

بلغۃ الفقيه

الجزء: ٢

السيد محمد بحر العلوم

الكتاب: بلغة الفقيه
المؤلف: السيد محمد بحر العلوم
الجزء: ٢
الوفاة: ١٣٢٦
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق: شرح وتعليق: السيد محمد تقي آل بحر العلوم
الطبعة: الرابعة
سنة الطبع: ١٩٨٤ م - ١٣٦٢ ش - ١٤٠٣
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٣٥٧	في بيان أن ما وجهنا به ضمان ذوي الأيدي المتعاقبة على مال الغير من طولية الضمان هو مراد شيخنا الأنصاري - قدس سره - حيث يقول (فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البذل والمبدل على سبيل البذل) ثم بيان أن الضمان الطولي كما تصورناه في الأيدي المتعاقبة على مال الغير كذلك يتصور فيما يكون بالعقد أو الإتلاف والغرور وان كان بين ضمان الأيدي وبين الضمان بالعقد أو الإتلاف والغرور فرق، وبيان وجهه وأن المالك عند استيفائه البذل من أحد الضمماء تبرء ذمة الجميع لوحدة حقه المفروض استيفاءؤه:
٣٦١	فيما لو أبرء المالك ذمة أحد الضمماء ما عليه تبرء ذمة الجميع ويسقط الحق عنه وعن السابق عليه واللاحق له، وبيان وجه ذلك وأنه مقتضى طولية الضمان. وانه صالح المالك أحد الضمماء فلا اشكال في سقوط حق المالك كالابراء، وانه هل يرجع المتصالح على من لحقه أو ليس له الرجوع عليه كالابراء، وأما عدم رجوعه على من سبقه فهو واضح واستظهار أنه كالابراء والصلح وتوضيح ذلك بعد ذكر حقيقة الصلح وأنه في ورد كل معاملة يفيد فائدتها وان لم يكن نفسها وإنه انما يكون كالابراء فيما لو كان الصلح بلا عوض، وأما ما كان بعوض فيرجع المتصالح على من لحقه بمقداره ثم تكرار الكلام في بيان كيفية ضمان الأيدي المتوالية على مال الغير لما في ذلك من زيادة وضوح للمطلب.
٣	(رسالة في أخذ الأجرة على الواجبات): المشهور عدم جواز أخذها على الواجب مطلقا وعن بعض دعوى عدم الخلاف فيه وعن غير واحد حكاية الاجماع عليه.
٧	بيان إعتبار عدة أمور في صحة الإجارة وسائر عقود المعاوضة لترتب الأثر عليها وتفصيل المسألة في الواجبات.
١٠	ذكر اختلاف كلمات الفقهاء في المسألة: بين قائل بالمنع مطلقا. وبين مانع في ما يعتبر فيه قصد القرابة، وبين مانع فيما وجب بالذات، وبين مفصل بين ما كان الغرض منه الآخرة فلا يجوز وما كان الغرض منه الدنيا فيجوز، وبيان رأي السيد في (المصابيح) وهو التفصيل بين التبدي والتوصلي بالمنع في الأول مطلقا والتفصيل في الثاني، بين الكفائي العيني بالجواز في الأول مطلقا والتفصيل في الثاني بين ما كان وجوبه للضرورة وحفظ النظام وغيره فجوز في الأول ومنع في الثاني مطلقا.
١٣	استعراض أدلة المانعين مطلقا ومناقشتها.
٢١	عرض أدلة قصر المنع على التبدي، والقول بالتفصيل بين ما كان الغرض منه الآخرة منها والدنيا ومناقشتها وبيان مختاره في المسألة وعرض بعض الاشكالات على بعض أقوال المسألة، والجواب عنها وتحقيقه في مسألة أخذ الأجرة على قضاء الصلاة ونيابة الحج وصلاة الهدية.
٣٧	النقض بالحرف والصنایع المتوقف عليها النظام والطبابة والعمل لتحصيل النفقة، وتوجيه ذلك، والجواب عنه والنقض بوجوب بذل الطعام للمضطر ورجوع الأم المرضعة بالعوض وأخذ الوصي الأجر على عمل الوصاية والنقض بالجهد الواجب كفاية وأخذ الأجرة من قبل النائب والجواب عن ذلك.
٤٢	بيان مواقع النظر في كلام (الجواهر) والفاضل الجواب في تخلصهم عن الاشكال وبيان ما لا يجوز فيه أخذ الأجرة من المستحبات وما يجوز فيه أخذها.
٤٥	(رسالة في بيع المعاطاة): تحقيق في ألفاظ العقود وآثارها.

- ٤٩ في تحقق الاجماع على اعتبار القول الدال على التراضي في لزوم البيع وعدم كفاية مجرد التعاطي الفعلي في ذلك، وبيان الأقوال في المسألة ومناقشتها واستخلاص أن القدر المتيقن من الاجماع هو اعتبار محض القول في اللزوم لا صيغة خاصة، وتأييد ذلك بقول النبي (ص) (انما يحلل الكلام) وتحقيق ذلك وما هو المراد من الحصر.
- ٥٥ تصوير المعطاة على أربعة وجوه أصلية وغيرها، والمناقشة حول بعضها.
- ٦٢ ذكر الأقوال في حكم المعاطاة وحصرها في أربعة وترجيح أحدها على الباقي وذكر النقوض على الرأي المختار، والجواب عنها تفصيلاً.
- ٧٠ ذكر مراتب الملكية الثلاثة من حيث القوة والضعف وأن الإباحة المطلقة التي هي مفاد المعاطاة ترادف الملكية.
- ٧٥ تحقيق شامل لموضوع الاعراض عن الملكية وأحكامه وأقسامه وما يفيد وضع اليد بقصد التملك وان الأصل في الملك اللزوم والنقاش حول ذلك من المصنف واختياره أصالة الجواز في الملك خلافاً لما اختاره شيخنا الأنصاري في (مكاسبه) وجماعة من الأصحاب من أصالة اللزوم فيه.
- ٨٧ رجوع إلى أصل المسألة، وترجيح القول بإفادة المعاطاة الملك، وبيان الدليل الأول على ذلك ومناقشته صغرى وكبرى وتوجيه بيع الدين على من هو عليه وعدم استحالة نقله إليه، وبيان حكم شراء العبد تحت الشدة من الزكاة وعتقه وان نية الزكاة من مشتريه عند دفع الثمن إلى بايعه أو انها مقارنة للعتق واستعراض أقسام الوقف تفصيلاً وتحقيق سببية شراء العمودين وبعض المحارم للانعقاد قهراً بلا تحقق أصل الملك كما هو المستفاد من بعض روايات الباب ودلالة بعضها الآخر على الملك ثم العتق وبالأخرة استظهار ما ينسب إلى المشهور من القول بدخول المملوك في ملك المشتري ثم يعتق.
- ١٠١ الدليل الثاني على إفادة المعاطاة الملك ومناقشة ذلك والجواب عنها.
- ١٠٦ الدليل الثالث على ذلك ومناقشته، والجواب عنها
- ١٠٨ الدليل الرابع على ذلك ومناقشته والجواب عنها
- ١٠٩ الدليل الخامس على ذلك ومناقشته والجواب عنها
- ١١٢ استظهار إفادة المعاطاة الملك المترلزل لا الإباحة المجردة، وبيان ثمرات القولين تفصيلاً ومنها النماءات المتصلة والمنفصلة والتصرفات المتوقفة على الملك
- ١٢٠ ومنها البيع، وتحقيق شامل حول حقيقة البيع وشروطه ومنها العتق وبيانه تفصيلاً، استمرار في تحقیقات شاملة حول البيع وتصحيح بيع الغاصب بإجازة المالك ومن الثمرات وطاً الأمة المأخوذة بالمعاطاة.
- ١٣٢ ومنها تعلق حق الخمس والزكاة في الأعيان المأخوذة بالمعاطاة عند اجتماع شرط الوجوب على الملك، وعدمه على الإباحة.
- ١٣٣ الرابع من الثمرات انتقال كل من العينين إلى وارث من كان بيده بالإرث على الملكية، والى وارث المالك بناء على الإباحة بموت كل من المتعاطيين وتحقيق شامل حول الموضوع. الخامس - عدم الرجوع بالنفقة عند الرجوع بالعين على الملكية والرجوع بها على الإباحة مع عدم التبرع بها.
- ١٣٦ من ملزمات المعاطاة تلف العينين أو أحدهما أو نقلهما أو أحدهما أو مزجه بغيره. تفصيل حكم الضمان وتطبيق القاعدة على الصور المذكورة.
- ١٤٣ بيان ان نقل المأخوذ بالمعاطاة إما بعقد لازم أو جائز وعلى التقديرين فالكلام مرة بناء على إفادتها الملك، وأخرى بناء على الإباحة وتفصيل حكم كل من التقديرين:
- ١٤٥ بيان حكم التراد بالفسخ بناء على الكشف أو النقل وتحقيق شامل في معنى المعاوضة.
- ١٤٨ الكلام في النقل الجائز بناء على الملكية أو الإباحة

- ١٥١ حكم نقل العين المأخوذة بالمعاطاة فضولا وإجازة ذلك، وبيان صور المسألة، وترجيح بعضها على بعض واختياره كل ذلك بتحقيق واستدلال.
- ١٥٦ حكم ما لو تصرف المتعاطيان أو أحدهما بما يوجب تغيير صورة العين أو امتزاجها بغيرها وابتناء ذلك على الملكية أو الإباحة وعرض أقوال العلماء في المسألة.
- ١٦٢ اختلاف المتعاطيين في حصول سبب اللزوم وعدمه والنظر في تقديم قول مدعي اللزوم أو الجواز وبيان الوجه لكل منهما وأقربية تقديم قول مدعي اللزوم لحكومة قاعدة (من ملك) على استصحاب جواز الرجوع، وذكر صورة ادعاء التصرف أو الاتلاف بعد الفسخ وحكم صورة التداعي وادعاء كل منهما وقوع ما هو له من الفسخ، وسبب اللزوم.
- ١٦٤ و من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها: جريان المعاطاة في العقود والايقاعات بأقسامها، أو اختصاص ذلك بصنف خاص من نوع المعاوضات وهو البيع أو تجرى في بعض دون بعض وتحقيق شامل في موارد العقود والايقاعات.
- ١٦٩ جريان المعاطاة في الشفعة والقسمة والإجارة في البيع، وتفصيل الكلام في العقود والايقاعات.
- ١٧٢ في امكان جريان المعاطاة في الإجارة والبحث حول موضوعها وأقسامها وكيفية استحقاق الأجير الاجرة.
- ١٨١ في ان الضمان في مثل (أعتق عبدك عني، واللق متاعك في البحر وعلي ضمانه) واستيفاء الغرامة في نظائره هل هو من قبيل الجعالة على الأعمال أو من سنخ المعاوضات على الأعيان، ودفع الاشكال من جهة الغرر.
- ١٨٤ جريان المعاطاة في الجعالة والرهن والقرض والمزارعة والمساقات.
- ١٨٨ ذكر ما يعتبر في عقد المعاطاة واختلاف كلمات الأصحاب في ذلك وذكر جملة منها، ثم تنقيح المسألة والتكلم فيها على المباني والأقوال وشرح ذلك تفصيلا.
- ١٩١ اعتبار التقابض في ماهية المعاطاة، والكلام في اعتبار حدوث القبض أو كفاية استدامته واستظهار الأول، وان القدر المتيقن في إفادتها الملك أو الإباحة حصول الاعطاء من الجانبين، والتأمل في صدق انشاء تمليك المثلث بقبض الثمن وانه قد يدعى انعقادها بمجرد ايصال العوض واخذ المعوض من غير توقف على اعطاء أصلا والتمثيل لذلك بأخذ الماء من قرية السقاء مع عيبته، ودخول الحمام ووضع العوض في كور، صاحبه.
- ١٩٣ الكلام حول إجارة المرضعة للارضاع والصبغ للصبي والكاتب للكتابة والمنحة للبتها والحمام للانتفاع به غسلا وغسلا والاستحمام، والبئر للاستيفاء، ونظائرها مما استلزم اجارتها تلف عين للمؤجر من حيث منافاتها لحقيقة الإجارة التي هي تمليك المنافع دون الأعيان والتوجيه لذلك وتقوية المصنف عدم كونها من الإجارة.
- ٢٠١ الكلام في الفضولي والاستدلال على صحته بالآيات وبالروايات ومناقشتها والجواب عن ذلك.
- ٢٢٠ الاستدلال على بطلان الفضولي بعد الأصل بالأدلة الأربعة والجواب عن ذلك.
- ٢٢٨ استدلال السيد بحر العلوم في مصابحه على البطلان بوجهين آخرين، والجواب عنه.
- ٢٣٢ احتجاج المفصل بين سبق المنع وعدمه بالبطلان في الأول والصحة في الثاني، والجواب من المصنف عن ذلك ثم احتجاج المفصل بين ما لو قصد البايع الفضولي البيع لنفسه أو للمالك بوجود ما يمنع من الصحة في الأول وجواب المصنف عن تفصيله. ثم الكلام من المعلق حول الجواب وانه غير دافع عن اشكاله وانحصار دفع الاشكال بما ذكره شيخنا الأنصاري وتعليق مفصل في بيانه.
- ٢٤٧ بيان ما نسب إلى ظاهر الأصحاب: من أن الغاصب لو باع ما غصبه ورد المالك البيع ولم يجزه ليس للمشتري استرداد الثمن لو كان موجودا عند البايع وأن ذلك لا يرجع إلى وجه وجيه.

- ٢٤٩ في بيان أن بيع الفضولي كلياً في ذمة الغير أو اشتراؤه له إذا كان بتصريح منه بمن له البيع أو الشراء فإنه يصح مع إجازة من له البيع أو الشراء ويظل مع رده أما لو كان اضافته إلى الغير بصرف العقد بلا تصريح بمن له البيع أو الشراء فإنه يحكم بصحته لمن قصده الفضولي مع إجازته العقد ومع رده العقد يبطل بالنسبة إلى من قصده الفضولي وينفذ من ناحية المباشرة ظاهراً مع عدم تصديق طرفه بنيته وفي وجه ينفذ واقعا حينئذ بيان الوجه في ذلك تفصيلاً.
- ٢٥٣ الكلام في إمكان جريان الفضولي في المعاطاة وعدم إمكانه، وما قد يقال من منع جريان الفضولية فيها مطلقاً سواء قلنا بإفادتها الملك أو الإباحة.
- ٢٥٦ في جريان الفضولية في غير المعاوضات كالوقوف والصدقات وغيرها والعبادات المالية كالأخماس والزكوات والكفارات: والاشكال من المصنف في صحة الفضولي فيما يعتبر في صحته القرابة كالصدقات والوقوف والكلام حول ذلك تفصيلاً.
- ٢٦٠ اختيار المصنف جريان الفضولية في العقود الجائزة التمليلية ومنها الوصية، فضلاً عن العقود الإذنية التي يكفي تحقق الإذن فيها ممن له الإذن.
- ٢٦٣ الكلام في مسألة الإجازة والرد، والأول منهما تارة يقع في موضوعها، وأخرى في حكمها وما يشترط في تأثيرها، واستظهار المصنف أن الإجازة هي القول الدال على الرضا بالعقد أو ما بحكمه وعدم كفاية مجرد الرضا ما لم ينكف بقول أو فعل في تحققها وإن اعتبارها من باب السببية لا من باب الكشف عن السبب - كما ذهب إليه بعض - مستدلاً على ذلك بأدلة سبعة ذكرها المصنف، وتنظر فيها وذكر وجه النظر.
- ٢٦٧ بيان شروط تأثير الإجازة والكلام حولها.
- ٢٨٢ الكلام فيما لو باع الفضولي مالاً ثم ملكه، وذكر اختلاف الأصحاب في صحة العقد مع إجازته بعد الملك واحتمال البعض منهم عدم توقف صحة العقد على إجازة منه بعد التملك وذهاب البعض إلى بطلان العقد وعدم قابليته للتصحیح حتى مع الإجازة بعد الملك وفي المسألة بيان وتفصيل من المصنف والمعلق وذكر أخبار استدلل بها على المنع والتكلم فيما هو المستفاد منها، وبالنتيجة اختلاف بين المصنف والمعلق في حكم المسألة ثم ذكر المصنف ما يلحق بالمسألة المذكورة، وهي ما لو باع معتقداً أنه مال غيره ثم بان أنه مال نفسه وأن حكمه التوقف على الإجازة ثم ذكره مسألة أخرى وهي ما لو أذن المالك لشخص بالتصرف في ماله معتقداً أنه لغيره فلا يجوز للمأذون العالم بالكيفية التصرف فيه بذلك الإذن كما أنه لو أذن لشخص معتقداً أنه صديقه لم يحز للمأذون التصرف فيه مع كونه عدواً له وإن المالك مشتبه في اعتقاد الصداقة، والكلام من المعلق بما كان لفرق بين ما لو أذن بالتصرف في ملكه معتقداً أنه لغيره وبين ما لو أذن لعدوه بالتصرف في ماله معتقداً صداقته وأنه في الصورة الأولى لا يجوز للمأذون التصرف بذلك الإذن بخلاف الصورة الثانية وبيان وجه الفرق بينهما.
- ٣١٣ بيان حكم الإجازة من حيث كونها نافذة أو كاشفة وبيان ما استدلل به للكشف، ورده، ومناقشة المصنف للرد وتقريبه للكشف بأن التأثير للعقد وإن كان حادثاً بالإجازة ويحدث بحدوثه الملك إلا أنه ينبسط بحدوثه إلى حين العقد الذي هو منتهى الانبساط من طرف السابق وحرف الابتداء من قولهم: (من حين العقد) لبيان مبدء الطرف لا مبدء الحدوث فإن زمان الإجازة مبدؤه وحين العقد منتهاه، وبملاحظة الانبساط المذكور عبر عنها بالكاشفة، وامتاز القول بها عن القول بكونها ناقلة لعدم الانبساط فيه إلا في الطرف اللاحق إلى آخر ما ذكره المصنف من وجوه الكشف والنقاش في بعضها وبيان بعض ثمرات القولين.

- ٣١٩ الاستدلال على الكشف بصحيفة أبي عبيدة، وتقريب دلالتها عليه، ثم ذكر بعض الثمرات بين القول بالنقل والقول بالكشف. وعلى الكشف: بين جميع احتمالاته. ثم بيان تعليل منع الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالكشف بأمور وذكرها والتنظر فيها، وبيان وجهه ثم سرد بعض الثمرات الأخرى بين القول بالنقل والقول بالكشف وذكرها والكلام حولها، ومنها ظهور الثمرة فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على العوضين أو أحدهما مع وحدة المحل أو اختلافه.
- ٣٢٨ الكلام فيما لو عقد اثنان أو أكثر على مال دفعة أو بالتعاقب مع اتحاد المتعلق. ثم الكلام فيما لو اختلف المتعلق وفيما لو باع اثنان من شخص واحد وأجازهما دفعة واتفق الثمنان جنسا وفيما لو اختلفا في الجنس أو اختلفا في محض الكم أو اختلفا في الاطلاق والتقييد، ثم بيان ان إجازة العقد لا توجب إجازة القبض.
- ٣٣٠ الكلام في الرد: تارة في موضوعه، وأخرى في حكمه وتأثيره، وبيان الرد هو إنشاء لابطال ما أحدثه الفضولي بقول أو فعل وبيان كل منهما تفصيلا ثم الكلام في حكم الرد وانه موجب لابطال العقد الموجب لسقوط الإجازة عن التأثير وانه لو لم تتحقق الإجازة من المالك - تحقق منه الرد أم لا - جاز انتزاع ماله أو بدله مع التلف ممن هو في يده باقباض الفضولي ويتخير مع تعاقب الأيدي عليه في الرجوع على من شاء منهم وانه لو رجع على السابق رجع هو اللاحق ولا عكس ما لم يكن غارا له، ويرجع هو أي اللاحق على من تأخر عنه، وان قرار الضمان على من تلف المال بيده ثم بيان ان بسط الكلام يتم في مواضع: الأول - في معني ضمان العين. الثاني - في تصوير تخيير المالك في الرجوع على من شاء منهم في تعاقب الأيدي على ماله. الثالث - في رجوع من رجع المالك عليه غير التالف في يده على غيره. ثم الكلام في معنى الضمان وتقريره وبيان أنه قد يطلق على ما يفيد تحويل المال من ذمة إلى أخرى وقد يطلق ويراد به التعهد وبيان الفرق بين الضمانين.
- ٣٣٦ الكلام في صحة الضمان العقدي للأعيان المضمونة على الغير بضمان اليد كالمغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد والأمانات عند التعدي والتفريط وجوازه قبل تلف العين وبيان الخلاف بين الأصحاب في جوازه وأن الأكثر على المنع وجماعة على الجواز ومنهم المصنف مستدلا على ذلك بعموم "أوفوا بالعقود" مع التأييد بقوله تعالى "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" والمناقشة من المعلق ثم تعقيب المسألة بضمان درك أحد العوضين للبايع أو المشتري المجمع عليه والانتصار به للجواز في المسألة ومناقشة المعلق ذلك، وبيان عدم وضوح دلالة عليه إن تحقق اجماع على ذلك. ثم الكلام فيما يظهر منهم الاتفاق على صحة ضمانه من المتاع الملقى في البحر عند قول الضامن لصاحب المتاع: القه في البحر وعلى ضمانه، وحكاية الاجماع مستفيضا عليه مع ما قيل إنه من ضمان ما لم يجب، وامكان تصحيحه بأحد الوجهين ذكرهما المصنف.
- ٣٤٨ الكلام في تصوير ضمان الأيدي المتعاقبة على مال الغير للمالك واشتغال ذممهم بحسب تعددها بمال واحد، وبيان من المصنف والمعلق في كيفية الضمان المذكور. وتفصيل ذلك وتوجيهه. وبيان الوجه في رجوع السابق من ذوي الأيدي على اللاحق بما غرمه للمالك من بدل العين التالفة عند رجوع المالك عليه وأخذه منه دون اللاحق فإنه لا يرجع بما غرمه للمالك على السابق ما لم يكن مغرورا فإنه يرجع على من غره.
- ٣٧٦ في ما لو مزج المشتري المبيع فضولا بماله مع رد المالك بيعه، ثم أودع المجموع عند شخص أمانة، وبيان حكم المسألة، وأن الكلام فيها يقع في مقامين: الأول - فيما تقتضيه القاعدة في الحكم من ناحية المزج وأن صاحب المال ماذا يستحق، والمقام الثاني فيما تقتضيه القاعدة من ناحية الوديعة وما يكون حكم الوديعة وأن الواجب عليه دفع مجموع المال للمودع عند مطالبته أو دفع مقدار حصته من المجموع وإبقاء الباقي أمانة عنده للمالك ودفعه إليه لو ظهر.

مكتبة العلمين العامة
النجف الأشرف

(١٠)

بلغة الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية لامعة تسد
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه
الاستدلالي لا غنى للفقيه والقانوني عن معرفتها.

تصنيف

الحجة المحقق السيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

شرح وتعليق

الفقيه الورع السيد محمد تقي آل بحر العلوم - دام ظله -

الجزء الثاني

(١)

منشورات مكتبة الصادق
طهران ناصر خسرو پاساژ مجيدي
الطبعة الرابعة
١٩٨٤ ميلادي
١٣٦٢ شمسي
١٤٠٣ قمري

(٢)

رسالة
في أخذ الأجرة على الواجبات

(٣)

بسم الله الرحمن الرحيم
(مسألة) المشهور نقلا وتحصيلا عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات
مطلقا تعديا كان الواجب أم توصليا عينيا كان وجوبه أم كفائيا (١) بل

(٥)

عن بعض دعوى عدم الخلاف فيه وعن غير واحد حكاية الاجماع عليه وإن كنا لم نتحققه على هذه الكلية.

ولا يخفى عليك عدم اختصاص النزاع بعقد الإجارة كما يتوهم من أخذهم الأجرة في عنوان المسألة بل يعم سائر عقود المعاوضات مما وقع بذل المال فيه بدلا وعوضا عن الواجب بعنوان المعاوضة والمعاملة عليه: نعم

استيجار العامل عليه، ولم تكن مقهوريته على الجهة الأولى منه موجبة لسلب ماليته وعدم صحة الإجارة عليه.

وبيان أوضح: إن ما يلزم صدوره وتحققه من عمل المكلف قد يكون من جهة كونه متعلقا لأمر إلزامي من الشارع المقدس، وبما أن أمر المولى وتكليفه إنما يتعلق بذات العمل ونفسه ويكون المكلف ملزما به ومقهورا عليه فلا يكون مملوكا له ومقدورا عليه، فإن حقيقة ملكية العمل والقدرة عليه، كون كل من فعله وتركه تحت اختيار العامل ولم يكن ملزما بأحدهما. وعليه، فلا يصح تعلق الإجارة بما ألزم بفعله، كما لا يصح تعلقها بما ألزم بتركه، فأكل المال بإزائه أكل له بالباطل:

هذا إذا كان نفس العمل وذاته متعلقا لأمر إلزامي من الشارع وأما إذا لم يكن العمل متعلقا لأمر إلزامي منه، بل كان مما يتوقف عليه نظم البلاد، فحيث أن النظام إنما يستقيم بإيجاد العمل وبذله، والاختلال يحصل باحتكاره وحبسه، والضرورة تقدر بقدرها، فاللازم على العامل بذله، والممنوع منه حبسه، وأما كون ذات العمل بنحو التبرع والمجانية فهو التزام بلا إلزام، وعليه فلزوم بذله لا بوجوب سلب ماليته، فيجوز أخذ الأجرة عليه ممن استأجره على ذات العمل ونفسه، وكما يجب على التاجر عند المخمصة بذل ما عنده من الطعام ويحرم عليه احتكاره، ولا يلزمه حينئذ التبرع به وبذله مجانا بل له بيعه وأخذ ثمنه من المشتري فكذلك

لا يشمل ما لو كان البذل لأجله بنحو العطية وشبهها، وإن وجب البذل بسهب، كما لو نذر أن يعطي درهما لمن صلى الفريضة فإنه يجوز أخذ المنذور حينئذ بلا اشكال فيه ولا خلاف.
هذا وليعلم أولاً أنه يعتبر في صحة الإجارة وغيرها من سائر عقود المعاوضات وتأهلها لترتب الأثر عليها أمور:

الواجب النظامي، فيجوز للطبيب المعالج والخباز والخياط ونظائرهم ممن يجب عليهم بذل أعمالهم عينا أو كفاية أخذ الأجرة عليها.
ثم إن الواجب غير النظامي: ما كان منه واجبا على شخص دون غيره ولم يعتبر فيه المباشرة ممن وجب عليه بل كان قابلا لنيابة الغير ممن وجب عليه، بأن ثبت بالدليل صحة تبرعه به عنه، تصح الإجارة عليه، تعديا كان أم توصليا عينا كان أم كفايئا - فإذا وجب الجهاد على شخص عينا أو كفاية فله استيجار من لا يجب عليه ليجاهد عنه، بناء على قبوله للنيابة، ومثله ما وجب على ولي الميت من قضاء ما فاته من الصلاة نيابة عنه، فله استيجار غيره على أدائها نيابة عن الميت: وأما ما وجب على الشخص عينا، فلا يصح استيجاره عليه لعدم ملكيته له، فإن مرجع ملكية العمل كونه تحت اختيار عامله وقدرته، بحيث له فعله وله تركه، فإذا كان واجبا عليه ومسلوب الاختيار في تركه، لم يكن مالكا له، كما أنه لو كان محرما عليه لا يصح استيجاره عليه لعدم قدرته شرعا على الفعل وكذا ما وجب على الشخص كفاية لا عينا، فإنه وإن لم يكن كالواجب العيني من جهة سلب اختياره عن الترك، فله تركه عند قيام الغير به ممن وجب عليه كفاية، ولكن مع ذلك لا يصح استيجاره عليه ممن لا يجب عليه ولا يطلب منه، أصلا، إذ لا يملك المستأجر عمل الأجير باستجاره له في قبال ما يدفعه له من الأجرة، وما يأتي به الأجير إنما يأتي بما وجب

الأول - أن تكون المنفعة المستأجر عليها مثلاً عائدة ولو بنوع من الملاحظة إلى المستأجر بحيث يتعلق له بها غرض عقلائي، وإن كانت بنفسها ترجع لغيره، بل ولو لنفس الأجير كما لو استأجره على بناء دار نفسه لكن حيث يكون له في ذلك غرض عقلائي وإلا كانت المعاملة عليه سفها

عليه كفاية، ولا يكون عمله للمستأجر بإزاء الأجرة، ومجرد كون المستأجر حاملاً له على الاتيان بما وجب عليه ومعينا له ببذل الأجرة، لا يصحح الاستيجار ما لم ينتقل نفس العمل من الأجير إليه في قبال ما انتقل منه إليه من الأجرة بمقتضى المعاوضة.

والحاصل، كما يعتبر في متعلق الإجارة كون العمل مقدورا للأجير فعلاً وتركاً كما ذكرنا كذلك يعتبر إمكان حصوله للمستأجر وملكيته له بالاستيجار بماله من الآثار، فأكل الأجير المال بإزاء إتيانه ما وجب عليه كفاية لنفسه بماله من الآثار، أكل له بالباطل، بل الأمر كذلك فيما لو كان العمل المستأجر عليه مستحبا كقراءة الأجير القرآن لنفسه. هذا ولو كان العمل واجبا على كل منهما بالمباشرة كالصلاة اليومية وصوم شهر رمضان مثلاً فعدم صحة استيجار الشخص عليه واضح، سواء استأجره المستأجر ليصلي أو يصوم عن نفسه أو عن المستأجر: أما لو استأجره على العمل لنفسه لا للمستأجر، فلو جوب ذلك عليه عينا وعدم كونه مملوكاً له كما ذكرنا مضافاً إلى عدم إمكان حصول ملك المستأجر له في قبال ما يدفعه من الأجرة ولا يسقط الوجوب عنه بعمل الأجير، وأما لو استأجره على أن ينوب عنه في ذلك العمل، فحيث أن العمل المذكور مما يجب على المستأجر بالمباشرة لا يصح استيجاره الغير للنيابة عنه فيه. وأما لو وجب على كل منهما كفاية، فإن لم تعتبر المباشرة في عمل المستأجر، واستأجر من ينوب عنه فيه ولو كان الأجير ممن وجب عليه

وأكل المال حينئذ أكل بالباطل بل ربما يلزم حينئذ الجمع بين العوض والمعوض فلذا لا تصح الأجرة على الأفعال العبثية وابداء الحركات اللغوية كالذهاب إلى الأماكن الموحشة ورفع الصخرة عن مكانها ونحو ذلك مما لا يتعلق للعقلاء غرض فيه.

العمل المذكور أيضا كفاية كالجهد مثلا بناء على قبوله للنيابة، صح الاستيجار، فإن النائب نظرا إلى عدم وجوب الجهاد عليه عينا مالك لعمله والمستأجر حيث لا يعتبر فيما وجب عليه من الجهاد المباشرة بنفسه بل له استنابة غيره عنه فهو قابل لأن يملك عمل الأجير بدلا عما يدفعه إليه من الأجرة فيصح استيجاره، ويكون المجاهد هو المستأجر بنائبه وبدنه التنزيلي ويسقط الوجوب عنهما بفعل الأجير كما لا يخفي نعم، لو استأجره على العمل لنفسه بما يترتب عليه من الأثر لا المستأجر فلا تصح الإجارة، ومجرد انتفاع المستأجر بعمل الأجير لنفسه بسقوط الوجوب عنه لقيام الأجير بالواجب الكفائي لا يكفي في صحة الاستيجار ما لم يدخل ذلك العمل في ملك المستأجر بماله من الأثر بدلا عما خرج من ملكه إليه من الأجرة بمقتضى المعاوضة.

وما يظهر من سيدنا المصنف قدس سره من كفاية ذلك حيث يقول: " وأما الكفائي التوصلية فلا مانع من صحة تعلق الإجارة به ووجود المنفعة فيه للمستأجر ولو بسقوط التكليف عنه بفعله، فتشمله عمومات أدلة العقود " انتهى.

غير واضح، كما أنه لو وجب على المستأجر كفاية المباشرة في العمل وعدم قبوله للنيابة كالصلاة على الميت مثلا لا تصح الإجارة فيه بمجرد انتفاع المستأجر بسقوط الواجب الكفائي عنه بفعل الأجير.

ولا يتوهم النقض بجواز أخذ السبق (١) في عقد المسابقة مع أن البذل من البازل بإزاء ما لا منفعة له فيه، لأنه من المحتمل قويا أنه من الالتزام بالعطية والوعد بها على تقدير السبق غير أن الالتزام بما التزم به إنما هو لدليله الخاص، فهو مستثنى من الرهان المنهي عنه في الأخبار شرعاً لتحصيل الاستعداد على القتال والجهاد، وليس من المعاملة بشيء حتى يتم النقض به، وإن وقع التعبير بها في كلام بعض الفقهاء.

الثاني أن لا يكون العمل مما يعتبر في صحته وترتب الأثر عليه ما ينافي آتيانه للوفاء به، وإلا كان المأتي به غير المعوض عليه والمعوض عليه غير المأتي به فيكون أكل المال حينئذ أكلاً بالباطل:

الثالث أن لا يكون مستحقاً عليه بحيث يخرج عن كونه مملوكاً له سواء كان الحق لله أم لغيره مستأجراً كان أم غيره، ولذا لا يجوز أخذ العوض على الزكاة ممن دفعها إليه، وإن وجد مستحق سواه، ومثله أخذ الأجرة على العمل المملوك بخصوصه بإجارة سابقة عليه ضرورة كونه مملوكاً للأول فلا يعقل تملكه لغيره، فاعتبار هذه الشروط في صحة المعاملة وقابليتها لترتب الأثر عليها مما لا شك فيه ولا شبهة تعتريه.

إذا عرفت ذلك، فنقول: اختلفت كلمات الفقهاء في هذه المسألة على أقوال: فبين قائل بالمنع عنه مطلقاً وهو المشهور، وفي (المسالك): هو المشهور وعليه الفتوى (٢) وبين من منع عنه فيما يجب فيه قصد القرية كما عن فخر

(١) السبق بفتحيتين: الخطر الذي يوضع بين أهل السباق، جمعه اسباق.

(٢) راجع: كتاب التجارة منه في شرح قول المصنف عند تعداد ما يحرم التكسب به: الخامس ما يجب على الإنسان فعله: " :: هذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى "

المحققين رحمه الله وبعض المتأخرين، وبين من منع فيما كان واجبا بالذات كما في (الرياض) بل فيه بعد نفي الحلاف: إن عليه الاجماع في كلام جماعة (١) وبين مانع في كل ما كان الغرض الأهم منه الآخرة والجواز فيما كان الغرض الأهم منه الدنيا كما عن السيد في (مفتاح الكرامة) (٢)

(١) في كتاب التجارة في شرح قول المصنف: السادس (يعني مما يحرم التكسب به): أخذ الأجرة على الواجب: من تغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم.. قال سيدنا في (الرياض): " ونحوها الواجبات الأخر التي تجب على الأجير عينا أو كفاية وجوبا ذاتيا بلا خلاف، بل عليه الاجماع في كلام جماعة، وهو الحجة، مع منافاته الاخلاص المأمور به كتابا وسنة وأخرج بالذاتي: التوصلي كأكثر الصناعات الواجبة كفاية توسلا إلى ما هو المقصود من الأمر بها، وهو انتظام أمر المعاش والمعاد، فإنه كما يوجب الأمر بها كذا يوجب أخذ الأجرة عليها، لظهور عدم انتظام المقصود بدونه، مع أنه عليه الاجماع نصا وفتوى، وبذلك يندفع ما يورد من الاشكال بهذه الواجبات في هذا المجال. "

(٢) في شرح قول المحقق: الخامس (أي مما يحرم التكسب به): ما يجب على الانسان فعله يحرم الأجر عليه كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم قال السيد في الشرح في جملة كلام له: " إن ما وجب كفاية لذاته يحرم أخذ الأجرة عليه. وهو كل ما تعلق أولا وبالذات بالأديان كالفقاهة وإقامة الحجج العلمية ودفن الشبهات وحل المشكلات والأمر بالمعروف والتغسيل والتكفين، لأنه راجع إلى الدين، أو الأبدان كالطبابة والتمريض واطعام الجائعين وستر العراة وإغاثة المستغيثين في النائبات على ذوي اليسار وانقاذ الغرقى (إلى قوله) والذي يجوز أخذ الأجرة عليه من الواجب الكفائي هو ما يتعلق أولا وبالذات بالأموال وإن رجع بالآخرة إلى

ويظهر من جدي العلامة (في المصايح التفصيل بين التعبدية منه والتوصلي فممنع في الأول مطلقا وفصل في الثاني بين الكفائي منه والعيني فحوز في الأول مطلقا وفصل في الثاني بين ما كان وجوبه للضرورة أو حفظ النظام وغيره، فحوز في الأول وممنع في الثاني مطلقا ذاتيا كان الواجب أم غيريا (١).

الأول كالحياكة والصياغة والتجارة ونحو ذلك (إلى قوله) وبعبارة أخرى كل ما كان الغرض الأهم منه الآخرة: إما بجلب النفع أو دفع الضرر، لا يجوز أخذ الأجرة عليه، ولا ينتقض بالجهاد لما ستعرف، وكل ما كان الغرض الأهم منه الدنيا إما يجلب النفع أو دفع الضرر فإنه يجوز أخذ الأجرة عليه، وإن كان قد يرجع بالآخرة إلى المهمات الدينية باعتبار كونه وسيلة إليها.. "

(١) قال جدنا (السيد بحر العلوم) قدس سره في (المصايح كتاب التجارة) في مقام بيان ما يحرم التكبس به: مصباح - المشهور أن ما يجب فعله لا يجوز أخذ الأجرة عليه عينيا كان الوجوب أم كفائيا، عبادة كان الواجب أم غيرها وعليه إشكال مشهور، وهو: أن الصناعات التي يتوقف النظام عليها مما تجب كفاية على ما صرحوا به، فيلزم عدم جواز أخذ الأجرة عليها، وكذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجرة على الطبابة لوجوبها كفاية كالفقاهة، وأن يحرم أخذ الأجرة لما يعمل له ضرورة نفسه أو دفعها عن غيره أو لتحصيل النفقة الواجبة ومن ثم فصل بعضهم، فمنع من أخذ الأجرة إذا كان الواجب عبادة لمنافاته الاخلاص، وجوزه في غيرها لعدم المانع، وهذا مختار فخر المحققين وجماعة من المتأخرين، وهو وإن سلم من الاشكال المذكور ولكن يرد عليه: أن القول بجواز أخذ الأجرة في غير العبادة إنما يصح في الكفائي

والأقوى قصر الجواز فيها على التوصلية من الواجبات الكفائية والمنع فيما عداه، تعديا كان الواجب ولو كفائيا عينيا كان ولو غيريا. واستدل للأول على ما يظهر من احتجاج بعضهم لما أخذوه باطلاقه عنوانا في المسألة بأمور:

الأول الاجماع

وفيه أنه في الجملة مسلم، والمحصل منه على الكلية ممنوع والمنقول منه ظاهرا أو صريحا في بعض الموارد الجزئية كالقضاء والشهادة والأذان وتعليم صيغة النكاح والقائها على المتعاقدين كما عن بعض منهم (المبسوط) و (الخلاف) و (التحرير) و (جامع المقاصد) غير مجد، والمجدي منه على الكلية لم يتحققه إلا في ظاهر (مجمع الأردبيلي) قدس سره حيث قال: "الظاهر أنه لا خلاف في عدم جواز أخذ الأجرة على فعل واجب على الأجير سواء كان عينيا أم كفائيا فكان الاجماع دليلا انتهى بناء على قراءة (كان) فعلا لا حرفا، ولعل نظر (الرياض) إليه في دعوى الاجماع عليه وهو مع ذلك موهون بما عرفت من التفصيل في الأقوال المتقدمة.

منه دون العيني، لأن أخذ الأجرة على العمل إنما يجوز إذا كان العمل مما يستحق الأجرة، والعمل إنما يستحق الأجرة أو جاز الامتناع عنه بدونها، إذ مع امتناعه جاز الامتناع عن اعطاء الأجرة، وامتنع الالزام عليها.

وعلى هذا فينبغي التفصيل في غير العبادة بالفرق بين العيني والكفائي. ويشكل ذلك أيضا بأن الصناعات الكفائية مع الانحصار تصير عينية، ومع ذلك يجوز أخذ الأجرة عليها ولا يجب العمل مجانا، فإن ما يصنعه العامل لضرورة نفسه أو تحصيل نفقته الواجبة، واجب عيني، ويجوز أخذ الأجرة عليه، بل يجب، فينبغي التفصيل في العيني من غير العبادة

الثاني منافاته للاخلاص المعتبر في العبادة.
وفيه أنه أخص من المدعي لاختصاصه بالتعبد من الواجبات ومنقوض

أيضا، بالفرق بين ما كان المطلوب منه دفع الضرر أو حصول النظام، وغيره مما ليس كذلك كوجوب إزالة النجاسة من المسجد مع الانحصار، وتحصيل ما ليس بعبادة من مقدمات العبادة، كتحصيل الطهور والساتر وتطهيره لأجل الصلاة. ووجه الفرق: أن سبب الوجوب في القسم الأول وهو حصول النظام ودفع الضرورة يقتضي الوجوب بحيث يتأتى به الانتظام ويندفع به الاحتياج، وليس ذلك إلا بأخذ الأجرة، فيقتضي جواز الأجرة فيه، لأن المنع منه يوجب اختلال النظام وابقاء الاحتياج، ويلزم منه عدم الوجوب فيها، ولذا جاز الامتناع عن العمل هنا بدون الأجرة، بخلاف القسم الثاني، فإنه يجب فيه حصول الفعل مطلقا ولا يسقط التكليف به مع الامتناع عن الأجرة. ومن ثم انتفى الاستحقاق فيه ولم يجز أخذ الأجرة عليه.

أما المندوب، فإن كان عبادة لم يجز أخذ الأجرة عليه، لمنافاته الاخلاص المعتبر فيها كما مر وإلا جاز مطلقا * كفاثيا كان أم

* وأما جواز الاستيجار في مقدمات العبادات إذا كانت غير عبادة كتحصيل الطهور وتحصيل الساتر وتطهير الثوب والبدن، فلكونها من قبيل القسم الثالث، إذ المطلوب من المصلي تحصيل الطهور مثلا كيف اتفق، سواء كان بالمباشرة أم بالنيابة، وكذا في غيرها " .

بالمستحب منها فلا يتم لا طردا ولا عكسا، مضافا إلى ما قيل من تأكيد الاخلاص به كما في (الجواهر) حيث قال بعد نقل الاجماع عن بعض ما لفظه: " وهو إن تم الحجة لا لمنافاة ذلك الاخلاص في العمل المعتبر فيه إذ هو مع أنه غير تام فيما لا يعتبر فيه النية من الواجبات كالدفن ونحوه ومنقوض بالمستحب، واضح المنع ضرورة كون الإجارة مؤكدة له باعتبار تسببها الوجوب أيضا " (١) وكأنه تبع في ذلك شيخه كاشف الغطاء في

عينيا لجواز الامتناع عنه، فيثبت الاستحقاق بخلاف الواجب. نعم ترتب الأجر والثواب عليه يتوقف على فعله من غير عوض لتوقفه على على قصد الاخلاص المنافي له، وحينئذ يكون عبادة ويندرج في القسم الأول. وأما المطلوب من غيره، فإن كان عبادة امتنع أخذ الأجرة عليه مطلقا واجبا كان أو مندوبا، عينيا كان أم كفائيا وكذا غير العبادة إن كان عينيا يطلب فيه المباشرة بالنفس، أو كفائيا لا يطلب من حيث الانتظام أو دفع الضرورة، وإلا جاز أخذ الأجرة مطلقا. وأما جواز الاستيجار للحج والصوم والصلاة عن الميت والعبادات المستحقة مطلقا كما هو المتداول بين العلماء في جميع الأعصار، مع كونها عبادات يطلب فيها المباشرة بالنفس، فذلك حكم مخالف للأصل مخرج عنه بالدليل. والاشكال فيه من حيث الوجوب على النائب لأجل الإجارة، ضعيف جدا، لأن الممنوع عنه هو الواجب قبل الإجارة، لا الواجب بسببها، وإلا لزم بطلان الإجارة في الأعمال مطلقا لوجوبها على الأجير بسبب الإجارة، والتالي باطل بالضرورة ".
(١) راجع: كتاب التجارة، الخامس مما يحرم التكسب به..
والمقصود: إن منافاة أخذ الأجرة للاخلاص لو تمت إنما تصلح

شرحه على (القواعد) حيث قال: لا لمنافاة القربة فيما يشترط بها فيقتصر عليه كما ظن لأن تضاعف الوجوب يؤكدها انتهى.

وإن نوقش بأن الوجوب المسبب عن الإجارة ونحوها توصلي غير معتبر فيه الاخلاص حتى يكون مؤكدا للاخلاص المعتبر في العبادة. إلا أنها غير واردة، لعدم دعواه لزوم التأكد، بل مدعاه إمكانه المتصور ولو في ايحاده بقصد امتثال الأمر الايجابي بالوفاء الحاصل من الإجارة وامكان التأكد ولو في مورد يلزمه عدم المنافاة بينهما بالذات.

اللهم إلا أن يناقش بوجه آخر، وهو أن المعتبر كون الاخلاص داعيا محركا على العبادة، وكون الأجرة داعية لها محركة عليها مناف لذلك بالضرورة من غير فرق بين انضمامه مع داعي الاخلاص أو تركب العلة الغائية منهما.

وقياسه بالأغراض الدنيوية التي يأتي المكلف بالعبادة لأجلها كسعة الرزق ونحوها.

(قياس) مع الفارق، لوضوح الفرق بين كونها مطلوبة من الله كطلب الثواب والنجاة من العقاب ومن غيره كما ستعرف.

(ودعوى) كفاية التقرب بوجه في صحة العبادة، ولو بالنسبة إلى الأمر الوجوبي بالوفاء إذ المانع خلو العبادة عن القربة لا اشتمالها من جميع الجهات عليها.

(واضحة) الفساد لأن الأمر بالوفاء إنما هو متعلق بالعبادة المعتبر فيها الاخلاص، فالقربة المعتبرة فيما هو كالموضوع للأمر بالوفاء كيف يمكن تحققها

أن تكون دليلا على عدم جواز أخذها في مطلق العبادات واجبة كانت أم مستحبة لا عدم الجواز في الواجبات مطلقا عبادة أو غيرها الذي هو مورد الاستدلال والاحتجاج، دون الأول، فتدبر.

من امتثال نفس هذا الأمر المتأخر عنه في الرتبة وبمنزلة المحمول في القضية (١) كدعوى (١) امكان اتيان العبادة بداع الاخلاص ليس إلا ويكون ذلك وفاء لما وجب عليه بالإجارة وإن تجرد عن قصده إذ لا يعتبر في الوفاء به الاتيان لأجله بعد إن كان المفروض من الواجبات التوصلية فلا ينافي الاخلاص المعتبر في العبادة وإن لم يكن مؤكدا له إذ الإجارة وسائر عقود المعاوضة إنما تتعلق بما أمكن أن يكون الاتيان به لأجل الوفاء، وهو أي الامكان متعذر في المقام لضرورة المنافاة بين القصدين.

الثالث ما استدل به شيخ مشايخنا (كاشف الغطاء) في شرحه على (القواعد) بما يرجع محصله بتوضيح منا إلى التنافي بين صفة الوجوب وأخذ

(١) محصل الدعوى المذكورة ومناقشتها: إن تعلق الإجارة بالعبادة لا ينافي مع داعي الاخلاص حيث لا يعتبر في تحقق الوفاء بمتعلق الأمر الإجاري قصد الاتيان به بما هو مستأجر عليه، بل يكفي مجرد الاتيان به ولو بدون داعي امتثال الأمر الإجاري، إذ هو توصلي لا يعتبر في تحقق الوفاء به قصد امتثاله وعليه فيمكن للأجير الاتيان بالعبادة بداعي امتثال أمرها العبادي المتعلق بها، وكما يتحقق بذلك التقرب إلى الله تعالى بقصد الامتثال بها كذلك يحصل الوفاء بالإجارة، والحاصل أن الأمر الإجاري المتعلق بالعبادة لا ينافي الاخلاص المعتبر فيها وإن لم يحصل به تأكده لكونه توصليا لا يعتبر فيه قصد التقرب إلى الله بامتثاله. هذا ولكن الدعوى المذكورة كسابقته في الاشكال وعدم التمامية فإنه وإن لم يعتبر في تحقق الوفاء بالإجارة قصد امتثال الأمر الإجاري من حيث كونه توصليا ولكن يعتبر في متعلق الإجارة وسائر عقود المعاوضة امكان الاتيان به لأجل الوفاء بالأمر الإجاري ونحوه من باب تسليم حق الناس إليهم وهو يتنافى مع كونه عبادة يعتبر فيه الخلوص والتقرب إلى الله تعالى به لظهور المنافاة بين القصدين.

العوض على الواجب ذاتا لأنه يعتبر في المعوض أن يكون مملوكا لمن له
العوض بمعنى أن لا يكون مستحقا عليه ليتمكن من تملكه لبادل العوض
بإزاء ما بذله والواجب لكونه واجبا عليه غير مملوك له بل هو مستحق لله ومملوك له
وتملك المملوك ثانيا غير معقول ولذا لا يجوز أخذ الأجرة على عمل مخصوص
استؤجر عليه قبله وليس إلا لكونه مملوكا لغيره فلا يملك ثانيا وبعبارة
أخرى العمل الواجب لكونه واجبا لا احترام له حتى يستحق بذل المال
بإزائه، وهو في العيني واضح وفي الكفائي وإن كان المكلف كليا إلا أنه
منطبق على من قام بالفعل فيكون القائم به قائما بما وجب عليه ولو كفاية والفعل فيه
بعد ايجاده هو الواجب المستحق لله تعالى بذلك الوجوب المتعلق بكلي المكلفين.
وفيه أنه إن تم فهو إنما يتم في غير الكفائي من الواجبات، وأما هو
فلا، لأن الفعل إنما يكون مستحقا لله ومملوكا له بعد اتصافه بالوجود، ولذا
لا يجوز الزامه بخصوصه عليه وهو قبله متعلق للإجارة، فالإجارة متعلقة به
قبل صيرورته مستحقا لله، فهو حينئذ من هذه الحثية عمل محترم
جاز بذل المال بإزائه، وهذا بخلاف الواجب العيني فإن الفعل فيه مستحق
لله عليه بخصوصه قبل ايجاده ولذا جاز الزامه به قبله من باب الأمر بالمعروف
لا يقال: إن الإجارة إنما تتعلق بما كان متمولا وفيه منفعة للمستأجر
ولا يكون الفعل كذلك إلا بعد اتصافه بالوجود وحينئذ فمتعلق بالإجارة هو
ما تشخص كونه لله تعالى.

لأننا نقول إن متعلق الإجارة هو الفعل حين عدمه لكن باعتبار قابليته
للوجود القائمة هذه القابلية بذات الماهية قبل طرؤ عارض الوجود عليها،
فالماهية باعتبار تلك القابلية الذاتية متمولة ذات منفعة يصح بذل المال بأزائها،
وكم من فرق واضح بين الماهية باعتبار وجودها وبين الماهية بعد اتصافها
بالوجود، فمتعلق الإجارة هو الأول وما هو مستحق لله هو الثاني.

لا يقال: أن الإجارة وإن تعلق بها قبل الوجود إلا أنها مسبقة بتعلق الوجوب الكفائي بها فيلزم الاشكال من حيث تعلق الإجارة بما هو متعلق للوجوب.

لأننا نقول: متعلق الوجوب كلي المكلفين ومتعلق الإجارة خصوص واحد منهم، والخصوصية هي المصححة لتعلق الإجارة بها. هذا وربما يقال بل قيل بجريان ما ذكره في الواجب المخير بالتخيير العقلي فضلا عن التخيير الشرعي إذا كان بعض أفراده مشتملا على مزية لم توجد في غيره أو مشقة مفقودة فيما سواه كالدفن في الأرض الصلبة المشتملة على زيادة مشقة في حفرها مفقودة في الرخوة فإنه لا مانع من أخذ العوض على حفرها بخصوصه إذ الواجب مطلق الدفن لا فيها بالخصوص، وليس كذلك ما لو تساوت أفراده من جميع الجهات في متعلق أغراض العقلاء بها، فإن بذل المال حينئذ لواحد منها سفه والمعاملة عليها معاملة سفهية. ولكن فيه إن التخيير العقلي بين أفراد الطبيعة المطلوبة من شخص معين لا يوجب خروج الفرد المختار عن كونه هو المطلوب منه والمستحق عليه: لأن تشخص الطبيعة السارية طور من أطوار وجودها وشأن من شؤوناتها غير مباين لها ولا ممتاز عنها إلا بخصوصية التطور الغير الموجب لخروجه عن كونه هو المستحق عليه، ولذا كان الموجد له ممثلا لما أمر به وفي الدين الكلي الثابت في الذمة وفاء له وليس إلا لكونه عين المطلوب منه والمشغولة به ذمته، فإذا كان العمل مطلوباً منه كان المأتمى به هو المستحق عليه نعم لو كان للخصوصية عنوان مستقل يتحد مع الطبيعة في الوجود مرة ويفترق عنها أخرى كالكون في المسجد مثلا من حيث هو كون فيه، جاز بذل العوض بإزاء ذلك العنوان بخصوصه، وإن اتحد مع الطبيعة المطلوبة في الوجود والمعوض عنه فيما نحن فيه هو الصلاة في خصوص المسجد لا نفس

الكون فيه المتحد معها في الوجود.
ومما ذكرنا يظهر لك عدم الفرق في أفراد الواجب المخير بين ما اشتمل على مزية زائدة كصلابة الأرض في الدفن وغيره كيف ولو جاز البذل على الخصوصية مطلقا لم يشذ واجب تعييني عن جواز المعاوضة عليه ولو باعتبار خصوصية من خصوصيات التشخص واقتصر المنع حينئذ على التعبدي من الواجبات كما تقدم عن الفخر وغيره ولا كذلك في الكفائي لأن صيرورة العمل فيه مستحقا لله إنما هو بعد قيام المكلف بالفعل وصدوره منه فتأمل: وفي لحوق للتخيير الشرعي بالتخيير العقلي والكفائي وجهان ولعل الثاني هو الأقرب. هذا مع امكان دعوى منع المنافاة بين أخذ الأجرة والوجوب العيني أيضا بالفرق في الملكية بين الخالق والمخلوق والممتنع فيه طرو الملك ثانيا إنما هو الثاني دون الأول، فإن الأرض كما ورد في بعض النصوص كلها بل المملوكات بأسرها مملوكة لله تعالى مع تملك العباد لها. وفيه أن المراد بالمملوكية لله المانع عن تملك الغير، هو كونه مستحقا لله تعالى مطلوبا ايجاده منه بطلبه الحتمي فلا يتعلق حق بايجاده وإلا فما سوى الله مملوك لمالك السماوات والأرض. وبالجملة، فهذه الجهة المانعة التي مرجعها إلى انتفاء الشرط الثالث من الشروط المتقدمة في الواجب العيني واضح كما اعترف به المستدل أيضا ووجودها في الكفائي ممنوع كما عرفت مما بيناه. وهنا وجوه استدلوها بها للقول بالمنع مطلقا "كلها مزيفة تركناها خوفا" من التطويل:

وأما سند القول بقصر المنع على التعبدي من الواجبات فهو قصر النظر منه على جهة المنافاة بينه وبين الاخلاص من الجهات المانعة عنه كما أن من اقتصر في المنع على الواجبات الذاتية كجدنا في (الرياض) لما رأى من جواز المعاوضة بالضرورة والاجماع في الحرف والصنایع التي هي من الواجبات

الغيرية اقتصر في المنع على ما وجب بالذات.
وفيه مضافاً " - إلى عدم الفرق في المنع بين ما وجب لذاته وما وجب
لغيره كتحصيل الطهور والساتر للصلاة كما ستعرف - أنه يظهر منه منع الأجرة
على حمل الأموات، بل هو مندرج فيما ادعي هو عليه عدم الخلاف مع أن
حمل الموتى من الواجب الغيري، بل حفر القبر أيضاً مقدمة للدفن فيه،
ولا يقول بجواز أخذ الأجرة عليه بل ينقض عليه بانقاذ الغريق والاطفاء
الحريق مع أنه مقدمة للنجاة من الهلكة بل وبكل ما يجب لإقامة الدين وحفظ
شريعة سيد المرسلين مع أنها من الواجبات الغيرية. كما أن القول بالتفصيل
بين المنع فيما كان الغرض الأهم منه الآخرة والجواز فيما كان الغرض الأهم
منه الدنيا كما تقدم من مفتاح الكرامة منقوض أيضاً بالانقاذ والاطفاء
المتقدمين إذا كان الغرض دنيوياً فتأمل (١).
مع أنه لا يكاد ينضبط بميزان معلوم يرجع إليه عند الشك والاختلاف.

(١) تقدمت عبارة السيد في مفتاح الكرامة نقلناها بنصها ص ١١
ويمكن أن يقال: إن السيد في مفتاح الكرامة لم يجعل المناط في جواز أخذ
الأجرة مطلقاً ما كان للغرض فيه الدنيا، وإن كان شخصياً " لينقض عليه
بالانقاذ والاطفاء فيما لو كان الغرض فيه دنيوياً كما ذكره سيدنا المصنف
- قدس سره - بل الظاهر أن مراده ما كان الغرض النوعي فيه الدنيا يجوز
أخذ الأجرة فيه بخلاف ما كان الغرض فيه الآخرة فلا يجوز أخذ الأجرة
عليه والغرض من انقاذ الغريق والاطفاء الحريق - نوعاً " - حفظ النفوس
والأموال المحترمة وهو غرض أخروي يقصد به الأجر والثواب نوعاً "،
ولعل أمر سيدنا المصنف بالتأمل إشارة إلى عدم تمامية النقض المذكور.

فإذا الأقوى هو ما ذكرناه من المنع عن ذلك في غير التوصلي من الواجبات الكفائية مطلقا - ذاتيا كان الواجب أو غيريا لانتفاء ما هو المعتبر في صحة المعاوضة وقابليتها لترتب الأثر عليها من الشروط الثلاثة المتقدمة المفقود جميعها في بعض الواجبات وبعضها في جميعها. وأما الكفائي التوصلي، فلا مانع من صحة تعلق الإجارة به بعد وجود المنفعة فيه للمستأجر، ولو بسقوط التكليف عنه بفعله. فيشمله عمومات أدلة العقود. وكيف كان فالمدار في صحة تعلق الإجارة وغيرها من العقود على اجتماع تلك الشروط المتقدمة وعدمه وحيث لا مانع من جهتها في التوصلي من الفروض الكفائية جاز أخذ العوض عليها كما عليه جدنا (في المصايح (١) تبعا لغير واحد ممن تقدم عليه غير أن بعض الفروض الكفائية ربما يستفاد من أدلة وجوبها صيرورة ذلك العمل حقا " للغير يستحقه من المكلف كما يدعى: أن الظاهر من أدلة وجوب تجهيز الميت أن للميت حقا " على الأحياء في التجهيز فكل من فعل شيئا منه في الخارج فقد أدى حق الميت، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه وكذا تعليم الجاهل أحكام عباداته الواجبة عليه وما يحتاج إليه كصيغة النكاح ونحوها لكن تعيين هذا يحتاج إلى لطف قريحة. وإن أبيت ذلك فنقول: إن مقتضى القاعدة جواز أخذ الأجرة على الواجب الكفائي إذا كان توصليا " مطلقا " إلا ما قام الدليل من اجماع أو غيره على المنع عنه كتجهيز الأموات الذي لم ينقل فيه جواز أخذ الأجرة عليه إلا ما يحكى عن المرتضى رحمه الله ولعل خلافة كما حكى عنه في وجوب التجهيز على غير الولي بناء منه على الترتيب في الوجوب بين الولي وغيره لا في حرمة أخذ الأجرة على تقدير الوجوب عليه.

(١) كما مر آنفا ما نقلناه عنه في المصايح ص ١٢.

ثم إن هاهنا اشكالات نقضية يرد بعضها على القول بمنافاة اعتبار الاخلاص لأخذ الأجرة عليه ذاتا " وبعضها على القول بمنع الأجرة في الواجبات مطلقا " بل وعلى القول بقصر المنع على العيني منها.

فمن القسم الأول النقض بالعبادات المأتى بها للأغراض الدنيوية كسعة الرزق وحصول الولد وغير ذلك سيما بالنسبة إلى العبادات الموظفة لذلك، وما كان مشروعا لأجلها كصلاة الحاجة وغيرها، فإن العلة الغائية لايجادها هي تلك الأغراض الدنيوية المترتبة عليها دون محض الاخلاص المعتبر فيها مع حكمهم بصحتها كذلك.

والجواب بالفرق بين نيل المقصود من الله بواسطة الإطاعة له بفعله لأنه الموظف له عليه وبين نيله بدون واسطة الإطاعة بالفعل بل لنفس كونه فاعلا له بحذف الواسطة، فالمصحح هو امتثال الأمر بالموصل دون الفعل للتوصل به.

وبذلك يجمع بين ما ذهب إليه غير واحد من الأصحاب من بطلان العبادة المقصود بها نيل الثواب والنجاة من العقاب، بل نسب ذلك العلامة (في المهناويات) إلى أنفاق العدلية وعن الشهيد في (القواعد) إلى قطع الأصحاب، وهو المحكى عن السيد رضى الدين ابن طاووس وبين ما هو المشهور بل المقطوع به من صحتها مع رجاء المثوبة أو النجاة من العقوبة، مع تضافر النصوص عليه من الكتاب والسنة الواردة في الوعد والوعيد والترغيب والترهيب والتعزيز والتحذير وليس إلا لما ذكرناه من الفرق وإن الذي يقتضي فساد العبادة بقصد هو ما إذا كان الداعي للفعل والمحرك له عليه ليس إلا النتيجة المجعولة للفعل: من الثواب والعقاب على وجه لولاها لما وقعت منه العبادة، كالأجير الذي يفعل الفعل لمحض الأجرة بحيث لو أريد الفعل منه مجانا لم يفعله. وإتيان العبادة بهذا الوجه لا يستبعد فساده دون ما كان الداعي

له عليه هو أمر الله تعالى وإرادته وإن تجرد عن المثوبة والعقوبة غير أنه لما كان هو الموظف لهذه الوظائف على هذه الأفعال لطفًا منه تعالى، قصدتها والتمسها منه معرضًا " لنفسه بعمله لله تعالى سبحانه إلى نيل الثواب لأنه الموظف له بلطفه وكرمه على هذا الفعل، فلا أظن أحداً " ينكر صحة العبادة على هذا الوجه ولتفصيل الكلام محل آخر.

وهذا هو الذي وعدناك به من بطلان القياس بين الطلب من الخالق والمخلوق.

ومنها: النقص بأخذ الأجرة على القضاء عن الميت والحج عنه مع أنها عبادات يعتبر فيها الاخلاص (١)

(١) الواجبات العبادية: ما لا يقبل النيابة منها - لاعتبار المباشرة ممن وجب عليه - : فإن عدم صحة تعلق الإجارة بها واضح. إذ الواجب المعتبر فيه المباشرة ممن وجب عليه، وكونه ملزماً بفعله شرعاً مسلوب الاختيار في تركه، لا يتصف بكونه مملوكاً " لفاعله لتصح المعاوضة عليه، فإن حقيقة ملكية العمل: كونه تحت اختيار عامله وقدرته: وبالجملة فأكل المال بإزائه أكل له بالباطل.

وأما ما يقبل النيابة منها - بحسب ما يستفاد من الدليل - : إما عن خصوص الميت أو الأعم منه ومن الحي كالحج بالنسبة إلى العاجز عنه، فإنه لا إشكال فيما لو تبرع النائب عن المنوب عنه في امتثال أمره المتوجه إليه، وفي سقوطه عنه بامتثال نائبة عنه. إنما الإشكال في صورة استئجار النائب على اتیان ما وجب على المنوب عنه وامتثاله الأمر الموجه إليه بفعله، وأنه كيف يمكن

ويدفعه أن الأجرة في أمثال ذلك مأخوذة على النيابة التي هي عبارة

تحقق الخلوص في العبادة من النائب مع كون داعيه استحقاق الأجرة، ولو مشوبا بداعي القرية، وهو مناف للخلوص المعتبر فيها: وربما يقال: إن تضاعف الوجوب بسبب الإجارة على العبادة يؤكد الاخلاص المعتبر فيها، لا أنه ينافيه، ولعل وجهه: إن الأجير على عبادة الغير حيث كان في مقام امثاله قاصدا " التقرب إلى الله تعالى في امثال الأمر العبادي الموجه إلى المنوب عنه ليكون تقربه تقربه، وقاصدا " أيضا امثال الأمر الإجاري المتوجه إليه، والتقرب به - وهو أمر " أوفوا بالعقود " وأنه - وإن كان توصليا لا يعتبر قصد التقرب به، ولكن يمكن للنائب الأجير أن يقصد التقرب إلى الله بامثاله كالأمر الأول العبادي، فيتأكد تحقق الاخلاص وقصد التقرب من الأجير.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن تأكد الخلوص إنما يتجه في المتبرع بنيابته عن الغير في أداء عبادته، حيث إنه لا يتغي بنيابته أجرا " من غير الله تعالى على امثال الأمر المتوجه إلى المنوب عنه، فيمكنه قصد التقرب إلى الله بنيابته وتبرعه وإحسانه إلى المنوب عنه بأداء ما وجب عليه من العبادة والتقرب به عنه. وأما الأجير الذي يتغي بعمله ونيابته استحقاق الأجرة من المستأجر له على النيابة وأخذها منه عند امثاله أمر المولى المتوجه إلي المنوب عنه، فإنه لا يتحقق منه الخلوص في العمل وعدم كونه مشوبا بقصده استحقاق أجر من غيره تعالى عليه، فالوجه المذكور لا يدفع غائلة الاشكال.

عن تنزيل الانسان نفسه منزلة غره في الأمر الخاص، عكس الوكالة التي

وقد يقال - في التخلص عن الاشكال - : إن أخذ الأجرة على العمل عن الغير من قبيل الداعي على الداعي، فإن الأجير ينبعث نحو الاتيان بما وجب على المنوب عنه بداعي امتثال أمر الله تعالى المتوجه إلى المنوب عنه وهو داع قربي، والداعي له على داعي الامتثال استحقاقه الأجرة من المستأجر له على ذلك، فداعي الأجرة في طول داعي القربة لا في عرضه كي ينافي الخلوص المعتبر في العبادة، فهو من هذه الجهة نظير من قصد بعبادته امتثال أمر الله تعالى المتوجه إليه، وكان داعيه على الامتثال المذكور نيل الأجر والثواب من الله تعالى على امتثاله. ومن الواضح: إن ذلك لا ينافي الخلوص المعتبر في العبادة.

وفيه: إنه لو كان المصحح لعبادية العبادة مجرد وجود الداعي الإلهي فيها، وكان الاتيان بها بمجرد داعي أمر الله وتوسيطه في الامتثال كافيا " في عبادية العبادة وتحقق العبودية والخلوص وإن انتهت سلسلة دواعيه إلى داع غير إلهي - لكان ذلك وجها " في التخلص عن الاشكال، لكنه بمعزل عن تحقق العبودية والخلوص، فإن من كان داعيه إلى امتثال أمر الله تعالى المتوجه نحو المنوب عنه استحقاق الأجرة من المستأجر له وأخذها منه، كيف يكون مخلصا في عبادته في حين أن داعيه وتحركه نحو الامتثال لو لم يكن أخذ الأجرة ليس إلا، فلا شبهة في كون ذلك دخيلا في الداعي الإلهي ولا وجه لتنظيره بمن كان داعيه إلى امتثال أمر الله تعالى نيل الثواب المجمعول منه تبارك وتعالى على التقرب إليه بالعبادة، وكم فرق بين انتهاء الدواعي المتسلسلة إلى الله تعالى، وبين انتهائها إلى غيره، فإن الاتيان بالعبادة لله تعالى راجيا " منه لطفه وأجره وثوابه وتوسعة رزقه ونحو ذلك هو من حقيقة العبودية ومرتبة منها، ون لم يكن أعلاها، بخلاف الاتيان

هي عبارة عن تنزيل الغير منزلة نفسه فيه ولذا يتوقف حصولها على التوكيل

بها لله تعالى ليستحق بذلك الأجرة المجعولة له من المستأجر على ذلك، فإنه ليس بعبادة لله تعالى، إذ ليس حقيقتها صرف قصد العامل كون العمل لله تعالى ما لم يكن باعته ومحركة نحو العمل أمر الله تبارك وتعالى، ولو لنيل ما هو مجعول منه لطفاً " من أجره وثوابه على ذلك، بخلاف ما لو كان المحرك له على ذلك نيل الأجر والثواب من مخلوق مثله، فإن ذلك ليس بعبادة للخالق - جلا وعلا - وهو من الواضح بمكان.

وقد يقال في مقام التخلص عن الاشكال: إن قصد المستأجر التقرب إلى الله تعالى في استيجاره للنائب في عبادة المنوب عنه كاف في عباديته، وإن لم يتقرب النائب بعمله، فإن فعل النائب فعل تسبيبي للمستأجر وحاصل هذا الوجه. إن مقتضى دخول النيابة في عمل كون الواجب على المكلف ايجاده بنفسه مباشرة أو التسبيب إليه باستيجار الغير عليه أو طلبه منه - ايجاد العمل نيابة عنه بنحو يصح استناد الفعل إليه، ويقال عليه: إنه فاعل التسبيب، وعليه، فيكفي في عبادية العمل قصد التقرب من المسبب له، ولا يعتبر التقرب ممن صدر منه العمل، وهو النائب، فيصح منه، وإن كان داعيه إلى ذلك أمر غير إلهي وقصده غير قربي.

وفيه: إن باب التسبيب أجنبي عن تصحيح عمل النائب والأجير. توضيح ذلك: إن التسبيب قد يكون في ضمان التالف: فإنه كما يثبت بمباشرة الضامن للتلف، كذلك يثبت بتسبيبه إليه بنحو يستند التلف إلى فعل المسبب فيما إذا لم يتوسط بينه وبين موجب الضمان فعل فاعل مختار. فمن حفر بئراً " في طريق وممر للناس ولم يجعل لها غطاء أو غطاها بشيء يسير من الحشيش والتراب مثلاً، فمر بها انسان أو حيوان، فوقع فيها ومات، فإنه يضمن ديته أو قيمته، وكذا لو أجاج ناراً " في ريح عاصف

بخلاف النيابة، فإنها لا تتوقف على الاستتابة وإن توقف ترتب أثرها في

ولم يتخذ لها حافظاً أو واقياً"، فأحرق بسببها مال للغير، فإنه يضمنه ونحو ذلك.

أما لو توسط بين فعل المسبب كحفر البئر - مثلاً - وموت الواقع فيها فعل فاعل مختار، كما لو أوقع شخص نفسه في البئر المذكورة، أو أوقعه فيها غيره بمباشرته بأن ألقاه فيها أو سبب الغير الوقوع فيها، كما لو طلى نواحي البئر المذكورة بمزلق حيث لا يطلع المار بها على ذلك، فزلقت رجله ووقع فيها ومات، ففي الصور المذكورة ونحوها مما توسط بين موجد السبب وموجب الضمان فعل فاعل مختار - لا يستند التلف إلى موجد السبب، بل يكون فعل الموجد من المعدات ويستند التلف إلى الفاعل المختار، ويكون هو الضامن لما تلف. نعم، لو توسط بينهما فعل فاعل غير مختار، كما إذا كان وقوعه فيها بمزاحمة حيوان له أو صبي غير مميز أو نحو ذلك، فالظاهر استناد التلف إلى المسبب والحافر. وحاصل معنى التسبب - على هذا الوجه - استناد الفعل إلى المسبب حقيقة، كما لو كان هو المباشر له ولا تسبب بالمعنى المذكور في ما هو محل الكلام من عبادة النائب، فإنه: إما متبرع أو أجير وهو إما أجير عن الولي أو عن المتبرع في صورة كون المنوب عنه ميتاً " أو أجير عن المنوب عنه الحي ليعمل لنفس المستأجر، كما في الأجير عن العاجز في الحج، والتسبب بمعنى عدم توسط الفاعل المختار وإسناد الفعل إلى المسبب حقيقة دون الفاعل، منتف في الصور المزبورة، فإن صدور العمل من النائب بإرادته واختياره:

نعم فيما لو استأجر المكلف غيره في اتیان ما وجب عليه نيابة عنه، وكان المورد مما تصح فيه النيابة عن الحي كالحج بالنسبة إلى العاجز عنه يمكن أن يقال: إنه من التسبب واستناد فعل الأجير إلى المستأجر

بعض الموارد عليها، فالنيابة التي هي من فعل القلب هي المأخوذ عليها

ولكن بنحو من المجاز والمسامحة، وأين ذلك من كون باب النيابة مطلقا من باب التسبيب، فالوجه المذكور غير تام أيضا. وربما يقال: إن المصحح لعمل الأجير: هو اتيانه بالعمل بداعي الأمر الإجاري المستفاد من الأمر بوفاء عقد الإجارة بقوله - تبارك وتعالى - "أوفوا بالعقود".

ولكنه أيضا غير تام، ولا صلاحية له لتصحيح عمل الأجير، فإن الأمر الإجاري توصلي لا يعتبر في سقوطه قصد امتثاله، وإن صحة عمل الأجير تتوقف على قصد امتثال الأمر. وعليه، فلم يكن ملاك عبادة عمله هو الأمر الإجاري، لأنه متعلق بما هو عبادية في نفسه، فجهة العبادية مأخوذة فيما هو الموضوع للأمر الإجاري، ورتبة الموضوع متقدمة على ما تعلق به من الأمر، فلا يعقل كون الأمر الإجاري ملاكا لعبادية عمل الأجير هذا مضافا إلى أن الأجير استؤجر للاتيان بما هو عبادة للمنوب عنه وموجب لقربه، فلو كان ملاك العبادية الأمر الإجاري المتعلق به، يكون عمل الأجير عبادة له وموجبا "لقربه...".

وبالجملة، فالوجه المذكورة مخدوشة بجملتها، وغير صالحة للتفصي بها عن الاشكال، إن لم تكن موجبة لتأكد الاشكال. ويمكن أن يقال في التخلص عن الاشكال بأن مقتضى الأصل في الأمر العبادي الموجه إلى المكلف عدم سقوطه عنه إلا بامثاله وإطاعته وعدم الاكتفاء بامثال غيره عنه. نعم قد يثبت بالدليل في بعض الواجبات سقوط الأمر الموجه نحو شخص بامثال غيره، نيابة عنه، وذلك بحسب مقدار ما يستفاد من الدليل، وأنه يختص بالقضاء عنه بعد موته أو يشمل الاتيان به عنه في حياته لعجزه، وعليه، فمرجع دليل قبول العمل للنيابة إلى التوسعة

الأجرة دون الفعل المنوب فيه المعتبر فيه الاخلاص الذي هو من أفعال الجوارح. فهنا فعلان: أحدهما فعل قلبي وهو النيابة، والآخر من أفعال الجوارح وهو من الفعل المنوب فيه، وما يعتبر فيه الاخلاص هو الثاني دون الأول الذي هو من التوصلي الذي مرة يكون راجحا وأخرى يكون مرجوحا وثالثة مباحا"، والراجح قد يكون واجبا"، وقد يكون مستحبا"، فيختلف حكمها بحسب ما يقتضيه موجهه. ومتعلقها أي الفعل المنوب فيه قد يكون توصليا أيضا وقد يكون تعبديا يعتبر فيه الاخلاص.

قصدي مضاف إلى النائب، وليس عباديا " متوقفا " على قصد القرية به، بل يصح، ولو لم يقصد به التقرب، والعنوان الثاني مضاف إلى المنوب عنه لكونه عبادة عنه، ويتوقف تحققه على قصد امتثال الأمر المتوجه إلى المنوب عنه ويكون موجبا " لقربه دون النائب، كما لو كان المنوب عنه هو المباشر لكان قصده كذلك، فيكون اجتماع هذين العنوانين أعني عنوان النيابة وعنوان العبادة عن الغير في الفعل الخارجي الصادر عن النائب - كاجتماع عنواني الصلاة والغضب في الفعل الخارجي وهو الصلاة في الدار المغصوبة - مثلا - سوى أن الصلاة والغضب عنوانان عرضيان، وهذان العنوانان طوليان، الثاني منهما في طول الأول. إذا عرفت ذلك، فنقول فيما هو محل الكلام من عبادة الأجير :- ما هو متعلق الإجارة وتقع الأجرة بإزائه عنوان النيابة في عمل الغير وقد عرفت أنه توصلي، فيصح أن يقصد به استحقاق الأجرة من المستأجر وليس مرتبطا " بملاك عبادية العبادة عن الغير كي يكون أخذ الأجرة منافيا " لها بل الذي ينافي أخذها كون النيابة عبادة المفروض عدمها، فعدم استحقاق الأجير الأجر والثواب بنيابته لا ينافي تحقق عبادة الغير عنه وصيرورة المنوب عنه مستحقا " للأجر والثواب، والمفروض دخول النيابة في عمل المنوب عنه بمعنى حصول القرب له بالأعم من عمل نفسه وعمل نائبه عنه.

ثم إن النيابة بعد تحققها وامضاء الشارع لها موجبة لتوجه التكليف

وبالجملة، إن متعلق الإجارة عمل مباشري للنائب، وهو إتيانه بالعمل بقصد نيابته عن المنوب عنه، والباعث له على ذلك بذل المستأجر له الأجرة على نيابته وملاك عبادية العمل هو الأمر المتوجه إلى المنوب عنه، وتعنون العمل بكونه عبادة المنوب عنه في طول إتيان النائب بالعمل بقصد النيابة عن الغير، فأحد العنوانين محقق لنيابة النائب، والعنوان الآخر محقق لعبادة المنوب عنه، وما يتوقف صحته على قصد الامتثال هو الثاني منهما، وما يقع بإزاء الأجرة أولهما.

هذا محصل ما أفاده شيخنا الأستاذ - قدس سره - ولا أظنك بعد هذا التقريب تتوهم مما ذكره سيدنا المصنف - قدس سره - بقوله: " فالنيابة التي هي من فعل القلب هي المأخوذ عليها الأجرة " وقوله - رحمه الله - : " فهنا فعلاان: أحدهما - فعل قلبي وهو النيابة، والآخر من أفعال الجوارح وهو الفعل " الخ.

فتقول: إن الإجارة لا بد أن تقع على عمل، ولا يكفي في متعلقها صرف فعل القلب، وذلك لما ذكرنا: من أن متعلق الإجارة: للنيابة وهو العمل عن الغير، وكونه قصدياً " منوطاً " بقصد النائب النيابة لا يقتضى كونه عبارة عن نفس القصد الذي هو مجرد فعل القلب، بل هو فعل خارجي له جهة إضافة إلى النائب وهي جهة الاصدار بالمعنى المصدرى، وله جهة أخرى بالمعنى الاسم المصدرى التي هي جهة العبادية وكونه امتثالاً للأمر المتوجه إلى المنوب عنه بفعل نائبه، والجهة الأولى توصيلية محضة، والجهتان طوليتان وليس تعددهما بمحض الاعتبار، كما يتوهم ذلك.

وبالجملة فهذا الوجه خير الوجوه في مقام دفع الاشكال، وما سواه مما دفع به الاشكال غير خال عن الخدشة، والله تعالى هو العالم.

المتعلق بالمنوب عنه إلى النائب فيما استتيب فيه بعد تنزيل الذات منزلة الذات الذي من آثاره الوضعية صيرورة فعله فعله وتقربه تقربه، فالإجارة - وإن تعلق بايجاد الفعل عن المنوب عنه ومعناه ايجاده نيابة عنه وتنزيل فعله منزلة فعله - إلا أن التنزيل المذكور مسبب عن تنزيل ذاته منزلة ذاته، ومن آثاره الوضعية المترتبة عليه، فهو مقدور له بواسطة، فلا تعدد في الجعل والتنزيل من النائب، بل الحاصل منه جعل واحد وهو قيام ذاته مقام ذات غيره فيه وصيرورة فعله فعل غيره من آثار هذا الجعل غير موقوف على جعل آخر فمرجع الإجارة - في الحقيقة إلى هذا الجعل الذي هو فعل قلبي، وإن تعلقت بفعل الجوارح من العبادة وغيرها، فافهم فإنه دقيق ثم إن النيابة المستحبة إن كان إيجادها لامثال الأمر الاستجابي أثيب النائب عليها، وإن كان متعلقها توصليا"، غير أن متعلقها: إن كان عبادة كان ثواب فعل المنوب فيه للمنوب عنه وثواب النيابة للنائب. وبالجملة فإن كان الفعل المنوب فيه مما يثاب عليه كما لو كان عبادة كان ثوابه للمنوب عنه، وإن كان صادرا " من النائب لأنه هو هو بعد الجعل والتنزيل سواء كانت النيابة مما يثاب عليها النائب أم لا كما أن ثواب النيابة حيث يثاب عليها للنائب أثيب المنوب عنه بالمنوب فيه أم لا كما لو كان من التوصليات، فقد يخلوان من الثواب، وقد يترتب عليهما الثواب ويختص - حينئذ - كل من النائب والمنوب عنه بما يرجع إليه من ثواب النيابة وثواب متعلقها المنوب فيه، وقد يخلو أحدهما عنه دون الآخر. وأما صلاة الهدية التي تضافرت النصوص على استحباب التبرع بها ومنها صلاة ليلة الدفن لرفع الوحشة عن الميت في القبر فلا يجوز الاستيجار عليها بناء على منافاة الاخلاص لأخذ الأجرة لأن بذل العوض إن كان بإزاء العمل فالمفروض اعتبار الاخلاص فيه المنافي له، وإن كان

بإزاء الثواب المترتب عليه، فمع أنه غير معلوم تحققه لاحتمال وجود ما يمنع عن قبوله مع جهالة مقداره على فرض تحققه، لا سنخية له مع الأموال والأعمال الدنيوية التي تصح المعاملة عليها لعدم احتسابه من المتمولات عرفاً ولا شرعاً".

كيف ولو كان ثواباته مما تصح المعاوضة عليها لاستغنى الفقير ببيع مثوباته، وربما يكون به مستطيعاً".

اللهم إلا أن يكون البذل بإزاء الإهداء الذي هو فعل من أفعال المهدي كما ذكرنا في الأجرة على النيابة، إلا أن الإهداء بعد فرض انسلاخ المالية عن متعلقه لا معنى لبذل المال عليه.

فإذا ما هو المتعارف من الاستيجار على صلاة الوحشة، ولو بالإجارة المعاطاتية لا يخلو من اشكال، بناء على المنافاة المزبورة.

نعم يصح ذلك بناء على تأكيد الاخلاص بالإجارة، وحينئذ فالمتخلص عنه إما بالبذل بنحو العطية وتبرع المصلي بالصلاة، أو باستنابته والاستيجار على النيابة عن نفسه فيكون المستأجر المستناب هو المهدي للثواب دون النائب إلا أن يناقش في مشروعية النيابة هنا، إذ ليس كلما يصح التبرع به تصح النيابة فيه، نعم كل مورد تصح النيابة متبرعاً " فيه يصح الاستيجار عليه.

ومن القسم الثاني

النقض بالحرف والصنایع المتوقف عليها النظام، فإنها لذلك من الواجبات الكفائية مع جواز أخذ الأجرة لها والمعاملة عليها، بل حتى مع تعيينها على واحد مخصوص بسبب الانحصار فيه.

ويدفعه أن وجوب الصنایع إنما هو لحفظ النظام وإنما يستقيم النظام

بالتكسب بها وأخذ العوض عليها لأن لزوم التبرع بها يوجب الاختلال به دون حفظه، فيلزم من وجوب التبرع بها نقض الغرض من وجوبها (١)

(١) محصل ما ذكره سيدنا من الوجه في جواز أخذ الأجرة على الواجبات النظامية أن السبب الموجب لما يتوقف عليه عيش الانسان ويلزم من عدمه اختلاله، هو استقامة النظام به وارتفاع الاختلال بوجوده، وهو متوقف على جواز أخذ الأجرة عليه، فإنه لولا جواز ذلك ولزوم التبرع به لا يستقيم النظام، بل يحصل الاختلال لعدم الاقدام نوعاً " على ذلك مجاناً، فلا مناص عن جواز أخذ الأجرة عليه.

وهذا وإن كان وجهاً ويحصل به دفع الاشكال عن جواز أخذ الأجرة على الواجب النظامي وقد سبق من سيدنا الأعظم طاب ثراه في (المصاييح) للتوجيه به أيضاً "، ولكن ما ذكرناه من الوجه فيما سبق من تعليقنا، وأوضحناه بما لا مزيد له لعله أوضح، وحاصله أن الواجب النظامي لم يكن كغيره مما تعلق به تكليف شرعي الزامي ليكون المكلف ملزماً " ومقهوراً " على الاتيان به ومسلوب القدرة شرعاً " عن تركه المقتضى ذلك عدم ملكيته وسلب ماليته وعدم صحة تعلق الإجارة به والمعاوضة عليه، بل هو أي الواجب النظامي من العمل اقتضى وجوبه والزام العامل به، ضرورة توقف انتظام العيش عليه ولزوم اختلاله بعدمه. وحيث إن الضرورة إنما تقدر بقدرها، فاللازم على العامل بذله لمن احتاج إليه، والممنوع حبسه عنه، ومجرد ذلك لا يقتضى لزوم التبرع به وسقوط ماليته وعليه فله أخذ الأجرة عليه ممن عمل له ومع اعساره له احتسابها ديناً عليه واستحصالها عند يساره أو غير ذلك من وجوه الاستحصال عند عدم اليسار.

والحاصل إن ما لا يستقيم النظام إلا به من الأعمال ويلزم من عدمه اختلال العيش لنوع الانسان بمنزلة ما لا يستقيم إلا ببذله من أعيان الأموال

ومن ذلك أخذ الأجرة على الطبابة التي هي أيضا من الواجبات الكفائية بل يجوز ذلك حتى مع تعيينها على الطبيب بالانحصار، ضرورة أن الانحصار يوجب انقلاب ذلك الوجوب الكفائي إلى الوجوب العيني والواجب كفاية هو التكسب بها، فيتعين عليه مع الانحصار، فمعنى التكسب هو أخذ الأجرة بإزاء العمل، فيجب على الطبيب مع التعيين عليه - معالجة المريض - ببيان الدواء بعد تشخيص الداء وأخذ العوض منه مع قصده، وعلى المريض أو وليه بذل العوض له، ومع الامتناع يجبره الحاكم على البذل إن كان له مال وإلا فله في ذمته، فإن مات فيستوفيه من بيت المال من الزكاة أو غيرها ومثله العمل لتحصيل النفقة الواجب عليه لنفسه وللمن يجب عليه نفقته فإن المتوقف عليه حصول النفقة هو العمل المأخوذ عليه الأجرة وهو الواجب عليه مقدمة دون العمل المجاني.

وهنا مسلك آخر لجواز أخذ الأجرة على الطبابة وإن تعينت عليه للانحصار سلكه شيخنا المرتضى في (مكاسبه) حيث قال: " ومن هذا الباب أخذ الطبيب الأجرة على حضوره عند المريض إذا تعين عليه علاجه

فكما أن غاية ما يقتضيه ضرورة نظام العيش عند شحة الطعام مثلا وقتته لزوم بذله لمحتاجه وحرمة حبسه واحتكاره على تجاره ومالكيه زائدا " على مقدار حاجتهم إليه ولا يقتضى ذلك لزوم التبرع به ومجانية بذله بل لمالكه أخذ عوضه والمعاوضة عليه مع من احتاج إليه، هكذا مثل الخباز والبناء والنساج والخياط ونظائرهم ممن لا يستقيم النظام إلا بأعمالهم إنما يلزمهم تهيئة أنفسهم للعمل المطلوب منهم عند الاحتياج إليه ولا يلزمهم بذله لمن احتاجه بنحو التبرع والمجان بل للعامل أخذ الأجرة عليه واستحقاقها منه عند عدم تبرعه بعمله له، وهو منشأ السيرة الجارية على أخذ الأجرة على العمل مع عدم استقامة النظام إلا به.

فإن العلاج وإن كان معيناً " عليه إلا أن الجمع بينه وبين المريض مقدمة للعلاج واجب كفائي بينه وبين أولياء المريض، فحضوره أداء للواجب الكفائي كاحضار الأولياء إلا أنه لا بأس بأخذ الأجرة عليه " انتهى، ومقتضاه: التفصيل وعدم جواز أخذ الأجرة فيما لو تعين الجمع أيضاً على الطبيب لعدم إمكان نقل المريض إليه، وهو خلاف إطلاق كلامهم في جواز ذلك له وإن تعينت المعالجة عليه ببيان الدواء بعد تشخيص الداء. وما ذكرناه هو الوجه في جواز أخذ الأجرة على الصناعات مع كونها من الواجبات الكفائية.

لا ما ذكره شيخ مشايخنا في (شرحه على القواعد) من دعوى كونها من الواجب المشروط لا المطلق، حيث قال - بعد ذكر ما يدل على المنع عن أخذ الأجرة على الواجب - ما نصه " أما ما كان واجباً " مشروطاً " فليس بواجب قبل حصول الشرط، فتعلق الإجارة به لا مانع منه، ولو كانت هي الشرط في وجوبه، فكل ما وجب كفاية من حرف وصناعات لم تجب إلا بشرط العوض بإجارة أو جعالة أو نحوهما، فلا فرق بين وجوبها العيني للانحصار ووجوبها الكفائي لتأخير الوجوب عنها وعدمه قبلها " انتهى، لأن الصناعات إنما تجب مقدمة لحفظ النظام الذي هو من الواجب المطلق دون المشروط فيتبع وجوبه في الإطلاق والتقييد. اللهم إلا أن يرجع كلامه - ولو بالتكلف إلى ما ذكرناه. ولا ما قيل في دفعه بأن المتوقف عليه النظام هو مطلق العمل الأعم من العمل بالأجرة، لا خصوص المتبرع به حتى لا يجوز أخذ الأجرة عليه لأنه إذا فرض وجوب العمل من حيث هو ولو للغير امتنع أخذ العوض عليه بناء على عموم المنع عن أخذ العوض على الواجبات مطلقاً ". ولا ما قيل من الالتزام بجواز أخذ الأجرة على الواجبات الغيرية وقصر

المنع على ما كان واجبا بالذات كما تقدم من جدنا في الرياض وقصر
المنع على الواجبات التعبدية كما تقدم عن فخر المحققين أنه لما عرفت من
عموم المنع أولا وعدم التفصي بهما عن الاشكال على القول المشهور بالمنع
مطلقا " ثانيا "

ولا ما قيل بالالتزام بخروج ذلك بالاجماع والسيرة القطعية لقيامها على
ما اقتضته القاعدة وإلا فالمانع عقلي - كما عرفت - لا يمكن الخروج عنه
بالدليل الشرعي.

ولا ما قيل كما عن جامع المقاصد باختصاص جواز الأخذ بصورة
قيام من به الكفاية، فلا يكون حينئذ واجبا "، لأن الظاهر من فتواهم
جواز الأخذ ولو مع بقاء الوجوب الكفائي، بل ومع وجوبه عينا للانحصار
كما هو صريح بعضهم.

فالوجوه المذكورة كلها عدا الأول منها ما بين مزيف في نفسه أو غير
ناهض لدفع الاشكال، بناء على القول بعموم المنع كما هو المشهور، فالوجه
هو ما ذكرناه في دفع الاشكال فافهم.

وأما النقض بوجوب بذل الطعام للمضطر مع جواز أخذ العوض منه
ففيه إن المأخوذ منه عوض المبدول دون البذل الواجب، مضافا " إلى
أن البذل إنما يجب لدفع الضرر عن المضطر، والبذل مجانا ضرر على الباذل
ولا يدفع الضرر بالضرر، مع أن طريق الجمع بين احترام المال ودفع
الضرر عنه هو البذل بالعوض دون المجاني.

ومنه يظهر الجواب عن النقض برجوع الأم المرضعة بعوض ارضاع
اللبا (١) مع وجوبه عليها، بناء على توقف حياة الولد عليه، فإن المأخوذ

(١) اللبأ - بالكسر فالفتح - كعنب أول اللبن في النتاج ينزل من ثدي الأم

عليه العوض شئ والواجب شئ آخر، فلا يحتاج في الاستدلال عليه إلى التمسك بعموم آية " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " (١) وأما النقض بجواز أخذ الوصي الأجر على عمل الوصاية مع وجوبه عليه عينا، فلعله من قبيل الوكالة أو النيابة عن الموصى، ولو بتنزيل الشارع له منزلته حيث لا يعلم بالوصية، وقلنا بوجوب قبولها عليه أو دخوله فيما يتوقف عليه النظام أيضا لمسيس حاجة عموم الناس في أمورهم إلى من يقوم مقامهم بعد موتهم، ولولا استحقاق الأجرة ولزوم العوض لاختل أمر الناس في وصاياهم.

هذا وأورد بعضهم على المشهور: النقض بالجهاد الواجب كفاية مع جواز النيابة فيه وأخذ الأجرة عليه، حتى أن شيخنا في (الجواهر) نسبه إلى ظاهر الفتاوى، حيث قال: " بل ظاهر الفتاوى عدم الفرق في النائب بين كونه قادرا " بنفسه على الغزو من دون حاجة إلى الجعل وغيره ممن لم يكن قادرا "، ولا ينافي ذلك كونه واجبا على الأول بعد إن كان مخيرا " بين فعله لنفسه وبين فعله عن غيره، كما أن الجاعل مخير بين فعله بنفسه وبين النائب عنه، ومن ذلك يعلم ما في تقييد بعضهم النائب في المسألة السابقة بكونه غير واجب الجهاد لفقره " انتهى.

وفيه إن المسلم عند الأصحاب - حتى ادعى الاجماع عليه كما في (المنتهى) وغيره - تخيير من وجب عليه الجهاد بين أن يجاهد بنفسه أو يستنيب غيره عنه، وأما تخييره بين الجهاد لنفسه أو نيابته عن غيره فممنوع. وبعبارة أخرى

ينزل من ثدي الأم عند أول يوم من ولادتها، بلون أصفر وبشكل لزج، تسميه الأمهات (الصمغ) وقد اشتهر لدى الأطباء - قديما " وحديثا " إن هذه المادة ضرورية للطفل في نشاطه وسلامته من الآفات الجسمية والعقلية (١) سورة الطلاق آية: ٦.

