منفعتہ، فلهم استتجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حقّ. (وقف تملیکی) و الثاني: ما لا یکون ملکاً لأحد، بل یکون فکّ ملک نظیر التحریر، كما فی المساجد و المدارس و الرّبط؛ بناءً علی القول بعدم دخولها فی ملک المسلمین كما هو مذهب جماعة، فإنّ الموقوف علیهم إنّما یملکون الانتفاع دون المنفعة، فلو سکنه أخذ بغير حقّ فالظاهر أنّه لیس علیه اجرة المثل. (وقف تحریری یا فکی)

اشکال دوم این است که بین وقف و جواز بیع تضاد نیست بلکه قابل جمع‌اند زیرا عدم جواز بیع جزء ارکان و ماهیت وقف نیست و وقف فقط تحبیس العین و اطلاق المنفعة است و این تحبیس العین نسبت به مساجد و امثال آن مثل کاروان‌سراها و بیمارستان‌ها وقف تحریری و نسبت به غیر آن مثل وقف خانه برای نسل خودش، وقف تملیکی است. *

و نسبت به وقف تملیکی تعبیر صدقه بکار برده شده و حتی إيجاب عقد وقف را می‌توان با "تصدقتُ" إنشاء کرد، پس تنها نکته این است که در وقف تملیکی، مالک (موقوف‌علیهم) بطون و نسلهایی هستند که پی در پی می‌آیند و در صورت جواز بیع وقف، بایع:

– اگر صرفاً مجاز به فروش موقوفه مخروبه و تبدیل آن به عین دیگر است، در این صورت بایع ولی تمام ملاًک و بطون متلاحقه است و این ولایت را شارع به او داده است پس منافاتی بین موقوفه بودن و بیع وجود ندارد.

– اگر مجاز به فروش موقوفه و به مصرف رساندن ثمن آن توسط بطن و نسل موجود باشد باز هم این مجوز از جانب شارع صادر شده است و هیچ منافاتی با موقوفه بودن ندارد لذا اگر در همین جایی که به جهت ضرورت، حکم به جواز بیع داده شده موقوف علیهم، وقف را نفروشد، وقف باطل نمی‌شود و همچنان پابرجا است.

نتیجه نقد قول دوم این شد که منافاتی بین وقف و جواز بیع وجود ندارد زیرا ممنوعیت بیع، جزء ماهیت و رکن وقف نیست.

و لذا لو فرض اندفاع ...، ص ۳۷، س ۱۵

مرحوم شیخ انصاری دو مؤید و شاهد برای قول خودشان و نقد قول صاحب جواهر بیان می‌کنند:

مؤید اول:

اگر زمین وقفی که به جهت مخروبه شدن جواز بیع پیدا کرده لکن قبل تحقق بیع، آب و آبادانی به این زمین بازگردد فقهاء فتوا می‌دهند وقف به حال خودش باقی است در حالی که طبق مبنای مرحوم صاحب جواهر باید گفته شود وقف باطل شده است. پس روشن شد که با جواز بیع، وقف باطل نمی‌شود.

مؤید دوم:

مرحوم محقق ثانی فرموده‌اند اگر در موردی بیع وقف جایز باشد، رهن گذاشتن این موقوفه مخروبه مجاز نیست زیرا یکی از احکام رهن این است که اگر رهن (گرو گذارنده) دین‌اش را به مرتبه‌اش اداء نکرد مرتبه‌اش می‌تواند مال مرهونه را بفروشد و حق خود را بردارد، در حالی که اگر زمین موقوفه مخروبه را رهن بگذارند این حکم رهن محقق نیست یعنی اگر موقوف علیهم وضع مالی شان سخت شد و نتوانستند دین مرتبه‌اش را بپردازند، مرتبه‌اش حق ندارد این موقوفه را بفروشد زیرا احتمال دارد موقوف علیهم وضع مالی‌شان خوب شود و دستشان برای اداء دین باز شود و زمین بر موقوفه بودن باقی بماند.

این مطلب نشان می‌دهد مرحوم محقق ثانی معتقدند وقتی ملک موقوفه خراب و جائز البیع شد، وقف آن باطل نمی‌شود و الا اگر وقف باطل می‌شد باید فتوا به جواز رهن می‌دادند.

تحقیق:

* البته بعض محشین مکاسب در همین محل بحث با این تقسیم مخالف‌اند:

مرحوم محقق اصفهانی در **حاشیه‌ی مکاسب**، ج ۳، ص ۹۴ می‌فرمایند: استئجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق. و الثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير، كما في المساجد و المدارس و الربط؛ بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة، فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه اجرة المثل.

مرحوم شهیدی در **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**، ج ۲، ص ۳۴۸ می‌فرمایند: أقول یعنی من شبه المساجد الرباطات و کیف کان لم يظهر لي وجه لمنافاة كون الوقف في غيرهما قسما من التملك لأخذ المنع عن البيع في مفهوم الوقف.

جلسه ۶۶ گفتیم مرحوم شیخ انصاری مباحث بیع وقف را در سه مرحله بررسی می‌فرماید: ۱. طرح بحث، حکم کلی و أدله. ۲. نقل اقوال و عبارات جمعی از فقهاء. ۳. بررسی تفصیلی و تحقیق مرحوم شیخ انصاری در مسأله. مرحله اول تمام شد.

مرحله دوم: بیان اقوال و نقل عبارات جمعی از فقهاء

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید چنانکه در مرحله اول بیان شد حکم کلی نسبت به بیع وقف ممنوعیت و عدم جواز است. اما نگاه و فتاوی فقهاء نسبت به خروج از این ممنوعیت عام و بیان استثناء برای جواز بیع وقف متفاوت است که اقوال و عبارات را در سه قول دسته بندی می‌کنند البته ذیل بعض اقوال جزئیاتی هم مطرح می‌شود که سبب تولید اقوال بیشتری می‌شود لکن چون مرحوم شیخ انصاری اقوال را در سه قول دسته بندی کرده‌اند بر همین اساس بحث را تبیین می‌کنیم:

قول اول: بیع وقف ممنوع است مطلقاً

قبل از بیان قول اول یک مقدمه کوتاه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: وقف منقطع و مؤبد

وقف از جهت بقاء موقوف علیهم بر دو قسم است: مؤبد و منقطع. با این دو قسم در کتاب الوقف شرح لمعه آشنا شده‌ایم. مرحوم شیخ انصاری در صفحه ۵۳ به بررسی وقف مؤبد خواهند پرداخت اما تعریفی ارائه نمی‌دهند اما در صفحه ۱۰۱ می‌فرماید: "الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف علی من ینقرض بناءً علی صحته كما هو المعروف. وقف مؤبد وقفی است که موقوف علیهم عادتاً قابل انقراض نیستند مانند وقف بر مسلمانان. یا اینکه ملکش را وقف کند بر قوم و طائفه خاصی مانند نسل خودش و شرط کند در صورت انقراض این نسل، در منافع مسلمانان مصرف شود إلی یوم القیامة (إلی أن یرث الله الأرض)

جمعی از فقهاء از جمله مرحوم ابن ادریس حلی در السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی معتقدند هیچ راهی برای بیع وقف یا تغییر جهت مصرف منافع آن از چیزی که واقف بیان کرده وجود ندارد مطلقاً یعنی چه وقف منقطع باشد چه مؤبد و چه وقف آباد باشد چه مخروبه و در صورت خراب شدن هم چه کسی باشد که آن را آباد کند یا کسی نباشد.

همچنین مرحوم شهید اول در کتاب الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة در خصوص وقف مؤبد ادعای اجماع فرموده‌اند بر بطلان بیع آن مطلقاً یعنی چه مخروبه باشد چه نباشد.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید در این ادعای اجماع اشکال داریم زیرا عبارات مختلفی خواهیم آورد که فقهاء متعددی قائل به جواز بیع در وقف مؤبد هستند.

همچنین از مرحوم ابن جنید اسکافی (فقیه و متکلم امامی قرن چهارم و استاد مرحوم شیخ مفید) حکایت شده (از ایشان هیچ کتابی به ما نرسیده است و تنها گزارش فتاوی ایشان توسط مرحوم علامه حلی و بعضی دیگر از فقهاء به ما رسیده است) معتقد بوده‌اند اجزاء منقول از وقف در صورت اندراس قابل بیع هستند اما اصل وقف به هیچ وجه قابل بیع نیست.

چهارمین فقهی که ذیل قول اول به کلامشان اشاره می‌شود مرحوم فخر المحققین هستند که معتقدند در اجزاء منقول مانند حصیر مسجد اگر مندرس و کهنه و غیر قابل انتفاع شده‌اند بیعشان مجاز است و پول آن در صورت امکان باید در خرید بدل هزینه شود مثل اینکه اگر دو فرش دست‌باف وقف مسجد بوده و مندرس و غیر قابل استفاده شده آنها را بفروشند و با پولش یک فرش ماشینی برای مسجد بخرند و اگر پولش به مماثل آن که فرش باشد نمی‌رسد، موکت تهیه کنند.

از کلام مرحوم اسکافی و مرحوم فخر المحققین به دست می‌آید که نوعی تفصیل در مسأله قائلند بین منقولات و غیر منقولات که می‌توان آن را قول دوم به شمار آورد اما در شمارش اقوال تابع مرحوم شیخ انصاری هستیم.

قول دوم: در وقف منقطع فی الجملة مجاز و در وقف مؤبد مطلقاً ممنوع

قبل از بیان قول دوم یک مقدمه کوتاه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: حکم وقف منقطع در انقراض موقوف علیهم

در همین محل بحث یعنی صفحه ۴۲ و ۴۳ اشاره می‌شود و در مباحث آینده از جمله ابتدای صفحه ۱۰۱ خواهد آمد که نسبت به حکم وقف منقطع در صورتی که نسل موقوف علیهم رو به زوال است و آخرین فرد از نسل مذکور باقی مانده که فرزندی ندارد و با موت او نسل مذکور منقطع می‌شود، حال آیا بر این فرد و به عبارت دیگر آخرین بطن از موقوف علیهم، بیع وقف جایز است؟

به سه قول اشاره می‌کنیم:

قول اول: این ملک وقفی ملک موقوف علیهم است و بر آخرین بطن بیع آن مجاز است.

قول دوم: باید در راه خیر (وجوه البرّ) مصرف شود. (مرحوم سید ابوالمکارم ابن زهره)

قول سوم: به ملک واقف و در صورت موت او به ملک ورثه واقف داخل می‌شود.

از مرحوم قاضی ابن براج (فقیه و قاضی شیعی، شاگرد مرحوم سید مرتضی و مرحوم شیخ طوسی، متولد مصر و متوفای ۴۸۱ هـ ق، نماینده مرحوم شیخ طوسی در شام و قاضی طرابلس و مدفون در طرابلس) حکایت شده که در وقف مؤبد به هیچ وجه بیع وقف جایز نیست اما در وقف منقطع اگر خوف زوال ملک موقوفه وجود داشته باشد یا خوف فساد بین موقوف علیهم وجود داشته باشد (مثل اینکه از شدت فقر ممکن است دست از اسلام بردارند یا به جان یکدیگر بیافتند) بطن و نسل موجود می‌توانند ملک وقف را بفروشند و ثمن را به نسبت استحقاقشان تقسیم کنند و در مصالحشان مصرف نمایند.

از مقدمه مذکور، در جلسه بعد ضمن ادامه عبارت قول دوم استفاده می‌کنیم.

کلام در این بود که مرحوم شیخ انصاری فرمودند جمعی از فقها معتقد به قول دوم اند که بیع وقف منقطع را فی الجمله صحیح می دانند و بیع وقف مؤبد را مجاز نمی دانند. عباراتی نسبت به مرحوم ابو الصلاح حلبی * و مرحوم شیخ صدوق *** نقل می کنند.
نکته:

مرحوم شیخ انصاری در پایان قول دوم به یک نکته اشاره می کنند که مربوط به مقدمه ای است که جلسه قبل اشاره کردم. در مقدمه اشاره شد بعضی معتقدند در صورت انقراض نسل موقوف علیهم در وقف منقطع، وقف به مالکیت واقف یا ورثه واقف باز می گردد. می فرمایند طبق قول سوم در مقدمه جلسه قبل، دو نکته در ما نحن فیه قابل جمع نیست:

۱. جواز بیع وقف برای نسل آخر از موقوف علیهم. ۲. رجوع مالکیت وقف به ملک واقف یا ورثه او.

این دو نکته روشن است که قابل جمع نیستند زیرا اگر بیع برای نسل آخر موقوف علیهم مجاز باشد معنایش این است که واقف مالک نمی شود، پس فقهائی که فتوا می دهند نسل آخر از موقوف علیهم در وقف منقطع مجاز به فروش هستند یا باید قائل به قول اول در مقدمه باشند (مالکیت نسل آخر) یا قائل به قول دوم باشند (بیع وقف و صرف در وجوه خیر) و الا اگر قائل به قول سوم باشند نمی توانند فتوا به جواز بیع دهند.

اما هر دو نکته ای که گفتیم قابل جمع نیستند را مرحوم ابن براج فتوا داده اند که می توان فتوای ایشان به جمع بین جواز بیع و مالکیت واقف در ما نحن فیه را اینگونه توجیه نمود که مقصودشان جواز بیع و مالکیت نسل آخر در زمان حیاتشان است اما اگر از دنیا رفتند و منقرض شدند، وقف به ملک واقف یا ورثه او برمی گردد. پس تا زمانی که نسل آخر زنده اند حقی برای واقف نیست زیرا اگر واقف در زمان حیات نسل آخر مالک وقف شود، نسل آخر مجاز به فروش وقف نیستند چنانکه در وقف مؤبد بطن حاضر نمی توانند ملک وقف را بفروشند زیرا حق بطون متأخره به آن تعلق گرفته است.

البته این توجیه در مورد کلامی که به مرحوم حلبی نسبت داده شده صحیح و کارساز نیست زیرا از طرفی به مرحوم حلبی نسبت داده شده که بیع نسل آخر در وقف منقطع را مجاز می دانند و از طرف دیگر می بینیم ایشان معتقدند در وقف منقطع (که در عبارتشان در الکافی فی الفقه از آن با عنوان الوقف المشترط نام می برند) مالکیت وقف در ملک مالک باقی می ماند مطلقاً (از ابتدای وقف تا انقراض موقوف علیهم) پس نمی توان توجیه نمود که مالکیت واقف بر وقف متوقف بر موت نسل آخر است زیرا مرحوم ابوالصلاح حلبی در وقف منقطع کلاً معتقدند در ملک واقف باقی است پس طبق این مبنا، جواز بیعی برای موقوف علیهم تصویر نمی شود. (و باید آن نسبت را ناصحیح تلقی کنیم.)

الثالث: الخروج عن عموم ...، ص ۴۳، س ۳

قول سوم: جواز بیع در وقف مؤبد عند الضرورة

سومین قول در بیان اقوال این است که می فرمایند جمعی کثیری از فقهاء معتقدند در موارد متعددی ممکن است ضرورت اقتضاء کند بیع وقف مؤبد مجاز باشد البته نسبت به بیع وقف منقطع تصریح ندارند لکن :

- بعض فقها عبارتشان ظهور در تعمیم دارد یعنی حکم جواز بیع را عام می دانند و علاوه بر وقف مؤبد در وقف منقطع هم جاری می دانند. مثل مرحوم سید ابوالمکارم بن زهره که فتوا می دهند با انقراض نسل آخر از موقوف علیهم در وقف منقطع، باید وقف در وجوه بر استفاده شود که دلالت می کند بر جواز بیع وقف منقطع چنانکه در وقف مؤبد معتقدند. (قول دوم از اقوال در مقدمه جلسه قبل) ***

- بعض فقها عبارتشان ظهور در تخصیص دارد یعنی جواز بیع را مختص وقف مؤبد می دانند البته این ظهور به نحو قابل برداشت است: مثل مرحوم شیخ طوسی و مرحوم سلار معتقدند در وقف منقطع بعد از انقراض نسل موقوف علیهم، وقف به ملک واقف یا ورثه او باز می گردد که دلالت بر عدم جواز بیع، توسط نسل آخر موقوف علیهم دارد. (قول سوم از اقوال در مقدمه جلسه قبل)

سپس مرحوم شیخ انصاری وارد نقل ۱۶ عبارت از کلمات فقها بر اساس ترتیب زمانی حیات فقهاء می شوند:

عبارت اول: مرحوم شیخ مفید (م ۴۱۳ ه ق)

مرحوم شیخ مفید استاد فقهاء بزرگی همچون مرحوم سید مرتضی، مرحوم سید رضی، مرحوم شیخ طوسی، مرحوم سلار و معمار کلام شیعی می فرمایند در وقف رجوع جایز نیست الا در دو مورد:

یکم: موقوف علیهم اقدامی انجام دهند که شریعت از کمک نمودن به آنان منع کرده باشد مثل اینکه مشرک یا مرتد شوند که طبیعتاً کمک به آنان با قصد قربت واقف در وقف و تقرب الی الله سازگار نیست لذا رجوع از وقف جائز است.

دوم: تغییر شرط واقف توسط موقوف علیهم آنفع به حال موقوف علیهم باشد.
سپس فرموده‌اند واقف می‌تواند حین الوقف شرط کند که اگر در زمان حیاتش به جهت فقر، نیاز به این ملک موقوفه پیدا کرد مجاز به فروش آن باشد.

در ادامه می‌فرمایند ارباب وقف مجاز به بیع یا هبه یا تغییر شرائط مطرح شده توسط واقف (مثل محل مصرف) نیستند الا در سه مورد:
مورد اول: وقف خراب شود و کسی که بتواند آن را آباد کند وجود نداشته باشد.

مورد دوم: وقف خراب شود و کسی پیدا شود برای تعمیر آن لکن تعمیرش فائده‌ای نداشته باشد (مثل اینکه یک یک روستای متروکه فقط همین زمین را آباد کنند)

مورد سوم: موقوف علیهم ضرورت به استفاده از ثمن حاصل از فروش ملک موقوفه پیدا کنند.
مرحوم شیهد اول در غایة المراد از این عبارت مرحوم شیخ مفید چنین برداشت کرده‌اند که به نظر مرحوم شیخ مفید بیع وقف در پنج مورد جائز است یعنی دو صورت جواز رجوع را به سه صورت جواز بیع ملحق نموده‌اند.

فتأمل که الحاق آن دو صورت به سه مورد صحیح نیست و بینشان تفاوت است زیرا از ظاهر عبارت مرحوم شیخ مفید به دست می‌آید دو مورد اول را مربوط به قبل از قبض موقوف علیهم می‌دانند که هنوز وقف تمام نشده است زیرا بعد از ذکر دو مورد به بحث از "أخرج الواقف الوقف عن یده" پرداختند که قرینه است بر اینکه قبل این عبارت و ذکر آن دو مورد مربوط به قبل إخراج واقف و قبض موقوف علیهم است.

مرحوم علامه حلی در تحریر هم بعد از نقل قسمت اول کلام مرحوم شیخ مفید فرموده‌اند این مدعا و فتوا را باید تأویل و توجیه نمود زیرا با قواعد مسلم در فقه امامیه ناسازگار است. (وجه ناسازگاری چه بسا این باشد که بر اساس توضیح وجه تأمل در چند خط قبل، قبل از قبض موقوف علیهم وقف شکل نگرفته و تمام نشده که مرحوم شیخ مفید دو مورد استثناء برای جواز رجوع ذکر می‌کنند. ***)

معرفی اجمالی مرحوم أبوالصلاح حلبی و مرحوم شیخ صدوق

* مرحوم أبو الصلاح حلبی (۳۷۴ - ۴۴۷ هـ ق) فقیه و متکلم امامی در قرن پنجم؛ شاگرد مرحوم شیخ طوسی، مرحوم سید مرتضی و مرحوم سلار؛ استاد جمعی از علما از جمله مرحوم ابن براج، ایشان در حلب از شهرهای سوریه کنونی به دنیا آمد و در بغداد نزد مرحوم سید مرتضی شاگردی کرد و در بازگشت از سفر حج در رمله فلسطین وفات نمود. کتاب معروف ایشان **الكافی فی الفقه** است.

** مرحوم علی بن حسین بن بابویه پدر مرحوم شیخ صدوق (متوفای ۳۲۹ هـ ق و معاصر حسین بن روح) از بزرگان شیعه در قم، بعد از پنجاه سالگی و به دعای امام زمان علیه السلام خداوند به ایشان دو پسر عنایت فرمود که هر دو از عالمان شیعه هستند. مقبره مرحوم ابن بابویه قمی در ابتدای خیابان چهارمردان و متصل به مسجد زین العابدین علیه السلام است که از زیارت ایشان غافل نشوید. مرحوم محمد بن علی بن بابویه معروف به شیخ صدوق (متوفای ۳۸۱ هـ ق) از عالمان بزرگ شیعه، محدث، فقیه و متکلم شیعی قرن چهارم که معروف‌ترین آثارشان **من لایحضره الفقیه، علل الشرایع، معانی الأخبار و کمال الدین و تمام النعمة** است در ری وفات کردند و نزدیک مرقد مرحوم عبدالعظیم حسنی در بارگاهی مستقل مدفون هستند.

تحقیق:

*** عبارت ایشان در **غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، ص ۲۹۹ چنین است: "متی بطل رسم المصلحة التي الوقف علیها، أو انقضت أربابه، جعل ذلك في وجوه البر."

*** عبارت مرحوم شهیدی در **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**، ج ۲، ص ۴۳۸: مقتضی قوله فیما بعد و إذا أخرج الواقف الوقف من یده إلى آخره أن مفروض الکلام فی الصدر إنما هو فیما قبل القبض و علیه لا وجه لحکمه بعدم جواز الرجوع فی الوقف لأن القبض لا أقل من کونه شرطاً فی اللزوم لو لم یکن جزء السبب أو شرط الصحّة و هذا هو الوجه فیما ذکره المصنف فیما بعد من شدّة مخالفته للقواعد التي لأجله لم یرتض العلامة بظاهره للمفید ره و حکم بتأوله و لعل نظره قدّس سرّه فی التأویل إلى أن یقال إن مراده من الجواز فی قوله لا یجوز الرجوع إلى آخره الجواز بالمعنی الأخصّ و هو ما تساوی طرفاه لا بالمعنی الأعمّ المقابل للحرمة و علیه یمكن حمل عدم الجواز بذاک المعنی علی الکراهة نظراً إلى أن انتفاء المباح كما یكون فی ضمن الحرمة كذلك یمكن أن یكون فی ضمن الکراهة فتدبر.

کلام در نقل عبارات فقها در رابطه به موارد جواز بیع وقف بود. عبارت مرحوم شیخ مفید نقل شد.

عبارت دوم: مرحوم سید مرتضی (م ۴۳۶ ه ق) *

در الإنتصار فیما انفرادات الإمامیه به موارد جواز بیع وقف اشاره می کنند و دلیلشان را بر جواز، اجماع امامیه می دانند.

سپس در صفحه ۴۷۰ به عنوان اشکال می فرمایند:

فإن قيل: فقد خالف أبو علي بن الجنید فیما ذکرتموه، و ذکر أنه لا يجوز للواقف أن يشرط لنفسه بیعه له علی وجه من الوجوه، و كذلك فیمن هو وقف علیه أنه لا يجوز أن یبیعه.

قلنا: لا اعتبار باین الجنید و قد تقدمه إجماع الطائفة و تأخر أيضا عنه.

با دقت در جواب مرحوم سید مرتضی، برداشت و تعبیر مرحوم شیخ انصاری در عبارت کتاب "مسبوقا و ملحوقاً بالإجماع" روشن می شود.

عبارت سوم: مرحوم شیخ طوسی (م ۴۶۰ ه ق) **

ایشان در کتاب مبسوط به دو مورد جواز بیع وقف اشاره می کنند:

۱. خوف خراب و مخروبه و بلا استفاده شدن موقوفه.

۲. حاجت شدید موقوف علیهم به ثمن ملک موقوفه و عدم امکان اداره و نگهداری وقف.

نکته تربیتی (ادامه أصالة الصحة فی فعل النفس)

چند جلسه در رابطه با أصالة الصحة فی فعل النفس از نگاه تربیتی نکاتی بیان شد. در این جلسه به یکی از کلیدی ترین نکات در قضاوت

نسبت به فعل نفس از نگاه تربیتی اشاره شد با محوریت مسأله اخلاص که فرمود: "و بالإخلاص یكون الخلاص"

اگر در مسائل روشن زندگی از قبیل هدیه دادن ها، سوغات بردن ها، عیادت کردن ها، دید و بازدید رفتن ها، دعوت کردن به مجالس و

امثال این امور روز مره زندگی انسان برای خدا و کسب رضای او و خدمت به خلق او کار را انجام داد می تواند در امور پیچیده تر مثل

عبادات بهتر نفس خود را کنترل کند و از ریا و نیت غیر خدائی پرهیز کند اما خیلی از افراد در همین امور هم به روشنی غیر خدا را دخالت

می دهند و مثلاً می گویند چون ما را به مجلسش دعوت نکرد ما هم دعوتش نمی کنیم یا چون برای من سوغات آورده باید برایش سوغات

ببرم و امثال این گرفتاریهای نفسانی که سبب می شود در پیچیدگی های رفتاری و مسائل عبادی که فقط در صورت انجام خالصانه آنها

می توان به عمل و آثار آن امیدوار بود نتیجه ای نگیریم. چنانکه در بعض روایات سختی تشخیص ریا تشبیه شده به تشخیص راه رفتن

مورچه سیاه روی سنگ سیاه در شب ظلمانی. نقل می کنند فردی چندین سال مقید به حضور در صف اول جماعت بود اما یک روز که

دیر به نماز رسید و مجبور شد در صف سوم بایستد، در خودش احساس خجالت کرد که دیگران ببینند او دیر به نماز رسیده است اما یک

لحظه ملتفت شد که گویا این چند سال بری نگاه دیگران خود را به جماعت و صف اول و نماز اول وقت می رسانده است.

به واسه بحث وقف مثالی به موقوفات امیر المؤمنین علیه السلام مطرح شد که حضرت بعد حفر چاه و موارد دیگر اینگونه می نوشتند: "

هذا ما أوصی به و قَضی به فی ماله عَبْدُ اللَّهِ عَلیٰ ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ، لیولجنی به الجنة ویصرفنی به عن النار ویصرف النار عنی یوم تَبِیضٌ

وجوهٌ و تسودٌ وجوهٌ ... " همچنین آیه اطعام که خداوند از اخلاص حضرت خبر می دهد. حضرت امیر در بعضی نقلها می فرمایند درآمد سالانه

موقوفاتشان تا ۴۰ هزار دینار می رسید پس اینکه بعضی تصور می کنند امیر المؤمنین در فقر مالی بودند لذا نان و خرما می خورده اند صحیح

نیست بلکه حضرت اگر اموالشان را وقف نمی کردند از ثروتمندان مدینه می شدند اما از سایرین دستگیری می فرمودند.

یک نمونه از وقفهای با برکتی که ثواب واریزی به پرونده اعمال واقف آن (در صورت اخلاص) با ابزارهای پیشرفته دنیایی قابل محاسبه

نیست مدرسه علمیه صدر اصفهان است. در این رابطه درس خواندن مرحوم جهانگیر خان قشقایی در آن مدرسه و اینکه شاگردی همچون

مرحوم بروجردی را پرورش دادند و ایشان مرحوم امام را و مرحوم امام خدمات بسیار عظیمی که به اسلام و مسلمین انجام دادند، قسمتی

از ثواب خدمات این بزرگان و عالمان به نام اعمال واقف خواهد رسید. توضیحات بیشتر را در فایل صوتی این جلسه پیگیری بفرمایید.

معرفی اجمالی کتاب الإنتصار مرحوم سید مرتضی

* مرحوم سید مرتضی، متوفای ۴۳۶ هـ ق فقیه و متکلم شیعی. یکی از آثار فقهی ایشان که در می‌توان آن را در فقه مقارن دسته‌بندی نمود کتاب **الإنتصار فی انفرادات الإمامية** است. ایشان در مقدمه کتابشان به علت تألیف این کتاب اشاره می‌کنند که یکی از تشنیه‌ها و توهین‌های اهل سنت به امامیه این است که امامیه در خیلی از نظرات فقهی‌شان مخالف اهل سنت و منفرد و تنها و جدای از امت اسلامی هستند در حالی که مذاهب اربعه اهل سنت هم نظر و هم رأی هستند و این یک دلیل بر بطلان مذهب امامیه است. مرحوم سید مرتضی برای پاسخ به این شبهه و اثبات اینکه اولاً: انفراد در یک نظریه دلیل بر بطلان نیست، ثانیاً: مشابه این انفراد در فتاوی رؤسای مذاهب اربعه هم وجود دارد. و ثالثاً: در همان فتاوی‌ایی که گمان شده امامیه منفرد است، موافقی از اهل سنت وجود دارد و اصلاً ادعای انفراد باطل است.

این کتاب ۳۳۶ مسأله دارد که معمولاً در ابتدای بحث از یک مسأله عبارت مشترکی آورده می‌شود به عنوان نمونه مرحوم سید مرتضی ابتدای اولین مسأله این کتاب که در مبحث طهارت است می‌فرمایند: "مما شنع به علی الإمامية و ظن أنه لا موافق لهم فيه قولهم: إن الماء إذا بلغ كرا لم ينجس بما يحله من النجاسات ..." یا در ابتدای کتاب الصیام می‌فرمایند: "و مما ظن انفراد الإمامية به: ..." مهم‌ترین دلیل مرحوم سید مرتضی در مباحث فقهی این کتاب، اجماع است البته باید توجه داشت اجماع مورد ادعای ایشان در این کتاب، در تقابل با اهل سنت است نه به معنای انکار مخالف احدی از فقهاء امامیه چنانکه در همین مسأله وقف به به مخالفت مرحوم ابن جنید تصریح می‌کنند. مرحوم سید مرتضی در صفحه ۸۱ اواخر مقدمه‌شان می‌فرمایند: "مما يجب علمه أن حجة الشيعة الإمامية في صواب جميع ما انفردت به أو شاركت فيه غيرها من الفقهاء هي إجماعها عليه، لأن إجماعها حجة قاطعة و دلالة موجبة للعلم، فإن انضاف إلى ذلك ظاهر كتاب الله جل ثناؤه أو طريقة أخرى توجب العلم و تتمر اليقين فهي فضيلة و دلالة تنضاف إلى أخرى، و إلا ففي إجماعهم كفاية. و إنما قلنا: إن إجماعهم حجة لأن في إجماع الإمامية قول الإمام الذي دلت العقول على أن كل زمان لا يخلو منه، و أنه معصوم لا يجوز عليه الخطأ في قول و لا فعل، فمن هذا الوجه كان إجماعهم حجة و دليلاً قاطعاً."

معرفی اجمالی المبسوط مرحوم شیخ طوسی

* مرحوم أبو جعفر محمد بن حسن طوسی شیخ الطائفة الإمامیه در سال ۳۸۵ در طوس زاده شد و تا ۲۳ سالگی در آنجا از عالمان شیعه بهره برد و در سال ۴۰۸ هـ ق در ۲۳ سالگی به بغداد وارد شد و در زمره شاگردان مرحوم شیخ مفید و مرحوم سید مرتضی قرار گرفت. ایشان از ستارگان درخشان در بین عالمان شیعه در فقه، اصول، حدیث، تفسیر، کلام و رجال هستند. تقسیم بندی علماء شیعه به قدما و متأخران که در مباحث فقه و اصول پرکاربرد است از جمله در مباحث اجماع و شهرت، با توجه به جایگاه ایشان است که مرحوم شیخ طوسی مرز بین قدما و متأخران هستند. جهت اصلی این تقسیم به تعبیر مرحوم آیه الله العظمی بروجردی سبک نگارش قدما در فقه و فتوا بوده است. قدما از فقهاء که در عصر نص یا قریب به عصر نص می‌زیسته‌اند در بعضی از آثار فقهی فتوایی‌شان مقید به حفظ حصار الفاظ روایات و کلیشه‌های موجود در روایات اهل بیت بود که باعث اعتبار این فتاوا در حد روایات می‌شود زیرا وقتی یک فتوا عیناً در فتاوی فقیهان متقدم ذکر شده باشد نشان از دسترسی آنان به روایتی در این زمینه دارد که چه بسا به ما نرسیده باشد یا باعث جبران ضعف سند یک روایت می‌تواند باشد یک نمونه از این آثار، کتاب **أحكام النساء** مرحوم شیخ مفید است. مرحوم شیخ طوسی هم قسمتی از کتابهایشان مانند **النهاية في مجرد الفقه و الفتوى** در دسته کتب قدما قرار می‌گیرد و کتاب **المبسوط في فقه الإمامية** در دسته کتب متأخران و بر اساس سبک اجتهادی قرار می‌گیرد.

البته این بحث شرائط و توضیحاتی دارد که در جای خودش باید مطرح شود. در این جلسه از بحث به نکاتی پیرامون مبنای اصول متلقاة اشاره کردم که در صورت تمایل می‌توانید به فایل صوتی این جلسه کلاس مراجعه بفرمایید.

شرط ۲ از شرایط عوضین: ملکیت/متمم ملکیت: طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۲: بیان اقوال و عبارات فقهاء ۱۹۳
جلسه ۷۲ (شنبه، ۱۴۰۰/۱۱/۲۳) بسمه تعالی

و قال سلّار فیما حکى ...، ص ۴۶، س ۶

عبارت چهارم: مرحوم سلّار دیلمی (م ۶۳ هـ ق) *

مرحوم سلّار دیلمی طبرستانی نیز به موارد جواز بیع وقف به اختصار اشاره دارند که مرحوم شیخ انصاری تمام عبارت ایشان نسبت به بیع وقف که پنج خط است را حکایت می کنند.

عبارت پنجم: مرحوم أبوالکارم ابن زهره (م ۵۸۵ هـ ق) **

ایشان نیز ضمن اشاره به مورد جواز بیع وقف، مدعی اجماع امامیه هستند که مرحوم شیخ انصاری قسمتی از عبارت ایشان را نقل می کنند. ما بقی عبارات را جلسه بعد وارد خواهیم شد.

عبارت ششم: الوسيلة مرحوم ابن حمزه (زنده به سال ۵۶۶ هـ ق) ***

ایشان نیز جواز بیع وقف را در دو صورت می دانند:

۱. خوف خراب و مخروبه و بلا فائده شدن موقوفه.

۲. حاجت شدید موقوف علیهم به ثمن ملک وقفی که با وجود این حاجت اداره وقف و استفاده از آن برایشان ممکن نیست.

عبارت هفتم: فقه القرآن مرحوم راوندی (م ۵۷۳ هـ ق) ****

کلام ایشان هم مانند سایر فقها ذکر دو صورت برای جواز بیع وقف است.

عبارت هشتم: الجامع للشرائع و نزهة الناظر مرحوم یحیی بن سعید حلّی (م ۶۹۰ هـ ق) *****

ایشان علاوه بر خوف خراب و حاجت شدید، به خوف وقوع فتنه و نزاع بین موقوف علیهم نیز به عنوان مجوّز بیع وقف اشاره می کنند.

عبارت نهم: شرائع الإسلام مرحوم محقق حلّی (م ۶۷۶ هـ ق) *****

ایشان نیز در کتاب التجارة و کتاب الوقف از شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام به دو مورد جواز بیع وقف اشاره می کنند.

معرفی اجمالی کتاب المراسم مرحوم سلّار

* مرحوم سلّار دیلمی طبرستانی (اهل منطقه دیلم در نزدیکی لاهیجان استان گیلان؛ سلّار معرّب سالار است) فقیه نامدار شیعه و شاگرد مرحوم شیخ مفید و مرحوم سید مرتضی. گفته شده ایشان اولین فقیهی است که قائل به حرمت اقامه نماز جمعه در عصر غیبت بوده‌اند و به تبع ایشان بعضی از فقهاء هم چنین نظری داشته‌اند. کتاب المراسم العلویة و الأحكام النبویة فقه فتوایی است نه استدلالی و هدف مرحوم سلّار تدوین یک کتاب مختصر و جامع به عنوان کتاب درسی حوزه‌های علمیه شیعه بوده است. ایشان در انتهای مقدمه‌شان بر کتاب می‌فرمایند: "قد عزمت علی جمع کتاب مختصر یجمع کل رسم و یحوي کل حتم من الشریعة. و أتیته علی القسمة لیتقرب حفظه و یسهل درسه، و من الله استمد المعونة و التسدید. و إیاه اسئل أن یجعل ذلك خالصا لوجهه، و مقربا منه بمنه وجوده. و هو حسبي و نعم الوکیل. أقول أولاً: إن الرسوم الشرعیة تنقسم قسمین: عبادات و معاملات. فالعبادات تنقسم ستة أقسام: ..."

در پایان کتاب هم چنین می‌فرمایند: "فقد أتینا فی هذا الكتاب علی کتب الفقه مع الاختصار. و جنبنا الإطالة و الإکتار، و جعلناه تذکرة للعالمین، و إماما للدارسین و مقنعا للطالبین، و رحمة للعالمین ... و لم نؤلفه لقصور کتب المصنفات عما فیها، بل لأن أصحابنا (رض) إذا اختصروا، أثبتوا العبادات، و لم یذکروا المعاملات. و لأنه علی طريقة من القسمة غیر مألوفة ... و نقسم علی تالیه و دارسه و قارئه أن یترحم علینا ما استفاد ..."

معرفی اجمالی کتاب غنیة النزوع مرحوم ابن زهره

** مرحوم أبوالکارم بن زهره متوفای ۵۸۵ و از بزرگان و فقهاء امامیه در قرن ششم هجری از نوادگان امام صادق علیه السلام و اهل منطقه حلب در سوریه کنونی و در برهه‌ای رهبر شیعیان حلب بوده‌اند. مرحوم ابن ادریس از جمله شاگردان ایشان بوده‌اند.

کتاب غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع به شیوه‌ای نگاشته شده که در زمان ما به جهاتی از جمله تخصصی شدن علوم، منسوخ شده است. ایشان ابتدا کتاب را با فقه الأكبر (مباحث عقائد و تبیین اصول دین از توحید تا معاد) شروع نموده‌اند سپس به أمهات مباحث اصولی

اشاره کرده‌اند و در بخش سوم یک دوره فقه فتوایی مقارنه‌ای را تبیین کرده‌اند. ایشان در این کتاب یک جلدی حدود ۲۵۰ آیه از قرآن را مورد استناد قرار می‌دهند. البته در چاپ‌های موجود از این کتاب فقط قسمت فقه آن انتشار یافته است.

معرفی اجمالی الوسيلة إلى نیل الفضيلة مرحوم ابن حمزه

*** مرحوم ابن حمزه طوسی (زنده به سال ۵۶۶ هـ ق) کتاب مشهور ایشان با عنوان الوسيلة إلى نیل الفضيلة هم مورد توجه فقهاء امامیه است هم محل إرجاع دادن مرحوم شیخ انصاری. یکی از ویژگی‌های این کتاب که آن را از سایر کتب مرجع فقهی متمایز کرده و نشان از اشراف نویسنده بر هر مبحث فقهی که به آن پرداخته، دارد و البته کار را برای مراجعه کننده و حفظ محتوای راحت می‌کند و ذوق و سلیقه‌ای است که باید در ما ایجاد شود مسأله دسته بندی محتوای هر مبحث و شماره‌بندی اقسام ذیل مسأله است.

ایشان در مقدمه کتابشان (ص ۴۲) درباره شیوه نگارششان می‌فرمایند: "إني رأيت أن أجمع لك كتابا في الفقه لتحفظه على ترتيب يسهل على المتيقظ الشروع في التحفظ و قد بينته على بيان الجمل و حصرها و نظم العقود و نثرها و انقسام أبوابه على التمييز بين الواجب و المندوب و المحذور و المكروه و الفعل و الترك و الكيفية و الكمية على وجه لا يلحقه خلل و لا يبلغ طالبه ملل.

نمونه‌ای از شیوه فقاها ایشان در این کتاب از محل بحث وقف را می‌آورم که با شیوه ایشان بهتر آشنا شویم: الوسيلة، ص ۳۶۹:

کتاب الوقوف و الصدقات و الوصايا و النحل و الهبات

العطية تقع على ثلاثة أضرب: عطية في الحياة و عطية بعد الوفاة و عطية في حال الحياة و بعد الوفاة معا. فالأول يقع بأحد أربعة أشياء الهبات و الصدقات و الأعمار و الأرقاب.

و الثاني يقع بشيء واحد و هو الوصية

و الثالث يقع بأحد ثلاثة أشياء بالوقف و الإسكان و الحبس

فصل في بيان الوقف و أحكامه: الوقف تحبیس الأصل و تسبیل المنفعة على وجه من سبل البر.

و إنما یصح بثمانية أشياء كون الواقف نافذ التصرف في ماله و الوقف ملكا له و صحة البقاء على الوقف بقاء متصلا يمكن الانتفاع به إلا الدراهم و الدنانير و أن يفعل ذلك تقربا إلى الله تعالى و تسلم الوقف من الموقوف عليه أو من وليه إلا إذا جعل ولاية الوقف لنفسه مدة حياته أو يكون الموقوف عليه ولده الصغير و تعیین الموقوف عليه و أن يكون الموقوف عليه ممن يملك المنفعة في الحال من الأحرار الموجودين أو ممن يكون تبعا لهم من أولادهم أو منفعة لهم فيه كالمساجد و القناطر و سائر متعلقات مصالحهم و أن لا یعلق الوقف بوجه منقرض فإن علق على وجه یصح كان عمری أو رقبی أو سكنی أو حبیسا بلفظ الوقف.

و الوقف ضربان مطلق و مشروط:

فإذا أطلق كان للموقوف عليه التصرف في منافعه على حسب مشيئته و إن شرط فيه شرطا لم یسع أحدا خلافا له و لا بد من إجرائه على ما شرط و لا یجوز بیعه إلا بأحد شرطین الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا یمكنه معها القيام به.

و لا یجوز الوقف على أربعة عشر:

على العبد و المعدوم و الحمل و لا على المجهول و لا وقف مدة معينة و لا على بني فلان و هم غیر محصورین في البلاد و لا على نفسه خاصة و لا المشروط بأن یبیعه متى شاء أو یخرجه من الموقوف عليهم من شاء أو یفضل البعض على البعض إن شاء أو یسوي بينهم إن شاء أو یقول إذا جاء رأس الشهر وقفت على فلان و لا على كافر و لا على مواضع قرباتهم من المسلم إلا على ذوي قرابته.

معرفی اجمالی فقه القرآن مرحوم راوندی

*** مرحوم قطب الدین راوندی در راوند کاشان به دنیا آمدند و در سال ۵۷۳ رحلت کردند و قبر ایشان در صحن بزرگ حرم حضرت معصومه (صحن امام رضا علیه السلام یا صحن اتابکی) سنگ قبرشان در وسط صحن به اندازه یک متر بالا آورده شده است.

ایشان شاگرد مرحوم طبرسی صاحب مجمع البیان و استاد مرحوم ابن شهر آشوب مازندرانی صاحب کتاب مناقب آل أبي طالب بوده‌اند.

شرط ٢ از شرائط عوضين: ملكيت/تميم ملكيت: طلق بودن/مسألة١: بيع وقف/مرحله١: طرح بحث، حكم كلى و دليل ١٩٥
فقه القرآن يك كتاب آيات الأحكامى است كه بايد با اين سبك نگارش آشنا شويد. آيات مرتبط با هر كتاب فقهى را گردآوری کرده‌اند و در مورد آنها بحث فقهى انجام داده‌اند. اين كتاب در دو جلد به چاپ رسيده. در كتاب الوقوف و الصدقات به آياتى از قرآن مى‌پردازند از جمله: "لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ"؛ "وَ أَفْعَلُوا الْخَيْرَ"؛ "وَ أَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا"؛ "مَا تَقَدَّمُوا لَأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ".

معرفى اجمالى كتاب نزهة الناظر فى الجمع بين الأشباه و النظائر

**** مرحوم يحيى بن سعيد حلى متوفى ٦٩٠ هـ ق اهل حله عراق، پسر عموى مرحوم محقق حلى صاحب شرائع الإسلام، استاد مرحوم علامه حلى و صاحب آثارى از جمله الجامع للشرائع كه فقه فتوايى است نه استدلالى و كتاب نزهة الناظر فى الجمع بين الأشباه و النظائر هستند. كتاب نزهة الناظر ايشان از آثار كم نظير در فقه شيعه است. كتابى كه علاوه بر اشراف كامل نويسنده آن بر فقه شيعه نشان از ذوق و سليقه و ابتكار ايشان در اين سبك نگارش دارد زيرا در اين كتاب به دنبال بحث فقهى و بيان فروع و استدلالات نيستند بلكه صرفا به گردآوری اشباه و نظائر در مباحث مختلف پرداخته‌اند كه آشنائى با اين كتاب مختصر و كوچك براى طلاب لازم است. به عنوان مثال به چند عنوان از مباحث اين كتاب اشاره مى‌كنم: "فصل فى الموضوعات المستحبة. الموضوعات المستحبات تسعة و ثلاثون" سپس موارد را مى‌شمارند. "فصل مواضع استحباب قراءة سورة الجحد. يستحب قراءة قل يا أيها الكافرون فى سبعة مواضع ...". از جمله مباحثى كه بايد مورد ملاحظه طلاب در مباحث معاملات قرار گيرد سه مبحثى است كه به تفصيل عبارتشان را ذكر مى‌كنم:

فصل العقود اللازمة

العقود اللازمة من الطرفين ستة عشر عقدا:

البيع بعد التفرق بالأبدان و انقطاع الخيار و الإجارة و المزارعة و المساقاة و الضمان و الكفالة برضاء الكفيل الملى و المعسر مع العلم بإعساره و المكفول منه و المكفول عنه و الحوالة برضاء المحيل و المحال عليه و إذا كان الشيء المحال به فى ذمة المحال عليه و كان له مثل و اتفق الحقان فى الجنس و النوع و الصفة و كان المحال عليه مليا فإن ظهر أن المحال عليه كان معسرا فى حال الحوالة كان للمحتال أن يرجع على من أحاله فأما إذا لم يرض المحال عليه فمذهب شيخنا أبى جعفر فى النهاية أنها لا تبطل و هو الصحيح و اعتبر فى مسائل الخلاف رضى المحيل و المحتال و المحال عليه و به قال مصنف الوسيلة و ابن إدريس. و الصلح و الهبة للولد الصغير و النكاح و الكتابة المطلقة على كل حال و الكتابة المشروطة قبل عجز المكاتب عن أداء ما يجب عليه و أطلق ذلك الشيخ فى مسائل الخلاف فقال الكتابة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد. و عقد الجزية لأهل الذمة ما لم يخرقوا الذمة و عقد الأمان و عقد اليمين بين اثنين فيما هو جائز فى الشريعة الإسلامية إذا لم يكن حلها مصلحة و عقد السبق و الرماية على أصح القولين و به قال ابن إدريس و قال الشيخ فى مسائل الخلاف إنه جائز من الطرفين.

فصل العقود الجائزة

العقود الجائزة من الطرفين اثنا عشر عقدا:

الوديعة و العارية و الوكالة إذا لم يكن الوكيل مستأجرا لها و الشركة و المضاربة و الجعالة و الوصية لغيره بشيء من ماله و الوصية إليه قبل موت الموصى إليه فى الموضوعين معا و الهبة للأجنبي قبل القبض و التصرف معا أو القبض و العوض عنها فإن قبض و لم يتصرف أو لم يعوض عنها كان له الرجوع فيها و الهبة لمن عدا ولده الصغير من ذي رحمه قبل القبض خاصة فإن قبضها لم يجز له الرجوع فيها فأما إن كانت الهبة منه لولده الصغير فلا يجوز الرجوع فيها لأن قبض الوالد قبض ولده الصغير. و البيع فى المجلس إذا لم يقع العقد بشرط ترك الخيار و البيع فى مدة الخيار المشروط للبائع و المشتري معا

فصل العقود اللازمة من طرف الجائزة من طرف آخر

العقود اللازمة من طرف الجائزة من طرف آخر أحد عشر عقدا:

الرهن لازم من جهة الراهن جائز من جهة المرتهن و بيع الحيوان فى مدة ثلاثة أيام إذا لم يقع البيع بشرط ترك الخيار لازم من جهة البائع جائز من جهة المشتري ما لم يتصرف المشتري فإن تصرف لزم البيع و ذهب المرتضى قدس سره إلى أنه جائز من جهة البائع أيضا و الصحيح الأول لأن الأخبار به أكثر. و ضمان المتبرع لازم من جهة الضامن و المضمون له جائز من جهة المضمون عنه و ضمان غير

الملي إذا لم يكن المضمون له عالما بحاله لازم من جهة الراهن و المضمون عنه جائز من جهة المضمون له و الحوالة على غير الملي إذا لم يكن المحتال عالما بحاله لازمة من جهة المحيل جائزة من جهة المحتال فأما المحال عليه فقد تقدم الخلاف فيه. و إذا حدث في الرقيق في مدة السنة من حين عقد البيع جنون أو جذام أو برص صار البيع جائزا من جهة المشتري دون البائع و إذا كان العيب سابقا وقت البيع من غير أن يعلم المشتري به فالبيع لازم من جهة البائع جائز من جهة المشتري و هو مخير بين رده و بين الإمساك بأرث العيب أو بغير أرث ما لم يتصرف فيه فإن تصرف فيه فليس له إلا الأرش. و إذا باع شيئا معينا بثمان معين موجود فظهر في الثمن عيب لم يعلم به البائع فالبيع لازم من جهة المشتري جائز من جهة البائع و هو مخير بين الرضا به و بين الفسخ و ليس له أن يلزم المشتري بثمان غيره و إذا عجز المكاتب المشروط عن أداء ما يجب عليه أداؤه من مال الكتابة صارت الكتابة لازمة من جهة المكاتب جائزة من جهة السيد فهو مخير بين فسخ الكتابة و بين الصبر عليه. و إذا أوصى إنسان لغيره بثلث ماله أو أقل و قبل الموصى له ذلك ثم مات الموصي فالوصية لازمة من جهة الورثة و جائزة من جهة الموصى له و هو مخير بين الأخذ و الترك و إذا أوصى له بأكثر من الثلث و إجازة الورثة قبل موت الموصي كانت الوصية لازمة للورثة بعد موت الموصي و جائزة من جهة الموصى له"

معرفی اجمالی شرائع الإسلام محقق حلی (م ۶۷۶ هـ ق)

***** مرحوم نجم الدين جعفر بن محمد در سال ۶۰۲ هـ ق در حله عراق به دنیا آمدند و در ۶۷۶ فوت کردند. کتاب شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام ایشان بیش از هفتصد سال کتاب درسی حوزه های علمیه شیعه بوده است به همین جهت کتاب های معروفی همچون مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام از مرحوم شهيد ثانی (م ۹۶۶ ق)، مدارك الأحكام فی شرح عبادات شرائع الإسلام از مرحوم سيد محمد عاملی (م ۹۴۶ ق)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام از مرحوم محمد حسن نجفی (م ۱۲۶۱ ق)، مصباح الفقيه از مرحوم حاج آقا رضا همدانی (م ۱۳۲۲ ق) در شرح شرائع مرحوم محقق حلی نگاشته شده است. در مباحث فقهی عنوان "محقق" على الإطلاق یا "محقق حلی" یا "محقق اول" در خصوص ایشان بکار می رود. ایشان از اساتید مرحوم علامه حلی بوده اند.

شرط ۲ از شرائط عوضین: ملکیت/متمم ملکیت: طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۲: بیان اقوال و عبارات فقهاء ۱۹۷
جلسه ۷۳ (یکشنبه، ۱۴۰۰/۱۱/۲۴) بسمه تعالی

و قال فی التحریر ...، ص ۴۸، س ۹

عبارت دهم: چند کتاب مرحوم علامه حلّی (م ۷۲۶ هـ ق) *

مرحوم علامه حلّی در سه کتاب **تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان و تذکرة الفقهاء** شان هم در باب بیع هم در باب وقف به موارد جواز بیع وقف اشاره می کنند که مخروبه و بلا استفاده شدن ملک موقوفه و وقوع فتنه بین موقوف علیهم است.

