

مکتبۃ العکس لیلیم العاشر

1.

بلغ من ذر الفقيه

مجموعة بحوث ورسائل وقواعد فقهية لامة تسد
ضرورة الفراغ في التشريع الاسلامي والفقه
الاستدلالي لاغي الفقه والقانوني من معرفتها .

تَصْنِيف

المحجوب المحفوظ السير محمد آل عمر العلوم - فدرس سره .

شرح وتعليق

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

الجزء الثاني

رسالة

فيأخذ الأجرة على الواجبات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(مسألة) المشهور نقلاً وتحصيلاً عدم جوازأخذ الأجرا على الواجبات مطلقاً تعبدياً
كان الواجب أم توصلياً عينياً كان وجوبه أم كفائياً^(١) بل

(١) محصل الكلام في المسألة المذكورة : أن الواجب أما أن يكون نظامياً . وهو ما يتوقف عليه نظام البلاد والعباد ، ويلزم من عدمه احتلال عيش الإنسان . وإنما أن لا يكون كذلك.

أما الواجبات النظمية ، فلا مانع من أخذ الأجرا عليها . سواء كانت عينية أم كفائية ، تعينية أم تخيرية . إذ النظام إنما يتوقف فيها على بذل العمل وإصداره وعدم حبسه واحتقاره ، ولا يتوقف على كون المبذول من العامل وال الصادر منه بنحو التبرع والمحانية ، فيجوز للعامل أخذ الأجرا من المستأجر له على نفس العمل ، وان وجب عليه إصداره .

وبتعبير آخر : إن للعمل الصادر من الشخص له حيّثيات حيّثية الإيجاد والإصدار وهيّثة الوجود والتصدور ، وما يتوقف عليه نظم العيش ويلزم من عدمه احتلاله في الواجب النظمي ، هي الجهة الأولى من العمل ، وهي حيّثية الإيجاد والبذل من وجب عليه ، ولا معنى لتعلق الإجارة بها ، إذ هي قائمة بشخص الموجد ولا يعقل تملّيكها وللمعاوضة عليها بعقدها .

نعم الجهة الثانية منه . وهي الجهة الاسم المصدرية من العمل ، أعني ذاته وما يكون به العمل عملاً ويمكن تملّيكه وللمعاوضة عليه ، فلا مانع من

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

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

استيحر العامل عليه ، ولم تكن مقووريته 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 وتكييفه إنما يتعلق بذات العمل نفسه ويكون المكلف ملزما به ومقوورا عليه فلا يكون ملوكا له ومقدورا عليه ، فان 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 بإزاره أكل له بالباطل.

هذا إذا كان نفس العمل ذاته 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 ، والاحتلال يحصل باحتكاره وحبسه ، والضرورة تقدر بقدرها ، فاللازم على العامل بذله ، والمنوع منه حبسه ، وأما كون ذات العمل بنحو التبرع والمحانية فهو التزام بلا إلزام ، وعليه فلنر بمثله لا يوجب سلب ماليته ، فيجوزأخذ الأجرة عليه من استأجره على ذات العمل نفسه ، وكما يجب على التاجر عند المخصصة بذل ما عنده من الطعام ويحرم عليه احتكاره ، ولا يلزم حينئذ التبرع به وبذله . مجانا . بل له بيعه وأخذ ثمنه من المشتري فكذلك

لا يشمل ما لو كان البذل لأجله بنحو العطية وشبها ، وان وجب البذل بسبب ، كما لو نذر أن يعطي درهما لمن صلي الفريضة فإنه يجوز أحد المنذور حينئذ بلا اشكال فيه ولا خلاف .

هذا وليعلم أولا انه يعتبر في صحة الإحارة وغيرها من سائر عقود المعاوضات وتأهلها لترتيب الأثر عليها أمور :

الواجب النظامي ، فيجوز للطبيب المعالج والخبار والخياط ونظائهم من 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 من وجب عليه بل كان قابلاً لنيابة الغير عن وجب عليه ، بأن ثبت بالدليل صحة تبرعه به عنه ، تصح الإحارة عليه ، تعبد يا كان أم توصلاً عينياً كان أم كفائياً . فإذا وجب الجهاد على شخص . عينا أو كفاية . فله استيحرار من لا يجب عليه لي jihad عنده ، بناء على قوله للنهاية ، ومثله ما وجب على ولد الميت من قضاء ما فاته من الصلاة نيابة عنه ، فله استيحرار غيره على أدائها نيابة عن الميت : وأما ما وجب على الشخص عينا ، فلا يصح استيحرار 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 محراً عليه لا يصح استيحرار عليه لعدم قدرته شرعا على الفعل وكذا ما وجب على الشخص كفائية لا عينا ، فإنه . وإن لم يكن كالواجب العيني من جهة سلب اختياره عن الترك ، فله تركه عند قيام الغير به من وجب عليه كفائية ، ولكن مع ذلك لا يصح استيحرار عليه من لا يجب عليه ولا يتطلب منه ، أصلا ، إذ لا يملك المستأجر عمل الأجير باستيحرار له في في قبال ما يدفعه له من الأجرة ، وما يأتي به الأجير إنما يأتي بما وجب

الأول . ان تكون المنفعة المستأجر عليها مثلا عائدة ولو بنوع من الملاحظة إلى المستأجر بحيث يتعلق له بما غرض عقلائي ، وان كانت بنفسها ترجع لغيره ، بل ولو لنفس الأجير كما لو استأجره على بناء دار نفسه لكن حيث يكون له في ذلك غرض عقلائي والا كانت المعاملة عليه سفها

عليه كفاية ، ولا يكون عمله للمستأجر بإزاء الأجرة ، وبمجرد كون المستأجر حاملا له على الإيتان بما وجب عليه ومعينا له ببذل الأجرة ، لا يصح الاستيحرار ما لم ينتقل نفس العمل من الأجير إليه في قبال ما انتقل منه إليه من الأجرة بمقتضى المعاوضة.

والحاصل ، كما يعتبر في متعلق الإحارة كون العمل مقدورا للأجير فعلا وتركا . كما ذكرنا . كذلك يعتبر إمكان حصوله للمستأجر وملكيته له بالاستيحرار بماله من الآثار ، فأكل الأجير المال بإزاء إيتائه ما وجب عليه كفاية لنفسه بماله من الآخر ، أكل له بالباطل ، بل الأمر كذلك فيما لو كان العمل المستأجر عليه مستحبا لقراءة الأجير القرآن لنفسه.

هذا ولو كان العمل واجبا على كل منهما بال المباشرة كالصلاحة اليومية وصوم شهر رمضان . مثلا . فعدم صحة استيحرار الشخص عليه واضح ، سواء استأجره المستأجر ليصللي أو يصوم عن نفسه أو عن المستأجر . أما لو استأجره على العمل لنفسه لا للمستأجر ، فلوجوب ذلك عليه عينا وعدم كونه مملوكا له كما ذكرنا مضافا 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 بال المباشرة لا يصح استيحراره 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 من وجب عليه

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

العمل المذكور أيضاً كفاية كالجهاد . مثلاً . بناء على قبوله للنيابة ، صح الاستيحرار ، فإن النائب نظراً إلى عدم وجوب الجهاد عليه عيناً مالك لعمله المستأجر حيث لا يعتبر فيما وجب عليه من الجهاد المباشرة بنفسه بل له استنابة غيره عنه فهو قابل لأن يملك عمل الأجير بدلاً عما يدفعه إليه من الأجرة فيصح استيحراره ، ويكون المجاهد هو المستأجر بنائه وبذنه التزيلي ويسقط الوجوب عنهما بفعل الأجير . كما لا يخفى . نعم ، لو استأجره على العمل لنفسه بما يتربّ 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 الاستيحرار ما لم يدخل ذلك العمل في ملك المستأجر بماله من الأثر بدلاً عما خرج من ملكه إليه من الأجرة بمقتضى المعاوضة .
وما يظهر من سيدنا المصطفى . قدس سره . من كفاية ذلك حيث يقول : «وأما الكفائي التوصلي 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 كالصلة على الميت مثلاً لا تصح الإجارة فيه بمجرد انتفاع المستأجر بسقوط الواجب الكفائي عنه بفعل الأجير .

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

الثاني . إن لا يكون العمل مما يعتبر في صحته وترتباً لأثر عليه ما ينافي إيتانه للوفاء به ، والا كان المأتي به غير الموضع عليه والموضع 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 الموضع على الزكاة من دفعها إليه ، وإن وجد مستحق سواه ، ومثله أخذ الأجرة على العمل المملوك بخصوصه بإجازة سابقة عليه ضرورة كونه مملوكاً للأول فلا يعقل تملكه لغيره ، فاعتبار هذه الشروط في صحة المعاملة وقابليتها لترتباً لأثر عليها مما لا شك فيه ولا شبهة تعترضه .

إذا عرفت ذلك ، فنقول : اختللت كلمات الفقهاء في هذه المسألة على أقوال : فين 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 . بفتحترين . : 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 المتأخرین ، وبين من منع فيما كان واجبا بالذات كما في (الرياض) بل فيه بعد نفي الخلاف : ان عليه الإجماع 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 وتكتفينهم وحملهم ودفنهم .. قال سيدنا في (الرياض) : «ونحوها الواجبات الأخرى التي تجب على الأجير عيناً أو كفاية وجوباً ذاتياً بلا خلاف ، بل عليه الإجماع في كلام جماعة ، وهو الحجة ، مع منافاته للإخلاص المأمور به كتاباً وسنة وأخرج بالذاتي : التوصلي كأكثر الصناعات الواجهة كفاية توسلاً إلى ما هو المقصود من الأمر بما ، وهو انتظام أمر المعاش والمعاد ، فإنه كما يوجب الأمر بما كانا يوجب أخذ الأجرة عليها ، لظهور عدم انتظام المقصود بدونه ، مع أنه عليه الإجماع نصاً وفتوى ، وبذلك يندفع ما يورد من الاشكال بهذه الواجبات في هذا المجال ...».

(٢) في شرح قول الحق : الخامس (أي مما يحرم التكسب به) : ما يجب على الإنسان فعله يحرم الأجر عليه كتغسيل الموتى وتكتفينهم ودفنهم قال السيد . في الشرح . في جملة كلام له : «إن ما وجب كفاية لذاته يحرم أخذ الأجرة عليه . وهو كل ما يتعلّق أولاً وبالذات بالأديان كالفقاهة وإقامة الحاجة العلمية ودفع الشبهات وحل المشكلات والأمر بالمعروف والتغسيل والتکفین ، لأنّه راجع إلى الدين ، أو الأبدان كالطبابة والتمريض وإطعام الجائعين وستر العرارة وأغاثة المستغيثين في النائبات على ذوي اليسار وإنقاذ الغرقى (الى قوله) والذي يجوز أخذ الأجرة عليه من الواجب الكفائي هو ما يتعلّق أولاً وبالذات . بالأموال وإن رجع . بالآخرة . الى

ويظهر من جدي العلامة (في المصابيح التفصيل بين التعبد منه والتوصلي فمنع في الأول مطلقاً وفصل في الثاني بين الكفائي منه والعيني فحوز في الأول مطلقاً وفصل في الثاني بين ما كان وجوبه للضرورة أو حفظ النظام وغيره ، فيجوز في الأول ومنع في الثاني مطلقاً ذاتياً كان الواجب أم غيرها^(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 ينقض بالجهاد لما مستعرف ، وكل ما كان الغرض الأهم منه الدنيا أما بجلب النفع أو دفع الضرر فإنه يجوز أخذ الأجرة عليه ، وإن كان قد يرجع . بالأخرة . إلى المهمات الدينية باعتبار كونه وسيلة إليها ...».

(١) قال جدنا (السيد بحر العلوم) . قدس سره . في (المصابيح كتاب التجارة) . في مقام بيان ما يحرم التكسب به . : مصباح المشهور أن ما يجب فعله لا يجوز أخذ الأجرة عليه . عينياً كان الوجوب أم كفائياً ، عبادة كان الواجب أم غيرها . وعليه إشكال مشهور ، وهو : ان الصناعات التي يتوقف النظام عليها مما يجب كفاية على ما صرحوا به ، فيلزم عدم جواز أخذ الأجرة عليها ، وكذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجرة على الطبابة لوجوهاً كفاية كالفقاهة ، وإن يحرم أخذ الأجرة لما يعمله لضرورة نفسه أو دفعها عن غيره أو لتحصيل النفقة الواجبة ومن ثم فصل بعضهم ، فمنع من أخذ الأجرة إذا كان الواجب عبادة لمنافاته الإخلاص ، وحوزه في غيرها لعدم المانع ، وهذا مختار فخر المحققين وجماعة من المؤخرين ، 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 التوصلي من الواجبات الكفائية والمنع فيما عداه ،
تعبديا كان الواجب ولو كفائيًا عينيا كان ولو غيرها.

واستدل للأول على ما يظهر من احتجاج بعضهم لما أحذوه بإطلاقه عنوانا في المسألة
بأمور :

الأول . الإجماع

وفيه انه في الجملة مسلم ، والحصول منه على الكلية منوع والمنقول منه ظاهرا أو
صريحا في بعض الموارد الجزئية كالقضاء والشهادة والأذان وتعليم صيغة النكاح وإلقاءها على
المتعاقدين كما عن بعض منهم (المبسot) و (الخلاف) و (التحرير) و (جامع المقاصد) غير
مجد ، والمجدي منه على الكلية لم تتحقق إلا في ظاهر (جمع الأردبيلي) قدس سره حيث
قال : «الظاهر أنه لا خلاف في عدم جواز أخذ الأجرة على فعل واجب على الأجير سواء
كان عينيا أم كفائيًا فكان الإجماع دليلا انتهى بناء على قراءة (كان) فعلا لا حرفا ، ولعل
نظر (الرياض) إليه في دعوى الإجماع 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 لو حاز الامتناع عنه بدونها ، إذ مع امتناعه حاز الامتناع عن إعطاء الأجرة ، وامتنع الإلزام عليها .
وعلى هذا فيينبغي التفصيل في غير العبادة بالفرق بين العيني والكفائي . ويشكل ذلك أيضا بأن
الصناعات الكفائية مع الانحسار تصير عينية ، ومع ذلك يجوز أخذ الأجرة عليها ولا يجب العمل مجانا ، فان ما
يصنعه العامل لضرورة نفسه أو تحصيل نفقته الواجبة ، واجب عيني ، ويجوز أخذ الأجرة عليه ، بل يجب ، فيينبغي
التفصيل في العيني من غير العبادة

الثاني . منافاته للإخلاص المعتبر في العبادة.

وفيه أنه أخص من المدعى لاختصاصه بالتعبدى 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 والستار وتطهيره لأجل الصلاة. ووجه الفرق : أن سبب الوجوب في القسم الأول . وهو حصول النظام ودفع الضرورة . يقتضي الوجوب بحيث يتآتى به الانتظام ويندفع به الاحتياج ، وليس ذلك إلا بأخذ الأجرة ، فيقتضي جواز الأجرة فيه ، لأن المنع منه يوجب احتلال النظام وإبقاء الاحتياج ، ويلزم منه عدم الوجوب فيها ، ولذا حاز 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 ، منافاته للإخلاص المعتبر فيها . كما مر . والاجاز مطلقا ^(١). كفائياً كان أم

(١) وأما جواز الاستئجار في مقدمات العبادات إذا كانت غير عبادة كتحصيل الطهور وتحصيل الستار وتطهير الثوب والبدن ، فلكونها من قبيل القسم الثالث ، إذ المطلوب من المصلى تحصيل الطهور مثلاً كيف اتفق ، سواء كان باللباسة أم بالنيابة ، وكذا في غيرها».

(منه)

بالمستحب منها فلا يتم لا طردا ولا عكسا ، مضافا الى ما قيل من تأكيد الإخلاص به كما في (الجواهر) حيث قال بعد نقل الإجماع عن بعض ما لفظه : «وهو ان تم الحجة لا لمنافاة ذلك الإخلاص في العمل المعتبر فيه إذ هو مع أنه غير تمام 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 . بجواز الامتناع عنه ، فيثبت الاستحقاق بخلاف الواجب ، نعم ترتب الأجر والثواب عليه يتوقف على فعله من غير عوض لتحققه على على قصد الإخلاص المنافي له ، وحيينذ يكون عبادة ويندرج في القسم الأول .

وأما المطلوب من غيره ، فان كان عبادة امتنع أخذ الأجرة عليه مطلقا . واجبا كان أو مندويا ، عينيا كان أم كفائيا . وكذا غير العبادة ان كان عينيا يطلب فيه المباشرة بالنفس ، أو كفائيا لا يطلب من حيث الانتظام أو دفع الضرورة ، والا جاز أخذ الأجرة مطلقا .

وأما جواز الاستيحرار للحج والصوم والصلوة 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 المنوع عنه هو الواجب قبل الإجارة ، لا الواجب بسببيها ، والا لزم بطلان الإجارة في الأعمال مطلقا لوجوبها على الأجير بسبب الإجارة ، وبالتالي باطل بالضرورة» .

(١) راجع : كتاب التجارة ، الخامس . مما يحرم التكسب به .. والمقصود : إن منافاة أخذ الأجرة للإخلاص لو ثمت . إنما تصلح

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

وان نوقش بان الوجوب المسبب عن الإجارة ونحوها توصلي غير معتبر فيه الإخلاص حتى يكون مؤكدا للإخلاص المعتبر في العبادة .

إلا أنها غير واردة ، لعدم دعوه لزوم التأكيد ، بل مدعاه إمكانه المتصور ولو في إيجاده بقصد امثال الأمر الإيجابي بالوفاء الحاصل من الإجارة وإمكان التأكيد ولو في مورد يلزم عدم المنافاة بينهما بالذات .

اللهم إلا ان يناقش بوجه آخر ، وهو ان المعتبر كون الإخلاص داعيا محركا على العبادة ، وكون الأجرة داعية لها محركة عليها مناف لذلك بالضرورة من غير فرق بين انضمامه مع داعي الإخلاص أو ترك 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 الشواب والنجاة من العقاب ومن غيره كما سترى .

(ودعوى) كفاية التقرب بوجهه في صحة العبادة ، ولو بالنسبة الى الأمر الوجوي بالوفاء إذ المانع خلو العبادة عن القرية لا اشتتمالها من جميع الجهات عليها .

(واضحه) الفساد لأن الأمر بالوفاء إنما هو متعلق بالعبادة المعتبر فيها الإخلاص ، فالقرية المعتبرة فيما هو كالموضوع للأمر بالوفاء كيف يمكن تحققه

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 امثال نفس هذا الأمر المتأخر عنه في الرتبة وبمنزلة المحمول في القضية^(١) كدعوى إمكان إتيان العبادة بداع الإخلاص ليس الا ويكون ذلك وفاء لما وجب عليه بالإجارة وان تجرد عن قصده إذ لا يعتبر في الوفاء به الإتيان لأجله بعد ان كان المفروض من الواجبات التوصيلية فلا ينافي الإخلاص المعتبر في العبادة وان لم يكن مؤكدا له إذ الإجارة وسائر عقود المعاوضة إنما تتعلق بما أمكن ان يكون الإتيان به لأجل الوفاء ، وهو أي الإمكان متعدر في المقام لضرورة المنافاة بين القصددين.

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 : أن تعلق الإجارة بالعبادة لا يتنافى مع داعي الإخلاص حيث لا يعتبر في تحقق الوفاء بمتعلق الأمر الإجاري قصد الإتيان به بما هو مستأجر عليه ، بل يكفي مجرد الإتيان به ولو بدون داعي امثال الأمر الإجاري ، إذ هو توصلي لا يعتبر في تتحقق الوفاء به قصد امثاله وعليه فيمكن للأجير الإتيان بالعبادة بداعي امثال أمرها العبادي المتعلق بها ، وكما يتحقق بذلك التقريب الى الله تعالى بقصد الامثال بها كذلك يحصل الوفاء بالإجارة ، والحاصل ان الأمر الإجاري المتعلق بالعبادة لا ينافي الإخلاص المعتبر فيها وان لم يحصل به تأكده لكونه توصليا لا يعتبر فيه قصد التقرب الى الله بامثاله. هذا ولكن الدعوى المذكورة سابقتها في الاشكال وعدم التمامية فإنه وان لم يعتبر في تتحقق الوفاء بالإجارة قصد امثال الأمر الإجاري من حيث كونه توصليا ولكن يعتبر في متعلق الإجارة وسائر عقود المعاوضة إمكان الإتيان به لأجل الوفاء بالأمر الإجاري ونحوه من باب تسليم حق الناس إليهم وهو يتنافى مع كونه عبادة يعتبر فيه الخلوص والتقريب الى الله تعالى به لظهور المنافاة بين القصددين.

العوض على الواجب ذاتا لأنه يعتبر في المعموق ان يكون مملوكاً لمن له العوض بمعنى ان لا يكون مستحقاً عليه ليتمكن من تملكه لبادل العوض بإزاء ما بذله والواجب لكونه واجباً عليه غير مملوك له بل هو مستحق لله ومملوك له وتملك الم المملوك ثانياً غير معقول ولذا لا يجوز أنجد الأجراة على عمل مخصوص استوجر عليه قبله وليس الا لكونه مملوكاً لغيره فلا يملك ثانياً وبعبارة أخرى العمل الواجب لكونه واجباً لا احترام له حتى يستحق بذل المال بإزائه ، وهو في العيني واضح وفي الكفائي وان كان المكلف كلياً الا أنه منطبق على من قام بالفعل فيكون القائم به قائماً بما وجب عليه ولو كفاية والفعل فيه بعد إيجاده هو الواجب المستحق لله تعالى بذلك الوجوب المتعلق بكل المكلفين.

وفي أنه ان تم فهو انما يتم في غير الكفائي من الواجبات ، وأما هو فلا ، لأن الفعل انما يكون مستحقاً لله ومملوكاً له بعد اتصافه بالوجود ، ولذا لا يجوز إلزامه بخصوصه عليه وهو قبله متعلق للإجارة ، فالإجارة متعلقة به قبل صدوره مستحقاً لله ، فهو . حينئذ . من هذه الحقيقة عمل محترم جاز بذل المال بإزائه ، وهذا بخلاف الواجب العيني فإن الفعل فيه مستحق لله عليه بخصوصه قبل إيجاده ولذا جاز إلزامه به قبله من باب الأمر بالمعروف لا يقال : ان الإجارة انما تتعلق بما كان متمولها وفيه منفعة للمستأجر ولا يكون الفعل كذلك إلا بعد اتصافه بالوجود . وحينئذ . فمتعلق الإجارة هو ما تشخيص كونه لله تعالى .

لأننا نقول أن متعلق الإجارة هو الفعل حين عدمه لكن باعتبار قابليته للوجود القائمة هذه القابلية بذات الماهية قبل طرو عارض الوجود عليها ، فالماهية باعتبار تلك القابلية الذاتية متمولة ذات منفعة يصح بذل المال بإزائها ، 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 وان تعلقت بها قبل الوجود الا انما مسبوقة بتعلق الوجوب الكفائي بها فيلزم الاشكال من حيث تعلق الإجارة بما هو متعلق للوجود .
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 بالتخير العقلي فضلا عن التخير الشرعي إذا كان بعض افراده 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 منأخذ العوض على حفرها بخصوصه إذ الواجب مطلق الدفن لا فيها بالخصوص ، وليس كذلك ما لو تساوت افراده من جميع الجهات في متعلق أغراض العقلاه بها ، فان بذل المال حينئذ لواحد منها سفة المعاملة عليها معاملة سفهية .

ولكن فيه أن التخير العقلي بين أفراد الطبيعة المطلوبة من شخص معين لا يوجب خروج الفرد المختار عن كونه هو المطلوب منه والمستحق عليه . لأن تشخيص الطبيعة السارية طور من أطوار وجودها و شأن من شئونها غير مبادر لها ولا ممتاز عنها إلا بخصوصية التطور الغير الوجوب لخروجه عن كونه هو المستحق عليه ، ولذا كان الوجوب له ممثلا لما أمر به وفي الدين الكلي الثابت في الذمة وفاء له وليس الا لكونه عين المطلوب منه والمشغولة به ذاته ، فإذا كان العمل مطلوبا منه كان المأني به هو المستحق عليه نعم لو كان للخصوصية عنوان مستقل يتحدد مع الطبيعة في الوجود مرة ويفترق عنها أخرى كالكون في المسجد مثلا من حيث هو كون فيه ، جاز بذل العوض بإزاء ذلك العنوان بخصوصه ، وان اتحد مع الطبيعة المطلوبة في الوجود والمعوض عنه فيما نحن فيه هو الصلة في خصوص المسجد لا نفس

الكون فيه المتحد معها في الوجود.

وما ذكرنا يظهر لك عدم الفرق في أفراد الواجب المخير بين ما اشتمل على مزية زائدة كصلابة الأرض في الدفن وغيره كيف ولو حاز البذل على الخصوصية مطلقا لم يشد واجب تعيني عن حواز المعاوضة عليه ولو باعتبار خصوصية من خصوصيات الشخص واقتصر المنع حينئذ على التعبدى من الواجبات كما تقدم عن الفخر وغيره ولا كذلك في الكفائي لأن صيرورة العمل فيه مستحقا لله إنما هو بعد قيام المكلف بالفعل وصدره منه فتأنمل. وفي لحوق التخيير الشرعي بالتخيير العقلي والكافائي وجهان ولعل الثاني هو الأقرب. هذا مع إمكان دعوى منع المنافاة بين أخذ الأجرة والوجوب العيني أيضا بالفرق في الملكية بين الخالق والمخلوق والمتمنع فيه طرو الملك ثانيا إنما هو الثاني دون الأول ، فإن الأرض . كما ورد في بعض النصوص كلها بل المملوکات بأسرها . مملوکة لله تعالى مع تملك العباد لها.

وفيه أن المراد بالملوکية لله المانع عن تملك الغير ، هو كونه مستحقا لله تعالى مطلوبا بإيجاده منه بطلبـه الحتمي فلا يتعلـق حقـ بإيجـادـهـ والاـ فـماـ سـوىـ اللهـ مـملـوكـ مـالـكـ السـمـواتـ والأـرـضـ . وبالجملـةـ ، فـهـذـهـ الجـهـةـ المـانـعـةـ التـيـ مـرـجـعـهـاـ إـلـىـ اـنـتـفـاءـ الشـرـطـ الثـالـثـ مـنـ الشـرـوـطـ المتـقدـمةـ فيـ الـوـاجـبـ الـعـيـنـيـ وـاضـعـ كـمـ اـعـتـرـفـ بـهـ مـسـتـدـلـ أـيـضاـ وـوـجـودـهـاـ فـيـ الـكـفـائـيـ مـنـعـ كـمـ عـرـفـ مـاـ بـيـنـاهـ .

وهـنـاـ وـجـوهـ اـسـتـدـلـواـ بـهـ لـلـقـولـ بـلـمـنـعـ مـطـلـقاـ كـلـهـاـ مـزـيفـةـ تـرـكـنـاـهـاـ خـوـفاـ مـنـ التـطـوـيلـ . وأـمـاـ سـنـدـ القـولـ بـقـصـرـ المـنـعـ عـلـىـ التـعـبـدـيـ مـنـ الـوـاجـبـاتـ فـهـوـ قـصـرـ النـظـرـ مـنـهـ عـلـىـ جـهـةـ الـمـنـافـاةـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ إـلـخـالـصـ مـنـ الـجـهـاتـ المـانـعـةـ عـنـهـ كـمـاـ أـنـمـاـ اـقـتـصـرـ فـيـ الـمـنـعـ عـلـىـ الـوـاجـبـاتـ الـذـاتـيـةـ كـجـدـنـاـ فـيـ (ـالـرـيـاضـ)ـ لـمـ رـأـىـ مـنـ حـواـزـ الـمـعـاوـضـةـ بـالـضـرـورـةـ وـإـجـمـاعـ فـيـ الـحـرـفـ وـالـصـنـائـعـ التـيـ هـيـ مـنـ الـوـاجـبـاتـ .

الغيرية اقتصر في المنع على ما وجب بالذات.

وفيه . مضافا الى عدم الفرق في المنع بين ما وجب لذاته وما وجب لغيره كتحصيل الطهور والساتر للصلة كما سترى . انه يظهر منه منع الأجرة على حمل الأموات ، بل هو مندرج فيما ادعى هو عليه عدم الخلاف مع أن حمل الموتى من الواجب الغيري ، بل حفر القبر أيضا مقدمة للدفن فيه ، ولا يقول بجوازأخذ الأجرة عليه بل ينقض عليه بإنقاذ الغريق وإطفاء الحريق مع انه مقدمة للنجاة من المهمكة بل وبكل ما يجب لإقامة الدين وحفظ شريعة سيد المرسلين مع انما من الواجبات الغيرية. كما ان القول بالتفصيل بين المنع فيما كان الغرض الأهم منه الآخرة والجواز فيما كان الغرض الأهم منه الدنيا كما تقدم من مفتاح الكرامة منقوص أيضا بالإنقاذ والإطفاء المتقدمين إذا كان الغرض دنيويا فتأمل (١).

مع أنه لا يكاد ينضبط بميزان معلوم يرجع اليه عند الشك والاختلاف.

(١) تقدمت عبارة السيد في مفتاح الكرامة نقلناها بنصها ص ١١ ويعکن ان يقال : أن السيد في مفتاح الكرامة لم يجعل المناط في جوازأخذ الأجرة مطلق ما كان للغرض فيه الدنيا ، وإن كان شخصيا لينقض عليه بالإنقاذ والإطفاء فيما لو كان الغرض فيه دنيويا . كما ذكره سيدنا المصنف . قدس سره . بل الظاهر أن مراده ما كان الغرض النوعي فيه الدنيا يجوزأخذ الأجرة فيه بخلاف ما كان الغرض فيه الآخرة فلا يجوزأخذ الأجرة عليه والغرض من إنقاذ الغريق وإطفاء الحريق . نوعا . حفظ النفوس والأموال الحترمة وهو غرض آخر يقصد به الأجرة والثواب نوعا ، 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 غيرها . 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 المفعمة فيه للمستأجر ، ولو بسقوط التكليف عنه بفعله ، فيشتمل 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 المصايب^(١) تبعاً لغير واحد من تقدم عليه غير أن بعض الفروض الكفائية ربما يستفاد من أدلة وجوباً صيورة ذلك العمل حقاً للغير يستحقه من المكلف كما يدعى :

أن الظاهر من أدلة وجوب تجهيز الميت أن للميت حقاً على الأحياء في التجهيز فكل من فعل شيئاً 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 تعين هذا يحتاج إلى لطف فريحة .

وان أبيت ذلك فنقول : ان مقتضى القاعدة جواز أخذ الأجرة على الواجب الكفائي إذا كان توصلياً مطلقاً الا ما قام الدليل من إجماع أو غيره على المنع عنه كتجهيز الأموات الذي لم ينقل فيه جواز أخذ الأجرة عليه الا ما يحکى عن المرتضى رحمه الله ولعل خلافه كما حکى عنه في وجوب التجهيز على غير الولي بناءً منه على الترتيب في الوجوب بين الولي وغيره لا في حرمة أخذ الأجرة على تقدير الوجوب عليه .

(١) كما مر آنفاً ما نقلناه عنه في المصايب ص ١٢ .

ثم ان هنا إشكالات نقضية يرد بعضها على القول بمنافاة اعتبار الإخلاص لأحد الأجرة عليه ذاتا وبعضها على القول بمنع الأجرة في الواجبات مطلقاً بل وعلى القول بقصر المنع على العيني منها.

فمن القسم الأول النقض بالعبادات المأتى بها للأغراض الدنيوية كسعه الرزق وحصول الولد وغير ذلك سيمما بالنسبة إلى العبادات الموظفة لذلك ، وما كان مشروعأ لأجلها كصلة الحاجة وغيرها ، فإن العلة الغائية لإيجادها هي تلك الأغراض الدنيوية المترتبة عليها دون حض الإخلاص 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 امثال الأمر بالموصل دون الفعل للتوصل به.

وبذلك يجمع بين ما ذهب إليه غير واحد من الأصحاب من بطلان العبادة المقصود بها نيل الشواب والنجاة من العقاب ، بل نسب ذلك العالمة (في المهاويات) إلى إنفاق العدلية وعن الشهيد في (القواعد) إلى قطع الأصحاب ، وهو المحكى عن السيد رضي الدين ابن طاوس وبين ما هو المشهور بل المقطوع به من صحتها مع رجاء المثوبة أو النجاة من العقوبة ، مع تضارف النصوص عليه من الكتاب والسنة الواردة في الوعد والوعيد والترغيب والترهيب والتعزير والتحذير وليس الا لما ذكرناه من الفرق وإن الذي يقتضي فساد العبادة بقصده هو ما إذا كان الداعي للفعل والمحرك له عليه ليس إلا النتيجة المحمولة للفعل : من الشواب والعقاب على وجه لولاها لما وقعت منه العبادة ، كالأجير الذي يفعل الفعل لغض 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 وان تجحد عن المثوبة والعقوبة غير انه لما كان هو الموظف لهذه الوظائف على هذا الأفعال لطفا منه تعالى ، قصدها والتمسها منه معرضا لنفسه بعمله لله تعالى سبحانه الى نيل الثواب لأنه الموظف له بططفه وكرمه على هذا الفعل ، فلا أظن أحدا يذكر صحة العبادة على هذا الوجه ولتفصيل الكلام محل آخر.

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

ومنها : النقض بأخذ الأجرة على القضاء عن الميت والحج عنه مع انما عبادات يعتبر

فيها الإخلاص ^(١)

(١) الواجبات العبادية : ما لا يقبل النيابة منها . لاعتبار المباشرة من وجوب عليه . : فان عدم صحة تعلق الإجارة بما واضح . إذ الواجب المعتبر فيه المباشرة من وجوب عليه ، وكونه ملزما بفعله . شرعا . مسلوب الاختيار في تركه ، لا يتصف بكونه مملوكا لفاعله لتصح المعاوضة عليه ، فان حقيقة ملكية العمل : كونه تحت اختيار عامله وقدرته : وباجملة فأكل المال بإزاره أكل له بالباطل .

واما ما يقبل النيابة منها . بحسب ما يستفاد من الدليل . : اما عن خصوص الميت أو الأعم منه ومن الحي كالحج بالنسبة إلى العاجز عنه ، فإنه لا إشكال فيما لو تبرع النائب عن المنوب عنه في امتناع أمره المتوجه إليه ، وفي سقوطه عنه بامتناع نائبه عنه . إنما الإشكال في صورة استيحرار النائب على إتيان ما وجب على المنوب عنه وامتناعه 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 الإخلاص المعتبر فيها ، لا أنه ينافيه ، ولعل وجهه : أن الأجير على عبادة الغير حيث كان في مقام امثاليه قاصدا التقرب إلى الله تعالى في امثالي الأمر العبادي الموجه إلى المأمور عنه ليكون تقريره ، وقادرا . أيضا . امثالي الأمر الإجاري المتوجه إليه ، والتقرب به . وهو أمر «**أَوْفُوا بِالْعَهْدِ**» وأنه . وإن كان توصيليا لا يعتبر قصد التقرب به ، ولكن للنائب الأجير أن يقصد التقرب إلى الله بامثاليه كالأمر الأول العبادي ، فيتأكد تحقق الإخلاص وقصد التقرب من الأجير.

هذا ، ولكن يمكن أن يقال : إن تأكيد الخلوص إنما يتوجه في المترتب بنيابته عن الغير في أداء عبادته ، حيث أنه لا يتغى بنيابته أجرا من غير الله تعالى على امثالي الأمر المتوجه إلى المأمور عنه ، فيمكنه قصد التقرب إلى الله بنيابته وتبصره وإحسانه إلى المأمور عنه بأداء ما وجب عليه من العبادة والتقرب به عنه . وأما الأجير الذي يتغى بعمله ونيابته استحقاق الأجرة من المستأجر له على النيابة وأخذها منه عند امثاليه أمر المولى المتوجه إلى المأمور عنه ، فإنه لا يتحقق منه الخلوص في العمل وعدم كونه مشوبا بقصده استحقاق أجر من غير تعالى عليه ، فالوجه المذكور لا يدفع غائلة الإشكال .

عن تنزيل الإنسان نفسه منزلة غيره في الأمر الخاص ، عكس الوكالة التي

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

وفيه : إنه لو كان المصحح لعبادة العبادة مجرد وجود الداعي الإلهي فيها ، وكان الإتيان بها بمجرد داعي أمر الله وتوسيطه في الامثال كافيا في عبادية العبادة وتحقق العبودية والخلوص وان انتهت سلسلة دواعيه إلى داع غير إلهي . لكن ذلك وجهان في التخلص عن الاشكال ، لكنه يعزل عن تحقق العبودية والخلوص ، فان من كان داعيه إلى امثثال 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 الامثال لو لم يكن أخذ الأجرة ليس إلا ، فلا شبهة في كون ذلك دخيلا في الداعي الإلهي ولا وجاه لتنظيره بمن كان داعيه إلى امثثال أمر الله تعالى نيل الشواب المحسوب منه تبارك تعالى على التقرب إليه بالعبادة ، وكم فرق بين انتهاء الدواعي المتسلسلة إلى الله تعالى ، وبين انتهائهما إلى غيره ، فإن الإتيان بالعبادة الله تعالى راجيا منه لطفه واجرها وثوابه وتوسيعة رزقه ونحو ذلك هو من حقيقة العبودية ومرتبة منها ، وان لم يكن أعلاها ، بخلاف الإتيان

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

بما الله تعالى ليستحق بذلك الأجرة المحمولة له من المستأجر على ذلك ، فإنه ليس بعبادة لله تعالى ، إذ ليس حقيقتها صرف قصد العامل كون العمل لله تعالى ما لم يكن باعه ومحركة نحو العمل أمر الله تبارك وتعالى ، ولو نيل ما هو مجعل منه لطفا من أجره وثوابه على ذلك ، بخلاف ما لو كان المحرك له على ذلك نيل الأجر والثواب من مخلوق مثله ، فان ذلك ليس عبادة للخالق . جل وعلا . وهو من الوصوح بمكان .

وقد يقال . في مقام التخلص عن الاشكال . : إن قصد المستأجر التقرب إلى الله تعالى في استئجاره للنائب في عبادة المذوب عنه . كاف في عبادته ، وان لم يتقرب النائب بعمله ، فان فعل النائب فعل تسيببي للمستأجر وحاصل هذا الوجه . ان مقتضى دحول النيابة في عمل كون الواجب على المكلف إيجاده بنفسه مباشرة أو التسبيب اليه باستئجار الغير عليه أو طلبه منه . إيجاد العمل نيابة عنه بنحو يصح استناد الفعل اليه ، ويقال عليه :

إنه فاعل التسبيب ، وعليه ، فيكتفي في عبادية العمل قصد التقرب من المسبب له ، ولا يعتبر التقرب من صدر منه العمل ، وهو النائب ، فيصبح منه ، وان كان داعيه إلى ذلك أمر غير إلهي وقصده غير قربي .
وفيه : ان باب التسبيب أجنبي عن تصحيح عمل النائب والأجير . توضيح ذلك : ان التسبيب قد يكون في ضمان التالف : فإنه كما يثبت مباشرة الضامن للتلف ، كذلك يثبت بتسبيبه اليه بنحو يستند التلف إلى فعل المسبب فيما إذا لم يتوسط بينه وبين موجب الضمان فعل فاعل مختار . فمن حفر بعرا في طريق ومر للناس ولم يجعل لها غطاء أو غطاها بشيء يسير من الحشيش والترباب مثلا ، فمر بها إنسان أو حيوان ، فوقع فيها ومات ، فإنه يضمن ديته أو قيمته ، وكذا لو أجع نارا في ربع عاصف

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

ولم يتخذ لها حافظاً أو واقياً ، فأحرق بسيتها 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 مباشرته بأن القاء فيها أو سبب الغير الواقع فيها ، كما لو طلي نواحي البئر المذكورة مزاق حيث لا يطلع المار بها على ذلك ، فزلت رجله ووقع فيها ومات ، ففي الصور المذكورة ونحوها مما توسط بين موجب السبب ومحظى الضمان فعل فاعل مختار . لا يستند التلف إلى موجب السبب ، بل يكون فعل الموجب 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 ببرامة حيوان له أو صبي غير مميز أو نحو ذلك ، فالظاهر استناد التلف إلى المسبب والحاضر : وحصل معنى التسبيب . على هذا الوجه . استناد الفعل إلى المسبب حقيقة ، كما لو كان هو المباشر له ولا تسبيب بالمعنى المذكور في ما هو محل الكلام من عادة النائب ، فإنه : إما متبرع أو أحير وهو إما أحير عن الولي أو عن المتبرع في صورة كون المنوب عنه ميتاً أو أحير على المنوب عنه الحي ليعمل لنفس المستأجر ، كما في الأجير عن العاجز في الحج ، والتسبيب معنى عدم توسط الفاعل المختار وإسناد الفعل إلى المسبب حقيقة دون الفاعل ، متنف في الصور المذكورة ، فإن صدور العمل من النائب بإرادته واحتياره.

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

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

ولكن بنحو من المجاز والمساحة ، وأين ذلك من كون باب النيابة . مطلقا . من باب التسبيب ، فالوجه المذكور غير تمام أيضا.

وربما يقال : إن المصحح لعمل الأجير : هو إتيانه بالعمل بداعي الأمر الإجاري المستفاد من الأمر بوفاء عقد الإجارة بقوله . تبارك وتعالى . «**أَوْفُوا بِالْعُهُودِ**».

ولكنه . أيضا . غير تمام ، ولا صلاحية له لتصحيح عمل الأجير ، فإن الأمر الإجاري توصلي لا يعتبر في سقوطه قصد امثاليه ، وإن صحة عمل الأجير تتوقف على قصد امثالي الأمر . وعليه ، فلم يكن ملاك عبادية عمله هو الأمر الإجاري ، لأنها متعلقة بما هو عبادة في نفسه ، فجهة العبادية مأحوذة 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 استوجر لإيتيان 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 بحملتها ، وغير صالحة للتفصي بما عن الاشكال ، ان لم تكن موجبة لتأكد الاشكال .

ويعكن أن يقال في التخلص عن الإشكال بأن مقتضى الأصل في الأمر العبادي الموجه إلى المكلف عدم سقوطه عنه إلا بامثاله وإطاعته وعدم الاكتفاء بامتثال غيره عنه . نعم قد يثبت بالدليل في بعض الواجبات سقوط الأمر الموجه نحو شخص بامتثال غيره ، نيابة عنه ، وذلك بحسب مقدار ما يستفاد من الدليل ، وأنه يختص بالقضاء عنه بعد موته أو يشمل الإيتان به عنه في حياته لعجزه ، وعليه ، فمرجع دليل قبول العمل للنيابة إلى التوسعة

في مرحلة امثال التكليف وتنزيل فعل النائب منزلة فعل المنيوب عنه في إسقاط التكليف الموجه نحو المنيوب عنه به . وما يظهر مما ذكره سيدنا . قدس سره . : من أن النيابة بعد تتحققها وإمضاء الشارع لها موجبة لتوجه التكليف المتعلق بالمنيوب عنه إلى النائب فيما استنبط فيه بعد تنزيل الذات منزلة الذات . إلى آخر كلامه . ومحله أن النائب بعد تنزيل نفسه منزلة المنيوب عنه في مقام الإتيان بما وجب عليه وإمضاء الشارع . بدليل قبول ذلك الواجب للنيابة . التنزيل المذكور . يتوجه أمر المنيوب عنه إلى النائب ويكون امثال النائب امثلاً لأمر المنيوب عنه وتقريره . هذا حاصل ما ذكره سيدنا .

ولكنه غير واضح ، فإن تنزيل النفس منزلة الغير ليس هو امراً واعياً ليكون النائب بعد تنزيل نفسه منزلة المنيوب عنه هو هو ليتوجه أمر المنيوب عنه إليه ويكون فعله فعله وتقريره وإنما هو محض تقرير للنيابة في العمل وأن مرجعها جعل النائب نفسه عند امثالة أمر المنيوب عنه نازلاً منزلته وقائماً مقامه في امثال أمره المتوجه إليه ، وأما توجه أمر المنيوب عنه إلى النائب ، فإن رجع إلى كون شخص أمر المنيوب عنه متوجهاً إلى النائب بنحو يكون ذلك الأمر متعلقاً بالمنيوب عنه وبنائه عند موته أو عجزه فالظاهر استحالته فإنه كيف يمكن توجه أمر شخصي من الأمر نحو مكلف ومع عجزه عن امثاليه أو موته يتوجه شخص ذلك الأمر إلى من ينيوب عنه في الامثال ، نعم يمكن أن يكون النائب مأمولاً بأمر آخر ، مثل أمر المنيوب عنه ، ولكنهما أمران تعلق أحدهما بالمنيوب عنه ، والآخر بالنائب ولكل منهما امثال على حدة ، وكيف يمكن امثال النائب أمره الموجه إليه امثلاً لأمر المنيوب عنه ، ومحضاً لإسقاطه .

فما يمكن أن يقال : هو ما ذكرناه : من دليل قبول الواجب

لليابا مقتضاه التوسيعة في مقام الامثال ، وكون الأمر الموجه نحو المنوب عنه قابلاً للامثال منه ومن يأتي بالفعل نيابة عنه . وعليه ، فلتبرع عن الغير في نيابته عنه امثال ما وجب عليه ، إنما يأتي بالعمل بداعي تفريغ ذمة المتبرع عنه عما توجه اليه من التكليف ، فيكون في عمله وامثاله قاصدا امثال الأمر الموجه الى المنوب عنه ، وهو المحرك والباعث له نحو العمل وللملأ لعبادته ، دون الأمر الندي الموجه إليه ، إذ يمكن أن لا يقصد امثاله والتقرب به . أصلا . ومع فرض قصد امثاله لا يقع عن المتبرع عنه ما لم يقصد امثال الأمر الموجه الى المتبرع عنه ، فلو لم يأت بالعمل بداعي أمر المتبرع عنه لم يرتبط عمله به ليكون امثالا لأمره ووجبا لتفريغ ذمته ، وهذا الفعل الخارجي من المتبرع وإياته بالعمل بداعي تفريغ ذمة المتبرع عنه عما توجه اليه من التكليف مصدق للنيابة عنه بلا حاجة إلى تنزيل نفسه منزلة نفس المنوب عنه ثم الإتيان بما وجب عليه بعد التنزيل نعم ، الشارع بدليل قبول ذلك الواجب للنيابة . نزل ما يصدر من النائب بداعي تفريغ ذمة المنوب عنه عما وجب عليه من العبادة منزلة ما يصدر عنه وجعل امثاله للأمر الموجه نحوه عند نيابته عنه بمنزلة امثاله في سقوط الأمر به ، وليس التوسيعة المذكورة من الشارع في امثال التكليف من قبيل التعليم للمباشرة والتسبيب ،凡 ما يصدر عن المتبرع لم يكن بتسهيب من المتبرع عنه لإمكان التبرع فيه عن الميت ، ومن الواضح عدم تعقل التسبيب فيه ، وفي ما لو أمكن التسبيب ربما يصدر العمل من المتبرع بلا اطلاع من تبرع عنه ، وقد لا يرضى بالمتبرع عنه ، ولربما ينهي عنه ، كما لو نهى الولد الأكبر الذي وجب عليه قضاء ما فات عن أبيه غيره بالمتبرع عنه في العمل فلم ينته المتبرع وأتى به بداعي تفريغ ذمة الميت ، فإنه يصح وتحصل به براءة ذمة الميت وبراءة الولد الأكبر . مع أنه ليس في هذه

الصورة تسبّب . أصلًا . لا من الميت ولا من الولد الأكبير . وهذا كاشف عن أن المساط في صحة العمل ليس هو التسبّب ، بل المصحح له ما ذكرناه من كونه قاصداً في إتيانه بالعمل تفريغ ذمة الغير المتوقف على قصده امثالي الأمر المتوجه إلى الغير .

ثم إن الفعل الخارجي الصادر من المتبرع بعنوان كونه عن الغير محقق لعنوانين طوليين : أحدهما . كونه نيابة عن الغير المتوقف على قصد الفعل عنه ، فما لم يقصد كونه عن الغير لا يقع عنه ، وإن قصد امثالي الأمر المتعلق بالغير . ثانيةهما . كونه عبادة واجبة على الغير ، وهو متوقف على قصد امثالي الأمر المتوجه إلى الغير ، وهو ملاك عبادية عمل المتبرع عنه . وأما كون العمل عن الغير المحقق لعنوان النيابة المتقدم في الرتبة على العنوان الثاني فهو أجنبى عن ملاك عبادية العمل المأتى به عن الغير ، فان المقصود كون العمل مقرباً للغير المنوب عنه ، والنيابة عمل للنائب ، فلو كان قصدها ملاكاً لعبادية عمله لكان منشأ لتقريره لا لتقرب المنوب عنه .

ثم إن النائب يمكن أن يقصد بنيابته التقرب ، ويمكن أن لا يقصد فان قصده كان عمله مقرباً له . أيضًا . إذ هو متبرع بإتيان عبادة الغير قرية إلى الله تعالى ، فيحصل . حيثـ . تقرب للمنوب عنه لإتيان عبادته بفعل النائب ، وتقرب للنائب لقصده التقرب بنيابته ، ولو لم يقصد التقرب بنيابته بل قصد إتيان العبادة عن المنوب عنه يكون عمله موجهاً لتقرب المنوب عنه ، لا لتقرب نفسه ، حيث أنه لم يقصد التقرب بنيابته ، وهو غير قادر ، إذ النيابة ليست عبادية ، وإنما هي توصيلية ، فلا يقدح عدم قصد التقرب بها ، بل تصح . مطلقاً .

والحاصل ، إن عنوان كون العمل نيابة عن الغير وعنوان كونه عبادة الغير عنوانان طوليان ، ثانيةهما متوقف على الأول ، وهو . أي الأول

الأجرة دون الفعل المنوب فيه المعتبر فيه الإخلاص الذي هو من أفعال الجوارح. فهنا فعلاً : أحدهما فعل قلي وهو النيابة ، والآخر من أفعال الجوارح وهو من الفعل المنوب فيه ، وما يعتبر فيه الإخلاص هو الثاني دون الأول الذي هو من التوصلي الذي مرة يكون راجحاً وآخر ي يكون مرجوحاً وثالثة مبatha ، والراجح قد يكون واجباً ، وقد يكون مستحبـاً ، فيختلف حكمها بحسب ما يقتضيه موجبه. ومتعلقها أي الفعل المنوب فيه قد يكون توصلياً أيضاً وقد يكون تعدياً يعتبر فيه الإخلاص.

قصدـي مضـافـ إلى النـائبـ ، وليس عـابـديـاـ متـوقـعاـ على قـصـدـ القرـبةـ بـهـ ، بل يـصـحـ ، ولو لم يـقصـدـ بـهـ التـقـرـبـ ، والعـنـوانـ الثـانـيـ مضـافـ إلـىـ المـنـوبـ عنـهـ لـكـونـهـ عـبـادـةـ عنـهـ ، ويـتـوقـفـ تـحـقـقـهـ عـلـىـ قـصـدـ اـمـتـشـالـ الـأـمـرـ المـتـوجـهـ إلـىـ المـنـوبـ عنـهـ وـبـكـونـ مـوـجـبـاـ لـقـرـبـهـ دـوـنـ النـائـبـ ، كـمـاـ لـوـ كـانـ المـنـوبـ عنـهـ هـوـ الـمـبـاـشـرـ لـكـانـ قـصـدـهـ كـذـلـكـ ، فـيـكـونـ اـجـتمـاعـ هـذـيـنـ الـعـنـوانـيـنـ أـعـنـيـ عـنـوـانـ الـنـيـابـةـ وـعـنـوـانـ الـعـبـادـةـ عـنـ الغـيرـ فـيـ الـفـعـلـ الـخـارـجـيـ الصـادـرـ عـنـ النـائـبـ . كـاـجـتمـاعـ عنـوـانـ الـصـلـاـةـ وـالـغـصـبـ فـيـ الـفـعـلـ الـخـارـجـيـ وـهـوـ الـصـلـاـةـ فـيـ الدـارـ الـمـغـصـبـةـ . مـثـلاـ . سـوـيـ أـنـ الـصـلـاـةـ وـالـغـصـبـ عنـوـانـ عـرـضـيـانـ ، وـهـذـانـ الـعـنـوانـانـ طـولـيـانـ ، الثـانـيـ مـنـهـمـاـ فـيـ طـولـ الـأـوـلـ .

إذا عـرـفـتـ ذـلـكـ ، فـنـقـولـ فـيـمـاـ هـوـ مـحـلـ الـكـلـامـ مـنـ عـبـادـةـ الـأـجـبـرـ . : ماـ هـوـ مـتـعـلـقـ إـلـىـ إـجـارـةـ وـتـقـعـ الـأـجـرـ بـإـرـائـهـ عـنـوـانـ الـنـيـابـةـ فـيـ عـمـلـ الغـيرـ وـقـدـ عـرـفـتـ أـنـهـ تـوـصـلـيـ ، فـيـصـحـ أـنـ يـقـصـدـ بـهـ اـسـتـحـقـاقـ الـأـجـرـ مـنـ الـمـسـتـأـجـرـ وـلـيـسـ مـرـتـيـطـاـ بـمـلـاـكـ عـبـادـيـةـ الـعـبـادـةـ عـنـ الغـيرـ كـيـ يـكـونـ أـخـدـ الـأـجـرـ مـنـافـيـ لـهـ بـلـ الـذـيـ يـنـافـيـ أـخـدـهـ كـوـنـ الـنـيـابـةـ عـبـادـةـ الـمـفـرـوضـ عـدـمـهـاـ ، فـعـدـمـ اـسـتـحـقـاقـ الـأـجـرـ وـالـثـوابـ بـنـيـاتـهـ لـاـ يـنـافـيـ تـحـقـقـ عـبـادـةـ الغـيرـ عـنـهـ وـصـيـرـورـةـ الـمـنـوبـ عـنـهـ مـسـتـحـقـتاـ لـلـأـجـرـ وـالـثـوابـ ، وـالـمـفـرـوضـ دـخـولـ الـنـيـابـةـ فـيـ عـمـلـ الـمـنـوبـ عـنـهـ بـمـعـنـىـ حـصـولـ الـقـرـبـ لـهـ بـالـأـعـمـ منـ عـمـلـ نـفـسـهـ وـعـمـلـ نـائـبـهـ عـنـهـ .

ثم ان النيابة بعد تتحققها وإمضاء الشارع لها موجبة لتوجه التكليف

وبالجملة ، إن متعلق الإجارة عمل مباشري للنائب ، وهو إتيانه بالعمل بقصد نياته عن المنوب عنه ، والباعث له على ذلك بذل المستأجر له الأجرة على نيابته وملأ عبادته 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 الامتنال هو الثاني منها ، وما يقع بإزاره الأجرة أو لهما.

هذا محصل ما أفاده شيخنا الأستاذ . قدس سره . ولا أظنك بعد هذا التقريب تتوهם مما ذكره سيدنا المصنف . قدس سره . بقوله : «فالنيابة التي هي من فعل القلب هي المأمور عليهما الأجرة» وقوله . رحمه الله . : «فهنا فعلاً : أحدهما . فعل قبلي وهو النيابة ، والآخر من أفعال الجوارح وهو الفعل» إلخ.

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

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

المتعلق بالمنوب عنه إلى النائب فيما استنبيب فيه بعد تنزيل الذات منزلة الذات الذي من آثاره الوضعية صيغورة فعله وتقربه ، فالإجارة . وان تعلقت بإيجاد الفعل عن المنوب عنه ومعناه إيجاده نيابة عنه وتنزيل فعله منزلة فعله . إلا أن التنزيل المذكور مسبب عن تنزيل ذاته منزلة ذاته ، ومن آثاره الوضعية المتربعة عليه ، فهو مقدور له بواسطته ، فلا تعدد في الجعل والتنزيل من النائب ، بل الحاصل منه جعل واحد وهو قيام ذاته مقام ذات غيره فيه وصيغورة فعله فعل غيره من آثار هذا الجعل غير موقوف على جعل آخر فمرجع الإجارة . في الحقيقة . إلى هذا الجعل الذي هو فعل قلبي ، وان تعلقت بفعل الجوارح من العبادة وغيرها ، فافهم فإنه دقيق ثم ان النيابة المستحبة ان كان إيجادها لامتثال الأمر الاستحبابي أثيب النائب عليها ، وان كان متعلقها توصلايا ، غير أن متعلقها : ان 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 ، وان كان صادرا من النائب لأنه هو هو بعد الجعل والتنزيل سواء كانت النيابة مما يثاب عليها النائب أم لا كما ان ثواب النيابة حيث يثاب عليها للنائب أثيب المنوب عنه بالمنوب فيه أم لا كما لو كان من التوصيليات ، فقد يخلوان من الشواب ، وقد يتربت عليهمما الشواب ويختص . حينئذ . كل من النائب والمنوب عنه بما يرجع اليه من ثواب النيابة وثواب متعلقها المنوب فيه ، وقد يخلو أحدهما عنه دون الآخر .

واما صلاة المدية التي تضافرت النصوص على استحباب التبرع بها ومنها صلاة ليلة الدفن لرفع الوحشة عن الميت في القبر . فلا يجوز الاستيحرار عليها بناء على منافاة الإخلاص لأنخذ الأجرة لأن بذل العوض إن كان بإزار العمل فالمفروض اعتبار الإخلاص فيه المنافي له ، وان كان

بإزاء الشواب المترتب عليه ، فمع أنه غير معلوم تتحققه لاحتمال وجود ما يمنع عن قبوله مع جهالة مقداره على فرض تتحققه ، لا سندية له مع الأموال والأعمال الدنيوية التي تصح المعاملة عليها لعدم احتسابه من المتمولات عرفا ولا شرعا.

كيف ولو كان ثواباته مما تصح المعاوضة عليها لاستغنى الفقير ببيع مثواباته ، وربما يكون به مستطينا.

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 متعلقة 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 الإخلاص بالإجارة ، وحيثند فالمتخلص عنه أما بالبذل بنحو العطية وتبع المصلى بالصلاحة ، أو باستنابته والاستيجار على النيابة عن نفسه فيكون المستأجر المستنيب هو المهدي للثواب دون النائب إلا أن يناقش في مشروعية النيابة هنا ، إذ ليس كلما يصح التبع به تصح النيابة فيه ، نعم كل مورد تصح النيابة متبرعا فيه يصح الاستيجار عليه.

ومن القسم الثاني

النقض بالحرف والصنائع المتوقف عليها النظام ، فإنها لذلك من الواجبات الكفائية مع جوازأخذ الأجرة لها ومعاملة عليها ، بل حتى مع تعينها على واحد مخصوص بسبب الانحسار فيه.

ويدفعه ان وجوب الصنائع انما هو لحفظ النظام وانما يستقيم النظام

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

(١) محصل ما ذكره سيدنا من الوجه في جوازأخذ الأجرة على الواجبات النظامية أن السبب الموجب لما يتوقف عليه عيش الإنسان ويلزم من عدمه احتلاله ، هو استقامة النظام به وارتفاع الاحتلال بوجوده ، وهو متوقف على جوازأخذ الأجرة عليه ، فإنه لو لا جواز ذلك ولزوم التبرع به لا يستقيم النظام ، بل يحصل الاحتلال لعدم الاقدام نوعا على ذلك مجانا ، فلا مناص عن جوازأخذ الأجرة عليه.

وهذا وان كان وجها ويحصل به دفع الاشكال عن جوازأخذ الأجرة على الواجب النظامي وقد سبق من سيدنا الأعظم طاب ثراه في (المصابيح) التوجيه به أيضا ، ولكن ما ذكرناه من الوجه فيما سبق من تعليقتنا ، وأوضحناه بما لا مزيد له لعله أوضح ، وحاصله أن الواجب النظامي لم يكن كغيره مما تعلق به تكليف شرعي إلزامي ليكون المكلف ملزما ومفهوما على الإتيان به ومسلوب القدرة شرعا عن تركه المقتضى ذلك عدم ملكيته وسلب ماليته وعدم صحة تعلق الإجارة به والمعاوضة عليه ، بل هو اي الواجب النظامي من العمل افتراضي وجوبه وإلزام العامل به ، ضرورة توقف انتظام العيش عليه ولزوم احتلاله بعده وحيث أن الضرورة إنما تقدر بقدره ، فاللازم على العامل بذلك لمن احتاج اليه ، والمنع حبسه عنه ، و مجرد ذلك لا يقتضي لزوم التبرع به وسقوط ماليته وعليه فلهأخذ الأجرة عليه من عمل له ومع إعساره له احتسابها دينا عليه واستحصالها عند يساره أو غير ذلك من وجود الاستحصال عند عدم اليسار.

والحاصل أن ما لا يستقيم النظام الا به من الأعمال ويلزم من عدمه احتلال العيش لنوع الإنسان بمنزلة

ما لا يستقيم الا بذله من أعيان الأموال

ومن ذلك أخذ الأجرة على الطبابة التي هي أيضا من الواجبات الكفائية بل يجوز ذلك حتى مع تعينها 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 التعين 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 ان كان له مال وإلا فله في ذمته ، فان مات فيستوفيه من بيت المال من الزكاة أو غيرها ومثله العمل لتحصيل النفقة الواجب عليه لنفسه ولمن يجب عليه نفقته فان المتوقف عليه حصول النفقة هو العمل المأمور عليه الأجرة وهو الواجب عليه مقدمة دون العمل البخاني .

وهنا مسلك آخر لجواز أخذ الأجرة على الطبابة وان 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 ان غاية ما يقتضيه ضرورة نظام العيش عند شحة الطعام مثلا وقلته لزوم بذله لمحاجة وحرمة جسمه واحتقاره على تجارة ومالكة زائدا على مقدار حاجتهم اليه ولا يقتضي ذلك لزوم التبرع به ومجانية بذله بل مالكه أخذ عوضه ومعاوضة عليه مع من احتاج اليه ، هكذا مثل الخباز والبناء والنساج والخياط ونظائرهم من لا يستقيم النظام الا بأعمالهم اما يلزمهم هيئة أنفسهم للعمل المطلوب منهم عند الاحتياج اليه ولا يلزمهم بذله من احتاجه بنحو التبرع والتجان بل للعامل أخذ الأجرة عليه واستحقاقها منه عند عدم تبرعه بعمله له ، وهو منشأ السيرة البارزة على أخذ الأجرة على العمل مع عدم استقامة النظام الا 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 كإحضار 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 الصنائع مع كونها من الواجبات الكفائية.

لا ما ذكره شيخ مشايخنا في (شرحه على القواعد) من دعوى كونها من الواجب المشروع لا المطلق ، حيث قال . بعد ذكر ما يدل على المنع عن أخذ الأجرة على الواجب . ما نصه «أما ما كان واجباً مشروعـاً 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 وجوبـها العيني للانحصار ووجوبـها الكفائي لتأخير الوجوب عنها وعدمـه قبلـها» انتهى ، لأن الصناعات إنما تجب مقدمة لحفظ النظام الذي هو من الواجب المطلق دون المشروع فيتبع وجوبـه في الإطلاق والتقييد.

اللهم إلا أن يرجع كلامـه . ولو بالتكليف . إلى ما ذكرناه.

ولما قيل في دفعـه بأن المتوقفـ عليه النـظام هو مطلقـ العملـ الأعمـ من العملـ بالأـجرـة ، لا خـصـوصـ المـتـبـرـعـ بهـ حتىـ لاـ يـجـوزـ أـخـذـ الأـجـرـةـ عـلـيـهـ لـأـنـهـ إـذـاـ فـرـضـ وـجـوبـ الـعـلـمـ منـ حـيـثـ هـوـ وـلـوـ لـلـغـيـرـ اـمـتـنـعـ أـخـذـ الـعـوضـ عـلـيـهـ بـنـاءـ عـلـىـ عـمـومـ الـمـنـعـ عـنـ أـخـذـ الـعـوضـ عـلـىـ الـوـاجـبـاتـ مـطـلـقاـ.

ولما قيل من الالتزام بجواز أخذ الأجرة على الواجبات الغيرية وقصر

المنع على ما كان واجباً بالذات . كما تقدم من جدنا في الرياض . وقصر المنع على الواجبات التعبدية . كما تقدم عن فخر المحققين انه لما عرفت من عموم المنع أولاً وعدم التفصي بمحما عن الاشكال على القول المشهور بالمنع مطلقاً ثانياً.

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

ولا ما قبل كما عن جامع المقاصد باختصاص جواز الأخذ بصورة قيام من به الكفاية ، فلا يكون حينئذ واجباً ، لأن الظاهر من فتواهم جواز الأخذ ولو معبقاء الوجوب الكفائي ، بل ومع وجوبه عيناً للانحصر كما هو صريح بعضهم .

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

وأما النقض بوجوب بذل الطعام للمضرر مع جواز أخذ العوض منه ففيه أن المأخذ منه عوض المبذول دون البذل الواجب ، مضافاً إلى أن البذل إنما يجب لدفع الضرر عن المضرر ، والبذل مجاناً ضرر على البازل 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 إرضاع اللبأ^(١) مع وجوبه عليها ، بناءً على توقف حياة الولد عليه ، فإن المأخذ

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

عليه العوض شيء والواجب شيء آخر ، فلا يحتاج في الاستدلال عليه الى التمسك بعموم آية «**فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ**» ^(١)

وأما النقض بجواز أحد الوصي الأجر على عمل الوصاية مع وجوبه عليه عينا ، فلعله من قبيل الوكالة أو النيابة عن الموصى ، ولو بتزيل الشارع له منزلته حيث لا يعلم بالوصية ، وقلنا بوجوب قبولها عليه أو دخوله فيما يتوقف عليه النظام أيضا لمسيس حاجة عموم الناس في أمورهم الى من يقوم مقامهم بعد موتهم ، ولو لا استحقاق الأجرة ولزوم العوض لاحتل أمر الناس في وصاياتهم.

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

وفيه ان المسلم عند الأصحاب . حتى ادعى الإجماع 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 . ان 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 نائباً عن غيره ومبني الأول على عدم وجوب المباشرة وهو كذلك لكونه كفائياً ، والمقصود منه دفع العدو ، ومبني 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 من يجب عليه الجهاد كالمعسر والذمي ونحوهما ، بل صرخ بذلك في (التحرير) و (المنتهى) قال في الأول : «.. ولا يجوز لمن وجب عليه الجهاد أن يجاهد عن غيره يجعل ، فإن فعل وقع عنه ووجب رد العمل إلى صاحبه» وقال في الثاني : «لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد أن يجاهد عن غيره ، فإن فعل وقع عنه ووجب رد العمل إلى صاحبه لأنه قد تعين عليه ، فلا يجوز أن ينوب عن غيره فيه كالحج» انتهى .

ومما ذكرنا يظهر لك موقع النظر في كلام (الجواهر) ^(١)

(١) من موقع النظر : نسبته جواز أخذ الأجرة على الجهاد إلى ظاهر الفتاوى . مطلقاً . مع ان المشهور عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب وإن كان كفائياً نعم يجوز أخذ الأجرة عليه مع حاجته إليها لعسره وعدم تمكنه من الجهاد إلا بما بذل له من الأجرة .

ومن موقع النظر : قوله : «ولا ينافي ذلك (أي أخذ العمل عليه) كونه واجباً على الأول (يعني به القادر بنفسه على الغزو والجهاد من دون حاجة إلى جعل ليساره) بعد أن كان مخيراً 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 يستعين بغيره بان يجاهد عنه فيما إذا كان نائبه لم يجب

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

عليه الجهاد بنفسه ولو وجوباً كفائياً فله استنابته بأجرة أو بمجرد طلبه منه الجهاد عنه.

ومنها : اشكاله على من قيد النائب بمن لم يجب عليه الجهاد لغقره :

هذا ولكن الظاهر انه لا ينبغي الإشكال في جواز أخذ الأجرة على الجهاد عن الغير ولو كان النائب من وجوب عليه كفاية ، ولا موجب للتقيد بمن لم يجب عليه لإعساره بعد فرض قابليته للنيابة وعدم اشتراط المباشرة فيه من وجوب عليه وعدم التيل على اشتراط كون النائب من لا يجب عليه الجهاد ولو كفاية سوى ما اشتهر من عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب مطلقاً ولو كفاية.

وما ذكره سيدنا من تصريح العالمة (قده) بذلك في التحرير والمنتهى بقوله فيهما : «ولا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره يجعل فان فعل وقع عنه ووجب رد الجعل الى صاحبه».

غير واضح شموله لما وجب كفاية واحتماله الاختصاص بما وجب عليه عينا ، ويشهد لذلك تعليمه في المنتهي 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 يستنيب غيره عنه بكونه كفائياً والمقصود منه دفع العدو .

صالح للتعليق 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 عيناً عبادة كان أو غيرها ، فالوجه في عدم الجواز واضح كما ذكرناه .

الواجب على الأجير ، وهو كما ترى.

هذا كله بالنسبة إلىأخذ الأجرة على الواجبات.

وأما المستحبات ، فما كان منها عبادة لا يجوز أخذ الأجرة عليها بناء على المنافاة بينها وبين الإخلاص ، وغير العبادة منها ، فلا مانع منأخذ 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

بسم الله الرحمن الرحيم

مسألة

(في المعاطاة التي كثر تعاطى عموم الناس في أغلب معاملاتهم بها)

ولنبدأ بنبذة من الكلام مما له ربط تام بالمقام ، وهي : انه هل للفظ في مورد العقود أثر خالص به بحيث لا يتربّ إلا عليه ، أم لا؟ وعلى الأول فهل هو حصول الملك ، أو لزومه؟ وعلى التقديرتين ، فهل المتوقف عليه هو مطلق اللفظ ، أو لفظ مخصوص وصيغة خاصة؟

اختلّفت كلاماتهم في ذلك : فيبين من لم يعتبر اللفظ في ترتيب الأثر المقصود من البيع ، وهو لزوم الملك وأكتفى في تحقّقه بالفعل المجرد عن الصيغة مطلقاً ، وهو المنسوب إلى المفید في (المقتنعة) وإطلاق كلامه المحكى عنه يوهن ذلك^(١) وتبعه على ذلك المقدس الأرديلي رحمة الله والفضل الكاشاني والمحقق السبزواري.

(١) فإنه (قدس سره) قال على ما حكى عنه . : وينعقد البيع على تراضي بين الاثنين فيما يملكان التبادل له إذا عرفاه جميعاً وتراضياً بالبيع وتقابضاً وافتراقاً بالأبدان ، فإنه من المحتمل كونه في مقام بيان اعقاد أصل البيع وشروطه صحة ولزوماً فعدم ذكره لصيغة العقد من جملتها واعتبارها فيهما دليل على عدم اعتبار أصلاً لا في الصحة ولا في اللزوم.

ويمكن أن يكون تركه لذكر الصيغة إنكالاً 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 المعاصرین وفي الحدائق . مع اختيار له . نسبة الى جماعة .

وبين قائل باعتبار الصيغة الخاصة في إفادة الملك أو لزومه وعليه فتعم المعاطاة كل ما كان بغير الصيغة الخاصة ، سواء كان التراضي مدلولا عليه بالفعل أو بالقول كما انه يختص على الثاني بما كان مدلولا عليه بالفعل دون القول ، ويدخل المدلول عليه بالقول في العقود القولية . ولعل مبني الاختلاف في ذلك ، هو أن يقال : ان البيع بعد ان لم يكن له حقيقة شرعية ولم برد نص من الشارع في معناه فان لم يتحقق له . مع ذلك . معنى في العرف أو في اللغة بحيث يتبادر منه عند الإطلاق ، فلا بد حينئذ في ترتيب الأحكام الشرعية من الاقتصار على القدر المتيقن وتحققه بإيجاد كل ما هو محتمل اعتباره شطرا أو شرطا فيه ولعله الوجه في اعتبار المشهور الصيغة الخاصة في تتحققه واعتبارهم فيه العربية والماضوية ، وتقديم الإيجاب على القبول والموافقة بينهما وغير ذلك .

وان قلنا بوجود معنى له في العرف أو اللغة بحيث يتبادر منه ذلك عند الإطلاق ، غير ان الشارع اعتبر في ترتيب الأثر عليه شطرا اقتصر على ما علم اعتباره فيه شرعا بإجماع ونحوه ، وما شك في اعتباره وشرطيته فالأسيل عدمه ، والمرجع فيه هو المفهوم العربي لأنه بحكم المطلقات عند

كتكه في (المقنعة) على ما نقل اعتبار ذلك في النكاح والطلاق مع وضوح اعتبارها فيهما .
وبالجملة فالكلام المحکى عن المقنعة لم يكن واضح الدلالة على عدم اعتبار صيغة العقد في البيع صحة ولزوما كما نسب اليه ذلك .

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

وان قلنا بعدم اعتبار شيء فيه زائد على ما هو المتعارف عند العرف فلا بد من ترتب الأحكام الشرعية على ما يطلق عليه البيع عرفا ، الا ما ثبت النهي عنه شرعا كبيع الملامة والمنابذة وبيع الحصاة ولعله الوجه فيما اختاره المفید (ره).

إذا عرفت ذلك فنقول : ثبوت معنى للبيع عند العرف العام بحيث يتبادر منه عند الإطلاق ويتعاطونه في معاملاتهم الجارية بينهم قدما وحديثا عند ارادة التمليل والتملك بعضهم مع بعض حتى من 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 تتحققه بالنسبة إلى ترتب الأثر عليه والقدر الثابت بالإجماع هو اعتبار القول الدال على التراضي صريحا فيه لقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد بخلاف الألفاظ ، ولأن القول بكفاية الأفعال في اللزوم لم ينسب إلا إلى المفید منا وبعض العامة ، بل قد يتأمل في صحة النسبة إليه ، وان أوهمها إطلاق عبارته حيث قال في (المقنعة) : «والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التباع له إذا عرفاه جميعا وتراضيا بالبيع وتقابضا وافتراقا بالأبدان» لقوة احتمال إرادته من ذلك بيان الشرائط لصحة البيع ولزومه ، لا ان المراد تتحققه بذلك من دون صيغة وان 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) : «وللمفید قول يوهم الجوار» وساق كلامه المتقدم ، ثم قال : «وليس

هذا تصريحاً بصحته إلا أنه موهم» بل يرشد إلى ذلك ما في (كتاب الرموز) لابي في باب الفضولي من نسبة اعتبار اللفظ المخصوص في البيع إليه ، والطوسى ، وإن تبعه في هذا القول المقدس الأردبيلي في (مجمعه) والمحدث الكاشاني في (مفاسد) ونفي عنه بعد . بعد نقله . السبزواري في (كتفاته) والنراقي في (مستنده) وإن كان الأول منهم لم يعرض عليه بضرس قاطع وإن انتصر له واستدل عليه بأدلة كثيرة وبالغ في الانتصار له وقواه إلا أنه مع ذلك قال بعد ذكره أن افاده للزوم هو الظاهر من المفید للأدلة التي ذكرها ما نصه : «ويحتمل عدم النزوم لأن الأصل عدم النزوم والملك أعم ولا ينافي الملك والنزوم متغيران 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 موضوعين ، وإن استجود في الأول موافقة المشهور ، وقال في الموضوع الثاني : «وما أحسنه وأمتن دليله إن لم ينعقد الإجماع على خلافه»^(٢)

- (١) لعله إشارة إلى أن ما ذكر من الأدلة على حصول الملك بالمعاطاة إن تمت فالنزوم هو مقتضى الأصل فيه لا عدمه ، فإن مقتضى الاستصحاب وبقاء ما كان : عدم خروج ما حصل بما من الملك بمجرد رجوع المالك الأول به ، وسيأتي توضيح : أن مقتضى الأصل في الملك النزوم وإن اختار سيدنا . قده . أصلة الجواز .
- (٢) في شرح قول المصنف : الفصل الثاني في عقد البيع وشروطه وأدابه : العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك إلى مالك آخر بعوض معلوم ولا يكفي التفابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على ارادة البيع انتهى .

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

قلت والظاهر : تحقق الإجماع . بقسميه . على خلافه إذ لم ينسب القول بكفاية الفعل في لزوم المعاطة قبل الجماعة إلا إلى المفید الذي قد عرفت ما في النسبة إليه ، مع انه كما قبل مسبوق بالإجماع وملحوظ به وان كان وقوع التعبير بنحو المشهور والمعروف . في كلام بعض . بل والأشهر والأكثر . في كلام بعض آخر . يعطى وجود قائل به غير المفید من يعتد به

إجماعا ، غير أن ظاهر المفید . رحمة الله . يدل على الاكتفاء في تتحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضاه . وقد كان بعض مشايخنا المعاصرین يذهب إلى ذلك أيضا ، لكنه يتشرط في الدال : كونه لفظا ، وإطلاق كلام المفید أعم منه ، والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة الدالة على حل البيع وانعقاده من غير تقدير بصيغة خاصة يدل على ذلك ، فانا لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين ، غير أن الوقوف مع المشهور هو الأجود مع اعتقاده بأصالة بقاء ملك كل واحد بعوضه إلى ان يعلم الناقل فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاء الآخر بما يصير اليه من العوض المعين الجامع لشروط البيع غير المخصوص لم يفدي لزوم إلح.