من وجب عليه الجهاد له استنابة غيره، وليس له أن يصير نائبا عن غيره ومبنى الأول على عدم وجوب المباشرة وهو كذلك لكونه كفاييا "، والمقصود منه دفع العدو، ومبنى الثاني: جواز أخذ العوض على الواجب ولو كفاية وعدمه، وهو غير جائز بناء على المشهور، ولذا قيد جماعة كما اعترف به في (الجواهر) في النائب أن لا يكون ممن يجب عليه الجهاد كالمعسر والذمي ونحوهما، بل صرح بذلك في (التحرير) و (والمنتهى) قال في الأول: " .. ولا يجوز لمن وجب عليه الجهاد أن يجاهد عن غيره بجعل، فإن فعل وقع عنه ووجب رد الجعل إلى صاحبه " وقال في الثاني: " لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد أن يجاهد عن غيره، فإن فعل وقع عنه ووجب رد الجعل إلى صاحبه لأنه قد تعين عليه، فلا يجوز أن ينوب عن غيره فيه كالحج " انتهى،

ومما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر في كلام (الجواهر) (١)

(١) من مواقع النظر: نسبته جواز أخذ الأجرة على الجهاد إلى ظاهر الفتاوى - مطلقا " - مع أن المشهور عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب وإن كان كفاييا نعم يجوز أخذ الأجرة عليه مع حاجته إليها لعسره وعدم تمكنه من الجهاد إلا بما بذل له من الأجرة. ومن مواقع النظر: قوله: " ولا ينافي ذلك (أي أخذ الجعل عليه) كونه واجبا " على الأول (يعني به القادر بنفسه على الغزو والجهاد من دون حاجة إلى جعل ليساره) بعد إن كان مخيرا " بين فعله لنفسه وبين فعله عن غيره " ووجه النظر: أنه لم يثبت التخيير للقادر بين الجهاد لنفسه، وبين فعله عن غيره نعم الذي ثبت هو أن من وجب عليه الجهاد لقدرته عليه يتخير بين أن يجاهد بنفسه أو يستناب غيره بأن يجاهد عنه فيما إذا كان نائبا لم يجب

والعجب من الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) حيث تفصلي عن
النقض بالجهاد بوقوع البذل على المقدمات الموصلة إلى الجهاد دون نفس الجهاد

عليه الجهاد بنفسه ولو وجوبا " كفايا " فله استنابته بأجرة أو بمجرد طلبه
منه الجهاد عنه.

ومنها: اشكاله على من قيد النائب بمن لم يجب عليه الجهاد لفقره.
هذا ولكن الظاهر أنه لا ينبغي الاشكال في جواز أخذ الأجرة على
الجهاد عن الغير ولو كان النائب ممن وجب عليه كفاية، ولا موجب
للتقييد بمن لم يجب عليه لاعساره بعد فرض قابليته للنيابة وعدم اشتراط
المباشرة فيه ممن وجب عليه وعدم الدليل على اشتراط كون النائب ممن
لا يجب عليه الجهاد ولو كفاية سوى ما اشتهر من عدم جواز أخذ الأجرة
على الواجب مطلقا ولو كفاية.

وما ذكره سيدنا من تصريح العلامة (قده) بذلك في التحرير والمنتهى
بقوله فيهما: " ولا يجوز لمن وجب عليه الجهاد أن يجاهد عن غيره بجعل فإن
فعل وقع عنه ووجب رد الجعل إلى صاحبه " .

غير واضح شموله لما وجب كفاية واحتماله الاختصاص بما وجب
عليه عينا، ويشهد لذلك تعليقه في المنتهى بقوله (قده): لأنه قد تعين عليه
فلا يجوز أن ينوب عن غيره فيه كالحج، فتأمل.

كما أن ما ذكره من التعليل لتخيير من وجب عليه الجهاد بين أن يجاهد
بنفسه أو يستنوب غيره عنه بكونه كفايا " ن والمقصود منه دفع العدو.
صالح للتعليل به على عدم لزوم من وجب عليه الجهاد كفاية - أن يجاهد
لنفسه، بل له النيابة عن الغير وأخذ الأجرة عليها.
وبالجملة: لم يتضح الوجه في عدم جواز أخذ الأجرة على مطلق ما وجب
على الشخص ولو كفاية، نعم ما وجب عليه عينا عبادة كان أو غيرها،
فالوجه في عدم الجواز واضح كما ذكرناه.

الواجب على الأجير، وهو كما ترى.
هذا كله بالنسبة إلى أخذ الأجرة على الواجبات.
وأما المستحبات، فما كان منها عبادة لا يجوز أخذ الأجرة عليها بناء
على المنافاة بينها وبين الاخلاص، وغير العبادة منها، فلا مانع من أخذ
الأجرة عليه حيث يكون مشتملا على منفعة يصح بذل المال بإزائها بحيث
لا تعد المعاملة عليها من المعاملات السفهية وأكل المال معها أكلا بالباطل،
فيجوز أخذ الأجرة على تثليث الغسلات في غسل الميت وتكفينه بالقطع
المستحبة، بل والزيادة على القدر الواجب في حفر القبر، أو يفصل في
الأخير بين حصوله دفعة أو بالتدريج. والله العالم بحقائق الأمور.

رسالة
في بيع المعاطاة

(٤٥)

بسم الله الرحمن الرحيم
مسألة

(في المعاطاة التي كثر تعاطى عموم الناس في أغلب معاملاتهم بها) ولنبذة بنبذة من الكلام مما له ربط تام بالمقام، وهي: أنه هل للفظ في مورد العقود أثر مختص به بحيث لا يترتب إلا عليه، أم لا؟ وعلى الأول فهل هو حصول الملك، أو لزومه؟ وعلى التقديرين، فهل المتوقف عليه هو مطلق اللفظ، أو لفظ مخصوص وصيغة خاصة؟

اختلفت كلماتهم في ذلك: فبين من لم يعتبر اللفظ في ترتيب الأثر المقصود من البيع، وهو لزوم الملك واكتفى في تحققه بالفعل المجرد عن الصيغة مطلقا، وهو المنسوب إلى المفيد في (المقنعة) وإطلاق كلامه المحكي عنه يوهم ذلك (١) وتبعه على ذلك المقدس الأردبيلي رحمه الله والفاضل الكاشاني والمحقق السبزواري.

(١) فإنه (قدس سره) قال على ما حكى عنه: وينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا " وتراضيا بالبيع وتقابضا وافتراقا بالأبدان، فإنه من المحتمل كونه في مقام بيان انعقاد أصل البيع وشرائطه صحة ولزوما فعدم ذكره لصيغة العقد من جملتها واعتبارها فيهما دليل على عدم الاعتبار أصلا لا في الصحة ولا في اللزوم. ويمكن أن يكون تركه لذكر الصيغة إنكالا على وضوح اعتبارها فيه

وبين قائل باعتباره فيه غير أنه لم يعتبر في اللفظ أن يكون بصيغة خاصة، بل يكفي عنده مطلق اللفظ الدال على التراضي، وهو المحكي في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين وفي الحدائق - مع اختيار له - نسبة إلى جماعة.

وبين قائل باعتبار الصيغة الخاصة في إفادة الملك أو لزومه وعليه فتعم المعاطاة كل ما كان بغير الصيغة الخاصة، سواء كان التراضي مدلولاً عليه بالفعل أو بالقول كما أنه يختص على الثاني بما كان مدلولاً عليه بالفعل دون القول، ويدخل المدلول عليه بالقول في العقود القولية. ولعل مبنى الاختلاف في ذلك، هو أن يقال: إن البيع بعد إن لم يكن له حقيقة شرعية ولم يرد نص من الشارع في معناه فإن لم يتحقق له - مع ذلك - معنى في العرف أو في اللغة بحيث يتبادر منه عند الإطلاق، فلا بد حينئذ في ترتب الأحكام الشرعية من الاقتصار على القدر المتيقن وتحققه بايجاد كل ما هو محتمل اعتباره شرطاً " أو شرطاً فيه ولعله الوجه في اعتبار المشهور الصيغة الخاصة في تحققه واعتبارهم فيه العربية والماضوية، وتقديم الايجاب على القبول والموالاتة بينهما وغير ذلك.

وإن قلنا بوجود معنى له في العرف أو اللغة بحيث يتبادر منه ذلك عند الإطلاق، غير أن الشارع اعتبر في ترتب الأثر عليه شرطاً " اقتصر على ما علم اعتباره فيه شرعاً باجماع ونحوه، وما شك في اعتباره وشرطيته فالأصل عدمه، والمرجع فيه هو المفهوم العرفي لأنه بحكم المطلقات عند

كتركه في (المقنعة) على ما نقل اعتبار ذلك في النكاح والطلاق مع وضوح اعتبارها فيهما.

وبالجملة فالكلام المحكي عن المقنعة لم يكن واضح الدلالة على عدم اعتبار صيغة العقد في البيع صحة ولزوماً " كما نسب إليه ذلك.

الشك في تقييدها، ولعله محط نظر القائلين باعتبار كون الدال على التراضي مطلق القول دون لفظ مخصوص بناء على أن القدر الثابت اعتباره شرعا " هو ذلك.

وإن قلنا بعدم اعتبار شيء فيه زائد على ما هو المتعارف عند العرف فلا بد من ترتب الأحكام الشرعية على ما يطلق عليه البيع عرفا، إلا ما ثبت النهي عنه شرع " كبيع الملامسة والمنازلة وبيع الحصاة ولعله الوجه فيما اختاره المفيد (ره).

إذا عرفت ذلك فنقول: ثبوت معنى للبيع عند العرف العام بحيث يتبادر منه عند الإطلاق ويتعاطونه في معاملاتهم الجارية بينهم قديما وحديثا " عند إرادة التمليك والتملك بعضهم مع بعض حتى ممن لم يتطرق سمعهم أغلب الأحكام الشرعية - مما لا شك فيه وإنكاره مكابرة، فلا بد حينئذ من ملاحظة ثبوت مقدار ما اعتبره الشارع فيه على تقدير تحققه بالنسبة إلى ترتب الأثر عليه والقدر الثابت بالاجماع هو اعتبار القول الدال على التراضي صريحا " فيه لقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد بخلاف الألفاظ، ولأن القول بكفاية الأفعال في لزوم لم ينسب إلا إلى المفيد منا وبعض العامة، بل قد يتأمل في صحة النسبة إليه، وإن أوهما إطلاق عبارته حيث قال في (المقنعة): " والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا " وتراضيا بالبيع وتقابضا وافتراقا بالأبدان " لقوة احتمال إرادته من ذلك بيان الشرائط لصحة البيع ولزومه، لا أن المراد تحققه بذلك من دون صيغة وإن تركه لذكر الصيغة اتكال منه على معلومية اعتبارها فيه، والمفروغية عنه كتركه المنقول عنه في الكتاب المزبور لاعتبار الصيغة في النكاح والطلاق المعلوم اعتبارها فيهما من غير خلاف ولذا قال في (المختلف): " وللمفيد قول يوهم الجوار " وساق كلامه المتقدم، ثم قال: " وليس

هذا تصريحاً بصحته إلا أنه موهم " بل يرشد إلى ذلك ما في (كشف الرموز) للآبي في باب الفضولي من نسبة اعتبار اللفظ المخصوص في البيع إليه، وإلى الطوسي، وإن تبعه في هذا القول المقدس الأردبيلي في (مجمعه) والمحدث الكاشاني في (مفاتيحه) ونفى عنه البعد بعد نقله السبزواري في (كفايته) والراقي في (مستنده) وإن كان الأول منهم لم يعض عليه بضرر قاطع وإن انتصر له واستدل عليه بأدلة كثيرة وبالغ في الانتصار له وقواه إلا أنه مع ذلك قال بعد ذكره إن إفادة اللزوم هو الظاهر من المفيد للأدلة التي ذكرها ما نصه: " ويحتمل عدم اللزوم لأن الأصل عدم اللزوم والملك أعم ولأن الملك واللزوم متغايران وما كان، وقد دلت الأدلة على حصول الأول وبقي الثاني على نفيه إذ لا دليل وما لزم من الأدلة المذكورة إلا الأول فتأمل " (١) بل ومال إليه في (المسالك) في موضعين، وإن استجود في الأول موافقة المشهور، وقال في الموضع الثاني: " وما أحسنه وأمتن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه " (٢)

(١) لعله إشارة إلى أن ما ذكر من الأدلة على حصول الملك بالمعاطاة إن تمت فاللزوم هو مقتضى الأصل فيه لا عدمه، فإن مقتضى الاستصحاب وبقاء ما كان: عدم خروج ما حصل بها من الملك بمجرد رجوع المالك الأول به، وسيأتي توضيح: أن مقتضى الأصل في الملك اللزوم وإن اختار سيدنا - قده - أصالة الجوار.

(٢) في شرح قول المصنف: الفصل الثاني في عقد البيع وشروطه وآدابه: العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك إلى مالك آخر بعوض معلوم ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع انتهى.

قال في المسالك: هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون

قلت والظاهر: تحقق الاجماع - بقسميه - على خلافه إذ لم ينسب القول بكفاية الفعل في لزوم المعاطاة قبل الجماعة إلا إلى المفيد الذي قد عرفت ما في النسبة إليه، مع أنه كما قبل مسبق بالاجماع وملحوق به وإن كان وقوع التعبير بنحو المشهور والمعروف في كلام بعض بل والأشهر - والأكثر - في كلام بعض آخر - يعطي وجود قائل به غير المفيد ممن يعتد به

اجماعاً"، غير أن ظاهر المفيد - رحمه الله - يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضاه. وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدال: كونه لفظاً، وإطلاق كلام المفيد أعم منه، والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك، فإذا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين، غير أن الوقوف مع المشهور هو الأجود مع اعتضاده بأصالة بقاء ملك كل واحد بعوضه إلى أن يعلم الناقل فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاء الآخر بما يصير إليه من العوض المعين الجامع لشرائط البيع غير المخصوص لم يفد اللزوم الخ.

ثم إنه بعد ذلك في شرح قول المصنف: سواء كان في الحقيق أو الخطير. قال في (المسالك): رد به على بعض العامة حيث اكتفى بالمعاطاة في المحقرات وأقامها فيه مقام البيع: واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم: ما لم يبلغ نصاب السرقة، وأحالتها آخرون على العرف كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة وهو تحكم، والذي اختاره متأخرو الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دل على التراضي وعده الناس بيعاً"، وهو قريب من قول المفيد، وشيخنا المتقدم: وما أحسنه وامتن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه.

إلا أنني لم أجده منقولاً عن غيره.
هذا مضافاً إلى الأصل المقرر بوجوه (١).
نعم لم يثبت عندنا إجماع على اعتبار الصيغة الخاصة، وإن كانت
دعوى الشهرة عليه غير بعيدة.
وبالجملة القدر الثابت بالإجماع اعتباره في لزوم البيع، هو كون الدال
على التراضي لفظاً "، وأما اعتبار الصيغة الخاصة فلا دليل عليه، وحينئذ
فيقتضى الاكتفاء في اللزوم بمطلق ما دل على التراضي باللفظ كما عليه جمع

(١) يعني به أصالة عدم اللزوم بالمعاملة الحاصلة بالمعاطاة، فإنه يمكن
تقرير الأصل أولاً باستصحاب بقاء العين المأخوذة بالمعاطاة على ملك المعطى
وعدم خروجها عن ملكه بمجرد التعاطي، وغاية ما يحصل به إباحة التصرف
فيها، وأما الملك فمقتضى الأصل عدم الحصول به وعليه فعدم اللزوم لعدم
الملك.

ويمكن تقرير أصالة عدم اللزوم بناء على إفادتها الملك أيضاً بتقريب
أن مرجع اللزوم في الملك إلى انقطاع علقه المالك الأول عنه بتاتا، والجواز
إلى بقاء علقه للمالك الأول فيه وعليه فإذا انتقل الملك من المالك الأول
إلى الثاني بالمعاطاة وحصل الشك في كون الحاصل بها الملك اللازم أو الجائر،
فمقتضى الاستصحاب وأصالة بقاء علقه المالك الأول جواز الرجوع بها.
ويمكن تقرير أصالة عدم اللزوم بأن أصل الملكية ليس فيها إباء
لجواز الرجوع بها للمالك الأول نعم ربما يكون فيها جهة شدة. وقوة
بها يتحقق الإباء عن الرجوع للمالك الأول، وهو منشأ اتصافها باللزوم
والأصل عدمها عند الشك بوجودها.
هذا ولكن سيأتي إن المختار تبعاً لشيخنا الأستاذ (قده) أصالة اللزوم
في الملك، ويأتي تقريب ذلك.

من المتأخرين، منهم صاحب (الحدائق) حاكيا " عن جماعة من المحدثين وقد تقدم حكاية (المسالك) عن بعض مشائخه المعاصرين وهو لا يخلو من من قوة. ويؤيده بل يدل عليه قوله: صلى الله عليه وآله " إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام " (٤) فيرجع فيما دل عليه بغير الصيغة الخاصة من اللفظ إلى عموم

(٤) هذا الحصر إنما ذكر فيما رواه الشيخ في (التهذيب في باب النقد والنسيئة). عن ابن أبي عمير عن يحيى ابن الحجاج عن خالد ابن الحجاج، قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ قال: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام " انتهى ثم إن سيدنا (قده) لما استظهر تحقق الاجماع - بقسميه - على عدم لزوم المعاملة الحاصلة بالمعاطاة وأضاف إلى الاجماع أصالة عدم اللزوم بالوجوه المقررة المشار إليها في التعليقة السابقة، قوى الاكتفاء في تحقق لزوم المعاملة بمطلق ما دل على التراضي من اللفظ، نظرا " منه إلى أن القدر المتيقن من الاجماع على عدم لزوم المعاملة صورة خلوها من اللفظ، وغايته اعتبار مطلق اللفظ في تحققه لا خصوص الصيغة الخاصة منه، وأيد ما قواه من الاكتفاء بمطلق اللفظ بمفاد الحصر المذكور في الرواية المزبورة، بل استفاد منه الدلالة على ذلك، وحاصل ما ذكره من التوجيه لها إن خالدا لما سأل الإمام عليه السلام عن حكم المقابلة الخاصة بينه وبين الرجل بأن يشتري خالد الثوب من مالكة ويشتريه الرجل منه على الربح المعين قال له الإمام عليه السلام: أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ، يعني أليس الذي كان بينكما من الكلام والمقابلة مجرد مواعدة على اشتراء الثوب منك بربح كذا بعد ما تشتريه من مالكة، ولم يكن الكلام التزاما فعليا يبيع الثوب منه واشترائه له قبل الشراء من مالكة؟ قال: بلى يعني: لم يكن اشتراء فعلي، بل صرف

" أحل الله البيع " " وأوفوا بالعقود " لكونه حينئذ منها كالعقد بالصيغة الخاصة، وبه يخرج عن الأصل المتقدم.

اللهم إلا أن يقال إن اعتبار الشرط في الموضوع العرفي شرعا إنما استفيد من دليل لبي، وهو الاجماع المحصل من فتاوى الأصحاب على عدم كفاية الفعل في لزوم المعاطاة على اختلاف منهم في اعتبار الصيغة الخاصة أو كفاية مطلق القول ولكن المعتبر فيه لم يعلم خصوص أحدهما، فيكون الشرط المعتبر من هذه الحيثية مجملا، فيسرى الاجمال إلى العام المانع من

مواعدة على الشراء. فقال عليه السلام: لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام.

المراد على الظاهر: إن مجرد المقابلة والمراضاة على شراء ما تشتريه من مالكة بربح كذا لا يترتب عليه أثر من تحليل أو تحريم، إنما المحلل والمحرّم الكلام الذي ينشأ به بيع الثوب من مشتريه الثاني والمدار في التحليل والتحريم عليه فإن كان الكلام المنشأ به بيع الثوب من المشتري الثاني صادرا من المشتري الأول له بعد اشتراؤه من مالكة الأول، فالكلام محلل، وإن كان صادرا قبل اشتراؤه فالكلام المنشأ به البيع محرّم، إذ هو من مصاديق بيع الغرر المنهى عنه، فإن مالكة قد لا يبيعه الثوب، فالمبيع مجهول الحصول للمشتري، والغرر فيه أعظم من الجهل بالمقدار.

وبمقتضى اطلاق محللية الكلام وعدم التقييد بصيغة خاصة منه وشمول عموم: " أحل الله البيع " و " أوفوا بالعقود " لما إذا كان انشاء المعاملة بغير الصيغة الخاصة يثبت ما قواه المصنف (قده) أولا من الاكتفاء في لزوم المعاملة بمطلق ما دل على التراخي من اللفظ، ويخرج به عن أصل عدم اللزوم المقرر لديه بالوجوه، وإن عدل عن ذلك أخيرا " إلى اقوائية ما عليه المشهور من اعتبار الصيغة الخاصة في اللزوم بعد ذكره وجه العدول عنه.

التمسك به في مورد الاجمال وإن كان حجة في غيره، ويساوي وجود العام المحمل في مورد الاجمال عدمه الذي قد عرفت - فيما تقدم - في مبني الاختلاف من لزوم الاقتصار فيما خالف الأصل حينئذ على القدر المتيقن وهو ما اشتمل على الصيغة الخاصة دون مطلق اللفظ. ولعله بل هو الوجه في اعتبار المشهور لها، مع أن تحقق الموضوع العرفي وعموم " أحل الله البيع " ونحوه بمرئ منهم ومنظر.

لا يقال: إن مرجع الاجمال حينئذ إلى الشك في تقييد القول بالصيغة الخاصة بعد معلومية اعتبار أصله وحينئذ فالأصل عدمه، ومقتضاه الاكتفاء بمطلق القول.

لأن الشك فيما هو المجعول من الشرع لا في نفس الجعل منه وبعبارة أخرى: مآل الشك إلى التردد في كيفية الجعل الدائرة بين المتباينين دون الاطلاق والتقييد، إذ لا معقد للاجماع حتى يؤخذ باطلاقه عند الشك بعد إن كان الاجماع متصيذا " من فتاويهم المختلفة في التعبير عما هو المعترف في الموضوع العرفي فافهم. فإذا ما عليه المشهور من اعتبار الصيغة الخاصة في اللزوم هو الأقوى، وعليه فالحصر في قوله " إنما يحلل الكلام " إضافي ثم إن المعاطاة - بعد ما عرفت موضوعها في الجملة: من أنها أما التعاطي بمجرد الفعل الدال على التراضي وأما التعاطي بمطلق ما دل عليه غير الصيغة الخاصة، بناء على الاختلاف المتقدم تتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه أربعة، ذكرها شيخنا في الجواهر: أحدها - قصد الإباحة بالأفعال ونحوها مصرحا بذلك ولو بالقرائن الدالة على إرادة الإباحة المطلقة. ثانيها - قصد البيع بذلك على إرادة النقل البيعي من غير تعرض للزوم وعدمه أو مع قصد عدمه، ثالثها - إرادة التسليط المطلق المجرد عن قصدي الإباحة والتمليك بل يعطى للبقال شيئاً " ليتناول عوضه فيدفعه إليه. رابعها - قصد الملك المطلق

والمعاوضة بالعينين من غير نظر إلى عنوان البيع.
وهناك وجوه آخر يمكن تعقلها إلا أن الأربعة المذكورة أصولها.
وجملة صورها، هي أنه: أما أن تكون المعاوضة يقصد التمليك من الجانبين
أو الإباحة بالتصرف كذلك، وكل منهما يتصور على وجهين: أحدهما تمليك
المعوض بتملك العوض على أن يكون المقابل لتمليك المعرض هو ملكية
العوض كملكية الثمن في البيع من غير توقف على تمليك جديد. الثاني
تمليك المعوض المقابل بتمليك العوض على أن يكون التمليك بإزاء التمليك
كالهبة المعوضة، فيتوقف تملك العوض على تمليك جديد له وفي الإباحة
أيضا كذلك يتصور على وجهين: أحدهما - إباحة التصرف بالمعوض بالإباحة
بالمعنى المصدرى بمعنى كون العوض مباحا له. الثاني - الإباحة المقابلة بالإباحة
بالمعنى الفعلي كالتمليك بإزاء تمليك جديد.
هذا مع تساوى القصد المتعلق بالمالين كالإباحة بالإباحة أو التمليك بالتمليك
ومع فرض اختلافه كالإباحة بالتمليك أو التمليك بالإباحة، فيتصور أيضا على
أربع صور: فالحاصل من المجموع صور ثمان، ويزيد عليها لو ضمت إليها صور
انقسام الإباحة إلى الكلية أو الجزئية لأن متعلقها: إما مطلق التصرف حتى
التصرفات المتوقفة على الملك، أو بعض التصرفات وهو غير المتوقف عليه
كما هو أحد الأقوال في المعاوضة كما ستعرف وتزيد أيضا " بملاحظة القسمين
الأخيرين من التسليط المطلق ومطلق التمليك بناء على إمكان تحقق الأول
وأعمية الثاني من البيع. وعليك بتصويرها، إلا أن أغلبها بل عدا الأربعة
المتقدمة منها محض فرض ومجرد تصوير عقلي:
وأما الصورة الثالثة من الأربعة المتقدمة، وهي قصد التسليط المطلق
فقد ناقش فيه شيخنا المرتضى في (المكاسب) بما يرجع محصله إلى امتناع
خلو الدافع في دفعه عن قصد عنوان من العناوين الخاصة.

ووجهه أن التسليط الذي هو القدر المشترك بين الإباحة والتمليك بمنزلة الجنس فيمتنع عقلا تحققه في الخارج من غير فصل لأن الجنس لا يتقوم إلا بالفصل.

وقد يجاب عنه بأن التسليط المطلق المجرد عن قيدي الإباحة والتمليك موضوع عرفي يمكن تحققه في العرف كدفع المغصوب ماله إلى الغاصب من اللصوص وقطاع الطريق وغيرهما، فإن المالك في دفعه مسلط للغاصب على ماله من غير قصد منه إلى كون التسليط بنحو الإباحة أو التملك، بل قد يقصد عدمهما لحصول الغرض من دفع الضرر عن نفسه بمجرد الدفع المجرد عن قصد شيء زائد عليه، وهو من الأمور الوجدانية، ولعل انكاره لا يخلو عن مكابرة.

وإن أبيت ذلك فلا يمكنك التأيي عن امكان وقوعه عند الغفلة عن العناوين الخاصة من التملك والإباحة بأقسامهما بحيث لا يكون شيء منها ملتفتا إليه وحينئذ فيما أن يتحقق التسليط بهذا الدفع أو لا، والثاني باطل لتحققه بالوجدان المغني عن إقامة البرهان والأول إما أن يتحقق معه الإباحة والتمليك أو لا يتحقق شيء منهما، والأول باطل لعدم قصد شيء منهما، فتعين الثاني وهو المطلوب فلا يكون محالا كيف وأدل دليل على امكان الشيء وقوعه، ومتى أمكن فرض وقوعه في صورة الغفلة أمكن ذلك في غيرها لعدم مانع الاستحالة ولزوم محذور تحقق الجنس بلا فصل، يدفعه منع تحققه كذلك غير أن فصل التسليط المطلق أمر عدمي وهو عدم فصلى الإباحة والتمليك، فهو كالمطلق المقيد بالاطلاق، فلتسليط أقسام ثلاثة اثنان منها فصلهما أمر وجودي وهما الإباحة والتمليك، والثالث فصله أمر عدمي والقدر المشترك بين الثلاثة وهو مطلق التسليط جنس لها كالمطلق المجرد عن جميع القيود حتى عن قيد الاطلاق، وهو المعبر عنه بالماهية المرسلة

المعراة عن جميع القيود التي ليست هي إلا هي .
هذا ويمكن الخدشة في الجواب المذكور بأن يقال: التسليط المطلق
إن كان اضطراريا كدفع المغصوب ماله إلى الغاصب، فمنع صدق التسليط
عليه، بل هو من تسلط الغاصب بواسطة المغصوب منه دون تسليطه فإن
التسلط وإن كان لازما " للتسليط إلا أنه لازم أعم يجتمع معه مرة ويفترق
عنه أخرى كما لو كان بدون واسطة المالك، بل ولا بدرايته، فدفع المغصوب
منه واسطة لتسلط الغاصب وطور من أطوار تسلطه وليس هو إلا بمنزلة
الآلة له لحصول غرضه من التسلط كالرشاء والغواص لاخراج المال من
البئر أو البحر، ومثله ما لو كان الدفع منه مع الغفلة عنه كدفع النائب الغافل
عن نفس الدفع، وإن كان اختياريا فلا بد وأن يكون منبعثا " عن إرادة
فعلية مسببة عن تصوره وتصور ما يترتب عليه من المصلحة المحركة للميل
والشوق المحرك لتلك الإرادة المحركة للأعضاء على العمل كما هو الشأن في
صدور جميع الأفعال الاختيارية، فلا ينفك ذلك التصور والملاحظة عن الجهة
الباعثة عن كيفية مخصوصة من العناوين الخاصة، وإن وقعت الغفلة عنها
عند العمل أو في أثرائه لأنها محفوظة في الخزانة تجري الأفعال على منوالها
كما نشاهد من أنفسنا بالنسبة إلى أفعالنا الاختيارية الواقعة في الخارج من
الغفلة في أثرائها أو عند ابتدائها بعد التشاغل بمقدماتها عن وجوه الفعل
ومشخصاته ولذا اكتفينا بالاستدامة الحكيمة في نية العبادات .
ومما ذكرنا يظهر الجواب عن النقض بالغفلة، لأنها إن كانت عن
نفس الدفع مع تحققه، فكونه تسليطا ممنوع، بل هو كدفع النائب من
واسطة التسلط، وإن كانت الغفلة عن قصدي الإباحة والتمليك، فهو جار
على منوال ما في الخزانة مما أضمره من المشخصات عند وجود الداعي المحرك
عليه، فالفرق بين التسليط المطلق ومطلق التسليط، هو أن الأول غير متحقق في

الخارج لعدم تحقق الجنس بدون الفصل، والثاني موجود بوجود أنواعه المتمايز بعضها عن بعض بالفصول نحو البيع والهبة والعارية وغير ذلك كالكلي الموجود في ضمن أفراده أو أنواعه، فافهم هذا والمسألة بعد محتاجة إلى تأمل.

وأما الرابعة منها، وهي قصد التمليك المطلق دون خصوص البيع، فقد أورد عليه شيخنا المتقدم أيضا بقوله: " والثاني بما تقدم في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير " ومرجع كلامه إلى منع أعمية التمليك المطلق أي تمليك العين بالعوض من مفهوم البيع حتى يمكن فيه فرض قصد غير النقل البيعي منه ويكون قسيما له.

قلت وأقصى ما يمكن أن يوجه به القول بالأعمية هو أحد أمرين. الأول - دعوى اختصاص البيع بما كان التمليك حاصلًا باللفظ، فهو معاوضة خاصة وبعبارة أخرى: دعوى مدخلية اللفظ مطلقا " أو الألفاظ الخاصة في تحقق مفهوم البيع، فيكون التمليك بغيره تمليكا " بغير البيع ومعاوضة مستقلة، ومنه المعاوضة الممكن فيها حينئذ قصد التمليك البيعي منها أو قصد معاوضة مستقلة.

ويشهد له بل يدل عليه ما في (الغنية) من دعواه الاجماع على أن المعاوضة ليست ببيع.

وفيه - مع أن منع كون المعاوضة بيعا أول الكلام، كيف والكركي في (جامعه) نسبه مرة إلى المعروف، وأخرى إلى الاتفاق، وأنه لا يحسن التقسيم مع كون النزاع صغرويا " أيضا " وإنما يتجه بعد الفراغ عن ثبوت الصغرى وتحققها من الأعمية أنه لا يتم على التقديرين، لأن المعاوضة إن كانت بيعا " فلا يكون قصده التمليك بها قسيما للنقل البيعي لتحققه بها قهرا " إذ لا ينفك

قصد التمليك فيها عن قصده، وإن لم تكن بيعاً " كانت معاوضة مستقلة قهراً " من غير مدخلية للقصد فيها، فلا يكون قصد نقل البيع قسماً " منها فتأمل.

مضافاً إلى ما يمكن أن يقال: إن الملكية وإن اختلفت بالنوع إما بحسب اختلاف متعلقها من العين أو المنفعة، وإما بحسب المجانية والعوض أو غير ذلك إلا أن النوع الخاص منها وهو تمليك العين بالعوض على وجه المبادلة لا تختلف ذاته وحقيقة معناه، وإن اختلفت أسباب تحققه بالفرض لأنه من الاختلاف في السبب الموجد والمسبب شئ واحد واختلاف السبب لا يوجب اختلاف ذات المسبب، نظير الحدث الأصغر الحاصل بأحد أسبابه: من النوم أو الريح أو الخارج من أحد السبيلين، فإن المسبب في جميع ذلك حقيقة واحد، والاختلاف إنما هو في السبب الموجد لها وحينئذ فلا تغاير في الملكية بين القصدين، ولا تخالف بين المقصودين حتى يصلح أن يكون أحدهما قسيماً للآخر، فتأمل وهذا بخلاف قصد الإباحة والتمليك، بل وقصدي الإباحة المطلقة أو الخاصة لتحقق المغايرة الذاتية في المقصود من ذلك.

الثاني - دعوى اختصاص البيع الذي من الأفعال التوليدية بين الاثنین بما إذا كان بالنسبة إلى أحدهما بنحو الأصالة، وهو المعبر عنه بالبايع، وبالنسبة إلى الآخر المعبر عنه بالمشتري بنحو التبعية، لأن المشتري قابل لايجاب البايع، فكأنه تابع له في قبوله فعله.

توضيح ذلك: إن عقد البيع مركب إضافي من عقد، وهو لغة الشد الوثيق بين الطرفين حقيقيين أو نسبيين كني به عن الربط بين شيئين الحاصل بقرار من المتعاقدين، وبيع ومعناه لغة وعرفاً تمليك عين بعوض على وجه المبادلة والمفاعلة في البدلية لاقتضاء المعاوضة بدلية كل من المرتبطين عن الآخر لأن البدلية مرة تكون من جانب واحد كضمان بدل التالف

ويسمى بالتعويض، ومرة تكون من الجانبين وتسمى بالمعاوضة، وعلقة
البديلة الحاصلة بالبيع وإن كانت من حيث هي بسيطة إلا أنها تنحل إلى
بديلين لتحقيق بديلة كل منهما عن الآخر بالضرورة، غير أن بديلة أحدهما
- وهو المعوض - مضمحلة بالنسبة إلى بديلة الآخر وهو العوض، فالمعوض
متمحض للتبديل والعوض للبديلة وإن صدق العكس عليهما في الحقيقة وهذه
العلقة من حيث التحقق والتكوين فعل توليدي بين اثنين نسبته من حيث
التكوين والعلية في اليجاد إلى كل من الفاعلين البائع والمشتري بالسوية إلا
أنه من حيث الاستقلال بالانشائية والتبعية فيها ينسب إلى من كان مستقلا
بها لأنه الأصل في النسبة، فيقال له: البائع ويقال للآخر: المشتري لكونه
تابعاً " للبائع في قبول انشائه فكأن البائع أصيل فيه والمشتري تابع له ولاختلاف
الحيثيتين المزبورتين اختلفت نسبة البيع مرة إلى الموجب والقابل كليهما، وأخرى
إلى الأول منهما مع صدق المبيع على المبدول من البائع خاصة والعوض على
المبدول من المشتري كذلك وليس إلا لتمحض الأول بالتبديل، والثاني
بالبدل لما عرفت من ملاك ذلك من الاستقلالية والتبعية في الانشاء ولذا
كان تعدى الفعل إليه بالباء المسماة عند النحويين بباء البديلة والباء الداخلة
على الأعواض والأثمان.

ولتنقيح الكلام فيه محل آخر، وعليه فالملكية للعين بالعوض أعم من
البيع لافتراقه فيما لا يوجد فيه الملاك المزبور. وفيه - بعد تسليم عدم صدق البيع
إلا على ما كان كذلك ومع الغض عما تقدم إنما يتم ما ذكر فيما لو وقعت
المعاطاة من المتعاطيين لا بنحو الإيجاب والقبول الفعليين بل بنحو الاستقلالية
في الانشاء لكل منهما كالتفاسخ الحاصل من المتعاقدين بقول كل منهما:
تفاسخنا، وهو على تقدير تحققه من الفروض النادرة إن لم نقل بكونه مجرد
فرض امكاني لا يمكن تنزيل كلمات الأصحاب عليه وجعله محط أنظارهم في

هذا النزاع العظيم ولبس الاختلاف بينهم إلا فيما يليق بالبحث عنه من حكم ما هو المتعارف بين الناس من معاملاتهم بالمعاطاة الجارية على منوال عقود المعاوضات إلا في تحقق العقد اللفظي فإنه الجدير بالبحث عن حكمه لا ما يمكن فرض وقوعه في الخارج وهذا مما اشكال فيه كما لا اشكال ظاهرا " في أن قصد المتعاطيين التملك بالمعاطاة غالبا " كالبيع العقدي دون الإباحة المطلقة مع بقاء العين على ملك مالكها خلافا لشيخنا في (الجواهر) ولعل نظره مضافا إلى التخلص عن المحاذير الآتية إلى عدم الفرق في نظر العرف العام ولا سيما عند العوام بين الإباحة المطلقة، وبين ملك الرقبة في النتيجة والغرض المقصود من صحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك سواء كان منبعثا عن ملكية العين والإباحة المطلقة ويتضح ذلك في المحقرات كدفع الدرهم من الشارب لحصول الغرض به من شرب الماء من غير تعلق غرض له بكون التسلط عليه منبعثا عن ملكية الماء دون إباحته ويشهد لذلك معاطاة من لا يقول بإفادتها الملك، بل مفادها الإباحة اجتهادا " أو تقليدا " في المحقرات فكيف يقصد التملك والتملك بمعاملته مع العلم بعدم وقوع المقصود منها مع وقوع المعاملات المعاطاتية في أغلب معاملاتهم؟ إلا أن الانصاف دعوى وقوع معاملات الناس غالبا، وما هو المتعارف بينهم بقصد الإباحة دون الملك مكابرة مما يشهد بخلافه الوجدان، بل الذي عليه الناس عموما " وخصوصا " وهو قصد الملك في معاملاتهم المعاطاتية.

وكيف كان فالكلام إلى هنا في موضوع المعاطاة.

وأما حكمها فجملة الأقوال فيها عدا ما هو منسوب إلى المفيد (ره) من اللزوم كما تقدم: أربعة، لأن القول بكفاية مطلق اللفظ في اللزوم كما تقدم عن بعض متأخري المتأخرين ليس في الحقيقة (قولا) في حكم المعاطاة، بل هو خلاف في موضوعها. وبالجملة (قول) وقيل: إنه المشهور

بإفادتها الإباحة المطلقة لجميع التصرفات حتى المتوقعة منها على الملك مع بقاء كل من العينين على ملك مالكة، غير أنه يحصل الملك بتلف إحدى العينين وما بحكمه، بل (عن المسالك): " إن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات (وقول) بإفادتها لذلك إلا ما يتوقف على الملك كالوطء والعتق واخراجة في خمس أو زكاة وغير ذلك، وهو المحكى عن حواشي الشهيد على القواعد، ويوافقه ما عن (المبسوط) من المنع عن وطئ الجارية المهداة بالهدية المجردة عن الإيجاب والقبول، و (قول) بلحوقها بالبيع الفاسد من عدم الملك وعدم جواز التصرف فيه، وهو المحكى عن العلامة في (نهايته) وإن حكى الرجوع عنه في كتبه المتأخرة، بل قيل بعدم موافق له ومسبق بالاجماع وملحوق به و (قول) بإفادتها الملك المتزلزل ويستقر بالتلف وما بحكمه، وهو صريح الكركي في شرحه على القواعد والمحكى عنه في تعليقه على الإرشاد، حتى أنه نزل الإباحة في كلام الأصحاب على إرادة الملك المتزلزل، مع أن عباراتهم بين ظاهرة وصريحة بخلافه وعدم تحقق الملك بها وحملها على عدم اللزوم في غاية البعد. وعليك بالرجوع إلى عباراتهم ليتضح لك حقيقة الحال، وإنما تركناها خوفاً " من الإطالة. وتبعه على هذا القول غير واحد ممن تأخر عنه وهو العمدة من الأقوال في المسألة بعد الأول منها، بل هما - أي القول بالإباحة المطلقة والقول بالملك المتزلزل قد يدعي تكافؤهما في الشهرة بين متأخري المتأخرين.

قيل: ويعد كل من القولين:

أما الأخير فيبعده إن حصول الملك وكون المعاطاة من النواقل له مما يتوقف على جعل أو امضاء من الشارع، وليس عليه دليل، مع أن مقتضى الأصل هو العدم إلا دعوى السيرة الممنوع قيامها على أزيد من جواز التصرف الذي هو قدر مشترك بين الملك والإباحة وفيه ما ستعرف من الدليل

على الملك وقيام السيرة على ترتب آثاره على المأخوذ بالمعاطاة. ويعد الأول أيضا مخالفته للقواعد المسلمة التي منها قاعدة تبعية العقود للقصود، لأن الملك المقصود حصوله بالتعاطي غير واقع بالفرض والواقع وهو الإباحة المجردة غير مقصودة إذ الإباحة إن أريد بها الإباحة المترتبة على الملك، فمع كونه خلاف الفرض يدفعه أنها معلولة للملك، والمعلول عدم عند عدم العلة، وإن أريد بها المقابلة للملك وما هو قسيم له فلم تكن مقصودة بالتعاطي حتى تكون واقعة بناء على ما عرفت من قصد المتعاطيين التمليك بالمعاطاة، ومنها ما هو مسلم عندهم من عدم جواز التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد الذي هو بمعنى عدم ترتب الأثر عليه شرعا " بل مطلق المعاملات الفاسدة التي منها المعاطاة لعدم ترتب الأثر المقصود من الملك عليها، وهو الوجه لما ذهب إليه العلامة في (نهايته) من المنع عن التصرف في المعاطاة، ومنها ما هو المعلوم من أن العين المضمونة بالمسمى إذا لم يسلم ضمانها به كانت مضمونة ببدلها الواقعي من المثل أو القيمة، ولذا كان المقبوض بالعقد الفاسد عندهم مضمونا بذلك دون المسمى، وعليه فكيف يكون تلف إحدى العينين موجبا " لدخول الأخرى في ملك من هي في يده بل القاعدة تقتضي حينئذ بناء على الإباحة المجردة جواز الرجوع على العين الموجودة لمالكها ويغرم لصاحبه بدل التالف من المثل أو القيمة، وهو خلاف ما هو كالمتفق عليه عندهم من لزوم وعدم جواز الرجوع بالتلف وما بحكمه هذا كله مضافا إلى استبعادات أخر ذكر لزومها على أهل هذا القول شيخ مشايخنا (كاشف الغطاء) في شرحه على القواعد، تركناها جملة اقتصارا " على ذكر العمدة منها.

هذا ويمكن الجواب عن ذلك:

إما عن الأول فبان مخالفة المقام لقاعدة تبعية العقود للقصود، وإن

كانت مخالفة لكلتا الكليتين الايجابية منهما والسلبية، لعدم وقوع المقصود وهو الملك ووقوع غير المقصود، وهو الإباحة المجردة، لكن الايجابية الكلية إنما تتم بعد اعتبار العقد وترتب الأثر عليه شرعا"، وإلا فعدم وقوع المقصود من العقود غير عزيز كالعقود الفاسدة، فالعمدة هي المخالفة للكلية السلبية، إذا العقد إنما يتقوم بالقصد ووقوع غير المقصود منه غير معقول، إلا أن من المعلوم أن قاعدة التبعية لا تقتضي وقوع غير المقصود، بل هو باق على حكم الأصل فيه، لا أنها تقتضي عدمه بحيث لو فرض ثبوته بدليل كان معارضا " لها ولو بنحو معارضة العموم والخصوص المطلق، بخلافه على الأول - وحينئذ فنقول: الواقع إما أن يكون مباينا " للمقصود أو يكون جزء منه والثاني إما: أن يكون جزء خارجيا " بأن يكون المقصود مركبا " خارجيا " والواقع جزء منه أو يكون جزء ذهنيا من مركب ذهني - وحينئذ - فإن كان الواقع مباينا " للمقصود، فلا ينافي ثبوته لو دل الدليل عليه، لما عرفت من عدم المعارضة بينه وبين مفاد القاعدة ومنه ثبوت ضمان بدل التالف بالمثل أو القيمة لعموم " على اليد " عند بطلان المسمى، وليس ذلك نقضا " لعموم القاعدة، ولا تخصيصا " له ونسبة الضمان بذلك إلى العقد عند بطلان المسمى لا يخلو من تسامح، إذ الموجب له إنما هو القبض عند العقد دون العقد نفسه، وإن كان جزء فإن كان خارجيا كان مقصودا " - ولو بالتبع لأن قصد الكل متضمن لقصد جميع أجزائه، ولذا صح بيع ما يملك من الدار وما لا يملك صفقة فيما يملك بالاتفاق وإن انجبر ضرر التبعض بالخيار، وليس إلا لكونه مقصودا " - ولو ضمنا - ضرورة أن بيع الدار ينحل إلى بيع كل جزء جزء منها، فلا نقض من جهته - أيضا " - وإن كان ذهنيا كالمعاملة المشروطة بشرط فاسد وبيع الموصوف الشخصي مع انتفاء الوصف، أمكن الحكم بالصحة مع انتفاء الشرط أو القيد

لو استفيد من الدليل تعدد المطلوب دون الوحدة. ولعل نظر من بنى على الصحة في نحو ذلك إليه وإن انجبر أيضا " بالخيار، لكن الشأن في ثبوت الصغرى، وهي كونه من التعدد في المطلوب وعليه، فذات المطلق أو المشروط مقصودة - أيضا " - ولو في ضمن المقيد ومنه يظهر أيضا عدم نقض القاعدة بذلك على القول به.

وأما النقض ببيع الغاصب لنفسه بناء على وقوعه للمالك مع إجازته كما عن كثير، فلعله أجنبي عن المرام، وليس نقضا على القاعدة أصلا لأن التبعية إنما هي بالنسبة إلى الأمور الداخلة في قوام العقد التي لا يتقوم بدون قصدها، فقصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن مفاد العقد، وقصد البيع لنفسه أو للمالك لا يضر في الأول، كما لا ينفع في الثاني، فإذا قاعدة (تبعية العقود للمقصود) قاعدة مستقيمة سليمة عما أورد عليها من النقوض المتقدمة شيخنا المرتضى في (مكاسبه).

إذا عرفت ذلك، فنقول: فيما نحن فيه أن الإباحة المجردة التي هي مفاد المعاطاة عند الأكثر يحتمل أن تكون من القسم الأول، وهو كون الواقع مباينا " للمقصود، غير أنه ثبت بالدليل الخاص من قيام السيرة القطعية عليه، ولكن يندفع بمنع قيامها على خصوص الإباحة المجردة - كما عرفت - أولا ولزوم كون الإباحة حينئذ شرعية مع ظهور كلماتهم في كونها مالكية - ثانيا " - وكون الإباحة حاصلة عند المعاطاة لا بها مع تصريحهم بأن المعاطاة تفيد الإباحة - ثالثا - ويحتمل أن تكون من ثاني قسمي الثاني من باب تعدد المطلوب بتقريب: إن المعاطاة تسليط للغير على ماله قاصدا به الملك، والتسليط المجرد عن الملك مفيد للإباحة بحكم العرف، ولا ينافي قصد التملك معه إن لم يكن مؤكدا " له، فهو قاصد للتمليك بما هو تسليط من الفعل وليست الإباحة المقصودة هي القسيمة للملك بل المجامعة معه التابعة له

المقصودة ضمنا وبالتبع إلا أنها باقية مع عدم الملك أيضا بناء على التعدد في المطلوب ويشهد لذلك ما ذكره في (المسالك) من قوله: " وإنما حصلت الإباحة باستلزام اعطاء كل منهما الآخر سلعته مسلطا " له عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات " انتهى.

ولا كذلك في العقود الفاسدة لعدم التسليط فيها لا بالقول ولا بالفعل أما القول فلأن الصيغة فيها لا تدل بمدلولها المطابقي إلا على التملك وإباحة التصرف قد يدعي أنها من الأحكام الشرعية المترتبة على الملك غير مقصودة للمالك بل هي مترتبة على الملك وإن قصد عدمها ولو سلم كونها مقصودة فهي مقيدة بالملكية بنحو الوحدة في المطلوب دون تعدده، فلا تسليط بالقول بوجه أصلا ". وأما الفعل وهو دفع العين إلى صاحبها، فإنما هو أداء لمالكها بالعقد ولو بزعمه الفاسد، فلا تسليط فيه على مال الدافع بقصد التملك للمدفع له، ضرورة أن الملكية المقصودة المتخيل وقوعها حاصلة بالعقد سابقة على الدفع المقصود به دفع ملك الغير إلى مالكه، لا تسليط للغير على ماله بقصد التملك له وهذا بخلاف المعاطاة فإن الملكية فيها متأخرة عن التسليط بالدفع طبعاً وإن اقترنت معه في الزمان.

توضيح الفرق بين المعاطاة والعقود الفاسدة مع تساويهما في قصد الملك وعدم انشاء مستقل للإباحة: هو أن تبعية الإباحة للتملك في العقد الفاسد كاد أن ينعكس أمرها في المعاطاة لسبق الملكية المفروضة على الدفع وعدم التسليط به لكونه من أداء المال إلى مالكه في العقد الفاسد وسبق التسليط على الملكية المقصودة بالذات في المعاطاة فالملكية فيها يوشك أن تكون تابعة للتسليط لا متبوعة له كما في العقد الفاسد، وبذلك ينقدح الوجه في تعقل التعدد في المطلوب في المعاطاة وعدم امكانه في العقد الفاسد: هذا أقصى ما يمكن أن يجاب به عن مخالفة قول المشهور لقاعدة التبعية

ولكن مع ذلك لا يخلو عن تأمل لما عرفت سابقا " من أن التسليط المقصود به التمليك في المعاطاة لا يبقى مع انتفاء الملك لذهاب الجنس بذهاب فصله، فالإباحة الضمنية للملك منتفية والقسيمة له غير مقصودة - أصلا - وليست الإباحة هنا كالمطلق المقيد بقيد أو المشروط بشرط حتى يمكن فيه فرض تعدد المطلوب، وإن هو إلا كالعقد الفاسد في وحدة المطلوب وإن فرض الفرق بينهما في سبق الملك على الفعل ولحوقه به.

اللهم إلا أن يتشبه للقول بإباحة التصرف بوجه آخر، وهو إحراز الرضا من المالك بالتصرف وإن لم يتحقق الملك بشاهد الحال الذي قد يدعي تحققه في خصوص المعاطاة المبنية على التسامح بخلاف العقود المبنية على المداقة من ضبط الألفاظ واجتماع الشروط وفقدان الموانع الكاشفة عن المداقة وعدم التسامح فيها، فاحراز الإذن بالتصرف - حينئذ - مع عدم سلامة المقصود من الملك - مفقود، ويكفي في صحة التصرف إحراز الرضا القلبي من المالك، وإن بطل العقد أو المعاطاة في إفادة المقصود من الملك. ويشهد لذلك قول العلامة في هبة (التحرير) بعد إن اعتبر الإيجاب والقبول فيها ما لفظه: " وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأتعمة؟ الأقرب عدمه نعم يجوز التصرف عملا بالإذن المستفاد من العادة ".

وأما الجواب عن الثاني وما فيه، فيظهر مما ذكرنا في الجواب عن الأول إذ القاعدة الثانية ليست هي بنفسها قاعدة مستقلة بل هي من فروع قاعدة (تبعية العقود للقصود) ضرورة أن الوجه في عدم إفادة العقود الفاسدة للإباحة إنما هو عدم كون الإباحة مقصودة إلا في ضمن الملكية على وجه التبعية والفرعية فمتى لم يقع الملزوم بمقتضى فساد العقد لا يقع ما كان لازما له متفرعا عليه أيضا، فلا يقتضي العقد جواز التصرف بل يبقى التصرف في مال الغير على حرمة الأصلية. وأما المخالفة للقاعدة الثالثة فلا

يكاد ينطبق معها قول الأكثر بوجه أصلا اللهم إلا بدعوى أن بطلان الضمان بالمسمى من حيث البدلية بين العينين في الملك لا يستلزم بطلان الضمان به من حيث بدلية التسليط بالتسليط بمعنى بدلية السلطنة التي له على ماله بالسلطنة على مال صاحبه وكذا لصاحبه بالعكس، وليست الإباحة المجردة على القول بها إباحة مجانية، بل هي إباحة بعوض إباحة وسلطنة بإزاء سلطنة مع صحة البدلية المذكورة، وتمايمتها هنا في مقام البدلية، وإن لم تتم البدلية بين العينين، ومن المعلوم جواز الرجوع بأحد البدلين وانتزاع السلطنة من صاحبه على ماله موقوف على ارجاع بدله المتعذر عند تلف العين التي هي بمنزلة الموضوع لتلك السلطنة، والتبديل عنه بالسلطنة على المثل أو القيمة تبديل بديل آخر غير بدله المسمى الذي تمت بدليته. ولعله هو مراد من استدلال على اللزوم بالتلف من أهل هذا القول بعدم امکان التراد معه.

هذا ولكن الدعوى المذكورة على عهدة مدعيها والمسألة عندي بعد لا تخلو عن اشكال.

ومما ذكرنا ظهر مستند قول العلامة في (النهاية) وهو قوي، لولا قيام الاجماع بقسميه على إباحة التصرف، وعدم جواز الرجوع عند التلف ونحوه، وكذا مستند القول بالإباحة إلا فيما يتوقف على الملك كما تقدم عن حواشي الشهيد. ولكن الأقوى من الأقوال المتقدمة، هو القول بإفادتها الملك المتزلزل، ويستقر بالتلف وما بحكمه - كما عليه الكركي وجماعة ممن تأخر عنه - بل وهو ظاهر العلامة في (التحرير) حيث قال: " والأقوى عندي إن المعاوضة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية لظهور نفي اللزوم في ثبوت الملك مع ظهور التعبير بفسخ المعاوضة فيه أيضا "، ووجهه يتضح بعد بيان مقدمة متكفلة لبيان معنى الملك ومراتب الملكية.

فنقول: إن من الأعراض ما لا يكون الخارج ظرفاً لعروضه بل هو ظرف للاتصاف به وهذا هو المعبر عنه بالاعتباري ووجوده إنما هو بوجود منشأ انتزاعه على نحو ينتزع هذا العرض منه فمن ذلك المالية، فإنها قد تدور مدار ما في الشيء من الجهات الذاتية أو من الجهات الخارجية ولو بجعل جاعل بحيث يتعلق به ولو من تلك الجهة أغراض عموم الناس، ويبدلون بإزائه الأموال، ولا يعتبر في المنشأ كونه ذاتياً " للشيء وصفة من أوصافه الذاتية كالجواهر والمعادن وأمثال ذلك، بل المدار في تحقق المالية للشيء تعلق أغراض الناس عموماً " به والسعي في تحصيله لنيل الأغراض المقصودة منه، ولو كان المنشأ أمراً " خارجياً "، ولعل من ذلك ما هو المتعارف في عصرنا من جعل السلاطين الأوراق المطبوعة المعبر عنها بالنوط والاسكناس المعدودة بحكم الأثمان في إجراء المعاملات بها فيما بينهم كالنقود المسكوكة فإن لها من حيث هي كذلك مالية متعلقة بها أغراض عموم العقلاء ولو كان ذلك بجعل السلاطين دون جهة في ذاتها ويحتمل قويا أن يكون حكم تلك الأوراق حكم (البروات والسجلات) فإنها لا مالية لها بنفسها وإنما مطلوبيتها ليست إلا لكونها وسيلة إلى تحصيل مال آخر وكم من فرق واضح بين كونها مالا وبين كونها وسيلة إلى تحصيل مال آخر وثمرات مرتبة عليه، ومن ذلك الملكية أيضا وهي ربط خاص بين المالك والمملوك موجب لسلطنته عليه أو نفس السلطنة الحاصلة له عليه، فبين المالية والملكية بحسب المورد عموم وخصوص من وجه، يفترق الأول عن الثاني في الأموال المباحة، والثاني عن الأول في مثل الحبة من الحنطة، فإنها لا مالية لها مع بقائها على الملكية.

ثم إن للملكية بحسب اختلافها قوة وضعفا " مراتب ثلاث، أضعفها ملكية الانتفاع، وأقوى منها ملك المنفعة، وأقوى منهما ملك الرقبة لأن

السلطنة إنما تتعلق بالعين غير أنها إن أحاطت بجميع جهاتها عبر عنها اصطلاحاً بملك الرقبة وملك العين، وإن اختصت بجهة من جهاتها مع الاستقلالية فيها من تلك الجهة عبر عنها كذلك بملك المنفعة لاختصاص تلك السلطنة بها من تلك الجهة الخاصة فالعين المستأجرة مملوكة للمستأجر من حيث تلك المنفعة، وإن كانت مملوكة للمؤجر بالملكية التامة، وإن كانت لا مع الاستقلالية فيها عبر عنها بملك الانتفاع كحق المارة والصلاة في الأراضي المتسعة مما كانت الإباحة فيه شرعية، فإن العين فيها مملوكة للمباح له من جهة الانتفاع الخاص بها، لا أن الانتفاع مملوك في الحقيقة وإن وقع التعبير بذلك اصطلاحاً، أو كانت مالكية كالعارية فإن العين المستعارة مملوكة للمستعير من جهة المنفعة المباحة له بالملكية الضعيفة التي لا ينافيها كونها مملوكة للمعير بالملكية التامة، وللاستقلالية في السلطنة الخاصة وعدمها افتردت في جواز النقل وعدمه ملكية المنفعة عن ملكية الانتفاع وبذلك دخل وطئ الأمة المحللة في ملك اليمين إذ ليس من التزويج قطعاً " مع الحصر في قوله تعالى: " إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم " بل الزوجة أيضاً مملوكة للزوج من جهة الانتفاع ببضعها، وإن وقع التعبير عنه بملك البضع، إلا أن المقصود ملكيتها من جهة الانتفاع بالبضع، فلا تنافي الحرية، وإلا فلا معنى لملكية نفس البضع ويحتمل أن تكون ملكية البضع من قبيل ملكية المنفعة، وإن فارقته في بعض الآثار كعدم جواز النقل فأشبهت ملك الانتفاع لأن الملكية تدور مدار عنوان الزوجية الحاصلة بالعقد، فالزوجة واسطة العروض يدور مدارها وجوداً " وعدمها "، بخلاف المستأجر فإنه محل للملكية الحاصل بالعقد يمكن فيه النقل والانتقال.

هذا ولا ينافي السلطنة القوية البالغة للمرتبة القسوى من الملكية: عدم نفوذها لمانع من أسباب التحجير كالصغر والسفه ونحو ذلك، كما لا ينافي

تماميتها في مرحلة الملكية القوية نقصانها من جهة أخرى كالشركة التي معناها ملك كل من الشريكين أو الشركاء كل المال ملكية ناقصة بالنسبة إلى التمام وانبساطها على الكل بحيث لو تم نقصانها من هذه الجهة بالقسمة عبر عنه بأحد الكسور التسعة، كالنصف والثلث، وغير ذلك من غير حدوث ملكية جديدة، وليس النقصان إلا من جهة المتعلق وهو الكل والنسبة إليه، ولذا كانت قسمة المشاع عندنا إفراز حق وتمييز حصص كما طفحت بذلك عباراتهم في تعريفها خلافا للعامة حيث ذهبوا إلى أن القسمة معاوضة لانتقال شطر من حصة كل من الشريكين مثلا إلى الآخر بعوض ما انتقل منه إليه، وهذا هو الوجه للتخلص عن الاشكال الوارد على تعريف القسمة عندنا، وإنها ليست بمعاوضة، لا ما ذكروا له من الوجوه المقررة في محله (*).

* توضيح الاشكال وحله، هو أن قسمة المشاع مطلقا - ولو الغير المشتمل منها على الرد لا تنفك عن تحقق المعاوضة فيها لأن بها تختص الحصة بأحدهما بعد إن كانت مشاعة بينهما مملوكة لكل منهما بعوض ما انتقل منه إلى شريكه، وهل المعاوضة إلا ما كان كذلك مع أن الأصحاب عرفوها بأنها تمييز الحصص وافرازها لا معاوضة لهم المشتملة منها على الرد لا تنفك عن المعاوضة بين المردود وعوضه.

وقد تصدى بعض للجواب عنه بما يرجع ملخصه إلى أن معنى الشركة في المال بالإشاعة هو أن لكل من الشريكين نصفه مثلا على وجه البدلية فالمملوك لكل منهما النصف الكلي على وجه ينطبق على أفراد الانصاف المتصورة له بحسب اختلاف الأجزاء والكيفية، فالصبرة المشاعة بين الاثنين بالسوية مثلا تختلف قسمتها نصفين كيفية بحسب اختلاف أجزائها تبديلا وتتكرر أفراد الانصاف بحسب ذلك الاختلاف، فالمملوك لكل منهما كلي النصف المنطبق على كل واحد من تلك الانصاف انطباق الكلي على الفرد

وكيف كان إذا تبين ذلك ظهر لك إن الإباحة المطلقة من جميع وجوه التصرف التي هي مفاد المعاطاة عند الأكثر ترادف الملكية التي تجامع عدم اللزوم وجواز الرجوع من آثار بقاء العلقة للمالك الذي قد يقال هو مقتضى الأصل عند الشك فيه، لا ما قيل: من أن الأصل يقتضي اللزوم في الملك، فتأمل. غير أن من صرح بعدم الملك مع ذلك فمقصوده الملك اللزومي الذي لا يجوز فيه الرجوع دون مطلق الملكية ومن ذلك قولهم عليهم السلام: " ما هو لنا فقد أبحناه لشيئتنا " ولذا صح جميع التصرفات فيه حتى

فالمقبوض بالقسمة هو مصداق ما كان مملوكا له من الكلي، غير أنه تعين بعد إن كان لا على التعيين وهو معنى القسمة المفسرة بتعيين الحصص أيضا وفيه مع أن ذلك ينافي الشركة بالإشاعة إذ الإشاعة في الكل لا بد وإن تنتهي أجزائه إلى الجزء اللا يتجزأ بناء على وجوده فذلك الجزء أما أن يكون لهما أو لأحدهما أو لا لهما ولا لأحدهما، لا سبيل إلى الأخيرين لمنافتهما الملكية والشركة في الملكية، فتعين الأول وحينئذ لا نصف له حتى يملك النصف منه والنصف الموهوم بناء على عدم وجوده لا تتعلق به الملكية. أن ذلك يستلزم أن يختص كل واحد من النصفين المفروضين لا على التعيين بأحدهما دون الآخر وكذا للآخر النصف الآخر كذلك وهو ينافي الإشاعة التي معناها الشركة وعدم الاختصاص في كل ما يفرض جزء. وآخر قد تصدى له بوجه آخر وهو أن الإشاعة من أشاع بمعنى انتشر ومعناه إن الملكية منتشرة في جميع أجزاء المال بحيث لو جزأت الكل فلا بد أن تنتهي أجزائه إلى الجزء اللا يتجزأ بناء على وجوده متعلقة به ملكية واحدة قائمة بالشريكين فلكل منهما نصف الملكية لا ملكية النصف إذ لا نصف له بالفرض حتى يكون مملوكا وليس الكل إلا عين تلك الأجزاء مجتمعة ولا فرق في الملكية بين ملكية الكل وملكية الجزء لأن التفريق والاجتماع لا يوجبان

المتوقفة على الملك، بل ملك الشيعة لما أباحوه لهم كالجواري المغنومة بالغزو
بغير إذن الإمام، بناء على الأقوى: من كونها من الأنفال، وخمسهم
في المغنومة بنحو الغيلة والسرقه كاد أن يكون من الضروريات، وليس إلا
لليد على ما أباحه المالك إباحتها مطلقه كما ستعرف.
ومنه أيضا الإباحتها المستفادة ولو بالقرائن من إعراض المالك عموما "

الفرق في معنى الملكية، وأما بناء على عدم وجوده فما كان دونه فهو
موجود وهمي لا تتعلق به الملكية وقسمته قسمة وهمية وتلك الأجزاء الوهمية
يفرض اجتماعها حتى إذا بلغت جوهر الفرد تعلقت به الملكية، وحينئذ
فيجري فيه الكلام المتقدم، وعليه فمعنى الشركة هو ملكية واحدة متعلقة
بالمال قائمة بالشريكين بمنزلة مالك واحد.
وفيه بعد تسليم فرض معنى لنصف الملكية أنه لا يجدي ذلك فرقا في
تحقق المعاوضة بين نصف الملكية وملكية النصف لتحقيق التبديل فيهما معا "
اللهم إلا أن يرجع ولو بتكلف إلى ما نذكر.
فالأحسن في الجواب هو أن يقال إن الملكية في الشركة وإن كانت
تامة في مرحلة نفسها قوية في مرتبتها لكنها ناقصة من جهة نسبتها إلى تمام
المال بحيث لو تمت من هذه الجهة لكانت كسرا " من الكسور، وعليه فكل
واحد من الشركاء مالك لتمام المال ملكا ناقصا يعبر عنه بالكسور كالنصف
والثلث مثلا، والغرض أن هذا الناقص على تقدير التمامية نصف أو ثلث
والقسمة عبارة عن تميم الملك في جزء خاص فملك رقبة المال مرتبة من
السلطنة لا نقص فيها مطلقا والضعف الذي في الشركة ليس في نفس المرتبة
وإنما هو في تعلقها بتمام المال ولهذا تتم بالقسمة مع أن المالك لم يتغير ولم
يحدث بالقسمة سلطنة جديدة والجوهر الفرد غايته لا تتم فيه الملكية من جهة
الضعف الحاصل من الشركة لعدم إمكان القسمة فيه فافهم واغتنم (منه عفي عنه)

أو خصوصا " كئثار العرس فإنه يملكه الأخذ باليد بعد إعراض المالك عنه.
وحيث انجر الكلام إلى مسألة الاعراض، فلا بأس بالتعرض لها
بيان حكمه ولو بنحو الاجمال.

فنقول: الاعراض بما هو إعراض حيثما يتحقق ويوجد هل يكون
سببا " لخروج المال عن ملك المعرض، وبعبارة أخرى: هل يخرج المعرض
عنه بمجرد الاعراض عن ملك المعرض أم لا؟ وعلى الثاني: فهل يملك
بالقبض ووضع اليد عليه مع كونه معرضا عنه أم لا؟ وعلى الثاني
فهل يجوز للأخذ بالتصرف فيه مطلقا " أم لا كذلك، أو يفصل بين
التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع ونحوه وغير المتوقفة عليه؟ احتمالات،
بل لعلها أقوال ذهب إلى الأول جماعة منهم الشيخ في محكى المبسوط والقمي
في (أجوبة مسائله) بل في (الكفاية) نسبته إلى الأشهر، حيث قال
" ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه إذا لم ينو قطع ملكه عنه
وإن نوى ذلك، ففي خروجه عن ملكه قولان: أشهرهما الأول ولعله
الأقرب " .. " انتهى كلامه. وذهب غير واحد إلى بقاء الملك وعدم
الخروج عنه بمجرد الاعراض بل في (المسالك) نسبه إلى الأكثر حيث
قال في مسألة ما لو أطلق الصيد ما لفظه " وإن قطع نيته عن ملكه، ففي
خروجه عنه وجهان: أحدهما وهو الذي اختاره المصنف والأكثر
عدمه لأنه ملك. وزواله يتوقف على أسباب شرعية، فلا يحصل بمجرد
الإرادة، والاعراض عن الملك لم يثبت شرعا أنه من الأسباب الناقلة عنه
والقول بخروجه بذلك عن ملكه للشيخ في (المبسوط) " وقال أيضا في مسألة
غرق السفينة " والأصح أن جواز أخذ ما يتخلف مشروط باعراض مالكة
عنه مطلقا "، ومعه يكون إباحة لآخذه ولا يحل أخذه بدون الاعراض مطلقا
عملا بالأصل " انتهى.

ووجه القول بجواز التصرف، هو ظهور حال المعرض في الرضا به وقيام شاهد الحال عليه، ووجه التفصيل هو توقف تلك التصرفات على الملك المفروض عدمه في المقام، ووجه المنع مطلقا عدم الملك وعدم إحراز الإباحة المتوقفة على إنشائها منه، مع منع قيام شاهد الحال عليه على وجه الكلية مع اقتضاء الأصل لعدم في الجميع عند الشك فيه. والأظهر عندي عدم الخروج عن الملك بمجرد الاعراض، ولكن يملك بالقبض ووضع اليد عليه بقصد التملك: أما الأول، فلعدم الدليل على خروجه من الملك بمجرد الاعراض إذ الخروج عنه كالدخول فيه متوقف على سبب شرعي، ولم يقد دليل على سببية الاعراض له، مع أن مقتضى الأصل هو البقاء على الملكية، وأما الثاني وهو التملك بالقبض فلصيرورة المعرض عنه بالاعراض ورفع اليد عنه بحكم المباح، فيدخل تحت عموم " من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد " الحديث (١) وقوله عليه السلام: " ليد ما أخذت وللعين ما رأت " (٢) خرج عنه الملك الغير المعرض عنه والمزاحم فيه المالك فتأمل، فيبقي الباقي تحت العموم، فاليد سبب للملك ما لم يسبق بيد وملكية مزاحمة، سواء كان المال الموضوعه عليه اليد من المباحات الأصلية أو ما هو بحكمها، مضافا " إلى صحيحة عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه

(١) سبق الكلام على هذا الحديث النبوي في الجزء الأول من هذا الكتاب
(٢) في خبر السكوني: في رجل أبصر طائرا فتبعه حتى سقط على شجرة فجاء رجل آخر فأخذه فقال أمير المؤمنين (ع) للعين ما رأت واليد ما أخذت (كذا في الجواهر) هذا وفي استفادة سببية اليد لملكية ما أخذته من هذه الفقرة من الخبر بنحو الإيجاب الكلي وكون ذلك بنحو القاعدة تأمل، فإنه مضافا " إلى خروج ما خرج منها يمكن كون الحكم المذكور منه عليه السلام من قبيل الحكم في واقعة خاصة لا عموم فيها، ولعله لذا أمر بالتأمل.

السلام قال: " من أصاب مالا أو بغيرا " في فلاة من الأرض قد كلت وأقامت وسيبها صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها، وإنما هي مثل الشيء المباح " وليس المماثلة في الخروج عن الملكية، بل مثله في التملك بالقبض وذكر البعير على جهة المثال سيما مع عطفه على المال. وإلى رواية الشعيري قال: " سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر وفيها مال فأخرج بعضه بالغوص، وأخرج البحر بعض ما غرق فيها؟ فقال: أما ما أخرجه البحر، فهو لأهله الله أخرجه لهم، وأما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم أحق به " وقال في (السرائر) بعد ذكر الرواية " قال محمد بن إدريس: وجه الفقه في هذا الحديث: إن ما أخرجه البحر، فهو لأصحابه، وما تركوه آيسين منه، فهو لمن وجده وغاص عليه لأنه صار بمنزلة المباح، ومثله من ترك بغيره من جهد من غير كالأ ولا ماء، فهو لمن أخذه، لأنه خلاه آيسا " منه ورفع يده عنه فصار مباحا "، وليس هذا قياسا " لأن مذهبنا ترك القياس، وإنما هذا على جهة المثال والمرجع فيه إلى الاجماع، وتواتر النصوص، دون القياس والاجتهاد وعلى الخبرين اجماع أصحابنا منعقد.

قلت: تنزيل الرواية على تحقق الاعراض عن البعض باليأس - وهو ما أخرج بالغوص وعدمه في البعض الآخر وهو ما أخرجه البحر كما يظهر من عبارة السرائر تفكيك ركبك. وحينئذ تشكل الرواية لأن الاعراض: إن كان متحققا "، فما أخرجه البحر كما أخرج بالغوص يملكه من سبق إليه، وإلا فما أخرج بالغوص أيضا لملكه، وحملها على إرادة المال للمالك في صورتين، والتفصيل إنما هو في المخرج، والمقابلة بين ما أخرجه الغواص لهم وما أخرجه الله كما احتمله في (الجواهر) ضعيف جدا ". فالأولى عندي بل هو المتعين حمل الرواية على الغالب من حصول الاعراض بالغرق وصرورة المال بعده بحكم المباح، يملكه من سبق إليه ولذا

ما أخرج بالغوص ملكه الغواص، غير أن ما أخرجه البحر لم يحرز بقاء الاعراض مع كونه ملقى في الساحل، بل الظاهر رجوعه عنه، فلا يملكه من سبق إليه لخروجه عن حكم المباح عند وضع اليد عليه، وهو شرط في التملك باليد ويكفي في التوقف الشك فيه بعد منع جريان الاستصحاب في المقام (١) ويؤيد ما ذكرنا من التملك باليد رواية علي بن ميمون الصايغ، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب، فأبيعه، فما أصنع به؟ قال: " تصدق به، فإما لك أو لأهله " الخبر. ومثله خبره الآخر: " سألته عن تراب الصواغين وإنا نبيعه؟ قال: أما تستطيع أن تستحله من صاحبه؟ قال قلت لا إذا أخبرته اتهمني، قال: بعه، قلت: فبأي شيء نبيعه؟ قال بطعام، قلت فأي شيء نصنع به؟ قال تصدق به: إما لك أو لأهله " بناء على إرادة (إما) هو لك بالاعراض فالصدقة بملكك أو لصاحبه، فالصدقة بملكه والأمر بالصدقة أخذ بأطراف الاحتياط، وتضمن الأخير لما لا يقول به أحد: من تسويغ خوف التهمة للتصدق بمعلوم المالك لا يضر في الاستدلال بفقرته الأخرى: وأما على إرادة: لك ثواب الصدقة لو ظهر المالك ولم يرض بها، أو هو له لو رضى بها كما هو أحد الاحتمالين فيهما بل لعله الظاهر منهما - فهي أجنبية عن مسألة الاعراض، وضعف سند خبر الشعيري، منجبر بما تقدم من كلام الحلبي (في السرائر). وكيف كان، فالأظهر هو التملك باليد مطلقا " سواء كان الاعراض اختياريا " أو قهريا. كما في صورة اليأس، وفي المحقرات وغيرها، والقول به في خصوص الاعراض القهري أو في المحقرات بالخصوص. تفصيل من

(١) فإن موضوع تملك ذي اليد لمال الغير كونه معرضا عنه ومباحا " من مالكه عند وضع اليد عليه واستصحاب بقاء الاعراض منه وعدم رجوعه عنه لا يثبت به موضوع التملك.

غير دليل. ولعل نظر من اقتصر في الحكم على الأخير إلى دعوى عدم
الدليل على تملك المعرض عنه إلا السيرة الممنوع قيامها إلا في المحقرات
كجالات الأنعام والسنابل المتخلفة من الزرع وحطب المسافرين ونحو ذلك من
المحقرات التي يعاملون مع ملتقطها معاملة المالك من البيع والشراء. وفيه ما عرفت
من قيام الدليل عليه من النصوص المعتضدة بدعوى الاجماع المتقدم من السرائر
عليه نعم، يتحقق الاعراض فيهما - غالبا - " - فاليأس أو الحقارة محقق لموضوع
الاعراض غالبا لا شرط في حكمه فافهم.

هذا ولو نوى المعرض الرجوع عن اعراضه فيما أن يكون ذلك قبل
قبض الغير له أو بعده، وعلى التقديرين، فيما أن نقول بخروجه عن ملك
المعرض بالاعراض أو لا، وعليه فيما أن نقول بتملك الغير بالقبض أو لا
وإن جاز التصرف فيه، فإن نواه قبل القبض وقلنا بالخروج لم يرجع إلى
ملكه بالنية، لأن الدخول فيه متوقف على سبب كالقبض مفقود في المقام
بالفرض، فلو تسابق المعرض وغيره على قبضه فهو لمن سبق إليه بالقبض
بلا اشكال، كما لا اشكال في جواز الرجوع عليه مع بقاء العين وإن قبضه
الآخر بناء على بقاءه في ملكه وعدم تملك الغير له بالقبض. وأما بناء
على التملك به فإن كان الرجوع قبله، فلا اشكال أيضا في عدم تملك
القباض له لأن المدار في التملك بالقبض على كون المال بحكم المباح عند
القبض ووضع اليد عليه حتى يكون المحل قابلا لتأثير اليد فيه بالملكية،
ولعله تشعر به بل ترشد إليه رواية الشعيري المتقدمة الحاكمة بأن ما أخرجه
البحر فهو لأصحابه، بناء على ما ذكرنا من رجوع المعرض عن الاعراض
حينئذ بحكم العادة.

وأما لو نوى الرجوع بعد قبض الغير له بناء على التملك به، ففي
جواز الرجوع على العين مع بقائها وعدمه وجهان: قد يقال: إنهما مبنيان

على أن الأصل في الملك هل هو اللزوم أو الجواز (١) ذهب إلى الأول جماعة، منهم (شيخنا المرتضى) في مكاسبه ونظره مضافاً إلى كفاية استصحاب الكلّي بالنسبة إلى الآثار المترتبة عليه لو سلم كون الاختلاف باللزوم والجواز من الاختلاف في ماهية الملك، وحقيقته أن جواز الرجوع وعدمه باعتبار حكم الشارع له بذلك ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك.

(١) توضيح ذلك: أن المختار لجماعة من الأصحاب، - ومنهم شيخنا الأنصاري - كون الأصل العملي في الملك اللزوم، وذهب سيدنا المصنف - قدس سره - إلى أن الأصل فيه الجواز حتى يقوم دليل على اللزوم. ومنشأ الخلاف: هو أن اللزوم والجواز منوعان للملك، فالملكية اللازمة حقيقة، والجائزة حقيقة أخرى. أو إن الملك حقيقة واحدة، واللزوم والجواز حكمان يعرضان لسببه، فالبيع المجعول فيه الخيار بالأصل أو بالشرط جائز جوازا " حقيقاً " بمعنى إن الشارع المقدس بدليل الخيار أو دليل الشرط جعل أمر العقد إقراراً " وفسخاً " بيد العاقد مثلاً، وحقاً " من حقوقه، إن شاء أقره وإن شاء فسخه، والهبة المجانية لغير ذي الرحم جائزة جوازا " حكمياً " لحكم الشارع بجواز الرجوع فيها، بخلاف الهبة لذي الرحم أو المشروط فيها العوض، فإنها لازمة لا يجوز الرجوع فيها، فاللزوم والجواز حكمان شرعيان مجعولان لسبب الملك، فإذا تحقق وشك في زواله للشك في أن سببه المقتضى له مما يجوز فسخه والرجوع فيه، فمقتضى الاستصحاب وابقاء ما كان على ما كان هو الحكم ببقاء ما تحقق من الملك وعدم تأثير رجوع مالكة السابق المنتقل منه الملك حتى يعلم أن سببه مما يجوز فسخه والرجوع به. وبالجملة، فالمدعي أن الملكية العرفية والجدّة الاعتبارية لها حقيقة

وأنت خبير بأن دعوى أصالة اللزوم في الملك بمعنى استصحابه للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي لا تتم بناء على اختلاف حقيقة الملك

واحدة، وهي إضافة خاصة وعلقة تامة بين المالك والمملوك حاصلة بأحد أسبابها الشرعية، وهذه الإضافة إذا انتقلت من شخص إلى آخر بأحد أسباب النقل تنقطع بكلها عن الأول وتثبت للثاني.

فما يذكره سيدنا - رحمه الله - فيما سيأتي من كلامه في تقريب ما يختاره من أصالة الجواز وعدم اللزوم من قوله: " بل الأصل يقتضي بقاء العلقه للمالك الأصلي، وإن انتقل الملك عنه " إن أراد بها العلقه المالكية كما يظهر من جعل استصحابها حاكما على استصحاب الملك للمالك الثاني، فهو غير واضح، فإن منشأ اتصاف الملك باللزوم أو الجواز هو حكم الشارع على بعض أسبابه بجواز الرجوع به جوازا " حكما " أو حقا ":

وعليه فلو ثبت الجواز الحكمي أو الحقي بمعنى الخيار، فدليله يكون حاكما على أصالة اللزوم أي استصحاب الملك عند الشك في زواله وارتفاعه كما أن دليل الخيار مخصص لعموم " أوفوا بالعقود ".

وأما مع الشك في الجواز، فمقتضى الأصل في الملك اللزوم، سواء كانت الشبهة حكمية أم موضوعية.

والحاصل، إن مناقشة سيدنا المصنف أصالة اللزوم في الملك مرجعها أحد أمرين:

أما كون الملك اللازم مبائنا " للجائز حقيقة وأنهما حقيقتان فإذا كانا كذلك لا وجه لجريان استصحاب الملك بعد رجوع المالك الأصلي به، فإنه يدور المستصحب بين كونه مقطوع الارتفاع إن كان الملك هو الجائز، وبين كونه مشكوك الحدوث إن كان هو اللازم. وفي مثله لا يجري الاستصحاب.

بحسب اللزوم والجواز، مع منع جريان الاستصحاب في القدر المشترك بينهما
فثبوت الأصل يتوقف على أحد أمرين: إما ثبوت الوحدة في ماهية الملك
أو جريان الاستصحاب في الكلّي لو فرض تعددها.
مع أن كلا منهما في حيز المنع:

والمناقشة الثانية: هي أنه لو فرض جريان استصحاب الملك في نفسه
لكن استصحاب بقاء علقه المالك الأصلي الذي هو استصحاب سببي يحكم
عليه.

هذا ولكن الظاهر عدم تمامية المناقشتين:

أما الأولى فلما ذكرنا من أن اللزوم والجواز ليسا منوعين للملك بل هما
حكمان شرعيان يعرضان لسبب الملك. وعليه فلو شككنا في سبب من أسباب
الملك. أنه محكوم شرعا باللزوم أو الجواز لشبهة حكمية أو موضوعية، يكون الشك
المذكور منشأ للشك في بقاء الملك للمالك الثاني أو ارتفاعه بعد رجوع المالك الأول
فيستصحب الملك ويحكم ببقائه للثاني، والشاهد على كون اللزوم والجواز من أحكام
السبب لا من خصوصيات المسبب، هو أن تخصص الملك بإحدى الخصوصيتين:
إن كان المدار فيه انشاء المنشئ بحيث إذا قصد بانشاءه الملك كونه لازما يكون
لازما " ولو قصد كونه جائزا "، يكون جائزا "، فهما تابعان لقصد المنشئ
وعليه فلو قصد في الهبة لذي الرحم أو المعوضة الجواز تكون جائزة، وفي الهبة
المجانية لغير ذي الرحم لو قصد لزومها تكون لازمة، فهو واضح البطلان
وإن كان التخصص بإحدى الخصوصيتين بجعل من الشارع بأن قيد المنشأ
في كل مورد بإحدى الخصوصيتين كأن أخذ اللزوم في الهبة لذي الرحم
مثلا قيذا " في الملك، والجواز في الهبة لغير ذي الرحم قيذا " له، وعليه
فلا بد للمنشئ أن يقصد المنشأ بتلك الخصوصية حيث أنها حينئذ من القيود
المقومة للمنشأ لا بد من قصدتها عند الانشاء، فلو أهملها وقصد الملك المطلق

أما الأول فقد يقال: إن أسباب الملك مختلفة بحسب الماهية والحقيقة واختلاف ماهية السبب موجب لاختلاف ماهية المسبب أما الصغرى فوجدانية لما نرى من اختلاف سبب الملك اللازم والملك الجائز كالبيع والهبة بحسب الماهية والحقيقة، وأما الكبرى فلأنه يستحيل أن تكون ماهية واحدة مسببة عن ماهيتين مختلفتين إلا أن يكون بينهما قدر جامع يكون هو السبب لما هو المعلوم من اعتبار الارتباط والسنخية بين العلة والمعلول فالملكية اللازمة

ولم يقيده باللازم أو الجائز، فمقتضاه بطلان انشائه إذ لم يكن قاصدا إحدى الحقيقتين والخصوصيتين، ولا يمكن الالتزام بذلك، فإن الوجدان أصدق شاهد على أن المنشئ في التمليكات معاوضية كانت أو مجانية لازمة كانت أو جائزة، حكما كان الجواز أو حقا لا يقصد سوى التمليك المعاوضي أو المجاني على اختلاف فيها ولا يقصد لزوما ولا جوازا. كما أن المناقشة الثانية لأصالة اللزوم في الملك وهي كون استصحاب بقاء الملك بعد رجوع مالكة الأصلي محكوما باستصحاب بقاء العلة للمالك الأصلي لأن الشك في بقاء الملك للمالك الثاني بعد رجوع المالك الأول مسبب عن الشك في بقاء علة المالك الأول فيما انتقل منه إليه، فمقتضى استصحاب بقاء علقته زوال ملكية الثاني بعد رجوع الأول لكون الاستصحاب السببي حاكما على الاستصحاب المسببي. مدفوعة بما ذكرناه سابقا: من أن العلة المالكية للمالك الأول والإضافة التي كانت له بالنسبة إلى ما انتقل منه قد انقطعت بالانتقال إلى الثاني، وعلقة أخرى حكمية أم حقية مرجعها جواز رجوعه بما انتقل منه، وإعادة إلى ملكه على فرض وجودها فإنما تحدث بعد الانتقال وانقطاع الأولى، إذ لا معنى لوجودها حين وجود الأولى كما لا يخفى وهي مشكوكة الحدوث، والأصل عدمها، فلا حاكم على أصالة اللزوم.

والجائزة مختلفتان نوعاً أو صنفاً بسبب اختلاف أسبابهما كذلك، ولا يجدي التعدد الفردي في رفع الاستحالة المذكورة، لأن الخصوصيات الفردية غير مأخوذة في حقيقة المسبب بعد إن كان السبب سبباً للطبيعة الكلية، فالملكية الحاصلة من البيع مثلاً طبيعة واحدة، وإن تعددت أفرادها بحسب تعدد أفراد البيع. وكذا الملكية الحاصلة من الهبة طبيعة واحدة، وإن تعددت أفرادها بحسب تعدد أفراد الهبة، فليس تعددها إلا تعدداً بحسب الأفراد، بخلاف الطبيعتين المزبورتين المختلفتين بحسب النوع أو الصنف دون الفردية نعم قد يجدي تعدد المسبب فرداً في الأحكام التكليفية كما في وجوب سجدة السهو للكلام والسلام وغيرهما من أسباب وجوبهما، فإنها تتعدد بتعدد أسبابها الموجبة لها مع كونها في الجميع ماهية واحدة. ودعوى وجود القدر الجامع بين الأسباب المختلفة وهو السبب في تحقق المسبب فمع أنها ممنوعة بل الأصل عدمه، لا بد من احرازه حتى يحكم باتحاد المسبب ليجري الاستصحاب فيه عند الشك في بقاءه نعم إذا علم اتحاد طبيعة المسبب من الخارج كشف ذلك عن وجود الجامع بين أسبابه المختلفة كالملك المسبب عن البيع والصلح ونحوهما أو يقال بتقريب آخر، وهو أن اللزوم والجواز من آثار الملك أو من أحكامه ضرورة انقسام الملك شرعاً إلى الجائز واللازم واختلاف الأثر أو الحكم كاشف عن اختلاف المؤثر أو الموضوع، والفرق بين التقريبيين: إن اللزوم والجواز بأنفسهما من الشخصات النوعية بمعنى إن اختلاف الملك نوعاً أو صنفاً بنفس اللزوم والجواز على الأول، وكاشف عن وجود ما به يختلفان نوعاً بحسب الواقع من غير جهة اللزوم والجواز على الثاني، ضرورة أن أثر الشيء أو حكمه لا يوجب تمييزه نوعاً إلا بحسب الاعتبار والانتزاع اللهم إلا أن يدفع الأخير بمنع كونهما من أثر الملك أو حكمه وإن اتصف بهما مسامحة، بل هما - أي

اللزوم والجواز - أثر العقد الذي هو سبب الملك أو حكمه فيرجع حينئذ إلى التقريب الأول. هذا مع امكان أن يقال: إن اختلاف الملك باللزوم والجواز من الاختلاف في مرتبة الملكية شدة وضعفا، فللملكية مرتبتان أضعفهما الملكية الجائزة وأقواهما الملكية اللازمة.

وأما الثاني أعني استصحاب الكلّي، فقد يقال بالمنع منه مطلقا من غير فرق بين ما كان الشك فيه في المقتضى كالحيوان المردد بين ما كان يعيش سنة مثلا وما لا يعيش إلا يوما، أو كان الشك في قدح العارض مع اقتضائه البقاء لولاه كالحادث المردد بين ما لا يزول إلا بالغسل وما يزول بالوضوء إذا توضعاً بعده، والمقام من قبيل الثاني، إذ الملكية مقتضاها البقاء ووجه المنع عنه مطلقا: أنه لا بد في الاستصحاب من يقين سابق وشك لاحق موجودين عند جريانه، وليس في المقام، إذ الكلّي مررد بين فردين أحدهما معلوم البقاء على تقدير حدوثه، والآخر مع كونه مشكوك الحدوث معلوم الزوال على تقديره، والمفروض عدم وجود الكلّي في ضمن فرد ثالث إلا أن الانصاف إن الكلّي من حيث هو كلي ومشارك متيقن الحدوث مشكوك البقاء ولو من جهة التردد بين الفردين، فلا مانع من استصحابه وترتب آثاره الشرعية عليه وإن كان لا يثبت به خصوص أحد الفردين لأنه من الأصل المثبت ففي ما نحن فيه بعد الرجوع يستصحب كلي الملك الذي أثره جواز تصرف من أنتقل إليه، ضرورة أن جواز التصرف من آثار مطلق الملك الأعم من الجائز واللازم كما يستصحب كلي الحادث المردد بين الأصغر والأكبر بعد الوضوء ويترتب عليه المنع عن الدخول في الصلاة ومس كتابة القرآن ولا يحرم عليه الاجتياز في المسجدين واللبث في المساجد لأنهما من آثار الحادث الأكبر لا مطلق الحادث.

هذا أقصى ما يمكن أن يقال أو قيل في اقتضاء الأصل في الملك اللزوم

ولكن مع ذلك لا يبعد أن يكون الأقوى هو العدم بل الأصل يقتضي بقاء العلة للمالك الأصلي وإن انتقل الملك عنه إذ لا ملازمة بين زوال الملك وزوال علة المالك بالكلية، بل قد تبقى بعده كما هو في الملك الجائز. توضيح ذلك: إن من الأسباب المملوكة ما يوجب قطع سلطنة المالك بالكلية بحيث يكون كالأجنبي بعد ايجاده السبب، ومنها ما لا يوجب قطعها بالكلية بل يكون زمام المال وناصية الملك بيد المالك كالعقود الجائزة، فإذا شك في تأثير السبب، فالأصل يقتضي بقاء العلة ولذا كان جواز الرجوع من الأحكام لا من الحقوق لأنه من آثار السلطنة السابقة لا احداث سلطنة جديدة للمالك، ولا يعارضه استصحاب الملك لو سلم جريانه في المقام لأن الشك فيه مسبب عن الشك في بقاء العلة والأصل في السبب حاكم على الأصل في المسبب وعليه فالأقوى هو جواز الرجوع بالأصل إلا أنه مع ذلك ينبغي الخروج عن حكم الأصل في مسألة الاعراض بحكم صحيحة ابن سنان المتقدمة النافية للسبيل عليها وقد تقدم دعوى الحلّي في (السرائر) الاجماع على مضمونه نعم أصالة عدم اللزوم وبقاء العلة للمالك الأصلي يوافقها الدليل في المعاطاة بعد ما عرفت من الاجماع البسيط أو المركب على عدم اللزوم وخلافا لما هو المنسوب إلى المفيد كما تقدم فالأصل يخرج عنه بالدليل في مسألة الاعراض ويؤكد الدليل في مسألة المعاطاة. هذا ولتذيل المسألة بفرع، وهو:

لو نبتت السنابل المعرض عنها في المزرعة حتى صارت زرعاً فلا يخلو إما أن يكون الحب مختصاً بغير صاحب الأرض أو مشتركاً بينه وبين غيره وعلى التقديرين: فإما أن يكون بسقي من السماء، أو بسقي من صاحب الأرض وعلى التقادير فإما أن نقول بخروجه عن الملك بالاعراض أو ببقائه فيه مع تملكه باليد أو بإباحته له.

فعلى القول بالخروج عن الملك بمجرد الاعراض بملكه صاحب الأرض لأنه مباح نما في أرضه فهو نماء ملكه.
وعلى القول بالعدم مع بقاءه على الإباحة مطلقا فهو لمالك البذر وعليه أجره الأرض لصاحبها كلا إن كان مختصا بغيره وبالنسبة إن كان مشتركا بينهما.

وعلى القول بالتملك بالاستيلاء فلمالك الأرض، إن كان بسقي منه مع قصده الملكية، وإن لم يكن بقصده أو كان بسقي من السماء، فالأقوى العدم والبقاء على ما كان عليه، لعدم وجود سبب الملك من اليد ونية التملك إذ ليس مجرد الكون - بل النمو في الملك - مملكا، ولذا لا يملك الصيد المباح بمجرد التوحد في أرضه إلا أن يوحد الأرض للتوحد فيه، فيكون كشبكة الصيد يملك بالاصطياد.

هذا تمام الكلام في مسألة الاعراض قد تعرضنا لها استطرادا، فلنرجع إلى أصل المسألة من ترجيح القول بإفادة المعاطاة الملك.
فنقول يدل عليه أمور:

الأول أن المعاطاة بيع لغة وعرفا ولم تثبت له حقيقة شرعية لا بالوضع التعيني ولا التعيني حتى يحمل عليه في كلام الشارع، وكل بيع محكوم عليه بالصحة إلا ما خرج بالدليل، لعموم قوله تعالى: " أحل الله البيع وحرم الربوا " بناء على ظهور تعلق الحل بنفس البيع الذي هو في معنى الحمل عليه في إرادة الحكم الوضعي لا مجرد الحكم التكليفي، فتكون الصحة مدلولا عليها بالمطابقة عرفا أو بإرادة حلية التصرف، نحو قوله تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم " أي وطؤهن. وحلية جميع التصرفات مستلزمة لصحة البيع، فتكون الصحة مدلولا عليها بالالتزام وعلى التقديرين، فمعنى صحة البيع هو حصول النقل والملك المترتب عليه جواز التصرف فيه.

وبالجملة فالدليل مركب من صغرى وجدانية، وكبرى برهانية وهي عموم الآية.

هذا وقد يناقش فيه يمنع صغرى الدليل أولا وكبراه ثانيا. أما الأول، فقد يمنع كون المعاطاة بيعا لأن البيع بحسب ما تقتضيه تعاريفهم من كونه: هو عقد يدل على الايجاب والقبول أو هو اللفظ الدال عليه ونحو ذلك أو أنه النقل أو التملك أو المبادلة وأمثال ذلك يدور أمره بين كونه إما اسم اللفظ أو اسم المعنى وهو المعنى النفسي القائم بالذات المعبر عنه بالكلام النفسي المفسر بمدلول الكلام اللفظي وعلى التقديرين فلا تكون المعاطاة بيعا: أما على الأول فواضح، وأما على الثاني فلأن الانشاء النفسي الذي هو المعنى القائم بنفس المنشأ هو مدلول الانشاء اللفظي من الأمر أو النهي الذي هو عبارة عن الطلب الخاص وهو الطلب بالقول أو القول الدال على الطلب الكاشف عن الإرادة نعم ربما يلحق بالقول مطلق ما يكشف عن الإرادة حكما لا موضوعا كالكتابة والإشارة من الأفعال الدالة عليها في وجوب الامتثال وترتب الثواب والعقاب على الموافقة والمخالفة إلا أنه ليس بأمر ولا نهي حقيقة وموضوعا بل ملحق بهما حكما في ترتب الأحكام المذكورة عليه ومثل الانشاء موضوعا وحكما الأخبار أيضا وبالجملة فالانشاء وقسيمه من الأخبار قسمان من الكلام ولا يتقوم شيء منهما بدون اللفظ، فإذا جعل معنى البيع هو الانشاء النفسي فلا مناص عن القول بتوقف صدق عنوانه على وجود اللفظ المفقود في المعاطاة. والجواب عنه أولا بمنع كون الكلام النفسي والمعنى القلبي لا بد وأن يكون اللفظ كاشفا عنه ومظهرا له، ولو سلم فهو محض اصطلاح لا مشاحة فيه، بل يكفي في المظهر له مطلق ما يدل عليه لفظا كان أو فعلا - كيف وهو في مرتبة التحقق والحصول مقدم على تحقق الكاشف وحصوله

فالمتحقق في الانشاء الفعلي فعلان: أحدهما - فعل النفس والآخر - فعل الجوارح، فالأول هو الانشاء النفسي، والثاني هو الانشاء الفعلي وحصر الكلام في الخبر والانشاء لا يدل على حصرهما في الكلام وهذا المعنى متحقق في المعاطاة كما هو متحقق في العقود القولية.