معرفی اجمالی بعضی کتب مرحوم علامه حلّی

* مرحوم حسن بن یوسف بن مطهر اسدی حلّی معروف به علامه حلّی (۶۴۸ - ۷۲۶ هـ ق) از عالمان شیعه صاحب مکتب در علوم مختلف از جمله فقه، اصول، کلام، فلسفه، منطق، حدیث و رجال هستند.

فضائل شخصیتی و علمی ایشان فراوان است و در رأس آنها می توان از تشیع سلطان محمد خدابنده (الجایتو) (۶۸۰ - ۷۱۶ هـ ق) یاد کرد که اگر هدایت او از اعتقاد به مکتب خفا به مکتب اهل بیت علیهم السلام توسط مرحوم علامه حلّی واقع نمی شد خوف دست برداشتن او از اصل اسلام و اعتقاد به مسیحیت و اتحاد با امپراطوری روم می رفت که در این صورت کار بر مسلمانان بسیار سخت می شد. (نقل شده اولجایتو در کودکی، به دست مادر مسیحی خود اروک خاتون و برای تبرک از پاپ نیکولوس چهارم، به نام نیکولوس غسل تعمید داده شد و ارتباطات و نامه نگاری های متعددی با پادشاهان روم داشت.) (اولجایتو مرکب از دو جزء مغولی «اولجای» به معنای نیکبختی و «تو» که نشانه مالکیت و نسبت، یعنی دارای نیکبختی هشتمین پادشاه از سلسله ایلخانان مغول است) او اولین سلطان شیعه ایران بود و اولین حاکمیت شیعی و اولین ضرب سکه به نام اهل بیت علیهم السلام به دست او محقق شد. سلطان محمد خدابنده اجمال جریان تشیع خودش را در رساله ای با نام "فوائد الجایتو" به قلم خودش نگاشته است که با تحقیق آقای رسول جعفریان در سال ۱۳۸۰ شمسی به چاپ رسیده است.

مرحوم علامه حلّی بیش از صد جلد کتاب و رساله تألیف نمود که قسمتی از آنها به ما نرسیده است و صرفاً نام آنها که توسط مرحوم علامه در سایر کتبشان از جمله "الخلاصه" ذکر شده است به ما رسیده است.

ایشان هفده کتاب و رساله در مباحث فقهی دارند و چند دوره کتاب شامل تمام ابواب فقه نگاشته اند که بعضی آنها مانند تبصرة المتعلمین که یک دوره فقه فتوایی است قرنهای کتاب درسی حوزه های علمیه شیعی بوده است. ایشان حدود ۳۰ کتاب و رساله در علم کلام تألیف نمودند که بعضی آنها (کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد و الباب الحادی عشر) قرن ها کتاب درسی حوزه های علمیه شیعه در مباحث عقائد بوده است. در مقدمه کتاب منتهی الوصول اشاره می کنند که در ۲۶ سالگی از تألیف کتب فلسفی فراغت یافتند.

مرحوم علامه حلّی اشراف کاملی بر فقه، اصول، عقائد و حدیث اهل سنت داشتند لذا بعضی کتب فقهی ایشان مانند کتاب **منتهی المطالب فی تحقیق المذهب**، فقه مقارن و جامع بین فتاوی شیعه و اهل سنت است.

مرحوم سید محسن امین در کتاب اعیان الشیعه، ج ۴، ص ۴۰۱ نامه ای از قاضی بیضاوی از عالمان بزرگ اهل سنت را نقل می کند که خطاب به مرحوم علامه حلّی ذیل سؤال از یک مسأله اصولی در باب استصحاب چنین می نویسد: "یا مولانا جمال الدین آدم الله فواضلك أنت امام المجتهدين في علم الأصول" قاضی بیضاوی در سال ۶۷۵ هـ ق فوت کرده و اگر هم در سال آخر عمرش این نامه را نوشته باشد مرحوم علامه در آن زمان ۳۷ سالشان بوده است که این عالم پیرمرد اهل سنت چنین خطابی به مرحوم علامه دارد.

مطالعه در زندگی نامه مرحوم علامه حلّی و آشنایی با ابعاد شخصیتی و مکتب ایشان از لوازم کار علمی طلاب است.

مرقد مرحوم علامه حلّی در حرم حضرت امیر المؤمنین علیه الصلوة و السلام است.

يكي از آقار معروف مرحوم علامه حلي كتاب **قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام** است كه به درخواست پسرشان محمد معروف به فخر المحققين (كه در ١٥ سالگی به اجتهاد رسید) نوشته‌اند. به همین جهت در انتهای كتاب (ج ٣، ص ٧١٤) وصیّتی خطاب به پسرشان دارند كه قسمتی از آن را به امید بهره‌مندی در اینجا نقل می‌كنم:

اعلم يا بني أعانك الله تعالى على طاعته، و وقّقتك لفعل الخير و ملازمته، و أرشدك إلى ما يحبّه و يرضاه ...

قطع زمانك في تحصيل الكمالات النفسانيّة، و صرف أوقاتك في اقتناء الفضائل العلميّة ...

إياك و مصاحبة الأرزال و معاشره الجهّال، فإنّها تفيد خلقا ذميما، و ملكة ردّيّة، بل عليك بملازمة العلماء و مجالسة الفضلاء، فإنّها تفيد استعدادا تامّا لتحصيل الكمالات، و تثمر لك ملكة راسخة لاستنباط المجهولات. و ليكن يومك خيرا من أمسك، و عليك بالتوكّل و الصبر و الرضا، و حاسب نفسك في كلّ يوم و ليلة، و أكثر من الاستغفار لرّبك، و اتّق دعاء المظلوم، خصوصا اليتامى و العجائز، فإنّ الله تعالى لا يسامح بكسر كسير. و عليك بصلاة الليل ...

عليك بصلة الذرّيّة العلوية، فإنّ الله تعالى قد أكد الوصيّة فيهم، و جعل مودّتهم أجر الرسالة و الإرشاد، فقال تعالى قُلْ لا أسئلكم عليه أجرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى! و قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «إني شافع يوم القيامة لأربعة أصناف و لو جاءوا بذنوب أهل الدنيا: رجل نصر ذرّيّتي، و رجل بذل ماله لذرّيّتي عند المضيق، و رجل أحبّ ذرّيّتي باللسان و القلب، و رجل سعى في حوائج ذرّيّتي إذا طردوا أو شردوا». و قال الصادق عليه السّلام: «إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أيّها الخلائق أنصتوا فإنّ محمّدا يكلمكم، فينصت الخلائق، فيقوم النبيّ صلّى الله عليه و آله فيقول: يا معشر الخلائق، من كانت له عندي يد أو منّة أو معروف فليقم حتّى أكافيه»، فيقولون بأبائنا و أمّهاتنا، و أيّ يد و أيّ منّة و أيّ معروف لنا، بل اليد و المنّة و المعروف لله و لرسوله على جميع الخلائق، فيقول: «بلى، من أوى أحدا من أهل بيتي أو برّههم أو كساهم من عري أو أشبع جائعهم فليقم حتّى أكافيه»، فيقوم أناس قد فعلوا ذلك، فيأتي النداء من عند الله تعالى: «يا محمّد يا حبيبي، قد جعلت مكافأتهم إليك، فأسكنهم من الجنّة حيث شئت» فيسكنهم في الوسيلة حيث لا يحجبون عن محمّد و أهل بيته صلوات الله عليهم أجمعين ...

هذا ما يرجع إليك.

و أمّا ما يرجع إليّ و يعود نفعه عليّ: فإنّ تتعهدني بالترحمّ في بعض الأوقات، و أن تهدي إليّ ثواب بعض الطاعات، و لا تقلّ من ذكرني فينسبك أهل الوفاء إلى الغدر، و لا تكثر من ذكرني فينسبك أهل الغرم إلى العجز، بل أذكرني في خلواتك و عقيب صلواتك، و اقض ما عليّ من الديون الواجبة و التعهّدات اللازمة، و زر قبري بقدر الإمكان، و اقرأ عليه شيئا من القرآن، و كلّ كتاب صنّفته و حكم الله تعالى بأمره قبل إتمامه فأكمّله و أصلح ما تجده من الخلل و النقصان و الخطأ و النسيان. هذه وصيّتي إليك، و الله خليفتي عليك، و السلام عليك و رحمة الله و بركاته.

شرط ۲ از شرائط عوضین: ملکیت/متمم ملکیت: طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۲: بیان اقوال و عبارات فقهاء ۱۹۹
جلسه ۷۴ (دوشنبه، ۱۴۰۰/۱۱/۲۵) بسمه تعالی

و قال فی غایة المراد ... ص ۴۹، س آخر

عبارت یازدهم: چند کتاب مرحوم شهید اول (مستشهد ۷۸۶ هـ ق) *

مرحوم شیخ انصاری از سه کتاب مرحوم شهید اول یعنی **غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة و اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة** به دو مورد جواز بیع وقف اشاره می کنند که خوف خراب و خلف بین ارباب وقف (موقوف علیهم) باشد.

عبارت دوازدهم: **تلخیص الخلاف مرحوم صیمری** (حدود ۹۰۰ هـ ق)

مرحوم مفلح بن حسن صیمری در کتاب **تلخیص الخلاف و خلاصة الإختلاف** که تلخیص کتاب الخلاف مرحوم شیخ طوسی است به دو مورد واز بیع اشاره می کنند که خوف خراب و خوف فتنه بین موقوف علیهم است.

عبارت سیزدهم: **التنقیح مرحوم فاضل مقداد** (م ۸۲۶ هـ ق)

مرحوم جمال الدین مقداد سیوری معروف به فاضل مقداد (اهل قریه سیور از توابع حله عراق) در **التنقیح الرائع لمختصر الشرایع** که یکی از بهترین شروح مختصر النافع مرحوم محقق حلّی است و به جهت تتبع فراوان و نقل آراء فقهاء بزرگ شیعه مورد توجه عالمان بعد ایشان قرار گرفته، می فرمایند زمانی بیع وقف جائز است که اختلاف بین موقوف علیهم منجر به خراب و ضایع شدن وقف شود.

مرحوم شیخ انصاری سپس عبارتی از **تعلیق الإرشاد** مرحوم محقق ثانی نقل می کنند.

عبارت چهاردهم: **إيضاح النافع مرحوم فاضل قطیفی** (م حدود ۹۵۰ هـ ق) **

ایشان در کتاب **إيضاح النافع فی شرح مختصر الشرائع** جواز بیع وقف را منحصر در وقوع اختلاف بین ارباب وقف و خوف قتال و از بین رفتن اموال می دانند و خوف خراب را مجوز بیع نمی دانند.

عبارت پانزدهم: **جامع المقاصد مرحوم محقق ثانی** (م ۹۴۰ هـ ق) ***

مرحوم محقق ثانی در کتاب **جامع المقاصد فی شرح القواعد** که شرح قواعد الأحكام فی مسائل الحلال و الحرام از مرحوم علامه حلّی است سه مورد را از مجوزات بیع وقف می دانند با این توضیح که اگر مجوز بیع، مخروبه شدن وقف یا اختلاف منجر به خرابی و تلف وقف باشد باید تبدیل شود یعنی بعد از بیع، با ثمن آن شیء مناسب دیگری تهیه و وقف شود تا مطلوب واقف که استمرار مفعت رسانی بوده حفظ شود. اما اگر مجوز بیع وقف حاجت شدید موقوف علیهم باشد که راه جبران دیگری نداشته باشد می توانند بفروشند و ثمن آن را مصرف و تمام کنند.

معرفی اجمالی مرحوم شهید اول و بعضی کتبشان

* محمد بن مکی معروف به شهید اول در سال ۷۳۴ در روستای جزیّن از روستاهای منطقه جبل عامل در جنوب لبنان به دنیا آمدند منطقه ای که علماء متعدد و بزرگی در آنجا پرورش یافتند. ایشان شاگرد عالمانی بزرگ از جمله مرحوم فخر المحققین پسر علامه حلّی بودند و شاگردان دانشمندی پرورش دادند همچون مرحوم فاضل مقداد.

خانواده مرحوم شهید اول از خانواده های ممتاز در بین عالمان شیعه است از این جهت که تمام افراد خانواده از عالمان شیعه بوده اند، یعنی همسر ایشان أم علی، دختر ایشان ست المشایخ، و هر سه پسر ایشان شیخ محمد، شیخ علی و شیخ حسن از اندیشمندان شیعه بوده اند. یکی از امتیازات ایشان تسلط کامل بر فقه مذاهب اربعه است که حتی فقه بعضی از مذاهب اربعه را تدریس کرده اند بدون اینکه کسی از تشیع شان اطلاع داشته باشد.

امتیاز دیگر ایشان تسلط بر فقه شیعه و دسترسی به منابع مهمی از کتب فقهی قداماء بوده که قسمتی از این کتب به دست ما نرسیده لذا گزارش گری های ایشان از قداماء اصحاب بسیار ارزشمند و مغتنم است و در تتمیم مبنای اصول متلقاة کمک می کند زیرا ما به قسمتی از کتب و آثار قداماء دسترسی نداریم اما این دسترسی برای مرحوم شهید اول (مثل مرحوم علامه حلّی و مرحوم ابن ادریس) فراهم بوده

است. لذا تنها در جلد اول کتاب **غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد** از شانزده کتاب فقهی نام می‌برند و فتوای صاحبان آنها را در مسائل مختلف گزارش می‌کنند که هیچ کدام از این کتابها به دست ما نرسیده است. جناب آقای رضا مختاری از محققین حوزوی در زمینه شهیدین تحقیقات قابل استفاده و ارزشمندی انجام داده‌اند که مطالعه تحقیقات ایشان در رابطه با شهیدین را به شما توصیه می‌کنم. مطلبی که مشهور شده ایشان لمعه را در زندان و در هفت روز نوشته‌اند صحیح نیست. ظاهراً این اشتباه از مرحوم شیخ حر عاملی در کتاب **أمل الأمل**، ج ۱، ص ۱۸۳ آغاز شده است. شهید اول لمعه را چهار سال قبل از شهادتشان در سال ۷۸۲ هجری قمری در مدت هفت روز تألیف نمودند، در حالی که فقط به کتاب **مختصر النافع** محقق حلی مراجعه می‌نموده‌اند. این سرعت عمل نشانه واضحی از تسلط شهید بر تمامی ابواب فقهی است. اینکه ایشان دعوت سربداران به ایران را نپذیرفتند و در جواب آنان لمعه را تدوین و ارسال فرمودند به این جهت است که طبق بعضی از تحلیلها ایشان خودشان معتقد به ولایت فقیه و مشغول فعالیتهای اجتماعی، سیاسی بودند که شیعه را در منطقه خودشان انسجام دهند که هویت مستقل و نفوذ در منطقه داشته باشد.

یکی از جهات معروف شدن ایشان به شهید اول، به نوع شهادت ایشان در ۵۲ سالگی در سال ۷۸۶ ه ق مربوط می‌شود که این شهید **قُتِلَ بالسيف، ثمَّ صُلِبَ ثمَّ رُجِمَ ثمَّ أُحْرِقَ ببلدة دِمَشقَ، وعلی هذا فلیس له قبرٌ یزار، و هو کما یقول الشاعر الفارسی:**
 بعد از وفات تربت ما در زمین مجوی در سینه های مردم عارف مزار ماست
 و السلام علیه یوم وُلد و یوم استشهد و یوم یُبعث حیاً.

معرفی اجمالی مرحوم فاضل قطیفی

*** مرحوم شیخ ابراهیم بن سلیمان قطیفی از پرورش یافتگان حوزه بحرین (حوزه‌ای که با مهاجرت عالمانش در قرن یازدهم به ایران و عراق رونق خود را از دست داد) کتب فقهی متعددی نگاشته‌اند که مرحوم شیخ انصاری از دو کتابشان با عنوان **ایضاح النافع فی شرح مختصر الشرائع** و کتاب **السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج فی حل الخراج**، مرحوم شیخ انصاری از کتاب **سراج الوهاج** در انتهای مباحث مکاسب محرمة در مبحث بیع اراضی و حکم خراج مطلبی نقل کرده‌اند. مرحوم محقق ثانی (محقق کرکی) متوفای ۹۴۰ که در ادامه جزوه به جایگاه مهم ایشان در حکومت صفویه اشاره خواهیم کرد رساله‌ای در اثبات حلیت استفاده از مال خراج و مقاسمه نوشتند با عنوان "قاطعة اللجاج فی حل الخراج"، مرحوم فاضل قطیفی که معاصر مرحوم محقق ثانی بودند رساله‌ای در رد بر آن نوشتند با عنوان "السراج الوهاج" و در مقدمه آن نقد تنیدی بر فتوای مذکور از مرحوم محقق ثانی نوشتند که به صفحه ۱۹ به بعد این کتاب مراجعه کنید.

معرفی اجمالی مرحوم محقق ثانی

*** مرحوم علی بن حسین عاملی کرکی معروف به محقق ثانی (م ۹۴۰ ه ق) اهل روستای کَرَک نوح از قُرای جبل عامل در جنوب لبنان و استاد مرحوم شهید ثانی هستند. با آغاز حکومت صفویه و دعوت پادشاهان صفوی از عالمان شیعه و یاری طلبی از آنان در عهده‌دار شدن امور مذهبی و فقهی، جمعی از فقها مانند مرحوم محقق ثانی، مرحوم والد شیخ بهائی و خود شیخ بهائی و دیگران این دعوت را اجابت کرده و به حکومت صفویه در عرصه فقه و قضا و امور دینی یاری رساندند. فقهای که نام برده شد همه از منطقه جبل عامل و جنوب لبنان به ایران آمدند و با کمک ایشان اولین حاکمیت فقه شیعه در ایران تحقق یافت و ریشه‌های اعتقاد به مکتب اهل بیت علیهم السلام در ایران بسیار تقویت شد. (البته ایران هم در آستانه پیروزی انقلاب و به خصوص پس از آن با حمایت‌های همه جانبه و تقویت حزب الله لبنان دین خود به جنوب لبنان را به بهترین شکل آداء کرد است)

شاه طهماسب یکی از پادشاهانی بوده که دوره پادشاهی‌اش طولانی (۵۴ سال) بود ایشان از مرحوم محقق ثانی دعوت کرد و ضمن تقدیم جایگاه شیخ اسلامی به مرحوم محقق ثانی، ایشان را تکریم فراوان نمود و نقل شده خطاب به مرحوم محقق ثانی گفته است: "أنت أحقّ بالملک لأنک النائب عن الإمام و إنما أکون من عمالک أقوم بأوامرک و نواهیک"

شرطاً عوضین: ملکیت/طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۱: وقف تملیکی و تحریری ۲۰۱
جلسه ۷۵ (شنبه، ۳۰/۱۱/۱۴۰۰) بسمه تعالی

(سه‌شنبه ۱۳ رجب ۱۴۴۳ و چهارشنبه به جهت ایام البیض، حوزه تعطیل بود)

و قال فی الروضة ...، ص ۵۲، س ۳

عبارت شانزدهم: روضه مرحوم شهید ثانی (مستشهد ۹۶۶ هـ ق) *

آخرین عبارتی که مرحوم شیخ انصاری در مرحله دوم و نقل اقوال فقهاء ذکر می‌کنند عبارت مرحوم شهید ثانی در الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة است که ایشان تنها مجوز بیع وقف را خوف وقوع اختلاف بین موقوف‌علیهم به نحوی که منجر به تلف موقوفه یا موقوف‌علیهم شود، می‌دانند. لذا در صورت احتیاج شدید موقوف‌علیهم به ثمن حاصل از بیع وقف یا آنفع بودن بیع وقف به حال موقوف‌علیهم، بیع را مجاز نمی‌دانند.

نکته: مقصود از خوف خراب

مرحوم شیخ انصاری بعد از نقل عبارات فقهاء به عنوان نکته پایانی می‌فرماید مقصود فقها از اینکه اگر بقاء وقف منجر به خوف مخروبه شدن آن شود، ظن به خوف است لذا لازم نیست مخروبه شدن وقف یقینی باشد. لذا می‌بینیم همین محتوای خوف خراب، در عبارات فقها با تعابیر گوناگونی بیان شده مانند خوف، خشیت، تأدیه (منجر شدن) و آدی.

بنابراین آنچه مسلم است و شهرت فتوایی بین فقهاء دارد جواز بیع وقف است در صورت ظن به اینکه بقاء وقف منجر به مخروبه شدن آن شود.

نسبت به مقصود از مخروبه شدن هم دو عامل در عبارات اشاره شد یکی اینکه علت خرابی، اختلاف بین موقوف‌علیهم و ارباب وقف باشد و دیگری اینکه علت خرابی، متروکه شدن منطقه‌ای باشد که ملک وقف در آن قرار دارد البته وقتی مشهور فقهاء می‌فرمایند خوف خراب، علت برای جواز بیع است قدر متیقن از علت این خوف، همان اختلاف بین ارباب وقف است. (شهرت دلیل لئی و عقلی است لذا عند الشک اطلاق ندارد بلکه باید به قدر متیقن آن اخذ نمود و قدر متیقن هم خلف بین ارباب وقف است که منجر به تلف اموال و نفوس شود.)

إذا عرف ما ذکرنا ...، ص ۵۳، س ۸

مرحله سوم: تحقیق مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری نظریه و تحقیق خودشان در رابطه با بیع وقف را در دو قسم از وقف بررسی می‌کنند: وقف مؤبد و وقف منقطع.

قسم اول: وقف مؤبد

در جلسه ۶۸ و جلسه ۶۹ دو مقدمه اشاره شد یکی در تقسیم وقف به مؤبدو منقطع و دیگری در تقسیم وقف به تملیکی و تحریری (فکّی) و عبارت این قسمت مکاسب را در جزوه جلسه ۶۸ نقل کردیم. مرحوم شیخ انصاری ذیل وقف مؤبد دو مطلب دارند یکی بیان چند نکته و دیگری بررسی اقسام ده‌گانه بیع وقف.

مطلب اول: بیان پنج نکته در وقف تملیکی و تحریری

در این مطلب پنج نکته کلی در رابطه با وقف مؤبد بیان می‌کنند:

نکته اول: تقسیم وقف به تملیکی و تحریری

وقف بر دو قسم است:

یکم: وقف تملیکی.

وقفی که موقوف‌علیهم مستقل و مشخص دارد و واقف با إخراج موقوفه از ملک خودش، آن را به موقوف‌علیهم (مثل عنوان مسلمانان یا علماء یا فقراء ...) تملیک کرده است. وجه ممیزه این قسم از وقف آن است که موقوف‌علیهم هم می‌توانند از منافع آن بهره‌مند شوند و مثلاً خودشان در آن ساکن شوند، هم می‌توانند آن را به کسی که استحقاق ندارد و از موقوف‌علیهم نیست اجاره دهند و از منفعت آن که مال الإجارة باشد استفاده کنند.

دوم: وقف تحریری (فکّی).

وقفی که موقوف علیهم مستقل و مشخص ندارد و با تحقق وقف، صرفاً موقوفه از ملک واقف خارج می‌شود لکن به ملک طرف مقابل در نمی‌آید. نمونه این نوع وقف، وقف زمین برای مسجد است یا اینکه فردی زمینش را وقف کند به این صورت که فقط به این نیت که مالکیتش را منفعک کند و آن را برای استفاده به عنوان مدرسه یا کاروان‌سراها قرار دهد. در وقف تحریری اینگونه نیست که ملک خدا یا مسلمانان باشد لذا اگر فردی که مستحق استفاده از آن نیست چنین مکانی را غصب کرد نمی‌توان از او اجاره گرفت زیرا گرفتن اجاره حق مالک است و اینجا مالکی فرض نمی‌شود. **

نکته دوم: بحث از جواز بیع مربوط به وقف تملیکی است

می‌فرمایند بحث از موارد جواز بیع وقف مربوط به قسم اول از وقف یعنی وقف تملیکی است زیرا با توضیحاتی که ذیل تقسیم تملیکی و تحریری مطرح شد، روشن است که در وقف تحریری اصلاً مالک وجود ندارد که مجاز به فروش موقوفه باشد. بنابراین به اجماع فقها اگر مسجدی که در روستایی واقع است، هم روستا مخروبه شود، هم مسجد مخروبه شود هم ممر و طریق رسیدن به مسجد از بین برود بار هم بیع آن مجاز نیست حتی اگر در آمد حاصل از بیع را بخواهند برای احداث یا تعمیر مسجد دیگر استفاده کنند.

تحقیق:

* مرحوم زین الدین، جبعی عاملی معروف به شهید ثانی مستشهد به سال ۹۶۶ هـ ق از آن دسته عالمان شیعی هستند که هم تسلط بر فقه شیعه دارند هم اشراف بر فقه اهل سنت. بین ایشان و شهید اول (مستشهد به سال ۷۸۶ هـ ق) کمتر از دو قرن فاصله است. مرحوم شهید اول لمعه را نگاشتند که کتاب درسی حوزه علمیه شیعه شد و مرحوم شهید ثانی هم آن را با عنوان **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية** شرح کردند. همچنین کتاب شرایع الإسلام مرحوم محقق حلی کتاب درسی حوزه بود که مرحوم شهید ثانی آن را شرح کردند با عنوان **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**. مرحوم شهید اول کتابی دارند با عنوان **القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربية**، مرحوم شهید ثانی مشابه آن کتابی دارند با عنوان **تمهید القواعد الأصولية و العربية لتفريع الأحكام الشرعية**، این دو کتاب بسیار مفیدند و آشنایی شما به آنها لازم است زیرا یک سری قواعد ادبی و اصولی را به صورت کاربردی و تطبیقی در فقه کار کرده‌اند که باعث می‌شود طلبه به صورت عینی و ملموس با کاربرد قواعد ادبی و اصولی در فقه آشنا شود. مشابه این شیوه تألیف می‌توان به **کتاب الأصول الأصلية و القواعد الشرعية از مرحوم عبدالله شبر و المعجم التطبیقی للقواعد الأصولية** از محققین دفتر تبلیغات مشهد اشاره کرد.

** مرحوم خوئی در مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۱۶۷ می‌فرمایند: "فان المساجد من قبیل التحریر کالعبد المعتقد (وقتی مالک عبد را آزاد می‌کند یعنی از ملک خودش إخراج کرده و به ملک فرد دیگر در نمی‌آید یعنی دیگر ملکیتی نسبت به این فردی که قبلاً عبد بوده و الآن حرّ است وجود ندارد) و أنها لله لا بمعنى كونها ملكا له و مضافا اليه ليتوهم جواز بيعها من جهة تلك الإضافة المصححة للبيع، بل بمعنى كونها معبدا للمسلمين ليعبد فيها لله تعالى و يتقرب به فيها و لعل الى هذا المعنى ينظر قوله تعالى وَ أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ بَلْ هُوَ الْمُحْتَمَلُ الْقَرِيبُ مِنْ سَائِرِ الْمَعَانِي وَ هَذَا هُوَ الْمُسْتَفَادُ مِنْ بَعْضِ الرِّوَايَاتِ فَلَا يُقَاسُ ذَلِكَ بِالزَّكَاةِ فَإِنَّ الْجِهَةَ فِيهَا مَالِكٌ بِخِلَافِهِ فِي الْمَسَاجِدِ فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهَا جِهَةٌ إِضَافَةٌ حَقًّا أَوْ مَلَكًا فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهَا بِوَجْهِهِ. أَمَّا الْوَقْفُ بِمَعْنَى التَّمْلِيكِ لِلْمُسْلِمِينَ، بَانَ يَجْعَلُ مَكَانًا خَاصًا مَسْجِدًا بِعَنْوَانِ التَّمْلِيكِ لَا التَّحْرِيرِ فَخَارَجَ عَنِ الْفَرْضِ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مَسْجِدًا وَ مَتَمَحْضًا لِلَّهِ، بَلْ يَكُونُ مِثْلَ الْحُسَيْنِيَّاتِ وَ نَحْوِهَا. وَ بِالْجُمْلَةِ أَنَّ مِنَ الضَّرُورِيِّ أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَيْسَ أَلَّا تَحْرِيرًا وَ فَكَالْمَلِكِ لَا تَمْلِيكًا وَ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ بَيْعُهُ جَائِزًا لِعَدَمِ وُجُودِ الْإِضَافَةِ فِيهَا إِلَى أَحَدٍ"

شرط ۲ عوضین: ملکیت/طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۱: وقف تملیکی و تحریری ۲۰۳

بسمه تعالی

جلسه ۷۶ (یکشنبه، ۱۴۰۰/۱۲/۰۱)

نعم ذکر بعض الأساطین ...، ص ۵۴، س ۱۳

کلام در مطلب اول و بیان پنج نکته در رابطه با وقف مؤبد بود. دو نکته گذشت.

نکته سوم: نقل کلام کاشف الغطاء و نقد قسمتی از آن

مرحوم کاشف الغطاء در رابطه با وقف تحریری مانند مساجد سه نکته دارند که مرحوم شیخ انصاری به نکته دوم ایشان اشکالی دارند.
یکم:

بیع وقف عام یا همان وقف تحریری مانند مساجد جایز نیست مطلقاً (چه منجر به خراب بشود یا نه) دلیل بر عدم جواز این است که اصلاً در وقف تحریری با ملک مواجه نیستیم که به مالکش اجازه بیع بدهیم زیرا در وقف تحریری صرفاً إخراج عن ملک الواقف را داریم نه إدخال در ملک فرد دیگر. در این موارد موقوفه در راه خدا داده شده و در مشاعر و محل‌های عبادت داخل شده است نه اینکه به خدا تملیک کرده باشد (به تعبیر مرحوم خوئی که عبارتشان در جلسه قبل نقل شد آیه شریفه: "أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ" یعنی "أَنَّ الْمَسَاجِدَ لِعِبَادَةِ اللَّهِ").

دوم:

(أَنَّهُ مَعَ الْيَأْسِ) در صورت یأس از انتفاع و بهره‌برداری در جهت مورد نظر مثل عبادت کردن در مسجد (یا تعلیم و تعلّم در مدرسه) می‌توان زمین مسجد مخروبه را مثلاً برای کشاورزی اجاره داد البته این زمین همچنان مسجد است و باید آداب آن از قبیل حرمت نجس کردن یا ورود جنب به آن رعایت شود، همچنین باید یک سند رسمی تنظیم کنند که در آینده کسی ادعای مالکیت نکند، مال الإجارة دریافتی هم باید در مثل خودش یعنی یک مسجد دیگر صرف شود با رعایت اولویت نسبت به أقرب (از حیث مکان)، أحوج (اگر دو مسجد دیگر هست، هر کدام بیشتر احتیاج دارد در آن صرف شود) و أفضل از مماثل‌ها، در صورتی که دو مماثل بودند که از حیث أقربیت، احتیاج و أفضلیت مساوی بودند در این صورت هر کدام راجح بود در آن مصرف شود و اگر موردی از مماثل پیدا نکردند می‌توانند مال الإجارة را در غیر مماثل (مثل مدرسه) خرج کنند با رعایت ترتیب أقرب، أحوج و أفضل، اگر چنین موردی هم پیدا نشد در مصالح مسلمین مصرف شود.

سوم:

(وَأَمَّا غَيْرِ الْأَرْضِ) نسبت به منقولات از موقوفات عامه مثل فرش مسجد یا حیوانی که وقف مسجد شده باشد (مثل الاغی که برای حمل هیزم و امور دیگر وقف مسجد شده باشد) یا پرده‌ها و پارچه‌های روی ضریح‌ها:

– اگر با وجود مخروبه شدن ساختمان مسجد، آن منقولات سالم است و باز هم می‌توانند از آنها در همان جهت استفاده کنند (مثل اینکه صندلی مسجد را روی همان زمین بگذارند برای استراحت کردن مردم) باید همانجا استفاده شود و الا به مماثل و مسجد دیگر منتقل کنند برای استفاده، و اگر مماثل هم نبود در غیر مماثل مثل مدرسه استفاده شود و اگر غیر مماثل هم نبود در مصالح مسلمین استفاده شود با رعایت همان أقرب، أحوج و أفضل.

– اگر آن منقولات به گونه‌ای است که اگر به حال خودشان رها شوند قابلیت استفاده در جهت وقف را ندارند (مثل اینکه وسایل روشنایی یا حیوانی بوده که دیگر قابل استفاده برای این مسجد مخروبه نیست) در این صورت مانند ملکی است که مالکش از آن إعراض کرده باشد (مثل کفشی که مالکش آن را پشت درب منزلش بگذارد) در این صورت سه احتمال است:

احتمال اول:

(فیعوم فیها...) گفته شود به عنوان مباحث عامه مورد استفاده مسلمانان قرار گیرد.

احتمال دوم:

(و العود إلى المالك) گفته شود به ملک مالک باز می‌گردد و اگر مالک یا ورثه او باقی نمانده‌اند یا قابل شناسایی نیستند حکم مال مجهول المالك را خواهد داشت.

احتمال سوم:

(و یحتمل بقاؤه ...) گفته شود بر وقف باقی است لکن بیعش مجاز می‌باشد به جهت احتراز و پرهیز از تلف منقولات و ضرر یا به حرج افتادن افرادی که از این اشیاء حفاظت می‌کنند. سپس مرحوم کاشف الغطاء فرموده‌اند همین احتمال سوم أقوى است.

نقد:

مرحوم شیخ انصاری به نکته دوم در کلام مرحوم کاشف الغطاء اشکال دارند و می‌فرمایند وقتی خود شما در نکته یکم مانند مشهور معتقدید مساجد از قسم وقف تحریری هستند و ملکیت در آنها مطرح نیست چگونه در نکته دوم می‌فرمایند اجاره دادن آن جایز است؟ چیزی که ملک به شمار نمی‌آید چگونه اجاره داده شود؟

به عبارت دیگر جواز اجاره دادن زمین (در نکته دوم) و اقوی دانستن جواز بیع منقولات (در انتهای نکته سوم) در صورتی قابل بیان است که بتوانید ملکیت را در مسجد تصویر کنید و حال آنکه در وقف تحریری إخراج از ملک مالک ثابت است اما إدخال در ملک غیر ثابت نیست و شک داریم آیا به ملک فرد دیگر وارد شده یا نه؟ أصالة عدم الملک و أصالة عدم الإنتقال جاری است.

بله می‌توان فتوا داد از زمین مسجدی که مخروبه شده ضمن بقاء وقف، در جهت دیگری مثل کشاورزی استفاده شود لکن نه به عنوان اجاره بلکه به عنوان مباحات عامه.

نکته چهارم خواهد آمد.

ثم إنه ربما ينافي ما ذكرنا ...، ص ۵۶، س ۵

نکته چهارم: جواب از یک اشکال نقضی

مرحوم شیخ انصاری فرمودند بیع وقف تحریری مانند مساجد به هیچ وجه جایز نیست. مستشکل یک اشکال نقضی مطرح می‌کند. اشکال نقضی:

در رابطه با ثوب کعبه (انتهای جلسه قبل و ابتدای این جلسه نکاتی در رابطه با پرده کعبه معظّمه در کلاس مطرح شد، در صورت تمایل به صوت این جلسه مراجعه شود) و حصیر مسجد و موارد مشابه حصیر، روایت داریم که بیع آنها در صورت لزوم جایز است، در حالی که شما ادعا می‌کنید بیع وقف تحریری و مساجد به هیچ وجه جایز نیست. پس روایات جواز بیع پرده کعبه ناقض فتوای شما به عدم جواز بیع أرض مسجد است زیرا مثلاً آرش مسجد الحرام با پرده کعبه تفاوتی ندارند و باید حکم یکسان داشته باشند.

امام کاظم علیه السلام در روایت فرموده‌اند فردی که قسمتی از پارچه کعبه را خریده و استفاده کرده (مثلاً عبائی دوخته) می‌تواند ما بقی آن را هر مقداری می‌خواهد بفروشد و هر مقداری که نمی‌خواهد بفروشد را می‌تواند هدیه دهد که دیگران هم نفع برند و از این کار برکت در مالش را از خدا بخواهد. البته برای کفن میت نمی‌توان از پرده کعبه استفاده کند. *

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند وقف پرده کعبه یا حصیر و فرش مسجد از قسم وقف تملیکی است لذا حکمش با اصل مسجد که وقف تحریری متفاوت است. در وقف عام تملیکی مانند فرش مسجد و پرده کعبه که ملک مسلمین هستند، ناظر عام یعنی حاکم شرع می‌تواند در صورت صلاحدید آن را بفروشد.

نعم فرق بین ما یکون ...، ص ۵۷، س ۵

ذیل نکته چهارم به پنج فرع اشاره می‌کنند:

فرع اول: اقسام اموال مسجد

می‌فرمایند اموال مساجد بر دو قسم است:

قسم اول: اموالی که ملک طلق هستند یعنی اصل وقف به شمار نمی‌آیند مثل اینکه مغازه‌ای وقف مسجد شده که از مال الإجارة آن مغازه مخارج مسجد تأمین شود، لذا گر از مال الإجارة مغازه فرشی برای مسجد خریده شود وقف نخواهد بود و ناظر بر موقوفه (متولی) مجاز است این فرش را بفروشد و در پول آن را صرف مخارج مسجد کند چه این فرش رو به خرابی باشد چه نو و استفاده نشده باشد.

قسم دوم: اموالی که مردم به مسجد می‌دهند و وقف مسجد می‌کنند، این اموال هم از قسم وقف تملیکی خواهند بود و ملک مسلمین است لذا بیع آنها یا ایجاد تغییر در آنها جایز نیست مگر در مواردی که به عنوان مسوغات و مجوزات بیع وقف تملیکی مطرح است.

فرع دوم: تفاوتی بین ثوب کعبه و فرش مسجد

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند خصوص پرده کعبه تفاوتی با فرش مسجد دارد به این بیان که:

- فرش مسجد می‌تواند در بعضی صور وقف عام برای مسلمین باشد یعنی هدف واقف این بوده که خدمتی به مسلمانان انجام دهد لکن دیده نیاز به فرش در اجتماعات مسلمانان بیشتر در مساجد محقق است نه مثلاً کنار خیابان لذا فرش را به مسجد آورده است یا مثلاً کلمن آب یا دستگاه آب سردکن را برای هدف خدمت به خلق و آبرسانی به تشنگان وقف کرده لکن دیده در مسجد اجتماع بیشتر و بزرگ‌تر است لذا آن را به مسجد آورده است. در این صورت اشکالی ندارد که این فرش یا آب سردکن به مسجد دیگری منتقل شود یا به مکان دیگری غیر از مسجد (مثل مدرسه) منتقل شود حتی اگر مسجد به آن نیاز داشته باشد باز هم انتقال آن به غیر مسجد اشکال ندارد.

- (اما نسبت به پرده کعبه روشن است که این ابریشم‌هایی که برای بافتن پرده کعبه وقف کرده تنها یک مصداق بیشتر ندارند که همان کعبه معظّمه باشد لذا جایز نیست این پرده به مسجد دیگری داده شود یا در محل دیگری غیر از مسجد در جهت منافع مسلمین استفاده شود.

فرع سوم: حکم صورت شک

اگر شک کردیم یک فرش یا یک کلمن آب وقف شده برای خصوص این مسجد یا برای مطلق استفاده مسلمانان در این صورت از قرائنی می‌توان تشخیص داد. مثلاً:

- اگر فرش باشد وقتی می‌بینیم یک مسجدی فرش دارد اما باز هم واقف فرش را به این مسجد آورده (و به هر انگیزه‌ای مثل علاقه به این مسجد محله‌شان به مسجدی که فرش ندارد نبرده) معلوم می‌شود فرش را برای خصوص این مسجد وقف کرده است و الا اگر مهم منفعت مسلمانان بود به مسجدی می‌برد که فرش ندارد. همچنین اگر مَهر یا خاکی برای تیمم در مسجد آورده باشند که ظهور دارد در اختصاص به این مسجد زیرا اینها قیمتی ندارند و اگر مسجد دیگری هم لازم داشته باشد برای آن هم می‌توان مستقلاً تهیه کرد) - و اگر کلمن آب یا آبسردکن باشد ظاهر این است که نیت واقف خدمت رساندن به تشنگان از مسلمانان است نه فقط تشنگان از نمازگزاران در این مسجد خاص لذا هم جایجا کردن آن و بردن به مسجد دیگر جایز است هم استفاده از آب آن برای وضو گرفتن جایز است.

خلاصه کلام اینکه اشیاء و آلاتی که در مساجد گذاشته می‌شود مانند فرش یا صندلی اینها بر اساس نیت واقف یا کیفیت استفاده از آن شیء و منفعت بردن افراد از آن اقسام زیادی پیدا می‌کنند که در تمام اقسامش وقف تملیکی است لذا ملک مسلمین است و در موارد خاص مسوغات بیع وقف، اینها را می‌توان فروخت. اما اصل مسجد و امثال مسجد (مدارس و کاروان‌سراها) چنین نیستند یعنی بیعشان به هیچ وجه جایز نیست. پس اگر فقهاء به بررسی جواز بیع آلات مسجد پرداخته‌اند منافاتی با ما ذکرنا (عدم جواز بیع وقف تحریری) ندارد زیرا وقف آنها تحریری نیست.

تحقیق:

* نسبت به وجه عدم استفاده از پرده کعبه برای کفن وجوه مختلفی بیان شده از جمله مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۳۴۹ می‌فرماید: أقول لعلّ المنع عن التّکفین تعبدٌ صرفٌ و یحتمل أن یكون من جهة أنّ ثوب الکعبة کان من الحریر و احتمال فی الصّافی حاشیة الکافی أنّ المنع عنه لعلّه من جهة کونه کتاناً و استند فی المنع عنه إلى رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله ع قال کتان لبني إسرائيل یکفنون به و القطن لأمة محمّد صلی الله علیه و آله و احتمال أيضاً أنّ المنع عنه لعلّه کان لأجل سواده و استند فی ذلك إلى رواية الحسین بن المختار عن أبي عبد الله ع قال لا یکفن المیت بالسّواد و لا یخفی أنّ النهی علی ما ذکرنا للتّحریم و علی ما ذکره من الاحتمالین للتّنزیه.

نعم ما ذکرنا لایجری ... ص ۵۸، س ۵

فرع چهارم: حکم اجزاء ساختمان مسجد

در رابطه با حکم اجزاء ساختمان مسجد مثل جذع * منکسر یعنی چوب یا ستون شکسته می‌فرمایند دو قول است:

قول اول: تملیکی بودن وقفشان و جواز بیع عند الضروره

جمعی از فقها از جمله مرحوم علامه و شهیدین معتقدند نسبت به اجزاء ساختمان مسجد در صورت وجود مسوغات بیع وقف، فروش آنها جایز است. به عبارت دیگر این آقایان وقف ارض مسجد را تحریری و وقف اجزاء ساختمان مسجد از قبیل چوب و آجر را وقف تملیکی می‌دانند لذا نسبت به اجزاء ساختمان می‌فرمایند در صورت وجود مسوغات، بیعش جائز است.

فتأمل اشاره به بطلان این قول و تحریری بودن وقف اجزاء ساختمان است.

قول دوم: (شیخ) تحریری بودن وقف ارض و ساختمان مسجد و عدم جواز بیع

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند وقف ارض مسجد تحریری است و به هیچ وجه قابل فروش نیست و اگر از انتفاع به عنوان مسجد و عبادت خارج شود باز هم بر وقف باقی است و لکن می‌توان از منافعی استفاده نمود با به صورتی که مرحوم کاشف الغطاء فرمودند (که اجاره داده شود و البته مرحوم شیخ قبول نداشتند) یا بدون صورتی که مرحوم کاشف الغطاء فرمودند از منافع زمین مسجد استفاده شود مثل زراعت نمودن.

اما نسبت به اجزاء مسجد مثل تیرهای چوبی که در سقف بکار رفته یا آجرهای باقی مانده از دیوار مخروبه مسجد:

– اگر مصلحت در بکارگیری این مصالح برای تعمیر ساختمان همین مسجد است متعینا باید همین کار را انجام دهند تا هدف واقف از ابقاء وقف تأمین شود. البته پرداخت هزینه از جانب مکلف برای حفظ و نگهداری از این مصالح واجب نیست بلکه باید از مال مسجد یا بیت المال برای حفظ آنها هزینه شود.

– اگر مصلحت در بکارگیری این مصالح برای تعمیر ساختمان همین مسجد نیست از آنجا که ساختمان مسجد مثل زمین آن وقف تحریر است لذا:

– اگر مراعات أقرب فالأقرب نسبت به نیت واقف را واجب بدانیم باید از این چوبها برای سوخت مورد نیاز برای پخت آجر و خشت استفاده شود و اگر در این مسجد بکار نمی‌آید از این چوبها برای رفع نیاز مسجد دیگر استفاده شود و اگر مسجد دیگر هم نیاز به این چوبها نداشت در مصالح مسلمین مصرف شود و در هر صورت بیعشان جایز نیست.

– (اگر مراعات أقرب فالأقرب را لازم ندانیم می‌توان همان ابتدای کار آنها را در مصالح مسلمین صرف نمود)

اینکه مرحوم تستری فرموده‌اند تبدیل می‌شود به مباحات عامه و هر کسی می‌تواند آن را حیات کند و به ملک خود درآورد صحیح نیست زیرا توضیح دادیم در وقف تحریری ملکیت قابل تصویر نیست.

فرع پنجم: الحاق موارد دیگر به مساجد در تحریری بودن

موارد مشابه مسجد بر دو قسم است:

قسم اول:

مواردی که صاحبان آنها به عنوان فک ملک برای استفاده مستقیم مردم قرار داده‌اند که در کلمات مرحوم تستری مثال زده شده به وقف مشاهد مشرفه، مقابر، کاروان‌سراها، مدارس و پل‌ها، همچنین مانند کتابهایی که برای محصلان وقف می‌شود یا عبدی که برای خدمت کعبه معظمه وقف می‌شود یا درختانی که در مسیر عبور مردم برای انتفاع عبورکنندگان از سایه یا میوه‌شان وقف می‌شوند یا بوریایی * که برای استفاده در مسجد وقف می‌شود.

قسم دوم:

مواردی که هدف اصلی از وقفشان، نه استفاده مستقیم عموم مردم بلکه به هدف تولید درآمد برای یک موقوفه وقف شده‌اند مانند حمام‌ها، مغازه‌ها و امثال اینها که درآمدها صرف در هزینه‌های مسجد یا برپایی مجالس شود.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اگر وقف موارد مذکور در قسم اول را وقف تحریری و فکی بدانیم تکلیف روشن است.

و لو أتلف شيئاً من ...، ص ۶۰، س ۱۱

نکته پنجم: حکم تلف أجزاء وقف تحریری

پنجمین و آخرین نکته در مطلب اول پاسخ به این سؤال است که اگر فردی اموال مسجد را یا موقوفات تحریری را تلف نمود ضامن است یا ضامن نیست؟ به دو قول اشاره می‌کنند:

قول اول: (شیخ) ضامن است

دلیل مرحوم شیخ انصاری این است که علی الید ما أخذت حتی تؤدی می‌گوید این فرد سلطه و ید پیدا کرده بر مالی که ملک او نبوده لذا ضامن تلفی است که در این شیء و مال ایجاد کرده است.

قول دوم: عدم ضمان

قائلین به این قول دو دلیل دارند:

دلیل اول: مطالبه قیمت شیء تلف شده و ضمان، در صورتی ممکن است که مطالبه به منافع هم ممکن باشد و از آنجا که در وقف تحریری ملکیت فرض نمی‌شود و نمی‌توان آن را اجاره داد و منافع (مال الإجارة) را مطالبه نمود حتی اگر فردی وقف تحریری را غصب کند و مثلاً مدرسه را تبدیل به مسافرخانه کند یا آن را پلمپ کند باز هم اجاره نمی‌توان مطالبه کرد، پس قیمت آن را هم نمی‌توان مطالبه کرد.

دلیل دوم: حدیث علی الید که تأدیه و پرداخت خسارت را واجب می‌گرداند، طبیعتاً در جایی است که ملک یک مالک خسارت دیده باشد که واجب است به مالک خسارت پرداخت شود و این هم در اموالی قابل تصویر است که ملک باشد و مالک داشته باشد در حالی که در وقف تحریری ملکیت قابل تصویر نیست پس ضمان هم نیست.

مرحوم شیخ انصاری قول اول را احوط می‌داند چنانکه مرحوم تستری هم قول اول را اصح می‌دانند.

تحقیق:

* ابن فارس در معجم مقاییس اللغة، ج ۱، ص ۴۳۷ می‌نویسد این ماده سه ریشه معنایی دارد: الجیم و الذال و العین ثلاثة أصول: أحدها يدلُّ على حدوث السنِّ و طراوته، فالجذع من الشَّاءِ: ما أتى له ستتان، و من الإبل الذي أتت له خمسُ سنين. و الأصل الثانی: جذع الشَّجرة. ** بوريا مانند حصیر از الیاف گیاهی (سلولزی) و نی شکافته شده برای ساختن‌اش استفاده می‌شود که به عنوان زیر انداز یا ظروف و سبد مورد استفاده قرار می‌گیرد.

سنایی می‌گوید: دور کن بوی ریا از خود که تا آزاده‌وار، مسجد و میخانه را محرم شوی چون بوريا.

جلسه هفتاد و پنج گفته شد مرحوم شیخ انصاری مباحثشان در وقف مؤبد را ضمن دو مطلب بیان می کنند. مطلب اول بیان پنج نکته در رابطه با وقف تحریری و تملیکی بود که گذشت و نتیجه گرفتند بیع وقف تحریری به هیچ وجه جایز نیست چون ملک نیست.

مطلب دوم: صور ده گانه بیع وقف مؤبد تملیکی

مرحوم شیخ انصاری مسأله جواز بیع وقف مؤبد تملیکی را در ده صورت بررسی می کنند:

صورت اول: خرابی غیر قابل انتفاع

اگر موقوفه به صورتی خراب شود که دیگر قابل انتفاع در جهت مقصود نباشد مثل حیوانی که وقف مسجد بوده (مثل گاوی که برای استفاده از شیرش در مجالس مسجد وقف شده) به جهت اتمام عمرش یا به جهت مریضی و حرام نشدن گوشتش، ذبح شود. یا ستونی که پوسیده شده و یا حصیری که مندرس شده است. با گوشت آن حیوان و حصیر چه باید کرد؟

مرحوم شیخ انصاری در این رابطه چند نکته بیان می کنند:

نکته اول: جواز بیع و دلیل آن

می فرمایند بیع در صورت اول جایز است به دو وجه:

وجه اول: ابطال أدله مخالفین

می فرمایند مخالفین جواز بیع وقف سه دلیل داشتند که هیچ کدام در این صورت اول مثبت عدم جواز بیع وقف نیست.

دلیل اول: اجماع

نقد دلیل اول: اجماع فقها بر عدم جواز بیع وقف با توجه به عبارات شانزده گانه ای که نقل کردیم ثابت نیست.

دلیل دوم: معتبره ابن راشد معتبره أبو علی ابن راشد بود که از امام هادی علیه السلام نقل کرد که فرمودند "لا يجوز شراء الوقف".

نقد دلیل دوم: طبق قرائن موجود در متن روایت، سؤال سائل و جواب امام مربوط به موقوفه ای است که آباد و قابل استفاده بوده نه موقوفه ای که خراب و غیر قابل انتفاع باشد. پس معتبره مذکور از وقف خراب انصراف دارد و شامل آن نمی شود.

دلیل سوم: مکاتبه صفار که امام عسکری علیه السلام در پاسخ مرقوم فرمودند: "الوقوف تكون علی حسب ما یوقفها أهلها" و روشن است هدف واقف إبقاء وقف إلی یوم القیامة است تا با استفاده شدن آن، دائماً ثواب در نامه اعمال واقف ثبت شود پس بیع وقف جایز نیست.