ثم انه بعد ذلك في شرح قول المصنف : سواء كان في الحقير أو الخطير . قال في (المسالك) : رد به على بعض العامة حيث اكتفى بالمعاطة في المحررات وأقامها فيه مقام البيع : واحتلقو في تحديدها فقال بعضهم : ما لم يبلغ نصاب السرقة ، وأحالها آخرون على العرف كرطل خبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطة وهو تحكم ، والذي اختاره متاخر والشافعية وجميع المالکية انعقد البيع بكل ما دل على التراضي وعده الناس بيعا ، وهو قريب من قول المفید ، وشيخنا المتقدم : وما أحسنه وامتن دليله ان لم ينعقد الإجماع على خلافه.

إلا إن لم أجده منقولاً عن غيره.

هذا مضافاً إلى الأصل المقرر بوجوهه^(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 ، واما اعتبار الصيغة الخاصة فلا دليل عليه ، وحينئذ فيقتضي الاكتفاء في اللزوم بمطلق ما دل على التراضي باللفظ كما عليه جمع

(١) يعني به أصالة عدم اللزوم بالمعاملة الخاصة بالمعاطاة ، فإنه يمكن تقرير الأصل أولاً باستصحاب بقاء العين المأحوذة بالمعاطاة على ملك المعطى وعدم خروجها عن ملكه بمجرد التعاطي ، وغاية ما يحصل به اباحة 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 مراعي اللزوم في الملك إلى انقطاع علقة الملك الأول عنه بتاتاً ، والجواز إلى بقاء علقة للملك الأول فيه وعليه فإذا انتقل الملك من الملك الأول إلى الثاني بالمعاطاة وحصل الشك في كون الحاصل بما الملك اللازم أو الجائز ، فمقتضى الاستصحاب وأصالة بقاء علقة الملك الأول جواز الرجوع بها.

ويمكن تقرير أصالة عدم اللزوم بأن أصل الملكية ليس فيها إباء لجواز الرجوع بما للملك الأول نعم ربما يكون فيها جهة شدة . وقوه بما يتحقق الإباء عن الرجوع للملك الأول ، وهو منشأ اتصافها باللزوم والأصل عدمها عند الشك بوجودها.

هذا ولكن سيأتي أن المختار تبعاً لشيخنا الأستاذ (قدره) أصالة اللزوم في الملك ، ويأتي تقريب ذلك.

اللّفظ إلى عموم

(١) هذا الحصر إنما ذكر فيما رواه الشيخ في (التهذيب في باب النقد والنسبيّة). عن ابن أبي عمر عن يحيى ابن الحجاج عن خالد ابن الحجاج ، قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحيى ؟ فيقول : اشترا هذا الشوب وأرجحك كذا وكذا؟ قال : أليس ان شاء ترك وان شاء أخذ قلت : بلى ، قال : لا بأس به ، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام» انتهى ثم ان سيدنا (قده) لما استظهر تحقق الإجماع . بقسمييه . على عدم لزوم المعاملة الحاصلة بالمعاطاة وأضاف إلى الإجماع أصلحة عدم النزوم بالوجوه المقررة المشار إليها في التعليقة السابقة ، قوي الاكتفاء في تتحقق لزوم المعاملة بمطلق ما دل على التراضي من اللفظ ، نظرا منه إلى أن القدر المتيقن من الإجماع على عدم لزوم المعاملة صورة خلوها من اللفظ ، وغايتها اعتبار مطلق اللفظ في تتحققه لا خصوص الصيغة الخاصة منه ، وأيد ما قوله من الاكتفاء بمطلق اللفظ بمفاد الحصر المذكور في الرواية المذبورة ، بل استفاد منه الدلالة على ذلك ، وحاصل ما ذكره من التوجيه لها ان خالدا لما سأله الإمام عليه السلام عن حكم المقاولة الخاصة بينه وبين الرجل بان يشتري خالد الشوب من مالكه ويشتريه الرجل منه على الريع المعين قال له الإمام عليه السلام : أليس ان شاء ترك وان شاء أخذ ، يعني أليس الذي كان بينكما من الكلام والمقاولة مجرد مواعدة على اشتراء الشوب منك بريعكذا بعد ما تشتريه من مالكه ، ولم يكن الكلام التزاما فعليها بيع الشوب منه واشترائه له قبل الشراء من مالكه؟ قال : بلى يعني : لم يكن اشتراء فعل ، بل صرف

«أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لكونه حيئذ منها كالعقد بالصيغة الخاصة ، وبه يخرج عن الأصل المتقدم.

اللهم إلا ان يقال ان اعتبار الشرط في الموضوع العربي شرعا انا استفيد من دليل لي ، وهو الإجماع 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 ، فيسري الإجمال الى العام المانع من

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

المراد على الظاهر : ان مجرد المقاولة والرضاة على شراء ما تشتريه من مالكه بريع كذا لا يترب عليه اثر من تحليل أو تحريم ، إنما المخلل والحرم الكلام الذي ينشأ به بيع الشوب من مشتريه الثاني والمدار في التحليل والتحريم عليه فان كان الكلام المنشأ به بيع الشوب من المشتري الثاني صادرا من المشتري الأول له بعد اشتراكه من مالكه الأول ، فالكلام محلل ، وان كان صادرا قبل اشتراكه فالكلام المنشأ به البيع محروم ، إذ هو من مصاديق بيع العزز المنهي عنه ، فان مالكه قد لا يبيعه الشوب ، فالمبيع مجھول الحصول للمشتري ، والغرر فيه أعظم من الجهل بالمقدار.

وعقاضى إطلاق محلية الكلام وعدم التقيد بصيغة خاصة منه وشمول عموم «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لما إذا كان إنشاء المعاملة بغير الصيغة الخاصة يثبت ما قواه المصنف (قده) أولا من الاكتفاء في لزوم المعاملة بمطلق ما دل على التراضي من اللفظ ، ويخرج به عن أصل عدم اللزوم المقرر لديه بالوجوه ، وان عدل عن ذلك أخيرا إلى أقوائى ما عليه المشهور من اعتبار الصيغة الخاصة في اللزوم بعد ذكره وجہ العدول عنه.

التمسك به في مورد الإجمال وان كان حجة في غيره ، ويساوي وجود العام الجمل في مورد الإجمال عدمه الذي قد عرفت . فيما تقدم . في مبني الاختلاف من لزوم الاقتصر فيما خالف الأصل حيث ينبع على القدر المتيقن وهو ما اشتمل على الصيغة الخاصة دون مطلق اللفظ . ولعله بل هو الوجه في اعتبار المشهور لها ، مع ان تحقق الموضوع العربي وعموم «**أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**» ونحوه بمرىء منهم ومنظر .

لا يقال : ان مرجع الإجمال ينبع إلى الشك في تقييد القول بالصيغة الخاصة بعد معلومية اعتبار أصله وينبع فالاصل عدمه ، ومقتضاه الاكتفاء بمطلق القول .

لأن الشك فيما هو المجنول من الشرع لا في نفس الجعل منه وبعبارة أخرى : مآل الشك الى الترديد في كيفية الجعل الدائرة بين المتبادرتين دون الإطلاق والتقييد ، إذ لا معقد للإجماع حتى يؤخذ بإطلاقه عند الشك بعد ان كان الإجماع متصدرا من فتاويمهم المختلفة في التعبير بما هو المعتبر في الموضوع العربي فافهم . فاذا ما عليه المشهور من اعتبار الصيغة الخاصة في النزوم هو الأقوى ، وعليه فالحصر في قوله «انما يحل الكلام» إضافي

ثم ان المعاطاة . بعد ما عرفت موضوعها في الجملة : من أنها إما 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 مصريا بذلك ولو بالقرائن الدالة على إرادة الإباحة المطلقة . ثانية . قصد البيع بذلك على ارادة النقل البيعي من غير تعرض للنزوم وعدمه أو مع قصد عدمه ، ثالثها . ارادة التسلیط المطلق المجرد عن قصد الإباحة والتمليك بل يعطى للبقاء شيئا ليتناول عوضه فيدفعه اليه . رابعها . قصد الملك المطلق

والمعاوضة بالعينين من غير نظر الى عنوان البيع.

وهناك وجوه اخر يمكن تعقلها الا أن الأربعة المذكورة أصوتها.

وجملة صورها ، هي انه : أما ان تكون المعاطاة يقصد التملك من الجانبين أو الإباحة بالتصريف كذلك ، وكل منهما يتصور على وجهين ، أحدهما تملك العوض بتملك العوض على أن يكون المقابل لتمليك المعرض هو ملكية العوض كملكية الشمن في البيع من غير توقف على تملكه جديد. الثاني تملك العوض المقابل بتملك العوض على أن يكون التملك بإزاء التملك كالهبة الموعضة ، فيتوقف تملك العوض على تملكه جديد له وفي الإباحة أيضا كذلك يتصور على وجهين : أحدهما . إباحة التصرف العوض بالإباحة بالمعنى المصدرى بمعنى كون العوض مباحا له. الثاني . الإباحة المقابلة بالإباحة بالمعنى الفعلى كالتملك بإزاء تملكه جديد.

هذا مع تساوى القصد المتعلق بالمالين كإباحة بالإباحة أو التملك بالتملك ومع فرض اختلافه كإباحة بالتملك أو التملك بالإباحة ، فيتصور أيضا على أربع صور ، فالحاصل من المجموع صور ثمان ، ويزيد عليها لو ضمت إليها صور انقسام الإباحة إلى الكلية أو الجزئية لأن متعلقاتها : اما مطلق التصرف حتى التصرفات المتوقفة على الملك ، أو بعض التصرفات وهو غير المتوقف عليه كما هو أحد الأقوال في المعاطاة كما سترى وتزيد أيضا بمحلاحةة القسمين الآخرين من التسلط المطلق ومطلق التملك بناء على إمكان تحقق الأول وأعمية الثاني من البيع. عليك بتصويرها ، إلا أن أغلبها بل عدا الأربعة المتقدمة منها محض فرض وبحد تصوير عقلي.

وأما الصورة الثالثة من الأربعة المتقدمة ، وهي قصد التسلط المطلق فقد ناقش فيه شيخنا المرتضى في (المكاسب) بما يرجع مصلحته الى امتناع خلو الدافع في دفعه عن قصد عنوان من العناوين الخاصة.

ووجهه ان التسلیط الذي هو القدر المشترک بين الإباحة والتملیک بمنزلة الجنس فیمتنع عقلًا تتحققه في الخارج من غير فصل لأن الجنس لا يتقوم الا بالفصل.

وقد يجایب عنه بان التسلیط المجرد عن قیدي الإباحة والتملیک موضوع عرفي يمكن تتحققه في العرف كدفع المغصوب ماله الى الغاصب من اللصوص وقطع الطريق وغيرها ، فان المالك في دفعه مسلط للغاصب على ماله من غير قصد منه الى کون التسلیط بنحو الإباحة أو التملیک ، بل قد يقصد عدمهما لحصول الغرض من دفع الضرر عن نفسه بمجرد الدفع المجرد عن قصد شيء زائد عليه ، وهو من الأمور الوجданیة ، ولعل إنكاره لا يخلو عن مکابرة.

وان أبیت ذلك فلا يمكنك النأی عن إمكان وقوعه عند الغفلة عن العناوین الخاصة من التملیک والإباحة بأقسامهما بحيث لا يكون شيء منها ملتفتا اليه وحيثئذ فاما ان يتحقق التسلیط بهذا الدفع أولا ، والثانی باطل لتحققه بالوجدان المغنى عن اقامۃ البرهان والأول اما ان يتحقق معه الإباحة والتملیک أولا يتحقق شيء منهما ، والأول باطل لعدم قصد شيء منهما ، فتعین الثانی وهو المطلوب فلا يكون محلاً کيف وأدل دلیل على إمكان الشيء وقوعه ، ومتى أمكن فرض وقوعه في صورة الغفلة أمكن ذلك في غيرها لعدم مانع الاستحالۃ ولزوم محدود تحقق الجنس بلا فصل ، يدفعه منع تتحققه كذلك غير أن فصل التسلیط المطلق أمر عدمي وهو عدم فصلی الإباحة والتملیک ، فهو کالمطلق المقید بالإطلاق ، فلتسلیط أقسام ثلاثة اثنان منها فصلهما أمر وجودي وهما الإباحة والتملیک ، والثالث فصله أمر عدمي والقدر المشترک بين الشلالات وهو مطلق التسلیط جنس لها کالمطلق المجرد عن جميع القيود حتى عن قید الإطلاق ، وهو المعبر عنه بالماهية المرسلة

المغارة عن جميع القيود التي ليست هي إلا هي.

هذا وبممكن الحدشة في الجواب المذكور بيان يقال : التسلیط المطلق ان كان اضطرارياً كدفع المغصوب ماله الى الغاصب ، فممنع صدق التسلیط عليه ، بل هو من تسلط الغاصب بواسطة المغصوب منه دون تسلیطه فان التسلط وان كان لازماً للتسلیط إلا أنه لازم أعم يجتمع معه مرة ويفترق عنه أخرى كما لو كان بدون واسطة المالك ، بل ولا بدرایته ، فدفع المغصوب منه واسطة لسلط الغاصب وطور من أطوار سلطه وليس هو إلا بمنزلة الآلة له لحصول غرضه من التسلط كالرشاء والغواص لإخراج المال من البئر أو البحر ، ومثله ما لو كان الدفع منه مع الغفلة عنه كدفع النائم الغافل عن نفس

الدفع ، وان كان اختيارياً فلا بد وان يكون منبعاً عن ارادة فعلية مسببة عن تصوّره وتصوّر ما يتربّ 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 ، وان وقعت الغفلة عنها عند العمل أو في أثنائه لأنها محفوظة في الخزانة تجري الأفعال على منوالها كما نشاهد من أنفسنا بالنسبة إلى أفعالنا الاختيارية الواقعية في الخارج من الغفلة في أثنائها أو عند ابتدائها بعد التشاغل بمقدماًها عن وجوه الفعل ومشخصاته ولذا اكتفينا بالاستدامة الحكمية في نية العبادات.

وما ذكرنا يظهر الجواب عن النقض بالغفلة ، لأنها ان كانت عن نفس الدفع مع تتحققه ، فكونه تسلیطاً من نوع ، بل هو كدفع النائم من واسطة التسلط ، وان كانت الغفلة عن قصدي الإباحة والتملیک ، فهو جار على منوال ما في الخزانة مما أضمره من المشخصات عند وجود الداعي المحرك عليه ، فالفرق بين التسلیط المطلق ومطلق التسلیط ، هو أن الأول غير متحقق في

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

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

قلت وأقصى ما يمكن ان يوجه به القول بالأعمية هو أحد أمرين.
 الأول . دعوى اختصاص البيع بما كان التمليلك حاصلا باللفظ ، فهو معاوضة خاصة وبعبارة أخرى : دعوى مدخلية اللفظ مطلقا أو الألفاظ الخاصة في تتحقق مفهوم البيع ، فيكون التمليلك بغيره تمليلكا بغير البيع ومعاوضة مستقلة ، ومنه المعاطاة الممكن فيها حينئذ قصد التمليلك البيعي منها أو قصد معاوضة مستقلة .
 ويشهد له بل يدل عليه ما في (الغنية) من دعواه الإجماع على ان المعاطاة ليست ببيع .

وفيه . مع ان منع كون المعاطاة بيعا أول الكلام ، كيف والكركي في (جامعه) نسبه مرة إلى المعروف ، وآخرى إلى الاتفاق ، وانه لا يحسن التقسيم مع كون النزاع صغرويا أيضا وإنما يتوجه بعد الفراغ عن ثبوت الصغرى وتحققها من الأعمية انه لا يتم على التقديرین ، لأن المعاطاة ان كانت بيعا فلا يكون قصده التمليلك بها قسيما للنقل البيعي لتحققه بها قهرا إذ لا ينفك

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

مضافاً إلى ما يمكن ان يقال : ان الملكية وان اختلفت بالنوع اما بحسب اختلاف متعلقها من العين أو المنفعة ، واما بحسب الجانحة والعوض أو غير ذلك الا ان النوع الخاص منها وهو تملك العين بالعوض على وجه المبادلة لا تختلف ذاته وحقيقة معناه ، وان اختلفت أسباب تتحققه بالفرض لأنها من الاختلاف في السبب الموجد والسبب شيء واحد واختلاف السبب لا يوجب اختلاف ذات المسبب ، نظير الحدث الأصغر الحاصل بأحد أسبابه : من اليوم أو الريح أو الخارج من أحد السبيلين ، فان المسبب في جميع ذلك حقيقة واحد ، والاختلاف انما هو في السبب الموجد لها وحيثئذ فلا تغاير في الملكية بين القصدتين ، ولا تختلف بين المقصودين حتى يصلح أن يكون أحدهما قسيماً للآخر ، فتأمل وهذا بخلاف قصد الإباحة والتسلق ، بل وقصد الإباحة المطلقة أو الخاصة لتحقيق المغایرة الذاتية في المقصود من ذلك .

الثاني . دعوى اختصاص البيع الذي من الأفعال التوليدية بين الاثنين بما إذا كان بالنسبة إلى أحدهما بنحو الأصلية ، وهو المعتبر عنه بالبائع ، وبالنسبة إلى الآخر المعتبر عنه بالمشتري بنحو التبعية ، لأن المشتري قابل لإيجاب البائع ، فكأنه تابع له في قبوله فعله .

توضيح ذلك : ان عقد البيع مركب إضافي من عقد ، وهو لغة الشد الوثيق بين الطرفين حقيقين أو نسبيين كني به عن الربط بين شيئاًين الحاصل بقرار من المتعاقدين ، وبيع معناه لغة وعرفاً تملك عين بعوض على وجه المبادلة والمفاجلة في البذرية لاقتضاء المعاوضة بذرية كل من المرتبطين عن الآخر لأن البذرية مرة تكون من جانب واحد كضمان بدل

التالى

ويسمى بالتعويض ، ومرة تكون من الجانبين وتسمى بالمعاوضة ، وعلقة البدالية الحاصلة بالبيع وان كانت من حيث هي بسيطة إلا أنها تنحل الى بدلية تتحقق بدلية كل منهما عن الآخر بالضرورة ، غير أن بدلية أحدهما . وهو الموضع . مضمحة بالنسبة إلى بدلية الآخر وهو الموضع ، فالموضع متمحض للتبديل والوضع للبدلية وان صدق العكس عليهما في الحقيقة وهذه العلقة من حيث التحقق والتكون فعل توليدي بين اثنين نسبته من حيث التكون والعليمة في الإيجاد الى كل من الفاعلين البائع والمشتري بالسوية إلا أنه من حيث الاستقلال بالانشائية والتبعية فيها يناسب الى من كان مستقلًا بها لأنه الأصل في النسبة ، فيقال له : البائع ويقال للآخر : المشتري لكونه تابعاً للبائع في قبول إنشائه فكأن البائع أصل في و المشتري تابع له ولا خلافحيثيين المزبورتين اختلفت نسبة البيع مرة إلى الموجب والقابل كليهما ، وآخرى إلى الأول منهما مع صدق المبيع على المبذول من البائع خاصة والوضع على المبذول من المشتري كذلك وليس الا لتمحض الأول بالتبديل ، والثانى بالبدل لما عرفت من ملاك ذلك من الاستقلالية والتبعية في الإنشاء ولذا كان تعدى الفعل اليه بالباء المسماة عند النحوين بباء البدالية والباء الداخلة على الأعواض والأثمان.

ولتنقح الكلام فيه محل آخر ، وعليه فالمملکية للعين بالوضع أعم من البيع لافتراقه فيما لا يوجد فيه المالك المزبور . وفيه . بعد تسليم عدم صدق البيع إلا على ما كان كذلك ومع الغض بما تقدم إنما يتم ما ذكره فيما لو وقعت المعاطة من المتعاطفين لا بنحو الإيجاب والقبول الفعليين بل بنحو الاستقلالية في الإنماء لكل منهما كالتفاسخ الحاصل من المتعاقدين بقول كل منهما :

تفاسخنا ، وهو على تقدير تتحققه من الفروض النادرة ان لم نقل بكونه مجرد فرض
امكاني لا يمكن تنزيل كلمات الأصحاب عليه وجعله محظوظاً أنظارهم في

هذا النزاع العظيم ولبس الاختلاف بينهم إلا فيما يليق بالبحث عنه من حكم ما هو المتعارف بين الناس من معاملاتهم بالمعاطاة الحارية على منوال عقود المعاوضات إلا في تحقق العقد اللفظي فإنه الجدير بالبحث عن حكمه لا ما يمكن فرض وقوعه في الخارج وهذا مما اشکال فيه كما لا اشکال ظاهرا في ان قصد المتعاطفين التملك بالمعاطاة غالبا كالبيع العقدي دون الإباحة المطلقة مع بقاء العين على ملك مالكها خلافا لشيخنا في (الجواهر) ولعل نظره مضافا الى التخلص عن المحاذير الآتية الى 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 منبعتا عن ملكية العين والإباحة المطلقة ويتبين ذلك في المحررات كدفع الدرهم من الشارب لحصول الغرض به من شرب الماء من غير تعلق غرض له بكون التسلط عليه منبعتا عن ملكية الماء دون إباحته ويشهد لذلك معاطاة من لا يقول بإفادتها الملك ، بل مفادها الإباحة اجتهادا أو تقليدا في المحررات فكيف يقصد التمليلك والتملك بمعاملته مع العلم بعدم وقوع المقصود منها مع وقوع المعاملات المعطالية في أغلب معاملاتهم؟ إلا ان الإنصاف دعوى وقوع معاملات الناس غالبا ، وما هو المتعارف بينهم بقصد الإباحة دون الملك مكابرة مما يشهد بخلافه الوجهان ، بل الذي عليه الناس عموما وخصوصا وهو قصد الملك في معاملاتهم المعطالية.

وكيف كان فالكلام الى هنا في موضوع المعاطاة.

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

بإفادتها الإباحة المطلقة لجميع التصرفات حتى الموقعة منها على الملك مع بقاء كل من العينين على ملك مالكه ، غير انه يحصل الملك بتلف احدى العينين وما بحكمه ، بل (عن المسالك) : «ان كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات (قول) بإفادتها لذلك الا ما يتوقف على الملك كالوطء والعتق وإخراجه في خمس أو زكاة وغير ذلك ، وهو المحکى عن حواشي الشهيد على القواعد ، يوافقه ما عن (المبسوط) من المنع عن وطء الحاربة المهدأة بالهدية المجردة عن الإيجاب والقبول و (قول) بلحوقها بالبيع الفاسد من عدم الملك وعدم جواز التصرف فيه ، وهو المحکى عن العلامة في (نهايته) وان حکى الرجوع عنه في كتبه المتأخرة ، بل قيل بعدم موافق له ومسبوق بالإجماع وملحوظ به و (قول) بإفادتها الملك المتزلزل ويستقر بالتلف وما بحکمه ، وهو صريح الكركي في شرحه على القواعد والمحکى عنه في تعليقه على الإرشاد ، حتى أنه نزل الإباحة في كلام الأصحاب على ارادة الملك المتزلزل ، مع أن عبارتهم بين ظاهرة وصريحة بخلافه وعدم تحقق الملك بها وحملها على عدم النزول في غاية البعد : وعليك بالرجوع الى عبارتهم ليتضطلع لك حقيقة الحال ، وإنما تركناها خوفا من الإطالة . وتبعه على هذا القول غير واحد من تأخر عنه وهو العمدة من الأقوال في المسألة بعد الأول منها ، بل هما . اي القول بالإباحة المطلقة والقول بالملك المتزلزل قد يدعى تكافؤهما في الشهرة بين متأخرى المتأخرین.

قيل : ويبعد كل من القولين :

أما الأخير فيبعده ان حصول الملك وكون المعاطاة من التوابل له مما يتوقف على جعل أو إضاء من الشارع ، وليس عليه دليل ، مع أن مقتضى الأصل هو العدم الا 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 ترتيب آثاره على المأمور بالمعاطاة.

ويبعد الأول أيضاً مخالفته للقواعد المسلمة التي منها قاعدة تبعية العقود للقصد ، لأن الملك المقصود حصوله بالتعاطي غير واقع بالفرض الواقع وهو الإباحة المجردة غير مقصودة إذ الإباحة أن أريد بها الإباحة المتربة على الملك ، فمع كونه خلاف الفرض يدفعه أنها معلولة للملك ، والمعلول عدم عدم العلة ، وان أريد بها المقابلة للملك وما هو قسيم له فلم تكن مقصودة بالتعاطي حتى تكون واقعة بناء على ما عرفت من قصد المتعاطيين التمليل بالمعاطاة ، ومنها ما هو مسلم عندهم من عدم جواز التصرف في المقبوض بالبيع الفاسد الذي هو يعني عدم ترتيب الأثر عليه شرعاً بل مطلق المعاملات الفاسدة التي منها المعاطاة لعدم ترتيب الأثر المقصود من الملك عليها ، وهو الوجه لما ذهب إليه العالمة في (نهايته) من المنع عن التصرف في المعاطاة ، ومنها ما هو المعلوم من ان العين المضمونة بالمسمي إذا لم يسلم ضماغها به كانت مضمونة بيدلها الواقعي من المثل أو القيمة ، ولذا كان المقبوض بالعقد الفاسد عندهم مضموناً بذلك دون المسمي ، وعليه فكيف يكون تلف احدى العينين موجباً لدخول الأخرى في ملك من هي في يده بل القاعدة تقضي حينئذ بناء على الإباحة المجردة جواز الرجوع على العين الموجودة مالكها ويغرن لصاحبها بدل التالف من المثل أو القيمة ، وهو خلاف ما هو كالمتفق عليه عندهم من اللزوم وعدم جواز الرجوع بالتلف وما بحكمه هذا كله مضافاً إلى استبعادات آخر ذكر لزومها على أهل هذا القول شيخ مشايخنا (كاشف الغطاء) في شرحه على القواعد ، تركناها جملة اقتصاراً على ذكر العمدة منها .

هذا ويمكن الجواب عن ذلك :

إما عن الأول فيبان مخالفة المقام لقاعدة تبعية العقود للقصد ، وإن

كانت مخالفة لكتاب الكليتين الإيجابية منها والسلبية ، لعدم وقوع المقصود هو الملك ووقع غير المقصود ، وهو الإباحة المجردة ، لكن الإيجابية الكلية إنما تتم بعد اعتبار العقد وترتبط الأثر عليه شرعا ، والا 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 ، الا أن من المعلوم ان قاعدة التبعية لا تقتضي وقوع غير المقصود ، بل هو باق على حكم الأصل فيه ، لا أنها تقتضي عدمه بحيث لو فرض ثبوته بدليل كان معارض لها ولو بنحو معارضة العموم والخصوص المطلق ، بخلافه على الأول . وحيثئذ . فنقول : الواقع اما أن يكون مبادينا للمقصود أو يكون جزء منه والثاني اما : ان يكون جزء خارجيا بأن يكون المقصود مركبا خارجيا الواقع جزء منه أو يكون جزء ذهنيا من مركب ذهني . وحيثئذ . فإن كان الواقع مبادينا للمقصود ، فلا ينافي ثبوته لو دل الدليل عليه ، لما عرفت من عدم المعارض 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 الى العقد عند بطلان المسمى لا يخلو من تسامح ، إذ الموجب له إنما هو القبض عند العقد دون العقد بالاتفاق وان الخبر ضرر البعض بالخيار ، وليس الا لكونه مقصودا . ولو ضمنا . ضرورة أن بيع الدار ينحل الى بيع كل جزء منها ، فلا نقض من جهته . أيضا . وان 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 اليه وان الجير 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 أحجازته 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 للملك لا يضر في الأول ، كما لا ينفع في الثاني ، فإذا قاعدة (تبعية العقود للقصد) قاعدة مستقيمة سليمة عما أورد عليها من النقوض المتقدمة شيخنا المرتضى في (مكاسبه) .

إذا عرفت ذلك ، فقول : فيما نحن فيه ان الإباحة المجردة التي هي مفاد المعاطاة عند الأكثـر يحتمـل 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 لأنها مع تصريحهم بأن المعاطاة تفيد الإباحة . ثالثا . ويجـتمـل أن تكون من ثاني قسمـيـ الشـانـيـ من بـابـ تـعدـ المـطلـوبـ بتـقـرـيبـ : أنـ المعـاطـاةـ تـسـليـطـ لـلـغـيرـ عـلـىـ مـالـهـ قـاصـدـاـ بـهـ الـمـلـكـ ،ـ وـالـتـسـليـطـ الـمـجـرـدـ عـنـ الـمـلـكـ مـفـيدـ لـلـإـبـاحـةـ بـحـكـمـ الـعـرـفـ ،ـ وـلـاـ يـنـافـيـ قـصـدـ التـمـلـيـكـ معـهـ إـنـ لـمـ يـكـنـ مـؤـكـداـ لـهـ ،ـ فـهـوـ قـاصـدـ لـلـتـمـلـيـكـ بـمـاـ هوـ تـسـليـطـ مـنـ الـفـعـلـ وـلـيـسـ الإـبـاحـةـ الـمـقـصـودـ هـيـ الـقـسـيـمـةـ لـلـمـلـكـ بـلـ الـجـامـعـةـ مـعـهـ التـابـعـةـ لـهـ

المقصودة ضمنا وبالطبع الا انها باقية مع عدم الملك أيضا بناء على التعدد في المطلوب ويشهد لذلك ما ذكره في (المسالك) من قوله : «وانما حصلت الإباحة باستلزم إعطاء كل منهما الآخر سلعته مسلطا له عليها الاذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات» انتهى.

ولا كذلك في العقود الفاسدة لعدم التسلیط فيها لا بالقول ولا بالفعل أما القول فلان الصيغة فيها لا تدل بمدلولها المطابقي الا على التملیک واباحة التصرف قد يدعى انها من الأحكام الشرعية المترتبة على الملك غير مقصودة للملك بل هي مترتبة على الملك وان قصد عدمها ولو سلم كونها مقصودة فهي مقيدة بالملكية بنحو الوحدة في المطلوب دون تعدد ، فلا تسلیط بالقول بوجه أصلا. وأما الفعل وهو دفع العين الى صاحبها ، فإنما هو أداء مالكها بالعقد ولو بزعمه الفاسد ، فلا تسلیط فيه على مال الدافع بقصد التملیک للمدفوع له ، ضرورة أن الملكية المقصودة المتخيّل وقوعها حاصلة بالعقد سابقة على الدفع المقصود به دفع ملك الغير الى مالكه ، لا تسلیط للغير على ماله بقصد التملیک له وهذا بخلاف المعاطة فإن الملكية فيها متاخرة عن التسلیط بالدفع طبعا وان افترنت معه في الرمان.

توضیح الفرق بين المعاطة والعقود الفاسدة مع تساویهما في قصد الملك وعدم إنشاء مستقل للإباحة : هو ان تبعية الإباحة للتملیک في العقد الفاسد كاد أن ينعكس أمرها في المعاطة لسبق الملكية المفروضة على الدفع وعدم التسلیط به لكونه من أداء المال الى مالكه في العقد الفاسد وسبق التسلیط على الملكية المقصودة بالذات في المعاطة فالمملکية فيها يوشك ان تكون تابعة للتسلیط لا متبوعة له كما في العقد الفاسد ، وبذلك ينقدح الوجه في تعقل التعدد في المطلوب في المعاطة وعدم إمكانه 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 سابقاً من أن التسلیط المقصود به التملیک في المعاطاة لا يبقى مع انتفاء الملك لذهب الجنس بذهب فصله ، فالإباحة الضمنية للملك متنفية والقسيمة له غير مقصودة . أصلاً . وليس الإباحة هنا كالمطلق المقيد بقيد أو المشروط بشرط حتى يمكن فيه فرض تعدد المطلوب ، وإن هو إلا العقد الفاسد في وحدة المطلوب وإن فرض الفرق بينهما في سبق الملك على الفعل ولو حوقه به .

اللهم إلا ان يتثبت للقول بإباحة التصرف بوجه آخر ، وهو إحراز الرضا من المالك بالتصرف وإن لم يتحقق الملك بشاهد الحال الذي قد يدعى تتحققه في خصوص المعاطاة المبنية على التسامح بخلاف العقود المبنية على المداققة من ضبط الألفاظ واجتماع الشروط وقدان الموانع الكاشفة عن المداققة وعدم التسامح فيها ، فإحراز الاذن بالتصرف حينئذ . مع عدم سلامه المقصود من الملك . مفقود ، ويكتفى في صحة التصرف إحراز الرضا القلي من المالك ، وإن بطل العقد أو المعاطاة في إفادته المقصود من الملك ويشهد لذلك قول العالمة في هبة (التحریر) بعد ان اعتبر الإيجاب والقبول فيها ما لفظه : « وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأطعمة؟ الأقرب عدمه نعم يجوز التصرف عملاً بالاذن 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 إفاده العقود الفاسدة للإباحة إنما هو عدم كون الإباحة مقصودة إلا في ضمن الملكية على وجه التبعية والفرعية فمثى لم يقع الملزوم بمقتضى فساد العقد لا يقع ما كان لازماً له متفرعاً عليه أيضاً ، فلا يقتضي العقد جواز التصرف بل يبقى التصرف في مال الغير على حرمته الأصلية . وأما المخالفة للقاعدة الثالثة فلا

يكاد ينطبق معها قول الأكثـر بوجه أصـلاً للهـم الا بـدعـوى ان بطـلان الضـمان بالـمسمـى من حـيث الـبدـلـيـة بين العـيـنـيـن في المـلـك لا يـسـتـلزم بطـلان الضـمان بهـ من حـيث بدـلـيـة التـسلـيـط بالـتـسلـيـط بـمعـنى بدـلـيـة السـلـطـنـة التيـ لهـ عـلـى مـالـهـ بـالـسـلـطـنـة عـلـى مـالـ صـاحـبـهـ وكـذا لـصـاحـبـهـ بـالـعـكـسـ ، وـلـيـسـ الإـبـاحـةـ الـجـرـدـةـ عـلـى القـوـلـ بـهاـ اـبـاحـةـ جـمـانـيـةـ ، بلـ هيـ اـبـاحـةـ بـعـوـضـ اـبـاحـةـ وـسـلـطـنـةـ بـإـزـاءـ سـلـطـنـةـ مـعـ صـحـةـ الـبـدـلـيـةـ المـذـكـورـةـ ، وـتـمـامـيـتهاـ هـنـاـ فـيـ مـقـامـ الـبـدـلـيـةـ ، وـاـنـ لمـ تـمـ الـبـدـلـيـةـ بـيـنـ العـيـنـيـنـ ، وـمـنـ الـمـلـعـومـ جـواـزـ الرـجـوعـ بـأـحـدـ الـبـدـلـيـنـ وـاتـرـاعـ السـلـطـنـةـ مـنـ صـاحـبـهـ عـلـىـ مـالـهـ مـوـقـوفـ عـلـىـ إـرـجـاعـ بـدـلـهـ الـمـتـعـذـرـ عـنـ تـلـفـ الـعـيـنـ الـتـيـ هـيـ بـمـنـزـلـةـ الـمـوـضـوـعـ لـتـلـكـ السـلـطـنـةـ ، وـالـتـبـدـيلـ عـنـهـ بـالـسـلـطـنـةـ عـلـىـ الـمـثـلـ اوـ الـقـيـمـةـ تـبـدـيلـ بـبـدـلـ آـخـرـ غـيـرـ بـدـلـهـ الـمـسـمـىـ الـذـيـ تـمـ بـدـلـيـتـهـ. وـلـعـلـهـ هوـ مـرـادـ مـنـ اـسـتـدـلـ عـلـىـ الـلـزـومـ بـالـتـلـفـ مـنـ أـهـلـ هـذـاـ القـوـلـ بـعـدـ إـمـكـانـ التـرـادـ

معـهـ.

هـذـاـ وـلـكـنـ الدـعـوـيـ المـذـكـورـةـ عـلـىـ عـهـدـةـ مـدـعـيـهـاـ وـالـمـسـأـلـةـ عـنـديـ بـعـدـ لـاـ تـخلـوـ عـنـ اـشـكـالـ.

وـمـاـ ذـكـرـنـاـ ظـهـرـ مـسـتـنـدـ قـوـلـ الـعـلـامـةـ فـيـ (ـالـنـهـاـيـةـ)ـ وـهـوـ قـوـيـ ،ـ لـوـلـ قـيـامـ الإـجـمـاعـ بـقـسـميـهـ عـلـىـ اـبـاحـةـ التـصـرـفـ ،ـ وـعـدـمـ جـواـزـ الرـجـوعـ عـنـ التـلـفـ وـنـحـوهـ ،ـ وـكـذاـ مـسـتـنـدـ القـوـلـ بـإـبـاحـةـ إـلـاـ فـيـمـاـ يـتـوقـفـ عـلـىـ الـمـلـكـ كـمـاـ تـقـدـمـ عـنـ حـوـاشـيـ الشـهـيدـ.ـ وـلـكـنـ أـقـوـيـ مـنـ أـقـوـالـ الـمـتـقدـمـةـ ،ـ هـوـ القـوـلـ بـإـفـادـتـهـ الـمـلـكـ الـمـتـزلـلـ ،ـ وـيـسـتـقـرـ بـالـتـلـفـ وـمـاـ بـحـكـمـهـ.ـ كـمـاـ عـلـيـهـ الـكـرـكيـ وـجـمـاعـةـ مـنـ تـأـخـرـ عـنـهـ.ـ بـلـ وـهـوـ ظـاهـرـ الـعـلـامـةـ فـيـ (ـالـتـحـرـيرـ)ـ حـيـثـ قـالـ :ـ «ـوـالـأـقـوـيـ عـنـديـ اـنـ الـمـعـاطـةـ غـيـرـ لـازـمـةـ بـلـ لـكـلـ مـنـهـمـاـ فـسـخـ الـمـعـاوـضـةـ مـاـ دـامـتـ الـعـيـنـ باـقـيـةـ لـظـهـورـ نـفـيـ الـلـزـومـ فـيـ ثـبـوتـ الـمـلـكـ مـعـ ظـهـورـ الـتـعـبـيرـ بـفـسـخـ الـمـعـاوـضـةـ فـيـهـ أـيـضاـ ،ـ وـوـجـهـهـ يـتـضـحـ بـعـدـ بـيـانـ مـقـدـمـةـ مـتـكـفـلـةـ لـبـيـانـ مـعـنـيـ الـمـلـكـ وـمـرـاتـبـ الـمـلـكـيـةـ.

فنقول : ان من الاعراض ما لا يكون الخارج ظرفا لعرضه بل هو ظرف للاتصال به وهذا هو المعبر عنه بالاعتبار ووجوده انا هو بوجود منشأ انتفاعه على نحو يتزعزع هذا العرض منه فمن ذلك المالية ، فإنها قد تدور مدار ما في الشيء من الجهات الذاتية أو من الجهات الخارجية ولو يجعل جاعل بحيث يتعلق به ولو من تلك الجهة أغراض عموم الناس ، ويبدلون بإزاره الأموال ، ولا يعتبر في المنشأ كونه ذاتيا للشيء وصفة من أوصافه الذاتية كالجواهر والمعادن وأمثال ذلك ، بل المدار في تحقق المالية للشيء تعلق أغراض الناس عموما به والسعى في تحصيله لنيل أغراض المقصودة منه ، ولو كان المنشأ امرا خارجيا ، ولعل من ذلك ما هو المتعارف في عصرنا من جعل السلاطين الأوراق المطبوعة المعبر عنها بالنوط والسكناس المعدودة بحكم الأثمان في إجراء المعاملات بها فيما بينهم كالنقد المسكوكة فإن لها من حيث هي كذلك مالية متعلقة بها أغراض عموم العقلاء ولو كان ذلك يجعل السلاطين دون جهة في ذاتها ويحتمل قويا ان يكون حكم تلك الأوراق حكم (البروات والسجلات) فإنها لا مالية لها بنفسها وإنما مطلوبيتها ليست الا 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 ، وبين المالية والملكية بحسب المورد عموم وخصوص من وجه ، يفترق الأول عن الثاني في الأموال المباحة ، والثاني عن الأول في مثل الحبة من الخطة ، فإنها لا مالية لها مع بقائها على الملكية.

ثم ان للملكية بحسب اختلافها قوة وضعفا مراتب ثلث أضعفها ملكية الانتفاع ،

وأقوى منها ملك المنفعة ، وأقوى منهمما 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 تعلق 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 والصلة في الأراضي المتسعة مما كانت الإباحة فيه شرعية ، فإن العين فيها مملوكة للمباح له من جهة الانتفاع الخاص بها ، لا أن الانتفاع ملوك في الحقيقة وإن وقع التعبير بذلك اصطلاحاً ، أو كانت ملكية كالعارية فإن العين المستعاره مملوكة للمستغير من جهة المنفعة المباحة له بالملكية الضعيفة التي لا ينافيها كونها مملوكة للمغير بالملكية التامة ، وللاستقلالية في السلطنة الخاصة وعددها افترقت في جواز النقل وعدمه ملكية المنفعة عن ملكية الانتفاع وبذلك دخل وطء الأمة الحللة في ملك اليمين إذ ليس من التزويج قطعاً مع الحصر في قوله تعالى «إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكُتْ أَيْمَانُهُمْ» بل الزوجة أيضاً مملوكة للزوج من جهة الانتفاع ببعضها ، وإن وقع التعبير عنه بملك البعض ، إلا أن المقصود ملكيتها من جهة الانتفاع بالبضع ، فلا تنافي الحرية ، وإلا فلا معنى لملكية نفس البعض ويحتمل أن تكون ملكية البعض من قبيل ملكية المنفعة ، وإن فارقته في بعض الآثار كعدم جواز النقل فأشبهرت ملك الانتفاع لأن الملكية تدور مدار عنوان الزوجية الحاصلة بالعقد ، فالزوجة واسطة العروض يدور مدارها وجوداً وعدماً ، بخلاف المستأجر فإنه محل للملكية الحاصلة بالعقد يمكن فيه النقل والانتقال.

هذا ولا ينافي السلطنة القوية البالغة للمرتبة القصوى 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 الا من جهة المتعلق وهو الكل بالنسبة إليه ، ولذا كانت قسمة المشاع عندنا إفراز حق وتميز حصص كما طفت 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 الأشكال الوارد على تعريف القسمة عندنا ، وأنما ليست بمعوضة ، لا ما ذكروا له من الوجوه المقررة في محله ^(١).

(١) توضيح الأشكال وحلا ، هو أن قسمة المشاع مطلقا . ولو الغير المشتمل منها على الرد لا تنفك عن تحقق المعاوضة فيها لأن بما تختص الحصة بأحددهما بعد ان كانت مشاعة بينهما مملوكة لكل منهما بعوض ما انتقل منه إلى شريكه ، وهل المعاوضة إلا ما كان كذلك مع ان الأصحاب عرفوها بأنما تميز الحصص وافرازها لا معاوضة نعم المشتملة منها على الرد لا تنفك عن المعاوضة بين المردود وعوضه.

وقد تصدى بعض للجواب عنه بما يرجع ملخصه الى أن معنى الشركة في المال بالإشارة هو أن لكل من الشريكين نصفه مثلا على وجه البادية فالمملوك لكل منهما النصف الكلي على وجه ينطبق على أفراد الإنفاق المتصورة له بحسب اختلاف الأجزاء والكيفية ، فالصيغة المشاعة بين الاثنين بالتسوية مثلا تختلف قسمتها نصفين كيفية بحسب اختلاف اجزائهما تبديلا وتكتشـر إفراد الإنفاق بحسب ذلك الاختلاف ، فالمملوك لكل منهما كلي النصف المنطبق على كل واحد من تلك الإنفاق انتساب الكلي على الفرد

وكيف كان إذا تبين ذلك ظهر لك ان الإباحة المطلقة من جميع وجوه التصرف التي هي مفاد المعاطاة عند الأكثـر ترافق الملكية التي تجتمع عدم اللزوم وجواز الرجوع من آثار بقاء العلقة للملك الذي قد يقال هو مقتضى الأصل عند الشك فيه ، لا ما قيل : من ان الأصل يقتضي اللزوم في الملك ، فتأمل . غير أن من صرح بعدم الملك مع ذلك فمقصوده الملك اللازمـي الذي لا يجوز فيه الرجوع دون مطلق الملكية ومن ذلك قولهـم عليهم السلام : «ما هو لنا فقد أبـجـناه لـشـيعـتـنا» ولذا صـحـ جـمـيعـ التـصـرـفـاتـ فيـهـ حـتـىـ

فالقبض بالقسمة هو مصدقـ ما كان مـلـوكـاـ لهـ منـ الكلـيـ ، غير انهـ تعـينـ بـعـدـ انـ كانـ لاـ عـلـىـ التـعـيـنـ وـهـ مـعـنـىـ القـسـمـةـ المـقـسـرـةـ بـتـعـيـنـ الـحـصـصـ أـيـضاـ.

وفيـهـ . معـ انـ ذـلـكـ يـنـافـيـ الشـرـكـةـ بـالـإـشـاعـةـ إـذـ إـلـاـشـاعـةـ فـيـ الـكـلـ لـاـ بـدـ وـانـ تـنـتـهـيـ أـجـزـائـهـ إـلـىـ الـجـزـءـ الـلـاـيـتـحـرـأـ بـنـاءـ عـلـىـ وـجـودـهـ فـذـلـكـ الـجـزـءـ أـمـاـ أـنـ يـكـونـ لـهـمـاـ أـوـ لـأـحـدـهـمـاـ أـوـلـاـ لـهـمـاـ وـلـأـحـدـهـمـاـ ، لاـ سـبـيلـ إـلـىـ الـأـخـبـرـيـنـ لـنـافـحـمـاـ الـمـلـكـيـةـ وـالـشـرـكـةـ فـيـ الـمـلـكـيـةـ ، فـتـعـيـنـ الـأـوـلـ وـحـيـنـئـلـ لـاـ نـصـفـ لـهـ حـتـىـ يـمـلـكـ النـصـفـ مـنـهـ وـالـنـصـفـ الـمـوـهـومـ بـنـاءـ عـلـىـ دـعـمـ وـجـودـهـ لـاـ تـعـلـقـ بـهـ الـمـلـكـيـةـ.

أنـ ذـلـكـ يـسـتـلـرـمـ اـنـ يـخـتـصـ كـلـ وـاحـدـ مـنـ النـصـفـيـنـ الـمـفـروـضـيـنـ لـاـ عـلـىـ التـعـيـنـ بـأـحـدـهـمـاـ دـوـنـ الـآـخـرـ وـكـذـاـ لـلـآـخـرـ النـصـفـ الـآـخـرـ كـذـلـكـ وـهـ يـنـافـيـ إـلـاـشـاعـةـ الـتـيـ مـعـنـاهـاـ الشـرـكـةـ وـعـدـمـ الـاـخـتـصـاصـ فـيـ كـلـ مـاـ يـفـرـضـ جـزـءـ وـآـخـرـ قـدـ تـصـدـىـ لـهـ بـوـجـهـ آـخـرـ وـهـ اـنـ إـلـاـشـاعـةـ مـنـ أـشـاعـ بـعـنـيـ اـنـتـشـرـ وـمـعـنـاهـ اـنـ الـمـلـكـيـةـ مـنـتـشـرـةـ فـيـ جـمـيعـ اـجـزـاءـ الـمـالـ بـحـيـثـ لـوـ جـزـأـتـ الـكـلـ فـلـاـ بـدـ اـنـ تـنـتـهـيـ اـجـزـائـهـ إـلـىـ الـجـزـءـ الـلـاـيـتـحـرـأـ بـنـاءـ عـلـىـ وـجـودـهـ مـتـعـلـقـةـ بـهـ مـلـكـيـةـ وـاحـدـةـ قـائـمـةـ بـالـشـرـيكـيـنـ فـلـكـلـ مـنـهـمـاـ نـصـفـ الـمـلـكـيـةـ لـاـ مـلـكـيـةـ النـصـفـ إـذـ لـاـ نـصـفـ لـهـ بـالـفـرـضـ حـتـىـ يـكـونـ مـلـوكـاـ وـلـيـسـ الـكـلـ الـاـ عـيـنـ تـلـكـ الـأـجـزـاءـ مـجـمـعـةـ وـلـاـ فـرـقـ فـيـ الـمـلـكـيـةـ بـيـنـ مـلـكـيـةـ الـكـلـ وـمـلـكـيـةـ الـجـزـءـ لـاـنـ التـفـرـيقـ وـالـجـمـعـ

لاـ يـوجـبـانـ

المتوقفة على الملك ، بل ملك الشيعة لما أباحوه لهم كاجواري المعنومة بالغزو بغير اذن الامام ، بناء على الأقوى : من كونها من الأنفال ، وخمسهم في المعنومة بنحو الغيلة والسرقة كاد أن يكون من الضروريات ، وليس الا لليد على ما أباحه المالك إباحة مطلقة كما سترى .
ومنه أيضا الإباحة المستفادة ولو بالقرائن من إعراض المالك عموما

الفرق في معنى الملكية ، واما بناء على عدم وجوده فما كان دونه فهو موجود وهي لا تتعلق به الملكية وقسمته قسمة وهمية وتلك الأجزاء الوهمية يفرض احتمالها حتى إذا بلغت جوهر الفرد تعلقت به الملكية ، وحينئذ فيجري فيه الكلام المتقدم ، وعليه فمعنى الشركة هو ملكية واحدة متعلقة بالمال قائمة بالشريكين بمفردة المالك واحد . وفيه بعد تسليم فرض معنى لنصف الملكية انه لا يجدي ذلك فرقا في تحقق المعاوضة بين نصف الملكية وملكية النصف لتحقق التبديل فيما بينهما معا اللهم الا ان يرجع ولو بتتكلف الى ما نذكر .

فالأحسن في الجواب هو ان يقال ان الملكية في الشركة وان كانت تامة في مرحلة نفسها قوية في مرتبتها لكنها ناقصة من جهة نسبتها الى تمام المال بحيث لو تمت من هذه الجهة لكان كسرًا من الكسور ، وعليه فكل واحد من الشركاء مالك ل تمام المال ملکا 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 السلطة لا نقص فيها مطلقا والضعف الذي في الشركة ليس في نفس المرتبة وإنما هو في تعلقها ب تمام المال ولهذا تتم بالقسمة مع ان 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 فافهموا واغتنم (منه عفي عنه)

أو خصوصاً كنثار العرس فإنه يملكه الأخذ باليد بعد إعراض المالك عنه .
وحيث انحر الكلام إلى مسألة الاعرض ، فلا بأس بالتعرض لها ببيان حكمه ولو
بنحو الإجمال .

فقول : الاعرض بما هو إعراض حيئماً يتحقق وبوجود هل يكون سبباً لخروج المال
عن ملك المعرض ، وبعبارة أخرى : هل يخرج المعرض عنه بمجرد الاعرض عن ملك المعرض
أم لا؟ وعلى الثاني : فهل يملك بالقبض ووضع اليد عليه مع كونه معرضًا عنه أم لا؟ وعلى
الثاني فهل يجوز للأخذ التصرف فيه مطلقاً أم لا كذلك ، أو يفصل بين التصرفات المتوقفة
على الملك كالبيع ونحوه وغير المتوقفة عليه؟ احتمالات ، بل لعلها أقوال ذهب إلى الأول
جماعه منهم الشيخ في محكي المسوط والقمي في (أجوبة مسائله) بل في (الكافية) نسبته إلى
الأشهر ، حيث قال «ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه إذا لم ينبو قطع ملكه عنه
وان نوى ذلك ، ففي خروجه عن ملكه قوله : أشهروا الأول ولعله الأقرب» ... انتهى
كلامه . وذهب غير واحد إلى بقاء الملك وعدم الخروج عنه بمجرد الاعرض بل في (المسالك)
نسبه إلى الأكثر حيث قال في مسألة ما لو أطلق الصيد ما لفظه «وان 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 ، والأعراض عن الملك لم يثبت
شرعاً أنه من الأسباب الناقلة عنه والقول بخروجه بذلك عن ملكه للشيخ في (المسوط)»
وقال أيضاً في مسألة غرق السفينة «والأصح أن جواز أخذ ما يتختلف مشروط باعراض
مالكه عنه مطلقاً ، ومعه يكون اباحة لأخذه ولا يحل أخذه بدون الاعرض مطلقاً عملاً
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 مطلقاً عدم الملك وعدم إحراز الإباحة المتوقعة على إنشائها منه ، مع منع قيام شاهد الحال عليه على وجه الكلية مع اقتضاء الأصل العدم في الجميع عند الشك فيه.

والأظهر عندي عدم الخروج عن الملك بمجرد الاعراض ، ولكن يملك بالقبض ووضع اليد عليه بقصد التملك : اما الأول ، فلعدم الدليل على خروجه من الملك بمجرد الإعراض إذ الخروج عنه كالدخول فيه متوقف على سبب شرعي ، ولم يقم دليل على سبيبة الاعراض له ، مع أن مقتضى الأصل هو البقاء على الملكية ، واما الثاني وهو التملك بالقبض فلصيورة المعرض عنه بالاعراض ورفع اليد عنه بحكم المباح ، فيدخل تحت عموم «من سبق الى ما لم يسبق إليه أحد» الحديث^(١) قوله عليه السلام : «لليد ما أخذت وللعين ما رأت»^(٢) خرج عنه الملك الغير المعرض عنه والمزاحم فيه المالك فتأمل ، فيبقى الباقي تحت العموم ، فالليد سبب للملك ما لم يسبق بيد وملكيّة مزاحمة ، سواء كان المال الموضوعة عليه اليد من المباحث الأصلية أو ما هو بحكمها ، مضافاً الى صحيحـة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه

(١) سبق الكلام على هذا الحديث النبوـي في الجزء الأول من هذا الكتاب

(٢) في خبر السكوني : في رجل أبصر طائراً فتبـعه حتى سقط على شجرة فجاء رجل آخر فأخذـه فقال أمير المؤمنين (ع) للعين ما رأت واليد ما أخذـت (كذا في الجواهر) هذا وفي استفادة سبيبة الـيد للملكـية ما أخذـته من هذه الفقرة من الخبر بنحو الإيجاب الكلي وكـون ذلك بنحو القاعدة تأـمل ، فإنه مضافاً الى خروج ما خـرج منها يمكن كـون الحكم المذكور منه عليه السلام من قـبيل الحكم في واقـعة خاصة لا عموم فيها ، ولعلـه لـذا أمرـ بالتأـمل.

السلام قال : «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وأقامت وسبها صاحبها لما لم تتبّعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها 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 . والى 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 : أن ما أخرجه البحر ، فهو لأصحابه ، وما تركوه آيسين منه ، فهو لمن وجده وغاص عليه لأنه صار بمنزلة المباح ، ومثله من ترك بعيره من جهد من غير كلام ولا ماء ، فهو لمن أخذه ، لأنه خلاه آيساً منه ورفع يده عنه فصار مباحاً ، وليس هذا قياساً لأن مذهبنا ترك القياس ، وإنما هذا على جهة المثال والمراجع فيه إلى الإجماع ، وتواتر النصوص ، دون القياس والاجتهاد وعلى الخبرين إجماع أصحابنا منعقد .

قلت : تنزيل الرواية على تحقق الاعراض عن البعض باليأس . وهو ما اخرج بالغوص وعدمه في البعض الآخر وهو ما أخرجه البحر كما يظهر من عبارة السرائر تفكيك ربك وحينئذ تشكل الرواية لأن الاعراض : إن كان متحققاً ، مما أخرجه البحر كما اخرج بالغوص يملكه من سبق اليه ، وإلا فما اخرج بالغوص أيضاً لمالكه ، وحملها على إرادة المال للملك في الصورتين ، والتفصيل إنما هو في المخرج ، والمقابلة بين ما أخرجه الغواص لهم وما أخرجه الله كما احتمله في (الجواهر) ضعيف جداً . فال الأولى عندي بل هو المتعين حمل الرواية على الغالب من حصول الاعراض بالغرق وصيورة 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 ملقي في الساحل ، بل الظاهر رجوعه عنه ، فلا يملكه من سبق اليه خروجه عن حكم المباح عند وضع اليدين عليه ، وهو شرط في التملك باليد ويكتفي في التوقف الشك فيه بعد منع جريان الاستصحاب في المقام^(١) ويفيد ما ذكرنا من التملك باليد روایة على بن ميمون الصائغ ، قال سأله أبا عبد الله عليه السلام عما يكتن من التراب ، فأبيعه ، فما أصنع به؟ قال : «تصدق به ، فاما لك أو لأهله» الخبر . ومثله خبره الآخر : «سألته عن تراب الصواغين وإننا نبيعه؟ قال : أما تستطيع ان تستحله من صاحبه؟ قال قلت لا إذا أخبرته اتمني ، قال : بعه ، قلت : فبأي شيء نبيعه؟ قال بطعام ، قلت فأي شيء نصنع به؟ قال تصدق به : إما لك أو لأهله» بناء على إرادة (اما) هو لك بالاعراض فالصدقة بملكك أو لصاحبها ، فالصدقة بملكه والأمر بالصدقةأخذ باطلاق الاحتياط ، وتتضمن الأخير لما لا يقول به أحد : من تسويغ حوف التهمة للتصدق بعمول المالك لا يضر في الاستدلال بفقره الأخرى : واما على ارادة : لك ثواب الصدقة لو ظهر المالك ولم يرض بها ، أو هو له لو رضي بها كما هو أحد الاحتمالين فيهما بل لعله الظاهر منهمما . فهي أجنبية عن مسألة الاعراض ، وضعف سند خبر الشعيري ، منجر بما تقدم من كلام الحلبي (في السرائر).

وكيف كان ، فالظهور هو التملك باليد مطلقا سواء كان الاعراض اختياريا أو قهريا ، كما في صورة اليأس ، وفي المحررات وغيرها ، والقول به في خصوص الاعراض القهري أو في المحررات بالخصوص ، تفصيل من

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

غير دليل . ولعل نظر من اقتصر في الحكم على الأخير إلى دعوى عدم الدليل على تملك المعرض عنه الا السيرة الممنوع قيامها إلا في المحررات كجلاس الانعام والسنابل المختلفة من الزرع وخطب المسافر ونحو ذلك من المحررات التي يعاملون مع ملتفتها معاملة المالك من البيع والشراء وفيه ما عرفت من قيام الدليل عليه من النصوص المعتضدة بدعوى الإجماع المتقدم من السرائر عليه نعم ، يتحقق الاعراض فيما . غالبا . فالإيس أو الحقاره محقق لموضوع الاعراض غالبا لا شرط في حكمه فافهم .

هذا ولو نوى المعرض الرجوع عن إعراضه فاما أن يكون ذلك قبل قبض الغير له أو بعده ، وعلى التقديرین ، فاما أن نقول بخروجه عن ملك المعرض بالاعراض أولا ، وعليه فاما أن نقول بتملك الغير بالقبض أولا وان جاز التصرف فيه ، فان نواه قبل القبض وقلنا بالخروج لم يرجع الى ملكه بالنسبة ، لأن الدخول فيه متوقف على سبب كالقبض مفقود في المقام بالفرض ، فلو ت سابق المعرض وغيره على قبضه فهو من سبق اليه بالقبض بلا اشكال كما لا إشكال في جواز الرجوع عليه مع بقاء العين وان قبضه الآخر بناء على بقائه في ملكه وعدم تملك الغير له بالقبض . وأما بناء على التملك به فان كان الرجوع قبله ، فلا إشكال أيضا في عدم تملك القاپض له لان المدار في التملك بالقبض على كون المال بحكم المباح عند القبض ووضع اليديه حتى يكون المحل قابلاً لتأثير اليديه بالملكية ، ولعله تشعر به بل ترشد إليه رواية الشعيري المتقدمة الحاكمة بان ما أخرجه البحر فهو لأصحابه ، بناء على ما ذكرنا من رجوع المعرض عن الإعراض حينئذ بحكم العادة .

واما لو نوى الرجوع بعد قبض الغير له بناء على التملك به ، ففي جواز الرجوع على العين مع بقائهما وعدمه وجهان : قد يقال : انهما مبنيان

على أن الأصل في الملك هل هو اللزوم أو الجواز ^(١).

ذهب إلى الأول جماعة ، منهم (شيخنا المترضي) في مكاسبه ونظره مضافا إلى كفاية استصحاب الكلبي بالنسبة إلى الآثار المرتبطة عليه لو سلم كون الاختلاف باللزوم والجواز من الاختلاف في ماهية الملك ، وحقيقة 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 بجماعة من الأصحاب ، . ومنهم شيخنا الأنباري . كون الأصل العملي في الملك اللزوم ، وذهب سيدنا المصطفى . قدس سره . إلى أن الأصل فيه الجواز حتى يقوم دليل على اللزوم . ومنشأ الخلاف : هو أن اللزوم والجواز منوعان للملك ، فالمملکية الالازمة حقيقة ، والجائزة حقيقة أخرى . أو ان الملك حقيقة واحدة ، واللزوم والجواز حكمان يعرضان لسببه ، فالبيع المعمول فيه الخيار بالأصل أو بالشرط جائز جوازا حقيا بمعنى أن الشارع المقدس بدليل الخيار أو دليل الشرط جعل أمر العقد إقرارا وفسخا . بيد العاقد مثلا ، وحقا من حقوقه ، ان شاء أقره وان شاء فسخه ، والهبة المجانية لغير ذي الرحم جائزة جوازا حكيميا ، لحكم الشارع بجواز الرجوع فيها ، بخلاف الهبة لذى الرحم أو المشروط فيها العوض ، فإنها لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، فاللزوم والجواز حكمان شرعايان معمولان نسب للملك ، فإذا تحقق وشك في زواله للشك في أن سببه المقتضى له مما يجوز فسخه والرجوع فيه ، فمقتضى الاستصحاب وإبقاء ما كان على ما كان هو الحكم ببقاء ما تتحقق من الملك وعدم تأثير رجوع مالكه السابق المنتقل منه الملك حتى يعلم أن سببه مما يجوز فسخه والرجوع به . وبالجملة ، فالمدعى ان المملكية العرفية والجادة الاعتبارة لها حقيقة

وأنت خبير بان دعوى أصالة اللزوم في الملك بمعنى استصحابه للشك في زواله بمجرد
رجوع مالكه 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 تقطع بكلها عن الأول وثبتت للثاني.

ما يذكره سيدنا . رحمة الله . فيما سيأتي من كلامه في تقرير ما يختاره من أصالة الجواز وعدم اللزوم من قوله : «بل الأصل يقتضي بقاء العلقة للملك الأصلي ، وإن انتقل الملك عنه» إن أراد بما العلقة المالكية كما يظهر من جعل استصحابها حاكما على استصحاب الملك للملك الثاني ، فهو غير واضح ، فإن منشأ اتصاف الملك باللزوم أو الجواز هو حكم الشارع على بعض أسبابه بجواز الرجوع به جوازا حكميا أو حقيا.

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 «أُوفوا بالعُقوبة».

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 مبينا للجائز حقيقة وانهما حقيقتان فإذا كانا كذلك لا وجه لجريان استصحاب الملك بعد رجوع الملك 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 : اما ثبوت الوحدة في ماهية الملك أو جريان الاستصحاب في الكلي لو فرض تعددها.

مع ان كلاً منها في حيز المنع :

والمناقشة الثانية : هي انه لو فرض جريان استصحاب الملك في نفسه لكن استصحاب بقاء علقة المالك الأصلي الذي هو استصحاب سببي يحکم عليه.

هذا ولكن الظاهر عدم تمامية المناقشتين :

أما الأولى فلما ذكرنا من ان اللزوم والجواز ليسا منوعين للملك بل هما حكمان شرعيان يعرضان لسبب الملك . وعليه فلو شكلنا في سبب من أسباب الملك . أنه محکوم شرعاً باللزوم أو الجواز لشیهـة حکمية أو موضوعية ، يكون الشك المذكور منشأً للشك في بقاء الملك للمالك الثاني أو ارتفاعه بعد رجوع المالك الأول فيستصحب الملك ويحکم ببقاءه للثاني ، والشاهد على كون اللزوم والجواز من أحكام السبب لا من خصوصيات المسبب ، هو أن تخصيص الملك بإحدى الخصوصيتين : ان كان المدار فيه إنشاء المنشيء بحيث إذا قصد بإنشائه الملك كونه لازماً يكون لازماً ولو قصد كونه جائزاً ، يكون جائزاً ، فهما تابعان لقصد المنشيء وعليه فلو قصد في المبة لذى الرحم أو المعاوضة الجواز تكون جائزة ، وفي المبة المجنائية لغير ذي الرحم لو قصد لزومها تكون لازمة ، فهو واضح البطلان وان كان التخصص بإحدى الخصوصيتين يجعل من الشارع بان قيد المنشأ في كل مورد بإحدى الخصوصيتين كأن أحد اللزوم في المبة لذى الرحم مثلاً قيداً في الملك ، والجواز في المبة لغير ذي الرحم قيداً له ، وعليه فلا بد للمنشيء ان يقصد المنشأ بتلك الخصوصية حيث أنها حينئذ من القيود المقومة للمنشأ لا بد من قصدها عند الإنشاء ، فلو أهلها وقدد الملك المطلق

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

ولم يقيده باللازم أو الجائز ، فمقتضاه بطلان إنشائه إذ لم يكن قاصدا إحدى الحقيقتين والخصوصيتين ، ولا يمكن الالتزام بذلك ، فان الوجдан أصدق شاهد على أن المنشئ في التمليكات . معاوضية كانت أو مجانية لازمة كانت أو جائزة ، حكيميا كان الجواز أو حقيا . لا يقصد سوى التمليك المعاوضي أو المجاني . على اختلاف فيها . ولا يقصد لزوما ولا جوازا.

كما ان المناقشة الثانية لأصالة اللزوم في الملك وهي كون استصحاب بقاء الملك بعد رجوع مالكه الأصلي محكوما باستصحاب بقاء العلقة للملك الأصلي لأن الشك في بقاء الملك للملك الثاني بعد رجوع المالك الأول مسبب عن الشك في بقاء علقة المالك الأول فيما انتقل منه اليه ، فمقتضى استصحاب بقاء علقته زوال ملكية الثاني بعد رجوع الأول لكون الاستصحاب السببي حاكما على الاستصحاب المسببي .

مدفوعة بما ذكرناه سابقا : من أن العلقة المالكية للملك الأول والإضافة التي كانت له بالنسبة الى ما انتقل منه قد انقطعت بالانتقال الى الثاني ، وعلقة أخرى . حكيمية أم حقيقة . مرجعها جواز رجوعه بما انتقل منه ، وإعادته 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 المخصوصيات الفردية غير مأخوذة في حقيقة المسبب بعد أن كان السبب سبباً للطبيعة الكلية ، فالمملکية الحاصلة من البيع . مثلاً . طبيعة واحدة ، وإن تعددت إفرادها بحسب تعدد أفراد البيع. وكذا الملكية الحاصلة من الهبة طبيعة واحدة ، وإن تعددت إفرادها بحسب تعدد أفراد الهبة ، فليس تعددها إلا تعددًا بحسب الإفراد ، بخلاف الطبيعتين المذكورتين المختلفتين بحسب النوع أو الصنف دون الفردية نعم قد يجدي تعدد المسبب فرداً في الأحكام التكليفية كما في وجوب سجدة السهو للكلام والسلام وغيرها من أسباب وجوبهما ، فإنما تعدد 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 إثرازه حتى يحكم بالحادي المسبب ليجري الاستصحاب فيه عند الشك في بقائه نعم إذا علم اتحاد طبيعة المسبب من الخارج كشف ذلك عن وجود الجامع بين أسبابه المختلفة كالمملک المسبب عن البيع والصلاح ونحوهما أو يقال بتقریب آخر ، وهو أن اللزوم والجواز من آثار الملك أو من أحکامه ضرورة انقسام الملك شرعاً إلى الجائز واللازم واحتلال الأثر أو الحكم كاشف عن اختلاف المؤثر أو الموضوع ، والفرق بين التقریبين : إن اللزوم والجواز بأنفسهما من المشخصات النوعية بمعنى أن 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 تمییزه نوعاً إلا بحسب الاعتبار والانتزاع للهـم إلا أن يدفع الأخير منع كونهما من أثر الملك أو حكمه وإن اتصف بهما مسامحة ، بل هما . اي

اللزوم والجواز . اثر العقد الذي هو سبب الملك أو حكمه فيرجع حينئذ إلى التقريب الأول . هذا مع إمكان ان يقال : ان اختلاف الملك باللزوم والجواز من الاختلاف في مرتبة الملكية شدة وضعفا ، فللملكية مرتبتان أضعفهما الملكية الجائزه وأقوىهما الملكية الالزمة .

واما الثاني أعني استصحاب الكلي ، فقد يقال بالمنع منه مطلقا من غير فرق بين ما كان الشك فيه في المقتضى كالحيوان المردود بين ما كان يعيش سنة مثلا وما لا يعيش الا يوما ، أو كان الشك في قدر العارض مع اقتضائه البقاء لولاه كالحدث المردود بين ما لا يزول الا بالغسل وما يزول بالوضوء إذا توضأ بعده ، والمقام من قبيل الثاني ، إذ الملكية مقتضها البقاء ووجه المنع عنه مطلقا : انه لا بد في الاستصحاب من يقين سابق وشك لاحق موجودين عند جريانه ، وليس في المقام ، إذ الكلي مردود بين فردین أحدهما معلوم البقاء على تقدير حدوثه ، والآخر مع كونه مشكوك الحدوث معلوم الزوال على تقديره ، والمفروض عدم وجود الكلي في ضمن فرد ثالث إلا أن الإنصاف ان الكلي من حيث هو كلي ومشترك متيقن الحدوث مشكوك البقاء ولو من جهة الترديد بين الفردین ، فلا مانع من استصحابه وترتبط آثاره الشرعية عليه وان كان لا يثبت به خصوص أحد الفردین لأنه من الأصل المثبت ففي ما نحن فيه بعد الرجوع يستصحب كلي الملك الذي أثره جواز تصرف من انتقل إليه ، ضرورة أن جواز التصرف من آثار مطلق الملك الأعم من الجائز واللازم كما يستصحب كلي الحدث المردود بين الأصغر والأكبر بعد الوضوء ويتربط عليه المنع عن الدخول في الصلاة ومس كتابة القرآن ولا يجرم عليه الاجتياز في المسجدين واللبث في المساجد لأنهما من آثار الحدث الأكبر لا مطلق الحدث .

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 العلقة للملك الأصلي وان انتقل الملك عنه إذ لا ملازمة بين زوال الملك وزوال علقة المالك بالكلية ، بل قد تبقى بعده كما هو في الملك الجائز.

توضيح ذلك : ان من الأسباب الملكة ما يوجب قطع سلطنة المالك بالكلية بحيث يكون كالأجنبي بعد إيجاده 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 العلقة ولذا كان جواز الرجوع من الأحكام لا من الحقوق لأنه من آثار السلطنة السابقة لا إحداث سلطنة جديدة للملك ، ولا يعارضه استصحاب الملك لو سلم جريانه في المقام لأن الشك فيه مسبب عن الشك في بقاء العلقة والأصل في السبب حاكم على الأصل في المسبب وعليه فالأقوى هو جواز الرجوع بالأصل إلا انه مع ذلك ينبغي الخروج عن حكم الأصل في مسألة الاعراض بحكم صحيحة ابن سنان المتقدمة النافية للسبيل عليها وقد تقدم دعوى الحلبي في (السرائر) الإجماع على مضمونه نعم أصالة عدم اللزوم وبقاء العلقة للملك الأصلي يوافقها الدليل في المعاطة بعد ما عرفت من الإجماع البسيط أو المركب على عدم اللزوم وخلافا لما هو المنسوب إلى المفید كما تقدم . فالأصل يخرج عنه بالدليل في مسألة الاعراض ويؤكده الدليل في مسألة المعاطة.

هذا ولتذليل المسألة بفرع ، وهو :

لو نبتت السنابل المعرض عنها في المزرعة حتى صارت زرعا فلا يخلو اما أن يكون الحب مختصا بغير صاحب الأرض أو مشتركا بينه وبين غيره وعلى التقديرتين : فاما أن يكون بستني من السماء ، أو بستني من صاحب الأرض وعلى التقدير فاما أن نقول بخروجه عن الملك بالإعراض أو ببقاءه فيه مع تملكه باليد أو إباحته له .

فعلى القول بالخروج عن الملك مجرد الاعراض يملكه صاحب الأرض لأنّه مباح نما في أرضه فهو نماء ملكه.

وعلى القول بالعدم مع بقائه على الإباحة مطلقاً فهو مالك البذر وعليه أجراً للأرض لصاحبها كلاً. إن كان ختصاً بغيره . وبالنسبة ان كان مشتركاً 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 . ملكاً ، ولذا لا يملك الصيد المباح بمجرد التوحل في أرضه إلا أن يوحّل الأرض للتوحل فيه ، فيكون كشبكة الصياد يملك بالاصطياد.

هذا تمام الكلام في مسألة الاعراض قد تعرضاً لها استطراداً ، فلنرجع إلى أصل المسألة من ترجيح القول بإفاده المعاطة الملك.

فنقول يدل عليه أمور :

الأول . ان المعاطة بيع لغة وعرفاً 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 «**أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا**» بناء على ظهور تعلق الحال بنفس البيع الذي هو في معنى الحمل عليه في إرادة الحكم الوضعي لا مجرد الحكم التكليفي ، فتكون الصحة مدلولاً عليها بالطابقة عرفاً أو بإرادة حلية التصرف ، نحو قوله تعالى : «**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ**» أي وطئهن . وحلية جميع التصرفات مستلزمة لصحة البيع ، فتكون الصحة مدلولاً عليها بالالتزام وعلى التقديرتين ، فمعنى صحة البيع هو حصول النقل والملك المترتب عليه جواز التصرف فيه.

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

هذا وقد ينافق فيه يمنع صغرى الدليل أولاً وكباره ثانياً.

اما الأول ، فقد يمنع كون المعاطاة بيعاً لأن البيع بحسب ما تقتضيه تعاريفهم من كونه : هو عقد يدل على الإيجاب والقبول أو هو اللفظ الدال عليه ونحو ذلك أو انه النقل أو التمليل أو المبادلة وأمثال ذلك يدور أمره بين كونه اما اسم اللفظ أو اسم المعنى وهو المعنى النفسي القائم بالنفس المعتبر عنه بالكلام النفسي المفسر بمدلول الكلام اللغظي وعلى التقديرين فلا تكون المعاطاة بيعاً : اما على الأول فواضح ، وأما على الثاني فلان الإنساء النفسي الذي هو المعنى القائم بنفس المنشأ هو مدلول الإنساء اللغظي من الأمر أو النهي الذي هو عبارة عن الطلب الخاص وهو الطلب بالقول أو القول الدال على الطلب الكاشف عن الإرادة نعم رعا يلحق بالقول مطلق ما يكشف عن الإرادة حكماً لا موضوعاً كالكتابة والإشارة من الأفعال الدالة عليها في وجوب الامتثال وترتيب الثواب والعقاب على الموافقة والمخالفة الا أنه ليس بأمر ولا نهي حقيقة وموضوعاً بل ملحق بهما حكماً في ترتيب الأحكام المذكورة عليه ومثل الإنساء . موضوعاً وحكماً . الاخبار أيضاً وبالجملة فالإنساء وقسيمه من الاخبار قسمان من الكلام ولا يتقوّل شيئاً منهما بدون اللفظ ، فإذا جعل معنى البيع هو الإنساء النفسي فلا مناص عن القول بتوقف صدق عنوانه على وجود اللفظ المفقود في المعاطاة.

والجواب عنه أولاً يمنع كون الكلام النفسي والمعنى القليبي لا بد وأن يكون اللفظ كاشفاً عنه ومظهراً له ، ولو سلم فهو محض اصطلاح لا مشاحة فيه ، بل يكفي في المظهر له مطلق ما يدل عليه . لفظاً كان أو فعلاً . كيف وهو في مرتبة التحقق والحصول مقدم على تحقق الكاشف وحصوله

فالمتحقق في الإنشاء الفعلي فعلاً : أحدهما . فعل النفس والآخر . فعل الجوارح ، فال الأول هو الإنشاء النفسي ، والثاني هو الإنشاء الفعلي وحصر الكلام في الخبر والإنشاء لا يدل على حصرهما في الكلام وهذا المعنى متتحقق في المعاطاة كما هو متتحقق في العقود القولية.

وثانياً يمنع كون البيع اسماً لذلك المعنى وإنما هو من العناوين الثانوية المتزعة من العناوين الأولية ، وليس هو إلا كسائل الأفعال الاختيارية الصادرة من الفاعل المختار بسبب دواعيها والأغراض الموجبة لها المتربة عليها ، غير أن بعضها لم يكن المقصود منها إلا ذات تلك الأفعال من حيث هي لأغراض خاصة ، وبعضها لم يكن المقصود منها إلا عنوانها الثانوية كالقيام للتعظيم والضرب للتآديب والشتم للإيذاء ونحو ذلك من الأفعال التي لم يكن الغرض منها إلا كونها آلة ومحققة لما يترب عليها من العناوين الثانوية ، وليس البيع إلا من هذا القبيل ، وما ذكرنا من الوجه الأول إنما هو مع التنزيل والمماشاة ، والا فهو غير مرضي عندنا من أصله خلافاً للأشاعرة.