وثانيا بمنع كون البيع اسما لذلك المعنى وإنما هو من العناوين الثانوية المنتزعة من العناوين الأولية، وليس هو إلا كسائر الأفعال الاختيارية الصادرة من الفاعل المختار بسبب دواعيها والأغراض الموجبة لها المترتبة عليها، غير أن بعضها لم يكن المقصود منها إلا ذوات تلك الأفعال من حيث هي لأغراض خاصة، وبعضها لم يكن المقصود منها إلا عناوينها الثانوية كالقيام للتعظيم والضرب للتأديب والشتم للايذاء ونحو ذلك من الأفعال التي لم يكن الغرض منها إلا كونها آلة ومحققة لما يترتب عليها من العناوين الثانوية، وليس البيع إلا من هذا القبيل، وما ذكرنا من الوجه الأول إنما هو مع التنزل والمماشاة، وإلا فهو غير مرضي عندنا من أصله خلافا للأشاعرة.

نعم إنما التأمل في كون البيع اسما لنفس السبب الذي هو العنوان الأول من حيث ما يترتب عليه من العنوان الثانوي على وجه يكون التقييد داخلا والقيود خارجا، أو هو اسم لنفس العنوان الثانوي المنتزع دون منشأ الانتزاع كما يظهر من تعريفه بالنقل، والأظهر هو الأول لظهور كون النقل أثر البيع دون حقيقته، وعلى تقدير كونه اسما للعنوان الثانوي كما يظهر من تعريف من عرفه بالنقل أو الانتقال فلا يخلو من تسامح: أما الثاني فلأن الانتقال من عوارض المبيع لا نفس البيع وأما الأول فقد يمنع اطراد حصوله في موارد البيع كلها، فإن منها ما لا يتحقق النقل فيه (١)

(١) يمكن أن يقال: إن البيع كيف ما كانت حقيقته لا يخلو مورد

كبيع الدين على من هو عليه بناء على جوازه، بل يستحيل ذلك فيه وشراء العبد تحت الشدة من الزكاة المفروض كونه مصرفاً لها في الآية كغيره من السهام والشراء بغلة الوقف للعين الموقوفة، فإنه لا ينتقل إلى المشتري بل يكون وقفاً لأن بدل الوقف وقف كما أن بدل الملك ملك، وشراء

من موارده عن نقل وانتقال، وما ذكره سيدنا قدس سره من الأمثلة مطرد فيها ذلك:

أما بيع الدين فلا استحالة لنقله إلى من هو عليه، فإن ما للدائن على المديون ليس هو الكلي المتخصص بخصوصية كونه على المديون، وبما هو في ذمته للدائن، فإنه بالنحو المذكور من التقييد يستحيل استيفاءه من المديون حيث لا يمكن تطبيقه على الخارج ليتحقق استيفاءه منه، بل ما يملكه الدائن على المديون منا من الحنطة مثلاً كلياً، وعليه فتكون ذمة المديون مشغولة به وظرفاً له، فيمكن للدائن أن ينقل إلى المديون منا من الحنطة كلياً أيضاً بالبيع منه، فتشتغل ذمته للمديون بما اشتراه منه من المن الكلي، فتكون ذمة كل منهما مشغولة لصاحبه بمثل ما في ذمة الآخر له من الكلي. وفي مقام التطبيق يطبق البائع ما يستحقه المديون من الكلي الذي اشتراه منه على ماله عليه من الكلي، فتبرأ ذمة كل منهما مما لصاحبه عليه من المن الكلي، فيكون على هذا حقيقة بيع الدين على من هو عليه نقل كلي من المال إلى من عليه للناقل كلي مثله. وليس معناه نقل خصوص المال الذي هو في ذمة المديون بما هو في ذمته للدائن إلى المديون حتى يستحيل ذلك، فإنه التزام بلا إزام، نعم اتصاف ما نقله الدائن إلى المديون بالبيع منه بكونه ديناً للمديون على الدائن بنفس البيع، بخلاف ما للمديون عليه، فإن الاتصاف بكونه ديناً للدائن على المديون سابق على ذلك، ولا ضير فيه بعد ما كان المبيع ديناً لا عيناً خارجية. ولا ملزم في

أحد العمودين بناء على سببته للانعتاق قهرا من دون تحقق الملك أصلا
كما يدل عليه بعض الأخبار، وإن دل بعضها الآخر عليه كقوله " إذا
ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته عتقوا " وقوله: " إذا ملكهن عتقن "

صدق بيع الدين أن يكون اتصافه بكونه دينا قبل بيعه، بل يكفي صدق
الدين عليه بنفس البيع في قبالة العين الخارجية.
والحاصل: إن ما اشتغلت به ذمة المديون للدائن من المال الكلي
تارة يلحظ بما هو على المديون وفي ذمته للدائن، وهو بهذا اللحاظ
غير قابل إلا للاسقاط عن المديون ولا يقبل للنقل والبيع إلى غير من هو
عليه، فضلا عما هو عليه، بل لا يمكن استيفاؤه من المديون، فإنه بهذا
التقييد لا يمكن تطبيقه على ما في الخارج ليتمكن تسليمه لمن اشتراه وأداؤه
لمن هو له. وأخرى يلحظ بما هو كلي مجرد عن التقييد بكونه في ذمة
المديون وهو بهذا اللحاظ كما يصلح لنقله وبيعه إلى غير من هو عليه بلا
اشكال وتطبيقه على ماله في ذمة المديون من الكلي وإحالة المشتري عليه
فكذا لا ينبغي الاشكال في صلاحية نقله إلى المديون وتطبيقه على ماله من
الكلي في ذمته، فتبرأ ذمة المديون مما للدائن عليه من الكلي.
وأما شراء العبد تحت الشدة من الزكاة، فتحقيق ذلك يتوقف على
بيان المدرك في الحكم المذكور، وهو ما رواه الكليني قدس سره في
(الكافي): عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن عمرو بن أبي
بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: " سألته عن الرجل يجتمع عنده
من الزكاة الخمسمائة والستمائة يشتري بها نسمة ويعتقها؟ فقال عليه السلام:
إذا يظلم قوما آخرين حقوقهم ثم مكث مليا ثم قال: إلا أن يكون عبدا
مسلمًا في ضرورة، فيشتريه ويعتقه " وهذه الرواية رواها الشيخ في
(التهذيب) عن الكافي عن عمرو بن أبي نصر عن أبي عبد الله عليه السلام

المنزل ذلك على الشراء وإن عبر بالملك تسامحا على الأقوى في تلك المسألة بناء على عدم شمول " لا عتق إلا في ملك " للانعتاق أو إرادة عدم تحققه إلا في المملوك ويتلوه في القوة ترتب الانعتاق على الملك وتقديمه عليه طبعاً لا بالزمان، بدعوى سببية الشراء للملك والانعتاق معاً، غير أن

وعلى كل يقول الإمام عليه السلام فيها: إلا أن يكون عبداً مسلماً في ضرورة فيشترطه ويعتقه. وظاهرها: إن عتق العبد المشتري بالزكاة إنما يكون بعد اشترائه من مالكه فهو قبل أن يعتق ملك لا بد له من مالك، فأما أن يكون مالكه من عليه الزكاة باعتبار أن ثمنه الذي ابتاع به خرج من ملكه إلى ملك بايعه، ومقتضى المعاوضة والمبادلة دخول المعوض في ملك من خرج العوض من ملكه، وعليه فينتقل العبد إلى ملك من عليه الزكاة، ويكون أداؤها بعته، وأما أن يكون مالكه بعد الاشتراء وقبل العتق مستحق للزكاة وأربابها بناء على أن ما اشترى به العبد هو من زكاة ماله خصوصاً إذا كان قد عزله عن بقية أمواله أو من زكاة غيره دفعه إليه من وجبت عليه ليصرفها في سبيلها وعلى كل فالملك المشتري به العبد ملك المستحق للزكاة غاية الأمر، لم يكن من قبيل ملك شخص أو أشخاص معينين، بل هو نحو خاص من الملك يعبر عنه بملك الجهة، ومرجعه لزوم الصرف فيها، فهو مضاف إليها وهي المالكة له، فإذا اشترى به العبد تحت الشدة والضرورة ليعتق فمقتضى المبادلة بين المالكين كون العبد بعد الاشتراء ملكاً لمن ملك بدله وهو المستحق للزكاة فيعتق عنهم، وقد كان قبل الشراء ملك سيده. وهل النقل إلا تحويل الملك من مالك إلى آخر ومما يشهد لكون العبد بعد الشراء ملك أرباب الزكاة: ما عن الكليني والشيخ قدس سرهما في الموثق: عن عبيد بن زرارة قال: " سألت أبا عبد الله عن رجل أخرج زكاة ماله ألف درهم فلم يجد موضعاً يدفع

الأول مقدم على الثاني بالذات لا بالزمان، أو ضعف منه القول بدخوله في الملك آنا ما، ثم ينعق، جمعا بين ما دل من الأخبار على الملك وقاعدة " لا عتق إلا في ملك " وبين ما دل على الانعتاق قهرا وترتبه على نفس الشراء بإرادة المستقر من الثاني وغيره من الأول.

ذلك إليه، فنظر إلى مملوك يباع فيمن يريده، فاشتراه بتلك الألف درهم التي أخرجها من زكاته فاعتقه، يجوز ذلك؟ قال عليه السلام: نعم لا بأس بذلك، قلت: فإنه لما أعتق وصار حرا اتجر واحترف فأصاب مالا ثم مات وليس له وارث، فمن يرثه إذا لم يكن له وارث؟ فقال عليه السلام يرثه الفقراء المؤمنون لأنه إنما أشتري بمالهم. " فإنه عليه السلام نزل العبد المشتري من الزكاة المعتق بمنزلة العبد المعتق من مالكه في كون ولائه له.

ثم إن نية الزكاة من مشتري العبد بها هل هي عند دفع الثمن إلى البائع لأنه وقت صرف الزكاة في عتق العبد كما اختاره الفقيه الهمداني (قده) في مصباحه أو أنها مقارنة للعتق - كما عن الشهيد (قده) في المسالك - وقواه الشيخ في (الجواهر) قال (قده): " لأن دفع الثمن خصوصا إذا كان بعد إجراء الصيغة لكونه مقتضى البيع ومن هنا ينتقل العبد إلى أهل الصدقة ولذا كان ولاؤه لهم إلى قوله فيكون إيصاله إلى الفقراء يعتقه عنهم. " قال سيدنا الحجة المعاصر دام ظلّه في (المستمسك): وما ذكره (قده) في محله لأن الشراء بالزكاة سواء كان بعد العزل والتعيين كما هو ظاهر مورد النص أم بالذمة بعنوان الولاية يوجب تبديل الزكاة بالعبد ومقتضى البدلية صيرورة العبد زكاة وليس ذلك دفعا للزكاة ولا أداء لها كما لو بدل الزكاة بعين أخرى لا يكون أداء لها، بل الأداء باخراجها عن يده، وذلك إنما يكون بالعتق في المقام فهو مورد النية

وبالجملة فتحقق النقل والدخول في ملك المشتري غير معلوم في جميع موارد البيع، فالأحسن في التعبير عن العنوان الثانوي في البيع بالمبادلة لو قلنا بكونه اسماً له حتى يكون مطرداً في جميع موارد، ولعل التعبير عنه بالنقل في كلام من عرفه به منزل على الغالب.

لا أداء الثمن إلى البايع إذ بمجرد المعاملة تكون العين ملكاً للبايع فأداؤها أداء لمال البايع إليه فلا حظ وتأمل " انتهى. ولكل من القولين وجه، ومن هنا احتاط شيخنا الأستاذ قدس سره بالاستمرار بالنية من حين الدفع إلى حين الاعتاق. وعلى كل فعدم تحقق النقل في العبد المشتري من الزكاة غير واضح اللهم إلا أن يقال: إنه بعد الشراء قبل العتق لم يكن مملوكاً لأحد لا لمن اشتراه ولا للمستحق للزكاة بل هو في طريقه إلى الانعتاق فتأمل. وأما الشراء بغلة العين الموقوفة فما يمكن أن يقال فيه: إن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها - كما في الخبر - فأراضي الزراعة والبساتين تارة توقف على أن ما يحصل من غلتها هو ملك للموقوف عليهم كسائر أملاكهم وعليه ما يباع من الغلة ويشتري بثمنه ما يحتاج الوقف إليه فما يشتري به ملك طلق للموقوف عليهم يجوز بيعه وابداله بغيره، فإنه بدل ما اشتري به المفروض كونه ملك الموقوف عليه، وأخرى توقف المزرعة أو البستان مثلاً على أن ما يحصل من غلتها يصرف مقدار منه فيما يحتاج الوقف إليه من آلات وحيوانات وغير ذلك، والباقي يعطى للموقوف عليهم. ولعل سيدنا يريد هذه الصورة حيث يقول: فإنه (يعني المشتري بالغلة) لا ينتقل إلى المشتري بل يكون وقفاً لأن بدل الوقف وقف، انتهى أقول الوقف على أقسام: الأول - وقف المشاعر كالمشاهد والمساجد ونحوها، والوقف في هذا القسم ليس بتملك وإنما هو فك ملك وتحرير

وأما الثاني وهو المناقشة في الكبرى، فقد يقال بأننا نعلم أن الشارع اعتبر قطعاً في هذا الموضوع العرفي مطلق اللفظ أو الألفاظ الخاصة غير أنه لم يعلم اعتباره فيه شرطاً في الملك أو في الزوم، ومع ذلك كيف يستدل بعمومه مع كونه مخصصاً بما اعتبره فيه، والخاص المجمل يوجب سريان اجماله إلى العام.

فعدم جواز بيعه من حيث عدم كونه ملكاً لأحد كالحرق لا للدليل خاص على عدم جواز البيع ومن هنا لو غصبه غاصب لا يضمه.
الثاني - ما يلحق بالأول كالقناطر والشوارع العامة ونحو ذلك مما يكون وقفه لانتفاع كل أحد به، فيكون كالمباحات لمن سبق إليه الانتفاع به بالمرور والاستطراق وهذا القسم كالأول في عدم كونه تمليكا بل هو اعدام للملكية ينتفع به من شاء. والظاهر أن وقف المقبرة من هذا القسم أيضاً. نعم إذا كان الواقف لها مسلماً لا يدفن فيها غير المسلم فإن ظاهر حال المسلم إيقافها لخصوص دفن المسلم فيها، ولكونها تعد مقبرة للمسلمين، فلا يدفن فيها غير مسلم. كما أن الظاهر أن وقف الخانات المبنية للمسافرين وكتب الأدعية والزيارات والأشجار الموقوفة لانتفاع المارة وسائر ما قصد بوقفه انتفاع عامة الناس من هذا القسم أيضاً.

الثالث - الوقف على الجهة كالعلماء والطلاب مثلاً والظاهر كون هذا القسم تمليكا للجهة لا كالقسمين الأولين في كونه تحريراً واعداماً للملكية، ومن هنا لو غصبه غاصب يضمن للجهة.

الرابع - الوقف الخاص على البطون، وهو المسمى بالوقف الذرى، وهو كالقسم الثالث يملكه البطون بطناً بعد بطن، وهو تابع لجعل الواقف من كونه تشريكاً أو ترتيباً وتسميته خاص في قبال القسم الثالث مما كان الموقوف عليهم جهة عامة كالعلماء والطلاب.

والجواب عنه بأن ذلك: إن كان معتبرا في أصل الملك وجب تخصيص العام به، ولا كذلك إن كان معتبرا في اللزوم، فالأمر دائر بين

القسم الخامس الوقف على الوقف كوقف فرش أو سراج أو أثاث على مسجد أو مشهد ووقف على مدرسة ونحوها. هذه جملة أقسام الوقف، وقد ذكرنا أن عدم جواز بيع القسمين الأولين ليس من جهة قيام الدليل على عدم جواز بيع الوقف بل لعدم كونهما من الملك والبيع تبديل الأموال بعضها ببعض وأما الأقسام الثلاثة الأخرى، فمقتضى القاعدة الأولية جواز بيعها فإنها نحو من الملك، إذ القسم الثالث ملك الجهة والرابع ملك البطون، والقسم الخامس - وهو الوقف على الوقف - فمرجعه تمليك الجهة أو المسلمين حسب اختلاف ما وقف على الوقف في كونه لمدرسة أو لمسجد مثلا هذا ما تقتضيه القاعدة الأولية، ولكن ثبت بالدليل أن الوقف لا يجوز بيعه فمقتضى القاعدة الثانوية عدم جواز بيعه، نعم استثنى الأصحاب موارد يجوز بيع الوقف فيها على اختلاف فيما بينهم فيما يجوز بيعه منها كما هو محرر في باب بيع الوقف.

هذا ولكن بقي أمر ينبغي التنبيه عليه وهو أن الدليل الدال على عدم جواز بيع الوقف إلا في موارد خاصة إنما هو أصل الوقف وما جرت عليه صيغته من الواقف كالمزرعة والبستان والفرش والسراج والباب للمسجد والمدرسة - مثلا - وأما غلة الموقوفة وعائداتها، فلو بيعت واشترى بثمنها شيء فيه نفع للوقف أو الموقوف عليه ثم رأى متولي الوقف تبديله بما هو أصلح جاز له البيع والتبديل به مع ملاحظة شرط الواقف. والحاصل أن أصل الوقف ثبت بالدليل عدم جواز بيعه وتبديله إلا في موارد استثنائها الشارع من عموم عدم الجواز فلا بد من الاقتصار

التخصيص وعدمه، بل يتعين كونه شرطا في اللزوم بأصالة العموم التي هي من الأصول اللفظية لأن مرجعها إلى أصالة الحقيقة، فيثبت بها جميع

عليها وعدم التعدي عنها، فلو قلنا بأن الوقف لا يجوز بيعه إلا إذا سقط عن الانتفاع المعتد به لا يجوز بيعه وتبديله بما هو أصلح ما دام فيه نفع معتد به بخلاف ما إذا اشترى بغلته شيء للوقف أو الموقوف عليه فاقتضت المصلحة تبديله بالأصلح، جاز للمتولي بيعه وتبديله به، وإن كان في الأول نفع معتد به وكذا لو عرض بعض المجوزات لبيع الوقف فبيع واشترى بثمنه مال آخر يجوز تبديله بما هو أصلح للموقوف عليه أو للوقف وبالجملة إنما يتقيد بنصوص جواز بيع الوقف في نفس الأعيان الموقوفة دون غيرها من ثمراتها ونمائها وابدالها. وما يقال من أن بدل الوقف وقف فإنما يراد به على الظاهر كونه في حكم الوقف في عدم جواز صرفه إلا في سبيل الموقوف عليه، إذا تبين ذلك فنقول: إن المتولي للوقف إذا اشترى بغلته ما ينتفع به للعين الموقوفة فما اشتراه بالغلة ينتقل بشرائه إلى الموقوف عليه بالوقف العام أو الخاص، إذ هو بدل ثمرة المزرعة والبستان مما هو ملك للجهة أو البطون بنحو من أنحاء الملك ولو اشترى بغلة وقف على مسجد أو مشهد فبمقتضى أن مرجع الوقف المذكور كونه وقفا على المصلين في المسجد مثلا أو الزائرين للمشهد، فما اشترى من الفرش ونحوه مما يحتاج إليه المسجد أو المشهد يكون ملكا للمصلين فيه أو الزائرين له بنحو من الملك فالمشترى بالغلة ينتقل إليهم بالبيع. وما ذكرناه من أن وقف المسجد والمشهد تحرير، لا يلزم منه كون ما وقف عليه من المزرعة والبستان كذلك ويشهد لذلك ما ذكرناه من أنه لو غصب المسجد غاصب لا يكون ضامنا لأحد فإنه ليس بملك ولكنه لو غصب المزرعة أو البستان الموقوفة عليه

اللوازم الشرعية والعقلية ولو بواسطة بعيدة، بل يجري ذلك في كل خاص
محمل مصداقي مردد بين فردين: أحدهما داخل في العموم يوجب تخصيص
العام به على تقدير إرادته، والآخر خارج عنه لا يوجب ذلك لو كان مردداً،
فبأصالة العموم يتعين كونه الفرد الخارج مثال ذلك ما لو قال: أكرم العلماء

يضمن ما غصبه له، وكان سيدنا قدس سره حيث يقول في الشراء
بغلة الوقف للعين الموقوفة أنه لا ينتقل إلى المشتري بل يكون وفقاً لأن بدل
الوقف وقف يعتبر في النقل والملك بالنسبة إلى المبيع كونه لشخص أو أشخاص
فما كان للنوع أو الصنف لا يعتبره ملكاً له ولا نقلاً إليه، وهو التزام بلا
الزام نعم هو لا ينتقل إلى المشتري بما هو هو كالمتمولي مثلاً وإنما ينتقل إلى مالك
المبدل من النوع، أو الصنف، ويكون نحو ملكهم للبدل نحو ملك المبدل
نوعاً أو صنفاً هذا، وأما شراء العمودين بناء على سببته للانعتاق قهراً من
دون تحقق الملك أصلاً كما يقوله سيدنا قدس سره فإن روايات
الباب، وإن كان بعضها كما يقوله قدس سره تنفي أصل الملك بالنسبة
إلى العمودين وبعض المحارم كرواية عبيد بن زرارة المروية في (التهذيب)
قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل فقال عليه السلام:
لا يملك والديه ولا ولده ولا أخته ولا عمته ولا خالته وهو يملك ما سوى
ذلك من الرجال من ذوي القرابة، ولا يملك أمه من الرضاعة " وفي
(التهذيب) أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: " لا يملك الرجل والديه
ولا ولده ولا عمته ولا خالته، ويملك أخاه وغيره من ذوي قرابته " وفيه
أيضاً: " عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الرجل يملك أخاه إذا كان
مملوكاً ولا يملك أخته " وفيه أيضاً: " عن أبي حمزة الثمالي قال سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال عليه السلام
كل أحد إلا خمسة: أباه وأمه وابنها وابنتها وزوجها ".

ثم قال: لا تكرم زيدا، وكان زيد مرددا بين فردين أحدهما عالم والآخر جاهل، فبأصالة العموم يتعين كون المنهى عن إكرامه هو الجاهل، ففي ما نحن فيه يتعين كون ما اعتبره الشارع شرطا اعتبره في اللزوم بحكم أصالة العموم عند الشك في تخصيص العام.

هذا ولكن بعض الروايات الأخر تدل على الملك ثم العتق، منها ما روي في (التهذيب): عن الرجل يتخذ أباه أو أمه أو أخاه أو أخته عبدا فقال: "أما الأخت فقد عتقت حين يملكها، وأما الأخ فيسترق وأما الأبوان فقد أعتقا حين يملكهما" قال: "وسألت عن المرأة ترضع عبدا أتنخذه عبدا؟ قال: تعتقه وهي كارهة" ومنها ما روي عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: "إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أعتقوا" ويملك ابن أخيه وعمه وخاله ويملك عمه وخاله من الرضاعة" ومنها ما روي عن كليب الأسدي قال: "سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يملك أبويه وأخوته؟ فقال: إن ملك الأبوين فقد عتقا وقد يملك إخوته فيكونون مملوكين ولا يعتقون" ومنها ما روي عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "وسمعتة يقول: لا يملك (يعني الرجل) ذات محرم من النساء ولا يملك أبويه ولا ولده، وقال إذا ملك والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه وذكر هذه الآية من النساء عتقوا، ويملك ابن أخيه وخاله ولا يملك أمه من الرضاعة ولا يملك أخته ولا خالته إذا ملكهم أعتقوا" ويعني بالآية قوله تعالى "حرمت عليكم أمهاتكم" الخ. ومنها ما روي عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: "إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته - وذكر أهل هذه الآية من النساء" عتقوا جميعا، ويملك عمه وابن أخيه والخال ولا يملك أمه

لا يقال: إن الآية الشريفة من حيث حلية أفراد البيع لا عموم لها، بل هي مهملة من هذه الحثية، سبقت لمحض بيان مشروعية البيع وحليته في الجملة، نحو " أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة " والعموم الناشئ من الحكمة فرع إحراز كونه في مقام البيان، وهو غير معلوم في المقام، ويكفي في التوقف الشك فيه.

من الرضاعة ولا أخته ولا عمته ولا خالته من الرضاعة إذا ملكهن عتقن، وقال: يملك الذكور ما عدى الولد والوالدين ولا يملك ذات محرم، قلنا: وكذلك يجري في الرضاع؟ قال: نعم، وقال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ومنها ما روي عن عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: " إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر إلا ما كان من قبل الرضاع ولا ينافي الحكم فيها بحرية الأخ والتفرقة بين النسب والرضاع في الحكم بحرية الأب إذا اشتراه، فملكه لسقوطهما بالمعارضة لغيرهما هذا ما وجدته في (التهذيب) من روايات الباب ويؤيدها أو يدل عليها أخبار أم الولد وإنها تعتق من نصيب ولدها والانصاف أن الناظر في الأخبار المذكورة بضم بعضها إلى بعض، مضاف إلى مناسبات للحكم والموضوع وقرائن فيها يستظهر ما استضعفه سيدنا قدس سره مما ينسب إلى المشهور من القول بدخول المملوك في ملك المشتري ثم يعتق فإن ظاهر قوله عليه السلام: إذا ملك الرجل والديه أو أخته إلى آخر ما ذكر في الآية الشريفة عتقوا جميعا، وقوله عليه السلام: إن ملكهن عتقن وما كان بهذا التعبير من الروايات مضافا إلى ما رواه في (الكافي) عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: " لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك " وفي رواية أخرى: " قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا عتق إلا بعد ملك " إن الانعتاق إنما يكون بعد تحقق الملك المسبب عن أحد أسبابه الاختيارية

لأنا نقول: نمنع أولاً كون العموم فيها عموم الحكمة حتى يتوقف على احراز ذلك، بل هو عموم سرياني بالوضع، بناء على الأقوى من تعلق الأحكام بنفس الطبائع السارية في جميع مصاديقها وأفرادها لا بها من حيث وجودها ولا بالطبائع الموجودة، وثانياً نمنع الإهمال، كيف والأصل في كلامه هو البيان، بل هو الظاهر هنا بقريضة المقابلة للربا سيما مع تمسك العلماء بعمومها في موارد عديدة، فظهر لك تمامية صغرى الدليل وكبراه وصح الاستدلال بالآية الشريفة على المدعى من إفادة المعاطاة الملك. الثاني من الأدلة قوله تعالى: " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " بتقريب أن المعاطاة تجارة لغة وعرفاً فتدخل في حكم المستثنى، وهو الجواز. والإباحة وقرأ عاصم وحمزة والكسائي - على ما حكى عنهم - بالنصب على أن (كان) ناقصة، والتقدير: إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراض، وأموالكم أموال تجارة حذف المضاف وأقيم

أو غيرها كالإرث، غاية الأمر أنه ملك آني لا يترتب عليه شيء من آثاره سوى الانعتاق المتوقع على سبق الملك، وأما عدم تحقق الملك أصلاً وتنزيل الملك على الشراء وكون التعبير عنه بالملك تسامحاً كما ذكره سيدنا وقواه - مع أنه لم يرد في الروايات ذكر للشراء وجلها عبر فيها: إذا ملك الرجل والديه الخ وإذا ملكهن وإذا ملكن نعم في رواية ابن سنان: " إذا اشترى الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر " وهي - أيضاً - ظاهرة فيما ذكرناه: من ترتب الحرية على الملك المترتب على الشراء.

وما ذكره قدس سره بعد التنزل: من كون الترتب على الملك وتقدمه على الانعتاق بالطبع بدعوى كون الشراء مثلاً سبباً للملك والانعتاق معاً غير أن الأول مقدم على الثاني بالذات، لا بالزمان، ولعله لما قد يقال من أن التأخر في الزمان مستلزم لتأخر المعلول عن علته، ولو

المضاف إليه مقامه، والباقون بالرفع على أن (كان) تامة بمعنى أن تقع تجارة، وعلى التقديرين فالظاهر كون الاستثناء منقطعاً، لأن المستثنى وهو التجارة عن تراض ليس من جنس الباطل الذي هو المستثنى منه المشعر بعليته للحكم وهو الإباحة، والنهي عن الأكل كناية التصرف عبر به لكونه من أعظم التصرفات، والحكم التكليفي مستلزم للحكم الوضعي، فالصحة مدلول عليها بالالتزام وجواز مطلق التصرف مدلول عليه بالعموم المستفاد

بمقدار آن ولكنه مع ذلك هو خلاف المتفاهم العرفي المنزل عليه كلامهم عليهم السلام.

والظاهر أن سيدنا إنما عدل عن ثالث الوجوه واستضعفه لتصريح الروايات الأول بعدم الملكية أصلاً بالنسبة إلى مواردها، مضافاً إلى أن مقام الأبوين لا يناسب التملك، وكذا المحارم، ولكن الظاهر أن المنفي في الروايات الملك المقتضى للاسترقاق واتخاذ العبودية نحو سائر المماليك ما لا يناسب مقام الأبوين، والذي لا يتناسب مع المحارم اتخاذهن إماء له وسراري كغيرهن من الإماء. كما أن ما لا يناسب الولد رقيته وعبوديته لأبويه. والحاصل أن روايات الباب على طائفتين، فطائفة تنفي أصل الملك بالنسبة إلى الأبوين والولد والمحرّم، وتثبته لما سواها من الأرحام، وطائفة تثبت الملك لهم ولكنه المتعقب للعتق والتحرر بالنسبة إلى ما تنفيه الأولى، ومقتضى الجمع رفع اليد عن ظهور إحدى الطائفتين لأظهرية الأخرى، والمدعى أظهرية الطائفة الثانية في تحقق الملك بالنسبة إلى مواردها، ولكنه المتعقب للتحرر، فلتكن هي القرينة الصارفة لظهور الطائفة الأولى في نفي تحقق الملك.

وبالجملة، لم يتضح مورد من الموارد التي ذكرها سيدنا رحمه الله لم يطرد فيها تحقق النقل الاعتباري في البيع.

من حذف المتعلق، والحكم بالإباحة المطلقة يعم جميع أقسام التجارة عن تراض التي منها المعاطاة وإلا لكان بعضها باطلا داخلا في المستثنى منه وكان من جنسه والمفروض كونه خارجا عنه، فالتجارة عن تراض بجميع أقسامها التي منها المعاطاة صحيحة وكان أكل المال بها أكلا بالحق لا بالباطل إلا ما خرج بالدليل.

لا يقال: إن هذا النحو من الاستثناء مسوق لإفادة شرطية المستثنى نحو: لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، ولا صلاة إلا بطهور، المستفاد منه عموم حكم المستثنى منه دون حكم المستثنى، ضرورة عدم صحة الصلاة بمجرد الطهور أو الفاتحة بل مسوق لبيان بطلان كل صلاة فاقدة لهما لا صحة كل صلاة مشتملة عليهما وبالجملة لا عموم في المستثنى حتى يتمسك به في المقام بل هو مهمل لا إطلاق فيه وإنما ذكر لإفادة محض الشرطية وعموم حكم المستثنى منه. لأننا نقول: لا يتم ذلك بناء على ما هو الظاهر من كون الاستثناء منقطعا - كما قيل - لأن مغايرة المستثنى للمستثنى منه بالجنسية في المنقطع لا يستلزم كون ما عدا المستثنى من جنس المستثنى منه كلية حتى يؤخذ بعموم الحكم فيه، بل غايته ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى ولو لمغايرته له في الموضوع والجنسية، فيكون الكلام حينئذ مسوقا لبيان حكم المستثنى فقط وإنما ذكر المستثنى منه توطئة لذلك، فهو نظير قولك: لا تأكل الحرام إلا ما كان كذا باليمين، المسوق لبيان حلية ما حصل بالكذب لا حصر الحلال فيه وحرمة ما عداه. نعم لو كان التعبير لا أكل بالحق إلا ما كان تجارة عن تراض، لكان قياسه بنحو لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، في إفادة الشرطية وعموم المستثنى منه وإهمال المستثنى حسنا. هذا ويمكن تمامية ذلك على القول بكون الاستثناء متصلا كما عن بعض باضمار شيء، والتقدير: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وإن تراضيتهم

فالمستثنى منه حينئذ يعم التجارة وغيرها مع التراخي وغيره، وكان كل ذلك أكلا بالباطل إلا ما كان تجارة عن تراض.

إلا أنه يضعفه مضافا إلى لزوم الحذف والاضمار حينئذ الالتزام بالنسخ أو كثرة التخصيص المستهجن لعدم حصر أسباب حل الأكل والجواز بالمستثنى وهو التجارة عن تراض، ضرورة أنه كما يحل بذلك يحل بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنایات وسائر النواقل الشرعية والإباحات بقسميها الشرعية والمالكية، فكيف يكون مطلق غير التجارة عن تراض أكلا بالباطل، ولا كذلك على المنقطع لرجوعه إلى ذكر السبب الخاص لا حصر الأسباب به، فتبين بذلك ظهور الاستثناء في المنقطع وعليه يتم الاستدلال بالآية على المدعى، نعم ربما يחדش الدليل بوجه آخر وهو أن الإباحة المستفادة من الحل في المستثنى مرددة بين معنيين الإباحة المسببة عن الملك التي هي من آثاره والإباحة المجردة عنه المقابلة له وإن عمت سائر التصرفات حتى المتوقفة على الملك، والاستدلال إنما يتم على إرادة المعنى الأول وهو موقوف على قرينة معينة مفقودة في المقام، فيكون مجملا لا يصلح الاستدلال به على المدعى.

ودعوى أن حلية ما يتوقف على الملك كالبيع والعتق ونحوهما كما هو المفروض من كون الإباحة مطلقة تصلح أن تكون قرينة لإرادة الإباحة المسببة عن الملك.

يدفعها لزوم الملك عند التصرف الخاص لا تحققه من الأول. والجواب عنه - مضافا إلى ما عرفت من أن الإباحة المطلقة المحيطة بجميع جهات التصرف في العين ترادف ملكية الرقبة - لزوم التخصيص وعدم جواز التصرف المتوقف على الملك لو أريد بالإباحة المجردة، لأن عمومها المستفاد من حذف المتعلق يعارضه ما دل على توقف هذه التصرفات الخاصة كالبيع

والعتق والوقف والوطئ على الملك تعارض العام والخاص المطلق فيجب تخصيص العام به، ولا يلزم ذلك لو أريد بها الإباحة الناشئة عن الملك وحيثما دار الأمر بين ما يلزم تخصيصه لو أريد وما لا يلزم تخصيصه، تعين الثاني بحكم أصالة العموم الكاشفة عن المراد والرافعة للاجمال نظير ما تقدم في الخاص المجمل المصدقي حيث يرتفع الاجمال عنه بأصالة العموم. ودعوى الفرق بينهما بأن المقام من الدوران بين العامين أحدهما مخصص والآخر غير مخصص وهذا بخلاف الخاص المردد بين ما يوجب تخصيص العام به وما لا يوجب ذلك، وبعبارة أخرى مرجع الشك في المقام إلى نفس العموم لا إلى تخصيص العام.

يدفعها إن ذلك، وإن كان مسلما وليس في كونه من الشك في التخصيص بدرجة الوضوح مثل الخاص المجمل المصدقي، إلا أنه يرجع إليه بعد التأمل فتأمل، فيصلح حينئذ أن تكون أصالة العموم قرينة معينة للمعنى المراد من الإباحة المستفادة من حكم المستثنى في الآية الشريفة. إن قلت: إن المشهور من أهل القول بالإباحة المجردة بل جلهم عدا من شد منهم كالمحكي عن الشهيد في تعليقه على القواعد يقولون بجواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، ولا يقولون بتخصيص عموم الإباحة بتلك التصرفات حتى يدور الأمر بين التخصيص وعدمه، ويقولون بدخوله أنا ما قبل ذلك التصرف في الملك للجمع بين ما دل على جواز تلك التصرفات من الاجماع والعموم المستفاد من حذف المتعلق وما دل على توقفها على الملك وأصالة عدم الملك بالقبض والتعاطي حينئذ فلا قرينة على إرادة أحد المعنيين من الإباحة إن لم نقل بظهورها في المجردة عن الملك. قلت: ضرورة الجمع والاتجاه إلى الدخول في الملك أنا ما قبل التصرف متوقف على ثبوت مقدمات لا دليل لهم على بعضها، لأن التزامهم بجواز

تلك التصرفات: إن كان من جهة عموم حذف المتعلق فيلزمهم تخصيصه بما دل على توقفه على الملك لأخصيته منه مطلقا وإن كان من جهة الاجماع على جوازها فلا يعلم تحققه ممن يقول بالإباحة المجردة بل لعله من جهة الإباحة المسببة عن الملك، نعم لو كان عدم الملك عند القبض والتعاطي مدلولا عليه بدليل اجتهادي معتبر لكان الالتجاء إلى الملك أنا ما قبل التصرف حسنا ولكن ليس عليه دليل إلا الأصل المأخوذ في مجراه الشك ويرتفع الشك بظهور العموم المستفاد من حذف المتعلق المعتضد بالاجماع والشهرة المحققة على جواز التصرفات المتوقفة على الملك في إرادة الإباحة المسببة عنه من حكم المستثنى فتكون الآية الشريفة بمعونة ما ذكرنا وإرادة على استصحاب عدم الملك بالقبض مؤيدا بلزوم ما يستبشع منه العقل من الدخول في الملك بمجرد الإرادة للتصرف وإن الإرادة من المملكات والنواقل فافهم.

الثالث - قوله تعالى "أوفوا بالعقود" والاستدلال به على المدعى مبني أولا - على شمول العقد للمعاطاة أما بناء على تفسيره بمطلق العهد - كما وقع في صحيحة ابن سنان وتفسير بعض أهل اللغة به الشامل حينئذ للمعاطاة قطعا أو بناء على كفاية مطلق التوثيق الشامل للتوثيق القولي والفعلي بناء على تفسيره كما عن أكثر أهل اللغة بالعهد الوثيق أو المشدد احترازا عما لا وثوق فيه أصلا كالعهود القلبية التي من المعلوم عدم وجوب الوفاء بها، بل لا بد من كون العهد القلبي منكشفًا بما يوجب الوثوق به من الكواشف مطلقا ولو كان الكاشف فعلا ومنه المعاطاة، وحمل ما ورد في تفسيره بمطلق العهد على بيانه في الجملة، وثانيا - على إرادة وجوب العمل على طبق ما يقتضيه العقد، إن لازما فلازما وإن جائزا فجائزا - كما عن بعض - فجواز الرجوع في العقود الجائزة وحرمة التصرف في العين بعده هو مقتضى العقد الجائز فيجب الوفاء به بناء على ذلك والحكم التكليفي المستفاد من الأمر بالوفاء مستلزم للصحة، إذ الفاسد لا يجب الوفاء

به. وأما بناء على اختصاصها بالعقود القولية، أما بدعوى انصراف العقد إليه، أو بدعوى ظهور الوثوق والتشديد المقيّد بهما العقد في اللغة والوثوق التام لا في الجملة الغير الحاصلة إلا بالقول لعدم المجال معه إلى الإنكار ولا مسرح لا بداء عذر معه ربما يكون مسموعاً عند العقلاء لو كان الكاشف عما في القلب هو الفعل فالعهد الفعلي أي الكاشف عما في الضمير بالفعل ربما لا يحصل منه الوثوق التام بإمكان ابداء عذر مخالف له مقبول عند العقلاء، لعدم صراحة الأفعال في الكشف عن الباطن بخلاف الأقوال التي هي صريحة في ذلك مع بناء العقود على المداقة حسماً للعناد وقطعاً لمثار الفساد فلا يشمل المعاطاة قطعاً، كما لا يشملها أيضاً لو قلنا باختصاصها بالعقود اللازمة كما عن الأكثر بدعوى ظهورها في لزوم الوفاء بما جرى عليه العقد وعدم جواز نقضه بفسخ ونحوه لأن المدعى جواز الملك دون لزومه، فالاستدلال به موقوف على احراز مقدمتين كل منهما في حيز المنع: شمول العقد للمعاطاة، وتعميمه للعقود اللازمة والجائزة، كيف وظاهر الأكثر استفادة اللزوم منها ولذا يستدلون بها على أصالة اللزوم في العقود كما يظهر ذلك لمن راجع كلماتهم في موارد عديدة.

لا يقال: إنا نمنع ابتناء الدليل وتوقفه على المقدمة الثانية لأن التفكيك بين اللزوم المستفاد من الآية وبين الصحة المدلول عليها بالملازمة ممكن في الحجة إن لم ينفك في الوجود، وبعبارة أخرى: إنا نلتزم بتخصيص اللزوم المستفاد منها بغير المعاطاة لما دل على عدمه فيها ونقول بالصحة فيها أيضاً، وما الآية إلا كالرواية المشتملة على ما لا يقول به أحد فإنها لا تسقط عن الحجية في غيره من مداليلها، وبالجملة ليست آية "أوفوا بالعقود" إلا كآية "أحل الله البيع" و"تجارة عن تراض" في إفادتها اللزوم والصحة بالملازمة معا وانتفاء اللزوم للدليل لا يوجب انتفاء الصحة

اللازمة - كما في الآيتين - حيث استدللنا بهما على الصحة في المعاطاة ولم نقل باللزوم فيهما مع كون اللزوم مستفادا منهما أيضا ولذا استدل بهما أيضا على أصالة اللزوم في البيع.

لأنا نقول: جهة مفاد الصحة في الآيتين غير جهة مفاد اللزوم فيهما لأن الصحة مستفادة فيهما من الحكم بالحل والأمر بالأكل الدال هنا على الإباحة واللزوم ولو بعد الرجوع بفسخ ونحوه مستفاد من العموم في الأحوال أو الأزمان، فجهة مفاد الصحة غير جهة مفاد اللزوم يمكن التفكيك بينهما في الحجة، ولا كذلك آية "أوفوا بالعقود" فإن الصحة فيها مستفادة من نفس الأمر بالوفاء الدال على اللزوم ولا يمكن التفكيك بينهما في الحجة أيضا لو حدة جهة الإفادة فانتفاء اللزوم المستفاد من الأمر بالوفاء ابتداءً لدليل مستلزم لانتفاء الصحة المستفاد منه بالتبع والملازمة فافهم فإنه دقيق الرابع - قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم " والتقريب فيه: إن المراد بتسلط الانسان على ماله هو القدرة عليه بمعنى نفوذ تصرفاته فيه، ومقتضى عموم السلطنة نفوذ جميع التصرفات التي منها المعاطاة إذ المنع عنه سلب للقدرة عليه من هذه الجهة وهو ينافي العموم المستفاد من الحكمة أو حذف المتعلق.

وناقش في ذلك شيخنا المرتضى (في مكاسبه) بما يرجع ملخصه إلى أن غاية ما يستفاد من الرواية هو عموم السلطنة بالنسبة إلى أنواع التصرفات بحيث لو شك في قدرته على نوع خاص منها حكم بالعموم، وأما بالنسبة إلى كيفية حصوله وسبب تحققه، فلا عموم فيها لأنها لم تكن مسوقة لبيان الأسباب الموجبة لها، فهي مهمة من هذه الحيثية وإن كانت مطلقة من حيثية أنواع التصرف، وبالجملة، فالقدر المسلم من العموم هو العموم بحسب الكم لا بحسب الكيف.

وهو كلام حسن متين لولا ظهورها بحكم التبادر في امضاء ما هو المتعارف عند الناس في أنحاء تصرفاتهم في أموالهم كما وكيفاً، فهي ناظرة إلى ما هو المتعارف عندهم الذي منه المعاطاة كيف ولو كان المقصود منها خصوص الأنواع الثابتة شرعاً لكان ذلك تأكيداً لأدلة تلك الأسباب للاكتفاء بها حينئذ عنه ولذا لو لم تكن أدلة تلك الأسباب لوجب حمل الرواية على الامضاء لما هو المتعارف بينهم وهو واضح بحكم الوجدان والتبادر، فالرواية وافية في اثبات المدعى.

الخامس - السيرة القطعية الجارية بين الناس من العوام والخواص خلفاً عن سلف في معاملاتهم بالمعاطاة بقصد التمليك والتملك عند التعاطي وترتب جميع التصرفات عليه حتى المتوقفة على الملك، مع بنائهم على حلية ذلك وجوازها، لا أنها منبعثة عن عدم المبالة منهم.

فلا وجه للمناقشة فيها أولاً بمنع قيامها على الموضوع من قصد التمليك بالمعاطاة كما ذهب إليه شيخنا في (الجواهر) حيث جعل محل النزاع في المعاطاة هو ما كان منها بقصد الإباحة لا بقصد التمليك، وثانياً بمنع ترتب التصرفات المتوقفة على الملك عليه - كما تقدم عن الشهيد في تعليقه على القواعد - وثالثاً بمنع كونها الكاشفة بل هي كبعض سيرهم الناشئة عن قلة المبالة في الدين والتسامح في أحكام سيد المرسلين كما احتمله شيخنا المرتضى في (مكاسبه).

إذ السيرة في المقام تنحل بالتحليل إلى الأمور الثلاثة قائمة على كل واحد منها بحكم الوجدان، ومن نظر إلى ذلك بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف وجدها أوضح من الشمس وأبين من الأمس غنية عن البيان غير محتاجة إلى البرهان.

نعم قد يناقش في السيرة بوجه آخر وهو أن اعتبارها إنما هو من

حيث كشفها عن تقرير الإمام وامضائه، وإلا فعمل الناس من حيث هو عملهم ليس بحجة، واحرازه يتوقف على شروط: منها عدم الردع لهم مع تمكنه منه وهو غير معلوم في المقام إما بناء على الاكتفاء بما دل على توقف تلك التصرفات على الملك عن الردع، فتكون تلك الأدلة كافية في الردع أو لاحتمال وجود مانع عنه يكون بسببه غير متمكن من الردع، واحراز عدم المانع بالأصل لا يجدي فيما كان اعتباره من حيث القطع بالكشف وليس هو من الدليل الظني حتى يكون الأصل فيه معتبرا.

لا يقال: على الأول لا تعارض بين أدلة تلك التصرفات نحو " لا عتق إلا في ملك " " ولا وطء إلا في ملك " وبين السيرة المفيدة للملك حتى تصلح تلك الأدلة للردع بل هي محققة لشروط صحة التصرف وهو الملك. لأننا نقول: الحكم بصحة التصرف موقوف على احراز الملكية قبله والمفروض كونها مستفادة من السيرة على التصرفات فاستفادة الملكية من السيرة متأخرة في المرتبة عن التصرف، فكيف يكون شرطا لصحته نعم المتيقن تحققه منهم قبل التصرفات هو اعتقاد الملكية والمتوقف عليه التصرفات نفس الملكية لا اعتقادها، وبعبارة أخرى: الحكم بصحة التصرف موقوف على ثبوت الملك فلو توقف ثبوت الملك على صحة التصرف لزم الدور المحال إن قلت: إن الردع المعتبر عدمه في كشف العمل عن الامضاء إنما هو الردع عن خصوص ما عليه العمل والسيرة ولذا لا يكتفي في ردع من شرب الخمر - مثلا - بعمومات الكتاب والسنة الدالة على حرمة بل يجب ردعه وزجره عنه بالخصوص إن جوز عليه الارتداع مع أن العمومات أظهر دلالة في المنع عن العمل الشخصي من تلك الأدلة في مورد المعاطاة فكيف تصلح أن تكون رادعة عنه.

قلت ما ذكرته حسن، إن كان وجوب الردع من باب الأمر بالمعروف

والنهي عن المنكر وأما إن كان من باب الإرشاد الواجب بيانه على سفراء الله سبحانه وتعالى لما دل على أن التكليف اللطيف واجب كما فيما نحن فيه فتكفي العمومات ونحوها في الإرشاد وبيان الأحكام الإلهية، وإن استدل على اعتبار السيرة بوجوب الأمر بالمعروف وجوب الإرشاد أيضا إلا أن بين مورديهما عموما من وجه وما نحن فيه من مورد الإرشاد الذي تكفي في بيانه العمومات ونحوها حينئذ فتكفي تلك الأدلة نحو " لا عتق إلا في ملك ولا وطء إلا في ملك " إرشادا للمنع عن نحو هذه التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

والجواب عنه: أما عن الأول فقد يقال أولا: إن تلك الأدلة غير ناظرة إلى ما عليه السيرة من المعاطاة لتصلح أن تكون ردعا لهم بل ليست مسوقة إلا لإفادة مجرد الشرطية وبيان الحكم الكبروي وأين ذلك من مفاد السيرة الذي هو من الحكم الصغروي وبمنزلة الموضوع من الكبرى وثانيا مع التنزل لنا إن نمنع كفاية ذلك للإرشاد بعد قيام احتمال تحقق الملك بالمعاطاة على حسب معتقدهم لكونه بيعا عرفا فيكون السكوت عن ردعهم حينئذ لتحقيق الشرط وبعبارة أخرى السكوت عن ردع من أعتق المأخوذ بالمعاطاة كما يحتمل أن يكون للاكتفاء عنه بقوله (لا عتق إلا في ملك) يحتمل أيضا أن يكون لتحقيق شرط العتق وهو الملك، ومع قيام الاحتمالين يكون مجملا لا يصلح للإرشاد والبيان.

وأما عن الثاني وهو الشك في التمكن منه الذي مرجعه إلى الشك في وجود المانع دون أصل المقتضى فاجراء الأصل فيه وفي أمثاله مما لا شك فيه، وهو من الأصول العقلية لا ينافي قطعية الكشف عن الامضاء بالعمل وإلا لم يبق محل للسيرة ومورد للتمسك بها أصلا، كما لا ينبغي الاعتناء باحتمال كون السكوت عن الردع لمصلحة اقتضت إخفاء الحكم الإلهي

وتأخير بيانه - كما توهم - فإن ذلك ونحوه من الاحتمالات الوهمية والخيالات السوداوية لا ينبغي الاعتناء بها ولا الاصغاء إليها. وبما ذكرنا ظهر لك تحقق السيرة وحجيتها للكشف عن إمضاء المعصوم وتقريره.

فإذا القول بإفادة المعاطاة الملك المتزلزل دون الإباحة المجردة هو الأقوى، للأدلة المذكورة التي مقتضاها - وإن كان لزوم الملك كما نسب إلى المفيد - إلا أنه يخرج عنه بالخصوص بالاجماع الظاهر المصرح به في جملة من العبائر، بل عن بعض دعوى الاتفاق على عدم اللزوم: إما لعدم الملكية فيكون من السالبة بانتفاء الموضوع على القول بالإباحة أو لتزلزلها بناء على الملكية، فالقول بإفادتها الملك اللازم احداث قول ثالث. هذا وتظهر الثمرة بين القول بالملك المتزلزل والقول بالإباحة المجردة في أمور:

وليعلم أن ما ذكره من الثمرات إنما هو بحسب اقتضاء القاعدة، وإلا فقد يخرج عنها لدليل يكون منها بمنزلة التخصيص لها، إذ القاعدة بمنزلة الدليل العام فتكون الثمرة في مورد التخصيص خارجة عنه حكما لا موضوعا: الأول نماء العين المأخوذة بالمعاطاة (١) وبيان حكمه على كل من

(١) النماء: هو ما يحصل في العين من الزيادات الحسية، سواء كان متصلا بها غير قابل للانفصال عنها كالسمن في الحيوان والنمو في الأشجار أم كان قابلا للانفصال عنها، وكانت له حالتان: اتصال في حال وانفصال في أخرى كاللبن والهيض والنتاج في الحيوان، والثمر في النخيل والأشجار.

والكلام فيه - وفي المنافع مما لم يكن حسيا في الخارج كسنى الدار - تارة - على المختار من إفادة المعاطاة الملك الجائز، وأخرى - بناء على إفادتها بالإباحة.

القولين في موضوعها من قصد المتعاطيين التملك أو الإباحة وعلى كل من القولين في الأول أيضا من إفادتها الملك أو الإباحة، المجردة. وجملة صورها: هو أن النماء: أما أن يكون منفصلا عن العين، أو متصلا بها، وعلى الأول فأما أن يكون تالفا حقيقة أو حكما أو موجودا وعلى التقادير، فالكلام فيه مرة مع عدم رجوع المالك بالعين وأخرى مع الرجوع بها.

فأما بناء على إفادتها الملك الجائز، فالحكم فيما هو غير قابل للانفصال واضح، فإنه يتبع العين في الملك، إذ هو جزء منها غير قابل للانفكاك عنها، وأما ما كان قابلا للانفصال، فالمنفصل منه لا ينبغي الاشكال في عدم تبعيته للعين في تزلزل الملك، إذ هو نماء ملك ملكه: يتبع ملك الأصل بعد المعاطاة، والأصل فيه اللزوم، وما ثبت بالاجماع على الجواز فإنما هو بالنسبة إلى أصل العوضين، فلا وجه لرجوعه إلى المالك الأصلي بتبع العين لو رجع بالمعوضة، وهو واضح. وأما ما كان من النماء القابل للانفصال متصلا بالعين حين الرجوع بالمعوضة فربما يقال: إنه يتبع العين بالرد إلى المالك الأصلي عند الرجوع بالمعوضة، ولكنه على اطلاقه مشكل. نعم لا يبعد ذلك في مثل الصوف والشعر، وإن بلغ أو إن جزهما، بل اللبن في الضرع وإن استحلب، ونحو ذلك مما يعد في العرف بمنزلة الجزء من العين. أما مثل ثمر الشجر - خصوصا عند أوان الاقتطاف - وحمل الدابة فالحكم بتبعيته للعين في الرجوع إلى المالك بالرجوع بالمعوضة مشكل، بل قوى سيدنا - قدس سره - فيما سيأتي من كلامه عدم التبعية في مثل ذلك، وبالجملة كل ما لم يتضح كونه بمنزلة الجزء من العين فالأصل بقاءه على ملك مالكة المنتقل إليه الأصل بالمعوضة وعدم عوده إلى المالك الأصلي بتبع العين عند الرجوع بها هذا بناء على إفادة المعاطاة الملك الجائز، وأما بناء على إفادتها الإباحة

فنقول: لا اشكال في أنه يترتب على ملكية العين ملكية النماء لأنه نماء ملكه فيكون مملوكا له كنماء المبيع في زمن الخيار، بل لعله أولى منه لوجود القول فيه بتوقف الانتقال على مضي زمن الخيار وفي رجوع المالك به لو رجع بالعين وجهان، والأقوى: العدم، لأن التزلزل في الأصل: أما للاجماع على عدم اللزوم فيه، أو لأصالة عدم اللزوم في الملك، وكل منهما منتف في النماء. أما الاجماع فإننا لم نحققه على جواز الرجوع بالنماء لو رجع بالعين

دون الملك فربما يقال كما يظهر من سيدنا الخال إن النماء مملوك لمالك العين مباح التصرف للأخذ مع القول بكونها مالكية للإذن الضمني أو يشاهد الحال، وأما إن قلنا بكونها شرعية وقلنا بها لخصوص الدليل، فيشكل لتعلق الإباحة بالعين وقصور دليلها بالنسبة إلى إباحة النماء، وعليه فلا يجوز التصرف فيه وإن جاز في الأصل اللهم إلا أن يقوم اجماع أو سيرة قطعية فتأمل. انتهى.

هذا ولكن الذي يظهر مما ذكره الشيخ الأكبر كاشف الغطاء في مقام استبعاد القول بالإباحة من استلزام التفكيك بين العين والمنفعة بالقول بالإباحة في العين والملك في المنفعة التسالم على عدم الفرق بين القول بالملك والقول بالإباحة في ملكية المنافع والنماءات لمن أنتقل المال إليه وعدم تبعيتها للعين في مجرد الإباحة.

ولكن حكى شيخنا الأنصاري قدس سره عن بعض تبعية النماءات للعين في الارتجاع إلى المالك على القول بالإباحة. وعلى كل فالظاهر عدم الفرق بين القولين في ملكية النماء لمن أنتقل المال إليه وعدم تبعيته للعين في الرجوع إلى المالك ولو قلنا بالإباحة، وذلك للنبوي المعتبر "الخراج بالضمان" وإن ناقش شيخنا الأنصاري في سنده.

ولكن الذي يظهر من المحكى عن (مبسوط الشيخ) قدس سره

لا محصلا ولا منقولا، وأما الأصل فإن قلنا باقتضائه اللزوم في الملك وإن خرجنا عنه في الأصل بالاجماع فواضح، وإن قلنا باقتضائه الجواز فإنما نقول به في الأصل لاستصحاب بقاء العلقة للمالك الأول الحاكم على استصحاب الملك للثاني لكونه مسببا عنه كما عرفت سابقا والنماء لم يكن مملوكا للأول وانتقل عنه حتى يستصحب بقاء العلقة فيه، فيبقى استصحاب الملك فيه سليما عن المعارض ومقتضاه اللزوم.

من البحث عن مقدار دلالته: هو الفراغ عن اعتبار سنده، فالظاهر كونه من النبويات المتلقاة بالقبول لدى الفريقين.

فالمحكي عن الشافعي في (مختلف الحديث) وعن ابن ماجة في (صحيحه) وعن أبي داود في (سننه) أنهم رووا - جميعا - من طريق مسلم ابن خالد مسندا عن عائشة أن رجلا ابتاع عبدا فاستعمله ثم ظهر على عيب، فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله برده بالعيب، فقال المقضى عليه: قد استعمله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الخراج بالضمان، انتهى.

والمحكي عن (غوالي اللثالي) أنه روي عنه صلى الله عليه وآله: أنه قضى بأن الخراج بالضمان، ومعناه: إن العبد مثلا يشتريه المشتري، فيغتله حينما ثم يظهر على عيب به فيرده بالعيب، أنه لا يرد ما صار إليه من غلته وهو الخراج، لأنه كان ضامنا له لو مات، انتهى.

وقد استند إليه أبو حنيفة - في قضية - أبي ولاد عنه أكثراته بغلا من الكوفة إلى قصر بني هبيرة في طلب غريم له فخالف وركبه إلى النيل ثم منه إلى بغداد ثم منها إلى الكوفة وأرجعه بعد خمسة عشر يوما، فخاصمه صاحب البغل في كراه وتراضيا بأبي حنيفة، فقضى لهما بسقوط الكرى بعد ارجاع البغل سليما: فإن مستند قضاء أبي حنيفة استفادته من قوله صلى الله عليه وآله: "الخراج بالضمان" أن ضامن مال الغير والمتعهد به ولو

نعم ربما يتوهم المناقشة فيه بدعوى أن، ملكية النماء متفرعة عن ملكية الأصل ومنبعثة عنه فيكون النماء تابعا له في كيفية الملك من التزلزل. وليس بشئ بعد اقتضاء الدليل للاختلاف بينهما في كيفية من التزلزل في الأصل واللزوم في النماء، ومحض التبعية والتسيب في الملك لا يصلح دليلا للاتحاد في الكيفية.

نعم ربما يمكن صحة دعوى التبعية بناء على تعدد ماهية الملك اللازم والمتزلزل لاستحالة تولد ماهية من ماهية أخرى تخالفها، ضرورة اعتبار السخية بين العلة والمعلول، وأما بناء على وحدتها وإنما الاختلاف في المرتبة شدة وضعفا

كان غاصبا له - فخراجه ومنافعه غير مضمونة عليه لملكه، وإنما يضمن له نفس المال خاصة، فإن أرجعه إليه سليما لا يضمن له منافعه المستوفاة فضلا عن الفائدة تحت يده.

هذا ولكن الاستناد إلى النبوي في عدم ضمان الغاصب خراج المغصوب لملكه غير صحيح، فإنه مضافا إلى عدم المناسبة بين ضمان العين بحكم الشارع وجعله بعموم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " وبين مجانية المنافع رد الصادق عليه السلام عندما حكى له أبو ولاد قضاءه بقوله عليه السلام: في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها والأرض بركاتها. فالمتعين كون المراد بالضمان في النبوي المذكور هو بمعناه المصدرى الحاصل بجعل واختبار من الضامن بمبادلة ومعاوضة. وعليه فالمراد أن من تعهد بمال وضمنه بعوضه باختياره وجعله، فخراجه وما يتحصل منه من منافعه ونمائه له مجانا، فلو حصل فسخ للمعاوضة بخيار للفاسخ أو تفاسخ منهما لا يضمن كل منهما لصاحبه ما تحصله من المنافع والنماء، وذلك ما تقتضيه مناسبة الحكم للموضوع فإن الغرض المهم والغاية من الاقدام على ضمان العين بعوضها كون خراجها له مجانا، وعليه فيختص ذلك بالضمان المعاوضي، ولا يشمل ما سواه من

- كما قويناه - فلا، لانتفاء ما يوجب ضعفه في النماء من استصحاب العلقه للمالك الأول.

هذا ولا ينقض بنماء المبيع الخياري مع كونه في الأصل متزلزلا بالخيار وفي النماء لازما، لأن التزلزل فيه إنما هو من جهة الشرط، لقوله صلى الله عليه وآله "المؤمنون عند شروطهم" أو من دليل خارج كخيار العيب ونحوه، لا من سببية البيع التي مقتضاها اللزوم لولا الشرط ونحوه، بخلاف سببية المعاوضة للملك المتزلزل فإن السبب بنفسه سبب له، وأما على القول بكون مفادها الإباحة فالنماء مملوك لمالك العين مباح التصرف للأخذ، إن

ضمان اليد ونحوه مما لم يكن بجعل من الضامن.

ثم إن صاحب (الوسيلة) - قدس سره - عمم الحكم باستحقاق الضامن الخراج لما إذا كان الاقدام على الضمان بالعقد الفاسد أيضا كالصحيح قال فيها على ما حكى عنه في ذيل فصل عقده لبيان البيع الفاسد ما هذا لفظه: " فإذا باع أحد بيعا فاسدا وانتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده، ثم عرف واسترد البايع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده وولدت لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان فإن غصب إنسان أو سرق مال غيره أو أمة غيره أو حيوان غيره وباع من آخر ثم استخرج مالكة من يده شرعا وكان المبتاع عارفا بالحال لم يكن له الرجوع على البايع وإن لم يكن عارفا كان له الرجوع عليه بالثمن وما عزم للمالك " انتهى. وظاهره وإن كان الاختصاص بالضمان الاختياري بالمعاوضة وعدم التعميم لما إذا كان الضمان بحكم الشارع وجعله ولكنه عمم الضمان المعاضي لما إذا كان بعقد صحيح ممضى أو فاسد ملغى. هذا ولكن الأقوى ما ذهب إليه المشهور من الاختصاص بصورة ما إذا كان الاقدام على الضمان بمعاوضة صحيحة ممضاة من الشارع وهو الذي تقتضيه

قلنا بكون الإباحة مالكية للأذن الضمني، أو بشاهد الحال كما تقدم وإن قلنا بكونها شرعية وقلنا بها لخصوص الدليل، فيشكل لتعلق الإباحة بالعين وقصور دليلها بالنسبة إلى إباحة النماء وعليه فلا يجوز التصرف وإن جاز التصرف في الأصل اللهم إلا أن يقوم عليه اجماع أو سيرة قطعية فتأمل.

مناسبة الحكم للموضوع على ما ذكرنا فإن مجرد الاقدام على الضمان بمعاملة فاسدة غير ممضاة من الشارع وجودها كالعدم كيف يمكن أن يكون فيه اقتضاء لملكية المنافع والنماءات للضامن مجاناً، والحاصل، اختصاص القاعدة بالضمان المعاوضي الصحيح مما لا ينبغي الريب فيه.

ثم إن قاعدة "الخراج بالضمان" تختص - بمقتضى مناسبة الحكم للموضوع - بالضمان المعاوضي الذي أقدم عليه المتعاقدان وتعهد به كل منهما لصاحبه في أصل المعاوضة، فإنه المناسب لكونه سبباً لملك الخراج، أو كونه عوضاً عنه على ما هو مفاد باء الجر في قوله عليه السلام: الخراج بالضمان، ولزوم ذلك وعدم رجوعه للمالك الأصلي لو حصل فسخ أو انفساخ للعقد. وأما ما تفرع على ذلك وكان تبعاً له الثابت بالتعبد أو من ناحية الشرط الضمني في العقد وهو ضمان ما انتقل المال منه المستفاد من قاعدة التلف قبل القبض، فلا مناسبة لكونه مشمولاً لقاعدة الخراج بالضمان. فما يحكى عن الشيخ قدس سره في (المبسوط): من حكمه بأن نماء المبيع المردود بخيار العيب قبل القبض للبايع مستدلاً عليه بحديث الخراج بالضمان ومفسراً للخراج بالفائدة والضمان بمن يكون المال يتلف من ملكه والأصل قبل القبض في ضمان البايع بالمعنى المذكور فالخراج له. انتهى. فإنه مبني على استفادة كون قاعدة الخراج بالضمان شاملة للضمان التبعية أيضاً. والحاصل أن للضمان الأصلي في المعاوضة والضمان التبعية متناحيان في

هذا مع وجود النماء، وأما مع التصرف فيه بتلف ونحوه فلا رجوع عليه ببدله وكذلك لا رجوع له ببدل المنافع المستوفاة أيضا. ويجري الكلام مثله فيه على القول بكون المعاطاة ما كان بقصد الإباحة كما تقدم من شيخنا في (الجواهر) في موضوع المعاطاة.

هذا كله واضح بالنسبة إلى النماءات المنفصلة عن العين، وأما المتصلة بها، فقد قوى التبعية فيها للعين في جواز الرجوع شيخنا (في الجواهر) حيث قال: "وأما المتصلة كالسمن والصوف والشعر الباقين على الظهر واللبن الباقي في الضرع فتتبع العين على الأقوى". قلت: ويحتمل قويا لولا السيرة الممنوع تحققها الاقتصار في التبعية على ما يصدق عليه أنه جزء منها كالسمن والشعر والصوف وإن بلغ أوان

المفاد بالنسبة إلى ملك الخراج ولزومه، فالأصلي يقتضي بقاءه على ملك من أنتقل المال إليه بالعقد، وعدم انتقاله إلى من أنتقل المال منه بانفساخ العقد للتلف قبل القبض، والتبعية مقتضاه عكس ذلك وكون الخراج للمنتقل منه بعد الانفساخ، وحيث قلنا باختصاصها بالضمان الأصلي وأنه لا مناسبة لشمولها للتبعية فلا اشكال، كما أن القاعدة موردها الضمان المنجز فالمعلق مثل: أعتق عبدك عنى أو تصدق بمالك عنى وعلي ضمانه بكذا أو نحو ذلك مما يكون الضمان فيه معلقا على تحقق المضمون ولم يكن فعليا، لا يكون مشمولا للقاعدة، فلا وجه لكون الضامن مالكا لمنافع العبد بضمانه التعليقي إذا عرفت ذلك فنقول: الكلام في المعاطاة إنما هو مبني على كون موضوعها ما قصد المتعاطيان فيها حصول الملك، وإنها معاوضة صحيحة ممضاة من الشارع المقدس بعموم آية (أحل الله البيع) وآية "التجارة عن تراض" وأنها لازمة كما نسب إلى المفيد قدس سره أو جائزة مفادها الملك الجائر اللازم بأحد الملزمات - كما هو المختار - أو أنها مفيدة للإباحة وإنما يحصل الملك

جزهما دون ما لا يصدق عليه إلا كونه نماء لها كثمار الأشجار، سيما عند أوان اقتطافها، بل ويقوى عدم التبعية أيضا في التزلزل فيما كانت العين له كالوعاء نحو الحمل في بطن أمه، ولذا لا يدخل الجنين في بيع الأمهات إلا بالشرط على الأشهر خلافا للشيخ في (محكى مبسوطة) وأما اللبن فهو من الأجزاء الداخلة في المبيع حيث إنه ينشخب من عروق في الضرع الشخاب الدم من العرق، وليس الضرع وعاء له حتى يكون نسبته إليه نسبة الحمل إلى الحامل.

هذا بناء على ما قويناه في العين من الملك المتزلزل وفي النماء باللزوم وعدم التبعية لها في التزلزل. وأما بناء على التبعية في الملك المتزلزل أو الإباحة المجردة فالحكم بها في المتصلة أوضح منها في المنفصلة.

الثاني - في التصرفات المتوقفة على الملك وهي أمور:

منها - البيع، فيصح على القول بالملكية ويقع باطلا أو فضوليا على القول بالإباحة فإن كان هناك اجماع على الجواز، فلا بد على القول بها من الالتزام بدخوله أنا ما في ملك البائع، للجمع بين الأدلة وهو التزام بخلاف القواعد المقررة إلا أنه يمكن تطبيق الصحة على القاعدة، وإن قلنا بالإباحة غير أنه يقع للمالك دون البائع لتحقق الإذن الضمني أو بشاهد

بأحد الموجبات على - ما هو المشهور - وعلى كل فالضمان فيها معاوضي ممضى فإن كلا من المتعاطيين أقدم على ضمان ما أخذه من صاحبه بما دفعه إليه من العوض على كل من المباني المذكورة، غاية الأمر بناء على المشهور ما حصل بالتعاطي لكل منهما هو الإباحة المطلقة فيما أخذه من صاحبه وحصول ما قصده من الملك يتوقف على أحد الموجبات له، وهو لا ينافي كون الضمان معاوضيا. فهي مشمولة لقاعدة (الخراج بالضمان) ولا وجه لعدم الشمول لها بناء على الإباحة كما لا يخفى.

الحال منه، لوقوع التسليط منه عليه، وهو وإن كان بقصد التمليك إلا أن الملكية منتفية بعدم الامضاء، فيبقى الإذن المطلق، وهو كاف في الصحة، ويخرج البيع عن كونه فضوليا لسبقه بالإذن. وبالجملة الحكم بالصحة عن المالك لا مانع عنه إلا ما يتوهم أولا - انتفاء الإذن المقيّد بانتفاء قيده، وهو قصد التمليك، والمفروض عدم الوكالة منه عليه، وثانيا - إنما يصح وقوعه عن المالك والمفروض وقوعه من البائع لنفسه، فما وقع لم يصح والصحيح غير واقع لأن العقود تابعة للقصد. وليس بشيء.

أما الأول - فمع كون الفرض تحقق الإباحة المالكية، إذ الكلام على تقدير القول بها امكان دعوى الإذن الضمني بناء على تعدد المطلوب أو بشاهد الحال كما تقدم فيخرج به عن كونه فضوليا (١)

(١) الظاهر: إن مراده من عدم كون البيع المذكور فضوليا، عدم احتياجه - في الاستناد إلى المالك - إلى إجازة، وكفاية الإذن الضمني السابق منه، بناء على تعدد المطلوب أو بشاهد الحال، ولكنه غير واضح إذ الإذن الضمني المستفاد من التعاطي بقصد التمليك إنما هو بالبيع لنفس البائع القاصد كون البيع له وكون الثمن داخلا في ملكه عوضا عما يخرج منه إلى المشتري، وهب أن البيع المذكور قابل لأن ينفذ، ويصح للمالك كبيع الغاصب لنفسه القابل للتصحيح بالنسبة إلى المالك، فإن الغاصب للظالم حيث إنه يرى نفسه مالكا للمال وبناء على الادعاء المذكور يوقع المعاملة على المغصوب كما يوقعها على سائر أمواله، فهو لدى التحليل يبيع للمالك، ويقصد دخول الثمن في ملك مالكة، وحيث كان بناؤه لا أساس له بل هو صرف ادعاء، يلغو، ولا يلزم من ذلك لغوية أصل البيع المقصود كونه لمالك المبيع، فيصح للمالك بإجازته. وكذا نقول هنا في

وأما الثاني فلعدم اعتبار القصد لمن له البيع في صحته، وهو غير مأخوذ

بيع المأخوذ بالمعاطاة بقصد التمليك فإن البائع حيث كان بانياً على ملكية المبيع بالمعاطاة يقصد البيع لنفسه باعتبار كونه مالكا للمثمن اعتقاداً، فهو لدى التحليل يقصد كون البيع لمالكه، وحيث كان اعتقاده خلاف الواقع بناء على عدم إفادة المعاطاة سوى الإباحة تلغو جهة مالكيته، ولا يلزم من ذلك بطلان جهة كون البيع لمالكه الواقعي، ولكن إنما يصح ويستند البيع للمالك إذا أجاز البيع له بعد معرفة كون المعاطاة مفادها صرف إباحة التصرف.

ولا يقال: إذا أمكن نفوذ البيع واستناده إلى المالك بالإجازة المتأخرة عن البيع فينبغي أن يصح بالإذن الضمني السابق بل هو أولى بالصحة منه وعليه فيمكن القول بعدم الاحتياج في نفوذ البيع المذكور للمالك إلى إجازته المتأخرة عنه والاكتفاء بالإذن السابق.

لأننا نقول: هذا إنما يصح فيما إذا تعلق الإذن السابق بنفس ما تتعلق به الإجازة المتأخرة كما إذا باع الوكيل لموكله بياعاً هو مأذون فيه منه، فإنه لا يحتاج نفوذ بيعه للموكل إلى إجازة منه بعد البيع، ويكفي في ذلك الإذن السابق منه لكونه تعلق بنفس ما وقع من الوكيل أما فيما نحن فيه مما كان الإذن الضمني السابق على البيع المستفاد من التعاطي بقصد الملك متعلقاً بغير ما يمكن صحته بالنسبة إلى المالك، فلا يكفي في صحته للمالك الإذن السابق، بل لا بد من إجازة المالك بعد ذلك البيع ليصح بالنسبة إليه وذلك لكون الإذن الضمني من المالك المستفاد من المعاطاة بقصد الملك إنما تعلق بالبيع لنفس البائع لا بالبيع له، وما يمكن تصحيحه بالإجازة هو البيع للمالك، فما وقع من البائع المتعلق للإذن الضمني لا يمكن تصحيحه للمأذون بناء على الإباحة لكونه خلاف حقيقة المعاوضة، وما يمكن

في ماهيته وقوامه (١) ولذا قلنا بصحة بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك مع الإجازة. ولا أرى وجها في المقام بناء على الإباحة المجردة لوقوعه عن البائع حتى يلتزم بدخوله آنا ما في ملكه. وكيف كان فلا يبعد أن يقال بناء على الإباحة صحة البيع ووقوعه

تصحيحه بناء عليها لا بد فيه من الإجازة لكونه غير ما أذن المالك فيه ضمنا.

(١) بناء على ما تقدم - في بعض تعاليقنا من أن حقيقة البيع تبديل البائع العين التي هي طرف إضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر في عالم الانشاء عند قبول المشتري ذلك التبديل يلزم أن يكون البائع قاصدا بانشائه خروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك الثمن وخروج الثمن من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المثل بدلا عما خرج من ملكه إليه من غير فرق بين كون البائع أصيلا أو وكيلا أو وليا أو فضوليا قاصدا كون البيع لمالك المبيع أو كونه لنفسه لكونه غاصبا أو معتقدا كون المال له ففي جميع الصور المزبورة البائع حيث كان قاصدا دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه إلى مالك الثمن عوضا عما خرج من ملكه إليه، فإنه قاصد لمن له البيع فالأصيل لما قصد دخول الثمن في ملكه بدلا عما خرج من ملكه إلى مالك الثمن، فهو قاصد كون البيع له، والوكيل لما قصد دخول الثمن في ملك موكله الذي خرج المثل من ملكه إلى مالك الثمن بدلا عما خرج من ملك موكله، إليه فهو قاصد كون البيع لموكله وكذا الولي بالنسبة إلى المولى عليه فإنه قاصد كون البيع له، وأما الفضولي فتارة يقصد كون البيع للمالك فقصد من له البيع واضح، وأخرى يقصد كون البيع له لادعائه كون المبيع له كالظالم المتغلب الباني على كون ما تحت يده من مال الغير مالا له، فينشئ البيع عليه بما أنه مالك له ادعاء، فهو لدى

للمالك غير أن ثمنه المملوك له يقوم مقام المثلث في جواز التصرف فيه مطلقا ولو يبيعه أيضا، فيقوم ثمنه كذلك مقامه، وهكذا وهلم جرا في جميع سلسلة التعويضات بقيام البديل مقام المبدل في الحكم وكونه للمالك مباح التصرف لمن هو في يده بالمعاطاة اللهم إلا أن يكون هناك اجماع على صحة البيع ووقوعه للبايع دون المالك وحينئذ فلا مناص عن الالتزام بدخوله أنا ما في ملكه.

التحليل قاصد كون البيع للمالك، ولما كان ادعاء كونه مالكا ملغى، إذ لا واقع له بل هو صرف ادعاء فيصح البيع للمالك ولكن بإجازته، ومنه ما نحن فيه فإنه لو باع أحد المتعاطيين ما تحت يده من المال المأخوذ بالمعاطاة مع قصد المتعاطيين حصول الملك بها بناء على كون الحاصل بها مجرد الإباحة في التصرف دون الملك، فإن للبايع إنما يقصد البيع له بناء منه على كونه مالكا لما باعه اشتباها فهو كمن اعتقد كون المبيع له فباعه لنفسه بناء على اشتباهه، سوى إن ذاك اشتباهه من ناحية الموضوع، وهذا منشأ اشتباهه تخيله إن المأخوذ بالمعاطاة حكمه الملك لا إباحة التصرف فقط ومن هنا يبيعه لنفسه بما أنه مالك له، فهو لدى التحليل يبيع العين لمالكها فيصح البيع للمالك إن أجازته بعد معرفته إن المبيع له وإن المعاطاة حكمها مجرد الإباحة دون الملك.

وعلى كل فالوجه في صحة بيع المأخوذ بالمعاطاة ووقوعه لمالكه مع إجازته بناء على الإباحة هو ما ذكرناه: من أن البايع، وإن قصد كون البيع له لتخيله واعتقاده كون المبيع له وأن المعاطاة المقصود بها حصول الملك لكل منهما بالنسبة إلى ما أخذه من صاحبه تقتضي الملك وإنما ينشأ البيع على ما تحت يده لنفسه بما إنه مالك للمبيع فهو لدى التحليل قاصد كون البيع لمالكه، وحيث كان اعتقاد كونه مالكا للمبيع ملغى إذ كان

ومنها - العتق فإنه يصح عتق المأخوذ بالمعاطاة على الملكية، ويقع باطلا

مبنيًا على كون المعاطاة مفادها الملك مع أنها على الإباحة لا تقتضي سوى إباحة التصرف، فالغاء بنائه واعتقاده لا يقتضي عدم صحة البيع للمالك الحقيقي مع إجازته.

وعلى هذا فاشكال صحة بيع المباح له مال المبيح بأنه إنما يصح وقوعه عن المالك والمفروض وقوعه من البائع لنفسه فما وقع لم يصح لكونه خلاف حقيقة المعاوضة المقتضية لدخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه وقد خرج من ملك المبيح، فكيف يدخل الثمن في ملك البائع المباح له، والصحيح غير واقع لأن العقود تابعة للقصد.

مندفع فإن ما وقع من المباح له من البيع لنفسه لا بما هو هو وأنه زيد بن عمرو مثلاً ليقال: إن ما وقع لم يصح بل بما أنه هو المالك للمبيح لاعتقاده كونه له وأن المأخوذ بالمعاطاة ملك لأخذه فهو إنما يقصد وقوع البيع لمالك المبيح تحليلاً، فما وقع منه صحيح مع إجازة المالك الحقيقي نعم تطبيق المالك على نفسه خطأ واشتباه، فهو الملغى ولا ملازمة بين إغائه وبطلان البيع وعدم قابليته للتصحيح بالإجازة من المالك. وبهذا التقريب يندفع اشكال المستشكل.

وأما ما ذكره سيدنا قدس سره بقوله: وأما الثاني فلعدم اعتبار القصد لمن له البيع في صحته وهو غير مأخوذ في ماهيته وقوامه ولذا قلنا بصحة بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك مع الإجازة انتهى. فظاهره دعوى أن المناط في صحة وقوع البيع لشخص أو الاشتراء له مجرد مالكيته للمثل أو الثمن وعليه فمن قصد بيع ماله لغيره أي قصد خروج المال من ملكه إلى ملك المشتري ودخول ثمنه من المشتري في ملك الغير فالثلث يدخل في ملك البائع ويصح البيع له قهراً نظراً لمالكيته للمثل

بناء على الإباحة المجردة (١) لقوله: " لا عتق إلا في ملك " مع احتمال أن يقال فيه من الحكم بالصحة ووقوعه عن المالك بناء على الإباحة - كما تقدم في البيع - وإن قلنا ببطلان العتق الفضولي على الأشهر، لخروجه عنه بسبق الإذن الضمني أو بشاهد الحال كما تقدم إلا أن ذلك مبني على عدم اعتبار القرية في صحة العتق بتنزيل ما دل عليه من قوله: " لا عتق إلا ما أريد به وجه الله " وغير ذلك على نفي الكمال دون الصحة: وأما بناء على اعتبارها فيشكل لأن المالك غير متقرب به والمعتق غير مالك فلا وجه حينئذ لصحته إن قام الدليل عليه إلا دخوله آنا ما في ملك المعتق ويقع حينئذ عنه لا عن المالك.

ومنها وطئ الأمة المأخوذة بالمعاطاة، فيجوز على الملكية ولا يجوز

كل من القول بافادها الملك أو الإباحة، ففيما هو محل الكلام من بيع المباح له ما تحت يده من مال المبيع مقتضى الضمان المعاوضي الذي أقدم عليه المتعاطيان انتقال عوضه الذي هو تحت يد صاحبه إليه عند البيع الذي هو بمنزلة اتلاف مال المبيع عليه لعدم إمكان رجوعه به بعد فرض كون البيع بإذن منه وتسليط عليه وانتقال العوض إلى ملك المبيع مستلزم لانتقال مال المبيع إلى المباح له حين البيع لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض في الملك، وعليه فيخرج المبيع من ملك المباح له إلى ملك المشتري، ويدخل عوضه من المشتري في ملكه، وهو معنى وقوع البيع عن المباح له ولعله يأتي في بعض تعليقاتنا زيادة توضيح لذلك.

(١) يمكن أن يقال: إن الكلام في العتق كما قربناه فيما سبق من البيع: من صحته ووقوعه عن المعتق لما ذكرناه: من أن مقتضى الاقدام المعاوضي من المتعاطيين وكون كل من العوضين مضمونا بالآخر عند الاتلاف وما هو بمنزلة انتقال العبد عند عتقه إلى المباح له وينعتق عنه لانتقال

على الإباحة بناء على اعتبار الصيغة في التحليل كما هو أحد القولين فيه، فتظهر الثمرة بينهما اللهم إلا أن يكون هناك اجماع على الحل فلا بد حينئذ من الالتزام بدخوله آنا ما في الملك فتندم الثمرة حينئذ حكما لا موضوعا إلا

عوضه إلى ملك المبيح المستلزم لانتقاله إلى المباح له نحو ما ذكرنا في بيعه.

فما ذكره سيدنا: من بطلانه على الإباحة المجردة، لقوله صلى الله عليه وآله: " لا عتق إلا في ملك " غير واضح،

كما أن ما احتمله: من الحكم بالصحة والوقوع عن المالك بناء عليها، وإن قلنا ببطلان الفضولية في العتق لخروجه منه، لسبق الإذن الضمني أو مشاهد الحال - غير واضح - أيضا - فإن محل الكلام في المعاطاة المقصود بها لكل من المتعاطيين تمليك ما أعطاه لصاحبه، فالإذن الضمني أو مشاهد الحال من المعطي المستفاد من الاعطاء بقصد التمليك بالتصرف فيما أخذه وما كان بمنزلة كالعتق ونحوه من النقل اللازم بما أنه مملوك له بالأخذ منه، لا الأعم من ذلك، ومما فرض كونه مباحا له، فما تعلق الإذن به، وهو عتق المملوك لمعتقه، بناء على كون المعاطاة مفادها الإباحة لم يحصل على الفرض، وما حصل وهو العتق عن المالك لم يكن متعلقا للإذن الضمني.

وما ذكرناه من الوجه في امكان وقوع بيع المأخوذ بالمعاطاة عن المالك بناء على الإباحة، لا يجري في عتقه، إذ البيع صالح للفضولية يمكن تصحيحه بإجازة المالك، بناء عليها، بخلاف العتق غير الصالح للفضولية على الفرض. وبالجملة، ما احتمله سيدنا قدس سره من الحكم بصحة وقوع العتق عن المالك بناء على الإباحة، بعيد. والأقرب ما ذكرناه من وقوعه عن المباح له.

إن المنع عنه محكى عن الشيخ والشهيد في تعليقه على القواعد.
وبالجملة فالجواز على القول بالإباحة مبنى إما على دخوله أنا ما في
الملك أو على كفاية الإباحة المطلقة في التحليل وعلى التقديرين فتندم الثمرة
حكما لا موضوعا.

الثالث - في وجوب الخمس والزكاة وتعلقهما بالعين المأخوذة بالمعاطاة
إذا اجتمع فيها شرط الوجوب فيتعلقان بها فيجب على الآخذ بناء على
القول بالملكية وإن كانت متزلزلة بناء على عدم شرطية استقراره في الوجوب
ولا يجب على القول بالإباحة مع احتمال الفرق بين الخمس والزكاة فيجب
الأول مطلقا ولو قلنا بأن مفادها الإباحة المجردة لصدق الغنيمة عليه بالمعنى
الأعم فيدخل في عموم الآية بناء على الاكتفاء فيه بمجرد صدق الفائدة
التي هي أعم من الملكية بعد إن كانت الإباحة فيها مطلقة فتندم الثمرة
فيه موضوعا لا حكما بخلاف الزكاة المشروط وجوبها بالملك اللهم إلا أن
يقال: بتعلق الزكاة بها على القولين ووجوبها على التقديرين غير أنه يجب
على الآخذ إذا اجتمعت عنده شرائط الوجوب على القول بالملكية ويجب
على المالك على القول بالإباحة وإن سقط عنه بدفع الآخذ لها زكاة
اللهم إلا أن يقال بعدم تمكن المالك غالبا من التصرف في ملكه المأخوذ
منه بالمعاطاة إما لغيب الآخذ أو لمجهوليته فلا يجب عليه لذلك ولا على الآخذ
لعدم تملكه بالمعاطاة. وحينئذ فإن قام اجماع على وجوب الزكاة على الآخذ
فلا بد من الالتزام بدخوله أنا ما في ملكه.

هذا وحيثما تعلق الخمس أو الزكاة بالعين المأخوذة بالمعاطاة، فغير
بعيد تحقق اللزوم بذلك على القولين لكونه بحكم تلف بعض العين أو نقله
فلا يجوز الرجوع بالباقي بناء على أن تلف البعض من الملزمات أيضا، مع
احتمال دعوى اللزوم بذلك في الخمس فقط، لكونه بحكم تصرفه وتلفه

عنده بخلاف الزكاة حيث قلنا بوجوبها على المالك والدفع اسقاط عنه فإنه حينئذ بحكم رجوعه بالبعض الذي لا ينافي جواز رجوعه بالباقي. هذا ما تطرق إليه الخيال على تشتت البال بحسب ما تقتضيه القاعدة وعليك بالتأمل فيه فإنه لا يخلو من الحاجة إليه وإلى مراجعة كلمات الأصحاب. الرابع - فيما لو مات المتعاطيان فينتقل كل من العينين إلى وارث من كانت بيده بالإرث على الملكية وإلى وارث المالك بناء على الإباحة (١) وعليه

(١) تحرير الكلام في التنبيه المذكور هو أنه لا اشكال في لزوم المعاطاة بموت المتعاطيين بناء على الملك فإن جواز الرجوع الثابت في المعاطاة إنما هو من قبيل الأحكام الثابتة لموضوعاتها التي لا تقبل الإرث نظير جواز الرجوع بالهبة وليس من سنخ الحقوق التي تورث بحكم النبوي المشهور: " ما ترك الميت من حق فهو لوارثه " وكذا لو مات أحدهما فليس لوارثه الرجوع بها بل ليس للحي منهما الرجوع إذ الظاهر أو المتيقن من الجواز في المعاطاة رجوع كل من المتعاطيين على صاحبه وأخذ العين منه لا الأعم من ذلك والرجوع إلى وارثه.

وبالجملة فكما أن الرجوع بالمعاطاة موضوعه الرجوع بنفس العين فلو تلفت ليس لكل منهما الرجوع على صاحبه بمثل التالف أو قيمته وتلزم المعاطاة بذلك، فكذا لو مات المتعاطيان أو أحدهما ليس للوارث لهما أو الموجود منهما الرجوع بالمعاطاة الواقعة بين المورثين أو الواقعة بين أحدهما ومورث الآخر وتلزم المعاطاة بذلك.

هذا بناء على إفادتها الملك الجائز وأما بناء على إفادتها الإباحة فالذي يظهر من سيدنا قدس سره تبعاً لغيره بطلانها بالموت حيث يقول: فينتقل كل من العينين إلى وارث من كانت العين بيده بالإرث على الملكية وإلى وارث المالك بناء على الإباحة انتهى. والوجه في ذلك جعلها على الإباحة من قبيل العقود الإذنية كالعارية مثلاً التي قوامها مجرد الإذن في التصرف، فتبطل بموت كل من

فلا يجوز التصرف لكل من ورثة الطرفين إلا بإذن جديد من المالك الوارث أو بتجديد المعاملة بينهما لعدم تأثير إذن المورث في إباحة الوارث إن كانت الإباحة مالكية، وكذلك أن كانت شرعية لقصور دليلها بالنسبة إلى غير المتعاطيين

الآذن والمأذون، ويفتقر جواز التصرف إلى إذن جديد ممن له الإذن هذا ولكن بمقتضى ما ذكرناه فيما سبق من أنها من المعاوضات على كل من القول بالملك أو الإباحة وإنها مبادلة بين الملكين على رأي وبين السلطنتين على رأي آخر، فلا وجه لبطلانها بالموت بل تلزم بذلك للسيرة القطعية على عدم البطلان بالموت فإن وارث الميت من المتعاطيين لو رجع إلى الحي منهما بما في يده من أحد العوضين وأخذه منه قائلاً: إن الإذن إنما كان من مورثة وبطل بموته ينكر عليه ذلك وكذا لو رجع الحي على وارث الميت منهما وأخذ ما في يده من العوض، وهو كاشف عن عدم البطلان بالموت ولو كان الإذن في المعاطاة نظير الإذن من المعير للمستعير بالتصرف بما تحت يده من العارية، لما كان للانكار وجه.

ويشهد لعدم البطلان أيضاً: إن كاشف الغطاء قدس سره في مقام استبعاد ما ذكره المشهور من الإباحة ذكر من جملة المبعديات ترتيب آثار الملك على ما ليس بملك حيث قال: "ومنها إن الأحماس والزكوات إلى أن يقول والموارث والربا والوصايا تتعلق بما في اليد إلى قوله فتكون متعلقة بغير الأملاك" فيظهر من ذكر ذلك في مقام الاستبعاد إن إرث الوارث ما في يد مورثه من مسلمات الفقه حتى عند القائلين بالإباحة. وشيخنا الأنصاري قدس سره اعترف له بالاستبعاد حيث قال: "وأما ما ذكره من تعلق الأحماس والزكوات" إلى آخر ما ذكره فهو، استبعاد محض ولو كان موت أحد المتعاطيين بناء على الإباحة موجبا لبطلان المعاطاة لم يلزم تعلق الإرث بغير الملك إذ الوارث حينئذ يرث ما يملكه مورثه

ولو مات أحدهما، فينتقل إلى وارثه بالإرث على الملكية. وغير بعيد الحاقه بالنقل الاختياري في ايجابه اللزوم، ويجوز لكل من الحي وورثة الميت التصرف فيما انتقل إليه لكونه ملكا له. وأما بناء على الإباحة فلا يجوز للحي التصرف فيما بيده لتوقفه على الإذن من وارث المالك إن كانت الإباحة مالكية أو شمول دليلها لهذه الصورة إن كانت شرعية كما عرفت وأما تصرف ورثة الميت فقد يقال بجوازه إن كانت الإباحة مالكية لتحقيق الإذن أو بشاهد الحال من المالك الموجود الظاهر في شموله لجميع طبقات الطرف الآخر، اللهم إلا أن يمنع ظهور الحال في رضائه بالتصرف في ماله مع كونه ممنوعا عن التصرف فيما هو بيده. وبالجملة فالمدار على القول بالإباحة في جواز التصرف على تحقق

لا ما في يد مورثه المباح له، فلا وجه لاستبعاد الشيخ كاشف الغطاء الإرث، ولا لاعتراف الشيخ الأنصاري قدس سره ذلك الاستبعاد. هذا وأما لزوم المعاوضة بالموت فلما ذكرناه من أن الثابت والمتيقن من الجواز في باب المعاوضة رجوع كل من المتعاطيين على صاحبه وأخذه العين منه، فلو تلفت العين أو مات صاحبه لم يمكن تحقق ما هو الثابت في قبال أصالة اللزوم في المعاوضة من أخذ العين من صاحبه فإنه في صورة موت صاحبه وإن أمكن ارجاع العين ولكنه من وارثه لا منه والأصل اللزوم في المعاوضة بلا فرق بين القولين لما ذكرناه من أنها معاوضة على كل من المسلكين المملك أو الإباحة، فكما أن الأصل عدم رجوع المالكين إلى المالك الأصلي ما لم يثبت جوازه فكذا الأصل عدم عود السلطنتين إلى المالك إلا بعد تحقق الرجوع ونفوذه. هذا تحرير الكلام في ما ذكر في التنبيه المذكور ومنه تعرف وجه المناقشة فيما ذكره سيدنا قدس سره.

الإذن من المالك الفعلي أو من المالك الحقيقي وهو غير مندرج تحت قاعدة كلية هذا بحسب ما تقتضيه القاعدة من الفرق بين القولين فإن قام دليل من اجماع أو سيرة على جواز التصرف في صورة موتتهما أو موت أحدهما من غير توقف على إذن جديد، فهو خروج عن القاعدة وتخصيص لها بدليل خاص. الخامس - لا يرجع بالنفقة لو رجع بالعين على الملكية لأنه بذلها في ملكه فلا يستحق الرجوع بها على غيره ويرجع بها على الإباحة لو رجع عليه مع عدم التبرع بالانفاق على الأظهر. ثم إن ههنا أموراً ينبغي التعرض لها والتنبيه عليها. منها ما ذكره في ملزمات المعاطاة: من تلف العينين أو إحداهما - كلا أو بعضاً - أو نقلهما أو إحداهما كذلك بنقل لازم أو جائز أو مزج بغيره بحيث لا يتميز عنه أو تصرف مغير للصورة. فنقول أما التلف، وهو: إما أن يكون من الجانبين أو من جانب واحد وعلى التقديرين، فالكلام فيه مرة على القول بالملكية وأخرى على القول بالإباحة. أما مع تلف العينين، فالتلف من مال من انتقل إليه على القول بالملك لأنه تلف في ملكه ولا معنى لضمانه ملك نفسه، فلا رجوع لأحدهما على صاحبه ببدله الواقعي من المثل أو القيمة لو أراد الرجوع لانقطاع استصحاب علقه المالك في العين بعد تلفها (١) وهو معنى اللزوم

(١) ليس منشأ اللزوم وعدم جواز رجوع أحدهما على صاحبه بالبدل الواقعي: هو انقطاع استصحاب علقه المالك بتلف العين، لما ذكرناه سابقاً من أنه بعد انتقال المال إلى الطرف بالتعاطي وملكه له، لم يبق لمالكة الأول علقه فيه أصلاً حتى يتصور استصحابها وينقطع ذلك بتلف العين، بل الوجه في اللزوم وعدم جواز الرجوع بعد التلف هو أن المتيقن من الجواز الثابت بالاجماع في قبالة أصالة اللزوم الثابتة بآية التجارة عن تراض.