نقد دلیل سوم: مرحوم شیخ انصاری در نقد این دلیل دو جواب بیان می کنند:

جواب اول: قبل از بیان جواب اول یک مقدمه فقهی که در عبارت کتاب هم اشاره شده بیان می کنیم:

مقدمه فقهی: اقسام قیود وقف

قیود و شرائطی که در وقف قابل بررسی است بر دو قسم است:

قسم اول: قیود و شرائطی که واقف مطرح می کند و مادامی که خلاف شرع نباشد لازم الإلتیاع است. مثل اینکه شرط می کند درآمد این موقوفه فقط صرف شود در إطعام ایتم این شرط لازم الإلتیاع است و حق ندارند با آن حتی برای ایتم لباس بخرند.

قسم دوم: قیود و شرائطی که شارع مطرح می کند و ارتباطی به واقف ندارد مثل جواز یا عدم جواز بیع وقف که چنین قید و شرطی حتی اگر از سوی واقف هم مطرح شود و مثلاً شرط کند فروش وقف را یا عدم بیع وقف را مورد توجه قرار نمی گیرد به اجماع فقهاء و فقط به حکم شرع توجه می شود.

می فرمایند "الوقوف تكون علی حسب ما یوقفها أهلها" دلالت می کند بر اینکه قیود و شرائط ذکر شده توسط اهل وقف یعنی واقف باید مراعات شود، اما محدوده دخالت واقف به عنوان قید و شرط معلوم است و اصلاً شامل بیع وقف نمی شود، یعنی عدم جواز بیع وقف از احکام شرعی و قیود مطرح شده توسط شارع است و به واقف و نیت و قصد او ارتباطی ندارد.

اینکه حکم کلی بیع وقف، عدم جواز است در مباحث قبل از جمله ذیل نقل عبارات فقهاء بارها اشاره شد.

همچنین در صفحه ۳۶ کتاب، مرحوم صاحب جواهر فرمودند بین وقف و جواز بیع تضاد است و به محض اینکه یک موقوفه ای جواز بیع پیدا کرد (به جهت مخروبه شدن) دیگر وقفش باطل می شود لکن در نقد این کلام در جلسه ۶۸، صفحه ۱۸۶ جزوه سطر چهارم گفتیم

بین وقف و جواز بیع تضاد نیست زیرا بیع وقف از ارکان و ماهیت عقد وقف که واقف مطرح می‌کند نیست (بلکه از احکام و مربوط به حیطة دخالت شارع است)

جواب دوم: سلّمنا که الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها اهلها شامل تمام قیود و قصدهای واقف می‌شود از جمله عدم جواز بیع و إبقاء الی یوم القیامة، لکن باز هم این دلیل دلالت ندارد بر بطلان بیع وقف در صورت اول که وقف مخروبه و غیر قابل انتفاع شده است زیرا اگر نیت واقف هم إبقاء الی یوم القیامة باشد می‌گوییم این وقف مخروبه و غیر قابل انتفاع است و اگر به همین حال رها شود با نیت واقف که بهره‌مندی از ثواب این وقف الی یوم القیامة بوده منافات دارد پس برای تأمین نیت واقف و تلاش در جهت استمرار وقف، باید این موقوفه مخروبه را فروخت و با ثمن آن ملک دیگری خریده و وقف شود.

حاصل مطلب اینکه جواز بیع وقف در صورت اول هیچ منافاتی با قصد واقف ندارد زیرا قصد واقف استفاده تمام بطون، چه بطن حاضر چه بطون آینده بوده است پس در صورتی که إبقاء این موقوفه مخروبه به صلاح موقوف علیهم نباشد با اذن بطن موجود و ضمیمه آن به اذن حاکم شرع یا متولی موقوفه که اولیاء بطون متأخره هستند می‌توان بعضی این وقف و تبدیل آن به یک جایگزین را جایز دانست.

نکته تربیتی

در ادامه مباحث چهارشنبه‌های قبل و این مطلب که أصالة الصحة فی فعل النفس که در مباحث فقه و اصول مطرح است در مباحث تربیتی به گونه دیگر باید تقریر شود از جمله اینکه در مسأله اخلاص أصالة الفساد را باید حاکم دانست و به راحتی فریب نفس را نخوریم و به خلوص عمل مشکوک باشیم و اعتماد بی جهت در اخلاص نفسانی نداشته باشیم.

مرحوم کفعمی (تقی الدین ابراهیم متوفای ۹۰۵ هـ ق) از عالمان شیعه منطقه جبل عامل در جنوب لبنان صاحب دو کتاب دعائی معروف المصباح و البلد الأمین که مورد استفاده مرحوم حاج شیخ عباس قمی در مفاتیح الجنان بوده، رساله‌ای دارند با عنوان محاسبة النفس (که به ضمیمه محاسبة النفس مرحوم سید بن طاووس و کشف الریبة مرحوم شهید ثانی سالها قبل به چاپ رسیده است. ایشان در این رساله با مخاطب قرار دادن نفس، عبارات و مضامین جالبی در مؤاخذة نفس (برگرفته از آیات و روایات اهل بیت علیهم السلام) بیان می‌کنند که سه قسمت از عبارت ایشان را نقل می‌کنم:

یا نفس:

لو أن طبیباً یهودیاً، أو حکیماً نصرانیاً، أخبرک فی أذی أطمعتک بدائه، وعدم دوائه، ثم أمرک بالاحتماء، عن بعض الغذاء، لصبرت عنه وترکتہ، وجاهدت نفسک فیه.

أفکان قول القرآن المبین، والأنبیاء والمرسلین، أقل تأثیراً من قول یهودی یخبر عن تخمین، أو نصرانی ینبئ عن غیر یقین؟! والعجب لمن یحتمی عن الطعام لأذیته، کیف لا یحتمی عن الذنب لألیم عقوبته؟!

یا نفس:

ومن العجب أنه لو أخبرک طفل: بأن عقرباً فی جیبک لرمیت بثوبک، أو حیه فی إزارک لرمیت بأطمارک.

أفکان قول الأنبیاء والأبدال، أقل عندک من قول الأطفال؟! أم صار حر نار جهنم وزقومها، أحقر عندک من العقرب وسمومها؟! ولا جرم فلو انکشف للبهائم علانیتک وسریرتک، لضحکوا من غفلة سیرتک.

یا نفس:

ما قولک فی مریض غمره الأسقام، أشیر علیه بترك الماء البارد ثلاثة أيام، لیصح ویتهناً بشربه مدى الشهور والأعوام، فما مقتضى العقل فی افتعال أمر الصبوة، وقضاء حق الشهوة، أیصبر الثلاثة أيام لیتنعم طول عمره؟ أم یقضي فی الحال شهوة وطره؟!

ولیت شعری أ ألم الصبر عن الشهوات، وكظم الغیظ عن العقوبات، أعظم شدة، وأطول مدة، أم ألم النار، وغضب الجبار؟!!

لینک مطالعه این کتاب در سایت کتابخانه مدرسه فقاها

وجه دوم: تمسک به دلیل عقلی

دومین وجه در اثبات جواز بیع وقف در صورت اول یک دلیل لئی است.

یک مثالی که برای صورت اول بیان کردند وقف حیوان بود. فرض کنید گاو شیرده‌ای وقف مسجد شده است و به جهت اتمام عمرش آن را ذبح کرده‌اند که حرام نشود، مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید حال که استفاده از این حیوان در جهت مقصود (شیردهی) ممکن نیست و فقط گوشت آن باقی مانده امر دائر مدار سه صورت است:

صورت اول: هیچ کاری انجام ندهند هرچند منجر به فساد گوشت شود.

صورت دوم: بطن موجود از موقوف علیهم از این گوشت استفاده کنند.

صورت سوم: گوشت را بفروشند و با آن گوساله‌ای بخرند و وقف کنند تا موقوفه برای بطون آینده هم باقی بماند.

ابطال صورت اول:

صورت اول به حکم عقل قطعی منافات دارد هم با حق الله و حق واقف و حق موقوف علیهم.

اما حق الله به این جهت (در جلسه ۶۸ هم گذشت) که این موقوفه عاملی هر چند کوچک در جهت تقویت دین خدا بوده است و از طرفی هم پاداش و ثواب واقف بر عهده خدا بوده است لذا رها کردن این گوشت و فساد و تلف شدن آن منافات با حق الله دارد.

اما حق واقف که روشن است نیت و قصد واقف خیر رساندن به دیگران و کسب رضا و پاداش الهی بوده است و با تلف شدن این گوشت، صدقه جاریه این واقف هم متوقف شده و از بین می‌رود.

اما حق موقوف علیهم به این جهت است که بطن موجود از استفاده مستمر از این موقوفه محروم شده‌اند و بطون آینده نیز بالکل از استفاده آن محروم شده‌اند.

پس عقل حکم می‌کند به ممنوع بودن تلف گوشت این گاو و بعد از ابطال صورت دوم نتیجه خواهیم گرفت بیع و تبدیل آن جائز است. اشکال:

زمانی که حیوان زنده و سالم بود یقین داریم بیع آن حرام بود، الآن که ذبح شده شک داریم آیا همچنان بیعش حرام است یا نه؟ حرمت بیع این حیوان را استصحاب می‌کنیم.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

اولاً: با توجه به ابطال صورت اول روشن شد که حکم عقل قطعی عدم ممنوعیت بیع این موقوفه است، و الأصل دلیلٌ حیث لا دلیل، وقتی حکم عقل قطعی وجود دارد نوبت به جریان استصحاب نمی‌رسد.

ثانیاً: شرط بقاء موضوع در استصحاب مذکور، رعایت نشده. موضوع حرمت بیع وقف گاو شیرده و زنده بود، الآن گاوی وجود ندارد بلکه گوشت آن باقی مانده و عرفاً بر این گوشتها، گاو شیرده صادق نیست. به عبارت دیگر ممنوعیت بیع وقف در سابق به جهت وجوب عمل به مقتضای وقف یعنی منفعت بردن جمیع بطون بود و حال که قطعاً امکان منفعت بردن بطون آینده وجود ندارد پس حکم آن که ممنوعیت بیع بود هم وجود نخواهد داشت.

ابطال صورت دوم:

صورت دوم نیز قابل عمل کردن نیست زیرا:

اولاً: با حق بطون آینده منافات دارد و بدون دلیل نمی‌توان استفاده آیندگان از این وقف را از بین برد زیرا وقتی بطن موجود این گوشت را مصرف کنند دیگر وقفی باقی نخواهد ماند.

ثانیاً: اگر بنا باشد بطن موجود مجاز باشند وقف را با خوردن گوشت آن تلف نمایند پس باید مجاز به فروش هم باشند. جواز إتلاف و اکل این گوشت به دنبال مالکیت می‌آید و اگر مالکیت برای بطن موجود تصویر شود پس با وجود مالکیت، حق بیع هم خواهد بود.

ما هم می‌گوییم بیع این وقف و این گوشتها جایز است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید با ابطال صورت اول و دوم، می‌گوییم و الثالث هو المطلوب.

نعم يمكن أن يقال ...، ص ۶۲، س ۱۸

نکته دوم: ملکیت عین وقف برای بطون موجود و متأخر

مرحوم شیخ انصاری در این نکته می‌خواهند بفرمایند هم بطن موجود هم بطون متأخر به یک اندازه مالکیت بر عین موقوف دارند حتی در موقوفاتی که در ظاهر عمر طولانی ندارند. این مطلب را در قالب اشکال و جواب بیان می‌کنند:

اشکال:

مستشکل می‌خواهد ثابت کند صورت دوم از صور سه‌گانه مذکور صحیح است و باید به آن عمل کرد به این بیان که موقوفه که در مثال ما گاو شیرده است خود بخود قابلیت و استعداد بقاء بیش از مثلاً ۲۵ سال ندارد و از همان ابتدای وقف هم روشن است که بطون آینده سهم و حقی در این موقوفه پیدا نمی‌کنند لذا وجه و دلیلی ندارد که برای مراعات حق بطون آینده این گوشتها فروخته شود و تبدیل به گوساله و وقف جدید شود، در نتیجه بطن موجود مجاز به اِتلاف با خوردن این گوشت هستند.

فتأمل

مرحوم شیخ انصاری این اشکال را وارد نمی‌دانند و صرفاً یک فتأمل ذکر می‌کنند. در تبیین فتأمل و به عبارت دیگر در جواب از اشکال، دو وجه می‌توان بیان کرد:

یکم: شخص واقف از ابتدای وقف کردن نسبت به این مسأله آگاه بوده اما با این وجود بجای اینکه این گاو شیرده را هدیه دهد به مسجد، وقف کرده است وقتی مالک تفاوت هدیه و وقف را می‌داند باز هم گاو را وقف می‌کند چه بسا به این نکته (ارتکازی) توجه داشته که در پایان عمر این گاو، می‌توانند گوشتش را بفروشند و با قیمت آن گوساله‌ای بخرند و وقف کنند و زمانی که آن گوساله هم به پایان عمرش رسید دوباره همین سلسله تکرار شود تا وقف همچنان پا برجا بماند و واقف از اجر و پاداش آن بهره‌مند باشد.

دوم: مرحوم شهیدی در هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۳۵۰ می‌فرماید: لعله إشارة إلى أنه يكفي في مراعاة البطون المتأخرة عن استعداد العين الموقوفة للبقاء، استعداد له من حيث المالیة. یعنی همین مقدار مالیتی که برای این گوشتها فرض می‌شود بطون متأخر می‌توانند در این مالیت سهمی داشته باشند.

خلاصه اینکه در نکته اول فرمودند اگر مال موقوفه خراب شده و امکان استفاده در جهت مقصود واقف وجود ندارد، بیع آن جائز است و البته باید با ثمنش مشابه آن وقف را تهیه کنند و وقف نمایند.

در نکته دوم هم فرمودند عین موقوفه هم در مالکیت بطن موجود داخل است هم در مالکیت بطون متأخره حتی اگر موقوفه عمر کوتاهی داشته باشد مانند حیوان.

در نکته سوم به این مطلب خواهند پرداخت که ثمن حاصل از فروش این وقف نیز ملک بطن موجود و بطون متأخر است.

شرط ۲ عوضین: ملکیت/اطلاق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۲: صور ۱۰ گانه/صورت ۱ ۲۱۳
جلسه ۸۱ (دوشنبه، ۱۳/۰۹/۱۴۰۰) بسمه تعالی

(یکشنبه شهادت امام کاظم علیه السلام بود)

و مما ذکرنا یظهر ...، ص ۶۳، س ۴

نکته سوم: ملکیت ثمن حاصل از بیع وقف

مرحوم شیخ انصاری پس از اثبات مالکیت موقوف علیهم بر عین وقف (در وقف تملیکی) چه موقوف علیهم ای که حاضرند چه آنان که در آینده خواهند آمد در این نکته در صدد اثبات مالکیت تمام موقوف علیهم بر ثمن حاصل از بیع وقف هستند.

می‌فرمایند نسبت به مالکیت ثمن حاصل از فروش وقف دو قول است:

قول اول: (شیخ) متعلق به بطون موجود و متأخر است

مرحوم شیخ انصاری مانند جمعی از فقهاء از جمله مرحوم علامه حلی، شهیدین، محقق ثانی معتقدند ثمن ملک تمام موقوف علیهم است چه موجودین و چه غائبین.

دلیل: ثمن بدل از عین است پس چنانکه عین متعلق به همه موقوف علیهم است، ثمن هم به همان شکل متعلق به همه موقوف علیهم است. تنها تفاوتی که وجود دارد این است که مالکیت بطن موجود بالفعل و مالکیت بطون متأخر بالقوه و شأنی است.

پس اصل مالکیت برای همه محقق است و به همان صورت که بطن موجود با تملیک واقف، مالک عین وقف و به تبع آن مالک ثمن اش شدند به همان صورت بطون متأخر هم با تملیک واقف، مالک وقف شدند و به تبع آن مالک ثمن حاصل از بیع وقف هم خواهند شد.

و عدم تعقل الملك ...، ص ۶۳، س ۱۱

اشکال اول: وقتی بطون متأخر هنوز به دنیا نیامده‌اند و معدوم هستند چگونه برای آنها مالکیت تصویر می‌کنید؟

جواب: ملکیت بالفعل با معدوم بودن مالک سازگار نیست اما ملکیت بالقوه بطون متأخر و معدومین به نحو مالکیت شأنی و بالقوه است که با معدوم بودن مالک سازگار است.

و دعوی أن الملك الشأنی ...، ص ۶۴، س ۱

اشکال دوم: ثمن حاصل از بیع وقف، یک شیء محقق و موجود است که بطن موجود مالک آن می‌شوند اما ملکیت شأنی، شیء محقق و موجود در خارج نیست که به ثمن موجود تعلق بگیرد. پس تصویر ملکیت شأنی هم فائده‌ای ندارد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند ملکیت یک امر اعتباری است و همانگونه که در اصل وقف و عین موقوفه مالکیت بطون متأخر هم تصویر می‌شود نسبت به ثمن هم به همان صورت تصویر می‌شود.

اگر جایز باشید ثمن فقط ملک موجود باشد و سهم آیندگان به موجودین داده شود، باید عکس آن هم مجاز باشد یعنی باید مجاز باشد که سهم و ملک موجودین به آنان داده نشود و برای آیندگان نگه داشته شود در حالی که احدی از فقهاء نمی‌پذیرد ملک موجودین برای آیندگان بماند پس وقتی این کار باطل است عکس آن هم باطل است و نمی‌توان ملک آیندگان را به موجودین داد.

ترجمه عبارت کتاب: اگر جایز باشد عین موقوفه از ملک بطن موجود خارج شود و در مقابل آن ثمن را مالک شوند و مالکیت ثمن و عوض به نحوی باشد که معدومین مالک ثمن نشوند به همان شیوه‌ای که مالک معوض و عین وقف بودند، باید (عکس آن نیز) جایز باشد که عین وقف را با عوض و ثمن معاوضه کنند اما موجودین مالک آن نشوند و ثمن را برای آیندگان حفظ شود.

مرحوم شهید اول هم به این جواب اشاره دارند آنجا که می‌فرمایند ثمن به ملک موقوف علیهم (موجود و غائب) در می‌آید بر همان حد و حدود ملکیت بر اصل وقف، زیرا محال است که ملکیت عوض (ثمن) متفاوت از ملکیت معوض (اصل وقف) باشد. به عبارت دیگر ملکیت بر اصل وقف، ملکیت بر عوض آن را هم به دنبال دارد.

قول دوم: ثمن مختص به بطن موجود است

بعضی از جمله مرحوم محقق حلی در شرائح می‌فرمایند اگر عبدی که وقف خدمت به موقوف علیهم شده است را فردی به قتل رساند دیه آن را ضامن است و با قتل عبد، وقف باطل می‌شود و فقط بطن موجود، مالک بالفعل این دیه هستند. زیرا دلیلی نداریم که معدومین هم مالک این دیه باشند.

اصل دلیل مرحوم محقق حلّی چنین است که اگر برای مالکیت موقوف علیهم بر ثمن یک دلیل لفظی می‌داشتیم (مثلاً روایت می‌گفت موقوف علیهم مالک ثمن هم هستند) در این صورت می‌گفتیم دلیل لفظی اطلاق دارد و مالکیت موقوف علیهم بر ثمن اطلاق دارد هم شامل موقوف علیهم موجود می‌شود هم موقوف علیهم معدوم، لکن دلیل لفظی وجود ندارد که ثمن را هم بدل و نازل منزله عین وقف بداند و فقهاء صرفاً با تمسک به دلیل لبی (حکم عقل یا اجماع) می‌گویند حکم بدل مانند حکم اصل وقف است، حال که شک داریم، تنها به قدر متیقّن باید اکتفا نمود و قدر متیقّن از مالکیت بر بدل ثمن نسبت به موجودین است یعنی موجودین قطعاً مالک ثمن هستند. پس ثمن فقط در اصل ملکیت و آثار ملکیت بالفعل، بدل از عین وقف است و ملکیت بالفعل برای معدومین قابل تصویر نیست.

در هر صورت دلیلی بر سرایت حکم اصل وقف به بدل آن نداریم.

نقد قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مالکیت بطن موجود و بطن معدوم بر اصل وقف ثابت و روشن است اما وقتی بطن موجود عین موقوفه را به مشتری می‌فروشد و ثمن را دریافت می‌کند، چه چیزی را به مشتری واگذار کرده است؟

– اگر می‌گویید بطن موجود تنها مالکیت خودش بر عین وقف را فروخته است.

در این صورت باید با موت بطن موجود و به دنیا آمدن بطن بعدی، فتوا دهید که مشتری باید موقوفه را به بطن بعدی تحویل دهد زیرا آنان ملکیشان را به مشتری فروخته‌اند و ملکیت مشتری بر عین موقوفه، مستمر نبوده است. و احدی از فقها چنین فتوایی نمی‌دهد.

– اگر می‌گویید بطن موجود مالکیت تامه وقف را به مشتری فروخته است (هم مالکیت خودش را هم مالکیت بطون متأخر را) لذا موقوفه کاملاً در ملک مشتری وارد شده و مالکیت مشتری بر آن زائل نمی‌شود الا با ناقل مثل بیع و هبه و امثال اینها.

در این صورت وقتی ملک موجودین و معدومین با هم به مشتری واگذار شده، پس ثمن دریافت شده از مشتری نیز هم ملک موجودین است هم ملک معدومین. و باید بگویید ثمن برای معدومین هم هست چنانکه مثنی (عین وقف) برای معدومین هم بود.

نتیجه تا اینجا این شد که مالکیت بطون متأخر بر ثمن حاصل از فروش عین موقوفه، ثابت است به حکم بدلیت ثمن از مثنی.

مرحوم شیخ انصاری در ادامه نکته سوم دو شاهد فقهی ذکر می‌کنند که خواهد آمد.

عظمت مقام حضرت ابوطالب علیه السلام

امروز ۲۶ رجب سالروز رحلت کافل و آبر حامی پیامبر گرامی اسلام و والد مولای ما و امیر مؤمنان علی علیه الصلوة و السلام حضرت ابوطالب است. چند نکته‌ای در عظمت شخصیت ایشان بیان شد که در صورت تمایل به انتهای فایل صوتی این جلسه مراجعه شود.

از جمله شعری از مرحوم محمد حسین اصفهانی (کمپانی) که قسمتی از آن چنین است:

نور الهدی فی قلب عم المصطفی * فی غایة الظهور فی عین الخفا

کفاه فخرا شرف الکفالة * لصاحب الدعوة والرسالة

ما تمت الدعوة للمختار * لولاه، فهو أصل دین الباری

مرحوم علامه طباطبائی ذیل آیه ۵۶ سوره مبارکه قصص در **المیزان** می‌فرماید:

"هو الذي أوى النبي صلى الله عليه وآله وسلم صغیرا و حماه بعد البعثة و قبل الهجرة فقد كان أثر مجاهدته وحده في حفظ نفسه الشريفة في العشر سنين قبل الهجرة يعدل أثر مجاهدة المهاجرين و الأنصار بأجمعهم في العشر سنين بعد الهجرة."

ابن ابی الحديد معتزلی ذیل شرح خطبه دوم در **شرح نهج البلاغة**، ج ۱، ص ۱۴۲ می‌نویسد:

"فإن من قرأ علوم السیر، عرف أن الاسلام لولا ابوطالب لم يكن شيئاً مذکوراً."

رحلت ایشان را به رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم و مولایمان امیر مؤمنان علیه السلام و حضرت حجت عجل الله تعالی فرجه الشریف تسلیت عرض می‌کنیم.

پیشاپیش، مبعث نبی خاتم صلی الله علیه و آله و سلم که بزرگترین واقعه در کائنات است را تبریک عرض می‌کنم.

شرط ۲ عوضین: ملکیت/اطلاق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۲: صور ۱۰ گانه/صورت ۱ ۲۱۵
جلسه ۸۲ (شنبه، ۱۴/۱۲/۴۰) بسمه تعالی

(سه‌شنبه مبعث و چهارشنبه هم تعطیل بود)

و **مما ذکرنا تعرف** ... ص ۶۵، س ۵

کلام در نکته سوم و اثبات مالکیت بطن موجود و بطون متأخر بر ثمن حاصل از فروش بیع موقوفه مخروبه در صورت اول بود. انتهای جلسه قبل گفتیم مرحوم شیخ انصاری دو شاهد برای مدعیانشان اقامه می‌کنند:

شاهد اول: در مسأله دیه عبد مقتول

در مسأله دیه عبد مقتول جمعی از فقهاء می‌فرمایند اگر عبدی که وقف خدمت به موقوف علیهم خاص یا عام شده است توسط فردی کشته شود، قاتل ضامن دیه است و این دیه ملک تمام بطون حتی بطون متأخر است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در مسأله دیه عبد مقتول با اینکه دیه، بدل شرعی از عبد مقتول است یعنی اول باید قتل اتفاق بیافتد سپس موقوف علیهم مالک دیه شوند، و عقلاً می‌توان تصویر کرد که یک آن پس از قتل، وقف تمام و باطل شده باشد و حق بطون لاحق از عین موقوفه منقطع شده و سپس به دیه تعلق گیرد اما با این وجود فقهاء فتوا می‌دهند به مالکیت بطون لاحق نسبت به دیه عبد مقتول. پس به طریق اولی باید در محل بحث ما که تبدیل عین به ثمن است فتوا به مالکیت بطون لاحق داد.

توضیح وجه اولویت: در محل بحث ما که بیع و معاوضه عین وقف با ثمن است، هیچ انفکاک و انقطاعی بین بیع و شراء یا تحویل دادن عین وقف و دریافت ثمن وجود ندارد، به عبارت دیگر داد و ستد همزمان با هم اتفاق می‌افتد و اینگونه نیست که اول فروختن و دادن عین موقوفه انجام شود سپس خریدن و دریافت ثمن آن محقق شود، خیر، در همان لحظه که عین را می‌دهد در همان لحظه ثمن را دریافت می‌کند لذا عین مستقیماً تبدیل به بدل و ثمن شده است و نمی‌توان حتی برای یک لحظه انفکاک و انقطاع و ابطال وقف را تصویر نمود. نتیجه اینکه وقتی در مسأله دیه عبد مقتول با وجود امکان عقلی تصویر انقطاع و ابطال وقف، باز هم فقها فتوا می‌دهند به بقاء مالکیت بطون لاحق نسبت به بدل عبد که همان دیه باشد، پس در ما نحن فیه که عقلاً هیچ انقطاع و ابطال وقف قابل تصویر نیست به طریق اولی باید فتوا داده شود به بقاء مالکیت بطون لاحق نسبت به بدل که همان ثمن باشد.

شاهد دوم: در مسأله رهن

عقد رهن چنین است که رهن (گرو گذارنده) پول یا شیء ای (مثل دوربین فیلم برداری) را قرض می‌گیرد و معادل قیمت آن، پول یا شیء ای (مثل گوشی تلفن همراه) نزد مرتهن (گرو گیرنده) رهن می‌گذارد، حال اگر شخصی ثالثی مال مرهونه (موبایل) را تلف نمود و به جهت ضمان، بدل (یعنی قیمت یا مثل آن) را به مرتهن واگذار کرد حکم این پول و بدل چیست؟ آیا این بدل هم رهن است و احکام مال مرهونه را دارد مثل اینکه مرتهن حق تصرف در آن را ندارد یا اینکه رهن نیست و مرتهن مجاز به تصرف است؟

فقها می‌فرمایند با اینکه قطعاً مالکیت رهن نسبت به آن موبایل قطع و باطل شد اما این پول و بدل هم حکم رهن را دارد پس به طریق اولی باید در ما نحن فیه که تبدیل عین به ثمن است فتوا به مالکیت بطون لاحق داد.

توضیح وجه اولویت: در مسأله رهن با اینکه رهن قائم به عین است یعنی رهن تعلق گرفته به عین گوشی تلفن همراه که آن هم تلف شده و باقی نیست اما باز هم فقها می‌فرمایند در صورت تلف این عین، بدل آن رهن خواهد بود، اما در ما نحن فیه، مالکیت بطن لاحق و معدوم اساساً از نوع مالکیت بر عین نیست بلکه از نوع حق الإختصاص و استفاده از منافع است که با إنشاء وقف توسط واقف به صورت یکسان به بطن موجود و بطن لاحق تعلق گرفته است پس نمی‌توان تصویر کرد مالکیت وقف باطل شده باشد، لذا بطلان حق بطون متأخر و معدوم، معنا ندارد بنابراین وقتی در رهن با وجود بطلان مالکیت بر عین، فتوا به رهن بودن بدل و استمرار رهن داده می‌شود در ما نحن فیه که بطلان ملکیت در أثناء، وجود ندارد به طریق اولی باید فتوا به استمرار حق بطون لاحق نسبت به ثمن داده شود.

البته به محض انشاء وقف، حق بطن موجود بالفعل و بطن لاحق بالقوه و متأخر است.

نتیجه نکته سوم این شد که از حیث مالکیت بر اثبات حق بر وقف تفاوتی بین عین وقف و بدل آن نیست لذا همانگونه که بطن موجود و بطن متأخر نسبت به عین وقف حق دارند نسبت به ثمن حاصل از بیع آن هم حق دارند.

تا اینجا مرحوم شیخ انصاری ضمن سه نکته نتیجه گرفتند اولاً: بیع وقف در صورت اول جایز است و ثانیاً: ملکیت بطن موجود بر وقف هیچ تفاوتی با ملکیت بطون متأخر ندارد و ثالثاً: بدل بودن ثمن حاصل از بیع وقف اقتضا دارد همانگونه که بطن موجود در ثمن حق دارند بر همان اساس بطن لاحق هم حق داشته باشند لذا مراعات حال بطون متأخر و ابقاء حق آنان لازم است.

با اثبات این نکات به ویژه نکته سوم، چند نکته دیگر هم باید بررسی شود.

نکته چهارم: جواز بیع آنچه با ثمن خریدده‌اند، با رعایت مصلحت

اینکه ثمن حاصل از بیع وقف، حکم عین وقف را داشته باشد فقط در صورتی جاری است که دلیل داشته باشیم. از نظر مالکیت و استحقاق ثابت کردیم ثمن حکم عین را دارد یعنی بطن موجود و بطن معدوم هر دو به یک اندازه در آن حق دارند دلیل این مطلب اقتضای بدلیت بود که گذشت. لکن اگر با آن ثمن مثلاً یک منزل خریدند و وقف کردند حکم جواز بیع این خانه با حکم بیع اصل وقف متفاوت است. بیع اصل وقف جایز نبود مگر در صورت خرابی و بلا استفاده شدن موقوفه اما خانه‌ای را که با پول حاصل از فروش وقف خریدده‌اند از نظر جواز و عدم جواز بیع، حکم عین وقف را ندارد زیرا دلیلی بر آن نداریم. بنابراین آنچه لازم است مراعات مصلحت بطون موجود و متأخر است لذا اگر بعد از خرید خانه متوجه شدند که خرید مغازه اصلح است می‌توانند خانه سالم را بفروشند و به جای آن مغازه بخرند.

مرحوم شیخ انصاری در عبارتشان پس از بیان نکته پنجم دوباره توضیحی در رابطه با نکته چهارم دارند که همینجا اشاره شد.

نکته پنجم: عدم نیاز به صیغه وقف در بدل

می‌فرمایند وقتی با ثمن حاصل از فروش وقف مخروبه، شیءای خریداری کردند نیازی به اِثشاء صیغه وقف برای این بدل نیست به همان دلیل اقتضای بدلیت که وقتی مُبَدَل وقف بود، بدل آن هم خود بخود وقف و ملک موقوف علیهم (موجود و معدوم) خواهد بود. در ادامه به کلامی از مرحوم شهید اول اشاره می‌کنند که جلسه قبل در صفحه ۶۴ کتاب سطر ۵ گذشت که وقتی مِثْمَن (عین وقف) از ملک بطن موجود و بطون متأخر خارج شده محال است ثمن به ملک بطن موجود وارد شود.

جنایت کشتار و به خاک و خون کشیدن ده‌ها تن از شیعیان مظلوم پیشاور پاکستان در نماز جمعه را محکوم می‌کنیم. این جنایت در همان مسجد و حسینیه‌ای اتفاق افتاده که مرحوم سلطان الواعظین مناظرات جالب و مؤثر خودشان را در همین محل انجام می‌دادند و در کتابی با عنوان شبهای پیشاور به چاپ رسیده است.

حلول ماه شعبان و فرارسیدن اعیاد شعبانیه را خدمت دوستان تبریک عرض می‌کنم.

(یکشنبه میلاد امام حسین علیه السلام و دروس حوزه طبق تقویم آموزشی تعطیل بود)

ثم إن هذه العين ...، ص ۶۶، س ۹

نکته ششم: لزوم تبدیل به عین دیگر و عدم ممنوعیت بیع بدل

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید حال که ثابت کردیم بیع عین موقوفه در صورت مخروبه شدن و عدم امکان استفاده در جهت مقصود جائز است و ثمن حاصل از این بیع عین موقوفه مانند خود موقوفه ملک تمام بطون است باید با این ثمن شیء دیگری تهیه شود که وقف در قالب آن استمرار پیدا کند به این دلیل که حق جمیع بطون (مخصوصا بطون لاحق) رعایت شود زیرا اگر بطن موجود ثمن را استفاده و خرج کنند حق بطون لاحق تضييع خواهد شد. این تبدیل به عین دیگر به نحوی باشد که اصلح و انفع للبطون باشد چه مماثل اصل وقف باشد چه غیر آن. بلکه ممکن است در بعض موارد تبدیل به غیر مماثل واجب باشد زیرا اگر مماثل به صلاح موقوف علیهم نباشد، و غیر مماثل صالح یا اصلح باشد، تبدیل به غیر مماثل واجب است به جهت رعایت حق بطون.

البته این بدل (مماثل یا غیر مماثل) که تهیه شد، حکم ممنوعیت بیع مگر در ضرورت را ندارد زیرا این حکم مختص به وقف ابتدایی یعنی اصل موقوفه بود و دلیلی بر سرایت این حکم از اصل به بدل نداریم.

جلسه قبل مرحوم شیخ انصاری توضیح دادند فقط در حکم ملکیت جمیع بطون، بدل تابع اصل وقف است یعنی بدل هم ملک جمیع بطون است لإقتضاء البدلیة ذلک، اما در سایر احکام، تبعیت بدل للأصل (در مثل لزوم صیغه وقف و ممنوعیت بیع إلا لعذر) نیاز به دلیل است که چنین دلیلی وجود ندارد.

و مما ذکرنا یظهر ...، ص ۶۶، س آخر

نکته هفتم: حکم تبدیل وقف خراب به مماثل

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید وقتی در صورت اول فتوا به جواز بیع وقف دادیم، نسبت به اینکه حتما باید با پول آن، چیزی مثل اصل وقف خریداری شود یا می‌توان غیر از آن را بر اساس مصلحت موقوف علیهم خرید دو قول است. مثل اینکه موقوفه اصلی، ۱۰ هکتار زمین کشاورزی بوده است و الآن به جهت خشکسالی و متروکه شدن روستا مخروبه و بلا استفاده شده، وقتی آن را فروختند آیا باید یک زمین کشاورزی هر چند کوچکتر بخرند یا می‌توانند به جای آن یک مغازه بخرند؟ مرحوم شیخ انصاری به دو قول اشاره می‌کنند:

قول اول: (شیخ و مشهور): شراء مماثل واجب نیست

می‌فرماید ثمن، ملک موقوف علیهم اعم از موجود و معدوم است لذا در خرید عین جدید، رعایت مصلحت آنان لازم است چه مصلحت در مماثل باشد چه غیر مماثل حتی ممکن است مصلحت منحصر در غیر مماثل باشد که در این صورت شراء و خریدن مماثل جایز نیست.

قول دوم: (مرحوم علامه و جماعتی): شراء مماثل واجب است

مرحوم علامه حلی و جمعی دیگر معتقدند خریدن مماثل واجب است.

دلیل قول دوم این است که رعایت نیت و غرض واقف لازم است و مقصود واقف استفاده موقوف علیهم از منافع مربوط به کشاورزی روی این زمین ۱۰ هکتاری بوده، حال که به جهت مخروبه شدن مجبور به فروش آن شده‌اند باید یک زمین کشاورزی هر چند کوچکتر و یک هکتاری بخرند تا مقصود واقف مراعات شده باشد.

نقد قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری دو جواب از استدلال قول دوم بیان می‌کنند:

جواب اول:

نمی‌توان ادعا نمود غرض واقف به صورت منضبط، معین و مشخص به خصوص همان عین تعلق گرفته است، مثلا اگر موقوفه زمین کشاورزی بوده نمی‌توانیم بگوییم هدف واقف لزوما رونق کشاورزی بوده یا هدف واقف لزوما این بوده که موقوف علیهم اهل کار و تلاش

باشند یا غرض واقف قطعاً استفاده موقوف علیهم از مواد غذایی سالم بوده است. اگر واقف یک باغ میوه را وقف کرده است در صورت مخروبه شدن این باغ و عدم امکان احیاء آن، بعد از فروش این باغ امر دائر است بین اینکه:

– یک باغ میوه در منطقه دیگر خریداری کنند که دیگر موقوف علیهم دسترسی ندارند از میوه این باغ استفاده کنند بلکه فقط از پول حاصل از فروش میوه باید استفاده کنند.

– یا اینکه یک مغازه بخرند و از پول اجاره آن استفاده کنند.

نمی‌توان ادعا کرد راه اول که خرید مماثل (باغ) است أقرب به غرض واقف است.

جواب دوم:

سَلْمَنَا که غرض واقف روشن باشد باز هم می‌گوییم دلیلی نداریم چیزی خریده شود که أقرب الی غرض الواقف باشد زیرا آنچه لازم است و آنچه "الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها" می‌گوید این است که طبق إنشاء وقف و مفاد وقف‌نامه باید در عین موقوفه عمل شود اما وقتی این عین با مجوز شرعی تبدیل به ثمن شد، در تبدیل این ثمن به شیء جدید باید مصحلت مالکین این ثمن مراعات شود که موقوف علیهم هستند. (بله اگر واقف در إنشاء صیغه وقف تصریح کرده باشد در صورت خراب شدن باید مماثل تهیه شود این کلام او مَتَّبِع و لازم الاجرا است به حکم الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها.)

مرحوم شیخ انصاری سپس عبارت مرحوم علامه حلی در تذکره را نقل می‌فرمایند. که خواهد آمد.

کلام در نقد قول مرحوم علامه حلی در لزوم تبدیل به مماثل بود. مرحوم شیخ انصاری عبارت ایشان را نقل می‌کنند که فرموده‌اند: هر موردی که بیع وقف جایز باشد (مثل اینکه مخروبه و غیر قابل استفاده شده باشد)، باید ثمن حاصل از بیع در همان جهت وقف استفاده شود به این بیان که:

- اگر خرید مثل همان موقوفه ممکن باشد باید مماثل تهیه شود.

- اگر مماثل ممکن نباشد هر چیزی که قابلیت وقف شدن را دارا باشد تهیه کنند.

- اگر آن هم ممکن نباشد اصل ثمن و پول به موقوف علیهم موجود داده شود که هر گونه مایل اند مصرف کنند.

دلیل بر این فتوا با توجه به مراحل مختلفش آن است که:

از طرفی غرض واقف نفع مستمر و ابدی رساندن به موقوف علیهم بوده (که اقتضاء دارد بیع وقف و تبدیل آن به مماثل جائز باشد).

از طرف دیگر روایت می‌گوید نباید با وقف واقف مخالفت شود، (که اقتضا دارد تبدیل وقف حتی به مماثل جائز نباشد).

جمع بین این دو دلیل اقتضا می‌کند بگوییم:

- تا زمانی که اصل و شخص موقوفه قابل استفاده است باید استفاده شود و بیعش جایز نیست.

- اگر اصل و شخص موقوفه مخروبه و غیر قابل استفاده شد، اما نوع (یعنی مماثل) وقف قابل استمرار است به این معنا که اگر موقوفه

خانه (هزار متری) بوده و مخروبه و بی ارزش شده، آن را بفروشند و مماثل آن را یعنی یک خانه (صد متری) بخرند چنین کاری واجب خواهد بود زیرا:

اولاً: موافق با غرض واقف است که وقف خانه بوده است.

ثانیاً: اگر بخواهیم تمام نیت واقف را مراعات کنیم و همین خانه موقوفه مخروبه را باقی گذاریم، منجر می‌شود به از بین رفتن غرض واقف به صورت کامل و هیچ نفعی از موقوفه برده نشود.

تا زمانی که تهیه مماثل ممکن است نباید ثمن را در اختیار خصوص بطن موجود گذاشت زیرا بطون متأخر هم حق دارند و با مصرف شدن ثمن توسط بطن موجود حق بطون لاحق تزییع می‌شود، بطون لاحق‌های که حقتشان با حق بطن موجود تفاوتی ندارد و واقف در حال وقف تمام بطون را در نظر گرفته بود.

بعضی از امامیه و بعضی از فقهاء شافعیه هم گفته‌اند حکم ثمن حاصل از فروش وقف (مخروبه) و حکم قیمت (و خسارت) دریافت شده از تلف کننده موقوفه یکی است که به مصرف رساندن ثمن توسط موقوف علیهم (موجود) باشد.

(عبارت مرحوم علامه حلی تمام شد البته تفاوت‌هایی بین نقل مرحوم شیخ انصاری از حکایت کننده عبارت تذکره با عبارت تذکره وجود دارد مثل اینکه این قسمت از عبارت در تذکره نیست: "لأنّ فيه جمعاً بین التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف علیه علی الدوام، و بین النصّ الدالّ علی عدم جواز مخالفة الواقف؛ حیث شرط التأیید")

مرحوم شیخ انصاری در پایان نقل عبارت مرحوم علامه حلی می‌فرمایند البته نقد این کلام ذکر شد و روشن شد که قسمتی از کلام ایشان مقبول و قسمتی مردود است.

ثمّ إن المتولّى للبیع ...، ص ۶۹، س ۶

نکته هشتم: چه کسی عهده‌دار بیع است؟

هفتمین نکته ذیل صورت اول این است که بعد اثبات جواز بیع وقف، چه کسی می‌تواند عهده‌دار و مسئول فروش موقوفه مخروبه شود؟

قول اول: (شیخ) بطن موجود و حاکم به عنوان قیم بطون لاحق

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید متولی و عهده‌دار بیع، مالکین موقوفه هستند، بطن موجود که حاضرند و بطن متأخر که غائب‌اند حاکم شرع به نیابت از آنان دخالت می‌کند. پس نظر بطن موجود و حاکم شرع مهم است نه متولی معین شده برای وقف.

قول دوم: ناظر و متولی وقف

قول دوم این است که این بیع باید با اجازه و نظر ناظر و متولی وقف که واقف تعیین کرده انجام شود.

نقد قول دوم:

واقف متولی را برای نظارت و رسیدگی به موقوفه معین کرده است نه به عنوان مسئول فروش عین موقوفه پس متولی حق بیع ندارد پس نظارت متولی انصراف به مسئولیت نسبت به فروش ندارد.

و الظاهر سقوط نظارت ته ...، ص ۶۹، س ۹

نکته نهم: حکم نظارت متولی موقوفه بر بدل

متولی که واقف تعیین کرده حق نظارت بر اصل موقوفه را دارا بود اما سؤال این است که آیا حق نظارت و اعمال نظر نسبت به بدل موقوفه را هم دارا است یا خیر؟ دو قول است:

قول اول: (مرحوم شیخ) مختص به اصل وقف است.

مرحوم شیخ می‌فرماید ظاهر این است که دلیلی نداریم بر اینکه حکم نظارت متولی نسبت به اصل موقوفه، در بدل آن هم جاری باشد. **قول دوم:** نظارت متولی، بر بدل هم باقی است.

قائل به قول دوم می‌گوید هر حکمی مُبدل داشته باشد بدل هم دارد، وقتی اصل وقف تحت نظارت متولی است پس بدل آن هم باید تحت نظارت او باشد.

مرحوم شیخ انصاری به توجه به کلامی که در هر دو جلسه قبل تکرار شد قول دوم را قبول ندارند زیرا سرایت حکم اصل وقف به بدل را تابع دلیل می‌دانند و دلیلی وجود ندارد لذا در بدل بر خلاف اصل وقف، صیغه وقف لازم نیست، ممنوعیت بیع لا لعذر هم نیست.

ثم إنه لو لم یمكن ...، ص ۶۹، س ۱۱

نکته دهم: اگر بدل پیدا نکردند باید ثمن را نگاه دارند

اگر با ثمن حاصل از فروش موقوفه یک عین و شیءای که به مصلحت بطون باشد پیدا نکنند و ثمن هم (مثلا عین و ملک نیست بلکه) چیزی مانند نقدین (درهم و دینار) است که نمی‌توانند با نگه داشتن عین نقدین، از منافع آن بهره ببرند در این صورت بطن موجود حق استفاده و خرج کردن این ثمن را ندارد زیرا حق بطون آینده تضییع می‌شود. لذا باید ثمن را نزد فردی امین قرار دهند تا زمانی که عین دارای مصلحت پیدا شود حتی اگر شده به بیع خیار عین را تهیه کنند. (بیع مع الخیار از هر دو طرف قابل تصویر است چه از طرف موقوف علیهم که بگویند ممکن است این شیءای که می‌خریم به صلاح نباشد و با خیار فسخ مثلا یک ماهه بخرند که اگر به این نتیجه رسیدند که به صلاح بطون نیست بتوانند بیع را فسخ کنند یا از طرف فروشنده عین که فروشنده بگوید حاضر به فروش این عین به موقوف علیهم نیستیم مگر اینکه قبول کنند من تا یک ماه حق فسخ داشته باشم، مرحوم شیخ می‌فرماید اگر راهی برای خرید بدل نیست مگر با بیع خیار اشکال ندارد.)

و لو طلب ذلك البطن الموجود ...، ص ۶۹، س ۱۴

نکته یازدهم: اگر بطن موجود طالب معامله باشند اشکال ندارد

می‌فرماید اگر بطن موجود مثلا یکی از آنها بگوید حاضر این موقوفه مخروبه و بلا استفاده را بخرم اشکالی ندارد که به او فروخته شود. همچنین اگر پولی که از بیع وقف به دست آمده را بطن موجود حاضر باشد بگیرد و در مقابل آن بدل و عین مناسب بدهد باز هم اشکالی ندارد. و لازم نیست ثمن را معطل و بلااستفاده نگه دارند که بتوانند در یک بیع بدون خیار، عین مناسب تهیه کنند.

شرط ۲ عوضین: ملکیت/اطلاق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۲: صور ۱۰ گانه/صورت ۱ ۲۲۱
بله اگر بطن موجود بگویند حال که بدل مناسب پیدا نمی‌شود ثمن را در اختیار ما قرار دهید تا با آن تجارت کنیم و بعد از تجارت، اصل ثمن را برگردانیم اگر چنین کاری به صلاح تمام بطون از موقوفه علیهم باشد (و حقی تزییع نشود) اشکالی ندارد اما ربح ملک تمام بطون است نه بطن موجود. توضیح مطلب:

ربح با منفعت (نماء) متفاوت است، ربح یعنی سود حاصل از اضافه شدن ارزش خود شیء و منفعت یعنی سود حاصل از استفاده از شیء. مثال: فرض می‌کنیم ثمن چند سکه طلا است، اگر بطن موجود از این سکه‌ها برای تجارت استفاده کند به این نحو که وقتی قیمت سکه بالا رفت آن را بفروشد تا بعد از پایین آمدن قیمت دوباره بخرد، در این صورت از فروش سکه‌ها ربح برده‌اند که مربوط به بالارفتن ارزش خود سکه‌ها بوده و این ربح ملک تمام بطون است زیرا اصل سکه‌ها ملک تمام بطون بود. اما اگر همین سکه‌ها را در خرید چند رأس گوسفند به عنوان تجارت استفاده کنند سود حاصل از این گوسفندان مثل پشم و شیر و تولید مثلشان و زیاد شدن تعدادشان منفعت (و نماء) به شمار می‌آید و ملک بطن موجود است.

ثم إنه لافرق فی جمیع ...، ص ۷۰، س ۶

نکته دوازدهم: تفاوتی بین مخروبه شدن بعض با کل نیست

تا اینجا گفتیم اگر عین وقف مخروبه و بلا استفاده شد بیعش جائز است همین حکم نسبت به بعض هم جاری است یعنی اگر نصف موقوفه مخروبه و بلا استفاده شد فروش همان قسمت جایز است و با ثمن حاصل از آن می‌توانند عین دیگری تهیه کنند. البته اگر مصلحت باشد می‌توانند آن پول را خرج قسمت دیگر موقوفه کنند در صورتی تمام بطون راضی باشند. (بطن موجود باید راضی باشند و بطون متأخر هم واگذار به حاکم شرع است که قیّم بطون متأخر است)
ذیل این نکته به دو فرع فقهی اشاره می‌کنند:

فرع اول:

همچنین اگر تمام موقوف علیهم، یک وقف دیگری هم دارند جایز است پول مذکور، صرف تعمیر و نگهداری آن وقف دیگر شود.

فرع دوم:

اگر قسمتی از موقوفه خراب و غیر قابل انتفاع شد و مابقی آن نیاز به تعمیر داشت به نحوی که اگر تعمیر نشود بطون لاحق نمی‌توانند از آن استفاده کنند در این صورت دو گزینه وجود دارد:

الف: ثمن حاصل از فروش قسمت مخروبه را صرف تعمیر و بازسازی قسمت باقی مانده کنند که به نفع بطون لاحق است.

ب: بطن موجود می‌گوید ما فعلاً از این قسمت باقی مانده می‌توانیم استفاده کنیم لذا ثمن حاصل از فروش قسمت مخروبه را صرف خرید یک عین دیگر کنیم تا علاوه بر این موقوفه از آن عین هم به عنوان وقف منتفع شویم و راضی نیستیم صرف تعمیر قسمت باقی مانده شود.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در مسأله دو وجه است (یکی مراعات بطن موجود و دیگری مراعات بطون متأخر).

به این مسأله در صورت دهم از صور ده‌گانه بیع وقف اشاره خواهند کرد در بررسی این مورد که اگر نیاز به اصلاح موقوفه باشد تا از قابلیت استفاده برای بطون متأخر خارج نشود، احتیاج باشد به صرف منفعت حاضر (مثل هزینه کردن درآمد حاصل از فروش میوه‌های موجود از درختان باغ) که حق بطن موجود است در این صورت وظیفه چیست؟ اگر واقف شرط کرده بود که هزینه و مؤونه تعمیر وقف، قبل از تقسیم بین موقوف علیهم باید جدا شود و در تعمیر استفاده شود، تکلیف روشن است و باید همانگونه عمل شود لکن بحث در جایی است که واقف چنین شرطی مطرح نکرده است.

در پایان می‌فرمایند فروع دیگری هم ذیل این بحث قابل طرح است که طلبه ماهر می‌تواند بعد از تأمل آن را استخراج کند. *

خلاصه صورت اول:

مرحوم شیخ انصاری فرمودند اگر موقوفه مخروبه باشد به صورتی که قابلیت انتفاع (در جهت مقصود) نداشته باشد: ۱. بیعش جائز است. ۲. ملکیت عین وقف برای بطن حاضر و بطون لاحق مشترک است. ۳. ملکیت ثمن حاصل از بیع، بین تمام بطون مشترک است. ۴. بیع باید با رعایت مصلحت باشد. ۵. بدل تهیه شده با ثمن حاصل از بیع، وقف است و نیاز به صیغه وقف ندارد. ۶. تبدیل ثمن به عین دیگر واجب است و بطن موجود حق خرج کردن ثمن را ندارند. و البته بیع بدل و تبدیل آن به أحسن مانعی ندارد و نیاز به ضرورت نیست. ۷. تبدیل به مماثل واجب نیست بلکه تبدیل به غیر مماثل هم صحیح است. ۸. بطن موجود و حاکم شرع که قیم بطون لاحق است ناظر بر بیع هستند. ۹. متولی موقوفه، ناظر و متولی بدل نخواهد بود. ۱۰. اگر نتوانستند بدل تهیه کنند باید ثمن را نگه دارند. ۱۱. اگر بطن موجود طالب معامله و خرید موقوفه بود اشکال ندارد. ۱۲. تفاوتی بین مخروبه شدن کل موقوفه یا بعض آن نیست.