نعم إنما التأمل في كون البيع اسم لنفس السبب الذي هو العنوان الأولى من حيث ما يترتب عليه من العنوان الثاني على وجه يكون التقيد داخلاً والقيد خارجاً ، أو هو اسم لنفس العنوان الثاني المنتزع دون منشأ الانتزاع كما يظهر من تعريفه بالنقل ، والأظهر هو الأول لظهور كون النقل أثراً للبيع دون حقيقته ، وعلى تقدير كونه اسم للعنوان الثاني كما يظهر من تعريف من عرفه بالنقل أو الانتقال فلا يخلو من تسامح : اما الثاني فلان الانتقال من عوارض البيع لا نفس البيع واما الأول فقد يمنع اطراد حصوله في موارد البيع كلها ، فان 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 مصرفًا 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 ، وإنما هو في ذاته للدائن ، فإنه بالنحو المذكور من التقييد يستحيل استيفاؤه من المديون حيث لا يمكن تطبيقه على الخارج ليتحقق استيفاؤه منه ، بل ما يملكه الدائن على المديون منا من الخطة . مثلاً . كلياً ، وعليه فتكون ذمة المديون مشغولة به وظفراً له ، فيتمكن للدائن أن ينقل إلى المديون منا من الخطة كلياً . أيضاً . باليبيع منه ، فتشتغل ذمته للمديون بما اشتراه منه من المثل الكلي ، فتكون ذمة كل منها مشغولة لصاحبها بمثيل 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 منها مما لصاحبها عليه من المثل 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 ذاته للدائن إلى المديون حتى يستحيل ذلك ، فإنه التزام بلا إلزام ، نعم اتصف ما نقله للدائن إلى المديون باليبيع منه بكونه ديناً للمديون على الدائن بنفس البيع ، بخلاف ما للمديون عليه ، فإن الاتصال بكونه ديناً للدائن على المديون سابق على ذلك ، ولا ضير فيه بعد ما كان البيع ديناً لا علينا خارجية . ولا ملزم في

أحد العمودين بناء على سببته للاعتاق قهرا من دون تحقق الملك أصلا كما يدل عليه بعض الأخبار ، وان دل بعضها الآخر عليه كقوله «إذا ملك الرجل والدية أو أخته أو عمتة عتقوا» قوله : «إذا ملکھن عتقن»

صدق بيع الدين أن يكون اتصافه بكونه دينا قبل بيعه ، بل يكفي صدق الدين عليه بنفس البيع في قبال 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 للإسقاط عن المديون ولا يقبل للنقل والبيع إلى غير من هو عليه ، فضلا عنمن هو عليه ، بل لا يمكن استيفاؤه من المديون ، فإنه بهذا التقييد لا يمكن تطبيقه على ما في الخارج ليتمكن تسليمه لمن اشتراه وأداهه من هو له . واخرى . يلحظ بما هو كلي مجرد عن التقييد بكونه في ذمة المديون وهو بهذا اللحاظ كما يصلح لنقله وبيعه إلى غير من هو عليه بلا إشكال وتطبيقه على ماله في ذمة المديون من الكلي وحاله المشتري عليه فكذا لا ينبغي الإشكال في صلاحية نقله إلى المديون وتطبيقه على ماله من الكلي في ذمته ، فبأذمة 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 الكلبي . قدس سره . في (الكتابي) : عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكيم عن عمرو عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : «سألته عن الرجل يجتمع عنده من الزكاة الخمسينية والستمائة يشتري بها نسمة ويعتقها؟ فقال عليه السلام : إذا يظلم قوما آخرين حقوقهم ثم مكث مليا ثم قال : إلا أن يكون عبدا مسلما في ضرورة ، فيشتريه ويعتقه» وهذه الرواية رواها الشيخ في (التهذيب) عن الكتابي عن عمرو ابن أبي نصر عن أبي عبد الله عليه السلام

المنزل ذلك على الشراء وان عبر بالملك تساحما على الأقوى في تلك المسألة بناء على عدم شمول «لا عتق إلا في ملك» للاعتاق أو إرادة عدم تتحقق إلا في المملوك ويتباهي في القوة ترتيب الاعتقاد على الملك وتقديمه عليه طبعا لا بالزمان ، بدعوى سببية الشراء للملك والاعتاق معا ، غير أن

وعلى كل يقول الإمام عليه السلام فيها : الا ان يكون عبدا مسلما في ضرورة فيشتريه ويعتقه . وظاهرها : أن عتق العبد المشتري بالزكاة إنما يكون بعد اشتراه من مالكه فهو قبل أن يعتق ملك لا بد له من مالك ، فاما أن يكون مالكه من عليه الزكاة باعتبار أن ثنه الذي اتبع به خرج من ملكه الى ملكه باعه ، ومقتضى المعاوضة والمبادلة دخول الموضع في ملك من خرج العوض من ملكه ، وعليه فينتقل العبد الى ملك من عليه الزكاة ، ويكون أداؤها بعنته ، واما ان يكون مالكه بعد الاشتراء وقبل العتق مستحق الزكاة وأرباحها بناء على أن ما اشتري به العبد هو من زكاة ماله خصوصا إذا كان قد عزله عن بقية أمواله أو من زكاة غيره دفعه اليه من وجبت عليه ليصرفها في سبلها . وعلى كل فالمال المشتري به العبد ملك المستحق للزكاة غاية الأمر ، لم يكن من قبيل ملك شخص أو أشخاص معينين ، بل هو نحو خاص من المالك يعبر عنه بملك الجهة ، ومرجعه لزوم الصرف فيها ، فهو مضاد إليها وهي المالكة له ، فإذا اشتري به العبد تحت الشدة والضرورة ليعتق فمقتضى المبادلة بين المالين كون العبد بعد الاشتراء ملكا لمن ملك بدله وهو المستحق للزكاة فيعتق عنهم ، وقد كان قبل الشراء ملك سيده . وهل النقل لا تحويل المالك من مالك الى آخر وما يشهد لكون العبد بعد الشراء ملك أرباب الزكاة : ما عن الكليني والشيخ . قدس سرهما . في المؤوثق : عن عبيد بن زراة قال : «سألت أبا عبد الله عن رجل أخرج زكاة ماله الف درهم فلم يجد موضعا يدفع

الأول مقدم على الثاني بالذات لا بالزمان ، أو ضعف منه القول بدخوله في الملك آنا ما ، ثم ينعقد ، جمعا بين ما دل من الأدلة على الملك وقاعدة «لا عتق إلا في ملك» وبين ما دل على الاعتقاد قهرا وترتبطه 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 ركوبه فأعتقه ، يجوز ذلك؟ قال عليه السلام : نعم لا بأس بذلك ، قلت : فإنه لما أعتق وصار حرا اتجه واحترف فأصاب ما لا ثمة ولا نه له وارث ، فمن يرثه إذا لم يكن له وارث؟ فقال عليه السلام يرثه الفقراء المؤمنون لأنها اشتري بما لهم.» 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 بما هل هي عند دفع الثمن إلى البائع لأنه وقت صرف الزكوة في عتق العبد . كما اختاره الفقيه الحمداني (قده) في مصباحه . أو أنها مقارنة للعتق . كما عن الشهيد (قده) في المسالك .

وقواه الشيخ في (الحواهر) قال (قده) : «لأن دفع الثمن خصوصا إذا كان بعد إجراء الصيغة لكونه مقتضى البيع ومن هنا يتنتقل العبد إلى أهل الصدقة ولذا كان ولاؤه لهم . إلى قوله . فيكون إيصاله إلى الفقراء يعتقه عنهم.». قال سيدنا الحجة المعاصر دام ظله في (المستمسك) : وما ذكره (قده) في محله لأن الشراء بالزكوة سواء كان بعد العزل والتعيين كما هو ظاهر مورد النص أم بالذمة بعنوان الولاية يوجب تبدل الزكوة بالعيد ومقتضى البدلية صيرورة العيد زكوة وليس ذلك دفعا للزكوة ولا أداء لها كما لو بدل الزكوة بغير أخر لا يكون أداء لها ، بل الأداء بإخراجها 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 الشانوي في البيع بالمبادلة لو قلنا بكونه اسمًا له حتى يكون مطربا في جميع موارده ، ولعل التعبير عنه بالنقل في الكلام من عرفه به منزل على الغالب.

لا أداء الثمن إلى البائع إذ بمجرد المعاملة تكون العين ملكا للبائع فاداؤها أداء لمال البائع إليه فلا حظ وتأمل» انتهى .

ولكل من القولين وجه ، ومن هنا احتاط شيخنا الأستاذ . قدس سره . بالاستمرار بالنسبة من حين الدفع إلى حين الإعتاق .

وعلى كل فعدم تحقق النقل في العبد المشتري من الزكاة غير واضح اللهم إلا أن يقال : انه بعد الشراء قبل العتق لم يكن مملوكا لأحد لا من اشتراه ولا للمستحق للزكاة بل هو في طريقه إلى الإعتاق فتأمل .

وأما الشراء بغلة العين الموقوفة فما يمكن أن يقال فيه : ان 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 بشمنه ما يحتاج الوقف إليه فما يشتري به ملك طلق للموقوف عليهم يجوز بيعه وإيداله بغيره ، فإنه بدل ما اشتري به المفروض كونه ملك الموقوف عليه ، وآخر توقف المزرعة أو البستان مثلا على أن ما يحصل من غلتها يصرف مقدار منه فيما يحتاج الوقف إليه من آلات وحيوانات وغير ذلك ، والباقي يعطى للموقوف عليهم .

ولعل سيدنا يزيد هذه الصورة حيث يقول : فإنه (يعني المشتري بالغلة) لا ينتقل إلى المشتري بل يكون وقفًا لأن بدل الوقف وقف ، انتهى أقول الوقف على أقسام : الأول . وقف المشاعر كالمشاهد والمساجد ونحوها ، والوقف في هذا القسم ليس بتمليك وإنما هو فك ملك وتحرير

وأما الثاني وهو المناقشة في الكبرى ، فقد يقال بانا نعلم ان الشارع اعتبر . قطعا . في هذا الموضوع العرفي مطلق اللفظ أو الألفاظ الخاصة غير أنه لم يعلم اعتبره فيه شرطا في الملك أو في اللزوم ، ومع ذلك كيف يستدل بعمومه مع كونه مخصوصا بما اعتبره فيه ، والخاص الجمل يوجب سريان إجمالي العام .

فعدم جواز بيعه من حيث عدم كونه ملكا لأحد كالحر لا للدليل خاص على عدم جواز البيع ومن هنا لو غصبه غاصب لا يضمنه .

الثاني . ما يلحق بالأول كالقتاطر والشوارع العامة ونحو ذلك مما يكون وقفه لانتفاع كل أحد به ، فيكون كالمباحثات لمن سبق اليه الانتفاع به بالمرور والاستطرار وهذا القسم كالأول في عدم كونه تمليكا بل هو إعدام للملكية يتتفع به من شاء . والظاهر أن وقف المقبرة من هذا القسم أيضا . نعم إذا كان الواقف لها مسلما لا يدفن فيها غير المسلم فان ظاهر حال المسلم إنقاذه لخصوص دفن المسلمين فيها ، ولكنها 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 أيضا .

الثالث . الوقف على الجهة كالعلماء والطلاب . مثلا . والظاهر كون هذا القسم تمليكا للجهة لا كالقسمين الأولين في كونه تحريرا وإعداما للملكية ، ومن هنا لو غصبه غاصب يضمن للجهة .

الرابع . الوقف الخاص على البطون ، وهو المسمي بالوقف الذري ، وهو كالقسم الثالث يملكه البطون بطنا بعد بطن ، وهو تابع لجعل الواقف من كونه تشاركيأ أو ترتيبيا وتسميته خاص في قبال القسم الثالث مما كان الموقف عليهم جهة عامة كالعلماء والطلاب .

والجواب عنه بان ذلك : ان كان معتبرا في أصل الملك وجب تخصيص العام به ، ولا كذلك ان كان معتبرا في النزوم ، فالامر دائر بين

القسم الخامس . الوقف على الوقف كوقف فرش أو سراج أو أثاث على مسجد أو مشهد وكوقف 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 واما الأقسام الثلاثة الآخر ، فمقتضى القاعدة الأولية جواز بيعها فإنما 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 مدرسة أو مسجد . مثلا . هذا ما تقتضيه القاعدة الأولية ، ولكن ثبت بالدليل أن الوقف لا يجوز بيعه فمقتضى القاعدة الثانية 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 اما هو أصل الوقف وما جرت عليه صيغته من الوقف كالمزرعة والبستان والفرش والسراج والباب للمسجد والمدرسة . مثلا . وأما غلة الموقوفة وعائداتها ، فلو بيعت واشتري بشمنها شيء فيه نفع للوقف أو الموقوف عليه ثم رأى متولي الوقف تبديله بما هو أصلح حاز له البيع والتبديل به مع ملاحظة شرط الواقع .

والحاصل ان أصل الوقف ثبت بالدليل عدم جواز بيعه وتبديله إلا في موارد استثنائها الشارع من عموم

عدم الجواز فلا بد من الاقتصر

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

عليها وعدم التعدي عنها ، فلو قلنا بأن الوقف لا يجوز بيعه إلا إذا سقط عن عن الانتفاع المعتمد به لا يجوز بيعه وتبديله بما هو أصلح ما دام فيه نفع معتمد به بخلاف ما إذا اشتري بغلته شيء للوقف أو الموقوف عليه فاقتضت المصلحة تبديلة بالأصلح ، جاز للمتولى بيعه وتبديله به ، وإن كان في الأول نفع معتمد به وكذلك لو عرض بعض المجوزات لبيع الوقف فيبيع واشتري بشمنه مال آخر يجوز تبديلة بما هو أصلح للموقوف عليه أو للوقف وبالجملة إنما يتقييد بنصوص جواز بيع الوقف في نفس الأعيان الموقوفة دون غيرها من ثمارتها وعثاثتها وإبدالها. وما يقال من أن بدل الوقف وقف فإما يراد به على الظاهر كونه في حكم الوقف في عدم جواز صرفه إلا في سبيل الموقوف عليه. إذا تبين ذلك فنقول : إن المتولى للوقف إذا اشتري بغلته ما ينتفع به للعين الموقوفة فيما اشتراه بالغلة ينتقل بشرائه إلى الموقوف عليه بالوقف العام أو الخاص ، إذ هو بدل ثمرة المزرعة والبسنان مما هو ملك للجهة أو البطون بنحو من أنحاء الملك ولو اشتري بغلة وقف على مسجد أو مشهد فبمقتضى أن مرجع الوقف المذكور كونه وقفا على المسلمين في المسجد . مثلا . أو الزائرين للمشهد ، فاشتري من الفرش ونحوه مما يحتاج اليه المسجد أو المشهد يكون ملكا للمسلمين فيه أو الزائرين له بنحو من الملك بما اشتري بالغلة ينتقل إليهم بالبيع . وما ذكرناه من أن وقف المسجد والمشهد تحرير ، لا يلزم منه كون ما وقف عليه من المزرعة والبسنان كذلك وبشهده 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 مجمل مصداقى مردود بين فردان : أحدهما داخل في العموم يوجب تخصيص العام به على تقدير إرادته ، والآخر خارج عنه لا يوجب ذلك لو كان مرددا ، فأصل العموم يتعين كونه الفرد الخارج مثال ذلك ما لو قال : أكرم العلماء

يضم ما غصبه له ، وكأن سيدنا . قدس سره . حيث يقول في الشراء بغلة الوقف للعين الموقوفة أنه لا ينتقل إلى المشتري بل يكون وفقا لأن بدل الوقف وقف يعتبر في النقل والملك بالنسبة إلى المبيع كونه لشخص أو أشخاص فما كان للنوع أو الصنف لا يعتبره ملكا له ولا نقا إليه ، وهو التزام بلا إلزم نعم هو لا ينتقل إلى المشتري بما هو هو كالمتولى . مثلا . وإنما ينتقل إلى مالك المبدل من النوع ، أو الصنف ، ويكون نحو ملكهم للبدل نحو ملك المبدل نوعا أو صنفا هذا ، وأما شراء العمودين بناء على سببته لانتهاق قهرا من دون تحقق الملك أصلا . كما يقوله سيدنا . قدس سره . فإن روايات الباب ، وإن كان بعضها كما يقوله . قدس سره . تنفي أصل الملك بالنسبة إلى العمودين وبعض المخازن 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 عمه ولا خالته وهو يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوي القرابة ، ولا يملك أمه من الرضاعة» وفي (التهذيب) أيضا عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لا يملك الرجل والديه ولا ولده ولا عمه ولا خالته ، ويعملك أخاه وغيره من ذوي قرابته» وفيه أيضا : «عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرجل يملك أخاه إذا كان ملوكا ولا يملك أخته» وفيه . أيضا . : «عن أبي حمزة الشمالي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما تملك من قرابتها؟ قال عليه السلام كل أحد لا خمسة : أباها وأمها وابنها وابنتها وزوجها».

ثم قال : لا تكرم زيدا ، وكان زيدا مردا بين فردین أحدهما عالم والآخر جاهل ، فبأصالحة العموم يتعين كون المنهي عن إكرامه هو الجاهل ، ففي ما نحن فيه يتعين كون ما اعتبره الشارع شرطا اعتبره في اللزوم بحكم أصالة العموم عند الشك في تحصيص العام .

هذا ولكن بعض الروايات الأخرى تدل على الملك ثم العتق ، منها ما روي في (التهذيب) : عن الرجل يتخذ أباه أو امه أو أخاه أو اخته عبدا فقال : «أما الأخت فقد عنت حين يملكتها ، وأما الأخ فيسترق واما الأبوان فقد اعتقا حين يملكتهما» قال : «وسأله عن المرأة ترضع عبدها أتتخذه عبدا؟ قال : تعنته وهي كارهة» ومنها ما روي عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «إذا ملك الرجل والدية أو اخته أو عمتة أو خالته اعتقا ، ويمליך ابن أخيه وعمه وخاله ويمליך عمها وخاله من الرضاعة» ومنها ما روي عن كليب الأسدي قال : «سألت أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يملك أبويه وأخته؟ فقال : إن ملك الأبوين فقد عنتا وقد يملك اخته فيكونون مملوكين ولا يعتقون» ومنها ما روى عن عبيد بن زراة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «وسمعته يقول : لا يملك (يعني الرجل) ذات حرم من النساء ولا يملك أبويه ولا ولده ، وقال إذا ملك والدية أو اخته أو عمتة أو خالته أو بنت أخيه . وذكر هذه الآية من النساء . عنتوا ، ويمליך ابن أخيه وخاله ولا يملك امه من الرضاعة ولا يملك اخته ولا خالته إذا ملککم اعتقا» ويعني بالأية قوله تعالى : «حُرّمْتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» إلخ . ومنها ما روى عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «إذا ملك الرجل والدية أو اخته أو عمتة أو خالته أو بنت أخيه أو بنت اخته . وذكر أهل هذه الآية من النساء . عنتوا جميعا ، ويمליך عمه وابن أخيه والخال ولا يملك امه

لا يقال : ان الآية الشريفة من حيث حلية أفراد البيع لا عموم لها ، بل هي مهملة من هذه الحقيقة ، سبقت لخض بيان مشروعية البيع وحليته في الجملة ، نحو «**أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ**» والعموم الناشي من الحكم فرع إحراز كونه في مقام البيان ، وهو غير معلوم في المقام ، وبكتفي في التوقف الشك فيه.

من الرضاعة ولا أخته ولا عمه ولا خالته من الرضاعة إذا ملكهن عتقن ، وقال : يملك الذكور ما عدى الولد والوالدين ولا يملك ذات حرم ، 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 اشتري الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر الا 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 روایات الباب وبيؤيدتها أو يدل عليها أخبار أم الولد وأخها تعنق من نصيب ولدها والإنصاف أن الناظر في الاخبار المذكورة بضم بعضها الى بعض ، مضافا الى مناسبات للحكم والموضوع وقراءن فيها يستظهر ما استضعفه سيدنا . قدس سره . ما يناسب الى المشهور من القول بدخول المملوك في ملك المشتري ثم يعتق فان ظاهر قوله عليه السلام . : إذا ملك الرجل والديه أو أخته . إلى آخر ما ذكر في الآية الشريفة . عتقوا جميعا ، وقوله عليه السلام : ان ملكهن عتقن وما كان بهذا التعبير من الروایات مضافا الى ما رواه في (الكافي) عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآلـهـ : «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك» وفي رواية أخرى : «قال قال رسول الله صلى الله عليه وآلـهـ : لا عتق الا بعد ملك» ان الانتعاق ائما يكون بعد تحقق الملك المسبب عن أحد أسبابه الاختيارية

لأننا نقول : نمنع أولاً كون العموم فيها عموم الحكم حتى يتوقف على إثبات ذلك ، بل هو عموم سرياني بالوضع ، بناء على الأقوى من تعلق الأحكام بنفس الطبائع السارية في جميع مصاديقها وأفرادها لأنها من حيث وجودها ولا بالطبائع الموجودة ، وثانياً نمنع الإهمال ، كيف والأصل في كلامه هو البيان ، بل هو الظاهر هنا بقرينة المقابلة للرواية فيما مع تمسك العلماء بعمومها في موارد عديدة ، ظهر لك تمامية صغرى الدليل وكبراه وصح الاستدلال بالآية الشريفة على المدعى من إفاده المعاطة الملك.

الثاني من الأدلة قوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِإِنْكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ بتقرير أن المعاطة تجارة لغة وعرفا فتدخل في حكم المستثنى ، وهو الجواز والإباحة وقرار عاصم وحمزة والكسائي . على ما حكى عنهم . بالنصب على أن (كان) ناقصة ، والتقدير : الا أن تكون التجارة تجارة عن تراض ، وأموالكم أموال تجارة حذف المضاف وأقيم

أو غيرها كإرث ، غاية الأمر أنه ملك آني لا يترتب عليه شيء من آثاره سوى الانعتاق المتوقف على سبق الملك ، وأما عدم تحقق الملك أصلاً وتنزيل الملك على الشراء وكون التعبير عنه بالملك تسامحاً . كما ذكره سيدنا وفواه . مع انه لم يرد في الروايات ذكر للشراء وجلها غير فيها : إذا ملك الرجل والديبة إلخ وإذا ملكهن وإذا ملكن نعم في رواية ابن سنان : «إذا اشتري 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 التنزيل : من كون الترتب على الملك وتقديمه 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 التأخير في الزمان مستلزم لتأخر المعلول عن عنته ، ولو

المضاف اليه مقامه ، والباقيون بالرفع على ان (كان) تامة بمعنى أن تقع تجارة ، وعلى التقديرين فالظاهر كون الاستثناء منقطعا ، لأن المستثنى . وهو التجارة عن تراض . ليس من جنس الباطل الذي هو المستثنى منه المشعر بعليه للحكم وهو الإباحة ، والنهي عن الأكل كنایة 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 ولكته . مع ذلك . هو خلاف المتفاهم العربي المنزلي عليه كلامهم عليهم السلام .
والظاهر أن سيدنا إنما عدل عن ثالث الوجوه واستضعفه لتصريح الروايات الأول بعدم الملكية أصلا
بالنسبة إلى مواردها ، مضافا إلى أن مقام الأبوين لا يناسب التملك ، وكذا الحرام ، ولكن الظاهر أن المنفي في
الروايات الملك المقتضى للاسترقاق واتخاذ العبودية نحو سائر المماليك مما لا يناسب مقام الأبوين ، والذي لا
يتناسب مع الحرام اتخاذهن إماء له وساري كغيرهن من الإماء . كما ان مالا يناسب الولد رقته وعبوديته لأبويه .
والحاصل ان روایات الباب على طائفتين ، فطائفة تبني أصل الملك بالنسبة إلى الأبوين والولد والحرام ،
وتشبه 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 تراضي التي منها المعاطاة والا لكان بعضها باطلا داخلا في المستثنى منه وكان من جنسه والمفروض كونه خارجا عنه ، فالتجارة عن تراضي جميع أقسامها التي منها المعاطاة صحيحة وكان أكل المال بها أكلا بالحق لا بالباطل إلا ما خرج بالدليل.

لا يقال : ان هذا النحو من الاستثناء مسوق لإفاده شرطية المستثنى نحو : لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب ، ولا صلاة إلا بظهور ، المستفاد منه عموم حكم المستثنى منه دون حكم المستثنى ، ضرورة عدم صحة الصلاة بمجرد الظهور 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 مهملا لا إطلاق فيه وإنما ذكر لإفاده محض الشرطية وعموم حكم المستثنى منه.

لأننا نقول : لا يتم ذلك بناء على ما هو الظاهر من كون الاستثناء منقطعا . كما قيل - لأن مغایرة المستثنى للمستثنى منه بالجنسية في المنقطع لا يستلزم كون ما عدا المستثنى من جنس المستثنى منه كليا حتى يؤخذ بعموم الحكم فيه ، بل غايته ثبوت نقىض حكم المستثنى منه للمستثنى ولو لمغایرتة له في الموضوع والجنسية ، فيكون الكلام حينئذ مسوقا لبيان حكم المستثنى فقط وإنما ذكر المستثنى منه توطة لذلك ، فهو نظير قوله : لا تأكل الحرام إلا ما كان كذا باليمين ، المسوق لبيان حلية ما حصل بال كذلك لا حصر الحال فيه وحرمة ما عداه .
نعم لو كان التعبير لا أكل بالحق إلا ما كان تجارة عن تراضي ، لكان قياسه بنحو لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب ، في إفاده الشرطية وعموم المستثنى منه وإهمال المستثنى حسنا .
هذا ويمكن تمايمية ذلك على القول بكون الاستثناء متصلة . كما عن بعض . بإضمار شيء ، والتقدير : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وان تراضيتم

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

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

ودعوى ان حلية ما يتوقف على الملك كالبائع 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 تتحققه من الأول .

والجواب عنه . مضافا الى ما عرفت من أن الإباحة المطلقة الخيطية بجميع جهات التصرف في العين ترافق 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 كالبائع

والعتق والوقف والوطء 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 للإجمال نظير ما تقدم في الخاص الجمل المصداقى حيث يرتفع الإجمال عنه بأصالة العموم . ودعوى الفرق بينهما بأن المقام من الدوران بين العامين أحدهما مخصوص والآخر غير مخصوص وهذا بخلاف الخاص المردود بين ما يوجب تخصيص العام به وما لا يوجب ذلك ، وبعبارة أخرى مرجع الشك في المقام إلى نفس العموم لا إلى تخصيص العام . يدفعها أن ذلك ، وإن كان مسلما وليس في كونه من الشك في التخصيص بدرجة الوضوح مثل الخاص الجمل المصداقى ، 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 .

ان قلت : ان المشهور من أهل القول بالإباحة المجردة بل جلهم . عدا من شذ منهم كالمحكى عن الشهيد في تعليقه على القواعد . يقولون بجواز جميع التصرفات حتى الموقفة على الملك ، ولا يقولون بتخصيص عموم الإباحة بتلك التصرفات حتى يدور الأمر بين التخصيص وعدمه ، ويقولون بدخوله آنا ما قبل ذلك التصرف في الملك للجمع بين ما دل على جواز تلك التصرفات من الإجماع والعموم المستفاد من حذف المتعلق وما دل على توقيفها على الملك وأصالة عدم الملك بالقبض والتعاطي حينئذ فلا قرينة على إرادة أحد المعنيين من الإباحة ان لم نقل بظهورها في المجردة عن الملك .

قلت : ضرورة الجمع والالتجاء إلى الدخول في الملك آنا ما قبل التصرف متوقف على ثبوت مقدمات لا دليل لهم على بعضها ، لأن التزامهم بجواز

تلك التصرفات : ان كان من جهة عموم حذف المتعلق فيلزمهم تخصيصه بما دل على توقيفه على الملك لا خصيته منه مطلقا وان كان من جهة الإجماع على جوازها فلا يعلم تحقيقه من يقول بالإباحة المجردة بل لعله من جهة الإباحة المسببة عن الملك ، نعم لو كان عدم الملك عند القبض والتعاطي مدلولا عليه بدليل اجتهادي متى كان الالتجاء الى الملك آنا ما قبل التصرف حسنا ولكن ليس عليه دليل إلا الأصل المأمور في مجراه الشك ويرتفع الشك بظهور العموم المستفاد من حذف المتعلق المعتصد بالإجماع والشهرة المحققة على جواز التصرفات المتوقفة على الملك في إرادة الإباحة المسببة عنه من حكم المستثنى فتكون الآية الشريفة بمعوننة ما ذكرنا واردة على استصحاب عدم الملك بالقبض مؤيدا بلزوم ما يستبعنه منه العقل من الدخول في الملك بمجرد الإرادة للتصرف وان الإرادة من الملكات والنواقل فافهم .

الثالث . قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» والاستدلال به على المدعى مبني أولا . على شمول العقد للمعاطاة اما بناء على تفسيره بمطلق العهد . كما وقع في صحيحه 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 احتراما عما لا ثوق فيه أصلا كالعقود القلبية التي من المعلوم عدم وجوب الوفاء بها ، بل لا بد من كون العهد القلي منكشفا 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 ارادة وجوب العمل على طبق ما يقتضيه العقد ، ان لازما فلازما وان جائزها فجائزها . كما عن بعض . فجواز الرجوع في العقود الجائزه 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 . واما بناء على اختصاصها بالعقود القولية ، إما بدعوى انصراف العقد اليه ، أو بدعوى ظهور الوثيق والتشديد المقيد بهما العقد في اللغة والوثيق التام لا في الجملة الغير الحاصلة إلا بالقول لعدم المجال معه إلى الإنكار ولا مسرح لإبداء عذر معه رعما يكون مسماً عند العقلاء لو كان الكاشف عمما في القلب هو الفعل فالعهد الفعلي اي الكاشف عمما في الضمير بالفعل رعما لا يحصل منه الوثيق التام بإمكان إبداء عذر مخالف له مقبول عند العقلاء ، لعدم صراحة الأفعال في الكشف عن الباطن بخلاف الأقوال التي هي صريحة في ذلك مع بناء العقود على المداققة حسما للعناد وقطعها لمشار الفساد فلا يشمل المعاطاة قطعا ، كما لا يشملها أيضا لو قلنا باختصاصها بالعقود اللاحزة 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 إحراز مقدمتين كل منهما في حيز المنع : شمول العقد للمعاطاة ، وتعديمه للعقود اللاحزة والجائزة ، كيف وظاهر الأكثر استفادة اللزوم منها ولذا يستدلون بما على أصله اللزوم في العقود كما يظهر ذلك من راجع كلماتهم في موارد عديدة.

لا يقال : انا نمنع ابتناء الدليل وتوقفه على المقدمة الثانية لأن التفكيك بين اللزوم المستفاد من الآية وبين الصحة المدلول عليها باللاحزة ممكن في الحجة ان لم ينفكَا في الوجود ، وبعبارة أخرى : انا نلتزم بتخصيص اللزوم المستفاد منها بغير المعاطاة لما دل على عدمه فيها ونقول بالصحة فيها أيضا ، وما الآية إلا كالرواية المشتملة على ما لا يقول به أحد فإنه لا تسقط عن الحجية في غيره من مدلولاتها ، وبالجملة ليست آية «أَوْفُوا بِالْفُؤُود» إلا كآية «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» في إفادتها اللزوم والصحة باللاحزة معا وانتفاء اللزوم لدليل لا يوجب انتفاء الصحة

اللازمة . كما في الآيتين . حيث استدللنا بحاجة على الصحة في المعاطاة ولم نقل باللزموم فيهما مع كون اللزوم مستفاداً منهما أيضاً ولذا استدل بحاجة أيضاً على أصلية اللزوم في البيع .
 لأننا نقول : جهة مفادة الصحة في الآيتين غير جهة مفادة اللزوم فيهما لأن الصحة مستفاده فيهما من الحكم بالحل والأمر بالأكل الدال هنا على الإباحة واللزوم ولو بعد الرجوع بفسخ ونحوه مستفاد من العموم في الأحوال أو الأزمان ، فجهة مفادة الصحة غير جهة مفادة اللزوم يمكن التفكير بينهما في الحجة ، ولا كذلك آية «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» فإن الصحة فيها مستفاده من نفس الأمر بالوفاء الدال على اللزوم ولا يمكن التفكير بينهما في الحجة أيضاً لوحدة جهة الإفادة فانتفاء اللزوم المستفاد من الأمر بالوفاء ابتداء لدليل مستلزم لانتفاء الصحة المستفاد منه بالتبع واللازمه فافهم فإنه دقيق

الرابع . قوله عليه السلام : «الناس مسلطون على أموالهم» والتقريب فيه : ان المراد بسلط الإنسان على ماله هو القدرة عليه بمعنى نفوذ تصرفاته فيه ، ومقتضى عموم السلطة 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 الى أن غاية ما يستفاد من الرواية هو عموم السلطة 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 مهملة من هذه الحقيقة وإن كانت مطلقة من حقيقة أنواع التصرف ، وبالجملة ، فالقدر المسلم من العموم هو العموم بحسب الحكم لا بحسب الكيف .

وهو كلام حسن متين لولا ظهورها بحكم التبادر في إمضاء ما هو المتعارف عند الناس في أنحاء تصرفاتهم في أموالهم كما وكيفا ، ف فهي ناظرة إلى ما هو المتعارف عندهم الذي منه المعاطة كيف ولو كان المقصود منها خصوص الأنواع الثابتة شرعاً لكن ذلك تأكيداً لأدلة تلك الأسباب للأكتفاء بما هيئته عنه ولذا لو لم تكن أدلة تلك الأسباب لوجب حمل الرواية على الإمضاء لما هو المتعارف بينهم وهو واضح بحكم الوجдан والتبادر ، فالرواية وافية في إثبات المدعى .

الخامس . السيرة القطعية الحاربة بين الناس من العوام والخواص خلفاً عن سلف في معاملاتهم بالمعاطة بقصد التمليل والتملك عند التعاطي وترتبط جميع التصرفات عليه حتى المتوقفة على الملك ، مع بنائهم على حلية ذلك وجوازه ، لا أنها منبعثة عن عدم المبالاة منهم .

فلا وجه للمناقشة فيها أولاً بمنع قيامها على الموضوع من قصد التمليل بالمعاطة كما ذهب إليه شيخنا في (الجواهر) حيث جعل محل النزاع في المعاطة هو ما كان منها بقصد الإباحة لا بقصد التمليل ، وثانياً بمنع ترتيب التصرفات المتوقفة على الملك عليه . كما تقدم عن الشهيد في تعليقه على القواعد . وثالثاً بمنع كونها الكاشفة بل هي كبعض سيرهم الناشئة عن قلة المبالاة 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 يعين الإنصاف وجانبه طريق الاعتراض 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 الامام وإمضائه ، وإلا فعمل الناس من حيث هو عملهم ليس بمحجة ، وإحرازه يتوقف على شروط : منها . عدم الردع لهم مع تمكّنه منه وهو غير معلوم في المقام اما 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 متتمكن من الردع ، وإحراز 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 لشرط صحة التصرف وهو الملك ، لأننا نقول : الحكم بصحة التصرف موقوف على إحراز الملكية قبله والمفروض كونها مستفادة من السيرة على التصرفات فاستفاده الملكية من السيرة متأخرة في المرتبة عن التصرف ، فكيف يكون شرطاً لصحته نعم المتىقن تتحققه 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 الحال ان قلت : ان الردع المعتبر عدمه في كشف العمل عن الإمضاء اما هو الردع عن خصوص ما عليه العمل والسيرة ولذا لا يكتفى في ردع من شرب الخمر . مثلا . بعمومات الكتاب والسنّة الدالة على حرمتها بل يجب ردعه وجزره عنه بالخصوص ان جوز عليه الارتداع مع ان العمومات أظهرت دلالة في المنع عن العمل الشخصي من تلك الأدلة في مورد المعاطاة فكيف تصلح ان تكون رادعة عنه .

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

والنهي عن المنكر واما ان كان من باب الإرشاد الواجب بيانه على سفراء الله . سبحانه وتعالى . لما دل على أن التكاليف ألطاف واجبة كما فيما نحن فيه فتكفي العمومات ونحوها في الإرشاد وبيان الأحكام الإلهية ، وان 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 المأمور بالمعاطة.

والحواب عنه : اما عن الأول فقد يقال أولا : ان تلك الأدلة غير ناظرة الى ما عليه السيرة من المعاطة لتصح ان تكون ردعا لهم بل ليست مسوقة الا لإفاده مجرد الشرطية وبيان الحكم الكبيري وأين ذلك من مفاد السيرة الذي هو من الحكم الصغري ومتصلة الموضوع من الكبيري وثانيا مع التنزيل لنا ان منع كفاية ذلك للإرشاد بعد قيام احتمال تحقق الملك بالمعاطة على حسب معتقدهم لكونه يبعا عرفا فيكون السكوت عن ردعهم حينئذ لتحقيق الشرط وبعبارة أخرى السكوت عن ردع من اعتق المأمور بالمعاطة كما يحتمل ان يكون للأكتفاء عنه بقوله (لا عتق إلا في ملك) يحتمل أيضا ان يكون لتحقيق شرط العتق وهو الملك ، ومع قيام الاحتمالين يكون مجملا لا يصلح للإرشاد والبيانية.

واما عن الثاني وهو الشك في التمكן منه الذي مرجعه الى الشك في وجود المانع دون أصل المقتضى فاجراء الأصل فيه وفي أمثاله مما لا شك فيه ، وهو من الأصول العقلائية لا ينافي قطعية الكشف عن الإمضاء بالعمل وإنما 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 توهם . فان ذلك ونحوه من الاحتمالات الوهمية والخيالات السوداوية لا ينبغي الاعتناء بها ولا الإصغاء إليها.

وبما ذكرنا ظهر لك تحقق السيرة وحياتها للكشف عن إمضاء المعصوم وتقريره.

فإذا القول بإفاده المعاطاة الملك المتزلزل دون الإباحة المجردة هو الأقوى ، للأدلة المذكورة التي مقتضتها . وان كان لزوم الملك كما نسب الى المفید . الا أنه يخرج عنه بالخصوص بالإجماع الظاهر المصر 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 وظاهر الشمرة بين القول بالملك المتنزّل والقول بالإباحة المجردة في أمور : وليعلم
ان ما نذكره من الشمرات اما هو بحسب اقتضاء القاعدة ، والا فقد يخرج عنها لدليل يكون
منها بمنزلة التخصيص لها ، إذ القاعدة بمنزلة الدليل العام فتكون الشمرة في مورد التخصيص
خارجة عنه حكما لا موضوعا :

الأول . نماء العين المأخوذة بالمعاطة ^(١) وبيان حكمه على كل من

(١) النماء : هو ما يحصل في العين من الزيادات الحسية ، سواء كان متصلة بما غير قابل للانفصال عنها كالسمن في الحيوان والنمو في الأشجار أم كان قابلاً للانفصال عنها ، وكانت له حالتان : اتصال في حال وانفصال في أخرى كاللبن والمبيض والنتائج في الحيوان ، والشعر في التحريك والأشجار .
والكلام فيه . وفي المنافع مما لم يكن حسياً في الخارج كسكنى الدار . تارة . على المختار من إفاده المعاطاة الملك الجائز ، وآخر . بناء على إفادتها الإباحة .

القولين في موضوعها من قصد المتعاطيين التمليلك أو الإباحة وعلى كل من القولين في الأول أيضاً من إفادتها الملك أو الإباحة ، المجردة.

وجملة صورها : هو أن النماء : اما ان يكون منفصل عن العين ، أو متصل بها ، وعلى الأول فاما أن يكون تالفاً حقيقة أو حكماً أو موجوداً وعلى التقادير ، فالكلام فيه مرد مع عدم رجوع المالك بالعين وأخرى مع الرجوع بها.

فاما بناء على إفادتها الملك الجائز ، فالحكم فيما هو غير قابل للانفصال واضح ، فإنه يتبع العين في الملك ، إذ هو جزء منها غير قابل للانفصال عنها ، وأما ما كان قابلاً للانفصال ، فالمفصل منه لا ينبغي الإشكال في عدم تبعيته للعين في تزييل الملك ، إذ هو نماء ملك ملكه : يتبع ملك الأصل بعد المعاطاة ، والأصل فيه اللزوم ، وما ثبت بالإجماع على الجواز فإنما هو بالنسبة إلى أصل العوضين ، فلا وجه لرجوعه إلى المالك الأصلي يتبع العين لو رجع بالمعاوضة ، وهو واضح. وأما ما كان من النماء القابل للانفصال متصلة بالعين حين الرجوع بالمعاوضة فربما يقال : انه يتبع العين بالردد إلى المالك الأصلي عند الرجوع بالمعاوضة ، ولكنه على إطلاقه مشكل. نعم لا يبعد ذلك في مثل الصوف والشعر ، وان بلغ أو ان جزهما ، بل اللبن في الوضع وان استحلب ، ونحو ذلك مما يعد في العرف بمنزلة الجزء من العين. أما مثل ثمر الشجر . خصوصاً عند او ان الاقتطاف . وحمل الدابة فالحكم بتبعيته للعين في الرجوع إلى المالك بالرجوع بالمعاوضة 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 بقاوه على ملك مالكه المنتقل إليه الأصل بالمعاوضة وعدم عوده إلى المالك الأصلي يتبع العين عند الرجوع بها هذا بناء على إفادة المعاطاة الملك الجائز ، وأما بناء على إفادتها الإباحة

فنقول : لا إشكال في أنه يترب على ملكية العين النماء لأنه نماء ملكه فيكون ملوكا له كنماء المبيع في زمن الخيار ، بل لعله اولى منه لوجود القول فيه بتوقف الانتقال على مضي زمن الخيار وفي رجوع المالك به لو رجع بالعين وجهان ، والأقوى : العدم ، لأن التزلزل في الأصل : اما للإجماع على عدم اللزوم فيه ، أو لأصالة عدم اللزوم في الملك ، وكل منهما منتف في النماء. أما الإجماع فإنما لم يتحقق على جواز الرجوع بالنماء لو رجع بالعين

دون الملك فرعا يقال . كما يظهر من سيدنا الحال . ان النماء ملوك مالك العين مباح التصرف للأحد مع القول بكونها ملكية للاذن الضممي او يشاهد الحال ، وأما ان قلنا بكونها شرعية وقلنا بما لخصوص الدليل ، فيشكل لتعلق الإباحة بالعين وقصور دليلها بالنسبة إلى الإباحة النماء ، وعليه فلا يجوز التصرف فيه وان جاز في الأصل اللهم إلا أن يقوم إجماع أو سيرة قطعية فتأمل . انتهى .

هذا ولكن الذي يظهر مما ذكره الشيخ الأكبر كاشف للغطاء في مقام استبعاد القول بالإباحة من استلام التفكيك بين العين والمنفعة بالقول بالإباحة في العين والملك في المنفعة . التسامم على عدم الفرق بين القول بالملك والقول بالإباحة في ملكية المنافع والنماءات لمن انتقل المال اليه وعدم تبعيتها للعين في مجرد الإباحة .

ولكن حكم شيخنا الأنباري . قدس سره . عن بعض تبعية النماءات للعين في الارتفاع الى المالك على القول بالإباحة . وعلى كل فالظاهر عدم الفرق بين القولين في ملكية النماء لمن انتقل المال اليه وعدم تبعيته للعين في الرجوع الى المالك ولو قلنا بالإباحة ، وذلك للنبيوي المعتبر « الخراج بالضمان » وان ناقش شيخنا الأنباري في سنداته .

ولكن الذي يظهر من الحكم عن (مسقط الشيخ) . قدس سره .

لا محصلا ولا منقولا ، وأما الأصل فإن قلنا باقتضائه اللزوم في الملك وان خرجنا عنه في الأصل بالإجماع فواضح ، وان قلنا باقتضائه الجواز فإنما نقول به في الأصل لاستصحاب بقاء العلقة للملك الأول الحاكم على استصحاب الملك للثاني لكونه مسببا عنه كما عرفت سابقا والنساء لم يكن ملوكا 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 سنته ، فالظاهر كونه من النبويات المتلقاة بالقبول لدى الغريقين.

فالمحكى عن الشافعى في (مختلف الحديث) وعن ابن ماجة في (صحيحه) وعن أبي داود في (سننه) أئخ رروا . جميرا . من طريق مسلم ابن خالد مستندا عن عائشة أن رحلا ابتعت عبدا فاستعمله ثم ظهر على عيب ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وآله بردہ بالعيوب ، فقال المقتضى عليه : قد استعمله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : الخراج بالضمان ، انتهى.

والمحكى عن (غواي اللطالي) أنه روي عنه صلى الله عليه وآله : أنه قضى بأن الخراج بالضمان ، ومعناه : أن العبد مثلا يشتريه المشتري ، فيغتله حينا ثم يظهر على عيب به فيرد به ، انه لا يرد ما صار اليه من غلته وهو الخراج ، لأنه كان ضامنا له لو مات ، انتهى.

وقد استند إليه أبو حنيفة . في قضية . أبي ولاد عند أكثرائه بغالا من الكوفة إلى قصر بنى 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 إرجاع البغل سليما . فان مستند قضاء أبي حنيفة استفادته من قوله صلى الله عليه وآله : «الخرج بالضمان» أن ضامن مال الغير والمعهد به . ولو

نعم ربما يتوهם المناقشة فيه بدعوى أن ملكية النماء متفرعة عن ملكية الأصل ومنبعثة عنه فيكون النماء تابعا له في كيفية الملك من التزلزل.

وليس بشيء بعد اقتضاء الدليل للاختلاف بينهما في الكيفية من التزلزل في الأصل واللزوم في النماء ، ومحض التبعية والتسبيب في الملك لا يصلح دليلا للاحتجاد في الكيفية.

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

كان غاصبا له . فخرارجه ومنافعه غير مضمونة عليه مالكه ، وإنما يضمن له نفس المال خاصة ، فإن أربعة إليه سليمان لا يضمن له منافعه المستوفاة فضلا عن الفائدة تحت يده .

هذا ولكن الاستناد إلى النبي . في عدم ضمان الغاصب خراج المخصوص مالكه . غير صحيح ، فإنه مضافة إلى عدم المناسبة بين ضمان العين بحكم الشارع وجعله بعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وبين مجانية المنافع رد الصادق عليه السلام عند ما حكى له أبو ولاد قضاياه بقوله عليه السلام :

في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها والأرض برئاتها . فالمتعين كون المراد بالضمان في النبي المذكور هو بمعناه المصدري الحصول يجعل واحتياط من الضامن بمبادلة ومساعدة . وعليه فلم يراد أن من تعهد بهال وضمنه بعوضه باحتياطه وجعله ، فخرارجه وما يتحصل منه من منافعه ونائه له مجانا ، فلو حصل فسخ للمعاوضة بخيار لل fasakh أو تفاسخ منها لا يضمن كل منهما لصاحبها 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 العلقة للملك الأول .
هذا ولا ينقض بنماء المبيع الخياري مع كونه في الأصل متزلاً بالخيار وفي النماء لازماً ، لأن التزلزل فيه إنما هو من جهة الشرط ، لقوله صلى الله عليه وآلـه « المؤمنون عند شروطهم » أو من دليل خارج كخيار العيب ونحوه ، لا من سببية البيع التي مقتضاها اللزوم لولا الشرط ونحوه ، بخلاف سببية المعاطاة للملك المتزلزل فان السبب بنفسه سبب له ، وأما على القول بكون مفادها الإباحة فالنماء مملوك لملك العين مباح التصرف للأخذ ، ان

ضمان اليد ونحوه مما لم يكن يجعل من الضامن .

ثم ان صاحب (الوسيلة) . قدس سره . عمم الحكم باستحقاق الضامن الخراج لما إذا كان الاقدام على الضمان بالعقد الفاسد أيضاً كالصحيح قال فيها . على ما حكى عنه . في ذيل فصل عقده لبيان البيع الفاسد ما هذا لفظه : « فإذا باع أحد بيعاً فاسداً وانتفع به المبتعث ولم يعلماً بفساده ، ثم عرفاً واسترد البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد ان حملت الام عنده وولدت لأنها لو تلف لكان من ماله ، والخرج بالضمان فان غصب إنسان أو سرق مال غيره أو أمة غيره أو حيوان غيره وباع من آخر ثم استخرج مالكه من يده شرعاً وكان المبتعث عارفاً بالحال لم يكن له الرجوع على البائع وإن لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن وما عزم للملك ، انتهى . وظاهره وإن كان الاختصاص بالضمان الاحتياطي بالمعاوضة وعدم التعيم لما إذا كان الضمان يحكم الشارع وجعله ولكنه عمم الضمان المعاوضي لما إذا كان بعقد صحيح مضى أو فاسد ملغى .
هذا ولكن الأقوى ما ذهب اليه المشهور من الاختصاص بصورة ما إذا كان الاقدام على الضمان بمعاوضة صحيحة مضادة من الشارع وهو الذي تقتضيه

قلنا بكون الإباحة مالكية للاذن 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 وان جاز التصرف في الأصل اللهم الا أن يقوم عليه إجماع أو سيرة قطعية فتأمل .

المناسبة الحكم للموضوع على ما ذكرنا فإن مجرد الاقدام على الضمان بمعاملة فاسدة غير مضادة من الشارع وجودها كالعدم كيف يمكن ان يكون فيه اقتضاء ملكية المنافع والنماءات للضامن مجانا ، والحاصل ، اختصاص القاعدة بالضمان المعاوضي الصحيح مما لا ينبغي الريب فيه .

ثم ان قاعدة «الخروج 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 الحر في قوله عليه السلام : الخراج بالضمان ، ولزوم ذلك وعدم رجوعه للملك الأصلي لو حصل فسخ أو انفصال للعقد . وأما ما تفرع على ذلك وكان تبعاً له الثابت بالبعد 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 يكتفى عن الشيخ . قدس سره . في (المبسوط) : من حكمه بأن نماء البيع المردود خيار العيب قبل القبض للبائع مستدلاً عليه بحديث الخراج بالضمان ومفسراً للخرج بالفائدة والضمان بمن يكون المال يتلف من ملكه والأصل قبل القبض في ضمان البائع بمعنى المذكور فالخرج له . انتهى .

فإنه مبني على استفادة كون قاعدة الخراج بالضمان شاملة للضمان التبعي أيضاً . والحاصل ان الضمان الأصلي في المعاوضة والضمان التبعي متنافيان في

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

هذا كله واضح بالنسبة إلى النساء المنفصلة عن العين ، وأما المتصلة بها ، فقد قوى التبعية فيها للعين في جواز الرجوع شيخنا (في الجواهر) حيث قال : «واما المتصلة كالسمن والصوف والشعر الباقيين على الظهر واللبن الباقي في الضرع فتتبع العين على الأقوى».

قلت : ويحتمل قويا لولا السيرة الممنوع تتحققها الاقتصار في التبعية على ما يصدق عليه أنه جزء منها كالسمن والشعر والصوف وان بلغ أو ان

المقاد بالنسبة إلى ملك الخراج ولو موه ، فالاصلي يقتضي بقاءه على ملك من انتقل المال اليه بالعقد ، وعدم انتقاله الى من انتقل المال منه بانفساخ للعقد للتلف قبل القبض ، والتبعي مقتضاه عكس ذلك وكون الخراج للمنتقل منه بعد الانفساخ ، وحيث قلنا باختصاصها بالضمان الأصلي وانه لا مناسبة لشمولها للتبعي فلا اشكال ، كما ان القاعدة موردها الضمان المنجز فالمعلم مثل : أعتق عبدك عنى أو تصدق بمالك عنى وعلى ضمانه بكذا أو نحو ذلك مما يكون الضمان فيه معلقا على تحقق المضمون ولم يكن فعليا ، لا يكون مشمولا لقاعدة ، فلا وجہ لكون الضمان مالكا لمنافع العبد بضمائه التعليقي.

إذا عرفت ذلك فتقول : الكلام في المعاطة اما هو مبني على كون موضوعها ما قصد المتعاطيان فيها حصول الملك ، وانما معاوضة صحيحة مضادة من الشارع المقدس بعموم آية **﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعُ﴾** وآية «التجارة عن تراض» وأنما لازمة كما نسب الى المفید . قيس سره . أو جائزة مفادها الملك الجائز اللازم بأحد الملزمات . كما هو المختار . أو انما مفيدة . للإباحة وانما يحصل الملك

جزها دون ما لا يصدق عليه إلا كونه نماء لها كشمار الأشجار ، سيما عند أو ان اقتطافها ، بل ويقوى عدم التبعية أيضا في التزلزل فيما كانت العين له كالوعاء نحو الحمل في بطن امه ، ولذا لا يدخل الجنين في بيع الأمهات إلا بالشرط على الأشهر خلافا للشيخ في (محكي ميسوطه) وأما اللبن فهو من الأجزاء الداخلية في المبيع حيث انه يشتبه من عروق في الضرع الشخاب الدم من العرق ، وليس الضرع وعاء له حتى يكون نسبة اليه نسبة الحمل الى الحامل.

هذا بناء على ما قويناه في العين من الملك المتزلزل وفي النماء باللزموم 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 باطلأ أو فضوليأ على القول بالإباحة فإن كان هناك إجماع على الجواز ، فلا بد على القول بها من الالتزام بدخوله آنا ما في ملك البائع ، للجمع بين الأدلة وهو التزام بخلاف القواعد المقررة إلا انه يمكن تطبيق الصحة على القاعدة ، وان قلنا بالإباحة غير أنه يقع للملك دون البائع لتحقق الإذن الضمني أو بشاهد

بأحد الموجبات . على ما هو المشهور . وعلى كل فالضمان فيها معاوضي مضى فان كلا من المتعاطيين أقدم على ضمان ما أخذه من صاحبه بما دفعه اليه 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 (الخروج بالضمان) ولا وجه لعدم الشمول لها بناء على الإباحة كما لا يخفى .

الحال منه ، لوقوع التسلیط منه عليه ، وهو وان كان بقصد التملیک إلا أن الملكية متنفية بعدم الإمضاء ، فيبقى الإذن المطلق ، وهو كاف في الصحة ، ويخرج البيع عن كونه فضوليا لسيطرته بالإذن .

وبالجملة الحكم بالصحة عن المالك لا مانع عنه الا ما يتوهّم أولا . انتفاء الإذن المقيد بانتفاء قيده ، وهو قصد التملیک ، والمفروض عدم الوکالة منه عليه ، وثانيا . انما يصح وقوعه عن المالك والمفروض وقوعه من البائع لنفسه ، فما وقع لم يصح والصحيح غير واقع لأن العقود تابعة للقصود .

وليس بشيء .

أما الأول . فمع كون الفرض تحقق الإباحة الملكية ، إذ الكلام على تقدیر القول بما إمكان دعوى الإذن الضمني بناء على تعدد المطلوب أو بشاهد الحال كما تقدم فيخرج به عن كونه فضوليا ^(١)

(١) الظاهر : أن مراده من عدم كون البيع المذكور فضوليا ، عدم احتجاجه . في الاستناد إلى المالك . إلى اجازة ، وكفاية الإذن الضمني السابق منه ، بناء على تعدد المطلوب أو بشاهد الحال ، ولكنه غير واضح إذ الإذن الضمني المستفاد من التعاطي بقصد التملیک إنما هو بالبيع لنفس البائع القاصد كون البيع له وكون الشمن داخلا في ملكه عوضا عما يخرج منه إلى المشتري ، وهب أن البيع المذكور قابل لأن ينفذ ، ويصح للمالك كبيع الغاصب لنفسه القابل للتتصحیح بالنسبة إلى المالك ، فان الغاصب الظالم حيث انه يرى نفسه مالكا للمال وبناء على الادعاء المذكور يوقع المعاملة على المغصوب كما يوقعها على سائر أمواله ، فهو لدى التحليل بيع للمالك ، ويقصد دخول الشمن في ملك مالكه ، وحيث كان بناؤه لا أساس له بل هو صرف ادعاء ، يلغو ، ولا يلزم من ذلك لغویة أصل البيع المقصود كونه مالك المبيع ، فيصبح للمالك بإجازته . وكذا نقول هنا في

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

بيع المأحوذ بالمعاطاة بقصد التمليلك فإن البائع حيث كان بانيا على ملكية المبيع بالمعاطاة يقصد البيع لنفسه باعتبار كونه مالكا للمثمن اعتقادا ، فهو لدى التحليل بقصد كون البيع مالكه ، وحيث كان اعتقاده خلاف الواقع بناء على عدم إفادة المعاطاة سوى الإباحة تلغى جهة مالكيته ، ولا يلزم من ذلك بطalan جهة كون البيع مالكه 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 فيبنيغي ان يصح بالإذن الضممي 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 بيعا هو مأذون فيه منه ، فإنه لا يحتاج نفوذ بيعه للموكل إلى إجازة منه بعد البيع ، ويكتفي في ذلك الإذن السابق منه لكونه تعلق بنفس ما وقع من الوكيل أما فيما نحن فيه مما كان الإذن الضممي السابق على البيع المستفاد من التعاطي بقصد الملك متعلقا بغير ما يمكن صحته بالنسبة إلى المالك ، فلا يكتفي في صحته للمالك الإذن السابق ، بل لا بد من اجازة المالك بعد ذلك البيع ليصبح بالنسبة إليه وذلك لكون الإذن الضممي من المالك المستفاد من المعاطاة بقصد الملك إنما تعلق بالبيع لنفس البائع لا بالبيع له ، وما يمكن تصحيحه بالإجازة هو البيع للمالك ، فيما وقع من البائع المتعلق للإذن الضممي لا يمكن تصحيحه للمأذون بناء على الإباحة لكونه خلاف حقيقة المعاوضة ، وما يمكن

في ماهيته وقوامه ^(١) ولذا قلنا بصحة بيع العاصب لنفسه ووقوعه للملك 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 ووقعه

تصحّيحة بناء عليها لا بد فيه من الإجازة لكونه غير ما أذن الملك فيه ضمنا .

(١) بناء على ما تقدم . في بعض تعاليقنا من أن حقيقة البيع تبديل البائع العين التي هي طرف إضافة مالكية بطرف إضافة مثيلها لآخر في عالم الإنشاء . عند قبول المشتري ذلك التبديل يلزم أن يكون البائع قاصدا بإنشائه خروج المشمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك الثمن وخروج الثمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك المشمن بدلا عما خرج من ملكه إليه من غير فرق بين كون البائع أصيلا أو وكيلأ أو وليا أو فضوليا قاصدا كون البيع لمالك المبيع أو كونه لنفسه غاصبا أو معتقدا كون المال له ففي جميع الصور المزبورة البائع حيث كان قاصدا دخول الثمن في ملك من خرج المشمن من ملكه إلى مالك الثمن عوضا عما خرج من ملكه إليه ، فإنه قاصد ملن له البيع فالأخيل 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 المشمن 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 للملك فقصده من له البيع واضح ، وآخر . يقصد كون البيع له لادعائه كون المبيع له كالظلم المغلب الباني على كون ما تحت يده من مال الغير مالا له ، فيشيء البيع عليه بما أنه مالك له ادعاء ، فهو لدى

للمالك غير أن ثنه المملوک له يقوم مقام المثمن في جواز التصرف فيه مطلقا ولو ببيعه أيضا ، فيقوم ثنه كذلك مقامه ، وهكذا وهم جرا في جميع سلسلة التعويضات بقيام البدل مقام المبدل في الحكم وكونه للمالك مباح التصرف لمن هو في يده بالمعاطاة اللهم إلا أن يكون هناك إجماع على صحة البيع ووقعه للبائع دون المالك وحيئذ فلا مناص عن الالتزام بدخوله آنا ما في ملكه.

التحليل قاصد كون البيع للمالك ، ولما كان ادعاء كونه مالكا ملغى ، إذ لا واقع له بل هو صرف ادعاء فيصبح البيع للمالك ولكن بإجازته ، ومنه ما نحن فيه فإنه لو باع أحد المتعاطيين ما تحت يده من المال المأخذ بالمعاطاة مع قصد المتعاطيين حصول الملك بما بناء على كون الحصول بما مجرد الإباحة في التصرف دون الملك ، فإن البائع إنما يقصد البيع له بناء منه على كونه مالكا لما باعه اشتباها فهو كمن اعتقد كون المبيع له فباعه لنفسه بناء على اشتباهه ، سوى أن ذاك اشتباهه من ناحية الموضوع ، وهذا منشأ اشتباهه تخليه ان المأخذ بالمعاطاة حكمه الملك لا اباحة التصرف . فقط . ومن هنا يبيعه لنفسه بما أنه مالك له ، فهو لدى التحليل بيع العين لمالكها فيصبح البيع للمالك ان اجازه بعد معرفته ان المبيع له وان المعاطاة حكمها مجرد الإباحة دون الملك.

وعلى كل فالوجه في صحة بيع المأخذ بالمعاطاة ووقعه لمالكه مع أجازته بناء على الإباحة هو ما ذكرناه : من أن البائع ، وان قصد كون البيع له لتخليه واعتقاده كون المبيع له وأن المعاطاة المقصود بما حصول الملك لكل منهما بالنسبة الى ما أخذه من صاحبه تقتضي الملك وإنما ينشأ البيع على ما تحت يده لنفسه بما انه مالك للبيع فهو لدى التحليل قاصد كون البيع لمالكه ، وحيث كان اعتقاد كونه مالكا للبيع ملغى إذ كان

ومنها . العتق فإنه يصح عتق المأحوذ بالمعاطاة على الملكية ، ويقع باطلا

مبينا على كون المعاطاة مفادها الملك مع أنها على الإباحة لا تقتضي سوى اباحة التصرف ، فالغاء بنائه واعتقاده لا يقتضي عدم صحة البيع للملك الحقيقي مع أحرازته.

وعلى هذا فإشكال صحة بيع المباح له مال المبيع بأنه إنما يصح وقوعه عن المالك والمفروض وقوعه من البائع لنفسه فما وقع لم يصح لكونه خلاف حقيقة المعاوضة المقتصدة لدخول الشمن في ملك من خرج المشمن من ملكه وقد خرج من ملك المبيع ، فكيف يدخل الشمن في ملك البائع المباح له ، وال الصحيح غير واقع لأن العقود تابعة للقصود.

مندفع فإن ما وقع من المباح له من البيع لنفسه لا بما هو وأنه زيد بن عمرو . مثلا . ليقال : إن ما وقع لم يصح بل بما انه هو المالك للمبيع لاعتقاده كونه له وإن المأحوذ بالمعاطاة ملك لآخره فهو إنما يقصد وقوع البيع لمالك المبيع تحليلا ، فما وقع منه صحيح مع إجازة المالك الحقيقي نعم تطبيق المالك على نفسه خطأ واشتباه ، فهو الملغى ولا ملزمة بين إلعاده وبطلان البيع وعدم قابليته للتصحيح بالإجازة من المالك : وبهذا التقرير يندفع اشكال المستشكل .

وأما ما ذكره سيدنا . قدس سره . بقوله : وأما الثاني فلعدم اعتبار القصد ملن له البيع في صحته وهو غير مأحوذ في ماهيته وقوامه ولذا قلنا بصحبة بيع العاصب لنفسه ووقوعه للملك مع الإجازة انتهى .
فظاهره دعوى ان المناط في صحة وقوع البيع لشخص أو الاشتراء له مجرد مالكيته للمشمن أو الشمن وعليه فمن قصد بيع ماله لغيره اي قصد خروج المال من ملكه الى ملك المشتري ودخول ثمه من المشتري في ملك الغير فالشمن يدخل في ملك البائع وبصبح البيع له قهرا نظرا مالكيته للمشمن

ويلغى قصده دخول الشمن في ملك الغير ولو اشتري بهاله متاعا للغير كذلك باشترائه المتاع دخوله في ملك الغير عوضا عما يخرج الى صاحب المتاع من ثمنه الخارج من ملكه اليه يدخل المتاع في ملك المشتري نظرا لمالكيته لشمنه ويلغى قصد كون الاشتراء للغير كما ان الغاصب للعين إذا أوقع المعاوضة عليها بيعا أو شراء تصح المعاوضة للمغصوب منه بإجازته لكونه المالك للمعوض أو العوض وان قصد الغاصب كونها لنفسه.

وبالجملة فقصد المعاوضة على المال بيعا أو شراء كاف في وقوعها مالك المال ، ولا حاجة الى انصمام قصد كونها له كما لا يضر في ذلك قصد كونها لغيره وقد صرخ . قدس سره . بذلك فيما سيأتي منه في رسالة بيع الفضولي في جواب احتجاج المفصل بين ما لو قصد الفضولي البيع لنفسه وبين قصده البيع للمالك بالبطلان في الأول لوجود ما يمنع عن الصحة فيه من عدم القصد إلى المعاوضة حقيقة ، قال : . قدس سره . وفيه ان قصد البيع متضمن لقصد نقل المال عن مالكه ، وهذا القدر كاف في تحقق ماهيته وتعيين المالك غير معتبر في تتحقق حقيقة البيع كما نص عليه غير واحد من الأصحاب فكما لا يجب تعينه لا يضر الخطأ فيه ، وبالجملة لما كان قصد البيع مستلزم لقصد نقل المبيع عن مالكه تحققت المعاوضة حقيقة وان انصم اليه قصد وقوعه عن نفسه أو لنفسه بعد ما عرفت من خروج قصد المتنقل عنه بل المتنقل إليه أيضا عن حقيقة البيع وما هيته انتهى .

ولكن قد يقال : ان حقيقة المعاوضة جعل كل من العوضين مكان الآخر وسد فراغه به في مرحلة الإنشاء ، وعليه فكما ان أصل وقوع المعاوضة بين المالدين يتوقف على كون الموقع لها قاصدا إنشاءها بالعقد فلو كان هازلا أو غالطا لم تقع ولم تصح ، فكذلك وقوعها على حقيقتها

يتوقف على كون المنشىء لها قاصداً حقيقتها ، فلو لم يقصدها كذلك لم تصح ولا وجه لصحتها على غير ما قصدته . وعليه فنقول : هب ان قصد الشخص بيع ماله من المشتري لتضمنه لقصد نقله اليه من مالكه بعوض منه كاف في تتحقق ماهية البيع وصحته بلا حاجة الى قصد كون البيع له ويتحقق بذلك المعاوضة الحقيقة وكذا قصد بيع مال الغير من المشتري فإنه لتضمنه لقصد نقله عن مالكه بعوض من المشتري يتحقق به حقيقة البيع ويصح بإجازة مالكه . ولكن هذا اما يتم فيما لو لم ينضم الى قصد البائع بيع ماله أو بيع مال الغير ما ينافي حقيقة البيع . أما في صورة تحقق المنافي لذلك كما لو قصد البائع بيع ماله للغير بان قصد خروج المبيع من ملكه الى ملك المشتري ودخول العوض في ملك الغير أو قصد بيع مال الغير لنفسه بان قصد دخول الشمن في ملكه بدلاً عما خرج الى المشتري من مال الغير ، ففي كون ذلك قاصداً لحقيقة البيع وماهيتها إشكال ، بل منع ، إذ ليس حقيقته مجرد نقل المبيع من مالكه بعوض مطلقاً بل البيع إنشاء نقل المال من مالكه الى مالك الشمن بعوض منتقل منه الى مالك المبيع .

فقول سيدنا . قدس سره . : وبالجملة لما كان قصد البيع مستلزمًا لقصد نقل المبيع عن مالكه تتحقق المعاوضة حقيقة ، وإن انضم اليه قصد وقوعه عن نفسه أو لنفسه إلخ .

لم يتضح المراد منه ، فإن كان المراد تتحققها على ما قصد البائع من كون البيع في الصورة الأولى الغير المستلزم لدخول العوض من المشتري في ملك الغير بدلاً عما خرج من البائع إليه من العوض ، وفي الصورة الثانية لنفسه المستلزم لدخول العوض في ملك نفسه بدلاً عما خرج الى المشتري من ملك الغير ، فهو ليس من المعاوضة الحقيقة وإن كان المراد وقوع المعاوضة

وتحققها مالك المبيع الذي استلزم قصد البيع قصد النقل عنه . على ما ي قوله سيدنا . ويلغى ما قصده البائع من كون المعاوضة لغير مالك المبيع ، ففي صورة ما لو باع المالك ماله فاقصد دخول عوضه من المشتري في ملك غيره يصح البيع ويدخل العوض في ملك مالك المعرض وان كان خلاف ما قصده البائع ، كما انه لو باع الفضولي مال غيره لنفسه باع قصد دخول عوضه من المشتري في ملكه بدلا عما خرج اليه من مال الغير يصح البيع لمالك المبيع بإجازته ويلغى قصد البائع كون المبيع لنفسه ، فالالتزام بذلك على إطلاقه مشكل بل منوع ، فإن العقود صحة وفسادا تتبع قصد المتعاقدين فإذا كان المالك عند بيع ماله وقصده إخراجه عن ملكه إلى ملك المشتري وإدخال عوضه في ملك غيره لم يقصده على حقيقته ، أعني إدخال الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه إلى ملك المشتري ، فبأي وجه يلغى ما قصده من كون البيع للغير ويقع البيع له ويدخل العوض في ملكه بمحض كونه مالكا للمعرض وان لم يكن المقصود له إنشاء البيع لنفسه بل لغيره.

وبالجملة ان ما أنشأه البائع مبادلة خارجية شخصية مفادها كون المبيع للمشتري وعوضه لغير البائع وصحتها كذلك يدور مدار شمول دليل الإمضاء للمبادلة المذكورة على ما أنشأ وأن صحة مبادلة أخرى لم تكن منشأة للبائع ، وهي كون الثمن له بدلا عما خرج منه إلى المشتري لا يقتضي صحتها على ما أنشأ ، نعم فيما لو باع الفضولي مال الغير لنفسه يمكن تصحيح البيع لمالك المبيع بإجازته وان قصد الفضولي كون البيع له عند إنشائه للعقد ، ولكن ذلك اما هو فيما لو كان البائع من الغصاب المتغلبين وأهل النهب والغارات وأمثالهم من يرون ادعاء ان ما تحت أيديهم من الأموال المنهوبة مالا لهم وعند إنشاء المعاوضة على ذلك يقصدون إنشائها على ما هو لهم

فالبائع منهم لما تحت يده من مال الغير ينشأ البيع عليه بما هو مال له فهو لدى التحليل يوقع البيع لمالك المبيع ويطبقه على نفسه ادعاء منه انه المالك له فالغاء التطبيق المذكور . لكونه صرف ادعاء منه لا واقع له . لا يقتضي إلغاء ما أنشأ من البيع للمالك المبني على الادعاء ، فيصبح البيع للمالك بإجازته . وبالجملة ، هو بناء على ادعائه قاصد للمعاوضة الحقيقة تخليلاً وكون العوض داخلاً في ملك مالك المعرض ، وليس كمن باع مال نفسه للغير في كونه غير قاصد حقيقتها . ونظير الغاصب المذكور من باع مال الغير لنفسه مشتبهاً ومعتقداً كون المال له فإنه عند إنشاء البيع يوقعه المالك المبيع حقيقة فخطأه في كونه المالك لا في البيع للمالك فيصبح البيع بإجازته .

هذا ولكن ما ذكرناه من إمكان تصحيف بيع الغاصب بإجازة المالك إنما هو فيما إذا كان متغلباً وبيع مال المغصوب منه بما أنه مال له ادعاء وأما الغاصب الذي يبيع مال المغصوب منه لا بما هو مال له بل بما أنه غاصب له وباياع له عدواناً فإنه يقصد إخراج المال من مالكه المغصوب منه وإدخال عوضه في ملك نفسه ، فهو غير قاصد للمعاوضة على حقيقتها ولا وجه لتصحيفها على ما قصدته وان أجازها المالك .

ثم ان ما ذكرناه في هذه التعليقة والتي قبلها بناء على ما لم يستبعده سيدنا . قدس سره . من أن بيع أحد المتعاطيين ما تحت يده من المال المأخوذ بالمعاطاة بناء على الإباحة يصح ويقع للمالك المبيع ، ولكننا قرينا في بعض تعاليقنا وقوعه عن المباح له وذلك للإقدام المعاوضي من كل من المتعاطيين على ضمان المأخوذ بالمعاطاة بعوضه الذي دفعه لصاحبها عند تلفه أو إتلافه أو ما هو بمثابة الإتلاف مما لا يمكن لصاحب الرجوع به على

بناء على الإباحة المجردة ^(١) لقوله : «لا عتق إلا في ملك» مع احتمال أن يقال فيه من الحكم بالصحة ووقعه عن المأكث بناء على الإباحة . كما تقدم في البيع . وان 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 بتزيل 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 ان قام الدليل عليه الا دخوله آنا ما في ملك المعтик ويقع حينئذ عنه لا عن المالك . ومنها . وطبي الأمة المأحوذة بالمعاطاة ، فيجوز على الملكية ولا يجوز

كل من القول بافادتها 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 منزلة إتلاف مال المبيع عليه لعدم إمكان رجوعه به بعد فرض كون البيع بإذن منه وتسلیط عليه وانتقال العوض إلى ملك المبيع مستلزم لانتقال مال المبيع إلى المباح له حين البيع لغلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض في الملك ، وعليه فيخرج المبيع من 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 قررناه فيما سبق من البيع : من صحته ووقعه عن المعтик لما ذكرناه : من أن مقتضى الاقدام المعاوضي من المتعاطيين وكون كل من العوضين مضموناً بالأخر عند الإتلاف وما هو منزلته انتقال العهد عند عتقه إلى المباح له وينتفع عنه لانتقال

على الإباحة بناء على اعتبار الصيغة في التحليل كما هو أحد القولين فيه ، فتظهر الشمرة بينهما اللهم إلا ان يكون هناك إجماع على الحال فلا بد حينئذ من الالتزام بدخوله آنا ما في الملك فتنعدم الشمرة حينئذ حكما لا موضوعا الا

عوضه الى ملك المبيع المستلزم لانتقاله الى المباح له . نحو ما ذكرنا في بيده .

فما ذكره سيدنا : من بطلانه على الإباحة المجردة ، لقوله (ص) : «لا عتق إلا في ملك» - غير واضح ، كما ان ما احتمله . : من الحكم بالصحة والوقوع عن المالك بناء عليها ، وان قلنا ببطلان الفضولية في العتق لخروجه منه ، لسبق الإذن الضمني أو مشاهد الحال . غير واضح . أيضا . فإن محل الكلام في المعاطاة المقصود بما لكل من المتعاطيين تملك ما أعطاه لصاحبه ، فالإذن الضمني أو مشاهد الحال من المعطى المستفاد من الإعطاء يقصد التمليل بالتصريف فيما أخذه وما كان يمتلكه كالعتق ونحوه من النقل اللازم بما انه مملوك له بالأأخذ منه ، لا الأعم من ذلك ، وما 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 إمكان وقوع بيع المأخذ بالمعاطاة عن المالك بناء على الإباحة ، لا يجري في عتقه ، إذ البيع صالح للفضولية . يمكن تصحيحه بإجازة المالك ، بناء عليها ، بخلاف العتق غير صالح للفضولية على الفرض . وبالجملة ، ما احتمله سيدنا . قاس سره . من الحكم بصحة وقوع العتق عن المالك بناء على الإباحة ، بعيد . والأقرب ما ذكرناه من وقوعه عن المباح له .

ان المنع عنه محكى عن الشيخ والشهيد في تعليقه على القواعد.

وبالجملة فالجواز على القول بالإباحة مبني اما على دخوله آنا ما في الملك أو على

كفاية الإباحة المطلقة في التحليل وعلى التقديررين فتنعدم الشمرة حكما لا موضوعا.

الثالث . في وجوب الخمس والزكاة وتعلقهما بالعين المأخوذة بالمعاطة إذا اجتمع فيها

شرط الوجوب فيتعلقان بها فيجب على الأخذ بناء على القول بالملكية وان كانت متزللة

بناء على عدم شرطية استقراره في الوجوب ولا يجب على القول بالإباحة مع احتمال الفرق

بين الخمس والزكاة فيجب الأول مطلقا ولو قلنا بان مفادها الإباحة المجردة لصدق الغنيةمة

عليه بالمعنى الأعم فيدخل في عموم الآية بناء على الاكتفاء فيه بمجرد صدق الفائدة التي هي

أعم من الملكية بعد ان كانت الإباحة فيها مطلقة فتنعدم الشمرة فيه موضوعا لا حكما

بخلاف الزكاة المشروط وجوهها بالملك اللهم الا أن يقال : بتعلق الزكاة بها على القولين

ووجوها على التقديررين غير انه يجب على الأخذ إذا اجتمعت عنده شرائط الوجوب على

القول بالملكية ويجب على المالك على القول بالإباحة وان سقط عنه بدفع الأخذ لها زكاة

اللهem إلا ان يقال بعدم تمكن المالك غالبا من التصرف في ملكه المأخوذ منه بالمعاطة اما

لغيبة الأخذ أو لجهوليته فلا يجب عليه لذلك ولا على الأخذ لعدم تملكه بالمعاطة. وحيثند

فإن قام إجماع على وجوب الزكاة على الأخذ فلا بد من الالتزام بدخوله آنا ما في ملكه.

هذا وحيثما تعلق الخمس أو الزكاة بالعين المأخوذة بالمعاطة ، فغير بعيد تتحقق اللزوم

بذلك على القولين لكونه حكم 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

عنه بخلاف الركأة حيث قلنا بوجوها على المالك والدفع إسقاط عنه فإنه حينئذ بحكم رجوعه بالبعض الذي لا ينافي جواز رجوعه بالباقي .