فيه. ومنه يظهر الفرق بينه وبين تلف المبيع في زمن الخيار الذي يرجع فيه ببدل التالف من المثل أو القيمة لكون الرجوع فيه من أحكام العقد الخياري بخلاف المقام.

وأما على القول بالإباحة، فلا اشكال في اللزوم بذلك، بل ذهب غير واحد إلى عدم الخلاف فيه، بل عن بعض دعوى الاجماع عليه وإنما الكلام في أن ذلك هل هو على وفق القاعدة، أو على خلافها، خرج عنها بالاجماع؟ ذهب بعض إلى الأول، نظرا إلى أصالة البراءة عن بدل التالف للمالك لو أراد الرجوع بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة مع عدم ما يوجب ضمانه لأن الموجب له: أما الأصل، وهو استصحاب جواز الرجوع قبل التلف، وقد عرفت انقطاعه بانتفاء متعلق العلقة المستصحبية من العين، وأما اليد لعموم حديث " على اليد " الممنوع شموله للمقام لأن اليد لم تكن يد ضمان عند وجود العين ولا بعد تلفها، مع عدم إرادة الرجوع وجواز الرجوع فرع كون اليد يد ضمان قبله. وذهب جماعة إلى الثاني نظرا إلى كون العين عند المعاوضة بالتعاطي مضمونة على قابضها بالبدل الجعلي، فإذا لم يسلم ولم يلزم المسمى المجعول بقرار المتعاطيين رجوع إلى البدل الواقعي من المثل أو للقيمة فاليد يد ضمان من أول الأمر.

ونحوها صورة بقاء العينين.

لا يقال: ثبت في الأصول أنه لو ورد عام وورد مخصص له ولم يكن له عموم زماني، ففي مقام الشك يتمسك باستصحاب المخصص لا بعموم العام، وما نحن فيه من ذلك، فإن عموم آية التجارة عن تراض ونحوه مما هو مدرك أصالة اللزوم المقتضي لعدم جواز ارجاع كل من المتعاطيين ما ملكه لصاحبه بالمعاطاة وإعادته إلى ملكه إلا بالتجارة عليه وكسبه منه عن رضا به، قد خصص بالاجماع على جواز المعاطاة، فعند الشك في

قلت: المرجع في الضمان للبدل وعدمه إلى كون الإباحة هل هي مجانية أو بعوض إذ لا معنى لغرامة البدل مع كون الإباحة مجانية التي معناها لا غرامة عليه أصلاً، وحيث كانت المعاطاة معاوضة فلا جرم كانت العين مضمونه بديلها على من قبضها، وقياسه بنثار العرس المبذول مجاناً كما في الجواهر قياس مع الفارق نعم يمكن أن يقاس به بناء على مذهبه في موضوع المعاطاة من قصد الإباحة بالإباحة، فإن العوضية إنما هي بين الإباحتين لا بين العينين فتكون الإباحة حينئذ بالنسبة إلى متعلقها مجانية من الجانبين وإن وقعت الإباحة بإزاء الإباحة ولعله مثله أيضاً في المجانية لو فرض قصدتهما التملك بالتمليك كما هو أحد الاحتمالات المتقدمة في تصوير المعاطاة بإرادة التسليط التملكي بإزاء التسليط التملكي فالملكية حينئذ مجانية وإن قوبلت بالملكية الأخرى كذلك نظير الهبة المشروطة بالهبة على وجه يكون أحدهما كالداعي للآخر نعم بناء على فرض قصد التملك بالتمليك أي تملك العين بتملك الأخرى على نحو التملك البيعي كما هو أحد الاحتمالات المتقدمة أيضاً بل هو الغالب من قصد المتعاطيين كما نشاهده بالوجدان فيشكل الحكم باللزوم بناء على القول بالإباحة فيه ضرورة كون المعاوضة في هذه الصورة إنما هي بين العينين ومقتضاه الضمان، والمسمى وإن وقع القرار بينهما عليه إلا أن الالتزام به مع كونه غير البدل الواقعي موقوف على ثبوت ملزم شرعي وهو مع كونه ممنوعاً عين الدعوى ومصادرة وهذا بخلاف البدل الواقعي فإن دفعه يعد عرفاً دفعاً للتالف ولا حق للمالك

جواز الرجوع بها بعد تلف العين ينبغي التمسك باستصحاب جواز الرجوع فيلزم من تلف المال عنده دفع مثله أو قيمته لطرفه لو رجع بها. لأننا نقول: هذا يتم فيما لو كان الجواز ثابتاً بدليل الخيار مما كان موضوعه العقد فإن مرجعه إلى سلطنة لذي الخيار على حل العقد وإقراره فلو شك في بقاء الخيار للشك في كونه دائراً مدار بقاء العين أو أنه باق

أزيد من ذلك وعليه فيكون اللزوم في هذه الصورة على خلاف القاعدة
خرج عنها بالاجماع اللهم إلا أن يوجه تطبيقه عليها بما سيأتي.
هذا مع تلف العينين وأما مع تلف إحداهما وبقاء الأخرى، ففي
صورة ما لو كان من قصد المتعاطيين الإباحة بالإباحة فلمالك العين الموجودة
الرجوع بها لأنها ملكه بالفرض وإن أباح التصرف لغيره ولا رجوع عليه
ببدل التالف لأن المفروض فيها كون الإباحة مجانية ولا يتوهم استلزامه
الجمع بين العوضين إذ لا معاوضة بين العينين بل هي بين الإباحتين وقد
حصل التصرف فيهما من الجانبين. وأما مع قصدهما الملكية على نحو الإيجاب
والقبول القولي فعلى القول بالإباحة مقتضى القاعدة جواز الرجوع بالعين
الموجودة لمالكها لكونها باقية على ملكه والغرامة لصاحبه عن التالف عنده
ببدله الواقعي لكون يده يد ضمان لعموم حديث " على اليد " بعد إن
كانت المعاوضة بين العينين، وليس المسمى بدلا عنه وإن وقع القرار عليه
لعدم الدليل على وجوب الالتزام به بعد أن لم تتم البديلية بينهما بالفرض
إلا أن يقوم اجماع عليه، وهو إن ادعى فعلى عهدة مدعية. وأما بناء

مع تلفها أيضا، ففي مثل ذلك يكون المورد من قبيل استصحاب حكم
المخصص المقدم على أصالة العموم ويجري استصحاب بقاء السلطنة على حل
العقد عند تلف العين ويلزم من تلفت عنده مع الفسخ البديل الواقعي من
المثل أو القيمة لطرفه. أما ما نحن فيه مما كان الجواز فيه ثابتا في قبيل
أصالة العموم واللزوم بالاجماع الذي هو دليل لبي ولا معقد له فكما يمكن
أن يكون مفاده ثبوتا جواز الرجوع بالمعاوضة الحاصلة بالمعاطاة القابل للبقاء
مع تلف العين كذلك يمكن أن يكون هو جواز الرجوع بالعين التي وقع
التعاطي بها الغير القابل للبقاء مع التلف ومع الشك يقتصر على القدر المتيقن
من الجواز، وهو صورة بقاء العين. والحاصل: إن المقام ليس من قبيل

على الملكية فعلى القول بأصالة اللزوم في الملك لا رجوع لأحدهما على صاحبه لأنه مقتضى الأصل الذي خرج عنه بالخصوص الرجوع مع بقاء العينين وأما بناء على المختار من أصالة الجواز في الملك لاستصحاب بقاء العلقة السابقة، فيشكل تطبيق الحكم فيه باللزوم على القاعدة كما عليه المشهور، بل ادعى عدم الخلاف فيه وإن احتمله (في المسالك) احتمالا إذ مقتضى استصحاب بقاء العلقة بالنسبة إلى العين الموجودة لمالكها جواز الرجوع بها فإن رجع بها رجوع صاحبه عليه حينئذ يبدل التالف من المثل أو القيمة لكون العين التالفة كانت مضمونة عليه قبل التلف.

استصحاب حكم المخصص، بل هو من موارد التمسك بعموم العام وأصالة اللزوم.

ثم إن هذا بناء على حصول الملك بالمعاطاة. وأما بناء على القول بإفادتها الإباحة فكذلك لا يمكن احراز جواز الرجوع بعد تلف العين لأن الجواز الثابت قبل التلف بناء على الإباحة هو مقتضى سلطنة المالك على ماله فإننا قلنا بأن المعاطاة بناء على الإباحة مبادلة بين المالكين مفادها سلطنة كل من المتعاطيين على ما تحت يده من مال الآخر سلطنة مطلقة مع بقاء كل منهما على ملك مالكه، وبما أن أصل الملك لكل منهما فيما دفعه إلى طرفه باق على ما كان عليه فلكل منهما إبطال المعاوضة وارجاع ما حصل بها من السلطنة المطلقة لطرفه إليه بمقتضى سلطنة الناس على أموالهم، كما كان أصل المعاوضة بمقتضاها، ولكن حيث كان تلف مال المالك المبيع موجبا لخروجه عن ملكه ودخوله في ملك المباح له قبل التلف أنا ما بمقتضى كون الضمان فيها معاوضيا وإن ما بيد كل منهما مضمون بعوضه الذي هو في يد الآخر فيدخل العوض عند التلف في ملك المبيع ولازمه خروج المباح عن ملكه ودخوله في ملك المباح له قبل التلف أنا ما، وإلا لزم الجمع بين العوض

اللهم إلا أن يوجه تطبيق الحكم باللزوم على القاعدة حينئذ بأحد وجهين:
(الأول) أن المعاطاة بناء على إفادتها الملكية تقتضي صحة بدلية كل من
العينين عن الأخرى، ومقتضاها تعيين الغرامة بالبدل الجعلي دون الواقعي
غير أن كلا من المتعاطيين بحكم الاستصحاب له ابطال المبادلة الذي معناه
الرجوع بما كان له وارجاع بدله إلى صاحبه، وهو غير ممكن مع التلف
فيتوقف الرجوع على التراد الغير الممكن إلا مع بقاء العينين (الثاني) أن ملكية
المعاطاة استفيدت من عمومات " أحل الله البيع " " وتجارة عن تراض " ونحو
ذلك التي مقتضى عمومها الازماني اللزوم خرج عنها صورة بقاء العينين بالدليل،
فيبقى غيرها مندرجا تحت العموم المنقطع به الاستصحاب اللهم إلا أن يחדش فيه
بدعوى إن الزمان ليس من المشخصات الفردية بحيث يكون الفعل بحسب
أجزائه المساوية أفرادا متعددة للعام حتى لا ينافي خروج فرد منه جريان
أصالة العموم في غيره لكونه من الشك في التخصيص بل هو ظرف للفعل

والمعوض في الملكية، فالسلطنة التي كانت للمالك على ماله المباح لظرفه
ارتفعت بدخوله في ملك طرفه، والاجماع القائم على جواز الرجوع لكل
من المتعاطيين ظهر حاله وإن القدر المتيقن منه ما كان قبل التلف، فلا وجه
لضمان كل منهما لصاحبه البدل الواقعي من المثل أو القيمة والأصل عدمه.
هذا حكم ما لو كان التالف كلا العينين ومنه يظهر حكم ما لو تلف
أحدهما أو بعضه لما ذكرناه من امكان كون موضوع الجواز في المعاطاة
بناء على الملك بقاء العينين على حالهما فيتلف أحدهما أو تلف بعضه يرتفع
موضوع الجواز، والمتيقن من الجواز تلك الصورة على نحو ما ذكرنا: من
أن المورد من موارد التمسك بعموم العام لا باستصحاب حكم المخصص.
هذا على القول بإفادتها الملك، وقد سبق أن الحكم بناء على الإباحة
لا يخالف القول بالملك، فإن تلف العين إذا كان كاشفا عن سبق ملكها لمن

الملحوظ في مجموع أجزائه بنظر الوحدة ولا يوجب صيرورته به أفرادا متعددة بل هو فرد واحد فإذا فرض خروجه في جزء من أجزاء الزمان وثبت الحكم بالجواز فيه انقطع حكم العام واستصحب حكم المخصص إذ لا يلزم من ذلك زيادة تخصيص حتى تنفي بالأصل فتأمل ويلحق بتلف العين تلف بعضها في الحكم ودليله.

هذا كله في التلف، وأما النقل الشرعي، ففي لحوق نقل العينين أو أحدهما كلا أو بعضا منهما أو من أحدهما بالتلف حكما مطلقا سواء كان بنقل لازم أو جائز أو لا كذلك أو التفصيل بالأول في الأول والثاني في الثاني مطلقا على القول بالملكية أو الإباحة أو يفصل بينهما وجوه واحتمالات، بل لعل بعضها أقوال.

تلفت عنده الملازم لملكية طرفه للعين الباقية بحسب ما يقتضيه الضمان المعاوضي فالحكم بجواز إرجاع العين الموجودة ممن هي بيده وضمانه بدل العين التالفة أو القيمة له يحتاج إلى دليل مفقود، والأصل عدمه والحاصل: أنا ذكرنا فيما سبق أن محل الكلام والنزاع الواقع في كلمات الأصحاب من الفقهاء هو في المعاوضة التي قصد بها المتعاطيان حصول الملك لكل منهما بنحو يكون كل من العينين عوضا عن الأخرى، وهي المعاوضة الدائرة بين الناس عرفا وعمدة ما قيل في حكمها قولان: أحدهما كونها مفيدة للملك الجائز، ويلزم بأحد الملزمات، وهو المختار للمحقق الكركي قدس سره ومن تبعه على ذلك، وهو أقوى القولين. والقول الآخر ما ينسب إلى المشهور من أنها تفيد الإباحة المطلقة في التصرفات ويحصل الملك بتلف العين أو بالتصرف المتوقف على الملك. وعلى كل هي معاوضة عرفية مشمولة لآية التجارة عن تراض والضمان فيها معاوضي والتعاطي بينهما بالقصد المذكور مصداق للتكسب غاية الأمر بناء على ما استفاد من ظاهر المشهور أن الملك لم يتحقق حين التعاطي

وبالجملة النقل: أما بعقد لازم أو جائز وعلى التقديرين، فالكلام مرة بناء على الملكية وأخرى على الإباحة.

أما النقل اللازم، فلا إشكال في عدم جواز رجوع كل منهما إلى صاحبه بناء على الملكية لانقطاع استصحاب جواز الرجوع بعدم إمكان التراد المأخوذ في موضوع الحكم بالجواز أما رجوع الناقل على صاحبه بالعين الباقية، فلتوقفه على ارجاع بدلها له وهو ممتنع عليه شرعا بنقله اللازم، والممتنع الشرعي كالممتنع العقلي، وأما عدم رجوع صاحبه بالعين المنتقلة فلكونها منتقلة بنقل صحيح لازم لا رجوع له فيه، فامتنع التراد المعلق على إمكانه الحكم بالجواز.

هذا مع مضي النقل، ولو فرض عود المنقول بفسخ أو تقايل ففي جواز الرجوع لامكان التراد حينئذ وعدمه وجهان: أقواهما الثاني:

كما هو المختار للمحقق الكركي ومن تبعه، وإنما الحاصل ابتداء إباحة التصرف المطلق والملك متوقف على التلف أو التصرف المتوقف على الملك، وهو غير مانع عن صدق التجارة عليها كما لا يخفى. ولو نوقش في صدقها بناء على الإباحة فيكفي في مشروعيتها وإن الضمان فيها معاوضي: اجماع الأصحاب على ذلك، فإن ما يحكى عن العلامة قدس سره في نهايته من القول بفسادها يحكى أيضا رجوعه عنه في الكتب المتأخرة عنها وبالجملة لا ينبغي التشكيك في كون الضمان فيها معاوضيا، ومقتضى ذلك كون كل من العوضين مضمونا بالآخر فتبلف إحدى العينين تتعين الأخرى للبدلية فاستشكال سيدنا قدس سره في ما سيأتي: منه من الحكم باللزوم في صورة تلف العينين بناء على الإباحة بل جزمه بعدمه في صورة تلف إحدى العينين، وإن مقتضى القاعدة جواز الرجوع بالعين الموجودة لمالكها والغرامة لصاحبه عن التالف عنده ببدله الواقعي - آخر ما قال - غير واضح.

إما بناء على أصالة اللزوم في الملك فظاهر لأن المتيقن من التراد الجائر معه الرجوع هو ما كان قبل النقل إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم في الملك إمكان التراد بقول مطلقا، فالموضوع غير محرز، بل وكذا بناء على أصالة الجواز فيه لتحقق اللزوم بالنقل، فيستصحب وينقطع به استصحاب الجواز وليس إمكان التراد علة للحكم بالجواز حتى يدور الجواز مداره وجودا وعدم بل هو موضوع للحكم به وقد زال بعروض المنع الشرعي بالنقل، وأما بناء على الإباحة المطلقة فكذلك بناء على أن صحة ما يتوقف على الملك كالبيع مثلا يكشف عن سبق الملكية أنا ما، فينقطع الاستصحاب بامتناع التراد أيضا بل، لعله هنا أولى، لتبدل عنوان الإباحة الذي من المحتمل كونه مناطا لجواز الرجوع بعنوان الملكية التي لم يعلم تعلق جواز الرجوع به حتى يستصحب، وأما بناء على عدم الكشف عن سبق الملكية بل يقع البيع عن المالك المبيح، فإن قلنا بوقوعه فضوليا يتوقف على الإجازة منه فيجوز الرجوع لامكان التراد مع عدم الإجازة لعدم تحقق النقل المتوقف عليها، وإن قلنا بخروجه عن الفضولي لسبق الإذن منه ووقوع البيع له ورجوع العوض إليه غير أنه مباح التصرف للناقل كما تقدم جاز الرجوع للناقل على العين الباقية، وإلا لزم الجمع بين العوض وبدل المعوض الذي هو بمعنى الجمع بين العوضين وبعبارة أخرى: يلزم من البناء على كون العوض للمالك المبيح مباح التصرف للناقل كون العين الموجودة باقية على ملك مالكها مباحة التصرف لمن هي في يده، وإلا لزم الجمع بين العوضين، ومقتضى ذلك جواز رجوع كل منهما على الآخر أيضا.

هذا ولو عادت العين بفسخ ونحوه مع كون على الإباحة فلا رجوع مع سبق الملكية، بل هو أولى منه بناء على الملكية كما عرفت، نعم لو قلنا

بأن الكاشف عن الملك هو العقد (١) الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإن كان مباح التصرف لغيره ما لم يسترد عوضه

(١) حاصل ذلك وتقريبه: إن العقد الصادر من المباح له المفروض صحته ولزومه مقتضى لانتقال المال من المالك المبيح إليه، ثم منه إلى الثالث ومقتضى ذلك أن فسخه موجب لعود المال بالفسخ من الثالث إلى المالك الأول، فتعود سلطنته السابقة عليه، ومقتضاها جواز رجوعه به. هذا ولكن لقائل أن يقول: إن المعاوضة الواقعة بين المتعاطيين - المفروض صحتها مقتضاها ضمان كل منهما لصاحبه ما أخذه منه عند تلفه أو إتلافه بعوضه، والتصرف المذكور المفروض صحته ولزومه من المباح له فيما أخذه بمنزلة الاتلاف له على المالك المبيح، لكونه موجبا للخروج عن ملكه بعقد لازم، ومقتضى الاقدام المعاوزي الحاصل بالمعاطاة الموجب لضمان العين لمالكها بعوضها عند عدم إمكان إعادتها إليه كون العوض منتقلا إلى المالك المبيح حينئذ أي حين التصرف الملازم لانتقال العين إلى المباح له لكون الضمان معاوضيا وعليه فيكون الموجب لانتقال العين إلى المباح له هو الاقدام المعاوزي الحاصل بالمعاطاة المقتضى لضمان كل من العينين بالأخرى.

وأما العقد الناقل فإنما هو موجب لانتقال المال من المباح له إلى المشتري، فارتفاعه بالفسخ لا يوجب رجوع العين إلى ملك المبيح بل رجوعها إلى ملك المباح له، فإن انحلال العقد إنما يوجب ارتفاع مقتضاه، وهو انتقال المال من المباح له إلى المشتري دون ما يقتضيه الاقدام المعاوزي الحاصل بالمعاطاة. وبالجملة بناء على أن محل الكلام إنما هو في المعاطاة التي قصد المتعاطيان بها حصول الملك لكل منهما فيما أخذه من صاحبه بدلا عما دفعه إليه

كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول أو عائدا إليه بفسخ. وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف والاتلاف ويملك الثمن بالبيع كما عن القطب والشهيد في باب بيع الغاصب: إن تسليط المشتري للبايع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا، وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء ويظهر أيضا من المحكي عن (المختلف) حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة: أن له وطء الجارية مع علم البايغ بغصبية الثمن، ومقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك، إلا أنه يضعف الأول بأن العقد إن لم يؤثر النقل من حينه فلا معنى لعود

فكل منهما عند بيع ما أخذه بقصد كون البيع له ودخول عوض المبيع في ملكه بدلا عما خرج من ملكه وصحة البيع على ما قصده تتوقف على ملكيته للمبيع بسبب ناقل له إليه سابق على بيعه ونقله إلى المشتري وهو ما ذكرنا من أنه هو الاقدام من المتعاطيين على كون كل من العوضين مضمونا بعوضه عند اتلافه أو ما هو بمنزلته من النقل اللازم المستلزم ذلك انتقال العين إلى المباح له بدلا عما انتقل حينئذ إلى المبيع من عوضها. وعليه فالعقد الصادر من المباح له يتمحض لنقل العين من ملكه إلى ملك المشتري، فلو عرض له فسخ بالخيار أو تفاسخ بتقاييل تعود العين إلى ملك من انتقلت منه إلى المشتري وهو المباح له ولا وجه لعودها إلى المالك الأصلي، إذ الفسخ إنما يوجب نقض ما عقده العاقد وهو إنما قصد نقل العين منه إلى المشتري لا نقلها من مالكة إليها ثم منه إلى المشتري ليكون الفسخ موجبا لعودها إلى مالكة الأصلي.

العين بفسخ ونحوه كما هو الفرض وإن أثر ذلك فقد أوجب اللزوم المنقطع به الاستصحاب بل هو المستصحب، والثاني بامتناع كون العوض لغير من له المعوض (١) (كيف ومقتضى العوضية قيام العوض مقام المعوض، فلو فرض كون العوض ملكا للبايع كشف ذلك عن سبق ملكيه المعوض له جزما.

(١) المختار للمشهور وإن كان هو القول بأن مقتضى المعاوضة دخول العوض في ملك من خرج المعوض من ملكه كما يقوله سيدنا قدس سره ولكن على فرض القول بإمكان تحقق المعاوضة بخروج أحد العوضين من ملك شخص ودخول العوض الآخر في ملك غيره - كما هو المحكى عن القطب والشهيد قدس سرهما في باب بيع الغاصب، لا يمكن القول بعود سلطنة المبيع على الرجوع بالمعاطاة لو انحل بيع العين التي باعها المباح له بفسخ أو تقايل، إذ غاية ما يمكن أن يقال على هذا المبنى: إن صحة البيع من المباح له لا تتوقف على ملكيته للمبيع بل يكفي فيها تسليط المالك له عليه المفروض تحققه في المعاطاة بناء على كونها معاملة صحيحة، وعلى المبنى المذكور فالعين التي باعها المباح له لنفسه تخرج عن ملك المبيع إلى ملك المشتري وثمرتها يخرج من ملك المشتري إلى ملك البايع، فإذا حصل فسخ أو انفساخ ورجع كل من العوضين إلى ملك مالكة السابق عادت العين المباعة إلى ملك المبيع وعادت سلطنته على الرجوع بالمعاطاة.

هذا ولكن ذكرنا سابقا إن مقتضى المعاوضة الواقعة بين المتعاطيين ضمان كل منهما لصاحبه ما أخذه منه بعوضه عند تلفه أو إتلافه والتصرف المذكور من المباح له فيما أخذه من المبيع من حيث كونه بالعقد اللازم بمنزلة الاتلاف له على مالكة المبيع لكونه موجبا لخروجه عن ملكه وانتقاله إلى المشتري وارتفاع سلطنته على إعادته إليه، ومقتضى ضمان العين لمالكها

هذا كله في النقل اللازم، وأما في النقل الجائز فليس لمن بيده العين
الباقية الرجوع على الناقل بناء على الملكية وإلزامه بالرجوع على ما نقله
- بمعاوضة كان النقل أو مجانا - لعدم حصول إمكان التراد فعلا، وتحصيله
- ولو كان مقدورا بواسطة الرجوع - غير واجب لأن ارجاع ما أخذه
بعد الرجوع عليه لم يعلم كونه من الوجوب المطلق حتى يجب تحصيل مقدماته
بل الظاهر أنه من الواجب المشروط للأصل حيث كان الوجوب مستفادا
من دليل لبي لا من اللفظ حتى يتمسك فيه بأصالة الاطلاق ولا له الرجوع
أيضا بنفسه على من انتقلت العين إليه إذ لا خيار له فيه ولا سلطان له عليه.
وأما بناء على الإباحة فقد فصل فيه شيخنا المرتضى في (مكاسبه)
بين ما لو كان النقل بمعاوضة أو مجانا (١) فالحق الأول بالأول في اللزوم، وحكم

حينئذ بعوضها: انتقال عوضه إلى المالك المبيح ولازمه انتقال العين إلى
المباح له لكون الضمان معاوضيا وعليه فخرج العين إلى المشتري إنما هو
من ملك المباح له، لا المبيح، فعودها بالفسخ إليه لا إلى المبيح، فلا سلطنة
له على الرجوع حتى على مبنى القطب والشهيد قدس سرهما
وبالجملة لا فرق في لزوم المعاوضة وعدم إمكان الرجوع بها عند نقل
العينين أو أحدهما بالنقل اللازم بين القول بإفادتها الملك وبين القول بإفادتها
الإباحة، كما لا فرق في ذلك بين مبنى المشهور ومبنى القطب والشهيد
قدس سرهما.

(١) قال قدس سره فيها: " نعم.. لو كان (يعني الناقل الجائز)
غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك
إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض لواحد وانتقال المعوض إلى
الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى ملك المتهب، فيتحقق حكم
جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع

بالجواز في الثاني للكشف في الأول عن سبق الملك أنا ما حتى لا ينافي كون العوض له إذ العوض لا يكون إلا لمن له المعوض ولا عوض في النقل المجاني حتى يستلزم الكشف عن ذلك، بل يقع النقل عن المالك المبيح فيجوز الرجوع بقاعدة بقاء السلطنة ولكن في النفس من هذا التفصيل شئ لأن النقل الجائر المجاني

بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.. " انتهى.

هذا ولكن قد يقال إن الهبة الصادرة من المباح له لم تكن عن المالك المبيح بوكالة سنه أو بإذن منه في الهبة عنه لتكون الهبة هبته وهو الواهب حقيقة حتى يتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إليه، وإنما وهب المباح له مال المبيح عن نفسه، والمفروض أن التصرف المذكور - أعني الهبة عن نفسه - بإذن من المالك ضمنا، وكما هو مقتضى لانتقال المال إلى المتهب كذلك يوجب انتقال عوضه إلى المالك بمقتضى الضمان المعاوضي الحاصل من المتعاطيين إذ الهبة المذكورة وإن كانت غير لازمة يجوز الرجوع بها لكنها بالنسبة إلى المالك كالنقل اللازم الذي هو بمنزلة الاتلاف عليه كما ذكرنا فإن الهبة المذكورة لم تكن عنه ليكون هو الواهب حقيقة فله الرجوع بهبته، وإنما هي للمباح له، ومجرد الإذن الضمني من المالك المبيح بالهبة لا يجعلها هبة عنه ما لم يقصد الواهب كونها عن المالك فلا مناص عن الالتزام بكون المال المذكور منتقلا من المبيح إلى المباح له بموجب الضمان المعاوضي ثم منه إلى المتهب، وعليه فالهبة هبته، فحكم جواز الرجوع إنما هو بالنسبة إليه لا إلى المالك ففسخها بالرجوع فيها مقتضى لعود المال إليه لا إلى المالك المبيح، ثم إن ما ذكرناه يختلف عما ذكره سيدنا قدس سره في مقام الاشكال على التفصيل الذي ذكره شيخنا الأنصاري قدس سره

كالهبة مثلا إن كان بحكم التلف لم يفرق فيه بين البناء على الملكية أو الإباحة فإن كان اللزوم في الأول لحصول النقل من المالك، فقد حصل النقل عنه بالفرض بناء على الإباحة أيضا غير أنه في الأول كان بمباشرة المالك وفي الثاني بمباشرة الناقل عنه، فإن كان نقل المالك قاطعا للاستصحاب لأن الموضوع معه غير محرز كما تقدم فهو حاصل على التقديرين، وإلا فلا كذلك وإن لم يكن بحكم التلف فهو كذلك ولو مع البناء على الملكية. وبعبارة أخرى كما لا يجب على الناقل الرجوع على الثالث بناء على الملكية لو رجع عليه صاحبه ودفع إليه العين الباقية لما تقدم، فكذا لا يجب على المالك الذي وقع النقل عنه بناء على الإباحة الرجوع لو رجع الناقل عليه بالعين الباقية في يده لاتحاد المناط في الصورتين، والتفرقة بينهما بوقوع النقل من المالك في الأول وعنه بمباشرة الناقل في الثاني لا يجدي في المناط. اللهم إلا أن يفرق بين النقلين بأن النقل الموجب لقطع الاستصحاب هو ما كان أثره محالفا للاستصحاب لا ما كان مؤكدا له إذ الحكم فيه بالجواز يكون مسببا عن سببين فتأمل (*).

هذا ولو نقل ثالث فضولا فإما أن يقع الرد أو الإجازة من أحد المتعاطيين أو منهما وعلى الثاني فإما أن يتفقا في الإجازة أو يتفقا في الرد أو يختلفا فيهما وعلى التقادير فإما أن يتحد زمانهما أو يختلف بتقديم زمان الرد أو زمان الإجازة وعلى التقادير كلها فالكلام مرة بناء على الملكية وأخرى بناء على الإباحة. إذا عرفت ذلك فاعلم أولا: إن الإجازة تصح من كل واحد من

وجه التأمل امكان دعوى إن جواز الرجوع في المعاطاة من آثار بقاء العلقة السابقة المنقطعة بتصرف النقل دون القدرة الحاصلة عليه بالعقد الجائز فتأمل (منه قدس سره).

المتعاطيين على كل من القولين: الملك والإباحة فلو وقعت من الأول فعلى القول بالإباحة واضح لأنه مالك، وعلى القول بالملك فلتضمنها الرجوع الموجب للفسخ فتكون مستلزمة للزوم الفضولي ووقوعه عنه ورجوع الثمن إليه كما لو فسخ أولا ثم أجاز للفضولي. كيف ولولا تضمنها الرجوع للزم لغوية الإجازة لكونه حينئذ أجنبيا، فالرجوع كما يحصل بالفعل كذلك يحصل بالقول الدال عليه بالمطابقة أو بالالتزام، ولو وقعت من الثاني - وقلنا بالملكية - أثر في الفضولي صحة لوقوعها من المالك وفي المعاطاة لزوما لحصول النقل الموجب له بها، وكذا على القول بالإباحة لكونها كالبيع كاشفة عن سبق الملك أنا ما لكون الإجازة تصرفا والمفروض له أنحاء التصرفات بناء على الإباحة، فالإجازة حينئذ واقعة من المالك في الصورتين على كل من القولين وهو واضح.

هذا ومن كانت له الإجازة كان له الرد أيضا، غير أنه يؤثر في الفضولي بطلانا مطلقا (١) وفي المعاطاة فسحا لو وقع من الأول وقلنا بالملك

(١) الظاهر أن الرد من المالك الأول بالنسبة إلى نقل الفضولي ليس كإجازته في كونه رجوعا بالمعاطاة فإن الإجازة منه لكونها توجب استناد نقل الفضولي إليه والاستناد غير ممكن من الأجنبي عن المال فصحة الإجازة وعدم لغوية الاستناد إليه تستلزم كون نقل الفضولي المجاز من المالك بمنزلة نقله وبيعه في إيجابه الرجوع بالمعاطاة وفسخها ورجوع المال إلى ملكه وأما رده لعقد الفضولي فيمكن القول فيه بأن المالك الأول إنما ثبت له جواز رد المال إلى ملكه ممن أنتقل إليه بالمعاطاة وأما رد عقد الفضولي بمعنى رد المال من الثالث إلى مالك العين فعلا فلم يثبت جوازه للمالك الأول وعلى فرض الجواز لا يتحقق به الرجوع بالمعاطاة اللهم إلا أن يقال إن انشاء الرد من المالك الأول بما أنه من شؤون ملكيته السابقة وتمسكه بها

لتضمنه الرجوع الموجب له وإلا لزم لغويته لكونه حينئذ أجنبيا كما لو وقعت الإجازة منه على القول بالملك، ولا تأثير له في المعاطاة لزوما لو وقع من الثاني لعدم النقل منه الموجب له ولا يتوقف الرد على الملك حتى يكشف

فهو دال بالدلالة الالتزامية على إرادة الرجوع بالمعاطاة به أما رد المالك للعين حال العقد فلا اشكال في نفوذه منه ولكن لا يتحقق به الرجوع بالمعاطاة كما يقوله سيدنا قدس سره هذا بناء على حصول الملك بالمعاطاة. وأما على الإباحة فلا اشكال في نفوذ إجازة المبيع لكونه مالكا للعين فتنفذ إجازته لباع الفضولي لها وحيث إن إجازته بمنزلة بيعه بنفسه لها ولازمه خروج العين عن ملكه إلى المشتري لها ودخول ثمنها في ملكه بدلا عنها فمقتضى ذلك تحقق الرجوع بالمعاطاة الواقعة بينه وبين طرفه فيها فتبطل. وأما إجازة المباح له لباع الفضولي فمقتضى كونها كبيع العين بنفسه والمفروض كون التصرف المذكور من المباح له بإذن ضمني من المالك وكونه كاشفا عن ملكه آنا ما قبل التصرف أو به، فغير بعيد لزوم المعاطاة بذلك وأما الرد من المبيع أو المباح له فلا اشكال في تأثيرهما في بطلان بيع الفضولي ولكنهما لا يوجبان الرجوع بالمعاطاة وهو واضح بالنسبة إلى رد المباح له وكذا المبيع على الظاهر ويحتمل كون رده كإجازته رجوعا بها نظرا إلى أن المعاطاة بناء على الإباحة وإن لم يكن مفادها المبادلة بين المالكين. كما هي كذلك على الملك ولكنها مبادلة بين السلطنتين فكأن كلا من المتعاطيين بدل سلطنته المالكية على ماله بسلطنته على مال الآخر فكل منهما وإن بقي ملكه ولم ينتقل إلى الآخر ولكن شؤونه وآثاره انتقلت إليه. وعليه فكما أن إجازة المالك لعقد الفضولي الواقع على ما تحت يد طرفه فيه اقتضاء للرجوع بالمعاطاة لكونه تمسكا بشأن من شؤون الملك وإعادة لسلطنته المنقولة لطرفه بالمعاطاة فكذا رده لذلك ولا يخلو ذلك من وجوه.

عن سبقه أنا ما بل يكفي في صحة ابطاله للفضولي كونه من التصرفات المباحة له.

هذا لو وقعت الإجازة أو الرد من أحدهما ولو وقع منهما معا وكان الواقع منهما الإجازة، فإن اتحد زمانهما (ففي) سقوط الإجازتين معا بالكلية لأنه من تعارض السببين المتضادين في الأثر الموجب للتساقط بعد إن كان ترجيح أحدهما على الآخر ترجيحا بلا مرجح، أو تأثيرهما في الفضولي صحة عملا بالقدر المشترك منهما وسقوط أثر كل منهما في المعاطاة من الفسخ وال لزوم للتعارض، أو تقديم إجازة المالك سواء كان الأول بناء على الإباحة أو الثاني بناء على الملكية، إما لأن مالك العين أقوى من مالك التصرف بالرد والإجازة، أو تقديم ذلك بناء على الكشف لأن إجازة المالك حينئذ كاشفة عن صحة الفضولي من حين العقد والإجازة الأخرى كاشفة من حينها فوقعت حيث لا مورد لها لسبق أثر إجازة المالك فسخا ولزوما ولا كذلك بناء على كون الإجازة ناقلة، أو تقديم إجازة الأول مطلقا ولو بناء على الملكية لما ستعرف: (وجوه واحتمالات). أقواها الأخير لأن الوجوه المتقدمة عليه كلها مزيفة.

أما الأول، فلما يتضح لك من أن تقديم إجازة الأول ليس من الترجيح بلا مرجح وأما الثاني، فلأن أثر صحة الفضولي المسبب عن إجازة الأول الموجب لكون البيع له والتمن عائدا إليه أثرها. المسبب عن إجازة الثاني الموجب لوقوع الفضولي عنه والتمن له وتغاير الأثر يكشف عن مغايرة المؤثر، فلا جامع بينهما حتى يكون هو المؤثر.

وأما الثالث، فيمنع الاقوائية بهذا المعنى نعم لو سلم بمعنى أن نفوذ الإجازة من المالك هو المتيقن ومن غيره يمكن المنع عنه، ولكن هذا المقدار

لا يجدي في المقام بعد فرض نفوذها مطلقا ولو من غير المالك ممن له التصرف.

وأما الرابع - وهو دعوى سبق الأثر ولحوقه بناء على الكشف، ففيه أنه يشترط في كشف الإجازة عن ترتب الأثر من حين العقد عدم وجود مانع عنه إلى حين وقوعها، والمفروض هنا وجود ما يمنع عنه، فلا فرق هنا بين القول بالكشف والقول بالنقل في ذلك.

وأما ما يدل على تقوية الأخير: من تقديم إجازة الأول مطلقا فوجوه: الأول - إن مرتبة اللزوم المسبب عن النقل الحاصل بإجازة الثاني للفضولي متأخرة طبعاً عن مرتبة الرجوع بإجازة الأول وإن اقترنت معه في الزمان ضرورة أن الإجازة من الثاني تؤثر في صحة الفضولي أولاً، وبصحته يتحقق النقل ويتحققه يتحقق اللزوم، وهذا بخلاف الإجازة من الأول فإنها متضمنة للرجوع أولاً، وتؤثر في صحة الفضولي ثانياً، فالرجوع الموجب للانفساخ مقدم على النقل الموجب للزوم في المرتبة طبعاً وبالذات.

الثاني - إن الشك عند تقارن الإجازتين بالنسبة إلى لزوم إجازة الثاني شك في وجود سبب اللزوم وهو النقل والأصل عدمه، وبالنسبة إلى إجازة الأول شك في قدح العارض عن تأثير ما يقتضي الفسخ وهو الرجوع فالمقتضى محرز والشك إنما هو في قدح العارض والأصل عدمه بناء على جريان الأصل فيما كان من قبيل المقتضى والمانع مطلقاً من غير فرق بين ما لو كان الشك في وجود المانع أو مانعية الموجود لأنه من الأصول العقلية.

الثالث - إن نفوذ الإجازة من الثاني وتحقق النقل بها مشروط بكون العين مباحة التصرف حين الإجازة ولا إباحة مع رجوع الأول ومنعه عن تصرف الثاني وإن كان مقارناً له، إذ المدار على المنع حين التصرف سواء كان حدوثه قبله أو مقارناً له، وكما لا ينبغي التأمل في بطلان الإجازة لو صرح

الأول بالفسخ عند إجازة الثاني فكذلك فيما كان متضمنا للفسخ بعد فرض كون الإجازة متضمنة له لعدم الفرق بين الدلالة عليه بالمطابقة أو بالالتزام فافهم وتأمل، ويتلوه من الاحتمالات في القوة الأول.

هذا ولو اختلف زمان الإجازتين فالتأثير للسابق منهما في الفضولي صحة مطلقا سواء كان من الأول أم الثاني على القول بالملك أو القول بالإباحة في المعاطاة، فسخا إن كان من الأول مطلقا على القولين لتضمنها الرجوع الموجب لذلك، وفيها لزوما إن كان من الثاني كذلك على القولين لحصول النقل به الموجب له.

ولو وقع الرد منهما واتحد زمان الردين، بطل الفضولي قطعا، وفي فسخ المعاطاة برد الأول وجه مبني على القول بالملك وكون الرد كالإجازة متضمنا للرجوع وعدم تحقق النقل برد الثاني حتى يتوهم المعارضة لرجوع الأول كالإجازة منه. نعم في تضمن رد الأول الرجوع على الإباحة نوع خفاء.

ومع اختلاف زمانهما فالتأثير للسابق منهما في بطلان الفضولي وفي فسخ المعاطاة به إن كان من الأول وجه مبني على ما عرفت، ولا موجب للزوم المعاطاة إن كان السابق من الثاني لما عرفت أيضا من عدم تحقق النقل منه برده حتى يوجب ذلك.

هذا ولو وقع من أحدهما الرد ومن الآخر الإجازة في زمان واحد فإن كانت الإجازة من الأول صح الفضولي وانفسخت المعاطاة بها قطعا لعدم توهم معارضة رد الثاني لها كما عرفت، وإن كان الرد منه والإجازة من الثاني فحكمه على الملكية حكم تزامم الإجازتين في ورود الاحتمالات المتقدمة، وإن اختلفا مع ذلك في الزمان أثر السابق منهما في صحة الفضولي مطلقا إن كان هو الإجازة غير أنه تنفسخ المعاطاة بها إن كانت من الأول وتلزم

إن كانت من الثاني لحصول النقل الموجب له وإن كان السابق هو الرد بطل الفضولي مطلقا غير أنه إن سبق الرد من الأول أثر في المعاطاة فسخا بناء على الملك أو مطلقا على تأمل فيه، ولا تأثير له في لزوم المعاطاة إن سبق الرد من الثاني، فلا تأثير في الإجازة اللاحقة من الأول حينئذ في المعاطاة فسخا إلا إذا أمكن فيها تصور إرادة الرجوع بها كما لو فرض جهله بالرد السابق من الثاني حكما أو موضوعا، بل ومثله في تضمن رد الأول الرجوع لو سبق رد الثاني عليه مع جهل الأول به، فهذا حكم جميع الصور المتصورة في المقام.

هذا ولو وقع التصرف في العين منهما أو من أحدهما بما يوجب تغيير الصورة كطحن الحنطة وقطع الخشبة وتفصيل الثوب، ففي لزوم المعاطاة به مطلقا أو لا كذلك أو التفصيل وجوه، بل أقوال. ولعل الأول منها لا يخلو من قوة، لامتناع التراد المقصود منه رد كل من البديلين إلى صاحبه، ضرورة أن نقض المبادلة موقوف على ارجاع البديل والبدل بما هو بدل مركب من جزء مادي وجزء صوري، وكما ينتفي المركب بانتفاء جزئه المادي كذلك ينتفي بانتفاء جزئه الصوري بعد إن كان ملحوظا في عنوان البدلية. نعم إن لم يكن ملحوظا فيه بل كان المجعول بدلا هو ذات الشيء بأجزائه المادية فقط، كان ارجاعه ارجاعا لعين البديل وإن تغيرت الصورة لعدم كونها ملحوظة في عنوان البدلية، مضافا إلى لزوم الضرر - غالبا - سيما مع عدم كونه مضمونا على الضار بل لم ينفك ذلك عنه لاختلاف الأغراض وتفاوت الرغبات والالزام بقبول ذلك حكم ضرري منفي في الشرع بالآية والرواية الحاكمة على استصحاب الملك بناء على الإباحة وعلى استصحاب بقاء العلقة بناء على الملك لو سلم جريان الاستصحاب في المقام مع امكان منع جريانه فيه لانتفاء الموضوع ولا أقل من الشك في بقائه للشك في كون الموضوع عرفيا أو حقيقيا.

وفصل شيخنا المرتضى في (مكاسبه) في اللزوم وعدمه بين القول بالملكية والإباحة حيث قال: " ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد، ومنشأ الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي " انتهى.

قلت: ولعل نظره في عدم اللزوم بناء على الإباحة إلى أنه لا دليل على خروج العين عن ملك المالك بهذا التصرف المأذون فيه (١) وقياسه بالنقل

(١) سبق منا القول: بأن المعاطاة بناء على الإباحة مبادلة بين السلطنتين المطلقتين. وعليه فلا فرق بينها وبين القول بإفادتها الملك سوى أنها عليه توجب خروج المعوض عن ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المعوض وخروج المعوض عن ملك مالكة، ودخوله في ملك مالك المعوض وعلى الإباحة، فالملكان باقيان بعد التعاطي على ما كانا عليه قبله، غير أن التبديل بين المتعاطيين إنما كان في شؤون الملك وآثاره فإن كلا منهما سلط صاحبه على كافة التصرفات في ماله عوضا عن تسلطه على مال صاحبه ومن هنا قيل: إن الإباحة بالمعنى المذكور مرجعها الملكية وعلى كل فعلى الوجه المذكور للإباحة التي قال بها المشهور الذي هو أحسن الوجوه لم تبق لملك العين سلطنة عليها بعد المعاطاة. نعم له إعادة السلطنة التي أعطاها لطرفه لنفسه بالرجوع بالمعاطاة. وعليه فليس الكلام في خروج العين عن ملك المالك بالتصرف المغير للعين حتى يقال: لا دليل على خروجها به فيستصحب ملكه ولا الشك في جواز الرجوع بالعين تكليفا، ليقل: قبل التغير كان جائزا فيستصحب الجوار بل الشك في جواز الرجوع وضعاً من المالك ومؤثرته بعد التغير في عود سلطنته المعطاة لطرفه إليه.

والتلف قياس مع الفارق. أما الأول فلكشفه عن سبق الملك ولو أنا ما، والثاني لكون التالف وإن كان مباحا إلا أنه مضمون بالبدل الجعلي بعد فرض صحة المعاوضة ولا كذلك بناء على الملكية بل هو مبني على ما ذكره من مبني الوجهين من الفرق بين الموضوعين الذي يحتمل أن يريد به، كما لعله الظاهر أن الموضوع إن كان حقيقيا فلا يجري الاستصحاب مع التصرف المغير للصورة مطلقا لتبدل الموضوع معه حقيقة وتلزم به المعاطاة مطلقا وإن كان

والمتيقن من ذلك هو ما قبل حصول التغير واستصحاب سببية رجوعه ومؤثرته في عود سلطنته إلى ما بعد حصوله من قبيل الاستصحاب التعليقي الذي لا نقول به، فأصالة عدم عودها وبقاء السلطنة لمن بيده المال بعد تغيره لا اشكال فيها ومقتضاها لزوم المعاطاة بذلك.

والحاصل بناء على ما ذكرناه من كون المعاطاة على الإباحة مبادلة بين السلطنتين المطلقتين لا مجرد إباحة التصرف، فلا فرق بين المسلكين: القول بالملك والقول بالإباحة في لزومها بالتغير الموجب لذهاب صورة ما وقع عليه التعاطي فإن استصحاب ملكية من بيده المال بناء عليها أو سلطنته المطلقة عليه الحاصل ذلك بالمعاطاة عند الشك في زوالهما وعودهما للمالك الأصلي أو المبيح بعد التغير مما لا ينبغي الاشكال فيه.

(فالحزم) بنفي اللزوم على الإباحة، نظرا لعدم الدليل على خروج العين عن ملك المالك بالتصرف المأذون فيه بل التشكيك في اللزوم على الملك، نظرا لاحتمال كون الموضوع في الاستصحاب حقيقيا لا عرفيا (غير) واضح.

ثم إن ما ذكرناه من تقريب اللزوم بالتغير المذهب للصورة يطرد فيما سيأتي من صورة الامتزاج، والكلام فيها هو الكلام فيما ذكرناه، والمختار هو المختار هنا.

عرفيا فيدور استصحاب الجواز وعدمه مدار الصدق العرفي، وقد يصدق على المتغير أنه هو عرفا وإن كان غيره حقيقة ويحتمل أن يريد بالفرق إن الموضوع إن كان حقيقة الشيء فيجري استصحاب الجواز ما دامت ذات العين باقية لعدم تبدل الذات بتغير الصفات كالملكية المتعلقة بالعين التي لا تزول بزوال أوصافها، فلا تلزم المعاطاة بتغيير الصفات مطلقا بخلاف ما لو كان الموضوع عرفيا فإنه قد يصدق على المتغير أنه غير الأول فلا يجري الاستصحاب فيه لتبدل الموضوع حينئذ ومقتضاه اللزوم لعدم التراد عرفا وإن تحقق الرد حقيقة.

وكيف كان ففيه: إن ما ذكره من التفصيل إنما يتوجه على مبناه من أصالة اللزوم في الملك وكون جواز الرجوع من الأحكام التعبدية الثابتة بالاجماع ونحوه. وأما على ما قويناه: من أصالة الجواز فيه، فلا يتم ما ذكره من التفصيل لأن متعلق العلقة على القول بالملك هو عين متعلق الملك على القول بالإباحة، فإن كان هذا النحو من التصرف مخرجا للعين عن تعلق العلقة بها كان مخرجا عن تعلق الملكية بها، أيضا، وإلا فلا فيهما كذلك لأن العلقة للمالك الأول على الملكية ليست إلا أثرا من آثار الملكية السابقة ومرتبة من مراتب السلطنة الأولية ليست سلطنة جديدة حدثت للأول، فالأقرب هو الأول، ويتلوه في القرب الوجه الثاني، لما عرفت من الأصل وعدم ثبوت الخروج عنه بهذا النحو من التصرف مطلقا من غير فرق بين القول بالملك والقول بالإباحة. وعليه فيصح دعوى إمكان التراد حينئذ إلا إذا استلزم التراد ضررا حيث لا نقول بتعميم الضرر واطراده في أنواع التصرف لحكومة قاعدة الضرر على الأحكام التكليفية والوضعية. وعليه فيتجه التفصيل بين ما يوجب الضرر وما لا يوجبه فيحكم باللزوم في الأول لقاعدة الضرر الحاكمة على الأصول، وبالجواز في الثاني للاستصحاب، وتكون المسألة

حيث إن رباعية الأقوال.

(وتوهم) عدم تأثير الضرر بسبب الاقدام عليه (يدفعه) مع أن الاقدام من مسقطات الضمان لا من المسوغات للأحكام منع جريانه في المقام لأن مجرى قاعدة الاقدام هو الاقدام على موضوع يكون حكمه الشرعي جواز الرجوع، فلا بد أولاً من إحراز كون الجواز حكماً شرعياً في المقام حتى يكون الاقدام عليه اقداما على موضوع الضرر وهو أول الكلام، فأشبه ذلك بالدور لأن ثبوت جريان الاقدام يتوقف على ثبوت كون الحكم، الشرعي هو جواز الرجوع، والمفروض إن ثبوت الحكم بالجواز لعدم تأثير الضرر إنما هو بقاعدة الاقدام، فظهر بذلك ضعف ما قيل: من أن الضرر مستند إلى تقصيره في التحفظ بايجاب البيع وإما لو امتزج العينان أو إحداهما بالغير بحيث لا يتميز، فالأقوى فيه اللزوم مطلقاً بناء على الملك أو الإباحة امتزجت بالأجود أو بغيره من المساوي أو الأردى، لامتناع التراد حينئذ مطلقاً، ضرورة أن رد العين على الوجه الأول متعذر بالفرض ورد الجميع مقدمة مع كونه ضرراً فيه المنه التي لا يجب تحملها، وبعد القسمة ففرد المقسوم مشتمل على بعض منه وبعض من غيره وهو غير الأول فرده ممتنع وقد عرفت إن نقض المبادلة موقوف على رد البدل بعينه.

لا يقال: إن استنادهم في اللزوم هنا إلى امتناع التراد ينافي كلامهم في القسمة أنها إفراز حق وتمييز حصص، فإذا كان المقسوم هو عين المملوك من دون اشتغال على المعاوضة أمكن الرد بعد القسمة.

لأننا نقول: إن المقسوم عين المملوك بالاشتراك والإشاعة لا عين المأخوذ بالمعاطاة، ومناطق الرجوع رد الثاني دون الأول فافهم.

وفصل شيخنا المرتضى في (مكاسبه) بين القول بالملك والإباحة بما لفظه: " ولو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك

لامتناع التراد، ويحتمل الشركة وهو ضعيف: أما على القول بالإباحة فالأصل بقاء السلطنة على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.. " انتهى.

وهو لا يخلو من تأمل لأن التراد حينئذ إن كان ممتنعا كما اعترف به على الملكية - سقط الرجوع به على الإباحة أيضا لتوقف الرجوع مطلقا على رد البدل الممتنع بالفرض، وإن فرض إمكان التراد فلا يسقط الرجوع ولو قلنا بالملك، مضافا إلى لزوم الضرر بالشركة الموجبة لعدم استقلالية المالك.

ونسب إلى (المسالك) احتمال التفصيل بين المزج بالأجود وغيره وهذه عبارته: " لو اشتبهت بغيرها أو امتزجت بحيث لا يتميز فإن كان بالأجود فكالتلف وإن كان بالمساوي أو الأردى احتمال كونه كذلك، لامتناع التراد على الوجه الأول، واختاره جماعة ويحتمل العدم في الجميع لأصالة البقاء.. " انتهى مستشعرا ذلك من اختصاص الأجود بالذكر في الاحتمال الأول. وفي (شرح القواعد) لكاشف الغطاء: " وألحق به أي بالتلف طحن الحنطة ومزجها مطلقا أو بالأجود دون الأدنى والمساوي إلى أن قال وأما المزج على وجه لا يتميز، فلا يمكن رده بعينه وقبول الجميع فيه منة، ودخول مال الغير في ماله من غير فرق بين الأجود ومقابلاته.. " انتهى وعبارة (المسالك) غير صريحة في ذلك.

وكيف كان فلا أرى وجهها للتفصيل بين المزج بالأجود وما يقابله من الأردى أو المساوي إلا ما عسى أن يوجه بلزوم الضرر في الأول بناء على الشركة بحسب الكم ونسبة القيمة للزوم نقصان المال عما أخذه أولا في الكم، وهو ضرر، ولا كذلك لو امتزج بالمساوي للمساواة فضلا عن

الأردى لما فيه من الزيادة الكمية، وهو فاسد، لأن ضرر الأول في الأول بالكم مع كونه مجبوراً بالكيف وهو الجودة معارض بضرر الثاني كما في المزج بالأردى، فالقول باللزوم مطلقاً هو الأقوى. ويلحق بما لا يتميز في الحكم ما لا يمكن الإفراز وإن تميز لوحدة المناط من امتناع التراد. هذا ولو اختلفا في حصول سبب اللزوم، ففي تقدم قول مدعى اللزوم أو الجواز نظر: ينشأ من أن مدعى اللزوم يدعي أمراً حادثاً يقتضي الأصل عدمه، ومن أنه ملك التصرف فيملك الإقرار به، لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به، وهو الأقرب لحكومة قاعدة (من ملك) على استصحاب جواز الرجوع، ولا كذلك لو ادعى بعد الفسخ حصوله قبله لأنه حينئذ لم يملك التصرف حتى يملك الإقرار به، ولعله الوجه فيما ذكره شيخ مشايخنا في (شرحه على القواعد) في هذه المسألة حيث قال: "ففي تقديم قول مدعى اللزوم أو الجواز إشكال". ولو ادعى تصرفاً أو اتلافاً بعد الفسخ فالقول قول منكره مع يمينه ولكن العجب من شيخنا في (الجواهر) حيث استند في مسألة نفوذ دعوى الوكيل على الموكل فيما وكل عليه إلى القاعدة المزبورة أيضاً بل جعلها من أصول المذهب وقواعده ولم يستند إليها هنا، وبنى على تقديم قول مدعى الجواز للاستصحاب، ولعل ذلك منه غفلة عن مجراها هنا وأعجب من ذلك قوله بعد ذكر مختاره: "وكون بعض أفرادها لا يعلم إلا من قبله لا يسقط حق الغير، لكن في شرح الأستاذ: إن في تقديم قول أحدهما اشكالا" انتهى، ضرورة أن بعض الأسباب لو سلم كونه مما لا يعلم إلا من قبله، فلا إشكال في قبول قول مدعيه، وإن استلزم سقوط حق الغير لتخصيص عمومات "البينة على المدعي" بما دل على قبول قوله فيما لا يعلم إلا من قبله ولا مجرى لموازن القضاء فيه لتعذر إقامة البينة عليه وعدم

امكان توجه اليمين على المنكر لكونه لا يعلم إلا من قبله فلا بد من قبول قوله،

ولو تداعيا فادعى كل واحد منهما وقوع ما هو له من الفسخ، وسبب اللزوم، فلا يخلو: إما أن يعلم بوقوعهما أو بوقوع واحد منهما أولا يعلم بوقوع شيء منهما، فإن لم يعلم شيء من ذلك فكل منهما وإن ملك ما يدعيه إلا أن جريان قاعدة (من ملك) في حقه معارض بالمثل في حق الآخر مع أن بعض صورها مما يشك في كونه من موضوع القاعدة وهو الملك لاحتمال وقوعه منه حيث لا محل له لسبق الآخر إذ التأثير للسابق منهما واستصحاب جواز الرجوع مثلا إلى وقوع الفسخ منه مع أنه لا يثبت وقوع الفسخ في وقت الملك معارض باستصحاب جواز التصرف الملزم إلى وقت وقوعه منه أيضا وحينئذ فمقتضى القاعدة في المقام التحالف لأن كلا منهما منكر لما يدعيه الآخر، وبعد التحالف يبنى على ما كان عليه أولا قبل التداعي ولو علم وقوع أحدهما الغير المعين فالحكم كذلك وإن استلزم مخالفة العلم الاجمالي لأن مخالفته في مورد التداعي غير عزيزة، وكذلك لو أقاما بينة لتساقط البينتين بالتعارض ولو أقام أحدهما حكم له بها فسحا كان أو لزوما لثبوت المقتضى وعدم تحقق المانع إذ المانع سبق فعل الآخر عليه ويحتمل في غير الصورة الأولى الابتناء على القول بالإباحة أو الملك، إذ مرجع الشك على الأول إلى خروج العين عن ملك المالك المبيح والأصل بقاءه، وعلى الثاني فالأصل بقاء الملك للثاني أما بناء على أصالة اللزوم في الملك فواضح لخروج المورد عن المتيقن الخارج عن حكم الأصل المزبور وأما على أصالة الجواز فلاستصحاب الملك للثاني: بعد سقوط استصحاب الجواز وبقاء العلقة الذي هو الأصل السببي بسبب الابتلاء بالمعارض فيبقى الأصل في المسبب سليما.

ومنها - أي ومن الأمور التي ينبغي التنبيه عليها - إنه هل تجرى المعاطاة في غير البيع مطلقاً " عقداً " كان أو ايقاعاً " ، والعقد بأقسامه مجانياً " كان أو معاوضياً " فيعم العقود التمليكية بقسميها والعقود الإذنية، وبعبارة أخرى: هل تجري المعاطاة في العقود بأنواعها وفي الايقاعات بأقسامها أو تختص بصنف خاص من نوع المعاوضات وهو البيع أو تجري في بعض منها دون بعض؟ فنقول ولنبدأ أولاً " بذكر جملة من كلمات الأصحاب في هذا الباب توطئة لبيان ما هو الحق والصواب.

قال في (جامع المقاصد): " إن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة والهبة وذلك أنه إذا أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الأجرة ولو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق أجرة مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك، وكذا لو وهب بغير عقد فإن ظاهرهم جواز الاتلاف، ولو كانت هبة فاسدة لم يجز بل منع من مطلق التصرف وهو ملحوظ وجيه " انتهى.

قلت: عدم جواز العمل حينئذ إنما هو فيما يستلزم التصرف في مال الغير وإلا فلا دليل على منعه مطلقاً، وإن لم يستلزم ذلك. ثم الاستشهاد به على جريان المعاطاة فيه مبني على إرادة لزوم المسمى دون أجرة المثل. وقال في (كتاب الرهن) " قال: في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكور بالبيع بجملته آت هنا، ويشكل بأن باب البيع ثبت فيه المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا أما الاستيجاب والايجاب فنعم " انتهى.

وقال في (كتاب الهبة): " ولا يكفي المعاطاة والأفعال الدالة على الايجاب، نعم يباح التصرف، أي لا يكفي في حصول الملك المعاطاة أعني إعطاء الواهب وأخذ المتهب أو إعطاء أحدهما الهبة والآخر الثواب، وكذا

الأفعال الدالة على الإيجاب اقتصاراً " على الأسباب الشرعية التي يثبت نقلها للملك وهي العقود دون الأفعال، نعم يباح التصرف بذلك كما يباح أكل الضيف الطعام بوضعه بين يديه وأخذ نثار العرس " انتهى.

وقال في (كتاب القرض) " ظاهر عباراتهم: أنه لا بد من الإيجاب القولي، وعبرة التذكرة أدل على ذلك، ويرد عليه أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة التي هي عبارة عن الأخذ والاعطاء، فإذا اكتفى في العقد اللازم بالإيجاب والقبول الفعليين فحقه أن يكتفي بهما هنا بطريق أولى، وليس ببعيد أن يقال: انتقال الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا لا إباحة التصرف إذا دلت القرائن على إرادتها " انتهى.

وفي (المسالك): " العاشر، ذكر بعض الأصحاب ورود المعاطاة في الإجارة والهبة بأن يأمره بعمل معين ويعين له عوضاً، فيستحق الأجرة بالعمل، ولو كان إجارة فاسدة لم يستحق شيئاً مع علمه بالفساد بل لم يجز له العمل والتصرف في ملك المستأجر مع إطباقهم على جواز ذلك واستحقاق الأجرة، إنما الكلام في تسميته معاطاة في الإجارة وذكر في مثال الهبة ما لو وهبه بغير عقد فيجوز للقباض اتلافه وتملكه به ولو كانت هبة فاسدة لم يجز، ولا بأس به إلا أن في مثال الهبة نظراً " من حيث إن الهبة لا تختص بلفظ بل كل لفظ يدل على التملك بغير عوض كاف فيها كما ذكره في بابه وجواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها فيكون كافياً " في الإيجاب، اللهم إلا أن يعتبر القبول القولي مع ذلك ولا يحصل في المثال فيتجه ما قاله " انتهى.

وفي (التحرير في كتاب الهبة): " .. وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأئمة؟ الأقرب عدمه، نعم يجوز التصرف عملاً بالإذن المستفاد من العادة " انتهى.

وقال في (كتاب الوقف) منه: " لا يحصل الوقف بالفعل المقترن بما يدل عليه مثل أن يبنى مسجداً " ويأذن للناس للصلاة فيه أو مقبرة ويأذن بالدفن فيها أو سقاية ويأذن في دخولها وإنما يصير وقفا بالقول الدال عليه " انتهى.

وفي (كتاب العتق منه) قال: " .. يشترط في العتق الاتيان باللفظ الصريح مع النية فلا يقع بمجرد النية منفكة عن اللفظ ولا باللفظ الذي ليس بصريح وإن نوى العتق، ولا باللفظ الصريح مجرداً " عن النية " انتهى.

وقال في (الدروس): " فرع لو قال: جعلت هذا للمسجد، قال الفاضل: هذا تمليك لا وقف، فيشترط فيه قبول القيم، ويصح وكأنه أجراه مجرئ الوصية للمسجد إلا أنه لا يشترط في الوصية هنا القبول " انتهى.

وقال في (المبسوط في أحكام المساجد): " وإذا بنى مسجداً " خارج داره في ملكه، فإن نوى به أن يكون مسجداً " يصلي فيه كلما أراده زال ملكه عنه فإن لم ينو ذلك فملكه باق عليه سواء صلى فيه أو لم يصل " انتهى.

وقال في وقفه - : " إذا بنى مسجداً " وأذن لقوم فصلوا فيه أو بنى مقبرة فأذن لقوم فدفنوا فيها لم يزل ملكه حتى يقفه لفظاً على ما بيناه فيما مضى. وقال قوم: يزول ملكه إذا أذن وصلوا فيه ودفنوا في المقبرة والأول أصح " انتهى وإلى غير ذلك من كلماتهم المحررة في الأبواب المتفرقة وبالجملة فالمسألة غير منقحة في كلماتهم، وتنقيحها يتوقف على توزيع الكلام في الإيقاعات مرة وفي العقود بأقسامها أخرى، وبيان ما هو الضابط لجريان المعاطاة وعدمه حتى يكون ميزاناً يتميز مجراه عن غيره.

فنقول: اعلم إن مقتضى الأصل الأولى في الجميع هو الفساد بمعنى

عدم ترتب الأثر المقصود من المعاطاة عليها، غير أن بعض الموارد مما يصدق على المعاطاة فيه أسماء المعاملات المعلق عليها الأحكام مع قيام السيرة على المعاطاة فيه التي هي عمدة الأدلة الدالة على صحتها فيحكم بالخروج عن الأصل المزبور بالسيرة والأخبار الخاصة بتلك المعاملة الشاملة باطلاقها للمعاطاة أيضا " بعد صدق الاسم عليها وما شك في ذلك فضلا عما لو علم عدمه بقي تحت حكم الأصل من الفساد.

إذا عرفت ذلك فنقول: أما الايقاعات، فمنها ما لا يصدق الاسم على المعاطاة منه كالطلاق والظهار واللعان والايلاء والعتق ونحو ذلك مما يختص الاسم بما وقع منه بالصيغة الخاصة بضرورة أن اخراج الزوجة من الدار مثلا بقصد البيونة واطلاق العبد عن الخدمة بقصد العتق لا يسمى طلاقا ولا عتقا، وهذا النحو منها مما لا شك في اعتبار الصيغة في صحته وعدم ترتب الأثر على المعاطاة منه.

ومنها ما يشبه العقود كأوقاف العامة والوصية للجهة العامة كبناء المساجد وتعمير المشاهد والقناطر والمدارس والخانات والرباطات وما يعين لها ويوضع فيها كالحصر والبواري للمساجد وفرش المشاهد وما يعلق فيها من المعلقة للزينة أو التعظيم بل وما يدخر لها من الجواهر الثمينة والأموال النفيسة مما يصنع لحفظها خزانة خاصة فقد يقال: يصدق الوقف على ما كان منها بالأفعال وإن تجردت عن الصيغة، بل ادعى قيام السيرة عليه بل تحققها مما يشهد به الوجدان وانكاره مكابرة ومقتضاه تأثير المعاطاة فيه صحة وخروجه عن حكم الأصل المزبور بالسيرة القطعية التي قد عرفت أنها العمدة في أدلة صحة المعاطاة، مضافا إلى اطلاقات أدلة الوقف بعد صدق الاسم عليه، ولكن قد يشكل مع ذلك بمعارضة السيرة لظهور الاجماع المحكية المعتضدة بدعوى غير واحد الوفاق والاطباق على اعتبار الصيغة في الوقف، وأنه

لا يصح بالفعل فالسيرة موهونة بذلك منبعثة عن عدم المبالاة والاطلاقات مقيدة به.

ودعوى وهن الاجماع بالسيرة موهولة باشتراط حجيتها بعدم الردع ومن المحتمل الاكتفاء بذلك ردعا في المقام، ولكن حمل عمل الناس من العوام والخواص من التصرفات المترتبة على الوقف على التسامح مما يقطع بعدمه.

والسيرة الكاشفة محققة، إلا أن المنكشف بها يدور بين أحد وجوه ثلاثة: البقاء على الملك للأصل مع الإباحة المالكية للجهة الخاصة - كما عليه جماعة - أو التملك - لها كما تقدم في عبارة الدروس أو الوقف كما هو المحكي عن المبسوط، والمحتمل من الذكرى واختاره الأردبيلي وبعض المعاصرين في (عناوينه) فالمنكشف بها أعم من الوقف والعام لا يدل على الخاص بخصوصه.

إلا أن الوجوه المذكورة كلها مخدوشة:

أما الأول فلاستلزامه التوقف عن التصرف مع الشك في الإذن من المالك سيما مع انتقال العين إلى الوارث المحتمل فيه مع ذلك الصغر والجنون وغير ذلك من الأسباب المانعة عن التصرف مع عدم الالتزام به قطعاً، اللهم إلا أن يلتزم بلزوم الإباحة مطلقاً لعموم ما دل على عدم جواز الرجوع فيما أريد به وجه الله.

وأما الثاني، فبعد تصحيح الملك للجهة بإرادة الملك للمسلمين أو طائفة منهم وإن تعين صرفه في الجهة الخاصة موقوف على السبب المملك المفقود في المقام اللهم إلا أن يكون من الهبة لهم بالمعاطاة إن قلنا بجريانها فيها. هذا ويمكن أن يوجه الحكم بالوقفية عند صدور الفعل في أمثال المقام بدعوى ثبوت الوقف بالفعل الظاهر فيه تقديماً للظاهر بل الأصل بالسيرة.

وبناء العقلاء فيكون ظهور الأفعال في أمثال ذلك معتبرا " في مفادها كظهور الألفاظ في مداليلها فيخرج عن الأصل بظهور الفعل كما يخرج عنه بظهور اللفظ في مدلوله.

وبالجمله هذه الأفعال وإن لم نعتبرها سببا " للوقف كالعقد ولكن نعتبرها كاشفة عن ثبوته وتحققه كالبينة والاقرار والسيره دليل على حجية الفعل من باب الكاشفيه دون السببيه، وحينئذ فلم يبق تحت حكم الأصل إلا ما علم علما " قطعيا " بعدم اجراء الصيغه فيه وهو فرض نادر نمنع قيام السيره عليه وهذا الوجه لم نجد من تنبه له وهو حسن متين.

وأما الشفعة، فالظاهر جريان المعاطاة فيها ويملك الشفيع بمجرد دفع الثمن إلى المشتري وأخذ المبيع منه فبيع الشريك للأجنبي سبب شرعي لتحقيق حق الشفعة للشفيع، وبالدفء والأخذ يملكه لأنه يصدق عليه بذلك أنه شفيع فيما هو حقه فتشمله اطلاقات أدلة الشفعة مع قيام السيره عليه أيضا ولزومها بالمعاطاة مع كون حكمها الجواز مستفاد من كون الحق ثابتا " له بالقهر على المشتري المناسب معه اللزوم لا التوقف على رضاه، ولعل مثلها أيضا في جريان المعاطاة الإقالة والفسخ بدفع العوض وأخذ المعوض مع قصد أحدهما للصدق العرفي مع دعوى السيره عليه أيضا، ويؤيده ما قيل من أن تعريض المبيع للبيع مسقط للخيار.

وأما القسمة المشتملة على الرد فلكونها متضمنة للمعاوضة تجري المعاطاة فيها على الظاهر كما في (المسالك).

ومثلها بل أقوى منها في جريان المعاطاة تحقيقها في الإجازة التي مرجعها إلى الإذن في البيع وإن جرى الاصطلاح على تسمية الإذن اللاحق بالإجازة، وكذا البذل الموجب لتحقيق الاستطاعة يصدق بمجرد دفع المال إلى المبدول له ووضعه بين يديه إذا قبله منه بالأخذ والتناول من دون توقف على اللفظ

في ايجابه وقبوله.

وأما جريانها في الاسقاط والابراء ففيه تأمل بل منع للشك في السقوط والبراءة بمجرد الفعل الكاشف عن المقصود للشك في صدق الاسم عليه مع الشك في تحقق السيرة عليه أيضا فيبقى تحت حكم الأصل من الفساد مع استصحاب شغل الذمة.

وأما الكلام في العقود: فمنها ما لا يتحقق موضوع المعاطاة فيه لعدم القبض والاقباض والفعل المقصود به انشاء التمليك فيه كالضمان والكفالة والحوالة بل لا تصرف فيها حتى يقال بنحو الإباحة أو التمليك، ومثل ذلك لا اشكال في خروجه عن محل الكلام، وأما غيره: فإما أن يكون من العقود المجانية أو المعاوضة، والأول: إما أن يكون من العقود التمليكية أو الإذنية أما الإذنية منها كالعارية والوديعة والوكالة بغير جعل، فلا ينبغي التأمل في صحتها بالمعاطاة وترتب الأثر المقصود منه عليها لتحقق ما هو ملاك الصحة فيه من الإذن فيجوز التصرف فيه، بل ويترتب الأثر المعلق على عناوينها الخاصة كنفوذ تصرف الوكيل قبل العلم بالعزل على الموكل لتحقق المسمى المتعلق عليه بالحكم بالأفعال كما يتحقق بالألفاظ، فتشمله اطلاقات أخبارها الخاصة، مضافا إلى قيام السيرة القطعية على معاطاتها نعم لو لم نقل بتحقق المسمى بالعناوين الخاصة بالأفعال في ذلك، اقتصر في ترتب الآثار على ما يتوقف على مجرد الإذن المستفاد بشاهد الحال دون ما يتوقف على تحقق العنوان الخاص.

وأما العقود التمليكية، فمنها ما تجري المعاطاة فيه بل الغالب وقوعه بها كالصدقة والهدية والهبة الغير المعوضة، ضرورة أن المتعارف بين الناس قديما " وحديثا خلفا " عن سلف التصديق بالأفعال والتهادي بينهم بالارسال إلى البلدان ومن مكان إلى مكان على أيدي المماليك والصبيان وترتب آثار

الملكية على تلك الأعيان، والاقتصار على الصحة في بعض التصرفات دون بعض يكذبه الوجدان، (فما) عن بعض: من إفادة الهدية المجردة عن الصيغة الإباحة دون التمليك فلا يجوز وطئ الأمة المهداة كذلك، ومثلها الهبة في ذلك (ضعيف) جدا " محجوج بالسيرة القطعية الكاشفة عن تقرير الحجة، وإن قلنا باللزوم فيما كان منها معوضا بالقربة كالصدقة مع وقوعها بالمعاطاة لعموم ما دل على عدم الرجوع فيما أريد به وجه الله ومنها ما يشك في جريان المعاطاة فيه كالوقف الخاص والتحبيس والسكنى والعمرى والرقبى، للشك في صدق الاسم عليه بمجرد الفعل مع عدم معلومية السيرة عليه بل يمكن دعوى السيرة على عدمه فيبقى تحت حكم أصالة الفساد.

وأما عقود المعاوضات وما يشبهها كالنكاح، فنقول: أما النكاح، فلا شك في عدم جريان المعاطاة فيه. ويدل عليه بعد - أصالة الفساد في المعاملات وأصالة الحرمة في الفروج والاجماع بقسميه على اعتبار الصيغة فيه ومنافاة حكم المعاطاة من الجواز للزوم علقه النكاح التي لا تنقطع إلا بسبب مخصوص كالطلاق ولزوم عدم تحقق الزنا إلا في مورد الأكره مع كون الغالب أو الأغلب وقوعه مع التراضي من الطرفين - عدم تعقل سببية المعاطاة للحل في النكاح لأن المعاطاة إنما تكون سببا " لصحة ما يترتب عليها من الملك أو التصرفات وجواز التصرف أو الملك متأخر في التحقق عن مرتبة السبب، وحينئذ فالفعل وهو الوطي المقصود به الحلية هو أيضا محتاج إلى سبب محلل له، فإن كان هو بنفسه سببا " لحلية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة، مع امتناع كون الشيء مؤثرا في نفسه وإن كان هو التمكين فلا يصدق عليه اسم النكاح حتى يكون مشمولا لاطلاقات أخباره وبذلك ظهر لك خروج معاطاة النكاح عما ذكرنا ميزانا " لصحة المعاطاة من صدق اسم المعاملة المقصودة على معاطاتها لأن المشهور

على ما قيل: إن النكاح حقيقة في العقد فلا تدخل المعاطاة في مسماه بل ولو قلنا بالاشتراك بينه وبين الوطاء كان مجملا لم يصح معه التمسك بالاطلاقات على معاطاته أيضا بل لا يصح التمسك بها وإن قلنا بكونه حقيقة في الوطاء لما عرفت من أن الوطاء الأول متوقف على سبب محلل له والتمكين وسائر المقدمات الفعلية لا يصدق عليه النكاح على جميع الأقوال حتى يكون مشمولا لاطلاقات أخباره.

وأما الإجارة فالأقوى صحة المعاطاة فيها (١) لدخولها في مسماها عرفا فتشملها اطلاقا أخبارها مع قيام السيرة القطعية عليها، وبذلك يخرج عن

(١) المناط في امكان إنشاء المعاملة بالفعل: كون الفعل الخارجي مصداقا " عرفيا لتلك المعاملة المنشأة به بحيث يحمل عليه بالحمل الشائع الصناعي عنوان تلك المعاملة، ولا أثر لمجرد قصد عنوانها بالفعل إذا لم يكن ذلك مصداقا " عرفيا لها، فإن الأفعال والأقوال في باب المعاملات آلات لانشاء حقائقها، والمنشأ إنما ينشأ بما هو آلة لانشائه، وإن الإجارة تملك منفعة أو عمل بأجرة وتبدليهما بها في عالم الانشاء والاعتبار، ففي مثل منافع الأموال يمكن إنشاء تملكها للمستأجر بتسليطه على العين المستأجرة بقصد تملك منفعتها مدة معينة بأجرة مقررة، فيتحقق انشاء تملك المنفعة من المؤجر بدفع العين للمستأجر بذلك القصد، ويتحقق تملك المستأجر لها بأخذه العين منه بالقصد المذكور بناء على تحقق حكم المعاطاة بالإعطاء من جانب وأخذ الجانب الآخر فيحمل على الاعطاء والأخذ المذكور عنوان الايجار والاستيجار أو ذلك مع اعطاء الأجرة من الجانب الآخر، بناء على عدم تحققها بمجرد أخذ الجانب الثاني هذا في تملك منافع الأموال. وأما تملك الأعمال فعمل المملوك إنسانا كان أو حيوانا " الكلام فيه هو الكلام في منافع الأموال، فإنه منها فيتحقق التملك والايجار والاستيجار بدفع المملوك وأخذه بقصد

حكم الأصل في المعاملات من الفساد - كما عرفت من الميزان المتقدم على
على صحتها وحينئذ يملك الأجرة بتسليم العين للمستأجر لأن قبضها قبض
لمنفعها عرفا ملكا " متزلزلا أن تعلق الإجارة بالأعيان لتمليك منافعها.

تمليك عمله ومنفعته وتملكها في المدة المعينة بالأجرة المعينة أو ذلك مع دفع الأجرة من
المستأجر. وأما عمل الحر فامكان تحقق انشاء تمليكه وإيجار
الحر نفسه للعمل بالفعل مشكل فإنه قبل ايجاده لم يتحقق من العامل سوى
قصد واقدام على العمل، وبعد وجوده وتحققه في الخارج لا معنى لكونه
مملوكا للمستأجر على الأجير وحال الاشتغال به إنما هو تحت سلطان موجد
فلا وجه لكونه تحت سلطنة الغير

والحاصل أن الملكية جدة اعتبارية وإضافة بين المالك والمملوك
حاصلة بأسبابها ومن أسبابها الإجارة، ولا اشكال في إمكان إنشائها بالعقد
المشتمل على الايجاب من المؤجر والقبول من المستأجر سواء كان متعلقها منفعة
مال أو عملا وأما انشائها بالمعاطاة والفعل المقارن لقصد التمليك والتبديل،
فبالنسبة إلى منافع الأموال ومنها عمل المملوك يمكن ذلك بتسليط المؤجر
للمستأجر على العين المستأجرة والتسلط عليها من المستأجر ويكون ذلك تسليطا له على
منافعها المتدرجة الوجود، ويحمل عليه عنوان الإجارة بالحمل الشايع الصناعي،
وتشملة أدلتها، فيملك المستأجر منفعة المال في المدة المعينة بالأجرة المقررة.
وأما عمل الحر بناء على ما هو المشهور من عدم دخول الحر تحت اليد
شرعا " ومن هنا لا تضمن منفعه بحبسه وغصبه، فصحة وقوع الإجارة المعاطاتية
بالنسبة إليه وامكان تحقق مصداق خارجي فعلي يحمل عليه عنوان الإجارة
لتشملة أدلتها، وتثبت له أحكامها مشكل، فإننا لا نتصور فعلا خارجيا "
يمكن أن يكون سببا " لتمليك عمل الحر للغير وآلة لانشائه، والعمل الصادر
منه لا يمكن أن يكون سببا " لتمليك نفسه لاعتبار المغايرة بين السبب والمسبب

وإن تعلقت بالأعمال فإنما يملك الأجرة بعد تمام العمل إذ لا قبض قبله ولا تسليم إلا في عمل المملوك بعد قبضه بخلاف الإجارة العقدية المتعلقة بالأعمال فإنها تملك بالعقد وإن كان لا يستحق المطالبة إلا بعد العمل. ويحتمل أن يملك المستأجر العمل على المؤجر بالمعاطاة لو دفع الأجرة قبل العمل بناء على تحقق المعاطاة بالدفع من جانب واحد لحصول المعاطاة بينهما بالقبض والاقباض له.

نعم لو فرض أن ما يملكه المستأجر للحر بإزاء الأجرة نتيجة عمله وما يترتب عليه من الأثر كمخيطية الثوب - مثلاً - أمكن أن يقال: إن العمل الصادر من الأجير سبب ومحصل له، لكنه بعيد فإن المستأجر عليه نفس العمل لا أثره التوليدي، فتحقق عنوان الإجارة بالمعاطاة في عمل الحر غير واضح وإن وجهه بعض سادتنا المعاصرين طاب ثراه في تعليقه على (العروة الوثقى) في (كتاب الإجارة) قال (ره): " لكن المعوض فيها وهو العمل أو المنفعة لما كان متدرج الوجود كان ايجابها من المؤجر باعطاء بعضه انشاء لما تساوما عليه من المعاملة على الكل كما قد يتفق نظيره في البيع أيضا فيكون في المتقدرة بالزمان بتسليم العين في أوله قصدا " إلى إيجارها في جميعه " انتهى ولكن يمكن أن يقال: إن منشأ الاشكال إن السبب المملك والآلة التي ينشأ بها ملكية الغير للمنفعة أو العمل لا بد من كونه مغايرا لمسببه وما أنشأ به، فالإجارة المنشأة بالعقد المشتمل على الايجاب من المؤجر والقبول من المستأجر السبب المنشأ به تمليك المنفعة أو العمل هو العقد فيملك المستأجر المنفعة المتدرجة بحسب الزمان أو العمل المتدرج الوجود من العامل بالايجاب والقبول الصادرين من المؤجر والمستأجر وأما المعاطاة من الإجارة فالسبب المملك لمنافع الأموال تسليط المؤجر للمستأجر على العين المستأجرة وتسليمه إياها بقصد تمليكه منفعتها مدة الإجارة فيصدق الايجار والاستيجار بدفع العين للمستأجر بقصد تمليك منفعتها في المدة

وبالجملة فالمعاطاة جارية في الإجارة. ويؤيده ما تقدم من عبارتي (المسالك) (والمحقق الكركي) من ظهور الاتفاق على استحقاق الأجرة لو أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الأجرة بناء على إرادة المسمى من الأجرة بجعل الألف واللام للعهد دون الجنس نعم قد تكرر في كلام بعض دعوى الاجماع على اعتبار الصيغة في العقود اللازمة، وهو مع كونه - ممنوعا " من أصله وموهونا " بذهاب جم غفير على صحة المعاطاة في أغلبها محمل على إرادة اعتبارها في اللزوم دون الصحة. هذا ويحتمل عندي قريبا أن السبب في استحقاق العامل العوض على من أمره بعمل على عوض معين بناء على عدم كونها من الإجارة هو أمره بالعمل مع قصد العامل بعمله كونه له مضمونا " عليه، فيكون أخذ العوض

المذكورة بالأجرة المقررة في المقابلة وأخذ المستأجر لها بقصد تملك المنفعة على ما قرر ويحمل على هذا الاعطاء والأخذ بالقصد المذكور عنوان الإجارة وتشمله أدلتها.

وأما عمل الحر وإيجاره نفسه له فلا نتصور فيه فعلا صادرا " من العامل سوى نفس عمله الخارجي ولا يمكن أن يكون هو السبب في تملكه للغير والآلة لانشائه لا اعتبار المغايرة بين السبب والمسبب وآلة الانشاء وما أنشأ بها وبعبارة أوضح: إن عمل الحر قبل وجوده وتحققه مملوك له وتحت سلطانه وبعد تحققه من العامل في الخارج يندم، ولا محصل لملكية الغير له. نعم ربما تبقى لبعض الأعمال بعد تحققها آثار يملكها المستأجر بتبع ملكيته للعمل وتكون هي المناط لماليتها كالخياطة والتجارة والصياغة وأمثالها، وذلك لا يقتضي كون تلك الآثار هي المتعلقة لإجارة الأجير والعمل سبب لتحقيقها. فما يقوله سيدنا المعاصر قدس سره " .. كان إيجابها من المؤجر باعطاء بعضه إنشاء لما تساوما عليه من المعاملة على الكل، غير واضح.

وأما ما احتمله سيدنا الخال قدس سره بقوله: " .. ويحتمل أن يملك المستأجر العمل على المؤجر بالمعاطاة لو دفع الأجرة قبل العمل بناء على تحقق المعاطاة بالدفع من جانب واحد لحصول القبض والاقباض له " انتهى.

فإنه مشكل أيضا، فإننا وإن قربنا تحقق عنوان المعاوضة والمعاطاة بالقبض والاقباض من جانب واحد بقصد التمليك والتملك بالعوض ولكن حيث يكون التسليط والتسلط الخارجي على المعوض. وأما ما كان منه بالنسبة إلى العوض كالأجرة والثلث في الإجارة والبيع، فصدق عنوان الإجارة بتسليم الأجرة من المستأجر وتسلمها من المؤجر مشكل غايته. وكذا تحقق عنوان البيع بتسليم الثمن وتسلمه، إذ ليس معنى تحقق عنوان المعاملة بالفعل تحققها بكل فعل خارجي ما لم يصدق عليه عنوانها عرفا وما يتحقق بدفع الأجرة وأخذها عنوان التسليط والتسلط عليها لا عنوان الأيجار والاستيجار وتمليك المنفعة أو العمل وتملكها الذي هو حقيقة الإجارة والفرق بين تسليم المعوض وتسلمه حيث ذكرنا امكان تحقق عنوان البيع أو الإجارة به، وبين تسليم الثمن أو الأجرة وتسلمهما: هو أن ما ينشأه البائع تمليك المبيع للمشتري بعوضه وما ينشأه المشتري تملك ذلك به وقبول ما أنشأه البائع ومطاعته عليه باشرائه، وكذا بالنسبة إلى الإجارة فإن المؤجر ينشأ تمليك المنفعة للمستأجر بالأجرة والمستأجر يملكها بقبوله ومطاعته لما أنشأه المؤجر فحقيقة إنشاء البائع أو المؤجر تمليك العين أو منفعتها بالثمن أو الأجرة ومرجع ذلك التسليط المطلق على العين أو المنفعة، وإن شأت فقل: ذلك أثر إنشائه لا عينه وما هو حقيقة إنشاء المشتري أو المستأجر تملك ما ملكه البائع والمؤجر من العين أو المنفعة وقبول ما أنشأه كل منهما بعوضه

توضيح ذلك: إن العمل كما يمكن وقوعه للعامل يمكن وقوعه لغيره

ومطاوعتهما على ما أنشأه من تمليك العين بالعرض أو المنفعة بالأجرة، وعليه فالمالك للعين إذا دفعها لغيره قاصدا " بدفعه تمليكها له أو تمليك منفعتها مدة معينة بعوض معين تساوما وتقاولا عليه قبل الدفع وأخذها طرفه قاصدا " تملك العين أو المنفعة المعنية بما تساوما عليه من العرض، ينطبق على فعلهما الخارجي الاقباض بقصد التمليك للعين أو المنفعة والقبض بقصد التملك عنوان البيع والشراء أو الايجار والاستيجار. وأما صدق عنوان الشراء بمجرد دفع المشتري الثمن لمالك العين وقبضه له من غير تسليط منه لها بقصد تمليكها بالثمن فإنه مشكل غاية الاشكال: ومثله صدق عنوان الاستيجار بمجرد اقباض الأجرة لمالك العين وقبضها على ما احتمله سيدنا - قدس سره - فإن الاشتراء أو الاستيجار إنما يتحقق بانشاء تملك العين أو المنفعة بالعرض عقيب انشاء تمليكها به فإنه مفهوم مطاوعي فعليته بتأخره عن إنشاء التمليك. وسيأتي من سيدنا - قدس سره - في مقام بيان كفاية تحقق الاعطاء من جانب واحد قوله: " وفي صدق انشاء تمليك المثلث بقبض الثمن تأمل ولعل الوجدان يشهد بخلافه " انتهى.

نعم ما احتمله أخيرا " وقربه بقوله: " ويحتمل عندي قريبا " أن السبب في استحقاق العامل العوض على من أمره بعمل على عوض معين بناء على عدم كونها من الإجارة هو أمره بالعمل مع قصد العامل بعمله كونه مضمونا عليه، فيكون أخذ العوض من قبيل الجعالة لا من باب الإجارة.. " - إلى آخر كلامه - تقريب موجه.

وتوضيحه: إن كل من استوفى من غيره مالا أو عملا محترما " بأمر معاملي ولم يقصد المأمور التبرع والمجانبة بما بذله لأمر الأمر له بل قصد استحقاق عوض ما بذله على الأمر به فإنه يستحق عوض ما بذله لأمره سواء

ما لم يمنع عنه دليل خاص، غير أن وقوعه له مشروط بقصده واستدعاء

عينه له كأن قال له: أعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عني، أو أمره بحمل متاعه إلى مكان كذا أو خياطة ثوبه مثلا ونحو ذلك من الأموال والأعمال المحترمة المبدولة لأمره، بل لو أمره بالقاء متاعه في البحر حيث يكون في ذلك غرض عقلائي فإنه يستحق على الأمر ما عينه له من العوض ولو لم يعين له - بأن قال له: وعلى ضمان ذلك، فإنه يستحق قيمة المال المستوفى أو مثله أو أجره مثل العمل بضمانه لما بذله بل بمجرد استجابة المأمور لأمر الأمر غير قاصد للتبرع والمجانبة بما بذله لأمره وإن لم يصرح الأمر بضمانه له فإنه يستحق عليه المثل أو القيمة أو أجره مثل العمل بحسب اختلاف ما استوفاه من كونه مثليا " أو قيميا " أو عملا محترما ". نعم مع تصريح الأمر بالتبرع والمجانبة - فيما طلبه من الأمور أو كان في طلبه قرينة على ذلك، لا أثر لقصده المأمور عدم المجانية والتبرع.

ثم إن الضابط فيما يصح استيفاؤه بالأمر المعاملي: هو كل ما يصح التبرع به من الغير، فأمر الأمر إنما يكون مصححا " لرجوع المأمور عليه بما ضمنه له مع عدم تبرعه وبذله مجانا كما أنه لا تشتغل ذمة الأمر بالعوض إلا بعد الاستيفاء وحصول المطلوب من المأمور فإن الأمر المعاملي مقتضاه الرجوع عليه بما يخسره للمضمون له ويؤديه ومن هنا في الضمان العقدي لو رضي المضمون له من الضامن بأقل مما في ذمة المضمون عنه لا يرجع عليه إلا بمقدار ما أداه إليه.

والذي يظهر من سيدنا: جعل باب الاستيفاء بالأمر المعاملي على إطلاقه من قبيل الجعالة حيث يقول: " وهو من الأسباب الموجبة للضمان شبه الجعالة بل هو منها - إلى أن يقول - : ولعل منه غرامة ثمن العبد في نحو: أعتق عبدك عني، لأن العتق من المالك بقصد وقوعه للأمر باستدعائه

من الغير لنفسه فلا يتحقق العمل له إلا بتحقيق الأمرين، وهو محترم غير مبدول بنحو المجانية، ولذا التزم بالأجر من لم يقل بجريان المعاطاة في الإجارة، وهو من الأسباب الموجبة للضمان شبه الجعالة، بل هو منها. ومن ذلك رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفع إلى المضمون له إذا لم يكن متبرعا " وكان الضمان بأمره. بل ولعل منه أيضا " غرامة ثمن العبد في نحو أعتق عبدك عني، لأن العتق من المالك بقصد وقوعه للأمر باستدعائه لنفسه عمل متمول باعتبار متعلقه محترم مبدول لا بنحو المحالية فغرامة مالية عمل العتق

لنفسه عمل متمول باعتبار متعلقه: " مبدول لا بنحو المجانية فغرامة مالية عمل العتق بقدر مالية المعتق إلى قوله بل يمكن أن يقال: من هذا الباب أيضا غرامة المتاع فيما لو قال: الق متاعك في البحر وعلى ضمانه، فإن عمل الالتقاء المتمول باعتبار الملقى محترم مبدول للأمر باستدعائه لنفسه مضمون عليه بأجرته المساوية لقيمة المتاع " انتهى.