تحقیق:

* مرحوم خوئی در **مصباح الفقاهة**، ج ۵، ص ۲۰۱ می‌فرمایند:

ثم ذکر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر. فنذكر فرعين مهمين منها:

الأول: أنه لو كان الوقف في موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن لغيره كما إذا كان معرض الاستملاك للحكومة فدار الأمر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جورا استملاكاً مجانياً أو يباع بثمن فيشترى شيء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلا شبهة في جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شيء آخر بدله إذ عرفت سابقاً أنه لا خصوصية للخراب، بل يسوّغ بيعه إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و أيضاً عرفت أن مقتضى الإنشاء للواقف هو أبدية الوقف فلو لم يبيع لا يكون دائماً و هذا إذا وقعت الدار الموقوفة في شارع الحكومية فذهب نصفها في الشارع أو لم يذهب أصلاً و لكن كان بناء الحكومة أخذها في أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجانا جبرا له ان لم يرض فإنه ح لو لم يبيع الوقف سيملكه الحكومة مجانا فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف. وبالجملة فيجوز بيع الوقف في كل مورد بقيت العين الموقوفة على حالها و لكن لا يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها و ان انتفع غيرهم فإنه ح يجوز بيعها.

الثاني: انه لو علم بزوال الوقف بعد مدة لا يمكن الانتفاع به للموقوف عليهم حتى البطن الأول كما إذا أوسع شارع فوقعت الدار الموقوفة في وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شيء و ليس لها تابوء و قبالة رسمية حتى يؤخذ ثمنه و لكن لا يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا الظاهر انه يجوز، بل يجب لما عرفت من عدم الخصوصية للخراب، بل المناسق سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع بها مع ما عرفت أن القرينة تقتضي دوام الوقف فلو لم يبيع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع و تبدله بشيء آخر ليدوم الوقف و تحفظ حقيقة الوقف على ما إنشائها الواقف بحسب إنشائه و هنا فروع آخر فيتضح حالها بالتأمل.

مرحوم شهیدی در **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**، ج ۲، ص ۳۵۱ می‌فرمایند:

أقول منها أنه بناء على وجوب شراء المماثل لو لم يف الثمن بقيمة المماثل و دار الأمر بين ناقص منه و تامّ من غيره فهل يقدم المماثل أو غيره وجهان و منها أنه لو زاد الثمن عن المماثل و دار الأمر بين أن يشتري بالزيادة ناقص مماثل أو تامّ غير مماثل ففيه الوجهان و منها لو كان شراء المثل صلاحاً للموجودين و شراء غيره لغيرهم أو بالعكس أو كان شراء شيء صلاحاً لأحدهما و الآخر للآخر فهل يرجح جانب الموجودين لأنهم المالك فعلاً أو جانب المعدومين نظراً إلى أن التصرف في مال المولى عليه لا يجوز إلا مع المصلحة ف شراء ما لا صلاح له فيه خيانة له وجهان إلى غير ذلك من الفروع.

کلام در صور ده گانه بیع وقف بود. صورت اول گذشت.

صورت دوم: خرابی با انتفاع قلیل

دومین صورت از صور ده گانه بیع وقف موردی است که موقوفه مخروبه شده به صورتی که منفعت معتنابه و قابل توجهی ندارد (مثلاً ۱۰ درصد زمانی که سالم بود منفعت دارد) و عرفاً گفته می شود بی فائده و بی منفعت است. مثل خانه‌ای که مخروبه شده و فقط از زمینش برای اموری می توان استفاده کرد که منفعت قلیلی دارند مثل اینکه از زمینش به عنوان پارکینگ استفاده شود یا زمینش کنار جاده قرار گرفته به عنوان فروش محصولات منطقه در کنار جاده استفاده شود. در این صورت دو مطلب بیان می کنند: ۱. بیان صور مسأله و احکام آن. ۲. نقل و نقد کلام مرحوم صاحب جواهر

مطلب اول: صور مسأله و احکام آن

مرحوم شیخ انصاری برای صورت دوم دو قسم تصویر می کنند:

قسم اول: بیع و تبدیل، سبب ازدیاد منفعت نیست، بیع جایز نیست

اگر در صورت بیع این زمین و تبدیل آن به عین دیگر، منافع حاصل از آن عین دیگر به اندازه منفعت همین زمین موجود باشد بدون شک و شبهه بیع جایز نیست. فرض کنیم درآمد ماهیانه این زمین در صورت اجاره برای پارکینگ، صد هزار تومان است و در صورت بیع و تبدیل به عین دیگر هم همین مقدار درآمد خواهد داشت در این صورت بیع وقف و مخالفت با وقف واقف جایز نیست.

قسم دوم: بیع و تبدیل، سبب ازدیاد منفعت است

اگر این زمین را بفروشند و عین دیگری تهیه کنند درآمد حاصل از آن عین دیگر مثلاً دو برابر منفعت حاصل از این زمین است. پ در این قسم می فرمایند دو احتمال (بلکه دو قول) است:

احتمال اول: (شیخ و مشهور): عدم جواز بیع

احتمال اول این است که در این صورت هم بیع مجاز نیست زیرا مقتضی جواز، وجود ندارد و مانع از جواز محقق است. مانع جواز بیع هم فتوای مشهور است که می فرمایند خرابی موقوفه در صورتی مجوز بیع است که "لایجدی نفعاً" هیچ منفعتی نداشته باشد و در اینجا که مثلاً ۱۰ درصد منفعت تصویر می شود، بیع جایز نخواهد بود. عبارت مرحوم علامه حلی هم در مرحله دوم گذشت که تصریح می کردند با منهدم و مخروبه شدن خانه زمین همچنان بر وقف باقی است و بیعش جایز نیست.

احتمال دوم: جواز بیع

ممکن است گفته شود در این صورت بیع جوایز است و منافاتی هم با فتوای مشهور ندارد زیرا مشهور که فرموده اند "لایجدی نفعاً" مقصود نفع معتدبه و قابل توجه عند العرف است. وقتی منفعت قابل توجه نداشته باشد عرفاً گفته می شود "لایجدی نفعاً" پس طبق فتوای مشهور هم ۱۰ درصد، عرفاً منفعت به شمار نمی آید لذا وقف مخروبه فاقد منفعت است پس بیعش جایز خواهد بود. مثل حمامی که درآمد سالیانه اش صد دینار بوده اما وقتی مخروبه شده، زمینش به اندازه پنج یا ده درهم منفعت دارد که اجاره داده شود برای جمع زباله ها (و سپس انتقال به بیرون شهر) یا برای پارکینگ یا به عنوان انبار نگهداری سنگ های ساختمانی. همچنین مثل روستایی که وقف شده است و سپس به جهت فرورفتن آب چاه ها و خشک شدن زهرها و موت سالخوردگان و کوچ کردن سایرین مخروبه و متروکه شده اما بالأمره منفعت قلیلی باقی مانده مثل اینکه زمین موقوفه برای استراحتگاه کنار جاده اجاره داده شود در این صورت عرفاً بر این فائده اندک و قلیل، منفعت صدق نمی کند لذا بیعش جایز است چنانکه مرحوم علامه حلی در عبارت دیگری می فرمایند خانه ای که منهدم و مخروبه شده زمینش در حکم زمین مواتی است که از انتفاع ساقط شده است، این حکم مرحوم علامه حلی اطلاق دارد زیرا بالأخره از همین زمین مخروبه و موات در موارد زیادی برای اغراض جزئی و کوچک می توان استفاده کرد و اجاره داد اما با این وجود مرحوم علامه حلی فرموده اند موات است و طبیعتاً بیعش باید مجاز باشد.

بعد از بیان این دو احتمال مرحوم شیخ انصاری سه نکته در این رابطه بیان می‌کند:

نکته اول: عقیده مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری ابتدا می‌فرماید ظاهر این است که کلام فقهاء چنانکه در احتمال دوم گفته شد اطلاق دارد و تعبیر "لایجدی نفا" نسبت به قسم دوم هم صادق است لذا بیعش مجاز خواهد بود و مرحوم سید مرتضی و مرحوم ابن زهره هم ادعای اجماع کردند بر جواز بیع موقوفه مخروبه.

لکن نمی‌توان فتوای به جواز بیع داد زیرا:

اولاً: أدله وجوب عمل به مقتضای وقف مانند "الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها" عام‌اند و شامل صورت دوم هم می‌شوند.

ثانیاً: حدیث "لایجوز شراء الوقف" عام است و شامل وقف صورت دوم هم می‌شود.

پس در صورت دوم بیع ممنوع است و دلیلی بر جواز نداریم.

مؤید بر منع از بیع فتوای اکثر متأخران بعد مرحوم شیخ طوسی است که با تصریح به نمونه‌ای از صورت دوم، بیع آن را ممنوع می‌دانند. آنان مثال می‌زنند نخل خرمايي که (مثلاً توسط طوفان) کنده شد اگر استفاده از آن حتی (استفاده اندک و قلیلی) مثل استفاده در سقف یا دیوار یا به عنوان ستون یا به عنوان پُل روی جوی آب ممکن باشد بیعش جایز نیست.

مرحوم علامه حلی هم در حل اختلاف فتوا بین مرحوم شیخ طوسی و مرحوم ابن ادریس، (عبارت این اختلاف فتوا انتهای ص ۷۶ و ابتدای ص ۷۷ می‌آید) فتوای مرحوم شیخ طوسی به جواز بیع این نخل را مربوط به صورتی دانسته‌اند که امکان انتفاع از وقف وجود ندارد، سپس فرموده‌اند به اجماع فقهاء اگر امکان انتفاع از وقف وجود داشته باشد هرچند به اندازه اندک، مانند همان مثال استفاده از نخل مقلوع و کنده شده به عنوان پل، بیع وقف جایز نیست.

نکته دوم: اگر منفعت، کالعدم باشد جایز است

می‌فرمایند اگر منفعت موقوفه آنقدر اندک باشد مثلاً دو درصد که عرفاً اصلاً منفعت به شمار نیاید در این صورت بیع جایز است، زیرا أدله‌ای مانند: "لایجوز شراء الوقف" از این مورد انصراف دارد و شامل چنین موردی نمی‌شود زیرا عرف در موردی اقدام به خرید یا فروش می‌کند که منفعتی قابل تصویر باشد لذا اگر منفعت بسیار اندک باشد اصلاً مورد توجه عرف برای خرید و فروش نیست.

همچنین تعریف و ماهیت وقف که حبس العین و تسبیل (رها سازی) المنفعة است شامل مورد مذکور نمی‌شود و اگر بنا باشد حبس العین و استمرار وقف شامل مورد منفعت ناچیز که کالعدم است بشود پس باید شامل صورت اول (از صور ده گانه) که فقدان انتفاع بود هم بشود در حالی که مشهور فقهاء در صورت اول فتوا به جایز بیع داده‌اند.

نکته سوم: منشأ قلّت منفعت تفاوت ندارد

می‌فرمایند دو قسم و مباحثی که در این صورت دوم مطرح کردیم تفاوتی ندارد که منشأ قلّت فائده چه چیزی باشد، چه مخروبه شدن باشد (به هر دلیلی مانند زلزله یا قدمت عمر وقف) چه عارضه‌ای که سبب قلّت منفعت گردد. (مثل اینکه در منطقه‌ای، آبگرم یا غار حیرت انگیز یا وضعیت جالب توجه برای گردشگران کشف شده و موقوفه‌ای به عنوان مسافرخانه در این منطقه ساخته شده که درآمدها را موقوف علیهم استفاده کنند سپس به جهت از بین رفتن عامل جذب گردشگر یا ممنوع شدن ورود گردشگر به آن منطقه، مسافر به آنجا نمی‌آید و بالکل از رونق می‌افتد و منفعت بسیار اندکی از این بنا می‌تواند ببرند مثل استفاده به عنوان انبار یا طویله.)

کلام در صورت دوم از صور ده گانه بیع وقف بود. گفتیم مرحوم شیخ انصاری در این صورت دو مطلب بیان می کنند، مطلب اول گذشت.

مطلب دوم: نقل و نقد سه مدعی صاحب جواهر

مرحوم شیخ انصاری به نقل و نقد سه مدعا از عبارات مرحوم صاحب جواهر می پردازند:

مدعی اول: بطلان وقف به جهت تضاد وقف با جواز بیع

این مدعی مرحوم صاحب جواهر در صفحه ۳۶ کتاب و جلسه ۶۸ گذشت و توسط مرحوم شیخ انصاری نقد شد. ایشان فرمودند به

محض اینکه بیع موقوفه جائز شود وقف خود بخود باطل می شود زیرا بین وقف بودن و جواز بیع، تضاد است.

نقد مدعی اول:

مرحوم شیخ انصاری در مباحث سابق فرمودند دلیلی بر این ادعا نداریم و تضادی وجود ندارد زیرا عدم جواز بیع جزء ماهیت وقف نیست

که با آمدن جواز، وقف از بین برود بلکه وقف یعنی تحبیس العین و اطلاق المنفعة.

مدعی دوم: بطلان وقف به جهت لزوم بقاء منفعت

مرحوم صاحب جواهر نسبت به صورت اول که عدم انتفاع از موقوفه بود فرموده اند علاوه بر اینکه با آمدن جواز بیع، وقف باطل می شود

دلیل دیگری هم بر بطلان وقف وجود دارد که عدم رعایت شرط حدوث و بقاء منفعت است. یعنی منفعت داشتن هم شرط حدوث وقف

است هم شرط بقاء وقف، در صورت اول وقف در زمان حدوث و تحققش فائده داشته اما الآن بعد از چند سال که بی فائده شده شرط

بقاء منفعت را از دست داده پس وقف باطل است.

نقد مدعی دوم:

مرحوم شیخ انصاری چهار اشکال به مدعی دوم مرحوم صاحب جواهر وارد می دانند:

اشکال اول: می فرمایند چنانکه در نقد مدعی اول گفتیم، مدعی ایشان دلیل عقلی و عقلانی ندارد. وقتی یک وقف مؤبد صحیح واقع شد

به چه دلیل ادعا می کنید این وقف باطل و منقطع شده است.

اشکال دوم: بطلان وقف به صرف عدم المنفعة، دلیل شرعی هم ندارد.

اشکال سوم: دلیلی نداریم که بقاء وقف مشروط به وجود و استدامه منفعت باشد. مخصوصاً که شروط مذکور در عقود مهم وجود شرط در

زمان حدوث بیع است نه در بقاء و استدامه. مثل شرط مالیت در عوضین که مهم لحظه حدوث بیع است، اگر فردی میوه ای خرید و لحظه

بیع میوه ها سالم و قابل انتفاع بود بیع صحیحاً واقع شده حال اگر خریدار از این میوه ها استفاده نکرد و فاسد شد و از مالیت ساقط شد،

أحدی از فقهاء نمی گوید این عقد بیع باطل است زیرا استدامه منفعت وجود ندارد. *

اشکال چهارم: سابقاً هم گفتیم که جواز بیع وقف باعث می شود عقد وقف از عقد لازم تبدیل به عقد جائز شود نه اینکه رأساً باطل باشد.

مدعی سوم: بطلان وقف به جهت انعدام عنوان

می فرمایند یکی دیگر از ادله ای که برای بطلان وقف می توان مطرح کرد مربوط به عنوان وقف است. سه حالت قابل تصویر است:

حالت اول: واقف یک عنوان خاص را در وقف ذکر کرده مثلاً گفته این بستان و باغ میوه را وقف کردم، اینجا عنوان باغ بودن مهم است

لذا اگر درختان میوه این باغ از بین بروند وقفش باطل می شود هر چند از زمینش برای کار دیگری مانند ساخت منزل می توان استفاده

نمود. به این دلیل که عنوان بستان وقف شده و بستان هم از بین رفته و قابل انتفاع نیست پس وقف باطل است.

اشکال: حیثیت زمین و بستان جدای از یکدیگر است، اگر بستان و درختان میوه خراب شد وقف آنها باطل است لکن وقتی زمین سالم و

باقی مانده دلیل بر بطلان وقف نسبت به زمین نداریم.

جواب: مرحوم صاحب جواهر می فرمایند زمین مستقلاً وقف نشده بلکه تحت عنوان بستان وقف شده است و بستان هم خراب شده و

دیگر وجود و منفعت ندارد پس چنانکه وقف عنوان بستان باطل شد، متعلقات آن هم وقفشان باطل خواهد بود.

حالت دوم: (و لو فرض ارادة وقفها) واقف در صیغه وقف عنوان زمین را هم مطرح کند و مثلاً بگوید این زمین را وقف کردم که بستان یا

غیر بستان باشد، در این حالت اگر این باغ فائده اش از بین برود و دیگر بستان نباشد وقف زمینش باطل نخواهد شد.

مؤید این مدعا، فتوای مشهور در باب وصیت است که اگر فردی وصیت کند به اینکه خانه اش را به زید بدهند و این خانه قبل از موت

وصیت کننده خراب شود، وصیت باطل خواهد شد چون وصیت به عنوان خانه تعلق گرفته و خانه ای دیگر وجود ندارد و سالبه به انتفاء

موضوع شده است.

حالت سوم: واقف هدفش از وقف عنوان نفع رساندن به دیگران است که در هر دوره زمانی نفع خاص مناسبت مردم است و اگر هم از تعبیر خانه یا بستان استفاده کرده به عنوان تطبیق این منفعت بر بعض مصادیق بوده است مثلاً بگوید این مال را وقف کردم برای استفاده مسلمانان در سکونت یا اکل و شرب، در این صورت هر عنوانی که مطرح شده باشد و از بین برود وقف بودن همچنان باقی است و تا زمانی که مالیت بر این مال و ملک صادق است وقف هم باقی خواهد بود.

مرحوم صاحب جواهر در پایان می‌فرمایند بعد بطلان وقف در مالک آن دو قول است:

۱. برمی‌گردد به ملک واقف و در صورت فوت او، به ملک ورثه. ۲. ملک موقوف علیهم است.

أقول: یرد علی ما ... ص ۷۵، ص ۷

نقد مدعی سوم:

مرحوم شیخ انصاری سه اشکال مطرح می‌فرمایند:

اشکال اول: قبل از بیان اشکال اول یک مقدمه زیست شناسی بیان می‌کنیم:

مقدمه زیست شناسی: عناوین مختلف در سنین متفاوت شتر

شتر در هر سنی نامی دارد که به بعض آنها اشاره می‌کنیم:

۱. **بنت مخاض:** شتری که وارد سال دوم شده. (در چنین زمانی مادرش باردار شده؛ از این رو به آن بنت مخاض گویند)

۲. **بنت لبون:** شتری که دو سالش تمام شده. (طبیعتاً مادرش بچه دیگری زاییده و دارای شیر شده به آن بنت لبون گویند).

۳. **جقه:** بچه شتری که سه یا چهار سال داشته باشد، به آن جقه گفته می‌شود.

۴. **جذعه:** شتری که چهار یا پنج سال داشته باشد، جذعه نامیده می‌شود.

تغییر عنوان به اجماع فقهاء سبب بطلان وقف نمی‌شود. مثالهایی در کتب فقهی مطرح می‌شود مثلاً اگر بگوید این بنت مخاض را وقف کردم و عنوان تغییر کند و تبدیل شود به جذعه سبب بطلان وقف نخواهد بود.

اشکال دوم: مقصود شما از "عنوان" که تغییر آن را موجب بطلان وقف می‌دانید چیست؟ دو احتمال دارد:

احتمال اول: اگر مقصود شما از عنوان، همان مفعول در "وقفْتُ هذا البستان" است که بستان مفعوم فعل وقفْتُ است، در این صورت عنوان "بستان" چه متعلق "وقفْتُ" باشد چه متعلق "بعْتُ" باشد یا متعلق "وهبتُ" باشد در هر صورت اگر تملیک آن عنوان مثل "بستان" به دیگران مورد نظر باشد، می‌گوییم ملکیت دائر مدار عنوان نیست یعنی احدی از فقهاء نمی‌گوید اگر چند سال بعد بیع، بستان خراب شود بیع سابق باطل است همینطور در سایر تملیکها مانند هبه و وقف. پس مالکیت دائر مدار بقاء عنوانی مثل بستان نیست علاوه بر اینکه به همراه بیع بستان اشیاء و چیزهایی به خریدار منتقل می‌شود که عنوان بستان بر آنها صدق نمی‌کند مانند حصار یا موازیبیک داخل بستان و امثال اینها. بله در سایر عناوین شرعیه احکام فقهی تابع عنوان است اگر عنوانی مانند زوجیت باشد احکامش هم هست و اگر عنوان زوجیت از بین برود و نباشد احکامش هم نیست اما در خصوص تملیک متفاوت است زیرا بعد از تملیک (به خریدار یا موقوف علیهم) دیگر بقاء عنوان بستان به دست کسی است که بستان را دریافت و تملک کرده است. آن فرد مالک است چه عنوان و بستان باقی باشد چه نباشد.

تحقیق:

* مرحوم محقق اصفهانی در **حاشیة المكاسب**، ج ۳، ص ۱۳۷ در نقد کلام مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند: یندفع بأن إمكان الانتفاع معتبر فی حقیقة الوقف لا من شرائطه التعبدیة. به عبارت دیگر اشکال ایشان را ممکن است اینگونه مطرح کنیم که در تعریف وقف گفته شده: "تحبیس العین و اطلاق المنفعة" لذا وجود منفعت در ماهیت وقف أخذ شده، حال اگر در ادامه این منفعت از بین رود دیگر وقف باقی نیست. چنانکه در باب اجاره اگر بعد از پنج ماه خانه خراب شود مستأجر موظف به پرداخت مال الاجاره در ماههای بعد نیست و اجاره باطل می‌شود.

ممکن است در جواب ایشان عرض کنیم:

اولاً: تعریف مذکور آیه یا روایت نیست که هویت و ماهیت وقف را معین کند و غیر از آن باطل باشد. ثانیاً: مقصود از تحبیس و اطلاق که فعل واقف است همان لحظه وقف است و دیگر واقف از عین و منفعت ملکش منقطع می‌شود و در استدامه نیازی به استمرار فعل یا نیت واقف نداریم. ثالثاً: در باب اجاره هم دلیلی بر بطلان اصل عقد نداریم بلکه تبدیل به عقد جائز می‌شود لذا اگر مستأجر و موجر راضی باشند امکان استمرار عقد اجاره وجود دارد.

احتمال دوم: اگر مقصود صاحب جواهر از تعبیر "عنوان" که تغییر در آن را سبب بطلان وقف می‌دانند معنایی غیر از احتمال اول باشد که خارج از معنای اصطلاحی نزد عرف و فقهاء است و باید توضیح می‌دانند که چه معنایی را قصد کرده‌اند:

آیا مقصودشان از "عنوان" شرط واقف است که همان لفظ مثلاً بستان در "وقف هذا البستان" باشد اینکه خلاف اصطلاح است و از شرط هیچگاه به "عنوان" تعبیر نمی‌شود.

یا مقصودشان از "عنوان" قصد و غرض واقف است که این هم صحیح نیست زیرا اولاً هیچگاه از "غرض" به "عنوان" تعبیر نمی‌شود. ثانیاً: غرض واقف چنانکه سابقاً (صفحه ۶۷) گفتیم منضبط نیست. ثالثاً: اگر غرض واقف منضبط و معین هم باشد در صورتی که در وقف‌نامه نیامده باشد لازم المراعات نیست.

پس "عنوان" نمی‌تواند به معنای شرط یا غرض باشد زیرا شرط و غرض چیزی زیاده‌تر و علاوه بر عنوان "بستانیة" در وقف است.

نقد مؤید ایشان از باب وصیت

مرحوم صاحب جواهر ضمن حالت دوم از مدعای سومشان، سببیت تغییر عنوان برای بطلان وقف را به باب وصیت تشبیه فرمودند. مرحوم شیخ انصاری در نقد این تشبیه و مؤید ایشان می‌فرماید تشبیه مع الفارق است زیرا در بحث وقف، عقد وقف محقق شده و موقوف علیهم مالک شده‌اند و بعد مدتی تغییر عنوان پیش می‌آید اما در مثال ایشان از وصیت، تغییر عنوان قبل از اتمام وصیت (قبول موصی له و موت موصی) اتفاق افتاده لذا تغییر عنوان ممکن است سبب بطلان وصیت شود.

به عبارت دیگر اگر مرحوم صاحب جواهر می‌خواهند ما نحن فیه را به باب وصیت تشبیه کنند باید اینگونه مثال بزنند که اگر موصی (وصیت کننده) وصیت کرده خانه‌اش بعد موتش ملک زید باشد، و موصی له (کسی که به نفع او وصیت شده) قبول کرده و موصی هم از دنیا رفته است این مثال می‌شود تشبیه ما نند فیه اما در این مثال احدی از فقها حتی خود مرحوم صاحب جواهر فتوا نمی‌دهند به اینکه تغییر عنوان سبب بطلان وصیت شود، وقتی وصیت تمام شده، موصی له قبول کرده، موصی از دنیا رفته، و خانه به ملک موصی له درآمده احدی از فقها و احدی از عقلا نمی‌گویند اگر خانه خراب شد از ملک موصی له خارج می‌شود.

نکته پایانی کلام مرحوم صاحب جواهر هم که فرمودند در مواردی که وقف باطل می‌شود، نسبت به مالکیت وقف دو احتمال است، این کلامشان هم صحیح نیست زیرا در وقف مؤبد به اجماع فقهاء بعد از خارج شدن موقوفه از ملک واقف، دیگر موقوفه به ملک واقف یا ورثه او بازمی‌گردد حتی اگر وقف باطل شود بلکه ملک موقوف علیهم خواهد بود لذا در مسأله دو احتمال وجود ندارد.

الصورة الثالثة: أن يخرب ...، ص ۷۶، س ۱۳

صورت سوم: خرابی و کم شدن انتفاع (عدم جواز بیع)

سومین صورت از صور ده‌گانه بیع وقف موردی است که موقوفه خراب شده (در پایان بحث می‌فرمایند یا حتی خراب هم نشده اما) منفعتی که از آن توقع می‌رود را ندارد مثلاً ۴۰ درصد منفعت دارد.

در صورت سوم به نظر مشهور بیع جایز نیست زیرا با وجود منفعت داشتن موقوفه، دلیلی بر جواز بیع وجود ندارد.

مرحوم شیخ طوسی عبارتی دارند که ممکن است از آن جواز بیع در این صورت سوم برداشت شود. ایشان در حکم بیع نخلی که (مثلاً به سبب طوفان) از زمین کنده شده فرموده‌اند بیعش جایز است زیرا امکان بهره بردن از آن وجود ندارد مگر به فروختنش، چون جهتی که مد نظر واقف بوده (انتفاع از خرما) از بین رفته و قابل بازگشت و اصلاح نیست.

مرحوم ابن ادریس (و اکثر متأخران از مرحوم شیخ طوسی مانند مرحوم محقق حلّی، مرحوم علامه حلّی، شهیدین و محقق ثانی) فرموده‌اند در مثال نخلة منقلعة همان بدنه نخل هم قابل انتفاع است مثل اینکه به عنوان تیر در سقف یا ستون در دیوار یا پل روی جوی آب استفاده شود پس در صورتی که موقوفه با وجود خرابی، قابلیت انتفاع دارد مرحوم شیخ طوسی فتوا به جواز بیع داده‌اند و چنین فتوایی صحیح نیست. زیرا تنها قسمتی از منافع، زائل شده و از بین رفته اما منافع دیگری هنوز باقی است. (این مطلب در انتهای صفحه ۷۲ کتاب نیز اشاره شد)

دو توجیه برای فتوای مرحوم شیخ طوسی به جواز بیع مطرح شده است:

توجیه اول:

مرحوم فخر المحققین از والدشان مرحوم علامه حلّی نقل کرده‌اند که نزاع بین مرحوم شیخ طوسی و مرحوم ابن ادریس حلّی نزاع لفظی است یعنی در واقع هر دو بزرگوار یک نظر دارند.

توضیح مطلب این است که مرحوم شیخ طوسی که فتوا به جواز بیع داده‌اند معتقد بوده‌اند که "لا یمنکن الانتفاع بها" یعنی به منفعتی غیر از فروش برای آن وجود ندارد که در این صورت مرحوم ابن ادریس هم معتقدند اگر منفعتی نداشته باشد بیعش جایز است. و مرحوم ابن ادریس که فرموده‌اند بیعش جایز نیست صورتی را می‌فرمایند که منفعت برای موقوفه وجود دارد که در این صورت مرحوم شیخ طوسی هم معتقدند اگر منفعت باشد بیع جایز نیست.

توجیه دوم:

مرحوم تستری در مقابسه الانوار در تبیین لفظی بودن نزاع بین مرحوم شیخ طوسی و مرحوم ابن ادریس فرموده‌اند هر کدام از دو بزرگوار از جهت متفاوتی حکم کرده‌اند، اگر مرحوم شیخ طوسی فتوا به جواز داده‌اند به این جهت بوده که توجه به غرض واقف را لازم می‌دانسته‌اند و غرض واقف با این نخلة منقلعة تأمین نمی‌شود لذا فرموده‌اند بیعش جایز است و اگر مرحوم ابن ادریس حلی فتوا به جواز داده‌اند به این جهت بوده که مراعات غرض واقف را لازم نمی‌دیده‌اند لذا با وجود تصویر منفعت در نخلة منقلعة، فتوا به عدم جواز بیع داده‌اند. مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این توجیه صحیح نیست زیرا مرحوم شیخ طوسی با صراحت فرموده‌اند جهت فتوایشان مراعات غرض واقف است بلکه هم به عدم انتفاع اشاره کرده‌اند هم به فوت غرض واقف.

(البته توجیه اول قابل پذیرش است زیرا کلام عبارت مرحوم شیخ طوسی در خلاف، نسبت به عدم انتفاع صراحت بیشتر دارد)
نکته:

در صورت سوم بیع وقف جایز نیست مخصوصا اگر سبب کم شدن منفعت، خرابی وقف نباشد بلکه عوارض دیگر مانند کم شدن گردشگر در آن منطقه باشد مگر اینکه کسی از باب آنفع بودن بیع به حال موقوف علیهم قائل به جواز شود که در صورت چهارم بررسی می‌کنیم.

الصورة الرابعة: أن یكون ...، ص ۷۸، س ۱

صورت چهارم: بیع آنفع است (عدم جواز)

موقوفه خراب نشده اما اگر آن را بفروشد و تبدیل به شیء دیگری کنند منفعت بیشتری به موقوف علیهم می‌رسد پس بیع وقف و تبدیل به عین دیگر، آنفع به حال موقوف علیهم است (چه بطن موجود چه تمام بطن)، آیا در این صورت بیع وقف جایز است؟ ممکن است دو قول مطرح شود:

قول اول: بیع جایز نیست (شیخ و مشهور)

اکثر فقها بلکه به تعبیر مرحوم شیخ انصاری کل فقها معتقدند در صورت چهارم که وقف سالم است و منفعتی هم دارد بیع آن جایز نیست. به دلیل وجوب عمل طبق إنشاء و وقف واقف و أدله لایجوز شراء الوقف.

قول دوم: جواز بیع

به مرحوم شیخ مفید نسبت داده شده قول به جواز البته اگر این نسبت صحیح نباشد یا نسبت صحیح باشد اما کلام ایشان را توجیه کنیم خواهیم گفت کل فقهاء معتقد به عدم جواز بیع هستند.

برای قول به جواز بیع به دو دلیل و یک مؤید تمسک شده است:

دلیل اول بر جواز بیع:

روایت جعفر بن حیّان (در کتاب حنّان ثبت شده) از امام صادق علیه السلام است که از حضرت سؤال می‌کند فردی زمینش را وقف کرده که غله حاصل از آن بین خویشان پدری و مادری اش تقسیم شود و البته برای فردی هم وصیت کرده که از درآمد حاصل از این زمین ۳۰۰ درهم به آن فرد داده شود و بعد از موت آن فرد به نسل او داده شود. حضرت فرمودند این وقف و وصیت صحیح است و بر اساس آن ابتدا باید ۳۰۰ درهم از درآمد زمین را به آن فرد یا ورثه او بدهند سپس ما بقی را بین خویشان پدری و مادری واقف، تقسیم کنند. راوی سؤال می‌کند که اگر آن فرد از دنیا رفت و نسل و ورثه‌ای هم نداشت تکلیف چیست؟ حضرت می‌فرمایند تمام در آمد بین خویشان پدری و مادری تقسیم شود. راوی سؤال می‌کند آیا وارثان از خویشان پدری و مادری (که طبیعتا زمانی از وقف گذشته و منفعتش کم شده است) اگر درآمد زمین کفایتشان نکند می‌توانند موقوفه را بفروشند؟ حضرت فرمودند بله اگر تمام موقوف علیهم راضی باشند و بیع برای همه آنفع باشد جایز است.

دومین دلیل بر جواز بیع در صورت چهارم تمسک به روایت حمیری در کتاب احتجاج است.

حمیری نامه‌ای نوشت به امام زمان جعلی الله فداه و خدمت حضرتشان عرض کرد به ما روایتی از امام صادق علیه السلام رسیده است که وقف اگر بر قوم مشخصی باشد بر موجودین و نسل‌های آینده آنان و همه موقوف علیهم اتفاق نظر داشته باشند بر اینکه فروختن موقوفه آنفع و اصلح به حال آنان است مجازند که وقف را بفروشند. (با توجه به این روایتی که از امام صادق علیه السلام رسیده سؤال این است که) آیا جایز است خریده شود از بعض موقوف علیهم اگر در فروش آن اختلاف نظر داشتند؟ یا جایز نیست مگر اینکه همه اتفاق نظر بر فروش داشته باشند؟ و (به صورت کلی) وقفی که بیعش مجاز نیست کدام وقف است؟

امام زمان علیه السلام در جواب مرقوم فرمودند اگر وقف بر امام مسلمین باشد بیعش جایز نیست و اگر وقف بر قومی از مسلمانان باشد، هر قومی می‌تواند آن مقداری که سهم او است را بفروشد چه همه اتفاق نظر داشته باشند (که می‌توانند کل موقوفه را بفروشند) و چه اختلاف نظر داشته باشند (که هر فردی سهم خودش را می‌تواند بفروشد) این شاء الله.

دلّت علی جواز البیع ...، ص ۸۰، س ۸

کیفیت دلالت دو روایت بر جواز بیع:

مرحوم شیخ انصاری ابتدا کیفیت استدلال به دو روایت را تبیین و سپس نقد می‌فرمایند. برای دلالت این دو روایت بر جواز بیع دو تعارض بینشان باید حل شود:

تعارض در آنفع بودن.

روایت جعفر بن حیّان این بود که:

سؤال جعفر بن حیّان:

موقوف علیهم احتیاج به فروش وقف دارند آیا می‌توانند وقف را بفروشند؟

(منطوق) جواب امام صادق علیه السلام:

اگر همه موقوف علیهم راضی باشند و بیع برای همه آنفع باشد می‌توانند بفروشند.

مفهوم جواب:

اگر بعضی از موقوف علیهم راضی نباشند یا بیع آنفع نباشد بیع جایز نیست.

سؤال حمیری:

اگر بیع آنفع به حال موقوف علیهم باشد آیا می‌توانند بفروشند؟

جواب امام زمان علیه السلام:

اگر موقوف علیهم غیر امام باشد می‌توانند بفروشند چه مجتمعین چه متفرقین (چه آنفع باشد چه نباشد)

تعارض این است که مفهوم روایت اول می‌گوید اگر بیع آنفع نباشد جایز نیست اما اطلاق روایت دوم می‌گوید آنفع نباشد جایز است.

حل تعارض به یکی از دو راه است:

یکم:

بگوییم روایت حمیری هم دلالت می‌کند بر جواز بیع در صورت آنفع بودن به این دلیل که سؤال حمیری از صورتی است که بیع آنفع و اصلح باشد و جواب امام هم باید مطابق سؤال باشد لذا جواب امام اطلاق ندارد و در صورتی بیع جایز است که آنفع باشد. پس هر دو روایت (روایت اول در جواب امام و روایت دوم به قرینه سؤال جعفر) می‌گویند جواز بیع در صورت آنفع بودن است.

دوم:

بگوییم مفهوم روایت اول منطوق روایت دوم را تخصیص می‌زند. منطوق روایت حمیری اطلاق داشت بیع جایز است چه آنفع باشد چه نباشد، مفهوم روایت اول اختصاص جواز بیع به صورت آنفع بودن است، پس مفهوم روایت اول مقید منطوق روایت دوم است و نتیجه این است که هر دو روایت می‌گویند در صورتی که بیع آنفع باشد جایز است.

کما أنه يمكن حمل ...، ص ۸۰، س ۱۰

تعارض در رضایت موقوف علیهم

روایت جعفر می گوید باید همه موقوف علیهم راضی باشند، روایت حمیری می گوید رضایت بعضی از موقوف علیهم کافی است.

حلّ تعارض

به این است که بگوییم روایت حمیری قرینه می شود که روایت جعفر را حمل کنیم بر صورتی که قصد فروش تمام وقف را داشته اند لذا حکم روایت جعفر این است که (برای فروش تمام وقف) باید همه راضی باشند چنانکه روایت حمیری هم می گوید اگر همه راضی باشند می توانند کل وقف را بفروشند.

و يؤید المطلب صدر الروایة ...، ص ۸۰، س آخر

مؤید قول به جواز بیع در صورت چهارم روایتی است از ابن مهزیار که ذیل صورت دهم خواهد آمد. امام جواد علیه السلام در آن روایت می فرمایند کسی که ملکش را وقف بر افرادی از جمله امام علیه السلام کرده بوده، سهم امام را بفروشد و ثمن را نزد امام بفرستد. متن روایت و کیفیت دلالت آن ذیل صورت دهم خواهد آمد.

نقد أدله قول دوم

مرحوم شیخ انصاری قول به جواز بیع وقف در صورت چهارم که وقف خراب نشده بلکه صرفاً فروش آن اُنفع به حال موقوف علیهم است باطل می‌دانند. روایت جعفر بن حیّان را به تفصیل نقد می‌کنند و سپس قسمتی از این نقدها را به روایت حمیری هم وارد می‌دانند.

به روایت جعفر بن حیّان هفت اشکال وارد می‌دانند:

اشکال اول:

جعفر بن حیّان در روایت اول با صراحت سؤال می‌کند اگر موقوف علیهم احتیاج به فروش وقف داشته باشند آیا بیعش جایز است یا خیر؟ و امام صادق علیه السلام علاوه بر صورت احتیاج، قید دیگری با عنوان اُنفع بودن و مورد رضایت جمیع بودن را هم اضافه می‌کنند. پس روایت جعفر، صرف اُنفع بودن که محل بحث ما در صورت چهارم است را مجوّز بیع نمی‌داند بلکه باید هم موقوف علیهم محتاج باشند هم اُنفع باشد و با انتفاء یکی از این دو قید حکم جواز هم منتفی است.

اشکال دوم:

مقصود امام صادق علیه السلام از "کان البیع خیرا لهم" خصوص اُنفع بودن را نمی‌گوید بلکه دلالت می‌کند بر برداشت عرفی که در تمام معاملات وجود دارد که افراد به دنبال مطلق النفع هستند نه لزوماً اُنفع بود. وجود منفعتی که معمولاً انگیزه و منشأ می‌شود برای اراده و اقدام به بیع، پس حضرت نمی‌خواهند یک حکم تعبدی (و بر خلاف قواعد ممنوعیت بیع وقف) بیان کنند بلکه مقصود حضرت این است که اگر چنانکه شما می‌گویید مصلحت در بیع وقف است، اشکالی ندارد. چنانکه مردم در محاوراتشان می‌گویند هر گاه فروش یک شیء اصلح و دارای نفع بود آن را بفروش.

خلاصه اشکال اینکه روایت، ظهور در خصوص اُنفع بودن ندارد بلکه جواز بیع در مطلق النفع را می‌گوید و چنین حکمی هم مورد اعراض قدما و فقها است پس روایت معتبر نخواهد بود.

اشکال سوم:

مقصود امام صادق علیه السلام از تعبیر "خیر" افعال تفضیل نیست بلکه خصوص رفع حاجت و نافع بودن بیع را می‌گوید. لکن چنین حکمی هم مورد اعراض فقها است پس روایت معتبر نیست.

در اشکال دوم از نفع سخن گفته شد و در اشکال سوم از رفع حاجت.

اشکال چهارم:

مرحوم علامه حلی و جماعتی فرموده‌اند روایت جعفر بن حیّان در مورد وقف مؤبد نیست بلکه مربوط هب وقف منقطع است و از محل بحث ما خارج است. قرینه ایشان بر اختصاص روایت به وقف منقطع این است که راوی گفت فردی ملکش را وقف کرده بر خویشان پدری و مادری و نسل آنان این ظهور در منقطع دارد (بله اگر چنین بود که وقف کند بر خویشان پدری و مادری و بعد از انقطاع و انقراض نسل آنها وقف مسلمانان باشد این می‌شد وقف مؤبد).

نقد اشکال چهارم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند اشکال چهارم وارد نیست زیرا روایت ظهور در وقف منقطع ندارد زیرا چه بسا راوی در مقام حکایت قسمتی از وقف‌نامه بوده است. یعنی وقف‌نامه بر اولاد و نسل آنها و بعد انقراض بر مسلمانان بوده لکن راوی فقط قسمت اول یعنی اولاد و نسلشان را ذکر کرده چنانکه بین مردم متعارف است اگر کسی وقف بر اولاد و پس از انقراض وقف بر مسلمانان قرار دهد باز هم می‌گویند فلانی ملکش را وقف اولاد کرده است. پس با توجه به عدم ظهور در منقطع، باید بگوییم حکم مذکور در روایت اطلاق دارد هم شامل وقف مؤبد می‌شود هم وقف منقطع زیرا امام از راوی سؤال نفرمودند که مورد وقف شما مؤبد است یا منقطع.

فافهم

دو وجه را می‌توان بیان کرد یک اینکه حکم وقف منقطع چنانکه خواهد آمد متفاوت است از وقف مؤبد لذا اطلاق روایت سازگار با ادله شرعیه دیگر نیست. دوم این که بگوییم کلام مرحوم علامه حلی صحیح است و روایت ظهور در منقطع دارد زیرا سائل جوانب مختلف موقوفه را برای امام توضیح داده و نکاتی که حدس می‌زند در حکم دخیل باشد را توضیح می‌دهد چه نسبت به فردی که وصیت شده بود سیصد درهم به او داده شود و چه نسبت به اقوام پدری و مادری واقف، لذا با توجه به این ریزه‌کاری‌ها اگر وقف مؤبد بود یعنی واقف گفته بود بعد الانقراض باید وقف مسلمانان باشد حتماً راوی می‌گفت.

این اشکال را تصریح نمی‌کنند. (سند روایت هم به جهت عدم توثیق جعفر بن حیّان اشکال دارد. بله اگر کسی مبنای اصحاب اجماع را در رجال قبول داشته باشد و حسن محبوب که با یک واسطه از جعفر بن حیّان روایت نقل کرده را هم جزو اصحاب اجماع بداند می‌تواند روایت را معتبر بداند.)

مع عدم الظفر بالقاتل به. ششمین اشکال اعراض قدما از إفتاء بر اساس روایت جعفر است. البته عبارت شیخ مفید ممکن است چنین توهمی ایجاد کند که ایشان قائل به جواز هستند.

طبق ظاهر روایت جعفر که سخن از احتیاج بطن موجود می‌گوید و حضرت هم بیع را مجاز اعلام می‌کنند معنایش این است که بطن موجود ثمن حاصل از بیع وقف را مصرف کرده و به اتمام برساند و چنین حکمی مخالف قواعد مسلم‌های است که جلسات قبل از جمله جلسه ۸۱ توضیح دادیم محال است مُبدَل (عین وقف) ملک جمیع بطون باشد اما بدل آن (ثمن) ملک بطن موجود که بایع هستند باشد. فیکون تجویز ... بله اگر سایر اشکالات به روایت جعفر وارد نبود می‌توانستیم این اشکال هفتم را توجیه کنیم به این بیان که شارع حکم به جواز بیع حق بطون آینده را به بطن موجود نداده بلکه یک آن قبل از بیع، حق بطون متأخر را ابطال کرده تعبداً و به بطن موجود مجوز بیع داده است، پس وقتی بطن موجود وقف را می‌فروشد ملک خودش را فروخته است نه ملک دیگران را و هیچ استحال‌ای به وجود نمی‌آید.

چنانکه در هبه شارع به واهب (هدیه دهنده) اجازه داده است که بعد از واگذار کردن هدیه، همانجا هدیه را به فرد دیگری بفروشد و این بیع کشف می‌کند از ابطال آنما نسبت به مالکیت هدیه گیرنده و مالکیت آنما برای واهب و تحقق بیع پس از آن.

بیع موقوفه‌ای که سالم است و فروختنش صرفاً آنفع به حال موقوف علیهم است جایز نمی‌باشد به اجماع فقهاء و أدله دال بر ممنوعیت بیع وقف مانند لایجوز شراء الوقف، دلیلی هم بر رفع حکم ممنوعیت نداریم، دو روایت دال بر جواز هم اشکالات متعدد داشتند.

نکته تربیتی

در ادامه مباحث گذشته و بعد از اشاره به نکاتی درباره أصالة الصحة فی فعل النفس از نگاه تربیتی، به أصالة الصحة فی فعل الغير وارد می‌شویم و چند نکته بیان می‌کنیم:

– حمل فعل دیگران بر صحت می‌تواند شامل والدین، همسر، اولاد، و سایر افراد جامعه و در رأس همه خداوند باشد. خداوند با ما رفتاری دارد و سایرین هم رفتاری دارند که اگر به تعبیر امروز مثبت نگر باشیم و خوبی‌ها را ببینیم در زندگی خود ما هم تأثیر خواهد گذاشت.

– امیر المؤمنین علیه السلام می‌فرماید: "وَأَصِيلُ فِي حُسْنِ النَّوَاءِ عَلَيْهِمْ، وَتَعْدِيدِ مَا أْبَلَى دَوُو الْبَلَاءِ مِنْهُمْ؛ فَإِنَّ كَثْرَةَ الذِّكْرِ لِحُسْنِ أَعْمَالِهِمْ تَهْزُ الشُّجَاعَ وَتُحَرِّضُ النَّائِلَ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ." حضرت می‌فرماید پیوسته دیگران را بر کارهای نیکشان مدح کن و سختی‌ها و گرفتاری‌هایی که به خاطر تو تحمل می‌کنند به آنان یادآوری کن چرا که تشویق افعال نیک آنان باعث همت بیشتر فرد شجاع و دارای همت خواهد شد و موجب به حرکت آمدن فرد کسل و زمین‌گیر خواهد شد ان شاء الله.

البته مدح کردن به جهت قدرت یا ثروت یا منصب دیگران کاری بسیار مذموم و ناپسند است اما تشویق به جهت امور نیک حتی امور کوچک سبب تشویق دیگران به تکرار و نوآوری در خوبی‌هایشان خواهد شد.

در عالم طلبگی و تزییقات مالی و اجتماعی موجود در آن تقدیر طلاب از صبر و تحمل همسرانشان همین ثمره‌ای را خواهد داشت که امیر المؤمنین علیه السلام فرموده‌اند.

به زبان آوردن رفتارهای پسندیده فرزندان بسیار در روحیه آنان تأثیر دارد. متذکر شدن کارهای خیر دیگران در تقویت روحیه آنان مؤثر است. البته این نکته هم مهم است که وقتی فردی خوبی‌های دیگری را می‌بیند این ابتدا دلالت می‌کند بر نفس خاضع و زیبای بیننده که به جای تمرکز روی بدی‌ها، می‌تواند خوبی‌های حتی کوچک را هم ببیند.

شرط ۲ عوضین: ملکیت/طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۲: صور ۱۰ گانه/صورت ۵ ۲۳۳
جلسه ۹۰ (شنبه، ۱۷/۰۲/۱۴۰۱) بسمه تعالی

بعد از تعطیلات نوروز و ماه مبارک رمضان

الصورة الخامسة: أن يلحق ...، ص ۸۳، س ۱

کلام در تحقیق مرحوم شیخ انصاری در بیع وقف بود. فرمودند قسم اول (وقف مؤبد) را در ده صورت بررسی می کنیم چهار صورت گذشت
صورت پنجم: ضرورت

پنجمین صورت از صور ده گانه بیع وقف این است که ضرورت و احتیاج شدید مالی موقوف علیهم، عامل بیع وقف باشد، آیا در این صورت
بیع جائز است؟ در پاسخ به این سؤال دو قول است، جواز و منع:

قول اول: جواز بیع

جمعی مانند مرحوم سید مرتضی و مرحوم ابوالکارم بن زهره معتقدند ضرورت و نیاز شدید مالی مجوز بیع وقف است به دو دلیل:
دلیل اول: اجماع.

دلیل دوم: روایت جعفر بن حیّان (در کتاب حنّان ثبت شده) که ابتدای صورت چهارم (انتهای جلسه ۸۷) گذشت.

قول دوم: ممنوعیت بیع (شیخ)

مرحوم شیخ انصاری معتقدند دلیلی بر جواز بیع در صورت ضرورت موقوف علیهم به پول وقف، وجود ندارد و أدله قول اول را نقد می کنند.
نقد دلیل اول قول اول:

مرحوم شیخ انصاری دو اشکال به دلیل اول وارد می دانند که قبل توضیح دو اشکال، یک مقدمه فقهی بیان می کنیم:

مقدمه فقهی: تفاوت فقیر و مسکین

فقهاء در کتاب الزکاة و مبحث مصارف زکات اجمالاً به بحث از فقیر و مسکین پرداخته اند. در رابطه با ضعف بنیه اقتصادی
اصطلاحات مختلف و متعددی وجود دارد از جمله: فقیر، مسکین، مستکین، بائس، غارم و

در این رابطه به یک حدیث اشاره می کنیم: عَنْ أَبِي بصيرٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ
لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ قَالَ الْفَقِيرُ الَّذِي لَا يَسْأَلُ النَّاسَ وَ الْمَسْكِينُ أَجْهَدُ مِنْهُ وَ الْبَائِسُ أَجْهَدُهُمْ فَكُلُّ مَا فَرَضَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ
عَلَيْكَ فَإِغْلَانُهُ أَفْضَلُ مِنْ إِسْرَارِهِ وَ كُلُّ مَا كَانَ تَطَوُّعاً فَإِسْرَارُهُ أَفْضَلُ مِنْ إِغْلَانِهِ وَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا يَحْمِلُ زَكَاةَ مَالِهِ عَلَى عَاتِقِهِ
فَقَسَمَهَا عَلَانِيَةً كَانَ ذَلِكَ حَسَنًا جَمِيلًا. (کافی، ج ۳، ص ۵۰۱، کتاب الزکاة، باب فَرَضِ الزَّكَاةِ وَ مَا يَجِبُ فِي الْمَالِ مِنَ الْحَقُوقِ،
حدیث ۱۱۶)

در معنای فقیر گفته شده کسی است که مخارج یک سالش را ندارد (مثلاً توان خرید گندم و برنج مصرف یک سالش را ندارد) یا
کسی است که شغل دارد اما درآمدش کفایت مخارج روزانه اش به نحو متعارف و متوسط جامعه را نمی کند، یا احتیاج مالی دارد اما
اهل سؤال و تقاضای از دیگران نیست.

مسکین گفته شده کسی است که شغل و راه درآمد ندارد و نیاز مالی او را وادار به درخواست از دیگران کرده است.

مرحوم حاج آقا رضا همدانی در **مصباح الفقیه**، ج ۱۳، ص ۵۵۴ می فرماید: الغارم هو من كان عليه دين لا يتمكن من أدائه.

محتاج و مضطر کسی است که به جهت حادثه و وضعیت خاصی مثل درمان، نیاز شدید مالی پیدا کرده نه اینکه لزوماً فقیر باشد.

اشکال اول:

انتهای روایت جعفر چنین بود که از امام صادق علیه السلام سؤال کرد اگر درآمد زمین، مخارج موقوف علیهم را کفایت نکند می تواند
موقوفه را بفروشند؟ حضرت فرمودند بله اگر تمام موقوف علیهم راضی باشند و بیع برای همه آنفع باشد جائز است.