هذا ما تطرق اليه الخيال على تشتبه البال بحسب ما تقتضيه القاعدة وعليك بالتأمل فيه فإنه لا يخلو من الحاجة اليه والى مراجعة كلمات الأصحاب ،

الرابع . فيما لو مات المتعاطيان فينتقل كل من العينين الى وارث من كانت بيده بالإرث على الملكية والى وارث المالك بناء على الإباحة ^(١) وعليه

(١) تحرير الكلام في التنبيه المذكور هو انه لا إشكال في لزوم المعاطة بموت المتعاطيين بناء على الملك فان جواز الرجوع الثابت في المعاطة اما هو من قبل الأحكام الثابتة لموضوعاتها التي لا تقبل الإرث نظير جواز الرجوع بالهبة وليس من سبعة الحقوق التي تورث بحكم النبي المشهور : «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه» وكذا لو مات أحدهما فليس لوارثه الرجوع بما بل ليس للحاجة منهما الرجوع إذ الظاهر أو المتيقن من الجواز في المعاطة رجوع كل من المتعاطيين على صاحبه وأخذ العين منه لا الأعم من ذلك والرجوع الى وارثه .

وبالجملة فكما ان الرجوع بالمعاطة موضوعه الرجوع بنفس العين فلو تلفت ليس لكل منها الرجوع على صاحبه بمثل التالف أو قيمته وتلزم المعاطة بذلك ، فكذا لو مات المتعاطيان أو أحدهما ليس للوارث لهما أو الموجود منهمما الرجوع بالمعاطة الواقعه بين المؤرثين أو الواقعه بين أحدهما ومورث الآخر وتلزم المعاطة بذلك .

هذا بناء على إفادتها الملك الحائز وأما بناء على إفادتها الإباحة فالذي يظهر من سيدنا . قدس سره . تبعاً لغيره بطلاً لها بالموت حيث يقول : فينتقل كل من العينين الى وارث من كانت العين بيده بالإرث على الملكية والى وارث المالك بناء على الإباحة انتهى . والوجه في ذلك جعلها على الإباحة من قبل العقود الإذنية كالعارية . مثلاً .

التي قوامها مجرد الادن في التصرف ، فتبطل بموت كل من

فلا يجوز التصرف لكل من ورثة الطرفين إلا بإذن جديد من المالك الوارث ان كان الإباحة أو بتحديد المعاملة بينهما لعدم تأثير اذن المورث في إباحة الوارث ان كان الإباحة مالكية ، وكذلك ان كانت شرعية لقصور دليلها بالنسبة الى غير المتعاطفين

الاذن والمأذون ، ويفتقر جواز التصرف إلى إذن جديد من له الاذن.

هذا ولكن بمقتضى ما ذكرناه فيما سبق من أنها من المعاوضات على كل من القول بالملك أو الإباحة وانما مبادلة بين الملكين على رأي وبين السلطنتين على رأي آخر ، فلا وجه لبطلانها بالموت بل تلزم بذلك للسيرة القطعية على عدم البطلان بالموت فان وارث الميت من المتعاطفين لو رجع الى الحي منها بما في يده من أحد العوضين وأخذه منه قائلاً : ان الاذن انما كان من مورثه وبطل موطنه ينكر عليه ذلك وكذا لو رجع الحي على وارث الميت منها وأخذ ما في يده من العوض ، وهو كاشف عن عدم البطلان بالموت ولو كان الاذن في المعاطة نظير الاذن من المعتبر للمستعير بالتصرف بما تحت يده من العارية ، لما كان للإنكار وجه.

ويشهد لعدم البطلان أيضاً : ان كاشف الغطاء . قدس سره . في مقام الاستبعاد ما ذكره المشهور من الإباحة ذكر من جملة المبعدات ترتيب آثار الملك على ما ليس بملك حيث قال : «ومنها ان الأحmas والركوات . الى أن يقول . والوارث والربا والوصايا تتعلق بما في اليد الى . قوله . فتكون متعلقة بغير الاملاك» فيظهر من ذكر ذلك في مقام الاستبعاد ان إرث الوارث ما في يد مورثه من مسلمات الفقه حتى عند القائلين بالإباحة ، وشيخنا الأنصارى . قدس سره . اعترف له بالاستبعاد حيث قال : «واما ما ذكره من تعلق الأحmas والركوات» الى آخر ما ذكره . فهو ، استبعاد مخصوص ولو كان موت أحد المتعاطفين بناء على الإباحة موجباً لبطلان المعاطة لم يلزم تعلق الإرث بغير الملك إذ الوارث حينئذ يرث ما يملكه مورثه

ولو مات أحدهما ، فينتقل إلى وارثه بالإرث على الملكية. وغير بعيد الحافة بالنقل الاختياري في إيجابه 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 الاذن من وارث المالك ان كانت الإباحة مالكية أو شمول دليلها لهذه الصورة ان كانت شرعية . كما عرفت . وأما تصرف ورثة الميت فقد يقال بجوازه ان كانت الإباحة مالكية لتحقق الاذن 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 الشیخ کاشف الغطاء الإرث ، ولا لاعتراف الشیخ الأنصاري . قدس سره . ذلك الاستبعاد.

هذا وأما لزوم المعاطاة بملوت فلما ذكرناه من ان الثابت والمتيقن من الجواز في باب المعاطاة رجوع كل من المتعاطيين على صاحبه وأخذته العين منه ، فلو تلفت العين أو مات صاحبه لم يمكن تتحقق ما هو الثابت في قبل أصله اللزوم في المعاوضة من أحد العين من صاحبه فإنه في صورة موت صاحبه وان أمكن إرجاع العين ولكن من وارثه لا منه والأصل اللزوم في المعاوضة بلا فرق بين القولين لما ذكرناه من انما معاوضة على كل من المسلكين الملك أو الإباحة ، فكما ان الأصل عدم رجوع الملكين الى المالك الأصلي ما لم يثبت جوازه فكذا الأصل عدم عود السلطنتين الى المالك الا بعد تحقق الرجوع ونفوذه.

هذا تحرير الكلام في ما ذكر في التنبيه المذكور ومنه تعرف وجه المناقشة فيما ذكره سيدنا . قدس سره . :

الاذن من المالك الفعلي أو من المالك الحقيقي وهو غير مندرج تحت قاعدة كلية هذا بحسب ما تقتضيه القاعدة من الفرق بين القولين فان قام دليل من إجماع أو سيرة على جواز التصرف في صورة موثقهما أو موت أحدهما من غير توقف على اذن 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 بالإنفاق على الأظهر .

ثم ان ههنا أمورا ينبغي التعرض لها والتبني عليها .

منها ما ذكروه في ملزمات المعاطاة : من تلف العينين أو إحديهم . كلا أو بعضا . أو نقلهما أو إحديهم كذلك بنقل لازم أو جائز أو مزج بغيره بحيث لا يتميز عنه أو تصرف مغير للصورة .

فنقول اما التلف ، وهو : إما أن يكون من الجانبين أو من جانب واحد وعلى التقديرین ، فالكلام فيه مرة على القول بالملكية وآخر على القول بالإباحة . أما مع تلف العينين ، فالتألف من مال من انتقل اليه على القول بالملك لأنه تلف في ملكه ولا معنى لضمانه ملك نفسه ، فلا رجوع لأحدهما على صاحبه ببدل الواقعى من المثل أو القيمة لو أراد الرجوع لانقطاع استصحاب علقة المالك في العين بعد تلفها ^(١) وهو معنى اللزوم

(١) ليس منشأ اللزوم وعدم جواز رجوع أحدهما على صاحبه ببدل الواقعى : هو انقطاع استصحاب علقة المالك بتلف العين ، لما ذكرناه سابقا من أنه بعد انتقال المال إلى الطرف بالتعاطي وملكه له ، لم يبق مالكه الأول علقة فيه أصلا حتى يتصور استصحابها وينقطع ذلك بتلف العين ، بل الوجه في اللزوم وعدم جواز الرجوع بعد التلف هو ان المتيقن من الجواز ثابت بالإجماع في قبال أصله اللزوم الثابتة بأية التجارة عن تراض .

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

وأما على القول بالإباحة ، فلا إشكال في اللزوم بذلك ، بل ذهب غير واحد إلى عدم الخلاف فيه ، بل عن بعض دعوى الإجماع عليه وإنما الكلام في إن ذلك هل هو على وفق القاعدة ، أو على خلافها ، خرج عنها بالإجماع؟ ذهب بعض إلى الأول ، نظرا إلى أصالة البراءة عن بدل التالف للملك لو أراد الرجوع بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة مع عدم ما يوجب ضمانه لأن الموجب له : اما الأصل ، وهو استصحاب جواز الرجوع قبل التلف ، وقد عرفت انقطاعه بانتفاء متعلق العلقة المستصحبة من العين ، واما اليد لعموم حديث «على اليد» المنوع شموله للمقام لأن اليد لم تكن يد ضمان عند وجود العين ولا بعد تلفها ، مع عدم ارادة الرجوع وجواز الرجوع فرع كون اليد يد ضمان قبله. وذهب جماعة إلى الثاني نظرا إلى كون العين عند المعاوضة بالتعاطي مضمونة على قابضها بالبدل الجعلية ، فإذا لم يسلم ولم يلزم المسمى المجعل بقرار المتعاطيين رجع إلى البدل الواقعي من المثل أو القيمة 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 المخصوص لا بعموم العام ، وما نحن فيه من ذلك ، فإن عموم آية التجارة عن تراض ونحوه مما هو مدرك أصالة اللزوم المقتضى لعدم جواز إرجاع كل من المتعاطيين ما ملكه لصاحبه بالمعاطة وإعادته إلى ملكه إلا بالتجارة عليه وكتبه منه عن رضا به ، قد خصص بالإجماع على جواز المعاطة ، 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 أصلا ، وحيث كانت المعاطاة معاوضة فلا جرم كانت العين مضمونة بيدها على من قبضها ، وقياسه بنشار العرس المبدول مجانا كما في الجواهر قياس مع الفارق نعم يمكن أن يقال به بناء على مذهبه في موضوع المعاطاة من قصد الإباحة بالإباحة ، فإن العوضية إنما هي بين الإباحثين لا بين العينين فتكون الإباحة حيالها إلى متعلقاتها مجانية من الجانبين وإن وقعت الإباحة بإزاء الإباحة ولعله مثله أيضا في المجانية لو فرض قصدهما التمليل بالتمليل كما هو أحد الاحتمالات المتقدمة في تصوير المعاطاة بإرادة التسلیط التمليلي بإزاء التسلیط التمليلي فالمملکية حينئذ مجانية وإن قوبلت بالملكية الأخرى كذلك نظير المبة المشروطة بالمبة على وجه يكون أحدهما كالداعي لآخر نعم بناء على فرض قصد التمليل بالتمليل اي تمليل العين بتملك الأخرى على نحو التمليل البيعي كما هو أحد الاحتمالات المتقدمة أيضا بل هو الغالب من قصد المتعاطيين كما نشاهده بالوجودان فيشكل الحكم باللزم بناء على القول بالإباحة فيه ضرورة كون المعاوضة في هذه الصورة إنما هي بين العينين ومقتضاه الضمان ، والمسمي وإن وقع القرار بينهما عليه إلا ان الالتزام به مع كونه غير البدل الواقعي موقوف على ثبوت ملزم شرعيا وهو مع كونه ممنوعا عين الدعوى ومصادرة وهذا بخلاف البدل الواقعي فإن دفعه بعد عرفا دفعا للتالف ولا حق للمالك

جواز الرجوع بما 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 ثابتا بدليل الخيار ما كان موضوعه العقد فان مرجعه إلى سلطنة الذي الخيار على حل العقد وإقراره فلو شك في بقاء الخيار للشك في كونه دائرا مدار بقاء العين أو أنه باق

أزيد من ذلك وعليه فيكون اللزوم في هذه الصورة على خلاف القاعدة خرج عنها بالإجماع
اللهم الا ان يوجه تطبيقه عليها بما سيأتي.

هذا مع تلف العينين وأما مع تلف إحديهم وبقاء الأخرى ففي صورة ما لو كان من
قصد المتعاطفين الإباحة فلما كان العين الموجودة الرجوع بها لأنها ملكه بالفرض وان
أباح التصرف لغيره ولا رجوع عليه ببدل التالف لأن المفروض فيها كون الإباحة مجانية ولا
يتوهם استلزمها الجمع بين العوضين إذ لا معاوضة بين العينين بل هي بين الاباحتين وقد
حصل التصرف فيهما من الجانبين. وأما مع قصدهما الملكية على نحو الإيجاب والقبول القولي
فعلى القول بالإباحة مقتضى القاعدة جواز الرجوع بالعين الموجودة مالكها لكونها باقية على
ملكه والغرامة لصاحبها عن التالف عنده بدلها الواقعي لكون يده يد ضمان لعموم حديث
«على اليد» بعد ان كانت المعاوضة بين العينين ، وليس المسمى بدلًا عنه وان وقع القرار
عليه لعدم الدليل على وجوب الالتزام به بعد أن لم تتم البدلية بينهما بالفرض إلا أن يقوم
إجماع عليه ، وهو ان ادعى فعلى عهدة مدعية. وأما بناء

مع تلفها أيضا ، ففي مثل ذلك يكون المورد من قبيل استصحاب حكم المخصوص المقدم على أصله العموم
ويجري استصحاب بقاء السلطة 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 ثابتنا في قبال أصله العموم واللزوم بالإجماع الذي هو
دليل لي ولا معقد له فكما يمكن أن يكون مفاده ثبتوا جواز الرجوع بالمعاوضة الحاصلة بالمعاطة 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 : ان المقام ليس من قبيل

على الملكية فعل القول بأصالة اللزوم في الملك لا رجوع لأحد هما على صاحبه لأنه مقتضى الأصل الذي خرج عنه بالخصوص الرجوع مع بقاء العينين وأما بناء على المختار من أصالة الجواز في الملك لاستصحاب بقاء العلاقة السابقة ، فيشكل تطبيق الحكم فيه باللزوم على القاعدة كما عليه المشهور ، بل ادعى عدم الخلاف فيه وإن احتمله (في المسالك) احتمالاً إذ مقتضى استصحاب بقاء العلاقة بالنسبة إلى العين الموجودة مالكها جواز الرجوع بها فان رجع بها رجع صاحبه عليه حينئذ ببدل 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 ان هذا بناء على حصول الملك بالمعاطاة . وأما بناء على القول بإفادتها الإباحة فكذلك لا يمكن إيجاز جواز الرجوع بعد تلف العين لأن الجواز الثابت قبل التلف بناء على الإباحة هو مقتضى سلطنة المالك على ماله فانا قلنا بأن المعاطاة بناء على الإباحة مبادلة بين المالين 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 الى طرفه باق على ما كان عليه فلكل منهما إبطال المعاوضة وإرجاع ما حصل بما من السلطنة المطلقة لطرفه اليه بمقتضى سلطنة الناس على أموالهم ، كما كان أصل المعاوضة بمقتضاهما ، ولكن حيث كان تلف مال المالك المبيع موجباً لخروجه عن ملكه ودخوله في ملك المباح له قبل التلف آنا ما يمتنع كون الضمان فيها معاوضياً وإن ما بيده كل منهما مضمون بعوضه الذي هو في يد الآخر فيدخل العوض عند التلف في ملك المبيع ولا زمه خروج المباح عن ملكه ودخوله في ملك المباح له قبل التلف آنا ما ، والا لزم الجمع بين العوض

اللهم إلا أن يوجه تطبيق الحكم باللزم على القاعدة حينئذ بأحد وجهين : (الأول) أن المعاطاة بناء على إفادتها الملكية تقتضي صحة بدليل كل من العينين عن الأخرى ، ومقتضها تعين الغرامة بالبدل المعلى دون الواقع غير أن كلا من المتعاطيين بحكم الاستصحاب له إبطال المبادلة الذي معناه الرجوع بما كان له وإرجاع بدله إلى صاحبه ، وهو غير ممكن مع التلف فيتوقف الرجوع على التزام الغير الممكן إلا مع بقاء العينين (الثاني) ان ملكية المعاطاة استفيدة من عمومات «أحـل اللـه الـبـيـع» «و تجـارـة عـنـ تـراـضـ» و نحو ذلك التي مقتضى عمومها الأزماني لللزم خرج عنها صورة بقاء العينين بالدليل ، فيبقى غيرها مندرجها تحت العموم المنقطع به الاستصحاب اللهم إلا ان يخداش فيه بدعوى ان الزمان ليس من المشخصات الفردية بحيث يكون الفعل بحسب اجزائه المساوية افرادا 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 للملك على ماله المباح لطرفه ارتفعت بدخوله في ملك طرفه ، والإجماع القائم على جواز الرجوع لكل من المتعاطيين ظهر حاله وإن القدر المتيقن منه ما كان قبل التلف ، فلا وجه لضمان كل منهما لصاحب البديل الواقع من المثل أو القيمة والأصل عدمه .
هذا حكم ما لو كان التاليف كلا العينين ومنه يظهر حكم ما لو تلف أحدهما أو بعضه لما ذكرناه من إمكان كون موضوع الجواز في المعاطاة بناء على الملك بقاء العينين على حالمما 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 ان الحكم بناء على الإباحة لا يخالف القول بالملك ، فإن تلف العين إذا كان كاشفا عن سبق ملكها لم

الملحوظ في مجموع اجزائه بنظر الوحدة ولا يوجب صدوره به افرادا متعددة بل هو فرد واحد فإذا فرض خروجه في جزء من اجزاء الزمان وثبت الحكم بالجواز فيه انقطع حكم العام واستصحاب حكم المخصوص 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 إحديهما كلا أو بعضها منها أو من أحدهما بالتلف حكما مطلقا سواء كان بنقل لازم أو حائز أولا كذلك أو التفصيل بالأول والثاني في الثاني مطلقا على القول بالملكية أو الإباحة أو يفصل بينهما . وجوه واحتمالات ، بل لعل بعضها أقوال .

تلفت عنده الملائم للملكية طرفه للعين الباقية بحسب ما يقتضيه الضمان المعاوضي فالحكم بجواز إرجاع العين الموجودة من 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 المعاطاة التي قصد بها المتعاطيان حصول الملك لكل منهما بنحو يكون كل من العينين عوضا عن الأخرى ، وهي المعاطاة الدائرة بين الناس عرفا وعمدة ما قيل في حكمها قوله : أحدهما . كونها مفيدة للملك الجائز ، ويلزم بأحد الملزمات ، وهو المختار للمحقق الكركي . قدس سره . ومن تبعه على ذلك ، وهو أقوى التوبيخ . والقول الآخر ما ينسب إلى المشهور من أنها تفيد الإباحة المطلقة في التصرفات ويحصل الملك بتلف العين أو بالتصريف المتوقف على الملك . وعلى كل هي معاوضة عرفية مشمولة لآية التجارة عن تراضي والضمان فيها معاوضي والتعاطي بينهما بالقصد المذكور مصداق للتكتسب غاية الأمر بناء على ما يستفاد من ظاهر المشهور أن الملك لم يتمتحقق حين التعاطي

وبالجملة النقل : أما بعقد لازم أو جائز وعلى التقديررين ، 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 الترداد المأمور في موضوع الحكم بالجواز أما رجوع الناقل على صاحبه بالعين الباقية ، فلتوقفه على إرجاع بدها 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 الترداد المعلق على إمكانه الحكم بالجواز .

هذا مع مضي النقل ، ولو فرض عود المنقول بفسخ أو تقابل ففي جواز الرجوع لإمكان الترداد حينئذ وعدمه وجهان : أقواهما الثاني :

كما هو المختار للمحقق الكركي ومن تبعه ، وإنما الحاصل ابتداء اباحة 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 فيكتفي في مشروعيتها وان الضمان فيها معاوضي : إجماع الأصحاب على ذلك ، فإن ما يحکى عن العلامة . قدس سره . في خاتمه من القول بفسادها يحکى أيضا رجوعه عنه في الكتب المتأخرة عنها وبالجملة لا ينبغي التشكيك في كون الضمان فيها معاوضيا ، ومقتضى ذلك كون كل من العوضين مضمونا بالأخر فيتلف احدى العينين تعين الأخرى للبدلية فاستشكال سيدنا . قدس سره . في ما سيأتي : منه من الحكم بالنزوم في صورة تلف العينين بناء على الإباحة بل جزمه بعدمه في صورة تلف احدى العينين ، وان مقتضى القاعدة جواز الرجوع بالعين الموجودة لمالكها والغرامة لصاحبها عن التالف عنده بدل الواقع . آخر ما قال . غير واضح .

إما بناء على أصالة اللزوم في الملك فظاهر لأن المتيقن من الترداد الجائز معه الرجوع هو ما كان قبل النقل إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم في الملك إمكان الترداد بقول مطلقا ، فالموضوع غير محرز ، بل وكذا بناء على أصالة الجواز فيه لتحقق اللزوم بالنقل ، فيستصحب وينقطع به استصحاب الجواز وليس إمكان الترداد علة للحكم بالجواز حتى يدور الجواز مداره وجودا وعدهما بل هو موضوع للحكم به وقد زال بعرض المنع الشرعي بالنقل ، وأما بناء على الإباحة المطلقة فكذلك بناء على أن صحة ما يتوقف على الملك كالبيع مثلا يكشف عن سبق الملكية آنا ما ، فينقطع الاستصحاب بامتناع الترداد 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 ، فان قلنا بوقوعه فضوليا يتوقف على الإجازة منه فيجوز الرجوع لإمكان الترداد مع عدم الإجازة لعدم تحقق النقل المتوقف عليها ، وان قلنا بخروجه عن الفضولي لسبق الاذن منه ووقوع البيع له ورجوع العوض اليه غير انه مباح التصرف للناقل كما تقدم جاز الرجوع للناقل على العين الباقية ، والا لزم الجمع بين العوض ويدل المعارض 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 البناء على الإباحة فلا رجوع مع سبق الملكية ، بل هو اولى منه بناء على الملكية كما عرفت ، نعم لو قلنا

بان 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 وتقريره : أن العقد الصادر من المباح له المفروض صحته ولزومه مقتضى لانتقال المال من المالك المبيع إليه ، ثم منه إلى الثالث ومتى ذلك أن فسخه موجب لعود المال بالفسخ من الثالث إلى المالك الأول ، فتعود سلطنته السابقة عليه ، ومتى قضاها جواز رجوعه به .

هذا ولكن لقائل أن يقول : إن المعاوضة الواقعة بين المتعاطيين . المفروض صحتها . مقتضاها ضمان كل منهما لصاحب ما أخذته منه عند تلفه أو إتلافه بعوضه ، والتصرف المذكور المفروض صحته ولزومه من المباح له فيما أخذته بمنزلة الإتلاف له على المالك المبيع ، لكونه موجباً للخروج عن ملكه بعقد لازم ، ومتى الاقدام المعاوضي الحاصل بالمعاطة الموجب لضمان العين لمالكها بعوضها عند عدم إمكان إعادتها إليه كون العوض متنتقل إلى المالك المبيع حينئذ أي حين التصرف الملائم لانتقال العين إلى المباح له لكون الضمان معاوضياً وعليه فيكون الموجب لانتقال العين إلى المباح له هو الإقدام المعاوضي الحاصل بالمعاطة المقتضي لضمان كل من العينين بالأخرى .

واما العقد الناقل فإنما هو موجب لانتقال المال من المباح له إلى المشتري ، فارتفاعه بالفسخ لا يوجب رجوع العين إلى ملك المبيع بل رجوعها إلى ملك المباح له ، فان انحلال العقد إنما يوجب ارتفاع مقتضاه ، وهو انتقال المال من المباح له إلى المشتري دون ما يتضمنه الاقدام المعاوضي الحاصل بالمعاطة . وبالجملة بناء على أن محل الكلام إنما هو في المعاطة التي قصد المتعاطيان بها حصول الملك لكل منهما فيما أخذه من صاحبه بدلاً عما دفعه إليه

كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترداد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول أو عائداً إليه بفسخ. وكذلك لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك ، بل يكفي فيه اباحة التصرف والإتلاف وملك الشمن بالبيع . كما عن القطب والشهيد في باب بيع الغاصب . : ان تسلیط المشتري للبائع الغاصب على الشمن والاذن في إتلافه یوجب جواز شراء للغاصب به شيئاً ، وأنه يملك الشمن بدفعه إليه ، فليس للملك اجازة هذا الشراء ويظهر أيضاً من المحکي عن (المختلف) حيث استظرفه من كلامه فيما لو اشتري جارية بعين مغصوبة : أن له وظيفة الجارية مع علم البائع بغضبيه الشمن ، ومقتضى ذلك أن يكون تسلیط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية یوجب 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 أخذته بقصد كون البيع له ودخول عوض المبيع في ملكه بدلاً عما خرج من ملكه وصحة البيع على ما قصدته تتوقف على ملكيته للمبيع بسبب ناقل له إليه سابق على بيعه ونقله إلى المشتري وهو ما ذكرنا من انه هو الاقدام من المتعاطفين على كون كل من العوضين مضموناً بعوضه عند إتلافه أو ما هو بمنزلته من النقل اللازم المستلزم ذلك انتقال العين إلى المباح له بدلاً عما انتقل حيشد إلى المبيع من عوضها .
وعليه فالعقد الصادر من المباح له يتمحض لنقل العين من ملكه إلى ملك المشتري ، ولو عرض له فسخ بالخيار أو تفاسخ بتقاضي تعود العين إلى ملك من انتقلت منه إلى المشتري وهو المباح له ولا وجهاً لعودها إلى المالك الأصلي ، إذ الفسخ إنما یوجب نقض ما عقده العاقد وهو إنما قصد نقل العين منه إلى المشتري لا نقلها من مالكتها إليه ثم منه إلى المشتري ليكون الفسخ موجباً لعودها إلى مالكتها الأصلي .

العين بفسخ ونحوه كما هو الفرض وان أثر ذلك فقد أوجب اللزوم المنقطع به الاستصحاب بل هو المستصحب ، والثاني بامتناع كون العوض لغير من له الموضع^(١) كيف ومقتضى العوضية قيام العوض مقام الموضع ، فلو فرض كون العوض ملكا للبائع كشف ذلك عن سبق ملكية العوض له حزما.

(١) المختار للمشهور وان كان هو القول بان مقتضى المعاوضة دخول العوض في ملك من خرج الموضع 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 سرهم . في باب بيع الغاصب ، لا يمكن القول بعود سلطنة المبيح على الرجوع بالمعاطة لو انحل بيع العين التي باعها المباح له بفسخ أو تقاييل ، إذ غاية ما يمكن أن يقال على هذا المبني : إن صحة البيع من المباح له لا تتوقف على ملكيته للمبيح بل يكفي فيها تسلیط المالك له عليه المفروض تتحققه في المعاطة بناء على كونها معاملة صحيحة ، وعلى المبني المذكور فالعين التي باعها المباح له لنفسه تخرج عن ملك المبيح الى ملك المشتري وثمها يخرج من ملك المشتري الى ملك البائع ، فإذا حصل فسخ أو انفاسخ ورجع كل من العوضين الى مالكه السابق عادت العين المباعة إلى ملك المبيح وعادت سلطنته على الرجوع بالمعاطة.

هذا ولكن ذكرنا سابقا ان مقتضى المعاوضة الواقعة بين المتعاطيين ضمان كل منهما لصاحب ما أخذه منه بعوضه عند تلفه أو إتلافه والتصرف المذكور من المباح له فيما أخذه من المبيح من حيث كونه بالعقد اللازم منزلة الإتلاف له على مالكه المبيح لكونه موجبا لخروجه عن ملكه وانتقاله إلى المشتري وارتفاع سلطنته على إعادته اليه ، ومقتضى ضمان العين مالكيها

هذا كله في النقل اللازم ، وأما في النقل الجائز فليس من بيده العين الباقية الرجوع على الناقل بناء على الملكية وإلزامه بالرجوع على ما نقله . بمعاوضة كان النقل أو مجانا . لعدم حصول إمكان التزad فعلا ، وتحصيله . ولو كان مقدورا بواسطة الرجوع . غير واجب لأن إرجاع ما أخذه بعد الرجوع عليه لم يعلم كونه من الواجب المطلق حتى يجب تحصيل مقدماته بل الظاهر انه من الواجب المشروط للأصل حيث كان الوجوب مستفادا من دليل لي لا من اللفظ حتى يتمسك فيه بأصالحة الإطلاق ولا له الرجوع أيضا بنفسه على من انتقلت العين إليه إذ لا خيار له فيه ولا سلطان له عليه .

واما بناء على الإباحة فقد فصل فيه شيخنا المرتضى في (مكاسبه) بين ما لو كان النقل بمعاوضة أو مجانا^(١) فالحق الأول بالأول في اللزموم ، وحكم

حيثئذ بعوضها : انتقال عوضه الى المالك المبيح ولازمه انتقال العين الى المباح له لكون الضمان معاوضيا وعليه فخروج العين إلى المشتري إنما هو من ملك المباح له ، لا المبيح ، فعودها بالفسخ اليه لا إلى المبيح ، فلا سلطنة له على الرجوع حتى على مبني القطب والشهيد . قدس سرهم . وبالجملة لا فرق في لزوم المعاطة وعدم إمكان الرجوع بما عند نقل العينين أو أحدهما بالنقل اللازم بين القول بإفادتها الملك وبين القول بإفادتها الإباحة ، كما لا فرق في ذلك بين مبني المشهور ومبني القطب والشهيد . قدس سرهم .

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

بالجواز في الثاني للكشف في الأول عن سبق الملك آنا ما حتى لا ينافي كون العوض له إذ العوض لا يكون إلا من له المعاوض ولا عوض في النقل المجاني حتى يستلزم الكشف عن ذلك ، بل يقع النقل عن المالك المبيع فيجوز الرجوع بقاعدةبقاء السلطة ولكن في النفس من هذا التفصيل شيء لأن النقل الجائز 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 المبة الصادرة من المباح له لم تكن عن المالك المبيع بوكالة سنة أو بإذن منه في المبة عنه لتكون المبة هيته وهو الواهب حقيقة حتى يتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إليه ، وإنما وهب المباح له مال المبيع عن نفسه ، والمفروض أن التصرف المذكور . أعني المبة عن نفسه . بإذن من المالك ضمنا ، وكما هو مقتض لانتقال المال إلى المتهب كذلك يجب انتقال عوضه إلى المالك بمقتضى الضمان المعاوضي الحاصل من المتعاطيين إذ المبة المذكورة . وإن كانت غير لازمة . يجوز الرجوع بما لكنها بالنسبة إلى المالك كالنفل اللازم الذي هو منزلة الإتلاف عليه كما ذكرنا فإن المبة المذكورة لم تكن عنه ليكون هو الواهب حقيقة فله الرجوع بحنته ، وإنما هي للمباح له ، وب مجرد الإذن الضمني من المالك المبيع بالمبة لا يجعلها هبة عنه مالك يقصد الواهب كونها عن المالك فلا مناص عن الالتزام بكون المال المذكور منتقلًا من المبيع إلى المباح له بموجب الضمان المعاوضي ثم منه إلى المتهب ، وعليه فالمبة هيته ، فحكم جواز الرجوع إنما هو بالنسبة إليه لا إلى المالك ففسخها بالرجوع فيها مقتض لعود المال إليه لا إلى المالك المبيع ، ثم إن ما ذكرناه مختلفًّا عما ذكره سيدنا . قدس سره . في مقام الاشكال على التفصيل الذي ذكره شيخنا الأنصاري . قدس سره .

كالمبة مثلاً ان كان بحکم 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 أيضاً غير انه في الأول كان ب مباشرة المالك وفي الثاني ب مباشرة الناقل عنه ، فان كان نقل المالك قاطعاً للاستصحاب لأن الموضوع معه غير محرز . كما تقدم . فهو حاصل على التقديرین ، وإلا فلا كذلك وإن لم يكن بحکم 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 اليه 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 المناطق في الصورتين ، والتفرقة بينهما بوقوع النقل من المالك في الأول وعنده ب مباشرة الناقل في الثاني لا يجدي في المناطق . اللهم إلا ان يفرق بين النقلين بان النقل الموجب لقطع الاستصحاب هو ما كان أثره محالفاً للاستصحاب لا ما كان مؤكداً له إذ الحکم فيه بالجواز يكون مسبباً عن سببين فتأمل

(١).

هذا ولو نقل ثالث فضولاً فاما أن يقع الرد أو الإجازة من أحد المتعاطيین أو منهما وعلى الثاني فأما أن يتتفقا في الإجازة أو يتفقا في الرد أو يختلفا فيما وعلی التقادير فاما أن يتحد زمانهما أو يختلف بتقدیم زمان الرد أو زمان الإجازة وعلى التقادير كلها فالكلام مرة .
بناء على الملكية وآخرى بناء على الإباحة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أولاً : ان الإجازة تصح من كل واحد من

(١) وجه التأمل إمكان دعوى ان جواز الرجوع في المعاطاة من آثار بقاء العلقة السابقة المنقطعة بتصريف النقل دون القدرة الحاصلة عليه بالعقد الجائز فتأمل (منه قدس سره).

المتعاطيين على كل من القولين : الملك والإباحة فلو وقعت من الأول فعل القول بالإباحة واضح لأنه مالك ، وعلى القول بالملك فلتضمنها الرجوع الموجب للفسخ فتكون مستلزمة للزوم الفضولي ووقوعه عنه ورجوع الشمن اليه كما لو فسخ أولا ثم أجاز للفضولي . كيف ولو تضمنها الرجوع للزم لغوية الإجازة لكونه حينئذ أحبنبيا ، فالرجوع كما يحصل بالفعل كذلك يحصل بالقول الدال عليه بالطابقة أو بالالتزام ، ولو وقعت من الثاني . وقلنا بالملكية . أثر في الفضولي صحة لوقعها من المالك وفي المعاطة لزوما لحصول النقل الموجب له بها ، وكذا على القول بالإباحة لكونها كالبيع كافية عن سبق الملك آنا ما لكون الإجازة تصرفها والمفروض له أنباء 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 انه يؤثر في الفضولي بطلاانا مطلقا

(١) وفي المعاطة فسخا لو وقع من الأول وقلنا بالملك

(١) الظاهر ان الرد من المالك الأول بالنسبة إلى نقل الفضولي ليس كإجازته في كونه رجوعاً بالمعاطة 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 منزلة نقله وبيعه في إيجابه الرجوع بالمعاطة وفسخها ورجوع المال إلى ملكه وأما رده لعقد الفضولي فيمكن القول فيه بأن المالك الأول إنما ثبت له جواز رد المال إلى ملكه من انتقال إليه بالمعاطة وأما رد عقد الفضولي بمعنى رد المال من الثالث إلى مالك العين فعلاً فلم يثبت جوازه للمالك الأول وعلى فرض الجواز لا يتحقق به الرجوع بالمعاطة اللهم إلا أن يقال إن إنشاء الرد من المالك الأول بما انه من شئون ملكيته السابقة وتمسكه بها

لتضمنه الرجوع الموجب له والا لزم لغويته لكونه حينئذ أحنيبا 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 ارادة الرجوع بالمعاطاة به اما رد المالك للعين حال العقد فلا إشكال في نفوذه منه ولكن لا يتحقق به الرجوع بالمعاطاة كما ي قوله سيدنا . قدس سره . هذا بناء على حصول الملك بالمعاطاة، وأما على الإباحة فلا إشكال في نفوذ اجازة المبيع لكونه مالكا للعين فتنفذ أجازته لبيع الفضولي لها وحيث ان أجازته ممتزلة بيعه بنفسه لها ولازمه خروج العين عن ملكه إلى المشتري لها ودخول ثمنها في ملكه بدلا عنها فمقتضى ذلك تتحقق الرجوع بالمعاطاة الواقعية بينه وبين طرفه فيها فتبطل. واما اجازة المباح له لبيع الفضولي فمقتضى كونها كبيع العين بنفسه والمفروض كون التصرف المذكور من المباح له بإذن ضمئي من المالك وكونه كاشفا عن ملكه آنا ما قبل التصرف أو به ، فغير بعيد لزوم المعاطاة بذلك واما الرد من المبيع أو المباح له فلا إشكال 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 بما نظرا إلى ان المعاطاة بناء على الإباحة وان لم يكن مفادها المبادلة بين الملكين. كما هي كذلك على الملك ولكنها مبادلة بين السلطنتين فكان كلا من المتعاطيين بدل سلطنته المالكية على ماله بسلطنته على مال الآخر فكل منهما وان بقي ملكه ولم يستقل إلى الآخر ولكن شئونه وأشاره انتقلت إليه. وعليه فكما ان اجازة المالك لعقد الفضولي الواقع على ما تحت يد طرفه فيه اقتضاء للرجوع بالمعاطاة لكونه تمسكا بشأن من شئون الملك واعادة سلطنته المنقوله لطرفه بالمعاطاة فكذا رده لذلك ولا يخلو ذلك من وجوه.

عن سبقه آنا ما بل يكفي في صحة إبطاله للفضولي كونه من التصرفات المباحة له .
هذا لو وقعت الإجازة أو الرد من أحدهما ولو وقع منها معاً وكان الواقع منهما
الإجازة فإن التحد زمانهما (ففي) سقوط الإجازتين معاً بالكلية لأنه من تعارض السببين
المتضادين في الأثر الموجب للتساقط بعد أن كان ترجيح أحدهما على الآخر ترجيحاً بلا
مرجح ، أو تأثيرهما في الفضولي صحة عملاً بالقدر المشترك منهما وسقوط أثر كل منهما في
المعاطاة من الفسخ واللزوم للتعارض ، أو تقسم 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 فوقيعه حيث لا مورد لها لسبق
أثر إجازة المالك فسخاً ولزوماً ولا كذلك بناء على كون الإجازة ناقلة ، أو تقديم إجازة
الأول مطلقاً ولو بناء على الملكية لما سترى : (وجوه واحتمالات).
أقواء الأخير لأن الوجوه المتقدمة عليه كلها مزيفة.

اما الأول ، فلما يتضح لك من أن تقسم إجازة الأول ليس من الترجيح بلا مرجع
وأما الثاني ، فلان أثر صحة الفضولي المسبب عن إجازة الأول الموجب لكون البيع له والثمن
عائداً إليه أثراً. المسبب عن إجازة الثاني الموجب لوقوع الفضولي عنه والثمن له وتغيير الأثر
يكشف عن مغايرة المؤثر ، فلا جامع بينهما حتى يكون هو المؤثر.
وأما الثالث ، فيمنع الأقوائية 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 من له التصرف.

واما الرابع . وهو دعوى سبق الأثر وحوجه بناء على الكشف ، ففيه أنه يشترط في كشف الإجازة عن ترتيب الأثر من حين العقد عدم وجود مانع عنه الى 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 تقدم إجازة الأول مطلقا ، فوجوه :

الأول . ان مرتبة اللزوم المسبب عن النقل الحاصل بإجازة الثاني للفضولي متأخرة طبعا عن مرتبة الرجوع بإجازة الأول وان اقترنـت معه في الزمان ضرورة أن الإجازة من الثاني تؤثر في صحة الفضولي أولا ، وبصحته يتحقق النقل وبتحققـه يتحققـ اللزوم ، وهذا بخلاف الإجازة من الأول فإـنـها متضمنـة للرجـوعـ أولا ، وـتـؤـثـرـ فيـ صـحةـ الفـضـوليـ ثـانـياـ ، فالرجـوعـ المـوـجـبـ لـلـانـفـسـاخـ مـقـدـمـ عـلـىـ النـقـلـ الـمـوـجـبـ لـلـزـومـ فيـ المـرـتـبـ طـبـعاـ وـبـالـذـاتـ.

الثاني . ان الشك عند تقارنـ الإـجازـتينـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ لـزـومـ إـجازـةـ الثـانـيـ شـكـ فيـ وجـودـ سـبـبـ اللـزـومـ وـهـوـ النـقـلـ وـالـأـصـلـ عـدـمـهـ ، وـبـالـنـسـبـةـ إـلـىـ إـجازـةـ الـأـولـ شـكـ فيـ قـدـحـ العـارـضـ عنـ تـأـثـيرـ ماـ يـقـتـضـيـ الفـسـخـ وـهـوـ الرـجـوعـ فـلـمـقـتـضـيـ مـحـرـزـ وـالـشـكـ إـنـمـاـ هوـ فيـ قـدـحـ العـارـضـ وـالـأـصـلـ عـدـمـهـ بـنـاءـ عـلـىـ جـريـانـ الـأـصـلـ فـيـمـاـ كـانـ مـقـبـلـ المـقـتـضـيـ وـلـمـانـعـ مـطـلـقاـ مـنـ غـيرـ فـرقـ بـيـنـ ماـ لوـ كـانـ الشـكـ فيـ وـجـودـ المـانـعـ أـوـ مـانـعـيـةـ المـوـجـودـ لـأـنـهـ مـنـ الـأـصـوـلـ الـعـقـلـائـيـةـ.

الثالث . ان نفوذـ الإـجازـةـ منـ الثـانـيـ وـتـحـقـقـ النـقـلـ بـهـاـ مـشـرـوطـ بـكـونـ العـيـنـ مـبـاحـةـ التـصـرـفـ حـينـ الإـجازـةـ وـلـاـ بـاـحـةـ مـعـ رـجـوعـ الـأـولـ وـمـنـعـهـ عـنـ تـصـرـفـ الثـانـيـ وـانـ كـانـ مـقـارـنـاـ لـهـ ، إـذـ المـدـارـ عـلـىـ الـمـنـعـ حـينـ التـصـرـفـ سـوـاءـ كـانـ حدـوثـهـ قـبـلـهـ أـوـ مـقـارـنـاـ لـهـ ، وـكـمـاـ لـاـ يـبـغـيـ التـأـمـلـ فـيـ بـطـلـانـ الإـجازـةـ لـوـ صـرـحـ

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 ، ويتلوي 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 ان كان من الأول مطلقا على القولين لتضمينها الرجوع الموجب لذلك ، وفيها لزوما ان كان من الثاني كذلك على القولين لحصول النقل به الموجب له.

ولو وقع الرد منهما واحد 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 يتوهם 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 ان كان من الأول وجه مبني على ما عرفت ، ولا موجب للزوم المعاطاة ان كان السابق من الثاني لما عرفت أيضا من عدم تتحقق النقل منه برد ه حتى يوجب ذلك.

هذا ولو وقع من أحدهما الرد ومن الآخر الإجازة في زمان واحد فان كانت الإجازة من الأول صح الفضولي وانفسخت المعاطاة بما قطعا لعدم توهם المعارضة رد الثاني لها كما عرفت ، وان كان الرد منه والإجازة من الثاني فحكمه على الملكية حكم تزاحم الإجازتين في ورود الاحتمالات المتقدمة ، وان اختلفا مع ذلك في الزمان أثر السابق منهما في صحة الفضولي مطلقا ان كان هو الإجازة غير أنه تنفسخ المعاطاة بما ان كانت من الأول وتلزم

ان كانت من الثاني لحصول النقل الموجب له وان كان السابق هو الرد بطل الفضولي مطلقا غير انه ان سبق الرد من الأول أثر في المعاطاة فسخا بناء على الملك أو مطلقا على تأمل فيه ، ولا تأثير له في لزوم المعاطاة ان سبق الرد من الثاني ، فلا تأثير في الإجازة اللاحقة من الأول حينئذ في المعاطاة فسخا إلا إذا أمكن فيها تصور ارادة 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 كطعن الخطة وقطع الخشبة وتفصيل الشوب ، ففي لزوم المعاطاة به مطلقا أولا كذلك أو التفصيل وجوه ، بل أقوال . ولعل الأول منها لا يخلو من قوة ، لامتناع التزاد المقصود منه رد كل من البدلين الى صاحبه ، ضرورة أن نقض المبادلة موقوف على إرجاع البدل والبدل بما هو بدل مركب من جزء مادي وجزء صوري ، وكما ينتفي المركب بانتفاء جزئه المادي كذلك ينتفي بانتفاء جزئه الصوري بعد ان كان ملحوظا في عنوان البدلية . نعم ان لم يكن ملحوظا فيه بل كان المجنول بدلا هو ذات الشيء باجزائه المادية فقط ، كان إرجاعه إرجاعا لعين البدل وان تغيرت الصورة لعدم كونها ملحوظة في عنوان البدلية ، مضافا الى لزوم الضرر . غالبا . سيما مع عدم كونه مضمونا على الضار بل لم ينفك ذلك عنه لاختلاف الأغراض وتفاوت الرغبات والإلزام بقبول ذلك حكم ضرري منفي في الشع بالالية والرواية الحاكمة على استصحاب الملك بناء على الإباحة وعلى استصحاب بقاء العلقة بناء على الملك لو سلم جريان الاستصحاب في المقام مع إمكان 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 بالملکية والإباحة حيث قال : « ولو تصرف في العين تصرفًا مغيراً للصورة كطحن الحنطة وفصل الشوب فلا لزوم على القول بالإباحة ، وعلى القول بالملك ، ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب حوار التزاد ، ومنشأ الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عريٌ 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 بينهما وبين القول بإفادتها المالك سوى أنها عليه توجب خروج الموضع عن ملك مالكه ودخوله في ملك مالك العوض وخروج العوض عن ملك مالكه ، ودخوله في ملك مالك الموضع وعلى الإباحة ، فالمكان باقيان بعد التعاطي على ما كانا عليه قبله ، غير أن التبديل بين المتعاطفين إنما كان في شعون الملك وآثاره فان كلاً منهما سلط صاحبه على كافة التصرفات في ماله عوضاً عن تسلطه على مال صاحبه ومن هنا قيل : ان الإباحة بالمعنى المذكور مرجعها الملكية وعلى كل فعل الوجه المذكور للإباحة التي قال بما المشهور الذي هو أحسن الوجوه لم تبق ملك العين سلطنة عليها بعد المعاطاة . نعم له إعادة السلطة التي أعطاها لطرفه لنفسه بالرجوع بالمعاطاة . وعليه فليس الكلام في خروج العين عن ملك المالك بالتصرف المغير للعين حق يقال : لا دليل على خروجها به فيستصحب ملكه ولا الشك في جواز الرجوع بالعين تكليفا ، ليقال : قبل التغير كان جائزًا فيستصحب الجواز بل الشك في جواز الرجوع وضعاً من المالك ومؤثثته بعد التغير في عود سلطنته المعطاة لطرفه إليه .

والتلف قياس مع الفارق. أما الأول فلكشفه عن سبق الملك ولو آنا ما ، والثاني لكون التالف وان كان مباحا إلا انه مضمون بالبدل الجعلـي 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 يزيد به ، كما لعله الظاهر أن الموضوع ان كان حقيقيا فلا يجري الاستصحاب مع التصرف المغير للصورة مطلقا لتبدل الموضوع معه حقيقة وتلزم به المعاطاة مطلقا وان كان

ومتيقن من ذلك هو ما قبل حصول التغيير واستصحاب سبيبة رجوعه ومؤثرته في عود سلطنته الى ما بعد حصوله من قبيل الاستصحاب التعليقي الذي لا نقول به ، فأصلالة عدم عودها وبقاء السلطة ملـن بيده المال بعد تغييره لا اشكال فيها ومتضها لزوم المعاطاة بذلك.

والحاصل بناء على ما ذكرناه من كون المعاطاة على الإباحة مبادلة بين السلطتين المطلقتين لا مجرد اباحة التصرف ، فلا فرق بين المسلمين : القول بالملك والقول بالإباحة في لزومها بالتغير الموجب لذهب 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 للملك الأصلي أو البيع بعد التغيير مما لا ينبغي الإشكال فيه.

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

ثم ان ما ذكرناه من تقريب اللزوم بالتغير المذهب للصورة يطرد فيما سيأتي من صورة الامتزاج ، والكلام فيها هو الكلام فيما ذكرناه ، والمحترر هو المحترر هنا.

عرفيا فيدور استصحاب الجواز وعدمه مدار الصدق العربي ، وقد يصدق على المتغير انه هو عرفا وان كان غيره حقيقة ويتحمل ان يريد بالفرق ان الموضوع ان كان حقيقة الشيء فيجري استصحاب الجواز ما دامت ذات العين باقية لعدم تبدل الذات بتغيير الصفات كالملكية المتعلقة بالعين التي لا تنزل بزوال أوصافها ، فلا تنزم المعاطاة بتغيير الصفات مطلقا بخلاف ما لو كان الموضوع عرفا فإنه قد يصدق على المتغير انه غير الأول فلا يجرى الاستصحاب فيه لتبدل الموضوع حيثذا ومقتضاه اللزوم لعدم التراد عرفا وان تتحقق الرد حقيقة.

وكيف كان ففيه : ان ما ذكره من التفصيل انا يتوجه على مبناه من أصلية اللزوم في الملك وكون جواز الرجوع من الأحكام التعبدية الثابتة بالإجماع ونحوه. وأما على ما قويناه : من أصلية 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 بما كان مخرجا عن تعلق الملكية بها ، أيضا ، وإن فلا فيهما كذلك لأن العلقة للملك 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 فيصحيح دعوى إمكان التراد حيثذا إلا إذا استلزم التراد ضررا حيث لا نقول بتعظيم 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

حيثـد رـيـاعـيـة الأـقوـال.

(وتوهم) عدم تأثير الضرر بسبب الاقدام عليه (يدفعه) مع ان الاقدام من مسقطات الضمان لا من المسوغات للاحكم . منع جريانه في المقام لأن مجرى قاعدة الإقدام هو الاقدام على موضوع يكون حكمه الشرعي جواز الرجوع ، فلا بد أولاً من إحراز كون الجواز حكماً شرعاً في المقام حتى يكون الاقدام عليه اقداماً على موضوع الضرر وهو أول الكلام ، فأأشبه ذلك بالدور لأن ثبوت جريان الاقدام يتوقف على ثبوت كون الحكم ، الشرعي هو جواز الرجوع ، والمفروض أن ثبوت الحكم بالجواز لعدم تأثير الضرر إنما هو بقاعدة الإقدام ، ظهر بذلك ضعف ما قيل : من ان الضرر مستند الى تقصيره في التحفظ بإيجاب البيع واما لو امترج العينان او إحديهما بالغير بحيث لا يتميز ، فالآقوى فيه للزوم مطلقاً بناء على الملك او الإباحة امترجت بالأجود او بغierre من المساوى او الأردى ، لامتناع التزاد حيثـد مطلقاً ، ضرورة أن رد العين على الوجه الأول متذر بالفرض ورد الجميع مقدمة مع كونه ضرراً فيه المنة التي لا يجب تحملها ، وبعد القسمة ففرد المقسم مشتمل على بعض منه وبعض من غيره وهو غير الأول فرده ممتنع وقد عرفت ان نقض المبادلة موقوف على رد البدل بعينه .

لا يقال : إن استنادهم في اللزوم هنا الى امتناع التزاد ينافي كلامهم في القسمة أنها إفراز حق وتمييز حصص ، فإذا كان المقسم هو عين المملوك من دون اشتعمال على المعاوضة أمكن الرد بعد القسمة .

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

وفصل شيخنا المرتضى في (مكاسبه) بين القول بالملك والإباحة بما لفظه : « ولو امترجت العينان او إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك

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

وهو لا يخلو من تأمل لأن التراد حيث إن كان ممتنعا كما اعترف به على الملكية . سقط الرجوع به على الإباحة أيضا لتوقف الرجوع مطلقا على رد البديل الممتنع بالفرض ، وان 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 امتنجت بحيث لا يتميز فإن كان بالأجود فكالتلف وإن كان بالمساوي أو الأردي احتمل كونه كذلك ، لامتناع التراد على الوجه الأول ، واختاره جماعة وتحتمل العدم في الجميع لأصالة البقاء ..» انتهى مستشعرا بذلك من اختصاص الأجود بالذكر في الاحتمال الأول.

وفي (شرح القواعد) لكافش الغطاء : «والحق به أي بالتلف طحن الخطة ومزجها مطلقا أو بالأجود دون الأدنى والمساوي . إلى ان قال . واما المزج على وجه لا يتميز ، فلا يمكن رده بعينه وقبول الجميع فيه منه ، ودخول مال الغير في ماله من غير فرق بين الأجود ومقابلاتة ..» انتهى وعبارة (المسالك) غير صريحة في ذلك.

وكيف كان فلا أرى وجها للتفصيل بين المزج بالأجود وما يقابلها من الأردي أو المساوي إلا ما عسى أن يوجه بلزوم الضرر في الأول بناء على الشركة بحسب الكم وبنسبة القيمة للزوم نقصان المال عمما أخذته أولا في الكم ، وهو ضرر ، ولا كذلك لو امتنج بالمساوي للمساواة فضلا عن

الأردى لما فيه من الزيادة الكمية ، وهو فاسد ، لأن ضرر 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 المناظر من امتناع التراد .

هذا ولو اختلفا في حصول سبب اللزوم ففي تقدم قول مدعى اللزوم أو الجواز نظر : ينشأ من أن مدعى اللزوم يدعى أمراً حادثاً يقتضي الأصل عدمه ، ومن أنه ملك التصرف فيملك الإقرار به ، لأن من ملك شيئاً ملوك 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 مشائخنا في (شرحه على القواعد) في هذه المسألة حيث قال : «ففي تقدم قول مدعى اللزوم أو الجواز إشكال» .

ولو ادعى تصرفاً أو إتلافاً بعد الفسخ فالقول قول منكره مع يمينه ولكن العجب من شيخنا في (الجواهر) حيث استند في مسألة نفوذ دعوى الوكيل على الموكيل فيما وكل عليه إلى القاعدة المذكورة أيضاً بل جعلها من أصول المذهب وقواعدة ولم يستند إليها هنا ، وبني على تقدم قول مدعى الجواز للاستصحاب ، ولعل ذلك منه غفلة عن مجرهاها هنا وأعجب من ذلك قوله بعد ذكر مختاره : «وكون بعض أفراده لا يعلم إلا من قبله لا يسقط حق الغير ، لكن في شرح الأستاد : إن في تقدم قول أحدهما اشكالاً» 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 لتصحيم عمومات «البينة على المدعى» بما دل على قبول قوله فيما لا يعلم إلا من قبله ولا بمحرى موازين القضاء فيه لتعذر إقامة البينة عليه وعدم

إمكانية توجه اليمين على المنكر لكونه لا يعلم إلا من قبله فلا بد من قبول قوله ، ولو تداعيا فادعى كل واحد منهمما وقوع ما هو له من الفسخ وسبب اللزوم ، فلا يخلو : اما أن يعلم بوقوعهما أو بوقوع واحد منها أولاً يعلم بوقوع شيء منها ، فان لم يعلم شيء من ذلك فكل منهما وان ملك ما يدعوه 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 منهمما واستصحاب جواز الرجوع . مثلا . الى وقوع الفسخ منه مع أنه لا يثبت وقوع الفسخ في وقت الملك معارض باستصحاب جواز التصرف الملزم الى وقت وقوعه منه أيضا وحيثذا فمقتضى القاعدة في المقام التحالف لأن كلاً منهما منكر لما يدعوه الآخر ، وبعد التحالف يبني على ما كان عليه أولاً قبل التداعي ولو علم وقوع أحددهما الغير المعين فالحكم كذلك وان استلزم خالفة العلم الإجمالي لأن خالفته في مورد التداعي غير عزيزة ، وكذلك لو أقامت بينة لتساقط البيتين بالتعارض ولو أقام أحددهما حكم له بها فسخاً كان أو لزوماً لثبت المقتضى وعدم تحقق المانع إذ المانع سبق فعل الآخر عليه ويتحمل في غير الصورة الأولى الابقاء على القول بالإباحة أو الملك ، إذ مراع الشك على الأول إلى خروج العين عن الملك المالك المبيع والأصل بقاوه ، وعلى الثاني فالالأصل بقاء الملك للثاني أما بناء على أصالة اللزوم في الملك فواضح لخروج المورد عن المتيقن الخارج عن حكم الأصل المزبور وأما على أصالة الجواز فلا استصحاب الملك للثاني : بعد سقوط استصحاب الجواز وبقاء العلقة الذي هو الأصل السببي بسبب الابتلاء بالمعارض فيبقى الأصل في المسبب سليما .

ومنها أى ومن الأمور التي ينبغي التنبيه عليها . أنه هل تجري المعاطة في غير البيع مطلقاً عقداً كان أو إيقاعاً ، والعقد بأقسامه مجانياً كان أو معاوضياً فيعم العقود التمليلة بقسميها والعقود الإذنية ، وبعبارة أخرى : هل تجري المعاطة في العقود بأنواعها وفي الإيقاعات بأقسامها أو تختص بصنف خاص من نوع المعاوضات وهو البيع أو تجري في بعض منها دون بعض؟

فنقول ولبداً 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 المعاطة في الإجارة والهبة وذلك انه إذا أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الأجرة ولو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ، وظاهرهم الجواز بذلك ، وكذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الإتلاف ، 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 والا فلا دليل على منعه مطلقاً ، وان لم يستلزم ذلك . ثم الاستشهاد به على جريان المعاطة فيه مبني على ارادة لزوم المسمى دون اجرة المثل .

وقال في (كتاب الرهن) «قال : في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطة والاستيحاب والإيجاب عليه المذكور باليبع بحملته آت هنا ، ويشكل بأن باب البيع ثبت فيه المعاطة بالإجماع بخلاف ما هنا أما الاستيحاب والإيجاب فنعم» انتهى .

وقال في (كتاب الهبة) : «ولا يكفي المعاطة والأفعال الدالة على الإيجاب ، نعم بياح التصرف ، أي لا يكفي في حصول الملك المعاطة 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 الصيف الطعام بوضعه بين يديه وأخذ نثار العرس» انتهى.

وقال في (كتاب القرض) «ظاهر عبارتهم : أنه لا بد من الإيجاب القولي» وعبارة التذكرة أدل على ذلك ، ويرد عليه أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطة التي هي عبارة عن الأخذ والإعطاء ، فإذا أكتمى في العقد اللازم بالإيجاب والقبول الفعليين فحقه أن يكتفى بما هنا بطريق أولى ، وليس بعيد أن يقال : انتقال الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقف على هذا لا اباحة التصرف إذا دلت القرائن على ارادتها» انتهى.

وفي (المسالك) : «العاشر ، ذكر بعض الأصحاب ورود المعاطة في الإجارة والمبة 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 إطلاقهم على جواز ذلك واستحقاق الأجرة ، إنما الكلام في تسميتها معاطة في الإجارة وذكر في مثال المبة ما لو وهبه بغير عقد فيجوز للقابض إتلافه وتملكه به ولو كانت هبة فاسدة لم يجز ، ولا يأس به إلا أن في مثال المبة نظراً من حيث إن المبة لا تختص بلفظ بل كل لفظ يدل على التمليل بغير عوض كاف فيها كما ذكروه في بابه وجواز التصرف في المثال المذكور موقف 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 المبة) : «.. وهل يستغني عن الإيجاب والقبول في هدية الأطعمة؟ الأقرب عدمه ، نعم يجوز التصرف عملاً بالاذن المستفاد من العادة» انتهى.

وقال في (كتاب الوقف) منه : «لا يحصل الوقف بالفعل المقترب بما يدل عليه مثل أن يبني مسجدا ويلازن للناس للصلوة فيه أو مقبرة ويلازن بالدفن فيها أو سقاية ويلازن في دخولها وإنما يصير وقفا بالقول الدال عليه» انتهى .

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

وقال في (الدروس) : «فرع لو قال : جعلت هذا للمسجد ، قال الفاضل : هذا تمليلك لا وقف ، فيشترط فيه قبول القيم ، ويصح وكأنه أجراء مجرى الوصية للمسجد إلا انه لا يشترط في الوصية هنا القبول» انتهى .

وقال في (المبسوط في أحكام المساجد) : «وإذا بني مسجدا خارج داره في ملكه ، فإن نوى به ان يكون مسجدا يصلى فيه كلما اراده زال ملكه عنه فان لم ينوه ذلك فملكه باق عليه سواء صلى فيه أو لم يصل» انتهى .

وقال في وفته . : «إذا بني مسجدا واذن لقوم فصلوا فيه أو بني مقبرة فاذن لقوم فدفعوا فيها لم يزل ملكه حتى يقفه لفظا على ما بيناه فيما مضى . وقال قوم : يزول ملكه إذا اذن وصلوا فيه ودفعوا في المقبرة والأول أصح» انتهى والغير 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 ميزانا يتميز بجرأة عن غيره .

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

عدم ترتيب الأثر المقصود من المعاطاة عليها ، غير ان 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 والاخبار الخاصة بتلك المعاملة الشاملة بإطلاقها 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 الإيقاعات ، فمنها ما لا يصدق الاسم على المعاطاة منه كالطلاق والظهور واللعان والإيلاء والعتق ونحو ذلك مما يختص الاسم بما وقع منه بالصيغة الخاصة ضرورة أن إخراج الزوجة من الدار مثلا بقصد البينونة وإطلاق العبد عن الخدمة بقصد العتق لا يسمى طلاقا ولا عتقا ، وهذا النحو منها مما لا شك في اعتبار الصيغة في صحته وعدم ترتيب الأثر على المعاطاة منه.

ومنها ما يشبه العقود كالأوقاف العامة والوصية للجهة العامة كبناء المساجد وتعمير المشاهد والقنطر والمدارس والخانات والرباطات وما يعين لها ويوضع فيها كالحصار والبواري للمساجد وفرش المشاهد وما يعلق فيها من المعلقات للزينة أو التعظيم بل وما يدخل لها من الجواهر الثمينة والأموال النفيسة مما يصنع لحفظها خزانة خاصة فقد يقال : يصدق الوقف على ما كان منها بالفعل وإن تحررت عن الصيغة ، بل ادعى قيام السيرة عليه بل تحققتها مما يشهد به الوجدان وإنكاره مكابرة ومقتضاه تأثير المعاطاة فيه صحة وخروجه عن حكم الأصل المزبور بالسيرة القطعية التي قد عرفت أنها العمدة في أدلة صحة المعاطاة ، مضافا إلى إطلاقات أدلة الوقف بعد صدق الاسم عليه ، ولكن قد يشكل مع ذلك بمعارضة السيرة لظهور الإجماعات المحكية المعتمدة بدعوى غير واحد الوفاق والإبطاق على اعتبار الصيغة في الوقف ، وأنه

لا يصح بالفعل فالسيرة موهونة بذلك منبعثة عن عدم المبالغة والإطلاقات مقيدة به .
ودعوى وهن الإجماع بالسيرة موهونة باشتراط حجيتها بعدم الردع ومن المحتمل
الاكتفاء بذلك ردعا في المقام ، ولكن حمل الناس من العوام والخواص من التصرفات
المترتبة على الوقف على التسامح مما يقطع بعدهه .
والسيرة الكاشفة محققة ، إلا ان المنكشف بها يدور بين أحد وجوه ثلاثة : البقاء على
الملك للأصل مع الإباحة المالكية للجهة الخاصة . كما عليه جماعة . أو التمليك لها . كما
تقدمة في عبارة الدروس . أو الوقف . كما هو الحكيم عن المسوط ، والمحتمل من الذكرى
واختاره الأرديلي وبعض المعاصرين في (عنوانيه) فالمكتشف بها أعم من الوقف والعام لا
يدل على الخاص بخصوصه .

إلا أن الوجوه المذكورة كلها مخدوشة :

أما الأول فلاستلزماته التوقف عن التصرف مع الشك في الاذن من الملك سيما مع
انتقال العين إلى الوارث المحتمل فيه مع ذلك الصغر والجنون وغير ذلك من الأسباب المانعة
عن التصرف مع عدم الالتزام به قطعا ، اللهم إلا أن يتلزم بنزوم الإباحة مطلقا لعموم ما دل
على عدم جواز الرجوع فيما أريد به وجه الله .

وأما الثاني ، وبعد تصحيح الملك للجهة بإرادة الملك للمسلمين أو طائفة منهم وإن
تعين صرفه في الجهة الخاصة موقوف على السبب الملك المفقود في المقام اللهم إلا أن يكون
من المبة لهم بالمعاطاة ان قلنا بجريانها فيها .

هذا ويمكن ان يوجه الحكم بالوقفية عند صدور الفعل في أمثال المقام بدعوى ثبوت
الوقف بالفعل الظاهر فيه تقديمها للظاهر على 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.

وبالجملة هذه الأفعال وان لم تعتبرها سببا للوقف كالعقد ولكن تعتبرها كاشفة عن ثبوته وتحققه كالمبنية والإقرار والسيرة دليل على حجية الفعل من باب الكاشفية دون السبيبة ، وحييند فلم يبق تحت حكم الأصل إلا ما علم علما قطعيا بعدم إجراء الصيغة فيه وهو فرض نادر نمنع قيام السيرة عليه وهذا الوجه لم يحد من تنبه له وهو حسن متين.

واما الشفعة ، فالظاهر جريان المعاطاة فيها ويمثل الشفيع بمجرد دفع الثمن إلى المشتري وأخذ المبيع منه فيبع الشريك للأجنبي سبب شرعي لتحقق حق الشفعة للشفيع ، وبالدفع والأخذ يملكه لأنه يصدق عليه بذلك انه شفع فيما هو حقه فتشمله إطلاقات أدلة الشفعة مع قيام السيرة عليه أيضا ولو أنها بالمعاطاة مع كون حكمها الجواز مستفاد من كون الحق ثابتا له بالقهر على المشتري المناسب معه للزوم لا التوقف على رضاه ، ولعل مثلها أيضا في جريان المعاطاة الإقالة والفسخ بدفع العوض وأخذ المعرض مع قصد أحدهما للصدق العرفي مع دعوى السيرة عليه أيضا ، ويؤيده ما قيل من ان تعريض المبيع للبيع مسقط للخيار.

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

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

في إيجابه وقبوله.

وأما جريانها في الإسقاط والإبراء ففيه تأمل بل منع للشك في السقوط والبراءة بمجرد الفعل الكاشف عن المقصود للشك في صدق الاسم عليه مع الشك في تحقق السيرة عليه أيضاً فيقيى تحت حكم الأصل من الفساد مع استصحاب شغل الذمة.

وأما الكلام في العقود :

فمنها ما لا يتحقق موضوع المعاطاة فيه لعدم القبض والإقباض و الفعل المقصود به إنشاء التمليلك فيه كالضمان والكفالة والحواله بل لا نصرف فيها حتى يقال بنحو الإباحة أو التمليلك ، ومثل ذلك لا إشكال في خروجه عن محل الكلام ، واما غيره : فاما ان يكون من العقود المجانية أو المعاوضة ، والأول : اما ان يكون من العقود التمليلكية 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 الاذن فيجوز التصرف فيه ، بل ويترتب الأثر المتعلق على عناوينها الخاصة كنفوذ تصرف الوكيل قبل العلم بالعزل على الموكيل لتحقق المسمى المتعلق عليه الحكم بالأفعال كما يتحقق بالألفاظ ، فتشمله إطلاقات اخبارها الخاصة ، مضافاً إلى قيام السيرة القطعية على معاطتها نعم لو لم نقل بتحقق المسمى بالعناوين الخاصة بالأفعال في ذلك ، اقتصر في ترتب الآثار على ما يتوقف على مجرد الاذن المستفاد بشاهد الحال دون ما يتوقف على تتحقق العنوان الخاص.

واما العقود التمليلكية فمنها ما تجري المعاطاة فيه بل الغالب وقوعه بها كالصدقة والهدية والهبة الغير المغوضة ، ضرورة أن المتعارف بين الناس قد يها وحديثا خلفا عن سلف التصدق بالأفعال والتهادي بينهم بالإرسال إلى البلدان ومن مكان الى مكان على أيدي المالك والصبيان وترتب آثار

الملكية على تلك الأعيان ، والاقتصار على الصحة في بعض التصرفات دون بعض يكذبه الوجدان ، (فما) عن بعض : من إفادة المدية المجردة عن الصيغة الإباحة دون التملك فلا يجوز وطء الأمة المهدأة كذلك ، ومثلها الهبة في ذلك (ضعيف) جداً محجوج بالسيرة القطعية الكاشفة عن تقرير الحجة ، وإن قلنا باللزم فيما كان منها موضعاً بالقرية كالصدقة مع وقوعها بالمعاطاة لعموم ما دل على عدم الرجوع فيما أريد به وجه الله ومنها ما يشك في جريان المعاطة فيه كالوقف الخاص والتحبس والسكنى والعمري والرقي ، للشك في صدق الاسم عليه بمجرد الفعل مع عدم معلومية السيرة عليه بل يمكن دعوى السيرة على عدمه فيبقى تحت حكم أصالة الفساد.

واما عقود المعاوضات وما يشبهها كالنکاح فنقول : اما النکاح ، فلا شك في عدم جريان المعاطة فيه . ويدل عليه . بعد أصالة الفساد في المعاملات وأصالة الحرمة في الفروج والإجماع بقسميه على اعتبار الصيغة فيه ومنافاة حكم المعاطة من الجواز لللزم علة النکاح التي لا تنقطع إلا بسبب خصوص كالطلاق ولزوم عدم تحقق الزنا إلا في مورد الإكراه مع كون الغالب أو الأغلب وقوعه مع التراضي من الطرفين . عدم تعقل سببية المعاطة للحل في النکاح لأن المعاطة إنما تكون سبباً لصحة ما يتربّ عليها من الملك أو التصرفات وجوائز التصرف أو الملك متأخر في التتحقق عن مرتبة السبب ، وحيثئذ فال فعل وهو الوظي المقصد به الخلية هو أيضاً محتاج إلى سبب محلل له ، فإن كان هو بنفسه سبباً لخلية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة ، مع امتناع كون الشيء مؤثراً في نفسه وإن كان هو التمكين فلا يصدق عليه اسم النکاح حتى يكون مشمولاً لإطلاقات اخباره وبذلك ظهر لك خروج معاطة النکاح عما ذكرنا ميزاناً لصحة المعاطة من صدق اسم المعاملة المقصودة على معاطتها لأن المشهور

على ما قيل : ان النكاح حقيقة في العقد فلا تدخل المعاطاة في مسماه بل ولو قلنا بالاشتراك بينه وبين الوطء كان مجملا لم يصح معه التمسك بالإطلاقات على معطاته أيضا بل لا يصح التمسك بها وان قلنا بكونه حقيقة في الوطء لما عرفت من ان الوطء الأول متوقف على سبب محلل له والتمكين وسائر المقدمات الفعلية لا يصدق عليه النكاح على جميع الأقوال حتى يكون مشمولا بإطلاقات اخباره.

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

(١) المناط في إمكان إنشاء المعاملة بالفعل : كون الفعل الخارجي مصداقا عرفيأ لتلك المعاملة المنشأة به بحيث يتحمل عليه بالحمل الشائع الصناعي عنوان تلك المعاملة ، ولا اثر لمجرد قصد عنوانها بالفعل إذا لم يكن ذلك مصداقا عرفيأ لها ، فإن الأفعال والأقوال في باب المعاملات آلات لإنشاء حقائقها ، والمنشأ إنما ينشأ بما هو آلة لإنشائه ، وان الإجارة تملك منفعة أو عمل بأجرة وتبدلها بما في عالم الإنشاء والاعتبار ، ففي مثل منافع الأموال يمكن إنشاء تملكها للمستأجر بتسلیطه على العين المستأجرة بقصد تملك منفعتها مدة معينة بأجرة مقررة ، فيتحقق إنشاء تملك المنفعة من المؤجر بدفع العين للمستأجر بذلك القصد ، ويتحقق تملك المستأجر لها بأحده العين منه بالقصد المذكور بناء على تحقق حكم المعاطاة بالإعطاء من جانب وأخذ الجانب الآخر فيحمل على الإعطاء والأحد المذكور عنوان الإيجار والاستئجار أو ذلك مع إعطاء الأجرة من الجانب الآخر ، بناء على عدم تتحققها بمجرد أخذ الجانب الثاني هذا في تملك منافع الأموال . واما تملك الأعمال فعمل المملوك إنسانا كان أو حيوانا الكلام فيه هو الكلام في منافع الأموال ، فإنه منها فيتحقق التملك والتملك والإيجار والاستئجار بدفع المملوك وأخذه بقصد

حكم الأصل في المعاملات من الفساد . كما عرفت من الميزان المتقدم على على صحتها . وحيثند يملك الأجرة بتسلیم العين للمستأجر لأن قبضها قبض لمنفعتها عرفا ملكا متزلزا ان تعلقت الإجارة بالأعيان لتمليك منافعها .

تمليك عمله ومنفعته وتملکها في المدة المعينة بالأجرة المعينة أو ذلك مع دفع الأجرة من المستأجر . وأما عمل الحر فإمكان تحقق إنشاء تملكه وإيجار الحر نفسه للعمل بالفعل مشكل فإنه قبل إيجاده لم يتحقق من العامل سوى قصد وأقدام على العمل ، وبعد وجوده وتحققه في الخارج لا معنى لكونه ملوكا للمستأجر على الأجر وحال الاشتغال به اما هو تحت سلطان موجده فلا وجه لكونه تحت سلطنة الغير والحاصل ان الملكية جدة اعتبارية واضافة بين المالك والمملوك حاصلة بأسبابها ومن أسبابها الإجارة ، ولا إشكال في إمكان إنشائها بالعقد المشتمل على الإيجاب من المؤجر والقبول من المستأجر سواء كان متعلقها منفعة مال أو عملا وأما إنشائهما بالمعاطة والفعل المقارن لقصد التملك والتبدل ، فالنسبة إلى منافع الأموال ، ومنها عمل المملوك يمكن ذلك بتسلیط المؤجر للمستأجر على العين المستأجرة والتسلط عليها من المستأجر ويكون ذلك تسليطا له على منافعها المتدرجة الوجود ، ويجعل عليه عنوان الإجارة بالحمل الشائع الصناعي ، وتشمله أدلةها ، 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 منافعه بحسبه وغضبه ، فصحة وقوع الإجارة المعاطاتية بالنسبة إليه وإمكان تحقق مصدق خارجي فعلي يحمل عليه عنوان الإجارة لتشمله أدلةها ، وثبتت له أحکامها مشكل ، فانا لا نتصور فعلا خارجيا يمكن أن يكون سببا لتمليك عمل الحر للغير وآلته لإنشائه ، والعمل الصادر منه لا يمكن أن يكون سببا لتمليك نفسه لاعتبار المغایرة بين السبب والسبب

وان تعلقت بالأعمال فإنما يملك الأجرة بعد تمام العمل إذ لا قبض قبله ولا تسليم إلا في عمل الملوك بعد قبضه بخلاف الإجارة العقدية المتعلقة بالأعمال فإنما تملك بالعقد وان كان لا يستحق المطالبة إلا بعد العمل. ويحتمل ان يملك المستأجر العمل على المؤجر بالمعاطة لو دفع الأجرة قبل العمل بناء على تحقق المعاطة بالدفع من جانب واحد لحصول المعاطة بينهما بالقبض والإقباض له.

نعم لو فرض ان ما يملكه المستأجر للحر بإزاء الأجرة نتيجة عمله وما يترب عليه من الأثر كمخيطية الشوب . مثلا . أمكن أن يقال : ان العمل الصادر من الأجير سبب وحصل له ، لكنه بعيد فإن المستأجر عليه نفس العمل لا أثره التوليدي ، فتحقق عنوان الإجارة بالمعاطة في عمل الحر غير واضح وان وجهه بعض سادتنا المعاصرين طاب ثراه في تعليقته على (العروة الوثقى) في (كتاب الإجارة) قال (وه) : «لكن المعرض فيها وهو العمل أو المنفعة لما كان متدرج الوجود كان إيجابها من المؤجر بإعطاء بعضه إنشاء لما تساوما عليه من المعاملة على الكل كما قد يتفق نظيره في البيع أيضا فيكون في المتقدمة بالزمان بتسلیم العین في أوله قصدا إلى إجارتها في جميعه» انتهى.

ولكن يمكن أن يقال : إن منشأ الاشكال ان السبب الملك والآلية التي ينشأ بها ملكية الغير للمنفعة أو العمل لا بد من كونه مغايرا لسببه وما أنشأ به ، فالإجارة المنشأة بالعقد المشتمل على الإيجاب من المؤجر والقبول من المستأجر السبب المنشأ به تملك المنفعة أو العمل هو العقد فيملك المستأجر المنفعة المتدرجة بحسب الزمان أو العمل المتدرج الوجود من العامل بالإيجاب والقبول الصادرين من المؤجر والمستأجر وأما المعاطة من الإجارة فالسبب الملك لمنافع الأموال تسليط المؤجر للمستأجر على العين المستأجرة وتسلیمه إليها بقصد تملكه منفعتها مدة الإجارة فيصدق الإيجار والاستئجار ، بدفع العين للمستأجر بقصد تملك منفعتها في المدة

وبالجملة فالمعاطاة حارية 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 ارادة المسمى من الأجرة يجعل الالف واللام للعهد دون الجنس نعم قد تكرر في كلام بعض دعوى الإجماع على اعتبار الصيغة في العقود الازمة ، وهو . مع كونه ممنوعا من أصله وموهونا بذهب جمّ غير على صحة المعاطاة في أغلبها محمول على ارادة اعتبارها في النزوم دون الصحة.

هذا ويحتمل عندي قريبا ان 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 المقاولة وأخذ المستأجر لها بقصد تملك المنفعة على ما قرر ويحمل على هذا الإعطاء والأخذ بالقصد المذكور عنوان الإجارة وتشمله أدتها.

وأما عمل الحر وإيجاره نفسه له فلا نتصور فيه فعلا صادرا من العامل سوى نفس عمله الخارجي ولا يمكن أن يكون هو السبب في تمليكه للغير والآلة لإنشائه لاعتبار المعايرة بين السبب والسبب وآلية الإنشاء وما أنشأ بما وبعبارة أخرى : إن عمل الحر قبل وجوده وتحققه مملوك له وتحت سلطانه وبعد تتحققه من العامل في الخارج ينعدم ، ولا محصل لملكية الغير له. نعم ربما تبقى لبعض الأعمال بعد تتحققها آثار يملكتها المستأجر تتبع ملكيته للعمل وتكون هي المناطق ماليته كالخياطة والنحارة والصياغة وأمثالها ، وذلك لا يقتضي كون تلك الآثار هي المتعلقة بإجارة الأجير والعمل سبب لتحققتها.