وحيث إن سيدنا - قدس سره - جعل باب الاستيفاء بالأمر المعاملي على اطلاقه من قبيل الجعالة ولو كان المستوفى عينا متمولة وحقيقة الجعالة بذل المال على المحترم من الأعمال التجأ إلى جعل مثل: أعتق عبدك عني والق متاعك في البحر، من باب بذل الجعل على عمل محترم باعتبار متعلقه وهو المعتق أو المتاع - مثلا - ولعله يلتزم بذلك في مثل أد ديني وتصدق بمالك عني وعلى ضمانه، ونحو ذلك مما كان المستوفى بالأمر المعاملي مالا محترما ". والالتزام بذلك في غاية الاشكال، فإن الإجارة على العمل كالجعالة عليه قد تستوجب بذل شئ من مال الأجير أو العامل، ولكن حيث لم يكن ذلك قوام مالية العمل ومناط بذل الأجرة له والجعل عليه، فلا يصح إجارة الشخص نفسه لعتق عبده عن المستأجر أو القاء ماله في البحر فيما لو كان الملقى مناط مالية الالتقاء وقوامه وما كان من قبيل ذلك، والجعالة

له بقدر مالية المعتق، فلا يحتاج في صحته عنه إلى تكلف دعوى تضمن ذلك الرخصة في ادخاله في ملكه والوكالة عنه في عتقه لعدم القصد إلى شيء من ذلك بالوجدان. نعم ربما يشكل ذلك من جهة القرابة المعتبرة فيه إذ المتقرب هو المعتق دون من كان العتق له فكيف يقع منه

على العمل كالاستيجار عليه في اعتبار كون العمل بنفسه له مالية واحترام هذا مضافا إلى اعتبار جماعة في مال الجعالة تعيينه جنسا ونوعا وقدرًا كمال الإجارة والمضمون فيما يستوفى بالأمر المعاملي غالبا لم يتعين كذلك والحاصل جعل باب الاستيفاء بالأمر المعاملي من قبيل الجعالة على إطلاقه لا يتم. وأما إمكان جعل مثل الق متاعك في البحر وعلي ضمانه، من باب الضمان لولا تضمنه التعليق على الشرط - وهو الالتقاء المنافي للتنجز المعتبر في صحة الضمان كما يقوله سيدنا - قدس سره - فهو أيضا غير واضح. وقد تأمل في آخر كلامه في إمكان كون المورد منه، وذكر وجه التأمل في حاشية (منه) ويمكن أن يقال: لا ملزم لجعل باب الاستيفاء بالأمر المعاملي مطلقا من قبيل الجعالة على الأعمال حتى يتكلف له بما لا يخلو عن اشكال: من عد مثل: أعتق عبدك عني، وتصدق بمالك عني، ونحو ذلك مما كان المستوفى للأمر من المأمور مالا محترما"، وجعل ذلك من قبيل الأعمال المتمولة باعتبار قيمة متعلقها كما يقوله سيدنا، ولا لاحتمال كون مثل: الق متاعك في البحر وعلي ضمانه من باب الضمان لولا مانعية التعليق. ثم التأمل في ذلك بما ذكر وجهه في الحاشية، فلم لا نقول: إنه على إطلاقه معاملة مستقلة لا ينبغي التأمل في مشروعيتها طرفاها الأمر والمأمور وإنها من قسم المعاوضات وإن استبعده سيدنا - قدس سره - عوضاها ما بذله المأمور من ماله أو عمله لأمر الأمر، وما ضمنه له الأمر من عوض على ما بذله لأمره، وأنها مشمولة لعموم آية: "التجارة عن تراض" فالضامن

مع فرض عدم النيابة عنه؟ اللهم إلا أن يرجع إليها ولو بنوع من التكلف بل يمكن أن يقال من هذا الباب أيضا غرامة المتاع فيما لو قال: الق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فإن عمل الالتقاء المتمول باعتبار الملقي محترم مبذول للأمر باستدعائه لنفسه مضمون عليه بأجرته المساوية لقيمة المتاع ويشهد لذلك ما في (الجواهر) عن محكي (التذكرة) في هذا الفرع، حيث قال: " ولو قلنا إنه جعالة خلصنا من الالتزام " انتهى، وعليه فالضمان بالقيمة وإن كان المتاع مثليا ولولا تضمنه التعليق على الشرط، وهو الالتقاء

يكسب من الأمور ما استوفاه من المال أو العمل بدلا عما يضمنه له من الغرامة، والمضمون له يكسب ما ضمنه الضامن له وتعهده به من الخسارة فإن الضمان ربما يكون حكما شرعيا ناشئا عن سببه المقتضى له من غضب مال الغير أو اتلافه أو قبضه بالسوم ونحو ذلك من أسباب كون المال في عهدة الضامن شرعا " يلزمه خسارته وغرامته لمالكه، وفي مثله لا يدخل شئ في ملك الضامن قبال ما يخسره للمضمون له من الغرامة. وقد يكون الضمان اختياريا " من الضامن وتعهده " ا منه بمعناه المصدري بدفع غرامة للمضمون له بدل ما يستوفيه منه من مال أو عمل محترم، وفي مثله يكون التعهد المذكور من الضامن واستدعائه من المضمون له بذل ماله أو عمله له وفي سبيله واستجابة المضمون له لما استدعاه الضامن منه غير قاصد التبرع بما بذله له وفرض امضاء الشارع لذلك وكونه مشمولاً لآية " التجارة عن تراض " مقتضيا " لدخول ما استوفاه منه في ملكه عوضا " عما ضمنه له من بدله، ولا حاجة إلى قصد المضمون له ادخاله في ملكه بعد ما كان طبع المعاملة المذكورة يقتضي ذلك فإن ما تعهد به الضامن للمضمون له من العوض لما لم يكن بعنوان التبرع والمجان بل بإزاء ما استوفاه من ماله أو عمله، فلا ملزم للقصد المذكور حتى يقول سيدنا - قدس سره - في مثل: أعتق

المنافي للتنجز المعتبر في صحة الضمان، لقلنا به من باب الضمان لا من باب الجعالة وليس المانع عنه إلا ذلك، لا ما قيل: إنه من ضمان ما لم يجب نظرا إلى أن ضمان الأعيان معناه ضمان ما تشتغل به ذمته بعد التلف وهو غير متحقق حين الضمان ومقتضاه البطلان إلا أن صحته في المقام بالاجماع المستفيض بل في (الخلاف) دعوى اجماع الأمة عليه عدل الثوري الواجب فيه الاقتصار على القدر الثابت منه وهو في صورة الخوف لا مطلقا، لأن ضمان الأعيان من ضمان ما وجب لا من ضمان ما لم يجب، إذ الضمان معناه التعهد ودخول الشئ في عهدة الضمان، غير أن التعهد إن تعلق بمال في الذمة كان معناه التحويل من ذمة إلى أخرى وإن تعلق بالعين كان معناه كونها متداركة مرجوعة ودفع المثل أو القيمة مرتبة من مراتب رد العين وتداركها وشأن من شؤونه مندرج في التدارك الذي هو معنى كون العين في العهدة، فالمضمون

عبدك عني: " فلا يحتاج في صحته عنه إلى تكلف دعوى تضمن ذلك الرخصة في ادخاله في ملكه والوكالة عنه في عتقه لعدم القصد إلى شئ من ذلك بالوجدان " انتهى.

وعليه ففي مثل: أعتق عبدك عني وعلي ضمانه باستجابة المالك لما استدعاه الأمر يدخل العبد في ملك الأمر ملكية آنية استطراقية ثم ينعتق عنه فولأؤه له وكذا مثل أد ديني وعلي ضمانه يدخل المال المؤدى به الدين في ملك الأمر ثم يتحقق به وفاء الدين، وكذا كل مال استوفي من مالكة بالأمر المعاملي بل وكذا مثل: الق متاعك في البحر وعلي ضمانه، مع فرض صحته وتوقف النجاة من الغرق على اللقاء يدخل المتاع في ملك الضامن له بالقائه ويتلف منه كل ذلك لاقتضاء نفس الاستيفاء بالأمر المعاملي وكون الضمان معاوضيا ذلك، ولا أرى وجهها " لاستبعاد سيدنا - قدس سره - له سوى ما ذكره من عدم القصد إلى شئ من ذلك بالوجدان وحيث إن الضمان اختياري

هو العين وهو متحقق عند الضمان. نعم لو ضمن العين حين عدمها كان من ضمان ما لم يجب، ومقتضى الوجه المذكور هو الضمان مطلقا مع الخوف وعدمه دون التفصيل بينهما كما تقدم فتأمل (*) إلى غير ذلك من الموارد التي يستحق بالعمل له العوض المعين عليه إن كان من الجعالة، وإلا فأجرة المثل.

وجه التأمل أن ما ذكر إن تم فإنما يتم حيث ما يتحقق القبض ليدخل به المقبوض في العهدة وأما مع عدمه فلا ضمان إلا في خصوص المورد لدليله المخرج له عن القاعدة الموجب لقصر الحكم فيه على صورة الخوف اللهم إلا أن ينزل عبارة الأمر على القبض عنه ثم الإلقاء بعده فيكون الإلقاء عنه بعد القبض كذلك إلا أنه احتمال بعيد جدا " كاحتمال كونه من المعاوضة ببدله فيكون من قسم المعاوضات وإن خرج عن القواعد لدليله الخاص. (*)

وكون استيفاء الأموال والأعمال بالأمر يقتضي وقوع ما استدعاه الأمر من المأمور في ملكه فلا حاجة إلى قصد ذلك. نعم يبقى شئ وهو أن المعاملة المذكورة بناء على كونها على إطلاقها من المعاوضات غالبا لم يتعين فيها العوض المضمون له عند المعاملة فتدخل بذلك في المعاملات الغررية المنهي عنها. ويمكن أن يقال: إن دليل النهي عن الغرر ليس من العمومات الأبية عن التخصيص، وبناء على تسالم الأصحاب على صحة المعاملة المذكورة وعدم استشكل أحد فيها من ناحية الغرر، يمكن تخصيص دليل النهي عن الغرر بالاجماع الثابت على صحتها - مطلقا " - .

هذا بناء على أن الوارد عن النبي صلى الله عليه وآله: هو النهي عن مطلق المعاملة الغررية - بيعا " كانت أم غيره - وأما بناء على كون الوارد عنه صلى الله عليه وآله النهي عن بيع الغرر - كما يظهر ذلك من كثير ممن ذكر النبوي المذكور فالأمر - أوضح - فتدبر.

وأما ما ذكره (في جامع المقاصد) و (المسالك) في الفرع المتقدم من أنه لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يستحق أجره كما في الأول أو شيئاً كما في الثاني، ففيه أن الإجارة الفاسدة مضمونة أيضاً، لأن صحيحها مضمون وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

وأما الجعالة فجريان المعاطاة فيها أولى من جريانها في الإجارة لتوسعها وعدم اندراجها في العقود اللازمة التي ادعى الاجماع على اعتبار الصيغة الخاصة فيها مع قيام السيرة عليها.

وأما الرهن فلا مانع من جريان المعاطاة فيه بعد الصدق العرفي وقيام السيرة عليه (١) إلا ما قيل من منافاة حكم المعاطاة: من جواز الفسخ للتوثيق المأخوذ في قوام الرهن ولزومه النقص للغرض. ويدفعه عدم انحصار فائدته بالوثوق: من خوف الرجوع حتى يكون الرهن بالمعاطاة لغوا، بل

(١) الظاهر تسالم الأصحاب على كون الرهن لازماً من طرف الراهن ويظهر منهم أن اللزوم مقتضى حقيقته، فإنه وثيقة على دين المرتهن ولا وثوق مع قدرة الراهن على فسخ الرهن والرجوع بالعين المرهونة، ومقتضى ذلك عدم صحة إنشائه إلا بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول، فإنه الذي يجب على العاقد الالتزام بمؤداه بمقتضى قوله تعالى: "أوفوا بالعقود" بخلاف ما لو أنشأ الرهن بالمعاطاة فإن غاية ما يقتضيه صدق الرهن على ما أنشأ بها وقيام السيرة عليه صحة ذلك أما اللزوم مع فرض عدم صدق العقد على المنشأ بالمعاطاة، فلا مقتضى له كما في غير الرهن مما أنشأ من المعاملات بالأفعال.

ويمكن أن يقال: إن الوجه فيما اتفق عليه الأصحاب من عدم لزوم ما أنشأ بالمعاطاة هو عدم وجود المقتضى للزوم فيها وهو العقد الواقع بين المتعاقدين الدال بالدلالة الالتزامية على التزام كل منهما لصاحبه بالثبات

جل فائدته اختصاص المرتهن باستيفاء حقه منه مع قصوره عن ديون الراهن وعدم الضرب فيه مع الغرماء مع وثوقه من الراهن بعدم رجوعه عنه ويؤيد ذلك - بل يدل عليه - : إن اعتبار القبض فيه إنما هو للوثوق مع عدم اعتبار استدامته بالاجماع مع أنا نمنع كون اللزوم من قوام الرهن، بل هو من فوائده وقد تقدم من العلامة في (التذكرة) مساواة الرهن للبيع في جريان الخلاف في معاطاته.

وأما القرض فالمتداول بين الناس إنما هو بالمعاطاة دون الصيغة، فالسيرة فيه أتم منها في غيره.

والعجب من الكركي في المكي عنه في صيغ العقود حيث فرق بين المعاطاة في القرض وبينها في البيع بإفادتها الإباحة في الأول والملك في الثاني حيث قال في القرض: " .. لا يكفي الدفع على جهة القرض من غير لفظ في حصول الملك نعم يكون ذلك في القرض كالمعاطاة في البيع فيثمر

والبقاء على ما تعهد به له، وآية " أوفوا بالعقود " إنما تلزم بالوفاء بالعقد باعتبار التعهد الالتزامي فيه المفقود في المعاملة المنشأة بالفعل. ولكن هذا غاية ما يقتضي الحكم بالجواز فيما أنشأ بالمعاطاة من جهة القصور في المقتضي، وهو الفعل المنشأ به المعاملة، وقد يوجد فيما أنشأ بالفعل ما يقتضي لزومه، وأنه إذا صح لزوم وهو موجود في الرهن فإن الاستيثاق والتطمين للمرتهن بعدم ذهاب دينه الذي هو له على الراهن وامكان استحصاله من العين المرهونة لا يحصل له مع جواز الفسخ ورجوع الراهن بالعين المرهونة. وبالجملة فكون طبع المعاطاة الجواز وعدم اللزوم لا ينافي وجود جهة تقتضي اللزوم في بعض ما أنشأ بها، وقد سبق من سيدنا - قدس سره - القول باللزوم في الصدقة الواقعة بالمعاطاة لعموم ما دل على عدم الرجوع فيما أريد به وجه الله تعالى.

إباحة التصرف، فإذا تلفت العين وجب العوض، والذي ينساق إليه النظر أن المعاطاة في البيع ثمر ملكا " متزلزلا، ويستقر بذهاب أحد العينين أو بعضها ومقتضى هذا أن النماء الحاصل في المبيع قبل تلف شيء من العينين يجب أن يكون للمشتري بخلاف الدفع للقرض، فإنه لا يثمر إلا محض الإذن في التصرف وإباحته، فيجب أن يكون نماء العين للمقرض لبقاءها على الملك " انتهى. ولذا قال شيخنا في (الجواهر) بعد ذكر كلامه وهو صريح في الفرق بين المعاطاة - فيهما " ولا يخفى عليك صعوبة إثبات ذلك عليه ضرورة اشتراك الجميع في الأدلة كما عرفته. انتهى.

اللهم إلا أن يوجه الفرق بقيام الاجماع عنده على اعتبار الصيغة في العقود اللازمة التي منها القرض الظاهر في كونها معتبرة في الصحة دون اللزوم الموجب لجريان حكم العقد الفاسد على المجرد عنها وإن كان بالمعاطاة غير أنه في البيع يصرف الظهور في شرط الصحة إلى كونه شرطا " في اللزوم بالاجماع على صحة المعاطاة في البيع وإفادتها الإباحة الشرعية المقصود بها عنده الملك المتزلزل ولا اجماع كذلك في غيره من العقود اللازمة حتى يصرف ظهور اعتبار الصيغة في صحتها إلى اعتبارها في اللزوم، غير أن الإباحة المالكية في القرض مستفادة من شاهد الحال

وفيه: إن الاجماع ليس منعقدا " في كل عقد مستقل حتى يمكن صرف ظاهر بعض وابقاء غيره على ظاهره، بل هو معقد واحد لا اعتبار الصيغة في الجميع وإرادة شرطيتها للصحة في بعض واللزوم في بعض آخر أشبه باستعمال اللفظ الواحد في المعنيين.

لا يقال: إن ما ذكرته من الوجه للفرق مع قطع النظر عما أوردته عليه مبني على كون القرض من العقود اللازمة حتى يكون مندرجا تحت معقد الاجماع على اعتبار الصيغة فيها مع أن غير واحد من الأصحاب ذهب إلى كونه من

العقود الجائزة، بل ادعي الاجماع على كونه منها. لأننا نقول: المراد بكونه من العقود الجائزة جواز المطالبة بالوفاء متى شاء ولو في المجلس وإن كان مؤجلا، وشرط التأجيل فيه غير ملزم إلا إذا كان في ضمن عقد لازم غيره.

ويدل على إرادة ذلك من الجواز: ذهاب الأشهر - بل المشهور - إلى عدم التزام المقرض له بالزام المقرض له برجوع العين المقبوضة منه لو كانت باقية، وليس ذلك التملك العين ملكا " لازما " بالقرض الذي مفاده تملك العين مضمونة عليه، فوجوب البدل فيه من باب الغرامة والتعويض لا من باب المعاوضة، ولو كان من العقود الجائزة كان له استرداد العين مع بقائها نعم للمقرض ردها بنفسها لكونها أحد مصاديق الكلبي الواجب عليه مخيرا " بين أفرادها التي هي منها، بل لعله أولى من غيره. (وتوهم) جواز امتناع المقرض عن قبولها بالخصوص لأنه بالقرض يستحق عليه المثل وليس العين منه لأن الشيء لا يكون مماثلا لنفسه بل هو هو لا مثله وإن كان مثليا (توهم) فاسد لأن الثابت في الذمة هو الكلبي المسمى باسمه كالدرهم والدينار والحنطة والشعير لا خصوص عنوان المثل بما هو مثل وإن وقع التعبير به، فلانطباق الكلبي عليه. نعم لو قلنا بالقرض في القيميات كما هو الأقوى وقلنا بثبوت القيمة في الذمة من أول الأمر، كان للمقرض الامتناع عن قبول العين لو ردها المقرض لأنه غير حقه المستحق عليه ولا كذلك لو قلنا بالانتقال إلى القيمة عند الوفاء لا قبله لصدق الوفاء برد العين حقيقة بل هو أحق بالصدق من رد القيمة.

وأما المزارعة والمساقاة فتجري فيهما المعاطاة أيضا لتحقق الصدق العرفي مع قيام السيرة عليها فيهما.

هذا تمام الكلام في جريان المعاطاة في غير البيع من العقود والايقاعات

وقد عرفت أن المناط فيه دخوله في اسم المعاملة واندراجه تحت اطلاق أخبارها مع قيام السيرة عليها (ودعوى) كون المطلقات من حيث شمولها للمعاطاة مهملة أو منصرفة إلى غيرها من العقود القولية (ممنوعة) مردودة على مدعيها.

ومنها: أنه هل يعتبر في المعاطاة الواردة مورد العقد ما يعتبر فيه وبعبارة أخرى: هل يشترط في المعاطاة كونها جامعة لشرائط العقد إلا الصيغة، فيعتبر في معاطاة البيع ما يعتبر في عقده وفي معاطاة الإجارة ما يعتبر في عقدها، وهكذا في كل معاملة تقع المعاطاة فيها أم لا؟ اختلفت كلماتهم في ذلك ولنقدم ذكر جملة منها.

قال في (المسالك): " فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاء الآخر بما يصير إليه من العوض المعين الجامع لشرائط البيع غير اللفظ المنصوص لم يفد اللزوم انتهى "

وقال في (الحدائق): " المشهور بين القائلين بعدم لزوم بيع المعاطاة هو صحة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المنصوصة وأنها تفيد إباحة تصرف كل منهما في ما صار إليه من العوض المعين من حيث أذن كل منهما للآخر في التصرف بتسليطه على ما دفعه إليه إلا أنه لا يفيد اللزوم ما دامت العين باقية بل لكل منهما الرجوع في ما دفعه للآخر ونقل عن العلامة في (النهاية) القول بفساد بيع المعاطاة وأنه لا يجوز لكل منهما التصرف فيما صار إليه " انتهى.

ومقابل المشهور في كلامه ما نقله عن العلامة.

وفي (شرح القواعد) لشيخنا كاشف الغطاء ما لفظه: " ومنها أنها هل هي داخلة في اسم المعاملة التي جاءت في مقامها فتجري فيها شرائطها وأحكامها؟ الظاهر من جماعة من الأصحاب اختيار ذلك، فتجري فيها قائمة

مقام البيع أحكام الشفعة والخيار والسلم وبيع الحيوان والثمار وجميع شرائطه سوى الصيغة ولم يرقم على ذلك شاهد معتبر من كتاب أو سنة أو اجماع والأقوى أنها قسم آخر بمنزلة الصلح والعقود الجائزة يلزم فيها ما يلزم فيها فتصح المعاطاة على المشاهد من مكيل أو موزون من غير اعتبار مكيال أو ميزان وبنحو ذلك جرت عادة المسلمين " انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تنقيح المسألة لا بد فيه من الكلام على كل من القولين في موضوع المعاطاة من قصدهما الإباحة المعوضة بالإباحة، أو كان من قصدهما التملك. وعلى الثاني، فالكلام مرة بناء على إفادتها الإباحة، وأخرى بناء على الملك المتزلزل، وعلى الثاني، فتارة بناء على كونها بيعاً " في مورد البيع وإجارة في مورد الإجارة وهكذا، وأخرى بناء على أنها سبب مستقل يفيد مفاد العقد الواردة مورده.

فنقول: أما على القول بأن موضوعها الإباحة العوضية - كما ذهب إليه شيخنا في (الجواهر) - فالمرجع فيه هو ما دل على صحة هذه المعوضة: فإن استدلت عليها بعموم " الناس مسلطون على أموالهم " فمقتضاه عد اعتبار ما شك في اعتباره فيه، وإن استدلت عليها بالسيرة أو الاجماع، فينعكس الأمر لأن المتيقن منهما هو ما كان جامعاً للشرائط.

وكذا على القول بكون موضوعها ما إذا كان بقصد الملكية، ولو قلنا بإفادتها الإباحة الشرعية - كما نسب إلى المشهور - فإنه القدر المتيقن من الاجماع المنقول على سببها للإباحة الشرعية.

وأما على القول به مع القول بإفادتها الملك، فمبني على كون اعتبارها من جهة دخولها في اسم المعاملة الخاصة أو كونها معاوضة مستقلة أو سبباً " خاصاً ".

أما على الأول فيعتبر فيها ما يعتبر في تلك المعاملة الواردة في موردها

من الإحكام والشرائط مطلقا". ويحتمل - غير بعيد - التفصيل بين ما ثبت
اعتباره بدليل لفظي أو بدليل لبي فيختص اعتباره في الثاني بالعقد اللفظي
بناء على أن المتبادر عند الفقهاء والمنصرف إليه في لسانهم هو العقد اللفظي
دون الفعلي والاجماع متصيد من فتاويهم، فتأمل.

وأما على الثاني وهو كونه سببا "خاصا"، فلا يعتبر فيه إلا ما قام الدليل
عليه من سيرة أو اجماع ولا يقاس بالعقد الواردة مورده فيما اعتبر فيه
لعدم اندراجه بالفرض في اسم المعاملة الخاصة وإن وقع في موردها حتى
يعتبر فيه ما يعتبر فيها والأصل يقتضي العدم في كل ما شك في اعتباره وهو
مما لا ريب فيه، وإنما الأشكال فيما يصلح أن يكون وجهها "للحكم بكونها
سببا" مستقلا يفيد الملك وليس إلا سببية اليد له بعد تسليط المالك عليه
كتملك المتناول لثاير العرس باليد لتسليط المالك مطلقا كالنثار في الطرق
والشوارع العامة أو لجماعة مدعوين للتفرج والاستيناس يملكه من سبق
منهم بالأخذ دون غيرهم، فيكون التسليط عاما "فيهم وخاصا" بالنسبة إلى
غيرهم، ويعبر عن الأول بالإعراض وعن الثاني بالتسليط، وإن تضمن
الإعراض بالنسبة إليهم أيضا، وليس منه تقديم الطعام للضيف - كما توهمه
بعض الفحول - إذ لا تسليط فيه على الغير إلا بأكله، فهو من إباحة الاتلاف
بالأكل لا من التسليط على التملك باليد.

وبالجملة كما أن اليد سبب لحدوث الملك في المباحات الأصلية وما
بحكمها من الإعراض العام بل ولو الخاص بعد صيرورة المحل به قابلا
للملك باليد، فكذا تسليط المالك شخصا خاصا على ماله يصيره قابلا
لتملكه له باليد فالملك في المعاطاة للبدلين معلول لليد المنبعثة عن تسليط
كل من المالكين لصاحبه على ماله بقصد التبديل بين المالين، والسيرة حجة
عليه كاشفة عن امضاء الشارع له، والتعبير بالبيع فيما وقع التمليك والتبديل

بين العينين، وبالإجارة فيما وقع بين العين والمنفعة وغير ذلك من التسامح في التعبير عرفا للمشابهة التامة بينهما، وهو وجه حسن إلا أن ثبوته على عهدة مدعيه.

ومنها أيضا: أنه يعتبر التقابض في ماهية المعاوضة فلا تتحقق المعاوضة مع كون كل من المالكين بيد صاحبه. وهذا مما لا كلام فيه، وإنما الكلام في أنه هل يعتبر فيها حدوث القبض وإن اكتفينا باستدامته فيما يعتبر فيه القبض كالرهن وغيره، أو يكفي فيها استدامته؟ الظاهر هو الأول، وإن قلنا بعدم بقاء الأكوان واحتياج الباقي إلى المؤثر فلو كان مال كل منهما بيد صاحبه أمانة ووقعت المعاملة بينهما بالمعاوضة عليهما، توقف تحقق موضوع المعاوضة على الرد وحدث الاعطاء من الجانبين أو من أحدهما على رأي. ومنها: أن القدر المتيقن من المعاوضة في إفادتها الملك أو الإباحة هو حصول الاعطاء من الجانبين، فلو حصل من جانب واحد ففي لحوقه بها حكما وعدمه وجهان: مبنيان على القول بالملك أو الإباحة ودليلهما، فعلى الثاني يشكل الحكم به لخروجه عما ثبت بالاجماع إفادته الإباحة بخلافه على الأول لوجود ما دل على الملك فيه أيضا: من السيرة القطعية وصدق اسم المعاملة الخاصة عليه، فيدخل في بيع النسبية ما لو كان المعطى هو المبيع وفي بيع السلم ما لو كان المعطى هو الثمن، ولم يقع لفظ المعاوضة في متن رواية أو معقد اجماع حتى يجب الجمود عليه، بل في (مكاسب) شيخنا المرتضى قدس سره بعد ذكر نسبة القول باللحوق إلى ظاهر جماعة من متأخري المتأخرين تبعا للدروس قال ما لفظه: "ولا ريب أنه لا يصدق معنى المعاوضة لكن هذا لا يقدر في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلي فيكون قباض أحد العوضين من ماله تمليكا له بعوض أو مبيحا له به وأخذ الآخر له تملكا له بالعوض أو إباحة له بإزائه، فلو كان المعطى

هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراء وأخذه بيعا للمثمن به فيحصل الايجاب والقبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد " انتهى . وفي قصد انشاء تمليك المثمن بقبض الثمن تأمل . ولعل الوجدان يشهد بخلافه . بل قد يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال العوض وأخذ المعوض من غير توقف على اعطاء أصلا ، فضلا عن التعاطي ومثل لذلك شيخنا المتقدم في (المكاسب) بما تعارف من أخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلوس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك ، وكذا غير الماء من المحقرات كالخضروات ونحوها . ثم قال : " ومن هذا القبيل دخول الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته " انتهى . وظاهره كون ذلك في الحمام من الإجارة المعاطاتية ، ولازمه - كما يظهر من غيره كون ما هو المتعارف بين الناس من وضع الحمام والدخول فيه داخلا في قسم الإجارة من عقود المعاوضات . وحينئذ ففي المقام وأمثاله مما استلزم من تعلق الإجارة به تلف العين كاستيجار المرضعة وفحل الضراب والصباغ والكاتب والمنحة والبئر وحدها ونحو ذلك بالنسبة إلى اللبن والنطفة والصبغ والمداد والماء اشكال ، حيث يعتبر في صحة الإجارة تعلقها بالمنفعة مع بقاء العين ، بل ادعى الاجماع عليه كما في محكي (التذكرة) وغيره ، ومقتضاه بطلان الإجارة في هذه الموارد مع أن صحتها في البعض مورد اتفاق النص والفتوى بل السيرة قائمة في الجميع وإن منع بعض عن صحتها في البئر المستقلة كالعلامة وغيره . ولذا اعترف غير واحد بحريان الإجارة في أمثال ذلك على خلاف الأصل ، وقد تعرضوا لها في إجارة المرضعة المدلول عليها بنص الكتاب لقوله تعالى : " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " بناء على ظهور الأجر في الإجارة كالثمن في البيع والجعل في الجعالة .

وحيث انجر الكلام إلى هذا المقام، فلا بأس بالإشارة إلى ما يرفع به الاشكال.

قال العلامة في (القواعد): " وهل يتناول العقد اللبن أو الحمل ووضع الثدي في فيه ويتبعه اللبن كالصبغ في الصباغة وماء البئر في الدار؟ الأقرب الأول لاستحقاق الأجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها والرخصة سوغت تناول الأعيان " انتهى.

وقال في (المسالك): " واعلم أن حكم الاستيجار للارضاع ثابت على خلاف الأصل لأن متعلق الإجارة الأعيان ليستوفي منها المنافع والركن الأعظم في الرضاع اللبن، وهو عين تالفة بالارضاع فتكون المعاوضة عليه بالإجارة خارجة عن موضوعها، ومثلها الاستيجار للصبغ والبئر للاستقاء ومن ثم ذهب بعضهم إلى أن المنفعة المستحقة هنا التي هي متعلق الإجارة المرضعة من حيث حملها للولد ووضعها في حجرها ووضع الثدي في فيه ونحو ذلك من الأعمال الصادرة عنها لا نفس اللبن. ويضعف بأن المقصود بالذات هو اللبن وهذه الأمور تابعة أو مقدمة والأجود أن المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن وجوازه حينئذ مع أن بعض متعلقها عين ذاهبة للنص وهو قوله تعالى: " فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن " وفعل النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده من الأئمة (ع): ويمكن أن يقال: على تقدير كون المراد المجموع أن اللبن يكون تابعا لكثرة قيمة غيره من المنافع وقلة قيمته وإن كان اللبن مقصودا من وجه آخر، ويثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع ومثله القول في الصبغ " انتهى.

قلت: كون اللبن هو الركن الأعظم لا ينافي جعل الأجرة بإزاء نفس العمل المقصود به التوصل إلى غيره فإن العمل المستأجر عليه مرة يكون بنفسه مقصودا، وأخرى من جهة ما يترتب عليه من الثمرات والفوائد

بحيث يكون العمل مقدمة لحصولها ووسيلة إلى تحققها، والأجرة على التقديرين
مجمولة بإزاء نفس العمل غير أن تسليم العمل الواجب بالإجارة إن استلزم
عقلا تلف عين للأجير كان ذلك عليه وفائتا منه وإلا فعلى المستأجر بذل
ما يتوقف عليه حصول المقصود إن كان خارجا عن العمل دون المؤجر إلا
بالشرط عليه أو بقضاء العادة، فمن استأجر كاتباً للكتابة كان عليه المداد
لقضاء العادة به وإن لم يشترط ذلك عليه، ولا كذلك القرطاس فإنه على
المستأجر إلا إذا اشترطه على الأجير.

إذا عرفت ذلك فنقول: الأجرة للمرضعة مبدولة بإزاء الارضاع
الذي هو عبارة عن إيصال لبنها من باطن الثدي إلى معدة الصبي وهو
عمل منها يصح لها أخذ الأجرة عليه وإن لم تقع منها حضانة إلا أن إيجاد
هذا العمل في الخارج الذي هو بمنزلة التسليم للوفاء مستلزم عقلا لتلف لبنها
وأين ذلك من كون اللبن بإزاء الأجرة مستقلا أو بضميمة ومثل ذلك الأجرة
لنزو الفحل الذي هو لا يصل مائه إلى رحم الأنثى وكذا الأجرة لسقي
الزرع من بئر الأجير وأمثال ذلك مما استلزم الإيفاء بالعمل اتلاف العين
عليه.

وأما الكاتب، فقد عرفت: أن عمله المستأجر عليه وهو الكتابة
لا يستلزم عليه تلف المداد منه إلا أن العادة جرت بكونه عليه، فأغنت
عن اشتراطه ودخل بالشرط على المستأجر، وحيث لم تجر العادة في القرطاس
كان ذلك على المستأجر إلا إذا اشترط هو على المؤجر، وفي كون الخيوط
على الخياط تردد ينشأ من التردد في قضاء العادة وعدمه. ولو اختلفت العادة
باختلاف البلدان جرى في كل بلد حكمه.

وأما الحمام فالأجرة مبدولة بإزاء الدخول والاستحمام والانتفاع به
- غسلا أو غسلا - وما يتوقفان عليه من الماء قد جرت العادة بكونه على

صاحب الحمام مبذولا منه مجاناً لكونه مستحقاً عليه بالعادة كالمستحق بالشرط في عقد الإجارة، وهذا هو الوجه في صحة إجارتها لا ما قيل كما عن (التذكرة) وغيره: من أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الإجارة لمسيس الحاجة والضرورة أو يكون مشمولاً بالتبع، أو عسى أن يقال - ولو بتكلف - كون الجميع منافع حتى استعمال الماء وإن استلزم ذلك اتلاف بعض أجزاء الماء ضرورة كونه كاتلاف بعض أجزاء الثوب مثلاً بالاستعمال ومرجعه إلى ملحوظية ماء الحمام جملة بلحاظ وحداني، وما يستعمل ويتخلف في البدن ونحوه من أجزائه كأجزاء الثوب التالفة باندراسه للاستعمال. وفيه: أنه لو سلم ذلك فإنما يتم بالانغماس فيه لا بالاستعمال صبا في الغسل أو الغسل. هذا وتعيين مدة اللبث ومقدار الماء موكول إلى ما جرت به العادة وما زاد عليه مشروط بالرضاء المحرز غالباً بشاهد الحال.

وأما البئر فلا أرى وجهاً لصحة إجارتها منفردة للاستقاء، وإن صحت إجارتها تبعا للدار، ولذا حكى عن موضع من (التذكرة) و (القواعد) و (جامع المقاصد) بعد الاشكال أن الأولى والأقوى المنع. نعم حكى عن (الإيضاح) وموضع آخر من (التذكرة) الجواز. ولا وجه له يستند إليه إلا ما عسى أن يتوهم أن الأجرة في مقابل منفعة البئر من تصرف الاستقاء وغيره وبذل الماء لاقتضاء العادة كالحمام وفيه أن منفعتها المبذول في مقابلها الأجرة إنما هي استعمال مائها، فهي كإجارة الشجرة لا كل ثمرها المعلوم بطلانها، أو عسى أن يقال: كما في (أجوبة مسائل القمي) مستشعرا ذلك من الحلبي في (السرائر) أنه بإجارتها امتنع المالك عن التصرف في مائها باختياره، فأشبهه بالاعراض الموجب للخروج عن ملكه، فيدخل في ملك المستأجر بالحيازة، فهو من التسليط الخاص المملوك باليد والحيازة وفيه مع أن الامتناع الاختياري شرعا موقوف على صحة الإجارة ومتأخر

عنها في المرتبة فكيف يكون وجهها لها إنا نمنع أن يكون الممنوع عن التصرف ولو بالاختيار معرضا عنه وأن مجرد الامتناع عنه بحكم الاعراض، مضافا إلى أنه على القول بصحة الإجارة فالماء مملوك للمستأجر بعقدها لا باليد ومثل إجارة البئر في الاشكال إجارة المنحة وهي الشاة لشرب لبنها، وإن قلنا بصحة عاريتها، للاجماع المنقول في كلام بعض، وهو الدليل إن تم لا بعض النصوص الضعيفة سندا ودلالة فالعمدة هو الاجماع وهو المخرج لها إن تم عن الأصل في العارية لأنها كالإجارة في اعتبار الانتفاع بها مع عدم تلف العين ولذا وجب الاقتصار عليها دون غيرها من الأنعام ذوات الألبان ولبنها دون غيره من أعيان منافعها كالصوف ونحوه ولا يتوهم صحة إجارتها لشرب لبنها بعد صحة إجارتها لذلك بقاعدة: كلما صح عاريتها صح إجارتها لأن القاعدة الكبرى - لو سلم كليتها بحيث تشمل الصحة المستفادة من دليل خاص على خلاف الأصل في العارية - معارضة بما دل على اعتبار عدم استلزام تلف العين في صحة الإجارة بنحو العموم من وجه وتخصيص الثانية بالأولى ليس بأولى من العكس، بل العكس أولى لقوة ظهورها في إرادة التساوي بينهما من حيث المنفعة والتسليط عليها مع بقاء العين غير أنه في الإجارة تملك لها وفي العارية إباحة: ومثلهما في الاشكال أيضا إجارة آجام السمك لاصطياد ما فيه منه إذ لا منفعة فيه تتعلق بالإجارة بها إلا صيد السمك المملوك لصاحبه نعم لو كان مباحا وإن كان في المحل المملوك لعدم قصد الحيازة به صح إجارتها للدخول فيه للاصياد.

هذا والقول بكون ما هو المتعارف بين الناس في البئر وأمثالها من المنحة وغيرها مما دلت السيرة على صحتها من الإباحة العوضية دون الإجارة المعاطاتية لا يخلو من قوة إن تم قيام السيرة عليه. هذا ومن جملة الأجوبة عن الاشكال في هذه الموارد: ما أجاب به

المحقق القمي في (أجوبة مسائله) بما يرجع محصله إلى أن الشرط المذكور غير مأخوذ في مفهوم الإجارة بل إنما هو ثابت بالاجماع فليقتصر على مورد ثبت به اعتباره فيه ويبقى كل مورد اختلف في اعتباره فيه تحت اطلاقات أدلة الإجارة القاضية بالصحة.

وفيه: أن لاجماع المحكى على اعتباره في صحة الإجارة إنما هو منعقد على نحو الكلية الشاملة لجميع الموارد الموجب لتقييد المطلقات بها فلا يخرج عنها إلا بالدليل لا أنه منعقد على اعتباره في كل مورد مورد بخصوصه حتى يكون المختلف فيه خارجا عنه فافهم واغتنم ما ذكرناه في حل الاشكال ومنها أنه بناء على اندراج المعاطاة في أسماء المعاملات، فإن صرح فيها بواحدة منها بالخصوص بنى عليه وإلا كان البيع أصلا في نقل الأعيان مقدما على الصلح والهبة المعوضة والإجارة أصلا في نقل المنافع مقدمة على الصلح والجعالة.

ومنها أنه بناء على اعتبار الألفاظ المخصوصة في صحة العقد لو أوقع العقد بغيرها، فالأقوى حرمة التصرف لبطلان المعاملة عقدا أو معاطاة لفساد الأول بانتفاء ما اعتبر في صحته، وفساد الثاني لانتفاء الفعل المقصود به الانشاء والواقع من التقابض مقصود به الوفاء دون التملك فما قصد به التملك غير مجد والمجدي غير مقصود به التملك. نعم لو حصل الانشاء الفعلي بعد العقد الفاسد بالتقابض وما بحكمه بقصد التملك والتملك كان ذلك من المعاطاة والعقد السابق وجوده كعدمه.

هذا تمام الكلام فيما أردنا بيانه في مسألة المعاطاة والله العالم بحقائق أحكامه

رسالة
في عقد الفضولي
وفيها مسألة الضمان

(١٩٩)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٢٠٠)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
محمد صلى الله عليه وآله خاتم النبيين وعترته الأطهار المنتجبين وخلفائه الراشدين
المعصومين
صلوات الله عليهم أجمعين.

(مسألة)

لو عقد الفضولي على ما لا يملك التصرف فيه، ففي صحته وتوقف
نفوذه على الإجازة مطلقاً أو بطلانه كذلك أو التفصيل بين سبق المنع من
المالك فالثاني، وعدمه فالأول، أو بين ما لو قصد وقوعه للمالك فالأول
أو لنفسه فالثاني: وجوه، بل أقوال.
ولنبداً أولاً بذكر معنى الفضولي. وهو لغة كما في المصباح والقاموس:
المشتغل بما لا يعني، قال في الأول: " وفضل من باب قتل زاد، وخذ
الفضل أي الزيادة والجمع فضول مثل فلس وفلوس وقد استعمل الجمع
استعمال المفرد فيما لا خير فيه. ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل: فضولي
لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد
وسمى بالواحد " انتهى. ولولا تنزيل الجمع منزلة المفرد لكان القياس أن يقال
فضلي لا فضولي، واصطلاحاً كما عن الشهيد هو الكامل غير المالك للتصرف
وعن بعض العامة العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه. ومقتضى التطابق بين العرفين
كونه صفة للعاقد دون العقد، فالعقد فضول والعاقد فضولي، فتوصيف العقد به
لا يخلو من المسامحة. وبين التعريفين ظاهراً عموم مطلق لأن الثاني يعم الصغير
والمجنون دون الأول لخروجهما عنه بقيد الكمال اللهم إلا أن يرجع إليه بإرادة
المنع من جهة عدم الإذن ممن له الإذن، فيكون قيد الكمال مطوياً فيتساويان
في النسبة.

وكيف كان فيدخل في الفضولي العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي ومن المالك إذا لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال كبيع الراهن العين المرهونة والمحجور عليه لفلس ونحوه، ويخرج عنه عقد الصغير والمجنون ونحوهما ممن لا أهلية له لذلك.

وبالجملة فالمنع عن تأثير العقد تارة - من جهة عدم أهلية العاقد لنقصان فيه الراجع إلى عدم المقتضى له، وأخرى - إلى وجود مانع عن تأثيره ولو من جهة ثبوت ولاية أو حق الغير عليه أو في ماله، فيكون لذلك ممنوعا عن التصرف، فالأول خارج عن الفضولي والثاني مشمول له، والأقوى في السفيه كونه من القسم الثاني - كما عليه المشهور - وإن احتمل كونه من الأول لرجوع المنع فيه إلى نقصانه.

وكيف كان استدلال للأول بوجوه:

منها: عمومات "أوفوا بالعقود" "وأحل الله البيع" و "تجارة عن تراض" بناء على شمولها للفضولي بعد لحوق الإجازة، لأن مرجع الشك فيه إلى الشك في اعتبار مباشرة المالك شرعا أو اقتران رضائه بالعقد وكل منهما تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات من غير دليل منفي بالأصل فبحكم أصالة الاطلاق أو العموم يخرج عن حكم الأصل في المعاملات وهو الفساد. ولعل إلى ذلك يرجع استدلال من استدل على الصحة كما في المختلف وغيره بأنه عقد صدر من أهله في محله، ضرورة أن تحقق الأهلية بمعنى البالغ العاقل الرشيد بمجرد لا يثبت الصحة إلا بضميمة مقدمة كبروية ثابتة بالعمومات، فيكون الدليل مركبا من صغرى وجدانية مذكورة، وكبرى برهانية مطوية، وهي: إن كل عقد صدر من أهله في محله صحيح شرعا بحكم العمومات المتقدمة كيف ولولاها لاتجه الرد عليه بأنه مصادرة - كما عن الشهيد في غاية المراد - لأن تحقق الأهلية التامة بمعنى الجامعة لما

يعتبر شرعا هو عين الدعوى، وجعلها دليلا أو جزء دليل مصادرة محضة ولا يخرج عنها إلا بالرجوع إلى ما ذكرنا، ومقتضاه - وإن كان إفادة لزوم وإن لم تلحقه الإجازة - إلا أن ذلك خارج عن العمومات بالاجماع، فيبقى الملحق بها مندرجا فيها، ويلزم من لزومه بالإجازة صحته قبلها بالصحة التأهيلية.

اللهم إلا أن يدعى عدم شمول العمومات للفضولي لأن المخاطب بها إما العاقد الفضولي أو المالك لا غيرهما، ولا سبيل إلى كل منهما. أما العاقد الفضولي فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا، وأما المالك فقبل إجازته كذلك وإلا لوجب عليه الإجازة. وأما بعدها فهو مجيز لا عاقد، مضافا إلى إمكان دعوى انصرافها إلى غير الفضولي. وعليه فيتجه الاشكال بالمصادرة لأن المقدمة الكبرى لا دليل عليها بالفرض، والصغرى بنفسها لا تثبت المطلوب إلا بإرادة الأهلية التامة، وهي عين المصادرة. ويمكن الجواب عنها بكون المخاطب بها هو المالك المجيز وهو بها بحكم العاقد عرفا فيشملة الخطاب، أو يقال بشمول الخطاب له بعد الإجازة وإن لم يتلبس بالمبدء لعدم الدليل على اعتبار التلبس به في توجه الخطاب عليه. وأما دعوى الانصراف فلو سلمت فهو من الانصرافات البدوية منبعث عن ندرة الوقوع التي لا عبرة بها مع إمكان منع ندرة وقوعه من الفضولي كيف وقد قيل بشيوعه وغلبة وقوعه بل وقيام السيرة عليه كما ستعرف. ومنها: خبر عروة البارقي الذي أغنت شهرته عن النظر في سنده، وقد تضمن: أن النبي (ص) دفع إليه دينارا ليشتري به شاة للأضحية، فاشترى به شاتين وباع أحديهما في الطريق بدينار ورجع إلى النبي صلى الله عليه وآله بشاة ودينار، فقال له النبي صلى الله عليه وآله: بارك الله لك في صفقة يمينك: وتقريب الاستدلال به على صحة الفضولي بكل من فعلي عروة اشترائه

لشأتين بدينار الخارج عما وكل عليه: من اشتراء الواحدة به. واحتمال توقف اشتراء الواحدة المأمور بها على ضميمة الثانية لعدم رضائه بالتبعيض بعيد جدا ويبيعه لواحدة منهما بدينار مع أنه لم يوكله على البيع أصلا، وقد أقره النبي صلى الله عليه وآله على ذلك ودعا له بالبركة.

(ودعوى) خروج الأول عن الفضولي: إما بدعوى دخوله في الوكالة بالفحوى أو باحتمال اشترائه لنفسه ودفع الدينار وفاء عما في الذمة كما هو الغالب في المعاملات حتى النقدية منها.

(يدفعها) أما الأولوية فهي لو سلمت فبالنسبة إلى شراء الواحدة بدينار لا شرائها بنصفه، والدخول في الوكالة عرفا - لو سلم - فهو في جانب نقيصة الثمن دون الزيادة في المثلث إلا مع فرض تعذر حصول الواحدة بالأقل وهو غير معلوم، بل ومع التعذر فغاياته إحراز الرضا بشأتين به، ولا يدخل بمجرد ذلك في عنوان الوكالة. وأما احتمال كون الشراء لنفسه، فمع أن ظهور غلبة كون الثمن كليا في الذمة بمجرد لا يتعين كونه في ذمته حتى يكون الشراء لنفسه بل يتبع قصده في ذلك أنه لا يحتاج وقوعه للنبي صلى الله عليه وآله إلى قصد كونه له، لكفاية أمره به الداعي له عليه، وإن غفل عن القصد حين الشراء مطلقا. وكونه أحدث القصد لنفسه منفي بالأصل، ومع التنزل وفرض كون الاشتراء للنبي صلى الله عليه وآله لا على جهة الفضولي فيكفي بيعه للشاة مع تقرير النبي دليلا على صحة الفضولي.

هذا وقد نوقش في الخبر بأنه قد تضمن وقوع التصرف قبضا وإقباضا من الفضولي، وهو محرم لعدم جواز تصرفه قبل لحوق الإجازة، وهو ينافي تقرير النبي صلى الله عليه وآله والدعاء له بالخير، فلا بد في دفع المناقشة من تنزيهه على علم (عروة) برضاء النبي صلى الله عليه وآله بذلك. وحينئذ فيدور الأمر بين أمور ثلاثة: أما استثناء صورة العلم بالرضا ولحوق الإجازة عما دل على

عدم جواز التصرف في الفضولي قبل الإجازة، أو خروج الفرض عن الفضولي بناء على كفاية الرضا المقارن من المالك في انعقاد المعاملة وترتب الأثر عليها: أو صحة اقباضه المبيع لعلمه برضاء النبي صلى الله عليه وآله له وتنزيل قبضه الثمن على كونه أمانة في يده من المشتري بعد تنزيله على علم المشتري بالفضولي ليتمكن تصحيح القبض بالأمانة وإلا فلا يجوز قبضه للثمن مع جهل المشتري بالفضولي، وإن صح إقباضه للعلم بالرضا. هذا ولكن قد يחדش في الوجوه المذكورة: أما خروج المعاملة المقرونة برضاء المالك عن الفضولي فهو خلاف ظاهر اتفاقهم على كونها منه، وأما الوجهان الآخران، فمبنيان على خروج الشراء عن الفضولي ودخول الشاتين في ملك النبي صلى الله عليه وآله من غير توقف على إجازته حتى يصح تصرفه في اقباض المبيع لعلمه برضاء النبي صلى الله عليه وآله وإلا فلا يجدي رضاه قبل التملك في جواز التصرف في المبيع باقباضه.

وبعبارة أخرى: إن قلنا بكفاية العلم بالرضا ولحوق الإجازة في جواز التصرف فلا ريب في اعتبار كونه مالكا حين التصرف حتى يكتفى برضائه، وبناء على ما قويناه من وقوع الشراء فضوليا لم يكن النبي صلى الله عليه وآله قبل الإجازة مالكا للشاة المبيعة، وإن قلنا بكونها كاشفة حكما فلا محيص عن ورود الاشكال على الخبر بناء على فضولية الشراء، اللهم إلا أن يصح تصرفه في اقباض المبيع بعلمه برضاء من يعتبر رضاه فيه وهو من كان مالكا في الواقع الدائر بين كونه النبي صلى الله عليه وآله إن لم يكن الشراء فضوليا أو البائع الأصلي إن كان فضوليا لأنه بعدم الإجازة ترجع إليه الشاة مجانا ولو قلنا بالمنع من تصرف الفضولي قبل الإجازة مطلقا ولو مع العلم بلحوقها تعيين الحمل على الوجه الأخير من تنزيل قبض الثمن على الأمانة واقباض المبيع على العلم برضاء من يعتبر رضاه في التصرف.

وكيف كان، فالرواية كافية في اثبات المطلوب، بل هي أحسن من غيرها في الدلالة عليه لولا أنها حكاية فعل وقضية في واقعة. ومنها: مصححة محمد بن قيس عن أبي جعفر محمد الباقر (ع) قال: " قضى أمير المؤمنين (ع) في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال (ع): الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فلما رآه أبوه قال أرسل ابني قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه.. ". الحديث وتقريب الاستدلال به من وجهين قوله (ع) في معالجة فك الولد بعد المناشدة خذ ابنه حتى ينفذ البيع لك، وقول الباقر (ع) في مقام الحكاية ولما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه. وهي وإن اشتملت على ما لا يمكن الالتزام به: من تأثير الإجازة المسبوق بالرد لظهور المخاصمة فيه في نفوذ البيع للاجماع المنعقد على بطلان الإجازة الواقعة كذلك إلا أنه يجب صرف ما هو ظاهر في الرد عن ظاهره بالحمل على التردد دون الرد بقريضة ظهور تنفيذ البيع وإجازته في كلاميهما عليهما السلام في الامضاء لما سبق من البيع وحملهما على تجديد المعاملة بعيد جدا. وحيث كان التعارض بين الظاهرين لعدم إمكان العمل بهما بالاجماع من تعارض الظاهر. والأظهر تعين صرف الأول بقريضة الثاني دون العكس، كما يتعين صرف الظاهر بقريضة النص عند التعارض بينهما.

هذا وما يقال من وجوه استظهار الرد من الرواية زيادة على جهة ظهور المخاصمة فيه من اطلاق حكم الإمام (ع) بأخذ الوليدة وابنها مع وجوب تقييده باختيار الرد لو لم يكن رادا إذ لا معنى لأخذها مع الإجازة

ومناشدة المشتري للإمام (ع) والحاجة عليه في فك ولده وقوله (حتى ترسل ابني) الظاهر في أنه حبسه لما يغرمه من قيمة الولد ولو يوم الولادة فإنه مغرور به، والمغرور يرجع على من غره، وارجاع الوليدة وإمساك ولدها لقيمتها يوم الولادة وحمل امساكه الوليدة لقبض ثمنها (ينافيه) قوله (ع) فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه، إذ المناسب لذلك إسقاط القيمة لا إجازة البيع فيكون الظهور في الرد ولو بمعونة مجموع ما ذكر من الوجوه أقوى من ظهور تنفيذ البيع وإجازته في الامضاء فينعكس الأمر في صرف الظاهر، وتسقط الرواية حينئذ عن الحجية على المطلوب.

يدفعه امكان المناقشة في الجميع: أما إطلاق الحكم بأخذ الجارية فلأنه يجتمع مع الرد والتردد لبقاء الملك ما لم تتحقق الإجازة وأما ابنها فلاستحقاق القيمة على أبيه إلا إذا أجاز، وقلنا بأن الإجازة كاشفة فيكون القبض في حال التردد للقيمة على تقدير اختيار الرد، وأما مناقشة المشتري له فلتعجيل الفك حبا لولده وإلا فولده مردود عليه على كل حال وإن رد البيع غير أنه مع الرد له القيمة على أبيه، وأما أخذ الجارية فقد عرفت أنه له ذلك رد أو تردد بل ومع الإجازة لأجل ثمنها لأن إجازة البيع غير إجازة قبض الثمن والفرض وقوع كل من البيع وقبض الثمن فضولا.

هذا ومع التنزل وفرض التساوي في الظهور بحيث يكون صرف أحدهما بالخصوص عن ظاهره ترجيحاً بلا مرجح، فغاية سقوطها عن الحجية - لو استدل بها من جهة الإجازة الشخصية الواقعة في مورد الرواية بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي حيث لا يمكن التعدي إلى غير موردها للاجماع المتقدم المانع عن الاستدلال بها الموجب للاقتصار على موردها ولو بحمل المورد على علم الإمام (ع) بكون مالك الوليدة كاذباً في دعواه عدم الإذن للولد فاستعمل ما به يصل الحق إلى

صاحبه مع مراعاة ميزان الدعوى والقضاء في مرحلة الظاهر، وهو لا ينافي الاستدلال بظهور قوله حتى ينفذ لك البيع وقوله: فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه، في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه. وبالجملة فالرواية وإن كانت في قضية شخصية لا يمكن التعدي منها إلى مثلها بالاجماع إلا أنها يستنبط منها تأثير إجازة المالك في العقد الواقع على ملكه فضولا ولو في الجملة في غير مورد الاجماع على البطلان، وهو الإجازة المسبوقة بالرد، فالرواية تنهض لإثبات المطلوب من صحة الفضولي بالصحة التأهيلية، وما أورد عليها من الموهنات غير ما ذكرنا من أمره (ع) بأخذ ابن الوليدة ولو على قيمته يوم الولادة مع انعقاده حرا على الأقوى بل ولو انعقد مملوكا يجب فكه بقيمته لوجوب الأمر بدفع القيمة أو فكه بها أولا مع خلو الرواية عنه، وكذا أمره بحبس ابن السيد المعلوم حرته إما لما يغرمه من قيمة ولده، أو لثمن الوليدة الذي أخذه منه أولهما معا فإنما يجوز الرجوع عليه بعد التبريم والأخذ منه لا قبله وبعد المطالبة والامتناع عن الغرامة مع كونه مليا يجوز حبسه لا أمره بالحبس ابتداء كلها موهونة لا توجب السقوط عن الاستدلال بها حسب ما ذكرنا مع كونها قضية شخصية لعلها كانت محفوفة بقرائن حالية أو مقالية سقطت من الرواية. ثم ليعلم أولا أنه يفرق في إجازة السيد بعد تحققها بين كونها كاشفة وبين كونها ناقلة في استحقاقه قيمة الولد على أبيه وعدمه فلا يستحق على الكشف مطلقا ولو حكما لكشفه عن كون الوطئ في ملكه ويستحق على النقل وإن أجاز لخروجها عن ملكه من حين الإجازة لا قبلها، وثانيا أنه له الرجوع في ثمن الوليدة لو أجاز بيع ابنه على كل واحد من المشتري وابنه البائع لو كان البيع بثمن شخصي، ويتعين الرجوع على المشتري خاصة لو كان الثمن كليا في الذمة مع إجازته البيع فقط، لعدم تعيين المقبوض ثمنا

إلا بعد إجازة القبض المفروض عدمه في الرواية كما يتعين الرجوع به على ابنه مع إجازة القبض أيضا، وهو اشكال آخر في الرواية لأن ظاهرها الاكتفاء في السقوط عن المشتري بمجرد إجازته البيع، وقد عرفت أنه لا يستلزم إجازة القبض مع خلو الرواية عنها.

ومنها: فحوى النصوص المعتمدة والاجتماعات المحكية على صحة الفضولي في النكاح مع ما دل على تأكد الاحتياط في الفروج وأنه يكون منه الولد المناسب لشدة الاهتمام في الاحتياط فيه، فإذا جاز ذلك فيما كان الاحتياط فيه أشد جاز فيما كان الاحتياط فيه أضعف بطريق أولى، وقد تمسك بها جماعة منهم الشهيد في (غاية المراد) والسيد جدنا في (الرياض) بل فيه بعد ذكر الأولوية: " ولعمري إنها من أقوى الأدلة ولولاها لأشكل المصير إلى هذا القول لحكاية الاجماعين الآتين " انتهى.

ورد بكون الأولوية موهونة بما روي عن الصادق عليه السلام في تزويج الوكيل المعزول قبل بلوغ خبر عزله إليه، ردا على العامة المفرقين بين بيعه وتزويجه بالصحة في الأول والبطالان في الثاني، قائلا: سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه لأنه الفرج ومنه يكون الولد " الخبر، الظاهر في كون الصحة والنفوذ هو الموافق للاحتياط دون البطلان فإذا حكموا بما يوافق الاحتياط في مورد الأضعف، وهو البيع " يلزمهم الحكم به فيما كان الاحتياط فيه أشد وهو النكاح بطريق أولى.

وبالجملة إذا ثبت الحكم بما يوافق الاحتياط في مورد الأضعف ثبت ذلك في مورد الأقوى بالأولوية، كما أن رفع اليد عن الاحتياط في مورد يكون فيه الاحتياط أقوى يستلزم رفع اليد عنه في مورد الأضعف بالأولوية، ولا يلزم من العمل بالاحتياط فيما كان الاحتياط فيه أقوى العمل به فيما

كان الاحتياط فيه أضعف، فالحكم منهم بالصحة الموافقة للاحتياط في البيع يلزمهم الحكم بها في النكاح بطريق أولى ولا يلزم من الصحة في النكاح الصحة في البيع. نعم يبقى السؤال عن وجه الحكم بكون الصحة أوفق بالاحتياط من البطلان. ولعل الوجه أنه لو بني على البطلان وتزوجت بغيره وفرضت الصحة في الواقع كان نكاح الثاني لها زنا بذات البعل ولو بني على الصحة وفرض البطلان في الواقع كان من الزنا بالخالية عن المانع، ومتى دار الأمر بين المحذورين كان الاحتياط في التجنب عن الأشد منهما وهو الحكم بالصحة.

ويجري مثل ذلك في نكاح الفضولي حرفا بحرف، لوحدة المناط، وإن كان مورد النص هو تزويج الوكيل المعزول دون الفضولي فظهر أن الصحة في النكاح ولو كان فضوليا لا تستلزم الصحة في البيع لأن الاحتياط في البيع أضعف منه في النكاح.

وفيه - مع أن أولوية الصحة من البطلان في تزويج الوكيل المعزول موهونة بمثلها عكسا في طلاقه حرفا بحرف - أنه ليس الاحتياط في ذلك بل الاحتياط في الفروج حينئذ: إما بالطلاق أو بتجديد العقد أو الإجازة، لأنه يكون فضوليا على تقدير العزل في الواقع وصحته ثابتة في النكاح بالنص والاجماع ويمكن أن يكون ذلك من الإمام عليه السلام في مقام الرد عليهم جريا على مذاقهم.

نعم يمكن المناقشة في الأولوية التي استدلوا بها بوجه آخر، وهو أن تأثير الأسباب في إيجاد مسبباتها دائر مدار تحققها في الواقع بحسب ما تقتضيه ذواتها في السببية من غير مدخلية ما وراء ذاته فيه، فلا اعتبار في سببية السبب بكثرة الأجزاء أو الشرائط وقلتها وكون النكاح مبنيا على الاحتياط في معرفة سببه وما به يتحقق السبب لا اعتبار الكثرة في أجزائه وشرائطه.

وبعبارة أخرى: معنى الاحتياط المؤكد فيه أن لا يعتمد في الطرق الموصولة إلى معرفة السبب أو تحققه على ما يعتمد عليه في غيره من الظنون أو الأصول، فمورد الاحتياط إنما هو في الشبهات الحكمية أو الموضوعية كما لو شك في شرطية شيء أو جزئيته في عقده أو شك في كونها المعقودة أو غيرها، لا في كثرة الأجزاء وشرائط السبب وقتها، فالضيق والتوسعة في الأسباب لا مدخلية لهما في الاحتياط وعدمه فالتوسعة والتخفيف في سبب النكاح لا ينافي الاحتياط المؤكد فيه، بل لعل المناسب لحفظ الفروج من الزنا التوسعة في أسباب حليتها حذرا من الوقوع فيه ولعله الحكمة في تحليل المتعة وملك اليمين وتحليل الأمة وحكمة حياء المرأة المسوغ لتقديم القبول على الإيجاب في عقده، فليس التخفيف الثابت في النكاح من حيث صحة الفضولي فيه بالنص والاجماع رفعا لليد عن الاحتياط فيه حتى يستلزم رفع اليد عنه في غيره بالأولوية ولذا لم يتمسك بها جل الفقهاء مع وضوحها لو كانت متحققة فافهم.

ومنها: ما ورد بطرق معتبرة في تزويج العبد نفسه بغير إذن سيده من ارجاع الأمر إلى مشيئة السيد بين التفريق والإجازة، معللا فيه بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز. وهو صريح في الصحة على تقدير الإجازة، ولا يقدر في الاستدلال به مطلقا اختصاص مورده بالنكاح المعلوم صحة الفضولي فيه بالاجماع والنصوص المستفيضة والتمسك في التعدي منه إلى غيره بالأولوية - مع كونها ممنوعة كما عرفت - قد تقدم الاستدلال بها أيضا لأن الاستدلال به من جهة عموم العلة المنصوصة فيه الاستفادة من مقابلة عصيان الله بعصيان سيده بتقريب: أنه لم يعص الله حتى لا يرجح زوال المعصية بلحوق رضاه لأن حرام الله حرام إلى آخره، بل عصى سيده المحتمل في حقه تعقب الرضا له، فيكون حاصل الفرق: إمكان لحوق الرضا وعدمه،

فيصح في الأول بشرط اللحوق لزوال المانع حينئذ ويبطل في الثاني لدوامه
وامتناع رفعه، ومقتضاه الصحة حيث ما كان المانع مرجو الزوال - نكاحا
كان أو غيره عبدا كان العاقد أو غيره لنفسه كان عقد العبد أو لغيره -
غير أنه في الأخير يحتمل التوقف على إجازة مولاه أيضا لأن العبد بجميع
جوارحه مملوك لمولاه يتوقف التصرف فيه ولو من نفسه على إذنه
أو إجازته بعد حمل ما ورد من سلب قدرته على شيء وأنه كل على مولاه
في قوله تعالى: " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وهو كل
على مولاه " على إرادة سلب الاستقلالية عنه وأنه بنفسه لا يقدر على شيء
حقيقة وإن كان مقدورا له بواسطة إذن مولاه على سلب القدرة عنه
بالكلية بمعنى عدم القابلية له على شيء كالصغير والمجنون لأن عدم القدرة
أعم من عدم القابلية، كيف وهذه الروايات مع ما دل على صحة تجارة
العبد المأذون دليل على ثبوت القابلية له وأنه ليس مسلوب العبارة، فتكون
قرينة على إرادة ما ذكرناه من الآية، ويحتمل قويا عدم توقف نفوذه على
إجازة مولاه بل يتوقف على إجازة من وقع الفضولي عنه فقط مطلقا وإن
منع عنه المولى لعدم معلومية مملوكية العبد لمولاه بهذا القدر الذي يتوقف
انشأؤه وتكلماته حتى في المباحات التي لا تراحم حقوق مولاه على إذنه واحرازه
ولو بشاهد الحال، ولو سلم فغاياته الإثم بمعصيته وهو لا يدل على الفساد
في المعاملة وبطلانه في الرواية برد السيد بسبب معصيته إنما هو من جهة
مزاحمته فيما يترتب على نفوذ عقده من الآثار المترتبة عليه، والتعبير بالمعصية
ربما يكون لذلك ولو مسامحة، وإلا فكون العقد بنفسه معصية أول الكلام
والمناقشة بالتفكيك بين المعصيتين فيه مع أنه يلزم من معصية السيد
معصية الله أيضا فهو عاص لله بمعصية السيد.

مدفوعة باختلاف الحيثية من جهة الأولوية والثانوية، فإنه لم يعص

الله أولا وبالذات وإن عصاه بمعصية السيد ثانيا وبالعرض، ضرورة أن النكاح من حيث هو ولو للعبد مأمور به شرعا وإن كان فيه مشروطا بإذن السيد.

ومنها: ما ورد في عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه من تعيين سلعة مخصوصة فاشترى غيرها: أنه يضمن المال والربح بينهما على الشرط وهو لا يتم إلا على صحة الفضولي وإن الإجازة كالإذن السابق لتصح المضاربة ويكون الربح على الشرط وإلا فالربح كله للمالك، وإن قلنا بكونه فضوليا يصح بلحوق الإجازة، لكن غير بعيد بل يحتمل قويا دعوى إن ذلك ليس من الفضولي حتى يصلح أن يكون دليلا على صحته، لأن الغرض الأصلي من المضاربة إنما هو الاسترباح بتقلب المال ولم يتعلق غرض بخصوص الأعيان إلا من جهة التحفظ عن الخسران وسلامة رأس المال عن النقصان، ولعل الشرط لذلك لأنه بمخالفته يدخل المال في عهدة العامل وضمانه فيحصل المقصود وهو السلامة عن الخسران، وإلا فاطلاقات النصوص الواردة في المقام تقضي بصحة المضاربة والربح على الشرط من غير توقف على الإجازة وليس إلا لتحقيق الإذن الكلي بما يوجب الربح فهي موافقة للقواعد جارية على مجراها، وعليه فلا أثم على العامل بالتصرف فيه كما يشعر به خلو النصوص عن التعرض له مع كونه مقام بيانه أيضا وهو مؤيد لما ذكرناه. نعم لو قلنا بمخالفة النصوص القواعد وجب الاقتصار على موردها والتعدي منه إلى غيره، وإن أمكن بالحمل على الفضولي، إلا أنه يجب تقييدها بالإجازة والرضاء بها مضاربة أو تنزيلها على الغالب من تحقق الإجازة بظهور الربح، وبالجملة فالنصوص إما محمولة على ما ذكرناه أو على الفضولي مع التقييد بالإجازة - كما عن بعض - أو على التعبد بظواهرها المخالف للقواعد مع الاقتصار على موردها، وتفصيل الكلام فيه موكول إلى محله. فهي لا تصلح

لأن تكون دليلا في المقام إلا على الاحتمال الثاني.
ومنها: ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة من ردها بربحها
للمالك المودع، فعن مسمع ابن أبي سيار قال: " قلت لأبي عبد الله عليه
السلام: إني كنت استودعت رجلا مالا فجحده فيه وحلف لي عليه ثم
جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك
فخذه وهو أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك، فهي لك مع مالك واجعلني
في حل، وأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي
كنت استودعته وأتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال فقال عليه السلام
خذ الربح واعطه النصف وأحله، إن هذا الرجل تائب، والله يحب التوابين. " الخبر
وأخذ الربح الظاهر في الاستحقاق مبنى على صحة الفضولي وإلا فلا
شئ له من الربح، وهو منزل على الغالب من لحوق الإجازة ليستحق
الربح، ومن وقوع المعاملة بالمعاطاة لا بالعقود حتى يقال بغلبة الأثمان فيها
كلية في الذمة فغلبة العقود في كون الثمن كلية في الذمة لا شخصيا معينا
لا تنافي غلبة وقوع المعاملات بالمعاطاة التي يكون الثمن فيها مشخصا خارجا
وإعطاء النصف له للنصف لا بالاستحقاق رعاية لاحترام عمله بعد التوبة
وإن كان مهدورا من أصله لأن الله يحب التوابين.
ومنها: ما ورد مستفيضا - وفيه الصحيح والمعتبر - فيمن اتجر بمال
الطفل لنفسه بغير إذن وليه: أنه يضمن المال والربح للطفل أو اليتيم.
والتقريب فيه: ما تقدم حرفا بحرف وكون الربح له مطلقا وإن لم
تلحقه الإجازة نظرا إلى اطلاقها، يدفعه ورود الاطلاق مورد الغالب
- كما عرفت من لحوق الإجازة من الولي - أو منه بعد البلوغ بظهور الربح
فلا يفيد تخصيصا لما دل على اعتبار الإجازة في صحة الفضولي وكذا لا حاجة
إلى ما قيل من تحقق الإجازة الإلهية في أمثال المقام.

ومنها: مصححة الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة؟ قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد: والتقريب فيه ما تقدم من التنزيل على الغالب بإجازة البيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برده بل هو مطلوب له بالأولية.

ومنها: ما روي من بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله بمكة ثم أخبر به النبي صلى الله عليه وآله فأجازه.

ومنها: رواية ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام " عن عبد لقوم مأذون له في التجارة: دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة وأعتقها وحج عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي للحج عن الميت، فحج عنه وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعا، فاختصموا جميعا في الألف، فقال موالي العبد المعتق: إنما اشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة: إنما اشتريت أباك بمالنا وقال موالي العبد: إنما اشتريت أباك بمالنا فقال: أبو جعفر عليه السلام: أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد، وأما المعتق فهو رد في الرق لموالي أبيه وأي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا ". الحديث وتقريب الفضولية فيه وتصويرها بالنسبة إلى ورثة الدافع مبنى على كون الدفع منه بعنوان الوكالة ووقوع الاثراء بعد موته الموجب لبطلانها وانتقال المال إلى الوارث، فيكون التصرف فيه على تقديره فضوليا وبالنسبة إلى مولى المأذون باختصاص الإذن منه بالتجارة التي ليس الواقع منها بناء على ظهور الإذن في التجارة بما فيها الاسترباح فيكون الشراء بماله على تقديره تصرفا فيه بغير إذنه وإلا بأن كان الإذن بمطلق التكسب الشامل للاسترباح وغيره، كان الفضولي مختصا بورثة الدافع وعلى كل حال

فهو ظاهر في الصحة بناء على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد المطالبة المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع (وحمل) الدفع على الوصية - كما احتمله في الجواهر - مع أنه يأباه صريح ذيل الخبر من قوله: وأي الفريقين إلى قوله: كان له رقا، لأن دعوى الورثة على تقديره دعوى للحرية دون الرقية (يدفعه) أنه لا تتوجه الدعوى حينئذ منهم بذلك لعدم المدخلية لهم فيه حينئذ وكيف كان فإن أقام واحد منهما بينة بحكم له بها وإن أقامها كل واحد منهما بنى على تقديم بينة الداخل أو الخارج بناء على أن يد العبد وإن كان مأذونا يد مولاه.

وبالجملة فالرواية - وإن أمكن الاستدلال بها على صحة الفضولي بناء على ما قررناه فضلا عن التأييد بها إلا أنها لضعف سندها بجهالة الراوي أو غلوه وإن سبق عليه بعض أصحاب الاجماع - كما قيل - ومخالفتها للقواعد من جهة اشتمالها على صحة تصرف المأذون بالتجارة في غير ما أذن له أولا، وصحة استيجار أبيه للحج مع ظهور الأمر في أن يحج عنه بنفسه ثانيا، وصحة الحج مع كونه رقا بغير إذن سيده ثالثا، وتقديم قول مولى الأب المدعى لفساد البيع على المدعيين للصحة من مولى المأذون وورثة الدافع رابعا، وإن تخلص عنه في القواعد بحمل كلام موالي الأب على انكار البيع من أصله وأنه المعني بقولهم إنما اشترت أباك بماننا، وهو كما ترى من التكلف المخالف لصريح الخبر، وعدم تقديم قول ذي اليد وهو مولى المأذون وتقديم قول مولى الأب على قوله مع كونه خارجا خامسا، وعود العبد رقا إلى مولاه مع اعترافه بالبيع وإن ادعى فسادا. سادسا. يجب طرحها وإن كانت مشهورة، رواية لا فتوى، وإن حكى العمل بها عن الشيخ في (النهاية) والقاضي وحينئذ فالذي تقتضيه أصول

المذهب وقواعده - بعد طرح الخبر - : هو أن يقال إن المأذون: إن كان مأذونا بالتجارة وغيرها لمولاه ولغيره نفذ إقراره في عمله فيصح عتقه وحجه عن الدافع إن وقع ذلك منه في حياته، وإن وقع بعد موته كان المعنى رقا لورثة الدافع لثبوت كون الاشتراء بمالههم باقراره بعد بطلان الوكالة بموت الدافع وانتقال المال إلى ورثته لكون يد المأذون حينئذ مشتركة بين مولاه وغيره ممن له مال عنده أو عمل كلفه به وأنه كالحر في الأمانة. وما قيل من عدم قبول قول المأذون لغير مولاه، إنما هو فيما كان الإذن مختصا بالتجارة لنفسه، وإن كان الإذن له مقصورا على التجارة لنفسه أو مشكوكا تعميمه قدم قول مولى المأذون لكونه ذا يد على عبده وما في يده حتى يعلم انتفاؤه عنه ويرد المعنى رقا لمولاه المأذون حتى تقوم بينة على خلافه، فإن أقامها كل من ورثة الدافع ومن موالى الأب قدمت بينة الورثة لترجيحها بدعوى الصحة ويحتمل تقديم بينة مولى الأب لكونها كالخارجة بالنسبة إلى بينة الورثة لأنها بينة أقيمت على خلاف الأصل والظاهر وهو الفساد، ومع انضمام بينة مولى المأذون إلى البينتين بنى تقديمها على تقديم بينة الداخل على الخارج وعدمه، وعلى الثاني، ففي تقديم إحدى البينتين الخارجتين على الأخرى ما تقدم من الاحتمالين.

ومما ذكرناه ظهر ضعف ما قواه في (الدروس) حيث قال: " وقد يقال بأن المأذون بيده مال المولى الأب وغيره وبتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكة ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد لأن دعوى الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين تساقطاً، وهذا واضح لا غبار عليه.. " انتهى.

لما عرفت من الترجيح ومنع التكافؤ على كل من تقديري عموم الإذن وخصوصه: ومع فرض تسليم التكافؤ فقد يمنع التساقط بالكلية لتوافقهما على

الصحة ونفي الثالث. هذا وتام الكلام فيه موكول إلى محله.
ومنها: ما ربما أيد به القول بالصحة موثقة عبد الله عن أبي عبد الله
عليه السلام: " عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه
أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته، فذهب ليشتري
المتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال لا بأس.. " الخبر بناء
على قيام احتمالات متكافئة في اشتراء السمسار يكون على أحدها فضوليا
عن صاحب الورق مع نفي البأس عنه في الجواب القاضي بحكم ترك الاستفصال
مع اجمال السؤال بعموم الحكم بالصحة بجميع محتملاته لأن اشتراء السمسار
يحتمل أن يكون لنفسه بماله أو في ذمته ويكون المدفوع له قرضا عليه
يستوفي منه صاحب الورق بما يشتري من المتاع. ولا ينافي هذا الاحتمال
فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه به بملاحظة
صناعته وحرفته لا بملاحظته هذه القضية الشخصية. ويحتمل أن يكون
وقوعه منه بنحو الوكالة عن صاحب الورق على أن يكون الاشتراء له مشروطا
له الخيار على بايع المتاع بتوسط السمسار ما شاء أخذه وما كرهه رده وعليه
وإن كان الأنسب بل المناسب التعبير عن الرد بالفسخ إلا أنه يعبر به كناية
عنه أيضا.

ويحتمل أن يكون الاشتراء من السمسار وقع بعين الورق لا بإذن
صاحبه حتى يخرج به عن الفضولي ويكون دفع المال منه إليه بنحو الأمانة
وحصول الاطمينان له بوصول ثمن ما يشتريه منه ويكون فائدة الشرط عليه
من أخذ ما يريد ورد ما يكرهه عدم مطالبة الأجر منه على عمله أو حذرا
من إباطه وامتناعه عن ذلك، فترك الاستفصال مع الاجمال بقيام الاحتمال
في السؤال يقضي بعموم الحكم في جميع المحتملات التي منها احتمال
الفضولي عنه.

وفيه: أن احتمال الفضولي - مع كونه بعيدا في نفسه موهون بغلبة تسليم الثمن الشخصي الواقع عليه العقد فضلا عن غلبة وقوع المعاملة بالمعاطاة المستلزمة لذلك. وتسليم الورق قبل إجازة صاحبه محرم - ينافيه وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح واحتمال الإذن يدفعه ثمنا ودعوى عدم منافاته للفضولي من الأغلاط الفاحشة.

نعم هنا احتمال رابع يكافأ الاحتمالين الأولين، وهو وقوع الاشتراء بالمساومة واطلاقه عليه اطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق لطمأنينة السمسار وهو كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار، وهو عندي أظهر الاحتمالات، ويتلوه في الظهور الاحتمال الأول، وأضعفها بل لا يلتفت إليه الاحتمال الثالث، فلا تصلح الموثقة للاستيناس بها على الصحة فضلا عن التأييد بها.

ومنها: ما ورد من صحة الاشتراء مما فيه الخمس ممن لا يخمس من غيرنا مع كونه من المعاملة على مال الإمام (ع) من غيره وهو فضولي صح بإجازة الإمام (ع) بحكم أخبار الإباحة والتحليل:

ومنها: ما ورد من الأمر بالتصدق بالمظالم ومجهول المالك مع تخيير المالك بين الرد فيأخذ العين أو بدلها مع التلف ويكون الأجر للمتصدق وبين الإجازة فيكون له الثواب.

والجواب عنه وعمما قبله بخروجهما عن الفضولي للإذن منهم بذلك لشيعتهم المستفاد من أخبار الإباحة والتحليل في الأول، وللأمر بالتصدق شرعا عن المالك لأنه من أقرب طرق الايصال إليه عند تعذر الحقيقة في الثاني، وإن قلنا بتخيير المالك بعد ظهوره بين الرد، فيرجع ببدل التالف من المثل أو القيمة وبين الامضاء فله الفوز بالثواب. وهذه الأدلة المذكورة للقول بالصحة، وإن أمكن المناقشة في أغلبها

إلا أنه لتراكم بعضها مع بعض ربما يشرف الفقيه على القطع بإفادتها الصحة فضلا عن الظن الاطميناني بها.

واحتج للقول بالبطلان بعد الأصل بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب فقوله تعالى: " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " بناء على استفادة حصر الحل في المستثنى من الاستثناء أو من مفهوم القيد، والفضولي خارج عنه داخل في المستثنى منه لأنه عقد على مال الغير بغير رضاه، فيكون من التجارة لا عن تراض أو من غير التجارة عن تراض.

وفيه منع إفادة الحصر في المستثنى مع ظهور كون الاستثناء منقطعا لأن التجارة عن تراض ليس من أفراد الأكل بالباطل حتى يكون داخلا فيه موضوعا خارجا عنه حكما وحينئذ فيكون ذكر المستثنى منه توطئة لبيان سببية المستثنى للحل لا حصر سببية الحل في المستثنى، فهو من قبيل اثبات حكم لموضوع ونقيضة لموضوع آخر، وقد تقدم الكلام فيه مفصلا في المعاطاة فراجع.

وأما استفادته من مفهوم القيد، فقد أجيب عنه مرة بانكار كونه قيذا بل هو خبر بعد خبر على قراءة النصب، وأخرى بمنع تحقق المفهوم له لوروده مورد الغالب كما في قوله تعالى: " وربائبكم اللاتي في حجوركم " وفيه: أما الأول فيدفعه ما هو مسلم عندهم: من أن الجمل والظروف بعد النكرات أوصاف وبعد المعارف أحوال. وأما الثاني - فيدفعه - مضافا إلى كون الأصل في القيد أن يكون احترازيا أن القيد إنما ينزل على الغالب حيث يكون حكم المقيّد به والمجرد عنه واحدا، ومن المعلوم أن التجارة المجردة عن التراضي بالمرّة الذي هو من أفراد الموضوع المفهوم غير صحيح وهو من الأكل بالباطل، فيكون خروج الفرد من المفهوم المعلوم خروجه

عن حكم المقيد قرينة مؤكدة لأصالة الاحتراز في القيد.
فالأحسن في الجواب أن يقال (١) إن التجارة التي هي بمعنى التكسب
هنا كناية عن السبب الناقل، وهو في الفضولي مركب من العقد والإجازة،
بناء على النقل أو منه معقبا بلحوقها أو مراعى به بناء على الكشف كما
سيأتي وبلحوق الإجازة يصدق عليه أنه تجارة عن تراض، وقبلها لا تجارة،

(١) وبيان آخر: إن الخطاب في الآية الشريفة لمالكي الأموال،
والأكل كناية عن التملك لا مجرد التصرف، إذ هو غير متوقف جوازه
على التجارة عن تراض. ويمكن أن يكون الاستثناء في الآية متصلا، وإن
المراد: لا يأكل بعضكم أموال بعض بالنهب والغصب والسرقه والمقامرة
وغيرها من الوجوه الواقعة عن غير رضا من مالكي الأموال، فإنه باطل
فقوله " بالباطل " بيان لوجه التحريم وعلته وهو المستثنى منه في الآية:
إلا أن تكون بينكم تجارة عن تراض، على قراءة الرفع، أو إلا أن تكون
الأموال المأكولة والمتملكة بتجارة عن تراض، على قراءة نصب (تجارة)
فيكون النصب بنزع الحافظ، أو يكون التقدير: إلا أن تكون الأموال
أموال تجارة عن تراض، على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه.
وعلى كل فسوء كان الاستثناء متصلا أو منقطعا فالتجارة عن تراض
لم تكن من الباطل، والاستدلال بالآية على صحة الفضولي لا يتوقف على
كون الاستثناء متصلا، بل يتوقف على بيان أن التجارة الصادرة من الفضولي
على مال الغير، وإن لم تكن بمعناها المصدري - وهي جهة الانشاء بالعقد
الصادر منه عن رضى ممن ينفذ رضاه، ولكنها بمعناها الاسم المصدري
المنشأ بانشاء الفضولي، أعني: انتقال مال المالك إلى الغير بعوضه المجاز
من قبل المالك - هي تجارة له أي للمالك عن رضى منه بها وبمفادها،
فتشملها الآية الشريفة.

لا أله تجارة لا عن تراض.

وأما السنة، فإخبار: منها - النبوي المروي مستفيضا " لا تبع ما ليس عندك " بناء على إرادة السلطنة من الظرف المضاف، فيكون النهي عن بيع ما هو خارج عنها الذي منه الفضولي ولا ينقض بيع الولي والمأذون لتحقق السلطنة لهما عليه.

وفيه - مع كونه مرميا بضعف السند لكونه عاميا ومعارضيا بما هو أقوى منه سندا ودلالة من النصوص المعتبرة المستفيضة المجوزة لبيع ما ليس عنده المعربة عن كون المنع عنه مذهب العامة، ففي الصحيح: عمن باع ما ليس عنده؟ قال: لا بأس، قلت: إن من عندنا يفسده قال ولم قلت: باع ما ليس عنده، قال ما يقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده (*) الخبر (محمول) على بيع ما يتعذر عليه تسليمه أو يتعسر ارشادا إلى دفع كلفة التسليم، وليس منه الفضولي مع إجازة المالك أو ينزل على البيع عن نفسه قبل أن يملك، ثم يمضي ليشتريه من مالكة كما عن (التذكرة) مستدلا عليه بقوله، لأنه صلى الله عليه وآله ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه فإن هذا البيع غير جائز ولا نعلم فيه وبه يظهر ما في كلام شيخنا المرتضى في (مكاسبه) في الجواب عن النبوي قائلا: إن الظاهر من الموصول هي العين الشخصية للاجماع والنص على جواز بيع الكلبي لأنه منه كالاتجاه في مقابل النص.
(منه دام ظله) (*)

والحاصل: إن حقيقة التكسب ونتيجة إنشاء الفضولي - والعقد الصادر منه وهي المبادلة بين المالكين القابلة للاستناد إلى المالك بإجازته هي تجارة للمالك لا للفضولي ليقال: إنها لم تكن عن رضى ممن له الرضا والاختيار ولم تكن مشمولة للآية الشريفة.

خلافًا للنهي المذكور وللغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها " انتهى. ولعله يأتي منا مزيد بيان للمنع عن مثل هذا البيع.

ومنها: النبوي الآخر: " لا بيع إلا فيما يملك " بعد قوله صلى الله عليه وآله " لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك " الظاهر بقريضة السياق في إرادة الأعم من ملك العين وملك التصرف والعائد الفضولي ليس بمالك لا للعين ولا للتصرف.

وفيه - مع قوة احتمال (١) إرادة نفي البيع عما لا يملك بالبناء للمجهول أو للمعلوم بإرادة نفي المملوكية دون الملك كالحر ونحوه، أو احتمال نفي البيع قبل أن يملك ثم ملك كالخبر السابق، أو منزل على إرادة البيع الموجب لترتب الآثار عليه - لا تكافئ ما تقدم: من أدلة الصحة من وجوه عديدة.

ومع الغض عما ذكرنا في الخبرين، إن هما إلا كالعام المخصص بما تقدم من أدلة الصحة لأنها بالنسبة إليها كالأخص بالنسبة إلى العام.

ومنها: صحيحة محمد بن الحسن الصفار: " إنه كتب إلى أبي محمد

العسكري (ع) في رجل باع له قطاع أرضين وعرف حدود القرية الأربعة،

وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له

بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع (ع) لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب

الشراء من البائع على ما يملك " الخبر بناء على إرادة الفساد من عدم الجواز

(١) الظاهر أن احتمال إرادة نفي البيع عما لا يملك - بالبناء للمجهول أو للمعلوم بإرادة نفي المملوكية دون الملك كالحر ونحوه - بعيد، فإن النفي في النبوي المذكور لبيان نفي صحة مدخوله وترتب الأثر عليه بلسان نفي حقيقته، فهو نفي للحكم بلسان نفي الموضوع لا نفي للموضوع، وما لا يملك كالحر غير قابل للبيع والعتق، كما أن غير الزوجة غير قابل للطلاق، إذ البيع مبادلة مال بمال، والعتق فك رقبة المملوك، والطلاق حل ربة الزوجية.

الظاهر في التحريم وإرادة الوجوب الشرطي بمعنى الصحة من قوله: وجب الشراء من المالك على ما يملك.

وفيه - مع أنها مكاتبة ويحتمل قريبا إرادة النفوذ من الجواز المنفى كما فهمه الأصحاب وبنوا عليه فيمن باع ما يملك وما لا يملك صفقة بالنفوذ في الأول وتوقفه في الثاني على إجازة المالك، وإطلاقه عليه شائع في كلامهم ومنه قولهم: اقرار العقلاء على أنفسهم جائز أي نافذ - أنها محمولة على إرادة الصلاحية التي توجب النقل والانتقال وترتب الآثار على ذلك.

ومنها: صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال: " سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأته من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لا تملكه " الخبر ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في حديث قال فيه: " سأله رجل من أهل النيل عن أرض شراها بفم النيل، وهل الأرض يقولون: هي أرضهم وأهل الأسنان يقولون: هي أرضنا؟ قال لا نشترها إلا برضاء أهلها " الخبر. ومنها: موثقة سماعة قال: " سألته عن شراء الخيانة والسرقعة؟ قال إذا عرفت أنه كذلك فلا " الخبر.

ومنها: ما رواه في الاحتجاج مما خرج من الناحية المقدسة في توقيعات محمد بن عبد الله ابن جعفر الحميري في السؤال عن ضيعة السلطان فيها حصة مغصوبة، فهل يجوز شراؤها من السلطان أم لا؟ فأجاب (ع): " الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو برضا منه " الخبر ومنها: ما عن (الفقيه) باسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) عن رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث

المناهي قال: " ومن اشترى خيانة فهو كالذي خانها " الخبر.
 ومنها ما رواه الشيخ عن أبي بصير قال: " سألت أحدهما (ع) عن
 شراء الخيانة والسرقة؟ قال لا " الخبر
 ومنها - ما رواه عن جراح عن أبي عبد الله (ع) قال: " لا يصلح
 شراء الخيانة والسرقة إذا عرفت " الخبر
 ومنها - ما عن قرب الإسناد بسنده عن علي بن جعفر (ع) عن أخيه
 موسى (ع) قال: " سألت عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها
 لمن اشتراها؟ قال: إذا أنبأهم أنها سرقة فلا تحل وإن لم يعلم فلا بأس ".
 والجواب عن هذه الطائفة من الأخبار التي أوردها في (الحدائق)
 مستدلا بها على مختاره من بطلان الفضولي حتى كأنه عثر على ما لم يعثر عليه من
 قبله متبجحا بها عليهم: أنها ظاهرة بقريئة السياق في إرادة التملك من
 الابتاع المذكور ولزومه وترتب الآثار عليه على حد الابتاع من المالك
 لمن نظر إليها بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف، مضافا إلى أن
 صحيحة ابن فضيل إنما تضمنت السؤال والجواب عن اعطاء المال للفضولي
 وهو ممنوع عنه حتى على القول بالصحة أيضا: وإلى أن صحيحة محمد بن
 مسلم مفروض فيها التنازع بين أهلها الظاهر في الرد وعدم الإجازة ممن لم
 يقع الاشتراء منه (ودعوى) ظهور حصر الجواز في المستثنى في الجواب
 على سبق الإذن دون لحوقه (مردودة) على مدعيها، وأين ذلك من
 من محل النزاع في قابلية عقد الفضولي وتأثيره بلحوق الإجازة وعدمها.
 وأما الاجماع فهو محكى عن الشيخ في (الخلافا) وابن زهرة في
 (الغنية) مؤيدا بدعوى الحلي في مضاربة (السرائر) عدم الخلافا في
 بطلان شراء الغاصب بعين المغصوب
 وفيه - مع أنه موهون بمصير المعظم، بل المشهور على الخلافا، بل

الشيخ هو أفنى بالصحة في (نهايته) الذي قيل: إنها آخر كتبه ولعل فتواه بها فيها تعطى كون الاجماع منه منقولاً لا محصلاً له، بل لم تنسب الفتوى بالبطلان إلى غير مدعيه، والحلي من القدماء، بل المحكي عنهم القول بالصحة بل عن ظاهر (التذكرة) دعوى الاجماع عليه - أنه لا يكافئ ما تقدم من أدلة الصحة، وإن ذهب إليه بعض متأخري المتأخرين على ما حكى عنهم كالرفيع والسيد الداماد والمقدس الأردبيلي والحر في (وسائله) والبحراني في (حدائقه) وقواه جدنا في (مصائبه).

وأما العقل فتقريره على ما قيل بتوضيح منا - هو: إن الفضولي متصرف في مال الغير بالعقد عليه بغير إذنه، والتصرف في مال الغير كذلك قبيح عقلاً ونقلاً، ففي التوقيع المروي عن الاحتجاج " لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه " .

بيان ذلك: إن العقد حسب ما عرفت معناه الربط بين العوضين بالتبديل بينهما غير أنه إن كان من غير المالك ومن بحكمه كان ذلك الربط ناقصاً " وضعيفاً " يتم ويقوى بإجازة المالك وإن كان منه كان قويا " تاماً " بحيث يترتب عليه أثره من النقل والانتقال، وهذا الأمر الحادث في مال الغير تصرف فيه في الواقع لا بالتسامح العرفي وهو محرم منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد فالقول بالصحة الموجبة لما يقتضي الفساد يستلزم القول بعدمها، فهو من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه وما كان كذلك كان باطلاً بالضرورة. وبهذا التقرير يتضح لك بطلان قياسه بالاستتضاء والاصطلاء بنور الغير وناره لأن المقيس عليه من الانتفاع بمال الغير المجرد عن التصرف فيه بخلاف المقيس الذي هو من التصرف فيه حقيقة - كما عرفت - ولا ملازمة بينهما وأن إحراز الإذن بهذا النحو من التصرف من الحال أو المقال لا يخرج عن الفضولي بالاتفاق وأنه محرم وإن لم يقصد ترتب الأثر عليه لكونه بنفسه

تصرفا " ولا يعترف به القائل بالصحة.
ومنه يظهر لك مواقع التأمل - بل النظر - في كلام شيخنا في (المكاسب)
حيث قال - في الجواب عنه ما لفظه - " والجواب إن العقد على مال الغير
متوقعا " لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه - إلى أن
قال ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستئذنة
والاصطلاء بنور الغير وناره مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في
هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي، مع أن
تحريره لا يدل على الفساد، مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم
ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك ولا ينكره القائل بالصحة " انتهى
فالأحسن أن يجاب عنه - كما ذكره في طي أجوبتهم - أولا - بعدم
الدليل على حرمة هذا النحو من التصرف، لا عقلا لعدم حكمه بحرمة،
ولا نقلا لعدم انصراف التصرف فيه إلى مثل ذلك، وثانيا " بعدم
دلالة النهي التحريمي على الفساد وإن تعلق بذات المعاملة مطلقا " سواء
كان لمبغوضية ذاته بذاته، ومن حيث كونه فعلا من الأفعال كعقد
المحرم أو المعتكف على الأجنبية أو لاستلزامه العنوان المحرم كالبيع وقت النداء
المستلزم لتفويت الجمعة أو لمبغوضية أثره المترتب عليه كبيع المصحف أو المسلم
من الكافر بناء على تملكه وجبره بالخروج عن ملكه بخلاف ما كان منه
ارشادا " إلى عدم ترتب الأثر عليه، فإن النواهي الارشادية تقتضي الفساد
قطعا " بعد أن كان معنى الفساد في المعاملة عدم ترتب الأثر عليها، وأكثر
ما ورد من النواهي في المعاملات من القسم الأخير، ولذا قيل بالحمل
عليه عند الشك فيه، لأن الظن بالشئ يلحق بالأعم الأغلب وإن كان
حقيقة في التحريم، وتفصيل الكلام فيه موكول إلى محله وكيف كان فلو
سلم التحريم فلا نسلم اقتضاءه الفساد هذا.

وقد استدل بعض (١) للقول بالبطلان بوجهين آخرين:
الأول - إن القدرة على التسليم شرط في صحة البيع بالاجماع المستفيض وهي مفقودة في الفضولي، لأنه فعل المالك دون العاقد الفضولي.
وفيه - أولاً أنه مبني على شرطية القدرة لا مانعية العجز، وهو غير معلوم، وإن طفحت بالأول عباراتهم واشتملت عليه معاهد إجماعاتهم إلا أنه من المحتمل قويا " - كما في الجواهر - إرادة مانعية العجز منه ولو بقريئة تمثيلهم لما لا يكون مقدورا " ببيع السمك في الماء، والطير في الهواء ونحوهما مما يوجب اليأس من حصوله، واختلافهم في صحة بيع الضال والضالة ونحوهما مما يرجح حصوله مع عدمها حال البيع وتظهر الثمرة في المشكوك فيه، فيبطل على الأول، ويصح على الثاني ومنه الفضولي المتوقع للإجازة والمقصود من مانعية العجز مانعية أثره الحاصل من العلم به وهو اليأس الذي هو أمر وجودي لكونه من الصفات النفسانية تحدث بحدوث سببه وبذلك يظهر ضعف ما قيل في الرد عليه: من أن العجز الذي معناه عدم القدرة أمر عدمي لا يصلح لصدق المانعية عليه بعد إن كان المانع ما يلزم من وجوده العدم.

وثانياً " - لو سلمنا شرطية القدرة فلا نسلم اعتبارها في مطلق العاقد، وإلا لبطل أغلب الوكالات وهي الواقعة على مجرد العقد وإجزائه دون لوازمه، وإنما المعتبر فيها قدرة الموكل دون العاقد الوكيل، وليس إلا من جهة عدم مدخلية الوكيل في لوازم العقد من التسليم ونحوه، فعدم اعتبار القدرة في الوكيل المزبور لعدم مدخليته في التسليم لا لو كالتة على العقد وهذه الجهة السلبية مشتركة الورود بين الوكيل والفضولي (ودعوى)

(١) المقصود به جدنا الأعلى - قدس سره - السيد بحر العلوم، ذكره في (مصايحه) الذي لا يزال مخطوطاً.

اختصاص تأثير قدرة الموكل بما لو بنى عليها عقد الوكيل (ضعيفة) بل ممنوعة بل هي المعتبرة في الصحة مطلقا، لأنه المأمور بالوفاء به إلا إذا بنى العقد على قدرة الوكيل على التسليم، كضعف دعوى الفرق بينهما: بأن عقد الوكيل عقد الموكل بعد تنزيل ذاته منزلة ذاته بالوكالة أو فعله منزلة فعله ولا كذلك الفضولي، كيف ولو كان الوجه ذلك لكان الأحسن أن يستدلوا على الاكتفاء بقدرة الموكل في نحو ذلك بأنه العاقد، لا بأنه المأمور بالوفاء هذا مع أن الظاهر من عباراتهم كون المعتبر في الصحة وجود القدرة في الواقع دون القدرة المعلومة، خلافا لجدنا في (المصايح) فاعتبر القدرة المعلومة في الصحة والظاهر أن العلم بها شرط للحكم بالصحة دون نفس الصحة وحينئذ فإما أن يعلم بها أو يعلم عدمها أو لا يعلم. وعلى التقادير الثلاث، فإما أن يصادف وجودها في الواقع أو يصادف عدمها. فإن علم بها وكانت موجودة في الواقع صح على التقديرين كما أنه يبطل كذلك لو كانت مفقودة لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه. وإن علم بعدمها وكانت مفقودة في الواقع بطل أيضا لانتفاء الشرط على القولين وإن صادف وجود المانع أيضا وهو اليأس الحاصل من العلم به على ما قويناه من احتمال مانعية العجز غير أن الحكم بالبطلان حينئذ مسبب عن عدم الشرط دون وجود المانع. وإن كانت موجودة في الواقع مع العلم بعدمها بطل عندنا لوجود المانع وهو اليأس، لا لانتفاء الشرط وهو القدرة لانكشاف وجوده، وعند جدنا، لانتفاء الشرط ولو بانتفاء جزئه وهو وصف العلم. وإن كان لا يعلم وصادف عدمها في الواقع بطل على القولين لانتفاء الشرط ولو بانتفاء جزئه على التقديرين، وإن صادف وجودها بطل لانتفاء الشرط بناء على أنه القدرة المعلومة. وصح عندنا لوجود الشرط وهو القدرة في الواقع وعدم المانع وهو اليأس.