ظاهر روایت این است که موقوف علیهم درآمد دارند لکن مکفی نیست پس طبق روایت، عنوان فقیر بر موقوف علیهم منطبق است. اما
آنچه در فتاوا و عبارات فقها به عنوان مورد جواز بیع وقف آمده ضرورت و احتیاج شدید است و بین دو عنوان "فقیر" و "ضرورت" عموم و
خصوص من وجه است یعنی بین این دو عنوان تلازم نیست، روایت فقر، رضایت موقوف علیهم و آنفع بودن را مجوز بیع اعلام می کند
در حالی که فقها ضرورت را مجوز بیع می دانند پس فتوای فقها مستند به این روایت نیست.

توضیح مطلب: در عموم و خصوص من وجه یک ماده اشتراک داریم و دو ماده افتراق که بین دو عنوان فقر و ضرورت چنین می شود:

ماده افتراق اول: فقیر است اما ضرورت و حاجت شدید ندارد. مثل اینکه درآمد حاصل از شغلش برای زندگی به نحو متعارف و متوسط
جامعه کفایت نمی کند اما ضرورت و احتیاج شدید و آنی ندارد لذا مضطر نیست. نه اینکه حاجت شدید و اضطراب ندارد بلکه ممکن است
اصلاً محتاج به سؤال و درخواست از دیگران هم نباشد زیرا از اموالی که محل مصرفش فقراء هستند به او برسد و نیازش تأمین شود.

ماده افتراق دوم: فقیر نیست اما مضطر است. مثل اینکه فردی زندگی، شغل و درآمد متعارف خودش را دارد اما بر اثر حادثه تصادف یا مبتلا شدن به بیماری صعب العلاج، به هزینه بسیار زیاد درمان احتیاج شدید پیدا کرده است.

ماده اشتراک: هم فقیر است و هم مضطر

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید رابطه بین دو عنوان فقر و ضرورت، عام و خاص من وجه است، در روایت جعفر از عنوان فقر سخن گفته شده و در کلمات فقهاء، عنوان ضرورت مجوز بیع شمرده شده، لذا معلوم می‌شود مستند فقهاء این روایت نبوده و فقهاء به این روایت عمل نکرده‌اند زیرا اگر به این روایت عمل می‌کردند نباید جواز بیع وقف را به خصوص حالت ضرورت مقید می‌کردند بلکه باید مطلق فقر را مجوز بیع وقف می‌دانستند.

اشکال دوم:

ظاهر جواب امام صادق علیه السلام از تباطلی به مدعای قول اول ندارد. قول اول ادعا می‌کند بیع وقف در صورت ضرورت و حاجت جائز است در حالی که امام صادق علیه السلام در روایت جعفر فرمودند: "إذا رضوا کلهم و کان البیع خیر لهم، باعوا" پس در جواب حضرت اصلاً سخن از احتیاج و ضرورت وجود ندارد علاوه بر اینکه حضرت جواز بیع را مقید به دو قید رضایت کل و اُنفَع بودن کرده‌اند، پس دلیل اخص از مدعا است. (مدعا، جواز بیع در مطلق فقر و ضرورت است اما دلیل جواز بیع مقید به رضایت و انفعیت را ثابت می‌کند)

نقد دلیل دوم قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید ادعای اجماع مرحوم سید مرتضی و مرحوم سید ابوالمکارم بن زهره که با فتوای جمعی از فقهاء هم تأیید شده است نمی‌تواند جواز بیع را ثابت کند زیرا:

اولاً: اجماع منقول است.

ثانیاً: جمعی از قدام و بسیاری از متأخران با فتوای به جواز مخالف‌اند.

ثالثاً: این اجماع معارض دارد زیرا مرحوم ابن ادریس ادعا کرده‌اند فقهاء اجماع بر عدم جواز دارند مطلقاً چه ضرورت و حاجت باشد چه نباشد.

رابعاً: اجماع با اوصاف مذکور، نمی‌تواند با نصوص صریح در عدم جواز بیع وقف مخالفت کند یا آنها را تخصیص بزند.

خامساً: اجماع با اوصاف مذکور نمی‌تواند ادله دال بر اشتراک تمام بطون در مالکیت وقف را محدود کند زیرا آن ادله می‌گویند تمام بطون در انتفاع از وقف حق دارند در حالی که اجماع بر جواز بیع وقف و مصرف شدن مبلغ آن توسط بطن موجود، بر خلاف آن ادله است. نتیجه اینکه در صورت پنجم یعنی ضرورت و حاجت شدید موقوف علیهم به فروش وقف و به مصرف رساندن مبلغ آن، بیع جائز نیست.

پیش تحقیق:

به مناسبت بحث فردا دوستان فعلاً به لمعه، (جلد سوم از چاپ ده جلدی) کتاب العطیة مراجعه کنند و تعریف حبس و تحبیس را مطالعه کنند و در کلاس یا گروه ارائه دهند.

اشکال: شرط جواز بیع توسط واقف خلاف شرع است زیرا با تحقق وقف منافات دارد، اینکه واقف در وقف نامه شرط کند جواز بیع را با تحقق وقف منافات دارد زیرا مقتضای وقف تأیید است و شرط برخلاف مقتضای عقد آن هم در متن عقد وقف، مانع از شکل گیری وقف خواهد شد.

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این کلام مستشکل همان ادعای صاحب جواهر در جلسه ۶۸ است که جمع بین وقف و جواز بیع را جمع بین متناقضین می‌دانستند و آنجا پاسخ از این اشکال داده شد که در هویت و ماهیت وقف، منع از بیع وجود ندارد وقف یعنی "تحبیس الأصل و اطلاق المنفعة".

بله لعل بین جواز بیع و وقف مطلق و بدون شرط، تنافی باشد یعنی اگر واقف بیع وقف را شرط نکرده باشد شاید بتوان گفت بیع وقف جایز نیست اما فعلاً بحث ما در زمانی است که واقف شرط کرده و هیچ اشکالی ندارد که در آن واحد هم یک ملک وقف باشد هم بیعش جائز باشد در نتیجه در مباحث قبل ثابت کردیم جواز بیع، مبطل وقف نیست و اشکالی ندارد یک شیءای وقف باشد و در همان حال وقف بودن، به خاطر وجود مجوز، بیعش جائز باشد و هر زمان که به فروش رسید دیگر از وقف بودن خارج شود.

حتی اگر فرض کنیم بین وقف و جواز بیع منافات است و این دو به هیچ وجه قابل جمع نیستند این تنافی مربوط به صورتی است که بطن موجود آن را بفروشند و ثمن را به مصرف خودشان برسانند، اما اگر با ثمن حاصل از فروش وقف، ملک دیگری بخرند و آن را وقف کنند قطعاً هیچ تنافی بین جواز بیع وقف و هویت وقف وجود نخواهد داشت زیرا وقف همچنان استمرار پیدا کرده است و بیع باعث انقطاع آن نشده است.

فمعنی کونه حبسا ...، ص ۸۶، س ۹

نقد قسمت دوم کلام مرحوم محقق ثانی

مرحوم محقق ثانی در پاسخ از اشکال مستشکل فرمودند وقتی شرط جواز بیع توسط واقف باطل و مانع از تحقق وقف است، دیگر تحبیس و عقد حبس هم بر این فعل واقف صادق نخواهد بود.

این کلام ایشان هم اشکال دارد زیرا معیار حبس، در نوع وقف هم وجود دارد، حبس یعنی ممنوع بودن مُلّاک (حابس یا در صورت فوت او وارثانش) حق تصرف مالکانه به عنوان ملک طلق خودشان ندارند، در نوع وقف هم چنین است.

اما حبس شخص وقف یعنی همین موقوفه جزئی خارجی، لازمه وقف است و باید محقق شود زیرا وقتی یک وقف جزئی، مطلق و فاقد شرط باشد یعنی نه واقف شرط جواز بیع کرده بود و نه مجوزهای شرعی بیع وقف وجود داشت (نه واقف شرط جواز بیع کرده باشد نه شارع مجوز بیع داده باشد مثل خوف خراب) در این صورت باید حکم کنیم، مُلّاک نسبت به این وقف جزئی حق تصرف ندارند و این موقوفه محبوس (محافظت شده و ممنوع از تصرف) است.

فتأمل

مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ج ۲، ص ۳۵۳ می‌فرمایند: لعلّه إشارة إلى منع کون حبس الشخص من لوازم إطلاق الوقف بل من لوازم مفهومه. یعنی فتأمل نقد کلام ما قبل است که حبس شخص وقف، لازمه اطلاق وقف نیست بلکه لازمه مفهوم و ماهیت وقف است.

ثم إنه روی صحیحا فی الکافی ...، ص ۸۶، س ۱۳

دلیل سوم: وقف نامه امیر المؤمنین علیه السلام

سومین دلیل مرحوم شیخ انصاری بر جواز بیع وقف در صورت شرط واقف، روایتی از امام کاظم علیه السلام است که متن وقف نامه امیر المؤمنین علیه السلام را برای عبدالرحمن بن حجاج نقل فرموده اند. این روایت که حدود چهار صفحه در کتاب شریف کافی، ج ۷، ص ۴۹، حدیث هفتم آورده شده وقف نامه حضرت امیر علیه السلام را با این عبارات گزارش می دهد: بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ هَذَا مَا اَوْصٰی بِهِ وَ قَضٰی بِهِ فِی مَالِهِ عَبْدُ اللّٰهِ عَلِیُّ ابْنُ اَبِی تَالِبٍ وَ جِهَ اللّٰهِ لِیُوَلِّجَنِیْ بِهٖ الْجَنَّةَ وَ یَصْرِفَنِیْ بِهٖ عَنِ النَّارِ وَ یَصْرِفَ النَّارَ عَنِّیْ یَوْمَ تَبِیَضُ وُجُوهُ وَ تَسْوَدُ وُجُوهُ اَنْ مَا كَانَ لِیْ مِنْ مَالٍ یَبْنَعُ یَعْرِفُ لِیْ فِیْهَا ... ابتدا یک مقدمه جغرافیایی تاریخی اشاره می کنم:

مقدمه جغرافیایی تاریخی: آشنایی با ینبع

شهر ینبع در حدود ۲۰۰ کیلومتری غرب شهر مدینه در ساحل دریای سرخ و در شمال غربی عربستان واقع شده است. این شهر که به جهت چشمه ها و آبهای فراوان به این نام خوانده شده در سال دوم هجرت توسط مسلمانان فتح شد و امروزه منطقه پر رونق و دارای بندر تجاری است. در رابطه با مالکیت امیر المؤمنین علیه السلام بر قسمتهایی از ینبع نقل های مختلفی است، ابن شُبّه نُمیری (۱۷۳-۲۶۳ هـ ق) در تاریخ المدینه، ج ۱، ص ۲۱۹ می نویسد قسمتی از ینبع را خریدند.

حضرت امیر مخصوصا در دوره ۲۵ ساله بعد رحلت پیامبر صلی الله علیه و آله و قبل خلافتشان بسیار به این منطقه می آمدند و چاه ها و نخلستانهایی احداث فرمودند و همه آنها را وقف سادات به ویژه اولاد و نسل باقی مانده از حضرت زهرا علیها السلام نمودند. جمعی از سادات از نسل امام حسن مجتبی علیه السلام و بعض اولاد امیر مؤمنان علیه السلام در این مکان مدفون هستند.

امیر المؤمنین علیه السلام ملک هایی را در در منطقه ینبع وقف فرمودند و متن وقف نامه را اینگونه تنظیم نمودند که قسمتهایی از آن را مرحوم شیخ انصاری در مکاسب نقل کرده اند که در بعض فقرات آن حضرت با صراحت می فرماید امام حسن مجتبی علیه السلام مجازند قسمتی از این موقوفات را بفروشند و برای خودشان تملک کنند. ظاهر این روایت دلالت می کند واقف می تواند بیع وقف را شرط کند و در این صورت بطن موجود مجاز به فروش هستند حتی برای استفاده خودشان چه رسد به اینکه بخواهند ثمن حاصل از بیع را در منافع جمیع بطون (بطن حاضر و بطون آینده) صرف کنند و موقوفه را تبدیل کنند. سند این روایت، صحیح است، تأویل بردن آن و ادعای اینکه مربوط به وقف نیست بلکه مربوط به صدقه است مشکل می باشد. * و عمل به این روایت اشکل است. (برای کسانی که قائل به ممنوعیت بیع وقف هستند اشکل است. همچنین عمل به این روایت و مجاز دانستن استفاده از ثمن صرفا برای بطن موجود اشکل است.)

الصورة السابعة: أن یؤدی ...، ص ۸۸، س ۴

صورت هفتم: خوف خراب

هفتمین صورت از صور ده گانه بیع وقف آن است که اگر نفروشد، نگه داشتن موقوفه منجر به خراب شدن آن می شود، چه علم و یقین داشته باشند که خراب می شود چه اطمینان داشته باشند.

منجر شدن به خرابی هم ممکن است به جهت اختلاف بین موقوف علیهم باشد که رسیدگی نمی کنند یا به جهت دیگری مثل کهنه شدن باشد. اما این خرابی قطعی یا اطمینانی سه حالت دارد:

حالت اول: خرابی ای که دیگر نفع قابل اعتنایی ندارد

حالت دوم: خرابی ای که صرفا درآمد موقوفه را کمتر کند

حالت سوم: می توان در جهت دیگر استفاده کرد با درآمد مساوی قبل خرابی یا بیشتر

در صورت سوم قطعا بیع جایز نخواهد بود مگر بنا بر مبنای مرحوم صاحب جواهر که معتقدند تغییر عنوان باعث جواز بیع وقف می شود. این مدعای ایشان در جلسه ۸۶ توضیح داده شد و سه اشکال مرحوم شیخ انصاری بر آن هم تبیین شد.

در عباراتی که سابقا نقل شد جمعی از فقها به صورت مطلق، خوف خراب را سبب جواز بیع می دانستند چه منشأ اختلاف موقوف علیهم باشد چه غیر آن و بعضی فقط در صورتی که منشأ خرابی، اختلاف بین موقوف علیهم باشد بیع را تجویز می کردند.

مرحوم شیخ انصاری نظر خودشان نسبت به صورتهای هفتم تا دهم را پس از بیان صورت دهم توضیح می دهند.

صورت هشتم: وقوع اختلاف و خوف تلف مال یا نفس

علت فروش وقف، خوف ناشی از نزاع و تلف اموال (غیر از وقف) یا نفوس است حتی اگر تلف اموال و نفوس قطعی یا اطمینانی نباشد.

بعضی از فقهاء در این صورت قائل به جواز بیع هستند مخصوصا کسانی که از معیار جواز بیع تعبیر می‌کردند به خوف خراب، زیرا تعبیر خوف خراب هم شامل خرابی معلوم و مظنون می‌شود هم شامل خرابی محتمل و مشکوک، پس اینان وقوع اختلاف بین موقوفه علیهم و عدم ایمنی از تلف اموال و نفوس را عامل جواز بیع می‌دانند چه معلوم باشد چه مظنون چه محتمل و چه مشکوک.

صورت نهم: اختلاف منجر به ضرر عظیم

نهمین صورت این است که اختلاف بین موقوف علیهم منجر به ضرر عظیم شود، لازم نیست حتما ضرر در اموال موقوف علیهم واقع شود حتی لازم نیست ضرر در خصوص مال موقوفه اتفاق بیافتد بلکه همین که موقوف علیهم از جانب اختلاف در موقوفه مبتلا به ضرر بزرگ در عرض و آبرو یا موقعیت اجتماعی یا اموال یا نفوس بشوند باید بررسی کنیم که موجب جواز بیع می‌شود یا نه؟

صورت دهم: اختلاف منجر به تلف انفس

اختلاف بین موقوف علیهم باعث فتنه‌ای شود که بعض موقوف علیهم ریختن خون یکدیگر را مباح بشمارند.

حکم حالت اول صورت هفتم (جواز بیع)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در صورت هفتم فقط در حالت اول بیع جایز است که نفروختن موقوفه منجر به خرابی‌ای شود که عرفا از انتفاع خارج شود چه این خرابی به جهت اختلاف بین ارباب وقف (موقوف علیهم) باشد چه علت دیگری داشته باشد و در دو حالت دیگر صورت هفتم و صورتهای هشتم تا دهم بیع وقف جایز نیست.

برای حکم به جواز در حالت اول صورت هفتم سه دلیل ارائه می‌دهند، دلیل اول از خودشان است و دلیل دوم و سوم را نقد می‌فرمایند. **دلیل اول:** مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند دلیل بر جواز، همان دلیلی است که در صورت اول از صور ده‌گانه بیع وقف بیان شد. ایشان در جلسه ۷۹ دو وجه برای حکم به جواز بیان فرمودند وجه اول نقد أدله مخالفان حکم به جواز بود وجه دوم بیان یک دلیل عقلی. مقتضی جواز بیع موجود است و مانعی برای جواز بیع وقف در صورت مذکور تصویر نمی‌شود مگر از سه جهت که هیچ کدام مانعیت ندارند: **جهت اول: حق واقف.** حق واقف که استمرار وقف و بهره‌مندی اخروی او و تأمین غرض دنیایی او برای موقوف علیهم است فقط با بیع حاصل می‌شود زیرا برای موقوفه‌ای که خرابی، آن را از انتفاع عقلائی خارج می‌کند دو راه وجود دارد:

الف: موقوفه را نفروشیم که در این صورت هم انتفاع از شخص و عین موقوفه از بین می‌رود هم اصل و نوع وقف متوقف و قطع می‌شود. **ب:** موقوفه را نفروشیم و تبدیل به عین دیگری کنیم تا وقف استمرار یابد که در این صورت غرض اخروی و دنیوی واقف تأمین می‌شود. روشن است که راه دوم اولی است و نه تنها منافاتی با غرض واقف و حق او ندارد بلکه تأمین کننده غرض و حق واقف است.

جهت دوم: أدله شرعی. ممکن است گفته شود اجماع و روایات مخالف بیع هستند. پاسخ این است که اجماع وجود ندارد زیرا بعض فقهاء قائل به جواز بیع‌اند، روایات هم از این صورت انصراف دارند یعنی روایاتی که بیع وقف را ممنوع کرده‌اند شامل این صورت نمی‌شوند. **جهت سوم: حق موقوف علیهم.** حق موقوف علیهم نیز مانع بیع در صورت مذکور نیست زیرا فرض این است که با بیع، خود موقوف علیهم هستند و آنان هم راضی هستند، بطن موجود که با رضایت خودش انجام می‌دهند بطون متأخر هم نماینده‌شان حاکم شرع و فقیه جامع الشرائط به عنوان ناظر عام یا متولی به عنوان ناظر خاص حاضرند که باید راضی باشند.

بله در دو صورت به جهت تضييع حق موقوف علیهم فتوای به جواز بیع مشکل است: ۱. بین فروش وقف و تبدیل آن به عین دیگر زمان زیادی فاصله شود و موقوف علیهم از درآمد وقف بی بهره بمانند. ۲. تبدیل وقف منفعتش برای موقوف علیهم کمتر از ابقاء وقف باشد. بنابراین واجب است در صورت جواز بیع، فروختن را تا آخرین زمانی که امکان انتفاع از موقوفه هست به تأخیر اندازند البته به اندازه‌ای که از قابلیت فروش و تبدیل ساقط نشود.

البته اگر استفاده کردن از موقوفه تا آخرین زمان ممکن باعث شود دیگر فروش آن ممکن باشد نسبت به اینکه می‌توانند زودتر اقدام به فروش وقف کنند یا خیر تأمل و اشکال است.

اگر امر دائر باشد بین اینکه بفروشند و تبدیل کنند یا اینکه چند ماه یا چند سال موقوف علیهم از درآمد موقوفه استفاده نکند و آن را جمع کنند تا خرج تعمیر موقوفه کنند، حق چه کسی مقدم است؟ بطن موجود یا بطون آینده و واقف؟

می‌فرمایند اگر واقف در وقف شرط کرده که چند سال یک بار، درآمد صرف تعمیر شود همان انجام شود و الا باید حق بطنی را رعایت نمود که از منافع محروم می‌شوند.

تحقیق:

مرحوم آخوند در حاشیه‌ی مکاسب، ص ۱۱۳ اشاره می‌کنند به مسأله صدقه و آن را نقد می‌کنند که مراجعه بفرمایید.

شرط ۲ عوضین: ملکیت/طلق بودن/مسأله ۱: بیع وقف/مرحله ۳: تحقیق شیخ/قسم ۱: وقف مؤبد/مطلب ۲: صور ۱۰ گانه/صور ۷ تا ۱۰ ۲۳۹
جلسه ۹۳ (چهارشنبه، ۱۴۰۲/۰۲/۲۱) بسمه تعالی

و قد یستدل علی الجواز ... ص ۹۰، س ۱۴

جلسه قبل گفتیم برای حکم حالت اول صورت هفتم سه دلیل را بررسی می‌کنند. دلیل اول کلام خود مرحوم شیخ انصاری بود.
دلیل دوم: کلام مرحوم فاضل مقداد

کلام مرحوم فاضل مقداد متشکل از صغری، کبری و نتیجه است:

صغری: إبقاء وقف بر حالتی که مشرف به خرابی و خروج از انتفاع است، اتلاف مال است.

کبری: هر گونه اتلاف مال، حرام است.

نتیجه: إبقاء وقف بر حالتی که مشرف به خرابی و خروج از انتفاع است، حرام است. پس: بیع جائز است.

نقد دلیل دوم:

به این دلیل دو اشکال وارد شده که مرحوم شیخ انصاری اشکال اول را وارد نمی‌دانند.

قبل از بیان این دو اشکال، سه مقدمه کوتاه فقهی اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اصولی اول: آیا مقدمه حرام، حرام است؟

در اصول فقه مرحوم مظفر خوانده‌ایم که مقدمه واجب، واجب است، اما آیا مقدمه حرام هم حرام است؟
بین اصولیان اختلافی وجود دارد. مرحوم آخوند در کفایه می‌فرمایند غالب مقدمات حرام، حرام نیستند زیرا امکان دارد با وجود انجام مقدمات، فعل حرام محقق نشود. *

مرحوم شهید صدر هم بین جزء اخیر علت تامه و غیر از آن تفاوت می‌گذارند. **

مقدمه اصولی دوم: آیا نهی از شیء مقتضی امر به ضد است؟

در اصول فقه مرحوم مظفر خواندیم که امر به شیء مقتضی نهی از ضد نیست چه ضد عام چه ضد خاص. ***
اما طبق نظر کسانی که معتقدند امر به شیء مقتضی نهی از ضد است آیا نهی از شیء هم مقتضی امر به ضد است؟ بعضی چنین عقیده‌ای دارند.

مقدمه فقهی: معنای جواز در اصطلاح فقهی

کلمه "جواز" در فقه و استعمالات حکم شرعی تکلیفی دو کاربرد دارد:

الف: جواز بالمعنی الأخص. که مقصود اباحه است.

ب: جواز بالمعنی الأعم. که مقصود اعم از وجوب، استحباب، اباحه و کراهت است. (یعنی هر حکمی که قابلیت اتیان در آن وجود داشته باشد چه اتیان الزامی که وجوب است و چه به نحو غیر الزامی که استحباب، اباحه و کراهت است)

با توجه به این مقدمات سه‌گانه به بررسی اشکال اول می‌پردازیم.

اشکال اول:

مرحوم تستری به مرحوم فاضل مقداد اشکال کرده‌اند که نتیجه استدلال شما باید وجوب بیع باشد نه جواز بیع.

توضیح اشکال این است مرحوم فاضل مقداد فرمودند نفروختن وقف در معرض خرابی مقدمه تلف مال است و تلف مال حرام است، لذا مقدمه حرام، حرام است، حال که نفروختن حرام است پس ضد آن که بیع و فروختن باشد باید واجب شمرده شود نه اینکه ایشان بفرمایند بیع جائز است.

نقد اشکال اول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند چه بسا مقصود مرحوم فاضل مقداد از جواز بیع، جواز بالمعنی الأعم باشد که شامل واجب هم می‌شود لذا شاید بیع را واجب بدانند.

پس اشکال مرحوم تستری وارد نیست اما باز هم استدلال مرحوم فاضل مقداد باطل است.

اشکال دوم:

اشکالی که مرحوم شیخ انصاری به دلیل دوم وارد می‌دانند اشکال به تطبیق کبری بر صغری است و می‌فرمایند محل بحث ما مصداق إضاعة و اتلاف مال نیست زیرا اتلاف بدون سلطه بر مال تحقق پیدا نمی‌کند. وقتی موقوف علیه مسلط بر مال نیستند به این معنا که ملک طلق آنان باشد و به هرگونه که بخواهند رفتار کنند، لذا رسیدگی نکردن به چنین مالی اتلاف مال نیست و شاهدش این است که

اگر رسیدگی به موقوفه واجب باشد یا عدم رسیدگی به آن حرام باشد باید فقهاء قبل اینکه فتوا به جواز بیع بدهند فتوا به وجوب تعمیر وقف‌های مشرف به خراب بدهند در حالی که احدی از فقها از جمله مرحوم فاضل مقداد فتوا نمی‌دهند که تعمیر موقوفه واجب است.

(البته اگر واقف شرط کرده باشد از درآمد موقوفه، وقف را تعمیر کنند تکلیف روشن است و باید انجام شود)

ضعف استدلال مذکور طبق مبنای کسانی که اجازه می‌دهند بطن موجود به تنهایی از ثمن حاصل از بیع وقف استفاده کنند روشن تر است زیرا با اینکه جواز بیع وقف باعث اتلاف وقف و تضییع حق بطون متأخر می‌شود اما با این وجود به استدلال مرحوم فاضل مقداد توجه نکرده‌اند و فتوای به جواز بیع داده‌اند.

دلیل سوم: کلام جمعی از فقها

مرحوم علامه حلی، مرحوم ابن براج و مرحوم صیمری برای اثبات جواز بیع در حالت اول صورت هفتم فرموده‌اند غرض از وقف، استیفاء و بهره‌برداری منافع (برای واقف به صورت اخروی و برای موقوف علیهم به صورت دنیوی) است و تحصیل و محقق کردن غرض واقف بر موقوف علیهم لازم است لذا وقتی که تحقق منافع متعذر و در معرض تلف قرار گرفت، بیع وقف و تبدیلیش به عین دیگر جایز خواهد بود تا از تضییع غرض جلوگیری شود.

مثال فقهی: قبل بیان کردن مثال مرحوم علامه حلی یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم.

مقدمه فقهی: اقسام حج و حکم قربانی

در لمعه خوانده‌ایم حج بر سه قسم است: تمتع، قران و افراد. حج تمتع وظیفه کسانی است که از محدوده ۴۸ میل یا ۸۶ کیلومتری شهر مکه دورتر زندگی می‌کنند لذا اکثریت مسلمانان وظیفه شرعی‌شان حج تمتع است. کسانی که داخل محدوده مذکور زندگی می‌کنند مخیرند بین حج قران و افراد.

حج قران آن است که حاجی مقارن با محرم شدن قربانی همراه کند که اگر شتر باشد با إشعار (خراش دادن کوهان و مالیدن خون مختصر آن به کوهان) و اگر گوسفند باشد با تقلید (آویزان کردن کفشها و نعلینی از حاجی با نخ به گردن گوسفند) علامتگذاری کنند که این حیوان قربانی است. این قربانی در بعض موارد باید در منی و در بعض موارد رد مکه ذبح شود.

مثال فقهی این است که اگر قربانی همراه حاجی در بین راه مریض شود و به منی یا مکه نرسد حاجی می‌تواند هر جا که هست حیوان را قربانی کند. پس غرض شارع تعلق گرفته بود به هدی و قربانی، و حال که رساندن آن به مکه یا منی متعذر شده شارع اجازه داده در محل دیگر و همان جایی که حیوان مریض شده آن را ذبح کند و محل و مکان خاص مراعات نشود. در ما نحن فیه هم غرض واقف به استیفاء منافع تعلق گرفته، حال که استیفاء منافع از شخص وقف متعذر شده پس مجاز خواهیم بود غرض واقف را با بیع و تبدیل به وقف دیگر استیفاء کنیم.

نقد دلیل سوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید دلیل سوم تمام نیست زیرا غرض واقف صرف استیفاء منافع نیست بلکه غرض واقف استیفاء از شخص همین موقوفه بوده است که در وقف‌نامه معین کرده، وقتی این موقوفه معین هم در معرض خرابی است باعث می‌شود با از بین رفتن موقوفه، غرض واقف هم از بین برود و مراعاتش لازم نباشد، (واقف اگر می‌خواست می‌توانست در متن وقف پیش بینی کند در صورت خرابی، مقداری از درآمد را صرف تعمیر موقوفه نمایند). پس اینکه مرحوم علامه فرمودند غرض واقف باید استیفاء شود و اگر با شخص وقف ممکن نبود با نوع وقف و تبدیل به عین دیگر باید استیفاء شود کامل نیست و ایشان ابتدا باید ثابت کنند مراعات غرض واقف لازم است.

پس اولی استدلال اول است که ابتدا باید وجود مقتضی بیع وقف را ثابت نمود سپس بگوییم غرض و حق واقف یا موقوف علیهم یا أدله شرعیه مانع از اقتضاء بیع نیستند. با این توضیح که وقتی شرائط عقد، متعاقدين و عوضین وجود داشته باشد بیع جایز است و در این وقف شرائط وجود دارد فقط بحث از مانع مطرح است که آیا حق واقف و غرض او مانع از جواز بیع هست یا نه؟ که در دلیل اول ثابت کردیم حق واقف، أدله شرعیه و حق موقوفه علیهم مانع از جواز بیع نیستند. پس کلام مرحوم علامه حلی مقتضی جواز بیع را ثابت نکرد بلکه مؤید آن بود یعنی مانع از اقتضاء را رفع کرد.

دیروز سالروز تخریب قبول ائمه بقیع علیهم السلام توسط یک گروه اندک منحرف و تکفیری پیرو محمد بن عبد الوهاب و ریزه خوارهای عقائد تکفیری امثال ابن تیمیة و ابن قیم در ۸ شوال ۱۳۴۴ هجری قمری مطابق با ۳۱ فروردین ۱۳۰۵ هجری شمسی بود. یکی از عقائد باطل و انحرافی آنان که مورد انکار عموم مسلمانان از جمله عالمان و بزرگان اهل سنت است مسأله جواز زیارت قبور اولیاء الله است. محمد بن عبدالله بخاری از عالمان تراز اول اهل سنت که خیلی از علماء شان نسبت به کتاب او با عنوان "الصحيح" تعبیر می کنند اصح کتب بعد کتاب الله است در شهر سمرقند کشور ازبکستان دارای بارگاه مفصلی است و محل زیارت اهل سنت است. در عداوت و هابیت تکفیری با اهل بیت علیهم السلام همین بس که امثال این بارگاهها را منفجر نمی کنند اما بارگاه حرمین امامین عسکرین علیهما السلام را منفجر می کنند یا ساختمان و بارگاه ائمه بقیع را تخریب می کنند. در هر صورت اصل عقیده زیارت مورد قبول عامه مسلمانان است.

ابن حبان از عالمان بزرگ اهل سنت متوفای ۳۵۴ هجری قمری که در روستای بُست افغانسان به دنیا آمده و مدفون شده و در شهرها و ممالک مختلف اسلامی به کسب علم و حدیث پرداخته و در برهه‌ای هم در خراسان قاضی بوده است و آراء او در توثیق و تضعیف راویان اهل سنت محور قبول و رد روایات اهل سنت است (رجل الجرح و التعديل) و در کتاب المجروحین نام امام رضا علیه السلام را به عنوان یکی از افرادی که روایاتش باید کنار گذاشته شود و فرد ضعیفی است یاد می کند و می نویسد:

"علي بن موسى الرضا يروي عن أبيه العجائب ... أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أكل رمانة حتى يشمها أنار الله قلبه أربعين ليلة ... (المجروحين، ۲، ص ۱۰۶) [جالب است که وقتی ابن حبان در این کتاب در کیفیت شهادت حضرت می نویسد: "وقد سم من ماء الرمان وأسقى قلبه المأمون" محقق این کتاب به نام محمود ابراهیم زاید که در سعودی به چاپ رسیده در پاورقی می نویسد: "أورد ابن حبان الخبر مقطوعاً به وفي اصطلاح علماء الحديث لا يقطع بخبر هذا القتل إلا برؤية أو شهادة وهو لا يملك من هذا سوى الظن وإلا فكيف ثبت لديه أن المأمون فعل ذلك أو أمر به."]

اما در کتاب الثقات از ابن میناش عدول می کند و به نکته جالبی در عظمت زیارت امام رؤوف اشاره می کند و می نویسد:
"علي بن موسى الرضا وهو علي بن موسى بن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب أبو الحسن من سادات أهل البيت وعقلائهم وجلة الهاشميين ونبلائهم يجب أن يعتبر حديثه إذا روى عنه غير أولاده وشيعته وأبي الصلت خاصة فإن الأخبار التي رويت عنه وتبين بواطيل إنما الذنب فيها لأبي الصلت ولأولاده وشيعته لأنه في نفسه كان أجل من أن يكذب ومات علي بن موسى الرضا بطوس من شربة سقاء إياها المأمون فمات من ساعته وذلك في يوم السبت آخر يوم سنة ثلاث ومائتين وقبره بسنا باذ خارج النوقان مشهور بزار بجنب قبر الرشيد قد زرته مراراً كثيرة وما حلت بي شدة في وقت مقامى بطوس فزرت قبر علي بن موسى الرضا صلوات الله على جده وعليه ودعوت الله إزالتها عنى إلا أستجيب لى وزالت عنى تلك الشدة وهذا شيء جربته مراراً فوجدته كذلك أماننا الله على محبة المصطفى وأهل بيته صلى الله عليه وسلم الله عليه وعليهم أجمعين." (الثقات، ج ۸، ص ۴۵۶)

تحقیق:

* عبارت مرحوم آخوند در **کفایة الأصول**، ص ۱۲۸:

لا شبهة في أن مقدمة المستحب كمقدمة الواجب ، فتكون مستحبة - لو قيل بالملازمة - وأما مقدمة الحرام والمكروه فلا تكاد تتصف بالحرمة أو الكراهة ، إذ منها ما يتمكن معه من ترك الحرام أو المكروه اختياراً ، كما كان متمكناً قبله ، فلا دخل له أصلاً في حصول ما هو المطلوب من ترك الحرام أو المكروه ، فلم يترشح من طلبه طلب ترك مقدمتهما ، نعم ما لا يتمكن معه من الترك المطلوب ، لا محالة

يكون مطلوب الترك ، ويترشح من طلب تركهما طلب ترك خصوص هذه المقدمة ، فلو لم يكن للحرام مقدّمة لا يبقى معها اختيار تركه لما اتصف بالحرمة مقدّمة من مقدماته.

****** عبارت مرحوم شهيد صدر در **دروس في علم الاصول** (حلقات)، ج ٢، ص ٢٥٥: مقدمات الحرام فهى على قسمين:

أحدهما : ما لا ينفك عنه الحرام ، ويعتبر بمثابة العلة التامة ، أو الجزء الاخير من العلة التامة له ، كالفاء الورقة فى النار الذى يترتب عليه الاحتراق.

والقسم الاخر : ما ينفك عنه الحرام ، وبالامكان أن يوجد ومع هذا يترك الحرام.

فالقسم الأول من المقدمات يتصف بالحرمة الغيرية ، دون القسم الثانى ، لأن المطلوب فى المحرمات ترك الحرام ، وهو يتوقف على ترك القسم الأول من المقدمات ، ولا يتوقف على ترك القسم الثانى.

ومقدمات المكروه كمقدمات الحرام.

****** عبارت مرحوم مظفر در **اصول الفقه**، ج ١، ص ٢٩٩ (مبحث ضد در غير مستقلات عقليه):

إن القول باقتضاء الأمر بالشيء للنهي عن ضده الخاص يبتني و يتفرع على القول باقتضائه للنهي عن ضده العام. و لما ثبت حسب ما تقدم أنه لا نهى مولوي عن الضد العام فبالطريق الأولى نقول إنه لا نهى مولوي عن الضد الخاص لما قلنا من ابتناؤه و تفرعه عليه. و على هذا فالحق أن الأمر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده مطلقا سواء كان عاما أو خاصا.

شرط ۲ عوضین: ملکیت/ طلق بودن/ مسأله ۱: بیع وقف/ مرحله ۳: تحقیق شیخ/ قسم ۱: وقف مؤبد/ مطلب ۲: صور ۱۰ گانه/ صور ۷ تا ۱۰ ۲۴۳
جلسه ۹۴ (شنبه، ۱۴۰۱/۰۲/۲۴) بسمه تعالی

و أمّا المنع فی غیر ...، ص ۹۲، س ۸

حکم حالت دوم صورت هفتم

صورت هفتم سه حالت داشت، حالت اول که خوف خرابی و عدم انتفاع بود فرمودند بیع جائز است، نسبت به حالت سوم هم که جای بحث نیست که بیع جایز نمی‌باشد. نسبت به حالت دوم صورت هفتم و صور ۸ تا ۱۰ نظر مرحوم شیخ انصاری عدم جواز بیع است به همین أدله چهارگانه‌ای که در اینجا مطرح می‌فرمایند.

حالت دوم صورت هفتم مربوط به خوف خرابی وقف بود به نحوی که انتفاع از وقف کم شود نه اینکه از انتفاع ساقط شود. در این رابطه به دو قول اشاره می‌کنند:

قول اول: عدم جواز بیع (شیخ)

مرحوم شیخ انصاری قائل به عدم جواز بیع‌اند به چهار دلیل که سه دلیلش روایاتی است که ابتدای بحث بیع وقف در جلسه ۶۶ گذشت: دلیل اول: فرمایش امام هادی علیه السلام در روایت علی بن راشد که فرمودند شراء وقف جایز نیست و غله حاصل از زمین وقفی که خریده است را هم مالک نیست. اما هادی علیه السلام از علی بن راشد سؤال فرمودند آیا وقتی زمین وقفی را که خریدی علم داشتی به اینکه خرید این وقف از موارد جواز شرعی است یا خیر؟ (تا فعل بایع را حمل بر صحت کنیم و بگوییم إن شاء الله بیع این وقف از موارد جواز بیع وقف بوده است) لذا فرمایش حضرت دلالت می‌کند بر اینکه بیع وقف تا زمانی که غله و منفعت دارد جایز نیست.

دلیل دوم: فرمایش امام حسن عسکری علیه السلام در مکاتبه صفار که فرمودند در وقف باید مطابق نیت واقف عمل نمود و روشن است که تا زمانی که موقوفه منفعت دارد مجوزی برای بیع وقف و تخلف از وقف و وقف‌نامه وجود ندارد.

دلیل سوم: وقف‌نامه امیر المؤمنین علیه السلام نسبت به منزلی که در بنی زریق مالک بودند و فرمودند آن را وقف می‌کنم که فروخته نشود و هدیه داده نشود تا به وارث آسمان و زمین برسد کنایه از اینکه بیع آن توسط موقوف علیهم صحیح نیست.

دلیل چهارم: تمسک به استصحاب. روشن است که الأصل دلیل حیث لا دلیل، و با وجود سه دلیل لفظی بر منع از بیع وقف در محل بحث نوبت به استصحاب و اصل عملی نمی‌رسد لکن اگر کسی سه دلیل قبلی را قبول نکند استصحاب عدم جواز بیع را مطرح می‌کنند. زمانی که واقف ملکش را وقف کرد یقین داشتیم بیعش جایز نبود، حال که منفعتش کم شده شک داریم آیا بیعش جایز است یا خیر؟ عدم جواز بیع را استصحاب می‌کنیم.

قول دوم: جواز بیع

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند کسانی که در حالت دوم صورت هفتم و سایر صور ۸ تا ۱۰ معتقد به جواز بیع‌اند تنها دلیلشان مکاتبه علی بن مهزیار با امام جواد علیه السلام است.

استدلال به مکاتبه ابن مهزیار

ابن مهزیار دو سؤال از امام جواد به صورت نامه‌نگاری پرسیده است.

سؤال اول: فردی زمینی را وقف کرده، یک پنجم آن را برای حضرت وقف کرده سؤال این است که آیا می‌تواند سهم حضرت را بفروشد و پولش را بری حضرت بفرستد، یا خودش بردارد و پولش را برای حضرت بفرستد یا وقف را همچنان حفظ کند؟

حضرت جواب فرمودند که سهم من را یا بفروش و پولش را بفرست یا خودت بردار و پولش را بفرست.

سؤال دوم: دوباره می‌پرسد بین موقوف علیهم اختلاف شدیدی رخ داده و از بالاگرفتن اختلاف بین موقوف علیهم بعد واقف ایمن نیست، آیا مجاز است که سهم آنها را هم بفروشد و به هر کدام به اندازه سهمش از پول آن بپردازد؟

حضرت فرمودند اگر بیع به نفع آنان و رافع اختلاف است بفروش، چه بسا اختلاف، سبب تلف اموال و نفوس شود.

جمله محل استدلال این است که حضرت فرمودند: "فلیبع، فإنّه ربما جاء فی الإختلاف تلف الأموال و النفوس"

مستدل با ضمیمه چند نکته، جواز بیع را نتیجه می‌گیرد:

الف: جمله "فإنّه ربما ..." در مقام تعلیل برای حکم جواز بیع است.

ب: مقصود از "اموال" در جمله مذکور خصوص وقف است نه همه اموال مردم. یعنی اختلاف موقوف علیهم سبب تلف وقف می‌شود.

ج: ضمیمه "نفوس" با واو به "اموال" نه به جهت لزوم وجود هر دو برای جواز بیع بلکه تلف هر کدام مستقلاً مجوز بیع وقف خواهد بود.

د: تعبیر "تلف" هم شامل سقوط وقف از منفعت می‌شود هم شامل کم شدن منفعت می‌شود.

نتیجه: حاصل تعلیلی که امام جواد علیه السلام برای جواز وقف بیان فرمودند این است که هر زمان وقف به جهت اختلاف بین موقوف علیهم در معرض خرابی و کم شدن منفعت بود بیعش جائز است.

نقد استدلال به مکاتبه

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید استدلال مذکور سه تالی فاسد و سه لازمه دارد که احدی از فقها از جمله مستدل، قائل نیستند لذا جمله مذکور نمی‌تواند بیع در محل بحث را تجویز کند.

تالی فاسد اول: کلمه "ربما" به معنای "چه بسا" در ادب عربی و استعمالات عرفی در چهار حالت قابل بکارگیری است: چه جایی که علم دارد به وقوع شیء، یا ظن و اطمینان دارد یا شک (احتمال مساوی) دارد یا وهم (احتمال مرجوح مثل ۱۰ درصد) دارد در تمام این موارد می‌توان گفت چه بسا چنین شود. حال طبق توضیح مستدل باید بگوییم حتی با احتمال ضعیف و ده درصدی کم شدن منافع موقوفه، بیعش جائز است در حالی که احدی چنین فتوایی نمی‌دهد. علاوه بر اینکه در محل بحث فقها تعبیری همچون "خوف خراب" بکار می‌بردند و معلوم است که خوف خراب شامل احتمال ۱۰ درصدی نمی‌شود چنانکه در وجوب افطار تعبیر می‌کنند به خوف ضرر از روزه گرفتن یا در وجوب تیمم تعبیر می‌کنند به خوف ضرر آب برای پوست و از وجوب ترک سفر تعبیر می‌کنند به خوف هلاکت، این کاربردهای خوف نشان می‌دهد مقصود احتمال ده درصدی نیست بلکه زمانی است که بر اساس یک اماره و تشخیص یک پزشک عادل و کارشناس خبره چنین احتمال و خوفی برای او پیدا شود که بتواند روزه و وضو را ترک کند.

تالی فاسد دوم: تعبیر تلف در عرف دلالت دارد بر سقوط وقف از فائده، نه کم شدن فائده، عرف به قلت فائده تلف نمی‌گوید. آیا مستدل تعبیر تلف را در کم شدن فائده بکار می‌برد؟ مثلاً ده سال از عمر ماشین گذشته و قدرت موتورش اندکی کم شده آیا مستدل در این صورت می‌گوید ماشین تلف شده؟

تالی فاسد سوم: قبل از بیان آن یک مقدمه اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: معنای العلة تعمّم و تخصّص

یکی از جملات و قواعد پرکاربرد در فقه و اصول تعبیر "العلة تعمّم و تخصّص" است. این جمله از دو قسمت تشکیل شده:

الف: العلة تعمّم. یعنی هرگاه علت یک حکم بیان شد، طبیعتاً هر جا علت باشد حکم و معلول هم به دنبال آن خواهد رفت زیرا در فلسفه ثابت شده تفکیک بین علت و معلول ممکن نیست، به عبارت دیگر امکان ندارد علت محقق شود اما معلول نیاید. پس بیان علت، می‌تواند دائره موضوع حکم را توسعه و تعمیم دهد.

ب: العلة تخصّص. یعنی هرگاه علت یک حکم بیان شد، این علت ممکن است موضوع حکم را محدود کند و بعض افراد آن را تخصیص بزند و جدا کند.

مثال: لا تأکل الرمان لأنه حاض. تعلیل "لأنه حامض" باعث تعمیم در موضوع حکم لا تأکل شود، یعنی خوردن هر خوراکی ترش ممنوع است چه انار ترش چه مثلاً آلبالو ترش و ... همچنین ذکر علت "لأنه حامض" باعث می‌شود انار که موضوع حکم لا تأکل است محدود شود به انار ترش یعنی خوردن انار شیرین اشکالی ندارد.

اشکال سوم مرحوم شیخ انصاری این است که جمله "ربما ..." نمی‌تواند علت حکم باشد زیرا در این صورت حکم جواز بیع باید به تمام مواردی که علت وجود دارد تعمیم داده شود یعنی هر زمان و هر جایی که مالی از سایر اموال غیر وقفی مردم در معرض تلف و کم شدن فائده قرار گرفت می‌توان این موقوفه را فروخت و مانع از تلف آن مال شد. مثال: زید به عمرو بدهکار است و نمی‌تواند بدهی خود را بپردازد و عمرو می‌گوید اگر بدهی را نپردازی خانهات را آتش می‌زنم، بر اساس قانون "العلة تعمّم" باید مستدل بگوید علت، که اختلاف موجب تلف مال باشد محقق شده پس می‌توان این موقوفه را فروخت و بدهی زید را پرداخت کرد تا از تلف اموال زید جلوگیری کنیم.

آیا مستدل یا احدی از فقهاء حاضر است چنین فتوایی دهد؟

نتیجه اینکه بیع وقف در حالت دوم از صورت هفتم جایز نیست.

حکم صورت هشتم

صورت هشتم وقوع اختلاف و خوف تلف مال یا نفس بود. در این رابطه هم دو قول است:

قول اول: عدم جواز بیع (شیخ)

مرحوم شیخ انصاری با استناد به چهار دلیلی که حالت دوم صورت هفتم را ممنوع از بیع دانستند، اینجا هم حکم می کنند به عدم جواز.

قول دوم: جواز بیع

بعضی معتقدند بیع در صورت هشتم مجاز است با استدلال به مکاتبه علی بن مهزیار که دیروز توضیح داده شد.

توضیح استدلال: مکاتبه می گوید بیع وقف با دو قید مجاز است:

۱. وجود اختلاف. این قید با صراحت در روایت بیان شده است که "إن کان قد علم الإختلاف"

۲. اختلاف مقید به این قید که منجر به خوف از تلف مال یا نفس شود. (ربما جاء فی الإختلاف تلف الاموال و النفوس) این قید به عنوان علت بیان شده که سبب می شود آن تعبیر "الاختلاف" قبلی مقید و محدود شود به حالت تلف اموال و نفوس زیرا العلة تخصص. مقصود از العلة تخصص، ضمن مقدمه ای در جلسه قبل توضیح داده شد. یعنی ذکر علت (ربما ...) باعث می شود معلول (یا همان اختلاف) مقید شود به وجود خوف تلف و سایر اختلافاتی که خوف تلف در آنها نیست خارج شود.

نقد استدلال قول دوم

مرحوم شیخ انصاری دو اشکال را وارد می دانند:

اشکال اول: اگر ذیل روایت (ربما ...) علت است و می گوید اختلاف منجر به تلف اموال و نفوس مجوز بیع وقف است، پس العلة تعمم می گوید هر جا اختلاف منجر به تلف اموال و نفوس باشد بیع وقف جائز است. طبق این کلام شما باید بگویید حتی اگر اختلاف بین غیر از موقوف علیهم موجب تلف مال یا نفس شود بیع وقف جائز است. اگر زید به عمرو بدهکار است (و هر دو ارتباطی به وقف ندارند) و نمی تواند بدهی را بپردازد و عمرو او را تهدید به قتل کرده، در این صورت باید فتوا دهید این موقوفه فروخته شود و بدهی عمرو پرداخت شود در حالی که احدی از فقهاء چنین فتوایی نمی دهد.

اشکال دوم: (اللهم إلا ان یقال) اگر برای فرار از اشکال اول بگویید ذیل روایت علت نیست بلکه صرفاً حکمت جواز بیع به خاطر اختلاف را بیان می کند، (لکن تقييد الاختلاف) می گوئیم پس اختلاف مجوز بیع وقف، مقید به خوف تلف نیست لذا هر اختلافی مجوز بیع وقف است یعنی با کمترین اختلاف بین موقوف علیهم، بیع وقف جائز است، در حالی که مشهور فقهاء مخالف این حکم فتوا می دهند و اختلاف مهم را مجوز بیع می دانند.

نتیجه اینکه روایت نمی تواند مستند حکم به جواز بیع در صورت هشتم باشد علاوه بر اینکه در دلالت روایت ضعف و اشکال وجود دارد که بعد از بیان حکم صورت نهم و دهم به تبیین مدلول روایت خواهیم پرداخت.

حکم صورت نهم: (شیخ: عدم جواز)

صورت نهم این بود که اختلافی پیدا شود که خوف ضرر عظیم برود چه به مال چه به نفس چه به عرض و امثال اینها مثلاً موجب قطع رحم شود.

مرحوم شیخ انصاری قائل به عدم جواز بیع هستند با همان أدله چهارگانه مذکور در حالت دوم صورت هفتم و بعضی قائل به جواز هستند با استناد به مکاتبه علی بن مهزیار با همان بیانیهایی که در صورت هشتم توضیح داده و نقد شد.

حکم صورت دهم:

صورت دهم اختلاف موجب مباح شمردن خون و قتل نفس بود. در این رابطه هم دو قول است:

قول اول: مرحوم شیخ: عدم جواز

مرحوم شیخ انصاری بر اساس همان أدله چهارگانه ذیل حالت دوم صورت هفتم معتقد به عدم جواز بیع هستند.

قول دوم: جواز بیع

این قول هم به مکاتبه علی بن مهزیار استناد کرده و می گوید اینکه امام جواد علیه السلام خوف تلف نفس را مطرح کرده اند معلوم می شود می خواسته اند به بالاترین درجه و مرتبه اختلاف اشاره کنند زیرا در نزاعها بالاتر از ریختن خون وجود ندارد هر چند غالباً علاوه بر قتل نفس، تلف مال هم در کنارش اتفاق می افتد، در هر صورت حضرت می فرمایند جواز بیع وقف در صورتی است که خوف تلف نفس باشد لذا صرف خوف تلف مال مجوز بیع نخواهد بود.

نقد استدلال قول دوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید این استدلال دو اشکال دارد:

اشکال اول: اگر صرفاً اختلاف موجب تلف نفس، مجوز بیع است پس اختلاف بین هر فردی چه موقوف علیهم چه غیر موقوف علیهم باید مجوز بیع وقف باشد در حالی که احدی فتوا نمی‌دهد برای رفع اختلاف سایر مردم، وقف و حق موقوف علیهم فروخته شود و ففته بین دیگران رفع شود.