فما يقوله سيدنا المعاصر . قدس سره . «.. كان إيجارها من المؤجر بإعطاء بعضه إنشاء لما تساوما عليه من المعاملة على الكل ، غير واضح .

من قبيل الجعالة لا من باب الإجارة.

وأما ما احتمله سيدنا الحال . 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 والإقباض له» انتهى .
 فإنه مشكل أيضا ، فانا وان قرينا تحقق عنوان المعاوضة والمعاطاة بالقبض والإقباض من جانب واحد بقصد التمليل والتملك بالعوض ولكن حيث يكون التسلط والتسلط الخارجي على العوض . واما ما كان منه بالنسبة إلى العوض كالأجرة والثمن في الإجارة والبيع ، فصدق عنوان الإجارة بتسليم الأجرة من المستأجر وتسلمهما من المؤجر مشكل غایته . وكذا تتحقق عنوان البيع بتسليم الثمن وتسلمه ، إذ ليس معنى تتحقق عنوان المعاملة بالفعل تتحققها بكل فعل خارجي ما لم يصدق عليه عناوينا عرفا وما يتحقق بدفع الأجرة وأخذها عنوان التسلط والتسلط عليها لا عنوان الإيجار والاستيغار ومتلك المنفعة أو العمل وتملكتها الذي هو حقيقة الإجارة والفرق بين تسليم العوض وتسلمه حيث ذكرنا إمكان تحقق عنوان البيع أو الإجارة به ، وبين تسليم الثمن أو الأجرة وتسلمهما : هو ان ما ينشأه البائع تملك المبيع للمشتري بعوضه وما ينشأه المشتري تملك ذلك به وقبول ما أنشأه البائع ومطاوعته عليه باشتراكه ، وكذا بالنسبة إلى الإجارة فإن المؤجر ينشأ تملكه المنفعة للمستأجر بالأجرة والمستأجر يتملكتها بقبوله ومطاوعته لما أنشأه المؤجر فحقيقة إنشاء البائع أو المؤجر تملك العين أو منفعتها بالثمن أو الأجرة ومرجع ذلك التسلط المطلق على العين أو المنفعة ، وان شاءت فقل : ذلك اثر 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

ومطاعوتهما على ما أنشأه من تملك العين بالعوض أو المنفعة بالأجرة ، وعليه فالمالك للعين إذا دفعها لغيره قاصداً بدفعه تملكها له أو تملك منفعتها مدة معينة بعوض معين تساوياً وتقاولاً عليه قبل الدفع وأخذها طرفه قاصداً تملك العين أو المنفعة المعينة بما تساوا من العوض ، ينطبق على فعلهما الخارجي الإقباض بقصد التملك للعين أو المنفعة والقبض بقصد التملك عنوان البيع والشراء أو الإيجار والاستئجار . وأما صدق عنوان الشراء بمجرد دفع المشترى الثمن مالك العين وبقائه له من غير تسلیط منه لها بقصد تملكها بالثمن فإنه مشكل غایة الاشكال . ومثله صدق عنوان الاستئجار بمجرد اقپاض الأجرة مالك العين وبقائهما على ما احتمله سيدنا . قدس سره . فإن الشراء أو الاستئجار إنما يتحقق بإنشاء تملك العين أو المنفعة بالعوض عقيباً لإنشاء تملكهما به فإنه مفهوم مطاعوي فعليته بتأخره عن إنشاء التملك . وسيأتي من سيدنا . قدس سره . في مقام بيان كفاية تحقق الإعطاء من جانب واحد قوله : «وفي صدق إنشاء تملك المثمن بقبض الثمن تأمل ولعل الوجдан يشهد بخلافه» انتهى .

نعم ما احتمله أخيراً وقربه بقوله : «ويحتمل عندي قريباً 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 مضموناً عليه ، فيكون أخذ العوض من قبيل الجعلة لا من باب الإجارة ...». إلى آخر كلامه . تقرير موجه . وتوضيحة : إن كل من استوفى من غيره مالاً أو عملاً محتاماً بأمر معاملي ولم يقصد المأمور التبرع والجانبية بما بذله لأمر الآخر له بل قصد استحقاق عوض ما بذله على الآخر به فإنه يستحق عوض ما بذله لأمره سواء

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

عينه له كأن قال له : أعتق عبdk عنى أو تصدق بمالك عنى ، أو أمره بحمل متاعه الى مكان كذا أو خياطة ثوبه مثلا ونحو ذلك من الأموال والأعمال المختومة المبذولة لأمره ، بل لو أمره بإلقاء متاعه في البحر حيث يكون في ذلك غرض عقلائي فإنه يستحق على الأمر ما عينه له من العوض ولو لم يعين له . بان قال له : وعلى ضمان ذلك ، فإنه يستحق قيمة المال المستوفى أو مثله أو اجرة مثل العمل بضمانه لما بذلك بل بمجرد استجابة المأمور لأمر الأمر غير قاصل للتبريع والمجانية بما بذلك لأمره وإن لم يصرح الأمر بضمانه له فإنه يستحق عليه المثل أو القيمة أو اجرة مثل العمل بحسب اختلاف ما استوفاه من كونه مثليا أو قيميا أو عملا محترما . نعم مع تصريح الأمر بالتبريع والمجانية . فيما طلبه من المأمور أو كان في طلبه قرينة على ذلك ، لا أثر لقصد المأمور عدم المجانية والتبريع . ثم ان الضابط فيما يصح استيفاؤه ، بالأمر المعاملني : هو كل ما يصح التبريع به من الغير ، فأمر الأمر إنما يكون مصححا لرجوع المأمور عليه بما ضمنه له مع عدم تبرعه وبذلك بجاننا كما انه لا تشغله ذمة الأمر بالعوض إلا بعد الاستيفاء وحصول المطلوب من المأمور فإن الأمر المعاملني مقتضاه الرجوع عليه بما يخسره للمضمون له ويؤديه ومن هنا في الضمان العقدى لو رضي المضمون له من الضامن بأقل مما في ذمة المضمون عنه لا يرجع عليه الا بمقدار ما أداه اليه .

والذى يظهر من سيدنا : جعل باب الاستيفاء بالأمر المعاملني على إطلاقه من قبيل الجمالة حيث يقول : « وهو من الأسباب الموجبة للضمان شبه الجمالة بل هو منها . الى ان يقول . : ولعل منه غرامة ثمن العبد في نحو : أعتق عبdk عنى ، لأن العتق من المالك بقصد وقوعه للأمر باستدعايه

من الغير لنفسه فلا يتحقق العمل له إلا بتحقق الأمرين ، وهو محترم غير مبذول بنحو المجانية ، ولذا التزام بالأجر من لم يقل بمحرمان المعاطة 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 متبرعاً وكان الضمان بأمره. بل ولعل منه أيضاً غرامة ثمن العبد في نحو أعتق عبده عنني ، لأن العتق من المالك بقصد وقوعه للأمر باستدعائه لنفسه عمل متمول باعتبار متعلقة محترم مبذول لا بنحو المجانية فغرامة مالية عمل العتق

لنفسه عمل متمول باعتبار متعلقة : «مبذول لا بنحو المجانية فغرامة مالية عمل العتق بقدر مالية العتق إلى قوله بل يمكن أن يقال : من هذا الباب أيضاً غرامة المتعاقب فيما لو قال : ألق متعاقب في البحر وعلى ضمانه ، فإن عمل الإلقاء المتمول باعتبار الملقي محترم مبذول للأمر باستدعائه لنفسه مضمون عليه بأجرته المساوية لقيمة المتعاقب» انتهى .

وحيث ان سيدنا . قدس سره . جعل باب الاستيفاء بالأمر المعامل على إطلاقه من قبيل الجعالة ولو كان المستوفى عيناً متمولة وحقيقة الجعالة بذل المال على المحترم من الأعمال التجأ إلى جعل مثل : أعتق عبده عنني وألق متعاقب في البحر ، من باب بذل الجعل على عمل محترم باعتبار متعلقة وهو العتق أو المتعاقب . مثلاً . ولعله يتلزم بذلك في مثل أداء ديني وتصدق بمالك عنني وعلى ضمانه ، ونحو ذلك مما كان المستوفى بالأمر المعامل مالا محترماً . والالتزام بذلك في غاية الإشكال ، فإن الإجارة على العمل كاجعالة عليه قد تستوجب بذل شيء من مال الأجير أو العامل ، ولكن حيث لم يكن ذلك قوام مالية العمل ومناط بذل الأجرا له والجعل عليه ، فلا يصح اجارة الشخص نفسه لعتق عبده عن المستأجر أو إلقاء ماله في البحر فيما لو كان الملقي مناط مالية الإلقاء وقوامه وما كان من قبيل ذلك ، والجعالة

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

على العمل كالاستئجار عليه في اعتبار كون العمل بنفسه له مالية واحترام هذا مضافا إلى اعتبار جماعة في مال الجعالة تعينه جنسا ونوعا وقدرا كمال الإجارة والمضمون فيما يستوفي بالأمر المعاملي غالبا لم يتغير كذلك والحاصل جعل باب الاستئفاء بالأمر المعاملي من قبيل الجعالة على إطلاقه لا يتم . واما إمكان جعل مثل الق متعاك في البحر وعلى ضمانه ، من باب الضمان لولا تضمنه التعليق على الشرط . وهو الإلقاء 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 ان يقال : لا ملزم لجعل باب الاستئفاء بالأمر المعاملي مطلقا من قبيل الجعالة على الأعمال حتى يتتكلف له بما لا يخلو عن اشكال : من عد مثل : أعتقد عبديك عنى ، وتصدق بمالك عنى ، ونحو ذلك مما كان المستوفى للأمر من المأمور مالا مخترما ، وجعل ذلك من قبيل الأعمال المتمولة باعتبار قيمة متعلقتها كما يقوله سيدنا ، ولا لاحتمال كون مثل : الق متعاك في البحر وعلى ضمانه من باب الضمان لولا مانعية التعليق . ثم التأمل في ذلك بما ذكر وجده في الحاشية ، فلم لا نقول : انه على إطلاقه معاملة مستقلة لا ينبغي التأمل في مشروعيتها طفافا الآمر والمأمور وانما من قسم المعاوضات وان استبعده سيدنا . قدس سره . عوضاها ما بذلك المأمور من ماله أو عمله لأمر الآمر ، وما ضمنه له الآمر من عوض على ما بذلك لأمره ، وأنما مشمولة لعموم آية : «التجارة عن تراض» فالضمان

مع فرض عدم النيابة عنه؟ اللهم إلا أن يرجع إليها ولو بنوع من التكليف.

بل يمكن أن يقال من هذا الباب أيضا غرامة المتعاقب فيما لو قال : ألق متعاقب في البحر وعلى ضمانه ، فإن عمل الإلقاء المتمول باعتبار الملكى محترم مبذول للأمر باستدعائه لنفسه مضمون عليه بأجرته المساوية لقيمة المتعاقب ويشهد لذلك ما في (الجواهر) عن محكى (التذكرة) في هذا الفرع ، حيث قال : « ولو قلنا انه جحالة خلصنا من الإلزام» انتهى ، وعليه فالضمان بالقيمة وإن كان المتعاقب مثليا ولو لا تضمنه التعليق على الشرط ، وهو الإلقاء

يكسب من المأمور ما استوفاه من المال أو العمل بدلاً عما يضمه له من الغرامة ، والمضمون له يكسب ما ضمه الضامن له وتعهد به من الخسارة فإن الضمان ربما يكون حكماً شرعاً ناشئاً عن سببه المقتضي له من غصب مال الغير أو إتلافه أو قبضه بالسوء ونحو ذلك من أسباب كون المال في عهدة الضامن شرعاً يلزمها خسارته وغرامته مالكه ، وفي مثله لا يدخل شيء في ملك الضامن قبل ما يخسره للمضمون له من الغرامة. وقد يكون الضمان اختيارياً من الضامن وتعهداً منه بمعنى المصدري بدفع غرامة للمضمون له بدل ما يستوفي منه من مال أو عمل محترم ، وفي مثله يكون التعهد المذكور من الضامن واستدعائه من المضمون له بدل ماله أو عمله له وفي سبيله واستجابة المضمون له لما استدعاه الضامن منه غير قاصد التبرع بما بذله له وفرض إمضاء الشارع لذلك وكونه مشمولاً لآية «التجارة عن تراض» مقتضايا لدخول ما استوفاه منه في ملكه عوضاً عما ضمه له من بذله ، ولا حاجة إلى قصد المضمون له إدخاله في ملكه بعد ما كان طبع المعاملة المذكورة يقتضي ذلك فان ما تعهد به الضامن للمضمون له من العوض لما لم يكن بعنوان التبرع والمحاجة بل بإزاره ما استوفاه من ماله أو عمله ، فلا ملزم للقصد المذكور حتى يقول سيدنا . قدس سره . في مثل : أعتقد

المنافي للتجز المعتبر في صحة الضمان ، لقلنا به من باب الضمان لا من باب الجعالة وليس المانع عنه إلا ذلك ، لا ما قيل : انه من ضمان ما لم يجب نظرا الى أن ضمان الأعيان معناه ضمان ما تشغله بعد التلف وهو غير متحقق حين الضمان ومقتضاه البطلان إلا أن صحته في المقام بالإجماع المستفيض بل في (الخلاف) دعوى إجماع الأمة عليه عدل الشوري 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 الشيء في عهدة الضمان ، غير أن التعهد ان 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 شأن من شئونه مندرج في التدارك الذي هو معنى كون العين في العهدة ، فالمضمون

عبدك عني : «فلا يحتاج في صحته عنه الى تكفل دعوى تضمن ذلك الرخصة في إدخاله في ملكه والوكالة عنه في عتقه لعدم القصد إلى شيء من ذلك بالوجдан» انتهى .
وعليه ففي مثل : أعتق عبدك عني وعلى ضمانه باستجابة المالك لما استدعاه الأمر يدخل العبد في ملك الأمر ملكية آنية استطرافية ثم ينعقد عنده فولاؤه له وكذا مثل أد ديني وعلى ضمانه يدخل المال المؤدى به الدين في ملك الأمر ثم يتحقق به وفاء الدين ، وكذا كل مال استوفى من مالكه بالأمر المعاملني بل وكذا مثل : الق متعاك في البحر وعلى ضمانه ، مع فرض صحته وتوقف التجاة من الغرق على الإنقاء يدخل المتعاق في ملك الضامن له بإلقائه ويختلف منه كل ذلك لاقضاء نفس الاستيفاء بالأمر المعاملني وكون الضمان معاوضيا ذلك ، ولا ارى وجها لاستبعاد سيدنا . قدس سره . له سوى ما ذكره من عدم القصد إلى شيء من ذلك بالوجдан وحيث ان الضمان اختياري

هو العين وهو متحقق عند الضمان. نعم لو ضمن العين حين عدمها كان من ضمان ما لم يجحب ، ومقتضى الوجه المذكور هو الضمان مطلقاً مع الخوف وعدمه دون التفصيل بينهما كما تقدم فتأمل^(١) الى غير ذلك من الموارد التي يستحق بالعمل له العوض المعين عليه ان كان من الجعالة ، وإلا فأجرة المثل.

وكون استيفاء الأموال والأعمال بالأمر يقتضي وقوع ما استدعاه الأمر من المأمور في ملكه فلا حاجة الى قصد ذلك. نعم يبقى شيء وهو ان المعاملة المذكورة بناء على كونها على إطلاعها من المعاوضات غالباً لم يتعين فيها العوض المضمن له عند المعاملة فتدخل بذلك في المعاملات الغريرية المنهي عنها. ويع肯 ان يقال : ان دليل النهي عن الغرر ليس من العمومات الآتية عن التخصيص ، وبناء على تسامم الأصحاب على صحة المعاملة المذكورة وعدم استشكال أحد فيها من ناحية الغرر ، يمكن تخصيص دليل النهي عن الغرر بالإجماع الثابت على صحتها . مطلقاً.

هذا بناء على أن الوارد عن النبي (ص) : هو النهي عن مطلق المعاملة الغريرية . بينما كانت أم غيره . وأما بناء على كون الوارد عنه (ص) النهي عن بيع الغرر . كما يظهر ذلك من كثير من ذكر النبوى المذكور . فالامر أوضح . فتدبر .

(١) وجه التأمل ان ما ذكر ان تم فإنما يتم حيث ما يتحقق القبض ليدخل به المقبوض في العهدة واما مع عدمه فلا ضمان إلا في خصوص المورد لدليله المخرج له عن القاعدة الموجبة لقصر الحكم فيه على صورة الخوف اللهم إلا أن ينزل عبارة الأمر على القبض عنه ثم الإلقاء بعده فيكون الإلقاء عنه بعد القبض كذلك الا انه احتمال بعيد جداً كاحتمال كونه من المعاوضة بدلله فيكون من قسم المعاوضات وان خرج عن القواعد لدليله الخاص .

وأما ما ذكره (في جامع المقاصد) و (المسالك) في الفرع المتقدم من أنه لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يستحق اجرة كما في الأول أو شيئاً كما في الثاني ، ففيه ان الإجارة الفاسدة مضمونة أيضاً ، لأن صحيحتها مضمون وما يضمن بصحبته يضمن بفاسدته.

وأما الجحالة فجريان المعاطاة فيها أولى من جريانها في الإجارة لتوسعها وعدم اندرجها في العقود الالزمة التي ادعى الإجماع على اعتبار الصيغة الخاصة فيها مع قيام السيرة عليها.

وأما الرهن فلا مانع من جريان المعاطاة فيه بعد الصدق العربي وقيام السيرة عليه^(١)

الا ما قيل من منافاة حكم المعاطاة : من جواز الفسخ للتوثيق المأمور في قوام الرهن ولزومه النقض للغرض. ويدفعه عدم انحصر فائدته بالوثوق : من خوف الرجوع حتى يكون الرهن بالمعاطاة لغواً ، بل

(١) الظاهر تسامم الأصحاب على كون الرهن لازماً من طرف الراهن ويظهر منهم أن اللزوم مقتضى حقيقته ، فإنه وثيقة على دين المرهن ولا وثيق مع قدرة الراهن على فسخ الرهن والرجوع بالعين المرهونة ، ومقتضى ذلك عدم صحة إنشائه إلا بالعقد المشتمل على الإيجاب والقبول ، فإنه الذي يجب على العقد الالتزام بمؤداه بمقتضى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْفُقُود» بخلاف ما لو أنشأ الرهن بالمعاطاة فإن غاية ما يتضمنه 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 ان يقال : ان 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 المرهن باستيفاء حقه منه مع قصوره عن ديون الراهن وعدم الضرب فيه مع الغرماء مع وثقه من الراهن بعدم رجوعه عنه وبيؤيد ذلك . بل يدل عليه . : ان اعتبار القبض فيه انا هو للوثيق مع عدم اعتبار استدامته بالإجماع مع انا نمنع كون اللزوم من قوام الرهن ، بل هو من فوائده وقد تقدم من العالمة في (التذكرة) مساواة الرهن للبيع في حرمان الخلاف في معاطاته.

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

والعجب من الكركي في المحكي عنه في صيغ العقود حيث فرق بين المعاطة في القرض وبينها في البيع بإفادتها الإباحة في الأول والملك في الثاني حيث قال في القرض : «.. لا يكفى الدفع على جهة القرض من غير لفظ في حصول الملك نعم يكون ذلك في القرض كالمعاطاة في البيع فيشمر

والبقاء على ما تعهد به له ، وآية «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» انا تلزم بالوفاء بالعقد باعتبار التعهد الالتزامي فيه المفقود في المعاملة المنشأة بالفعل . ولكن هذا غاية ما يقتضي الحكم بالجواز فيما أنشأ بالمعاطة من جهة القصور في المقتضي ، وهو الفعل المنشأ به المعاملة ، وقد يوجد فيما أنشأ بالفعل ما يقتضي لزومه ، وأنه إذا صح لزم وهو موجود في الرهن فان الاستئثار والتقطيم للمرهن بعدم ذهاب دينه الذي هو له على الراهن وإمكان استحصاله من العين المرهونة لا يحصل له مع جواز الفسخ ورجوع الراهن بالعين المرهونة .

وبالجملة فكون طبع المعاطة الجواز وعدم اللزوم لا ينافي وجود جهة تقتضي اللزوم في بعض ما أنشأ بها ، وقد سبق من سيدنا . قدس سره . القول باللزوم في الصدقة الواقعه بالمعاطة لعموم ما دل على عدم الرجوع فيما أريد به وجه الله تعالى .

اباحة التصرف ، فإذا تلفت العين وجوب العوض ، والذي ينساق اليه النظر أن المعاطاة في البيع تشمل ملكا متزلزا ، ويستقر بذهاب أحد العينين أو بعضها ومقتضى هذا أن النساء الحاصل في المبيع قبل تلف شيء من العينين يجب أن يكون للمشتري بخلاف الدفع للقرض ، فإنه لا يشمل إلا محض الاذن في التصرف وإياحته ، فيجب أن يكون نماء العين للمقرض لبقائهما 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 الإجماع عنده على اعتبار الصيغة في العقود اللاحمة التي منها القرض الظاهر في كونها معتبرة في الصحة دون اللزوم الموجب لجريان حكم العقد الفاسد على المجرد عنها وان كان بالمعاطاة غير انه في البيع يصرف الظهور في شرط الصحة إلى كونه شرطا في اللزوم بالإجماع على صحة المعاطاة في البيع وإفادتها الإباحة الشرعية المقصود بها عنده الملك المتزلزل ولا إجماع كذلك في غيره من العقود اللاحمة حتى يصرف ظهور اعتبار الصيغة في صحتها الى اعتبارها في اللزوم ، غير ان الإباحة المالكية في القرض مستفادة من شاهد الحال.

وفيه : ان الإجماع ليس منعقدا في كل عقد مستقل حتى يمكن صرف ظاهر بعض وإبقاء غيره على ظاهره ، بل هو معقد واحد لاعتبار الصيغة في الجميع وارادة شرطيتها للصحة في بعض واللزوم في بعض آخر أشبه باستعمال اللفظ الواحد في المعنين.

لا يقال : ان ما ذكرته من الوجه للفرق مع قطع النظر عما أوردته عليه مبني على كون القرض من العقود اللاحمة حتى يكون مندرجها تحت معقد الإجماع على اعتبار الصيغة فيها مع أن غير واحد من الأصحاب ذهب الى كونه من

العقود الجائزة ، بل ادعى الإجماع على كونه منها.

لأننا نقول : المراد بكونه من العقود الجائزة جواز المطالبة بالوفاء متى شاء ولو في المجلس وان كان مؤجلا ، وشرط التأجيل فيه غير ملزم إلا إذا كان في ضمن عقد لازم غيره. ويدل على ارادة ذلك من الجواز : ذهاب الأشهر . بل المشهور . الى عدم التزام المقترض له بإلزام المقرض له برجوع العين المقبوسة منه لو كانت باقية ، وليس ذلك إلا لتمليك 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 للمقترض ردها بنفسها لكونها أحد مصاديق الكلي الواجب عليه خيرا بين أفراده التي هي منها ، بل لعله اولى من غيره. (وتوهם) جواز امتناع المقرض عن قبولها بالخصوص لأنه بالقرض يستحق عليه المثل وليس العين منه لأن الشيء لا يكون ماثلا لنفسه بل هو هو لا مثله وان كان مثليا (توهם) فاسد لأن الثابت في الذمة هو الكلي المسمى باسمه كالدرهم والدينار والخنطة والشعير لا خصوص عنوان المثل بما هو الأقوى وقلنا التعبير به ، فلانطباق الكلي عليه. نعم لو قلنا بالقرض في القيميات كما هو الأقوى وقلنا بشبورة القيمة في الذمة من أول الأمر ، كان للمقرض الامتناع عن قبول العين لو ردها المقترض 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 فتحري فيهما المعاطاة أيضا لتحقيق الصدق العربي مع قيام السيرة عليها فيهما.

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

وقد عرفت أن المناط فيه دخوله في اسم المعاملة واندرجها تحت إطلاق اخبارها مع قيام السيرة عليها (ودعوى) كون المطلقات من حيث شمولها للمعاطاة مهملة أو منصرفه إلى غيرها من العقود القولية (ممنوعة) مردودة على مدعىها.

ومنها : انه هل يعتبر في المعاطاة الواردة مورد العقد ما يعتبر فيه وبعبارة أخرى : هل يشترط في المعاطاة كونها جامعة لشروط 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؟ اختللت كلاماتكم في ذلك ولنقدم ذكر جملة منها.

قال في (المسالك) : «فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاء الآخر بما يصير اليه من العوض المعين الجامع لشروط البيع غير اللفظ المخصوص لم يفد اللزوم» انتهى.

وقال في (الحدائق) : «المشهور بين القائلين بعدم لزوم بيع المعاطاة هو صحة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة وإنما تفيد اباحة تصرف كل منهما في ما صار اليه من العوض المعين من حيث أذن كل منهما للآخر في التصرف بتسلیطه على ما دفعه اليه إلا انه لا يفيد اللزوم ما دامت العين باقية بل لكل منهما الرجوع في ما دفعه للآخر ونقل عن العالمة في (النهاية) القول بفساد بيع المعاطاة وانه لا يجوز لكل منهما التصرف فيما صار اليه» انتهى.

ومقابل المشهور في كلامه ما نقله عن العالمة.

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 أحكم الشفعة والخيار والسلم وبيع الحيوان والثمار وجميع شرائطه سوى الصيغة ولم يقم على ذلك شاهد معتبر من كتاب أو سنة أو إجماع والأقوى أنها قسم آخر منزلة الصلح والعقود الجائزه يلزم فيها ما يلزم فيها فتصح المعاطة على المشاهد من مكيل أو موزون من غير اعتبار مكيال أو ميزان وبنحو ذلك جرت عادة المسلمين» انتهى.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تقييم المسألة لا بد فيه من الكلام على كل من القولين في موضوع المعاطة من قصدهما الإباحة المعيشية بالإباحة ، أو كان من قصدهما التمليلك. وعلى الثاني ، فالكلام مرة بناء على إفادتها الإباحة ، واخرى بناء على الملك المتزلزل ، وعلى الثاني فتارة بناء على كونها بيعا في مورد البيع واجارة في مورد الإجارة وهكذا ، واخرى بناء على أنها سبب مستقل يفيد مفاد العقد الوارد مورده :

فنقول : اما على القول بأن موضوعها الإباحة المعيشية . كما ذهب اليه شيخنا في (الجواهر) . فالمرجع فيه هو ما دل على صحة هذه المعاوضة : فإن استدل عليها بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» فمقتضاه عدم اعتبار ما شك في اعتباره فيه ، وإن استدل عليها بالسيرة أو الإجماع ، فينعكس الأمر لأن المتيقن منها هو ما كان جاما للشرائع . وكذا على القول بكون موضوعها ما إذا كان بقصد الملكية ، ولو قلنا بإفادتها الإباحة الشرعية . كما نسب إلى المشهور . فإنه القدر المتيقن من الإجماع المنقول على سببيتها 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 سببا خاصا .
أما على الأول فيعتبر فيها ما يعتبر في تلك المعاملة الواردة في موردها

من الأحكام والشرائع مطلقاً . ويحتمل . غير بعيد . التفصيل بين ما ثبت اعتباره بدليل لفظي أو بدليل لبى فيختص اعتباره في الثاني بالعقد اللفظي بناء على أن المتبرد عند الفقهاء والمتصرف إليه في لسانهم هو العقد اللفظي دون الفعلي والإجماع متتصيد من فتاويمهم ، فتأمل .

واما على الثاني وهو كونه سببا خاصا ، فلا يعتبر فيه إلا ما قام الدليل عليه من سيرة أو إجماع ولا يقاس بالعقد الواردة مورده فيماعتبر فيه لعدم اندرجها بالفرض في اسم المعاملة الخاصة وان وقع في موردها حتى يعتبر فيه ما يعتبر فيها والأصل يقتضي العدم في كل ما شك في اعتباره وهو ما لا ريب فيه ، وإنما الإشكال فيما يصلح أن يكون وجها للحكم بكوئها سببا مستقلأ يفيد الملك وليس إلا سببية اليد له بعد تسلیط المالك عليه كتملك المتناول لنثار العرس باليد لتسلیط المالك مطلقا كالنثار في الطرق والشوارع العامة أو جماعة مدعوين للتفرج والاستئناس بملكه من سبق منهم بالأخذ دون غيرهم ، فيكون التسلیط عاما فيهم وخاصة بالنسبة إلى غيرهم ، ويعبر عن الأول بالإعراض وعن الثاني بالتسلیط ، وان تضمن الاعراض بالنسبة إليهم أيضا ، وليس منه تقديم الطعام للضيف . كما توهمه بعض الفحول . إذ لا تسلیط فيه على الغير إلا بأكله ، فهو من إباحة الإتلاف بالأكل لا من التسلیط على التملك باليد .

وبالجملة كما ان اليد سبب حدوث الملك في المباحث الأصلية وما يحكمها من الاعراض العام بل ولو الخاص بعد صيغة المحل به قابلاً للتملك باليد ، فكذا تسلیط المالك شخصا خاصا على ماله يصيغه قابلاً لتملكه له باليد فالملك في المعاطة للبدلين معلول بليد المبتعثة عن تسلیط كل من المالكين لصاحبه على ماله بقصد التبديل بين المالكين ، والسيرة حجة عليه كاشفة عن إمضاء الشارع له ، والتعبير بالبيع فيما وقع التملك والتبدل

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

ومنها أيضا : انه يعتبر التقابض في ماهية المعاطاة فلا تتحقق المعاطاة مع كون كل من المالين ييد صاحبه ، وهذا مما لا كلام فيه ، وإنما الكلام في انه هل يعتبر فيها حدوث القبض وإن أكفيينا باستدامته فيما يعتبر فيه القبض كالرهن وغيرها ، أو يكفي فيها استدامته؟ الظاهر هو الأول ، وإن قلنا بعدم بقاء الأكون واحتياج الباقى إلى المؤثر فلو كان مال كل منهما ييد صاحبهأمانة ووقدت المعاملة بينهما بالمعاطة عليهما ، توقف تحقق موضوع المعاطاة على الرد وحدوث الإعطاء من الجانبيين أو من أحدهما على رأى.

ومنها : ان القدر المتيقن من المعاطاة في إفادتها الملك أو الإباحة هو حصول الإعطاء من الجانبيين ، فلو حصل من جانب واحد ففي لحقه بما حكما وعده ووجهان : مبنيان على القول بالملك أو الإباحة ودليلهما ، فعلى الشانى يشكل الحكم به لخوجه عمما ثبت بالإجماع إفادته الإباحة بخلافه على الأول لوجود ما دل على الملك فيه أيضا : من السيرة القطعية وصدق اسم المعاملة الخاصة عليه ، فيدخل في بيع النسية ما لو كان المعطى هو المبيع وفي بيع السلم ما لو كان المعطى هو الثمن ، ولم يقع لفظ المعاطاة في متن رواية أو معقد إجماع حتى يجب الجمود عليه ، بل في (مكاسب) شيخنا المرتضى . قدس سره . بعد ذكر نسبة القول باللحوق إلى ظاهر جماعة من متأخرى المتأخرین تبعا للدروس قال ما لفظه : «ولا ريب انه لا يصدق معنى المعاطاة لكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعليه فيكون اقباضاً أحد العوضين من ماله تمليكاً له بعوض أو مبيحاً له به وأنحد الآخر له تملكاً له بالعوض أو اباحة له بإزائه ، فلو كان المعطى

هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراء وأخذه بيعا للمثمن به فيحصل الإيجاب والقبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد» انتهى.

وفي قصد إنشاء تملك المثمن بقبض الثمن تأمل. ولعل الوجدان يشهد بخلافه. بل قد يدعي العقاد المعاطة بمجرد إيصال العوض وأخذ الموضع من غير توقف على إعطاء أصلا ، فضلا عن التعاطي ومثل لذلك شيخنا المتقدم في (المكاسب) بما تعارف منأخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك ، وكذا غير الماء من المحررات 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 المعاطية ، ولازمه . كما يظهر من غيره .
كون ما هو المتعارف بين الناس من وضع الحمام والدخول فيه داخلا في قسم الإجارة من عقود المعاوضات. وحيئذ ففي المقام وأمثاله مما استلزم من تعلق الإجارة به تلف العين كاستئجار 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 الإجماع عليه كما في محكي (التذكرة) وغيره ، ومقتضاه بطلان الإجارة في هذه الموارد مع ان صحتها في البعض مورد اتفاق النص والفتوى بل السيرة قائمة في الجميع وان منع بعض عن صحتها في البئر المستقلة كالعلامة وغيره. ولذا اعترف غير واحد بجريان الإجارة في أمثال ذلك على خلاف الأصل ، وقد تعرضوا لها في إجارة المرضعة المدلول عليها بنص الكتاب لقوله تعالى «**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أُجُورُهُنَّ**» بناء على ظهور الأجر في الإجارة كالثمن في البيع والجعل في الجعالة.

وحيث انحر الكلام الى هذا المقام ، فلا بأس بالإشارة الى ما يرفع به الاشكال .
قال العالمة 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 سوقت
تناول الأعيان ، انتهى .

وقال في (المسالك) : « واعلم ان حكم الاستيحرار للإرضاع ثابت على خلاف
الأصل لأن متعلق الإجارة الأعيان ليستوفي منها المنافع والركن الأعظم في الرضاع اللبن ،
وهو عين تالفة بالإرضاع فتكون المعاوضة عليه بالإجارة خارجة عن موضوعها ، ومثلها
الastiحرار للصيغة والبئر للاستقاء ومن ثم ذهب بعضهم الى ان المنفعة المستحقة هنا التي هي
متعلق الإجارة المرضعة من حيث حملها للولد ووضعه في حجرها ووضع الثدي في فيه ونحو
ذلك من الأعمال الصادرة عنها لا نفس اللبن . ويضعف بان المقصود بالذات هو اللبن
وهذه الأمور تابعة أو مقدمة والأجود ان المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن
وجوازه حيث مع ان بعض متعلقها عين ذاهبة للنص وهو قوله تعالى **«فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأَتُوْهُنَ أَجُورُهُنَ»** وفعل النبي (ص) ومن بعده من الأئمة (ع) . ويمكن ان يقال : على تقدير
كون المراد المجموع ان اللبن يكون تابعاً لكتراة قيمة غيره من المنافع وقلة قيمته وان كان اللبن
مقصوداً 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 بإزارء نفس العمل المقصود
به التوصل الى غيره فان العمل المستأجر عليه مرة يكون بنفسه مقصوداً ، وأخرى من جهة
ما يتربت عليه من الثمرات والفوائد

بحيث يكون العمل مقدمة لحصولها ووسيلة إلى تتحققها ، والأجرة على التقديررين مجعلة بإزاء نفس العمل غير ان تسليم العمل الواجب بالإجارة ان استلزم عقلاً تلف عين للأجير كان ذلك عليه وفائضاً منه وإنما فعل المستأجر بذلك ما يتوقف عليه حصول المقصود ان كان خارجاً 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 الإرضاع الذي هو عبارة عن إيصال لبنها من باطن الثدي إلى معدة الصبي وهو عمل منها يصح لهاأخذ الأجرة عليه وإن لم تقع منها حضانة إلا أن إيجاد هذا العمل في الخارج الذي هو بمنزلة التسليم للوفاء مستلزم عقلاً لتلف لبنها وأين ذلك من كون اللبن بإزاء الأجرة مستقلاً أو بضميمة ومثل ذلك الأجرة لنزو الفحل الذي هو لإيصال مائة إلى حرم الأنثى وكذا الأجرة ل斯基 الزرع من ببر الأجير وأمثال ذلك مما استلزم الإيفاء بالعمل إتلاف 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 حرى في كل بلد حكمه .

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

صاحب الحمام مبذولاً منه مجاناً لكونه مستحقاً عليه بالعادة كالمستحق بالشرط في عقد الإيجار ، وهذا هو الوجه في صحة إجارتة لا ما قيل كما عن (التذكرة) وغيره : من أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الإيجار لميس الحاجة والضرورة أو يكون مشمولاً بالتبع ، أو عسى أن يقال . ولو بتكلف . كون الجميع منافع حتى استعمال الماء وان استلزم ذلك إتلاف بعض أجزاء الماء ضرورة كونه كإتلاف بعض أجزاء الشوب مثلاً بالاستعمال ومرجعه إلى ملحوظية ماء الحمام جملة بلحاظ وحداني ، وما يستعمل ويختلف في البدن ونحوه من أجزائه كأجزاء الشوب التالفة باندراسه للاستعمال . وفيه : انه لو سلم ذلك فإنما يتم بالانغماس فيه لا بالاستعمال صبا في الغسل أو الغسل . هذا وتعيين مدة اللبس ومقدار الماء موكول الى ما جرت به العادة وما زاد عليه مشروط بالرضا المحرز غالباً بشاهد الحال .

وأما البئر فلا أرى وجهاً لصحة إجارتها منفردة للاستقاء ، وان صحت إجارتها تبعاً للدار ، ولذا حكى عن موضع من (التذكرة) و (القواعد) و (جامع المقاصد) بعد الاشكال ان الاولى والأقوى المنع . نعم حكى عن (الإيضاح) وموضع آخر من (التذكرة) الجواز . ولا وجه له يستند اليه إلا ما عسى ان يتوهم أن الأجرة في مقابل منفعة البئر من تصرف الاستقاء وغيره وبذل الماء لاقتضاء العادة كالحمام وفيه أن منفعتها المبذولة في مقابلها الأجرة إنما هي استعمال مائتها ، فهي كإجارة الشجرة لا كل ثرثراً المعلوم بطلانها ، أو عسى أن يقال : كما في (أجوبة مسائل القمي) مستشعراً بذلك من الحلبي في (السرائر) أنه بإجارتها امتنع المالك عن التصرف في مائتها باختياره ، فأشبه بالاعراض الموجب للخروج عن ملكه ، فيدخل في ملك المستأجر بالحيازة ، فهو من التسلط الخاص المملوك باليد والحيازة وفيه . مع ان الامتناع الاختياري شرعاً موقوف على صحة الإيجارة ومتاخر

عنها في المرتبة فكيف يكون وجها لها . انا نمنع ان يكون الممنوع عن التصرف ولو بالاختيار معرضا عنه وأن مجرد الامتناع عنه بحكم الاعراض ، مضافا الى أنه على القول بصحة الإجارة فلما ملوك المستأجر بعدها لا باليد ومثل إجارة البئر في الاشكال إجارة المنحة وهي الشاة لشرب لبنها ، وان قلنا بصحة عاريتها ، للإجماع المقبول في كلام بعض ، وهو الدليل ان تم لا بعض النصوص الضعيفة سندًا ودلالة فالعمدة هو الإجماع وهو المخرج لها ان تم عن الأصل في العارية لأنها كالإجارة في اعتبار الانتفاع بها مع عدم تلف العين ولذا وجب الاقتصار عليها دون غيرها من الانعام ذوات الألبان ولبنها دون غيره من أعيان منافعها كالصوف ونحوه ولا يتوهם صحة إجارتها لشرب لبنها بعد صحة إعارتها لذلك بقاعدته : كلما صح عاريتها صحة إجارته لأن القاعدة الكبروية . لو سلم كليتها بحيث تشمل الصحة المستفادة من دليل خاص على خلاف الأصل في العارية . معارضة بما دل على اعتبار عدم استلزم تلف العين في صحة الإجارة بنحو العموم من وجه وتحصيص الثانية بالأولى ليس بأولى من العكس ، بل العكس أولى لقوة ظهورها في إرادة التساوي بينهما من حيث المنفعة والتسليط عليها مع بقاء العين غير انه في الإجارة تمليك لها وفي العارية اباحة : ومثلهما في الاشكال أيضا اجارة آجام السمك لاصطياد ما فيه منه إذ لا منفعة فيه تتعلق الإجارة بما إلا صيد السمك المملوك لصاحبها نعم لو كان مباحا وان كان في الخلل المملوك لعدم قصد الحيازة به صح إجارته للدخول فيه للاصطياد .

هذا والقول بكل 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 ان تم قيام السيرة عليه .

هذا ومن جملة الأحجوبة عن الإشكال في هذه الموارد : ما أجاب به

الحق القمي في (أجوبة مسائله) بما يرجع محصله الى ان الشرط المذكور غير مأخوذ في مفهوم الإجارة بل انا هو ثابت بالإجماع فليقتصر على مورد ثبت به اعتباره فيه ويقى كل مورد اختلف في اعتباره فيه تحت إطلاقات أدلة الإجارة القضية بالصحة.

وفيه : ان لإجماع الحكيم على اعتباره في صحة الإجارة انا هو معقد على نحو الكلية ، الشاملة لجميع الموارد الموجب لتقييد المطلقات بها فلا يخرج عنها إلا بالدليل لا انه منعقد على اعتباره في كل مورد مخصوصه حتى يكون المختلف فيه خارجا عنه فافهموا واغتنم ما ذكرناه في حل الاشكال

ومنها . انه بناء على اندراج المعاطة في أسماء المعاملات فان صرح فيها بواحدة منها بالخصوص بني عليه وإلا كان البيع أصلا في نقل الأعيان مقدما على الصلح والهبة الموعضة والإجارة أصلا في نقل المنافع مقدمة على الصلح والجعلة .

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

هذا تمام الكلام فيما أردنا بيانه في مسألة المعاطة

والله العالم بحائق أحکامه

١٩٩ في عقد الفضولي

رسالة

في عقد الفضولي

وفيها مسألة الضمان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد (ص)
خاتم النبيين وعترته الأطهار المتجبين 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 بطلاقه 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.
ولنبدأ 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 . ولو لا 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 اذنه . ومقتضى التطابق بين العرفين
كونه صفة للعقد دون العقد ، فالعقد فضول والعقد فضولي ، فتوصيف العقد به لا يخلو
من المساحة . وبين التعريفين ظاهراً عموم مطلق لأن الثاني يعم الصغير والمحنون دون الأول
لخروجهما عنه بقيد الكمال اللهم إلا أن يرجع إليه بإرادة المنع من جهة عدم الازن من له
الاذن ، فيكون قيد الكمال مطوياً فيتساويان في النسبة .

وكيف كان فيدخل في الفضولي العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون اذن الولي ومن المالك إذا لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال كبيع الراهن العين المرهونة والمحجور عليه لفلس ونحوه ، ويخرج عنه عقد الصغير والمجتون ونحوهما من لا أهلية له لذلك . وبالجملة فالمانع 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 منوعاً عن التصرف ، فال الأول خارج عن الفضولي والثاني مشمول له ، والأقوى في السفه كونه من القسم الثاني . كما عليه المشهور . وان احتمل كونه من الأول لرجوع المنع فيه إلى نقصانه .

وكيف كان استدل للأول بوجوه :

منها : عمومات «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» و «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» بناء على شمولها للفضولي بعد لحوق الإجازة ، لأن مرجع الشك فيه إلى الشك في اعتبار مباشرة المالك شرعاً أو اقتران رضائه بالعقد وكل منهما تقيد للمطلقات أو تخصيص للعمومات من غير دليل منفي بالأصل فبحكم أصالة الإطلاق 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 تتحقق الأهلية بمعنى البالغ العاقل الرشيد بمجرده لا يثبت الصحة إلا بضميمة مقدمة كبروية ثابتة بالعمومات ، فيكون الدليل مركباً من صغرى وجدانية مذكورة ، وكبيرى برهانية مطوية ، وهي : ان كل عقد صدر من أهله في محله صحيح شرعاً بحكم العمومات المتقدمة كيف ولو لاها لا يتوجه المرد عليه بأنه مصادرة . كما عن الشهيد في غاية المراد . لأن تتحقق الأهلية التامة بمعنى الجامعة لما

يعتبر شرعا هو عين الدعوى ، وجعلها دليلا أو جزء دليل مصادرة محضة ولا يخرج عنها إلا بالرجوع الى ما ذكرنا ، ومقتضاه . وان كان افاده اللزوم وان لم تلحقه الإجازة . إلا أن ذلك خارج عن العمومات بالإجماع ، فيبقى الملحوق بها مندرجها فيها ، ويلزم من لزومه بالإجازة صحته قبلها بالصحة التأهيلية.

اللهم إلا أن يدعى عدم شمول العمومات للفضولي لأن المخاطب بها اما العقد الفضولي أو المالك لا غيرهما ، ولا سبيل الى كل منهمما . أما العقد الفضولي فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا ، وأما المالك فقبل أجازته كذلك وإلا لوجبت عليه الإجازة . وأما بعدها فهو محيز لا عاقد ، مضافا الى إمكان دعوى انصرافها الى غير الفضولي . وعليه فيتجه الاشكال بالمصادرة لأن المقدمة الكبiroية لا دليل عليها بالفرض ، والصغرى بنفسها لا ثبت المطلوب إلا بإرادة الأهلية التامة ، وهي عين المصادر . ويمكن الجواب عنها تكون المخاطب بها هو المالك الجائز وهو بما يحكم العقد عرفا فيشمله الخطاب ، أو يقال بشمول الخطاب له بعد الإجازة وان لم يتلبس بالمباء عدم الدليل على اعتبار التلبس به في توجه الخطاب عليه .

واما دعوى الانصراف فلو سلمت فهو من الانصرافات البدوية منبعث عن ندرة الواقع التي لا عبرة بها مع إمكان منع ندرة وقوعه من الفضولي كيف وقد قيل بشيوعه وغلبة وقوعه بل وقيام السيرة عليه كما سترى .

ومنها : خبر عروة البارقي الذي أغنت شهرته عن النظر في سنته ، وقد تضمن : أن النبي (ص) دفع اليه دينارا ليشتري به شاة للأضحية ، فاشترى به شاتين وباع إحديهما في الطريق بدینار ورجع الى النبي (ص) بشاة ودینار ، فقال له النبي (ص) : بارك الله لك في صفقة يمينك .

وتقریب الاستدلال به على صحة الفضولي بكل من فعلى عروة اشتراه

لشاتين بدينار الخارج عما وكل عليه : من اشتاء الواحدة به . واحتمال توقف اشتاء الواحدة المأمور بها على ضميمة الثانية لعدم رضائه بالتعييض بعيد جدا وبيعه لواحدة منها بدينار مع أنه لم يوكله على البيع أصلا ، وقد أقره النبي (ص) على ذلك ودعا له بالبركة .
 (ودعوى) خروج الأول عن الفضولي : اما بدعوى دخوله في الوكالة بالفحوى او باحتمال اشتائه لنفسه ودفع الدينار وفاء عما في الذمة كما هو الغالب في المعاملات حتى التقادية 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 الشمن دون الزيادة في المثمن إلا مع فرض تعذر حصول الواحدة بالأقل وهو غير معلوم ، بل ومع التعذر فعاليته إحراز الرضا بشراء الشاتين به ، ولا يدخل بمجرد ذلك في عنوان الوكالة . وأما احتمال كون الشراء لنفسه ، فمع أن ظهور غبة كون الشمن كليا في الذمة بمجرده لا يتغير كونه في ذمته حتى يكون الشراء لنفسه بل يتبع قصده في ذلك . أنه لا يحتاج وقوعه للنبي (ص) الى قصد كونه له ، لكتفافية أمره به الداعي له عليه ، وان غفل عن القصد حين الشراء مطلقا . وكونه أحدث القصد لنفسه منفي بالأصل ، ومع التنزيل وفرض كون الاشتاء للنبي (ص) لا على جهة الفضولي فيكتفي 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 لحقوق الإجازة ، وهو ينافي تقرير النبي (ص) والدعاء له بالخير ، فلا بد في دفع المناقشة من تنزيله على علم (عروة) برضاء النبي (ص) بذلك . وحينئذ فيدور الأمر بين أمور ثلاثة : اما استثناء صورة العلم بالرضا ولحقوق 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 وترتباً للأثر عليها : أو صحة إقباضه المبيع لعلمه برضاء النبي (ص) له وتنزليل قبضه الشمن على كونه أمانة في يده من المشتري بعد تنزيله على علم المشتري بالفضولي ليتمكن تصحيف القبض بالأمانة وإلا فلا يجوز قبضه للشمن مع جهل المشتري بالفضولي ، وإن صح إقباضه للعلم بالرضا.

هذا ولكن قد يخالد في الوجوه المذكورة : أما خروج العاملة المقرونة برضاء المالك عن الفضولي فهو خلاف ظاهر اتفاقهم على كونها منه ، وأما الوجهان الآخرين ، فمبنيان على خروج الشراء عن الفضولي ودخول الشاتين في ملك النبي (ص) من غير توقف على أجازته حتى يصح تصرفه في إقباض المبيع لعلمه برضاء النبي (ص) وإلا فلا يجدي رضاءه قبل التملك في جواز التصرف في المبيع بإقباضه.

وبعبارة أخرى : إن قلنا بكافية العلم بالرضا ولحوق الإجازة في جواز التصرف فلا ريب في اعتبار كونه مالكاً حين التصرف حتى يكتفى برضائه ، وبناء على ما قويناه من وقوع الشراء فضولياً لم يكن النبي (ص) قبل الإجازة مالكاً للشاة المبيعة ، وإن قلنا بكونها كاشفة حكمًا فلا محيض عن ورود الاشكال على الخبر بناء على فضولية الشراء ، اللهم إلا أن يصح تصرفه في إقباض المبيع بعلمه برضاء من يعتبر رضاه فيه وهو من كان مالكاً في الواقع الدائري بين كونه النبي (ص) إن لم يكن الشراء فضولياً أو البائع الأصلي إن كان فضولياً لأنه بعد عدم الإجازة ترجع إليه الشاة مجاناً ولو قلنا بالمنع من تصرف الفضولي قبل الإجازة مطلقاً ولو مع العلم بلحوقها تعين الحمل على الوجه الأخير من تنزيل قبض الشمن على الأمانة واقباض المبيع على العلم برضاء من يعتبر رضاه في التصرف.

وكيف كان ، فالرواية كافية في إثبات المطلوب ، بل هي أحسن من غيرها في الدلالة عليه لولا أنها حكاية فعل قضية في واقعة.

ومنها : مصححة محمد بن قيس عن أبي جعفر محمد الباقر (ع) قال : «قضى أمير المؤمنين (ع) في وليدة باعها ابن سيدتها وأبواه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدتها فخاصم سيدتها الآخر وليدي باعها ابني بغير إذني ، فقال (ع) : الحكم ان يأخذ ولدته وابنها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال له : خذ ابني الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رأه أبوه قال أرسل ابني قال : لا والله لا أرسل ابني حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنته ...». الحديث وتقرير الاستدلال به من وجهين قوله (ع) في معالجة فك الولد بعد المناشدة خذ ابني حتى ينفذ البيع لك ، وقول الباقر (ع) في مقام الحكاية ولما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنته. وهي وان اشتملت على ما لا يمكن الالتزام به : من تأثير الإجازة المسبوقة بالرد لظهور المخاصمة فيه في نفوذ البيع للإجماع المنعقد على بطلان الإجازة الواقعية كذلك إلا أنه يجب صرف ما هو ظاهر في الرد عن ظاهره بالحمل على التردد دون الرد بقرينة ظهور تغيف البيع وإجازته في كلاميهما عليهما السلام في الإمساء لما سبق من البيع وحملهما على تحديد المعاملة بعيد جدا. وحيث كان التعارض بين الظاهرين لعدم إمكان العمل بهما بالإجماع من تعارض الظاهر. والأظهر تعين صرف الأول بقرينة الثاني دون العكس ، كما يتعين صرف الظاهر بقرينة النص عند التعارض بينهما.

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

ومناشدة المشتري للإمام (ع) وال الحاجة عليه في فك ولده و قوله (حتى ترسل ابني) الظاهر في انه حبسه لما يغرسه من قيمة الولد ولو يوم الولادة فإنه مغدور به ، والمغدور يرجع على من غيره ، وإرجاع الوليدة وإمساك ولدتها لقيمتها يوم الولادة وحمل إمساكه الوليدة لقبض ثمنها (بنافيه) قوله (ع) فلما رأى ذلك سيد الوليدة أحاز 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 الإمضاء فيعكس الأمر في صرف الظاهر ، وتسقط الرواية حينئذ عن الحجية على المطلوب.

يدفعه إمكان المناقشة في الجميع : أما إطلاق الحكم بأخذ الجارية فلانة يجتمع مع الرد والتزدد لبقاء الملك ما لم تتحقق الإجازة وأما ابنها فلاستحقاق القيمة على أبيه إلا إذا أجاز ، وقلنا بأن الإجازة كافية فيكون القبض في حال التزدد للقيمة على تقدير اختيار الرد ، وأما مناشدة المشتري له فلتتعجّل الفك حباً لولده وإن فولده مردود عليه على كل حال وإن رد البيع غير أنه مع الرد له القيمة على أبيه ، وأماأخذ 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 فضولاً.

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

صاحب مع مراعاة ميزان الدعوى والقضاء في مرحلة الظاهر ، وهو لا ينافي الاستدلال بظهور قوله حتى ينفذ لك البيع قوله : فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه ، في ان للملك أن يحيى العقد الواقع على ملكه.

وبالجملة فالرواية وإن كانت في قضية شخصية لا يمكن التعدي منها إلى مثلها بالإجماع . إلا أنها يستنبط منها تأثير اجازة المالك في العقد الواقع على ملكه فضولا ولو في الجملة في غير مورد الإجماع على البطلان ، وهو الإجازة المسبوقة بالرد ، فالرواية تنقض 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 بما أولا مع خلو الرواية عنه ، وكذا أمره بحبس ابن السيد المعلوم حريته اما لما يغره من قيمة ولده ، أو لشمن الوليدة الذي أخذه منه أوهما معا فإنما يجوز الرجوع عليه بعد التغريم والأخذ منه لا قبله وبعد المطالبة والامتناع عن الغرامة مع كونه مليا بحسبه لا أمره بالحبس ابتداء . كلها موهنة لا توجب السقوط عن الاستدلال بما حسب ما ذكرنا مع كونها قضية شخصية لعلها كانت محفوفة بقرائن حالية أو مقالية سقطت من الرواية :

ثم ليعلم أولا انه يفرق في إجازة السيد بعد تتحققها بين كونها كاشفة وبين كونها ناقلة في استحقاقه قيمة الولد على أبيه وعدمه فلا يستحق على الكشف مطلقا ولو حكما لكشفه عن كون الوطء في ملكه ويستحق على النقل وان أجاز لخروجها عن ملكه من حين الإجازة لا قبلها ، وثانيا انه له الرجوع في ثمن الوليدة لو أجاز بيع ابنه على كل واحد من المشتري وابنه البائع لو كان البيع بثمن شخصي ، ويتبع الرجوع على المشتري خاصة لو كان الشمن كليا في الذمة مع إجازته البيع فقط ، لعدم تعين المقبوض ثمنا

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

ومنها : فحوى النصوص المعتبرة والإجماعات الحكيمية على صحة الفضولي في النكاح مع ما دل على تأكيد الاحتياط في الفروج وانه يكون منه الولد المناسب لشدة الاهتمام في الاحتياط فيه ، فإذا جاز ذلك فيما كان الاحتياط فيه أشد جاز فيما كان الاحتياط فيه أضعف بطريق اولى ، وقد تمسك بها جماعة منهم الشهيد في (غاية المراد) والسيد جدنا في (الرياض) بل فيه بعد ذكر الأولوية : «ولعمري انما من أقوى الأدلة ولو لاها لأشكل المصير الى هذا القول لحكایة الإجماعين الآتیین» انتهى.

ورد بكون الأولوية موهنة بما روي عن الصادق عليه السلام في تزويج الوكيل المعزول قبل بلوغ خبر عزله اليه ، ردا على العامة المفرقين بين بيته وتزويجه بالصحة في الأول والبطلان في الثاني ، قائلاً : سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده فان النكاح اولى وأجدر أن يحاط فيه لأنه الفرج ومنه يكون الولد» الخبر ، الظاهر في كون الصحة والنفوذ هو الموفق للاحاطة دون البطلان فإذا حكموا بما يوافق الاحتياط في مورد الأضعف ، وهو البيع» يلزمهم الحكم به فيما كان الاحتياط فيه أشد وهو النكاح بطريق اولى.

وبالجملة إذا ثبت الحكم بما يوافق الاحتياط في مورد الأضعف ثبت ذلك في مورد الأقوى بالأولوية ، كما ان 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 يلزم الحكم بما في النكاح بطريق اولى ولا يلزم من الصحة في النكاح الصحة في البيع.

نعم يبقى السؤال عن وجه الحكم بكون الصحة أوفق بالاحتياط من البطلان. ولعل الوجه انه 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 بالحالية عن المانع ، ومنى دار الأمر بين المخذورين كان الاحتياط في التحجب عن الأشد منهم وهو الحكم بالصحة.

ويجري مثل ذلك في نكاح الفضولي حرف بحرف ، لوحدة المناط ، وان كان مورد النص هو تزويع الوكيل المعزول دون الفضولي فظهر أن الصحة في النكاح ولو كان فضوليلا تستلزم الصحة في البيع لأن الاحتياط في البيع أضعف منه في النكاح.

وفيه . مع ان أولوية الصحة من البطلان في تزويع الوكيل المعزول موهونة بمثلها عكسا في طلاقه حرف بحرف . أنه ليس الاحتياط في ذلك بل الاحتياط في الفروج حينئذ : اما بالطلاق أو بتجديده العقد أو الإجارة ، لأنه يكون فضوليلا على تقدير العزل في الواقع وصحته ثابتة في النكاح بالنص والإجماع ويعكن أن يكون ذلك من الامام 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 دائرا مدار تتحققها 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 اجزائه وشرائطه.

وبعبارة أخرى : معنى الاحتياط المؤكّد فيه أن لا يعتمد في الطرق الموصولة إلى معرفة السبب أو تتحققه على ما يعتمد عليه في غيره من الضلوع 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 وشراط السبب وقتها ، فالضيق والتوسيع في الأسباب لا مدخلية لها في الاحتياط وعدمه فالتوسيعة والتحفيف في سبب النكاح لا ينافي الاحتياط المؤكّد فيه ، بل لعل المناسب لحفظ الفروج من الزنا التوسيعة في أسباب حليتها حذرا من الواقع فيه ولعله الحكمة في تحليل المتعة وملك اليمين وتحليل الأمة وحكمة حياء المرأة المسوغ لتقديم القبول على الإيجاب في عقده ، فليس التحفييف الثابت في النكاح من حيث صحة الفضولي فيه بالنص والإجماع رفعا لليد عن الاحتياط فيه حتى يستلزم رفع اليد عنه في غيره بالأولوية ولذا لم بتمسك بها جل الفقهاء مع وضوحها لو كانت متحققة فافهم .

ومنها : ما ورد بطرق معتبرة في تزويج العبد نفسه بغير إذن سيده من إرجاع الأمر إلى مشيئة السيد بين التفريق والإجازة ، معللا فيه بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإن شاء فرق بينهما وإن شاء أجراه وهو صريح في الصحة على تقدير الإجازة ، ولا يقدح في الاستدلال به مطلقا اختصاص مورده بالنكاح المعلوم صحة الفضولي فيه بالإجماع 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 المستفاده من مقابلة عصيان الله بعصيان سيده بتقريب : أنه لم يعص الله حتى لا يرجى 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 ويبيطل في الثاني لدوامه وامتناع رفعه ، ومقتضاه الصحة حيث ما كان المانع مرجو الزوال . نكاحا كان أو غيره عبدالا كان العاقد أو غيره لنفسه كان عقد العبد أو غيره . غير أنه في الأخير يحتمل التوقف على اجازة مولاه أيضا لأن العبد بجميع جوارحه مملوك مولاه يتوقف التصرف فيه ولو من نفسه على اذنه أو إجازته بعد حمل ما ورد من سلب قدرته على شيء وأنه ﴿كُلٌّ عَلَى مَوْلَاهُ﴾ في قوله تعالى «صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ . وَهُوَ كُلٌّ عَلَى مَوْلَاهُ» على ارادة سلب الاستقلالية عنه وانه بنفسه لا يقدر على شيء حقيقة وان كان مقدورا له بواسطة اذن مولاه لا على سلب القدرة عنه بالكلية بمعنى عدم القابلية له على شيء كالصغير والمحنون لأن عدم القدرة أعم من عدم القابلية ، كيف وهذه الروايات مع ما دل على صحة تجارة العبد المأذون دليل على ثبوت القابلية له وانه ليس مسلوب العبارة ، فتكون قرينة على ارادة ما ذكرناه من الآية ، ويحتمل قويها عدم توقف نفوذه على اجازة مولاه بل يتوقف على اجازة من وقع الفضولي عنه فقط مطلقا وان منع عنه المولى لعدم معلومية مملوكية العبد لمولاه بهذا القدر الذي يتوقف إنشاؤه وتكراره حتى في المباحثات التي لا تراحم حقوق مولاه على إذنه وإجازه ولو بشاهد الحال ، ولو سلم فغایته الإثم بمعصيته وهو لا يدل على الفساد في المعاملة وبطلانه في الرواية برد السيد بسبب معصيته انما هو من جهة مزاحمه فيما يترب على نفوذه عقده من الآثار المترتبة عليه ، والتعبير بالمعصية رعا يكون لذلك ولو مسامحة ، وإنما تكون 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 الأولية والثانوية ، فإنه لم يعص

الله أولا وبالذات وان عصاه بمعصية السيد ثانيا وبالعرض ، ضرورة ان النكاح من حيث هو ولو للعبد مأمور به شرعا وان كان فيه مشروعًا بإذن السيد.

ومنها : ما ورد في عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه من تعيين سلعة خصوصة فاشترى غيرها : أنه يضمن المال والربح بينهما على الشرط وهو لا يتم إلا على صحة الفضولي وان الإجازة كإذن السابق لتصح المضاربة ويكون الربح على الشرط والا فالربح كله للملك ، وان قلنا بكونه فضوليًا يصح بلحوق الإجازة ، لكن غير بعيد بل يحتمل قويا دعوى ان ذلك ليس من الفضولي حتى يصلح أن يكون دليلا على صحته ، لأن الغرض الأصلي من المضاربة اما هو الاستریاح 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 مجريها ، وعليه فلا اثم على العامل بالتصرف فيه كما يشعر به خلو النصوص عن التعرض له مع كونه مقام بيانه أيضًا وهو مؤيد لما ذكرناه.

نعم لو قلنا بمخالفة النصوص القواعد وجوب الاقتصار على موردها والتعدى منه إلى غيره ، وان أمكن بالحمل على الفضولي ، إلا انه يجب تقييدها بالإجازة والرضا بها مضاربة أو تنزيلها على الغالب من تحقيق الإجازة بظهور الربح ، وبالجملة فالنصوص اما محمولة على ما ذكرناه أو على الفضولي مع التقييد بالإجازة . كما عن بعض . أو على التعبد بظاهرها المخالف للقواعد مع الاقتصار على موردها ، وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله. فهي لا

تصلح

لان تكون دليلا في المقام الا على الاحتمال الثاني.

ومنها : ما ورد في استرباح الوديعي الماجد للوديعة من ردها بربحها للملك الموعظ ، فعن مسمع ابن أبي سيار قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني كنت استودعت رحلا مالا فجحد فيه وحلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسین بالمال الذي كنت استودعه إياه ، فقال : هذا مالك فخذه وهو أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك ، فهيء لك مع مالك واجعلني في حل ، وأخذت المال منه وأبىت أن أخذ الربح ، وأوقفت المال الذي كنت استودعه وأتيت حتى أستطلع رأيك بما ترى؟ قال فقال عليه السلام خذ الربح وأعطه النصف وأحله ، ان هذا الرجل تائب ، والله يحب التوابين ...» الخبر وأخذ الربح الظاهر في الاستحقاق مبني على صحة الفضولي والا فلا شيء له من الربح ، وهو منزل على الغالب من لحق الإجازة ليستحق الربح ، ومن وقوع المعاملة بالمعاطاة لا بالعقود حتى يقال بغلبة الأثمان فيها كليا في الذمة فغلبة العقود في كون الشمن كليا في الذمة لا شخصيا معينا لا تنافي غلبة وقوع المعاملات بالمعاطاة التي يكون الشمن فيها مشخصا خارجا وإعطاء النصف له للنصف لا بالاستحقاق رعاية لاحترام عمله بعد التوبة وان كان مهدورا من أصله لأن الله يحب التوابين .

ومنها : ما ورد مستفيضا . وفيه الصحيح والمعتبر . فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه : أنه يضمن المال والربح للطفل أو اليتيم .

والتقريب فيه : ما تقدم حرفا بحرف وكون الربح له مطلقا وان لم تلحقه الإجازة نظرا إلى إطلاقها ، يدفعه ورود الإطلاق مورد الغالب . كما عرفت من لحق الإجازة من الولي . أو منه بعد البلوغ بظهور الربح فلا يفيد تخصيصا لما دل على اعتبار الإجازة في صحة الفضولي وكذا لا حاجة الى ما قيل من تحقق الإجازة الإلهية في أمثال المقام .

ومنها : مصححة الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئاً 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 التزيل على الغالب بإجازة البيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برده بل هو مطلوب له بالأولوية.

ومنها : ما روى من بيع عقيل دور النبي (ص) بمكة ثم أخبر به النبي (ص) فأجازه.

ومنها : رواية ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام «عن عبد لقوم مأذون له في التجارة : دفع اليه رجل الف درهم ، فقال : اشتراها نسمة وأعتقها وحج عنني 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 المعتقد : 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 المعتقد فهو رد في الرق لموالي أبيه وأى الغريقين بعد أقاموا البينة على انه اشتري أباه من أموالهم كان له رقا». الحديث وتقريب الفضولي فيه وتصويرها بالنسبة إلى ورثة الدافع مبني على كون الدفع منه بعنوان الوكالة ووقوع الاشتاء بعد موته الموجب لبطلانها وانتقال المال إلى الوارث ، فيكون التصرف فيه على تقديره فضولي وبالنسبة إلى مولى المأذون باختصاص الأذن منه بالتجارة التي ليس الواقع منها بناء على ظهور الأذن في التجارة بما فيها الاستباح فيكون الشراء بماله على تقديره تصرفا فيه بغير اذنه وإنما كان الأذن بمطلق التكسب الشامل للاستباح وغيره ، كان الفضولي مختصاً بورثة الدافع وعلى كل حال

فهو ظاهر في الصحة بناء على انه 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 (وتحمل) الدفع على الوصية . كما احتمله في الجواهر . مع انه يأبه صريح ذيل الخبر من قوله : وأي الغرئين الى 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 منهمما بينة حكم له بها وان أقامها كل واحد منهمما بني على تقسم بينة الداخل أو الخارج بناء على ان يد العبد وان كان مأذونا يد مولاه .

وبالجملة فالرواية . وان أمكن الاستدلال بها على صحة الفضولي بناء على ما قررناه فضلا عن التأييد بها إلا أنها لضعف سندتها بجهالة الراوي أو غلوه وان سبق عليه بعض أصحاب الإجماع . كما قيل . ومخالفتها للقواعد من جهة اشتمالها على صحة تصرف المأذون بالتجارة في غير ما اذن له أولا ، وصحة استيغار أبيه للحج مع ظهور الأمر في ان يحج عنه بنفسه ثانيا ، وصحة الحج مع كونه رقا بغير اذن سيده ثالثا ، وتقسم قول مولى الأب المدعى لفساد البيع على المدعين للصحة من مولى المأذون وورثة الدافع رابعا ، وان تخلص عنه في القواعد بحمل كلام موالي الأب على إنكار البيع من أصله وان المعنى بقولهم انما اشتريت أباك بمالنا ، وهو كما ترى من التكلف المخالف لصريح الخبر ، وعدم تقسم قول ذي اليد وهو مولى المأذون وتقسام قول موالي الأب على قوله مع كونه خارجا خامسا ، وعود العبد رقا الى مولاه مع اعترافه بالبيع وان ادعى فساده : سادسا . يجب طرحها وان كانت مشهورة ، رواية لا فتوى ، وان حكم العمل بها عن الشيخ في (النهاية) والقاضي وحينئذ فالذى تقتضيه أصول

المذهب وقواعده . بعد طرح الخبر . : هو ان يقال ان المأذون : ان كان مأذونا بالتجارة وغيرها ملواه ولغيره نفذ إقراره في عمله فيصح عتقه وحجه عن الدافع ان وقع ذلك منه في حياته ، وان وقع بعد موته كان المعتق رقا لورثة الدافع لثبت كون الاشتاء بمالهم بإقراره بعد بطalan الوكالة بموت الدافع وانتقال المال الى ورثته تكون يد المأذون حينئذ مشتركة بين ملواه وغيره من له مال عنده أو عمل كلفه به وانه كالحر في الامانة . وما قيل من عدم قبول قول المأذون لغير ملواه ، انا هو فيما كان الاذن مختصا بالتجارة لنفسه ، وان كان الاذن له مقصورا على التجارة لنفسه أو مشكوكا تعيممه قدم قول مولى المأذون لكونه ذا يد على عبده وما في يده حتى يعلم انتفاء عنه ويرد المعتق رقا لملواه المأذون حتى تقوم بينة على خلافه ، فإن أقامها كل من ورثة الدافع ومن موالى الأب قدمت بينة الورثة لترجمتها بدعوى الصحة ويتحمل تقديم بينة مولى الأب لكونها كالخارجية بالنسبة إلى بينة الورثة لأنها بينة أقيمت على خلاف الأصل والظاهر وهو الفساد ، ومع انضمام بينة مولى المأذون الى البيتين بني تقدمها على تقديم بينة الداخل على الخارج وعدمه ، وعلى الثاني ، ففي تقديم احدى البيتين 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 الى أصالة بقاء الملك على مالكه ولا يعارضه فتواهم بتقاديم دعوى الصحة على الفساد لأن دعوى الصحة مشتركة بين متقابلين متكاففين تساقطا ، وهذا واضح لا غبار عليه ..» انتهى .

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

الصحة ونفي الثالث. هذا وتمام الكلام فيه موكول الى محله .

ومنها : ما ر بما أيد به القول بالصحة موثقة عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام : «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع اليه الورق فيشتري عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته وما شئت تركته ، فذهب ليشتري المتناع فيقول : خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال لا بأس ..» الخبر بناء على قيام احتمالات متكافئة في اشتراء السمسار يكون على أحدها فضوليًا عن صاحب الورق مع نفي البأس عنه في الجواب القاضي بحكم ترك الاستفصال مع إجمال السؤال بعموم الحكم بالصحة بجميع محتملاته لأن اشتراء السمسار يتحمل أن يكون لنفسه بماله أو في ذمته ويكون المدفوع له قرضا عليه يستوفي منه صاحب الورق بما يشتري من المتناع . ولا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية من يشتري بالأجر ، لأن توصيفه به بمحلاحظة صناعته وحرفته لا بمحلاحظته هذه القضية الشخصية . ويتحمل ان يكون وقوعه منه بنحو الوكالة عن صاحب الورق على ان يكون الاشتراء له مشروطا له الخيار على بايع المتناع بتوسط السمسار ما شاء أخذه وما كرهه رده وعليه وان كان الأنسب بل المناسب التعبير عن الرد بالفسخ إلا انه يعبر به كناية عنه أيضا .

ويتحمل ان يكون الاشتراء من السمسار وقع بعين الورق لا بإذن صاحبه حتى يخرج به عن الفضولي ويكون دفع المال منه اليه بنحو الامانة وحصول الاطمئنان 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 إبائه وامتناعه عن ذلك ، فترك الاستفصال مع الإجمال بقيام الاحتمال في السؤال يقتضي بعموم الحكم في جميع المحتملات التي منها احتمال الفضولي عنه .

وفيه : ان احتمال الفضولي . مع كونه بعيدا في نفسه موهون بغلبة تسليم الشمن الشخصي الواقع عليه العقد فضلا عن غلبة وقوع المعاملة بالمعاطة المستلزمة لذلك . وتسليم الورق قبل اجازة صاحبه محظوظ . ينافي وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح واحتمال الاذن يدفعه ثنا ودعوى عدم منافاته للفضولي من الأغلاط الفاحشة .

نعم هنا احتمال رابع يكافأ الاحتمالين الأولين ، وهو وقوع الاشتاء بالمساومة وإطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق لطمأنينة السمسار وهو كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار ، وهو عندي أظهر الاحتمالات ، ويتباهي في الظهور الاحتمال الأول ، وأضعفها بل لا يلتفت اليه الاحتمال الثالث ، فلا تصلح المؤثقة للاستئناس بها على الصحة فضلا عن التأييد بها .

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

ومنها : ما ورد من الأمر بالتصدق بالمضامن ومجهول المالك مع تخمير المالك بين الرد فيأخذ العين أو بدلها مع التلف ويكون الأجر للمتصدق وبين الإجازة فيكون له الشواب . والجواب عنه وعما قبله بخروجهما عن الفضولي للاذن منهم بذلك لشيوعهم المستفاد من أخبار الإباحة والتحليل في الأول ، وللأمر بالتصدق شرعا عن المالك لأنه من أقرب طرق الإيصال إليه عند تعذر الحقيقة في الثاني ، وان قلنا بتخمير المالك بعد ظهوره بين الرد ، فيرجع ببدل التالف من المثل أو القيمة وبين الإمضاء فله الفوز بالشواب . وهذه الأدلة المذكورة للقول بالصحة ، وان أمكن المناقشة في أغلبها

إلا أنه لترأكم بعضها مع بعض ر بما يشرف الفقيه على القطع بإفادتها الصحة فضلا عن
الظن الاطمئناني بها.

واحتاج للقول بالبطلان بعد الأصل بالأدلة الأربع.

أما الكتاب فقوله تعالى «**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِيَنْكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**» 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
تراس 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 إثبات حكم موضوع ونقضه موضوع آخر ، وقد تقدم الكلام فيه
مفصلا في المعاطاة فراجع.

واما استفادته من مفهوم القيد ، فقد أحيى عنه مرة بإنكار كونه قيدا بل هو خبر
بعد خبر على قراءة النصب ، واحرى منع تتحقق المفهوم له لوروده مورد الغالب كما في قوله
تعالى «**وَرَبَائِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ**» وفيه : اما الأول فيدفعه ما هو مسلم عندهم : من أن
الحمل والظروف بعد النكرات أو صاف وبعد المعارف أحوال . واما الثاني . فيدفعه . مضافا الى
كون الأصل في القيد أن يكون احترازيا . أن القيد إنما ينزل على الغالب حيث يكون حكم
المقيد به والمحرد عنه واحدا ، ومن المعلوم أن التجارة المحردة عن التراضي بالمرة الذي هو من
أفراد 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 كنایة عن السبب الناقل ، وهو في الفضولي مركب من العقد والإجازة ، بناء على النقل أو منه معقبا بلحوقها أو مراعي به بناء على الكشف كما سيأتي وبحق الإجازة يصدق عليه أنه تجارة عن تراض ، وقبلها لا تجارة ،

(١) وبيان آخر : إن الخطاب في الآية الشريفة مالكي الأموال ، والأكل كنایة عن التملك لا مجرد التصرف ، إذ هو غير متوقف جوازه على التجارة عن تراض. ويمكن أن يكون الاستثناء في الآية متصلًا ، وإن المراد : لا يأكل بعضكم أموال بعض بالنهب والغصب والسرقة والمقامرة وغيرها من الوجوه الواقعة عن غير رضا من مالكي الأموال ، فإنه باطل فقوله «**بِالباطل**» بيان لوجه التحرير وعلمه 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 اليه مقامه.

وعلى كل فسوء كان الاستثناء متصلًا أو منقطعا فالتجارة عن تراض لم تكن من الباطل ، والاستدلال بالآية على صحة الفضولي لا يتوقف على كون الاستثناء متصلًا ، بل يتوقف على بيان أن التجارة الصادرة من الفضولي على مال الغير ، وإن لم تكن بمعناها المصدري . وهي جهة الإنماء بالعقد الصادر منه عن رضي من ينفذ رضاه ، ولكنها بمعناها الاسم المصدري المنشأ بإنشاء الفضولي ، أعني : انتقال مال المالك إلى الغير بعوضه المجاز من قبل المالك . هي تجارة له أي للمالك عن رضي منه بها وبمفادها ، فتشملها الآية الشريفة.

لا أنه تجارة لا عن تراض.

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

وفيه . مع كونه مررريا بضعف السند لكونه عاميا ومعارضا بما هو أقوى منه سندًا ودلالة من النصوص المعتبرة المستفيضة المجوزة لبيع ما ليس عنده المعرفة عن كون المتع عنه مذهب العامة ، ففي الصحيح : عمن باع ما ليس عنده؟ قال : لا بأس ، قلت : إن من عندنا يفسد قال ولم قلت :

باع ما ليس عنده ، قال ما يقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده ^(١) الخبر (محمول) على بيع ما يتذرع عليه تسليمه أو يتعرّض لإرشادا إلى دفع كلفة التسليم ، وليس منه الفضولي مع اجازة المالك أو ينزل على البيع عن نفسه قبل أن يملك ، ثم يمضي ليشتريه من مالكه كما عن (التذكرة) مستدلا عليه بقوله ، لأنه (ص) ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن ان يبيع الشيء فمضى ويشتريه ويسلمه فان هذا البيع غير جائز ولا نعلم فيه

والحاصل : ان حقيقة التكسب ونتيجة إنشاء الفضولي . والعقد الصادر منه . وهي المبادلة بين المالين القابلة للاستناد الى المالك بإجازته . هي تجارة للمالك لا للفضولي ليقال : إنها لم تكن عن رضي من له الرضا والاختيار ولم تكن مشمولة للإية الشريفة .