ثم إن المدار في وجود الشرط على وجوده عند استحقاق التسليم لكونه مقدمة له لتوقفه عليه لا حال العقد، فلو تجددت القدرة بعد العقد قبل زمان التسليم صح العقد ما لم يعلم عدمه حال العقد، وإلا بطل لوجود اليأس المانع عن الصحة حين الاقدام على العقد لدخوله معه في السفه الموجب لبطلانه وبطل هو المتيقن إرادته من الغرر المنهى عنه في النبوي المشهور بين الفريقين، لا مطلق ما كان فيه خطر كما يظهر من تفسير بعض له بالخطر لانتقاضه بصحة جملة من الموارد الخطرية على ما صرح بها غير واحد من الأصحاب فالظاهر كون المراد من الغرر المنهى عنه الخطر المفضي إلى السفه أو التخاصم.

هذا وبعد الإحاطة بما ذكرنا في الجواب عن الدليل المذكور يتضح لك مواقع التأمل في كلام جدنا - قدس سره - (في المصابيح) عند ترجيحه لبطلان الفضولي ما لفظه: "تكميل القدرة على التسليم التي هي شرط في البيع هي القدرة المعلومة للمتبايعين حال العقد دون القدرة الواقعية لأن الغرر لا يندفع بمصادفة الواقع وإنما يرتفع بالعلم، فلو باع ما لا يعلم حصولها فيه بطل البيع وإن قدر عليه بعده ولو باع ما يعتقد تمكنه منه صح وإن تجدد العجز والمعتبر في العلم الوثوق بالتمكن فلا يشترط اليقين ولا يكفي فيه مطلق الظن، ثم القدرة المعتبرة هي قدرة العاقد إذا كان مالكا " ووليا " أو وكيفا في البيع ولوازمه، أما إذا كان وكيفا على خصوص العقد واجراء الصيغة فالشرط قدرة الموكل لأنه المطالب بالتسليم دون الوكيل. وتظهر الفائدة فيما إذا قدر أحدهما على التسليم دون الآخر، فإنه إن كان الموكل صح البيع، وإلا بطل، ولو كان أحد المتعاقدين وكيفا على البيع وما يتبعه من اللوازم وعلم الآخر بذلك ورضى بتسليم الموكل كفى في صحة البيع قدرة أحدهما إذا رضى الموكل برجوعه عليه فلو عجزا معا " بطل البيع. وأما الفضولي

فهذا الشرط غير متحقق فيه. ومن ثم ترجح بطلانه، وذلك لأن إجازة المالك غير معلومة الحصول إذ قد لا تحصل القدرة على التسليم مطلقاً " وقد تحصل لكن بالقياس إلى نفس العقد دون لوازمه، فلا تحصل من العاقد، وقدرة المالك إنما تؤثر لو بنى عليها العقد وحصل التراضي بها حال البيع لما عرفت أن بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الأذن مطلقاً "، بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقق في الفضولي، والبناء على القدرة الواقعية باطل إذ القدرة المشروطة هي القدرة المعلومة دون الواقعية كما سبق بيانه والقدرة الواقعية إنما تتحقق حال الإجازة لا قبلها، ضرورة أن الإجازة اللاحقة لا تؤثر القدرة السابقة، والمعتبر من القدرة - على ما ستعرفه - ما كان حال البيع أو قريباً منه في البيع الحال وعند حلول الأجل وما يقرب منه في المؤجل، ولا ريب أن ذلك غير حاصل في بيع الفضولي، والتأجيل بالإجازة غير مأخوذة في العقد ولو اشترط لم يصح لجهالة الأجل والحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد وبعدها إن وجدت فلا تنفع " انتهى.

الثاني من الوجهين - : أن الفضولي غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ كالمكره كما صرح به في (المسالك).

وفيه إنه قاصد للانشاء وإن علم بعدم ترتب الأثر على انشائه ما لم تلحقه الإجازة، وهذا القدر من القصد كاف في الصحة التي هي بمعنى القابلية، فهو كبيع المكره الذي لا اشكال في كونه قاصداً " لمعنى الانشاء حقيقة من الكلام الانشائي، غير أنه لم يكن مريداً " لوقوع أثره في الخارج فإذا تعقبه الرضا الذي هو شرط الصحة بحكم قوله " تجارة عن تراض " وغيره، صح على المشهور، وليس إلا لتحقق الانشاء المقصود أولاً وتحقق الرضا المعتبر في الصحة بعده، واعتبار المقارنة بينهما منفي بالأصل حسبما تكرر بيانه.

وبذلك يظهر ضعف ما ذكره الشهيدان وغيرهما: من أن المكره قاصد للفظ دون مدلوله.

اللهم إلا أن يؤول كلامهم - ولو بالتكلف - إلى ما ذكرناه، كيف والهازل الذي هو دونه قاصد إلى اللفظ ومدلوله لكن بإرادة صورية، وبذلك امتاز الهازل عن الملقن كالصبي ونحوه القاصد إلى اللفظ دون المعنى وامتاز الملقن عن الغالط الذي لا قصد له إلى اللفظ أيضا، فمراتب الكلام مع القصد وعدمه متعددة، وهي مرتبة الغالط وهو الذي لا قصد له للفظ ولا للمعنى ومرتبة الملقن ونحوه وهو القاصد للفظ دون المعنى، ومرتبة الهازل وهو القاصد للفظ والمعنى قصدا " صوريا " ولذا لو تعقب الرضا بعد الهزل لا يجدي في الصحة لعدم الانشاء حين الهزل حقيقة، والرضا ليس بانشاء، والأثر مترتب على الانشاء، ومرتبة المكره وهو القاصد إلى اللفظ والمعنى الانشائي قصدا " حقيقيا " إلا أنه لم يكن ذلك منه عن طيب ورضا، فإذا رضى بالانشاء المتقدم اجتمعت فيه شرائط الصحة، ويشهد لما ذكرنا إخراجهم بيع المكره بقيد الاختيار في شرائط المتعاقدين دون القصد، وبه أخرجوا الملقن والهازل والفضولي كالمكره في تحقق قصد الانشاء منه حقيقة، بل مع الرضا أيضا إلا أن المعتبر رضا المالك دون رضاه ولذا أخرجوه بقيد الملك في شرائط المتعاقدين، فإذا أجاز المالك الانشاء المقصود من الفضولي اجتمعت في عقده شرائط الصحة الفعلية.

فقد ظهر مما ذكرنا فساد ما استدلوا به على البطلان مطلقا " ولم يبق إلا الأصل المخرج عنه بما ذكرنا من أدلة الصحة.

احتج من فصل بين سبق المنع وعدمه، فحكم بالبطلان في الأول وبالصحة في الثاني بما يرجع محصله في الأول مرة - إلى عدم الدليل على الصحة بعد أن كان مقتضى الأصل هو الفساد بناء على عدم الدليل المخرج

عنه إلا حديث عروة البارقي المختص بغير المقام، وأخرى إلى وجود الدليل على البطلان، وهو بقاء المنع إلى ما بعد العقد ولو بأن ما، فيكون رداً " بعد العقد الموجب لسقوط الإجازة عن التأثير في نفوذه بالاتفاق. والجواب: أما عن الأول، فبقيام تلك الأدلة المتقدمة من العمومات والاطلاقات الشاملة له باطلاقها بل بعموم ترك الاستفصال في بعضها، مع أن جملة منها كالصريحة بعدم الرضا بذلك كرواية جحود الودعي وما تضمن صورة تعدى عامل مال المضاربة عما عينه وأمر به رب المال فتأمل، الكافي بعضها للخروج به عن الأصل فضلاً عن مجموعها. وأما عن الثاني فبمنع كون الباقي بعد العقد هو المنع وإنما هو مجرد عدم الرضا بعد إن كان الرد معناه حل العقد وابطال ما حصل به من الربط فهو بمعنى الفسخ وهو ليس برد غير أنه جرى الاصطلاح في تسمية ما كان منه بعد العقد المؤثر للربط التام فسخاً "، وتسمية ما كان منه بعد العقد المؤثر للربط في الجملة رداً " فالرد كالفسخ محتاج في تحققه إلى إنشاء مفقود بالفرض بعد العقد، فالباقي وهو الكراهة غير الرد، والرد غير موجود بعد العقد حتى لا تؤثر الإجازة فيه لزوماً ". واحتج المفصل بين ما لو قصد البيع لنفسه أو للمالك بوجود ما يمنع من الصحة في الأول من عدم القصد إلى المعاوضة حقيقة لأن المعاوضة التي هي بمعنى المبادلة بين المالين المستلزمة لدخول أحدهما في ملك مالك الآخر غير مقصودة للعاقدة، والمقصود له من وقوع البيع لنفسه غير معاوضة بين المالين بل هو من التسليط بإزاء التسليط وليس مطلق التسليط المقابل بمثله من المعاوضة حقيقة. وفيه - إن قصد البيع متضمن لقصد نقل المال عن مالكه (١) وهذا

(١) منشأ اشكال المفصل: هو أن حقيقة البيع تبديل طرف إضافة

القدر كاف في تحقق ماهيته وتعيين المالك غير معتبر في تحقق حقيقة البيع كما نص عليه غير واحد من الأصحاب، فكما لا يجب تعيينه لا يضر الخطأ فيه. وبالجملة لما كان قصد البيع مستلزماً لقصد نقل المبيع عن مالكة تحققت المعاوضة حقيقة وإن انضم إليه قصد وقوعه عن نفسه أو لنفسه - بعد ما عرفت من خروج قصد المنتقل عنه بل المنتقل إليه أيضاً عن حقيقة البيع وماهيته.

المالك للمثمن بطرف إضافة المالك للمثمن، وهو معنى المبادلة بين المالكين المستلزم لدخول كل منهما في ملك مالك الآخر فقصد حقيقة البيع إنما يتحقق بقصد البائع خروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المثل. وخروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المثل، فيكون كل من المثل والمثل بدلاً وعوضاً " عن الآخر. إذا تبين هذا، فالفضولي إذا قصد بيعه كونه للمالك فقد قصد حقيقة البيع والمبادلة فلو قبل المشتري بيعه وتعقب ذلك بإجازة المالك تتم المبادلة لمالك المثل وتستند إليه، وأما لو قصد البيع لنفسه بأن قصد بإنشائه خروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المثل وخروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك نفسه لا في ملك المالك للمثل، فلم يكن قاصداً " حقيقة المعاوضة بإنشائه، فلو قبل المشتري ما أنشأه وتعقب ذلك إجازة المالك لتلك المبادلة، فإن أجازها على ما قصده الفضولي لم تكن إجازة للبيع على حقيقته، وإن أجازها لنفسه لم يكن إجازة لما أنشأ الفضولي. هذا حاصل ما ذكره المفصل من التفرقة بين صورة قصد الفضولي البيع لنفسه وبين قصده البيع للمالك وإن البائع في الصورة الأولى لم يقصد البيع على حقيقته وإجازة المالك لما قصده البائع الفضولي على ما قصده لم تكن إجازة للبيع على حقيقته، وإجازته البيع لنفسه لم تتعلق ببيع الفضولي

هذا وما ذكرناه أولى مما أجاب عنه شيخنا المرتضى في (مكاسبه)
بما لفظه: " إن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا "
حقيقيا " وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبنية على هذا

وإنما هي إجازة مبادلة لم تقع من الفضولي. وهو تفصيل موجه. وما يقوله
سيدنا - قده - في دفع احتجاجه وتفصيله: بأن قصد البيع متضمن لقصد نقل
المال عن مالكة وهذا القدر كاف في تحقق ماهيته وتعيين المالك غير معتبر في تحقق
حقيقة البيع، لا يدفع غائلة إشكال المفصل، إذ ليس الكلام في قصد نقل
المال عن مالكة حتى يقال بأن قصد البيع متضمن له، وهو كاف في تحقق
ماهيته ولا في اعتبار تعيين المالك حتى يقال بعدم اعتباره في تحقق حقيقة
البيع وكل ذلك مسلم بلا كلام، إنما الكلام في أن البيع بناء على أن حقيقته
تبدل طرف إضافة مالك المثلث بطرف إضافة مالك الثمن وجعل كل منهما
مكان الآخر لا مطلق تبديل إضافة بإضافة أخرى، وهو من الانشائيات التي
لا تتحقق إلا بالقصد لا من الواقعات التي يمكن تحققها بلا قصد إليها.
وعليه فتتحقق البيع إنما يكون بقصد البائع نقل المثلث من ملك مالكة إلى
ملك مالك الثمن ونقل الثمن من ملك مالكة إلى ملك المثلث بدلا عما دخل
في ملكه من المثلث، فمع تحقق هذا المعنى بانشاء البائع الفضولي وقبول
المشتري الأصيل لما أنشأه البائع يتحقق البيع على حقيقته، فإذا تعقبه إجازة
المالك للمبيع واستند البيع إليه بها، تم البيع له بناء على صحة بيع الفضولي
بإجازة المالك، وأما لو قصد البائع الفضولي نقل المثلث من مالكة إلى
ملك المشتري ونقل الثمن من مالكة إلى نفسه لا إلى ملك المثلث وقبل المشتري
ما أنشأه فلو أجاز المالك بيع الفضولي على ما قصده لم يكن إجازة للبيع
على حقيقته، وإن أجاز له نفسه لم يكن إجازة لبيع الفضولي.
هذا محصل اشكال المفصل. وما ذكره سيدنا - قده - غير دافع

الأمر غير الحقيقي حقيقة، نظير المجاز الادعائي في الأصول، نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث ولا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة

له، وعليه فينحصر دفع اشكال بيع الفضولي لنفسه بما ذكره شيخنا الأنصاري - قده - وحاصله: إن الفضولي القاصد نقل مال المالك لنفسه إما أن يكون معتقدا " كون المال له اشتباها " أو يعلم كونه للمالك ولكنه غاصب له، وهذا على قسمين: فتارة - يكون من الظلمة والسراق وذوي النهب والغارات ممن يرى ادعاء أن المال له ولا يفرق بين مال نفسه وبين ما تحت يده من المال المغصوب، وبناء على ذلك الادعاء يوقع التصرفات المتوقفة على الملك عليه كما يوقعها على ماله الحقيقي بلا فرق بينهما، وأخرى - لا يكون من أولئك بل يرى أن المال الذي تحت يديه لغيره وأنه غير مستحق له ولا للتصرف فيه ولكنه مع ذلك يتصرف فيه بالبيع والشراء عدوانا " وعصيانا " .

هذه صور بيع الفضولي لنفسه. أما في الصورة الأولى، بل وكذا الثانية، فيمكن دفع إشكال المفصل بأن يقال: أن المعتقد اشتباها أن المال له يوقع المعاوضة عليه بما أنه ماله ففي مقام البيع بقصد المعاوضة على حقيقتها باخراج المال عن ملكه بما هو مالك له إلى ملك المشتري فيدخل الثمن في ملك مالك المثلث عوضا " عما خرج من مالك المثلث إلى مالك الثمن، وكذا يقال في الغاصب الذي غصب الإضافة من مالكها بغصبه للمال وادعاء أنه له كسائر أمواله فيوقع المعاوضة عليه كما يوقعها على سائر أمواله المملوكة له فإنه لما بنى على كون مال المغصوب منه مالا له ادعاء " وتجبوا " فعند ايقاع المعاوضة عليه لنفسه يقصدها على حقيقتها فيخرج المثلث من ملكه إلى مالك الثمن ويدخل بدله في ملك مالك المثلث بما أنه مالك له ادعاء، فهو - كما ذكرنا في سابقه لدى التحليل - قاصد لكون المعاوضة للمالك، فالغاء

غير واقعة له ولا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة، ولذا ذكروا: أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ولم يقع له ولا لغيره " انتهى (١) ومنشأً الأولوية غلبة وقوع البيع من الغاصبين مجرداً عن سبق التنزيل المذكور بالوجدان، اللهم إلا أن يرجع كلامه - ولو بالتكلف - إلى ما ذكرناه

جهة مالكيته المدعاة لكونها خلاف الواقع لا يمنع من صحة المعاوضة للمالك الحقيقي لو قبلها الأصيل وأجازها المالك له لا للغاصب. ثم إن البناء المذكور من هذا الغاصب وجعل نفسه مالكا ادعاءً إنما يكون عند غضبه واستيلائه على المال بلا حاجة إلى الجعل عند المعاوضة والالتفات إليه، فلا يقال: إن الغالب وقوع البيع من الغاصبين مجرداً عن سبق التنزيل بالوجدان. وبالجملة ففي الصورتين المزبورتين يمكن تصحيح المعاوضة للمالك بإجازته كما لو قصدتها الفضولي ابتداءً له وأما الصورة الثالثة وهي: قصد الغاصب اخراج المال من ملك المغصوب منه وادخال ثمنه في ملك نفسه فلا يمكن تصحيحها بوجه. نعم بناء على القول بإمكان تحقق المعاوضة بخروج المعوض من ملك شخص ودخول العوض في ملك آخر - كما هو المحكى عن القطب والشهيد - قدس سرهما - في باب بيع الغاصب - يتجه ذلك، لكنه خلاف ما بنينا عليه من مذهب المشهور.

(١) قد اتضح مما ذكرناه في التعليقة السابقة الجواب عن إشكال بيع الغاصب، لكن لا بأس بتكرار الكلام لما في ذلك من زيادة التوضيح فنقول: الإشكال في بيع الغاصب لنفسه مبني على أن حقيقة البيع تبديل طرف الإضافة، أعني المبيع بالثمن وسد فراغه به، وليس هو تبديل مطلق إضافة بإضافة أخرى، توضيح ذلك: إن الملكية التي هي جدة اعتبارية وإضافة بين المالك والمملوك لها طرفان: أحدهما يرتبط بالمالك

ولذا صح - على الأقوى - فيما لو اشترى بماله لغيره شيئاً وقوعه لنفسه وإن قصده للغير كما اختاره هو - رحمه الله - في مسألة تعاقب العقود. والعجب منه مع ذلك نسبة البطلان رأساً " إلى فتوى الأصحاب هنا، مع أنه

والآخر بالمملوك، نظيرها خارجاً حبل طرف منه بيد شخص والآخر مشدود برقبة حيوان مثلاً، فكما أن هذا الحبل الخارجي تارة يحل من الحيوان المعين ويشد بآخر ويبقى طرفه الذي بيد الشخص على حاله، وأخرى يبقى طرفه المشدود بالحيوان على حاله ويؤخذ الحبل من يد الشخص ويسلم إلى آخر، فكذلك الملكية الاعتبارية تارة يكون التبديل فيها بطرفها المتصل بالمملوك بحله وشده بآخر مع بقاء الربط بالنسبة إلى الطرف المتصل بالمالك وهو معنى البيع وحقيقته ومن هنا قالوا: البيع مبادلة مال بمال، مما كان مفاده تبديل مملوك بآخر مع بقاء المالك على ملكيته، وعليه فلا بد من أن يكون العوض في البيع وهو الثمن داخلاً في ملك من خرج المعوض عن ملكه إلى ملك من خرج الثمن من ملكه إلى مالك المثل من بدله عنه، وتارة أخرى يكون التبديل في الإضافة بطرفها المتصل بالمالك بترك المال لآخر يقوم مقامه في تسلمه له وذلك هو الإرث. والثاني - وهو قيام شخص مقام آخر في تسلمه للمال - حكم من الشارع المقدس لا يناط باختيار، والأول منهما جعل الشارع زمام التبديل واختياره بيد المالكين بحكم قاعدة تسلط الناس على أموالهم اللهم إلا في موارد خاصة تسلب السلطنة من المالك وتجعل لآخر حسب ما هو مذكور في موارد.

إذا عرفت ذلك فاشكال بيع الغاصب لنفسه يكون من جهتين: الأولى إن المعاملة الصادرة من الغاصب مخالفة لحقيقة البيع على ما ذكرنا من أن حقيقته تبديل طرف الإضافة من ناحية المال المملوك، ومقتضاه دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه وهو المالك له ومقصود الغاصب

لم نعثر على ذلك في كلامهم، بل الذي وجدناه حكمهم بالبطلان فيما لو دفع مالا للغير ليشتري به لنفسه. ولعل المراد بالبطلان عدم وقوعه للمشتري المأمور بالاشتراء. وأما وقوعه للأمر فهو محل الكلام، بل الأقوى فيه

دخول الثمن في ملكه بإزاء خروج المثل من ملكه، فهو غير قاصد لحقيقة البيع الجهة الثانية المتفرعة على الجهة الأولى أن الإجازة الصادرة من المالك للمعاوضة المقصودة للغاصب. إن كانت إجازة لما قصده الغاصب من دخول الثمن في ملكه بدلا عما خرج من ملك المغصوب منه إلى مالك الثمن فهي - بالإضافة إلى أنها ليست إجازة للبيع على حقيقته، فكيف تكون مصححة لبيع الفضولي - تقتضي دخول الثمن في ملك الغاصب في قبيل خروج المثل من ملك المغصوب منه، وهو خلاف ما هو المتسالم عليه بينهم من دخول الثمن في ملك المالك بإجازته البيع، وإن كانت الإجازة من المالك موجبة لنقل الثمن من المشتري إليه في قبيل خروج المثل من ملكه إلى المشتري، فهذه الإجازة لم تكن إجازة لما وقع من الفضولي بل هي معاملة مستقلة بينه وبين المشتري ولا ربط لها بما وقع من الفضولي. هذا ويمكن دفع الاشكال من جهته بأن يقال: الفضولي القاصد ببيع مال الغير لنفسه: أما أن يكون معتقدا كونه له اشتباها، وأما أن يكون غاصبا له أما في صورة جهله واشتباهاه باعتقاده أن المال له فلا لا ريب في تحقق المعاوضة الحقيقية منه فإنه قاصد خروج المال من ملك مالكة إلى ملك المشتري ودخول ثمنه في ملك مالك المثل عوضا عنه غير أنه لما اعتقد خطأ كونه المالك للمثل قصد المعاوضة لنفسه فهو لدى الحقيقة قاصدها لمالك المثل ونظرا لاشتباهاه وتطبيق المالك على نفسه قصدها لنفسه فيلغو اشتباهاه وتصح للمالك الحقيقي بإجازته. وإنما الاشكال في تحقق قصد المعاوضة الحقيقية من الغاصب فيمكن أن يقال: إن غالب الغصاب - لا سيما الظلمة والسراق

ذلك بل لا حاجة إلى الإجازة بعده لوقوع الإذن منه بل الأمر وإن قصد به للغير بعد ما عرفت من خروج قصد المنتقل عنه والمنتقل إليه عن حقيقة البيع.

وأهل النهب والغارات البناء والادعاء على ملكيتهم لما غصبوه، ومرجع ذلك إلى غصب الإضافة الكائنة بين المال والمالك، وكأن الغاصب يقطع حبل الملكية بين المالك وملكه ويشده بنفسه، وبعد هذا يرى نفسه ذا إضافة وجدة اعتبارية فيبيع ما يملكه بالادعاء كسائر أمواله التي هي تحت سلطانه وبهذا الاعتبار تصدر المعاوضة منه على حقيقتها فيوقعها على الملكين. للمالكين ثم إن البناء والادعاء المذكور من الغاصب ورؤية نفسه مالكا الذي هو لا يتنى على أساس صحيح لا يضر بالمعاوضة الواقعة منه ولا يوجب فسادها كسائر مواضع صحة العقد، بل هو كسائر العقود الصادرة من الفضولي من ناحية الصحة التأهيلية، فهو أي الغاصب نظير من امتثل بصلاته الأمر الواقعي الصادر من الشارع المقدس المتصف بالاستحباب بانيا على وجوبه تشريعا، فإن الظاهر صحة فعله وامتثاله ولغووية بنائه، وكذا هنا نقول بصحة بيعه ومبادلته ولغووية بنائه وادعائه من حيث أنه لا واقع له. ثم إن البناء المذكور وغصب الإضافة وقطع حبل الملك ووصله بنفسه الموجب لقصد المعاوضة الحقيقية بين المالكين حاصل للغاصب المذكور من حين الغصب والاستيلاء على مال الغير عدوانا ولا يلزم أن يكون حاصلًا حين انشاء المبادلة حتى يقال - كما في كلام سيدنا - قده - : إن الغالب وقوع البيع من الغاصبين مجردا عن سبق التنزيل المذكور بالوجدان (انتهى)، إذ الوجدان شاهد بأن الغاصب المذكور والسارق والناهب مال غيره يوقع المعاملة على ما غصبه كما يوقعها على مال نفسه بلا تفاوت، وما ذلك إلا من حيث سبق ذلك التنزيل وغصب الإضافة المالكية

وبالجملة لا فرق بين ما لو اشترى بماله لغيره أو اشترى لنفسه بمال غيره في دخول المثلثين في ملك مالك الثمن، غير أنه في الثاني يتوقف على الإجازة لكونه من الفضولي بخلاف الأول لوقوعه من المالك وإن قصد به للغير للغوية القصد المزبور (١)

وبما ذكرنا ظهر الجواب عما لو قرر المنع بوجه آخر وهو أن الإجازة إنما هي إمضاء لمضمون العقد ومضمونه غير متحقق بل غير مقصود، فالمجاز غير واقع والواقع غير مجاز، وذلك لأن الإجازة وإن تعلقت بما اشتمل

بإجازته، وهذا بخلاف من اشترى لنفسه بمال غيره شيئاً فسواء كان الشراء بإذن من مالك الثمن أو بدون إذن منه إنما يشترى المشتري ذلك الشيء لنفسه بما هو هو لا بما هو مالك للثمن الذي اشترى به الشيء حتى يكون الشراء لدى التحليل لمالك الثمن، فيصح بإجازته أو يكتفي بإذنه فيما لو كان الشراء بإذنه - كما يقوله سيدنا - قده وإذا لم يصح الشراء لمالك الثمن لكونه غير مقصود بالشراء ولا لنفس المشتري لعدم إمكان دخول المثلثين في ملكه عند كون الثمن ملك غيره فلا محالة يقع باطلاً غير صالح للتصحيح وكذا من اشترى لغيره شيئاً " بثلث مملوك له لا للغير فإنه يقع باطلاً ولا قابلية لتصحيحه لا لمن قصد الشراء له لكونه غير مالك للثمن ولا لنفس المشتري لكونه غير مقصود بالشراء.

(١) مقتضى ما سبق في التعليق أنه في الصورة الثانية وهي ما لو اشترى لنفسه بمال غيره يمكن تصحيح الشراء لمالك الثمن بإجازته والغناء قصد المشتري كون الشراء لنفسه وذلك فيما لو كان المشتري بانياً على كونه المالك للثمن تغلباً وعدواناً " أو اشتباهاً واعتقاداً " بنحو ما ذكرناه سابقاً: من أن اشتراؤه لدى التحليل يكون لمالك الثمن وقصد نفسه لكونه على غير أساس شرعي يكون لاغياً فمع إجازة مالك الثمن ذلك الشراء يقع له. وأما الصورة الأولى

عليه العقد غير أنها تؤثر فيما يمكن تأثيرها فيه من وقوع نقل الملك عن مالكة، ولا تؤثر فيما لا يمكن ذلك فيه من وقوعه لنفسه لقاعدة دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر قهرا"، فالإجازة تؤثر في بعض مضمون متعلقها لا أنها لا تتعلق إلا بذلك البعض كما توهم.

هذا ولو أجاز المالك بيع الفضولي لنفسه حسبما قصده، ففي وقوعه له وجه احتمله شيخ مشايخنا في شرحه على (القواعد) ووجهه كما عن بعض تلامذته - مبنى إما على دخوله آنا ما " في ملك الفضولي لاستلزام وقوعه له مع استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير مالك الآخر لذلك نظير قوله: أعتق عبدك عني، أو على تنزيل الإجازة اللاحقة منزلة الإذن السابق مع انكار لزوم دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر - كما عن بعض - وفي كلا الوجهين نظر لثبوت الملازمة عقلا بعد فرض المعاوضة بين المالكين وعدم الدليل على وقوعه له حتى يلتزم بمحذور دخوله آنا " ما في الملك كيف، والدخول في الملك بدلالة الاقتضاء فرع ثبوت المقدمتين الممنوعة إحداهما في المقام، ضرورة أن وقوع المقصود بالإجازة حسبما قصد أول الكلام بل محل منع.

ثم إن ههنا اشكالا على القول بصحة الفضولي (١) وهو أن بيع

وهي ما لو اشترى المشتري بماله لغيره بأن قصد بمعاملته خروج الثمن من ملكه إلى مالك المثلث وخروج المثلث من مالكة إلى الغير (فدخول) المثلث في ملك المشتري المالك للثلث قهرا " والغاء قصده كون الشراء للغير (غير) واضح بل الظاهر بطلان المعاملة المذكورة أصلا.

(١) لو باع الغاصب ما غصبه: فبناء على ما ذكرناه من الوجه في بيعه وقابليته للحقوق الإجازة من المالك فلا اشكال مع إجازة المالك في انتقال الثمن إليه ولغووية قصد الفضولي كما ذكرنا: إنما الكلام لورد البيع

الغاصب مطلقاً " ولو لنفسه يعد من الفضولي عند الأكثر، ومقتضاه على القول بالصحة وقوعه للمالك بالإجازة ومع الرد للمشتري استرداد ما دفعه ثمناً " للبايع الغاصب لو رجع المالك عليه بسلته مطلقاً " حتى مع علمه بالغصب وبقاء العين بيد الغاصب، مع أن المنسوب إلى ظاهر الأصحاب - بل إلى نصهم كما في الإيضاح عدم جواز الاسترداد في الصورة المزبورة. لا يقال: إن الأشكال إنما يرد على القول بأن الإجازة ناقلة، وأما على الكشف فلا

ولم يمضه، فهل للمشتري استرجاع الثمن من الغاصب مع علمه بكونه غاصباً ربما يقال بعدم جواز الرجوع به عليه ولو كان موجوداً " عنده يتوهم أن المشتري ملكه إياه تمليكاً مجانياً " مع علمه بكونه غاصباً للمبيع ولكنه توهم فاسد إذ المشتري إنما ملك الثمن للغاصب بما هو مالك للمثمن ادعاء وسارق للإضافة وبأن على أنه مالك له فيكون تملكه الثمن له عوضاً عن ملكيته للمثمن ولم يكن تملكه له بما أنه زيد بن عمرو مثلاً بل بما أنه مالك للمثمن، فتملكه معاوضي ومن هنا لو أجاز المالك المعاوضة ينتقل الثمن إليه بإزاء ما يخرج من ملكه إلى المشتري من المثمن، وكيف يمكن الجمع بين كون تملك الثمن للمالك بعنوان المعاوضة على تقدير إجازتها وللغاصب مجاناً مع فرض ردها. وهل هي إلا معاملة واحدة وإنشاء بسيط غير صالح لكونه معاوضياً على تقدير ومجانياً على تقدير آخر. ثم لو فرضنا صحة الدعوى المذكورة وإن الثمن ملك للغاصب مجاناً على تقدير الرد من المالك، فلا يخرج عن كونه هبة مجانية يجوز للواهب الرجوع بها ما دامت العين باقية ولا يزيد حكمه على حكمها.

وبالجملة فمن البعيد التزام قائل بعدم جواز الرجوع للمشتري على الغاصب بالثمن مع وجوده عند رد المالك وعدم تنفيذ المعاملة إذ هو لا يرجع إلى وجه وجيه ولا بد من تأويل كلام القائل به لو فرض وجوده نعم القول

لأن الإجازة على تقديره تكشف عن تقدم سبب تملك المجيز وهو العقد على التسليط الموجب لتملك البايع فيكون التسليط منه للبايع من التسليط على مال الغير ولا كذلك على القول بالنقل لسبق التسليط حينئذ على الإجازة التي هي سبب النقل أو جزء السبب فهو حينئذ من التسليط على مال نفسه لأننا نقول: إن المعاوضة إن لم تكن مقصودة فلا صحة حتى تؤثر الإجازة في عقدها لزوما فلا يجدي حينئذ في تملك المجيز سبق العقد على التسليط، وإن كانت مقصودة لم يكن التسليط للبايع مجانا "، بل تسليط بعوض، ومقتضاه جواز الاسترداد على تقدير الرد حتى على القول بالنقل. ولعله

بعدم ضمان الغاصب بدل الثمن لو تلف عنده بلا تفريط وأنه ليس للمشتري تغريمه كما نسب إلى بعض موجه إذ هو من صغريات: ما لا يضمن يصححه لا يضمن بفاسده، فإن المشتري مع علمه بكونه غاصبا " وأنه غير مالك للمثمن حقيقة سلطه على الثمن تسليطا " مجانيا " لكونه عالما بأن عوضه لا يخرج من ملكه بل من المالك على تقدير الإجازة وتسليطه إياه وإن كان معاوضيا كما ذكرنا، ولكن لما لم يكن عوضه من الغاصب بل من المالك، فهو بالنسبة إلى الغاصب تسليط مجاني والحاصل أنا وإن قلنا إن تسليط مالك الثمن للغاصب على ماله تسليط معاوضي ومن هنا قلنا بجواز استرداده لو كان موجودا " عند رد المالك المعاملة وعدم امضائها، ولكن حيث لم يضمن الغاصب الثمن لمالكة إلا بأن يدفع إليه عوضه المملوك له ادعاء وهو مال المغصوب منه حقيقة فهو لم يضمنه على أن يدفع إليه عوضه من ماله الحقيقي فهو بالنسبة إليه تسليط مجاني، وليس كسائر المعاوضات الفاسدة مما يكون تسليط المشتري للبايع على الثمن بإزاء عوضه المجعول له عند انشاء المعاوضة من ملك البايع فهو ضامن للثمن لكون ذلك من صغريات أصل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

يأتي تمام الكلام فيه - انشاء الله تعالى - في مسألة تعاقب الأيدي. ثم ليعلم أنه لا فرق في صدق الفضولي وصحته - على القول بها - بين كون المعقود عليه عينا خارجية للغير أو كليا " في ذمة الغير - ثمنا " كان أو ثمنا " غير أن تعيين الذمة وتشخيصها كما يكون بالإضافة كقوله: بعتك قفيزا " من الحنطة في ذمة زيد بكذا أو بعتك كذا بدرهم في ذمة زيد كذلك يتعين مع عدمها لمن قصد العقد له لتوقف ذلك على كون الثمن أو المثلث في ذمته حتى يتحقق المعاوضة له، ومع اختلاف القصد والإضافة كما لو قصد البيع لنفسه بمال في ذمة الغير أو للغير بمال في ذمة نفسه وقع لمن أضيفت الذمة إليه دون من قصد البيع له تقديما " للتعين بالإضافة على التعيين بالقصد لكون المعارضة بينهما من تعارض النص والظاهر لصراحة النسبة بالإضافة وظهورها بقصد الوقوع له الناشئ من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير مالك الآخر فيلغو هنا قصد المنتقل عنه والمنتقل إليه، كما عرفت لغويته لو كان شخصا " مع قصد المعاوضة لغير مالكة، حينئذ فإن أجاز صاحب الذمة وقع العقد له وإن رد بطل رأسا " مطلقا " سواء كان تعيين الذمة بالإضافة أو بالقصد خلافا " لبعض في الأخير (١) وهو مشكل إن

(١) بيع الكلي في ذمة الغير فضولا أو الاثراء له كذلك يكون: تارة باسناد البيع أو الشراء إليه صريحا كقول الفضولي للأصيل: بعتك منا " من الحنطة في ذمة زيد - مثلا - بكذا أو اشتريت منك منا بكذا درهم في ذمة زيد، وأخرى يكون صرف ذلك إلى الغير بمجرد القصد والنية من دون ذكر لذلك باللفظ في متن العقد. أما في صورة الإضافة إلى الغير صريحا، فلا اشكال في كونه من الفضولي فيصح مع إجازة من أضيف إليه ويبطل مع رده وأما في صورة مجرد القصد والنية، فالمنقول عن جماعة من أصحابنا - قدس سرهم - إن العقد المذكور يصلح أن يكون للمنوي

أريد وقوعه له في الواقع. وإن أريد به الحكم الظاهري لاطلاق الذمة مع عدم إضافتها للغير كان له وجه، وإن أمكن الخدشة فيه لأنه مما لا يعلم إلا من قبله فالقول قوله بيمينه ومقتضاه البطلان رأساً " برد من قصد له لا وقوعه للعاقد ولا ظهور اللفظي فيه حتى يكون متبعاً " في إفادة مدلوله: بل هو من ظهور حال المعاملة ولا دليل على اعتباره والتعبد به فتأمل.

من حيث القصد والنية فيصير عقداً " له، ويلزم به بعد الإجازة منه ولو رده يقع عن المباشر واقعا، ويلزم به ما لم يصدقه طرفه بنيته، وإلا فيبطل ولا يلزم المباشر الالتزام به لا واقعا ولا ظاهرا ".
والحاصل أنهم فرقوا بين اسناد العقد إلى الغير صريحا، فيحكم بالصحة مع الإجازة، وبالبطلان مع الرد، وبين صرفه إلى الغير بالنية، فيحكم بصحته على كل تقدير عند عدم تصديق طرفه بنيته، فيصح من الغير، ويلزم بمضمونه مع إجازته للعقد ومن المباشر له مع رده للعقد، ويكون لازما من ناحية المباشر واقعا " حينئذ لا الحكم بنفوذه من المباشر ظاهرا " لاطلاق الذمة الظاهر في ذمته مع عدم إضافتها إلى الغير ليخدش فيه بأنه مما لا يعلم إلا من قبله فالقول قوله بيمينه، ومقتضاه البطلان برد من قصد له لا وقوعه للعاقد - إلى آخر ما ذكره سيدنا الخال.

نعم يمكن أن يخدش في ذلك بأن نية الغير: إن كانت مؤثرة في صرف العقد إليه فلا وجه للفرق بينها وبين الإضافة إلى الغير صريحا "، وإن لم تكن مؤثرة في ذلك فلا وجه لصلاحيته اسناد العقد إلى الغير المنوي لكون المفروض الغائها وعدم تأثيرها في شيء.
هذا ويمكن توجيه ما أفادوه بما ذكرناه في بعض تعليقاتنا من أن البيع الذي هو تبديل طرف الإضافة بمثله من إضافة أخرى لآخر، إذا أنشأ بالعقد الواقع من المتبايعين فالمنشأ به معنيان: أحدهما - بالمطابقة وهو تبديل

هذا وقد يختلج بالبال في المقام اشكال، وهو أن تعيين الذمة في الثمن الكلي من مشخصات الثمن يختلف باختلافها ولذا يبطل لو باع بدرهم في ذمة ما أو في ذمة من يجيز وحينئذ فإن قصد البائع ذمة المشتري وقصد المشتري ذمة غيره اختلف الثمن باختلاف الذمة وهو يقتضي البطلان مطلقا وإن أجاز من قصده المشتري، وإنه كما لو قصد البائع البيع بالثمن الشخصي وقصد المشتري وقوع غيره ثمنا مع أنهم بنوا - هنا وفي فروع المضاربة - على وقوعه للغير أن أجاز وإلا فللمشتري مع أن القاعدة تقتضي في ذلك بطلان العقد.

المبيع بالثمن وثنائهما بالالتزام وهو التزام كل من المتبايعين لصاحبه بما أوجده من التبديل. ومن هنا سمي انشاؤهما عقداً، فإنه العهد المؤكد نظراً " لالتزام كل منهما وتعهدده لصاحبه بخروج ما يملكه من المثلث أو الثمن عن ملكه ودخوله في ملك الآخر بإزاء ما يخرج من ملك صاحبه إليه، وبالعقد الواقع منهما يملك كل منهما التزام الآخر ويتسلط عليه بنحو لا يجوز لكل منهما رفع اليد عن التزامه إلا برضا صاحبه ومنه تطلق الإقالة التي هي رفع كل منهما يده عما يملكه من التزام صاحبه فيرجع كل عن التزامه وليست الإقالة بيعاً كما ربما يتوهم وإنما هي رفع الالتزام من كل من المتبايعين ومنه يظهر أيضاً وجه الخيار المجعول شرعاً " أو من المتعاقدين لأحدهما أو لكل منهما فإنه ملك من له الخيار التزام نفسه والتزام الآخر فيما لو كان الخيار لأحدهما فيصح له الرجوع عما التزمه لصاحبه المعبر عنه بالفسخ وما لو كان الخيار لكل منهما فإن كلا منهما يملك التزامه فله حله فتنفسخ المعاملة حينئذ ويرجع كل من العوضين إلى ملك مالكه الأول. ثم إن المشتري للسلعة لو نوى حال الشراء كونه لثالث فمقتضى اسناد الالتزام إلى نفسه وكونه طرفاً للالتزام العقدي مع البائع كون الشراء له وذمته المشغولة بالثمن إذا كان كلياً ولا أثر لصفه الشراء إلى الثالث بالنية ما لم يصفه إليه صريحاً ". هذا ولكن يمكن أن يقال: إن الفقهاء في مقام تقسيم البيع بالنسبة إلى رأس المال إلى مساومة ومراوحة ومواضعة ذكروا قسماً رابعاً " سموه: بيع

ولكن يدفعه: إن تعيين الذمة إنما يعتبر لتحقق معنى الملك لا لتشخيص الثمن الذي هو الدرهم الكلي، وليس معرفة من عليه الثمن إلا كمعرفة من له الثمن الذي قد عرفت خروجه عن حقيقة البيع لأن صاحب الذمة هو

التولية، وهو اشتراء شخص سلعة بثمن في ذمته ثم اعطاء ما اشتراه من البائع للغير برأس مال ما اشتراه به بأن يقول له بعد علمه بالثمن وما يتبعه من الشرط: وليتك العقد، فإذا قبل الغير لزمه مثله جنسا ووصفا وقدرًا " وما يتبعه من شرط فالمشتري للسلعة المالك لالتزام بايها بالاشتراء منه ينقل ما ملكه بالعقد من الالتزام إلى من ولاه العقد، فيصير هذا الثالث مالكا لالتزام البائع والبائع مالكا لالتزامه كما لو كان هو بنفسه مشتريا من أول الأمر فتشتغل ذمته للبائع بالثمن ويضمنه له في طول ضمان المشتري للسلعة، فلو رجع البائع عليه بالثمن لا يرجع على المشتري. ولو رجع البائع على المشتري بالثمن يرجع به على من ولاه العقد لأن ذمته مخرج لدمته. إذا تبين ذلك، فقد يقال: إن مجرد نية الغير في اشتراء السلعة من بايها وإن لم تؤثر في صرف الالتزام إلى الغير بل هو الملزم به لطرفه البائع لها ولكن قصد الغير باشتراؤه يصلح بأن يكون بمنزلة ايجاب بيع التولية المفتقر إلى قبول الغير فإن تعقبه ما هو قبول له من إجازة ذلك الغير لذلك العقد حسب ما نواه انصرف العقد وصح اسناده إلى الغير فيلتزم بما يلتزم به القابل في بيع التولية. وبالجملة فالصادر عن المباشر بقصد الغير له نسبة فعلية إلى المباشر وقابلية التحويل إلى الغير بواسطة قصده المتوقف على قبوله بإجازته وإن رد من قصدت المعاملة له وقعت لنفس المباشر واقعا فما ذكره البعض من الفرق بين اسناد المعاملة إلى الغير صريحا من الصحة مع الإجازة والبطلان مع الرد وبين ما إذا قصد كونها للغير من صحتها على كل تقدير فمع الإجازة تنفذ عن المجيز ومع الرد عن المباشر واقعا " له وجه وجيه.

المالك للثمن في الحقيقة نعم لو كان الثمن الكلي دينا " لم يلزم البائع القبول على من قصده المشتري لتفاوت الرغبات بين الذمم في الدين، وهل يجبر البائع بالخيار دفعا للضرر، أو يبطل العقد رأسا " : وجهان. ولعل الأخير هو الأقوى لرجوعه إلى اختلاف الثمن حينئذ ولو باختلاف وصفه فكما إن وصف النقد والنسيئة موجب لاختلاف الثمن وإن كان كليا " فكذا يختلف باختلاف من عليه الدين فافهم.

تذنيبان (١) الأول أنه هل يجري الفضولي في المعاطاة، كما يجري

(١) قد يقال إن في جريان الفضولية في المعاطاة اشكالا بل منعا " أما بناء على إفادتها للإباحة فلكون سببها المؤثر التسليط المالك لا تسليط الغير، فإجازة المالك تسليط الغير هو تمام المؤثر في الإباحة وليس لتسليط الفضولي أي مدخلية في ذلك، فإن الفضولية إنما هي في مورد يكون فعل الفضولي هو السبب المؤثر وإجازة المالك من قبيل الشرط لفعلية الأثر ليتصور النزاع في كونها كاشفة أو ناقلة وأن الأثر المقصود بناء على كون المعاطاة مفيدة للإباحة إنما يترتب على إجازة المالك وهي السبب التام في إباحة التصرفات في العين للأصيل، ولا يكون لاعطاء الفضولي أثر في ذلك أصلا. وعليه فجريان الفضولية في المعاطاة بناء على الإباحة لا معنى له.

وأما بناء على إفادتها الملكية. فيقال ذكرنا سابقا إن البيع الذي هو تبديل طرف إضافة مالكية بطرف إضافة مثلها لآخر تارة ينشأ بلفظ دال على مفهومه ومعناه كبعث مثلا مما ورد فيه هيئة الماضي على مادة البيع، وأخرى ينشأ بفعل خارجي معنون بعنوان العطاء وبما إن قصد المعطي تمليك ما أعطاه للغير بعوض ما يأخذه منه يتعنون هذا الفعل الخارجي بعنوان البيع، ويكون مصداقا " له ويحمل عليه البيع بالحمل الشائع الصناعي وتشمله أدلة صحته كآية: أحل الله البيع، ونحوها أما في صورة انشاء البيع بالقول فيمكن

في المعاطاة، كما يجري في العقود القولية أم لا؟
وتنقيح المسألة موقوف على بسط الكلام فيها على جميع الأقوال في

أن يلحظ المنشأ فيه باللحاظ المصدرية يعني المبادلة الخاصة من حيث صدورها من فاعلها بحيث تكون جهة الاصدار ملحوظة ويمكن لحاظها بما هي هي بلا جهة اسنادها إلى فاعلها وهي اللحاظ الاسم المصدرية والمنشأ بالقول صالح لكلا اللحاظين. ثم إن المعاملة الكذائية لو أنشأها الفضولي فالجهة الصالحة لأسنادها إلى المالك بإجازته هي نفس المبادلة بين المالكين من حيث هي هي وهي الجهة الثانية المعبر عنها بالمعنى الاسم المصدرية. وأما الجهة الأولى الملحوظ فيها حيثية الاصدار من الفضولي، فهي قائمة به وواقعة منه والاصدار القائم بالفضولي والمضاف إليه لا يصلح اسناده وإضافته إلى غيره ولو كان ذلك الغير مالكا وأجاز. نعم حيثية الثانية الاسم المصدرية وهي حيثية الوجود والصدور بما إنها مبادلة بين المالكين لتصلح للأسناد إلى المالك بالإجازة وتضاف إليه بها. هذا فيما لو أنشأ البيع بالقول وأما انشاءه بالمعاطاة فالفعل الخارجي أعني اعطاء المال المقرون بقصد تملكه للغير بالعوض إذا كان من مالكة كما ذكرنا يتعنون بكونه بيعا ويكون مصداقا خارجيا للبيع، ويشمله دليل حلية البيع وأما العطاء من غير المالك فحيث لم يتحقق به انشاء بمفهوم البيع ومعناه كقول ليتصور فيه المعنى المصدرية والاسم المصدرية فإن انشاء المعاني والمفاهيم إنما يكون بالأقوال لا بالأفعال بل لم يكن في المعاطاة إلا فعل خارجي مضاف إلى فاعله وموجده وغير قابل لأن ينتقل عن موجده إلى غيره، ويستند إليه بالإجازة منه وبالجملة فلا يتصور في المعاطاة موضوع قابل لتعلق إجازة المجيز واستناده إليه بها، فالحكم يجريان الفضولية في المعاطاة في غاية الاشكال. لا يقال: المعاملة المعاطاتية مما لا ريب في صحتها من الوكيل ويصح

المعاطاة وحينئذ، فنقول: أما على القول بإفادتها الملك المترزل فالظاهر جريان الفضولي فيها بناء على عدم كونها معاملة مستقلة بل هي مندرجة في المعاملات الخاصة لشمول ما يقتضي صحته في العقد القولي من عمومات: "أحل الله البيع" و "تجارة عن تراض" و "وأوفوا بالعقود" بناء على أعمية العقود للعقد الفعلي، بل وجملة الأخبار الخاصة المحمولة على ما هو الغالب من وقوع المعاملات بنحو المعاطاة ولا مانع منه إلا ما يتوهم من حرمة السبب، وهو الإقباض لكونه تصرفاً "في مال الغير فلا يترتب عليه الأثر مع أنه أخص من المدعى لا مكان فرض تحققها بدون التصرف كما لو كان ديناً في الذمة وفرض تحقق الرضا من المالك بناء على أن مجرد الرضا المقارن لا يخرج عن كونه فضولياً" - كما هو مذهب غير واحد من الأصحاب لا ملازمة بين الحرمة والفساد كما تقدم وحينئذ فالمقتضى للصحة موجود والمانع مفقود وأما على القول بإفادتها بالإباحة فالظاهر عدم جريانه فيها لقصور ما دل على صحتها المخالفة للقواعد من اجماع أو سيرة عن شمول الفضولي منها إذ القدر الثابت منهما إفادة المعاطاة الواقعة بقصد التملك للإباحة المجردة إذا كان من غير الفضولي ومثله الكلام على القول بكونها معاملة مستقلة اللهم إلا أن يستدل عليه هنا بما استدل به على صحة أصل الفضولي من السيرة مع غلبة المعاطاة في معاملاتهم.

الثاني في جريان الفضولي في غير المعاوضات من العقود كالوقوف

إضافتها واستنادها إلى الموكل بوقوعها من الوكيل فالبيع المعاطاتي الصادر من الوكيل المفوض هو بيع للموكل بتوكيله، فلم لا يكون البيع المعاطاتي الصادر من الفضولي بيعاً "للمالك بإجازته؟ وما الفرق بينهما؟ فإنه يقال: ليس حكم الإجازة حكم التوكيل، ولا يقاس أحدهما بالآخر، فإن الموكل إذا وكل شخصاً "في بيع متاعه وفوض إلى الوكيل

والصدقات وغيرها والعبادات المالية كالأخماس والزكوات والكفارات،
ففي (شرح القواعد لكاشف الغطاء قدس سره) ما لفظه: " وفي جرى
الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات كالأخماس والزكوات وأداء
النذر والصدقات. ونحوها من مال من وجب عليه أو من ماله وفيما قام من
الأفعال مقام العقود ونحوه، وكذا الايقاعات مما لم يجمع على المنع
فيها وجهان: أقوىهما الحواز ويقوى جريانه في الإجازة وإجازة الإجازة "
انتهى.

قلت: وقد يشكل القول بصحة الفضولي فيما يعتبر في صحته القربة
كالصدقات والوقوف بناء على اعتبارها فيها لأن المتقرب: إن كان هو
العائد فكيف يتقرب بالتصدق بمال الغير، وإن قصد بها تقرب المالك
بجعل نفسه نائباً " عنه في قصد القربة، فهو مبني على قبول قصد القربة للنيابة وهو
غير معلوم بل معلوم العدم وإن قصد النيابة في الانشاء المتقرب به لقبوله
الوكالة بناء على أن ما يصح فيه الوكالة تصح فيه النيابة ففيه منع ثبوت
الملازمة، فإن النيابة منها ما تتوقف صحتها على ومنها ما لا يتوقف على سبق الاستنابة
نحن فيه من القسم الأول، فلا تصح فيه النيابة إلا بعد سبق الاستنابة المفقود في المقام

اختيار المصداق فباعه فمن حين ايجاد البيع بالفعل الذي هو مصداق
- له كما ذكرنا - استند البيع للموكل وصار بيع الوكيل بيعه، وهذا بخلاف
الفضولي إذا أنشأ البيع بالمعاطاة، فإن الفعل الخارجي فعله وصادر عنه
ومضاف إليه وليس له استناد إلى المالك وليس له جهة اسم مصدرية يمكن
بإجازتها اسناده إلى المالك، فهو فعل الفضولي وبيعه ولا أثر لإجازة المالك
فيه. نعم لو قلنا بأن الإجازة من المالك هي السبب المؤثر في الملكية كما
قلناه - بناء على إفادة المعاطاة بإباحة التصرف فتكون الإجازة بيعاً مستقلاً
لا ربط له بعمل الفضولي، لكنه بعيد عن الصحة.

وإلا لخرج عن كونه فضوليا وإن كان هو المالك عند الإجازة، فمع أن إجازة الوقف غير الوقف المعتبر فيه القرية لا يجدي قصدها مع مجرد السبب أو شطر منه عنها لأن معنى اعتبارها في صحة الوقف اعتبار كونها الداعي له، فلا بد من اقترانه بأول العمل حتى يكون ايجاده منبعثا عنها فلا يجدي تحققها في أثناء العمل أو بعده بخلاف شرط الرضا فإن الشرط تحققه ويكفي في الصحة تحققه متى وجد اللهم إلا أن يدعى أنه بالإجازة يصير كالوقف المستأنف كما استحسنته في الشرايع ضرورة إن معنى الوقف وحقيقته إنما يتحقق بالإجازة فيكفي اقترانها بالقرية.

هذا وربما يتوهم إن اللازم حينئذ الاكتفاء بنية القرية عند القبض بناء على اعتباره في صحة الوقف لتحقيق معناه حينئذ عنده مع معلومية عدم الاكتفاء بها حين القبض إذا تجردت الإجازة عنها. إلا أنه يدفعه إن القبض ليس مأخوذاً " في ماهية الوقف وحقيقة معناه وإن اعتبر شرطاً في صحته بمعنى ترتب الأثر عليه ضرورة أن معنى الوقف هو التملك بنحو تحبب العين وتسبيل المنفعة والقبض خارج عنه بالبداية وإن قلنا بتوقف تحقق أثره في الخارج على القبض.

توضيح ذلك: إن معنى الوقف له مراتب في الوجود لأنه: مرة يوجد بالوجود الذهني، وأخرى بالوجود الانشائي الذي هو أخص من مجرد الوجود اللفظي، وثالثة أو رابعة بالوجود الخارجي الذي به يتحقق مصداقه ونعني بالوجود الخارجي الوجود الاستقراري المتحقق به أثره، وإلا فما عدا الذهني منه خارجي أيضاً بالمعنى الأعم والموجود الانشائي هو السبب للموجود الخارجي إذا وجد من مالك الانشاء بمباشرة أو إذنه أو إجازته وهو الذي يعتبر وقوعه بقصد القرية لا الموجود بالمعنى الأخير والقبض معتبر فيه بالمعنى الأخير.

وبالجملة فما يوجب منع جرى الفضولي في ذلك أو التوقف فيه هو اعتبار القرية في صحة الوقف لا ما قيل: من أن الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه دليله المفقود في الوقف لشمول عموم "أوفوا بالعقود" له، وهو العمدة في ثبوت المقتضى للصحة فيه، لا ما قيل: إنه قسم من الصدقة التي ثبت بالنص جوازها من الفضولي في مثل مجهول المالك ونحوه لمنع كون التصديق بمجهول المالك من الفضولي بعد أمر الشارع وإعطائه له ولاية التصديق وإنه في الحقيقة نوع إيصال للمال إلى مالكه بعد تعذر إيصال العين إليه وإن قلنا بالخيار للمالك لو ظهر بين القبول والرجوع على المتصدق ببذله دون المتصدق عليه مطلقا ولو مع بقاء العين عنده. ثم لا فرق بين الوقف بناء على اعتبار القرية فيه وغيره من الصدقات منعا "وجوازا" للفضولي فيه.

نعم يفرق بين الوقف بعد الإجازة والصدقة بعدها على القول بالبطلان أنه يبطل في الوقف رأسا "ولا ينتقل المال عن ملك مالكه بخلاف الصدقة فإنها تبطل صدقة وتصح هبة لاشتراكهما في التملك المجاني وتمتاز الصدقة بكون التملك فيها بداعي القرية كما هو الشأن في كل مشترك بين أمرين يكون فصل أحدهما التجرد عن فصل الآخر.

ثم الظاهر أن الإجازة على القول بصحة الفضولي في المقام ناقله وإن قلنا بها كاشفة في البيع ونحوه.

وأما جرى الفضولي في الخمس فتصويره فيه: مرة ممن وجب في ماله الخمس، وأخرى من الأجنبي، وعلى الثاني، فمرة يدفعه من مال المالك وأخرى من مال نفسه عنه، وعلى الأول فمرة يدفعه فضولا قبل العزل وأخرى بعده.

وحينئذ فنقول إما الأول فتصويره فيما دفع المالك سهم الإمام إلى مستحقه

فضولا عن الإمام أو نائبه في زمن الغيبة، وحكمه حكم الفضولي في الصدقات بناء على أن الدفع إليهم من الصدقة عن الإمام (ع) فيجري الخلاف المتقدم هنا صحة وفسادا " لأنه فرد منها، وأما بناء على أنهم المصرف لهذا المال فلا مانع عن صحة الفضولي هنا وإن قلنا ببطلانه في الصدقات لخروجه عنها بالفرض. وحينئذ فإن أجاز الإمام عليه السلام أو نائبه صح وإلا رجع به الإمام عليه لكونه مضمونا " عليه بالاتلاف.

وأما الثاني وهو ما لو كان الفضولي أجنبيا: فإن كان المدفوع إلى مستحقه من مال المالك وكان ذلك قبل العزل، فيكون فضولا عن المالك من حيث دفعه عنه من ماله وعن الإمام من حيث صرف نصيبه من غير إذنه، وإن كان في مصرفه. وحينئذ فإن أجازا معا " صح المدفوع خمسا " وبرئ المالك منه، وإن رد المالك فقط لم يتحقق موضوع لإجازة الإمام عليه السلام لعدم تعيين المدفوع خمسا "، وإن انعكس الأمر بأن أجاز المالك ورد الإمام (ع) ففي تعيين المدفوع خمسا بالإجازة، فيرجع الإمام على الدافع أو المدفوع له دون المدفوع عنه وعدمه الموجب لبقاء المالك تحت العهدة وجهان مبنيان على شمول دليل التعيين للمالك إلى هذا النحو من التعيين الحاصل بالإجازة بعد الدفع الموجب لعرضة المال للتلف بل هو في بعض الصور من تعيين التالف وعدمه، وعليه فعلى المالك دفع سهم الإمام له لبقائه في عهده ويتخير المالك، وإن أجاز في الرجوع على الفضولي أو المدفوع له لكون الخمس عنوانا " للمدفع لا داعيا " للدفع فالحثية تقييدية لا تعليلية كما لو دفع مالا للغير بعنوان الوفاء له عن دينه فانكشف عدم الدين فلا يتوهم في المقام أنه يبطل خمسا ويصح هبة كما في الصدقة، مع احتمال عدم رجوعه على الدافع بناء على سقوط الضمان عنه بالإجازة، كما لا يدخل بالإذن في ضمانه، وإن كان بعد العزل فلا رجوع للإمام على

المالك لتعيين المعزول خمسا ويده عليه أمانة، بل يتخير الإمام بين الرجوع على الدافع الفضولي أو المدفوع له، فإن رجع عليه رجع هو على الدافع للغرر، على الأقوى، كما أنه لو رجع على الدافع لم يرجع الدافع على المدفوع له مع تلف العين لكونه غارا " على القواعد في مسألة تعاقب الأيدي، وإن كان الفضولي أجنيا " ودفع من مال نفسه خمسا " عن المالك لم تبرء ذمة المالك وإن دفعه إلى الحاكم لأن ذلك من العبادات المالية التي لا يتحقق امتثالها بدفع المتبرع إلا أن يكون بالوكالة عنه، وقياسه بالدين الذي وفاؤه من التوصليات قياس مع الفارق.

نعم ربما يظهر (من المسالك) في زكاة الفطرة في تبرع الموسر عن الضيف الصحة مع توقفه على إذنه الظاهر في إرادة الإجازة منه حيث قال: " ولو تبرع الموسر باخراجها عنه، ففي الاجزاء قولان وجزم الشهيد بعدمه، وهو حسن مع عدم إذن الضيف، وإلا فالاجزاء أحسن " انتهى، مع قوة احتمال إرادة الإذن السابق على الدفع بحمل الإذن عند إرادة التبرع كقوله تعالى: " إذا قرأت القرآن فاستعذ بالله " من (إذا قرأت القرآن) مؤيدا " بظهور لفظ الإذن فيه، وإلا فالأذن اللاحق يعبر عنه في كلامهم بالإجازة.

هذا كله في الخمس ويجري مثله الكلام في الزكاة والكفارات. وأما جريانه في الوصية ففي (الدروس) ما لفظه: " ولا تصح الوصية بملك الغير ولو أجاز الغير احتمال النفوذ ". انتهى وفي (جامع المقاصد) في شرح قول مصنفة: ولو أوصى بالمشترك صح في نصيبه لاختصاصه به قال: " لا فرق في ذلك بين أن يوصي بجميع المشترك أو بقدر نصيبه في أنه إنما يصح في نصيبه لاختصاصه به بخلاف البيع، فإنه لو باع الجميع وقف في ملك الغير على الإجازة،

ولو باع قدر نصيبه ففي انصرافه إلى ما يملكه وجهان: أصحهما انصرافه إليه، وقد سبق، والفرق تأثير الإجازة في بيع الفضولي دون الوصية إلا على احتمال الدروس " انتهى. وعن (التذكرة) احتمال صحة الوصية بملك الغير إذا قيده بتملكه.

قلت: الوصية عقد جائز، والأقوى جريان، الفضولي في العقود الجائزة التمليلية التي منها الوصية، فضلا عن العقود الإذنية التي يكفي إباحتها متى تحقق الإذن لعموم " أوفوا بالعقود " بناء على إرادة الوفاء بمقتضى العقد، إن لازما " فلازما " وإن جائزا " فجائزا "، مضافا إلى اقتضاء الصحة بلحوق الإجازة في كل ما تصح فيه الوكالة لعدم اعتبار المباشرة للعقد بالفرض مع أصالة عدم وجوب اقتترانه برضاء المالك فتأمل (*) فما احتمله في (الدروس) من صحة الفضولي في الوصية هو الأظهر لما ذكرنا لا لما قبل من قيام الدليل على صحته في الوصية بما زاد على الثلث موقوفا على إجازة الوارث، لأن ذلك في الحقيقة ليس من الفضولي إلا على تقدير انتقال الموصى به إلى الوارث والنقل منه بالإجازة إلى الموصى له وليس كذلك بل يتلقى الموصى له المال من الموصي دون الوارث، بل هي منه إنشاء تملك لملكه وإن توقف التملك على الموت فلا تعليق في الانشاء بل هو منجز والتعليق في الأثر وإن الإجازة من الوارث تنفيذ للتمليك بالوصية لا تملك منه بالإجازة ولذا نفذت الوصية بإجازته في حياة الموصى على الأشهر الأظهر وليس كما توهم من اسقاط ما لم يجب حتى يشكل لزومه، بل مرجعه في الحقيقة إلى رضاء الوارث بعدم الإرث من المال المخصوص الموصى به، وتأثير ذلك بالرضا المذكور ثابت بدليله المخصص لعموم الإرث في التركة، وتنقيح

ستعرف وجه التأمل فيما بعد. (منه قدس سره)

ذلك موكول إلى محله وليس ذلك من الفضولي بشئ وإن وقع التعبير في كلامهم بالتوقف على الإجازة.

وبما ذكرنا من صحة الفضولي حيث ما تصح الوكالة مع الأصل المتقدم يتضح وجه جرى الفضولي في الايقاعات إلا ما قام الدليل على عدمه فيه إن لم يجمع على المنع عنه مطلقا " اللهم إلا أن تمنع الكلية المتقدمة وهي صحة الفضولي حيث ما تصح الوكالة، فلا يستكشف بصحة الوكالة صحة الفضولي، بل غايته بثبوت الوكالة يثبت الاكتفاء بالمباشرة الحكومية عن المباشرة الحقيقية بعد تنزيل الوكيل منزلة الموكل، فلا يقاس عليه مالا مباشرة فيه أصلا لا حقيقة ولا حكما " كالفضولي.

وأما إجازة الإجازة فالظاهر الاكتفاء بها في الصحة لشمول ما دل على اللزوم بالإجازة لها لأنها إجازة في الحقيقة ولو بالواسطة، وعلى الكشف يترتب الأثر من حين العقد لا من حين الإجازة الأولى، كما أنه على النقل يترتب من حين الثانية.

وأما الفسخ والاسقاط والابراء فقد يقال بنفوذ الإجازة فيها مع كونها من الايقاعات وإن قلنا ببطان الفضولي فيها مطلقا بناء على أن إجازة الفسخ فسخ وإجازة الاسقاط أو الابراء اسقاط وبراء لعدم اعتبار ألفاظ مخصوصة فيها. وتظهر الثمرة بين كونها فسحا أو إجازة للفسخ في النماء الحاصل بينهما على القول بكاشفية الإجازة، فإنها من حين الفسخ على الإجازة ومن حين الإجازة على الفسخ فافهم.

بقي الكلام في مسألة الإجازة والرد. والأول منهما يقع تارة في موضوع الإجازة، وأخرى في حكمها وما يشترط في تأثيرها، فنقول:

أما موضوعها فالظاهر أن الإجازة هي القول الدال على الرضا بالعقد أو ما بحكمه من الأفعال الدالة عليه بحيث يصح بذلك استناد العقد إليه،

فيدخل في عمومات الأمر بالوفاء، والتجارة عن تراض، وأحل الله البيع وتشمله الاطلاقات الواردة في المعاملات الخاصة، فلا يكفي مجرد الرضا غير المنكشف بقول أو فعل في تحققها بعد أن كان اعتبارهما من باب السببية لا من باب الكشف عن السبب - كما ذهب إليه بعض مستدلا عليه - أولا بما يظهر من تعليلهم لعدم تحقق إجازة المالك بسكوته مع علمه بوقوع العقد بأن السكوت لا يدل على الرضا لأنه أعم منه الظاهر في أنه لو كان دالا عليه لكان كافيا " في تحقق الإجازة، ولولا كفاية الرضا في تحققها لكان التعليل بعدم الكاشف الوجودي أولى من التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا ضرورة أنه حينئذ لو كان دالا عليه لم يكن مجديا " أيضا .

وثانيا " بما هو العمدة عندهم: من أدلة الفضولي، وحديث (عروة) المتقدم المتضمن لتصرفه في تسليم المبيع فضولا مع تقرير النبي صلى الله عليه وآله له عليه مع اتفاقهم على عدم جواز التصرف في الفضولي، ولا يتم ذلك إلا بالإجازة المتحققة برضاء النبي المحرز بشاهد الحال وثالثا بما دل على كفاية سكوت البكر في تزويجها وأنه اقرارها، وليس إلا للاكتفاء به كاشفا " عن رضائها توسعة للحياء.

ورابعا " بما ورد من المعتبرة المستفيضة المتضمنة لصحة نكاح العبد المتزوج بغير إذن سيده إن سكت مع العلم به، وكذا لو قال لعبده: طلق فإنه إجازة منه لنكاحه.

وخامسا بما حكى عن جماعة من أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها.

وسادسا " بما عن صريح غير واحد: من أنه لو رضي المكره بما فعله صح.

وسابعا " بما يظهر من استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد

مستجمع للشرائط عدا رضى المالك فإذا حصل عمل السبب التام عمله.
هذا هو عمدة ما استدلووا به على تحقق الإجازة بمجرد الرضا.
وفي الكل نظر: أما التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا فلعله من
التعليل بالقدر المتيقن على عدم تحقق الإجازة لأنها إما مجرد الرضا أو الرضا
المنكشف بكاشف وجودي فعدم الرضا مستلزم لعدم الإجازة على كل من القولين
وليس كذلك أو علل بعدم الكاشف الوجودي لا مكان المناقشة فيه بعدم
اعتباره في تحققها.

وأما تصرف عروة بتسليم الشاة فيكفي في جوازه احراز الطيب من
النبي ولو بشاهد الحال كسائر التصرفات في أموال الغير ولا يكفي ذلك
في تحقق ماهية الإجازة.

وبعبارة أخرى: الرضا بالتصرف يستلزم الحلية لا تنفيذ المعاملة وامضائها
الذي هو معنى الإجازة وكلامهم بعدم جواز التصرف قبل الإجازة مسوق
لبين التوقف على الرضا المحرز بالإجازة لا التوقف على الإجازة حتى لو
أحرز الرضا بدونها.

وأما سكوت البكر فالذي يكشف منه عن الرضا إنما هو السكوت
عن الرد والنهر للنخاطب لا السكوت عن النطق بالقبول أو إجازة العقد
أو التوكيل عليه فإنه أعم من الرضا كغيره من عقود المعاملات. نعم الحياء
يمنع عن النطق بذلك لا أن السكوت عنه دال على الرضا به.

وبالجملة: السكوت عن الرد الذي هو مقتضى الحياء الموجب له لولا
مانع الرضا هو الكاشف عن الرضا دون السكوت عن اظهار القبول، نعم
الرضا مقتضى لاظهار القبول لولا مانع الحياء فالسكوت الكاشف عن الرضا
بالكف عن الرد أمر وجودي منزل منزلة القول في الكشف عنه.
وإن أبيت عن ذلك، فنقول: السكوت عن اظهار القبول في مورد

يقتضي الرد عنه متضمن لفعل وجودي يكشف عن الرضا فهو نظير قولهم: السكوت في مورد البيان وعدم الردع في مورد يقتضيه لو كان محله تقرير. لا يقال: إنه يلزم ذلك الاكتفاء بسكوت غير البكر أيضا إذا أحرز الحياء منها كالبكر وهو ينافي الاقتصار منهم على البكر في كفاية السكوت لأننا نقول: كشف المورد عن الكف إنما هو ظني اكتفى به دليله الخاص في البكر وإن كان لحكمة الحياء فيها نوعا " فلا يقاس غيرها بها وإن ساواها في الحكمة فالكف وإن كان كافيا " في الكشف عن الرضا مطلقا لكونه فعلا وجوديا " إلا أن ثبوته بالكاشف الظني وهو المورد مخصوص بالبكر لدليله الخاص بها.

وأما سكوت المولى مع العلم بتزويج عبده فمع امكان أن يقال فيه ما قلنا في سكوت البكر، يمكن أن يقال أيضا إن المستفاد من الرواية هو مانعية معصية السيد المنبثثة عن مزاحمة حقوقه لنفوذ العقد وهي ترتفع بمجرد الرضا لانتفاء المعصية بانتفاء المزاحمة معه، كيف والعبد يملك انشاءه وينفذ لو عقد للغير على الأظهر من غير توقف على إجازة سيده وإن استحق الإجازة على من عقد له على رأي ضعيف لعدم معلومية مملوكية العبد بهذا القدر مما لا يزاحم حقوق مولاه كما تقدم.

وبعبارة أخرى: يكفي في رفع معصية السيد طيب نفسه المحرز بسكوته وليس ذلك من الإجازة بشئ وإن عبر بها.

وأما قول السيد لعبده: طلق، فمع كونه يأتي فيه ما تقدم من سكوته يمكن دعوى دلالة الأمر به على الرضا بعقده بدلالة الاقتضاء لتوقف الطلاق على سبق النكاح فيكون الرضا حينئذ مدلولا عليه بالقول، إذ لا يعتبر في الكشف به لفظ خاص ولا دلالة مخصوصة، بل لعل الكتابة كافية في ذلك

أيضا كما يشعر به قوله صلى الله عليه وآله في حديث عروة: " بارك الله في صفقة يمينك " .

وأما ايجاب الكراهة المدلول عليها بظهور الحلف فيها للرد الموجب للفسخ، فمع أنه ممنوع في نفسه ولعله ذهب إليه من يرى كفاية مجرد الرضا في تحقق الإجازة، يمكن أن يجري فيه ما تقدم في أمر السيد لعبده بالطلاق فتأمل (*)

وأما قولهم بصحة بيع المكروه بلحوق الرضا، فلو سلم، يدفعه أن الطيب والرضا شرط مستقل معتبر في نفوذ العقد ولو مع وقوعه من المالك وهو منتف في بيع المكروه فإذا حصل تم السبب وأثر أثره، وأين ذلك من الإجازة المصححة لعقد غير المالك المنتف في شرط الملك حتى يستدل به عليه ولذا عدوا من الشرائط الاختيار والملك، فاحترزوا بالأول عن بيع المكروه وبالتالي عن بيع الفضولي. وبالجملة، لا مانع من نفوذ بيع المكروه إلا عدم الرضا المرتفع بحصوله والمانع في الفضولي غير ما هو مانع في المكروه.

وأما استدلالهم بما تقدم في كون الإجازة كاشفة، ففيه أن كلامهم مسؤوق لبيان شرطية حصول الرضا وتمامية العقد به، وأما كيفية الحصول فهي قضية مهملة غير سوق لبيانها وهو واضح. وأما شروط تأثير الإجازة فهي (١) أمور:

* وجه التأمل امكان دعوى الفرق بأن الحلف غايته الاشعار بالكراهة دون الدلالة عليها.

(١) وبتعبير أوضح لا ينبغي الريب في أنه حصل بفعل الفضولي وانشائه إضافة شأنية لطرفه بالنسبة إلى مال المالك. وهذه الإضافة - وإن كانت تأهلية صرفة - لم تبلغ مرتبة الفعلية، ولكن لها نحو من الوجود والثبوت بالنسبة

الأول: أن لا يسبقها رد، فلو تخلل الرد بينها وبين العقد بطل تأثيرها لأن الرد ابطال لما أحدثه الفضولي من ربط البدلية بين العينين ولو ناقصا "، فهو بمعنى الفسخ الذي لا شك في عدم تأثير العقد بعده غير أن الربط الحاصل في المردود ضعيف وفي المنفسخ شديد فليكن تأثير الرد في الابطال أولى من الفسخ فيه. مضافا " إلى دعوى الاجماع الصريح. والظاهر

إلى العدم المحض، فهي قابلة لصيرورتها إضافة فعلية بإجازة المالك لعقد الفضولي. ولكن الكلام في أن غاية ما يقتضيه دليل سلطنة الناس على أموالهم بالنسبة إلى فعل الفضولي سلطنة المالك على إقراره وتثبيتته، فهو مخير بين الإجازة وعدمها ولا سلطان له على الرد وإبطال فعل الفضولي وانشائه فلا أثر لرده وله الإجازة بعده، فتلك الإضافة التأهيلية لطرف الفضولي بالنسبة إلى مال المالك بعد الرد باقية لها شأنية البلوغ إلى مرتبة الفعل بإجازته العقد بعد الرد، وهو المختار لبعض الأصحاب، فإنهم حكموا بعدم بطلان عقد الفضولي بالرد من المالك وقابليته للحقوق الإجازة منه. ومقتضى ما ذكره أن المالك غاية ما تقتضيه سلطنته على ماله تثبيت تلك الإضافة الشأنية للطرف وإيصالها إلى مرتبة الفعلية، وليس له اعدامها وإزالتها عن صفحة الوجود هذا ولكن يمكن أن يقال: إن ذلك قصر لسلطنة المالك ونقص لها، بل الذي ينبغي اختياره - ولعله المشهور بين القائلين بصحة الفضولي - أن دليل سلطنة المالك على ماله مقتضاه تسلطه على امضاء عقد الفضولي وابلغ تلك الإضافة الشأنية الحاصلة للطرف به مرتبة الفعلية بإجازته العقد وعلى رده وابطال ما حصل به من أهلية الإضافة واعدامها برده العقد، فلم يبق بعده شئ قابل للإجازة. وربما يتأمل في كون فعل الفضولي منشأ لحصول إضافة لطرفه بالنسبة إلى مال المالك بدعوى أن الإجازة منه مما لا إشكال في دخولها في تحقق الملك إذ العقد الصادر من الفضولي يتوقف تأثيره على

من بعض معتضدا " بدعوى الاتفاق من جماعة وإن كان ظاهر خبر الوليدة المتقدم يعطي عدم اعتبار هذا الشرط وتأثير الإجازة المسبوقه بالرد بناء على ظهور المخاصمة فيه واطلاق حكم علي (ع) بأخذ الوليدة مع لزوم تقييده باختيار الرد لولا ظهوره فيه واسترداد الجارية ومناشدة المشتري للإمام (ع) برد ولده - حسبما تقدم ذلك كله - إلا أنه يجب بمعونة ما تقدم من الاجماع والقاعدة صرفه إلى ما لا ينافي اعتبار هذا الشرط بالحمل على التردد دون

استناده إلى المالك. وهو إنما يحصل بالإجازة فقبلها لم توجد إضافة للطرف بالنسبة إلى مال المالك، لكي يكون سلب قدرته عن رفعها منافيا لتمام سلطنته. والدعوى المذكورة - وإن كان لها وجه معقول دقة فإن حصول الإضافة ينافيه دخل الإجازة في حصول الملك - ولكن يمكن القول بأن العرف يرى وجود إضافة شأنية تأهلية لطرف الفضولي بالنسبة إلى المال في قبال العدم المحض غاية الأمر فعليتها تتوقف على حصول الإجازة. وعليه فهذا الوجود العرفي صالح للرد من المالك كما هو صالح للإجازة ونفي سلطنته عن رده واعدامه قصر لها مناف لعموم دليل السلطنة. وبالجملة فالحكم ببقاء محل وموقع لإجازة عقد الفضولي واستناده إليه بها ليضاف العقد إليه ويكون عقدا " له ليلزمه الوفاء به بعد رده في غاية الاشكال لا يقال: ظاهر صحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة تأثير الإجازة بعد الرد.

لأننا نقول: الرد كالفسخ من ذي الخيار لا بد من انشائه بقول يدل عليه أو فعل يكون مصداقا له ومجرد أخذ المالك الجارية الوليدة بعد مخاصمته للمشتري لا يكون ردا " فعليا " لا مكان كون ذلك لأجل أخذ الثمن لا لرده البيع. وبالجملة فلم يظهر من الصحيحة قابلية العقد للحقوق الإجازة بعد تحقق الرد من المالك له.

الرد مع الجواب عما يستظهر منه الثاني بالوجوه المتقدمة. نعم لو كان الوجه في اعتباره ليس إلا عدم استناد العقد إلى المالك برده وإن أجاز بعده أمكن دفعه بمنع ذلك وصحة الاستناد إليه بالإجازة عند تحققها وعدم الاستناد حين الرد قبل لحوق الإجازة منشأه عدم الإجازة لا وجود الرد. و (دعوى) إخراج المورد بالرد عن قابلية الاستناد ولو بلحوق الإجازة (عين) المصادرة، إلا أنك قد عرفت أن الموجب لاعتبار هذا الشرط إبطال العقد بالرد وزوال الربط به فلا يبقى بعده ما تلحقه الإجازة.

الثاني - يشترط في تأثير الإجازة كون المجيز مالكا حين الإجازة، فلو عقد فضولا على مال ثم انتقل المال إلى الوارث قبل الإجازة من المورث ملك الإجازة بناء على جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد كما سيجئ في مسألة: من باع ثم ملك، لأنها من آثار ملك المال، وليست بنفسها موروثه لأنها من الأحكام لا من الحقوق، ومع تعدد الوارث لكل واحد منهم الإجازة في ما يملكه من التركة دون غيره منها ومع التبعض للأصيل خيار تبعض الصفقة ولا كذلك لو كانت الإجازة بنفسها موروثه بناء على أنها من الحقوق فإنه حينئذ لكل واحد منهم إجازة ما وقع عليه العقد جملة ومن كان له الإجازة كان له الرد، وحينئذ، فلو اتفقا على أحدهما أو اختلفا وكان على التعاقب كان الحكم واضحا"، وإن اختلفا واتحد زمانهما ففي سقوط كل منهما بتصادم الآخر، فيلغو عن السببية ويرجع إلى ما يلحق بعدهما من الرد أو الإجازة أو سقوط إجازة الثاني عن التأثير لصدق تخلل الرد بينها وبين العقد أيضا، فيشملة اطلاق ما دل على بطلان الإجازة المسبوق بالرد من معقد الاجماع مع احتمال دعوى عدم اطلاق المعقد له أو انصرافه لو سلم إلى غير الرد المعارض بالإجازة - : احتمالات، ويحتمل الفرق أيضا " بين إرث الإجازة وتبعيتها للمال الموروث فيما لو تعلق عقد الفضولي بعين يختص

بها وعلى الإرث كان لمن يرثها مطلقا مع احتمال اختصاص إرثها بمن يرث متعلقها ضرورة أن حقيقتها باعتبار حقية متعلقها.

هذا ولكن لا ثمره في هذه الفائدة بعد معلومية كون الإجازة من الأحكام لا من الحقوق بالبداية كما تقرر في محله.

الثالث - هل يعتبر في تأثير الإجازة مطابقتها للعقد مطلقا " كما وكيفما " أولا يعتبر كذلك أو يفصل فيعتبر في الثاني دون الأول؟ وجوه، بل لعلها أقوال. وجملة صورها بحسب الاختلاف فيهما أو في أحدهما من حيث النقيضة أو الزيادة كثيرة، أصولها أربعة بمعرفة أحكامها تعرف أحكام غيرها ضرورة أن الاختلاف إما بحسب الكم أو بحسب الكيف، وكل منهما: إما أن تقع الإجازة على بعض ما وقع عليه العقد أو عليه مع الزيادة.

فنقول: إحداها لو وقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، والأقوى فيها الجواز بناء على جريان الفضولي في مسألة تبعض الصفقة لوجود المقتضى وعدم المانع من غير فرق بين كون المبيع لمالك أو لمالكين فأجاز أحدهما دون الآخر غير أن ضرر المشتري بالتبعض مجبور بالخيار، وأما على القول ببطلان التبعض مطلقا كما عن بعض لأن الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع أو في خصوص الفضولي لكونه مخالفا " للأصل، فيقتصر على موارد دليته التي ليس المفروض منها فيعتبر المطابقة في تأثير الإجازة إلا أن كلا من المقدمتين مع كونه خلاف المشهور في حيز المنع جدا ".
ثانيها عكسها، كما لو عقد على البعض وأجاز بيع الكل فلا اشكال في عدم نفوذها في الزائد، وإن رضي به المشتري لأن مرجع نقله حينئذ إلى النقل بمجرد التراضي ومن غير سبب يوجبه وفي نفوذها فيما وقع عليه العقد وجهان، أقربهما لعدم إحراز الإجازة في البعض بعد قيام احتمال مدخلية الضميمة في الرضا.

ثالثتها لو أوقع العقد على شرط فأجازته المالك مجردا " عن الشرط (١) والأقوى هنا سقوطها عن التأثير حيث يكون الشرط قيّدا " للمبيع ومن مشخصاته لعدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط إذا كان كذلك وإن كان قابلا للتبعيض من حيث الجزء.

توضيح الفرق بينهما مع كون الشرط جزءا عقليا " : هو أن الكل في الخارج ليس إلا عبارة عن مجموع الأجزاء الخارجية القابل كل منها لتعلق البيع به مستقلا فبيع الكل ينحل إلى بيع كل جزء بنحو التعاطف، وأما

(١) توضيح ذلك: إن الشرط الذي وقع عليه العقد الفضولي وإجازة المالك مجردا " عنه تارة يكون قيّدا " للمبيع ومن مشخصاته الذي مرجعه إلى التوصيف بمعنى أخذ المبيع عند انشاء المعاوضة معنونا " ومتصفا " به، سواء ذكر بنحو الشرط أو بنحو الوصف وأخرى يكون الشرط في ضمن العقد من قبيل الالتزام في الالتزام كما لو اشترط في ضمن بيع الثوب صبغه أو خياطته: أما ما كان فيه الشرط قيّدا " ومشخصا للمبيع فإن أهل العرف بنظرهم العرفي يرون المباينة بين الواجد للشرط أو الوصف وفاقده كما لو فرض أن الفضولي باع منا " من الأرز في ذمة المالك من نوع العنبر، مثلا فأجازته المالك، ولكن ألغى العنبرية وأمضى المعاملة على طبيعة الأرز، ففي هذه الصورة تسقط الإجازة عن التأثير في إمضاء المعاملة الواقعة من الفضولي وتصحيحها فإن ما وقع من العقد مباين لما أجازته المالك عرفا ". نعم لو لم ير العرف مباينة بين الواجد للقيّد والفاقد له بأن كان القيّد الذي أخذه الفضولي في متعلق العقد صفة كمال فيه وألغى المالك تلك الصفة عند الإجازة كأن عقد الفضولي على جارية للمالك موصوفة بصفات من حملتها كونها كاتبة مثلا، والمالك أجاز عقده، ولكن ألغى جهة الكتابة، فالظاهر تأثير تلك الإجازة في تصحيح العقد وإن كان للأصيل خيار تخلف الوصف.

الجزء العقلي فغير قابل لتعلق البيع به والقابل في الفرض إنما هو المشروط به من حيث كونه مشروطا به أو المجرد عنه من حيث هو كذلك، والأول غير مجاز، والثاني لم يكن بعضا " من المشروط وإن كان مجازا "، ضرورة أن المطلق بشرط الاطلاق مباين للمقيد لا بعض منه والذي هو جزء منه المطلق المعرى عن قيدي الاطلاق والتقييد المعبر عنه اللابشرط، وأين ذلك من مسألة التبعض. نعم يقوى صحة المجاز كذلك إذا لم يكن الشرط من المشخصات بل كان مجرد التزام به في ضمن عقد البيع بناء على عدم فساد العقد بسقوط الشرط من المالك أو لفساده شرعا ". ومنه يظهر الاشكال في اطلاق كلام شيخنا في (مكاسبه) حيث قال: " ولو أوقع العقد على شرط فأجاز المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط وإن كان قابلا للتبعض من حيث الجزء ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط " انتهى.

رابعها عكسها بأن عقد الفضولي وأجاز المالك مشروطا ورضي الأصيل أقواها الطلان (١) ففيه احتمالات: أقواهما البطلان مطلقا " لعدم الالتزام بالشرط الواقع

في ضمن عقدها للمشروط له ونظرا لارتباط الالتزام المعاوضي بالالتزام به فللمشروط له ترك الالتزام بالمعاوضة عند تخلفه وعدم حصوله وتسلفه على فسخ المعاوضة أو الالتزام بها ورفع اليد عن حقه المجعول له باسقاط شرطه وحقه الذي التزم به العاقد.

هذا لو التزم العاقد الفضولي بشرط للأصيل على المالك، وأما في صورة العكس والتزام الفضولي بشرط في ضمن عقده للمالك على الأصيل فالأمر أوضح إذ لا ينبغي الريب فيه.

(١) لا يقال: مقتضى ما ذكرناه وهو المشهور من أن فساد الشرط لا يسري إلى فساد العقد بل يصح العقد وإن فسد ما تضمنه من الشرط فلتكن

خارج العقد والمجرد عنه غير مجاز لتعلقها به مشروطا، لا مطلقا".
الرابع - هل يشترط في تأثير الإجازة علم المجيز تفصيلا بالعقد وحقيقته
وجميع ما يعتبر في صحته أم يكفي العلم الاجمالي بوقوع عقد على ماله قابل
للإجازة؟ وجهان: الأول هو الأقوى لعموم النهي عن الغرر مضافا إلى
لحوق كل إجازة إلى عقدها في الغرر المنهى عنه فيه. وقياسها بالوكالة المغتفرة
فيها الجهالة في الجملة اتفقا كما (في المسالك) وغيره، قياس مع الفارق
لأن مرجع اطلاق الوكالة إلى تفويض الأمر إلى الوكيل وتعيين الأمر بيده
كعامل القراض وهو الوجه في اغتفار الجهالة فيها لا ما ذكره (في المسالك)
من أن الغرر مندفع بمراعاة الوكيل مصلحة الموكل لأن المصالح بنفسها

الإجازة من المالك المتضمنة للشرط الذي لا يلزم الأصيل الوفاء به بمنزلة
الشرط الفاسد المشتمل عليه العقد، فكما أن فساده لا يسري إلى فساد العقد
فكذا هنا فإن فساد الشرط وعدم لزوم الوفاء به لا يسرى إلى فساد الإجازة
فلم لا تصح ويختص الفساد بالشرط؟ قلنا فرق بين اشتراط العقد بالشرط
الفساد وبين تقييد الإجازة بشرط لا يجب على الأصيل الوفاء به لعدم ذكره
في متن العقد فإن العاقد المتضمن عقده لشرط فاسد التزم بعقده التزامين
أحدهما - بأصل المعاوضة بين المالكين، والالتزام الآخر بالشرط الذي تضمنه
عقده غاية الأمر أحد الالتزامين مرتبط بالآخر، وعليه يمكن التفكيك بين
الالتزامين فيصح أحدهما وهو الالتزام بأصل المعاوضة ويبطل الآخر وهو
الالتزام بالشرط، ونظرا لارتباط أحدهما بالآخر يثبت الخيار للمشروط له
وهذا بخلاف المجيز الذي قيد إجازته بشرط لا يجب الوفاء به بل هو ملغى
فإنه لم يلتزم إلا بالتزام بسيط ولم يتحقق منه التزامان ليتمكن التفكيك بينهما
بالصحة وعدمها.

وبالجملة العقد الصادر من الفضولي لم يجزه المالك وما أجازة المالك
ليس هو عقد الفضولي فكيف يصح والحال هذه؟.

تفاوت وإن تساوت في الزيادة والنقيصة فلا يندفع الغرر بمراعاتها أيضا " فيعتبر في المجيز علمه بكل ما لولاه لكان غررا " تكون المعاملة معه سفها أو منجرا " معه إلى التخاصم كما تقدم من معنى الغرر، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك (١)

(١) المراد أنه لو علم المالك اجمالا بوقوع عقد على ماله وتردد بين أن يكون بيعا " أو إجارة أو صلحا " أو علم بكونه بيعا " مثلا وجهل المبيع وتردد بين كونه داره أو دكانه أو دابته مثلا أو علم بشخص المبيع وتردد في ثمنه الذي باعه الفضولي به فجهل عينه أو مقداره، ففي جميع الصور المذكورة ونظائرها مما تكون فيه المعاملة الواقعة من الفضولي مجهولة عند المالك، فلا يصح - والحال هذه - إجازتها على ابهامها فإن ذلك من الغرر المنهي عنه ومقايسة باب الفضولي بباب التوكيل قياس مع الفارق، فإن المالك المسلط على ماله له تفويض شؤون سلطنته إلى الوكيل بالتصرف في أمواله كالا أو بعضا " كمية أو كيفية ومنه عامل باب القراض. وعليه فكل معاملة تصدر من الوكيل المذكور ماضية على الموكل ويلزمه تنفيذها ولم يكن في ذلك شيء من السفه والغرر المنهي عنه. وهذا بخلاف المعاملة الخارجية الصادرة من الفضولي التي يجهل المالك نوعها أو شخصها فإن إجازتها على ابهامها واجمالها وترددتها بين أنواع أو أفراد سفه وغرر مؤد إلى التشاجر والتنازع منهي عنه في النبوي المشهور.

بقي شيء ينبغي التنبيه عليه، وهو أنه هل يعتبر في الإجازة التنجيز والعلم بتحقق المجاز أم تصح الإجازة معلقة على فرض وجوده؟ ربما يقال باعتبار العلم بوجود المجاز في صحة الإجازة إذ هي من الايقاع الغير القابل للتعليق ولو فرض القول بصحة التعليق في العقود، ويمكن أن يقال بعدم اعتبار العلم بوجود المجاز وصحتها مع الجهل بوجوده سواء قلنا بأنها ايقاع أو أنها

الخامس - هل يعتبر في تأثير الإجازة بقاء اجتماع الشروط المعتمدة في صحة العقد إلى زمان الإجازة أولاً يعتبر (١) الظاهر أن ما يرجع إلى صفات المتعاقدين من العقل والرشد ونحوهما لا يعتبر أزيد من تحققه حين الانشاء وأما ما يرجع إلى العوضين فكذلك بعد العلم به ما لم تدخل الإجازة بسبب زواله في المعاملات السفهية كما لو فسد أحد العوضين لطول المدة وقبل الإجازة سيما على القول بكونها ناقلة ولو زال وصف الملك بعد العقد ثم عاد إليه قبل الإجازة ففي نفوذ الإجازة حينئذ وعدمه وجهان، مبنيان على

من العقود باعتبار أن التعاقد الحقيقي بين المالكين إنما يتحقق بالإجازة فأحد ركني العقد إنما يتحقق بها ولكن حيث إن التعليق المفسد للعقد أو الايقاع إنما هو فيما إذا لم يكن المعلق عليه مما يتوقف عليه تحقق المعلق فمثل تعليق البيع على مالية المبيع والطلاق على زوجية الزوجة مما هو تعليق على ما يقتضيه حقيقتها ونظيره ما نحن فيه من تعليق الإجازة على وجود المجاز ليس من التعليق الواقع محلاً للكلام والنزاع بين الأصحاب في إمكان تحققه أو مبطليته على ما فصل في بحث شرطية التنجيز في العقود والايقاعات وإن شئت فقل لا تعليق في هذا ونحوه.

(١) لا اشكال ولا كلام في أن العقد الصادر عن الفضولي يعتبر فيه جميع ما يعتبر في صحة العقد لوضوح أن الإجازة من المالك ليست عقداً مستأنفاً، وإنما هي تنفيذ وامضاء لعقد الفضولي فيعتبر فيه القابلية للتنفيذ والامضاء بكونه جامعاً لشرائط الصحة، إذ العقد الفاسد في نفسه كيف يتصور إجازته واستناده إلى المالك بها، وهو واضح بالنسبة إلى شرائط العقد، وكذا شرائط المتعاقدين من البلوغ والعقل وشرائط العوضين. لا يقال: لم لا يكون الفضولي كالوكيل في البيع، فإنه لا يشترط فيه العلم بمقدار العوضين وأوصافهما بل يكفي علم الموكل بذلك، بل يمكن أن

سقوط العقد عن الصحة التأهيلية بزوال الملك فلا تأثير للإجازة بعده أو بقائها وإن زال التعلق لزوال وصف المتعلق فيتعلق بعد عود الوصف إليه فتنفذ الإجازة فيه، ولعل الأول هو الأقرب، ومع عدم العود إليه الذي يكون الشيء معه بحكم التلف تلغو الإجازة قطعاً " لخلوها عن الفائدة حينئذ، وهو على النقل واضح وعلى الكشف كذلك بناء على القاعدة المسلمة: من أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه، ولولاها لأمكن ظهور الثمرة في كون التالف من المشتري على القول بالكشف دون البايع نعم لو وقع القبض قبله وتعلقت الإجازة به أيضاً أمكن دعوى ظهور الثمرة المتقدمة فيها على الكشف ولو انعكس الأمر بأن زال الملك قبل العقد ثم عاد بعده قبل الإجازة فالظاهر بطلان الإجازة لبطلان العقد الواقع على محل غير قابل للتأثير فيه وإن تجددت القابلية بعد، إذ لا قابلية حين العقد ولا عقد عند القابلية.