اشکال دوم: علاوه بر اینکه در همان جمله‌ای که حضرت تلف نفس را بیان فرموده‌اند تعبیر "ربما" آمده که بر اساس توضیحات جلسه قبل، دلالت می‌کند خوف تلف نفس چه معلوم چه مظنون چه مشکوک و چه موهوم می‌تواند مجوز بیع باشد پس به صرف اینکه پنج درصد توهم تلف نفس وجود داشته باشد باید بیع وقف جائز باشد چنانکه مرحوم یحیی بن سعید حلی در الجامع للشرایع (ضمن عبارات منقول از فقها در مرحله دوم) فرموده‌اند، در حالی که روشن است به صرف توهم تلف نمی‌توان بیع وقف را مجاز دانست و با عمومات ممنوعیت بیع وقف مخالفت نمود.

و الحاصل اینکه جمیع فتوای فقهاء مبنی بر جواز بیع وقف در صورتهای هفتم تا دهم مبتنی بر یک دلیل است آن هم مکاتبه علی بن مهزیار. تنها تفاوت این است که هر کدام از قائلین به جواز بیع در صور مذکور بر اساس برداشت خودشان حکم به جواز کرده‌اند بعضی فقط در اختلافی که معلوم است منجر به تلف می‌شود یا مظنون است یا محتمل و مشکوک است و بعضی خوف تلف خاصی را معتبر دانستند و بعضی مطلق تلف یا مطلق اختلاف را که همه ناشی از کیفیت برداشت صاحبان فتاوا است.

و الأظهر فی مدلولها ... ص ۹۷، س ۶

مدلول مکاتبه ابن مهزیار به نظر مرحوم شیخ

مرحوم شیخ انصاری بعد از نقد استدلالهای بعض فقهاء به مکاتبه مذکور برای اثبات جواز بیع در صورت هفت تا ده یا بعضی از این صور، و بعد از اینکه در پایان بیان حکم صورت هشتم اشاره به ضعف دلالت این مکاتبه نمودند، وارد بررسی مدلول این مکاتبه می‌شوند. ضمن چند نکته برداشتشان را تبیین می‌کنند:

نکته اول: توضیح ابتدایی مدلول

مکاتبه ابن مهزیار بیع وقف را در صورت وجود سه قید مجاز می‌داند:

۱. وجود اختلاف. (از فراز قد علم الإختلاف بین أرباب الوقف)

۲. اختلاف مقید به خوف تلف مال و نفس. (از فراز ربما جاء فی الإختلاف تلف الأموال و النفوس. که اختلاف را مقید و محدود می‌کند به منجر شدن به تلف مال و نفس)

۳. منجر شدن اختلاف به تلف مال و نفس چه معلوم باشد چه مظنون و چه محتمل و مشکوک. این برداشت هم مبتنی بر وجود تعبیر "ربما" در روایت است که گفتیم در هر چهار حالت علم، ظن، شک و وهم استعمال می‌شود. البته جمله ربما ... در ذیل روایت، نه علت است نه حکمت بلکه صرفاً قید است برای محدود نمودن اختلاف. پس ذیل روایت (ربما ...) تعلیل نیست که حکم را تعمیم دهیم به هر نوع تلف مال و نفسی و حتی تلف مال غیر موقوفه و تلف مال غیر موقوف علیهم را هم مجوز بیع وقف بدانیم، خیر بلکه فقط اختلاف مهم است آن هم اختلاف منجر به تلف مال و نفس.

با این توضیحی که از مدلول مکاتبه دادیم رابطه بین مدلول روایت و فتاوی فقهاء عموم من وجه است به این بیان که:

ماده افتراق ۱: روایت (تعبیر "ربما") نسبت به شک یا توهم اختلاف هم بیع را جایز می‌داند اما فتوای فقهاء نسبت به آن ساکت است.

ماده افتراق ۲: فقهاء خرابی وقف که معلوم یا مظنون باشد را هم مجوز بیع می‌دانند اما روایت نسبت به مسأله خرابی ساکت است.

ماده اجتماع: جایی که اطمینان داریم اختلاف منجر به تلف مال و نفس می‌شود هم روایت هم فقهاء فتوا به جواز بیع داده‌اند.

نکته دوم: پاسخ از چهار اشکال

اشکال اول: فتوای فقهاء دقیقاً منطبق بر روایت نیست و مشهور بیع وقف در صورت شک یا توهم تلف را مجاز نمی‌دانند در حالی که روایت جایز می‌داند، پس دلالت روایت مورد اعراض مشهور و از اعتبار ساقط است.

جواب: می‌فرمایند اصل عمل مشهور به این روایت و استناد به آن برای فتوای بیع در موارد اختلاف منجر به تلف، ثابت است فقط در جزئیات برداشت از روایت تفاوت‌هایی وجود دارد که بعضی در تمام صور هفت تا ده قائل به جوازاند و بعضی در بعض صور.

اشکال دوم: مکاتبه مربوط به وقف مؤبد نیست.

مستشکل می‌گوید مکاتبه علی بن مهزیار مربوط به وقف مؤبد نیست لذا از محل بحث خارج است. شاهدش این است که واقف فقط از بطن موجود و اولادش سخن گفته که بینشان اختلاف می‌افتد اما اگر این نسل منقرض شدند پس از آنان با وقف چه کنند سخنی نگفته است پس موقوفه مصداق وقف مؤبد نیست و نمی‌تواند در محل بحث مورد استناد قرار گیرد.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری سه جواب دارند که جواب اول را همین‌جا بیان می‌کنند و دو جواب بعدی را بعد از پاسخ به اشکال سوم بیان می‌کنند در عبارت کتاب:

اولاً: می‌فرمایند مشهور فقهاء از این روایت وقف مؤبد را برداشت کرده‌اند لذا در صورتهای هفتم تا دهم که بحث وقف مؤبد است به این مکاتبه استناد کرده‌اند.

ثانیاً: در مباحث قبل هم اشاره کردیم معمولاً افراد وقتی از حکم وقف سؤال می‌کنند تمام خصوصیات وقف را که منقطع است یا مؤبد، اگر منقطع است موقوف علیهم چه کسی هستند و امثال اینها را بیان نمی‌کنند بلکه مثل همین مکاتبه به صورت کلی می‌پرسند آیا بیع وقف جایز است یا نه؟ پس اینکه در روایت واقف توضیح نداده بعد انقراض بطن موجود از موقوف علیهم، به چه کسانی منتقل شود، دلیل نمی‌شود که بگوییم حتماً وقف منقطع بوده نه مؤبد.

ثالثاً: امام جواد علیه السلام در جوابشان ترک استفصال کرده‌اند و پرسیده‌اند وقف منقطع بوده یا موقوف بلکه به طور کلی جواب داده‌اند لذا جواز بیع در جواب حضرت هم شامل وقف منقطع است هم وقف مؤبد.

و ظهورها فی عدم إقباض ...، ص ۹۸، س ۲

اشکال سوم: روایت مربوط به قبل قبض است.

ابتدای روایت، امام جواد علیه السلام بدون اینکه مشکلی وجود داشته باشد فرمودند سهمشان از وقف فروخته شود در حالی که جواز بیع وقف به طور مطلق صحیح نیست لذا برای پاسخ به این شبهه جمعی از فقهاء توجیهی مطرح کرده‌اند که باعث می‌شود استدلال به مکاتبه برای صورتهای هفتم تا دهم صحیح نباشد.

جمعی از جمله مرحوم علامه محمد باقر مجلسی (صاحب بحار الأنوار) متوفای ۱۱۱۰ هـ ق در دو کتاب ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار که شرح تهذیب الأحکام مرحوم شیخ طوسی است و در مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول که شرح کافی مرحوم شیخ کلینی است و دو کتاب با ارزش در شرح و تبیین نکات غامض در روایات و مورد نیاز طلاب است، می‌فرمایند باید روایت را حمل کنیم بر وقف ناقص، یعنی واقف صیغه وقف را خوانده بوده لکن هنوز موقوفه را به موقوف علیهم اقباض و واگذار نکرده بوده لذا وقف تام نبوده و تا زمانی که تمام شرائط وقف از جمله اقباض محقق نشود، وقف لازم الاجرا نیست پس اگر امام جواد علیه السلام فرموده‌اند بیع وقف مذکور جائز است به این جهت بوده که واقف هنوز موقوفه را واگذار نکرده بوده و در اصل سؤالش این بوده که آیا موقوفه را اقباض کند و وقف را تمام نماید یا از وقف رجوع کند لذا مجاز بوده از وقف خودش برگردد و به جای وقف ملکه پول ملک را به اولادش بدهد. البته این تفسیر سبب می‌شود بگوییم روایت مفید برای استدلال در وقف مؤبد و تام و الزام آور نخواهد بود.

جواب:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند این توجیه هرچند نکته خوبی است اما:

اولاً: روایت ظهور در قبل قبض ندارد و حضرت هم ترک استفصال کرده‌اند و از واقف سؤال نکرده‌اند که موقوفه را به اولادت واگذار کرده‌ای یا نه؟ بلکه فرموده‌اند بیع جایز است نشان می‌دهد برداشت حضرت این بوده که وقت تام و الزام آور شده بوده.

ثانیاً: مشهور برداشتشان از این مکاتبه، وقف تام بوده است زیرا در صورتهای هفتم تا دهم به این روایت استناد کرده‌اند.

و الحاصل اینکه تا اینجا روشن شد برای اثبات اینکه روایت مربوط به وقف تام مؤبد است نیاز به مکم گرفتن از شهرت و فتوای مشهور داریم اما برای اثبات اینکه ظاهر روایت می‌گوید مناط و معیار جواز بیع، وجود سه قید است: ۱. اختلاف. ۲. آنچه که اختلاف به آن منجر می‌شود (تلف مال و نفس) ۳. معلوم یا مظنون یا مشکوک بودن خوف تلف؛ نیاز به انجبار و استفاده از شهرت نداریم.

نعم يحتاج إلى الاعتضاد ...، ص ۹۹، س ۷

اشکال چهارم: مخالفت روایت با قاعده مالکیت تمام بطون

مستشکل می‌گوید چنانکه مرحوم شیخ انصاری در مباحث قبل اثبات کردند وقف ملک جمیع بطون است (بطن موجود و بطون متأخر) و اگر وقف فروخته شد ثمن هم ملک جمیع بطون خواهد بود، حال اشکال این است که چگونه در این روایت حکم شده است به جواز بیع وقف و واگذار کردن ثمن به بطن موجود و صرف ثمن توسط آنان. به عبارت دیگر بطون متأخر هم در این ثمن حق دارند پس حکم مذکور در این روایت مبنی بر عدم مراعات حق بطون متأخر مخالف با قاعده و فتوای مشهور است.

جواب: مرحوم شیخ انصاری سه جواب می‌دهند که البته نظر نهایی مرحوم شیخ انصاری نیست و هنوز به جمع‌بندی نظر مرحوم شیخ نرسیده‌ایم. اولاً: می‌فرمایند ما همچنان معتقدیم تمام بطون در وقف حق دارند لکن در این مورد خاص مذکور در مکاتبه می‌گوییم به جهت نص خاص، تعبداً معتقد می‌شویم یک آن قبل از بیع، ملکیت وقف به بطن موجود منتقل می‌شود و معاوضه انجام می‌شود لذا فروش و بیع وقف در ملک بطن موجود اتفاق افتاده و بطن موجود مالک ثمن خواهند بود و می‌توانند تمام ثمن را مصرف کنند.

پس جواب اول تعبّد به ملکیت آنما است. ثانیاً: بگوییم اصلاً مورد روایت وقف مؤبد نیست بلکه سؤال از حبس بوده که در حبس قابلیت بازگشت ملک به مالکیت واقف وجود دارد لذا واقف می‌تواند تصمیم بگیرد ملکش را بفروشد و ثمن آن را به هر کسی مثل بطن موجود واگذار کند. (در جلسات قبل مقدمه‌ای در معنای حبس اشاره کردیم).

ثالثاً: در توجیه حکم جواز صرف ثمن توسط بطن موجود بگوییم مورد سؤال در روایت وقف تام نبوده یعنی هنوز اقباض و واگذاری موقوفه به موقوفه علیهم انجام نشده لذا عقد وقف لازم نشده است پس واقف مجاز است آن را بفروشد و هر کاری با ثمنش می‌خواهد انجام دهد.

برای این جواب سوم و وقف تام نبودن مورد سؤال در مکاتبه، پنج مؤید بیان می‌فرمایند (البته اینطور نیست که لزوماً تمام این مؤیدات و مطالب را قبول داشته باشند بلکه صرفاً بیان چند احتمال است):

مؤید اول: گفته شود در روایت سخنی از قبض مطرح نشده لذا چه بسا به جهت اطلاع واقف از اختلاف بین موقوف علیهم، از همان ابتدا هنوز موقوفه را به آنان واگذار نکرده بوده و الا اگر واگذار کرده بود طبیعتاً خود آنان به دنبال تصمیم‌گیری برای موقوفه می‌رفتند. پس اینکه پدر از پرداخت پول وقف به اولادش سؤال می‌کند معلوم می‌شود هنوز وقف در اختیار پدر بوده است.

مؤید دوم: قبل از بیان مؤید دوم یک مقدمه ادبی بلاغی اشاره می‌کنیم:

مقدمه ادبی: علاقه مشارفت در استعمال مجازی

در علم بیان خواننده‌ایم علاقاتی که موجب استعمال لفظ در معنای مجازی می‌شوند متعدّدند. از جمله علاقه اول و مشارفت که در مباح مشتق از مباحث اصول فقه مرحوم مظفر با این دو اصطلاح آشنا شده‌ایم. علاقه اول به معنای ما یؤول الیه و مشارفت به معنای در شرف رسیدن به وضعیت خاص است. مثلاً فردی که در شرف رسیدن به اجتهاد یا طبابت است را می‌توان از باب مجاز مشارفت، مجتهد یا طیب نامید.

مؤید دوم این است که بگوییم واقف هنوز صیغه و عقد وقف را انشاء نکرده بوده هرچند تصمیم بر وقف داشته است لذا وقف شرعی و الزام آور که قابل فروش نباشد، محقق نشده بوده و به اعتبار و علاقه مشارفت، از کلمه وقف استفاده کرده است.

مؤید سوم: قبل از بیان این مؤید هم یک مقدمه فقهی اشاره می‌کنیم:

مقدمه فقهی: معنای حسبه

در مباحث ولایت فقیه در ترم قبل با اصطلاح امور حسبه یا حسبیّه آشنا شدیم. این اصطلاح دو کاربرد دارد: کاربرد عام به معنای اموری که شارع راضی به اهمال آنها در جامعه اسلامی نیست مانند قضاوت و امر به معروف و نهی از منکر. کاربرد خاص به معنای اموری که شارع برای آنها متصدی خاص معین نکرده است مانند مسائل مربوط به غیب و قُصْر و مجانبین و ... که البته کامل‌ترین مصداق برای تصدی امور حسبیّه مجتهد و فقیه جامع الشرائط است.

مؤید سوم این است که بگوییم تصدی و عهده‌دار شدن واقف نسبت به فروش وقف نشان می‌دهد وقف تمام نشده بوده و الا روشن است که وقتی وقف تمام شد دیگر قابل فروش نیست و واقفین هم این را می‌دانند.

نقد مؤید سوم: ممکن است گفته شود واقف به عنوان ناظر قصد فروش وقف را داشته نه به عنوان واقف، یا گفته شود او خود را اجتنابی از وقف تصور نموده لذا نه به عنوان واقف و نه به عنوان ناظر بلکه به عنوان یک اجنبی از امام اجازه گرفته به عنوان امور حسبیّه د راین امر دخالت کند و وقف را بفروشد.

مؤید چهارم: مرتکز و ثابت در اذهان مردم این است که وقف ملک جمیع بطون است و با این وجود، سائل پرداخت ثمن حاصل از بیع وقف به موجودین را پیش فرض گرفته و صحیح دانسته و از این نکته سؤال نمی کند بلکه از امام جواد علیه السلام می پرسد آیا مجاز به بیع وقف هست یا خیر؟ و اینکه امام اعتراضی به تقسیم ثمن بین بطن موجود نکرده اند به این جهت بوده که برداشتشان از قرائن این بوده که وقف مورد سؤال، وقف منقطع بوده یا وقف غیر تام بوده که فرموده اند بفروش و بین بطن موجود تقسیم کن.

مؤید پنجم: از صدر روایت که خدمت امام عرض کرد یک پنجم ملک را برای شما وقف کرده ام با اینکه هنوز به حضرت اطلاع نداده بوده و واگذار نکرده بوده معلوم می شود واقف وقفش را یک وقف تام نمی دیده لذا از بیع و تقسیم ثمن بین موجودین سؤال کرده است.

إلّا أن یصلح هذا الخلل ...، ص ۱۰۰، س ۴

نتیجه پاسخ به اشکالات

مرحوم شیخ انصاری در مقام نتیجه گیری نکاتی که در چهار اشکال و پاسخ از آنها مطرح شد می فرمایند دو نکته نسبت به مکاتبه مسلم و روشن است که بر اساس همین دو نکته می توان به برداشت صحیح از روایت نزدیک شد:

الف: نسبت به اصل جواز بیع وقف که در روایت ذکر شده می گوییم:

مشهور فقهاء برداشتشان این بوده که این مکاتبه مربوط به وقف مؤبد تام است لذا برای صورتهای هفتم تا دهم که مربوط به وقف مؤبد تام بود به آن استناد کرده اند، پس این روایت می تواند با ضمیمه شهرت فتوایی مخصّص أدله و عمومات منع از بیع وقف باشد.

ب: نسبت به پرداخت ثمن به بطن موجود که در روایت ذکر شده هم می گوییم:

راه کاری که با استفاده از این روایت برای جواز بیع فقط در مورد و مصداق خودش آن هم تعبدا می توان بیان کرد این است که:

– یا با تصویر ملکیت آنّا ما بگوییم یک آن قبل از بیع، وقف به ملک موجودین درمی آید و بیع در ملک آنان واقع می شود لذا ثمن هم ملک موجودین خواهد بود.

– یا بگوییم اصلا امام تقسیم ثمن بین موجودین که در کلام سائل بود را تأیید نفرموده اند بلکه فقط حکم جواز بیع را بیان فرمودند.

و بقی الکلام فی تعیین ...، ص ۱۰۰، س ۹

نکته سوم: جمع بندی معنای روایت در مصداق جواز بیع

مرحوم شیخ انصاری در نکته اول فرمودند اظهر در برداشت از روایت این است که هر جا سه قید وجود داشت:

۱. بین موقوف علیهم اختلاف باشد.

۲. خوف این بود که اختلاف منجر به تلف مال یا نفس شود.

۳. چه خوف معلوم چه مظنون چه مشکوک و موهوم، بیع وقف جائز است.

لکن همچنان جزم و اطمینان به این برداشت نداریم لذا برای رسیدن به یک برداشت مطمئن به قدر متیقن از مدلول روایت اکتفا می کنیم و قدر متیقن از حکم به جواز بیع وقف در مکاتبه این است که بین موقوف علیهم اختلافی به وجود آید که علم یا اطمینان پیدا کنیم منجر به تلف مال (موقوفه) یا نفس (موقوف علیهم) می شود در این صورت بیع وقف جائز است.

سؤال: تفاوت بین این برداشت با حالت اول صورت هفتم که آنجا هم بحث خوف تلف بود و بیع را جایز دانستید چیست؟

به عبارت دیگر در حالت اول صورت هفتم بدون تمسک به مکاتبه فرمودید بیع جائز است اما چرا اینجا به دنبال قدر متیقن در مکاتبه هستید؟

جواب: می فرمایند ملاک در حالت اول صورت هفتم برای حکم به جواز بیع، خوف خرابی ای بود که علم یا اطمینان داشته باشند مال موقوفه (کل وقف) تلف می شود یعنی تمام مال موقوفه در معرض خرابی و سقوط از فائده بود، اما در اینجا خوف خرابی ای است که عنوان تلف مال محقق شود هر چند به تلف قسمتی از وقف نه تمام وقف، پس بحث اینجا ثابت کرد اگر قسمتی از موقوفه سالم است و قسمت دیگر خوف تلف ناشی از اختلاف بین موقوفه علیهم در آن می رود می توان همان قسمت خاص را فروخت.

پس مقصود از تعبیر "تلف" در مکاتبه، تلف تمام وقف نیست که مطابق با حالت اول صورت هفتم باشد بلکه مقصود تلف قسمتی از زمین یا تلف کاربری خاصی از زمین است که سودآوری بیشتری دارد حال اگر نسبت به قسمتی از این زمین خوف تلف بود یا نسبت به منفعت و سودآوری قسمتی از این زمین خوف تلف بود طبق مکاتبه، (که تعبیر "تلف" در آن آمده و شامل تلف بعضی اجزاء هم می‌شود) بطن موجود مجاز به بیع هستند، چنانکه در سایر زمین‌های وقفی هم چنین است که غالباً تلفشان به این است که بهترین استفاده و منفعت را نتوانند بهره‌برداری کنند.

ثم إن الظاهر من بعض العبارات ...، ص ۱۰۱، س ۳

نکته

مرحوم شیخ انصاری فرمودند می‌توان به مقدار دلالت مکاتبه که متیقناً مورد عمل و فتوای مشهور هم قرار گرفته عمل نمود و اختلاف منجر به خوف تلف نفس و مال معلوم یا مظنون را مجوز بیع دانست و استثناءً و تعبداً در خصوص این مورد (و بر خلاف قانون اشتراک جمیع بطون در موقوفه) فتوا به مصرف کردن ثمن وقف توسط بطن موجود داد.

سؤال این است که چرا بعضی از فقهاء از جمله مرحوم محقق ثانی بعد از فتوای به جواز بیع فرموده‌اند ثمن ملک بطن موجود نمی‌شود بلکه باید با ثمن یک عین دیگری بخرند که وقف استمرار یابد تا هم اختلاف و نزاع برطرف شود هم مطلوب واقف که استمرار وقف است تأمین شود. پس طبق این فتوا، بطن موجود حق به مصرف رساندن ثمن را ندارد. پس اگر به مکاتبه عمل می‌کنند چرا در مورد صرف ثمن، بر اساس مکاتبه فتوا نمی‌دهند؟

جواب: مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند نسبت به وجه فتوای مذکور در کلام مرحوم محقق ثانی دو احتمال است:

احتمال اول:

بگوئیم مرحوم محقق ثانی جواب امام جواد علیه السلام را فقط ظاهر در تأیید اصل بیع وقف می‌دانند و معتقدند جواب حضرت که فرمودند "فلیع" تقسیم ثمن بر بطن موجود را که در کلام سائل بود تأیید نمی‌کند. به تعبیر دیگر سؤال سائل فقط از اصل بیع وقف بود و فقط خبر داده بود که اگر اجازه دهید وقف را بفروشم من بعد از بیع، ثمن را تقسیم می‌کنم بین بطن موجود از موقوف علیهم.

احتمال دوم:

بگوئیم مرحوم محقق ثانی تقسیم ثمن بین بطن موجود را بر خلاف قاعده اشتراک جمیع بطون می‌دیده‌اند لذا نسبت به این حکم نخواستند با قاعده مذکور مخالفت کنند بلکه با ظاهر روایت مخالفت کرده‌اند. (و مثلاً نقل راوی را ناقص شمرده‌اند)

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند از بین این دو احتمال، احتمال دوم صحیح نیست زیرا مرحوم محقق ثانی در مورد دیگر با قاعده اشتراک جمیع بطون در اصل وقف و بدل وقف مخالفت کرده‌اند پس مشکلی در مخالفت با این قاعده نمی‌دیده‌اند. آن مورد هم صورت پنجم و احتیاج شدید بود که روایت جعفر بن حیّان می‌گفت بیع وقف جایز است و ثمن به بطن موجود داده شود و مرحوم محقق ثانی بر اساس روایت و در مخالفت با قاعده مذکور فتوا دادند ثمن به بطن موجود داده شود. نتیجه اینکه ظاهراً مرحوم محقق ثانی به جهت احتمال اول فتوا به لزوم صرف ثمن در تهیه عین و تبدیل وقف داده‌اند، هر چند احتمال اول مخالف با ظاهر روایت است زیرا ظاهر روایت چنین است که امام جواد علیه السلام هم بیع وقف و هم تقسیم ثمن بر بطن موجود را تأیید فرموده‌اند.

مباحث بیع وقف مؤبّد و صور ده‌گانه آن تمام شد. در پایان بحث وقف به خلاصه مطالب اشاره خواهیم کرد.

سالروز **شهادت** حضرت حمزه سید الشهداء در ۱۵ شوال سال سوم هجری قمری و رحلت صحابی جلیل القدر اهل بیت علیهم السلام حضرت عبدالعظیم حسنی و رحلت واعظ متواضع و خدوم مرحوم حجة الإسلام و المسلمین فاطمی‌نیا را خدمت شما تسلیت عرض می‌کنم. خداوند متعال توفیق عمل به وظیه را به ما عنایت گرداند به برکت صلوات بر محمد و آل محمد. **اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ وَعَجِّلْ فَرَجَهُمْ.**

از جلسه ۶۶ وارد بحث بیع وقف شدیم و از جلسه ۷۵ وارد مرحله سوم یعنی بررسی تفصیلی دیدگاه مرحوم شیخ انصاری در رابطه با بیع وقف ضمن دو قسم کلی وقف مؤبد و وقف منقطع شدیم. مباحث مفصل وقف مؤبد به اتمام رسید.

قسم دوم: وقف منقطع

مرحوم شیخ انصاری در رابطه با وقف منقطع به چهار نکته اشاره می‌فرمایند: ۱. تعریف. ۲. مالکیت در وقف منقطع. ۳. حکم بیع وقف منقطع توسط بطن آخر. ۴. حکم بیع وقف توسط بطن موجود.

نکته اول: تعریف وقف منقطع

وقف منقطع آن است که مالی وقف شود بر فردی (یا افرادی) که منقرض می‌شود و از دنیا می‌رود.

نکته دوم: مالکیت در وقف منقطع

نسبت به مالکیت موقوفه در وقف منقطع چهار مبنا وجود دارد:

مبنای اول: اصل موقوفه ملک واقف و منافع آن ملک موقوف‌علیهم است.

مبنای دوم: اصل و منافع ملک موقوف‌علیهم است بعد انقراض آنان دیگر وقف نیست و به ورثه‌شان ارث می‌رسد و آنان می‌توانند بفروشند.

مبنای سوم: اصل و منافع ملک موقوف‌علیهم است و بعد انقراض آنان به واقف بازمی‌گردد و اگر واقف نبود به ورثه واقف بازمی‌گردد.

مبنای چهارم: اصل و منافع ملک موقوف‌علیهم است و بعد انقراض آنان وقف فی سبیل الله (وقف مؤبد) خواهد بود.

نکته سوم: حکم بیع وقف منقطع برای بطن موجود

بیع وقف منقطع دو صورت دارد، یا برای یک نسل یا یک نفر وقف شده یا برای چند نسل و چند بطن وقف شده. آیا اگر موقوف‌علیه یک نفر است می‌تواند وقف را بفروشد؟ یا اگر موقوف‌علیهم چند نسل هستند، نسل آخر می‌تواند بفروشد؟ بنابر مبنای چهارگانه بررسی می‌کنند:

مبنای اول: اصل، ملک واقف و منافع ملک موقوف‌علیهم

بر اساس مبنای اول به شش فرع فقهی اشاره می‌فرمایند:

فرع اول:

بیع موقوفه توسط موقوف‌علیهم جایز نیست لعدم الملک.

فرع دوم:

بیع موقوفه در زمان حیات موقوف‌علیهم توسط واقف صحیح نیست حتی اگر با مشتری شرط کند تحویل خانه و منافع آن زمانی است که موقوف‌علیهم از دنیا بروند. دلیل بطلان بیع جهالت زمان تسلیم تام (عین و منافع) است زیرا تا وقتی موقوفه در اختیار موقوف‌علیهم

است امکان تحویل موقوفه به مشتری وجود ندارد و زمان مردن موقوف‌علیهم نیز نامعلوم و مجهول است لذا بیع باطل خواهد بود.

تنظیر فقهی: در کتاب الطلاق یکی از احکامی که به نفع زنان بر عهده مردان واجب است، تأمین مسکن خانم مطلقه است تا زمانی که

عده طلاق خانم که سه طهر است تمام شود. حال بحث است که مرد صاحب خانه آیا می‌تواند در این مدت خانه را بفروشد یا خیر؟ فقها

فتوا می‌دهند بیع مجاز نیست زیرا دقیقاً معلوم نیست عده خانم چه زمانی تمام می‌شود، سه ماه و ده روز طول می‌کشد یا سه ماه و پانزده

روز یا کمتر یا بیشتر، بنابراین زمان تحویل نهایی به مشتری معلوم نیست و بیع غرری و باطل است.

البته جمعی از فقهاء در باب سکنی و بیع آن توسط واقف فرموده‌اند اگر مدت سکونت به اندازه عمر یکی از واقف یا موقوف‌علیهم تعیین

شده باشد بیع خانه توسط واقف صحیح است و مرحوم فاضل مقداد ادعای اجماع بر جواز بیع می‌کنند. در دلیل این فتوا دو احتمال است:

احتمال اول: یا آن فقهاء جهالت مذکور را مصداق غرر نمی‌دانسته‌اند.

احتمال دوم: بیع مذکور را مصداق بیع غرری می‌دانسته‌اند لکن به جهت نص خاص چنین فتوایی داده‌اند. نص خاص هم روایتی است که

مشایخ ثلاثه (اصحاب کتب اربعه: مرحوم مشیخ کلینی، مرحوم شیخ صدوق و مرحوم شیخ طوسی) نقل فرموده‌اند که حسین بن نعیم در

روایت صحیح یا حسنه از حیث سند از امام کاظم علیه السلام نقل می‌کند که حضرت وقف از نوع سکنی را صحیح دانستند و فرمودند

واقف می‌تواند خانه را بفروشد حتی قبل از مردن موقوف‌علیهم، (نه سکنی مانع از بیع است و نه بیع باعث نقض سکنی و حق سکونت

موقوف‌علیهم می‌شود، فقط تحویل خانه به مشتری زمانی است که بر اساس شرط مطرح شده در سکنی، موقوف‌علیهم از دنیا بروند.)

حضرت فرمودند از پدرم (امام صادق علیه السلام) شنیدم که فرمودند پدرم (امام باقر علیه السلام) فرمودند بیع باعث نقض اجاره و سکنی نمی‌شود و سکنی هم بیع را نقض نمی‌کند.

البته مرحوم علامه حلی، مرحوم فخر المحققین و مرحوم محقق ثانی در رابطه با فتوا به جواز بیع در باب سکنی متوقف‌اند.
فرع سوم:

اگر واقف موقوفه را به موقوف‌علیهم بفروشد دو احتمال دارد:

احتمال اول: مرحوم شیخ انصاری معتقدند طبق مبنای اول، این بیع صحیح است زیرا غرری وجود ندارد.

احتمال دوم: می‌فرمایند ممکن است گفته شود بیع مذکور باطل است زیرا اینکه به طور کلی معلوم باشد موقوف‌علیهم مالک همیشگی منافع‌اند یا در قالب وقف یا در قالب شراء و مالکیت عین خانه، برای معلومیت مبیع کافی نیست زیرا در بیع باید زمان تحویل مبیع معلوم باشد و در محل بحث ما زمان دقیق مالکیت فرد به عنوان مشتری معلوم نیست.

فرع چهارم:

اگر واقف موقوفه را به ورثه موقوف‌علیهم بفروشد همان دو احتمال در فرع قبل مطرح است.

فرع پنجم:

کاملاً روشن است که طبق مبنای اول وقتی موقوف‌علیهم از دنیا رفت، واقف یا ورثه او می‌توانند ملک را بفروشند.

فرع ششم:

در صورتی که موقوف‌علیهم راضی باشند واقف خانه را بفروشد، بیع صحیح نیست زیرا موقوف‌علیهم در مقابل واگذار کردن حق سکونتشان عوض دریافت نکرده‌اند و بیع بدون عوض صحیح نیست. البته دو راه برای تصحیح این بیع وجود دارد:

راه اول: بگوییم رضایت موقوف‌علیهم به معنای اسقاط حق سکونتشان در موقوفه است البته اگر اسقاط این حق را صحیح بدانیم. (در این رابطه چند خط بعد ذیل "فتأمل" در کلام مرحوم شیخ انصاری به نکته‌ای اشاره خواهیم کرد)

راه دوم: در غالب صلح انجام شود به این بیان که معامله را مرکب از دو جزء بدانیم یکی نقل عین توسط واقف و دیگری نقل منفعت توسط موقوف‌علیهم که در این صورت باید پولی که مشتری پرداخت می‌کند، در مقابل این دو جزء، به نسبت توزیع و تقسیم شود مثلاً یک دهم ملک موقوف‌علیهم و مابقی ملک واقف باشد. پس این نقل و انتقال خانه بین واقف و مشتری هم باید در قالب صلح انجام شود زیرا عقد دیگری که هم نقل عین و هم نقل منفعت را در بر داشته باشد وجود ندارد. (در عقد اجاره فقط نقل منفعت است نه نقل عین) **نکته:** مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند با توضیحاتی که در فرع ششم نسبت به بطلان بیع مطرح کردیم اشکال کلام مرحوم فاضل مقداد در تنقیح روشن می‌شود. ایشان فرموده‌اند اگر واقف و موقوف‌علیهم هر دو راضی بر بیع وقف منقطع باشند، بیع جائز است.

نقد کلام ایشان چنین است که چه ایشان مقصودشان بیع موقوفه توسط واقف و با رضایت موقوف‌علیهم باشد و یا مقصودشان بیع موقوفه توسط موقوف‌علیهم و با رضایت واقف باشد صحت بیع محل اشکال است. حتی از ایشان نقل شده که معتقد به جواز بیع وقف توسط واقف در باب سکنی هستند چه از باب مالکیت بر انتفاع (مثل عاریه یا مثل حق استفاده میهمان از خوراک) و چه از باب مالکیت بر منفعت (مثل اجاره).

بله اگر ایشان موقوف‌علیهم را مالک حق الانتفاع بدانند نه مالک منفعت چنانکه بعضی در باب سکنی همین را می‌گویند کلام مرحوم فاضل مقداد صحیح است زیرا حق انتفاع، یک حق است و تفاوت حق با حکم این است که حق قابل اسقاط است، چنانکه مال قابل اسقاط نیست. (البته نسبت به تعبیر مال که در عبارت مرحوم شیخ انصاری آمده شاید بتوان گفت مالیت یک شیء قابل اسقاط نیست زیرا وابسته به نگاه عقلا است نه نگاه شخص. مالکیت شیء هم قابل اسقاط است چنانکه می‌تواند از مالکیت خود اعراض کند)

فتأمل. مرحوم محقق اصفهانی در **حاشیة المکاسب**، ج ۳، ص ۱۶۸ می‌فرماید اشاره است به اینکه این حق قابل اسقاط نیست.

مبنای دوم: وقف ملک موقوف‌علیهم و سپس ملک ورثه آنان است

طبق این مبنا بیع موقوفه برای واقف جائز نیست لعدم الملک و برای موقوف‌علیهم نیز جایز نمی‌باشد زیرا واقف وقف کرده آنان تا مدت حیاتشان از موقوفه استفاده کنند و الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها أهلها.

مبنای سوم: وقف ملک موقوف علیهم، و بعد آنان ملک واقف است

طبق این مبنا هم به سه فرع فقهی اشاره می‌کنند:

فرع اول:

موقوف علیهم نمی‌توانند بفروشند حتی با اجازه واقف زیرا واقف وقف نموده آنان استفاده کنند و الوقوف تكون علی حسب ما یوقفها أهلها.

فرع دوم:

واقف هم مجاز به فروش موقوفه نیست زیرا فعلا مالک نیست.

فرع سوم:

طبق مبنای سوم آیا واقف می‌تواند قبل از مردن موقوف علیهم به عنوان بیع فضولی خانه را بفروشد؟

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید اگر در بحث "من باع شیئا ثم ملکه" معتقد به جواز باشیم با اینکه الآن که واقف خانه را می‌فروشد مجبزی

وجود ندارد (زیرا هیچ کدام از واقف و موقوف علیهم حق اجازه دادن ندارند، واقف اجازه ندارد چون فعلا مالک نیست و موقوف علیهم حق

اجازه ندارند زیرا مسلط بر نقل و انتقال نیستند) در ما نحن فیه هم بیع فضولی جایز خواهد بود.

(مرحوم شیخ انصاری در جلسه ۲۲ به بعد فرمودند بیع "من باع شیئا ثم ملکه" صحیح است هرچند مجبزی در حال عقد جائز التصرف نباشد)

نکته: مرحوم تستری کلام مرحوم قاضی ابن براج در رابطه با صورت سوم را متناقض می‌دانند زیرا قاضی ابن براج از طرفی معتقدند

ملکیت موقوفه به واقف باز می‌گردد و از طرف دیگر فرموده‌اند موقوف علیهم مجاز به بیع موقوفه هستند و این تناقض است.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید کلام مرحوم قاضی ابن براج صریح نیست در دلالت بر قول سوم و اصل وجود مبنای سوم بین فقهاء

محل تردید و اشکال است و باید در کتاب الوقف بررسی شود که آیا فقیهی معتقد به مبنای سوم هست که بتوانیم کلام قاضی ابن براج

را بر آن حمل کنیم و اشکال تناقض را پاسخ دهیم یا نه؟ (و در صورتی که قائل به مبنای سوم باشند چه بسا بتوان فتوای ایشان را توجیه

نمود از باب "من باع شیئا ثم ملکه" *)

مبنای چهارم: وقف ملک موقوف علیهم و بعد آنان فی سبیل الله است

طبق مبنای چهارم بیع موقوفه جایز نیست و حکم وقف مؤبد را دارد زیرا طبق این مبنا گویا واقف تصریح کرده بعد از انقضای موقوف علیهم

باید وقف فی سبیل الله باشد. (الی یوم القیامة)

نکته چهارم: حکم بیع وقف منقطع توسط بطن فعلی با وجود بطون بعد

می‌فرماید اگر واقف مالش را برای چند نسل مثلا زید و پسرانی که از زید متولد شوند وقف کرده، آیا بیع وقف توسط زید جایز است با

اینکه نسل بعد هم وجود دارد؟ مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید:

– اگر مطابق مبنای اول بگوییم موقوف علیهم اصلا مالک نیستند که تکلیف روشن است و حق فروش ندارند.

– اگر قائل به مالکیت موقوفه علیهم باشیم حکم بیع وقف منقطع در این صورت مانند حکم بیع وقف مؤبد است و همان صور مختلف با

احکام مختلف اینجا هم خواهد آمد و أدله بر جواز و منع نیز همان أدله است.

همچنین در مواردی که بیع وقف مذکور را جایز بدانیم حکم ثمن حاصل از بیع نیز همان است که در وقف مؤبد ذکر شد.

هذا تمام الکلام فی مسألة بیع الوقف

تحقیق:

* مرحوم محقق اصفهانی، در حاشیه المکاسب، ج ۳، ص ۱۶۹ می‌فرماید: ... إنّما لم یدفع التنافی بذلك - مع أنّ ذلك قول فی المسألة -

لتصریحه بصرف الثمن فی مصالح الموقوف علیهم علی حسب استحقاقهم. فیعلم منه أنّه غیر مبني علی مسألة من باع ثم ملک، إذ لا

وجه لصرف ما یتحققه الواقف فی ظرف عود الملك إلیه، و صحة بیعه منه فی مصالح الموقوف علیهم، فالمنافاة علی حالها، إلا أنّ یقال

إنّه یقول بجواز بیع الوقف المنقطع استنادا إلی مکاتبة ابن مهزیار ...

خلاصه مبحث بیع وقف

از جلسه ۶۶ وارد بحث از بیع وقف شدیم. ارتباط این مسأله به مبحث شرائط عوضین بر این اساس بود که شرط اول عوضین، مالیت بود و شرط دوم مکلیت. شرط دوم یک متمم داشت که طلق بودن ملک است. به این معنا که شرط جواز بیع یک شیء این است که حق دیگران به آن تعلق نگرفته باشد که ۱۸ مورد به عنوان نمونه ذکر شد و مرحوم شیخ انصاری به بررسی تفصیلی ۴ مورد می‌پردازد که اولین موردش وقف بود. سه مرحله بحث داشتند:

مرحله اول: در طرح بحث، بیان حکم کلی و أدله سه مطلب بیان کردند:

مطلب اول: بیع وقف فی الجملة باطل است به دلیل اجماع و روایات از جمله: ۱. روایت امام عسکری علیه السلام که فرمودند: **الْوُقُوفُ تَكُونُ عَلَى حَسَبِ مَا يُوقَفُهَا أَهْلُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ**. ۲. معتبره ابی علی بن راشد از امام هادی علیه السلام که لایحوز شراء الوقف. ۳. متن وقف‌نامه امیر المؤمنین علیه السلام که در قسمتی از آن فرمودند صدقة لاتباع.

مطلب دوم: در رابطه با وقف سه حق مطرح است: حق واقف، حق موقوف‌علیهم و حق الله.

مطلب سوم: بطلان وقف زمانی است که بیع انجام شود نه زمانی که مجوز بیع محقق شود.

مرحله دوم: بیان اقوال و نقل شانزده عبارت از فقهاء قداما و متأخران.

مرحله سوم: در این مرحله که تحقیق مرحوم شیخ انصاری در مسأله بود دو مطلب بیان فرمودند. در مطلب اول چند نکته داشتند از جمله:

۱. وقف تملیکی وقفی است که موقوف‌علیهم مستقل و مشخص دارد و واقف با إخراج موقوفه از ملک خودش، آن را به موقوف‌علیهم (مثل عنوان مسلمانان یا علماء یا فقراء ...) تملیک کرده است.

وقف تحریری یا فکّی: وقفی که موقوف‌علیهم مستقل و مشخص ندارد و با تحقق وقف، صرفاً موقوفه از ملک واقف خارج می‌شود لکن به ملک طرف مقابل در نمی‌آید. مانند وقف زمین برای مسجد.

۲. بحث از جواز بیع مربوط به وقف تملیکی است زیرا در وقف تحریری اصلاً مالک وجود ندارد که مجاز به فروش موقوفه باشد. بنابراین به اجماع فقها اگر مسجدی که در روستایی واقع است، هم روستا مخروبه شود، هم مسجد مخروبه شود هم ممرّ و طریق رسیدن به مسجد از بین برود بار هم بیع آن مجاز نیست حتی اگر در آمد حاصل از بیع را بخواهند برای احداث یا تعمیر مسجد دیگر استفاده کنند. ۳. دو مورد هم ملحق به مسجد است در تحریری بودن:

الف: مواردی که صاحبان آنها به عنوان فک ملک برای استفاده مستقیم مردم قرار داده‌اند مانند وقف مشاهد مشرفه، مقابر، کاروان‌سراها، مدارس و پل‌ها، همچنین مانند کتابهایی که برای محصلان وقف می‌شود یا عبدی که برای خدمت کعبه معظّمه وقف می‌شود یا درختانی که در مسیر عبور مردم برای انتفاع عبورکنندگان از سایه یا میوه‌شان وقف می‌شوند یا بوریایی که برای استفاده در مسجد وقف می‌شود. **ب:** مواردی که هدف اصلی از وقفشان، نه استفاده مستقیم عموم مردم بلکه به هدف تولید درآمد برای یک موقوفه وقف شده‌اند مانند حمام‌ها، مغازه‌ها و امثال اینها که درآمدها صرف در هزینه‌های مسجد یا برپایی مجالس شود.

۴. تلف أجزاء وقف تحریری ضمان دارد به دلیل حدیث علی الید ما أخذت حتی تؤدی.

مطلب دوم: بیان صور دهگانه بیع وقف مؤبد

صورت اول: در خرابی غیر قابل انتفاع بیع جائز است. چند نکته:

۱. دومین وجه در اثبات جواز بیع وقف در صورت اول یک دلیل لُبّی است.

دلیل ایشان ضمن نقد تمسک به اجماع و روایات برای اثبات ممنوعیت بیع، یک دلیل عقلی بود به این بیان که وقتی حیوانی برای شیردهی وقف شده و استفاده از این حیوان در جهت مقصود (شیردهی) ممکن نیست و به جهت تلف نشدن آن را ذبح کرده‌اند و فقط گوشت آن باقی مانده سه راه وجود دارد: ۱. هیچ کاری انجام ندهند هرچند منجرّ به فساد گوشت شود. ۲. بطن موجود از موقوف‌علیهم از این گوشت استفاده کنند. ۳. گوشت را بفروشند و با آن گوساله‌ای بخرند و وقف کنند تا موقوفه برای بطون آینده هم باقی بماند.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید با إبطال صورت اول و دوم، می‌گوییم و الثالث هو المطلوب.

۲. عین وقف و ثمن حاصل از فروش آن ملک بطون موجود و بطون متأخر است.

۳. آنچه با ثمن خریداری شده و بدل وقف قرار داده‌اند، بیعش جایز است با رعایت مصلحت.

۴. نسبت به بدل نیاز به صیغه وقف جدید نیست.

۵. در تبدیل وقف، شراء مماثل واجب نیست.

۶. کسی که عهده‌دار بیع است بطن موجود و حاکم به عنوان قیّم بطن لاحق می‌باشد.

۷. دلیلی نداریم بر اینکه حکم نظارت متولی نسبت به اصل موقوفه، در بدل آن هم جاری باشد.

۸. اگر با ثمن حاصل از فروش موقوفه یک عین و شیءای که به مصلحت بطن باشد پیدا نکنند و ثمن هم (مثلاً عین و ملک نیست بلکه) چیزی مانند نقدین (درهم و دینار) است که نمی‌توانند با نگه داشتن عین نقدین، از منافع آن بهره ببرند در این صورت بطن موجود حق استفاده و خرج کردن این ثمن را ندارد زیرا حق بطن آینده تضییع می‌شود. لذا باید ثمن را نزد فردی امین قرار دهند تا زمانی که عین دارای مصلحت پیدا شود حتی اگر شده به بیع خیار عین را تهیه کنند.

۹. اگر بطن موجود یا یکی از آنها بگوید حاضرم این موقوفه مخروبه و بلا استفاده را بخرم اشکالی ندارد که به او فروخته شود.

۱۰. اگر عین وقف مخروبه و بلا استفاده شد بیعش جائز است همین حکم نسبت به بعض هم جاری است یعنی اگر نصف موقوفه مخروبه و بلا استفاده شد فروش همان قسمت جایز است و با ثمن حاصل از آن می‌توانند عین دیگری تهیه کنند.
صورت دوم: خرابی باعث شده منفعت اندک باشد.

- بیع و تبدیل، سبب ازدیاد منفعت باشد یا نباشد به نظر مرحوم شیخ و مشهور بیع جایز نیست.

- اگر منفعت کالمعدوم باشد بیع جائز است.

- منشأ قلت و کم شدن منفعت تفاوتی ندارد چه چیزی باشد

صورت سوم: منفعت کم شده است اما نه اینکه کالعدم باشد بلکه به مقدار متوقع نیست.

بیع جایز نیست چه عامل کم شدن منفعت خرابی باشد یا غیر خرابی.

صورت چهارم: بیع وقف صرفاً نفع است، بیع جایز نیست به اجماع فقهاء و أدله دال بر ممنوعیت بیع وقف مانند لایجوز شراء الوقف.

صورت پنجم: بیع وقف به جهت ضرورت و احتیاج شدید موقوف‌علیهم جایز نیست.

صورت ششم: شرط بیع وقف توسط واقف سبب جواز بیع است به سه دلیل:

۱. الوقوف تکنون علی حسب ما یوقفها اهلها. ۲. المؤمنون عند شروطهم. ۳. وقف‌نامه امیرالمؤمنین نسبت به اموالشان در ینبع.

صورت هفتم: خوف خراب

حالت اول: خوف خرابی که معلوم یا مظنون است باعث شود موقوفه از قابلیت انتفاع ساقط شود. بیع جایز است به همان دلیلی که برای صورت اول ذکر شد. چه این خرابی به جهت اختلاف بین ارباب وقف (موقوف‌علیهم) باشد چه علت دیگری داشته باشد
حالت دوم: خرابی‌ای که صرفاً درآمد موقوفه را کمتر کند سبب جواز بیع نیست به چهار دلیل:

سه دلیل همان أدله‌ای است که در ممنوعیت اصل بیع وقف در چند خط بالا گذشت. دلیل چهارم استصحاب عدم جواز بیع است.

حالت سوم: می‌توان در جهت دیگر استفاده کرد با درآمد مساوی قبل خرابی یا بیشتر.

صورت هشتم: خوف وقوع اختلاف و تلف اموال و نفوس. (غیر از وقف و موقوف‌علیهم).

بیع جایز نیست به همان أدله که در حالت اول صورت هفتم اشاره شد.

صورت نهم: خوف ضرر عظیم. بیع جایز نیست به همان أدله که در حالت اول صورت هفتم اشاره شد.

صورت دهم: خوف تلف مال وقف یا نفس موقوف‌علیهم

مرحوم شیخ ابتدا فرمودند بیع جایز نیست اما در انتها به جهت فتوای مشهور، دلالت مکاتبه علی بن مهزیار را نسبت به مقدار دلالت یقینی آن پذیرفتند که اگر اختلاف سبب تلف مال موقوفه یا نفس موقوف‌علیهم شود و تلف مال یا نفس هم معلوم یا مظنون باشد (نه مشکوک) بیع جایز است.

وقف منقطع

وقف منقطع آن است که مالی وقف شود بر فردی (یا افرادی) که منقرض می‌شود و از دنیا می‌رود. مرحوم شیخ انصاری در جلسه دیروز و امروز بر اساس چهار مبنا، حکم بیع وقف منقطع را بررسی فرمودند و نظریه خودشان را بیان نکردند.

مسأله: و من أسباب خروج الملك ...، ص ۱۰۷

مسأله دوم: عدم جواز بیع أم ولد

شرط اول در عوضین مالیت بود؛ شرط دوم ملکیت بود و یک متمم داشت که طلق بودن ملک است. بر اساس توضیحی که انتهای جلسه ۶۵ گذشت مرحوم شیخ انصاری بعد بحث بیع وقف، وارد می‌شوند در دومین مسأله از مسائل چهارگانه مربوط به طلق بودن ملکیت.

بحث از این مسأله مربوط است به احکام بیع أم ولد و سالها است که این مبحث از دروس رسمی حوزه‌های علمیه حذف شده و بزرگان مختلفی حتی از محشّین و شارحان مکاسب در مباحث فقهی‌شان ذیل بحث شرایط عوضین به این بحث نمی‌پردازند؛ از جمله مرحوم امام اعلی الله مقامه الشریف در کتاب البیع، ج ۳، ص ۲۷۱، مرحوم آیه الله العظمی خوئی در مصباح الفقاهة، ج ۵، ۲۳۷، مرحوم آیه الله العظمی شیخ جواد تبریزی در إرشاد الطالب، ج ۳، ص ۱۶۳ اصلاً وارد بحث از بیع أم ولد نشده‌اند.

از آنجا که بعضی از نکات مطرح در این مبحث در مباحث فقهی مختلف در مقام تمثیل یا استدلال به این مطالب تمسک می‌شود، صرفاً به بعضی از نکات مهم بحث اشاره می‌کنم و از این بحث عبور می‌کنیم:

۱. بیع أم ولد ممنوع است به اجماع مسلمانان. ص ۱۰۷

پس أم ولد ملک طلق نیست. از بعضی روایات به دست می‌آید این مسأله در صدر اسلام هم از منکرات بوده است چنانکه امیرالمؤمنین علیه السلام در پاسخ به فردی که از جواز فروش کنیزی که بچه او را شیر داده بود سؤال کرد فرمودند آیا می‌خواهی مادر فرزندت را به بازار ببری و اعلام کنی چه کسی او را می‌خرد؟!

أم ولد کنیزی است که از مولای حرّ و آزاد خود باردار شده است. فرزندى که به دنیا می‌آید ملحق به پدر و حرّ است.

(البته آزاد کردن کنیز در راه خدا یا به هر انگیزه دیگر از مستحبات و سیره مؤکد معصومان است.)