(١) وبه يظهر ما في كلام شيخنا المرتضى في (مكاسبه) في الجواب عن النبوي قائلاً : إن الظاهر من الموصول هي العين الشخصية للإجماع والنص على جواز بيع الكلي لأنه منه كالاجتهاد في مقابل النص . (منه دام ظله)

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

ومنها : النبوى الآخر : «لا بيع إلا فيما يملك» بعد قوله (ص) «لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك» الظاهر بقرينة السياق في إرادة الأعم من ملك العين وملك التصرف والعاقد الفضولي ليس بمالك لا للعين ولا للتصرف .

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

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

ومنها : صحیحة محمد بن الحسن الصفار : «انه كتب الى أبي محمد العسكري (ع) في رجل باع له قطاع أرضين وعرف حدود القرية الأربع ، واما له في هذه القرية قطاع أرضين ، فهل يصلح للمشتري ذلك واما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع (ع) لا يجوز بيع ما ليس بملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» الخبر بناء على إرادة الفساد من عدم الجواز

(١) الظاهر ان احتمال ارادة نفي البيع عما لا يملك . بالبناء للمجهول أو المعلوم بإرادة نفي المملوکية دون الملك كالحر ونحوه . بعيد ، فإن النفي في النبوى المذكور لبيان نفي صحة مدخلة وترتباً على حقيقته ، فهو نفي للحكم بلسان نفي الموضوع لا نفي للموضوع ، وما لا يملك كالحر غير قابل للبيع والعتق ، كما ان غير الزوجة غير قابل للطلاق ، إذ البيع مبادلة مال بمال ، والعتق فك رقبة المملوک ، والطلاق حل رقة الزوجية .

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

وفيه . مع أنها مكتابة ويحتمل قريبا ارادة النفوذ من الجواز المنفي كما فهمه الأصحاب وبنوا عليه فيمن باع ما يملك وما لا يملك صفة بالنفوذ في الأول وتوقفه في الثاني على اجازة المالك ، وإطلاقه عليه شائع في كلامهم ومنه قولهم : إقرار العقلاة على أنفسهم جائز أي نافذ . أنها محمولة على إرادة الصلاحية التي توجب النقل والانتقال وترتبط الآثار على ذلك . ومنها : صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل قال : «سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشتري من امرأته من آل فلان بعض قطاعهم ، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه ، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال : قل له ليمنعها أشد المنع ، فإنما باعت مالاً تملكه» الخبر

ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في حديث قال فيه : «سأله رجل من أهل النيل عن أرض شراها بفهم النيل ، وهل الأرض يقولون : هي أرضهم وأهل الأسنان يقولون : هي أرضنا؟ قال لا نشتراها إلا برضاء أهلها» الخبر .

ومنها : موئذنة سماعة قال : «سأله عن شراء الخيانة والسرقة؟ قال إذا عرفت أنه كذلك فلا» الخبر .

ومنها : ما رواه في الاحتجاج بما خرج من الناحية المقدسة في توقعات محمد بن عبد الله ابن جعفر الحميري في السؤال عن ضياعة السلطان فيها حصة مخصوصة ، فهل يجوز شراؤها من السلطان أم لا؟ فأجاب (ع) :

«الضياعة لا يجوز ابtiاعها إلا من مالكها أو بأمره أو برضاء منه» الخبر
ومنها : ما عن (الفقيه) بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) عن رسول الله (ص) في حديث

المناهي قال : «ومن اشتري خيانة فهو كالذى حانها» 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 الاستناد بسنده عن علي بن جعفر (ع) عن أخيه موسى (ع)

قال : سأله عن رجل سرق جارية ثم باعها بحل فرجها لمن اشتراها؟ قال : إذا أتبأهم أنها

سرقة فلا تحل وان لم يعلم فلا بأس».

والجواب عن هذه الطائفة من الأخبار التي أوردها في (الحدائق) مستدلا بها على

اختاره من بطلان الفضولي حتى كأنه عثر على ما لم يعثر عليه من قبله متبعحا بها عليهم :

أنها ظاهرة بقرينة السياق في إرادة التملك من الابتياع المذكور ولزومه وتترتبا الآثار عليه على

حد الابتياع من المالك لمن نظر إليها بعين الإنصاف وجانب طريق الاعتراض ، مضافا إلى

أن صحيحة ابن فضيل إنما تضمنت السؤال والجواب عن إعطاء المال للفضولي وهو من نوع

عنه حتى على القول بالصحة أيضا : ولـى أن صحـحة محمد بن مسلم مفروض فيها التنازع

بين أهلـها الظاهر في الرـد وـعدـم الإـجازـة مـنـ لمـ يـقـعـ الاـشـتـراءـ مـنـهـ (ـوـدـعـوـيـ) ظـهـورـ حـصـرـ

الـجـواـزـ فـيـ الـمـسـتـشـنـ فـيـ الـجـواـبـ عـلـىـ سـبـقـ الـاـذـنـ دـوـنـ لـحـوـقـهـ (ـمـرـدـوـدـةـ) عـلـىـ مـدـعـيـهـ ،ـ وـابـنـ ذـلـكـ

مـنـ مـحـلـ النـزـاعـ فـيـ قـاـبـلـيـةـ عـقـدـ الـفـضـوليـ وـتـأـيـرـهـ بـلـحـوقـ الإـجازـةـ وـعـدـمـهـاـ.

وـأـمـاـ الإـجـمـاعـ فـهـوـ مـحـكـيـ عـنـ الشـيـخـ فـيـ (ـالـخـلـافـ) وـابـنـ زـهـرـةـ فـيـ (ـالـغـنـيـةـ) مـؤـيـداـ بـدـعـوـيـ

الـحـلـيـ فـيـ مـضـارـيـةـ (ـالـسـرـائـرـ) عـدـمـ الـخـلـافـ فـيـ بـطـلـانـ شـرـاءـ الـغـاصـبـ بـعـينـ الـمـغـصـوبـ.

وـفـيهـ .ـ معـ أـنـهـ مـوـهـونـ بـمـصـيـرـ الـمـعـظـمـ ،ـ بلـ الـمـشـهـورـ عـلـىـ الـخـلـافـ ،ـ بلـ

الشيخ هو أفتى بالصحة في (نهايته) الذي قيل : إنها آخر كتبه ولعل فتواه بها فيها تعطى كون الإجماع منه منقولا لا محسلا له ، بل لم تنسب الفتوى بالبطلان الى غير مدعيه ، والحلبي من القدماء ، بل المحكي عنهم القول بالصحة بل عن ظاهر (التذكرة) دعوى الإجماع عليه . أنه لا يكفي ما تقدم من أدلة الصحة ، وان ذهب اليه بعض متأنري المتأخرین على ما حکى عنهم كالفارخر والسيد الدمامد والمقدس الأردبيلي والحر في (وسائله) والبحرياني في (حداقه) وقواه جدنا في (مصالحه).

وأما العقل فتقريره . على ما قيل بتوضيح هنا . هو : ان الفضولي متصرف في مال الغير بالعقد عليه بغير اذنه ، والتصرف في مال الغير كذلك قبيح عقلا ونقلأ ، ففي التوقيع المروي عن الاحتجاج «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه».

بيان ذلك : ان العقد حسب ما عرفت معناه الربط بين العوضين بالتبديل بينهما غير أنه ان كان من غير المالك ومن بحكمه كان ذلك الربط ناقصا وضعيفا يتم ويقوى بإجراة المالك وان كان منه كان قويا تماما بحيث يترتب عليه أثره من النقل والانتقال ، وهذا الأمر الحادث في مال الغير تصرف فيه في الواقع لا بالتسامح العرفي وهو محروم منه عنه ، والنهاى يقتضي الفساد فالقول بالصحة الموجبة لما يقتضي الفساد يستلزم القول بعدمها ، فهو من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه وما كان كذلك كان باطلًا بالضرورة.

وبهذا التقرير يتضح لك بطلان قياسه بالاستضافة والاصطلاع بنور الغير وناره لأن المقياس عليه من الانتفاع بمال الغير مجرد عن التصرف فيه بخلاف المقياس الذي هو من التصرف فيه حقيقة . كما عرفت . ولا ملازمة بينهما وأن إحراز الإذن بهذا النحو من التصرف من الحال أو المقال لا يخرجه عن الفضولي بالاتفاق وأنه محروم وان لم يقصد ترتب الأثر عليه لكونه بنفسه

تصرفا ولا يعترف به القائل بالصحة.

ومنه يظهر لك موقع التأمل . بل النظر . في كلام شيخنا في (المكاسب) حيث قال . في الجواب عنه ما لفظه . «والجواب ان العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه . الى أن قال . ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضائة والاصطلاء بنور الغير وناره مع انه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الاذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرجه عن الفضولي ، مع أن تحريمه لا يدل على الفساد ، مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتيب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك ولا ينكره القائل بالصحة» انتهى فالأحسن أن يجاب عنه . كما ذكروه في طي أجوبتهم . أولا . بعدم الدليل على حرمة هذا النحو من التصرف ، لا عقلا لعدم حكمه بحرمتها ، ولا نقاولا لعدم انصراف التصرف فيه الى مثل ذلك ، وثانيا . بعدم دلالة النهي التحريي 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 لاستلزماته 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 إرشادا إلى عدم ترتيب الأثر عليه ، فان النواهي الإرشادية تقتضي الفساد قطعا بعد أن كان معنى الفساد في المعاملة عدم ترتيب الأثر عليها ، وأكثر ما ورد من النواهي في المعاملات من القسم الأخير ، ولذا قيل بالحمل عليه عند الشك فيه ، لأن الظن بالشيء يلحق بالأعم الأغلب وإن كان حقيقة في التحريم ، وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله وكيف كان فلو سلم التحريم فلا نسلم اقتضاءه الفساد هذا.

وقد استدل بعض^(١) للقول بالبطلان بوجهين آخرين :

الأول . ان القدرة على التسليم شرط في صحة البيع بالإجماع المستفيض وهي مفقودة في الفضولي ، لأنه فعل المالك دون العاقد الفضولي.

وفيه . أولاً أنه مبني على شرطية القدرة لمانعية العجز ، وهو غير معلوم ، وان طفحت بالأول عبارتهم واشتملت عليه معاقد إجماعاتهم إلا أنه من المحتمل قويا . كما في الجواهر . إرادة مانعية العجز منه ولو بقرينة تمثيلهم لما لا يكون مقدورا ببيع السمك في الماء ، والطير في الهواء ونحوهما مما يوجب اليأس من حصوله ، واحتلالفهم في صحة بيع الصال والضالة ونحوهما مما يرجى حصوله مع عدمها حال البيع وتظهر الشمرة 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 ان كان المانع ما يلزم من وجوده العدم .

وثانيا . لو سلمنا شرطية القدرة فلا نسلم اعتبارها في مطلق العاقد ، وإنما بطل أغلب الوكالات وهي الواقعه على مجرد العقد وإجزاءه دون لوازمه ، وإنما المعتبر فيها قدرة الموكيل دون العاقد الوكيل ، وليس الا من جهة عدم مدخلية الوكيل في لوازم العقد من التسليم ونحوه ، فعدم اعتبار القدرة في الوكيل المذبور لعدم مدخليته في التسليم لا لوكالته على العقد وهذه الجهة السلبية مشتركة الورود بين الوكيل والفضولي (ودعوى)

(١) المقصود به جدنا الأعلى . قدس سره . السيد بحر العلوم ، ذكره في (مصالحه) الذي لا يزال مخطوطا .

اختصاص تأثير قدرة الموكل بما لو بني عليها عقد الوكيل (ضعفية) بل متنوعة بل هي المعتبرة في الصحة مطلقا ، لأنه المأمور بالوفاء به إلا إذا بني 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 ان الظاهر من عباراتهم كون المعتبر في الصحة وجود القدرة في الواقع دون القدرة المعلومة ، خلافاً لجذنا في (المصابيح) فاعتبر القدرة المعلومة في الصحة والظاهر أن العلم بها شرط للحكم بالصحة دون نفس الصحة وحينئذ فاما أن يعلم بها أو يعلم عدمها أولاً يعلم . وعلى التقادير الثلاث ، فاما ان يصادف وجودها في الواقع أو يصادف عدمها .

فان علم بها وكانت موجودة في الواقع صح على التقديرين كما أنه يبطل كذلك لو كانت مفقودة لانتفاء الشروط بانتفاء شرطه .

وان علم عدمها وكانت مفقودة في الواقع بطل أيضا لانتفاء الشرط على القولين وان 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 .

وان كانت موجودة في الواقع مع العلم بعدها بطل عندنا لوجود المانع وهو اليأس ، لا لانتفاء الشرط وهو القدرة لانكشاف وجوده ، وعند جذنا ، لانتفاء الشرط ولو بانتفاء جزئه وهو وصف العلم .

وان كان لا يعلم وصادف عدمها في الواقع بطل على القولين لانتفاء الشرط ولو بانتفاء جزئه على التقديرين ، وان صادف وجودها بطل لانتفاء الشرط بناء على أنه القدرة المعلومة . وصح عندنا لوجود الشرط وهو القدرة في الواقع وعدم المانع وهو اليأس .

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

هذا وبعد الإحاطة بما ذكرنا في الجواب عن الدليل المذكور يتضح لك موقع التأمل في كلام جدنا . قدس سره . (في المصايم) عند ترجيحه لبطلان الفضولي ما لفظه : «تكميل القدرة على التسلیم التي هي شرط في البيع هي القدرة المعلومة للمتابيعين حال العقد دون القدرة الواقعية لأن الغرر لا يندفع بمصادفة الواقع وإنما يرتفع بالعلم ، فلو باع ما لا يعلم حصولها فيه بطل البيع وان قدر عليه بعده ولو باع ما يعتقد تمكنه منه صح وان تحدد العجز والمعتبر في العلم الوثوق بالتمكن فلا يشترط اليقين ولا يكفى فيه مطلق الظن ، ثم القدرة المعتبرة هي قدرة العاقد إذا كان مالكا ووليا أو وكيلا في البيع ولو زمه ، اما إذا كان وكيلا على خصوص العقد وإجراء الصيغة فالشرط قدرة الموكيل لأن المطالب بالتسليم دون الوكيل . وتظهر الفائدة فيما إذا قدر أحدهما على التسلیم دون الآخر ، فإنه إن كان الموكيل صح البيع ، والا بطل ، ولو كان أحد المتعاقدين وكيلا على البيع وما يتبعه من اللوازم وعلم الآخر بذلك ورضي بتسليم الموكيل كفى في صحة البيع قدرة أحدهما إذا رضي الموكيل برجوعه عليه فلو عجزا معا بطل البيع . وأما الفضولي

فهذا الشرط غير متحقق فيه . ومن ثم نرجح بطلانه ، وذلك لأن الإجازة المالك غير معلومة الحصول إذ قد لا تتحقق القدرة على التسليم مطلقاً وقد تتحقق لكن بالقياس إلى نفس العقد دون لوازمه ، فلا تتحقق من العقد ، وقدرة المالك إنما تؤثر لو بني عليها العقد وحصل التراضي بها حال البيع لما عرفت أن بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الآذن 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 سترفه . 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 مأحوذة في العقد ولو اشترط لم يصح لجهالة الأجل والحاصل إن القدرة قبل الإجازة لم توجد وبعدها ان وجدت فلا تنفع» انتهى .

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

وفيه . انه قاصد للإنشاء وإن علم بعدم ترتيب الأثر على إنشائه ما لم تلحظه الإجازة ، وهذا القدر من القصد كاف في الصحة التي هي بمعنى القابلية ، فهو كبيع المكره الذي لا إشكال في كونه قاصداً لمعنى الإنشاء حقيقة من الكلام الإنسائي ، غير أنه لم يكن مریداً لوقوع أثره في الخارج فإذا تعقبه الرضا الذي هو شرط الصحة بحكم قوله «**تجارةً عن تراضٍ**» وغيره ، صح على المشهور ، وليس إلا لتحقق الإنشاء 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 يقول كلامهم . ولو بالتكلف . إلى ما ذكرناه ، كيف والمازل الذي هو دونه قاصد إلى اللفظ ومدلوله لكن بإرادة صورية ، وبذلك امتاز المازل عن الملحق كالصبي ونحوه القاصد إلى اللفظ دون المعنى وامتاز الملحق عن الغالط الذي لا قصد له إلى اللفظ أيضا ، فمراتب الكلام مع القصد وعدمه متعددة ، وهي مرتبة الغالط وهو الذي لا قصد له للغرض ولا للمعنى ومرتبة الملحق ونحوه وهو القاصد للغرض دون المعنى ، ومرتبة المازل وهو القاصد للغرض والمعنى قصدا صوريا ولذا لو تعقب الرضا بعد المازل لا يجدي في الصحة لعدم الإنشاء حين المازل حقيقة ، والرضا ليس بإنشاء ، والأثر مترب على الإنشاء ، ومرتبة المكره وهو القاصد إلى اللفظ والمعنى الإنساني قصدا حقيقيا إلا أنه لم يكن ذلك منه عن طيب ورضا ، فإذا رضي بالإنشاء المتقدم اجتمعت فيه شرائط الصحة ، ويشهد لما ذكرنا إخراجهم بيع المكره بقيد الاختيار في شرائط المتعاقدين دون القصد ، وبه أخرجوا الملحق والمازل والفضولي كالمكره في تحقق قصد الإنشاء منه حقيقة ، بل مع الرضا أيضا إلا أن المعتبر رضا المالك دون رضاه ولذا أخرجوه بقيد الملك في شرائط المتعاقدين ، فإذا أجاز الملك إنشاء المقصود من الفضولي اجتمعت في عقده شرائط الصحة الفعلية .

فقد ظهر مما ذكرنا فساد ما استدلا 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 محسنه في الأول مرة . إلى عدم الدليل على الصحة بعد أن كان مقتضى الأصل هو الفساد بناء على عدم الدليل المخرج

عنه الا حديث عروة البارقي المختص بغير المقام ، وأخرى . إلى وجود الدليل على البطلان ، وهو بقاء المنع الى ما بعد العقد ولو بآن ما ، فيكون ردا بعد العقد الموجب لسقوط الإجازة عن التأثير في نفوذه بالاتفاق .

والجواب : أما عن الأول ، فبقيام تلك الأدلة المتقدمة من العمومات والإطلاقات الشاملة له بإطلاقها بل بعموم ترك الاستفصال في بعضها ، مع ان جملة منها كالصريحة بعدم الرضا بذلك كرواية حجود الودعي وما تضمن صورة تعددى عامل مال المضاربة عما عينه وأمر به رب المال فتأمل ، الكافي بعضها للخروج به عن الأصل فضلا عن جموعها .
وأما عن الثاني فبمنع كون الباقي بعد العقد هو المنع وإنما هو مجرد عدم الرضا بعد أن كان الرد معناه حل العقد وإبطال 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 فسخا ، وتسمية ما كان منه بعد العقد المؤثر للربط في الجملة ردا فالرد كالفسخ محتاج في تتحققه إلى إنشاء مفقود بالفرض بعد العقد ، فالباقي وهو الكراهة غير الرد ، والرد غير موجود بعد العقد حتى لا تؤثر الإجازة فيه لزوما .

واحتاج المفصل بين ما لو قصد البيع لنفسه أو للملك 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 للعقد ، والمقصود له من وقوع البيع لنفسه غير معاوضة بين المالين بل هو من التسلیط بإزاء التسلیط وليس مطلق التسلیط المقابل بمثله من المعاوضة حقيقة .

وفيه . ان قصد البيع متضمن لقصد نقل المال عن مالكه ^(١) وهذا

(١) منشأ إشكال المفصل : هو ان حقيقة البيع تبديل طرف إضافة

القدر كاف في تحقق ماهيته وتعيين المالك غير معتر في تتحقق حقيقة البيع كما نص عليه غير واحد من الأصحاب ، فكما لا يجب تعينه لا يضر الخطأ فيه.

وبالجملة لما كان قصد البيع مستلزم نقل المبيع عن مالكه تتحقق المعاوضة حقيقة وان انضم اليه قصد وقوعه عن نفسه أو لنفسه . بعد ما عرفت من خروج قصد المنتقل عنه بل المنتقل إليه أيضا عن حقيقة البيع وماهيته.

المالك للمشمن بطرف إضافة المالك للشمن ، وهو معنى المبادلة بين المالين المستلزم لدخول كل منهما في ملك المالك الآخر فقصد حقيقة البيع إنما يتحقق بقصد البائع خروج المشمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك الشمن . وخروج الشمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك المشمن ، فيكون كل من المشمن والشمن بدلاً وعواضاً 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 المشمن وتستند إليه ، وأما لو قصد البيع لنفسه بأن قصد بإنشائه خروج المشمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك الشمن وخروج الشمن من ملك مالكه ودخوله في ملك نفسه لا في ملك المالك للمشمن ، 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 ، وأجازته البيع لنفسه لم تتعلق ببيع الفضولي

هذا وما ذكرناه اولى مما أجاب عنه شيخنا المترضي في (مكاسبه) بما لفظه : «ان قصد المعاوضة الحقيقة مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا وان كان هذا الجعل لا حقيقة له ، لكن المعاوضة المبنية على هذا

واما هي اجازة مبادلة لم تقع من الفضولي. وهو تفصيل موجه. وما ي قوله سيدنا . قده . في دفع احتجاجه وتفصيله : بأن قصد البيع متضمن لقصد نقل المال عن مالكه وهذا القدر كاف في تحقق ماهيته وتعيين المالك غير معترض في تتحقق حقيقة البيع ، لا يدفع غائلة إشكال المفصل ، إذ ليس الكلام في قصد نقل المال عن مالكه حتى يقال بان قصد البيع متضمن له ، وهو كاف في تتحقق ماهيته ولا في اعتبار تعين المالك حتى يقال بعدم اعتباره في تتحقق حقيقة البيع وكل ذلك مسلم بلا كلام ، اغا الكلام في أن البيع بناء على ان حقيقته تبديل طرف اضافة المالك المثمن بطرف إضافة مالك الشمن وجعل كل منهما مكان الآخر لا مطلق تبديل اضافة أخرى ، وهو من الإنسانيات التي لا تتحقق الا بالقصد لا من الواقعيات التي يمكن تتحققها بلا قصد إليها. وعليه فتحقق البيع انا يكون بقصد البائع نقل المثمن من ملك مالكه الى ملك مالك الشمن ونقل الشمن من ملك مالكه الى مالك المثمن بدلا عما دخل في ملكه من المثمن ، فمع تتحقق هذا المعنى بإنشاء البائع الفضولي وقبول المشتري الأصيل لما أنشأ البائع يتتحقق البيع على حقيقته ، فإذا تعقبه اجازة المالك للمبيع واستند البيع اليه بما ، تم البيع له بناء على صحة بيع الفضولي بإجازة المالك ، وأما لو قصد البائع الفضولي نقل المثمن من مالكه الى ملك المشتري ونقل الشمن من مالكه الى نفسه لا الى مالك المثمن وقبل المشتري ما أنشأه فلو أجاز المالك بيع الفضولي على ما قصده لم يكن إجازة للبيع على حقيقته ، وان اجازة لنفسه لم يكن اجازة لبيع الفضولي .

هذا محصل اشكال المفصل. وما ذكره سيدنا . قده . غير دافع

**الأمر غير الحقيقى حقيقة ، نظير المحاز إلا دعائى في الأصول ، نعم لو باع لنفسه من دون
بناء على ملكية المثمن ولا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة**

له ، وعليه فينحصر دفع اشكال بيع الفضولي لنفسه بما ذكره شيخنا الأنصارى . قده . وحاصله : ان الفضولي القاصد نقل مال المالك لنفسه اما أن يكون معتقداً كون المال له اشتباهاً أو يعلم كونه للمالك ولكنه غاصب له ، وهذا على قسمين : فتارة . يكون من الظلمة والسراق وذوي النهب والغارات من يرى ادعاء أن المال له ولا يفرق بين مال نفسه وبين ما تحت يده من المال المغصوب ، وبناء على ذلك الادعاء يقع التصرفات المتوقفة على الملك عليه كما يوقعها على ماله الحقيقي بلا فرق بينهما ، واخرى . لا يكون من أولئك بل يرى أن المال الذي تحت يديه لغيره وأنه غير مستحق له ولا للتصرف فيه ولكن مع ذلك يتصرف فيه بالبيع والشراء عدواً وعصياناً . هذه صور بيع الفضولي لنفسه. أما في الصورة الأولى ، بل وكذا الثانية ، فيمكن دفع إشكال المفصل بأن يقال : ان المعتقد اشتباهاً أن المال له يوقع المعاوضة عليه بما أنه ماله ففي مقام البيع بقصد المعاوضة على حقيقتها بإخراج المال عن ملكه بما هو مالك له إلى ملك المشتري فيدخل المثمن في ملك مالك المثمن عوضاً عما خرج من مالك المثمن إلى مالك المثمن ، وكذا يقال في الغاصب الذي غصب الإضافة من مالكها بغضبه للمال وادعاء أنه له كسائر أمواله فيوقع المعاوضة عليه كما يوقعها على سائر أمواله المملوكة له فإنه لما بني على كون مال المغصوب منه مالاً له ادعاء وتحيراً فعنده إيقاع المعاوضة عليه لنفسه يقصدها على حقيقتها فيخرج المثمن من مالكه إلى مالك المثمن ويدخل بدله في ملك مالك المثمن بما انه مالك له ادعاء ، فهو . كما ذكرنا في سابقه لدى التحليل . قاصد تكون المعاوضة للملك ، فالباء

غير واقعة له ولا للملك لعدم تحقق معنى المعاوضة ، ولذا ذكروا : انه لو اشتري بماله لغيره شيئا بطل ولم يقع له ولا لغيره» انتهى^(١) ومنشأ الأولوية غلبة وقوع البيع من الغاصبين مجردًا عن سبق التنزيل المذكور بالوهدان ، اللهم إلا ان يرجع كلامه . ولو بالتكلف . الى ما ذكرناه

جهة مالكيته المدعاة لكونها خلاف الواقع لا يمنع من صحة المعاوضة للملك الحقيقي لو قبلها الأصيل وأجازها الملك له لا للغاصب . ثم ان البناء المذكور من هذا الغاصب يجعل نفسه مالكًا ادعاء اثما يكون عند غصبه واستيلائه على المال بلا حاجة الى الجعل عند المعاوضة والالتفات اليه ، فلا يقال : ان الغالب وقوع البيع من الغاصبين مجردًا عن سبق التنزيل بالوهدان.

وبالجملة ففي الصورتين المذكورتين يمكن تصحيح المعاوضة للملك بإجازته كما لو قصدها الفضولي ابتداء له وأما الصورة الثالثة وهي : قصد الغاصب إخراج المال من ملك المغصوب منه وإدخال ثمنه في ملك نفسه فلا يمكن تصحيحها بوجه . نعم بناء على القول بإمكان تتحقق المعاوضة بخروج المعرض من ملك شخص ودخول العرض في ملك آخر . كما هو الحال عن القطب والشهيد . قدس سرهما . في باب بيع الغاصب . يتوجه ذلك ، لكنه خلاف ما بنينا عليه من مذهب المشهور .

(١) قد اتضحت 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 بالإضافة ، أعني البيع بالشمن وسد فراغه به ، وليس هو تبديل مطلق بالإضافة بإضافة أخرى ، توضيح ذلك : إن الملكية التي هي جدة اعتبارية واضافة بين الملك والمملوك لها طرفان : أحدهما يرتبط بالملك

ولذا صح . على الأقوى . فيما لو اشتري بماله لغيره شيئاً وقوعه لنفسه وان قصده للغير كما اختاره هو . رحمة الله . في مسألة تعاقب العقود .

والعجب منه مع ذلك نسبة البطلان رأسا إلى فتوى الأصحاب هنا ، مع أنه

والآخر بالملوك ، نظيرها خارجا حبل طرف منه بيد شخص والآخر مشدود برقبة حيوان مثلا ، فكما أن هذا الحبل الخارجي تارة يحل من الحيوان المعين ويشد بآخر ويقى طرفه الذي بيد الشخص على حاله ، وآخر يقى طرفه المشدود بالحيوان على حاله ويؤخذ الحبل من يد الشخص ويسلم الى آخر ، فكذلك الملكية الاعتبارية تارة يكون التبديل فيها بطرفها المتصل بالملوك بحله وشده بآخر معبقاء الربط بالنسبة إلى الطرف المتصل بالمالك وهو معنى البيع وحقيقة ومن هنا قالوا : البيع مبادلة مال بمال ، مما كان مفاده تبديل ملوك بآخر معبقاء المالك على مالكيته ، وعليه فلا بد من أن يكون العوض في البيع وهو الشمن داخلا في ملك من خرج المعرض عن ملكه الى ملك من خرج الشمن من ملكه الى مالك المشمن بدلا 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 للملك . حكم من الشارع المقدس لا ينطأ باختيار ، والأول منها جعل الشارع زمام التبديل واختياره بيد المالكين بحكم قاعدة تسلط الناس على أموالهم اللهم إلا في موارد خاصة تسلب السلطة من المالك وتجعل لآخر حسب ما هو مذكور في موارده .

إذا عرفت ذلك فإشكال بيع الغاصب لنفسه يكون من جهتين :

الاولى إن المعاملة الصادرة من الغاصب مخالفة لحقيقة البيع على ما ذكرنا من ان حقيقته تبديل طرف الإضافة من ناحية المال المملوک ، ومقتضاه دخول الشمن في ملك من خرج المشمن 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 بالاشتاء. واما وقوعه للأمر فهو محل الكلام ، بل الأقوى فيه

دخول الشمن في ملكه بإزاء خروج المشمن من مالكه ، فهو غير قادر لحقيقة البيع الجهة الثانية المتفرعة على الجهة الاولى . أن الإجازة الصادرة من المالك لالمعاوضة المقصودة للغاصب. ان كانت اجازة لما قصده الغاصب من دخول الشمن في ملكه بدلا عما خرج من ملك المغصوب منه الى مالك الشمن فهي . بالإضافة إلى أنها ليست اجازة للبيع على حقيقته ، فكيف تكون مصححة لبيع الفضولي . تقتضي دخول الشمن في ملك الغاصب في قبال خروج المشمن من ملك المغصوب منه ، وهو خلاف ما هو المتسالم عليه بينهم من دخول الشمن في ملك المالك بإجازته البيع ، وان كانت الإجازة من المالك موجبة لنقل الشمن من المشتري إليه في قبال خروج المشمن من ملكه إلى المشتري ، فهذه الإجازة لم تكن اجازة لما وقع من الفضولي بل هي معاملة مستقلة بينه وبين المشتري ولا ربط لها بما وقع من الفضولي .

هذا ويمكن دفع الاشكال من جهتيه بأن يقال : الفضولي القاصد بيع مال الغير لنفسه : اما أن يكون معتقدا كونه له اشتباهها ، وأما أن يكون غاصبا له أما في صورة جهله واسبابه باعتقاده أن المال له فلا ريب في تتحقق المعاوضة الحقيقة منه فإنه قادر خروج المال من ملك مالكه إلى ملك المشتري ودخول ثمه في ملك مالك المشمن عوضا عنه غير أنه لما اعتقد خطأ كونه المالك للمشمن قصد المعاوضة لنفسه فهو لدى الحقيقة قاصدتها المالك المشمن ونظرا لاشتباهه وتطبيق المالك على نفسه قصدها لنفسه فيلغو اشتباهه وتصح للمالك الحقيقي بإجازته . واما الإشكال في تتحقق قصد المعاوضة الحقيقة من الغاصب فيمكن ان يقال : ان غالب الغصاب . لا سيما الظلمة والسراق

ذلك بل لا حاجة إلى الإجازة بعد لوقوع الاذن 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 اضافة وجدة اعتبارية فيبيع ما يملكه بالادعاء كسائر أمواله التي هي تحت سلطانه وبهذا الاعتبار تصدر المعاوضة منه على حقيقتها فيوقعها على المالكين . للمالكين ثم ان البناء والادعاء المذكور من الغاصب ورؤيه نفسه مالكا الذي هو لا يبني على أساس صحيح لا يضر بالمعاوضة الواقعه منه ولا يوجب فسادها كسائر مواضع صحة العقد ، بل هو كسائر العقود الصادرة من الفضولي من ناحية الصحة التأهيلية ، فهو اي الغاصب نظير من امتنل بصلاته الأمر الواقعي الصادر من الشارع المقدس المتصرف بالاستحباب بانيا على وجوبه تشريعا ، فان الظاهر صحة فعله وامتناله ولغوية بنائه ، وكذا هنا نقول بصحة بيعه ومبادله ولغوية بنائه وادعائه من حيث أنه لا واقع له . ثم ان البناء المذكور وغضب الإضافة وقطع حبل الملك ووصله بنفسه الموجب لقصده المعاوضة الحقيقية بين المالين حاصل للغاصب المذكور من حين الغصب والاستيلاء على مال الغير عدواً ولا يلزم أن يكون حاصلاً حين إنشاء المبادلة حتى يقال . كما في كلام سيدنا . قوله : ان الغالب وقوع البيع من الغاصبين مجردًا عن سبق التنزيل المذكور بالوجودان (انتهى) ، إذ الوجودان شاهد بان الغاصب المذكور والسارق والناهب مال غيره يقع المعاملة على ما غصبه كما يوقعها على مال نفسه بلا تفاوت ، وما ذلك الا من حيث سبق ذلك التنزيل وغضب الإضافة المالكية

يجعلها لنفسه وليس المدعى ان كل معاوضة تصدر من الغاصب فيما لو قصدها لنفسه قابلة للتصحيح بالإجازة ولو لم تكن مسوقة بالادعاء والبناء المذكور. ويكتفى القائل بالتصحيح الإيجاب الجزئي واحتقاره بالمعاوضات الصادرة من الظلمة والسراق وأهل النهب والغارات ومن كان من قبيلهم ولا مضائقه عن البطلان وعدم قابلية التصحيح بالإجازة في المعاملات الصادرة من غير هؤلاء من الغاصب من يقصد دخول الشمن في ملكه في قبال خروج المثمن من مالكه المغصوب منه المال. ثم ان الإجازة من المالك لبيع الغاصب فيما لو باع لنفسه إمضاء نفس المبادلة بين المالين الواقعه منه دون ما قارن ذلك من البناء والادعاء غير المبني على أساس شرعي فتكون على هذا كالإجازة الصادرة من المالك لبيع الفضولي المعتقد اشتباها كون المال له. وعلى هذا فالإجازة تقتضي دخول الشمن في ملك من خرج المثمن من ملكه وهو المالك دون ما قصده الفضولي اشتباها أو بناء وادعاء الملغى ذلك شرعا. فاتضح الأمر وارتفاع الاشكال من ناحية الإجازة كما ارتفع من ناحية قصد المعاوضة الحقيقة.

هذا حكم من باع مال غيره لنفسه مع اجازة المالك البيع له وانه اما يصح فيما لو اعتقاد البائع ان المال له اشتباها وفيما لو بني على كونه له ادعاء دون ما إذا لم يسبق منه اعتقاد أو بناء وادعاء ، وأما من اشتري ماله لغيره شيئا ، فتارة يكون الداعي والباعث للمشتري في اشتراطه المال ان يجعله للغير بعد الشراء بنقله إليه بمعاوضة أو هبة مجانية فهو باشتراطه المال قاصد للمعاوضة الحقيقة إذ هو قاصد نقل الشمن منه الى ملك مالك المثمن عوضا عمما يدخل في ملكه من مالك المثمن ، ولا إشكال في ذلك واخرى يقصد المشتري باشتراطه خروج الشمن من ملكه الى ملك مالك المثمن عوضا

عما يخرج من مالك الشمن الى ملك الغير ، فهو غير قاصد للمساعدة على حقيقتها فإنه قصد خروج الشمن منه الى البائع ودخول المبيع في ملك الغير بدلا عن الشمن الذي خرج منه اليه ، ولا وجه لتصحیحه لا للغير ولا لنفس المشتري اما للغير فلانة خلاف مقتضى حقيقة المعاوضة ، وأما لنفس المشتري فلعدم قصده الشراء لنفسه ، بل قصد الغير به ، ومجرد كون الشمن الذي اشتري به الشيء ملكا للمشتري لا يجعل الاشتراء له قهرا . كما يظهر من سيدنا . قده . فان العقود صحة وفسادا تتبع القصود ، وما ذكره . قده . من خروج قصد المتنتقل عنه والمتنتقل اليه عن حقيقة البيع : ان كان المراد به عدم اعتبار قصد البائع المتنتقل عنه والمتنتقل اليه وتعيشه في حقيقة البيع وأنه يكفي في ذلك قصد خروج المبيع من مالكه الواقعي إلى مالك الشمن وخروج الشمن من مالكه الواقعي إلى مالك الشمن وان لم يعلمهما البائع فعلا . كما لو كان وكيلا . ولم يعلم بنحو التعيين الموكلا له ، فهو مما لا اشكال فيه . ولكن بحسب الظاهر لا يريد ذلك ، بل مراده كفاية وقوع البيع أو الشراء لشخص وصحته له كون الشمن أو الشمن له واقعا وبلغو قصد البائع أو المشتري خلافه فمن قصد كون البيع أو الشراء لزيد مثلا مع كون الشمن أو الشمن لغيره يلغو قصد كونهما لزيد ، ويقع لمالك الشمن والشمن ، فهو ما ذكرناه من عدم إمكان الموافقة عليه ، ولم يتضح ما نسبة لشيخنا الأنصارى . قده . : من اختياره في مسألة تعاقب العقود صحة شراء شخص بماله شيئا لغيره ووقعه لنفسه وان قصده للغير .

وعلى كل فالأقوى بطلان الشراء المذكور فيما لو قصد المشتري بالشراء خروج الشمن من مالكه الى مالك الشمن وخروج الشمن من مالكه البائع إلى الغير بناء على ما اخترناه من مذهب المشهور . نعم بناء على ما ذكره

. القطب والشهيد . قده . من إمكان تحقق المعاوضة بخروج المال من ملك شخص ودخول عوضه في ملك آخر ، فلصحته وجه . وحكم الأصحاب بالبطلان فيما لو دفع شخص مالاً للغير ليشتري به لنفسه شيئاً فاشتراه لنفسه وجهاً كون الاشتراء المذكور خلاف مقتضى حقيقة المعاوضة واحتمال إرادتهم من البطلان عدم وقوعه للمشتري المأمور بالاشتاء دون الأمر . كما احتمله سيدنا . قده . خلاف الظاهر من حكمهم البطلان .

(فما قوله) سيدنا . قده . من الحكم بوقوعه للأمر بقوله : وأما وقوعه للأمر فهو محل الكلام بل الأقوى فيه ذلك بل لا حاجة فيه للإجازة لوقوع الإذن منه بل الأمر وإن قصد به للغير للغوية القصد المزبور (غير) واضح فإن ما وقع من المأمور مصداق خارجي من المبادلة قصد به المأمور اشتاء شيء له بمال الأمر ومرجعه إلى كون الشمن الخارج من ملك الأمر إلى ملك البائع بدلاً وعواضاً عما يخرج من ملك البائع إلى ملك المأمور بالاشتاء وإذا كانت المبادلة الخارجية الصادرة من المشتري المأمور باطلة لكونها خلاف حقيقة المعاوضة إذ المعوض فيها لم يقصد دخوله في ملك من خرج العوض من ملكه وهو الأمر بل قصد دخوله في ملك المأمور عوضاً عما خرج من ملك الأمر إلى مالك المعوض فمع فرض بطلانها على ما قصد المتباعان كيف يمكن أن تقع وتصح للأمر بإذنه أو إجازته في حين ان موقعها لم يقصد لها وإنما قصدها لنفسه ، وهل هي إلا معاملة واحدة خارجية باطلة ، ولا وجه مقاييسها ببيع الغاصب أو المشتبه مال الغير لنفسه أو اشتراكه به شيئاً لنفسه حيث قلنا : إن تلك المبادلة وإن لم تصح على ما قصدها موقعها الفضولي ولكنها قابلة للتصحيح بالنسبة إلى المالك بإجازته لها ، وذلك لفارق بين المعاملة التي يوقعها الغاصب أو المشتبه وبين هذه المعاملة الصادرة من المأمور

باشتاء شيء لنفسه بمال الآخر أو اشتائه لنفسه بلا أمر من المالك الشمن ، وذلك لما ذكرنا سابقا ان الغاصب المتسلط على مال الغير بالنهب والغارة أو السارق له أو نحو ذلك من يرى ادعاء ان مال الغير له كسائر أمواله المملوكة له أو المشتبه المعتقد ان مال الغير له نظرا لسبق بنائهم على كون المال لهم وأخما المالكان له فعند إنشائهم المبادلة على ذلك المال يقعان المعاوضة على حقيقها بعد التنزيل والادعاء أو الاعتقاد والاشتباه فيقصد ان خروج المال من ملكهما بما هما مالكان له الى ملك الطرف ودخول عوضه في ملكهما بدلا عما خرج من ملكهما الى ملكه ، فهي على هذا معاوضة حقيقة مرجعها وتحليلها مبادلة بين مالين لمالكهما ولما كان بنائهم السابق على العقد لا واقع له ولا أساس له شرعا فيلغوا ، ولا يقتضي إلغائه بطلان المبادلة المذكورة المبنية على البناء المذكور ، وعدم قابليتها للتصحيح من المالك العين بإجازته لها ، فتصح له شأن غيرها من المعاوضات الفضولية.

وهذا بخلاف ما هو محل الكلام وهو اشتاء شخص شيئا لنفسه بمال الغير بأمر منه أو بلا أمر أو اشتاء شيء لغيره بشمن مملوك للمشتري ، فإن المعاملة المذكورة في الصورتين المذكورتين على خلاف مقتضى المعاوضة الحقيقة حيث لم يقصد بما دخول الشمن في ملك من خرج الشمن من ملكه الى مالك الشمن ، فهي على ما قصدها المتعاملان باطلة لما ذكرناه من كونها خلاف حقيقة المعاوضة ولم تكن صالحة للتصحيح بالنسبة إلى المالك للشمن واقعا بإذنه أو إجازته . كما قلناه في بيع الغاصب والمشتبه . والحاصل ان الغاصب المتغلب والمشتبه إنما يبيعان مال الغير لنفسهما بما هما مالكان له ادعاء أو اعتقادا فهما لدى الحقيقة يبيعان مال الغير لمالكه غایة الأمر هما مخطئان في تطبيق المالك على نفسها فيلغوا ما أخطأوا فيه من التطبيق ويصبح البيع للمالك الحقيقي

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

و بما ذكرنا ظهر الجواب عما لو قرر المعن بوجه آخر وهو أن الإجازة إنما هي إمضاء لمضمون العقد ومضمونه غير متحقق بل غير مقصود ، فالمحاجز غير واقع والواقع غير محاجز ، وذلك لأن الإجازة وان تعلقت بما اشتمل

بإجازته ، وهذا بخلاف من اشتري لنفسه بمال غيره شيئاً فسواء كان الشراء بإذن من مالك الثمن أو بدون إذن منه إنما يشتري المشتري ذلك الشيء لنفسه بما هو لا بما هو مالك للثمن الذي اشتري به الشيء حتى يكون الشراء لدى التحليل مالك الثمن ، فيصبح بإجازته أو يكتفي باذنه فيما لو كان الشراء باذنه . كما يقوله سيدنا .

قدره . وإذا لم يصح الشراء مالك الثمن لكونه غير مقصود بالشراء ولا لنفس المشتري لعدم إمكان دخول المثمن في ملكه عند كون الثمن ملك غيره فلا محالة يقع باطلاً غير صالح للتصحيح وكذا من اشتري لغيره شيئاً بشمن مملوك له لا للغير فإنه يقع باطلاً ولا قابلية لتصحيحه لا من قصد الشراء له لكونه غير مالك للثمن ولا لنفس المشتري لكونه غير مقصود بالشراء .

(١) مقتضى ما سبق في التعليقة انه في الصورة الثانية وهي ما لو اشتري لنفسه بمال غيره يمكن تصحيح الشراء مالك الثمن بإجازته وإلغاء قصد المشتري كون الشراء لنفسه وذلك فيما لو كان المشتري بانيا على كونه المالك للثمن تعليباً وعدواناً أو اشتباهاً واعتقاداً بنحو ما ذكرناه سابقاً : من أن اشتئاته لدى التحليل يكون مالك الثمن وقد نفسه لكونه على غير أساس شرعي يكون لاغياً فمع اجازة مالك الثمن ذلك الشراء يقع له . وأما الصورة الأولى

عليه العقد غير أنها تؤثر فيما يمكن تأثيرها فيه من وقوع نقل الملك عن مالكه ، 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 توهם .

هذا ولو أحاز المالك بيع الفضولي لنفسه حسبما قصده ، ففي وقوعه له وجه احتمله شيخ مشايخنا في شرحه على (القواعد) ووجهه . كما عن بعض تلامذته . مبني إما على دخوله أنا ما في ملك الفضولي لاستلزم وقوعه له مع استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير مالك الآخر لذلك نظير قوله : أعتق عبدك عنى ، أو على تنزيل الإجازة اللاحقة منزلة الإذن السابق مع إنكار لزوم دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر . كما عن بعض .

وفي كلا الوجهين نظر لثبوت الملازمة عقلا بعد فرض المعاوضة بين المالين وعدم الدليل على وقوعه له حتى يتلزم بمحذور دخوله أنا ما في الملك كيف ، والدخول في الملك بدلاله الاقتضاء فرع ثبوت المقدمتين المنوعة إحديهما في المقام ، ضرورة أن وقوع المقصود بالإجازة حسبما قصد أول الكلام بل محل منع .

ثم ان هيئنا اشكالا على القول بصحة الفضولي ^(١) وهو ان بيع

وهي ما لو اشتري المشتري بماله لغيره بان قصد بمعاملته خروج الشمن من ملكه الى مالك المشمن وخروج المشمن من مالكه الى الغير (فدخول) المشمن في ملك المشتري المالك للشمن قهرا وإلغاء 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 اجازة المالك في انتقال الشمن اليه ولغوية قصد الفضولي كما ذكرنا : انما الكلام أورد البيع

الغاصب مطلقا ولو لنفسه يعد من الفضولي عند الأكثـر ، ومقتضاه على القول بالصحة وقوعه للملك بالإجازة ومع الرد للمشتري استرداد ما دفعه ثـمـا للبائع الغاصب لو رجع المالك عليه بسلعته مطلقا حتى مع علمه بالغاصب وبقاء العين بيد الغاصب ، مع ان المنسوب الى ظاهر الأصحاب . بل الى نصـهمـ كما في الإيضاح . عدم جواز الاسترداد في الصورة المزبورـةـ.

لا يقال : ان الاشكـالـ اـنـماـ يـردـ عـلـىـ القـوـلـ بـأـنـ الإـجازـةـ نـاقـلـةـ ، وـأـمـاـ عـلـىـ الـكـشـفـ فـلـاـ

ولم يمضـهـ ، فـهـلـ لـلـمـشـتـريـ اـسـتـرـجـاعـ الشـمـنـ مـنـ الغـاـصـبـ مـعـ عـلـمـهـ بـكـوـنـهـ غـاـصـبـاـ رـبـماـ يـقـالـ بـعـدـ جـوـازـ الرـجـوعـ بـهـ عـلـيـهـ وـلـوـ كـانـ مـوـجـودـاـ عـنـدـ يـتـوهـمـ أـنـ المـشـتـريـ مـلـكـهـ إـيـاهـ تـمـلـيـكـاـ بـجـانـيـاـ مـعـ عـلـمـهـ بـكـوـنـهـ غـاـصـبـاـ لـلـمـبـيعـ وـلـكـنـهـ توـهـمـ فـاسـدـ إـذـ المـشـتـريـ إـنـاـ مـلـكـ الشـمـنـ لـلـغـاـصـبـ بـمـاـ هـوـ مـالـكـ لـلـمـشـنـ اـدـعـاءـ وـسـارـقـ لـلـإـضـافـةـ وـبـانـ عـلـىـ أـنـ مـالـكـ لـهـ فـيـكـونـ تـمـلـيـكـهـ الشـمـنـ لـهـ عـوـضـاـ عـنـ مـلـكـيـتـهـ لـلـمـشـنـ وـلـمـ يـكـنـ تـمـلـيـكـهـ لـهـ بـمـاـ زـيـدـ بـنـ عـمـرـ مـثـلـاـ بـلـ بـمـاـ أـنـ مـالـكـ لـهـ لـلـمـشـنـ ، فـتـمـلـيـكـهـ مـعـاوـضـيـ وـمـنـ هـنـاـ لـوـ أـجـازـ الـمـالـكـ الـمـعـاوـضـةـ يـنـتـقـلـ الشـمـنـ إـلـيـهـ بـإـزاـءـ ماـ يـخـرـجـ مـنـ مـلـكـهـ إـلـىـ المـشـتـريـ مـنـ الشـمـنـ ، وـكـيـفـ يـكـنـ الجـمـعـ بـيـنـ كـوـنـ تـمـلـيـكـ الشـمـنـ لـلـمـالـكـ بـعـنـوانـ الـمـعـاوـضـةـ عـلـىـ تـقـدـيرـ إـجازـتـهاـ وـلـلـغـاـصـبـ بـجـانـيـاـ مـعـ فـرـضـ رـدـهـاـ . وـهـلـ هـيـ إـلـاـ مـعـاـمـلـةـ وـاحـدـةـ وـإـنـشـاءـ بـسـيـطـ غـيرـ صـالـحـ لـكـوـنـهـ مـعـاوـضـيـاـ عـلـىـ تـقـدـيرـ وـبـجـانـيـاـ عـلـىـ تـقـدـيرـ آـخـرـ . ثـمـ لـوـ فـرـضـنـاـ صـحـةـ الدـعـوـيـ المـذـكـورـةـ وـانـ الشـمـنـ مـلـكـ لـلـغـاـصـبـ بـجـانـيـاـ عـلـىـ تـقـدـيرـ الرـدـ مـنـ الـمـالـكـ ، فـلـاـ يـخـرـجـ عـنـ كـوـنـهـ هـبـةـ بـجـانـيـةـ يـجـوزـ لـلـوـاهـبـ الرـجـوعـ بـهـاـ مـاـ دـامـتـ الـعـيـنـ باـقـيـةـ وـلـاـ يـزـيدـ حـكـمـهـ عـلـىـ حـكـمـهـاـ .

وبالجملة فمن بعيد التزام قائل بعدم جواز رجوع المشتري على الغاصب بالشـمـنـ مـعـ وـجـودـهـ عـنـدـ رـدـ الـمـالـكـ وـعـدـ تـنـفـيـذـهـ الـمـعـاـمـلـةـ إـذـ هـوـ لـاـ يـرـجـعـ إـلـىـ وـجـهـ وـحـيـهـ وـلـاـ بـدـ مـنـ تـأـوـيلـ كـلـامـ القـائـلـ بـهـ لـوـ فـرـضـ وـجـودـهـ نـعـمـ القـوـلـ

لأن الإجازة على تقديره تكشف عن تقدم سبب تملك المحيز وهو العقد على التسلیط الموجب لتملك البائع فيكون التسلیط منه للبائع من التسلیط على مال الغیر ولا كذلك على القول بالنقل لسبق التسلیط حيثذا على الإجازة التي هي سبب النقل أو جزء السبب فهو حيثذا من التسلیط على مال نفسه.

لأنا نقول : ان المعاوضة ان لم تكن مقصودة فلا صحة حتى تؤثر الإجازة في عقدها لزوما فلا يجدي حيثذا في تملك المحيز سبق العقد على التسلیط ، وان كانت مقصودة لم يكن التسلیط للبائع مجانا ، بل تسلیط بعوض ، ومقتضاه جواز الاسترداد على تقدیر الرد حتى على القول بالنقل. ولعله

بعدم ضمان الغاصب بدل الشمن لو تلف عنده بلا تفريط وانه ليس للمشتري تغريمہ كما نسب الى بعض موجه إذ هو من صغريات : ما لا يضمن بصحیحه لا يضمن بفاسدھ ، فإن المشتري مع علمه بكونه غاصبا وأنه غير مالك للمثمن حقيقة سلطه على الشمن تسلیطا مجانيا لكونه عالما بان عوضه لا يخرج عن ملكه بل من المالك على تقدیر الإجازة وتسلیطه إياه وان كان معاوضيا كما ذكرنا ، ولكن لما لم يكن عوضه من الغاصب بل من المالك ، فهو بالنسبة إلى الغاصب تسلیط مجاني والحاصل أنا وان قلنا ان تسلیط مالك الشمن للغاصب على ماله تسلیط معاوضي ومن هنا قلنا بجواز استرداده لو كان موجودا عند ردة المالك المعاملة وعدم إمضائها ، ولكن حيث لم يضمن الغاصب الشمن لمالكه الا بان يدفع اليه عوضه المملوك له ادعاء وهو مال المغصوب منه حقيقة فهو لم يضمنه على ان يدفع اليه عوضه من ماله الحقيقي فهو بالنسبة إليه تسلیط مجاني. وليس كسائر المعاوضات الفاسدة مما يكون تسلیط المشتري للبائع على الشمن بإزاء عوضه المعمول له عند إنشاء المعاوضة من ملك البائع فهو ضامن للشمن لكون ذلك من صغريات أصل ما يضمن بصحیحه يضمن بفاسدھ.

يأتي تمام الكلام فيه . إن شاء الله تعالى . في مسألة تعاقب الأيدي.

ثم ليعلم انه لا فرق في صدق الفضولي وصحته . على القول بما . بين كون المعقود عليه عينا خارجية للغير أو كليا في ذمة الغير . ثمنا كان أو مثمنا . غير أن تعين الذمة وتشخيصها كما يكون بالإضافة كقوله : بعترك قفيزا من الحنطة في ذمة زيد بكذا أو بعترك كذا بدرهم في ذمة زيد كذلك يتعين مع عدمها لمن قصد العقد له لتوقف ذلك على كون الشمن أو المشن في ذمته حتى يتحقق المعارضة 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 تقديمها للتعيين بالإضافة على التعين بالقصد لكون المعاوضة بينهما من تعارض النص والظاهر لصراحة النسبة بالإضافة وظهورها بقصد الواقع له الناشئ من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير مالك الآخر فيلغو هنا قصد المتقل عنده والمتقل اليه ، كما عرفت لعوتيه لو كان شخصيا مع قصد المعاوضة لغير مالكه ، حينئذ فإن أحجاز صاحب الذمة وقع العقد له وان رد بطل رأسا مطلقا سواء كان تعين الذمة بالإضافة أو بالقصد خلافا لبعض في الأخير ^(١) وهو مشكل إن

(١) بيع الكلي في ذمة الغير فضولا أو الاشتاء له كذلك يكون : تارة بإسناد البيع أو الشراء اليه صريحا كقول الفضولي للأصيل : بعترك منا من الحنطة في ذمة زيد . مثلا . بكذا أو اشتربت منك منا بكذا درهم في ذمة زيد ، وآخر يكون صرف ذلك الى الغير بمجرد القصد والنية من دون ذكر لذلك باللفظ في متن العقد. أما في صورة بالإضافة إلى الغير صريحا ، فلا إشكال في كونه من الفضولي فيصح مع أحجازة من أضيف اليه ويبطل مع رده وأما في صورة مجرد القصد والنية ، فالمتقول عن جماعة من أصحابنا . قدس سرهم . ان العقد المذكور يصلح ان يكون للمنوي

أريد وقوعه له في الواقع . وان أريد به الحكم الظاهري لإطلاق الذمة مع عدم إضافتها للغير كان له وجه ، وان أمكن الخدشة فيه لأنه ما لا يعلم إلا من قبله فالقول قوله بيمنه ومقتضاه البطلان رأسا برد من قصد له لا وقوعه للعقد ولا ظهور اللفظي فيه حتى يكون متبعا في إفادة مدلوله : بل هو من ظهور حال المعاملة ولا دليل على اعتباره والتعبد به فتأمل .

من حيث القصد والنية فيصير عقدا له ، ويلزم به بعد الإجازة منه ولو رده يقع عن المباشر واقعا ، ويلزم به ما لم يصدقه طرفه بيته ، والا فيبطل ولا يلزم المباشر الالتزام به لا واقعا ولا ظاهرا .
والحاصل انهم فرقوا بين اسناد العقد الى الغير صريحا ، فيحكم بالصحة مع الإجازة ، وبالبطلان مع الرد ، وبين صرفه الى الغير بالنسبة ، فيحكم بصحته على كل تقدير عند عدم تصديق طرفه بيته ، فيصبح من الغير ، ويلزم بمحضه مع أجراته للعقد ومن المباشر له مع رده للعقد ، ويكون لازما من ناحية المباشر واقعا حينذاك لا الحكم بنفوذه من المباشر ظاهرا لإطلاق الذمة الظاهر في ذمته مع عدم إضافتها إلى الغير ليحدث فيه بأنه ما لا يعلم إلا من قبله فالقول قوله بيمنه ، ومقتضاه البطلان يرد من قصد له لا وقوعه للعقد . الى آخر ما ذكره سيدنا الحال .

نعم يمكن ان يخديش في ذلك بأن نية الغير : ان كانت مؤثرة في صرف العقد اليه فلا وجه للفرق بينها وبين الإضافة إلى الغير صريحا ، وان لم تكن مؤثرة في ذلك فلا وجه لصلاحية اسناد العقد الى الغير المنوي لكون المفروض إلغائهما وعدم تأثيرها في شيء .

هذا ويمكن توجيه ما افادوه بما ذكرناه في بعض تعليقاتنا من ان البيع الذي هو تبديل طرف الإضافة بمثله من إضافة أخرى لآخر ، إذا أنشأ بالعقد الواقع من المتابعين فالمنشأ به معنيان : أحدهما . بالموافقة وهو تبديل

هذا وقد يختلف بالبال في المقام اشكال ، وهو ان تعيين الذمة في الشمن الكلي من مشخصات الشمن يختلف باختلافها ولذا يبطل لو باع بدرهم في ذمة ما أو في ذمة من يحيىز وحينئذ فإن قصد البائع ذمة المشتري وقصد المشتري ذمة غيره اختلف الشمن باختلاف الذمة وهو يقتضي البطلان مطلقاً وان أحاز من قصده المشتري ، وانه كما لو قصد البائع البيع بالشمن الشخصي وقصد المشتري وقوع غيره ثمناً مع أنهم بنوا . هنا وفي فروع المضاربة . على وقوعه للغير إن أحاز وإن فللمشتري مع ان القاعدة تقتضي في ذلك بطلان العقد.

المبيع بالشمن وثانيهما بالالتزام وهو التزام كل من المباعين لصاحبه بما أوجده من التبديل . ومن هنا سمي إنشاؤهما عقدا ، فإنه العهد المؤكّد نظوا لالتزام كل منهما وتعهده لصاحبه بخروج ما يملكه من الشمن أو الشمن عن ملكه ودخوله في ملك الآخر بإزاء ما يخرج من ملك صاحبه إليه ، وبالعقد الواقع منهمما يملك كل منهما التزام الآخر ويتسلط عليه بنحو لا يجوز لكل منهما رفع اليد عن التزامه الا برضاء صاحبه ومنه تطلق الإقالة التي هي رفع كل منهما يده عمما يملكه من التزام صاحبه فيرجع كل من التزامه وليس الإقالة بيعاً كما ربما يتوهّم وإنما هي رفع الالتزام من كل من المباعين ومنه يظهر أيضا وجه الخيار المجعل شرعاً أو من المتعاقدين لأحدهما أو لكل منهما فإنه ملك من له الخيار التزام نفسه والتزام الآخر فيما لو كان الخيار لأحدهما فيصبح له الرجوع عمما التزمه لصاحبه المعبر عنه بالفسخ وما لو كان الخيار لكل منهما فان كلاً منهما يملك التزامه فله حله فتنفسخ المعاملة حينئذ ويرجع كل من العوضين الى ملك مالكه الأول . ثم ان المشتري للسلعة لو نوى حال الشراء كونه لثالث فمقتضى اسناد الالتزام الى نفسه وكونه طرفاً للالتزام العقدي مع البائع كون الشراء له وذمته المشغولة بالشمن إذا كان كلياً ولا اثر لصرفه الشراء الى الثالث بالنسبة ما لم يضفه اليه صريحاً.

هذا ولكن يمكن ان يقال : ان الفقهاء في مقام تقسيم البيع بالنسبة الى رأس المال إلى مساومة ومراجحة

وموضعية ذكرها قسماً رابعاً سموه : بيع

ولكن يدفعه : ان تعين الذمة انا يعتبر لتحقق معنى الملك لا لتشخيص الشمن الذي هو الدرهم الكلي ، وليس معرفة من عليه الشمن إلا كمعرفة من له الشمن الذي قد عرفت خروجه عن حقيقة البيع لأن صاحب الذمة هو

التولية ، وهو اشتاء شخص سلعة بثمن في ذمته ثم إعطاء ما اشتاه من البائع للغير برأس مال ما اشتاه به بان يقول له بعد علمه بالشمن وما يتبعه من الشرط : وليتك العقد ، فإذا قبل الغير لزمه مثله جنسا ووصفا وقدرا وما يتبعه من شرط فالمشتري للسلعة المالك للالتزام باعها بالاشتاء منه ينقل ما ملكه بالعقد من الالتزام الى من وله العقد ، فيصير هذا الثالث مالكا للالتزام البائع والبائع مالكا للالتزامه كما لو كان هو بنفسه مشتريا من أول الأمر فتشتغل ذمته للبائع بالشمن ويضمنه له في طول ضمان المشتري للسلعة ، فلو رجع البائع عليه بالشمن لا يرجع على المشتري . ولو رجع البائع على المشتري بالشمن يرجع به على من وله العقد لأن ذمته مخرج لذمته.

إذا تبين ذلك ، فقد يقال : ان مجرد نية الغير في اشتاء السلعة من باعها وان لم تؤثر في صرف الالتزام الى الغير بل هو الملزم به لطرفه البائع لها ولكن قصد الغير باشتائه يصلح بان يكون بمنزلة إيجاب بيع التولية المفترض الى قبول الغير فان تعقبه ما هو قبول له من اجازة ذلك الغير لذلك العقد حسب ما لواه انصرف العقد وصح إسناده إلى الغير فيلتزم بما يلتزم به القابل في بيع التولية . وبالجملة فالصادر عن المباشر بقصد الغير له نسبة فعلية الى المباشر وقابلية التحويل الى الغير بواسطة قصده المتوقف على قبوله بإجازته وان رد من قصدت المعاملة له وقعت لنفس المباشر واقعا فما ذكره البعض من الفرق بين اسناد المعاملة إلى الغير صريحا من الصحة مع الإجازة وبالبطلان مع الرد وبين ما إذا قصد كونها للغير من صحتها على كل تقدير فمع الإجازة تنفذ عن الحizir ومع الرد عن المباشر واقعا له وجه وجيه .

المالك للشمن في الحقيقة نعم لو كان الشمن 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 الأقوى لرجوعه إلى اختلاف الشمن حينئذ ولو باختلاف وصفه فكما ان وصف النقد والنسمية موجب لاختلاف الشمن وان كان كليا فكذا يختلف باختلاف من عليه الدين فافهم .

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

(١) قد يقال ان في جريان الفضولي في المعاطاة إشكالا بل منعا أما بناء على إفادتها للإباحة فلكون سببها المؤثر التسلط المالكي لا تسلط الغير ، فاجازة المالك تسلط الغير هو تمام المؤثر في الإباحة وليس لتسلط الفضولي اي مدخلية في ذلك ، فإن الفضولي إنما هي في مورد يكون فعل الفضولي هو السبب المؤثر واجازة المالك من قبل الشرط لفعالية الأثر ليتصور النزاع في كونها كافية أو ناقلة وأن الأثر المقصود بناء على كون المعاطاة مفيدة للإباحة إنما يترتب على اجازة المالك وهي السبب التام في إباحة التصرفات في العين للأصل ، ولا يكون لإعطاء الفضولي أثر في ذلك أصلا. وعليه فجريان الفضولي في المعاطاة بناء على الإباحة لا معنى له .
واما بناء على إفادتها الملكية. فيقال ذكرنا سابقا ان البيع الذي هو تبدل طرف إضافة ملكية بطرف اضافة مثلها لآخر تارة ينشأ بلفظ دال على مفهومه ومعناه كبعث مثلا ما ورد فيه هيئة الماضي على مادة البيع ، واخرى ينشأ بفعل خارجي معنون بعنوان العطاء وبما ان قصد المعطى تملك ما أعطاه للغير بعوض ما يأخذه منه يتعونون هذا الفعل الخارجي بعنوان البيع ، ويكون مصداقا له ويحتمل عليه البيع بالحمل الشائع الصناعي وتشمله أدلة صحته كآية : أحل الله البيع ، ونحوها أما في صورة إنشاء 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 المصدري يعني المبادلة الخاصة من حيث صدورها من فاعلها بحيث تكون جهة الإصدار ملحوظة ويمكن لحظتها بما هي بلا جهة إسنادها إلى فاعلها وهي اللحاظ الاسم المصدري والمنشأ بالقول صالح لكلا اللحاظين. ثم ان المعاملة الكذائية لو أنشأها الفضولي فالجهة الصالحة لإسنادها إلى المالك بإجازته هي نفس المبادلة بين المالين من حيث هي وهي الجهة الثانية المعبر عنها بالمعنى الاسم المصدري. واما الجهة الأولى الملحوظ فيها حيثية الإصدار من الفضولي ، فهي قائمة به وواعدة منه والإصدار القائم بالفضولي والمضاف اليه لا يصلح إسناده وإضافته إلى غيره ولو كان ذلك الغير مالكا وأجاز. نعم الحيثية الثانية الاسم المصدرية وهي حيثية الوجود والصدر بما أنها مبادلة بين المالين للمالكين تصلح للإسناد إلى المالك بالإجازة وتضاف اليه بما. هذا فيما لو أنشأ البيع بالقول وأما إنشاءه بالمعاطاة فال فعل الخارجي أعني إعطاء المال المقررون بقصد تملكه للغير بالعرض إذا كان من مالكه كما ذكرنا يتبعون بكونه بيعا ويكون مصادقا خارجيا للبيع ، ويشمله دليل حية البيع وأما العطاء من غير المالك فحيث لم يتحقق به إنشاء بمفهوم البيع ومعناه كالقول ليتصور فيه المعنى المصدري والاسم المصدري فإن إنشاء المعاني والمفاهيم إنما يكون بالأقوال لا بالافعال بل لم يكن في المعاطاة إلا فعل خارجي مضاد إلى فاعله وموجده وغير قابل لأن يتقبل عن موجده إلى غيره ، ويستند إليه بالإجازة منه وبالجملة فلا يتصور في المعاطاة موضوع قابل لتعلق اجازة المخيز واستناده اليه بما ، فالحكم بمحابان الفضولية في المعاطاة في غاية الإشكال.

لا يقال : المعاملة المعاطاتية مما لا ريب في صحتها من الوكيل ويصح

المعاطاة وحينئذ ، فنقول : اما على القول بإفادتها الملك المتنزل 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 : «أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و «أَوْفُوا بِالْمُقْتُودِ» بناء على أعمية العقود للعقد الفعلي ، بل وجملة الأخبار الخاصة الحمولة على ما هو الغالب من وقوع المعاملات بنحو المعاطاة ولا مانع منه إلا ما يتوهם من حرمة السبب ، وهو الإقباض لكونه تصرفًا في مال الغير فلا يتربى عليه الأثر.

مع أنه أخص من المدعى لإمكان فرض تتحققها بدون التصرف كما لو كان دينا في الذمة وفرض تحقق الرضا من المالك بناء على أن مجرد الرضا المقارن لا يخرجه عن كونه فضوليًا . كما هو مذهب غير واحد من الأصحاب لا ملازمة بين الحرمة والفساد كما تقدم وحينئذ فالمقتضي للصحة موجود والمانع مفقود واما على القول بإفادتها الإباحة فالظاهر عدم جريانه فيها لقصور ما دل على صحتها المخالفة للقواعد من إجماع أو سيرة عن شمول الفضولي منها إذ القدر الثابت منهما إفادة المعاطاة الواقعه بقصد التمليل للإباحة المجردة إذا كان من غير الفضولي ومثله الكلام على القول بكونها معاملة مستقلة اللهم إلا ان 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 كالوقف

إضافتها واستنادها إلى الموكيل بوقعها من الوكيل فالبيع المعطاطي الصادر من الوكيل المفوض هو بيع للموكيل بتوقيعه ، فلم لا يكون البيع المعطاطي الصادر من الفضولي بيعاً للملك بإجازته؟ وما الفرق بينهما؟
فإنه يقال : ليس حكم الإجازة حكم التوكيل ، ولا يقاس أحدهما بالآخر ، فإن الموكيل إذا وكل شخصاً في بيع متعاه وفوض إلى الوكيل

والصدقات وغيرها والعبادات المالية كالأخamas والزكوات والكافارات ، ففي (شرح القواعد لكاشف الغطاء قدس سره) ما لفظه : «وفي حري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات كالأخamas والزكوات وأداء النذر والصدقات ونحوها من مال من وجب عليه أو من ماله وفيما قام من الأفعال مقام العقود ونحوه ، وكذا الإيقاعات مما لم يقم الإجماع على المنع فيها وجهان : أقويهما الجواز ويقوى جريانه في الإجازة واجازة الإجازة ، انتهى».

قلت : وقد يشكل القول بصحة الفضولي فيما يعتبر في صحته القرية كالصدقات والوقوف بناء على اعتبارها فيها لأن المتقرب : ان كان هو العاقد فكيف يتقارب بالتصدق بمال الغير ، وان قصد بها تقرب المالك يجعل نفسه نائبا عنه في قصد القرية ، فهو مبني على قبول قصد القرية للنيابة وهو غير معلوم بل معلوم العدم وان قصد النيابة في الإنشاء المتقرب به لقبوله الوكالة بناء على ان ما يصح فيه الوكالة تصح فيه النيابة ففيه منع ثبوت الملازمة ، فإن النيابة منها ما تتوقف صحتها على الاستنابة ومنها ما لا يتوقف على سبق الاستنابة وما نحن فيه من القسم الأول ، فلا تصح فيه النيابة إلا بعد سبق الاستنابة المفقود في المقام

اختيار المصدق فباعه فمن حين إيجاد البيع بالفعل الذي هو مصدق . له كما ذكرنا . استند البيع للموكيل وصار بيع الوكيل بيعه ، وهذا بخلاف الفضولي إذا أنشأ البيع بالمعاطة ، فإن الفعل الخارجي فعله وصادر عنه ومضاف إليه وليس له استناد إلى المالك وليس له جهة اسم مصدرية يمكن باحازتها إسناده 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 إباحة التصرف فتكون الإجازة بيعا مستقلا لا ربط له بعمل الفضولي ، لكنه بعيد عن الصحة.

وإلا لخرج عن كونه فضوليا وان كان هو المالك عند الإجازة ، فمع ان اجازة الوقف غير الوقف المعتبر فيه القرية لا يجدي قصدها مع تحرد السبب أو شطر منه عنها لأن معنى اعتبارها في صحة الوقف اعتبار كونها الداعي له ، فلا بد من اقترانه بأول العمل حتى يكون إيجاده مبيعاً عنها فلا يجدي تحققه في أثناء العمل أو بعده بخلاف شرط الرضا فان الشرط تتحققه ويكتفى في الصحة تتحققه متى وجد اللهم إلا ان يدعى انه بالإجازة يصير كالوقف المستأنف كما استحسن في الشرائع ضرورة ان معنى الوقف وحقيقة انتا يتحقق بالإجازة فيكتفى اقتراها بالقرية.

هذا وربما يتواهم ان اللازم حينئذ الاكتفاء بنية القرية عند القبض بناء على اعتباره في صحة الوقف لتحقق معناه حينئذ عنده مع معلومية عدم الاكتفاء بها حين القبض إذا تحردت الإجازة عنها. الا انه يدفعه ان القبض ليس مأخوذا في ماهية الوقف وحقيقة معناه وان اعتبار شرطا في صحته بمعنى ترتيب الأثر عليه ضرورة ان معنى الوقف هو التمليل بمحو تحبس العين وتسبيل المنفعة والقبض خارج عنه بالبداهة وان قلنا بتوقف تحقق أثره في الخارج على القبض .

توضيح ذلك : ان معنى الوقف له مراتب في الوجود لأنه : مرة يوجد بالوجود الذهني ، واخرى بالوجود الإنسائي الذي هو أخص من مجرد الوجود اللفظي ، وثالثة أو رابعة بالوجود الخارجي الذي به يتحقق مصادفه ونعني بالوجود الخارجي الوجود الاستقراري المتحقق به أثره ، وإلا فما عدا الذهني منه خارجي أيضاً بمعنى الأعم والموجود الإنسائي هو السبب للموجود الخارجي إذا وجد من المالك للإنشاء بمباشرته أو اذنه أو إجازته وهو الذي يعتبر وقوعه بقصد القرية لا الموجود بمعنى الأخير والقبض معتبر فيه بمعنى الأخير.

وبالجملة فما يوجب منع جري الفضولي في ذلك أو التوقف فيه هو اعتبار القرية في صحة الوقف لا ما قيل : من ان الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه دليلاً المفقود في الوقف لشمول عموم «أَوْفُوا بِالْعُهُودِ» له ، وهو العدمة في ثبوت المقتضي للصحة فيه ، لا ما قيل : انه قسم من الصدقة التي ثبت بالنص جوازها من الفضولي في مثل مجھول المالك ونحوه لمنع كون التصدق بمجھول المالك من الفضولي بعد أمر الشارع وإعطائه له ولایة التصدق وانه في الحقيقة نوع إيصال للمال الى مالكه بعد تعذر إيصال العين اليه وان قلنا بالخيار للمالك لو ظهر بين القبول والرجوع على المتصدق بيده 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 مالكه بخلاف الصدقة فإنها تبطل صدقة وتصح هبة لاشتراكهما في التمليل الجhani ومتاز الصدقة بكون التمليل فيها بداعي القرية كما هو الشأن في كل مشترك بين أمرين يكون فصل أحدهما التجرد عن فصل الآخر.

ثم الظاهر ان الإجازة على القول بصحة الفضولي في المقام ناقلة وان قلنا بما كاشفة في البيع ونحوه.

واما جري الفضولي في الخمس فتصويره فيه : مرة من 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 وآخرى بعده.

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

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

وأما الثاني وهو ما لو كان الفضولي أجنبيا : فإن كان المدفوع الى مستحقه من مال المالك وكان ذلك قبل العزل ، فيكون فضولاً عن المالك من حيث دفعه عنه من ماله وعن الإمام من حيث صرف نصيبيه من غير اذنه ، وان كان في مصرفه . وحيثند ان أجازا معا صح المدفوع خمسا وبريء المالك منه ، وان رد المالك فقط لم يتحقق موضوع لإنجازة الإمام عليه السلام لعدم تعين المدفوع خمسا ، وان انعكس الأمر بأن أجاز المالك ورد الإمام (ع) ففي تعين المدفوع خمسا بالإجازة ، فيرجع الإمام على الدافع أو المدفوع له دون المدفوع عنه وعدمه الموجب لبقاء المالك تحت العهدة وجهان مبنيان على شمول دليل التعين للمالك الى هذا النحو من التعين الحاصل بالإجازة بعد الدفع الموجب لعرضة المال للتلف بل هو في بعض الصور من تعين التالف وعدمه ، وعليه فعلى المالك دفع سهم الإمام له لبقاءه في عهده ويتخير المالك ، وان أجاز في الرجوع على الفضولي أو المدفوع له لكون الخمس عنوانا للمدفوع لا داعيا للدفع فالحيثية تقيدية لا تعليلية كما لو دفع مالا للغير بعنوان الوفاء له عن دينه فانكشف عدم الدين فلا يتوهם في المقام انه 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 ، وان كان بعد العزل فلا رجوع للإمام على

المالك لتعيين المعزول خمساً ويده عليه أمانة ، بل يتخير الامام بين الرجوع على الدافع الفضولي أو المدفع له ، فان رجع عليه رفع هو على الدافع للغرر ، على الأقوى ، كما انه لو رجع على الدافع لم يرجع الدافع على المدفع له مع تلف العين لكونه غاراً على القواعد في مسألة تعاقب الأيدي ، وان كان الفضولي أجنبياً ودفع من مال نفسه خمساً عن المالك لم تبرأ ذمة المالك وان دفعه الى الحاكم لأن ذلك من العبادات المالية التي لا يتحقق امثالها بدفع المتبرع إلا أن يكون بالوكالة عنه ، وقياسه بالدين الذي وفاؤه من التوصيليات قياس مع الفارق.

نعم ربما يظهر (من المسالك) في زكاة الفطرة في تبرع الموسر عن الضيف الصحة مع توقيفه على اذنه الظاهر في إرادة الإجازة منه حيث قال : « ولو تبرع الموسر بإخراجها عنه ، ففي الإجزاء قوله تعالى **«فَإِذَا قَرأتُ الْقُرْآنَ فَأَسْتَعِدُ بِاللَّهِ»** من (إذا قرأت القرآن) مؤيداً بظهور لفظ الأذن فيه ، وإنما فالإذن اللاحق يعتبر عنه في كلامهم بالإجازة .
هذا كله في الخمس ويجرى مثله الكلام في الزكاة والكافارات.