السادس - هل يعتبر في صحة عقد الفضولي لنفوذ الإجازة وجود مجيز له في الحال أولاً يعتبر؟ قولان، استقر الأول منهما العلامة في

يقال: لا يعتبر فيه البلوغ إذا كان مميزاً " وكان الموكل كاملاً. لأننا نقول: ذلك إنما يصح أن يقال بالنسبة إلى الوكيل في إجراء الصيغة الذي هو بمنزلة الآلة لسانه لسان الموكل، وأما الوكيل المفوض إليه جميع شؤون المعاوضة كالوكيل في باب المضاربة فإنه يعتبر فيه ما يعتبر في العاقد من الشروط والفضولي بمنزلته من هذه الجهة فإنه الذي تقوم به المعاملة وتصدر منه، والإجازة من المالك موجبة لاستناد المعاملة الصادرة منه إليه، فلا بد من واجديته للشرائط المعتمدة في المعاملة كما أنها تشترط بالنسبة إلى الأصيل بلا اشكال. وهل يعتبر بقاؤها إلى حال الإجازة أو يكفي تحققها حال العقد فقط. ثم هل هي معتبرة في المجيز أيضاً، وعلى تقدير اعتبارها فيه، فهل

(القواعد) وفاقا للمحكي عن الإسكافي منا، وأبي حنيفة من العامة والأقرب
العدم وفاقا لما عن ابن المتوج البحراني والمحقق الثاني وثاني الشهيدين، بل وكل
من تعرض للمسألة من المتأخرين حتى قيل: إن القول بالأول من خصائص العلامة
فلو باع مال الطفل بما لا مصلحة فيه أو بما يكون خلاف المصلحة ثم بلغ
وأجاز صح ونفذت الإجازة لشمول ما دل على صحة الفضولي بالإجازة لذلك
مضافا إلى ما ورد في تزويج الصغار فضولا، الشامل باطلاقه لما لو أهمل
الولي الإجازة إلى بلوغهم ولم يكن لهم ولي اجباري وقلنا بعدم ولاية الحاكم
على الصغير في النكاح وبطلان ما استدل به على البطلان: من أن صحة

يعتبر استمرارها من حين العقد إلى حال الإجازة أو يعتبر وجودها حال
العقد وحال الإجازة معا " وإن لم يتحقق الاستمرار، أو يكفي وجودها في
المجيز حال الإجازة فقط ولا يعتبر تحققها فيه حال العقد فضلا عن الاستمرار
إلى حال الإجازة..؟ احتمالات تتصور في شرائط العوضين من المعلوماتية ونحوها
وشرائط المتعاقدين من الكمال ونحوه. وأما شرائط الصيغة فلا يتصور فيها
ذلك لأنها شروط للمنشئ حال الانشاء، وكذا القدرة على التسلم وإسلام
المشتري للمصحف والعبد المسلم فإنهما معتبران فيه حال استحقاق التسلم ووضع
يده عليهما نعم بالنسبة إلى شرائط العوضين والمتعاقدين ربما يتصور ذلك.
أما الكلام من ناحية اعتبار الشرائط في الفضولي وطرفه فالظاهر
كفاية تحققها حال العقد، ولا وجه لاعتبار استمرارها إلى حين الإجازة.
نعم يشكل ذلك في الصورة التي ذكرها سيدنا - قدس سره - وهي ما لو فسد أحد
العوضين لطول المدة وقبل الإجازة بنحو تعد إجازة المعاملة بعد هذا من السفه،
وكذا لو خرج عن المالية ثم عاد إليها حين الإجازة، كما لو صار العصير خمرا "
ثم انقلب خلا عند الإجازة، فإن الحكم بصحة إجازة البيع الواقع عليه
حال كونه عصيرا " حينئذ مع تحلل حالة الخمرية وخروج العقد عن قابلية

العقد في زمان عدم المجيز له ممتنعة، وإذا امتنعت في زمان ما امتنعت دائما لأن بطلان العقد في زمان يقتضي بطلانه مطلقا " ولما فيه من التصرف على المشتري لامتناع تصرفه في العين لامكان عدم تحقق الإجازة ولعدم تحقق المقتضى وفي الثمن لامكان تحققها فيكون قد خرج عن ملكه وهو منفي بقوله صلى الله عليه وآله: " لا ضرر ولا ضرار " لضعف الأول بمنع امتناع الصحة إن أريد بها الصحة التأهيلية، كيف وتوقفها عليه باعتباره فيها عين الدعوى وإن أريد بها الفعلية فمسلم إلا أنها غير الصحة المبحوث عنها في الفضولي

تأثير الإجازة فيه في تلك الحال وإن عاد إلى صلاحية التأثير حالها مشكل غايته. أما لو لم تعد القابلية والملكية بأن بقي على خمريته فالظاهر عدم الاشكال في عدم تأثير إجازة البيع الواقع عليه حال العصيرية وانفساخه بلا فرق في ذلك بين الكشف والنقل ويلحقه حكم التلف قبل القبض. هذا ما كان من أمر الفضولي واعتبار واجديته للشرائط. وأما ما كان من ناحية اعتبار واجدية المجيز أيضا " للشرائط المذكورة، فيمكن أن يقال بأن مقتضى ما ذكرنا من أن الفضولي هو الذي تقوم به المعاوضة وهو بمنزلة الوكيل المفوض الذي تعتبر الشرائط المذكورة بالنسبة إليه دون الموكل. وعليه فلا تعتبر في المجيز كالموكل الذي هو بمنزلته. هذا ولكن مقايسة أحدهما بالآخر من هذه الجهة غير صحيحة فإن الوكيل المفوض المفروض صحة وكالته جميع شؤون المعاملة المفوض فيها قائمة به وجميع شرائطها إنما تعتبر بالنسبة إليه، وهو الملتزم بها وليس شئ من أمورها مرتبًا بالموكل أصلا. نعم الذي عليه إمضاؤها والالتزام بمقتضاها فالوكيل المفوض من هذه الناحية بمنزلة ولي القاصر العاقد له على ماله كل الشرائط تلحظ بالنسبة إليه، وليس شئ منها مرتبًا بالمولى عليه سوى أن العقد ماض عليه، وهذا بخلاف الفضولي. وإنا وإن ذكرنا أنه كالوكيل المفوض

وضعف الثاني مضافا إلى النقص ببيع مال الغائب النائي المتوقف إجازته على مضي زمان طويل بتدارك الضرر مع الجهل بالخيار ومع العلم فبأنه أقدم عليه.

هذا والمراد بالمجيز من يملك الإجازة سواء كان مالكا " أو وليه أو الحاكم أو عدول المسلمين ولذا ينذر فرض عدم المجيز أصلا وفرضنا عدمه للإجازة الشخصية حيث لا يكون في البيع مصلحة للطفل تسوغ الإجازة أو كان على خلاف المصلحة.

السابع - لا يشترط في المجيز كونه مالكا للتصرف حين العقد بلا إشكال كما لو كان محجورا " عليه من غير فرق بين كون الحجر لنقصان فيه لصغر مثلا أو لتعلق حق الغير به كالرهن غير أنه في الأول يختص الجواز بما لو كان العاقد غيره لكونه مسلوب العبارة فينفذ لو بلغ وأجاز مطلقا " على الأقوى أو مع وجود المجيز حين العقد واهماله الإجازة بناء على اعتباره كما تقدم وفي الثاني مطلقا سواء كان هو المباشر للعقد أو غيره فضولا مع رفع الحق المتعلق به بفك ونحوه، غير أنه في الثاني يتوقف على إجازة المالك

تعتبر شرائط المتعاقدين بالنسبة إليه، وكذا معلومية العوضين وليس كالوكيل في إجراء الصيغة فقط لا تعتبر إلا صحة انشائه، وليس معنى ذلك أن الفضولي هو المستقل في جميع شؤون المعاوضة والمالك المجيز منعزل عن جميع ما يمكن اعتباره فيه من الشرائط، كيف وهو الركن الركين فيها والمستند إليه العقد بإجازته وهو الملتزم بمفاده بعدها وإن شئت فقل: إن العقد قائم بالفضولي مع المالك من طرف وبالأصيل من طرف آخر فشرطية الكمال ومعلومية العوضين معتبرة فيه كاعتبارها في الفضولي وطرفه الأصيل نعم الظاهر اعتبارها فيه عند الإجازة فقط، ولا تعتبر فيه حال العقد فضلا عن استمرارها من حاله إلى حالها.

وفي الأول غير محتاجة إلى إجازته بعد رفع المانع لوقوع العقد من أهله غير أن نفوذه كان متوقفا على رفع الحق المتعلق به المفروض رفعه بفك أو إسقاط وفي اشتراط كونه أي المالك المجيز مالكا " للعين حين العقد بأن يكون المالك حين الإجازة هو المالك حين العقد وجهان، بل قولان. وفي المسألة صور متعددة وجملتها: هو أن الباع لمال الغير فضولا إما أن يبيع لنفسه أو للمالك وعلى التقديرين فيما أن ينتقل الملك إليه أو إلى غيره، وعلى التقادير فيما أن ينتقل قهرا " بالإرث أو اختيارا " بأحد النواقل. ولكن الذي وقع عنوانا للمسألة في كلامهم هو ما لو باع مال الغير ثم ملكه (١)

(١) المسألة المذكورة لها صور: فإن الفضولي إذا باع ملك غيره ثم ملكه وأجاز البيع الصادر منه حين كونه فضوليا " : إما أن يبيع لنفسه أو يبيع للمالك وعلى التقديرين فانتقال المال إليه أما بالشراء من مالكة الأصلي أو بالإرث منه ثم الكلام في المسألة: تارة بناء على كون الإجازة ناقلة، وأخرى بناء على كونها كاشفة. أما في صورة بيع الفضولي مال الغير لنفسه بأن قصد خروج المبيع من ملك الغير ودخول الثمن في ملك نفسه فالظاهر فساد بيعه وعدم قبوله الإجازة لا من مالكة الأصلي ولا ممن ملكه بعد ذلك لما ذكرناه سابقا " : من أن حقيقة البيع تبديل طرف إضافة بطرف إضافة لآخر وعليه فيعتبر في إنشائه قصد دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه إلى مالك الثمن وليس هو تبديل إضافة بإضافة أخرى حتى لا يعتبر في إنشائه ذلك ويتحقق مفهومه بقصد دخول الثمن في ملك شخص والمثل خارج من غيره إلى مالك الثمن. وبالجملة فالمعاملة المذكورة غير قابلة للتصحيح بالإجازة لا من قبل المالك حين العقد ولا من قبل المالك حين الإجازة. ولا يمكن مقايسة المسألة ببيع الغاصب لنفسه فإنه كما ذكرنا غير مرة بادعائه

وقد اختلفوا فيه على قولين: فمنهم من ذهب إلى صحة العقد كما لو اتحد المالك بل احتمال بعضهم هنا عدم التوقف على إجازته بعد تملكه ومنهم من ذهب إلى بطلان العقد وخروجه عن حكم الفضولي من الصحة والتوقف على الإجازة.

وبنائه على ملكية المغصوب واغتصابه وسرقته بالإضافة من مالکها ورؤية نفسه المالك للعين ادعاء وإيقاع المعاملة عليها بانيا " على ذلك كما يوقعها على سائر أمواله المملوكة له يمكنه قصد المعاوضة الحقيقية بعد الادعاء المذكور وإن كان البناء على غير أساس، ولكنه صالح لتحقيق البيع منه على حقيقته أعني دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه والادعاء والبناء المذكور لم يتحقق من البائع الفضولي فيما نحن فيه، فإنه في مقام إيقاع المعاوضة بقصد تمليك مال الغير بإزاء ما يدخل في ملكه من العوض بما هو لا بما هو مالك للمال المذكور ادعاء، وربما يدعى إمكان تحقيق المعاوضة الحقيقية من الفضولي المذكور، فيقال: إنه إذا كان عند المعاملة عازما " على تملك العين المباعة من مالکها بالاشتراء منه ونحو ذلك فهو مالك لها بالمشاركة فيتحقق منه المعاوضة على حقيقتها (ولكن) الدعوى المذكورة مضافا " إلى اختصاصها بصورة عزمه التملك للعين عند إيقاع المعاملة وتهيئة جميع المقدمات للتملك بحيث لم يبق منها سوى العقد الذي يريد إنشاءه بينه وبين مالك العين (عهدتها) على مدعيها.

والحاصل: إنا ذكرنا أن المعاوضة الواقعة فضولا إنما يمكن تصحيحها بالإجازة حيث تكون واجدة لجميع ما يعتبر فيها سوى جهة استنادها إلى المالك الحاصل ذلك بالإجازة، والمعاملة المذكورة فاقدة لما به قوامها. هذا لو باع الفضولي مال الغير لنفسه. وأما لو باعه لمالکة فلا اشكال فيه من هذه الناحية فإنه قصد المعاوضة على حقيقتها لأنه أنشأ تبديل طرف

وليعلم أولاً " إن اطلاق عنوان من باع مبني على عدم اعتبار قصد المنتقل عنه والمنتقل إليه في صحة البيع كما تقدم، وإلا فلا بد في الصحة من تقييد العنوان بما لو باع للمالك.

إضافة المالك الاعتبارية أعني المثلث بطرف إضافة المشتري الأصيل أعني الثمن وطرفه الأصيل قبل ذلك منه باشرائه، ونظراً " لقصد كونه البيع للمالك وقصد دخول الثمن في ملك مالك المثلث عوضاً " عما يخرج من ملكه إلى مالك الثمن فالمعاوضة المذكورة من هذه الجهة على حقيقتها صالحة للاستناد إلى المالك لو تعقبها الإجازة منه. ولكن لو تعقبها نقل وانتقال من المالك الأصلي للعين المباعة فضولاً إلى الفضولي بنفسه أو إلى شخص آخر بأن اشترى الفضولي أو الشخص الآخر العين من المالك، فهل يمكن للمالك الجديد إجازة العقد الأول الصادر فضولاً عن المالك واسناد تلك المعاوضة إليه أو لا وقع لإجازته بعد وقوع العقد الثاني من المالك وطرفه؟ الظاهر عدم الأثر للإجازة لما ذكرناه من أن العقد الفضولي إنما يصح بإجازة المالك إذا لم يتخلل رد من المالك له سواء كان بإنشاء قولي منه أو بإيجاد عمل يكون منافياً " لمفاد ذلك العقد ومقتضاه بحيث يصدق عليه أنه رد وإبطال للعقد الصادر من الفضولي وبيع المالك للعين المعقود عليها فضولاً لغير من اشتراها من الفضولي مناف للعقد الصادر من الفضولي، ومقتضى ذلك كونه ابطالاً ورداً " من المالك للعقد السابق وعليه فهو غير صالح للحقوق الإجازة بعد الرد.

وما يقوله سيدنا الخال - قدس سره - تبعاً " لشيخنا الأنصاري - قدس سره من أن العقد الثاني إنما يكون رداً " موجبا " لعدم صلاحية العقد السابق للإجازة بالنسبة إلى المالك الأول وذلك لا ينافي بقاء صلاحية المالك الجديد لا يخلو عن اشكال بل منع، توضيح ذلك: إن الملكية كما ذكرنا هي

وثانيا لا بد من فرض كون المبيع عينا " خارجية للغير أو كليا في ذمة الغير، ضرورة أنه لو باع كليا في ذمة نفسه موصوفا " بما يطابق ما هو عند

جدة اعتبارية وإضافة لها طرفان: طرف يتعلق بالمضاف وهي العلقة المملوكية وطرف يتعلق بالمضاف إليه وهي العلقة المالكية وذكرنا أيضا إن حقيقة البيع هو انشاء تبادل طرف إضافة المالك للثمن وعلقته المملوكية بطرف إضافة المالك للثمن ظرف قبوله. ثم إن المنشئ للبيع إذا كان هو المالك أو وكيله أو وليه نفذ بيعه ولزم عند عدم الخيار. وأما إذا كان فضوليا توقف نفوذ ما أنشأه على امضاء المالك فإن أجازته تم ذلك ونفذ وإن رده المالك يقول أو بما ينافي ما أنشأه الفضولي كما لو كان المنافي فعلا خارجيا كاتلافه المبيع مثلا أو كان انشاء ايقاع منه كما إذا كان المبيع عبدا فأعتقه مالكة بل ولو كان المنافي إنشاء عقد من المالك عليه مغاير لعقد الفضولي كما لو باعه من مشتر آخر فإنه يبطل ما أنشأه الفضولي ولم تبق فيه صلاحية للانفاذ لا من المالك الأصلي ولا ممن ملكه منه بعد إنشاء الفضولي. أما من ناحية المالك الأصلي فإنه بعد إخراج المبيع عن ملكه إلى ملك من اشتراه منه مثلا، سواء كان هو الفضولي أو شخص آخر يبيعه منه صار أجنبيا عن المبيع غير مرتبط به فلا تنفذ إجازته للمعاملة الواقعة عليه من الفضولي. وأما من ناحية المالك الفعلي للعين المشتري من المالك الأصلي فلأن المفروض أن الفضولي باع مالا خاصا لمالك خاص من مشتر خاص بثمن خاص فهي معاملة شخصية بجميع شؤون التشخص ومن كان زمامها بيده وتمضي إجازته لها وهو المالك الأصلي لم يمضها بل ردها يبيعه العين لغير من اشتراها من الفضولي. وأما المالك الفعلي المشتري لها من المالك الأصلي فبحسب سلطنته عليها فعلا بعد الاثراء لكونها مالا له يتسلط على إجازة ما يقع من العقد عليها فضولا بعد ملكيته بالاثراء. وأما العقد الواقع على ذلك المال فضولا حينما كان ملكا للمالك السابق المتشخص ذلك العقد بتلك الخصوصيات

الغير ثم اشتراه كان خارجا عن المسألة قطعا بل هو خارج عن موضوع

التي من حملتها كون مفاد العقد ونتيجته للمالك السابق، فلا تصح إجازته من المالك الثاني.

والحاصل أن الفضولي أنشأ تبديل مال زيد بمال عمرو وطرفه الأصيل قبل ما أنشأه وهذه المبادلة الخاصة صالحة للنفوذ لو أجازها مالك المبيع فعلا وهو زيد الذي كانت المبادلة مقصودة من الفضولي له، وبمقتضى إجازتها تخرج العين من ملك زيد إلى ملك عمرو ويخرج الثمن من ملك عمرو إلى ملك زيد ولو ردها بأن باع العين المبيعة فضولا لعمرو من شخص آخر كان هو الفضولي أو غيره فمقتضى كونه ضدا ومنافيا للمبادلة التي أوقعها الفضولي ليس لزيد بعد ذلك إجازة عقد الفضولي وذلك واضح لا ريب فيه وأما من اشترى المال منه وهو المالك الثاني فمن يقول بنفوذ البيع الفضولي له إنما يقول به مع إجازته للبيع إذ لا وجه للنفوذ بلا إجازة كما لا وجه لإجازة البيع المذكور على ما قصده الفضولي من كون المعاوضة للمالك الأول بمعنى خروج المثل من ملك زيد إلى ملك عمرو والثمن بالعكس، ولا يقول به القائل وإنما الذي يقوله. إن المعاملة الكذائية التي قصد الفضولي كونها للمالك الأول تمضي وتنفذ للمالك الثاني بإجازته العقد الأول الصادر فضولا. وهذا الذي قلنا لا يتم أيضا إذ المعاملة الشخصية على ما قصدها الفضولي ذكرنا أنه لا وجه لإجازتها. وأما على ما يريد المالك الثاني من كونها تنفذ له فلم تقع مبادلة كذائية من الفضولي وإنما الواقع غيرها فما وقع لم يجز ممن له الإجازة وما أجز لم يقع من الفضولي والإجازة ليست بعقد مستأنف وإنما هي امضاء لما وقع.

لا يقال: إن ما باعه الفضولي لمالكه لو انتقل إلى آخر بالإرث فلا اشكال ولا خلاف في بقاء قابلية العقد الفضولي الواقع عليه للإجازة من

الفضولي كذلك لأنه باع ما يملكه مما هو متعلق بدمته والذي اشتراه إنما

الوارث فيستند البيع المذكور إليه بالإجازة منه، وما الفرق بين انتقال المال إلى الوارث بموت المورث وبين انتقاله إلى المشتري من مالكة بيعه منه حتى يفرق بينهما ببقاء القابلية في أحد الانتقلين دون الآخر. لأننا نقول: ذكرنا فيما سبق أن الملكية إضافة اعتبارية لها طرفان: يتعلق أحدهما - بالمضاف المنتزع عنه عنوان المملوكية والطرف الآخر يتعلق بالمضاف إليه المنتزع عنه عنوان الملكية، فالتغيير الحاصل بالموت إنما هو في الملكية فإن دليل الإرث جعل الوارث قائماً "مقام المورث في ملكيته للمال، وأما المملوكية التي كانت للمورث فلم يحصل فيها تغيير وتبديل بالموت وليس المراد أن مال المورث باق على حاله وأنه مملوك له بعد الموت فإنه غير معقول بقاء المملوكية وانتقال الملكية للوارث فإنهما متضائفان وإنما المراد أن المملوكية التي كانت للمورث بعينها انتقلت إلى الوارث غير أن زمامها كان بيد المورث حال حياته وبعد موته انتقل ذلك الزمام إلى الوارث وهو معنى انتقال الملكية إليه. وعليه فعقد المعاوضة الصادر من الفضولي على مال المورث الصالح للإجازة منه حال حياته بملاك ملكيته لزمام ذلك الملك صالح للإجازة من الوارث بعين ذلك الملاك فإن الملك لم يتغير ولم يتبدل بموت المورث وإنما التغير والتبدل في المالك، فإجازة الوارث لعقد الفضولي على مال المورث بدل عن إجازته صالحه لانفاذ ذلك العقد وامضائه كما لو كانت صادرة عن المورث، وهذا بخلاف التغير والتبدل في الملك بأن باع المالك المال الذي عقد عليه الفضولي من مشتر آخر فإن البيع بما أنه تبديل طرف إضافة المالك بطرف إضافة المشتري فالتغير والتبدل الحاصل بسببه إنما هو في جانب الملك دون جانب المالك. توضيح ذلك: إن الملكية الاعتبارية كما ذكرنا مثالها الخارجي جبل متعلق أحد طرفيه بالمال

يدفعه وفاء عما في ذمته وليس هو من بيع ما ليس عنده المنهى عنه كما نبه

وتلك العلقه علقه المملوكية والطرف الآخر بيد انسان وتلك علقه المالكية والبيع خارجه حل الحبل من جانب المملوك وشده بمملوك لآخر. ثم إن التبديل بالحل والشد في البيع: تارة يكون من مالكة الأصيل أو من وكيله أو من وليه، وأخرى يكون من فضولي. فبناء على أن العقد من الفضولي فعلا له قابلية التأثير أن تعقبه إجازة المالك الآخذ بزمام الحبل، وهو تارة يمضي فعل الفضولي وانشائه بإجازته فلا اشكال في ترتب الأثر عليه كما لا إشكال في بطلانه وعدم ترتب الأثر عليه لو رده، وأخرى لم يجز إلى أن يهلك ويترك المال لمن يرثه منه ويتسلم زمام ذلك المال، ولا اشكال أيضا في نفوذ بيع الفضولي وترتب الأثر عليه بامضاء الوارث وإجازته لعقده فإنها إجازة ممن ملك زمام المال للعقد الواقع عليه فضولا قبل الرد المبطل له، وإنما الاشكال فيما لو لم يتحقق من المالك الأصلي رد لمعاملة الفضولي ولكن صدر منه عمل مناف لعمل الفضولي بنحو لا يمكنه بعد صدوره منه تصحيح عمل الفضولي بإجازته كأن باع العين التي باعها الفضولي لمشتري آخر فهل يصح لمن اشترى تلك العين من مالكة الأصلي بعد صدور العقد عليها فضولا بإجازته وتصحيحه لنفسه فرما يقال بالصحة كما يظهر من سيدنا الخال تبعا لشيخنا الأنصاري - قدس سرهما - يقول سيدنا: " بيع المالك يخرج العقد عن التأثير بالإجازة بالنسبة إليه لا مطلقا حتى بالنسبة إلى المشتري منه ودعوى السقوط به عن التأثير مطلقا مصادرة لأنها عين الدعوى ".

انتهى

ولكن قد يقال: إن العقد الأول - وهو عقد الفضولي حسب الفرض - إنما وقع للمالك الأول فإذا سقط عن التأثير له بسبب العقد الثاني الصادر من المالك وطرفه فلم يبق له صلاحية التأثير بالنسبة إلى المالك الثاني حتى

عليه في الدروس، كيف ومن ذلك بيع السلم والنسيئة.
إذا عرفت ذلك، فنقول: الأقرب هنا أيضا هو الصحة لعموم ما دل

يصح بالإجازة منه ويؤثر فإن الفضولي الذي ينشأ بتبديل مال الغير بالعوض
أما يقصد كون المبادلة المذكورة لمالك المعوض فعلا فيقصد بانشائه إخراج
المال من مالكة وادخاله في ملك المشتري وبالنسبة إلى العوض يقصد إخرجه
من مالكة المشتري وادخاله في ملك المالك للمعوض فعلا، وأما يقصد
كون المبادلة المذكورة لنفسه، وهو تارة يعتقد أن المال له اشتباها " منه،
وأخرى يرى كون المال له ادعاء كالغاصب المتغلب على مال الغير الذي
يرى أن المال المغصوب كسائر أمواله المملوكة له. وفي جميع الصور المذكورة
تصح المبادلة التي أنشأها الفضولي بإجازة المالك الحقيقي بناء على ما ذكرناه:
من أن بيع الغاصب المتغلب مرجعه وتحليله البيع لمالك المبيع بعد البناء منه
أنه المالك له ادعاء وأنه بمنزلة المعتقد كون المال له في قصده المعاوضة
الحقيقية - كما أوضحناه فيما سبق - فتصح إجازة بيعه من المالك الحقيقي
له ويلغوا بناؤه الادعائي كما في المعتقد اشتباها. نعم لو لم يسبق هذا البناء
والادعاء من الغاصب للمال بأن قصد بيعه خروج المثلث من المغصوب منه
إلى مالك الثمن وخروج الثمن من مالكة إلى نفسه يكون بيعه باطلا غير
قابل للتصحيح بإجازة المالك لكونه غير قاصد للمعاوضة الحقيقية، اللهم
إلا على مذهب القطب والشهيد - قدس سرهما - من إمكان تحقق المعاوضة
الحقيقية باخراج المثلث من ملك شخص وإدخال ثمنه في ملك غيره.
هذه صور العقود الصادرة من غير المالك فضولا القابلة للتصحيح
بالإجازة بناء على مذهب المشهور. وكلها قصد فيها تبديل مملوك المالك
فعلا بعوضه الذي هو حقيقة البيع، وفي جميعها حيث نقول بالتصحيح، فإنما
هو بإجازة المالك الفعلي للمال وكون المناط إجازته ورده. وأما المعاملة

على صحة عقد الفضولي الشامل لصورتي ما إذا اتحد المالك أو تعدد غير أنه في الثاني يكشف عن النقل بناء على الكشف من حين التملك لا من حين العقد لأن القدر الثابت من دليل الكشف هو النقل من حين استجماع الشرائط المعتمدة التي منها الملك إلا رضا من يعتبر رضاه وليس الملك إلا كالقبض

التي قصد فيها كونها للمالك للمال المررد بين كونه هو المالك الفعلي أو من ينتقل ذلك المال إليه بالاشترء منه والحكم بصحتها بإجازة كل من المتعاقبين في الملك، وإن رد الأول بما ينافيها، إنما يطلها بالنسبة إليه دون صاحبه الذي اشترى ذلك المال منه فله إجازتها واسناد تلك المبادلة إليه - كما يقوله سيدنا تبعاً " لشيخنا الأنصاري - قدس سرهما - فالحكم بذلك في غاية الأشكال بل هو ممنوع فإن البيع الذي حقيقته: تبديل طرف إضافة المالك للمبيع بطرف إضافة المالك للثمن كيف يمكن انشاؤه لمالك مررد بين المالك الفعلي له وبين من يتجدد ملكه للعين بالاشترء من مالكةا بأن يقصد الفضولي خروج المبيع أما من مالكة الفعلي إلى ملك المشتري ودخول الثمن في ملك مالكة المبيع أو خروجه من ملك مالكة الجديد إلى المشتري ودخول ثمنه في ملك مالكة الجديد على سبيل الترديد. والحاصل لو كانت حقيقة البيع مجرد التبديل بين المالين بلا اعتبار قيام العوض مقام المعوض بمعنى دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه إلى ملك العوض أو قلنا بكون الإضافة صالحة للتعلق بالمالك المررد بين المالك الفعلي وبين من يتجدد ملكيته للعين أمكن القول بصحة المبادلة المذكورة الصادرة من الفضولي للمالك الأول بإجازته لها فإن لم يجزها بل باع العين لمشتري آخر غير الأصل صح له اسناد المبادلة المذكورة إليه بإجازته لها، وأما بناء على ما قويناه من أن حقيقة البيع تبديل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى مع اعتبار تعلق الإضافة يشخص خاص هو المالك الفعلي للعين المبيعة ولو كانت ملكيته لها بادعاء أو اشتباه وعدم معقولية تعلقها بالمالك المررد بين الفعلي

في العقد المتوقف صحته عليه (١) فلو أجاز بعد مضي زمان عن القبض المتأخر كذلك فيه فإنما تكشف الإجازة عن النقل من حين القبض لا من حين العقد لعدم امكان النقل من حينه بعد إن كان القبض معتبرا في صحته، فمرجع القول بالكشف إلى الكشف من حين الامكان لا من حين العقد مطلقا حتى فيما لا يمكن. وبما ذكرنا ظهر الجواب عن المحاذير التي أوردوها على القول بالصحة فيما لو باع شيئا ثم ملكه: من أنه يلزم كون الملك لشخصين في زمان واحد لأن الإجازة من المالك الجديد على الكشف تكشف عن ملك المشتري من حين العقد وهو من حينه للمالك الأول، ولذا صح بيعه للثاني ومن أنه يلزم من صحة عقد الفضولي بطلانه لأن صحة عقد الأول مستلزمة لبطلان

المستدل بها على صحة عقد الفضولي بالإجازة موردها الصحة والنفوذ بإجازة المالك حال العقد ولا عموم ولا اطلاق فيها بالنسبة إلى المالك حال الإجازة فقط،

هذا بناء على أن صحة عقد الفضولي بإجازة المالك على خلاف القاعدة وإنما استفيدت من روايات الباب، وأما على القول بكونها على طبق القاعدة بمقتضى عموم آية (حل البيع) وآية (التجارة عن تراض) منضمما إلى دليل اعتبار طيب النفس في حلية مال المسلم لغيره، فالقاعدة مقتضاها النقل لا الكشف، والكلام مبني عليه. (١) قد يقال: إنه لا اشكال في أن إجازة المالك لها الدخل في ترتب الأثر المقصود على العقد الصادر من الفضولي وطرفه الأصيل. إنما الكلام في أن الإجازة بمنزلة الجزء من السبب المؤثر وعليه فلا يترتب الأثر إلا عند حصولها وهو معنى كونها ناقلة، أو أن السبب المؤثر في النقل والانتقال هو ما صدر من الفضولي وطرفه من العقد الواقع بينهما فيما لا يتوقف ترتب الأثر المقصود منه إلا على الايجاب والقبول من

عقد الثاني، لانكشاف وقوعه على مال الغير، وبطلان الثاني مستلزم لبطلان الأول، لأنه بالإجازة الصحيحة تنكشف صحته من حين العقد، والمفروض بطلانها لبطلان عقدها ومن لزوم خروج المبيع عن ملك المحيز قبل دخوله في ملكه لأنه بإجازته ينكشف الخروج عن ملكه من حين العقد الأول السابق على تملكه بالعقد الثاني ومن لزوم توقف كل من العقدين على إجازة الآخر ضرورة توقف صحة عقد الأول على إجازة الثاني لانتقال الملك إليه

الطرفين كسائر البيوع أو العقد وتقباض العوضين في مجلسه أو قبض الثمن فيه كما في بيع الصرف والسلم. وعليه فالإجازة من المالك بوجودها المتأخر شأنها تنفيذ ذلك السبب الصادر من الفضولي وطرفه وجعله ماضيا ومؤثرا عند حصوله، وهو معنى كونها كاشفة. وعليه فعدم كشف الإجازة عن النقل من حين العقد فيما يعتبر في صحته التقبض أو القبض في مجلسه كالصرف والسلم إنما هو من حيث كونهما في مثل ذلك جزء للسبب الناقل، وشأنها كما ذكرنا على طريقة الكشف جعل السبب بما هو سبب ماضيا ومؤثرا عند حصوله. وبالجملة ليس المدعى أن الإجازة على طريقة الكشف لا بد من كشفها عن النقل من حين العقد مطلقا حتى فيما يعتبر التقبض أو القبض في صحته وترتب الأثر عليه كالصرف والسلم، بل المقصود إنها على الكشف تقتضي حصول النقل والانتقال عند وجود العقد بما هو سبب ناقل فلو لم يكن العقد بنفسه هو السبب بل بانضمامه إلى قبض أو تقبض فكون الكشف فيها إنما هو عن النقل والانتقال عند القبض أو التقبض غير صالح للانتصار به على ما هو محل الكلام من صحة إجازة المالك الثاني وكشفها عن النقل من حين تملك المبيع فضولا باثرائه من المالك الأول كما يظهر من سيدنا قدس سره ما لم تقتضه قاعدة أو يساعده دليل بالخصوص.

وصحة العقد الثاني على إجازة المشتري الأول لوقوع العقد في ملكه بعد الكشف بالإجازة عن الصحة من حين العقد لأن ورودها مبني على الكشف الحقيقي من حين العقد مطلقا ولو مع تغيير المالك، فيلزم: إما تخصيص ما دل على صحة الفضولي بما إذا اتحد المالك من حين العقد إلى زمان الإجازة، أو تخصيص ما دل على كون الإجازة كاشفة بذلك، وإنها ناقلة من حينها فيما لو تعدد المالك.

وأما بناء على الكشف الحكمي كما يأتي أو الكشف من حين ما يمكن مع تنزيل كلام أهل الكشف من حين العقد عليه في مقابل أهل القول بالنقل من حين الإجازة، فلا يرد محذور بالمرّة.

هذا ويعرف حكم باقي صور المسألة بعد معرفة حكم هذه الصورة منها.

ثم اعلم أن (العلامة في القواعد) ذكر في المقام عبارة ربما توهم ما لا يمكن الالتزام به من جعل صورة ما لو باع ثم ملك مثالا لعدم وجود المجيز حين العقد، كما مثل له بما لو باع مال الصبي ثم بلغ وأجاز حيث قال فيه: " فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي وكذا الغاصب وإن كثرت تصرفاته في الثمن إلى أن قال: والأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال، وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز " انتهى.

وجعل (في جامع المقاصد) قول مصنفه: " وكذا لو باع.. "

عطفًا على حكم مثال بيع مال الطفل، غير أنه تردد في كون الحكم المعطوف عليه لا ينفذ بنحو الجزم أولا ينفذ على اشكال، وتكلف لكل منهما وجهها

فراجع كلامه. وعليه فيرد على مصنفه: إنه كيف جعل ذلك مثالا لعدم المجيز في الحال مع وجود المجيز حين العقد غير أن المجيز حين العقد غير المجيز حين الإجازة وهو شرط آخر على تقدير اعتباره، فالظاهر كونه معطوفا على قوله: وكذا الغاصب

بتقدير: وكذا يصح لو باع كما في كثر الفوائد وعليه فيكون العلامة في القواعد ممن يرى صحة بيع من باع مال الغير ثم ملكه وأجاز لا بطلانه كما توهم هذا وقد بقي في المقام محذور آخر ربما يتوهم من أجله لغوية الإجازة، وهو أن بيع المالك ولو من الفضولي أما رد لعقده كما أن التصرف بالنقل ونحوه في زمن الخيار فسخ، وفي الهبة ونحوها من العقود الجائزة رجوع بتقريب أن مرید الشيء كاره لأضداده التي منها عقد الفضولي، ولا نعني بالرد إلا الكراهة المنكشفة: إما بالقول أو بالفعل، كما أن الإجازة هي الرضا المنكشف بأحدهما، وأما بحكم الرد في سقوط العقد عن التأثير ولو بالإجازة كالعقود والوقف ونحوهما مما يوجب خروج المحل عن قابلية تأثير الإجازة فيه، وبذلك يظهر وجه التفصيل بين النقل الاختياري والانتقال بالإرث. وفيه أن الضد لبيع المالك إنما هو صحة عقد الفضولي بالصحة الفعلية دون الصحة التأهيلية لأن الضدية المانعة عن تحقق ضده إنما هي بفعلية تأثيره لا بشأنيته، وأما القياس بالعقود ونحوه قياس مع الفارق لأن المقيس عليه مما يوجب خروج المحل عن قابلية تأثير الإجازة فيه وفي المقيس إنما يخرج إجازة المالك عن التأثير في المحل لا خروج المحل عن تأثير الإجازة فيه. وبعبارة أخرى ببيع المالك يخرج العقد الأول عن التأثير بالإجازة بالنسبة إليه لا مطلقاً حتى بالنسبة إلى المشتري منه. ودعوى السقوط به عن التأثير مطلقاً مصادرة، لأنه عين الدعوى. وأما كون التصرف الناقل في زمن الخيار فسخاً وفي العقود الجائزة رجوعاً، فلظهور الفعل في الصحيح المحمول عليه بحكم أصالة الصحة في فعل المسلم وهو مستلزم للفسخ أو الرجوع وإلا لبطل لكونه حينئذ تصرفاً في مال الغير، فصحة التصرف موقوفة على الملك المتوقف حصوله على الفسخ أو الرجوع، وتصرف المالك بالبيع هنا تصرف في ملكه ولا تتوقف صحته على سبق الرد منه حتى يقال: إن البيع

رد منه أو متضمن للرد فينفذ تصرفه فيه ما لم تسبق منه الإجازة، فلا يقاس ذلك بالتصرفات الناقلة في زمن الخيار أو في العقود الجائزة.

نعم هنا أخبار استدلوا بها على المنع في المقام، بعضها بنحو العموم كالنبوي المستفيض: " لا تبع ما ليس عندك " والآخر " لا بيع إلا فيما يملك " لشموله ما لو باع ثم ملك، فإنه حين البيع يبيع لما ليس عنده ولما لا يملك. وفيه ما تقدم فيهما من الجواب عنهما عند الاستدلال بهما على البطلان رأساً (١) من ضعف سند الأول منهما لكونه عامياً كما يفصح عنه الخبر المتقدم واحتمال قراءة (لا يملك) بالبناء للمجهول، وأنه محمول على بيع ما يتعذر عليه تسليمه أو يتعسر إرشاداً إلى دفع كلفة التسليم المنزل على إرادة البيع الموجب لترتب الآثار عليه، وبعضها بنحو الخصوص في المورد كرواية يحيى بن الحجاج: قال: " سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك كذا كذا؟ قال: لا بأس بذلك اشترها ولا تواجهها قبل أن تستوجبها أو تشتريها " ورواية خالد بن الحجاج قال: " قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس إنما يحرم الكلام ويحلل الكلام " بإرادة عقد البيع من الكلام بتقريب: إن الحل والحرمة يدوران مدار الكلام

(١) الاستدلال بالأخبار المذكورة على بطلان ما نحن فيه من بيع مال الغير ثم اشتراؤه منه وإجازة البيع: تارة بالأخبار العامة، وأخرى بالأخبار الخاصة. أما الأخبار العامة كالنبوي الأول والثاني فالمناقشة فيهما بضعف السند ضعيفة، فإنهما معمول بهما ومتلقيان بالقبول عند أصحابنا، ويشهد لذلك الاستدلال بهما من البعض على بطلان بيع الفضولي، وفي مسألتنا على البطلان أيضاً كما أن المناقشة في دلالة الثاني منهما باحتمال كون (يملك) بصيغة المجهول وأن المعنى لا يبيع فيما لا يكون

وجودا وعدمًا، فالحل يدور مداره نفيًا والحرمة اثباتًا كما عن الوافي

مملوكًا لأحد كالححر والمباحات الأصلية ضعيفة، فإنه مضافًا إلى ضعف هذا الاحتمال في نفسه لأن مالية المبيع معتبرة في حقيقة البيع وليس النبوي في مقام بيان نفي الحقيقة فيما لا يملك بل في مقام نفي الصحة بلسان نفي الحقيقة ينفيه وحدة السياق فيه بقوله (ع): " لاطلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك " فإنه لا يحتمل أن يكون المراد نفي الطلاق في غير المزوجة، والعتق في غير مملوك كالححر.

فالمناقشة من هذه الناحية بعيدة جدًا، وحينئذ فنقول: لا اشكال في دلالة النبويين على فساد بيع ما ليس عند البائع وما لم يملكه إنما الكلام في أن المراد فساده وعدم ترتب الأثر عليه بالنسبة إلى خصوص البائع ولعله الظاهر، كما يشهد بذلك كون النبوي الأول، كان جوابًا لحكيم بن حزام حيث سأله عن بيع شيء لم يملكه ثم اشتراه وتسليمه للمشتري. وعليه فلا يقتضي فساده بالنسبة إلى البائع الفضولي عدم صحته بالنسبة إلى المالك الأصلي بإجازته البيع واسناده إليه بها، أو إن المراد فساد البيع المذكور أصلاً وعدم قابليته للتصحیح حتى بالنسبة إلى المالك الأصلي بإجازته البيع وإسناده إليه بها قبل أن يبيعه من شخص آخر، الظاهر من النبويين هو الوجه الأول وأن البيع من الفضولي إنما لا يصح ولا يؤثر بالنسبة إلى خصوص البائع، ولا ينفي ذلك تأثيره وصحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز ذلك البيع فإن السائل وهو حكيم بن حزام في النبوي الأول سأله عن بيع الشيء ثم اشتراه من مالكه وتسليمه إلى المشتري منه، فسأله عن صحة البيع لنفسه لا عن صحته مطلقاً ولو للمالك. والنبی صلی الله علیه وآله نهاه عن ذلك بقوله صلی الله علیه وآله " لا تبع ما ليس عندك " بناءً على أن النهي منه صلی الله علیه وآله إرشاد إلى عدم ترتب الأثر المقصود من ذلك البيع عليه، فالمستفاد من النبوي

في تفسيره وعليه فيكون المراد من العقد المحرم وجوده والمحلل عدمه هو عقد الفضولي، أو بإرادة عقد المالك من الفضولي فيكون ثبوته محللا ونفيه

بعد إلغاء خصوصية السائل وكون النهي وضعيا لا مجرد تكليف: أن كل من باع شيئا قبل تملكه ثم اشتراه من مالكة وسلمه إلى المشتري منه فبيعه باطل لا يترتب عليه الأثر المقصود للبايع وهو تملكه الثمن بإزاء تملكه مال الغير وأما صحة البيع المذكور بالنسبة إلى المالك للعين المبيعة فضولا مع إجازته أو عدم الصحة فلا السائل في مقام السؤال عنه ولا اطلاق الجواب من النبي صلى الله عليه وآله في مقام بيان ذلك، فيرجع في حكمه إلى سائر أدلة صحة العقد الفضولي أو عدم صحته. وكذا النبوي الثاني: " لا يبيع إلا فيما يملك " فإن مفاده حصر صحة البيع بمعنى ترتب الأثر عليه فيما يملكه حال إيجاد البيع وإنشائه لا مطلق ما يملك ولو بعد الاثراء من مالكة. ولو كان هذا الظهور مستفادا من قرينة السياق: " لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك " إن لم تكن القضية بنفسها ظاهرة في ذلك.

وبالجملة فلا ينكر ظهور النبويين في عدم صحة البيع بمعنى ترتب الأثر عليه فيما لو باع مالا يملكه ثم اشتراه من مالكة وأجاز، ولو فرض القول بصحة البيع المذكور بالنسبة إلى البايع فضولا فلا حاجة إلى إجازته بعد الشراء وإنما احتيج إلى إجازة المالك الأصلي في تصحيح البيع له ليحصل بذلك الاستناد إليه ويكون البيع بيعه، وفي المقام البيع المذكور هو بيع الفضولي ومستند إليه، ولا يتوقف استناده إلى إجازة منه لما أنشأه حال البيع وقبل الاثراء كما لا يخفى.

وأما الأخبار الخاصة فدلالته على بطلان البيع قبل الاثراء وتملكه المبيع منه تكاد تكون صريحة منها: رواية يحيى ابن الحجاج، قال: " سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة

محرمًا فالكلام حينئذ محلل إثباتًا ومحرم نفيًا كما هو الظاهر في تفسيره. وعلى التقديرين يستفاد منها المنع عن البيع قبل شرائه من المالك، وصحيحة ابن

وبعنيها أربحك كذا وكذا؟ قال (ع): لا بأس اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها " فإنه مضافا " إلى أن ظاهر قول القائل: اشتر لي كذا وبعنيه: أنه طلب منه الاشتراء من الغير ثم البيع منه بعد الاشتراء والإمام (ع) أجابه عن حكم ذلك بقوله: لا بأس: أن الإمام (ع) في مقام الجواب قال: ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها. فإنه (ع) دفعا " لما ربما يتوهم السائل أنه لا مانع من إجابة القائل ولو بأن يبيعه العين قبل أن يشتريها من مالكها ثم يشتريها ويسلمها إليه، فقال (ع): لا بأس أن تجيبه إلى ذلك ولكن لا تواجهه الخ يعني (ع) لا تقل بعتك العين الكذائية قبل أن تقول لمالكها: بعنيها فيقول: بعتكها أو يقول البائع ابتداء منه: بعتك العين الكذائية فتقول: اشتريتها. والحاصل: لا تبعها قبل أن تمتلكها فدلالة الجواب على فساد البيع قبل الشراء من المالك واضحة بالنسبة إلى السائل، وهو يحيى ابن الحجاج - سواء أجاز البيع بعد تملكه المبيع باشرائه من مالكة أم لم يجزه - نعم الظاهر أن الإمام - عليه السلام - ليس في مقام بيان حكم هذا البيع الفضولي بالنسبة إلى مالك العين الأصلي، فيرجع في حكمه إلى سائر أدلة صحة البيع الفضولي مع إجازة المالك حال العقد: من العمومات مع إضافة دليل اعتبار طيب نفس المالك، أو الأدلة الخاصة الدالة على الصحة مع إجازة المالك، ومنها رواية خالد ابن الحجاج قال: " قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب أربحك كذا وكذا؟ فقال عليه السلام: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى قال (ع): لا بأس به إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ". وقد ذكر شيخنا الأنصاري - قدس سره - احتمالات ثلاثة لقوله: " إنما يحلل " الخ لعل أظهرها هو الاحتمال الأخير يعني

مسلم قال: " سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعا " لعلي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس إنما يشتريه

إن الكلام الذي وقع قبل الشراء. إن كان صرف مقاولة ومواعدة بينهما على أنه يشتريه منه بعد شرائه بربح كذا وكذا يحلل، وإن كان إنشاء بيع للثوب قبل اشترائه من مالكة فإنه محرم. وعلى كل فمقتضى اطلاق حرمة العقد سواء أجاز العقد بعد اشترائه للثوب أم لم يجز فساد البيع بالنسبة إلى العاقد وإن أجاز بعد الشراء والكلام بالنسبة إلى مالك الثوب المبيع فضولا قبل اشترائه هو الكلام في الرواية السابقة وأن الإمام عليه السلام ليس في مقام بيان الحكم بالنسبة إليه والمرجع سائر أدلة الفضولي، ومنها: صحيحة ابن مسلم قال: " سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعا " لعلي أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس، إنما يشتري منه بعد ما يملكه " والظاهر أن المتاع الذي طلب القائل ابتياعه له هو متاع معين والتنكير من السائل، إذ من البعيد أن يقول شخص لآخر: ابتع لي متاعا " أي متاع شئته لعلي أشتريه منك. كما أن الظاهر أنه متاع خارجي لا كلي في الذمة. وعلى كل فتعليل عدم البأس في الجواب بقوله: إنما يشتريه منه بعد ما يملكه، يدل على أن الاشتراء إذا كان قبل التملك والابتياح فيه بأس، يعني ليس بصحيح: وبمضمونها سؤالاً وجواباً " - صحيحة منصور ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام ومنها: صحيحة معاوية بن عمار قال: " سألت أبا عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب مني الحرير فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه؟ فقال: رأيت إن وجد هو مبيعا أحب إليه مما عندك أتستطيع أن يصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس "،

منه بعد ما يملكه " وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع): " في

وظاهر هذه الرواية أيضا كون الكلام الذي دار بينهما صرف مقالة على الشراء منه بعد ما يشتري ولم يقع بينهما بيع وشراء فعلي. ثم إن النهي في هذه الروايات يحتمل أن يكون ارشاديا ارفاقا " بالمطلوب منه الشراء ثم البيع، لا شرعيا " مولويا " وأنه إرشاد للسائل بعدم بيع ما طلبه القائل قبل أن يشتري المتاع من صاحبه وجعل الكلام بينهما مجرد مساومة ومقولة، فإنه لو باعه قبل الشراء يلزمه اشتراء ما باعه بكل قيمة يسومها صاحب المتاع لأنه ملزم بشرائه وتسليمه من جهة البيع السابق وربما لا يكون ذلك من مصلحته نظرا " إلى كون الثمن الذي يشتري به المتاع أكثر من الثمن الذي باعه به، وربما يدفع له شخص آخر غير صاحبه الذي قاله على البيع ربحا " يزيد على ربح المقاول بكثير فيخسر الزيادة لو باعه سابقا " أو يكون بقاء المتاع عنده بعد الشراء أصلح من دفعه إلى المشتري بالثمن الذي قاله عليه أو نحو ذلك، فيكون النهي من قبيل نهى الناصح لمن ينصحه فيقول له: لا تقيد نفسك بالبيع قبل الشراء، بل اجعل نفسك في فسحة بمجرد مقولة بينكما إلى أن تشتري المتاع وترى رأيك ومصلحتك وعند ذلك بعه منه.

وهذا الاحتمال في عالم التصور ممكن ولعله إليه يرجع ما احتمله شيخنا الأنصاري - قدس سره - بل قواه: من أن الأخبار المذكورة - عامها وخاصها - أريد بها الكراهة مستشهدا " على ذلك بأن كثيرا " منها واردة في بيع الكلي وأنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول والمذهب جوازه. ولعل تعبيره بأن كثيرا " منها الخ مبني على استفادته من صحيحة ابن مسلم، وصحيحة منصور ابن حازم المعبر فيهما في السؤال عن قول القائل: اتبع لي متاعا " أن المراد متاع كلي وقد

رجل أمر رجلا ليشتري له متاعا " فيشتريه منه؟ قال: لا بأس بذلك

ذكرنا أن التعبير في السؤال: ابتع لي متاعا " ليس له ظهور إلا في المتاع الشخصي نعم لا يبعد كون صحيحة معاوية بن عمار واردة في بيع الكلي وإن المطلوب منه بيع كلي الحرير. لكن لو سلمنا ظهورها في الكلي من حيث تعبيره بقوله: فيطلب مني الحرير، وحمل البأس المفهوم من جواب الإمام عليه السلام على الكراهة أو الإرشاد بالبيان الذي ذكرناه، فلا نسلمه في باقي الروايات إذ كيف يمكن حمل قوله صلى الله عليه وآله: لا يبيع إلا فيما يملك، وقوله (ع): إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام، على الكراهة أو الإرشاد.

وبالجملة فالاحتمال المذكور وما احتمله شيخنا الأنصاري - قدس سره - من الحمل على الكراهة خلاف الظاهر. والحمل على التقية أيضا خلاف الظاهر أو الأصل، فيتعين كون النهي في الأخبار والبأس المفهوم منها أريد به الإرشاد إلى أن البيع الواقع قبل الاشتراء فاسد لا يترتب عليه الأثر. وعليه فهل المستفاد منها أن البيع المذكور فاسد بقول مطلق حتى بالنسبة إلى المالك للعين فعلا فلا أثر لإجازته في تصحيح المعاوضة المذكورة، أم أن غاية ما يستفاد منها فساد البيع وعدم ترتب الأثر عليه بالنسبة إلى البائع الفضولي وإن اطلاقها ليس في مقام البيان بالنسبة إلى المالك الفعلي للعين؟ الظاهر هو الثاني خصوصا بقريضة سؤال السائل فيها حيث أنه إنما يسأل عن صحة البيع بالنسبة إلى البائع، وليس في مقام السؤال بالنسبة إلى المالك أيضا، فلا اطلاق في الجواب بالنسبة إليه. وعليه فالعقد المذكور له القابلية للإجازة من المالك الأصلي واستناده إليه بها، إنما الكلام في أن المستفاد من الأخبار هل هو فساد البيع قبل الشراء من مالك العين وعدم تأثيره بالنسبة للبائع الفضولي ما لم يجزه بعد الاشتراء من مالك العين

إنما البيع بعد ما يشتريه " وصحيحة معاوية بن عمار قال: " سألت

أما لو أجازته بعده فإنه يصح. وبعبارة أخرى: إن العقد المذكور كما له القابلية للتصحيح والاستناد إلى المالك بإجازته كذلك له القابلية للاستناد إلى البايع بإجازته له بعد الاثراء من مالك العين وخروجه عن الفضولية، يظهر ذلك من شيخنا الأنصاري - قده - في بعض كلامه، وإن عدل عنه أخيرا " بقوله: " اللهم إلا أن يقال: إن عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض في الهبة والإجازة في الفضولي لا يوجب النهي إلا مجردا عن لحوق ذلك الشرط - إلى أن يقول - : فالانصاف أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبايع وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه مطلقا حتى مع الإجازة، وأما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز فلان النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبايع فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي - إلى أن يقول بعد كلام له: فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمنع المذكور " ولكنه يقول بعد ذلك: " ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات وهو ما لو باع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا لإجازة البايع إذا صار مالكا " - إلى أن يقول - : فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت من المالك أو من البايع بعد تملكه لم يدخل في مورد الأخبار " انتهى.

ولقائل أن يقول: بناء على ما هو المستفاد من ظاهر هذه الأخبار عامها وخاصها - أن البيع قبل الاثراء فاسد لا أثر له بالنسبة إلى البايع الفضولي وإن أجازته بعد الاثراء كما التزم به الشيخ - قدس سره بقوله - السابق (فالانصاف).. الخ فما المراد بقوله بعد ذلك. فلو تبايعا على أن يكون

أبا عبد الله (ع): يجيئني الرجل فيطلب بيع الحرير وليس عندي شيء

العقد موقوفاً " على الإجازة؟ فإن كان المراد مجرد قصدهما تعليق العقد على الإجازة فأى أثر لذلك مع فرض عدم وقوع البيع للبايع قبل التملك بالاشتراء من المالك وعدم ترتب أثر على إنشاء البيع حتى لو أجازته بعد الاشتراء. والحاصل أن شيخنا الأنصاري بعد أن ذكر أن الانصاف: إن ظاهر النهي في الروايات عدم وقوع البيع قبل التملك للبايع وعدم ترتب الأثر عليه حتى مع إجازته بعد التملك يريد أن يضيق دائرة فساد البيع قبل الاشتراء بحسب ما استفاده من الروايات ويحصرها بصورة ما لو تبايع المتبايعان قاصدين تنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء بل وقع البيع على وجه يلزم البايع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه إلى المشتري. أما لو وقع البيع على وجه التعليق على الإجازة من المالك الأصلي أو المالك بعد الاشتراء منه أو تعليق لزومه على ذلك، فلا يكون مشمولاً للأخبار الناهية والقاعدة تقتضي جوازها، فيقال له: إن كان المراد يتبايعهما على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة مجرد تباينهما على ذلك في نفسيهما بلا ذكر لذلك عند إنشاء العقد بنحو الاشتراط، ففيه أن الدواعي والأغراض في باب المعاملات لا تكون منشأً لأثر. وأشكل من ذلك ما لو ذكراه في العقد بنحو الاشتراط إذ هو من قبيل التعليق في العقود المجتمع على بطلانه. وبالجملة فالظاهر أنه لا ينبغي الريب في عدم صحة بيع ما ليس يملكه البايع ثم اشتراؤه من مالكه وتسليمه المشتري منه بجميع أقسامه وصوره - منجزاً " كان البيع أم معلقاً " على الإجازة تعقبه إجازة منه للبيع أم لا - نعم لو أجازته مالكه الأصلي قبل اشتراؤه منه وكان البيع السابق له لا لنفس الفضولي صح البيع للمالك، فيبطل بيعه الفضولي بعد إجازته البيع السابق بمعنى توقفه على إجازة المشتري الأول.

فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شئ، ثم أذهب

فاصرار سيدنا النخال - قدس سره - على تصحيح المعاملة المذكورة إذا تعقبها إجازة من المالك الثاني بعد اشتراؤه من المالك الأول والقول بأن غاية ما يستفاد من الأخبار المذكورة عدم الصحة الفعلية لا الشأنية فيصح البيع مع إجازة المالك الثاني بعد الاشتراء كما يصح من المالك الأول لو أجاز البيع، والحال أن اطلاق الأخبار المانعة من البيع قبل الاشتراء والحاكمة بعدم الصحة فيما لا يملك وشمولها لصورة تحقق الإجازة من البائع بعد الاشتراء غير قابل للتشكيك والمناقشة.

لم يتضح وجهه. وأما صحته من المالك الأول مع إجازة البيع فلما ذكرنا: من أن اطلاق الأخبار ليس في مقام البيان بالنسبة إليه، وإنما هي في مقام بيان حكم البائع الفضولي. وأما شيخنا الأنصاري - قدس سره - فلم يبت في المسألة بضرر قاطع، فتارة يختار الصحة التأهيلية ويحكم بكون البيع قابلاً للتصحيح بإجازة المالك الثاني بعد الاشتراء، وأخرى يعدل عن ذلك ويحكم بدلالة الأخبار على عدم الصحة ولو مع الإجازة منه بعد الاشتراء وثالثة يضيق دائرة الحكم بالبطلان ويحصرها بصورة ما لو تبايعا قاصدين النقل والانتقال منجزاً " دون ما لو علقا البيع على الإجازة، والأقوى بطلان جميع صور من باع ثم ملك وأجاز إلا صورة واحدة هي: ما لو باع الوارث مال مورثه للمورث ثم ورثه منه فأجاز فإنه يصح البيع المذكور بإجازته، سواء قلنا بالنقل أو الكشف، أما بناء على كون الإجازة ناقلة فهو من الواضح بمكان فإن البيع المذكور من الوارث نظراً " لكونه لمورثه فهو قاصد للمعاوضة على حقيقتها ومن حيث انتقال المبيع إليه بالإرث فله إجازة البيع الواقع عليه فضولاً حال كون المال لمورثه. وعليه فينتقل المبيع إلى المشتري ويدخل عوضه في ملك الوارث حال الإجازة. وكذا بناء على كونها

لأشترى الحرير فأدعوه إليه فقال: أرأيت إن وجد هو مبيعا " أحب إليه مما عندك أتستطيع أن تصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك: أتستطيع أن تصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم قال: لا بأس ".
والانصاف أن هذه الأخبار، وإن كانت صريحة في المنع عن البيع قبل التملك إلا أنها محمولة على البيع الموجب لترتب الآثار عليه من الالتزام والالتزام بمضمونه بحيث للمشتري مطالبة الفضولي بما باعه والتزام الفضولي للشراء من المالك للدفع إليه وفاء لما التزم به كما لعله العادة الجارية عند العرف على وقوع هذا النحو من المعاملة ولو بقرينة قوله في رواية خالد: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وقوله في صحيحة معاوية: أرأيت إن وجد هو مبيعا " .. الخ، النافيتين للباس عما لم يكن فيه إلزام والتزام، الداليتين بالمفهوم على ثبوته فيما كان كذلك وليس إلا البيع الموجب لترتب الآثار عليه بإرادة الصحة الفعلية منه دون الشأنية المبحوث عنها في المقام، كيف والصحة التأهلية ثابتة للعقد بالنسبة إلى المالك لأن البحث عنها هنا بعد البناء

كاشفة فإنها من الوارث تصحح العقد وتنفذه للمورث، وبما أنه وارثه فينتقل العوض إليه بالإرث. نعم لو قصد الوارث بيع مال المورث لنفسه فحيث لم يقصد المعاوضة على حقيقتها بل قصد دخول العوض في ملكه بدلا عن ملك مورثه فالمعاملة المذكورة غير قابلة للتصحيح بالإجازة بل هي باطلة، اللهم إلا إذا كان الوراث من الظلمة والغصب المتغلبين الذين يرون ادعاء كون مال الغير مالا لهم فيوقع البيع عليه بما أنه مالك له فهو لدى التحليل يبيع لمالك المبيع ويطبق ذلك على نفسه ادعاء "، فلغوية ادعائه لا تنافي كون البيع لمالك المبيع حقيقة وعليه فيمكن للوراث تصحيح البيع المذكور لمورثه بإجازته بعد انتقال المال إليه بالإرث، فتأمل جيدا ". وقد أطلنا الكلام في المقام والله تعالى هو العالم بالأحكام.

على صحة الفضولي وعدم العبرة بقصد المنتقل عنه في حقيقة البيع كما عرفت والتبويض في الصحة بالنسبة إلى بعض دون بعض لا وجه له.

لكن رواية حسن بن زياد الطائي قال: " قلت لأبي عبد الله (ع) إنني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم اعتقني بعد، فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم، فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك " ظاهرة بل صريحة ولو بمعونة السؤال عن علم السيد واستناد صحة النكاح والبقاء عليه إلى سكوته مع علمه المنزل على إقراره - في بطلان عقده أولاً ذلك، وإلا لكان استناد ذلك إلى إجازته حين أن ملك نفسه بالتحريم أولى لأن النكاح حينئذ صحيح على كل تقدير عند التحريم مطلقاً " أو مع إجازته من غير حاجة إلى السؤال عن علم السيد وسكوته حتى يكون إقراراً " منه.

إلا أنه يمكن الجواب عنه، بأن سؤال السائل - وإن وقع عن لزوم تجديد النكاح وعدمه وعدم التجديد وإن كان معلولاً لأحد أمرين إما الإقرار السابق أو التحريم اللاحق الموجب لصحته من حينه لا من حين العقد - إلا أن فائدة السكوت مع العلم أتم لاستلزامه الصحة من حين العقد فالعدول عن بيان حكم المسؤول عنه إلى السؤال عما يستلزمه لو تحقق إنما هو رجاء لتصحيح النكاح والوطء من حين العقد، فإنه أتم فائدة وأعم نفعاً "

هذا وعلى ما نزلنا عليه الأخبار المتقدمة ينزل كلام العلامة في (التذكرة) حيث أفتى في المسألة بالبطلان، نافياً " للخلاف فيه، مستدلاً عليه بنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، ولزوم الغرر، حيث قال فيه: " فروع - إلى أن قال: الثالث، لا يجوز أن يبيع عينا " لا يملكها ويمضي ليشترئها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً "، لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، ولا شتماله على الغرر فإن صاحبها قد

لا يبيعه وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها " انتهى، ضرورة أن كلامه لا ينطبق إلا على إرادة الصحة الفعلية من البيع وترتب الأثر عليه حتى يستلزم الغرر باحتمال تعذر التسليم لعدم رضا صاحبها، سيما وقد سبق منه في الرد على من استدل على بطلان الفضولي رأسا " بعدم القدرة على التسليم: الجواب عنه بأن القدرة على التسليم من المالك موجودة إن أجازته فلو أراد بالصحة هنا الصحة التأهيلية كان ما ذكره جوابا " عن دليل خصمه - هنا - جوابا " له عن دليله في المقام إذ القدرة له على التسليم حاصلة على تقدير تملكه كما أن القدرة على التسليم هناك حاصلة على تقدير إجازة المالك فالقدرة الفعلية منتفية في المقامين والتعليقية موجودة فيهما ولا يمكن التفكيك إلا بإرادة المنع عن الصحة الفعلية هنا والجواز على الصحة التأهيلية هناك. ويشهد لذلك أيضا " ما هو المحكي عنه في (المختلف) فراجع وكيف كان فالأقوى في المسألة صحة عقد من باع ثم ملك بالصحة الشأنية التأهيلية مطلقا " من غير فرق بين ما لو باع لنفسه أو للمالك وبين من ملك العين بنقل أو انتقال بالإرث أو ملك التصرف كما لو باع مال الطفل عاميا " ثم صار فقيها " له الولاية عليه فأجاز لكن في لزوم البيع بمجرد التملك أو توقفه على الإجازة بعده قولان: اختار أولهما الفخر في (ايضاحه) ولعل وجهه دعوى اجتماع شروط الصحة من الطيب المنكشف: بالانشاء القولي بالعقد مستمرا " إلى حصول الملك ولم يكن فاقدا " من شروط التنجز إلا الملك المفروض حصوله بالتملك.

نعم لو زال الرضا قبله توقف على حدوثه بعده منكشفًا: إما بالقول أو بالفعل، فيكون التسليم على الأول تسليمًا وفائيا " وعلى الثاني تسليمًا إجازيا " ولا دليل على اعتبار مقارنة الرضا المنكشف للتملك بعد صحة استناد العقد إليه عند التملك بعد انشائه الكاشف عن الطيب المستمر إلى حين التملك

خصوصا " فيما لو باع لنفسه فيدخل في عموم: " أوفوا بالعقود " و " تجارة عن تراض " .

ومنه يعلم الجواب عما قيل في رده: من أن الرضا حين العقد لا يجدي لكونه من أجنبي غير مالك وعند التملك لا بد من انكشافه على تقدير تحققه إما بالقول أو بالفعل، وهو وجيه من حيث كبرى القضية، سيما في ما لو كان البيع لنفسه. وأما الصغرى وهي ثبوت الرضا مستمرا " إلى حين التملك المتوقف عليه اللزوم لو شك فيه فالأصل بقاؤه.

اللهم إلا أن يقال: أنه من الأصل المثلث، ومع ذلك كله فالأحوط - بل لعله الأقوى - قصد الإجازة بالدفع والتسليم بعد التملك لأن المقيد بالانكشاف قولاً " أو فعلاً " إنما هو الرضاء المعتبر، وحيث كان منكشفاً " لم يكن معتبراً " وحيث صار معتبراً " لم يكن منكشفاً " فلا بد من الكشف عنه حين كونه معتبراً " وهو في زمان التملك فافهم.

ويلحق بالمسألة ما لو باع معتقداً أنه مال غيره ثم بان أنه مال نفسه لكن يتعين هنا التوقف بعد الكشف على الإجازة لعدم إحراز الرضا أو فرض العلم بكونه له، بل هو في الحقيقة ليس من الفضولي موضوعاً " لأنه باع ما هو ملكه لكن مثله في الحكم من الصحة والتوقف على الإجازة نعم لو فرض تحقق الرضا منه حين الانشاء بنقل البيع جزماً " غير أنه اقترن بخطأ معتقده للواقع أمكن جريان الكلام المتقدم في لزومه بمجرد الانكشاف، بل هنا أولى لأنه باع ما هو ملكه، بل يمكن فيه دعوى اللزوم من حين العقد وينكشف له عند الانكشاف بل لعله هو الأقوى. وفي الحاق العتق ونحوه من الايقاعات بالعقود في هذه المسألة في الحكم من الصحة والتوقف على الإجازة وجهان: مبنيان على جرى الفضولي في الايقاعات وعدمه، وقد تقدم الكلام فيه مستوفى فلاحظ.

فظهر مما ذكرنا سابقا " ولاحقا " : أن قصد ما ليس من مقومات البيع لا يقدح بصحته مخالفته للواقع غير أنه يتوقف على الرضا بالواقع بعد انكشاف مخالفة المعتقد له إن كان مما يقبل التوقيف عليه وإلا بطل رأسا " كالايقاعات بناء على عدم جريان الفضولي فيها أو فيما لا يقبل منها باجماع ونحوه، فلو باع مال نفسه معتقدا " للغير فضولا عنه أو باع مال غيره معتقدا " لنفسه صح فيهما وتوقف على إجازته في الأول وإجازة المالك في الثاني بعد الانكشاف أو أعتق مملوكه بظن أنه مملوك الغير فضولا بل ولو أعتقه عن نفسه كما لو دفع إليه الغاصب مع جهله، وقال: خذ عيدي وأعتقه عنك، فأعتقه عن نفسه ثم انكشف أنه مملوكه بطل العتق رأسا " لعدم الطيب في الواقع أو توقف على إجازته بعد الكشف إن قلنا بالفضولي في الايقاعات. ومنه يعلم أنه لو إذن المالك بالتصرف في ملكه معتقدا أنه لغيره لا يصح للمأذون العالم بالكيفية التصرف فيه بتلك الإذن لعدم إحرازه على تقدير العلم به بل لو أذن المالك بالتصرف في ملكه معتقدا " أنه صديقه لم يجز للمأذون التصرف فيه مع كونه عدوا " لتقييد الإذن له بالعنوان المشتبه في تطبيقه عليه فيدور مداره واقعا "، فلا إذن مع التخلف. وذلك كله واضح، وإن تأمل بعض في بعضها (١)

(١) يمكن أن يفرق بين ما لو أذن المالك لأحد في التصرف في ملكه معتقدا " أنه لغيره، وبين ما لو أذن لشخص بالتصرف في ملكه معتقدا أنه صديقه مع كونه عدوا " له في الواقع، فيقال: ليس للمأذون التصرف في الصورة الأولى مع علمه بالكيفية وأنه إنما أذن له بالتصرف لاعتقاده أن المال لغيره، فإن دليل: عدم حل التصرف في مال المسلم إلا بطيب نفسه إنما يقتضي جواز التصرف في مال الغير إذا طابت نفسه ورضي بالتصرف فيه بما أنه مال له، ولا يكفي في ذلك مجرد كون المال للمأذون بالتصرف

هذا تمام الكلام في موضوع الإجازة وشروط تأثيرها وأما حكمها من حيث كونها ناقلة من حينها أو كاشفة عن النقل من حين العقد، فقد اختلفت كلماتهم في ذلك على قولين فعن الأشهر - بل المشهور - أنها كاشفة وعن غير واحد ومنهم كاشف الرموز والفخر في الإيضاح وكاشف اللثام في النكاح وقواه في مجمع الفائدة أنها ناقلة. وأحسن ما استدل به للأول هو أن الإجازة متعلقة بالعقد فهي رضا بمضمونه وامضاء له وليس مضمونه إلا نقل العوضين من. حينه ورد بما يرجع

فيه مالا له واقعا " ما لم يكن عالما " بكونه له، وبعبارة أخرى: إن الحيثية هنا تقييدية والإذن من المالك في هذه الصورة بالتصرف في المال إنما كان بما أنه مال الغير لا بما أنه ماله، فمن جعل متاعا " أو طعاما " عند الغير ليقدمه إليه إذا حضر، فقدم له الغير متاعا " من أمتعته أو طعاما منه معتقدا " أنه هو ذلك المتاع أو الطعام المجعول عنده ليقدمه إليه إذا حضر، فلا يجوز له مع علمه باشتباه المقدم التصرف فيه والتناول منه بملاك. طيب نفس المالك به، وهو واضح.

إنما الكلام في الصورة الثانية وهي ما لو أذن شخص لآخر بالتصرف في ماله معتقدا " أنه صديقه، وكان عدوا " له واقعا "، فهل حيثية الصداقة هنا أيضا " تقييدية، فهو بمنزلة أن يقول له: كل هذا الطعام، أو تصرف في هذا المتاع إن كنت صديقا " لي، فلا يصح له التصرف مع عدم اتصافه بالصداقة بل بضدها، فتتحد المسألتان في الملاك والحكم - كما يظهر ذلك من سيدنا قدس سره - أو أن حيثية الصداقة تعليلية بمعنى كونها من قبيل الداعي لإذن المالك بالتصرف، فلا يضر تخلفها بجواز التصرف للمأذون، فمن ذبح شاة وطبخها وهيا طعاما " بداعي أن يدعو لها جماعة من المحتاجين فاعتقد بشخص أنه محتاج فدعاه إلى طعامه، وأذن له بالتناول منه والأكل في حين أن المدعو يعلم بأنه ليس منهم وأن المالك مشتبه في اعتقاده أنه

ملخصه إلى منع كون زمان العقد قيذا " للنقل ومندرجا " في مضمونه حتى يكون امضاؤه امضاء للنقل من حينه وإنما الزمان من ضروريات الانشاء وظرف له بل مضمون العقد ليس إلا مجرد النقل. وترتب الملك عليه جامعا " للشرائط إنما هو لاقتضاء وجود السبب وجود مسببه وإلا لاقتضى القبول الملك من حين الايجاب إذ ليس القبول إلا قبول مضمون الايجاب الذي هو التمليك من حينه وكون العقد مركبا " منهما لا يجدي فارقا " بينهما بعد جعل ما ذكر ملاكا " لزمان الملك. وفيه أن الزمان وإن لم يكن مأخوذا " على وجه القيدية في النقل إلا أن الانشاء وإن كان من الفضولي يحدث ربطا بين العينين ولو في الجملة المنتزعة منه إضافة كل منهما إلى من وقع

محتاج، لا يبعد القول بجواز تناوله من ذلك الطعام وعدم ضمانه لما أكله. نعم لو صرح المالك بأن طعامه مباح لمن اتصف بالعنوان الكذائي - أي الاحتياج - أو أن ذلك الطعام كان منذورا " للمحتاجين - مثلا - لا يجوز لغير المحتاج التناول منه مع علمه بذلك وأن المالك مشتبه في اعتقاده. والحاصل: يمكن أن يدعى الفرق: بين ما لو صرح المالك في مقام الإذن بالتصرف في ماله بأن المأذون من اتصف بالعنوان الكذائي، فلا يجوز لمن لم يتصف بذلك العنوان واقعا " التصرف بذلك المال، وبين ما لو إذن المالك لشخص خاص بالتصرف بما له معتقدا " بأنه متصف بذلك العنوان وكان ذلك الشخص غير متصف به مع علمه بأن المالك إنما دعاه وأذن له في التصرف لاعتقاده فيه الصداقة - مثلا - فيمكن أن يقال: إنه يجوز له التصرف وإن اعتقاد المالك تعنونه بذلك العنوان داع وباعث لإذنه بالتصرف ولا اعتبار بتخلف الداعي في العقود - عهدية كانت أم أذنية - وكذا الايقاعات، بخلاف ما إذا كان المدعو والمأذون ذا العنوان فإن المقيد ينتفي بانتفاء قيده.

له العقد عرفاً " ولو ضعيفة لم يترتب عليه أثر في الشرع، وهذا القدر من الربط والإضافة أثر للانشاء ولو كان المنشئ أجنبياً " : وهذا هو المراد من قولهم بصحة الفضولي بالصحة التأهيلية، واستدلال بعضهم على بطلانه رأساً " بأنه تصرف في مال الغير كما تقدم بتوضيح منا وإلا فمجرد الأهلية ومحض القابلية لعروض المبادلة بين العينين حاصل قبل الانشاء أيضاً "، إذ ليس الكلام فيه فيما لا قابلية له كبيع ما لا يملك من الخمر والخنزير ونحوهما فإذا حدث ربط البدلية والإضافة المنتزعة منه بالانشاء وعند وقوعه وحصل الامضاء من المالك له كان ذلك تصحيحاً " منه لذلك الأثر وتتميماً " منه للسبب المنتج للصحة من حينه، فالتصحيح وإن كان حادثاً " بالإجازة إلا أن الصحة متعلقة بالأثر السابق الحادث بالعقد لأنه أمر مجعول شرعي يدور مدار كيفية جعله واعتباره.

وبالحملة فالإجازة محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلته سبباً " تاماً " حتى كأنه وقع مؤثراً، أو للتأثير في أثره الحادث من حينه حتى كأنه وقع الربط قويا " موجبا " لترتب الأثر عليه وإن لم تكن الإجازة بهذا المعنى شرطاً اصطلاحياً " ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط ولا جزء سبب وحينئذ فالتأثير وإن كان حادثاً " بالإجازة ويحدث بحدوثه الملك إلا أنه ينسب بحدوثه إلى حين العقد الذي هو منتهى الانبساط من طرف السابق وحرف الابتداء في قولهم: من حين العقد لبيان مبدء الطرف لا مبدء الحدوث، فإن زمان الإجازة مبدؤه وحين العقد منتهاه وبملاحظة الانبساط المذكور عبر عنها بالكاشفة وامتناز القول: بها عن القول بكونها ناقلة لعدم الانبساط فيه إلا في الطرف اللاحق. وبذلك يظهر الوجه في عدم جواز التصرف فيه قبل الإجازة لعدم الملكية قبلها في الواقع وإن علم لحوق الإجازة بأخبار معصوم ونحوه كما التزم به بعض بناء منه على أن الإجازة بنفسها ليست شرطاً بل الشرط

هو كون العقد ملحقاً بها وهو شرط مقارن للعقد موصوف به حين وقوعه وإنما الإجازة محققة لوصف العقد وشرط للعلم باتصافه به كما ستعرف، هذا ولكن الوجه المذكور إن تم فإنما يتم بالنسبة إلى خصوص كشف الإجازة عن صحة عقد الفضولي دون كشف سائر الشروط المتأخرة عن صحة مشروطاتها المتقدمة عليها الواقعة كثيراً " في تضاعيف أبواب الفقه من العبادات والمعاملات. وبهذا التقرير اتضح لك صحة الاستدلال على كون الإجازة مؤثرة كذلك بعموم " أوفوا بالعقود وتجارة عن تراض " المتوجه نحو المالك المجيز بعد استناد العقد إليه بالإجازة وتنزيل انشاء الفضولي منزلة انشاءه بل رضا العاقد الفضولي المدلول عليه بانشاءه منزلة رضاه حتى كأن رضا العاقد المقارن للانشاء بعد التنزيل رضا المالك الموجب لسببية العقد وتأثيره عنده مجرداً " عن ملاحظة قبلية الزمان حتى عن لحاظ ظرفيته ولا يقدر بذلك تبعية الملك للتكليف بالوفاء المتوجه نحو المالك حين الإجازة بعد ما عرفت من الانبساط المذكور.

هذا ولكن مع ذلك كله لو سلم سلامة الوجه بهذا التقرير عن محذور تقدم المشروط على شرطه أو المسبب على جزء سببه فلا يكاد يسلم كما قيل عن محذور كون العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير بل لا فرق في الاستحالة بين كونه على صفة عدم التأثير أو عدم كونه على صفة التأثير لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه اللهم إلا أن يرجع بعد قيام الدليل عليه إلى الكشف الحكمي من لزوم ترتيب آثار الملك عليه من حين العقد لا نفس الملك وهو قول آخر في المسألة كما ستعرف. هذا كله بناء على تصحيح الكشف الحقيقي مع كون الإجازة المتأخرة بنفسها شرطاً " وقيل في تصحيحه لذلك لكن بجعل الشرط كون العقد معقبا بالإجازة وملحقاً بها وهو شرط مقارن للعقد ولحوق الإجازة إنما هو شرط

للعلم بتحقق الشرط المقارن فحال العقد في كونه ملحوقا بها في الواقع أولا مستور غير معلوم في مرحلة الظاهر تنكشف واقعيته بالإجازة وعدمها. ويتضح بهذا الوجه حال كل ما ورد في الشرع من الشرط المتأخر بارجاعه إلى شرطية الوصف المقارن المنتزع من المتأخر بوصف كونه متأخرا " فيكون وجوده كاشفا عن تحقق الوصف العنوانى في الواقع المقارن للمشروط به في الزمان فالإجازة تكشف عن سبق تحقق العنوان المشروط به العقد ويكفي في المنع عن التصرف قبلها عدم احراز شرط الصحة فضلا عن كونه مقتضى الأصل أيضا.

وأما النماء فحيث يدور مدار ملك العين في الواقع كان نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبايع تبعا " لملكية العين فيهما من حين العقد. نعم يلزم على هذا الوجه جواز التصرف قبل الانكشاف مع العلم به بأخبار معصوم ونحوه كما التزم به بعض مع أن المشهور على المنع عن التصرف، بل لعل الاجماع محكى عليه إلا أن ينزل اطلاق كلامهم على الغالب من الجهل بالواقع أو يلتزم به إن تم الاجماع عليه وإن لزم التفكيك بين الملك وحكمه من جواز التصرف بعد اقتضاء الدليل ذلك كالرهن المملوك للراهن الممنوع عن التصرف فيه والمحجور عليه الممنوع عن التصرف في ملكه. اللهم إلا أن يفرق بينهما بوجود المانع عن التصرف في ذلك من تعلق حق الغير به ونحوه لا لعدم اقتضاء الملك لذلك كما في المقام. ولكن قد يחדش الوجه المذكور بأن الوصف العنوانى أمر منتزع من المتأخر، والأمور الانتزاعية حيث لا واقعية ولا تحقق لها إلا بواقعية منشأ انتزاعها وتحققه كانت بنفسها غير قابلة للمداخلة في التأثير، بل لا بد أن يكون مداخلتها بمنشأ انتزاعها والمفروض عدم مقارنته فالمحذور على حاله. إلا أنه يمكن الجواب عنه بأن الانتزاعي وهو وصف التعقب إنما

هو منتزع عن بعدية الإجازة لا عن الإجازة نفسها والبعدية صادقة بمجرد عدم اقترانها بالعقد بعد فرض لحوقها به فالمنتزع وعنوان منشأ الانتزاع معا " مقترنان بالعقد، وهذا القدر كاف في مداخلته في تأثير العقد. توضيح ذلك: إن الأمر الإضافي: تارة يكون منتزعا " من متضايين متحدين في الوجود زمانا "، وأخرى يكون منتزعا " منهما مرتبين فيه بحيث يكون أحدهما مقدما " والآخر مؤخرا " في الزمان. وبعبارة أخرى منتزع من وجود فعلي ومعدوم يوجد في زمان متأخر ويصح اتصاف الأول من حين وجوده بالتقدم ونحوه من الأوصاف المنتزعة كذلك كالسابقة والملحوقية قبل وجود المتأخر لكونه منتزعا " من كونه سيوجد لا مما هو موجود ووجوده حينئذ كاشف عن صحة الاتصاف لا شرط لنفسه والحكم مترتب على الأول من حيث كونه متصفا " بالصفة المذكورة من التعقب والملحوقية المأخوذة في مفهومهما تأخر المتأخر، فالصفة المذكورة موجودة في الواقع والاتصاف بها محقق كذلك لكونها منتزعة من أمر سيوجد لا من أمر موجود. وهذا القدر كاف في إمكان مداخلته الأمر الانتزاعي في التأثير من حين انتزاعه كذلك.

وهذا الوجه للتخلص عن محذور ما ورد في الشرع من الشرط المتأخر بظاهره عندي أحسن الوجوه المذكورة لذلك بل هو المتعين ولعله إليه يرجع ما هو المحكي عن تقريرات شيخنا المرتضى - قدس سره - في تصحيح الشرط المتأخر: من أن الشرط في هذه الموارد ليس بمتأخر، بل المتأخر بوصف تأخره جعل شرطاً " ومعه لا تأخر للشرط فيها. فلا يحتاج في التخلص عنه إلى ما تكلف له بعض فضلاء المعاصرين: من أن الشرط في هذه الموارد ليس المتقدم أو المتأخر بوجودهما الكوني الزماني كي يلزم المحذور بل بوجودهما الدهري المثالي وهما بهذا الوجود لا يكونان إلا مقارنين للمشروط فإن المتفرقات

في سلسلة الزمان مجتمعات في وعاء الدهر.
وكيف كان فالكلام إلى هنا في امكان كون الإجازة كاشفة عن
النقل من حين العقد. وأما كونها كاشفة كذلك فيدل عليه مع ذهاب
المعظم إليه بعض الأخبار التي: منها - صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج
الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات
للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف، ضرورة أن العزل لها قبل النقل
إليها مخالف لقاعدة تسلط الناس على أموالهم فإطلاق الحكم بالعزل منضمًا
إلى عموم: الناس مسلطون على أموالهم يفيدان العزل لاحتمال كون الزوجة
الغير المدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع
على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل هذا.
وقد بقي الكلام في الثمرات التي ذكرها بين القول بالنقل والقول
بالكشف وعلى الكشف بين جميع احتمالاته، وقد سبقت الإشارة إلى بعضها
اجمالا، فنقول: تظهر الثمرة في جواز التصرف وعدمه من الأصل حيث
يكون أحد الطرفين فضوليا"، والكلام فيه مرة في تصرفه فيما انتقل إليه وأخرى في
تصرفه فيما بينهما.

أما الأول فقد قيل: إنه لا كلام في عدم جواز التصرف فيه على
كل من القولين بالنقل والكشف بجميع احتمالاته إلا على القول بشرطية
التعقب مع العلم به على الأقوى من جوازه ظاهرا " وواقعا ".
وأما الثاني فيجوز التصرف فيه مطلقا " على النقل وعلى الكشف الحقيقي
أيضا، بناء على حدوث الملك من حين الإجازة منبسطا " إلى حين العقد،
لكونه على التقديرين تصرفا في ملكه ظاهرا " وواقعا"، ولا يجوز ظاهرا " وإن
جاز في الواقع على الكشف الحقيقي مع كون الإجازة شرطا " متأخرا " كاشفة
عن حدوث والملك من حين العقد لا من حينها أو كون التعقب شرطا
مقارنا " مع عدم العلم به للأصل فيهما في مرحلة الظاهر ووقوعه في ملكه

واقعا " حيث انكشف بلحوق الإجازة ومع العلم بلحوقها جاز التصرف مطلقا " على التعقب قطعا كما عرفت. وعلى الشرط المتأخر مع الكشف عن حدوث الملك من حين العقد أمكن دعوى المنع عنه لاحتمال موضوعية الكشف بالإجازة عن حدوث الملك من حين العقد وهو بعيد جدا " وإن نسب إلى ظاهر الأكثر. وقد تقدم إمكان حمل إطلاقهم المنع على الغالب من عدم العلم بلحوق الإجازة والظاهر اتحاد حكم الشرط التعقب أو الإجازة المتأخرة والكشف عن حدوث الملك من حين العقد منعا " وجوازا " في صورتى العلم باللحوق وعدمه في مرحلة الظاهر والواقع. ويحتمل التفصيل بينهما. بل يمكن دعوى جريان ذلك كله فيما انتقل إليه أيضا لوحة المناط فيه وفي المنتقل عنه ظاهرا " .

وأما الثمرة بين الكشف الحكمي الذي مرجعه إلى انبساط مجرد الحكم وترتب آثار الملك من حين العقد وإن حدث الموضوع وهو الملك من حين الإجازة وبين غيره من الأقوال، فلا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا. هذا وربما علل منع الأصيل عن التصرف فيما انتقل عنه على القول بالكشف بجميع معانيه بأمور:

الأول لزوم الضر المنفي آية ورواية على من أنتقل إليه.
الثاني جعل الأصيل ماله عرضة للنقل عنه ولوالى بدل وكل ما كان كذلك لا يجوز التصرف فيه للقاعدة المستفادة من استقراء الموارد الجزئية التي روعى فيها احتمال استحقاق الغير له من غير ملاحظة أصل العدم في ذلك التي منها العزل لأكثر النصيبين في الحمل، ومنها عدم دفع تمام المال للوراث مع احتمال وجود وارث آخر معه إلا مع الانحصار المحرز بعد الفحص، ومنها الوقف المردد بين الترتيب والتشريك بين الطبقات مع أن الأصل عدم استحقاق اللاحقة الزيادة مع الأولى، ومنها عدم جواز التصرف

في النذر المعلق على شرط قبل وجوده أو تبين حاله إلى غير ذلك.
الثالث - إن قضية الوفاء المأمور به الالتزام بكل ما هو من لوازمه التي
منها حرمة التصرف فيه كيف والتعاهد بمعاوضة المال ونقله عن ملكه ينافيه
التصرف فيه ولا سيما بما ينافيه، ولا يتوهم استلزام المنع عن التصرف فيما
انتقل عنه للأمر بالوفاء جواز التصرف فيما انتقل إليه لعدم تبعض العقد
في الأثر، فالمنتقل عنه والمنتقل إليه يتساويان في الحكم منعا " وجوازا " لأن
عدم التصرف منه فيما انتقل إليه لا يعد نقضا " لما أبرم بالعقد بخلاف التصرف
ولا سيما المتلف منه في المنتقل عنه فإنه رجوع منه عما تعاهد عليه والتزم
به بانشائه العقد الذي تم من جانبه وإن توقف شرعا " تأثيره على إجازة الغير
وهو أمر خارج عن التزامه.

وفي الكل نظر: أما الضرر فمع أنه يختص ببعض التصرف ممنوع
تحققه مع عدم نفوذه إلا بالإجازة الراجعة إلى اختياره، وأما القاعدة فغير
مسلمة لأن استفادتها من الموارد الجزئية إنما تكون بعد العلم باتحاد مناط
الحكم في جميعها مع العلم بوجوده في المشكوك فيحكم به عليه لوجود المناط فيه.
وليس ما نحن فيه من هذا القبيل. أما في الإرث فلعدم تحقق الانحصار
فيه ليدفع تمام المال إليه مع أن الأصل عدم استحقاقه للزائد على نصيبه وكون
الشك فيه مسببا عن الشك في وجود وارث غيره والأصل عدمه لا يثبت
الانحصار فيه لكونه من الأصل المثبت، وإن ناقش في كونه منه شيخنا
في (الجواهر) - قدس سره - مع أن دفع الزائد إليه لو فرض كونه لغيره
في الواقع من الاتلاف الموجب لضمان الدافع المستلزم للضرر عليه ولا طريق
إلى ثبوت الانحصار فيه إلا بالفحص، ومع ذلك قيل بجواز تضمينه وأخذ
الكفيل منه بعد الدفع إليه لدفع الضرر عن نفسه.
وأما الوقف المردد بين الترتيب والتشريك مع عدم اطلاق يشك في

تقييده فمرجع الشك فيه حينئذ وإن كان هو الشك في كيفية جعل الواقف وأنه بنحو الترتيب أو التشريك وهو حادث ولا يمكن تعيين الحادث بالأصل إلا أنه يرجع في الحقيقة إلى الشك في مانعية الموجود من الطبقة الأولى عن استحقاق الموجود من الثانية مع كونه من الموقوف عليه أيضا بعد فرض كون الوقف مسلسلا على أولاده ما تعاقبوا وتناسلوا غير أنه شك في كونه ترتيبا " بينهم بمعنى أن وجود السابق يمنع عن استحقاق اللاحق أو تشريكا " لا يمنعه عنه، والمانعية حكم وضعي مشكوك جعله، والأصل يقتضي عدمه إذ الأحكام الوضعية المجعولة مع الشك في جعلها مقتضى الأصل عدمه من غير فرق بين كون الشرع جاعلا له أو الواقف، ولا يتوقف استحقاق اللاحق له بعد دخوله في سلسلة الموقوف عليه على ثبوت عنوان الشركة حتى يكون من الأصل المثبت وإن كان ينتج بذلك نتيجتها وبالجملة الشك في مانعية الموجود: مرة للشك في كونه مصداقا لما هو معلوم المانعية، وأخرى للشك في جعل المانعية الذي يكون على تقديره مانعا " والشبهة على الأول موضوعية وعلى الثاني حكمية وأصل العدم يجري في الثاني مطلقا " وإن قلنا برجوعه إلى استصحاب العدم ولا يجري في الأول إلا على تقدير القول بكونه أصلا مستقلا والدليل عليه بناء العقلاء إذ المفروض ليس له حالة متيقنة حتى تستصحب واستصحاب عدم وجود المانع لا يثبت عدم مانعية الموجود والشبهة في ترتيب الوقف أو تشريكه من القسم الثاني الذي يجري فيه الأصل قطعا " فافهم.

وأما النذر فالكلام فيه كالكلام في الفضولي مع الإجازة، والخلاف فيه معروف، والمسألة ذات قولين معروفين ليس المنع عن التصرف فيه قبل تحقق الشرط اتفاقيا بل لعل الأقوى فيه الجواز لكون ثبوت حق للمندور له متعلق بالمندور مشروطا " بشرط والمشروط، عدم عند شرطه مع أن الأصل

يقتضي عدمه. نعم لو قلنا بثبوت الحق له في الواقع لتحقق الشرط في علم الله ولذا قيل بالتفصيل فيه بين ما لو علم تحققه كالمشروط بوقت وما لم يعلم كان كالإجازة المتأخرة على تقدير القول بكونها كاشفة مع امكان الفرق بينهما كما قيل بناء على المنع في الفضولي قبل الإجازة لعموم الأمر بالوفاء ولا عموم في النذر المعلق حتى يتمسك به قبل تحقق شرطه مع كون الأصل فيه يقتضي العدم إلا أن الاستناد فيه إلى عموم " الأمر بالوفاء " عندي محل نظر - كما ستعرف - وأما عزل نصيب الحمل ونصيب الزوجة الصغيرة إلى أن تبلغ وتحلف للنص الخاص فلا يتم بهما تأسيس قاعدة كلية يخرج بها عن حكم الأصل.

وأما الثالث وهو التمسك بالأمر بالوفاء، فمع أنه لو تم لم يفرق بين الكشف والنقل وإلا فلا على القولين ضرورة أن الشبهة موضوعية على تقدير توقف الوفاء على تمامية السبب وحكمية على تقدير كفاية جزء السبب في ذلك. فإن قيل بالأول لزم القول بجواز التصرف على الكشف أيضا عملا بالأصل، وإن قيل بالثاني لزم القول بحرمة على النقل أيضا، والتفكيك بينهما على القولين ركيك - نمنع صدق العقد المأمور بالوفاء به قبل الإجازة ولو قلنا بها كاشفة بعد أن كان مقتضى الأصل العدم سيما على القول بكونها شرطا " متأخرا ". فظهر مما ذكرنا قوة جواز التصرف فيما انتقل عنه على كل من القول بالنقل والكشف بمعانيه ما لم يعلم لحقوق الإجازة وضعف القول بالتفصيل بينهما حتى جعلوه ثمرة بين القولين مطلقا " .

وتظهر الثمرة أيضا " على ما قيل في النماء المنفصل الحادث بين العقد والإجازة فنماء المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبايع على الكشف وكل منهما للمالك الأول على النقل وهو حسن على الكشف مع كون التعقب شرطا " أو كاشفا " عن حدوث الملك من حين العقد. وأما على الكشف الانبساطي أو الحكمي ففيه تأمل.

هذا مع العلم بتجدد النماء بين العقد والإجازة. وأما مع الشك فيه واحتمال تجدده قبل العقد كالحمل مع كون الحامل مقبوضا " للثاني بقبض صحيح كما لو وقع بعد الإجازة وشك فيه مع ذلك فهو محكوم به له ليد القاضية بملكية ما هو تحت سلطنته إلا ما علم خروجه عن ملكه فيكفي في ملكيته بعد فرض كون اليد عليه احتمال كونه له بحدوثه في ملكه، بل هو القدر المتيقن من ملكية ما يجده في داره أو صندوقه المختصين به مع عدم مشارك له في التصرف، فراجع المسألة في محلها، بل قيل بكونه حينئذ ملكه حتى لو علم أنه لم يكن له لأنه من الرزق الذي ساقه الله إليه فمع الشك واستقلال اليد عليه لا اشكال في أنه يحكم له في مقام التداعي لكونه ذا يد عليه، والأول يدعي عليه ما هو خلاف الأصل ولا يحتاج الثاني في تملكه إلى اثبات حدوثه في ملكه حتى ينفي بالأصل أيضا لكونه ذا يد عليه بعد إن كان ذا يد على الحامل بل كان ذلك كذلك حتى في تكليف نفسه فيما بينه وبين ربه.