۲. علاوه بر بیع، هر ناقل دیگری هم همین حکم را دارد حتی رهن گذاشتن. ص ۱۰۹

۳. حکمت ممنوعیت بیع أم ولد این است که وقتی پدر از دنیا برود فرزند، از او ارث می‌برد و از آنجا که به أدله شرعیه انسان مالک والدین خودش نمی‌شود لذا (بر اساس ملکیت آنا ما) این کنیز از سهم الارث فرزندش آزاد می‌شود. پس با لحاظ اینکه چنین اتفاقی (موت پدر) خواهد افتاد، بیع أم ولد ممنوع است. ص ۱۱۰

۴. اگر آن فرزند از دنیا برود، بیع این أم ولد جایز است. ص ۱۱۰

۵. صدق أم ولد از زمانی است که نطفه، علقه شده باشد. (چهل روز بعد انعقاد نطفه) **ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا**

الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ (سوره مبارکه مؤمنون، آیه ۱۴) ص ۱۱۱

۶. در چهار مورد بیع أم ولد جایز است:

الف: تعلق حق غیر به آن. ص ۱۱۸

هفت مثال بیان می‌کنند از جمله اگر کنیز جنایتی انجام دهد مولایش می‌تواند برای پرداخت دیه، او را بفروشد.

ب: تعلق حق کنیز به تعجیل عتق. (حق کنیز اولی باشد از حق استیلا) ص ۱۴۲

چهار مثال بیان می‌کنند از جمله مثل اینکه مشتری اقرار کند این خانم حرّ است و کنیز نیست، أم ولد را می‌توان به او فروخت و به محض فروختن آزاد می‌شود. یا أم ولد تنها وارث برای فردی باشد و یک مشتری پیدا شده که حاضر است این کنیز را بخرد و آزاد کند تا کنیز به ارث خودش برسد.

ج: تعلق یک حق به این کنیز قبل از استیلا. ص ۱۴۶

برای این مورد هم هفت مثال بیان می‌کنند از جمله اینکه قبل أم ولد شدن کنیز، رهن گذاشته شده بوده و مولایش توانایی پرداخت دین را ندارد، اینجا حق مرتهن مقدم است و می‌تواند أم ولد را برای استیفاء دین خود بفروشد.

د: منتفی شدن حکمت مانع از نقل أم ولد. ص ۱۵۱

مثل اینکه کنیز مرتد شده و حتی اگر مولایش هم بمیرد، از فرزندش ارث نمی‌برد و آزاد نمی‌شود لذا مولایش می‌تواند او را بفروشد.

شرط ۲ عوضین: ملکیت / طلق بودن / مسأله ۳: بیع مرهون / مطلب ۱: طرح بحث - مطلب ۲: اقوال و أدله / أدله جواز (شیخ) ۲۵۷
مسأله: و من أسباب خروج الملك ... ص ۱۵۳

دومین شرط از شرایط عوضین ملکیت بود ملکیت مقید به طلق بودن یعنی ملکیتی که حق دیگران به این مال تعلق نگرفته باشد. در این رابطه چهار مسأله را بررسی می‌کنند که دو مسأله بیع وقف و بیع أم ولد گذشت.

مسأله سوم: بیع مرهون

در این مسأله پنج مطلب بیان می‌کنند:

مطلب اول: طرح بحث

قبل از بیان مطلب مرحوم شیخ انصاری یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: معنای رهن، راهن، مرتهن و مرهون

در کتاب الرهن شرح لمعه، ج ۴، ص ۵۱ (چاپ ده جلدی) خوانده‌ایم که الرهن هو وثیقة للدين.

گرو گذارنده را راهن، گرو گیرنده را مرتهن و مالی که گرو گذاشته شده را مرهون می‌گویند.

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایرانی هم آمده:

ماده ۷۷۱ - رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد.

ماده ۷۷۴ - مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.

ماده ۷۷۸ - اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.

ماده ۷۹۳ - راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن.

زید مبلغی قرض می‌گیرد یا دوربین فیلمبرداری کرایه می‌کند و به عنوان وثیقه، گوشی تلفن همراه خود را نزد صاحب دوربین یا طلبکار، گرو و رهن می‌گذارد که اگر در زمان و مهلت معین شده بدهکاری یا دوربین را برنگرداند، طلبکار بتواند گوشی تلفن همراه را بفروشد و مبلغ دوربین یا طلبکاری را از آن بردارد.

به طور قطع می‌توان ادعا نمود که مالک یا همان راهن در زمانی که مالش را رهن گذاشته است نمی‌تواند مستقلاً و بدون اجازه مرتهن، مرهون را بفروشد به اجماع امامیه و بر اساس روایت مرسل و بدون سندی که از ابن ابی جمهور نقل شده و به پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم نسبت داده شده که فرموده‌اند راهن و مرتهن هر دو ممنوع از تصرف در مرهون هستند.

مطلب دوم: اقوال و أدله

در رابطه با بیع رهن دو قول را بیان می‌کنند:

قول اول: متقدمان: بیع مال مرهون باطل است مطلقاً.

قدماء از فقیهان امامیه معتقد بوده اند بیع مرهون مطلقاً باطل است در مقابل تفصیل قول بعدی.

قول دوم: متأخران و شیخ: در سه مورد بیع جایز است (إجازة، اسقاط و فک)

مرحوم شیخ انصاری و جمهور متأخران معتقدند جواز بیع مرهون متوقف است بر سه صورت:

۱. مرتهن بیع راهن را اجازه دهد.

۲. مرتهن حق خود نسبت به مال مرهون را اسقاط کند.

۳. راهن بعد از بیع، با پرداخت بدهی فک رهن کند و مالش را از رهن خارج سازد.

أدله جواز بیع مرهون

مرحوم شیخ انصاری سه دلیل برای قول مدعیان بیان می‌کنند:

دلیل اول: عمومات حلیت بیع

أدله‌ای مانند أحل الله البيع و تجارة عن تراض اقتضاء دارند بیع مذکور جایز باشد و مانعی از جواز هم وجود ندارد مگر اجماع و روایت.

اما اجماع فقهاء متقدم نسبت به ممنوعیت بیع مرهون حتی با وجود إجازة، اسقاط یا فک رهن ثابت نیست و چنین اجماعی نداریم.

روایتی نبوی هم که ابتدای بحث اشاره شد مرسل و فاقد سند است لذا اعتبار ندارد که مانع عمومات شود.

شاهد عدم دلالت روایت بر ممنوعیت بیع مرهون حتی در سه صورت مذکور این است که در روایت راهن و مرتهن با واو به یکدیگر عطف شده‌اند که هیچکدام حق تصرف و فروش مرهون را ندارند با اینکه در کتاب الرهن ثابت شده تصرف مرتهن به طور کلی باطل نیست بلکه در صورتی باطل است که مجوز شرعی نداشته باشد و الا روشن است که ماهیت عقد رهن برای جبران خسارت طلبکار است و اگر طلبکار در هیچ صورتی مجاز به بیع نباشد و راهن هم بدهی خود را نمی‌پردازد پس ثمره و خاصیت عقد رهن چه خواهد بود. پس اصل جواز تصرف با اجازه طرف مقابل روشن و ثابت است لذا می‌گوییم اجماع و روایت ظهور ندارند در ممنوعیت مطلق بیع مرهون و حتی اگر چنین ظهوری هم داشته باشند آن را نمی‌پذیریم به جهت اینکه جمهور متأخران بر اساس این روایت فتوا نداده‌اند. (به این دلیل که عرض کردم مخالف مقتضی و ماهیت عقد رهن است)

دلیل دوم و سوم خواهد آمد.

دلیل دوم: روایت باب نکاح عبد

دومین دلیل بر جواز بیع مرهون موقوفاً (متوقف بر اجازه یا اسقاط یا فک) این است که مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند در باب نکاح عبد روایتی داریم که زراره از امام باقر علیه السلام نقل کرده که اگر عبد بدون اذن مولایش نکاح انجام دهد و بعد از آن مولایش اجازه دهد، نکاح فضولی عبد صحیح است حضرت در مقام تعلیل برای صحت نکاح مذکور فرمودند این عبد، خدا را عصیان نکرده بلکه نسبت به مولایش عصیان و سرکشی داشته که مولایش هم به او اجازه داده است. پس طبق این روایت اگر در عقد فضولی به حق یک انسان بی توجهی شد و سپس آن فرد اجازه داد، عقد صحیح است اما اگر معصیه الله اتفاق افتاده بود قابل اصلاح شدن با اجازه نبود زیرا اگر خداوند در شریعت اعلام کرده باشد یک فعل حرام است دیگر قابل تصحیح با رضایت نخواهد بود.

دلیل سوم: قیاس اولویت نسبت به صحت عقد فضولی

در عقد فضولی با اینکه بائع مالک نیست اما با اجازه بعدی مالک عقد تصحیح می‌شود پس در بیع مرهون که بائع مالک هم هست به طریق اولی با اجازه بعدی مرتهن، بیع تصحیح خواهد شد.

لكن الظاهر من التذكرة ...، ص ۱۵۵، س ۵

مرحوم علامه حلی معتقدند بین بیع مرهون با بیع فضولی رابطه تساوی برقرار است نه اولویت به این بیان که فقهای که در باب فضولی قائل به بطلان هستند در بیع مرهون هم قائل به بطلان هستند.

مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند رابطه تساوی نیست زیرا کسانی که بیع فضولی را با استناد به "لا بیع إلا فی ملک" یا "لا تبع ما لیس عندک" باطل می‌دانند نمی‌توانند بیع مرهون را هم باطل بدانند زیرا بائع در بیع مرهون همان راهن و مالک است. پس چنانکه در مبحث قدرت بر تسلیم (صفحه ۱۹۰ کتاب) خواهد آمد کلام مرحوم فاضل قطیفی صحیح است که حتی اگر قائل به بطلان عقد فضولی هم باشیم باز بیع مرهون در صورت اجازه مرتهن جایز خواهد بود.

و قد ظهر من ذلك ...، ص ۱۵۵، س ۱۰

أدله عدم جواز بیع مرهون

مرحوم شیخ انصاری سه دلیل از قائلین به بطلان بیع مرهون را اشاره و نقد می‌فرمایند.

دلیل اول: اجماع

ادعا شده قدام اجماع دارند بر بطلان بیع مرهون.

نقد دلیل اول:

استدلال به اجماع جلسه قبل نقد و نفی شد.

دلیل دوم: دلالت روایات مانعه بر فساد

دومین دلیل از مرحوم تستری در مقابیس الأنوار است. قبل از تبیین کلام ایشان یک مقدمه فقهی بیان می‌کنیم:

مقدمه فقهی: دلالت نهی بر فساد

در مبحث دلالت نهی بر فساد معامله بعضی از فقهاء مانند مرحوم تستری معتقدند تعلق نهی بر دو گونه است:

۱. اگر نهی به یکی از ارکان عقد (در بیع بائع و مشتری، ثمن و مثن) تعلق گرفته باشد نهی از معامله دال بر فساد است. مانند "لا تبع مجنوناً"، یا "لا تبع خمراً" در مثال اول مشکل در مشتری است و در مثال دوم مشکل در مثن است لذا این دو معامله فاسد خواهد بود.

به این قسم از تعلق نهی، نهی از امر داخلی نیز گفته می‌شود.

۲. اگر نهی به امری خارج از ارکان و ماهیت عقد تعلق گرفته باشد دال بر فساد نخواهد بود. مانند "لا تبع وقت النداء" لذا اگر فردی در وقت اذان ظهر جمعه بیعی انجام دهد عمل حرام انجام داده اما بیعش باطل نیست زیرا مشکل در ارکان عقد نیست بلکه به امری خارج از آن مربوط است که تقارن با وقت اذان باشد.

به این قسم از تعلق نهی، نهی از امر خارجی هم گفته می‌شود.

مرحوم شیخ انصاری چنانکه در نقد کلام مرحوم تستری اشاره خواهد شد قائل به تفصیل در مسأله هستند. *

مرحوم تستری می‌فرمایند روایات مانعه از بیع مرهون مانند "الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف" و روایات ناهیه مانند: "لا تبع ما لیس عندک" چون به امر داخلی ارکان عقد که مثن باشد تعلق گرفته‌اند دال بر فساد معامله هستند. لذا در بیع وقف چون حق الله، حق واقف

و حق موقوف علیهم به مثنی (وقف) تعلق گرفته و در بیع أم ولد چون حق ولد و حق کنیز در حریت تعلق گرفته و در بیع مرهون حق راهن تعلق گرفته است این تعلق حقوق باعث وجود نهی و مشکل در مثنی و ارکان عقد است لذا بیع باطل خواهد بود.
مرحوم تستری سپس از دو اشکال به کلامشان پاسخ داده‌اند.

اشکال اول:

مستشکل می‌گوید بر اساس معیاری که شما فرمودید دو مورد نقض وجود دارد یکی بیع فضول دیگری بیع مرهون توسط مرتهن، در این دو مورد با اینکه نهی ("لاتبع ما لیس عندک" و "لا بیع الا فی ملک") به ارکان و مثنی تعلق گرفته است باز هم فقها به شرط ضمیمه شدن اجازه مالک، حکم به صحت کرده‌اند پس تفاوت گذاشتن بین بیع فضول و مرتهن با بیع راهن تحکم و زورگویی است، یا در هر سه باید بیع باطل باشد یا در هر سه باید صحیح باشد.

جواب:

مرحوم تستری می‌فرماید تفاوت مذکور صحیح است و دلیل دارد که توضیح می‌دهیم.

تصرف منهی عنه در مال دیگران بر دو قسم است:

قسم اول: تصرف در منافع مال دیگران که حرام است و با اجازه بعدی هم حلال نمی‌شود مثل اینکه دزد ماشین زید را برداشته و از آن استفاده کند، این تصرف حرام است و با اجازه بعدی زید هم حلال نمی‌شود و دزد باید توبه کند. (این قسم به بحث ما ارتباط ندارد)

قسم دوم: تصرف در مال دیگران به نحو انتقال در قالب عقد یا ایقاع، در قصد از انجام چنین تصرفی دو احتمال است:

احتمال یکم: ملک دیگران را به قصد اینکه خودش مالک است بفروشد در این صورت نهی دال بر حرمت و فساد است مانند قسم اول.

احتمال دوم: ملک دیگران را به نیابت از مالک بفروشد، در این صورت اصلاً نهی وجود ندارد که دال بر فساد باشد یا نباشد. شارع از فروش ملک دیگران به نیابت از آنان (و به شرط ضمیمه شدن اجازه مالک) نهی نفرموده است.

مرحوم تستری با توجه به این نکته می‌فرماید در رابطه با بیع فضول و بیع مرتهن این دو احتمال مطرح است یعنی ممکن است فضول یا مرتهن به نیابت بیع را به نیابت از مالک انجام دهند لذا فقهاء حکم کرده‌اند بیع صحیح است چون نهی وجود ندارد اما در بیع راهن احتمال دوم و احتمال نیابت از مالک معنا ندارد چون خودش مالک است لذا بیع راهن مصداق احتمال اول است یعنی ملکی که حق دیگران به آن تعلق گرفته را فروخته و نهی از چنین تصرفی موجب فساد معامله خواهد بود.

مرحوم تستری کلامشان را به عبارت دیگر اینگونه بیان می‌کنند که عقودی که انجام عقد و تتمیم عقد (با ضمیمه شدن اجازه) به مالک منتهی نشود، چنین عقودی را ممکن است با اجازه بعدی تصحیح کرد زیرا فاعل و عاقد محتمل از به نیابت از مالک انجام داده باشد اما اگر انجام عقد بالأصله توسط شخص مالک باشد قابل تصحیح به عنوان نیابت نیست حتی با ضمیمه شدن اجازه بعدی زیرا عقودی که بالأصله توسط مالک انجام شده از دو حال خارج نیست یا فاسد است و با اجازه بعدی هم تصحیح نمی‌شود یا صحیح است که اگر از عقود لازم باشد عقد لازم خواهد بود.

تحقیق:

* مراجعه کنید به **مطرح الأنظار** (تقریرات مباحث اصولی مرحوم شیخ انصاری که توط شاگردشان مرحوم کلانتری نوشته شده)، مبحث دلالت نهی بر فساد ج ۱، ص ۷۵۶

مرحوم ابوالقاسم کلانتری طهرانی (که اصالة اهل شهر نور مازندران هستند) متوفای ۱۲۹۲ هـ ق و در حرم حضرت عبدالعظیم حسنی در مقبره مرحوم ابوالفتح رازی مدفون هستند. ایشان بیست سال شاگرد مرحوم شیخ انصاری بوده‌اند. وجه تسمیه ایشان به کلانتر هم این بوده که دائی ایشان منصب کلانتر و ریاست اصناف تجاری در دوره ناصرالدین شاه قاجار را عهده‌دار بوده است.

ایشان غیر از مرحوم سید محمد کلانتر (۱۲۹۶-۱۳۷۸ هـ ش) هستند که الروضة البهية فی شرح اللعة الدمشقیة را شرح کرده‌اند.

اشکال دوم:

مستشکل در دومین اشکال به کلام مرحوم تستری می‌گوید تعلیل موجود در روایت زراره نسبت به نکاح فضولی عبد است که امام باقر علیه السلام می‌فرمایند عبد با نکاح فضولی اش مرتکب معصیة الله نشده (که قابل اصلاح و تصحیح نباشد) بلکه مولای خودش را عصیان کرده که با اجازه مولایش دیگر عصیانی وجود ندارد. این تعلیل نشان می‌دهد رضایت بعدی هم می‌تواند مصحح عقد باشد پس در ما نحن فیه هم اجازه مرتهن می‌تواند مصحح بیع راهن باشد.

جواب:

مرحوم تستری می‌فرمایند قیاس بیع مرهون به نکاح فضولی مع الفارق است زیرا نکاح فضولی توسط کسی انجام شده که مالک نبوده (عبد مالک خودش نیست) اما بیع مرهون توسط راهن انجام شده که مالک است مخصوصاً مالکی است که خدا او را ممنوع از تصرف قرار داده پس بیع مرهون توسط راهن معصیة الله است زیرا خدا او را از تصرف در حق مرتهن ممنوع کرده بود اما عصیان مرتهن نیست زیرا مرتهن مالک نیست که نسبت به مال او عصیانی اتفاق افتاده باشد. پس در نکاح فضولی عبد، معصیة الله نبود بلکه عصی سیده بود اما اینجا معصیة الله است و عصیان مرتهن نیست.

به طور کلی هر جا یک مالک که عهده دار اموالش هست توسط شارع ممنوع از تصرف در مال خودش باشد مانند مفلس (ورشکسته) که به جهت حق غُرماء (طلبکاران) ممنوع از تصرف در مال خودش شده، هر گونه تصرف او بر خلاف ممنوعیت شارع، معصیة الله است و تعلق نهی و منع به ارکان عقد خواهد بود و در نتیجه موجب فساد عمل می‌شود.

البته اگر در موردی اطمینان پیدا کردیم غرض شارع از ممنوع التصرف کردن یک فرد نه به جهت حق الله بلکه صرفاً به جهت مراعات حقوق دیگران باشد در اینجا می‌توان گفت معصیة الله اتفاق نیافتاده و با اجازه صاحب حق، عقد و عمل صحیح خواهد بود. مثل شُفعه که دو شریک در یک مال به صورت مشاع هر کدام بخواهد سهم خود را بفروشد باید به شریک اطلاع دهد تا اگر شریک مای لاسست خودش سهم او را بخرد و اگر بدون اطلاع شریک سهمش را فروخت و بعداً شریک اجازه داد بیعش صحیح است زیرا در مسأله شُفعه دستور شارع صرفاً به جهت رعایت حق شریک است.

نتیجه اینکه مرحوم تستری می‌فرمایند بیع مرهون باطل است چنانکه بعضی از قدمات فرمودند.

و یرد علیه بعد منع الفرق ...، ص ۱۵۸، س ۸

نقد دلیل دوم:

مرحوم شیخ انصاری شش اشکال به کلام مرحوم تستری وارد می‌کنند که بعضی این اشکالات مبنایی هستند (مبنای مرحوم تستری با مرحوم شیخ انصاری متفاوت است):

اشکال اول:

مرحوم تستری در مورد عقد فضولی فرمودند دو احتمال دارد یکی اینکه مستقلاً و به عنوان مالک معامله کرده باشد که باطل است و دیگر اینکه به علی وجه النيابة عن المالك معامله کرده باشد که در این صورت بیعش با اجازه مالک صحیح است. ما در مبحث بیع فضولی ثابت کردیم در هر دو صورت بیع فضول درست است و با اجازه مالک قابل تصحیح است.

اشکال دوم:

اینکه مرحوم تستری ادعا فرمودند نهی و منع شارع اگر به امر داخلی و ارکان عقد تعلق گیرد دال بر فساد است را قبول نداریم. (بلکه در نهی از معاملات در صورتی که به ارکان عقد تعلق گیرد قائل به تفصیل هستیم. به این بیان که اگر نهی ارشادی باشد دال بر فساد است و اگر نهی مولوی باشد دال بر فساد نیست زیرا عقل حکم تکلیفی حرمت ندارد بلکه فقط حکم به فساد و بطلان دارد لذا اگر نهی شارع ارشاد به حکم عقل باشد دال بر فساد خواهد بود. مراجعه کنید به آدرسی که در جلسه قبل به مطارح الأناظر داده شد)

اشکال سوم:

اینکه مرحوم تستری فرمودند چون بیع فضول دارای دو احتمال است یکی اینکه به عنوان مالک فروخته باشد که باطل است و دیگری به عنوان نائب فروخته باشد که صحیح است و بر این اساس بیع فضولی و مرتهن را تصحیح نمودند، می‌گوییم در بیع راهن هم می‌توان دو وجه باطل و صحیح را تصویر کرد به این بیان که اگر راهن استقلالاً و بدون ضمیمه اجازه مرتهن مال مرهون را بفروشد بیعش باطل است و اگر بناء بگذارد بر اینکه مرتهن اجازه خواهد داد بیعش صحیح است لذا برای بیع راهن هم وجه صحیح قابل تصویر است. همچنین اگر راهن جاهل به موضوع رهن باشد مثل اینکه اطلاع ندارد و کیلش وسیله او را رهن گذاشته است یا جاهل به حکم رهن باشد و نداند که مال مرهون را نمی‌تواند بفروشد یا ناسی حکم یا موضوع باشد در این صور هم بیعش صحیح است.

اشکال چهارم:

آنچه از اجماع و عبارتی که به عنوان حدیث (مرسل) مورد تمسک قرار گرفته که "الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف" این است که حکم راهن و مرتهن از حیث ممنوعیت تصرف و بیع مساوی است لکن فتوا و اجماع فقهاء روشن است که ممنوعیت از تصرف به نوعی است منافاتی با وقوع بیع توسط مرتهن با اجازه راهن ندارد یعنی همانطور که با وجود روایت مرسل مذکور فقهاء فتوا داده‌اند مرتهن در صورت اجازه راهن مجاز به تصرف در مرهون است بر همان اساس راهن هم در صورت اجازه مرتهن باید جاز به تصرف باشد. روایت مذکور نهایت چیزی که به عنوان تصرف ممنوع بیان می‌کند تصرف بالاستقلال و بدون اجازه طرف مقابل است و ممنوعیت تصرف حتی با وجود اجازه طرف مقابل نیاز به دلیل دارد و دلیلی بر این ممنوعیت وجود ندارد لذا به عمومات تجارة عن تراض عمل می‌کنیم و بیع راهن با اجازه مرتهن را صحیح می‌دانیم.

اشکال پنجم:

اینکه مرحوم تستری فرمودند تعلیل موجود در روایت نکاح فضولی عبد شامل راهن نمی‌شود زیرا عبد مالک نیست اما راهن مالک است صحیح نیست زیرا آنچه از روایت و تعلیل به دست می‌آید این است که ممنوعیت به جهت تعلق حق غیر بوده است و در منع از تعرض به حقوق دیگران بدون اجازه آنها تفاوتی بین عقد فضولی، عقد مرتهن و عقد راهن وجود ندارد، پس اگر صاحب حق اجازه داد ممنوعیت مرتفع می‌شود و عقد صحیح است و الا فلا.

اشکال ششم:

اینکه مرحوم تستری ممنوعیت از بیع راهن را به ممنوعیت از بیع وقف و بیع ام ولد قیاس کردند مع الفارق است زیرا ممنوعیت از بیع وقف و بیع ام ولد به جهت نص خاص است لذا حتی اعلام رضایت موقوف علیهم یا ام ولد قبل از بیع هم کارساز نیست اما در رهن نص و روایت صحیح السند دال بر ممنوعیت بیع راهن با اجازه مرتهن وجود ندارد.

و بالجمله فالمستفاد ...، ص ۱۵۹، س ۱۴

مرحوم شیخ انصاری در جمع‌بندی پایانی بر استدلال مرحوم تستری می‌فرماید آنچه از فتاوی‌ای اصحاب و روایات ابواب معاملات به دست می‌آید این است که اگر منع و نهی شارع مبتنی بر حق غیر باشد و غیر اعلام رضایت کند، معامله صحیح خواهد بود. بنابراین:

- صحت عقد فضولی متوقف است بر اجازه مالک.

- صحت عقد بیع راهن بر مال مرهونه متوقف است بر اجازه مرتهن.

- صحت تصرفات مفلس (ورشکسته) متوقف است بر اجازه غُرماء (طلبکاران یا همان مالباختگان)

- صحت وصیت و تصرف وصیت کننده در مرض موت متوقف است بر اجازه وارث.

- صحت عقد نکاح شوهر با دختر خواهر خانمش یا دختر برادر خانمش متوقف است بر اجازه همسرش.

- صحت عقد نکاح شوهری که خانم حرّ دارد با کنیز، متوقف است بر اجازه همسرش.

این موارد نشان می‌دهد عقد به تنهایی و مستقل از اجازه ذو الحق، نمی‌تواند اثر مقصود از آن عقد را به دنبال بیاورد بلکه نیاز به اعلام رضایت ذو الحق است و در صورت اجازه ذو الحق هیچ مشکلی در صحت عقد مذکور وجود ندارد.

شرط ۲ عوضین: ملکیت / طلق بودن / مسأله ۳: بیع مرهون / مطلب ۳: سه نکته ذیل جواز بیع مرهون / نکته ۱: کاشفیت اجازه ۲۶۳
جلسه ۱۰۲ (سه‌شنبه، ۱۴۰۱/۰۳/۰۳) بسمه تعالی

و قد یتخیل وجه آخر ...، ص ۱۶۰، س ۳

دلیل سوم: اجتماع مالکین بر شیء واحد

سومین دلیل بر بطلان بیع مرهون این است که گفته شده عموم قائلین به صحت بیع راهن با اجازه مرتهن، اجازه را کاشفه می‌دانند یعنی اگر رهن در روز شنبه واقع شده، دوشنبه راهن مرهون را فروخته و چهارشنبه مرتهن بیع را اجازه کرده است، با اجازه مرتهن در روز دوشنبه کشف می‌کنیم بیع مرهون از همان روز دوشنبه صحیح واقع شده بود، اشکال این است که از دوشنبه تا چهارشنبه دو عنوان مختلف بر مرهون ثابت است که قابل جمع نیستند یکی مبیع بودن و دیگری رهن بودن.
باید مبیع باشد چون راهن آن را به مشتری فروخته است.

باید رهن باشد چون مرتهن چهارشنبه اجازه داده است و اگر رهن نباشد دیگر مرتهن و اجازه او بی معنا می‌شود.

پس از زمان بیع مرهون تا زمان اجازه مرتهن، مرهون هم باید مبیع باشد هم رهن در حالی که بیع و رهن هر کدام عقدی جداگانه با ماهیتی متفاوت‌اند و امکان ندارد یک شیء در آن واحد متعلق در دو عقد متفاوت قرار گیرد.

این اشکال در بحث بیع فضولی (من باع شیئا ثمن ملکه) هم مطرح بود که اگر اجازه مالک، کاشفه باشد لازم می‌آید اجتماع دو مالک بر یک مال در آن واحد. اگر دوشنبه بیع فضولی انجام شده و مالک چهارشنبه اجازه کرده باشد و اجازه را کاشفه بدانیم، از طرفی بین دوشنبه تا چهارشنبه باید بگوییم کالا ملک مالک است که اجازه دادن او ملاک صحت بیع باشد و از طرفی باید بگوییم کالا ملک مشتری چون در یک بیع صحیح به مشتری فروخته شده است.

نقد دلیل سوم:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید قائلین به کاشفیت اجازه در بیع مرهون ملتزم می‌شوند به اینکه اجازه مرتهن کشف می‌کند از روز دوشنبه دیگر رهن وجود نداشته است و اشکال مذکور در بحث بیع فضولی هم جاری است و بر اساس دلیل سوم، قائل به بطلان بیع مرهون باید معتقد به بطلان بیع فضولی هم باشد زیرا در آنجا هم اجتماع مالکین بر ملک واحد لازم می‌آید. البته مرحوم شیخ انصاری در جلسه ۲۵ و مبحث بیع فضولی، از این اشکال پاسخ دادند.

البته بین بیع فضولی و بیع مرهون تفاوتی هم وجود دارد که در بیع فضولی اجازه مالک یک اجازه حقیقی است لذا اجتماع مالکین علی ملک واحد قابل تصویر است لکن اجازه مرهون در بیع مرهون یک اجازه صوری و موقتی است نه اجازه حقیقی زیرا مرتهن مالک نیست. بله اگر فک رهن بعد از بیع مرهون را کاشف از صحت بیع مرهون بدانیم اشکال مذکور (جمع بین دو عنوان و دو مالک) وارد خواهد بود که توضیحش در نکته دوم از مطلب چهارم (انتهای صفحه ۱۶۴) خواهد آمد.

ثم إن الكلام فی ...، ص ۱۶۰، س ۱۷

مطلب سوم: بیان سه نکته ذیل جواز بیع مرهون

مرحوم شیخ انصاری بعد نقد أدله قائلین به بطلان بیع مرهون و اثبات جواز این بیع، به سه نکته از آثار جواز بیع مرهون اشاره می‌کنند.

نکته اول: اجازه مرتهن کاشفه است

می‌فرماید کاشفه یا ناقله دانستن اجازه مرتهن در بیع مرهون بر همان اساسی است که در بیع فضولی مطرح شد و به نظر ما مقتضای قواعد ناقله بودن است لکن به جهت وجود نص خاص قائل به مبنای کاشفیت خواهیم بود. و البته اگر اجازه مالک در بیع فضولی را کاشفه بدانیم به طریق اولی اجازه مرتهن در بیع مرهون کاشفه خواهد بود.

برای توضیح وجه اولویت یک مقدمه منطقی بین می‌کنیم:

مقدمه منطقی، فلسفی: أجزاء علت تامه، وجود مقتضی و عدم مانع

در فلسفه و منطق ثابت شده علتی که باعث وجود معلول می‌شود دو جزء دارد: وجود مقتضی و عدم مانع. آنچه رکن اصلی علت را تشکیل می‌دهد وجود مقتضی است.

به عبارت دیگر سهم مقتضی در تحقق علت تامه، بیشتر از عدم المانع است. صرفاً به عنوان مثال می‌توان گفت ۸۰ درصد علت

مربوط به وجود مقتضی و ۲۰ درصد مربوط به عدم مانع است زیرا مقتضی یک امر وجودی و عدم المانع یک امر عدمی است.

برای توضیح وجه اولویت باید توجه داشت که عقد بیع دو رکن ایجاب و قبول دارد، اجازه مالک مربوط به رکن قبول است لذا تا اجازه مالک نیاید اصلاً مقتضی بیع محقق نشده که بخواهیم از عدم مانع سخن بگوییم. اما در بیع مرهون، اجازه دهنده یعنی مرتهن مالک نیست و اجازه او رکن در تحقق ایجاب یا قبول نیست بلکه بیع مرهون محقق شده و حق مرتهن یک مانعی در برابر اثر گذاری صیغه بیع است، و اگر مرتهن اجازه داد این مانع مرتفع می‌شود.

وجه اولویت این است که وقتی در عقد فضولی با اینکه جنبه مقتضی هنوز کامل نشده است اجازه مالک می‌تواند بیع سابق را تصحیح کند پس به طریق اولی در بیع مرهون که جنبه متضی کامل شده و فقط عدم المانع باقی مانده، اجازه مرتهن می‌تواند بیع سابق (بیع مرهون) را تصحیح نماید.

شاهد کاشفه بودن اجازه مرتهن در بیع مرهون

فقهاء با اینکه عتق را از ایقاعات می‌دانند که نیاز به قبول (و مراعات) از جانب عبد ندارد، اما در صورتی که فرد عبدش را رهن گذاشته باشد و سپس عبد مرهون را آزاد ند فقهاء می‌فرمایند اجازه مرتهن می‌تواند عتق عبد مرهون را تصحیح کند پس اجازه بعدی می‌تواند عتق قبلی را تصحیح کند پس معلوم می‌شود فقهاء اجازه مرتهن را کاشفه می‌دانند.

مرحوم محقق ثانی به استشهاد به عتق مرهون اشکالی وارد کرده و فرموده‌اند علت فتوای فقهاء به اینکه اجازه مرتهن می‌تواند عتق قبلی را تصحیح کند، کاشفه دانستن اجازه مرتهن نیست بلکه علتش سهل‌گیری شارع در مسأله عتق است زیرا هدف شارع از اجازه اسیر گرفتن در جنگ و استفاده از آنان به عنوان برده و کنیز نه به جهت پستی ذاتی آنان بلکه به جهت محدود نمودن عداوت و ستیزه‌جویی آنان و زندگی در جامعه اسلامی و آشنایی با اسلام و سپس آزادی و حریت است.

لذا شارع به بهانه‌های مختلف و در قالب کفارات مختلف به دنبال آزادسازی آنان است و به همین جهت نسبت به مسأله عتق سخت‌گیری ندارد که لزوماً با یک صیغه ایقاع خاص و شرایط خاص انجام شود و به ادنی بهانه‌ای هر چند ناقص عتق آنان را امضاء کرده است. در شاهد مذکور هم مهم آزادی و عتق است نه اجازه مرتهن.

مرحوم شیخ انصاری از این اشکال جواب داده و می‌فرمایند فقهاء در مسأله عتق عبد مرهون به سهل‌گیری شارع و *إن الشریعة سَمحةٌ سهلة تمسک نکرده‌اند بلکه به دنبال استدلال به صحت شرعی عتق هستند لذا بعد از اجازه مرتهن به عموماً صحت عتق تمسک نموده‌اند.*

علاوه بر اینکه مرحوم علامه حلی نه به جهت اجازه بلکه در صورت فک رهن، عتق مرهون را تجویز نموده‌اند و این نشان می‌دهد به نظر مرحوم علامه حلی صرف عتق ناقص و بدون اجازه کافی نیست بلکه باید فک رهن هم محقق شود.

پس اجازه مرتهن کاشفه است نه ناقله. البته نسبت به اسقاط حق یا ابراء ذمه یا فک رهن که کاشفه‌اند یا ناقله، بحث خواهیم کرد.

شرط ۲ عوضین: ملکیت / طلق بودن / مسأله ۳: بیع مرهون / مطلب ۴: حکم فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه توسط مرتهن ۲۶۵
ثم إنه لا اشكال فی ...، ص ۱۶۱، س ۱۲

نکته دوم: رد بعد از اجازه اثر ندارد

چنانکه در عقد فضولی هم گذشت اگر صاحب اجازه، اجازه داد دیگر رد فائده ندارد زیرا با ضمیمه شدن اجازه، عقد تمام شده است.

نکته سوم: آیا اجازه بعد از رد اثر دارد؟

می‌فرمایند اگر مرتهن ابتدا بیع مرهون توسط راهن را رد کند، آیا اگر پشیمان شد می‌تواند دوباره بیع مرهون را اجازه و تصحیح نماید؟

احتمال اول: بله.

دلیل:

مرتهن یک حق اجازه نسبت به بیع مرهون دارد، اگر ابتدا از این حق استفاده نکرد و با اجازه دادن، حق خودش را اسقاط نکرد، همچنان این حق برای او باقی است حتی اگر ابتدا رد کرده باشد. البته در بیع فضولی ثابت کردیم بعد از رد مالک، دیگر امکان تصحیح بیع وجود ندارد زیرا مالک رکن عقد است و اگر بیع را رد کند یعنی انشاء عقد بیع (ایجاب و قبول) را رد و ابطال کرده است و عقدی که ابطال شده قابلیت تصحیح ندارد اما مرتهن مالک نیست که رد او مبطل عقد باشد بلکه صرفاً حق اجازه دارد.

احتمال دوم: خیر. (شیخ)

دلیل:

رد کردن مرتهن جزء مقوم و مربوط به مقتضای عقد است لذا وقتی مرتهن بیع مرهون را رد کرد اصل اقتضای عقد برای صحت را از بین برده است پس اجازه دادن دوباره و تصحیح عقد معنا نخواهد داشت.

مرحوم شیخ انصاری احتمال دوم را انتخاب می‌کنند.

[البته انتخاب احتمال دوم و جزء مقتضی دانستن رد مرتهن در این نکته سوم توسط مرحوم شیخ انصاری با مبنایشان در نکته اول که اجازه مرتهن را نه جزء مقتضی بلکه در جایگاه عدم المانع دانستند تهافت و تنافی دارد. مرحوم شیخ دو صفحه بعد یعنی ابتدای صفحه ۱۶۴ هم به مانع دانستن حق مرتهن تصریح می‌کنند]

ثم إن الظاهر أن فک الرهن ...، ص ۱۶۲، س ۹

مطلب چهارم: دو نکته در فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه

مرحوم شیخ انصاری بعد از اثبات جواز بیع رهن موقفاً به اجازه مرتهن و بیان سه نکته فرعی ذیل آن، وارد بررسی اثر فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه بر صحت بیع مرهون می‌شوند و دو نکته بیان می‌کنند.

نکته اول: حکم فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه

اگر راهن مال مرهون را فروخت چهار حالت پس از آن متصور است:

حالت اول: (اجازه مرتهن) مرتهن بعد اطلاع از بیع رهن، آن را اجازه دهد.

حالت دوم: (فک رهن) راهن بعد از بیع، قرضی که گرفته بود و در مقابل آن رهن گذاشته بود را پرداخت کند یا چیزی که کرایه کرده بود، برگرداند که اصلاحاً می‌گوییم فک رهن محقق شود.

حالت سوم: (اسقاط حق) بعد از بیع مرتهن بگوید حق خودم نسبت به مال مرهون و صاحب اجازه بودن خودم را اسقاط کردم.

حالت چهارم: (ابراء ذمه) بعد از بیع مرتهن اعلام کند به راهن که دیگر لازم نیست قرضش را پرداخت کند و قرض را به او بخشیده و ذمه راهن را بری کرده است.

نسبت به حکم حالت اول بحث شد و فرمودند اجازه مرتهن مصحح عقد بیع مرهون است.

نسبت به سه حالت بعدی و اینکه آیا مانند اجازه می‌توانند بیع قبلی را تصحیح کنند یا نه دو احتمال است:

احتمال اول: در حکم اجازه مرتهن است. (شیخ)

جمعی از فقهاء فک رهن و اسقاط حق و ابراء ذمه را در حکم اجازه مرتهن می‌دانند لذا بعد از بیع رهن، چهار راه برای تصحیح بیع مرهون وجود خواهد داشت.

احتمال دوم: در حکم اجازه مرتهن نیست.

قائلین به احتمال دوم معتقدند فک رهن، اسقاط حق و إبراء ذمه از جانب مرتهن در حکم اجازه مرتهن نیست و اثر آن را ندارد. به سه دلیل استدلال کرده‌اند:

دلیل اول: ارتباطی به بیع رهن ندارد

اجازه مرتهن که می‌توانست سبب تصحیح بیع مرهون شود به این جهت بود که کاملاً ناظر بر بیع واقع می‌شد یعنی اجازه مرتهن متعلق می‌خواهد و متعلق آن هم بیع مرهون است یعنی مرتهن همان بیع مرهون را اجازه می‌دهد و بیع تصحیح می‌شود چنان که اجازه مالک در عقد فضولی چنین اثری داشت، اما فک رهن، اسقاط حق و إبراء ذمه هیچ‌نگاهی به بیع مرهون ندارند لذا نمی‌توانند سبب تصحیح بیع مرهون شوند. لذا شبیه این است که غاصبی مالی را به عنوان مالک و برای خودش بفروشد و ثمن را هم تملک کند که جمعی از فقهاء در بحث عقد فضولی فرمودند چنین بیعی باطل است و اجازه مالک هم نمی‌تواند آن را تصحیح کند زیرا انشاء عقد ناقص است و غاصب فقط می‌توانسته به نیابت از مالک بیع را انجام دهد. (البته در جلسه قبل اشاره شد که مرحوم شیخ معتقد به لزوم نیابت نبودند)

دومین دلیل بر احتمال دوم تمسک به استصحاب است که خواهد آمد.

چهارشنبه به دلیل آلودگی هوا حوزه علمیه تعطیل بود.

مضافاً **إلی استصحاب ...**، ص ۱۶۳، س ۱۰

دلیل دوم: استصحاب عدم لزوم

قبل از تبیین دلیل سوم یک مقدمه اصولی بیان می‌کنیم:

مقدمه اصولی: تخصیص عام در عموم ازمائی و غیر ازمائی

در تخصیص عام بین عموم ازمائی و غیر آن تفاوت است. برای روشن شدن مطلب دو مثال بیان می‌کنیم:

مثال اول: عام ازمائی

- "أكرم العلماء في كل يوم" هم عموم افرادی دارد (تمام علماء) هم عموم ازمائی دارد (تمام زمانها).

- "لا تکرّم الفساق" که علماء فاسق را از تحت عموم عام خارج می‌کند.

شنبه یقین داریم زید عالم فاسق و اکرامش حرام است. یکشنبه شک داریم توبه کرده یا همچنان فاسق است، دو احتمال است:

الف: به عموم "أكرم العلماء في كل يوم" تمسک کنیم و بگوییم اکرامش واجب است.

ب: فسق متیقّن روز شنبه را استصحاب کنیم و بگوییم همچنان فاسق است لذا اکرامش حرام است.

اصولیان می‌فرمایند وظیفه عمل به عموم عام است زیرا دلیل عام با صراحت حکم تمام روزها را مشخص کرده است و گویا به

تعداد تمام ایام منحل و متعدد شده است (أكرم العلماء في يوم السبت، أكرم العلماء في يوم الأحد و ...) روز شنبه یقین داشتیم زید

عالم فاسق است لذا روز شنبه از تحت حکم عموم عام خارج شد اما سایر روزها همچنان تحت عام باقی هستند و حکمشان وجوب

اکرام است نمی‌دانیم آیا مانعی از حکم وجوب اکرام روز یکشنبه آمد یا نه، وظیفه عمل به حکم عام است.

پس در عام ازمائی عند الشک به عموم عام تمسک می‌کنیم نه حکم خاص.

مثال دوم: عام غیر ازمائی

- "أكرم العلماء" که عموم افرادی دارد و شامل تمام افراد علماء می‌شود.

- "لا تکرّم الفساق" که علماء فاسق را از تحت عام خارج می‌کند.

شنبه یقین داریم زید عالم فاسق و اکرامش حرام است. یکشنبه شک داریم توبه کرده یا همچنان فاسق است، دو احتمال است:

الف: به عموم "أكرم العلماء" تمسک کنیم و بگوییم اکرامش واجب است.

ب: فسق متیقّن روز شنبه را استصحاب کنیم و بگوییم اکرامش حرام است.

اصولیان می‌فرمایند وظیفه استصحاب دلیل خاص یعنی حکم حرمت اکرام روز شنبه است زیرا دلیل "أكرم العلماء" اقتضاء شمول

نسبت به یکشنبه را ندارد.

پس در عام غیر ازمائی عند الشک حکم خاص را استصحاب می‌کنیم و به عموم عام نمی‌توان تمسک نمود.

مستدل می‌گوید قبل از فک رهن توسط راهن یا اسقاط حق یا إبراء ذمه توسط مرتهن یقین داشتیم بیع راهن لازم نشده بود (چون ملک

طلق او نبود و لایبغ الا فی ملک می‌گفت بیع لازم نشده) بعد فک رهن شک داریم آیا بیعی که راهن انجام داده بود لازم شد یا نه؟ عدم

لزوم را استصحاب می‌کنیم.

سؤال: چرا به عموم أوفوا بالعقود تمسک نمی‌کنید که حکم کنیم به وجوب وفاء در عقد بیع رهن و در نتیجه بیع راهن را لازم الوفاء بدانیم.

جواب: دلیل خاص عدم لزوم (طلق نبودن ملک راهن) حاکم و مقدم است بر عموم أوفوا بالعقود و اینجا محل تمسک به عموم أوفوا بالعقود

نیست زیرا أوفوا بالعقود عام ازمائی نیست. اگر أوفوا بالعقود عام ازمائی بود می‌گفتیم وجوب وفاء فی کلّ زمان و فی کلّ یوم را شامل

است یک فرد از زمان (بیع راهن تا قبل فک رهن) یقیناً خارج شده بود و وجوب وفاء نداشت، نسبت به بعد فک رهن شک داریم به عموم

عام تمسک می‌کنیم و می‌گوییم عموم وجوب وفاء به عقد از همان ابتدا تمام زمانها از جمله بعد فک رهن را شامل شده بود لذا نسبت به

فرد مشکوک به عموم عام تمسک می‌کردیم اما این تمسک صحیح نیست زیرا عام ازمائی نیست پس استصحاب حکم خاص جاری است.

دلیل سوم: روایت مربوط به نکاح فضولی عبد

در باب عبد روایاتی داریم که اگر عبد نکاح فضولی و بدون اذن مولایش انجام دهد سپس آزاد شود این عتق باعث نمی‌شود نکاح فضولی

او تصحیح شود بلکه نیاز به اجازه مولایش هست و لو اجازه‌ای که از سکوت مولا فهمیده شود.

از این روایات یک ملاک کلی به دست می‌آید که تصحیح هر عمل و هر عقدی که نیاز به اجازه فرد دیگری دارد محقق نمی‌شود مگر با اجازه صاحب اجازه، پس در ما نحن فیه هم به صرف فکّ رهن و آزاد شدن مال مرهونه از رهن، بیع رهن نخواهد بود بلکه نیاز به اجازه مرتهن است.

نقد احتمال دوم:

مرحوم شیخ انصاری هر سه دلیل احتمال دوم را نقد می‌کنند:

نقد دلیل اول: مانع از لزوم بیع ساقط شده

می‌فرمایند از أدله باب بیع و رهن به روشنی استفاده می‌شود که مقتضی تحقق بیع، ایجاب و قبول است که در ما نحن فیه محقق شده و فقط یک مانع وجود دارد به نام حق مرتهن، پس هرگاه این مانع به هر دلیلی مرتفع شد مقتضی بیع اثر خودش را که لزوم بیع رهن باشد می‌گذارد.

نقد دلیل دوم: موضوع استصحاب باقی نیست

در استصحاب، بقاء موضوع لازم است در حالی که در استصحاب مذکور موضوع از بین رفته است لذا باید به عام اوفوا بالعقود تمسک نمود. توضیح مطلب:

أوفوا بالعقود می‌گوید وفاء به عقد واجب است، تا قبل از فکّ رهن، یقین داریم حق مرتهن مانع از وفاء به عقد بود، اما این موضوع یعنی مانعیت حق مرتهن را نمی‌توانیم استصحاب کنیم زیرا یقین داریم این موضوع بعد از فکّ رهن، از بین رفته است. نتیجه اینکه بعد فکّ رهن، استصحاب عدم لزوم جاری نیست بلکه باید به عموم اوفوا بالعقود تمسک نمود و بیع رهن را لازم دانست.

فافهم

اشاره به نقد کلام قبل است. مرحوم شیخ انصاری در مباحث استصحاب رسائل، ج ۳، ص ۲۷۳، صفحه ۱۹۳ جزوه رسائل ۴ ابتدای تنبیه دهم از تنبیهات استصحاب (استصحاب حکم مخصص) و همچنین در **مطرح الأنظار**، ج ۴، ص ۳۵۸ معتقدند در صورتی که عام ما ازمانی نباشد و نسبت به یک فرد که زمانی یقیناً داخل در حکم خاص بود، اگر در زمان بعدی شک کردیم آیا داخل در حکم خاص است یا در حکم عام، تمسک به عام جایز نیست بلکه استصحاب حکم خاص جاری است. پس وجه فافهم نقد کلام قبل است یعنی دلیل دوم احتمال دوم که استصحاب حکم خاص بود صحیح است، لذا احتمال دوم همچنان نیاز به نقد دارد.

نقد دلیل سوم: قیاس مع الفارق است

مرحوم شیخ انصاری در نقد دلیل سوم می‌فرمایند قیاس باب نکاح فضولی عبد به باب بیع رهن مع الفارق است زیرا در باب عبد، نقصان عقد نکاح مربوط به مقتضی نکاح است زیرا اجازه مالک جزء مقتضی و تحقق عقد نکاح است و تا اجازه نیاید اصلاً نکاحی شکل نگرفته است به این دلیل که عبد مالک خود نیست، اما در باب بیع رهن، مقتضی موجود است و ایجاب و قبول محقق شده چون رهن مالک بوده، فقط حق مرتهن مانع اثرگذاری بیع بود که آن هم با فکّ رهن یا اسقاط حق یا ابراء ذمه، رفع شده است.

نتیجه نکته اول در مطلب چهارم این شد که به نظر مرحوم شیخ انصاری بیع رهن صحیح است در صورتی که یا رهن فکّ رهن کند یا مرتهن اجازه دهد یا حش را اسقاط کند یا ذمه رهن را (از بدهکاری) بریء کند.

نکته دوم: فکّ، اسقاط و ابراء ناقله‌اند نه کاشفه

دومین نکته ذیل مطلب چهارم و بررسی حکم فکّ اسقاط حق یا ابراء ذمه این است که مرحوم شیخ انصاری می‌فرمایند طبق توضیحاتی که در نکته اول بیان کردیم، فکّ رهن توسط رهن یا اسقاط حق یا ابراء ذمه توسط مرتهن و یا غیر از اینها مانند صلح، کاشف از صحت بیع رهن از ابتدای تحقق نیستند بلکه ناقل‌اند یعنی وقتی بیع رهن روز دوشنبه واقع شد و چهارشنبه فکّ یا اسقاط یا ابراء محقق شد چون فکّ اسقاط و ابراء ناظر به بیع رهن نیستند لذا تحقق آنها نمی‌تواند کاشف از صحت بیع باشد زیرا همان اشکال اجتماع دو مالک (مشتری و رهن) بر ملک واحد (مال مرهونه) در فاصله بین بیع رهن تا فکّ رهن، که جلسه قبل تبیین شد وارد خواهد بود. (ص ۱۶۰، س ۱۵).

پس با تحقق فکّ اسقاط یا ابراء، صحت بیع رهن انتقال پیدا می‌کند به لحظه تحقق این امور نه اینکه کاشف باشد از صحت بیع من حین العقد.

شرط ۲ عوضین: ملکیت / طلق بودن / مسأله ۳: بیع مرهون / مطلب ۴: حکم فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه توسط مرتهن ۲۶۹
بله اجازه مرتهن را کاشفه دانستیم زیرا ناظر به بیع واقع شده توسط رهن صادر شده بود.

البته فقهاء عموماً تفاوتی بین اجازه با فک اسقاط و ابراء قائل نشده‌اند و همه اینها را کاشفه دانسته‌اند.

ثم إن لازم الكشف ... ص ۱۶۵، س آخر

مطلب پنجم: بررسی دو حکم فسخ و امتناع رهن از فک رهن

در این مطلب مرحوم شیخ انصاری دو حکم دیگر را اشاره می‌کند:

نکته اول: رهن حق فسخ بیع ندارد

در جلسه دوازدهم امسال ذیل بحث عقد فضولی و ثمره دوم از ثمرات اختلاف بین مبنای کشف و نقل خواندیم که مرحوم شیخ انصاری فرمودند طبق مبنای کشف، طرف اصیل قبل از اجازه مالک حق فسخ ندارد. لذا در ما نحن فیه هم می‌فرمایند لازمه مبنای کشف در اجازه مرتهن در بیع رهن این است که وقتی رهن مال مرهون را فروخت عقد بیع از طرف رهن لازم شده است و او دیگر حق فسخ ندارد حتی حق ندارد به مرتهن اجازه بیع بدهد که به واسطه بیع مرتهن، بیع رهن ابطال شود. مشتری‌ای که کالا را از رهن خریده است اگر می‌دانسته کالا در رهن است حق فسخ نخواهد داشت و اگر نمی‌دانسته، حق فسخ دارد.