وأما جريانه في الوصية ففي (الدروس) ما لفظه : « ولا تصح الوصية بملك الغير ولو أحاز الغير احتمل النفوذ ». انتهى وفي (جامع المقاصد) في شرح قول مصنفه : 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 نصيبيه ففي انصرافه الى ما يملكه وجهان : أصحهما انصرافه اليه ، وقد سبق ، والفرق تأثير الإجازة في بيع الفضولي دون الوصية إلا على احتمال الدروس» انتهى. وعن (التذكرة) احتمال صحة الوصية بملك الغير إذا قيده بتأمكه.

قلت : الوصية عقد جائز ، والأقوى جريان ، الفضولي في العقود الجائزة التملיקية التي منها الوصية ، فضلا عن العقود الإذنية التي يكفي إباحتها متى تحقق الاذن لعموم «أوفوا بالْعُقُود» بناء على ارادة الوفاء بمقتضى العقد ، ان لازما فلازما وان جائزنا فجائزنا ، مضافا الى اقتضاء الصحة بلحوق الإجازة في كل ما تصح فيه الوكالة لعدم اعتبار المباشرة للعقد بالفرض مع أصله عدم وجوب اقترانه برضاء المالك فتأمل^(١) 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 الثالث موقوفا على اجازة الوارث ، لأن ذلك في الحقيقة ليس من الفضولي الا على تقدير انتقال الموصى به الى الوارث والنقل منه بالإجازة الى الموصى له وليس كذلك بل يتلقى الموصى له المال من الموصى دون الوارث ، بل هي منه إنشاء تملكه الملكه وان توقف التملك على الموت فلا تعليق في الإنماء بل هو منجز والتعليق في الأثر وان الإجازة من الوارث تنفيذ للتمليك بالوصية لا تملك منه بالإجازة ولذا نفذت الوصية بإجازته في حياة الموصى على الأشهر الأظهر وليس كما توهם من إسقاط 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 بدلبله المخصص لعموم الإرث في التركة ، وتنقيح

(١) سترى وجه التأمل فيما بعد. (منه قدس سره)

ذلك موكول الى محله وليس ذلك من الفضولي بشيء وان وقع التعبير في كلامهم بالتوقف على الإجازة.

وهما ذكرنا من صحة الفضولي حيث ما تصح الوكالة مع الأصل المتقدم يتضح وجه جري الفضولي في الإيقاعات إلا ما قام الدليل على عدمه فيه ان لم يقم إجماع على المنع عنه مطلقاً للهم إلا أن تمنع الكلية المتقدمة وهي صحة الفضولي حيث ما تصح الوكالة ، فلا يستكشف بصحبة الوكالة صحة الفضولي ، بل غايتها بثبوت الوكالة ثبت الالكتفاء بال مباشرة الحكمية عن المباشرة الحقيقية بعد تنزيل الوكيل منزلة الموكل ، فلا يقاس عليه ما لا مباشرة فيه أصلاً لا حقيقة ولا حكماً كالفضولي.

وأما إجازة الإجازة فالظاهر الالكتفاء بما في الصحة لشمول ما دل على اللزوم بالإجازة لها لأنها اجازة في الحقيقة ولو بالواسطة ، وعلى الكشف يترب الأثر من حين العقد لا من حين الإجازة الأولى ، كما انه على النقل يترب من حين الثانية.

وأما الفسخ والاسقاط والإبراء فقد يقال بنفوذ الإجازة فيها مع كونها من الإيقاعات وإن قلنا ببطلان الفضولي فيها مطلقاً بناء على أن إجازة الفسخ وإجازة الإسقاط أو الإبراء إسقاط وإبراء لعدم اعتبار ألفاظ مخصوصة فيها. وتظهر الثمرة بين كونها فسخاً 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.

وال الأول منها يقع تارة في موضوع الإجازة ، و أخرى في حكمها وما يشترط في تأثيرها ، فنقول :

أما موضوعها فالظاهر ان الإجازة هي القول الدال على الرضا بالعقد أو ما يحکمه من الأفعال الدالة عليه بحيث يصح بذلك استناد العقد اليه ،

فيدخل في عمومات الأمر بالوفاء ، والتجارة عن تراض ، وأحل الله البيع وتشمله الإطلاقات الواردة في المعاملات الخاصة ، فلا يكفي مجرد الرضا غير المنكشف بقول أو فعل في تتحققها بعد أن كان اعتبارها من باب السببية لا من باب الكشف عن السبب . كما ذهب اليه بعض مستدلا عليه . أولا بما يظهر من تعليتهم لعدم تحقق الإجازة المالك بسكته مع علمه بوقوع العقد بأن السكت لا يدل على الرضا لأنه أعم منه الظاهر في أنه لو كان دالا عليه لكان كافيا في تتحقق الإجازة ، ولو لا كفاية الرضا في تتحققها لكان التعليل بعدم الكاشف الوجودي أولى من التعليل بعدم دلالة السكت على الرضا ضرورة انه حينئذ لو كان دالا عليه لم يكن مجديا أيضا.

وثانيا بما هو العمدة عندهم : من أدلة الفضولي ، وحديث (عروة) المتقدم المتضمن لتصريفه في تسليم المبيع فضولا مع تقرير النبي (ص) 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 سكت البكر في تزويجها وأنه إقرارها ، وليس الا للأكتفاء به كشفا عن رضائهما توسيعة للحياة .

ورابعا بما ورد من المعتبرة المستفيضة المتضمنة لصحة نكاح العبد المتزوج بغير اذن سيده ان سكت مع العلم به ، وكذا لو قال لعبده : طلق فإنه إجازة منه لنكاحه .
وخامسا بما حكى عن جماعة من أنه إذا أنكر الموكيل الأذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراحتها .

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

مستجتمع للشروط عدا رضي المالك فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

هذا هو عمدة ما استدلوا به على تحقق الإجازة بمجرد الرضا.

وفي الكل نظر : أما التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا فلعله من التعليل بالقدر المتيقن على عدم تتحقق الإجازة لأنها اما مجرد الرضا او الرضا المنكشف بكاشف وجودي فعدم الرضا مستلزم لعدم الإجازة على كل من القولين وليس كذلك لو علل بعدم الكاشف الوجودي لإمكان المناقشة فيه بعدم اعتباره في تتحققها.

وأما تصرف عروة بتسليم الشاة فيكتفي في جوازه إحراز الطيب من النبي ولو بشاهد الحال كسائر التصرفات في أموال الغير ولا يكفي ذلك في تتحقق ماهية الإجازة.

وبعبارة أخرى : الرضا بالتصرف يستلزم الحالية لا تنفيذ المعاملة وإمضائها الذي هو معنى الإجازة وكلامهم بعدم جواز التصرف قبل الإجازة مسوق لبيان التوقف على الرضا المحرر بالإجازة لا التوقف على الإجازة حتى لو أحرز الرضا بدوخها.

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

وبالجملة : السكوت عن الرد الذي هو مقتضى الحباء الموجب له لولا مانع الرضا هو الكاشف عن الرضا دون السكوت عن إظهار القبول ، نعم الرضا مقتض لإظهار القبول لولا مانع الحباء فالسكوت الكاشف عن الرضا بالكف عن الرد أمر وجودي منزلة القول في الكشف عنه.

وان أبيت عن ذلك ، فنقول : السكوت عن إظهار القبول في مورد

يقتضي الرد عنه متضمن لفعل وجودي يكشف عن الرضا فهو نظير قوله : السكوت في مورد البيان وعدم الردع في مورد يقتضيه لو كان محله تقرير.

لا يقال : انه يلزم ذلك الاكتفاء بسکوت البكر أيضا إذا أحرز الحباء منها كالبكر وهو ينافي الاقتصر منهم على البكر في كفاية السكوت لأننا نقول : كشف المورد عن الكف اما هو ظني اكتفى به دليله الخاص في البكر وان كان لحكمة الحباء فيها نوعا فلا يقاس غيرها بها وان ساواها في الحكمة فالكاف وان كان كافيا في الكشف عن الرضا مطلقا لكونه فعلا وجوديا إلا أن ثبوته بالكاف الشفهي وهو المورد مخصوص بالبكر لدليله الخاص بها.

وأما سکوت المولى مع العلم بتزویج عبده فمع إمكان ان يقال فيه ما قلنا في سکوت البكر ، يمكن ان يقال أيضا ان المستفاد من الروایة هو مانعية معصية السيد المبعثة عن مزاحمة حقوقه لنفوذ العقد وهي ترتفع بمجرد الرضا لانتفاء المعصية بانتفاء المزاحمة معه ، كيف والعبد يملك إنشاءه وينفذ لو عقد للغير على الأظهر من غير توقف على اجازة سيده وان استحق الأجرة على من عقد له على رأي ضعيف لعدم معلومية مملوکية العبد بهذا القدر مما لا يزاحم حقوق مولاه كما تقدم.

وبعبارة أخرى : يكفي في رفع معصية السيد طيب نفسه المحرز بسکوته وليس ذلك من الإجازة بشيء وان عبر بها.

واما قول السيد لعبد : طلق ، فمع كونه يأتي فيه ما تقدم من سکوته يمكن دعوى دلالة الأمر به على الرضا بعقه بدلاله 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

أيضاً كما يشعر به قوله (ص) في حديث عروة : «بارك الله في صفقة يمينك».

وأما إيجاب الكراهة المدلول عليها بظهور الحلف فيها للرد الموجب للفسخ ، فمع أنه ممتنع في نفسه ولعله ذهب اليه من يرى كفاية مجرد الرضا في تحقق الإجازة ، يمكن ان يجري فيه ما تقدم في أمر السيد لعبده بالطلاق فتأمل^(١) وأما قولهم بصحة بيع المكره بلحوق الرضا ، فلو سلم ، يدفعه أن الطيب والرضا شرط مستقل معتبر في نفوذ العقد ولو مع وقوعه من المالك وهو منتف في بيع المكره فإذا حصل تم السبب وأثر أثره ، وأين ذلك من الإجازة المصححة لعقد غير المالك المنتفي فيه شرط الملك حتى يستدل به عليه ولذا عدوا من الشرائط الاختيار والملك ، فاحترزوا بالأول عن بيع المكره وبالثاني عن بيع الفضولي . وبالجملة ، لا مانع من نفوذ بيع المكره إلا عدم الرضا المرتفع بحصولة والمانع في الفضولي غير ما هو مانع في المكره.

وأما استدلالهم بما تقدم في كون الإجازة كاشفة ، ففيه أن كلامهم مسوق لبيان شرطية حصول الرضا وتمامية العقد به ، وأما كيفية الحصول فهي قضية مهملة غير سوق ليائناها وهو واضح .

وأما شروط تأثير الإجازة فهي^(٢) أمور :

(١) وجه التأمل إمكان دعوى الفرق بان الحلف غايتها الاشعار بالكراهة دون الدلالة عليها.

(٢) وبتعبير أوضح لا ينبغي الريب في انه حصل بفعل الفضولي وإنشائه اضافة شأنية لطرفه بالنسبة الى مال المالك ، وهذه الإضافة . وان كانت تأهلية صرفة . لم تبلغ مرتبة الفعلية ، ولكن لها نحو من الوجود والثبت بالنسبة

الأول : ان لا يسبقها رد فلو تخلل الرد بينها وبين العقد بطل تأثيرها لأن الرد إبطال لما أحدثه الفضولي من ربط البدالية بين العينين ولو ناقصا ، فهو يعني الفسخ الذي لا شك في عدم تأثير العقد بعده غير أن الرابط الحاصل في المردود ضعيف وفي المنفسخ شديد فليكن تأثير الرد في الإبطال أولى من الفسخ فيه . مضافا إلى دعوى الإجماع الصريح . والظاهر

إلى العدم المحس ، فهي قابلة لصيورتها 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 وتنبيه ، فهو مخير بين الإجازة وعدمها ولا سلطان له على الرد وإبطال فعل الفضولي وإن شائه فلا اثر لرده وله الإجازة بعده ، فتلتكم إضافة التأهلية 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 بعد بطلان عقد الفضولي بالرد من المالك وقابلته للحقوق الإجازة منه . ومقتضى ما ذكروه أن المالك غاية ما يقتضيه سلطنته على ماله تنبيه تلك إضافة الشأنية للطرف وإيصالها إلى مرتبة الفعلية ، وليس له إعدامها وإذهاها عن صفة الوجود هذا ولكن يمكن ان يقال : ان ذلك قصر لسلطنة المالك ونقص لها ، بل الذي ينبغي اختياره . ولعله المشهور بين القائلين بصحة الفضولي . أن دليل سلطنة المالك على ماله مقتضاه تسليمه على إمضاء عقد الفضولي وإبلاغ تلك إضافة الشأنية الحاصلة للطرف به مرتبة الفعلية بإجازته العقد وعلى رده وإبطال ما حصل به من أهلية إضافة وإعدامها برده العقد ، فلم يبق بعده شيء قابل للإجازة . وربما يتأمل في كون فعل الفضولي منشأ لحصول اضافة لطرفه بالنسبة إلى مال المالك بدعوى أن الإجازة منه مما لا إشكال في دخلها في تحقق الملك إذ العقد الصادر من الفضولي يتوقف تأثيره على

من بعض معتضداً بدعوى الاتفاق من جماعة وان كان ظاهر خبر الوليدة المتقدم يعطى عدم اعتبار هذا الشرط وتأثير الإجازة المسوقة بالرد بناء على ظهور المخاصمة فيه وإطلاق حكم على (ع) بأخذ الوليدة مع لزوم تقييده باختيار الرد لو لا ظهوره فيه واسترداد الحرية ومناشدة المشتري للإمام (ع) برد ولده . حسبما تقدم ذلك كله . إلا انه يجب بمعونة ما تقدم من الإجماع والقاعدة صرفه الى ما لا ينافي اعتبار هذا الشرط بالحمل على التردد دون

استناده الى المالك ، وهو انا يحصل بالإجازة فقبلها لم توجد اضافة للطرف بالنسبة الى مال المالك ، لكن يكون سلب قدرته عن رفعها منافياً ل تمام سلطنته . والدعوى المذكورة . وان كان لها وجه معقول دقة . فإن حصول الإضافة ينافي دخل الإجازة في حصول الملك . ولكن يمكن القول بان العرف يرى وجود إضافة شأنية تأهلية لطرف الفضولي بالنسبة إلى المال في قبال عدم الخض غاية الأمر فعليتها توقف على حصول الإجازة . وعليه فهذا الوجود العرفي صالح للرد من المالك كما هو صالح للإجازة ونفي سلطنته عن رده وإنعدامه قصر لها مناف لعموم دليل السلطة .

وبالجملة فالحكم ببقاء محل وموقع لإجازة عقد الفضولي واستناده اليه بما ليضاف العقد اليه ويكون عقداً له ليلزمه الوفاء به بعد رده في غاية الإشكال لا يقال : طاهر صححة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة تأثير الإجازة بعد الرد .

لأننا نقول : الرد كالفسخ من ذي الخبر لا بد من إنشائه بقول يدل عليه أو فعل يكون مصداقاً له وبخرب أخذ المالك الحرية الوليدة بعد مخاصمتها للمشتري لا يكون رداً فعلياً لإمكان كون ذلك لأجل أخذ الثمن لا لرده البيع . وبالجملة فلم يظهر من الصححة 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 الى المالك ببرده وان أحاز بعده أمكن دفعه بمنع ذلك وصحة الاستناد إليه بالإجازة عند تتحققها وعدم الاستناد حين الرد قبل لحقوق الإجازة منشأه عدم الإجازة لا وجود الرد. و (دعوى) إخراج المورد بالرد عن قابلية الاستناد ولو بلحقوق الإجازة (عين) المصادر ، إلا انك قد عرفت أن الموجب لاعتبار هذا الشرط إبطال العقد بالرد وزوال الربط به فلا يبقى بعده ما تتحققه الإجازة.

الثاني . يشترط في تأثير الإجازة كون المحيز مالكا حين الإجازة فلو عقد فضولا على مال ثم انتقل المال الى الوارث قبل الإجازة من المورث ملك الإجازة بناء على جواز مغایرة المحيز والمالك حال العقد كما سيجيء في مسألة : من باع ثم ملك ، لأنها من آثار ملك المال ، وليس بنفسها موروثة 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 بعض الصفقة ولا كذلك لو كانت الإجازة بنفسها موروثة بناء على أنها من الحقوق فإنه حينئذ لكل واحد منهم اجازة ما وقع عليه العقد جملة ومن كان له الإجازة كان له الرد ، وحينئذ ، فلو اتفقا على أحد هما أو اختلفا وكان على التعاقب كان الحكم واضحا ، وان اختلفا وانحد زمانهما ففي سقوط كل منهما بتصادم الآخر ، فيلغو عن السبيبية ويرجع الى ما يلحق بعدهما من الرد أو الإجازة أو سقوط إجازة الثاني عن التأثير لصدق تخلل الرد بينها وبين العقد أيضا ، فيشمله إطلاق ما دل على بطلان الإجازة المسقوفة بالرد من عقد الإجماع مع احتمال دعوى عدم إطلاق العقد له أو انصرافه لو سلم الى 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 مطلقاً مع احتمال اختصاص إرثها بمن يرث متعلقتها ضرورة أن حقيقتها باعتبار حقيقة متعلقتها.

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

الثالث . هل يعتبر في تأثير الإجازة مطابقتها للعقد مطلقاً كما وكيفاً أو لا يعتبر كذلك أو يفصل فيعتبر في الثاني دون الأول؟ وجوه ، بل لعلها أقوال . وجملة صورها بحسب الاختلاف فيما أو في أحدهما من حيث النقисة أو الزيادة كثيرة ، أصولها أربعة بمعرفة أحكامها تعرف أحكام غيرها ضرورة أن الاختلاف أما بحسب الكم أو بحسب الكيف ، وكل منها : إما أن تقع الإجازة على بعض ما وقع عليه العقد أو عليه مع الزيادة.

فنقول : إحداها لو أوقع العقد على صفة فأجاز المالك بيع بعضها ، والأقوى فيها الجواز بناء على جريان الفضولي في مسألة بعض الصفة لوجود المقتضى وعدم المانع من غير فرق بين كون المبيع مالك أو مالكين فأجاز أحدهما دون الآخر غير أن ضرر المشتري بالتبعض مجبور بالخيار ، وأما على القول ببطلان التبعض مطلقاً كما عن بعض لأن الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع أو في خصوص الفضولي لكونه مخالفاً للأصل ، فيقتصر على موارد دليله التي ليس المفروض منها فيعتبر المطابقة في تأثير الإجازة إلا أن كلاً من المقدمتين مع كونه خلاف المشهور في حيز المنع جداً.

ثانيتها عكسها ، كما لو عقد على البعض وأجاز بيع الكل فلا إشكال في عدم نفوذها في الزائد ، وإن رضي به المشتري لأن مراع نقله حينئذ إلى النقل بمحض التراضي ومن غير سبب يوجهه وفي نفوذها فيما وقع عليه العقد وجهان ، أقرّهما العدم لعدم إحراز الإجازة في البعض بعد قيام احتمال مدخلية الضمية في الرضا.

ثالثها لو أوقع العقد على شرط فاجازه المالك مجرداً عن الشرط^(١) والأقوى هنا سقوطها عن التأثير حيث يكون الشرط قيداً للمبيع ومن مشخصاته لعدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط إذا كان كذلك وإن كان قابلاً للتبعيض من حيث الجزء.

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

(١) توضيح ذلك : إن الشرط الذي وقع عليه العقد الفضولي واجازة المالك مجرداً عنه تارة يكون قيداً للمبيع ومن مشخصاته الذي مرجه إلى التوصيف يعنيأخذ المبيع عند إنشاء المعاوضة معنواناً ومتصفاً به ، سواء ذكر بنحو الشرط أو بنحو الوصف والآخر يكون الشرط في ضمن العقد من قبيل الالتزام في الالتزام كما لو اشتراط في ضمن بيع الشوب صبغه أو خياطته :

أما ما كان فيه الشرط قيداً ومشخصاً للمبيع فإن أهل العرف بمنظورهم العربي يرون المبادنة بين الواحد للشرط أو الوصف وفائدته كما لو فرض أن الفضولي باع منا من الأرض في ذمة المالك من نوع العبر ، مثلاً فاجازة المالك ، ولكن ألغى العبرية وأمضى المعاملة على طبيعة الأرض ، ففي هذه الصورة تسقط الإجازة عن التأثير في إمساك المعاملة الواقعية من الفضولي وتصحيحها فان ما وقع من العقد مباین لما اجازه المالك عرفاً . نعم لو لم ير العرف مبادنة بين الواحد للقيود وفائدته له بان كان القيد الذي أخذته الفضولي في متعلق العقد صفة كمال فيه وأنهى المالك تلك الصفة عند الإجازة لأن عقد الفضولي على حاربة للمالك موصوفة بصفات من جملتها كونها كتابة مثلاً ، والمالك أجاز عقده ، ولكن ألغى جهة الكتابة ، فالظاهر تأثير تلك الإجازة في تصحيح العقد وإن كان للأصيل خيار تخلف الوصف .

هذا إذا كان الشرط الذي أخذه الفضولي في العقد ولم يعنته المالك بإجازته قيادا في المبيع ومن مشخصاته الذي قلنا إن مرجعه التوصيف.

وأما إذا كان الشرط من قبيل الالتزام كاشتراط خيطة الشوب أو صيغة مثلا في ضمن عقد بيعه فأجاز المالك أصل البيع ولم يجز الشرط المأخوذ فيه ، فالظاهر صحة إجازته لأصل البيع والتزامه به وإن ألغى جهة الشرط ولم يعنته. نعم حيث لم يتلزم الأصيل بالعقد إلا مقررنا بالشرط ولم يجزه المالك فلم يسلم له شرطه فبتخيير بين إمضاء العقد وإسقاط شرطه وبين فسخ العقد وإبطال أصل المعاوضة.

والحاصل أن الفقهاء في مسائل تشبه مسائلنا فيما يتزم العاقد من الشرط في ضمن العقد ولم يسلم الشرط للمشروط له لم يتزمو ببطلان العقد ، بل قالوا بان المشروط له يتخيير بين إمضاء العقد وفسخه ، منها صورة ما لو تعذر الشرط المأخوذ في العقد بعد ان كان غير متذرر ، ومنها صورة فساد الشرط فيما لم يسر فساده الى فساد العقد كما إذا كان منافيا لمقتضاه فان المشهور عدم بطلان العقد بفساد الشرط بل يثبت للمشروط له الخيار ومنها قرير مسائلنا بما كان العقد من الفضولي على الكل والممالك أحاز البعض ، فان مرجع بيع الكل الى بيع كل جزء بشرط انضممه الى الجزء الآخر غاية الأمر ان الشرط ضمئي غير مصح به فإنهم قالوا بصحة البيع في البعض المحاز وان ثبت للمشتري خيار بعض الصفقة بل لو يتزم البائع بنفسه للمشتري في ضمن العقد بشرط ولم يف به اختيارا ، فإنهم قالوا : يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ولم تبطل أصل المعاوضة والسر في ذلك أن الشرط لم يكن قيادا وعنوانا للمعقود عليه حتى يكون تخلفه موجبا للبطلان أصل المعاوضة واما هو التزم بشيء خارج عن أصل المعاوضة يتزم به العاقد

الجزء العقلاني غير قابل لتعلق البيع به والقابل في الفرض إنما هو المشروط به من حيث كونه مشروطاً به أو المجرد عنه من حيث هو كذلك ، والأول غير مجاز ، والثاني لم يكن بعضاً من المشروط وإن كان مجازاً ، ضرورة أن المطلق بشرط الإطلاق مباین للمقييد لا بعض منه والذي هو جزء منه المطلق المعنى عن قيادي الإطلاق والتقييد المعتبر عنه الابشريط ، وأين ذلك من مسألة البعض . نعم يقوى صحة المجاز كذلك إذا لم يكن الشرط من الم شخصيات بل كان مجرد التزام به في ضمن عقد البيع بناء على عدم فساد العقد بسقوط الشرط من المالك أو لفساده شرعاً . ومنه يظهر الإشكال في إطلاق كلام شيخنا في (مكاسبه) حيث قال : « ولو أوقع العقد على شرط فأجراز المالك مجرداً عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط وإن كان قابلاً للتبعيض من حيث الجزء ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط» انتهى .

رابعتها عكسها بأن عقد الفضولي وأجراز المالك مشروطاً ورضي الأصيل به فيه

احتمالات : أقواها البطلان^(١) مطلقاً لعدم الالتزام بالشرط الواقع

في ضمن عقدها للمشروط له ونظراً لارتباط الالتزام المعاوضي بالالتزام به فللشروط له ترك الالتزام بالمعاوضة عند تخلفه وعدم حصوله وسلطه على فسخ المعاوضة أو الالتزام بما ورفع اليه عن حقه المجعل له بإسقاط شرطه وحده الذي التزم به العاقد .

هذا لو التزم العاقد الفضولي بشرط للأصيل على المالك ، وأما في صورة العكس والالتزام الفضولي يشرط 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 والجرد عنه غير مجاز لتعلقها به مشروعًا ، لا مطلقا.

الرابع . هل يشترط في تأثير الإجازة علم الجيز تفصيلاً بالعقد وحقيقةه وجميع ما يعتبر في صحته أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد على ماله قابل للإجازة؟ وجهان : والأول هو الأقوى لعموم النهي عن الغرر مضافاً إلى حوق كل إجازة إلى عقدها في الغرر المنهي عنه فيه . وقياسها بالوكالة المغتفرة فيها الجهالة في الجملة اتفاقاً كما (في المسالك) وغيره ، قياس مع الفارق لأن مرجع إطلاق الوكالة إلى تفويض الأمر إلى الوكيل وتعيين الأمر بيده كعامل القراء وهو الوجه في انتشار الجهالة فيها لا ما ذكره (في المسالك) من أن الغرر مندفع براعاة الوكيل مصلحة الموكل لأن المصالح بنفسها

الإجازة من المالك المتضمنة للشرط الذي لا يلزم الأصيل الوفاء به بمنزلة الشرط الفاسد المشتمل عليه العقد ، فكما ان فساده لا يسري إلى فساد العقد فكذا هنا فان فساد الشرط وعدم لزوم الوفاء به لا يسري إلى فساد الإجازة فلم لا تصح ويختص الفساد بالشرط؟ قلنا فرق بين اشتراط العقد بالشرط الفاسد وبين تقيد الإجازة بشرط لا يجب على الأصيل الوفاء به لعدم ذكره في متن العقد فان العائد المتضمن عقده لشرط فاسد التزم بعقدة التزامين أحدهما . بأصل المعاوضة بين المالين ، والالتزام الآخر بالشرط الذي تضمنه عقده غاية الأمر أحد الالتزامين مرتبط بالآخر ، وعليه يمكن التفكير بين الالتزامين فيصبح أحدهما وهو الالتزام بأصل المعاوضة ويبطل الآخر وهو الالتزام بالشرط ، ونظراً لارتباط أحدهما بالآخر يثبت الخيار للمشروط له وهذا بخلاف الجيز الذي قيد أجزائه بشرط لا يجب الوفاء به بل هو ملغى فإنه لم يتلزم الا بالتزام بسيط ولم يتحقق منه التزامان ليتمكن التفكير بينهما بالصحة وعدمها .

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

تفاوت وان تساوت في الزيادة والنقيصة فلا يندفع الغرر بمراعاتها أيضا فيعتبر في الجيز علمه بكل ما لولاه لكان غررا تكون المعاملة معه سفها أو منحزا معه الى التخاصم كما تقدم من معنى الغرر ، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك^(١)

(١) المراد أنه لو علم المالك إجمالا بوقوع عقد على ماله وتردد بين أن يكون بيعا أو إحارة أو صلحا أو علم بكونه بيعا مثلا وجهل المبيع وتردد بين كونه داره أو داته أو داته 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 الواقعية من الفضولي مجهولة عند المالك ، فلا يصح . الحال هذه . إجازتها على إيمانها فإن ذلك من الغرر المنهي عنه ومقاييسه باب الفضولي بباب التوكيل قياس مع الفارق ، فان المالك المسلط على ماله له تقويض شعون سلطنته الى الوكيل بالتصرف في أمواله كلا أو ببعض كمية أو كيفية ومنه عامل باب القراض . وعليه فكل معاملة تصدر من الوكيل المذكور ماضية على الموكيل ويلزمه تنفيذها ولم يكن في ذلك شيء من السفة والغرر المنهي عنه . وهذا بخلاف المعاملة الخارجية الصادرة من الفضولي التي يجهل المالك نوعها أو شخصها فان إجازتها على إيمانها وإيجامها وترددتها بين أنواع أو إفراد سفه وغرر مؤد إلى الشاتجر والتنازع منهي عنه في النبوي المشهور .

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

الخامس . هل يعتبر في تأثير الإجازة بقاء اجتماع الشروط المعتبرة في صحة العقد الى زمان الإجازة أولاً يعتبر^(١) الظاهر أن ما يرجع الى صفات المتعاقدين من العقل والرشد ونحوهما لا يعتبر أزيد من تتحققه حين الإنماء وأما ما يرجع الى 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 اليه قبل الإجازة ففي نفوذ الإجازة حينئذ وعدمه وجهان ، مبنيان على

من العقود باعتبار ان التعاقد الحقيقي بين المالكين انا يتتحقق بالإجازة فأحد ركني العقد انا يتتحقق بها ولكن حيث ان التعليق المقصد للعقد او الإيقاع انا هو فيما إذا لم يكن المعلق عليه مما يتوقف عليه تتحقق المعلق فمثل تعليق البيع على مالية المبيع والطلاق على زوجية الزوجة مما هو تعليق على ما يقتضيه حقيقهما ونظيره ما نحن فيه من تعليق الإجازة على وجود المخاز ليس من التعليق الواقع محلاً للكلام والنزاع بين الأصحاب في إمكان تتحققه أو مبطليته على ما فضل في بحث شرطية التحجز في العقد والإيقاعات وان 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 مستأناً ، وإنما هي تنفيذ وإمضاء لعقد الفضولي فيعتبر فيه القابلية للتنفيذ والإمضاء بكونه جامعاً لشروط الصحة ، إذ العقد الفاسد في نفسه كيف يتصور أحرازته واستناده الى المالك بما ، وهو واضح بالنسبة إلى شرائط العقد ، وكذا شرائط المتعاقدين من البلوغ والعقل وشروط العوضين . لا يقال : لم لا يكون الفضولي كالوكيل في البيع ، فإنه لا يشترط فيه العلم بمقدار العوضين وأوصافهما بل يمكن علم الم وكل بذلك ، بل يمكن أن

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

السادس . هل يعتبر في صحة عقد الفضولي لنفوذ الإجازة وجود محير له في الحال أو لا يعتبر؟ قولان ، استقرب الأول منهما العالمة في

يقال : لا يعتبر فيه البلوغ إذا كان ممِيزاً وكان الموكِل كاملاً.
لأننا نقول : ذلك إنما يصح أن يقال بالنسبة إلى الوكيل في إجراء الصيغة الذي هو منزلة الآلة لسانه لسان الموكِل ، وأما الوكيل المفوض إليه جميع شئون المعاوضة كالوکيل في باب المضاربة فإنه يعتبر فيه ما يعتبر في العقد من الشروط والفضولي منزلته من هذه الجهة فإنه الذي تقوم به المعاملة وتتصدر منه ، والإجازة من المالك موجبة لاستناد المعاملة الصادرة منه إليه ، فلا بد من واجديته للشروط المعتبرة في المعاملة كما أنها تشرط بالنسبة إلى الأصيل بلا اشكال . وهل يعتبر بقاها إلى حال الإجازة أو يكفي تحقّقها حال العقد فقط . ثم هل هي معتبرة في المحير أيضاً ، وعلى تقدير اعتبارها فيه ، فهل

(القواعد) وفaca للمحكى عن الإسکافي منا ، وأبی حنیفة من العامة. والأقرب العدم وفaca لما عن ابن المتوج البحراني والمحقق الثاني وثابی الشهیدین ، بل وكل من تعرض للمسألة من المتأخرین حتی 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 الى ما ورد في تزویج الصغار فضولا ، الشامل بإطلاقه لما لو أهمل الوالی الإجازة إلى بلوغهم ولم يكن لهم ولی إجباري وقلنا بعدم ولاية الحاکم على الصغير في النکاح وبطلان ما استدل به على البطلان : من ان صحة

يعتبر استمرارها من حين العقد الى حال الإجازة أو يعتبر وجودها حال العقد وحال الإجازة معا وان لم يتحقق الاستمرار ، أو يكفي وجودها في المخیز حال الإجازة فقط ولا يعتبر تتحققها فيه حال العقد فضلا عن الاستمرار الى حال الإجازة ..؟ احتمالات تتصور في شرائط العوضین من المعلومة ونحوها وشرائط المتعاقدين من الكمال ونحوه . وأما شرائط الصيغة فلا يتصور فيها ذلك لأنها شروط للمنشئ حال الإنساء ، وكذا القدرة على التسلیم وإسلام المشتري للمصحف والعبد المسلم فإنهما معتبران فيه حال استحقاق التسلیم ووضع يده عليهما نعم بالنسبة إلى شرائط العوضین والمتعاقدين رما يتصور ذلك .

اما الكلام من ناحية اعتبار الشرائط في الفضولي وطرفه فالظاهر كفاية تتحققها حال العقد ، ولا وجه لاعتبار استمرارها الى حين الإجازة . نعم يشكل ذلك في الصورة التي ذكرها سیدنا . قدس سره . وهي ما لو فسد أحد العوضین 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 العصیر حمرا ثم انقلب خلا عند الإجازة ، فإن الحكم بصحة إجازة البيع الواقع عليه حال كونه عصیرا حينئذ مع تخلل حالة الخمرة وخروج العقد عن قابلية

العقد في زمان عدم الجيز 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 لإمكان عدم تحقق الإجازة ولعدم تتحقق المقتضى وفي الشمن لإمكان تتحققها فيكون قد خرج عن ملكه وهو منفي بقوله (ص) : «لا ضرر ولا ضرار» لضعف الأول يمنع امتناع الصحة ان أريد بها الصحة التأهيلية ، كيف وتوقفها عليه باعتباره فيها عين الدعوى وان أريد بها الفعلية فمسلم إلا أنها غير الصحة المبحوث عنها في الفضولي

تأثير الإجازة فيه في تلك الحال وان عاد إلى صلاحية التأثير حالها مشكل غايته. أما لو لم تعد القابلية والملكية بان بقي على خميته فالظاهر عدم الإشكال في عدم تأثير إجازة البيع الواقع عليه حال العصبية وانفساحه بلا فرق في ذلك بين الكشف والتقل ويلحقه حكم التلف قبل القبض.

هذا ما كان من أمر الفضولي واعتبار واحديته للشروط. وأما ما كان من ناحية اعتبار واحدية الجيز أيضا للشروط المذكورة ، فيمكن أن يقال بأن مقتضى ما ذكرنا من أن الفضولي هو الذي تقوم به المعاوضة وهو منزلة الوكيل المفوض الذي تعتبر الشراءط المذكورة بالنسبة إليه دون الموكلي. وعليه فلا تعتبر في الجيز كالموكلي الذي هو منزلته.

هذا ولكن مقايسة أحدهما بالآخر من هذه الجهة غير صحيحة فإن الوكيل المفوض المفروض صحة وكالته جميع شئون المعاملة المفوض فيها قائمة به وجميع شرائطها إنما تعتبر بالنسبة إليه ، وهو الملزمه بما وليس شيء من أمورها مرتبطا بالموكلي أصلا. نعم الذي عليه إمضاؤها والالتزام بمقتضاهما فالوكليل المفوض من هذه الناحية منزلة ولي القاصر العاقد له على ماله كل الشراءط تلحظ بالنسبة إليه ، وليس شيء منها مرتبطا بالمولى عليه سوى ان العقد ماض عليه ، وهذا بخلاف الفضولي. وإنما وان ذكرنا أنه كالوكليل المفوض

وضعف الثاني مضافاً إلى النقض ببيع مال العائب النائي المتوقف أحجازته على مضى زمان طويل بتدركه الضرر مع الجهل بالخيار ومع العلم . فبأنه أقدم عليه.

هذا والمراد بالجحيز من يملك الإجازة سواء كان مالكاً أو وليه أو الحاكم أو عدول المسلمين ولذا ينذر فرض عدم الجحيز أصلاً وفرضنا عدمه للإجازة الشخصية حيث لا يكون في البيع مصلحة للطفل توسيع الإجازة أو كان على خلاف المصلحة.

السابع . لا يشترط في الجحيز كونه مالكاً للتصرف حين العقد بلا إشكال كما لو كان محجوراً عليه من غير فرق بين كون الحجر لنقصان فيه لصغر مثلاً أو لتعلق حق الغير به كالرهن غير أنه في الأول يختص الجواز بما لو كان العاقد غيره لكونه مسلوب العبارة فينفذ لو بلغ وأجاز مطلقاً على الأقوى أو مع وجود الجحيز حين العقد وإهماله الإجازة بناءً على اعتباره كما تقدم وفي الثاني مطلقاً سواء كان هو المباشر للعقد أو غيره فضولاً مع رفع الحق المتعلق به بفك ونحوه ، غير أنه في الثاني يتوقف على احرازة المالك

تعتبر شرائط المتعاقدين بالنسبة إليه ، وكذا معلومية العوضين وليس كالوكيل في إجراء الصيغة فقط لا تعتبر إلا صحة إنشائه ، وليس معنى ذلك أن الفضولي هو المستقل في جميع شئون المعاوضة والمالك الجحيز منعزل عن جميع ما يمكن اعتباره فيه من الشرائط ، كيف وهو الركن الركين فيها والمستند إليه العقد بإجازته وهو الملائم بمفاده بعدها وإن شئت فقل : إن العقد قائم بالفضولي مع المالك من طرف وبالأصل 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 فضلاً عن استمرارها من حاله إلى حالي .

وفي الأول غير محتاجة إلى إجازته بعد رفع المانع لوقوع العقد من أهله غير ان نفوذه كان متوقفا على رفع الحق المتعلق به المفروض رفعه بفك أو إسقاط وفي اشتراط كونه اى المالك المحيز مالكا للعين حين العقد بان يكون المالك حين الإجازة هو المالك حين العقد وجها ، بل قوله.

وفي المسألة صور متعددة وجملتها : هو أن البائع مال الغير فضولا إما أن ببيع لنفسه أو للملك وعلى التقديرين فاما ان ينتقل الملك اليه أو الى غيره ، وعلى التقدير فاما ان ينتقل قهرا بالإرث أو اختيارا بأحد التوافق.

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 فضوليأ : اما ان ببيع لنفسه أو ببيع للملك وعلى التقديرين فانتقال المال اليه أما بالشراء من مالكه الأصلي أو بالإرث منه.

ثم الكلام في المسألة : تارة بناء على كون الإجازة ناقلة ، وأخرى بناء على كونها كافية. اما في صورة بيع الفضولي مال الغير لنفسه بان قصد خروج المبيع من ملك الغير ودخول الشمن في ملك نفسه فالظاهر فساد بيعه وعدم قبوله الإجازة لا من مالكه الأصلي ولا من ملكه بعد ذلك لما ذكرناه سابقا : من أن حقيقة البيع تبديل طرف اضافة بطرف اضافة آخر وعليه فيعتبر في إنشائه قصد دخول الشمن في ملك من خرج المشمن من ملكه الى مالك الشمن وليس هو تبديل اضافة باضافة أخرى حتى لا يعتبر في إنشائه ذلك ويتحقق مفهومه بقصد دخول الشمن في ملك شخص والشمن خارج من غيره الى مالك الشمن . وبالجملة فالمعاملة المذكورة غير قابلة للتصحيح بالإجازة لا من قبل المالك حين العقد ولا من قبل المالك حين الإجازة . ولا يمكن مقاييس المسألة ببيع الغاصب لنفسه فإنه كما ذكرنا غير مرة بادعائه

وقد اختلفوا فيه على قولين : فمنهم من ذهب الى صحة العقد كما لو اتحد المالك
بل احتمل بعضهم هنا عدم التوقف على أحجازته بعد تملكه ومنهم من ذهب الى بطلان
العقد وخروجه عن حكم الفضولي من الصحة والتوقف على الإجازة.

وبناءه على ملكية المغصوب واغتصابه وسرقه بالإضافة من مالكها ورؤيه نفسه المالك للعين ادعاء وإيقاع المعاملة
عليها بانيا على ذلك كما يوقعها على سائر أمواله المملوكة له يمكنه قصد المعاوضة الحقيقة بعد الادعاء المذكور
وان كان البناء على غير أساس ، ولكنه صالح لتحقيق البيع منه على حقيقته أعني دخول الشمن في ملك من خرج
المشمن من ملكه والادعاء والبناء المذكور لم يتحقق من البائع الفضولي فيما نحن فيه ، فإنه في مقام إيقاع المعاوضة
بقصد تملك مال الغير بإزاء ما يدخل في ملكه من العوض بما هو لا بما هو مالك للمال المذكور ادعاء ، وربما
يدعى إمكان تحقق المعاوضة الحقيقة من الفضولي المذكور ، فيقال : إنه إذا كان عند المعاملة عازما على تملك
العين المباعة من مالكها بالاشارة منه ونحو ذلك فهو مالك لها بالمشاركة فيتحقق منه المعاوضة على حقيقتها
(ولكن) الدعوى المذكورة مضافة الى احتصاصها بصورة عزمه التملك للعين عند إيقاع المعاملة وحقيقة جميع
المقدمات للتملك بحيث لم يبق منها سوى العقد الذي يريد إنشاءه بينه وبين مالك العين (عهدهما) على مدعاهما .
والحاصل : إننا ذكرنا ان المعاوضة الواقعية فضولا إنما يمكن تصحيحها بالإجازة حيث تكون واحدة لجميع
ما يعتبر فيها سوى جهة استنادها الى المالك الحاصل ذلك بالإجازة ، والمعاملة المذكورة فاقدة لما به قوامها .
هذا لو باع الفضولي مال الغير لنفسه . وأما لو باعه مالكه فلا اشكال فيه من هذه الناحية فإنه قصد
المعاوضة على حقيقتها لأنه أنشأ تبديل طرف

وليعلم أولاً إن إطلاق عنوان من باع مبني على عدم اعتبار قصد المتنقل عنه والمتنتقل إليه في صحة البيع كما تقدم ، وإنما فلا بد في الصحة من تقيد العنوان بما لو باع للملك.

اضافة المالك الاعتبارية أعني المشمن بطرف إضافة المشتري الأصيل أعني الشمن وطرفه الأصيل قبل ذلك منه باشتراكه ، ونظراً لقصده كون البيع للملك وقصد دخول الشمن في ملك مالك المشمن عوضاً عما يخرج من ملكه إلى مالك الشمن فالمعاوضة المذكورة من هذه الجهة على حقيقتها صالحة للاستناد إلى الملك لو تعقبها الإجازة منه. ولكن لو تعقبها نقل وانتقال من المالك الأصلي للعين المباعة فضولاً إلى الفضولي بنفسه أو إلى شخص آخر بان اشتراك الفضولي أو الشخص الآخر العين من المالك ، فهل يمكن للملك الجديد إجازة العقد الأول الصادر فضولاً عن المالك واستناد 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 الملك إذا لم يتدخل رد من الملك له سواء كان بإنشاء قوله أو بإيجاد عمل يكون منافياً لمفاد ذلك العقد ومقتضاه بحيث يصدق عليه أنه رد وإبطال العقد الصادر من الفضولي وبيع الملك للعين المعقود عليها فضولاً وغير من اشتراها من الفضولي مناف للعقد الصادر من الفضولي ، ومقتضى ذلك كونه إبطالاً ورداً من المالك للعقد السابق وعليه فهو غير صالح للحوق الإجازة بعد الرد.

وما يقوله سيدنا الحال . قدس سره . تبعاً لشيخنا الأنباري . قدس سره . من أن العقد الثاني إنما يكون ردًا موجباً لعدم صلاحية العقد السابق للإجازة بالنسبة إلى الملك الأول وذلك لا ينافي بقاء الصلاحية للملك الجديد .

لا يخلو عن اشكال بل منع ، توضيح ذلك : ان 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 بالمضاد وهي العلاقة المملوکية وطرف يتعلق بالمضاد اليه وهي العلاقة المالکية وذكرنا أيضا أن حقيقة البيع هو إنشاء تبديل طرف اضافة المالک للمشمن وعلقته المملوکية بطرف اضافة المالک للشمن في ظرف قبولة. ثم ان المنشئ للبيع إذا كان هو المالک أو وكيله أو ولیه نفذ بیعه ولزم عند عدم الخيار. وأما إذا كان فضوليا توقف نفوذ ما أنشأه على إمضاء المالک فان اجازة تم ذلك ونفذ وان رده المالک يقول أو بما ينافي ما أنشأه الفضولي كما لو كان المنافي فعلا خارجيا كإتلافه المبيع مثلا أو كان إنشاء إيقاع منه كما إذا كان المبيع عبدا فأعنته مالکه بل ولو كان المنافي إنشاء عقد من المالک عليه معاير لعقد الفضولي كما لو باعه من مشتر آخر فإنه يبطل ما أنشأه الفضولي ولم تبق فيه صلاحية للإنفاذ لا من المالک الأصلي ولا من ملکه منه بعد إنشاء الفضولي. أما من ناحية المالک الأصلي فإنه بعد إخراج المبيع عن ملکه الى ملک من اشتراه منه مثلا ، سواء كان هو الفضولي أو شخص آخر بيعه منه صار أجنبيا عن المبيع غير مرتبط به فلا تنفذ أحجازته للمعاملة الواقعة عليه من الفضولي. وأما من ناحية المالک الفعلي للعين المشتري من المالک الأصلي فلأن المفروض ان الفضولي باع مالا خاصا مالک خاص من مشتر خاص بشمن خاص فهي معاملة شخصية بجميع شعون التشخص ومن كان زمامها بيده وتمضي أحجازته لها وهو المالک الأصلي لم يبعها بل ردها بيعه العين غير من اشتراها من الفضولي. وأما المالک الفعلي المشتري لها من المالک الأصلي فهو بحسب سلطنته عليها فعلا بعد الاشتراك لكونها مالا له يتسلط على اجازة ما يقع من العقد عليها فضولا بعد ملكيته بالاشتراك. وأما العقد الواقع على ذلك المال ضولا حينما كان ملکا للمالک السابق المتشخص ذلك العقد بتلك الخصوصيات

الغير ثم اشتراه كان خارجا عن المسألة قطعاً بل هو خارج عن موضوع

التي من جملتها كون مفاد العقد و نتيجته للملك السابق ، فلا تصح إجازته من الملك الثاني .
والحاصل ان الفضولي أنشأ تبديل مال زيد بمال عمرو و طرفه الأصيل قبل ما أنشأه وهذه المبادلة الخاصة صالحة للتنفيذ لو أحازها مالك المبيع فعلاً وهو زيد الذي كانت المبادلة مقصودة من الفضولي له ، وبمقتضى
إجازتها ، تخرج العين من ملك زيد الى ملك عمرو ويخرج الشمن من ملك عمرو الى ملك زيد ولو ردتها بان باع
العين المبيعة فضولاً لعمرو من شخص آخر كان هو الفضولي أو غيره فمقتضى كونه ضداً ومنافياً للمبادلة التي
أوقعها الفضولي ليس لزيد بعد ذلك اجازة عقد الفضولي وذلك واضح لا ريب فيه وأما من اشتري المال منه وهو
الملك الثاني فمن يقول بنفوذ البيع الفضولي له انا يقول به مع أحجازته للبيع إذ لا وجه للتنفيذ بلا اجازة كما لا
وجه لإجازة البيع المذكور على ما قصدده الفضولي من كون المعاوضة للملك الأول بمعنى خروج الشمن من ملك
زيد الى ملك عمرو والشمن بالعكس ، ولا يقول به القاتل وإنما الذي يقوله ان المعاملة الكذائية التي قصد الفضولي
كونها للملك الأول تمضي وتنفذ للملك الثاني بإجازته العقد الأول الصادر فضولاً . وهذا الذي قلنا لا يتم أيضاً
إذ المعاملة الشخصية على ما قصددها الفضولي وإنما أنه لا وجه لإجازتها . وأما على ما يريدها الملك الثاني من
كونها تنفذ له فلم تقع مبادلة كذائية من الفضولي وإنما الواقع غيرها فما وقع لم يجز من له الإجازة وما أجزى لم يقع
من الفضولي والإجازة ليست بعقد مستأنف وإنما هي إمضاء لما وقع .

لا يقال : ان ما باعه الفضولي مالكه لو انتقل الى آخر بالإرث فلا اشكال ولا خلاف في بقاء قابلية

العقد الفضولي الواقع عليه للإجازة من

الفضولي كذلك لأنه باع ما يملكه مما هو متعلق بذمته والذي اشتراه انما

والوارث فيستند البيع المذكور إليه بالإجازة منه ، وما الفرق بين انتقال المال إلى الوارث بموجب المورث وبين انتقاله إلى المشتري من مالكه ببيعه منه حتى يفرق بينهما ببقاء القابلية في أحد الانتقالين دون الآخر.

لأننا نقول : ذكرنا فيما سبق أن الملكية اضافة اعتبارية لها طرفان : يتعلق أحدهما . بالمضاف المنتزع عنه عنوان المملوکية والطرف الآخر يتعلق بالمضاف اليه المنتزع عنه عنوان الملكية ، فالتغير الحاصل بالموت انما هو في الملكية فإن دليلاً للإرث جعل الوارث قائماً مقاماً المورث في مالكيته للمال ، وأما المملوکية التي كانت للمورث فلم يحصل فيها تغيير وتبدل بالموت وليس المراد ان مال المورث باق على حاله وانه مملوك له بعد الموت فإنه غير معقول بقاء المملوکية وانتقال المملوکية للوارث فإنما متضاعفان وإنما المراد ان المملوکية التي كانت للمورث بعينها انتقلت الى الوارث غير ان زمامها كان بيد المورث حال حياته وبعد موته انتقل ذلك الزمام الى الوارث وهو معنى انتقال الملكية اليه . وعليه فعقد المعاوضة الصادر من الفضولي على مال المورث الصالح للإجازة منه حال حياته بملك مالكيته لزمام ذلك الملك صالح للإجازة من الوارث بعين ذلك الملك فان الملك لم يتغير ولم يتبدل بموجب المورث وإنما التغير والتبدل في الملك ، فالإجازة الوارث لعقد الفضولي على مال المورث بدل عن إجازته صالحة لإنفاذ ذلك العقد وإمضائه كما لو كانت صادرة عن المورث ، وهذا بخلاف التغير والتبدل في الملك بأن باع المال الذي عقد عليه الفضولي من مشترٍ آخر فان البيع بما انه تبدل طرف اضافة المالك بطرف إضافة المشتري فالتغير والتبدل الحاصل بسببه إنما هو في جانب الملك دون جانب المالك . توضيح ذلك : ان الملكية الاعتبارية . كما ذكرنا . مثالمها الخارجي حبل متعلق أحد طرفيه بالمال

يدفعه وفاء عما في ذمته وليس هو من بيع ما ليس عنده المنهي عنه كما نبه

وتلك العلقة علقة المملوکية والطرف الآخر يد إنسان وتلك علقة المالکية والبيع خارجه حل الحبل من جانب المملوک وشده بمملوک لآخر . ثم ان التبديل بالحل والشد في البيع : تارة يكون من مالکه الأصیل أو من وكيله أو من ولیه ، وآخری يكون من فضولي . فبناء على ان العقد من الفضولي فعلا له قابلية التأثير أن تعقبه احراز المالک الأخذ بزمام الحبل ، وهو تارة يمضي فعل الفضولي وإن شائه بإحرازه فلا إشكال في ترتيب الأثر عليه كما لا إشكال في بطلانه وعدم ترتيب الأثر عليه لو ردّه ، وأخرى لم يجز الى أن يهلك ويترك المال من يرثه منه ويتسليم زمام ذلك المال ، ولا إشكال أيضا في نفوذ بيع الفضولي وترتيب الأثر عليه بإمساكه الوارث وأحرازه لعقدة فإنما احراز من ملك زمان المال للعقد الواقع عليه فضولا قبل الرد المبطل له ، وإنما الإشكال فيما لو لم يتحقق من المالک الأصلي رد لمعاملة الفضولي ولكن صدر منه عمل مناف لعمل الفضولي بنحو لا يمكنه بعد صدوره منه تصحيح عمل الفضولي بإحرازه كأن باع العين التي باعها الفضولي لمشترٍ آخر فهل يصح لمن اشتري تلك العين من مالکها الأصلي بعد صدور العقد عليها فضولا بإحرازه وتصحيحه لنفسه فربما يقال بالصحة كما يظهر من سيدنا الحال تبعا لشيخنا الأنباري . قدس سرهما . يقول سيدنا : «بيع المالک يخرج العقد عن التأثير بالإجازة بالنسبة إليه لا مطلقا حتى بالنسبة إلى المشترى منه ودعوى السقوط به عن التأثير مطلقا مصادرة لأنما عن الدعوى». انتهى ولكن قد يقال : ان العقد الأول . وهو عقد الفضولي حسب الفرض . إنما وقع للمالك الأول فإذا سقط عن التأثير له بسبب العقد الثاني الصادر من المالک وطرفه فلم يرق له صلاحية التأثير بالنسبة إلى المالک الثاني حتى

عليه في الدروس ، كيف ومن ذلك بيع السلم والنسية.

إذا عرفت ذلك ، فقول : الأقرب هنا أيضا هو الصحة لعموم ما دل

يصح بالإجازة منه ويؤثر فإن الفضولي الذي ينشأ تبديل مال الغير بالعوض اما يقصد كون المبادلة المذكورة لمالك العوض فعلا فيقصد بإنشائه إخراج المال من مالكه وإدخاله في ملك المشتري وبالنسبة إلى العوض يقصد إخراجه من مالكه المشتري وإدخاله في ملك المالك للمعوض فعلا ، واما يقصد كون المبادلة المذكورة لنفسه ، وهو تارة يعتقد أن المال له اشتياها منه ، واخرى 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 الحقيقة . كما أوضحتنا فيما سبق . فتصح إجازة بيعه من المالك الحقيقي له ويلغوا بناؤه الادعائي كما في المعتقد اشتياها . نعم لو لم يسبق هذا البناء والادعاء من الغاصب للمال بان قصد بيعه خروج الشمن من المغصوب منه الى مالك الشمن وخروج الشمن من مالكه الى نفسه يكون بيعه باطلا غير قابل للتتصحیح بإجازة المالك لكونه غير قادر للمعاوضة الحقيقة ، اللهم إلا على مذهب القطب والشهید . قدس سرهما . من إمكان تحقق المعاوضة الحقيقة بإخراج الشمن من ملك شخص وإدخال ثمنه في ملك غيره . هذه صور العقود الصادرة من غير المالك فضولا القابلة للتتصحیح بإجازة بناء على مذهب المشهور . وكلها قصد فيها تبديل ملوك المالك فعلا بعوضه الذي هو حقيقة البيع ، وفي جميعها حيث نقول بالتتصحیح ، فإنما هو بإجازة المالك الفعلى للمال وكون المناط أحجازه ورده . وأما المعاملة

على صحة عقد الفضولي الشامل لصوري ما إذا اتحد المالك أو تعدد غير انه 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 استجمام الشرائط المعتبرة التي منها الملك إلا رضا من يعتبر رضاه وليس الملك إلا كالقبض

التي قصد فيها كونها لمالك المردود بين كونه هو المالك الفعلي أو من ينتقل ذلك المالك إليه بالاشتاء منه والحكم بصحتها بإجازة كل من المتعاقبين في الملك ، وان رد الأول بما ينافيها ، اما يبطلها بالنسبة إليه دون صاحبه الذي اشتري ذلك المال منه فله إجازتها واستناد تلك المبادلة إليه . كما يقوله سيدنا تعا لشيخنا الأنصاري . قدس سرها . فالحكم بذلك في غاية الإشكال بل هو من نوع فان البيع الذي حقيقته : تبدل طرف إضافة المالك للبيع بطرف إضافة المالك للثمن كيف يمكن إنشاؤه مالك مردود بين المالك الفعلي له وبين من يتجدد ملكه للعين بالاشتاء من مالكتها بأن يقصد الفضولي خروج المبيع أما من مالكه الفعلي إلى ملك المشترى ودخول الثمن في ملك مالك المبيع أو خروجه من ملك مالكه الجديد إلى المشترى ودخول ثمنه في ملك مالكه الجديد على سهيل الترديد . والحاصل لو كانت حقيقة البيع مجرد التبدل بين المالين بلا اعتبار قيام العوض مقام العوض بمعنى دخول العوض في ملك من خرج العوض عن مالكه إلى مالك العوض أو قلنا بكون الإضافة صالحة للتتعلق بالمالك المردود بين المالك الفعلي وبين من يتجدد ملكيته للعين أمكن القول بصحبة المبادلة المذكورة الصادرة من الفضولي للمالك الأول بإجازته لها فان لم يجزها بل باع العين لمشتر آخر غير الأصيل صح له إسناد المبادلة المذكورة اليه بإجازته لها ، وأما بناء على ما قويناه من ان حقيقة البيع تبدل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى مع اعتبار تعلق الإضافة يشخص خاص هو المالك الفعلي للعين المباعة ولو كانت ملكيته لها بادعاء أو اشتباه وعدم معقولية تعلقها بالمالك المردود بين الفعلي

والمتعدد ، فلا ريب في كون المبادلة المذكورة للفضولي غير صالحة للإجازة حيث إن المالك الأصلي لخروج العين عن ملكه ببيعها فلا تؤثر إجازته ولا رده وكذا المالك الثاني المشتري من الأول من حيث ان المبادلة الخاصة المنشأة من الفضولي هو أجنبي عنها فلا تؤثر إجازته ولا رده ومبادلة اخرى واقعة على ما ملكه بالاشتراك لم تتحقق . وعلى ما ذكرنا ، فجميع صور المسألة غير قابلة للتصحيح بإجازة المالك الثاني الا صورة إرثه من المالك الأول .

هذا كله بناء على كون الإجارة ناقلة واما بناء على كونها كاشفة فإمكان تصحيح العقد بإجارة المالك الثاني أشكال فإننا لو سلمنا وجود القابلية في عقد الفضولي لإجارة المالك الثاني وتصحيفه بالنسبة إليه بناء على النقل وكون الإجارة من له إمضاء العقد تقتضي إمضاءه وتتفيد من حين صدورها ، لكن بناء على طريقة الكشف وكوئنا مقتضية لنفوذه وترتباً الأثر عليه من حين صدور العقد لو قلنا بصحة العقد من الفضولي بإجارة المالك الثاني المشتري من الأول يلزم خروج المبيع عن ملك المالك الأول إلى طرف الفضولي قبل دخوله في ملك الثاني بالاشتاء منه ويلزم كون المبيع مملوكاً لمالكين بنحو الاستقلال في وقت واحد لأن مقتضى كشف الإجارة عن تأثير العقد من حين صدوره كون المبيع في ذلك الحين منتقلًا إلى طرف الفضولي فهو مملوك له ، ومقتضى اشتاء المالك الثاني من الأول كونه في حال الاشتاء مملوكاً للأول ولا يمكن الالتزام بذلك.

(وما ذكره) سيدنا تبعاً لشيخنا الأنباري . قدس سرهما . : من التزام كون الإجازة هنا تكشف عن صحة عقد الفضولي وتأثيره من حين انتقاله إلى المالك الجائز لا من حين العقد فلا مذبور (فيتمكن) أن يورد عليه بأنه إنما يتم ذلك لو قام دليل خاص على صحة العقد الفضولي بالنسبة إلى

المالك الثاني بإحazته لكي ترفع اليد به عن عموم ما تقتضيه الإجازة على طريقة الكشف اعني تصحيح العقد من حين صدوره ونحكم بصحته ونفوذه من حين انتقال المبيع الى المالك الثاني بالاشتاء من الأول .

وبالجملة فعموم صحة عقد الفضولي ونفوذه بإحازة المالك سواء كان هو المالك حال العقد أو من اشتراه منه وعموم اقتضاء الإجازة صحة العقد من حين صدوره بناء على كونها كاشفة متنافيان لا يمكن العمل بظاهر كل منهما ، فلا بد من الأخذ بظاهر أحد العامين وترك العمل بظاهر الآخر وليس الأخذ بظاهر العموم الأول .

والحكم يكون بالإجازة من المالك الثاني تكشف عن صحة العقد ونفوذه من حين انتقال المبيع الى ملكه ببيع المالك الأول له لا من حين صدور العقد . بأولى من الأخذ بظاهر العموم الثاني والحكم يكون بالإجازة من المالك الثاني تتحقق تقتضي تصحيح العقد من الفضولي والحكم بمضي العقد من حين صدوره . وعليه فلا تصح الإجازة من المالك الثاني لعدم إمكان اقتضاء أحazته مضى العقد من حين صدوره ، بل المتعين عدم صحتها أصلاً من المالك الثاني ، لأنها تصح وتنقاضي نفوذ العقد من حين ملکه . وتوضيح ذلك ان اجازة بعض ما وقع عليه عقد الفضولي وقسط منه وان امكن كما لو باع الفضولي مال زيد ومال عمرو بعقد واحد وثمن واحد فأجاز أحدهما دون الآخر فإنه يصح العقد بالنسبة الى مال الجيز منهما بقسطه من الشمن ويطرد بالنسبة الى مال الراد منهما بالقسط الآخر . ومثله لو آجر الفضولي دارا سنة مثلاً وكان المالك لمنفعتها شخصان بنحو التعاقب فأجاز أحدهما دون الآخر ، فتصح الإجازة بالنسبة إلى ملك الجيز بقسط من الأجرة دون الآخر ، ونحو ذلك مما يمكن فيه التبعيض بالإجازة والرد من حيث تعدد متعلق البيع أو الإجازة بخلاف ما إذا كان المتعلق واحداً لا يتصور فيه التعدد كما في مسئلتنا فإن العين التي باعها الفضولي وان تعاقب عليها مالكان بحسب

الزمان ولكن المنشأ بعقد الفضولي ليس الا تملك العين ملكية مستمرة في الزمان وتعدد الزمان لا يوجب تعدد المنشأ في البيع إذ هو تبديل طرف اضافة المالك للمبيع بطرف اضافة المالك للشمن تبديلا واحدا مستمرا باستمرار الزمان. وتعدد الزمان لا يوجب تعدد ملكية العين المنشأة بعدد البيع. نعم في الإجارة التي حقيقتها : تملك المنفعة للعين يتعلقها ببعد الزمان فمن آجر داره شهرا مثلا بأجرة معينة فقد ملك المستأجر منافع أيام الشهر بتلك الأجرة.

ومما يشهد للتعدد في الإجارة دون البيع : أنه في الإجارة يلزم تحديد مدة الإجارة بخلاف البيع فلا تحديد فيه بل لو حدد لبطل. ويشهد لذلك أيضا : ان الفضولي إذا آجر دارا يملك منفعتها شخصان كل منهما ستة أشهر بنحو التعاقب سنة كاملة بأجرة معينة فأجاز أحدهما دون الآخر ، فإنه رد صحت الإجارة في النصف الذي للمجيز بنسبة حصته من الأجرة وبطلت في النصف الآخر بتلك النسبة ولم تكون الإجارة من أحدهما منافية لرد الآخر لتعدد ملك كل منهما ونحو ذلك مما يمكن فيه التبعيض في المتعلق للعقد.

ويمكن اجتماع الإجارة والرد نظرا لتعدد المتعلق اما ما لا يمكن فيه ذلك كبيع الفضولي مال غيره لمالكه فإنه إنشاء ملكية واحدة لطرفه بالنسبة إلى المبيع لها شأنية الاستمرار الى حين خروج المال عن ملكه باختياره بيع ونحوه أو بغير اختياره بموت ونحوه ، ولا إشكال في كون رضا المالك للعين وأجازته له الدخل في نفوذ تلك الملكية المنشأة بإنشاء الفضولي وإنما الإشكال في مبدء تلك الملكية الواحدة المستمرة ، فهل هو حال الإجارة وهو معنى كونها ناقلة ، أو حال العقد بناء على كونها كاشفة؟ وجهان ، بل قولان لا ثالث لهما ، فالقول في مسئلتنا بأن

المالك الثاني المشتري

للعين من الأول له اجازة العقد وكون إجازته كاشفة عن تأثير العقد من حين انتقال العين اليه بالاشتاء ، احداث قول ثالث ، فإن الإجازة ان كانت جزء المؤثر بمنزلة قبول القابل فمبدئ التأثير للعقد وحصول تلك الملكية المستمرة حال حصولها وان كانت الإجازة بوجودها المتأخر تحدث التأثير للعقد السابق بأحد وجوده الكشف فمبدئ ذلك حال حصول العقد ، فالقول بان المالك الثاني المشتري من المالك الأول له اجازة العقد والحكم بأن أجازته إنفاذ العقد من زمان تملكه للمال المتعلق للعقد لا من حين العقد على طريقة الكشف ولا من حين الإجازة على طريقة النقل الذي مرجه تجرئة ما أنشأ العاقد الفضولي من الملكية الواحدة المستمرة وإنفاذ العقد بالنسبة إلى قطعة منه ، فإنه . مضافا الى منافاته لكلا الطريقين . لا دليل عليه بالخصوص ولا قاعدة تقتضيه .

و (دعوى) ان الإجازة اما تصح من المالك وعلى الكشف اما تنفذ العقد الصادر فضولا بما يملكه المخيز وقبل الاشتاء لا ملكية له بالنسبة إلى المعقود عليه فلا مناص عن كونها اما تكشف عن تأثير العقد من حين ملكه لا من حين العقد مضافا الى مالا يمكن الالتزام به على تقدير كونها كاشفة عن التأثير من حين الصدور من المذورين اللذين مر الكلام عليهم .

(يدفعها) : انه لا موجب للقول بصحبة الإجازة من المالك الثاني حتى تقع في مشكلة لا يمكن التخلص منها الا بالقول بكون الإجازة اما تكشف عن تأثير العقد من حين ملك الثاني لا من حين الصدور ، فلم لا تقول : ان الإجازة اما تصح من المالك حال العقد دون المالك حال الإجازة فقط ، ولم يقم دليل بالخصوص مفاده صحة العقد الفضولي بالنسبة إلى المالك الثاني بإجازته ، بل يمكن أن يقال : لا دليل يستفاد من عمومه أو إطلاقه صحة ذلك بالنسبة إليه ، فإن الرويات

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 إمكان النقل من حينه بعد أن كان القبض معتبرا في صحته ، فمرجع القول بالكشف إلى الكشف من حين الإمكان لا من حين العقد مطلقا حتى فيما لا يمكن.

و بما 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 بطلان

المستدل بما على صحة عقد الفضولي بالإجازة موردها الصحة والنفوذ بإجازة المالك حال العقد ولا عموم ولا إطلاق فيها بالنسبة إلى المالك حال الإجازة فقط.

هذا بناء على ان صحة عقد الفضولي بإجازة المالك على خلاف القاعدة وإنما استفييدت من روایات الباب ، وأما على القول بكونها على طبق القاعدة بمقتضى عموم آية (حل البيع) وآية (التجارة عن تراض) منضما إلى دليل اعتبار طيب النفس في حلية مال المسلم لغيره ، فالقاعدة مقتصداها النقل لا الكشف ، والكلام مبني عليه.

(١) قد يقال : انه لا إشكال في أن إجازة المالك لها الدخل في ترتيب الأثر المقصود على العقد الصادر من الفضولي وطرفه الأصيل. إنما الكلام في أن الإجازة بمنزلة الجزء من السبب المؤثر وعليه فلا يترب 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 ترتيب الأثر المقصود منه الا على الإيجاب والقبول من

عقد الثاني ، لانكشاف وقوعه على مال الغير ، وبطلان الثاني مستلزم لبطلان الأول ، لأنه بالإجازة الصحيحة تنكشف صحته من حين العقد ، والمفروض بطلاً لها لبطلان عقدها ومن لزوم خروج المبيع عن ملك الجiz قبل دخوله في ملكه لأنه بإجازته ينكشف الخروج عن ملكه من حين العقد الأول السابق على تملكه بالعقد الثاني ومن لزوم توقف كل من العقددين على اجازة الآخر ضرورة توقف صحة عقد الأول على إجازة الثاني لانتقال الملك اليه

الطرفين كسائر البيوع أو العقد وتقابض العوضين في مجلسه أو قبض الشمن فيه كما في بيع الصرف والسلم . وعليه فالإجازة من المالك بوجودها المتأخر شأنها تفيذ ذلك السبب الصادر من الفضولي وظرفه وجعله ماضياً ومؤثراً عند حصوله ، وهو معنى كونها كافية . وعليه فعدم كشف الإجازة عن النقل من حين العقد فيما يعتبر في صحته التقادم أو القبض في مجلسه كالصرف والسلم إنما هو من حيث كونهما في مثل ذلك جزء للسبب الناقل ، وشأنهما . كما ذكرنا على طريقة الكشف . جعل السبب بما هو سبب ماضياً ومؤثراً عند حصوله .
وبالجملة ليس المدعى أن الإجازة . على طريقة الكشف . لا بد من كشفها عن النقل من حين العقد مطلقاً حتى فيما يعتبر التقادم أو القبض في صحته وتترتب الأثر عليه كالصرف والسلم ، بل المقصود إنما على الكشف تقتضي حصول النقل والانتقال عند وجود العقد بما هو سبب ناقل ولو لم يكن العقد بنفسه هو السبب بل بانضمامه إلى قبض أو تقادم فكون الكشف فيها إنما هو عن النقل والانتقال عند القبض أو التقادم غير صالح للانتصار به على ما هو محل الكلام من صحة اجازة المالك الثاني وكشفها عن النقل من حين تملك المبيع فضولاً باشتراكه من المالك الأول كما يظهر من سيدنا . قدس سره . ما لم تقتضيه قاعدة أو يساعدها 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 الحقيقى من حين العقد مطلقا ولو مع تغيير المالك ، فيلزم : إما تخصيص ما دل على صحة الفضولي بما إذا اتخد المالك من حين العقد إلى زمان الإجازة ، أو تخصيص ما دل على كون الإجازة كاشفة بذلك ، وإنما 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 مذكور بالمرة.

هذا ويعرف حكم باقي صور المسألة بعد معرفة حكم هذه الصورة منها.

ثم اعلم ان (العلامة في القواعد) ذكر في المقام عبارة ربما توهם ما لا يمكن الالتزام به من جعل صورة ما لو باع ثم ملك مثلاً لعدم وجود البجز حين العقد ، كما مثل له بما لو باع مال الصبي ثم بلغ وأجاز حيث قال فيه : «فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأى وكذا الغاصب وإن كثرت تصرفاته في الشمن الى ان قال : والأقرب اشتراط كون العقد له بجز في الحال ، فلو باع مال الطفل بلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال ، وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز» انتهى .

وجعل (في جامع المقاصد) قول مصنفه : «وكذا لو باع ..»

عطفا على حكم مثال بيع مال الطفل ، غير أنه تردد في كون الحكم المعطوف عليه لا ينفذ بنحو الجزم أولاً ينفذ على إشكال ، وتتكلف لكل منهما وجهاً فراجع كلامه . وعليه فيرد على مصنفه : أنه كيف جعل ذلك مثلاً لعدم البجز في الحال مع وجود البجز حين العقد غير أن البجز حين العقد غير البجز حين الإجازة وهو شرط آخر على تقدير اعتباره ، فالظاهر كونه معطوفاً على قوله : وكذا الغاصب

بتقدير : وكذا يصح أو باع . كما في كنز الغوائد . وعليه فيكون العلامة في القواعد من يرى صحة بيع من باع مال الغير ثم ملكه وأجاز لا بطلانه كما توهم هذا وقد بقي في المقام محذور آخر رعا يتواهم من أجله لغوية الإجازة ، وهو أن بيع المالك ولو من الفضولي اما رد عقده كما ان التصرف بالنقل ونحوه في زمن الخيار فسخ ، وفي الهمة ونحوها من العقود الجائزة رجوع بتقريب أن مرید الشيء كاره لأضداده التي منها عقد الفضولي ، ولا يعني 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 كالعتق والوقف ونحوهما مما يوجب خروج المحل عن قابلية تأثير الإجازة فيه ، وبذلك يظهر وجه التفصيل بين النقل الاحتياري والانتقال بالإرث .

وفيه ان الضد لبيع المالك اما هو صحة عقد الفضولي بالصحة الفعلية دون الصحة التأهيلية لأن الضدية المانعة عن تحقق ضده اما هي بفعالية تأثيره لا بشأنيته ، وأما القياس بالعتق ونحوه قياس مع الفارق لأن المقياس عليه ما يوجب خروج المحل عن قابلية تأثير الإجازة فيه وفي المقياس اما يخرج اجازة 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 مطلقا حتى بالنسبة إلى المشتري منه . ودعوى السقوط به عن التأثير مطلقا مصادرة ، لأنه عين الدعوى . وأما كون التصرف الناقل في زمن الخيار فسخا وفي العقود الجائزة رجوعا ، فلظهور الفعل في الصحيح المحمول عليه بحكم أصلالة الصحة في فعل المسلم وهو مستلزم للفسخ أو الرجوع والا لبطل لكونه حينئذ تصرفًا في مال الغير ، صحة 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 : ان 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 كالنبوبي المستفيض : «لا تبع ما ليس عندك» والآخر «لا بيع إلا فيما يملك» لشموله ما لو باع ثم ملك ، فإنه حين البيع بيع ما ليس عنده وما لا يملك.

وفيه ما تقدم فيهما من الجواب عنهما عند الاستدلال بهما على البطلان رأسا (١) من ضعف سند الأول منهما لكونه عاميا كما يفصح عنه الخبر المتقدم . واحتمال قراءة (لا يملك) بالبناء للمجهول ، وانه محمول على بيع ما يتذرع عليه تسليمه أو يتعرّض إرشادا إلى دفع كلفة التسليم المنزلي على ارادة البيع الموجب لترتب الآثار عليه ، وبعضها بنحو المخصوص في المورد كرواية يحيى بن الحجاج : قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي : اشتري هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك كذا كذا؟ قال : لا بأس بذلك اشتراها ولا تواجهها قبل أن تستوجهها أو تشتريها» ورواية خالد بن الحجاج قال : «قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يجيئني ويقول : اشتري هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ قال : أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك؟ قلت : بلـى ، قال : لا بأس إنما يحرم الكلام ويحلل الكلام» بإرادة عقد البيع من الكلام بتقرير : ان الحل والحرمة يدوران مدار الكلام

(١) الاستدلال بالأخبار المذكورة على بطلان ما نحن فيه من بيع مال الغير ثم اشتراه منه واجازة البيع : تارة بالأخبار العامة ، وأخرى بالأخبار الخاصة . أما الأخبار العامة كالنبوبي الأول والثاني فالمناقضة فيهما بضعف السند ضعيفة ، فإنما معنون بما ومتلقين بالقبول عند أصحابنا ، ويشهد لذلك الاستدلال بما من البعض على بطلان بيع الفضولي ، وفي مسئلتنا على البطلان أيضا كما أن المناقشة في دلالة الثاني منهم . باحتمال كون (يملك) بصيغة المجهول وأن المعنى لا بيع فيما لا يكون

وجوداً وعدماً ، فالحل يدور مداره نفياً والحرمة إثباتاً . كما عن الوافي

ملوكاً لأحد كالحر والمباحات الأصلية . ضعيفة ، فإنه مضافاً 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 . ينافيه وحدة السياق فيه بقوله (ع) : «لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك» فإنه لا يحتمل ان يكون المراد نفي الطلاق في غير المزوجة ، والعتق في غير ملوك كالحر .

فالمناقضة من هذه الناحية بعيدة جداً ، وحيثند فنقول : لا إشكال في دلالة النبوين على فساد بيع ما ليس عند البائع وما لم يملكه إنما الكلام في أن المراد فساده وعدم ترتيب الأثر عليه بالنسبة إلى خصوص البائع ولعله الظاهر ، كما يشهد بذلك كون النبوي الأول ، كان جواباً لحكيم بن حرام حيث سأله عن بيع شيء لم يملكه ثم اشتراه وتسليميه للمشتري . وعليه فلا يقتضي فساده بالنسبة إلى البائع الفضولي عدم صحته بالنسبة إلى المالك الأصلي بإجازته البيع وإسناده إليه بما ، أو ان المراد فساد البيع المذكور أصلاً وعدم قابليته للتصحيح حتى بالنسبة إلى المالك الأصلي بإجازته البيع وإسناده إليه بما قبل أن يبيعه من شخص آخر ، الظاهر من النبوين هو الوجه الأول وأن البيع من الفضولي إنما لا يصح ولا يؤثر بالنسبة إلى خصوص البائع ، ولا ينافي ذلك تأثيره وصحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز ذلك البيع فإن السائل . وهو حكيم بن حرام في النبوي الأول . سأله عن بيع الشيء ثم اشتراه من مالكه وتسليميه إلى المشتري منه ، فسألوه عن صحة البيع لنفسه لا عن صحته مطلقاً ولو للمالك . والنبي . صلى الله عليه وآله . نهاد عن ذلك بقوله (ص) «لا تبع ما ليس عندك» بناء على أن النهي منه (ص) إرشاد إلى عدم ترتيب الأثر المقصود من ذلك البيع عليه ، فلم يستفاد من النبوي

في تفسير . وعليه فيكون المراد من العقد المحرم وجوده والمحل 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 مالكه وسلمه إلى المشتري منه فيباعه باطل لا يترتب عليه الأثر المقصود للبائع وهو تملكه الشمن بزيادة 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 إطلاق المخواط من النبي (ص) في مقام بيان ذلك ، فيرجع في حكمه إلى سائر أدلة صحة العقد الفضولي أو عدم صحته ، وكذا النبوي الثاني : «لا بيع إلا فيما يملك» فان مفاده حصر صحة البيع بمعنى ترتيب الأثر عليه فيما يملكه حال إيجاد البيع وإن شائه لا مطلق ما يملك ولو بعد الاشتراء من مالكه . ولو كان هذا الظهور مستفادا من قرينة السياق : «لا طلاق فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك» ان لم تكن القضية بنفسها ظاهرة في ذلك.