نعم يشكل الحكم فيما لو ظهر الحمل والحامل المبيع مثلا تحت يد البائع قبل الإجازة وقبض المشتري، إذ لا يد للمشتري عليه حتى يحكم بكونه له ويد البائع عليه حينئذ على الكشف غير مالكية. ولذا كان مضمونا " عليه بالتلف قبل القبض وإصالة عدم حدوثه قبل العقد معارضة بعدم حدوثه بعده إذا كان الأثر مرتبا " على التأخر والحدوث في ملكه ولا يثبت الحدوث وعنوان التأخر بأصالة عدم التقدم، فيكون المورد من التداعي الذي لا يد لأحدهما عليه كالمال المطروح بينهما إلا أن ذلك مبني على عدم اليد للبائع عليه قبل الاقباض - وفيه تأمل بل لعله ممنوع، وعليه فينعكس الحكم ويحكم به للبائع باليد ما لم يعلم حدوثه بعد العقد فتأمل، لكن ذلك مبني على ما هو المشهور - بل الأقوى - من عدم دخول الحمل تبعا " للحامل في المبيع إلا

بالشرط خلافاً " للشيخ - قدس سره - فيدخل بالتبع، وعليه فهو للمشتري على التقديرين: إما بالتبع أو لكونه نماء ملكه.

وتظهر الثمرة أيضاً - على ما قبل فيما لو اشترى عبداً " أو مصحفاً " من الفضولي ثم كفر قبل الإجازة، صح على الكشف لكونه مسلماً حين العقد وإن أُجبر على بيعه بالكفر، وبطل على النقل لوجود المانع حين الانتقال وهو حسن إن لم نعتبر في الصحة بقاء قابلية المتعاقدين للملكية من حين العقد إلى حين الإجازة وإلا بطل على التقديرين. وتنتفي الثمرة حينئذ من البين، لكن القابلية لو فرض عدم اعتبارها لم يطرده ظهور الثمرة في أنحاء زوالها بين العقد والإجازة الذي منها زوالها بالموت، ضرورة أنه إن كان من المالك المجيز بأن مات قبل الإجازة وقلنا بكونها موروثاً - بناء على كونها من الحقوق صح على كل من القول بالكشف أو النقل، وإن لم تكن موروثاً - كما هو الحق لكونها من الأحكام - بطل على القولين أيضاً، فتنتفي الثمرة على التقديرين، إلا أنه قد مر نفوذها منه لكونه مالكاً " بناء على عدم اعتبار اتحاد المالك من حين العقد إلى حين الإجازة، وإن مات الأصيل وقلنا بعدم جواز الإجازة حينئذ لأن المأمور بالوفاء وهو العاقد المورث لم يكن، والوارث لم يكن عاقداً "، انتفت الثمرة على القولين أيضاً "، وإن قلنا بجوازها لكفاية إنشائه في حياته لنقل ملكه معلقاً في نفوذه على وارثه وتوجه الأمر بالوفاء عليه، صح على القولين وانتفت الثمرة أيضاً على التقديرين غير أنه على الكشف دخل العوض في ملك المورث ثم منه انتقل إلى الوارث، وعلى النقل انتقل من المجيز إليه بلا واسطة المورث وإن كان بسبب إنشائه.

وبالجملة ليس مظهر الثمرة بين القولين مطلق زوال القابلية بين العقد والإجازة بل يختص ذلك بصنف خاص منه نحو الكفر المانع عن تحقق

سلطنة للعاقدة على ما انتقل إليه، ولذا كانت الثمرة مبنية على القول ببطلان بيع المسلم أو المصحف من الكافر، وأما على القول بصحته واجباره على البيع فتصح الإجازة على القول بالنقل أيضا وإن أجبر بعدها على البيع، وأما لو انعكس الأمر بأن اشترى كافرا " ثم أسلم قبل الإجازة بطل على الكشف قطعا ". وعلى النقل يحتمل الصحة لأن المانع عنها ليس إلا نفي السبيل المفروض عدم تحققه إلا عند الإجازة المفروض كونه مسلما " حينها كل ذلك حيث يصح على الكشف فإنما هو على الكشف التعقبي أو الحدوثي من حين العقد. وأما الانبساطي أو الحكمي فهما كالنقل على الأظهر حسبما تقدم.

وتظهر للثمرة أيضا " - على ما قيل - فيما لو زال التمويل عن العوضين أو أحدهما قبل الإجازة، فعلى النقل بطل لعدم التمويل حينئذ وعلى الكشف صح لتموله حين الانتقال.

قلت: هو حسن حيثما لا يدخل بزوال التمويل الذي هو بحكم التلف تحت قاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع) كما لو زال التمويل عن الثمن المعين، بناء على أن الضمان بالمسمى دون المثل أو القيمة على خلاف القاعدة فليقتصر على ما قام الاجماع عليه من ضمان المبيع دون الثمن وإلا فتنتفي الثمرة على الكشف أيضا لو زال التمويل على المبيع لكونه حينئذ من التلف قبل القبض الموجب للانفساخ، إلا أن يفرض فيه كونه مقبوضا من المشتري الفضولي مع تعلق الإجازة به أيضا الكاشف عن صحته حين وقوعه إن قلنا به، فكما تكشف الإجازة عن صحة العقد تكشف إجازة القبض عن خروج البائع عن الضمان بالقبض المنكشف صحته. هذا كله حيث لا تعد الإجازة بعد الخروج عن التمويل من السفه كما لو استتبع نماء عينا " باقيا " أو قيمة كالأجرة، وإلا فيشكل نفوذ الإجازة

على الكشف أيضا كالنقل لكونها حينئذ من المعاملات السفهية الخارجة عن مقاصد العقلاء. وحيث ما تصح الإجازة. فتظهر الثمرة أيضا في جملة من الأحكام المتعلقة بالأموال كحق الخيار والشفعة والخمس والزكاة، فلو باع معييا " حين العقد ثم زال العيب قبل الإجازة فللمشتري الخيار على الكشف لكونه معييا " حين العقد وإن زال في ملكه - على أجود الوجهين فيه - ولا خيار له على النقل لكونه صحيحا " عند الانتقال ولو تبدل الشريك في حال العقد بغيره في حال الإجازة فالشفعة للأول على الكشف وعلى النقل للثاني ويحتمل سقوط الشفعة على الكشف مطلقا لأن الأول لم يشفع ما دام كان شريكا " ولو لجهله، والثاني لم يكن شريكا " حين تملكه بل الشفعة للمشتري الفضولي حيث انكشف له تملكه قبل تبدل الشريك ولو باع زكويًا " قبل تمام الحول عليه وأجاز بعده فلا زكاة فيه على الكشف لخروجه عن ملك البائع قبل تمام الحول، وعلى النقل تعلق به الزكاة غير أن للمشتري خيار التبعض لتبعضه باخراج الزكاة منه نعم مع علم المجيز به سقط الخيار بالإجازة المتضمنة حينئذ لقبوله البعض بنسبة من الثمن. ولو وهب في أثناء السنة فضولا وأجاز المالك بعد انقضائها، فعلى الكشف احتساب الموهوب من المؤنة في الخمس، وعلى النقل تعلق به الخمس فوجب اخراجه منه ودفع الباقي إلى الموهوب له.

وتظهر الثمرة أيضا فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على العوضين أو أحدهما مع وحدة المحل أو اختلافه، كما لو باع الدار فضوليا " من زيد وباعها زيد من عمرو وهو من بكر وبكر من خالد وهكذا، فللمالك إجازة ما شاء منها، فإن أجاز أحدهما صح فيه وفي ما بعده على الكشف لوقوع البيع من المجاز له حينئذ في ملكه وبطل فيما قبله لعدم الإجازة من المالك وعدم امكانها ممن ملك بعد لأنه يلزم من صحتها بطلانها إن لم نقل

بأن النقل من المالك رد لما سبق عليه من العقد وإلا فيبطل بسبب ذلك أيضا وعلى النقل تبني على ما تقدم في مسألة (من باع ثم ملك) من الأقوال فيها البطلان مطلقا " والصحة من غير اعتبار للإجازة منه أو بشرط لحقوها كما هو الأقوى، ومثله ما لو باع الدار بفرس ثم تواردت العقود على الفرس، فإن الإجازة تصح فيما أجاز وما بعده وفي الأول منها وهو بيع الدار بالفرس لتوقف صحة ما أجاز على تلك الفرس الموقوف على إجازة بيع الدار بها دون ما يتخلل بين عقد الأول والمجاز. وينعكس الحكم فيما لو تواردت العقود على الأثمان فيصح فيما أجاز وما قبله ويبطل فيما بعده كما لو باع الدار بفرس والفرس بسيف والسيف بقوس والقوس بكتاب وهكذا، فإن تملك الثمن المجاز من هذه الأثمان مستلزم لتملك ما قبله وهكذا حتى ينتهي إلى الثمن الأول دون ما بعد المجاز. هذا فيما لو تواردت على أحد العوضين. ويظهر لك منه حكم ما لو تواردت عليهما معا.

ولو عقد اثنان أو أكثر على مال دفعة أو بالتعاقب مع اتحاد المتعلق - كما لو باع الدار زيد من شخص وباعها عمرو من آخر مقارنة " لبيع الأول أو بعد - ه فللمالك إجازة ما شاء من العقدين، فإن أجاز أحدهما لغى الآخر وإن أجازهما: فإن كان العقد بنحو التعاقب كان التأثير للسابق منهما، وإن كان المجاز لاحقا "، وإن اقترنا في الزمان بطلت الإجازتان للتنافي بين مفاديهما وترجيح إحدیهما ترجيح بلا مرجح وهل يبقى العقدان على الصحة التأهيلية بأن يكون وجود الإجازتين كعدمهما أو تكون إجازة كل منهما ردا " للآخر فلا ينفع لحوق الإجازة بعده؟ وجهان. ولو اختلف المتعلق بأن عقد أحدهما على العين والآخر على المنفعة كالبيع والإجارة فإن أجاز البيع خرج عقد الإجارة عن قابلية لحوق إجازته

لخروج العين عن ملكه، وإن أجاز الإجارة لم يبطل عقد البيع رأساً " لعدم التنافي، غير أن المبيع يكون - مسلوب المنفعة مدة الإجارة - موجبا " للخيار مع جهل المشتري به لو تأخرت إجازته عن إجازة الإجارة، وكذا لو أجازهما معا " دفعة مع اقتران العقدين أو سبق عقد الإجارة لامكان العمل بهما لعدم التنافي، فتصح إجازة الإجارة مطلقا إلا إذا كانت مسبقة بإجازة البيع، أو كان عقده سابقا "، فتوقف الصحة على القول بالكشف على إجازة المشتري لانكشاف كونه مالكا " حين عقد الإجارة وهو واضح.

ولو باع اثنان من شخص واحد وأجازهما دفعة كقوله: أجزت العقدين ونحوه، فإن اتفقا في الثمن جنسا " وكما فواضح، وإن اختلفا في الجنس بأن باع أحدهما بالدرهم والآخر بالدينار، أو أحدهما بالفرس والآخر بالسيف بطلا قطعا " لعدم امكان العمل بهما وفقد المرجح في أحدهما، وإن اختلفا في محض الكم كأن باع أحدهما بعشرة دراهم والآخر بالأقل صح ولا مانع من استحقاق الزيادة لتداخل السببين في استحقاق القدر المشترك وانفراد أحدهما باستحقاق الزائد لعدم المنافاة مطلقا " حتى لو كان أحدهما كليا " في الذمة والآخر عينا شخصا غير أنه يتعين حينئذ دفع الثمن المعين فيتعين الكلي في ضمن هذا المصداق كما لو تعين عليه دفع مصداق خاص بسبب من الأسباب.

ولو اختلفا في الاطلاق والتقييد، ففي صحة كل منهما كالزيادة في الثمن أو بطلانها معا " لتضادهما في الخصوصية وهي الاطلاق والتقييد نظير اختلاف الثمنين جنسا "، أو صحة المطلق دون المشروط لخروج الشرط عن أركان العقد وسقوطه باعتبار التعارض أو صحة ما فيه أثر زائد سواء كان مطلقا أو مشروطا دون غيره كما لو كان أحدهما مع الخيار والآخر بدونه وجوه واحتمالات، أو جهها الأول.

ثم أن إجازة العقد لا توجب إجازة للقبض، فلو قبض العوض فضولا بعد العقد على المعوض كذلك وأجاز العقد فقط، فللمجيز الرجوع بالعوض على المالك بالإجازة ويرجع هو على من قبض منه العوض فضولا ما لم يكن القبض شرطا في صحة العقد كالصرف فإن إجازة العقد فيه بعد المجلس متضمنة لإجازة القبض حملا للإجازة على الصحيح، وإن أجازهما معا صح كل منهما، لا لأن إجازة القبض كاشفة عن صحته من حين وقوعه لأن ذلك مبني على القول بصحة الفضولي في القبض، بل لكفاية الرضا به من حينها في سقوط ضمانه عن البائع، وعليه فيشكل في قبض الصرف بعد تفرق المجلس لعدم الاعتبار بالقبض من حين الإجازة نعم يصح فيه على القول بصحة الفضولي في القبض وكون إجازته كاشفة عن صحته من حين وقوعه. هذا تمام الكلام في الإجازة.

وأما الرد الذي يشترط عدمه في تأثيرها، فالكلام فيه تارة في موضوعه وأخرى في حكمه وتأثيره.

أما الأول فهو إنشاء لابطال ما أحدثه الفضولي بانشائه من ربط البدلية وإزالة لقابلية العقد عن التأثير بقول أو فعل صريحين في الدلالة عليه فالأول نحو: فسخت ورددت وأمثال ذلك، والثاني كما لو تصرف فيه بما يوجب فوات محل الإجازة مطلقا " : من تلف العين أو زوال الملك كالتق ونحوه لانتفاء الموضوع فيهما حينئذ من غير فرق بين علم المالك بعقد الفضولي وجهله. وأما التصرف الموجب لزوال المالكية كالنقل ببيع ونحوه فإنما يفوت محل الإجازة بالنسبة إليه لا مطلقا " ، وليس هو صريحا " في الرد حتى يحكم بزوال القابلية عن العقد، فتصح الإجازة من المنتقل إليه بناء على عدم اعتبار كون المجيز مالكا " حين العقد غير أنه على الكشف ينكشف نقله من حين التملك بالعقد من المالك لأنه الممكن لا من حين عقد الفضولي لأنه

يلزم من صحتها كذلك بطلانها.
وبالجمله لا تلازم بين النقل عن ملكه والرد حتى يكون دالا عليه،
بل هو أعم منه، فيبقى ما كان من قابلية العقد على ما كان إلى أن تلحقه
الإجازة أو الرد المزيل لها ممن له الرد والإجازة. وقياس التصرف الناقل
هنا في الدلالة على الرد بالتصرف الناقل الدال على الرجوع في العقود الجائزة
قياس مع الفارق لأن صحة النقل في تلك العقود موقوفة على الملك المتوقف
تحققه على الرجوع، فيحكم بالرجوع بمعونة أصالة الصحة في فعل المسلم
فالنقل في مثل ذلك رجوع فعلي لا كاشف عن سيق الرجوع كما توهم،
ولا يتوقف صحة النقل هنا على الرد حتى يحكم به عليه، بل يكفي فيها
عدم الإجازة. وبما ذكرنا ظهر لك ما في (مكاسب) شيخنا المرتضى
- قدس سره - من التشويش بل المنافاة بين كلاميه هنا، حيث جعل التصرف
بالنقل كالبيع ونحوه كالتصرف المتلف للعين أو المزيل للملك كالعقود في كونه مفوتا "
للمحل عن قابلية تعلق الإجازة به مطلقا " وبين كلامه في مسألة ما لو باع ثم ملك، حيث
بنى على صحة الفضولي للأصل والعمومات وتأثير الإجازة من المالك الجديد، غير
أنه تكشف إجازته عن النقل من حين تملكه لأنه الممكن لا من حين عقد
الفضولي لاستلزام صحتها كذلك فسادها وأنه لا دليل على أن الإجازة كاشفة
عن الملك من حين عقد الفضولي مطلقا " حتى لو تجدد المالك بل من حين
الامكان، وهو فيه من حين تملكه بالعقد من المالك فراجع.
وبالجمله لو كان بيع المالك مفوتا " للمحل عن قابلية تعلق الإجازة به
كتلف الملك أو زوال الملكية عنه كيف يصح عقد الفضولي بلحوق الإجازة
من المالك الجديد، مع أن الأقوى فيه الصحة كما عرفت، فظهر أن
التصرف بالنقل ليس كالتصرف بالعقود والاتلاف وأنه أعم من الرد، وليس
بصريح فيه حتى يكون دالا عليه بل هو مجمل بالنسبة إليه. وأما لو تصرف

فيه بنقل المنفعة كالإجازة فالإجازة على تقدير صحتها وكونها كاشفة عن الملك من حين العقد مستلزمة لفساد التصرف لانكشاف كونه حينئذ تصرفا في ملك الغير، كما أن نفوذ التصرف على تقدير صحته الذي هو مقتضى قاعدة سلطنة المالك مستلزم لفساد الإجازة لعدم إمكان كشفها عن النقل من حين العقد بعد إن كان تأثير الإجازة عن الكشف من حين العقد مع اتحاد المالك وصحة كل منهما وإن كانت مستلزمة لفساد الآخر لما بينهما من المنافاة إلا أن المدار في مثل ذلك على السابق منهما، وهو هنا الإجازة، فلا يبقى محل للإجازة إلا بحملها على إرادة نقل العين مسلوقة بالمنفعة، فيكون من مسألة ما لو وقع العقد مطلقا " وأجاز المالك مقيدا " وهو خلاف الظاهر، فالتصرف المذكور رد من المالك مع علمه بعقد الفضولي وبحكمه في ابطاله مع جهله به لكون المنافاة بينهما واقعية علم به أو لم يعلم حتى على القول بالكشف الحقيقي مع كون التعقب شرطا " لأن الشرط تعقب الإجازة الصحيحة دون الفاسدة المفروض ثبوت فسادهما بسبق التصرف المذكور وهو كما لو تعقبت الإجازة مع تخلل الرد بينها وبين العقد لما عرفت من المدار في مثل ذلك.

ومنه يظهر ما في كلام شيخنا المرتضى قدس سره من الاستثناء بعد ذلك بقوله: نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصح الإجازة ضرورة كون السبب حينئذ العقد الملحق بالإجازة الصحيحة. وأما وطء الجارية واستيلاها فهو رد على الكشف مع العلم بالعقد عليه لظهوره فيه لا مع الجهل به ولا على القول بالنقل. والحاصل أن الرد كما يحصل بالقول يحصل بالفعل الدال عليه صريحا "

أو ظاهراً لعموم ما دل على ابطال العقد بالرد من اجماع وغيره غير أن الفعل منه ما هو بحكم الرد كتلف العين أو زوال الملكية، ومنه ما هو رد كالإجازة حسبما عرفت على الكشف مطلقاً " - علم به أم لم يعلم - للمنافاة في الواقع ومنه ما يفصل فيه بين العلم بعقد الفضولي والجهل به، ومنه ما هو أعم منه لا يدل عليه فلا يحكم به إلا إذا كان محفوفاً بقريضة تدل عليه.

وأما الثاني وهو حكم الرد، فقد عرفت ايجابه لابطال العقد الموجب لسقوط الإجازة مطلقاً عن التأثير اجماعاً " بقسميه من غير خلاف نجده فيه فلا يصغى إلى ما احتمله بعض فضلاء المعاصرين: من أن قابلية العقد من آثاره الوضعية التي لا تزول بالرد فلا تسقط الإجازة عن التأثير بعده إلا أن يقوم اجماع عليه.

هذا وحيثما لم تتحقق الإجازة من المالك - سواء تحققت منه الرد أم لا كالمتردد - جاز له انتزاع عين ماله أو بدله مع التلف ممن هو في يده باقباض الفضولي، ويتخير مع تعاقب الأيدي عليه في الرجوع على الكل موزعاً " عليهم بالتساوي أو بالتفاوت لاقتضاء الرجوع بالكل عليه الرجوع بالبعض بالأولوية فإن رجع على واحد سقط عن الباقيين، غير أنه إن رجع به على السابق رجع هو على اللاحق ما لم يكن غاراً " له، ولا يرجع اللاحق لو رجع عليه على من سبقه إلا إذا كان مغروراً " له، ويرجع هو على من تأخر عنه مخيراً " فيمن شاء منهم، وقرار الضمان على من تلف في يده فيرجع السابق منهم على اللاحق دون العكس إلا مع الغرور.

وبسط الكلام في هذا المقام يتم في طي مواضع.

الأول - في معنى ضمان العين وكونها مضمونة على من قبضها باقية في يده أو منتقلة عنه إلى غيره، موجودة كانت أو تالفة.

الثاني - في تصوير تخيير المالك في الرجوع على من شاء منهم في تعاقب

الأيدي المتوقف على ثبوت مال له في ذمهم مع كون الثابت - له إنما هو مال واحد إما العين أو بدلها، وكيف يجتمع اشتغالات متعددة بحسب تعدد الذمم مع وحدة المال ضرورة أنه لو استوفى من أحدهم لم يكن له شئ في ذمة الباقيين.

الثالث - في رجوع من رجع المالك عليه غير التالف في يده على غيره فنقول: أما الموضوع الأول، فليعلم أولاً أن الضمان والذمة والعهد هو بمعنى كون الشخص على حالة وصفة توجب التكليف بأداء ما هو في ذمته ومتعهد به وضامن له بسبب من أسبابه، عقداً " كان كعقود المعاملات أو غيره كاليد والاتلاف والتسبب، فهو نظير الحدث الحاصل للإنسان بأحد أسبابه الموجب للمنع معه عن الدخول في الصلاة والتكليف بالطهارة عنه للدخول فيها.

وإن أبيت عن ذلك فلنقره بتقرير آخر، وهو: كونه بحيث يكون للغير سلطنة عليه في ماله - مثلاً - بسبب من الأسباب فالديان له سلطنة على المديون من حيث ماله، ولذا يطلق عليه الملك فيقال للديان: أنه يملك على المديون كذا، فإن الملكية التي هي بمعنى السلطنة قد تتعلق بالعين الخارجية محيطة بجميع جهاتها فتضاف إليها ويعبر عنها بملك العين أو من حيث جهة خاصة منها فتضاف إلى تلك الجهة لاختصاص التعلق بها كملك المنفعة التي ليس معناها إلا السلطنة على العين من حيث منفعتها مطلقاً أو منفعة خاصة كسكنى الدار ولبس الثوب مثلاً سواء اعتبرت الخصوصية فالشرط أو بقضاء العادة، وقد تتعلق بالنفس من حيث هي كملك الرقبة أو بها من حيث ماله، فيكون له سلطنة عليه في ماله ويعبر عنه بأنه يملك في ذمته لعدم الاختصاص بما له الخاص، وهذه السلطنة تحدث لصاحبها بأحد الأسباب المتقدمة، ولعله يأتي مزيد توضيح لذلك في الموضوع الثاني.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الضمان قد يطلق على ما يفيد تحويل ما هو ثابت في ذمة أخرى، ويعبر عنه - غالباً - " بضمان المال، وهو لا يتحقق قبل ثبوت الشيء في الذمة بل هو غير معقول، لأن ثبوت الشيء لشيء فرع ثبوت المثبت له. ومنه يظهر الوجه في بطلان ضمان ما لم يجب، وأنه أمر غير معقول وهذا النحو من الضمان من العقود لأن السبب الموجب له إنما هو عقد الضمان. وقد يطلق ويراد به التعهد وكون المضمون متداركاً " عليه ويعبر عنه بضمان العين كضمان الغاصب للعين المغصوبة بل مطلق الأعيان المضمونة على من هي في يده، ويسمى هذا النحو من الضمان بضمان العهدة ولتحقيقه أسباب خاصة كاليد ونحوها. والفرق بين الضمانين: أن الأول يتوقف على المضمون عنه ليتحقق نقل المضمون عن ذمته إلى الضامن بالضمان على ما هو عند الإمامية: من أنه تحويل ما في ذمة إلى أخرى لا ضم ذمة إلى ذمة كما هو عند الجمهور، ومن لوازمه عندنا براءة المضمون عنه عن المضمون واشتغال ذمة الضامن به لاقتضاء النقل والتحويل ذلك، ولا يتوقف الضمان بالمعنى الثاني إلا على ضامن ومضمون له إذ لا نقل فيه ولا تحويل به يحدث بينه وبين المضمون له بسبب خاص كوضع اليد على ماله أو اتلافه وقد يتعدد الضامن لتحقق سبب الضمان من كل واحد منهم كالأيدي المتعاقبة على المال المضمون لأن كل واحد منهم في عرض الآخر بالنسبة إلى المالك في إيجاد سبب الضمان.

هذا وفي ضمان الأعيان المضمونة على الغير قبل تلفها تلفها بالصيغة خلاف والأظهر عندي بل الأقوى الصحة (١) وفاقاً للمحكي عن (المبسوط)

(١) في صحة الضمان العقدي للأعيان المضمونة بضمان اليد كالمغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد والأمانات عند التعدي والتفريط وجوازه قبل

و (التذكرة) و (التحرير) و (الإرشاد). وفي (الشرايع) بعد التردد قال: " والأشبه الجواز خلافاً " لثاني الشهيدين والمحققين وغيرهم، فقفوا البطلان، وتوقف في القواعد حيث قال فيه: والأعيان المضمونة كالغصب والعارية المضمونة والأمانة مع التعدي على اشكال، وفي (الكنز): منشأ الاشكال هنا كما قلنا في باب الرهن من صحة الرهن عليه وعدمها وهو أنها ليست ثابتة في الذمة فلا يصح ضمانها ومن وجود سبب ضمان القيمة وهو الغصب وأشباهه. انتهى.

تلف العين: خلاف. وأما بعد التلف وزمان فعلية الضمان بالمثل أو القيمة فلا إشكال ولا خلاف بينهم في صحة الضمان لما فيه ذمة الضامن من المثل أو القيمة، إذ هو من مصاديق الدين، والضمان للعقدي إنما شرع في المذهب لتحويله من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فينحصر الخلاف في ضمان الأعيان المضمونة قبل تلفها - كما يظهر ذلك من استدلال المانعين بكونه من ضمان ما لم يجب، ومن استدلال القائلين بالصحة بكفاية تحقق السبب في ذلك، وهو اليد، نظراً منهم بأن المسبب - وهو ضمان المثل أو القيمة - وإن لم يتحقق بعد، إلا أنه لما تحقق سببه - وهو اليد - فهو بمنزلة تحقق المسبب.

والذي يظهر من سيدنا الخال - قدس سره - عدم الاشكال في أن ضمان المثل أو القيمة وتحويله إلى ذمة الضامن بالعقد قبل تلف العين من ضمان ما لم يجب، الذي هو غير معقول. ولكنه - مع ذلك - قال بصحة الضمان قبل تلف العين، فإنه قال - في جملة كلام له -: " .. فالذي ينبغي أن يقال: إنه لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في الذمة مالا، بل اللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقاً " أو مالا، والعين المضمونة ثابتة، عهدتها في ذمة المضمون عنه، ومعنى ثبوتها في ذمته

قلت هذه المسألة، وإن وقع الخلاف فيها ولعل الأكثر فيها على المنع نظرا " منهم إلى كونه من ضمان ما لم يجب لأن الثابت في الذمة حال وجود العين إنما هو وجوب ردها والقيمة إنما تثبت بعد التلف وضماتها قبله ضمان لما لم يجب، إلا أن مصداقا " من مصاديق هذه الكلية وهو ضمان الثمن للمشتري عن البايع بعد القبض وقبل التلف مما تكرر نقل الاجماع على صحته ولعله من المسلمات عندهم، ولذا نخلص بعض عن محذور كونه من ضمان ما لم يجب بالاجماع ومسيس الحاجة إليه. وأنت خبير بأن ضمان ما لم يجب - كما تقدم - أمر غير معقول، والاجماع لا يصير غير المعقول معقولا

كونه بحيث يكون عليه رد العين مع وجودها ودفع بدلها عند التلف وهذا المعنى منتقل من ذمته إلى ذمة الضامن المستلزم لبراءة ذمة المضمون عنه - إلى أن يقول - وبما ذكرنا يتضح أن ضمان الأعيان المضمونة حال وجودها بالعقد ضمان لما يجب لا لما لم يجب وأنه على القاعدة " انتهى. هذا ولكن يمكن أن يقال أن الضمان المجعول بدليله من النبوي المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، وإن لم يكن حكما " تعليقا " مرجعه لزوم أداء مثل ما أخذ من مال الغير أو قيمته على أخذه عند تلفه، وإنما هو هو حكم تنجيزي وضعي حاصل بنفس وضع اليد على المال مرجعه كونه على عهدة أخذه وكونه ملزما بتبعاته من المحافظة عليه عما يرد عليه من الأخطار ورده إلى مالكه عند أول أزمة الامكان وتدارك منافعه المستوفاة له أو الفائتة تحت يده بأجرة مثلها وتدارك نقصه وعيبه بدفع أرشه وأداء مثله أو قيمته عند تلفه وليست الأحكام المذكورة هي المجعولة بالأصل والضمان منتزع عنها، بل المجعول ضمان عهدة المال وهو حكم وضعي أصلي وتلك الأحكام التكليفية تبعاته. وعليه فمقتضى دليل على اليد، أن ذلك الحكم المستلزم للتبعات المذكورة على عهدة أخذ المال المذكور بمجرد وضع

فالذي ينبغي أن يقال: إنه لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في ذمته مالا " بل اللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقا أو مالا، والعين المضمونة ثابتة عهدتها في ذمة المضمون عنه، ومعنى ثبوتها في ذمته كونه بحيث يكون عليه رد العين مع وجودها ودفع بدلها عند التلف، وهذا المعنى منتقل من ذمته إلى ذمة الضامن المستلزم لبرائة المضمون عنه إلا أن تجدد الدخول في عهدته إنما هو لتجدد السبب بعد الضمان لفرض بقاء العين

يده عليه فهو الملزم بها إلى زمان وصول المال لمالكه، ولا ينتقل ذلك الحكم بتبعاته إلى غير ذي اليد عليه ولو كان بتعهد منه لصاحب المال وعقد بينه وبينه إلا بدليل شرعي، فإن الأحكام أمر وضعها ورفعها بيد مشرعها والحاصل: إن مقتضى النبوي المتلقى لدى الفريقين بالقبول وهو " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " بناء على ما هو الظاهر: من كون الظرف فيه ظرف استقرار لا ظرف لغو، نظير قول القائل: عليك دينار مثلا لزيد، بمعنى يلزمك دفعه إليه، بل المراد على الظاهر أن ما أخذه ذو اليد من مال الغير عهدته عليه وذمته مشغولة به فوزره وثقله عليه حتى يؤديه إلى مالكة أداء عرفيا " بحسب حالتي بقاءه وتلفه، وعند التلف بحسب وجود مثله وتيسره وعدم وجوده أو اعوازه، وهذا معنى ضمان المال المجعول بالحديث الشريف جعلاً " أصليا " وضعيا "، ومقتضى اطلاق النبوي كون الحكم المذكور بما يتبعه على أخذ المال ومن استقرت يده عليه إلى وقت أدائه إلى مالكة بما يصدق عليه أداء عرفيا " ومقتضى ذلك عدم تحول الحكم المذكور وانتقاله إلى غير ذي اليد ولو كان بتعهد منه لصاحب المال إلا بدليل شرعي مفاده الانتقال بذلك التعهد، ودليل تشريع الضمان العقدي الناقل المقيد لاطلاق النبوي المذكور مورده الديون والأموال الكلية التي اشتغلت بها الذمم بأحد أسباب الشغل، ومقتضى الجمع بينه وبين دليل على اليد المستفاد منه كون

في يده بعده، وإلا فلو فرض زوال السبب كاليد مثلا قبل الضمان عنه بالصيغة كما لو ضمن للمالك برضائه في تعاقب الأيدي ما في ذمة الأول، التزمنا ببراءة ذمته ولم يتحقق عندنا اجماع على خلافه في هذه الصورة. فظهر ضعف ما أوردوا على القول بالصحة في كلية المسألة: من أن من لوازم هذا الضمان وخاصيته عندنا براءة المضمون عنه مع كون الغاصب - مثلا - باقيا " على الضمان وإن ضمن عنه، فهو إن صح أفاد ضم ذمة إلى ذمة ولا نقول به بل هو مذهب غيرنا ضرورة إن ما كان ثابتا قبل الضمان

غاية ضمان ذي اليد على مال الغير وصوله إلى صاحبه هو تقييد اطلاق دليل على اليد بدليل تشريع الضمان الناقل، وحاصل الجمع بينهما: أن عهدة المال المذكور على آخذه إلى زمان أدائه إلى مالكة بما هو أداء عرفا " ما لم يضمه ضامن له بالعقد بينه وبين مالكة المضمون له فتبرء حينئذ ذمة ذي اليد مما عليه، وتشتغل ذمة الضامن به لمالكه.

وما ذكره سيدنا - قدس سره - : " من إمكان تحقق الضمان العقدي بالنسبة إلى الأعيان المضمونة بقوله: لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في ذمته مالا بل اللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقا " أو مالا والعين المضمونة ثابتة، عهدتها في ذمة المضمون عنه، ومعنى ثبوتها في ذمته كونه بحيث يكون عليه رد العين مع وجودها ودفوع بدلها عند التلف وهذا المعنى منتقل من ذمته إلى ذمة الضامن المستلزم لبراءة ذمة المضمون عنه " انتهى.

غير خال عن الاشكال، فإنه وإن أمكن في مقام الثبوت انتقال ضمان المال المجعول على ذي اليد بجميع شؤونه وآثاره إلى من يضمه لمالكه ويتعهد به بتعاقد بينه وبينه، ولكن لا يكفي مجرد الامكان في الحكم بفعالية الانتقال وبراءة ذمة ذي اليد واشتغال ذمة الضامن بما اشتغلت به ذمته ما لم يقم

للتزم بانتقاله عن المضمون عنه إلى الضامن وإنما تجدد ضمانه بتجدد سببه لأن اليد المفروض بقاؤها بعد الضمان على مال الغير أيضا " سبب للضمان، وإن أريد ببقاء ضمان المضمون عنه مع عدم السبب له بعد ضمان الغير عنه فهو ممنوع أشد المنع ولا اجماع عليه متحقق عندنا، وعليه فيكون الاجماع المستفيض على الصحة في مورده من ضمان الثمن اجماعا " على القاعدة فيتسرى منه إلى غيره من مواردها لا على خلاف القاعدة حتى يقتصر على مورده. وبما ذكرنا اتضح أن ضمان الأعيان المضمونة حال وجودها بالعقد ضمان لما يجب، لا لما لم يجب، وأنه على القاعدة. ولعله إلى ما ذكرنا من الوجه يرجع ما استدل به على الصحة من وجود سبب ضمان القيمة وهو الغضب وأشباهه بإرادة دخول العين بذلك السبب في العهدة وإن كانت

على ذلك دليل من الشارع مفاده انتقال الضمان المذكور إلى الغير بالتعاقد بينه وبين المضمون له، وأدلة تشريع الضمان العقدي الناقل موردها - كما ذكرنا - الديون التي اشتغلت بها ذمة المضمون عنه وأما الأعيان الخارجية المضمونة بضمان على اليد، فلا دليل على مشروعيتها ضمانها بالضمان العقدي الناقل والتمسك بعموم النبوي " الزعيم غارم " غير واضح، فإنه مضافا " إلى ما قد يقال: إن ما يروى عن النبي صلى الله عليه وآله: من أن الزعيم غارم ليس من أخبارنا فلا يكون حجة عندنا انتهى.

يمكن المناقشة في دلالة أيضا فإن مادة الغرامة باشتقاقاتها تستعمل فيما يلزم به الشخص من أداء مقدار من المال إلى الغير بسبب موجب له من اتلاف ماله أو تلف مال مضمون له بوضع يده عليه أو استدانة مال منه، ومنه اطلاق الغريم على من عليه الدين والغارمين في آية الزكاة على من علاهم الدين ولا يجدون لها قضاء، ونحو ذلك من سائر اشتقاقات المادة المذكورة فبناء على كون المراد بالزعيم في النبوي المذكور: المتعهد بالمال

العبرة منهم محتملة لإرادة كون القيمة بعد وجود السبب ثابتة في الذمة بالقوة القريبة وتنزيل المعدوم منزلة الموجود كما صرح به (الكنز) في باب الرهن، حيث قال: "ومن وجود سبب الضمان ووجود السبب يجري مجرى وجود المسبب فإن كل واحد من هذه سبب في وجوب قيمتها لو تلفت فلها تعلق بالذمة " إلا أنك خبير بما فيه ضرورة توقف النقل والتحويل على الثبوت فعلا ولا تكفي القوة القريبة في دفع محذور المحال، فهو شرط عقلي فإن أريد من العبارة ما ذكرناه اتجه التفصيل في السبب بين ما يوجب وجوده دخول العين في العهدة وما لا يوجب ذلك كالعيب الموجب للتسلط على الرجوع بعد الفسخ بالخيار لأن سببية العيب ولو كانت قبل العقد لا يوجب دخول الثمن المقبوض للبايع في عهده قبل الفسخ فلا يصح ضمانه على المختار لكونه من ضمان ما لم يجب، ويصح بناء على كفاية مطلق السبب لتنزيل المعدوم معه منزلة الموجود فافهم.

وكيف كان فالأقوى صحة ضمان الأعيان المضمونة وأنه على القاعدة وموجب لبرائة المضمون عنه مع عدم سبب لضمانه كالكيد ونحوه بعد ضمان

الذي اشتغلت به ذمة الغير يكون مفاد القضية إن الكفيل بالمال المضمون على الغير والمتعهد به لصاحبه غرامته عليه فهو مدين بها له ملزم بأدائها ودفعها إليه. وبما أن (غارم) اسم فاعل غرم والمشتق حقيقة فيمن لبس بالمبدء في الحال لا الأعم منه وممن يتلبس به في الاستقبال، فظاهر القضية: أن الكفيل المتعهد بالمال ملزم بغرامته عند كفالاته وتعهدده فإذا كان المتعهدية دينا في ذمة الغير صح القول بأن الكفيل غارم له وملزم بأدائه فعلا للمكفول له، فالحمل على حقيقته وأما إذا كان عينا " خارجية مضمونة بضمان الغير فلا يصح أن يقال على ضمانها والكفيل بها للمضمون له أنه ملزم بغرامتها وخسارتها فعلا، بل هو ملزم بها بعد تلفها، فاطلاق لفظ

الغير عنه برضاء المضمون له بعقد الضمان لعموم: الوفاء بالعقود، مؤيدا " بقوله تعالى: " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " حيث أن المورد من الجعل الذي لا يثبت في الذمة إلا بعد العمل، فالضمان عنه ضمان لما لم يجب، وليس إلا لثبوت عهدة الجعل في ذمة الملك فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة فافهم واغتنم.

هذا ولا بأس بتذييل المسألة بضمان درك أحد العوضين للبايع أو للمشتري الواقع كثيرا " فيما بين الناس حتى قبل بمسيس الحاجة إليه.

فنقول: الضمان: مرة يتعلق بالثمن، وأخرى بالثمن وعلى التقديرين فتارة يكون متعلقه وهو المضمون عينا " شخصية وأخرى كليا " في الذمة. وعلى جميع التقادير: فأما أن يكون قبل القبض أو بعده قبل التلف أو بعده أيضا، وعلى التقادير كلها: فأما أن يكون الضمان للمشتري عن البايع،

(الزعيم) في القضية وإن كان ظاهرا " في العموم لضا من العين الخارجية لمالكها، ولكن ظهور المحمول في الغارم بالفعل مقدم على ظهور الموضوع فيتعين كون المراد بالزعيم المتعهد بدين الغير لا الأعم منه ومن العين. هذا مضافا " إلى احتمال كون المراد بالزعيم في القضية هو المتعهد بمال وجعل لشخص على عمل منه تعهدا " ابتدائيا " بلا اعتبار كون المال مضمونا " على آخر ومسبوقا " بضمانه له. وعليه فالمراد: أن الزعيم والمتعهد به ملزم بما تعهد به له على عمله وغارم له والظاهر أن المراد بالزعيم في الآية الشريفة " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " هو بهذا المعنى بأن يكون المقصود للمؤذن إني كفيل بأداء حمل بعير من الطعام أخسره من مالي لمن جاء بصواع الملك، لا أن المراد: إني ضامن لما في ذمة الملك من الجعل ليشكل بكونه من ضمان ما لم يجب، حيث إن العمل من المجعول له بعد لم يتحقق لتشتغل ذمة الملك بالجعل.

أو بالعكس للبايع عن المشتري. وحينئذ فإن تعلق الضمان بالثمن وكان شخصيا " فإن كان الضمان للمشتري عن البايع بأن خرج المبيع مستحقا " للغير - مثلا - وكان قبل القبض فهو باطل قطعا " لكونه من ضمان ما لم يجب، وإن كان بعد التلف فصحيح بلا اشكال لكونه من ضمان المال الموجب للانتقال، ومقتضاه اختصاص الرجوع على الضامن، وإن كان بعد القبض وقبل التلف فهو المتيقن مما نقل الاجماع على صحته لو انكشف فساد البيع إما لكون المبيع مستحقا " للغير أو للاخلال بشرط أو غيره، وهو مصداق من مصاديق مسألة ضمان الأعيان المضمونة، فيتخير المشتري في الرجوع على من شاء منهما من الضامن لزمانه، والبايع لتجدد ضمانه بسبب اليد المتجددة بعد عقد الضمان، وهو مظهر الثمرة بين الضمان بعد التلف وقبله بعد القبض وإن كان الضمان للبايع عن المشتري بأن انكشف فساد البيع: أما لكون الثمن مستحقا للغير، أو للاخلال بشرط من شروط الصحة، فالثمن في الأول - وإن كان مضمونا " على المشتري - إلا أنه لمالكة دون البايع، وفي الثاني غير مضمون عليه لكونه ملكه فزمانه عن المشتري للبايع خروج عما يقتضي الصحة على التقديرين. وإن كان كليا " وكان الضمان للبايع عن المشتري صح مطلقا قبل القبض وبعده قبل التلف وبعده لكون الثمن كليا " مضمونا " على كل حال وهو من ضمان المال على كل تقدير. وإن كان الضمان

ويجاب عن الاشكال تارة بكفاية المقتضى للثبوت في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلي والمقتضى قول المؤذن من قبل الملك ولمن جاء به حمل بعير، وأخرى بثبوت عهدة الجعل في ذمة الملك فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة ولعل مرجعهما واحد، وعلى كل فلم يتضح دلالة النبوي المذكور على صحة ضمان الأعيان المضمونة بضمان اليد قبل تلف العين لو سلم صحة سنده.

المتعلق بالثمن الكلي للمشتري عن البائع فباطل قطعا " لعدم وجود المحل له والمدفوع للبائع مصداقا لو وجب رده ليس متعلقا " للضمان.
هذا كله فيما لو تعلق الضمان بالثمن. ويجري الكلام مثله فيما لو تعلق بالثمن حرفا بحرف، والله العالم.
ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أيضا " وجه عدم صحة ضمان الأجنبي عن البائع أرش ما يحدثه المشتري في المبيع غرسا " أو بناء - مثلا - لو ظهر مستحقا " للغير واختار المالك قلعه من التفاوت بين القيمتين ثابتا " ومقلوعا " أو بقاءه بأجرة لعدم ثبوت شيء حتى العهدة حال الضمان في ذمة البائع حتى ينتقل بالضمان إلى عهدة الضامن وإن استحق عليه الأرش بعد اختيار القلع للتسبيب والغرور، بل لا يصح الضمان منه أيضا بالعقد وإن كان ضامنا " بالبائع بمعنى أنه يلتزم بما يغرمه المشتري لو رجع به عليه لا لما قيل من عدم الفائدة في الضمان بعد إن كان البائع ضامنا بهذا المعنى على كل حال لإمكان تصويرها فيما لو أسقط أحدهما الحاصل بسببه بقي الآخر بسببه على تقدير الصحة كذا الخيارين لو أسقط أحدهما وفيما لو شرط على البائع ضمانه بوجه صحيح فإن صح هذا كفى في الوفاء بالشرط بل لعدم ثبوت شيء حال الضمان حتى يضمه أولا " وعدم تعقل ضمان الانسان عن نفسه ثانيا " . ومنه يعلم: أنه لو كان شيء

وأما دعوى عدم الخلف في ضمان عهدة الثمن أي دركه للمشتري لو ظهر استحقاق المبيع، أو بطلان البيع لخلل فيه، فإنه مضافا " إلى ما قد يقال: لم يتحقق اجماع على ذلك، ومجرد عدم الخلف غير كاف مع قلة المتعرض لذلك من الأصحاب انتهى. وعلى كل فلا بد أن يراد الضمان بعد قبض البائع له وقبل تلفه فإن ضمانه قبل القبض من ضمان ما لم يجب ولا خلاف في عدم صحته، كما أن ضمانه بعد تلفه من قبيل ضمان الدين ولا خلاف في صحته. فما يمكن أن يدعى كونه من محل الكلام ضمانه قبل التلف ولكن

ثابتاً " فعلا في ذمة البايع لكان صحة ضمان الأجنبي عنه أولى من صحة ضمانه عن نفسه فانقده بذلك ضعف ما في الشرايع وعن (التذكرة) من التفصيل بين ضمان البايع عن نفسه و ضمان الأجنبي عنه بجوازه في الأول وعدمه في الثاني، اللهم إلا أن تمنع الأولوية لأنها مسلمة إن أريد ب ضمان البايع عن نفسه ما يفيد النقل والتحويل فإنه غير معقول لوحدة المحل، وأما تواريخه به على تقدير ثبوت شيء في ذمته ضمان العهدة، فهو من تأكد الالتزام الذي قد عرفت فائدته، وأنه أمر معقول، وحينئذ فالوجه للبطلان هو عدم ثبوت شيء حتى يتحقق معنى الضمان بأحد معنييه. ويظهر من (اللمعة) القول بالصحة مطلقاً. ومال إليه - بل قال به - (في الروضة) بناء على كفاية وجود السبب منه في ثبوته عليه جرياً " لوجود السبب مرجح وجود المسبب فيصح الضمان عنه مطلقاً ". وقد عرفت ما فيه.

لو سلمنا الاجماع على صحته فهو ليس مما نحن فيه، فإن غاية ما يستفاد من ضمان درك الثمن تعهد الضامن للمشتري والتزامه بايصاله إليه ولو بالزامه البايع بدفعة إن كان موجوداً " أو أخذه منه ودفعه لمالكه ومع امتناع ذلك أو تلفه وامتناع البايع من دفع بدله يخسره الضامن من ماله. وبالجملة ليس معنى ضمان شخص درك أحد العوضين عند ظهور استحقاق الآخر منهما أو ظهور خلل في المعاوضة هو انتقال الضمان من المضمون عنه إلى الضامن بنحو ليس للمضمون له الرجوع إلى المضمون عنه - حينئذ - لبراءة ذمته واشتغال ذمة الضامن بالمضمون بناء على ما هو الحق الذي استقر عليه المذهب من أن الضمان العقدي ناقل لما في الذمة إلى ذمة أخرى لا موجب لضم ذمة إلى ذمة أخرى حتى يجوز للمضمون له الرجوع إلى أيهما شاء كما هو كذلك عند العامة فهو عندنا حيث يشرع موجب لانتقال المضمون من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فتبرء ذمة وتشتغل أخرى، وفيما هو محل الكلام من ضمان درك

فظهر أن المسألة ثلاثية الأقوال: قول بالبطلان مطلقاً " وهو الأقوى لعدم ثبوت شيء حال الضمان حتى يصح ضمانه فهو من ضمان ما لم يجب، ويزيد - في صورة ما لو كان الضامن هو البايع - ما تقدم من عدم تعقل ضمان الانسان عن نفسه فتأمل، وقول بالصحة كذلك سواء ضمن البايع عن نفسه أو ضمن الغير عنه، وقول بالتفصيل: بين ضمانه عن نفسه

الضمن أو المضمن لصاحبه عند ظهور الاستحقاق أو الخلل في المعاوضة لم يظهر ممن تعرض للمسألة أن الثمن مثلاً المضمون على البايع عند الاستحقاق أو الخلل بضمان الأجنبي لعهدته ودركه بالعقد مع المضمون له: ينتقل ضمانه من عهدة البايع. إلى عهدة الضامن، فتشتغل ذمته وتبرء ذمة المضمون عنه، أعني: البايع ويشهد لذلك: أنهم في مقام التعبير عن الضمان المذكور قالوا: يجوز ضمان عهدة الثمن أو درك الثمن. والظاهر أن المراد بضمان العهدة أو الدرك أنه عند امتناع أخذه المضمون من البايع أو أخذ بدله عند تلفه يكون عوضه وخسارته على الضامن، فانشغال ذمته بالبدل إنما يكون بامتناع أخذه أو أخذ بدله عند تلفه من البايع وأما في صورة عدم امتناع أخذه أو أخذ بدله عند تلفه فالمكلف بالرد والأداء هو المضمون عنه وغاية ما يمكن أن يقال أنه يجب على الضامن الزامه بالأداء ولا مانع من الالتزام بذلك مع مساعدة الدليل وثبوت الاجماع على ذلك وعلى كل ليس هو من محل الكلام من الضمان الناقل من ذمة إلى ذمة أخرى وبرائة. ذمة وانشغال أخرى.

وحاصل ما ذكرناه من أول المبحث إلى آخره: أنه لم يتضح لدينا دليل على صحة الضمان الناقل بالنسبة إلى الأعيان المضمونة بضمان اليد قبل تلفها بنحو تبرأ به ذمة المضمون

عنه وتشتغل ذمة الضامن بها ومقتضى الأصل وبقاء ما كان على ما كان: عدم الانتقال.

فيجوز، وبين ضمان الغير عنه فلا وقد تقدم ما يوجب ضعف القولين بزيادة ما يضعف الأخير أيضا " .

هذا وقد بقي مورد يظهر منهم الاتفاق على صحة ضمانه وهو ما لو خيف من الغرق وقال لصاحب المتاع في السفينة: الق متاعك في البحر وعلى ضمانه وحكاية الاجماع عليها مستفيضة، مع ما قيل: إنه من ضمان ما لم يجب . ويمكن تصحيحه بأحد وجهين: الأول دعوى كونه من الجعالة كما احتمله في (التذكرة) و (التحرير) وعليه فيكون المضمون قيمة المتاع وإن كان هو مثليا " لأنه مبذول بإزاء العمل الذي هو من القيميات فتأمل الثاني بتقريب أن الممتنع من ضمان ما لم يجب هو ما كان ضمانا " عن الغير لتوقف نقله على ثبوته، وأما مجرد الضمان للمالك الذي هو بمعنى الالتزام له بتدارك ماله ببدله، فهو أمر معقول غير أن ثبوت الالتزام بهذا الالتزام الذي هو من قبيل الوعد محتاج إلى دليل سيما مع عدم كون العقد عليه متعارفا " حتى يدخل في عموم " الأمر بالوفاء " وهو موجود في المقام لما عرفت من نقل الاجماع عليه مستفيضا المعتضد بدعوى غير واحد اتفاق الأصحاب عليه إلا أن الواجب فيه حينئذ الاقتصار على مورده من خوف الغرق فهو في الحقيقة من ضمان عهدة المال للمالك الذي هو من ضمان ما يجب بعد قيام الدليل عليه. وقد تقدم في المعاطاة ما يزيدك توضيحا للمسألة فظهر مما ذكرنا: أن ضمان العين حال وجودها ضمان فعلي كما يعطيه ظهور ظهور كلمة على في حديث " على اليد " لا ضمان تعليلي كما توهم وصرح به غير واحد من الأصحاب، لا لما قيل من عدم الفرق على التعليق بين من كانت العين في يده وغيره في صدق كونه ضامنا " على تقدير لوضوح الفرق بين ثبوت المقتضي للضمان كاليد وإن توقف على شرط التلف، وبين عدم ثبوته، بل لما عرفت من ظهور الفعلي من حديث " على اليد " سيما

مع جعل التأدية غاية لرفعه في حالتي وجود العين وتلفها الموضوع الثاني في تصوير ضمان الأيدي المتعاقبة للمالك واشتغال ذمهم له بحسب تعددها بمال واحد (١) فنقول: قد عرفت أن اليد ونحوها من أسباب الضمان موجبة

(١) الظاهر مما ذكره سيدنا في هذا المقام: جعل الضمان المستفاد من دليل: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " منتزعا " من الحكم التكليفي المجعول على ذي اليد، وهو وجوب رد العين لصاحبها وجوبا " مطلقا " غير مقيد بوجودها ودائر مدار بقائها، بل لزوم الرد في جميع حالاتها وأطوارها التي منها حال تلفها برد مثلها أو قيمتها. وهذا الذي ذكره - قدس سره - أحد الوجوه التي ذكروها للضمان المستفاد من النبوي المذكور، وحاصله وجوب رد المال إلى صاحبه وأدائه إليه حسب ما يمكن من الأداء من رد شخصه الخاص أو نوعه أو ماليته. وعليه فيمكن الضمان بهذا المعنى على كل من ذوي الأيدي المتعاقبة على مال الغير، غاية الأمر يكون من قبيل الواجب الكفائي على الكل بمعنى أنه يجب على كل الأداء إن لم يؤد غيره ويسقط الوجوب عن الكل بأداء البعض ويعاقب الكل لو لم يحصل الأداء من أحدهم.

هذا ولكن القول بأن مرجع الضمان إلى الحكم التكليفي بوجوب الرد خلاف التحقيق وظاهر دليل " على اليد " فإن الضمان بمعنى التعهد بالمضمون وكونه في عهدة الضامن حكم وضعي متأصل بالجعل لدى تحقق سببه بحسب الدليل الدال عليه، فوجوب أداء المضمون وردة للمضمون له من آثاره وهو تبع للضمان المجعول بالأصل لا أنه هو المتأصل بالجعل والضمان منتزع منه وتبع له كما، أن ظاهر النبوي الشريف " على اليد ما أخذت حتى تؤدي كون المجعول على ذي اليد والثابت في عهده نفس ما أخذه من مال الغير ومرجع ذلك إلى حكم وضعي تنجيزي وهو ضمان العين المأخوذة وكونها

لدخول العين في عهدة من هي في يده التي مرجعها إلى وجوب الرد عليه مطلقا وعلى كل حال، من غير اعتبار له بحال وجودها كالأمانات المقيد ردها بوجودها، وبالجملة الاستيلاء على مال الغير موجب لرده عليه بقاعدة الاحترام، غير أن منه ما يكون الالتزام برده مشروطا بوجوده ودائرا مدار بقائه بمعنى كون وجوده شرطا " في الالتزام برده كيد الأمانات بقسميها: المالكية والشرعية، ومنه ما لا يكون مشروطا " بذلك بل يكون الالتزام برده

على عهدة أخذها وهذا الحكم الوضعي مستتبع ومستلزم لأحكام تكليفية فعلية أو شأنية توضيح ذلك: إن المجمعول والمحمول على الشخص تارة يكون من قبيل الأفعال، كما يقال: عليه صلاة كذا أو صيام كذا، فالمراد أنه يجب عليه ذلك الفعل، وأخرى يكون من قبيل الأعيان والأموال كما يقال عليه كذا من النقود مثلا فالمراد أنها في عهده وذمته وهو كفيل بها لصاحبها فيجب عليه أداءها إليه ودفعها له بما يصدق عليه أنه أداء ودفع عرفا " ، فالكون في العهدة من قبيل الوضع والتكليف بالأداء ونحوه متفرع عليه، وليس هو المجمعول بالأصل بالمعنى المذكور من الضمان فمفاد النبوي " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " أن ما أخذه ذو اليد واستولى عليه من مال الغير مستقر عليه وثابت في عهده فهو ناء بثقله وملزم بتبعاته من حفظه عن التلف وما يلحق به وتدارك نقصه الحادث وأرش عيبه وأجرة مثل ما استوفاه أو فات من منفعته وأداء مثله أو قيمته عند تلفه حتى يؤديه إلى مالكة هذا ولو تعاقبت الأيدي على مال الغير وأخذه كل لاحق ممن سبقه فربما يشكل تعدد الضمان للمال الواحد ويقال كيف يمكن خسارة كل منهم لمالكه عند تلفه مع أنه لم يستحق إلا غرامة واحدة ولا يمكن الالتزام بنظير ما التزم به سيدنا - قدس سره - من ارجاع الضمان إلى الحكم التكليفي بوجوب رد العين وأدائها عرفا " إلى مالكة وجوبا " مطلقا " بحسب حالاتها

ثابتاً " في جميع حالاته وأطواره التي منها حالة تلفه غير أن رد بدله عند التلف رد له عرفاً وطوراً من أطواره فدفع البديل حينئذ من شؤونات دفع العين وردّها ويعبر عن هذا النحو من الالتزام المطلق بالضمان والعهدة، ويطلق على العين بمجرد الاستيلاء عليها: أنها مضمونة وفي عهدة المستولي عليها وإن كانت موجودة. ومنه ظهر أن الأصل في اليد بقاعدة الاحترام هو الضمان إلا ما ثبت تقييد الالتزام برده على وجوده كيد الأمانة، فإذا ترتبت الأيدي على مال الغير دخل في عهدة الجميع وكانت مضمونة عليهم بالمعنى المتقدم الذي مرجعه إلى اشتراك الكل في الالتزام برده إلى مالكه ولو برد بدله عند تلفه لأنه من شؤوناته وليس ثبوت البديل في ذمهم بنحو استقرار المظروف في الظرف حتى يستحيل اشتغال ذمهم متعددة بمال واحد بل العين متعلقة بالذمة وداخله في العهدة في كلتا حالتها وجودها وعدمها الموجب تعلقها كذلك لتعلق بدلها عند التلف بعد تنزيله منزلتها عرفاً فالعين متعلقة بالذمة بجميع شؤوناتها لا مستقرة فيها كي يلزم المحال والتعهدات المتعددة لشيء واحد أمر معقول وثابت شرعاً " بالاجماع عندنا في ضمان كل من العوضين عن البايع والمشتري، بل قد عرفت أنه على القاعدة، فهو نظير الواجب الكفائي في العبادات، وفي المعاملات نظير القول بالضمان على مذهب الجمهور من ضم ذمة إلى ذمة مع عدم إنكار أحد منا عليهم بأنه محال، بل غاية ما قيل عليهم عدم اقتضاء دليل الضمان ذلك، بل مفاده النقل والتحويل دون الانضمام فالكل مكلفون بالرد بخطاب الوضع أيضاً " .

إذا عرفت ذلك فاعلم: أن للمالك فيما لو ترتبت الأيدي على ماله الرجوع على كل منهم أو من شاء منهم بالكل أو بالبعض موزعاً " عليهم

تعقل ملكية الانسان شيئاً على نفسه فالفارق بين البراء لما في الذمة وبين الصلح عليه: إن البراء موجب لاسقاطه ابتداءً والصلح موجب لانتقاله

بالتساوي أو بالتفاوت لأن الرجوع عليه بالكل يقتضي الرجوع عليه ببعض بالأولية ويرجع من رجع المالك عليه بما أدى له على من لحقه دون من سبقه ويستقر الضمان على من تلف في يده فلا يرجع هو على غيره، وكله مسلم عندنا من غير خلاف يعرف. وقد ظهر لك وجه الأول بما لا مزيد عليه.

إلى صاحب الذمة ثم اسقاطه عنه ثانياً "، وكذا الحال في بيع ما في ذمة الشخص وهبته له.

إذا عرفت ذلك، فنقول: إذا كان في الصلح على ما في ذمة الشخص حيثية الاسقاط مترتبة على حيثية الملك والانتقال، فمن ناحية الحيثية الأولى وهي تملك المصالح ما في ذمته وإن صح له الرجوع على من لحقه نظراً " لقيامه مقام المالك حينئذ فله المطالبة ممن لحقه بالبدل، لكن نقول: مطالبة السابق من اللاحق لقيامه مقام المالك إنما تصح فيما إذا أدى السابق البدل للمالك فيرجع بما أداه على اللاحق لكونه ضامناً " ما ضمنه. وأما لو صالحه المالك صلحاً " مجانياً " على ما في ذمته بلا عوض فلا وجه لمطالبته من اللاحق البدل. ومجرد تملك السابق ما في ذمته أنا ما بسبب الصلح ملكاً غير مستقر لا يترتب عليه سوى براءة ذمته لا يكفي في قيامه مقام المالك إذ لا بقاء للملكية المذكورة، فلا حق له يطالب به اللاحق، وإن شئت قلت: إن الصلح الذي لا أثر له إلا اسقاط ما في ذمة من صالحه المالك هو بمنزلة الإبراء، وقد ذكرنا أن المالك لو أبرأه أحد الضمناً برئت ذمة الجميع وذكرنا وجهه. هذا فيما لو كان الصلح بلا عوض، وأما ما كان بعوض فيرجع المتصالح على من لحقه بمقداره وهو واضح إذ اللاحق يضمن ما ضمنه السابق وما خسره للمالك، ثم لو عادت العين من اللاحق إلى السابق انعكس الحكم لكون السابق صار لاحقاً فلو رجع المالك عليه لا يرجع على من كان

وأما الثاني وهو الموضع الثالث من المواضع الثلاثة وهو رجوع من رجوع المالك عليه على اللاحق دون السابق عليه (١) فقد وجهه شيخنا - قدس سره - (في مكاسبه) بما لفظه: أن السابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللاحق فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا " من دون البدل وإلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه

لاحقا " بخلاف ما لو رجع المالك على من كان لاحقا فإنه يرجع على من كان سابقا " عليه لكونه لاحقا " له فعلا، وقد ذكرنا أن السابق يرجع بما غرمه للمالك على من لحقه إذا لم يكن غارا " له وأما مع الغرور فلا يرجع بغرامته عليه إذ لا وجه لرجوعه على من إذا رجع المالك عليه يرجع بما غرمه عليه لكونه غارا " له ولو تعدد الغار في سلسلة الأيدي المتوالية فكل مغرور يرجع على من غره، لا على غار مغرور آخر.

(١) إنا - وإن ذكرنا فيما سبق كيفية ضمان الأيدي المتوالية على مال الغير - وبما أنه يحصل بتكرار الكلام في ذلك زيادة وضوح، فنقول: إن ضمان الأيدي المتعاقبة على مال الغير في عالم التصور يمكن أن يكون على انحاء.

الأول - كونه من قبيل الواجب الكفائي بمعنى أن كلا من ذوي الأيدي يضمن المال لو لم يكن الغير ضامنا له. وهذا الوجه إنما يتم بناء على أن المجعول بالأصل في باب الضمان هو الحكم التكليفي والضمان منتزع منه وتبع له وعليه فيمكن كون كل من ذوي الأيدي مكلفا " بأداء المال إلى مالكة ما لم يؤديه غيره فلو أدى البعض سقط الوجوب عن الكل. ولو لم يتحقق الأداء عوقب الكل شأن الواجب الكفائي. وأما بناء على أن الضمان من قبيل الوضع لا التكليف وإن مرجعه كون عهدة الضامن وذمته

الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معينا " إذا لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له " انتهى.

وحاصله: إن اللاحق قد قبض عينا " موصوفة بكونها مضمونة ومتداركة فيضمن العين وبدلها على البديلة وليس على الأول إلا ضمان نفس العين وتداركها بالبدل، فما يدفعه بدلا عن العين مضمون على اللاحق أيضا ولو بنحو البديلة، وليس ما يدفعه اللاحق من البدل مضمونا على الأول لأن عليه تدارك نفس العين لا العين وبدلها معا " على البديلة.

وفيه أولا منع اشتغال الذمة بالبدل بعد التلف - فضلا عنه قبله - ضرورة أن قيمة الشيء المفروضة بدلا عنه ليس معناها إلا تعيين مقدار مالية الشيء المنطبق على أنواع مختلفة الحقيقة من النقود وليس لها حقيقة في الخارج حتى يصح وقوعها بدلا بل هو مفهوم منطبق على حقايق مختلفة، فليس البدل إلا ما يدفعه من العين الشخصية المنطبق عليها ذلك المقدار نعم في المثليات يمكن جعل كلي المثل بدلا وما يدفعه من المثل الشخصي مصداق لذلك

من حيث رجوع السابق على من لحقه بخسارته دون اللاحق فإنه لا يرجع على من سبقه هو أن اللاحق حيث كان وضع يده على المال الذي هو السبب لضمانه متأخرا " عن السابق الضامن له قبله ببده فقد ضمن المال المضمون على السابق بوصفه الذي هو عليه عند وضع يده عليه وأخذه منه، وهو كون بدله عليه أي على السابق فيكون ما على السابق من البدل ضمانه وخسارته وتداركه على اللاحق لأنه يأخذ المال منه ضمن ما ضمنه من بدله واشتغلت ذمته بما اشتغلت به ذمته من البدل، بخلاف السابق فإنه عند وضع يده على المال المقتضى لضمانه لم يكن المال في ضمان اللاحق ليضمن ما ضمنه ويتحمل خسارته فليس الذي عليه سوى ضمان المال لمالكة ببده ولكن اللاحق بوضع يده على المال بعد السابق يضمن

الكلي المجعول بدلا ككلي الدرهم والدرهم الشخصية، إلا أن التفكيك بين المثلي والقيمي في اشتغال الذمة وكيفية مع كونهما مفاد دليل واحد، غير متصور. وبذلك ظهر لك عدم اشتغال الذمة بعد التلف إلا بما كانت الذمة مشغولة به قبله وهو العهدة والضمان ولزوم التدارك إلى دفع البديل الموجب للخروج به عن العهدة وحصول التدارك به، فليس في ذمة السابق إلا عهدة العين لا العين وبدلها ولو بنحو البديلية.

وثانياً: " إن تم ما ذكره فإنما يتم في خصوص الأول دون غيره ممن سبق عليه من ذوي الأيدي المترتبة كما لو رجع المالك على الثالث أو الرابع - مثلاً - فإن غير الأول من السوابق قد قبضها مضمونة وعليه أيضاً " تدارك العين وبدلها على البديلية فالمدفوع بدلا عن العين للمالك مضمون عليه أيضاً " ولو على البديلية مع أن اللاحق يختص رجوعه على من لحقه دون من سبقه مطلقاً " ولو غير الأول منهم فالدليل أخص من المدعى. ومما ذكرنا ظهر لك أيضاً ضعف ما تخلص به شيخنا في (الجواهر) عن محذور تعدد الشغل مع وحدة المال بأن خطاب من لم يستقر الضمان عليه

المال لمالكة ببدله بمقتضى وضع يده العادية عليه فيخسره للمالك لو رجع به عليه كما أنه يضمن البديل للسابق ببدله لو رجع المالك على السابق وأخذ بدل المال منه فيضمنه لللاحق لكونه ضامناً ما ضمنه فيخسره له لو رجع به عليه ولو كان اللاحق للاحق، فالكلام فيه هو الكلام في السابق واللاحق إذ اللاحق سابق بالنسبة إلى من لحقه فيضمن للاحق ما أخذه ممن لحقه سابقاً بالنسبة إليه. وهذا ما أراده الشيخ الأنصاري - قدس سره - بقوله (والحاصل أن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد فتشغل ذمته أما يتدارك للعين) يعني ببدلها للمالك عند رجوعه

خطاب شرعي وأنه مجرد حكم تكليفي واختصاص خطاب الوضع بمن كان قرار الضمان عليه وهو التالف عنده ولذا يرجع غيره عليه لو عزم للمالك ولا يرجع هو على غيره لو رجع المالك عليه مضافا إلى ما فيه من التفكيك بين ضمانات الأيدي مع استفادة الكل من دليل واحد وهو حديث " على اليد ". فالأحسن في توجيه ذلك: هو أن يقال: إن من يدفع البديل إلى المالك يرجع به على من أنتقل منه إليه لأن العين مقبوضة له منه ولو بواسطة دون من انتقلت إليه منه لأن العين مقبوضة منه فكيف يمكن منه مطالبة بدلها مع كون نفس العين مقبوضة منه، وهل هو بالنسبة إليه إلا جمع بين البديل والمبدل توضيح ذلك: أن يدفع البديل إلى المالك، قام الدافع مقام المالك قهرا " فيما كان له من الحق قضاء لحق البدلية وإن كانت قهرية ومقتضاه الرجوع على من أخذ المال منه ولو بواسطة، فنسبة الأخذ من الدافع كنسبة الأول من المالك فلا يرجع به على من لم يأخذ المال منه كما لا يرجع المالك كذلك.

ثم إن ما ذكرنا كله لم يفرق فيه بين ما لو كان المدفوع بدلا عن العين أو عين الحيلولة بعد أن كان بدل العين بدلها ما دامت تالفة، غير أن عودها بعد التلف لما كان محالا عند العرف بنوا على دوام الحيلولة، وإلا فلو

عليه لكونه ضامنا لها به (وأما بتدارك ما تداركها) يعني به البديل المأخوذ من السابق عند رجوعه عليه وأخذه منه فيضمنه من تلف المال بيده ببدله بما أنه لاحق للسابق وكونه ضامنا " ما ضمنه ومتحملا خسارته بسبب تأخر ضمانه عنده بأخذه المال منه ولو بالواسطة حال كونه مضمونا عليه فيضمن له ما في عهده من البديل للمأخوذ منه ببدله (وهذا اشتغال شخص واحد) يعني به من تلف المال بيده (بشيئين لشخصين على البديل) يعني بالشيئين العين وبدلها وبالشخصين على البديل المالك أو السابق فإنه أي اللاحق نظرا "

فرض عودها باعجاز - مثلا - رجع البديل أيضا إلى مالكة الأول على حد بدل الحيلولة، وليس ذلك إلا لدوام الحيلولة عندهم في صورة التلف دون غيرها بخلاف ما لو صالح المالك على نفس العين فإنها لا ترجع إليه بعد العود لوقوع البدلية حينئذ بين العينين مطلقا لا ما دامت تالفة.

فالمقصود من دفع البديل في الصورتين تدارك ما فوته على المالك من سلطنته التي كانت متعلقة بعين ماله على حسب ما كان له فيها من السلطنة وحيث أنها لا تتحقق إلا بعد تحقق متعلق لها وجب دفعه مقدما فهو محقق لموضوع المتعلق ولذا لو عاد المبدل رجع البديل إلى مالكة الأول لانتفاء موضوع التدارك حينئذ فيملك بدل الحيلولة ملكا تاما في الملكية ما دامت الحيلولة باقية ولا ينافي ذلك تزلزلها باعتبار التقييد بها. وبما ذكرنا يظهر لك الجواب عما توهم من لزوم الجمع بين العوض والمعوض فتأمل جيدا."

لأخذه مال الغير من السابق واستيلائه عليه يضمه لمالكة ويتدارك له ببذله عند تلفه لو رجع المالك عليه بالبديل أما لو رجع المالك ببذل التالف على السابق وأخذه منه لكون يده على المال يد ضمان فيضمن اللاحق البديل المأخوذ من السابق له أي للسابق ببذله فيتدارك به لكونه ضامنا ما ضممه السابق ومشغول الذمة بما اشتغلت به ذمته من بدل المال.

والحاصل أن الضمان الطولي بالبيان الذي ذكرناه ممكن ثبوتا ولا يرد عليه ما ورد على الضمان العرضي من اشكال استلزامه استحقاق المالك على كل من ذوي الأيدي المتوالية على ماله بدلا له مع كونه لا يستحق إلا بدلا واحدا " لماله التالف. إنما الكلام في كيفية دلالة (على اليد) على الضمان الطولي بالمعنى المذكور فيمكن أن يقال في بيانه إن الحديث الشريف بعمومه يدل على ضمان كل من ذوي الأيدي المتوالية على مال الغير وتدارك به عند تلفه فبالسابق بأخذه المال من مالكة ولو بالواسطة عليه ما أخذه منه بتدارك له عند تلفه ببذله واللاحق بأخذه المال ممن سبقه أيضا عليه ضمانه وتدارك به بالبديل ومقتضى اطلاق دليل على اليد بالنسبة إلى اللاحق كونه ضامنا لما أخذه ممن سبقه في الضمان وإن أخذ

وأما نماء البدل المنفصل عنه فلا يتبع العين في الرجوع وكذا المتصل به ما لم يصدق عليه الجزئية وإلا تبع الأصل فيه وقد مر تفصيله في المعاطاة في نماء العين المأخوذة بها، فراجع هذا ولو توقف رد العين على مؤنة وجب على الضامن بذلها مقدمة للرد الواجب عليه من غير فرق بين كون المالك مباشرا " للاسترداد أو غيره وتحسب المؤنة إلى حين الايصال إلى المالك فصرف الإياب لو توقف على سفر من المؤنة إن كان المباشر غير المالك وخارج عنها إن كان هو المباشر لوصول حقه إليه قبله. ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك وطلب عوضا " عن الاسترداد غير المؤنة، ففي وجوب بذله على الضامن مطلقا لوجوب الرد عليه المقذور له بواسطة البذل أولا كذلك تنزيلا له منزلة المتعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفصل بين الأجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها بما يعد اجحافا "، أو يفصل بين ما يتوقف الاسترداد على عمل منه فيأخذ الأجرة عليه بإزاء عمله المحترم بالتراضي وإن زاد على أجرة المثل، وبين ما لا يتوقف عليه.. وجوه أقواها الأول ويتلوه الأخير في القوة ويضعف الثاني بأن دفع البدل ليس في مرتبة دفع

المالك بدله من السابق برجوعه عليه وأخذه منه وحيث إن تدارك المتدارك للمالك لا معنى ولا محصل له فلا بد من كون اللاحق عند أخذ المالك بدل العين التالفة ممن سبقه في الضمان وفرض بقاء ضمانه بمقتضى الاطلاق كونه ضامنا " للسابق البدل المأخوذ منه ببذله، وعليه فالمستفاد من دليل " على اليد " إن السابق ضامن لما أخذه من مال الغير ولو بالواسطة لمالكة ببذله ومشغول الذمة به له واللاحق بأخذه المال ممن سبقه في الضمان ضامن المال لمالكة ببذله ومتحمل خسارته له لو رجع المالك عليه بالبذل لكونه ضامنا لما أخذه من المال ممن سبقه بسبب وضع يده عليه فعليه أداء بدله للمالك عند تلفه وبمقتضى بقاء ضمانه لما أخذه من السابق إلى ما بعد رجوع المالك عليه وأخذه

العين بل منوط بعدم التمكن من ردها المفروض تمكنه منه ولو بالعوض. ومنه يظهر ضعف الثالث سيما إذا كان غاصبا لأنه مأخوذ بأشق الأحوال.

بدله منه من حيث اطلاق دليل على اليد كونه ضامنا " فعلا للسابق بدله المأخوذ منه لكونه ضامنا ما ضمنه ومتحملا خسارته. فعليه تدارك ما أخذه المالك منه من بدل العين ببذله.

والحاصل مقتضى دليل على اليد كون السابق ضامنا للمالك ما أخذه ببذله واللاحق ضامنا المال للمالك ببذله مع رجوعه عليه بالبدل كما أنه ضامن ما أخذه المالك من السابق من بدل العين لو رجع عليه به وأخذه منه فيضمنه اللاحق له ببذله وقد توافق مقام الاثبات ومقام الثبوت.

ولا وجه لما يقال من أن اللاحق إذا كان ضامنا للسابق البذل المأخوذ للمالك منه بمقتضى ضمانه ما ضمنه فالسابق أيضا ضامن ما ضمنه اللاحق من بدل المال ومقتضى ذلك ضمانه البذل له ببذله.

لأننا نقول: ليس المناط في ضمان اللاحق البذل المأخوذ للمالك من السابق كونه ضامنا " للعين ليقل إن السابق أيضا مثله في ضمان العين لمالكها ببذلها فمقتضاه ضمانه البذل للاحق بل المناط كون اللاحق ضامنا للعين بأخذها من السابق الضامن لها ببذلهها فضمنه لها في طول ضمان السابق المقتضى لضمنه العين للمالك أو بذله المأخوذ من السابق له ببذله بخلاف ضمان السابق فإنه إنما أخذ العين من مالكها أو ممن سبقه في الضمان ومقتضاه كونه ضامنا بذله للمالك أو لمن سبقه في الضمان لكونه ضامنا ما ضمنه، ولا وجه لضمنه لمن لحقه في الضمان فإنه لم يأخذ العين منه ليضمن ما ضمنه من البذل المأخوذ للمالك منه، وإنما أخذها من المالك أو ممن سبقه فيضمن البذل للمالك أو لمن سبقه في الضمان في صورة أخذه المال منه دون ما لحقه في الضمان، فتأمل في ذلك تعرف.

هذا وحيثما أخذ المالك العوض عن الاسترداد إما مطلقا، أو على أحد التفصيلين، فهل له الاكتفاء بالعوض عن استرداد العين لأن المقصود من دفعه هو التوصل إلى حقه الراجع أمره إليه، أولا لأنه مأخوذ عوضا " عما لم يفعله فيكون أكله أكلا للمال بالباطل؟ وجهان. ولعل الأخير هو الأقوى، فيرجع حينئذ بما دفعه للمالك عوضا " عن الاسترداد ويغرم له بدل الحيلولة إلا أن يقوم بالاسترداد.

هذا ولا يرجع الأول بما دفعه عوضا عن الاسترداد أو مؤنة للرد على من لحقه من الأيدي المتعاقبة لأنه خارج عن عهدة العين وبدله وإن وجب عليه من باب المقدمة.

ثم لو رجع المالك على الأول بالقيمة في القيميات بدلا عن العين أو الحيلولة فدفع نقدا " خاصا "، فهل يتعين في رجوعه على من لحقه دفع مثل النقد المدفوع بدلا لأنه القابل للبديلة لما عرفت من عدم قابلية وقوع القيمة من حيث هو بدلا بعد إن كان معناها ليس تعيين مقدار المالية، أوله دفع نقد آخر مما ينطبق عليه مقدار المالية كالأول بالنسبة إلى المالك بعد فرض كونه بالدفع قائما مقامه؟ وجهان والله العالم.

تذييل

لو مزج المشتري المبيع فضولا مع رد المالك بماله، ثم أودع المجموع عند شخص أمانة، ففي وجوب رد الجميع إليه مع المطالبة أو القسمة ودفع ما يتعين له بها قولان (١) والأول ظاهر الأكثر، لتصريحهم في مسألة ما لو

(١) الذي ينبغي أن يقال في المسألة ونظائرها مما يكون مال الغير تحت يد شخص ضامن له فمزجه بماله ثم أودع المجموع عند آخر: إن الكلام يقع في مقامين:

مزج الغاصب المغصوب بماله ثم أودعه بأنه يجب على الودعي رد الجميع إليه مع المطالبة، بل الفتوى بذلك منسوبة إلى الأكثر، بل المشهور، بل عليه الاجماع المحكي في (الغنية) و (السرائر) صريحا وفي (الإيضاح) وغيره ظاهرا". وفي (مفتاح الكرامة): رد " الجميع على المودع خيرة المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والشرايع والنافع والارشاد والتنقيح وإيضاح النافع والرياض والغنية والسرائر وفي الأخيرين الاجماع عليه. وهو - أي الاجماع ظاهر الإيضاح وشرح الإرشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد حيث نسب فيها إلى الأصحاب. وفي إيضاح النافع: إنه المشهور وأنه يشهد له النظر " انتهى. بل وفيه أيضا " : " إنه أول من تأمل في ذلك المصنف في (التذكرة) فإنه - بعد أن أفنى برد الجميع - قال: و " يحتمل عندي رد قدر مال اللص إليه واحتفاظ الباقي لمالكه والقسمة هنا ضرورة المشعر ذلك باطباق من تقدم عليه على ذلك " .

قلت لم أعتز له على وجه في كلماتهم يصلح لذلك، فالمسألة مشكلة جدا " . ولذا اضطربت فيها كلمات متأخري المتأخرين. وقوى بعضهم احتمال القسمة فيه، بل اختاره.

المقام الأول فيما تقتضيه القاعدة بالنسبة إلى الحكم من ناحية المزج، وأن صاحب المال ماذا يستحق، وما حكم المسألة من تلك الناحية، المقام الثاني فيما تقتضيه القاعدة من ناحية الوديعة وما يكون حكم الودعي، فهل يجب عليه دفع المجموع للمودع عند مطالبته لذلك أو يجب عليه حفظ المقدار الذي يستحقه صاحب المال المضمون له ليدفعه إليه، وأما المودع فيدفع إليه ما يستحقه من مجموع المال فقط ولا يجوز له دفع الكل إليه. أما الكلام من الناحية الأولى، فهو إن مزج الغاصب أو من هو بمنزلة مال الغير بماله: تارة يكون بحيث تذهب به صورة مال الغير

والذي يمكن أن يكون وجها " لهم في ذلك: أما دعوى التلف الحكمي بالمزج أو منع كون المورد من موارد القسمة التي يتولى أمرها غير الشريكين وتنقيح ذلك موقوف على ذكر مقدمة تتكفل لبيان أمرين: الأول بيان معنى الشركة المزجية وسببية المزج لها، والثاني في بيان القسمة للشركة الحاصلة بالمزج.

النوعية حقيقة أو عرفاً "، كما لو مزجه بغير جنسه واستهلك فيه، كمزج مقدار من الحليب باضعافه من الماء بنحو موجب لذهاب صورة الحليب حقيقة، و كخلط مقدار من دقيق الحنطة - بطحين الشعير - مثلاً - بنحو تذهب صورة الحنطة بالمزج وتنقلب إلى صورة الشعير عرفاً "، وأخرى - لم يستهلك مال المغصوب منه في مال الغاصب ولم تذهب صورته النوعية، كما لو امتزج بجنسه أو بغير جنسه مع بقاء صورته النوعية كمزج حقة من الحليب بمقداره من الماء.

وبالجملة، فرض الاستهلاك إنما يتحقق بالامتزاج بغير الجنس مع ذهاب الصورة فلو مزجه الغاصب بجنسه، فإن كان مال الغاصب مساوياً " لمال المغصوب منه، من حيث الجودة والرداءة اشتركا في العين شركة حقيقية وأما لو كان مال المالك المغصوب منه أجود من مال الغاصب اشتركا في المالية، فيباع المجموع ويعطي المغصوب منه مقدار قيمة ماله، ولا يصح الاشتراك في العين في الصورة المذكورة، إذ لو أعطى المالك مقدارا " من العين زائداً " على مقدار ماله بدلا عن وصف الجودة استلزم ذلك الربا بناء على جريانه في غير المعاوضات من الضمانات كما هو الأقوى. وبما أن صفة ماله محترمة فتباع العين ويعطى من القيمة مقدار ماله موصوفاً " ولو كان مال الغاصب أجود، فلا مانع من الاشتراك الحقيقي في العين إذ لا احترام لوصف الجودة حينئذ فيستحق المالك من العين مقدار نسبة ماله إلى المجموع

فنقول مزج المالين لا يخلو من صور لأنه: إما أن يكون المزج بحيث يتولد منه شيء ثالث ينتفي عنه اسم كل منهما ولا يصدق عليه إلا اسم المركب منهما كالدهن بالدبس واللبن بالعسل - مثلا - مزجا " تاما بحيث لا يكاد يدرك جزء منه إلا وهو مركب منهما أولا يخرج به عما كان يصدق عليه قبله وكان مع ذلك لا يتحقق جزء إلا وهو مركب منهما كمزج المتساويين جنسا " ووصفا " نحو الدهن بالدهن والدبس بالدبس، أو يكون المزج بمثله بما يرتفع التمييز بين أجزائه إلا أنه لا تركيب في الأجزاء منهما بل يكون كل جزء

ووصف الجودة فيما يستحقه موهبة من الله تعالى. ولو كان المزج بغير جنسه ففي صورة الاستهلاك وعدم إيجابه زيادة مالية في المزيد عليه لم يضمن الغاصب إلا بدل العين التالفة بالاستهلاك، ولو أوجب الزيادة في المالية اشتركا من نفس العين مقدار مالية مالهما لعدم لزوم الربا في غير الجنس وبالجملة امتزاج المالين موجب للشركة في العين ما لم يكن محذور في البين وفي غير صورة الاستهلاك حكمه الاشتراك في العين بمقدار مالهما ووصف الجودة لمال المالك مضمون على الغاصب لأنه محترم فيحسب له أرشه بخلاف وصف الجودة لمال للغاصب فإنه لعدم احترامه لا يحسب له أرشه فالزيادة الحكمية للمالك محترمة بخلاف الزيادة الحكمية للغاصب فليس لها احترام. هذا وأما الكلام في المقام الثاني وفيما يجب على الداعي، فالذي ينبغي أن يقال فيه: إنه في صورة مزج الغاصب مال الغير بماله بنحو تذهب صورته النوعية حقيقة أو عرفا كما إذا كان المزج بغير جنسه بنحو ما مر سابقا " بحيث عد مال الغير تالفا بسبب استهلاكه في مال الغاصب ولم يوجب زيادة مالية في ماله، فينتج حينئذ ما نسب إلى الأصحاب من الفتوى بوجوب رد الجميع إلى الغاصب عند مطالبته للداعي إذ لم يبق للمالك حق في المال الذي أودعه الغاصب بعد أخذ بدله من الغاصب، بل بلزوم بدله عليه

من المال مختصا " بأحدهما في الواقع كمزج الحنطة بمثلها، أو يكون الخلط بين الأفراد المتشابهة على وجه لا يميز بعضها عن بعض كالدرهم بالدرهم والدنانير بمثلها والثياب ببعضها ببعض من المثليات والقيميات المتشابهة. إذا عرفت ذلك، فاعلم أن الذي يقتضيه تحقيق المسألة هو أن يقال إن المزج في الصورة الأولى موجب للتلف حكما " وهو واضح بعد أن كان

لكونه تالفا "، فنتشغل ذمة الغاصب ببذله ويخلص المال للغاصب ويلزم الودعي رده عند المطالبة. وأما في غير الصورة المذكورة فوجوب رد الودعي جميع ما استودعه الغاصب عليه كما نسب إلى الفتوى من الأصحاب بل جوازه مشكل غاية الاشكال: (وما) قد يدعى من الاستدلال على ذلك بما دل على وجوب رد الأمانات (ممنوع) كما يقول سيدنا قدس سره فإن تلك الأدلة إنما دلت على وجوب الرد إلى أهلها فلا تشمل ما كان مشتملا على غيرها مما هو أمانة شرعية يجب حفظه لمالكه حيث كان المال مشتركا بين الغاصب والمغصوب منه بالعين أو بالمالية وكيف يجب أو يجوز تسليمه لمن لا يجوز له أخذه والتصرف فيه بدون إذن شريكه وإبقاء المال عند الودعي وعدم تسليمه للمالكين منع لهما عن ملكهما بلا حق ومخالف للزوم رد الأمانة لمالكها عند المطالبة والامكان، فلا مناص عن قسمة المال وتسليم حصته المودع منه إليه وإبقاء حصة المالك ودفعها إليه عند الامكان. وقد يشكل بأن القسمة ربما تتوقف على المعاوضة كما في صورة الحكم باشتراكهما في مالية العين على ما مر من أنه يباع المجموع ويعطى حصة كل منهما من القيمة فالقسمة تتوقف على التراضي من الطرفين ولا شبهة في عدم رضا الغاصب، فإنه يطالب بالمال كله فكيف يرضى ببيعه وإعطائه حصته من القيمة. والحكم بنفوذ البيع عليه - وإن لم يتحقق الرضا منه - حكم ضرري مرفوع.

الدفع من الممتزج دفعا " لغير ماله جنسا " ووصفا " والزامه بقبوله حكم ضرري منفي عقلا ونقلا، فيدفع له المثل دون مقدار ماله من الممزوج، والمدفوع

ويمكن دفع الاشكال بأن مورد الاشتراك في المالية صورة واحدة من الصور التي ذكرناها فيما تقدم، وهي صورة ما إذا كان مزج مال المالك بجنسه من مال الغاصب وكان مال المالك أجود من مال الغاصب، فيقال إذا كان إبقاء المال عند الودعي مع مطالبة مالكة غير جائز. وكذا رده بأجمعه للمودع فإنه بالنسبة إلى مقدار مال المالك منه دفع له إلى غير مالكة بدون رضاه وإبقاء مقدار حصة المالك منه من نفس العين لا يصلها إليه بلا تدارك وصف الجودة للمالك ودفع الباقي للغاصب مع كون الوصف مضمونا " له عليه ليس لبقاء لما يستحقه المالك فإنه إنما يستحق الموصوف بالجودة من المال وتدارك

وصف الجودة بمقدار من العين زائد على مقدار ماله ودفعه له مستلزم للربا على ما هو الأقوى، فلم يبق وجه يمكن المصير إليه إلا الحكم بالاشتراك في المالية وبيع المال وإعطاء المالك من القيمة مقدار ماله موصوفا " بالجودة وإعطاء الباقي للغاصب فلا بد من المصير إليه. وأما ما ذكر - من أن الحكم بنفوذ البيع مع عدم رضا الغاصب به في حين أن المبيع مشترك بينه وبين المالك حكم ضرري مرفوع - فيمكن أن يقال - مضافا " إلى أنه لا بد منه إن الضرر لم ينشأ من ناحية حكم الشارع بل السبب فيه غصب الغاصب المال ومزجه بماله ولو لم يكن غاصبا " كما لو كان معتقدا " بأن ما مزجه بماله هو له أيضا " فالضرر أيضا لم يكن من ناحية الحكم الشرعي بل منشأ جهله واشتباؤه ثم إن القسمة حيث صحت لكونها ضرورية لا مناص منها يرجع بها إلى الحاكم الشرعي على الأحوط، بل الأقوى، فإنه ولي حصة المالك الغائب. ثم إن هذا يختلف عما ذكره سيدنا - قدس سره - بعض الاختلاف. والله تعالى هو العالم بحقائق أحكامه.

هنا بدل العين لا بدل الحيلولة وإن كان مقيدا " بما دام ممزوجا " ، وفي الثانية
يحتمل قويا " تنزيهه منزلة التلف أيضا " لتفرق أجزائه المستحيل عادة اجتماعها
الموجب لانتفاء مالية كل من المالين وحدث مالية أخرى قائمة بالموجود
المركب ضرورة أن المالية إنما تعرض على الأجسام بوصف اجتماعها لا مطلقا "
فلا مالية لكل جزء جزء بالانفراد، ومن حيث هو وحينئذ فعلى المازج
غرامة المثل إلا أنه لما كان المثل من الممزوج المركب مشتملا على أجزاء
هي من عين ماله وجب الدفع منه بالخصوص لكونه أقرب إلى دفع عين
ماله من غيره من الأمثال، بل هو من دفع العين بقدر الامكان، فكما
أن دفع المثل مقدم في المرتبة على دفع القيمة لكونه أقرب إلى دفع العين
منها، ضرورة إن دفع القيمة ليس فيه إلا رعاية مالية المال فقط وفي دفع
المثل رعاية للمالية ولمادة المال في الجملة لقربه منه بالمشابهة، فكان أولى
بالتقدم، فكذا نسبة هذا المثل الشخصي المركب من المالين بالنسبة إلى سائر
الأمثال لكونه مشتملا على جملة من نفس أعيان ماله، فهي مضمونة على
المازج بالمزج وفي عهده بمثل خاص لا بمطلق المثل، وهو الوجه في الشركة
لكونه مضمونا " بقدره من الممزوج المركب لا بمطلق المثل الذي لا يتعين بدليته
بخصوصه إلا بعد الدفع وغير مضمونة على الودعي ولا داخله في عهده
بعد أن كان معناها رد العين مع وجودها ورد مثلها بعد التلف غير الممكن
في المقام لعدم إمكان رد العين لتفرق أجزائها ولا رد مثلها لأنها مضمونة
بالمثل الخاص الذي هو ملك المازج، لا كلي المثل حتى يدفع الودعي له
مصدقا " من ماله. وأما مال الغاصب المأخوذ أمانة فيجب رده ولو برد
الجميع مقدمة بعد أن لم يكن مال المغصوب منه في ضمانه وعهده.
هذا بناء على تنزيل تفرق الأجزاء منزلة التلف وأما بناء على عدم
صدق التلف عليه لا موضوعا ولا حكما، فإما أن نقول بحصول الشركة

الحقيقية بنحو الإشاعة بدعوى ما عرفت من انتفاء المالية من كل المالكين بالمزج وحدوث مالية أخرى قائمة بالموجود المركب مملوكة لكل منهما لأنه أما أن لا يكون مملوكا " أو يكون مملوكا لأحدهما " دون الآخر والأول باطل لأنها مسببة عن مواد المالكين المملوكين، والثاني ترجيح بلا مرجح، فتعين الثالث أو نقول بالشركة الحكمية دون الحقيقية لبقاء ذوات أجزاء كل من المالكين على ملك مالكة لعدم الدليل على انتفاء الملكية بانتفاء المالية والأصل بقاؤها: فعلى الأول يتعين القسمة ولا مناص عنها. وعلى الثاني فقسمتها مشتملة على المعاوضة جزما " كالقسمة الردية المستلزم تعديلها إلى ضميمة خارجية ولعلها خارجة عن ظاهر كلامهم في تعريفها بأنها تعيين حق وافرار حصص واختصاص التعريف بما كانت الشركة بنحو الإشاعة. وعليه فالقسمة موقوفة على التراضي لاشتمالها على المعاوضة وخارجة عن قسمة الاجبار إلا مع امتناع أحد الشريكين عنها ومطالبة الآخر لها مع عدم الضرر وإذا لم يكن مورد القسمة دار الأمر بين التسليم إلى الغاصب أو المغصوب منه ووجوب رد الملك إلى مالكة في كل منهما معارض بمثله في الآخر فلا بد من ترجيح أحدهما ولو بأدنى مرجح بعد إن كان الإبقاء عنده منعا " للمالكين عن ملكهما ومخالفا للدليل في كليهما. ولعل الترجيح حينئذ في التسليم إلى الغاصب بما دل على رد الأمانات بعد تعارض دليل رد الملك من الجانبين وتساقطهما من البين. هذا أقصى ما يتصور في توجيه قول المشهور وفيه مضافا " إلى منع شمول ما دل على رد الأمانة لما كان مشتملا على غيرها، مع كونه لو سلم معارض بمثله في جانب الآخر لكونه أمينا " له أيضا بالأمانة الشرعية كيف يجب تسليمه لمن لا يجوز له الأخذ والتصرف فيه بدون إذن شريكه بعد أن كان المال مشتركا بينهما موضوعا " أو حكما " وما ورد مثله في وجوب دفع الخراج لغير أهله وإن حرم عليه الأخذ

فدليل قوي دل عليه مفقود مثله في المقام. وأما منع كونه مورد القسمة
فمكابرة وإن تضمنت المعاوضة لوجوب حفظ المال على من هو في يده ولو
بتلف بعضه لو توقف عليه، فإذا وجب حفظه ولو بتلف بعضه فبالتعويض
وأخذ بدل التالف يجب بالأولوية، فالقسمة هنا ضرورية فإذا كان من مواردها
تعينت القسمة. وهل له توليتها لأنه أمين وهو المخاطب بالحفظ بحسب
الامكان أو يرجع بها إلى الحاكم؟ ولعل الأخير هو الأقوى والأحوط
والله العالم بحقائق أحكامه
إلى هنا ينتهي الجزء الثاني، ويليه الجزء الثالث. وأوله:
رسالة
في أخذ الأجرة على الواجبات

(٣٨٣)