نکته دوم: حکم اجبار رهن به فک رهن

حال که در نکته اول ثابت شد رهن حق فسخ ندارد آیا می‌توان او را وادار به فک رهن و تحویل کالا به مشتری کرد؟ دو احتمال است:

احتمال اول:

ممکن است گفته شود فک رهن بر رهن واجب است یعنی رهن باید با مال دیگری غیر از مال مرهون، حق مرتهن را آداء کند زیرا وفای به عقد دوم یعنی عقد بیع واجب است و مقدمه آن که فک رهن است هم واجب خواهد بود. پس وفاء به عقد رهن منافاتی با وفای به عقد بیع ندارد و هر دو قابل جمع است.

احتمال دوم:

ممکن است گفته شود آنچه بر رهن واجب است وفاء به عقد بیع است یعنی حق نقض بیع را ندارد اما دیگر واجب نیست پیش از موعد رهن، حق مرتهن را آداء کند که سلطنت مرتهن از مال مرهون دفع شود تا مقدمات تحویل کالا به مشتری فراهم گردد. لذا در باب "من باع مال غیره لنفسه" بایع خرده فروشی که هنوز کالا را از عمده فروش نخریده لکن کالا را به مشتری می‌فروشد فقهاء می‌فرمایند این بایع فقط حق فسخ ندارد نه اینکه واجب باشد کالا را از عمده فروش بخرد تا به مشتری تحویل دهد، بنا بر اینکه لزوم عقد را وابسته به دفع کالا به مشتری بدانیم (پس تا زمانی که مشتری کالا را تحویل نگرفته حق فسخ خواهد داشت)

مرحوم شیخ انصاری هیچ احتمالی را انتخاب نمی‌فرماید.

سؤال:

چه تحویل دادن مال مرهونه به مشتری را بر رهن واجب بدانیم یا واجب ندانیم در هر صورت اگر رهن مال مرهونه را به مشتری فروخت و مرتهن هم بیع را اجازه کرد، اما هنوز مال مرهون نزد مرتهن مانده و موعد پرداخت قرض رسیده اما رهن قرض را پس نمی‌دهد که رهن آزاد شود، تکلیف چیست؟

جواب: دو احتمال است:

احتمال اول: حق مرتهن مقدم است.

مال مرهون باید به فردی غیر از مشتری فروخته شود و حق مرتهن داده شود و حق مرتهن مقدم است بر حق مشتری که از رهن خریده است و طبیعتاً بیع رهن ابطال می‌شود.

دلیل: زیرا اصل رهن برای همین است که اگر رهن دین را آداء نکرد رهن فروخته شود و حق مرتهن داده شود. (به مشتری که از رهن خریده نمی‌توان داد زیرا آن مشتری پول را به مرتهن نمی‌دهد)

احتمال دوم: جمع بین الحقیقین.

جمع بین حق مشتری و مرتهن اقتضاء می‌کند بگوییم حاکم شرع راهن را مجبور کند که دین مرتهن را از مال دیگری بپردازد و مال مرهون را به مشتری که آن را خریده تحویل دهد. و اگر راهن مال دیگری نداشته باشد طبیعتاً حق مرتهن مقدم خواهد بود. از این دو احتمال هم مرحوم شیخ انصاری نظری انتخاب نمی‌کنند.

مسألة: إذا جنى العبد عمداً ...، ص ۱۶۷

چهارمین و آخرین مسأله‌ای که مرحوم شیخ انصاری ذیل مباحث طلق بودن ملک بیان می‌فرمایند بیع عبد جانی است.

مسألة چهارم: بیع عبد جانی

بحث بیع عبد جانی (هشت صفحه) سالها است که از دروس رسمی حوزه‌های علمیه حذف شده و بزرگان مختلفی حتی از محشّین و شارحان مکاسب در مباحث فقهی‌شان ذیل بحث شرائط عوضین به این بحث حتی اشاره هم نمی‌کنند؛ از جمله مرحوم امام اعلی الله مقامه الشریف در کتاب البیع، ج ۳، ص ۲۸۷، مرحوم آیه الله العظمی خوئی در مصباح الفقه، ج ۵، ۲۵۵، مرحوم آیه الله العظمی شیخ جواد تبریزی در إرشاد الطالب، ج ۳، ص ۱۷۲.

خلاصه بحث این است که اگر عبد جنایتی انجام داد (چه عمداً که در این مسأله بررسی می‌شود و چه خطأً که در مسأله بعد بررسی می‌شود) که به واسطه آن یا از باب قصاص باید کشته شود یا به اولیاء مُجَنّی علیه واگذار شود (مالکیت تمام عبد یا قسمتی از عبد به نحو شراکت) مرحوم شیخ انصاری و مشهور معتقدند بیع عبد جانی مجاز است البته مالک عبد باید کسانی که به واسطه جنایت عبد، حقی پیدا کرده‌اند را راضی کند زیرا حقوق آنها مانع از ملک طلق بودن عبد برای مولایش می‌باشد.

هذا تمام الکلام در فقه ۴ و سال تحصیلی ۱۴۰۰-۱۴۰۱

در پایان بر خودم لازم می‌دانم از دوستان طلب حلالیت کنم چرا که در این رابطه طرفینی بین بنده و شما، حقوقی برای شما بر عهده من لازم گشت از جمله وقت و عمری که به بحث بنده اختصاص دادید و هر چند سعی وافر در انجام وظیفه داشته‌ام لکن الإنسان محل الخطأ و النسیان، لذا قصور بنده را حلال بفرمایید. به دعای خیر و مستمر شما بسیار محتاجم.

و السلام علی من اتبع الهدی

سید روح الله ذاکری

قم

خرداد ۱۴۰۱

شوال ۱۴۴۳

www.almostafa.blog.ir

فهرست مقدمات به ترتیب بیان در جزوه:

- مقدمه فقهی: دو مبنای کشف و نقل در عقد فضولی
- مقدمه اصولی: شرط متأخر
- مقدمه فقهی: زمان ظرف یا قید
- مقدمه اول فلسفی: استحاله انقلاب
- مقدمه دوم اصولی: دلالت اقتضاء
- مقدمه فقهی: بعض اقسام فسخ
- مقدمه فقهی اول: انواع التزام
- مقدمه فقهی دوم: اقسام نذر
- مقدمه فقهی: اقسام مرتد
- مقدمه اصولی: دلالت نهی بر فساد
- مقدمه اصولی: جریان استصحاب بعد از خروج بالتخصیص یا بالتخصص
- مقدمه فقهی: اقسام حق انتخاب بین ردّ و تأیید
- مقدمه فقهی: اقسام شرائط در عقود
- مقدمه فقهی حقوقی: معنای ودیعه و عاریه
- مقدمه فقهی: قاعده سبب و مباشر
- مقدمه فقهی: ضمان تخییری (علی البدل)
- مقدمه فقهی: اشاره به بعض واحدهای اندازه‌گیری
- مقدمه زیست‌شناسی جانوری: بیماری کانیبالیسم در طیور
- مقدمه فقهی: موضوعات عرفیّه و موضوعات مستنبطه
- مقدمه اصول: تقسیم دلیل به شرعی، عقلی (مستقل و غیر مستقل)
- مقدمه اصولی: تعاریف ورود، حکومت، تخصیص و تخصص
- مقدمه ادبی نحوی: یکی از کاربردهای افعال تفضیل
- مقدمه فقهی: رابطه مالیت عرفی و شرعی
- مقدمه اصولی: مفهوم وصف
- مقدمه فقهی: وقف عقد است یا ایقاع
- مقدمه ادبی: معانی مفعول مطلق
- مقدمه فقهی: جایگاه شرط در صیغه عقد
- مقدمه فقهی اول: شرط فاسد و افساد عقد
- مقدمه دوم: جواز بیع وقف در بعض صور
- مقدمه ادبی لغوی: تفاوت معنای دفع و رفع
- مقدمه فقهی: وقف تحریری و تملیکی
- مقدمه فقهی: وقف منقطع و مؤبد
- مقدمه فقهی: حکم وقف منقطع در انقراض موقوف علیهم
- مقدمه فقهی: اقسام قیود وقف
- مقدمه زیست‌شناسی: عناوین مختلف در سنین متفاوت شتر
- مقدمه فقهی: تفاوت فقیر و مسکین
- مقدمه فقهی: معنای حبس و تفاوت آن با وقف
- مقدمه جغرافیایی تاریخی: آشنایی با یَبُوع
- مقدمه اصولی اول: آیا مقدمه حرام، حرام است؟
- مقدمه اصولی دوم: آیا نهی از شیء مقتضی امر به ضد است؟
- مقدمه فقهی: معنای جواز در اصطلاح فقهی
- مقدمه فقهی: اقسام حج و حکم قربانی
- مقدمه فقهی: معنای العلة تعمّم و تخصّص
- مقدمه ادبی: علاقه مشارفت در استعمال مجازی
- مقدمه فقهی: معنای حسبه
- مقدمه فقهی: معنای رهن، راهن، مرتهن و مرهون
- مقدمه فقهی: دلالت نهی بر فساد
- مقدمه منطقی، فلسفی: أجزاء علت تامه، وجود مقتضی و عدم مانع
- مقدمه اصولی: تخصیص عام در عموم زمانی

فهرست منابع و اعلام معرفی شده در جزوه

- معرفی اجمالی کتاب مطارح الأنظار
 معرفی مرحوم عمیدی
 معرفی اجمالی کتاب المناهل
 معرفی منبع مطالعه در آیات الأحكام
 معرفی اجمالی مرحوم أبوالصالح حلبی و مرحوم شیخ صدوق
 معرفی اجمالی کتاب الانتصار مرحوم سید مرتضی
 معرفی اجمالی المبسوط مرحوم شیخ طوسی
 معرفی اجمالی کتاب المراسم مرحوم سلار
 معرفی اجمالی کتاب غنیه النزوع مرحوم ابن زهره
 معرفی اجمالی الوسيلة إلى نیل الفضيلة مرحوم ابن حمزه
 معرفی اجمالی فقه القرآن مرحوم راوندی
 معرفی اجمالی کتاب نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر
 معرفی اجمالی شرائع الإسلام محقق حلّی
 معرفی اجمالی بعض کتب مرحوم علامه حلّی
 معرفی اجمالی مرحوم شهید اول و بعض کتبش
 معرفی اجمالی مرحوم فاضل قطفی
 معرفی اجمالی مرحوم محقق ثانی

فهرست منابع استفاده شده در جزوه

- | | |
|---|--|
| هدایة الطالب إلى اسرار المكاسب | حاشیة المكاسب مرحوم آخوند |
| حاشیة المكاسب مرحوم ایروانی | مطارح الأنظار |
| حاشیة المكاسب مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی | مصباح الفقهة |
| الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة | کنز الفوائد فی حلّ مشکلات القواعد |
| قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران | التذكرة بأصول الفقه |
| قانون مجازات اسلامی | قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام |
| حاشیة المظفر علی المكاسب | التعلیقة علی مكاسب الشیخ الأنصاری |
| شرايع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام | هدی الطالب فی شرح المكاسب |
| الأوزان و المقادیر | نهایة الدراية فی شرح الكفاية |
| بحث فی تحویل الموازين و المکاییل الشرعية إلى المقادیر | کتاب البیع |
| المعاصرة | الشافیه |
| بررسی واحدهای سنجش وزن، کیل، طول و سطح در تاریخ | شرح الشافیه |
| اقتصادی مسلمانان | شرح التصریف |

اللعة الدمشقية	النهاية في مجرد الفقه و الفتوى
شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام	المبسوط في فقه الإمامية
كتاب المناهل	المراسم العلوية و الأحكام النبوية
أعيان الشيعة	غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع
الفردوس الأعلى	الوسيلة إلى نيل الفضيلة
فقه القرآن از راوندی	مجمع البيان
كنز العرفان في فقه القرآن از مرحوم مقداد سيورى حلى	مناقب آل أبى طالب
زبدة البيان في أحكام القرآن از مرحوم مقدس اردبيلي	فقه القرآن
مسالك الأحكام إلى تنقيح آيات الأحكام از مرحوم فاضل جواد	الجامع للشرائع
روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن از محمد على صابونى	نزهة الناظر في الجمع بين الأشباه و النظائر
الجامع لإحكام القرآن و المبيّن لما تَضَمَّنَه مِنَ السُّنَّةِ و آى الفرقان، از قُرطبي	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام
من لا يحضره الفقيه	مدارك الأحكام في شرح عبادات شرائع الإسلام
ما وراء الفقه	جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام
معجم مقاييس اللغة	مصباح الفقيه
المعمرّون و الوصايا	تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية
ما وراء الفقه	إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان
الكافي في الفقه	تذكرة الفقهاء
من لا يحضره الفقيه	كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد
علل الشرايع	الباب الحادي عشر
معانى الأخبار	منتهى المطلب في تحقيق المذهب
كمال الدين و تمام النعمة	غاية المراد في شرح نكت الإرشاد
غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع	الدروس الشرعية في فقه الإمامية
الإنتصار في انفرادات الإمامية	تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف
إيضاح النافع في شرح مختصر الشرائع	التنقيح الرائع لمختصر الشرايع
جامع المقاصد في شرح القواعد	تعليق الإرشاد
غاية المراد في شرح نكت الإرشاد	المعجم التطبيقى للقواعد الأصولية
أمل الأمل	تفسير الميزان
مختصر النافع	شرح نهج البلاغة
السراج الوهاج لدفع عجاج قاطعة اللجاج في حل الخراج	المجروحين
القواعد و الفوائد في الفقه و العربية	الثقات
تمهيد القواعد الأصولية و العربية لتفريع الأحكام الشرعية	كفاية الأصول
الأصول الأصلية و القواعد الشرعية از مرحوم عبدالله شبر	دروس في علم الاصول
	اصول الفقه

فهرست مطالب

(در انتخاب عناوین سعی شده به اراء مرحوم شیخ انصاری اشاره شود)

۳	مطلب پنجم: القول فی الإجازة و الرد
۳	عنوان اول: إجازة و احكام آن
۳	مقام اول: إجازة، احكام و شرائط آن
۳	مرحله اول: بررسی دو مبنای کشف و نقل
۳	مطلب اول: بررسی أدله
۳	دلیل اول: عموم أوفوا بالعقود
۳	بیان اول از دلیل اول:
۴	دلیل دوم: تعلق إجازة به عقد
۴	دلیل سوم: لزوم تأثیر معدوم در موجود
۴	نقد دلیل سوم:
۴	نقد بیان اول دلیل اول:
۴	بیان دوم دلیل اول:
۵	نقد بیان دوم دلیل اول:
۹	نقد دلیل دوم:
۱۵	بیان سوم دلیل اول:
۱۵	نقد بیان سوم:
۱۵	دلیل چهارم: اطلاق أحل الله البيع
۱۵	نقد دلیل چهارم:
۱۷	مطلب دوم: نظر مرحوم شیخ انصاری
۲۰	مطلب سوم: ثمره فقهی اختلاف دو مبنا
۲۰	جهت اول: بین دو گرایش کشف حقیقی
۲۰	جهت دوم: بین کشف حقیقی و حکمی
۲۲	جهت سوم: بین کشف و نقل
۲۲	ثمره اول: نماء
۲۲	ثمره دوم: جواز فسخ در طرف اصیل
۲۴	ثمره سوم: جواز تصرف اصیل در مالش
۳۱	بررسی چند ثمره مذکور در کلام فقهاء
۳۱	یکم: انسلاخ قابلیت مالکیت یکی از متبایعین قبل إجازة دیگری
۳۱	دوم: انسلاخ مالیت منقول بعد عقد
۳۱	سوم: تحقق قابلیت یکی از متعاقدين بعد عقد
۳۱	چهارم: تحقق قابلیت در عوضین بعد عقد
۳۲	پنجم: فقدان بعض شروط حین العقد
۳۲	ششم: فقدان بعض شروط بعد العقد
۳۳	هفتم: تعلق حق خیار
۳۴	هشتم: حق الشفعه
۳۴	نهم: مبدأ خیارات
۳۴	دهم: بیع صرف و سلم

۲۷۵
۳۴ یازدهم: قسم و نذر.....
۳۴ دوازدهم: عقود مترتبه بر ثمن یا مئمن.....
۳۴ خلاصه مرحله اول:.....
۳۵ مرحله دوم: بیان هفت تنبیه.....
۳۵ تنبیه اول: مفهوم اجازه.....
۳۷ تنبیه دوم: کیفیت اعلام اجازه.....
۳۷ یکم: لفظ صریح در معنای اجازه.....
۳۷ دوم: لفظ کنایی.....
۳۷ سوم: فعل دال بر رضایت.....
۳۷ چهارم: صرف احراز رضایت.....
۳۹ تنبیه سوم: عدم سبق رد.....
۳۹ دلیل اول: اجماع.....
۳۹ دلیل دوم: أوفوا بالعقود.....
۳۹ دلیل سوم: حدیث سلطنت.....
۴۰ تنبیه چهارم: اجازه به ارث نمی‌رسد.....
۴۱ تنبیه پنجم: اجازه نسبت به قبض و اقباض.....
۴۲ تنبیه ششم: اجازه فوری نیست.....
۴۲ تنبیه هفتم: تطابق اجازه با عقد.....
۴۳ مقام دوم: احکام مجیز.....
۴۳ امر اول: جائز التصرف بودن مجیز حین الإجازة.....
۴۳ امر دوم: عدم اشتراط وجود مجیز حین العقد.....
۴۵ امر سوم: جائز التصرف بودن مجیز حال العقد لازم نیست.....
۴۵ مسأله اول: مجیز همان مالک حال العقد است لکن منشأ عدم جواز تصرفش حجر بود.....
۴۵ مسأله دوم: مجیز غیر از مالک حال العقد است پس منشأ عدم جواز تصرف، عدم مالکیت بود.....
۴۶ صورت اول: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز.....
۴۶ قول اول: (شیخ و) محقق حلّی: عقد صحیح است.....
۴۶ قول دوم: محقق ثانی: عقد باطل است.....
۴۷ هفت اشکال به نظر شیخ و پاسخ آنها.....
۴۸ تفسیر جدید از کاشفیت اجازه.....
۶۱ بررسی روایات.....
۶۱ مرحله اول: ممنوعیت بیع ما لایملک بدون ضمیمه اجازه.....
۶۵ مرحله دوم: بیان یک اشکال و پاسخ آن.....
۶۶ مرحله سوم: بیان دلیل دیگر بر بطلان بیع محل بحث.....
۶۷ مرحله چهارم: تثبیت ادعای صحت بیع محل بحث.....
۶۷ فرع اول: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک فأجاز.....
۶۷ فرع دوم: لو باع مال غیره لنفسه مع توقف البیع علی مالکة الفضول.....
۶۷ فرع سوم: لو باع للمالک ثم ملک و اجاز لنفسه.....
۶۸ فرع چهارم: لو باع لثالث معتقدا لتملکة أو بانیا علیه عدوانا فأجاز.....
۶۹ صورت دوم: من باع مال غیره لنفسه ثم ملک و لم یجز.....
۷۰ فرع اول: لو باع مال غیره لمالکة ثم ملک و لم یجز.....
۷۰ فرع دوم: لو باع مال غیره لثالث ثم ملک و لم یجز.....

- ۷۰ فرع سوم: لو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله.
- ۷۱ مسأله سوم: مجیز معتقد باشد جائز التصرف نیست فانكشف الخلاف.
- ۷۱ صورت اول: أن یبیع للمالك فانكشف كونه وليًا عنه.
- ۷۱ قول اول: (مشهور و شیخ) بیع صحیح است.
- ۷۱ قول دوم: بیع باطل است.
- ۷۱ صورت دوم: أن یبیع لنفسه فانكشف كونه وليا عن المالك.
- ۷۲ صورت سوم: أن یبیع للمالك فانكشف كونه مالكا.
- ۷۲ نکته اول: این عقد صحیح است مشروط به اجازه.
- ۷۳ نکته دوم: ضمیمه اجازه بعدی.
- ۷۳ قول یکم: نیاز به اجازه نیست.
- ۷۴ قول دوم: نیاز به اجازه هست. (مرحوم شیخ).
- ۷۵ نقد دلیل قول اول:
- ۷۸ صورت چهارم: أن یبیع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له.
- ۷۸ خلاصه احکام مجیز
- ۸۱ مقام سوم: احکام مجاز
- ۸۱ امر اول: جامعیت جمیع شروط.
- ۸۱ نکته اول: لزوم مراعات جمیع شرائط حین العقد الا رضایت.
- ۸۱ نکته دوم: دلیل بر مدعا.
- ۸۲ نکته سوم: استثناء بعض شرائط.
- ۸۲ نکته چهارم: بقاء شرائط از لحظه عقد تا اجازه.
- ۸۲ امر دوم: معلومیّت مجاز للمجیز.
- ۸۵ امر سوم: حکم عقود مترتب بر عقد فضولی.
- ۸۵ نکته اول: بیان ۱۲ قسم و یک مثال جامع.
- ۸۷ نکته دوم: بیان حکم تقسیمات مذکور.
- ۸۷ مرحله اول: حکم بیع‌های واقع شده بر نفس مال مجیز.
- ۸۸ مرحله دوم: حکم بیع‌های واقع شده بر عوض مال مجیز.
- ۸۹ نکته سوم: ضابطه کلی در عقود مترتبه.
- ۹۰ نکته چهارم: بررسی اشکالی از مرحوم علامه حلی.
- ۹۵ عنوان دوم: احکام ردّ
- ۹۵ نکته اول: لزوم صراحت در ردّ قولی.
- ۹۵ نکته دوم: چه نوع تصرفی ردّ فعلی به شمار می‌آید؟
- ۹۵ قسم اول: تصرفات مخرج مبیع از ملک مالک ردّ فعلی است.
- ۹۵ قسم دوم: تصرفات غیر مخرج و منافی با کاشفیت اجازه، ردّ فعلی است.
- ۹۷ قسم سوم: تصرفات غیر مخرج و غیر منافی.
- ۹۷ حالت اول: تصرف با اطلاع از عقد فضولی.
- ۹۷ دلیل یکم: صدق ردّ بر چنین تصرفی.
- ۹۷ دلیل دوم: عدم صدق أحد طرفی العقد.
- ۹۸ دلیل سوم: فحوی الإجماع.
- ۹۹ حالت دوم: تصرف با جهل به عقد فضولی.
- ۹۹ نکته سوم: خلاصه بحث.

۲۷۷
۱۰۰ نکته چهارم: جریان حکم در وکالت و وصایت.
۱۰۰ نکته پنجم: کیفیت ردّ در عقود جائز.
۱۰۰ نکته ششم: ثمره بحث ردّ.
۱۰۱ مسأله‌ای در حکم عوضین بعد ردّ.
۱۰۱ مرحله اول: حکم مالک با مشتری.
۱۰۱ مرحله دوم: حکم مشتری با فضول.
۱۰۱ مسأله اول: اصل ثمن.
۱۰۱ صورت اول: جهل مشتری به فضول بودن بایع (جواز رجوع).
۱۰۲ صورت دوم: علم مشتری به غاصب بودن بایع.
۱۰۲ حالت یکم: عین ثمن باقی است (جواز رجوع به غاصب).
۱۰۳ حالت دوم: تلف عین ثمن.
۱۰۳ مرحله اول: حکم به عدم ضمان غاصب (مشهور).
۱۰۹ مرحله دوم: حکم به ضمان غاصب (شیخ).
۱۰۹ مطلب اول: استدلال به قاعده ضمان.
۱۱۰ مطلب دوم: بیان سه شاهد.
۱۱۱ مطلب سوم: ذکر چهار فرع فقهی.
۱۱۲ خلاصه مسأله اول.
۱۱۳ مسأله دوم: حکم خسارت‌های پرداخت شده توسط مشتری.
۱۱۳ حالت اول: با علم مشتری به غصب، غاصب ضامن هیچ خسارتی نیست.
۱۱۳ حالت دوم: با جهل مشتری به غصب.
۱۱۳ دسته اول: غرامت در مقابل منافع.
۱۱۳ قسم اول: غاصب ضامن غرامت منافع غیر مستوفاه است.
۱۱۵ قسم دوم: منافع غیر مستوفاه.
۱۱۵ قول اول: مشهور و مرحوم شیخ: غاصب ضامن است.
۱۱۵ قول دوم: صاحب ریاض: غاصب ضامن نیست.
۱۱۶ نقد دلیل قول دوم.
۱۱۷ أدله قول اول.
۱۱۷ دلیل اول: قاعده ضرر.
۱۱۷ دلیل دوم: اجماع بر تقدیم سبب.
۱۱۷ دلیل سوم: روایات.
۱۱۷ دلیل چهارم: قاعده غرور.
۱۱۸ دلیل پنجم: روایت جمیل.
۱۱۸ نقد دلیل پنجم.
۱۱۹ دسته دوم: غرامت پرداخت شده در مقابل عین مبیع.
۱۱۹ قسم اول: غرامت ناشی از زیادی قیمت در کل مبیع.
۱۱۹ حالت اول: غرامت ناشی از زیادی قیمت در لحظه عقد (ضمان غاصب).
۱۱۹ قول اول: (مرحوم شیخ) غاصب فقط ضامن زیادی است.
۱۱۹ قول دوم: عدم ضمان غاصب مطلقاً.
۱۲۰ نقد قول دوم.
۱۲۰ حالت دوم: غرامت ناشی از زیادی قیمت بر اثر ارتفاع قیمت بازار (ضمان غاصب).

- قسم دوم: غرامت در برابر أجزاء تالف مبیع (غاصب ضامن است)..... ۱۲۱
- قسم سوم: غرامت در برابر اوصاف تالف مبیع (غاصب ضامن است)..... ۱۲۱
- نکته اول: فساد بیع غیر از جهت غصب..... ۱۲۱
- نکته دوم: ضمان و قرار ضمان..... ۱۲۱
- نکته سوم: استرداد عین مال در صورت بقاء..... ۱۲۶
- مطلب ششم: سه مسأله ذیل بیع فضولی..... ۱۲۷**
- مسأله اول: بیع مملوک و غیر مملوک توسط فضول..... ۱۲۸
- نکته اول: حکم این بیع (صحت)..... ۱۲۸
- نکته دوم: بطلان بیع در صورت لزوم منع شرعی از رد مالک..... ۱۲۹
- نکته سوم: شیوه محاسبه سهمها در ثمن..... ۱۲۹
- بخش اول: شیوه محاسبه سهام در قیمیات..... ۱۲۹
- بخش دوم: شیوه محاسبه سهام در مثلیات..... ۱۳۵
- خلاصه مسأله اول:..... ۱۳۶
- مسأله دوم: بیع نصف الدار..... ۱۳۷
- فرع اول: بایع مالک نصف مشاع خانه است. (شیخ: توقف)..... ۱۳۷
- فرع دوم: بایع مالک نصف و وکیل یا ولی در نصف دیگر است (شیخ: حمل بر نصف مشاع)..... ۱۳۸
- مسأله سوم: بیع ما یُملک و ما لا یُملک..... ۱۳۹
- نکته اول: طرح بحث..... ۱۳۹
- نکته دوم: أقوال و أدله..... ۱۳۹
- قول اول: مشهور و مرحوم شیخ: فقط در ما یُملک صحیح است..... ۱۳۹
- دلیل اول: اجماع..... ۱۳۹
- دلیل دوم: مکاتبه صفار..... ۱۳۹
- دلیل سوم: أصالة اللزوم..... ۱۳۹
- قول دوم: تفصیل در علم و جهل مشتری..... ۱۳۹
- نقد قول دوم:..... ۱۴۰
- نکته سوم: شیوه تقسیط ثمن..... ۱۴۰
- مطلب هفتم: بیان ۵ مسأله ذیل شرائط متعاقدين..... ۱۴۱**
- مسأله اول: ولایت پدر و جد..... ۱۴۱**
- نکته اول: جواز تصرف پدر و جد پدری در اموال طفل..... ۱۴۱
- دلیل اول: اجماع..... ۱۴۱
- دلیل دوم: اخبار مستفیضه در مختلف ابواب فقه..... ۱۴۱
- دلیل سوم: فحوی روایات مربوط به نکاح..... ۱۴۱
- نکته دوم: بررسی دو شرط در ولایت آن دو..... ۱۴۲
- شرط اول: عدالت..... ۱۴۲
- قول اول: مشهور و مرحوم شیخ: شرط نیست..... ۱۴۲
- دلیل اول: اصل..... ۱۴۲
- دلیل دوم: اطلاق روایات..... ۱۴۲
- دلیل سوم: فحوی روایات باب نکاح..... ۱۴۲
- قول دوم: مرحوم فخر المحققین: اشتراط عدالت..... ۱۴۲
- دلیل اول: ولایت فاسق خلاف حکمت خداست..... ۱۴۲

- ۲۷۹
 ۱۴۲..... دلیل دوم: تمسک به آیه لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا.....
 ۱۴۲..... نقد دلیل اول: حاکم شرع ناظر است.....
 ۱۴۳..... نقد دلیل دوم: ارتباطی به ما نحن فيه ندارد.....
 ۱۴۳..... شرط دوم: رعایت مصلحت.....
 ۱۴۳..... قول اول: لازم نیست مطلقاً.....
 ۱۴۳..... دلیل: اطلاعات از روایات.....
 ۱۴۳..... نقد دلیل:.....
 ۱۴۳..... اولاً: روایات مقیده وجود دارد.....
 ۱۴۳..... ثانياً: لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ.....
 ۱۴۳..... ثالثاً: اجماع بر رعایت مصلحت.....
 ۱۴۳..... قول دوم: باید با رعایت مصلحت باشد.....
 ۱۴۳..... دلیل: اجماع.....
 ۱۴۳..... قول سوم: مرحوم شیخ: فقط مفسده نداشته باشد.....
 ۱۴۳..... دلیل: جمع بین روایات.....
 ۱۴۴..... نکته سوم: تساوی اجداد زنده در ولایت.....
 ۱۴۴..... خلاصه نظر مرحوم شیخ انصاری در ولایت أب.....
 ۱۴۷..... **مسأله دوم: ولایت فقیه**.....
 ۱۴۷..... مطلب اول: مناصب ثلاثة فقیه.....
 ۱۴۷..... نکته اول: عناوین مناصب فقیه.....
 ۱۴۷..... منصب اول: إفتاء.....
 ۱۴۷..... منصب دوم: قضاوت و حکم در مرافعات.....
 ۱۴۷..... منصب سوم: ولایت بر تصرف در اموال و انفس.....
 ۱۴۷..... قسم اول: ولایت در تصرف استقلالاً.....
 ۱۴۷..... قسم دوم: ولایت بر اجازه به دیگران در تصرف.....
 ۱۴۸..... نکته دوم: صور اذن فقیه به تصرف غیر.....
 ۱۴۸..... صورت اول: نیابت و وکالت به غیر.....
 ۱۴۸..... صورت دوم: تولیت و تفویض به غیر.....
 ۱۴۸..... صورت سوم: اذن به غیر.....
 ۱۴۸..... مطلب دوم: ولایت پیامبر و ائمه علیهم السلام.....
 ۱۴۸..... نکته اول: اصل اولیه عدم ولایت (به معنای اول).....
 ۱۴۸..... نکته دوم: استثناء پیامبر و اهل بیت علیهم السلام.....
 ۱۴۸..... دلیل اول: آیات قرآن.....
 ۱۴۸..... دلیل دوم: روایات.....
 ۱۴۸..... دلیل سوم: اجماع.....
 ۱۴۸..... دلیل چهارم: عقل مستقل.....
 ۱۴۹..... بیان اول: دلیل عقل مستقل.....
 ۱۴۹..... بیان دوم: دلیل عقل غیر مستقل.....
 ۱۴۹..... نکته سوم: ولایت به معنای اجازه تصرف به غیر.....
 ۱۵۰..... مطلب سوم: ولایت فقیه.....
 ۱۵۰..... نکته اول: عدم ولایت در تصرف استقلالی برای فقیه.....

- نکته دوم: ولایت فقیه در مصالح عامه..... ۱۵۱.....
- أدله وجوب رجوع به فقیه در مصالح عامه فاقد متولی خاص ۱۵۱.....
- دلیل اول: مقبوله عمر بن حنظله..... ۱۵۱.....
- دلیل دوم: روایت "مجارى الأمور بيد العلماء"..... ۱۵۱.....
- دلیل سوم: توقیع شریف (أما الحوادث الواقعة)..... ۱۵۲.....
- نکته سوم: اشکال به دلالت توقیع و پاسخ آن..... ۱۵۲.....
- نکته چهارم: جمع‌بندی بحث..... ۱۵۳.....
- نکته پنجم: بررسی "السلطان ولیّ من لا ولیّ له"..... ۱۵۳.....
- یکم: بررسی سند..... ۱۵۴.....
- دوم: "السلطان" امام معصوم است..... ۱۵۴.....
- سوم: بررسی "ولیّ من لا ولیّ له"..... ۱۵۴.....
- مسأله سوم: ولایت عدول مؤمنین**..... ۱۵۷.....
- مطلب اول: اثبات اصل تحقق ولایت عدول مؤمنین..... ۱۵۷.....
- نکته اول: ضابطه کلی..... ۱۵۷.....
- نکته دوم: نقل و تکمیل کلامی از شهید اول..... ۱۵۷.....
- مطلب دوم: شرطیّت عدالت..... ۱۵۸.....
- نکته اول: مشهور معتقد به لزوم عدالت‌اند..... ۱۵۸.....
- مطلب سوم: مزاحمت مؤمن یا فقیه دیگر..... ۱۵۹.....
- نکته اول: جواز دخالت مؤمن دیگر تا قبل اتمام تصرف مؤمن اول..... ۱۵۹.....
- نکته دوم: عدم جواز دخالت فقیه دیگر به محض اشتغال یک فقیه به مقدمات..... ۱۶۰.....
- مطلب سوم: شرطیّت رعایت مصلحت..... ۱۶۰.....
- دلیل اول: اجماع..... ۱۶۱.....
- دلیل دوم: أصالة عدم المشروعية..... ۱۶۱.....
- دلیل سوم: آیه لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ..... ۱۶۱.....
- نکته اول: تفسیر آیه بر اساس ادب عربی..... ۱۶۱.....
- نکته دوم: تفسیر آیه بر اساس روایات..... ۱۶۱.....
- مطلب چهارم:..... ۱۶۲.....
- مسأله چهارم: نقل عبد مسلم به کافر**..... ۱۶۳.....
- مطلب اول: عدم جواز بیع عبد مسلم به کافر..... ۱۶۳.....
- دلیل اول: اجماع..... ۱۶۳.....
- دلیل دوم: قیاس..... ۱۶۳.....
- نقد دلیل دوم:..... ۱۶۳.....
- دلیل سوم: آیه نفی سبیل..... ۱۶۳.....
- نقد دلیل سوم:..... ۱۶۳.....
- دلیل چهارم: روایت الْأِسْلَامُ يَغْلُو وَ لَا يُغْلَى عَلَيْهِ..... ۱۶۴.....
- دلیل پنجم: روایت حضرت امیر علیه السلام..... ۱۶۴.....
- نقد دلیل پنجم:..... ۱۶۴.....
- دلیل ششم: استصحاب فساد بیع مذکور..... ۱۶۴.....
- مطلب دوم: حکم غیر بیع مانند اجاره، رهن و وقف..... ۱۶۴.....
- مطلب سوم: مقصود از کافر..... ۱۶۵.....

۲۸۱
۱۶۵	نکته اول: کافر یعنی انسان‌هایی که اسلام آنان را نجس می‌داند.....
۱۶۵	نکته دوم: مقصود از مسلمان.....
۱۶۶	مسأله پنجم: نقل المصحف الی الکافر.....
۱۶۶	قول اول: مشهور: جایز نیست.....
۱۶۶	دلیل اول: وجوب احترام المصحف.....
۱۶۶	دلیل دوم: قیاس اولویت.....
۱۶۶	قول دوم: کراهت دارد.....
۱۶۷	مبحث پنجم: شرائط عوضین.....
۱۶۷	شرط یکم: مالیت.....
۱۶۷	نکته اول: طرح بحث.....
۱۶۷	نکته دوم: اقسام عدم انتفاع.....
۱۶۷	نکته سوم: ضابطه مالیت از نظر مرحوم شیخ.....
۱۶۸	قسم اول: آنچه عرفا مال نیست بیعش صحیح نیست.....
۱۶۸	قسم دوم: عرفا مال است لکن معاوضه‌اش اکل به باطل است. بیعش صحیح نیست.....
۱۶۸	قسم سوم: نزد عرف مال و بیعش صحیح است لکن شرعا ممنوع است. بیع صحیح نیست.....
۱۶۸	قسم چهارم: نزد عرف مال و بیعش صحیح است و منع شرعی هم ندارد، بیع صحیح است.....
۱۶۹	شرط دوم: ملکیت.....
۱۶۹	مطلب اول: بیع دو دسته اشیاء جایز نیست.....
۱۶۹	دسته اول: مباحات اصلیه.....
۱۶۹	دسته دوم: اراضی مفتوح عنوة.....
۱۷۰	مطلب دوم: اقسام ارضین و احکام آن.....
۱۷۰	قسم اول: موات بالأصالة.....
۱۷۰	نکته اول: مالکیت امام علیه السلام.....
۱۷۰	نکته دوم: اباحه تصرف مجانی برای مردم.....
۱۷۱	قسم دوم: عامر بالأصالة.....
۱۷۱	نکته اول: این اراضی ملک امام است.....
۱۷۱	نکته دوم: حکم مالکیت بالحیازة.....
۱۷۱	قسم سوم: عامر بالعرض ملک مُحیی است با شرائط إحياء.....
۱۷۲	قسم چهارم: موات بالعرض.....
۱۷۳	تقسیمات زمین عامر بالعرض.....
۱۷۳	نکاتی در احکام ارض مفتوح عنوة.....
۱۷۳	نکته یکم: مالک این زمین مسلمانان هستند.....
۱۷۴	نکته دوم: حکم بیع این زمین‌ها.....
۱۷۴	قول اول: مرحوم شیخ: صرفا حق تصرف قابل بیع است با اذن امام.....
۱۷۴	قول دوم: شیخ طوسی: هیچ تصرفی مجاز نیست.....
۱۷۴	توجیه قول دوم:.....
۱۷۴	قول سوم: مرحوم شهید اول: هر تصرفی جایز است حتی بیع با اذن امام.....
۱۷۴	توجیه قول سوم:.....
۱۷۵	قول چهارم: شیخ طوسی در تهذیب: جواز بیع ارض.....
۱۷۵	توجیه قول چهارم.....
۱۷۵	خلاصه نکته دوم.....

- نکته سوم: مشروعیت تصرف و حق اختصاص برای محیی..... ۱۷۵
- صورت اول: توقف بر اذن امام در عصر حضور..... ۱۷۵
- صورت دوم: نسبت به عصر غیبت ۵ قول است..... ۱۷۵
- وجه اول: تصرف نیاز به اذن دارد چه امام چه فقیه چه سلطان..... ۱۷۵
- وجه دوم: تصرف مطلقاً جائز است بدون نیاز به اذن..... ۱۷۵
- وجه سوم: شیخ انصاری: مشروط به اذن فقیه و نائب الامام..... ۱۷۶
- وجه چهارم: تفصیل بین مستحقین و غیر مستحقین..... ۱۷۶
- وجه پنجم: تفصیل بین اقسام زمین مفتوح عنوه..... ۱۷۶
- نکته چهارم: جواز اخذ منقولات از ارض مفتوح عنوه..... ۱۷۶
- متمم شرط ملکیت: طلق بودن (انتفاء حق دیگران)**..... ۱۷۷
- نکته اول: عنوان طلق و معنای آن..... ۱۷۷
- نکته دوم: این شرط در حقیقت شرط متعاقدين است..... ۱۷۷
- نکته سوم: عنوان صحیح بحث، انتفاء حق دیگران از ملک است..... ۱۷۷
- نکته چهارم: ذکر ۱۸ مصداق برای تعلق حق دیگران..... ۱۷۷
- مسأله اول: بیع وقف**..... ۱۷۹
- مرحله اول: طرح بحث و بیان حکم کلی و أدله**..... ۱۷۹
- مطلب اول: بطلان بیع وقف و أدله آن..... ۱۷۹
- دلیل اول: اجماع محصل..... ۱۷۹
- دلیل دوم: اجماع منقول..... ۱۷۹
- دلیل سوم: روایات..... ۱۷۹
- روایت اول: مکاتبه صفار..... ۱۷۹
- روایت دوم: معتبره ابی علی بن راشد..... ۱۷۹
- روایت سوم: وقفنامه امیر المؤمنین..... ۱۷۹
- در وقفنامه، "صدقة لا تباع" وصف نوع است نه شرط شخصی..... ۱۸۰
- دلیل اول: صدقة، مفعول مطلق نوعی است..... ۱۸۰
- دلیل دوم: شرط، بین ارکان عقد واقع نمی شود..... ۱۸۰
- دلیل سوم: اگر شرط باشد، خلاف شرع خواهد بود..... ۱۸۰
- نقد دلیل سوم توسط مرحوم شیخ..... ۱۸۳
- مطلب دوم: حقوق مانعه از بیع وقف..... ۱۸۳
- یکم: حق الواقف..... ۱۸۳
- دوم: حق البطون المتأخره عن بطن البایع..... ۱۸۳
- سوم: حق الله..... ۱۸۳
- مطلب سوم: بطلان وقف بعد از بیع است یا بعد خراب (جواز بیع)..... ۱۸۴
- قول اول: (مشهور و شیخ) بعد از تحقق بیع است نه از زمان جواز بیع..... ۱۸۴
- قول دوم: از لحظه جواز بیع است نه تحقق بیع..... ۱۸۵
- نقد قول دوم..... ۱۸۵
- مرحله دوم: بیان اقوال و نقل عبارات جمعی از فقها**..... ۱۸۷
- قول اول: بیع وقف ممنوع است مطلقاً..... ۱۸۷
- قول دوم: در وقف منقطع فی الجملة مجاز و در وقف مؤبد مطلقاً ممنوع..... ۱۸۷
- قول سوم: جواز بیع در وقف مؤبد عند الضرورة..... ۱۸۹

۲۸۳
۲۰۱ مرحله سوم: تحقیق مرحوم شیخ انصاری
۲۰۱ قسم اول: وقف مؤبد
۲۰۱ مطلب اول: بیان پنج نکته در وقف تملیکی و تحریری
۲۰۱ نکته اول: تقسیم وقف به تملیکی و تحریری
۲۰۲ نکته دوم: بحث از جواز بیع مربوط به وقف تملیکی است
۲۰۳ نکته سوم: نقل کلام کاشف الغطاء و نقد قسمتی از آن
۲۰۵ نکته چهارم: جواب از یک اشکال نقضی
۲۰۵ فرع اول: اقسام اموال مسجد
۲۰۵ فرع دوم: تفاوتی بین ثوب کعبه و فرش مسجد
۲۰۵ فرع سوم: حکم صورت شک
۲۰۷ فرع چهارم: حکم أجزاء ساختمان مسجد
۲۰۷ فرع پنجم: الحاق موارد دیگر به مساجد در تحریری بودن
۲۰۸ نکته پنجم: حکم تلف أجزاء وقف تحریری
۲۰۸ قول اول: (شیخ) ضامن است
۲۰۸ قول دوم: عدم ضمان
۲۰۹ مطلب دوم: صور ده گانه بیع وقف مؤبد تملیکی
۲۰۹ صورت اول: خرابی غیر قابل انتفاع
۲۰۹ نکته اول: جواز بیع و دلیل آن
۲۱۲ نکته دوم: ملکیت عین وقف برای بطون موجود و متأخر
۲۱۳ نکته سوم: ملکیت ثمن حاصل از بیع وقف
۲۱۶ نکته چهارم: جواز بیع آنچه با ثمن خریده اند، با رعایت مصلحت
۲۱۶ نکته پنجم: عدم نیاز به صیغه وقف در بدل
۲۱۷ نکته ششم: لزوم تبدیل به عین دیگر و عدم ممنوعیت بیع بدل
۲۱۷ نکته هفتم: حکم تبدیل وقف خراب به مماثل
۲۱۹ نکته هشتم: چه کسی عهده دار بیع است؟
۲۲۰ نکته نهم: حکم نظارت متولی موقوفه بر بدل
۲۲۰ نکته دهم: اگر بدل پیدا نکردند باید ثمن را نگه دارند
۲۲۰ نکته یازدهم: اگر بطن موجود طالب معامله باشند اشکال ندارد
۲۲۱ نکته دوازدهم: تفاوتی بین مخروبه شدن بعض با کل نیست
۲۲۲ خلاصه صورت اول:
۲۲۳ صورت دوم: خرابی با انتفاع قلیل
۲۲۳ مطلب اول: صور مسأله و احکام آن
۲۲۵ مطلب دوم: نقل و نقد سه مدعای صاحب جواهر
۲۲۷ صورت سوم: خرابی و کم شدن انتفاع (عدم جواز بیع)
۲۲۸ صورت چهارم: بیع أنفع است (عدم جواز)
۲۲۸ قول اول: بیع جایز نیست (شیخ و مشهور)
۲۲۸ قول دوم: جواز بیع
۲۳۲ خلاصه صورت چهارم:
۲۳۳ صورت پنجم: ضرورت
۲۳۳ قول اول: جواز بیع

- قول دوم: ممنوعیت بیع (شیخ)..... ۲۳۳
- صورت ششم: شرط بیع وقف توسط واقف (جایز است)..... ۲۳۵
- دلیل اول: الوقوف تکون علی حسب ما یوقفها اهلها..... ۲۳۵
- دلیل دوم: المؤمنون عند شروطهم..... ۲۳۵
- دلیل سوم: وقفنامه امیر المؤمنین علیه السلام..... ۲۳۷
- صورت هفتم: خوف خراب..... ۲۳۷
- حالت اول: خرابی ای که دیگر نفع قابل اعتنایی ندارد..... ۲۳۷
- حالت دوم: خرابی ای که صرفاً درآمد موقوفه را کمتر کند..... ۲۳۷
- حالت سوم: می توان در جهت دیگر استفاده کرد با درآمد مساوی قبل خرابی یا بیشتر..... ۲۳۷
- صورت هشتم: وقوع اختلاف و خوف تلف مال یا نفس..... ۲۳۷
- صورت نهم: اختلاف منجر به ضرر عظیم..... ۲۳۸
- صورت دهم: اختلاف منجر به تلف انفس..... ۲۳۸
- حکم حالت اول صورت هفتم (جواز بیع)..... ۲۳۸
- حکم حالت دوم صورت هفتم..... ۲۴۳
- قول اول: عدم جواز بیع (شیخ)..... ۲۴۳
- قول دوم: جواز بیع..... ۲۴۳
- حکم صورت هشتم..... ۲۴۵
- قول اول: عدم جواز بیع (شیخ)..... ۲۴۵
- قول دوم: جواز بیع..... ۲۴۵
- نقد استدلال قول دوم..... ۲۴۵
- حکم صورت نهم: (شیخ: عدم جواز)..... ۲۴۵
- حکم صورت دهم:..... ۲۴۵
- قول اول: مرحوم شیخ: عدم جواز..... ۲۴۵
- قول دوم: جواز بیع..... ۲۴۵
- نقد استدلال قول دوم:..... ۲۴۶
- مدلول مکاتبه ابن مهزیار به نظر مرحوم شیخ..... ۲۴۶
- نکته اول: توضیح ابتدایی مدلول..... ۲۴۶
- نکته دوم: پاسخ از چهار اشکال..... ۲۴۶
- نکته سوم: جمع بندی معنای روایت در مصداق جواز بیع..... ۲۴۹
- قسم دوم: وقف منقطع..... ۲۵۱**
- نکته اول: تعریف وقف منقطع..... ۲۵۱
- نکته دوم: مالکیت در وقف منقطع..... ۲۵۱
- نکته سوم: حکم بیع وقف منقطع برای بطن موجود..... ۲۵۱
- مبنای اول: اصل، ملک واقف و منافع ملک موقوف علیهم..... ۲۵۱
- مبنای دوم: وقف ملک موقوف علیهم و سپس ملک ورثه آنان است..... ۲۵۲
- مبنای سوم: وقف ملک موقوف علیهم، و بعد آنان ملک واقف است..... ۲۵۳
- مبنای چهارم: وقف ملک موقوف علیهم و بعد آنان فی سبیل الله است..... ۲۵۳
- نکته چهارم: حکم بیع وقف منقطع توسط بطن فعلی با وجود بطن بعد..... ۲۵۳
- خلاصه مبحث بیع وقف..... ۲۵۴**
- مسأله دوم: عدم جواز بیع أم ولد..... ۲۵۶**

۲۸۵
۲۵۷ مسأله سوم: بیع مرهون
۲۵۷ مطلب اول: طرح بحث
۲۵۷ مطلب دوم: اقوال و أدله
۲۵۷ قول اول: متقدمان: بیع مال مرهون باطل است مطلقاً
۲۵۷ قول دوم: متأخران و شیخ: در سه مورد بیع جایز است (إجازة، إسقاط و فک)
۲۵۷ أدله جواز بیع مرهون
۲۵۷ دلیل اول: عمومات حلیت بیع
۲۵۹ دلیل دوم: روایت باب نکاح عبد
۲۵۹ دلیل سوم: قیاس اولویت نسبت به صحت عقد فضولی
۲۵۹ دلیل اول: اجماع
۲۵۹ نقد دلیل اول:
۲۵۹ دلیل دوم: دلالت روایات مانعه بر فساد
۲۶۱ نقد دلیل دوم:
۲۶۳ دلیل سوم: اجتماع مالکین بر شیء واحد
۲۶۳ نقد دلیل سوم:
۲۶۳ مطلب سوم: بیان سه نکته ذیل جواز بیع مرهون
۲۶۳ نکته اول: اجازه مرتهن کاشفه است
۲۶۵ نکته دوم: ردّ بعد از اجازه اثر ندارد
۲۶۵ نکته سوم: آیا اجازه بعد از ردّ اثر دارد؟
۲۶۵ احتمال اول: بله
۲۶۵ احتمال دوم: خیر. (شیخ)
۲۶۵ مطلب چهارم: حکم فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه
۲۶۵ نکته اول: حکم فک رهن، اسقاط حق و ابراء ذمه
۲۶۵ احتمال اول: در حکم اجازه مرتهن است. (شیخ)
۲۶۶ احتمال دوم: در حکم اجازه مرتهن نیست
۲۶۶ دلیل اول: ارتباطی به بیع رهن ندارد
۲۶۷ دلیل دوم: استصحاب عدم لزوم
۲۶۷ دلیل سوم: روایت مربوط به نکاح فضولی عبد
۲۶۸ نقد احتمال دوم:
۲۶۸ نقد دلیل اول: مانع از لزوم بیع ساقط شده
۲۶۸ نقد دلیل دوم: موضوع استصحاب باقی نیست
۲۶۸ نقد دلیل سوم: قیاس مع الفارق است
۲۶۸ نکته دوم: فکّ اسقاط و ابراء ناقله‌اند نه کاشفه
۲۶۹ مطلب پنجم: بررسی دو حکم فسخ و امتناع راهن از فک رهن
۲۶۹ نکته اول: راهن حق فسخ بیع ندارد
۲۶۹ نکته دوم: حکم اجبار راهن به فک رهن
۲۷۰ مسأله چهارم: بیع عبد جانی

۲۷۱ فهارس
-----	--------------------

۲۷۱ فهرست مقدمات به ترتیب بیان در جزوه:
-----	---

۲۷۲ فهرست منابع و اعلام معرفی شده در جزوه
-----	---

فهرست مکاسب ۴ www.almostafa.blog.ir ۲۸۶

۲۷۲ فهرست منابع استفاده شده در جزوه

۲۷۴ فهرست مطالب