وبالجملة فلا ينكر ظهور النبوين في عدم صحة البيع بمعنى ترتيب الأثر عليه فيما لو باع ما لا يملكه ثم اشتراه من مالكه وأجاز ، ولو فرض القول بصحبة البيع المذكور بالنسبة إلى البائع فضولا فلا حاجة إلى إجازته بعد الشراء وإنما احتاج إلى اجازة 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 الاشتراء كما لا يخفى .

وأما الأخبار الخاصة فدلائلها على بطلان البيع قبل الاشتراء وتملكه المبيع منه تكاد تكون صريحة منها :
رواية يحيى بن الحجاج ، قال : «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي : اشتري لي هذا الثوب وهذه الدابة

محرما فالكلام حينئذ محلل إثباتا ومحرما نفيا كما هو الظاهر في تفسيره : وعلى التقديرين يستفاد منها المعنى قبل شرائه من المالك ، وصحيحة ابن

وبعنيها أرجوك كذا وكذا؟ قال (ع) : لا بأس اشتراها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو يشتريها» فإنه . مضافا إلى أن ظاهر قول القائل : اشتري كذا وبعنيه : أنه طلب منه الاشتراك من الغير ثم البيع منه بعد الاشتراك والامام (ع) أجابه عن حكم ذلك بقوله : لا بأس . : أن الامام (ع) في مقام الجواب قال : ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها. فإنه (ع) دفعا لما رأى يتوهم السائل انه لا مانع من أجابه القائل ولو بان بيشه العين قبل ان يشتريها من مالكها ثم يشتريها ويسلمها اليه ، فقال (ع) : لا بأس ان تجبيه الى ذلك ولكن لا تواجهه إلخ يعني (ع) لا تقل بعنك العين الكاذبة قبل أن تقول مالكها : بعينها أو يقول البائع ابتداء منه : بعنك العين الكاذبة فتقول : اشتريتها . والحاصل : لا تبعها قبل أن تتملكها . فدلالة الجواب على فساد البيع قبل الشراء من المالك واضحة بالنسبة إلى السائل ، وهو يجيء ابن الحجاج . سواء أجاز البيع بعد تملكه المبيع باشتراكه من مالكه أم لم يجزه . نعم الظاهر أن الامام . 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 اجازة المالك حال العقد : من العمومات مع إضافة دليل اعتبار طيب نفس المالك ، أو الأدلة الخاصة الدالة على الصحة مع اجازة المالك ، ومنها رواية خالد بن الحجاج قال : «قلت لأبي عبد الله (ع) الرجل يجيئني ويقول : اشتري هذا الشوب أرجوك كذا وكذا؟ فقال عليه السلام : أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك؟ قلت : بلى قال (ع) : لا بأس به إنما يحلل الكلام ومحرما الكلام». وقد ذكر شيخنا الأنباري . قدس سره . احتمالات ثلاثة لقوله : «إنما يحلل» إلخ أهل أظهرها هو الاحتمال الأخير يعني

مسلم قال : «سأله عن رجل أتاه رجل فقال له : ابتع لي متاعاً لعلي أشتريه منك بندق أو نسيبة ، فابتاعه الرجل من أجله؟ قال : ليس به بأس إنما يشتريه

ان الكلام الذي وقع قبل الشراء إن كان صرف مقاولة ومواعدة بينهما على أنه يشتري منه بعد شرائه بربح كذا وكذا يخلل ، وإن كان إنشاء بيع للثوب قبل اشتراكه من مالكه فإنه حرام. وعلى كل فمقتضى إطلاق حرمة العقد سواء أحاجز العقد بعد اشتراكه للثوب أم لم يجز فساد البيع بالنسبة إلى العاقد وإن أحاجز بعد الشراء والكلام بالنسبة إلى مالك الثوب المبيع فضولاً قبل اشتراكه هو الكلام في الرواية السابقة وأن الإمام عليه السلام ليس في مقام بيان الحكم بالنسبة إليه والمراجع سائر أدلة الفضولي ، ومنها : صحيحه ابن مسلم قال : «سأله عن رجل أتاه رجل فقال له : ابتع لي متاعاً لعلي أشتريه منك بندق أو نسيبة 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 بعيد أن يقول شخص لآخر : ابتع لي متاع أي متاع شنته لعلي أشتريه منك. كما ان الظاهر أنه متاع خارجي لا كلي في الذمة. وعلى كل فتعليل عدم البأس في الجواب بقوله : إنما يشتري منه بعد ما يملكه ، يدل على أن الاشتراء إذا كان قبل التملك والابتياع فيه بأس ، يعني ليس ب صحيح . وبضمونها . سؤالاً وجواباً . صحيحه منصور ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام ومنها : صحيحه معاوية بن عمارة قال : «سألت أبي عبد الله عليه السلام بجيئني الرجل فيطلب مني الخير فقاولني عليه وأفأوله في الربح والأجل حتى تجتمع على شيء ثم أذهب لأنشتري الخير فأدعوه إليه؟ فقال : أرأيت إن وجد هو مبيعاً أحبه إليه مما عندك أيستطيع أن يصرف إليه ويدعيك ، أو وجدت أنت ذلك أستطيع 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 أيضاً كون الكلام الذي دار بينهما صرف مقاولة على الشراء منه بعد ما يشتري ولم يقع بينهما بيع وشراء فعلي.

ثم إن النهي في هذه الروايات يحتمل أن يكون إرشادياً إرفاقاً بالمطلوب منه الشراء ثم البيع ، لا شرعاً مولوباً وإنما إرشاد للسائل بعدم بيع ما طلبه القائل قبل أن يشتري المتعاق من صاحبه وجعل الكلام بينهما مجرد مساومة ومقاولة ، فإنه لو باعه قبل الشراء يلزمته اشتراط ما باعه بكل قيمة يسومها صاحب المتعاق لأنه ملزم بشرائه وتسليمه من جهة البيع السابق وربما لا يكون ذلك من مصلحته نظراً إلى كون الشمن الذي يشتري به المتعاق أكثر من الشمن الذي باعه به ، وربما يدفع له شخص آخر غير صاحبه الذي قاوله على البيع رحمةً يزيد على ربح المقاولة بكثير فيخسر الزيادة لو باعه سابقاً أو يكون بقاء المتعاق عنده بعد الشراء أصلح من دفعه إلى المشتري بالشمن الذي قاوله عليه أو نحو ذلك ، فيكون النهي من قبيل نهي الناصح لمن ينصحه فيقول له : لا تقييد نفسك بالبيع قبل الشراء ، بل اجعل نفسك في فسحة بمجرد مقاولة بينكما إلى أن تشتري المتعاق وترى رأيك ومصلحتك وعند ذلك بعده منه.

وهذا الاحتمال في عالم التصور ممكن ولعله إليه يرجع ما احتمله شيخنا الأنباري . قدس سره . بل قوله :

من أن الأخبار المذكورة . عامها وخاصتها . أريد بما الكراهة مستشهدًا على ذلك بأن كثيرة منها واردة في بيع الكلي وأنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراط بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول والمذهب جوازه . ولعل تعبيره بأن كثيرة منها إلخ مبني على استفادته من صحاح ابن مسلم ، وصحيحة منصور ابن حازم المعبر فيهما في السؤال عن قول القائل : اتبع لي متاعاً أن المراد متاع كلي وقد

رجل أمر رجلا ليشتري له متابعا فيشتريه منه؟ قال : لا بأس بذلك

ذكرنا أن التعبير في السؤال : ابتع لي متابعا ليس له ظهور إلا في المتابع الشخصي نعم لا يبعد كون صحيحة معاوية بن عمار واردة في بيع الكلبي وإن المطلوب منه بيع كلبي الحرير ، لكن لو سلمنا ظهورها في الكلبي من حيث تعبيره بقوله : فيطلب مني الحرير ، وحمل البأس المفهوم من حواب 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 بيع إلا فيما يملك ، وقوله (ع) : إنما يحمل الكلام ويحرم الكلام ، على الكراهة أو الإرشاد.

وبالجملة فالاحتمال المذكور وما احتماله شيخنا الأنصاري . قدس سره . من الحمل على الكراهة خلاف الظاهر . والحمل على التقية أيضا خلاف الظاهر أو الأصل ، فيتعين كون النهي في الاخبار والباس المفهوم منها أريد به الإرشاد إلى أن البيع الواقع قبل الاشتراء فاسد لا يترتب عليه الآخر . وعليه فهل المستفاد منها ان البيع المذكور فاسد بقول مطلق حق بالنسبة إلى المالك للعين فعلاً أثر لإجازته في تصحيح المعاوضة المذكورة ، أم أن غاية ما يستفاد منها فساد البيع وعدم ترتيب الآخر عليه بالنسبة إلى البائع الفضولي وإن إطلاقها ليس في مقام البيان بالنسبة إلى المالك الفعلي للعين؟ الظاهر هو الثاني خصوصا بقربنة سؤال السائل فيها حيث أنه إنما يسأل عن صحة البيع بالنسبة إلى البائع ، وليس في مقام السؤال بالنسبة إلى المالك أيضا ، فلا إطلاق في الجواب بالنسبة إليه . وعليه فالعقد المذكور له القابلية للإجازة من المالك الأصلي واستناده إليه بما ، إنما الكلام في أن المستفاد من الاخبار هل هو فساد البيع قبل الشراء من المالك العين وعدم تأثيره بالنسبة إلى البائع الفضولي ما لم يجزه بعد الاشتراء من المالك العين

انما البيع بعد ما يشتريه» وصحيحه معاوية بن عمر قال : «سألت

أما لو أجازه بعده فإنه يصح . وبعبارة أخرى : إن العقد المذكور كما له القابلية للتصحيح والاستناد الى المالك بإحرازه كذلك له القابلية للاستناد إلى البائع بإحرازه له بعد الاشتاء من مالك العين وخروجه عن الفضولية ، يظهر ذلك من شيخنا الأنباري . قده . في بعض كلامه ، وان عدل عنه أحيرا بقوله : «اللهم إلا أن يقال : إن عدم ترتيب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوعه مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض في المبة والإحراز في الفضولي لا يوجب النهي إلا بمجرداً عن لحوق ذلك الشرط . الى ان يقول . : فالإنصاف أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتيب أثر الإنشاء المتقصد منه مطلقاً حتى مع الإجازة ، وأما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز فلان النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع فلا تعرض فيه حال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي . الى ان يقول بعد كلام له . : فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمعنى المذكور» ولكنني بقول بعد ذلك : «ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات وهو ما لو باع لنفسه واشترى المشتري غير مترب للإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكا . الى أن يقول . : فحينئذ لو تباينا على أن يكون العقد موقعاً على الإجازة فاتفقت من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل في مورد الاخبار» انتهى .

ولقائل أن يقول : بناء على ما هو المستفاد من ظاهر هذه الاخبار . عامها وخاصتها . أن البيع قبل الاشتراء فاسد لا أثر له بالنسبة إلى البائع الفضولي وإن اجازه بعد الاشتراء كما التزم به الشيخ . قدس سره . بقوله السابق (فإلأنصاف) .. إنـ فـيـ المـارـدـ بـقـوـلـهـ بـعـدـ ذـلـكـ : فـلـوـ تـبـاـعـاـ عـلـىـ أـنـ يـكـونـ

أبا عبد الله (ع) : يجيئني الرجل فيطلب بيع الحرير وليس عندي شيء

العقد موقوفا على الإجازة؟ فإن كان المراد مجرد قصدهما تعليق العقد على الإجازة فأي أثر لذلك مع فرض عدم وقوع البيع للبائع قبل التملك بالاشتاء من المالك وعدم ترتيب أثر على إنشاء البيع حتى لو اجازة بعد الاشتاء . والحاصل ان شيخنا الأنباري بعد أن ذكر ان الإنصال : ان ظاهر النهي في الروايات عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتيب الأثر عليه حتى مع إجازته بعد التملك يريد ان يضيق دائرة فساد البيع قبل الاشتاء بحسب ما استفاده من الروايات ويحصرها بصورة ما لو تباع المتباعان قاصدين تحجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء بل وقع البيع على وجه يلزم البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه الى المشتري. اما لو وقع البيع على وجه التعليق على الإجازة من المالك الأصلي أو المالك بعد الاشتاء منه أو تعليق لزومه على ذلك ، فلا يكون مشمولا للأخبار النافية والقاعدة تقتضي جوازه ، فيقال له : ان كان المراد يتبعهما على ان يكون العقد موقوفا على الإجازة مجرد تباهيهما على ذلك في نفسيهما بلا ذكر لذلك عند إنشاء العقد بنحو الاشتراط ، ففيه أن الدواعي والأغراض في باب المعاملات لا تكون منشأ لأثر. وأشار إلى ذلك ما لو ذكره في العقد بنحو الاشتراط إذ هو من قبيل التعليق في العقود المجتمع على بطلانه.

وبالجملة فالظاهر انه لا ينبغي الريب في عدم صحة بيع ما ليس يملكه البائع ثم اشتائه من مالكه وتسليمه المشتري منه بجميع اقسامه وصوره . منجزا كان البيع أم معلقا على الإجازة تعقبه اجازة منه للبيع أم لا . نعم لو اجازه مالكه الأصلي قبل اشتائه منه وكان البيع السابق له لا لنفس الفضولي صحة البيع للمالك ، فيطلب بيعه الفضولي بعد إجازته البيع السابق بمعنى توافقه على إجازة المشتري الأول.

فيقاولني عليه وأقاوله في الريح والأجل حتى نجتمع على شيء ، ثم أذهب

فاصرار سيدنا الحال . قدس سره . على تصحيح المعاملة المذكورة إذا تعقبها إجازة من المالك الثاني بعد اشتراه من المالك الأول والقول بأن غاية ما يستفاد من الأخبار المذكورة عدم الصحة الفعلية لا الشائنية فيصح البيع مع اجازة المالك الثاني بعد الاشتراء كما يصح من المالك الأول لو أجاز البيع ، والحال ان إطلاق الاخبار المانعة من البيع قبل الاشتراء والحاكمة بعد الصحة فيما لا يملك وشمولها لصورة تحقق الإجازة من البائع بعد الاشتراء غير قابل للشكك والمناقشة.

لم يتضح وجهه . وأما صحته من المالك الأول مع اجازة البيع فلما ذكرنا : من أن إطلاق الاخبار ليس في مقام البيان بالنسبة اليه ، وإنما هي في مقام بيان حكم البائع الفضولي . وأما شيخنا الأنباري . قدس سره . فلم يبيت في المسألة بضرس قاطع ، فنارة يختار الصحة التأهيلية وبمحكم تكون البيع قابلاً للتصحيح بإجازة المالك الثاني بعد الاشتراء ، وأخرى يعدل عن ذلك وبمحكم بدلالة الاخبار على عدم الصحة ولو مع الإجازة منه بعد الاشتراء وثالثة يضيق دائرة الحكم بالبطلان وبمحصرها بصورة ما لو تباعها قاصدين النقل والانتقال منحراً دون ما لو علقها 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 الوضوح بمكان فان البيع المذكور من الوارث نظراً لكونه مورثه فهو قاصد للمعاوضة على حقيقتها ومن حيث انتقال المبيع إليه بالإرث فله اجازة البيع الواقع عليه فضولاً حال كون المال مورثه . وعليه فينتقل المبيع إلى المشتري ويدخل عوضه في ملك الوارث حال الإجازة . وكذا بناء على كونها

لاشتري الحرير فأدعوه إليه فقال : أرأيت إن وجد هو مبيعاً أحب إليه مما عندك أتستطيع أن تصرف إليه ويدعك ، أو وجدت أنت ذلك : أتستطيع أن تصرف عنه وتدعه؟ قلت : نعم قال : لا بأس».

والإنصاف أن هذه الأخبار ، وان كانت صريحة في المنع عن البيع قبل التملك إلا أنها محمولة على البيع الموجب لترتيب الآثار عليه من الإلزام والالتزام بضمونه 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 .. إلخ ، النافيتين للباء عما لم يكن فيه إلزام والتزام ، الدالتين بالمفهوم على ثبوته فيما كان كذلك وليس إلا البيع الموجب لترتيب الآثار عليه بإرادة الصحة الفعلية منه دون الشائنية المبحوث عنها في المقام ، كيف والصحة التأهيلية ثابتة للعقد بالنسبة إلى المالك لأن البحث عنها هنا بعد البناء

كاشفة فإنما من الوراث تصحح العقد وتنفذ للورث ، وبما انه وارثه فينتقل العوض إليه بالإرث ، نعم لو قصد الوراث بيع مال الورث 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 والغصاب المتغلبين الذين يرون ادعاء كون مال الغير مالا لهم فوق البيع عليه بما أنه مالك له فهو لدى التحليل بيع مالك المبيع ويطبق ذلك على نفسه ادعاء ، فلغوية ادعائه لا تناهى كون البيع لمالك المبيع حقيقة وعليه فيمكن للوارث تصحيح البيع المذكور لورثه بإجازته بعد انتقال المال إليه بالإرث ، فتأمل جيدا . وقد أطلنا الكلام في المقام والله تعالى هو العالم بالأحكام .

على صحة الفضولي وعدم العبرة بقصد المتنقل عنه في حقيقة البيع كما عرفت والتبغى في الصحة بالنسبة إلى بعض دون بعض لا وجه له.

لكن رواية حسن بن زياد الطائي قال : «قلت لأبي عبد الله (ع) إني كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني بعد ، فأجدد النكاح؟ فقال : علموا أنك تزوجت؟ قلت : نعم ، فسكتوا ولم يقولوا لي شيئا ، 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 المنزلي على إقراره . في بطلان عقده أولا ذلك ، وإلا لكان استناد ذلك إلى إجازته حين أن ملك نفسه بالتحرير أولى لأن النكاح حينئذ صحيح على كل تقدير عند التحرير مطلقا أو مع إجازته من غير حاجة إلى السؤال عن علم السيد وسكوته حتى يكون إقرارا منه .

إلا أنه يمكن الجواب عنه ، بأن سؤال السائل . وان وقع عن لزوم تحديد النكاح وعدمه وعدم التجديد وان كان معلوما لأحد أمرير اما الإقرار السابق او التحرير اللاحق الموجب لصحته من حينه لا من حين العقد . الا أن فائدة السكوت مع العلم أتم لاستلزماته الصحة من حين العقد فالعدول عن بيان حكم المسؤول عنه إلى السؤال عما يستلزم له تتحقق اما هو رحاء لتصحيح النكاح والوطء من حين العقد ، فإنه أتم فائدة وأعم نفعا .

هذا وعلى ما نزلنا عليه الأخبار المتقدمة ينزل كلام العلامة في (التذكرة) حيث أفتى في المسألة بالبطلان ، نافيا للخلاف فيه ، مستدلا عليه بنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك ، ولزوم الغرر ، حيث قال فيه :

«فروع . الى أن قال : الثالث ، لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكتها ويمضي ليشتريها ويسلّمها ، وبه قال الشافعي وأحمد ، ولا نعلم فيه خلافا ، لنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك ، ولا شتماله على الغرر فإن صاحبها قد

لا يبيعها 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 رضاء صاحبها ، سيما وقد سبق منه في الرد على من استدل على بطalan الفضولي رأساً بعدم القدرة على التسليم : الجواب عنه بأن القدرة على التسليم من المالك موجودة ان اجازه 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 ان القدرة على التسليم هناك حاصلة على تقدير اجازة المالك فالقدرة الفعلية متنافية 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 للملك 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 توقيه على الإجازة بعده قولان : اختار أولهما الفخر في (إيضاخه) ولعل وجيه دعوى اجتماع شروط الصحة من الطيب المنكشف : بالإنشاء القولي بالعقد مستمرا إلى حصول الملك ولم يكن فاقدا من شروط التجزء إلا الملك المفروض حصوله بالتملك .

نعم لو زال الرضا قبله توقف على حدوثه بعده منكشفا : اما بالقول أو بالفعل ، فيكون التسليم على الأول تسليما وفائيا وعلى الثاني تسليما إجازيا ولا دليل على اعتبار مقارنة الرضا المنكشف للتملك بعد صحة استناد العقد إليه عند التملك بعد إنشائه الكاشف عن الطيب المستمر إلى حين التملك

خصوصا فيما لو باع لنفسه فيدخل في عموم «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» و «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ».

ومنه يعلم الجواب بما قيل في ردہ : من أن الرضا حين العقد لا يجدي لكونه من أجني غير مالك وعند التملك لا بد من انکشافه على تقدير تتحققه إما بالقول أو بالفعل ، وهو وجيه من حيث كبرى القضية ، سيما في ما لو كان البيع لنفسه. وأما الصغرى وهي ثبوت الرضا مستمرا الى حين التملك المتوقف عليه اللزوم لو شك فيه فالاصل بقاوه.

اللهم إلا أن يقال : انه من الأصل المثبت ، ومع ذلك كله فالاحوط . بل لعله الأقوى - قصد الإجازة بالدفع والتسليم بعد التملك لأن المقيد بالانکشاف قوله أو فعلا اثنا هو الرضا المعتبر ، وحيث كان منکشفا لم يكن معتبرا وحيث صار معتبرا لم يكن منکشفا فلا بد من الكشف عنه حين كونه معتبرا وهو في زمان التملك فافهم .

ويلحق بالمسألة ما لو باع معتقدا أنه مال غيره ثم بان أنه مال نفسه لكن يتغير هنا التوقف بعد الكشف على الإجازة لعدم إحراز الرضا لو فرض العلم بكونه له ، بل هو في الحقيقة ليس من الفضولي موضوعا لأنه باع ما هو ملكه لكن مثله في الحكم من الصحة والتوقف على الإجازة نعم لو فرض تحقق الرضا منه حين الإنشاء بنقل البيع جزما غير أنه اقترب بخطاء معتقده للواقع أمكن جريان الكلام المتقدم في لزومه بمجرد الانکشاف ، بل هنا أولى لأنه باع ما هو ملكه ، بل يمكن فيه دعوى اللزوم من حين العقد وينكشف له عند الانکشاف بل لعله هو الأقوى. وفي إلحاق العتق ونحوه من الإيقاعات بالعقود في هذه المسألة في الحكم من الصحة والتوقف على الإجازة وجهان : مبنيان على جري الفضولي في الإيقاعات وعدمه ، وقد تقدم الكلام فيه مستوفى فلاحظ .

فظهر ما ذكرنا سابقاً ولا حقاً : أن قصد ما ليس من مقومات البيع لا يقدح بصحته خالفة للواقع غير أنه يتوقف على الرضا بالواقع بعد انكشاف مخالفته المعتقد له إن كان مما يقبل التوقيف عليه والا بطل رأساً كإيقاعات بناء على عدم جريان الفضولي فيها أو فيما لا يقبل منها بإجماع ونحوه ، فلو باع مال نفسه معتقداً للغير فضولاً عنه لو باع مال غيره معتقداً لنفسه صحيحاً وتوقف على إجازته في الأول واجازة المالك في الثاني بعد الانكشاف أو اعتقاد ملوكه بظن أنه مملوك الغير فضولاً بل ولو اعتقاده عن نفسه كما لو دفع إليه الغاصب مع جهله ، وقال : خذ عبدي وأعتقه عنك ، فأعتقه عن نفسه ثم انكشف أنه مملوكه ، بطل العتق لعدم الطيب في الواقع أو توقف على إجازته بعد الكشف إن قلنا بالفضولي في الإيقاعات . ومنه يعلم أنه لو أذن المالك بالتصريف في ملكه معتقداً أنه لغيره لا يصح للمأذون العالم بالكيفية التصرف فيه بتلك الأذن لعدم إثراه على تقدير العلم به بل لو أذن المالك بالتصريف في ملكه معتقداً أنه صديقه لم يجز للمأذون التصرف فيه مع كونه عدواً لتقيد الأذن له بالعنوان المشتبه في تطبيقه عليه فيدور مداره واقعاً ، فلا أذن 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 معتقداً أنه لغيره ، وبين ما لو أذن لشخص بالتصريف في ملكه معتقداً أنه صديقه مع كونه عدواً له في الواقع ، فيقال : ليس للمأذون التصرف في الصورة الأولى مع علمه بالكيفية وأنه إنما أذن له بالتصريف لاعتقاده أن المال لغيره ، فان دليل : عدم حل التصرف في مال المسلم إلا بطيب نفسه إنما يقتضي جواز التصرف في مال الغير إذا طابت نفسه ورضي بالتصريف فيه بما أنه مال له ، ولا يكفي في ذلك مجرد كون المال المأذون بالتصريف

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 كلماتكم 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 بضمونه وإمساء له وليس بضمونه إلا نقل العوضين من . حينه ورد بما يرجع

فيه مالا له واقعاً ما لم يكن عالماً بكونه له ، وبعبارة أخرى : إن الحية هنا تقيدية والاذن من المالك في هذه الصورة بالتصريف في المال أنها كان بما أنه مال الغير لا بما أنه ماله ، فمن جعل متاعاً أو طعاماً عند الغير ليقدمه إليه إذا حضر ، فقد له الغير متاعاً من أمتنته أو طعاماً منه معتقداً أنه هو ذلك المتاع أو الطعام المجعل عنده ليقدمه إليه إذا حضر ، فلا يجوز له مع علمه باشتباه المقدم التصرف فيه والتناول منه بملك : طيب نفس المالك به ، وهو واضح.

إنما الكلام في الصورة الثانية وهي ما لو أذن شخص لآخر بالتصريف في ماله معتقداً أنه صديقه ، وكان عدواً له واقعاً ، قبل حية الصدقة هنا أيضاً تقيدية ، فهو منزلة أن يقول له : كل هذا الطعام ، أو تصرف في هذا المتاع إن كنت صديقاً لي ، فلا يصح له التصرف مع عدم اتصافه بالصدقة بل بضدتها ، فتتحدد المسألتان في المالك والحكم . كما يظهر ذلك من سيدنا قدس سره . أو ان حية الصدقة تعليمة بمعنى كونها من قبيل الداعي لإذن المالك بالتصريف ، فلا يضر تخلفها بجواز التصرف للمأذون ، فمن ذبح شاة وطبخها وهيأ طعاماً بداعي أن يدعو لها جماعة من المحتاجين فاعتتقد بشخص أنه يحتاج فدعاه إلى طعامه ، وأذن له بالتناول منه والأكل في حين أن المدعو يعلم بأنه ليس منهم وأن المالك مشتبه في اعتقاده أنه

ملخصه الى منع كون زمان العقد قيدا للنقل ومندرجها في مضمونه حتى يكون إمضاؤه إمساء للنقل من حينه وإنما الزمان من ضروريات الإنشاء وظرف له بل مضمون العقد ليس الا مجرد النقل . وترتب الملك عليه جامعا للشروط اثنا هى لاقتضاء وجود السبب وجود مسببه والا لاقتضى القبول الملك من حين الإيجاب إذ ليس القبول الا قبول مضمون الإيجاب الذى هو التمليل من حينه وكون العقد مركبا منهما لا يجدي فارقا بينهما بعد جعل ما ذكر ملاكا لزمان الملك . وفيه أن الرمان وان لم يكن مأخوذا على وجه القيدية فى النقل إلا أن الإنشاء وان كان من الفضولي يحدث ربطا بين العينين ولو في الجملة المنتزعه منه اضافة كل منهما الى من وقع

محتاج ، لا يبعد القول بجواز تناوله من ذلك الطعام وعدم ضمانه لما أكله . نعم لو صرح المالك بأن طعامه مباح من اتصف بالعنوان الكذائي . أي الاحتياج . أو أن ذلك الطعام كان مندوبا 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 الاذن بالتصريف في ماله بأن المأذون من اتصف بالعنوان الكذائي ، فلا يجوز لمن لم يتصف بذلك العنوان واقعا التصرف بذلك المال ، وبين ما لو اذن المالك لشخص خاص بالتصريف بما له معتقدا بأنه متصرف بذلك العنوان وكان ذلك الشخص غير متصرف به مع علمه بأن المالك إنما دعاه وأذن له في التصرف لاعتقاده فيه الصدقة . مثلا . فيمكن أن يقال : إنه يجوز له التصرف وان اعتقاد المالك تعنونه بذلك العنوان داع وباعت لإذنه بالتصريف ولا اعتبار بخلاف الداعي في العقود .
عهدية كانت أم اذنية . وكذا الإبعاعات ، بخلاف ما إذا كان المدعي والمأذون ذا العنوان فان المقيد ينتفي بانتفاء قيده .

له العقد عرفا ولو ضعيفة لم يترتب عليه أثر في الشعـ، وهذا القدر من الربط والإضافة أثر للإنشاء ولو كان المنشـ أجـبيـاً : وهذا هو المراد من قولهـ بـصـحةـ الفـضـوليـ بالـصـحةـ التـأـهـلـيـةـ ، واستدلال بعضـهمـ علىـ بطـلـانـهـ رـأـساـ بـأنـهـ تـصـرـفـ فيـ مـالـ الغـيرـ كـمـاـ تـقـدـمـ بـتـوـضـيـحـ مـنـاـ وـإـلاـ فـمـحـرـدـ الأـهـلـيـةـ وـمـحـضـ القـابـلـيـةـ لـعـرـوـضـ المـبـادـلـةـ بـيـنـ الـعـيـنـيـنـ حـاـصـلـ قـبـلـ الإـنـشـاءـ أـيـضاـ ، إـذـ لـيـسـ الـكـلـامـ فـيـمـاـ لـاـ قـاـبـلـيـةـ لـهـ كـيـبـعـ مـالـ يـمـلـكـ مـاـلـ الـخـمـرـ وـالـخـنـزـيرـ وـنـخـوـهـاـ فـاـذـاـ حـدـثـ رـيـطـ الـبـدـلـيـةـ وـإـضـافـةـ الـمـتـرـدـعـ مـنـهـ بـالـإـنـشـاءـ وـعـنـدـ وـقـوـعـهـ وـحـصـلـ الـإـمـضـاءـ مـنـ الـمـالـكـ لـهـ كـانـ ذـلـكـ تـصـحـيـحـاـ مـنـهـ لـذـلـكـ الأـثـرـ وـتـمـيـمـاـ مـنـهـ لـلـسـبـبـ الـمـنـتـجـ لـلـصـحـةـ مـنـ حـيـنـهـ ، فـالـتـصـحـيـحـ وـانـ كـانـ حـادـثـاـ بـالـإـجـازـةـ إـلـاـ انـ الصـحـةـ مـتـعـلـقـةـ بـالـأـثـرـ السـابـقـ الـحـادـثـ بـالـعـقـدـ لـأـنـهـ أـمـرـ مـعـوـلـ شـرـعيـ يـدـورـ مـدارـ كـيـفـيـةـ جـعـلـهـ وـاعـتـيـارـهـ.

وبـالـجـملـةـ فـالـإـجـازـةـ مـحـدـثـةـ لـلـتـأـثـيرـ فـيـ الـعـقـدـ السـابـقـ وـجـاعـلـتـهـ سـبـبـاـ تـامـاـ حـتـىـ كـأـنـهـ وـقـعـ مؤـثـراـ ، أوـ لـلـتـأـثـيرـ فـيـ أـثـرـ الـحـادـثـ مـنـ حـيـنـهـ حـتـىـ كـأـنـهـ وـقـعـ الـرـيـطـ قـوـيـاـ مـوجـبـاـ لـتـرـبـ الأـثـرـ عـلـيـهـ وـانـ لـمـ تـكـنـ الـإـجـازـةـ بـهـذـاـ الـمـعـنـيـ شـرـطاـ اـصـطـلـاحـيـاـ لـيـؤـخـذـ فـيـهـ تـقـدـمـهـ عـلـىـ الـمـشـروـطـ وـلـاـ جـزـءـ سـبـبـ وـحـيـئـذـ فـالـتـأـثـيرـ وـانـ كـانـ حـادـثـاـ بـالـإـجـازـةـ وـيـحـدـثـ بـحـدـوـثـهـ الـمـلـكـ إـلـاـ أـنـهـ يـنـبـسـطـ بـحـدـوـثـهـ إـلـىـ حـيـنـ الـعـقـدـ الـذـيـ هـوـ مـنـتـهـيـ الـاـبـسـاطـ مـنـ طـرـفـ السـابـقـ وـحـرـفـ الـاـبـتـدـاءـ فـيـ قـوـلـمـ : مـنـ حـيـنـ الـعـقـدـ لـبـيـانـ مـبـدـءـ الـطـرـفـ لـاـ مـبـدـءـ الـحـدـوـثـ ، فـانـ زـمـانـ الـإـجـازـةـ مـبـدـءـ وـحـينـ الـعـقـدـ مـنـتـهـاهـ وـبـمـلـاحـظـةـ الـاـبـسـاطـ الـذـكـورـ عـبـرـ عـنـهـاـ بـالـكـاشـفـةـ وـامـتـازـ القـوـلـ : بـهـاـ عـنـ القـوـلـ بـكـوـنـهـاـ نـاقـلـةـ لـعـدـمـ الـاـبـسـاطـ فـيـهـ إـلـاـ فـيـ الـطـرـفـ الـلـاحـقـ . وـبـذـلـكـ يـظـهـرـ الـوـجـهـ فـيـ عـدـمـ جـواـزـ التـصـرـفـ فـيـهـ قـبـلـ الـإـجـازـةـ لـعـدـمـ الـمـلـكـيـةـ قـبـلـهـاـ فـيـ الـوـاقـعـ وـانـ عـلـمـ لـحـوقـ الـإـجـازـةـ بـأـخـبـارـ مـعـصـومـ وـنـخـوـهـ كـمـاـ التـرـمـ بـهـ بـعـضـ بـنـاءـ مـنـهـ عـلـىـ أـنـ الـإـجـازـةـ بـنـفـسـهـاـ لـيـسـ شـرـطاـ بـلـ الشـرـطـ

هو كون العقد ملحوقاً بها وهو شرط مقارن للعقد موصوف به حين وقوعه وإنما الإجازة محققة لوصف العقد وشرط للعلم باتصافه به كما سترى.

هذا ولكن الوجه المذكور أن تم فإنما يتم بالنسبة إلى خصوص كشف الإجازة عن صحة عقد الفضولي دون كشفسائر الشروط المتأخرة عن صحة مشروعاتها المتقدمة عليها الواقعية كثيراً في تضاعيف أبواب الفقه من العبادات والمعاملات. وبهذا التقرير اتضح لك صحة الاستدلال على كون الإجازة مؤثرة كذلك بعموم «﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَوَاضِّعِ﴾» المتوجه نحو المالك البجيز بعد استناد العقد إليه بالإجازة وتنزيل إنشاء الفضولي منزلة إنشائه بل رضا العاقد الفضولي المدلول عليه بإنشائه منزلة رضاه حتى كأن رضا العاقد المقارن للإنشاء بعد التنزيل رضا المالك الموجب لسببية العقد وتأثيره عنده مجردًا عن ملاحظة قبلية الزمان حتى عن لحاظ ظرفيته ولا يقدح بذلك تبعية الملك للتوكيل بالوفاء المتوجه نحو الملك حين الإجازة بعد ما عرفت من الانبساط المذكور.

هذا ولكن مع ذلك كله لو سلم سلامه 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 الاستحاله بين كونه على صفة عدم التأثير أو عدم كونه على صفة التأثير لاستحاله خروج الشيء عما وقع عليه اللهم إلا ان يرجع بعد قيام الدليل عليه الى الكشف الحكمي من لزوم ترتيب آثار الملك عليه من حين العقد لا نفس الملك وهو قول آخر في المسألة كما سترى.

هذا كله بناء على تصحيح الكشف الحقيقى مع كون الإجازة المتأخرة بنفسها شرطاً وقيل في تصحيحه لذلك لكن يجعل الشرط كون العقد معقباً بالإجازة وملحوقاً بها وهو شرط مقارن للعقد لحوق الإجازة إنما هو شرط

للعلم بتحقق الشرط المقارن فحال العقد في كونه ملحوقاً بها في الواقع أولاً مستور غير معلوم في مرحلة الظاهر تكشف واقعيته بالإجازة وعدمها.

ويتضح بهذا الوجه حال كل ما ورد في الشع من الشرط المتأخر بإرجاعه إلى شرطية الوصف المقارن المتنزع من المتأخر بوصف كونه متأخراً فيكون وجوده كاشفاً عن تتحقق الوصف العنوي في الواقع المقارن للمشروط به في الزمان فالإجازة تكشف عن سبق تتحقق العنوان المشروط به العقد ويكتفى في المنع عن التصرف قبلها عدم إثراز شرط الصحة فضلاً عن كونه مقتضى الأصل أيضاً.

وأما النماء فحيث يدور مدار ملك العين في الواقع كان نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع تبعاً لملكية العين فيما من حين العقد.

نعم يلزم على هذا الوجه جواز التصرف قبل الانكشاف مع العلم به بأن الخبر معصوم ونحوه كما التزم به بعض مع أن المشهور على المنع عن التصرف ، بل لعل الإجماع محكي عليه إلا أن ينزل إطلاق كلامهم على الغالب من الجهل بالواقع أو يتلزم به أن تم الإجماع عليه وإن لم التفكير بين الملك وحكمه من جواز التصرف بعد اقتضاء الدليل ذلك كالرهن المملوك للراهن المنع عن التصرف فيه والمحجور عليه المنع 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 يخدش الوجه المذكور بان الوصف العنوي أمر متنزع من المتأخر ، والأمور الانتزاعية حيث لا واقعية ولا تحقق لها الا بواقعية منشأ انتزاعها وتحققها كانت بنفسها غير قابلة للمداخلة في التأثير ، بل لا بد ان يكون مداخلتها بمنشأ انتزاعها والمفروض عدم مقارنته فالمحذور على حاله.

إلا أنه يمكن الجواب عنه بأن الانتزاعي وهو وصف التعقب إنما

هو متزعد عن بعديّة الإجازة لا عن الإجازة نفسها والبعديّة صادقة بمجرد عدم اقتراها بالعقد بعد فرض حقوقها به فالمتزعد وعنوان منشأ الانتزاع معاً مقتنان بالعقد ، وهذا القدر كاف في مداخلته في تأثير العقد.

توضيح ذلك : ان الأمر الإضافي : تارة يكون متزعداً من متضادين متحددين في الوجود زماناً ، وأخرى يكون متزعداً منهما مرتدين فيه بحيث يكون أحدهما مقدماً والآخر مؤخراً في الزمان . وبعبارة أخرى متزعد من وجود فعلي ومعدوم يوجد في زمان متأخر ويصح اتصاف الأول من حين وجوده بالتقدم ونحوه من الأوصاف المتزعدة كذلك كالسابقية والملحوقة قبل وجود المتأخر لكونه متزعداً من كونه سيوجد لا مما هو موجود ووجوده حينئذ كاشف عن صحة الاتصاف لا شرط لنفسه والحكم مترب على الأول من حيث كونه متضفأ بالصفة المذكورة من التعقب والملحوقة المأخوذة في مفهومهما تأخر المتأخر ، فالصفة المذكورة موجودة في الواقع والاتصاف بما ححقق كذلك لكونها متزعدة من أمر سيوجد لا من أمر موجود . وهذا القدر كاف في إمكان مداخلة 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 اليه يرجع ما هو المحكي عن تقريرات شيخنا المرتضى . قدس سره . في تصحيح الشرط المتأخر : من أن الشرط في هذه الموارد ليس بمتاخر ، بل المتأخر بوصف تأخره جعل شرطاً ومعه لا تأخر للشرط فيها . فلا يحتاج في التخلص عنه إلى ما تكلف له بعض فضلاء المعاصرین : من أن الشرط في هذه الموارد ليس المتقدم أو المتأخر بوجودهما الكوني الزماني كي يلزم المحذور بل بوجودهما الدهري المثالي وهم بما هذا الوجود لا يكونان إلا مقارنين للمشروط فإن المتفرقات

في سلسلة الزمان مجتمعات في وعاء الدهر.

وكيف كان فالكلام الى هنا في إمكان كون الإجازة كاشفة عن النقل من حين العقد . وأما كونها كاشفة كذلك فيدل عليه مع ذهاب المعظم اليه بعض الأخبار التي : منها . صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويع 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 بإطلاق الحكم بالعزل منضما الى 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 ذكروها بين القول بالنقل والقول بالكشف وعلى الكشف بين جميع محتملاته ، وقد سبقت الإشارة إلى بعضها إجمالا ، فنقول : تظهر الثمرة في جواز التصرف وعدمه من الأصيل حيث يكون أحد الطرفين فضوليا ، والكلام فيه مرة في تصرفه فيما انتقل اليه 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 الا على القول بشرطية التعقب مع العلم به على الأقوى من جوازه ظاهرا وواقعا .

وأما الثاني فيجوز التصرف فيه مطلقا على النقل وعلى الكشف الحقيقى أيضا ، بناء على حدوث الملك من حين الإجازة منبسطا الى حين العقد ، لكونه على التقديرتين تصرفا في ملكه ظاهرا وواقعا ، ولا يجوز ظاهرا وان جاز في الواقع على الكشف الحقيقى مع كون الإجازة شرطا متأخرا كاشفة عن حدوث الملك من حين العقد لا من حينها أو كون التعقب شرطا مقارنا مع عدم العلم به للأصل فيهما في مرحلة الظاهر ووقوعه في ملكه

وأقعا 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 وان نسب الى 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 صوري العلم باللحوق وعدمه في مرحلة الظاهر والواقع. ويتحمل التفصيل بينهما. بل يمكن دعوى جريان ذلك كله فيما انتقل إليه أيضا لوحدة المناطق فيه وفي المتنقل عنه ظاهرا.

واما الشمرة بين الكشف الحكمي الذي مرجعه الى انبساط مجرد الحكم وترتبط آثار الملك من حين العقد وان 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 لنروم الضر المنفي آية ورواية على من انتقل اليه.

الثاني جعل الأصيل ماله عرضة النقل عنه ولو إلى بدل وكل ما كان كذلك لا يجوز التصرف فيه للقاعدة المستفادة من استقراء الموارد الجزئية التي روعي فيها احتمال استحقاق الغير له من غير ملاحظة أصل العدم في ذلك التي منها العزل لأكثر النصيبيين في الحمل ، ومنها عدم دفع تمام المال للوارث مع احتمال وجود وارث آخر معه إلا مع الانحسار المحرز بعد الفحص ، ومنها الوقف المردد بين الترتيب والتشريح بين الطبقات مع ان الأصل عدم استحقاق اللاحقة الزيادة مع الاولى ، ومنها عدم جواز التصرف

في النذر المعلق على شرط قبل وجوده أو تبين حاله الى غير ذلك.

الثالث . ان قضية الوفاء المأمور به الالتزام بكل ما هو من لوازمه التي منها حمرة التصرف فيه كيف والتعاهد بمعاوضة المال ونقله عن ملكه ينافيه التصرف فيه ولا سيما بما ينافيه ، ولا يتوهם استلام المنع عن التصرف فيما انتقل عنه للأمر بالوفاء جواز التصرف فيما انتقل اليه لعدم تبعيض العقد في الأثر ، فالمتنتقل عنه والمتنتقل اليه يتساويان في الحكم منعا وجوازا لأن عدم التصرف منه فيما انتقل اليه لا يعد نقضا لما أبرم بالعقد بخلاف التصرف ولا سيما المتلف منه في المتنتقل عنه فإنه رجوع منه عما تعاهد عليه والتزم به بإنشائه العقد الذي تم من جانبه وان توقف شرعا تأثيره على اجازة الغير وهو أمر خارج عن التزامه.

وفي الكل نظر : أما الضرر فمع أنه يختص ببعض التصرف منع تتحققه مع عدم نفوذه إلا بالإجازة الراجعة إلى اختياره ، وأما القاعدة غير مسلمة لأن استفادتها من الموارد الجزئية أنها تكون بعد العلم بالحاد مناط الحكم في جميعها مع العلم بوجوده في المشكوك فيحكم به عليه بوجود المناط فيه.

وليس ما نحن فيه من هذا القبيل ، اما في الإرث فلعدم تحقق الانحصار فيه ليدفع تمام المال اليه مع ان الأصل عدم استحقاقه للزائد على نصيبيه وكون الشك فيه مسببا عن الشك في وجود وارث غيره والأصل عدمه لا يثبت الانحصار فيه لكونه من الأصل المثبت ، وان ناقش في كونه منه شيخنا في (الجوهر) . قدس سره . مع أن دفع الزائد إليه لو فرض كونه لغيره في الواقع من الإنلاف الموجب لضمان الدافع المستلزم للضرر عليه ولا طريق الى ثبوت الانحصار فيه إلا بالفحص ، ومع ذلك قيل بجواز تضمينه وأخذ الكفيل منه بعد الدفع اليه لدفع الضرر عن نفسه.

وأما الوقف المردد بين الترتيب والتشرييك مع عدم إطلاق يشك في

تقييده فمراجع الشك فيه حيث إن كان هو الشك في كيفية جعل الواقف وانه بنحو الترتيب أو التشريح وهو حادث ولا يمكن تعين الحادث بالأصل إلا انه 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 وتناسلا غير أنه شك في كونه ترتيبا بينهم بمعنى ان وجود السابق يمنع عن استحقاق اللاحق أو تشريكا لا يمنعه عنه ، والمانعية حكم وضعى مشكوك جعله ، والأصل يقتضى عدمه إذ الأحكام الوضعية المجعلة 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 وان 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 وان قلنا برجوعه الى 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 للمنذور له متعلق بالمنذور مشروطا بشرط والمشروط ، عدم عند شرطه مع ان الأصل

يقتضي عدمه. نعم لو قلنا بثبوت الحق له في الواقع لتحقق الشرط في علم الله ولذا قيل بالتفصيل فيه بين ما لو علم تتحققه كالمشروط بوقت وما لم يعلم كان كالإجازة المتأخرة على تقدير القول بكوئها كاشفة مع إمكان الفرق بينهما كما قبل بناء على المنع في الفضولي قبل الإجازة لعموم الأمر بالوفاء ولا عموم في النذر المعلق حتى يتمسك به قبل تتحقق شرطه مع كون الأصل فيه يقتضي العدم إلا ان الاستناد فيه الى عموم «الأمر بالوفاء» عندي محل نظر - كما سترى . واما عزل نصيب الحمل ونصيب الزوجة الصغيرة الى ان تبلغ وتحلف للنص الخاص فلا يتم بهما تأسيس قاعدة كافية يخرج بها عن حكم الأصل.

واما 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. فان قيل بالأول لزم القول بجواز التصرف على الكشف أيضا عملا بالأصل ، وان قيل بالثاني لزم القول بحرمة على النقل أيضا ، والتفكير بينهما على القولين ركيك . منع صدق العقد المأمور بالوفاء به قبل الإجازة ولو قلنا بها كاشفة بعد أن كان مقتضى الأصل العدم سيما على القول بكوئها شرطا متأخرا. فظهر ما ذكرنا قوة جواز التصرف فيما انتقل عنه على كل من القول بالنقل والكشف بمعانه ما لم يعلم حقوق الإجازة وضعف القول بالتفصيل بينهما حتى جعلوه ثمرة بين القولين مطلقا.

وتظهر الثمرة أيضا على ما قبل في النماء المنفصل الحادث بين العقد والإجازة فنماء المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع على الكشف وكل منها للملك 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 تجده قبل العقد كالحمل مع كون الحامل مقبوضاً للثاني بقبض صحيح كما لو وقع بعد الإجازة وشك فيه مع ذلك فهو محكوم به له لليد الفاضية بملكية ما هو تحت سلطنته إلا ما علم خروجه عن ملكه فيكتفي 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 لأنَّه من الرزق الذي ساقه الله إليه فمع الشك واستقلال اليد عليه لا إشكال في انه يحكم له في مقام التداعي لكونه ذا يد عليه ، والأول يدعى عليه ما هو خلاف الأصل ولا يحتاج الثاني في تملكه إلى إثبات حدوثه في ملكه حتى ينفي بالأصل أيضاً لكونه ذا يد عليه بعد أنْ 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 مثلاً 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 مضموناً عليه بالتلف قبل القبض وأصالة عدم حدوثه قبل العقد معارضه بعدم حدوثه بعده إذا كان الأثر مرتبًا على التأخر والحدث في ملكه ولا يثبت الحدوث وعنوان التأخر بأصالة عدم التقدم ، فيكون المورد من التداعي الذي لا يد لأحدهما عليه كمال المطروح بينهما إلا أن ذلك مبني على عدم اليد للبائع عليه قبل الإقراض ، وفيه تأمل بل لعله منوع ، 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 تبعاً للحامل في المبيع إلا

بالشرط خلافاً للشيخ . قدس سره . فيدخل بالتبع ، وعليه فهو للمشتري على التقديرین : إما بالتابع أو لكونه نماء ملکه .

وتطهير الشمرة أيضاً على ما قيل . فيما لو اشتري عبداً أو مصحفاً من الفضولي ثم كفر قبل الإجازة ، صح على الكشف لكونه مسلماً حين العقد وان أحبر على بيعه بالكافر ، وبطل على النقل لوجود المانع حين الانتقال وهو حسن ان لم تعتبر في الصحة بقاء قابلية المتعاقدين للملكية من حين العقد الى حين الإجازة والا بطل على التقديرین . وتنتهي الشمرة حينئذ من البین ، لكن القابلية لو فرض عدم اعتبارها لم يطرد ظهور الشمرة في أخاء زواها بين العقد والإجازة الذي منها زواها بالموت ، ضرورة أنه ان كان من المالك الجائز بأن مات قبل الإجازة وقلنا بكونها موروثة بناء على كونها من الحقوق صح على كل من القول بالكشف أو انتقل ، وان لم تكن موروثة . كما هو الحق لكونها من الأحكام . بطل على القولين أيضاً ، فتنتهي الشمرة على التقديرین ، إلا أنه قد مر نفوذها منه لكونه مالكاً بناء على عدم اعتبار اتحاد المالك من حين العقد الى حين الإجازة ، وان مات الأصيل وقلنا بعدم جواز الإجازة حينئذ لأن المأمور بالوفاء وهو العقد المورث لم يكن ، والوارث لم يكن عاقداً ، انتهت الشمرة على القولين أيضاً ، وان قلنا بجوازها لكافية إنشائه في حياته لنقل ملکه معلقاً في نفوذه على وارثه وتوجه الأمر بالوفاء عليه ، صح على القولين وانتهت الشمرة أيضاً على التقديرین غير أنه على الكشف دخل العوض في ملك المورث ثم منه انتقل الى الوارث ، وعلى النقل انتقل من الجائز اليه بلا واسطة المورث وان كان بسبب إنشائه .

وبالجملة ليس مظهر الشمرة بين القولين مطلقاً زوال القابلية بين العقد والإجازة بل يختص ذلك بصنف خاص منه نحو الكفر المانع عن تحقق

سلطنة للعقد على ما انتقل اليه ، ولذا كانت الشمرة مبنية على القول ببطلان بيع المسلم أو المصحف من الكافر ، وأما على القول بصحته وإجباره على البيع فتصح الإجازة على القول بالنقل أيضاً وإن أجبر بعدها على البيع ، وأما لو انعكس الأمر بأن اشتري كافراً ثم أسلم قبل الإجازة بطل على الكشف قطعاً . وعلى النقل يتحمل الصحة لأن المانع عنها ليس إلا نفي السبيل المفروض عدم تتحققه إلا عند الإجازة المفروض كونه مسلماً حينها كل ذلك حيث يصح على الكشف فإنما هو على الكشف التعقيبي أو الحدوثي من حين العقد . وأما الانبساطي أو الحكمي فهما كالنقل على الأظهر حسبما تقدم .

وتطهر الشمرة أيضاً على ما قيل . فيما لو زال التمول عن العوضين أو أحدهما قبل الإجازة ، فعلى النقل بطل لعدم التمول حينئذ وعلى الكشف صح لتموله حين الانتقال . قلت : هو حسن حينما لا يدخل بزوال التمول الذي هو بحكم التلف تحت قاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع) كما لو زال التمول عن الشمن المعين ، بناءً على أن الضمان بالمسمي دون المثل أو القيمة على خلاف القاعدة فليقتصر على ما قام الإجماع عليه من ضمان المبيع دون الشمن ولا فتنتفي الشمرة على الكشف أيضاً لو زال التمول على المبيع لكونه حينئذ من التلف قبل القبض الموجب للانفساخ ، إلا أن يفرض فيه كونه مقبوضاً من المشتري الفضولي مع تعلق الإجازة به أيضاً 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 التمول من السفه كما لو استتبع نماء عيناً باقياً أو قيمة كالأجرة ، وإنما فيشكل نفوذ الإجازة

على الكشف أيضاً كالنقل لكونها حينئذ من المعاملات السفهية الخارجة عن مقاصد العقائد. وحيث ما تصح الإجازة. فنظهر الشمرة أيضاً في جملة من الأحكام المتعلقة بالأموال كحق الخيار والشفعه والخمس والزكاة ، فلو باع معيناً حين العقد ثم زال العيب قبل الإجازة فللمسحتي الخيار على الكشف لكونه معيناً حين العقد وإن زال في ملكه . على أحود الوجهين فيه . ولا خيار له على النقل لكونه صحيحاً عند الانتقال ولو تبدل الشريك في حال العقد بغيره في حال الإجازة فالشفعه للأول على الكشف وعلى النقل للثاني ويتحمل سقوط الشفعه على الكشف مطلقاً لأن الأول لم يشفع ما دام كان شريكاً ولو لجهله ، والثاني لم يكن شريكاً حين تملكه بل الشفعه للمشتري الفضولي حيث انكشف له تملكه قبل تبدل الشريك ولو باع زكيوا 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 البعض لبعضه بإخراج الزكاة منه نعم مع علم الجيز به سقط الخيار بالإجازة المضمنة حينئذ لقبوله البعض بنسبة من الثمن. ولو وهب في أثناء السنة فضولاً وأجاز المالك بعد انقضائه ، فعلى الكشف احتسب الموهوب من المؤنة في الخمس ، وعلى النقل تعلق به الخمس فوجب إخراجه منه ودفع الباقي إلى الموهوب له.

وتظهر الشمرة أيضاً فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على العوضين أو أحدهما مع وحدة المحل أو اختلافه ، كما لو باع الدار فضولياً من زيد وباعها زيد من عمرو وهو من بكراً وبكر من خالد وهكذا ، فللمالك إجازة ما شاء منها ، فإن أحجاز أحدهما صحيح وفي ما بعده على الكشف لوقوع البيع من المحاز له حينئذ في ملكه ويطرد فيما قبله لعدم الإجازة من المالك وعدم إمكانها من ملك بعد لأنه يلزم من صحتها بطلانها إن لم نقل

بأن النقل من المالك رد لما سبق عليه من العقد والا 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 لحقها كما هو الأقوى ، ومثله ما لو باع الدار بفرس ثم تواردت العقود على الفرس ، فإن الإجازة تصح فيما أحاز وما بعده وفي الأول منها وهو بيع الدار بالفرس لتوقف صحة ما أحاز على تلك الفرس الموقوف على إجازة بيع الدار بها دون ما يخلل بين عقد الأول والجائز. وينعكس الحكم فيما لو تواردت العقود على الأثمان فيصبح فيما أحاز وما قبله ويبطل فيما بعده كما لو باع الدار بفرس والفرس بسيف والسيف بقوس والقوس بكتاب وهكذا ، فان تملك الشمن الجائز من هذه الأثمان مستلزم لتملك ما قبله وهكذا حتى ينتهي إلى الشمن الأول دون ما بعد الجائز.

هذا فيما لو تواردت على أحد العوضين. ويظهر لك منه حكم ما لو تواردت عليهما معا.

ولو عقد اثنان أو أكثر على مال دفعه أو بالتعاقب مع اتحاد المتعلق . كما لو باع الدار زيد من شخص وباعها عمرو من آخر مقارنا لبيع الأول أو بعده . فللمالك إجازة ما شاء من العقدين ، فإن أحاز أحدهما لغا الآخر وان أحازهما : فإن كان العقد بنحو التعاقب كان التأثير للسابق منهما ، وان كان الجائز لا حقا ، وان اقتربنا في الزمان بطلت الإجازتان للتنافر بين مفاديهما وترجح إحديهما ترجح بلا مرجح. وهل يبقى العقدان على الصحة التأهيلية بأن يكون وجود الإجازتين كعدمهما أو تكون إجازة كل منهما ردا للآخر فلا ينفع لحق الإجازة بعده؟ وجهان.

ولو اختلف المتعلق بأن عقد أحدهما على العين والآخر على المنفعة كالبيع والإجارة فإن أحاز البيع خرج عقد الإجارة عن قابلية لحق أحجازته

خروج العين عن ملكه ، وان أجاز الإجارة لم يبطل عقد البيع رأسا لعدم التنافي ، غير أن المبيع يكون . مسلوب المنفعة مدة الإجارة . موجبا للخيار مع جهل المشتري به لو تأخرت أجازته عن إجازة الإجارة ، وكذا لو أجازها معا دفعه مع اقتران العقددين أو سبق عقد الإجارة لإمكان العمل بهما لعدم التنافي ، فتصح إجازة الإجارة مطلقا إلا إذا كانت مسبوقة بإجازة البيع ، أو كان عقده سابقا ، فتوقف الصحة على القول بالكشف على إجازة المشتري لأنكشاف كونه مالكا حين عقد الإجارة وهو واضح.

لو باع اثنان من شخص واحد وأجازهما دفعه كقوله : أجزت العقددين ونحوه ، فإن اتفقا في الثمن جنسا وكما فواضح ، وان اختلفا في الجنس بأن باع أحدهما بالدرهم والآخر بالدينار ، أو أحدهما بالفرس والآخر بالسيف بطلاقا لعدم إمكان العمل بهما وقد المرح في أحدهما ، وان اختلفا في محض الكلم لأن باع أحدهما بعشرة دراهم والآخر بالأقل صح ولا مانع من استحقاق الزيادة لتدخل السببين في استحقاق القدر المشترك وانفرد أحدهما باستحقاق الزائد لعدم المنافاة مطلقا حتى لو كان أحدهما كليا في الذمة والآخر عينا شخصيا غير انه يتبع حيئه دفع الثمن المعين فيتعين الكلي في ضمن هذا المصدق كما لو تعين عليه دفع مصدق خاص بسبب من الأسباب .

لو اختلفا في الإطلاق والتقييد ، ففي صحة كل منهما كالزيادة في الثمن أو بطلاهما معا لتضادهما في الخصوصية وهي الإطلاق والتقييد نظير احتلاف الشمرين 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 ، أوجهها الأول .

ثم ان اجازة العقد لا توجب اجازة للقبض ، فلو قبض العوض فضولاً بعد العقد على الموضع كذلك وأجاز العقد فقط ، فللمجيز الرجوع بالعوض على المالك بالإجازة ويرجع هو على من قبض منه العوض فضولاً ما لم يكن القبض شرطاً في صحة العقد كالصرف فان اجازة العقد فيه بعد المجلس متضمنة لجازة القبض حملالإجازة على الصحيح ، وان أجازها معاً صحيحاً كل منهما ، لا لأن إجازة القبض كاشفة عن صحته من حين وقوعه لأن ذلك مبني على القول بصحبة الفضولي في القبض ، بل لكتفافية 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 بصحبة 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 لإبطال ما أحدهما الفضولي بإنشائه من ربط البدالية وإزالة القابلية العقد عن التأثير بقول أو فعل صريحين في الدلالة عليه فالأخير نحو : فسخت ورددت وأمثال ذلك ، والثاني كما لو تصرف فيه بما يوجب فوات محل الإجازة مطلقاً : من تلف العين أو زوال الملك كالعتق ونحوه لانتفاء الموضوع فيما حينئذ من غير فرق بين علم المالك بعقد الفضولي وجهله . وأما التصرف الموجب لزوال الملكية كالنقل ببيع ونحوه فإنما يفوت محل الإجازة بالنسبة إليه لا مطلقاً ، وليس هو صريحاً في الرد حتى يحكم بزوال القابلية عن العقد ، فتصبح الإجازة من المتصل إليه بناء على عدم اعتبار كون المجيز مالكا حين العقد غير أنه على الكشف يكشف نقله من حين التملك بالعقد من المالك لأنه الممكن لا من حين عقد الفضولي لأنه

يلزم من صحتها كذلك بطلانها.

وبالجملة لا تلازم بين النقل عن ملكه والرد حتى يكون دالا عليه ، بل هو أعم منه ، فيبقى ما كان من قابلية العقد على ما كان الى أن تلتحقه الإجازة أو الرد المزيل لها من له الرد والإجازة . وقياس التصرف الناقل هنا في الدلالة على الرد بالتصريف الناقل الدال على الرجوع في العقود الجائزه قياس مع الفارق لأن صحة النقل في تلك العقود موقوفة على الملك المتوقف تتحققه على الرجوع ، فيحكم بالرجوع بمعونة أصلالة الصحة في فعل المسلم فالنقل في مثل ذلك رجوع فعلي لا كاشف عن سبق الرجوع كما توهם ، 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 كالتصريف المخالف للعين أو المزيل للملك كالعتق 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 لاستلزم صحتها كذلك فسادها وأنه لا دليل على أن الإجازة كاشفة عن الملك من حين عقد الفضولي مطلقا حتى لو تحدد المالك بل من حين الإمكان ، وهو فيه من حين تملكه بالعقد من المالك فراجع.

وبالجملة 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 ان الأقوى فيه الصحة كما عرفت ، فظهر أن التصرف بالنقل ليس كالتصريف بالعتق والإتلاف وأنه أعم من الرد ، وليس بتصريح فيه حتى يكون دالا عليه بل هو محمل بالنسبة اليه . وأما لو تصرف

فيه بنقل المنفعة كإيجاره فالإجازة على تقدير صحتها وكونها كافية عن الملك من حين العقد مستلزمة لفساد التصرف لأنكشاف كونه حينئذ تصرف في ملك الغير ، كما ان نفوذ التصرف على تقدير صحته الذي هو مقتضى قاعدة سلطنة المالك مستلزم الإجازة لعدم إمكان كشفها عن النقل من حين العقد بعد ان كان تأثير الإجازة عن الكشف من حين العقد مع اتحاد المالك وصحة كل منهما وان كانت مستلزمة لفساد الآخر لما بينهما من المنافاة إلا أن المدار في مثل ذلك على السابق منهما ، وهو هنا الإيجار ، فلا يبقى محل الإيجاز إلا بحملها على ارادة نقل العين مسلوبة المنفعة ، فيكون من مسألة ما لو وقع العقد مطلقا وأجزاء المالك مقيدا وهو خلاف الظاهر ، فالتصرف المذكور رد من المالك مع علمه بعقد الفضولي وبحكمه في إبطاله مع جهله به لكون المنافاة بينهما واقعية علم به أو لم يعلم حتى على القول بالكشف الحقيقي مع كون التعقب شرطا لان الشرط تعقب الإجازة الصحيحة دون الفاسدة المفروض ثبوت فسادها بسبق التصرف المذكور وهو كما لو تعقب 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 كافية بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحوظ بالإجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصح الإجازة ضرورة كون السبب حينئذ العقد الملحوظ بالإجازة الصحيحة .

وأما وطء الحرارة واستيادها فهو رد على الكشف مع العلم بالعقد عليه لظهوره فيه لا مع الجهل به ولا على القول بالنقل .

والحاصل ان الرد كما يحصل بالقول يحصل بالفعل الدال عليه صريحا

أو ظاهرا لعموم ما دل على إبطال العقد بالرد من إجماع وغيره غير ان الفعل منه ما هو بحكم الرد كتلف العين أو زوال الملكية ، ومنه ما هو رد كالإجازة حسبما عرفت على الكشف مطلقا . 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 محفوفا بقرينة تدل عليه.

وأما الثاني وهو حكم الرد فقد عرفت إيجابه لإبطال العقد الموجب لسقوط الإجازة مطلقا عن التأثير إجمالا بقسميه من غير خلاف نجده فيه فلا يصغي 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 إجماع عليه.

هذا وحيثما لم تتحقق الإجازة من المالك . سواء تحقق منه الرد أم لا كالمترد . جاز له انتزاع عين ماله أو بدلها مع التلف من هو في يده بإيقاض الفضولي ، ويتغير مع تعاقب الأيدي عليه في الرجوع على الكل موزعا عليهم بالتساوي أو بالتفاوت لاقتضاء الرجوع بالكل عليه الرجوع بالبعض بالأولوية فإن رجع على واحد سقط عن الباقي ، غير أنه إن رجع به على السابق رجع هو على اللاحق ما لم يكن غارا له ، ولا يرجع اللاحق لو رجع عليه على من سبقه إلا إذا كان مغرورا له ، ويرجع هو على من تأخر عنه مخيرا فيمن شاء منهم ، وقرار الضمان على من تلف في يده فيرجع السابق منهم على اللاحق دون العكس الا مع الغرور.

وبسط الكلام في هذا المقام يتم في طي موضع .
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 تخمير 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 أما العين أو بدلها ، وكيف يجتمع اشتغالات متعددة بحسب تعدد الذمم مع وحدة المال ضرورة انه لو استوفى من أحدهم لم يكن له شيء في ذمة الباقيين .

الثالث . في رجوع من رجع المالك عليه غير التالف في يده على غيره فنقول : إنما الموضع الأول ، فليعلم أولاً أن الضمان والذمة والعهدة 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 كالإيد و الإتلاف والتسبب ، فهو نظير الحدث الحال لللإنسان بأحد أسبابه الموجب للمنع معه عن الدخول في الصلاة والتكليف بالطهارة عنه للدخول فيها .

وان أبيت عن ذلك فلنقرره 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 : انه يملك على المديون كذا ، فإن الملكية التي هي بمعنى السلطنة قد تتعلق بالعين الخارجية محيطة بجميع جهاتها فتضاد إليها ويعبر عنها بملك العين أو من حيث جهة خاصة منها فتضاد 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 بالشرط 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 الموضع الثاني .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الضمان قد يطلق على ما يفيد تحويل ما هو ثابت في ذمة أخرى ، ويعبر عنه . غالبا . 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 بطalan 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 متداركا عليه ويعبر عنه بضمان العين كضمان الغاصب للعين المغصوبة بل مطلق الأعيان المضمنة على من هي في يده ، ويسمى هذا النحو من الضمان بضمان العهدة ولتحقيقه أسباب خاصة كاليلد 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 الا على ضامن ومضمون له إذ لا نقل فيه ولا تحويل بل يحدث بينه وبين المضمون له بسبب خاص كوضع اليد على ماله أو إتلافه 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 المضمنة على الغير قبل تلفها بالصيغة خلاف والأظهر

عندى بل الأقوى الصحة ^(١) وفaca للمحكي عن (المبسot)

(١) في صحة الضمان العقدي للأعيان المضمنة بضمان اليد كالمغصوب والمقيوض بالعقد الفاسد والأمانات عند التعدي والتغريط وجوازه قبل

و (التدذكرة) و (التحريض) و (الإرشاد). وفي (الشرع) بعد التردد قال : «والأشبه الجواز خلافاً لثاني الشهيدين والمحققين وغيرهم ، فقووا البطلان ، وتوقف في القواعد حيث قال فيه : والأعيان المضمونة كالغصب والعاربة المضمونة والامانة مع التعدي على اشكال ، وفي (الكتنز) :

منشأ الاشكال هنا كما قلنا في باب الرهن من صحة الرهن عليه وعدمه وهو أنها ليست ثابتة في الذمة فلا يصح ضمانتها ومن وجود سبب ضمان القيمة وهو الغصب وأشباهه. انتهى.

تلف العين : خلاف. وأما بعد التلف و zaman فعليه الضمان بالمثل أو القيمة فلا اشكال ولا خلاف بينهم في صحة الضمان لما في ذمة الضامن من المثل أو القيمة ، إذ هو من مصاديق الدين ، والضمان العقدي إنما شرع في المذهب لتحويله من ذمة الضامن 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 تتحقق 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 منزلة تتحقق المسبب.

والذي يظهر من سيدنا الحال . قدس سره . عدم الإشكال في أن ضمان المثل أو القيمة و تحويله 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 . : «.. فالذى يبغي 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 ، وان وقع الخلاف فيها ولعل الأكثر فيها على المنع نظراً منهم الى كونه من ضمان ما لم يجب لأن الثابت في الذمة حال وجود العين انما هو وجوب ردها والقيمة انما ثبت بعد التلف وضمانها قبله ضمان لما لم يجب ، إلا أن مصداقاً من مصاديق هذه الكلية وهو ضمان الثمن للمشتري عن البائع بعد القبض وقبل التلف مما تكرر نقل الإجماع على صحته ولعله من المسلمات عندهم ، ولذا تخلص بعض عن محذور كونه من ضمان ما لم يجب بالإجماع ومسيس الحاجة اليه . وأنت خبير بأن ضمان ما لم يجب . كما تقدم . أمر غير معقول ، والإجماع لا يصير غير المعقول معقولا

كونه بحيث يكون عليه رد العين مع وجودها ودفع بدها عند التلف وهذا المعنى منتقل من ذمته إلى ذمة الضامن المستلزم لبراءة ذمة المضمون عنه . إلى أن يقول . وما 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 المجعل بدلالة من النبي المشهور :

على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وان لم يكن حكم تعليقها مرجعه لزوم أداء مثل ما أخذ من مال الغير أو قيمته على أنهه عند تلفه ، وإنما هو حكم تنجيزي وضعبي حاصل بنفس وضع اليد على المال مرجعه كونه على عهدة آخذه وكونه ملزماً بتعاته من المحافظة عليه بما يرد عليه من الاطهار ورده إلى مالكه عند أول أزمة إمكان وتدارك منافعه المستوفاة له أو الفائحة تحت يده بأجرة مثلها وتدارك نقصه وعيه بدفع أرشه وأداء مثله أو قيمته عند تلفه وليس الأحكام المذكورة هي المجعلة بالأصل والضمان متزع عنها ، بل المجعل ضمان عهدة المال وهو حكم وضعبي أصلي وتلك الأحكام التكليفية تبعاته . وعليه فمقتضى دليل على اليد ، أن ذلك الحكم المستلزم لل subsequات المذكورة على عهدة آخذ المال المذكور بمفرد وضع

فالذى ينبغى أن يقال : انه لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في ذمته مالا بل اللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقاً أو مالاً ، والعين المضمونة ثابتة عهدهما 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 لبراءة المضمون عنه إلا ان تحدد الدخول في عهدهما إنما هو لتجدد السبب بعد الضمان لفرض بقاء العين

يده عليه فهو الملزم بما إلى زمان وصول المال مالكه ، ولا يتنتقل ذلك الحكم بتبنته 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 : ان 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 مثلاً لزيد ، بمعنى يلزمك دفعه إليه ، بل المراد على الظاهر أن ما أخذته ذو اليد من مال الغير عهدهما عليه وذمه مشغولة به فوزره وتقله عليه حتى يؤديه إلى مالكه أداء عرفيًا بحسب حالتي بقائه وتلفه ، وعند التلف بحسب وجود مثله وتبسيطه وعدم وجوده أو إعواذه ، وهذا معنى ضمان المال المجعل بالحديث الشريف جعلاً أصلياً وضعياً ، ومقتضى إطلاق النبوي كون الحكم المذكور بما يتبعه على آخذ المال ومن استقرت يده عليه إلى وقت أدائه إلى مالكه بما يصدق عليه أداء عرفاً 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 لإطلاق النبوي المذكور مورده الديون والأموال الكلية التي اشتعلت بها الذمم بأحد أسباب التشغيل ، ومقتضى الجمع بينه وبين دليل على اليد المستفاد منه كون

في يده بعده ، وإلا فلو فرض زوال السبب كاليد مثلاً قبل الضمان عنه بالصيغة كما لو ضمن لمالك برضائه في تعاقب الأيدي ما في ذمة الأول ، التزمنا ببراءة ذمته ولم يتحقق عندنا إجماع 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 . مثلاً . باقياً على الضمان وإن ضمن عنه ، فهو أن صحة أفاد ضم ذمة إلى ذمة ولا نقول به بل هو مذهب غيرنا ضرورة أن ما كان ثابتاً قبل الضمان

غاية ضمان ذي اليد على مال الغير وصوله إلى صاحبه هو تقيد إطلاق دليل على اليد بدليل تشريع الضمان الناقل ، وحاصل الجمع بينهما : أن عهدة المال المذكور على آخره إلى زمان أدائه إلى مالكه بما هو أداء عرفاً ما لم يضمنه ضامن له بالعقد بينه وبين مالكه المضمون له فتبرأ حينئذ ذمة ذي اليد مما عليه ، وتشغل ذمة الضامن به مالكه.

وما ذكره سيدنا . قدس سره . : «من إمكان تحقق الضمان العقدي بالنسبة إلى الأعيان المضمنة بقوله : لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في ذمته مالاً بل اللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقاً أو مالاً والعين المضمنة ثابتة ، عهدتكا في ذمة المضمون عنه ، ومعنى ثوتكما في ذمته 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» انتهى .

غير حال عن الإشكال ، فإنه وإن أمكن في مقام الشبوت انتقال ضمان المال المجعل على ذي اليد بجميع شعونه وآثاره إلى من يضمنه مالكه ويعهد به بتعاقد بينه وبينه ، ولكن لا يكفي مجرد الإمكان في الحكم بفعالية الانتقال وبراءة ذمة ذي اليد واحتلال ذمة الضامن بما اشتغلت به ذمته ما لم يتم

لالتزم بانتقاله عن المضمون عنه إلى الضامن وإنما تحدد ضمانه بتجدد سببه لأن اليد المفروض بقاوئها بعد الضمان على مال الغير أيضاً سبب للضمان ، وإن أريد ببقاء ضمان المضمون عنه مع عدم السبب له بعد ضمان الغير عنه فهو من نوع أشد المنع ولا إجماع عليه متحقق عندنا ، وعليه فيكون الإجماع المستفيض على الصحة في مورده من ضمان الشمن إجماعاً على القاعدة فيتسرى منه إلى غيره من مواردتها 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 الغصب 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 المضمنة بضمان على اليد ، فلا دليل على مشروعية ضمانها بالضمان العقدي الناقل والتمسك بعموم النبوي «الزعيم غارم» غير واضح ، فإنه مضاداً إلى ما قد يقال : إن ما يروى عن النبي (ص) : من أن الزعيم غارم ليس من أخبارنا فلا يكون حجة عندنا انتهى.

يمكن المناقشة في دلالته أيضاً فإن مادة الغرامة باشتتاها تستعمل فيما يلزم به الشخص من أداء مقدار من المال إلى الغير بسبب موجب له من إتلاف ماله أو تلف مال مضمون له بوضع يده عليه أو استدانته مال منه ، ومنه إطلاق الغريم على من عليه الدين والغارمين في آية الزكاة على من علّهم الدين ولا يجدون لها قضاء ، ونحو ذلك من سائر اشتتاكات المادة المذكورة فبناء على كون المراد بالزعيم في النبوي المذكور : المتعهد بالمال

العبارة منهم محتملة لإرادة كون القيمة بعد وجود السبب ثابتة في الذمة بالقوة القريبة وتنزيل المعدوم منزلة الموجود كما صرخ به (الكنز) في باب الرهن ، حيث قال : «ومن وجود سبب الضمان وجود السبب يجري بجرى وجود المسبب فان 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 محدود الحال ، فهو شرط عقلي فإن أريد من العبارة ما ذكرناه اتبع التفصيل في السبب بين ما يوجب وجوده دخول العين في العهدة وما لا يوجب ذلك كالعيب الموجب للسلط على الرجوع بعد الفسخ بال الخيار لأن سببية العيب ولو كانت قبل العقد لا يوجب دخول الثمن المقوض للبائع 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 ووجب لبراءة المضمون عنه مع عدم سبب لضمانه كالميـد ونحوه بعد ضمان

الذي اشتعلت به ذمة الغير يكون مفاد القضية أن الكفيل بالمال المضمون على الغير والمعهد به لصاحبه غرامته عليه فهو مدين بما له ملزم بأدائها ودفعها إليه. و بما أن (غارم) اسم فاعل غرم والمشتق حقيقة فيمن تلبس بالمبلغ في الحال لا الأعم منه ومن يتلبس به في الاستقبال ، فظاهر القضية : أن الكفيل المعهد بالمال ملزم بغرامته عند كفالته وتعهده فإذا كان المعهدية دينا في ذمة الغير صح القول بأن الكفيل غارم له وملزم بأدائها فعلا للمكفول له ، فالحمل على حقيقته وأما إذا كان عينا خارجية مضمونة بضمان الغير فلا يصح أن يقال على ضامنها والكفيل بما للمضمون له انه ملزم بغرامتها وخسارتها فعلا ، بل هو ملزم بما بعد تلفها ، فإطلاق لفظ

الغير عنه برضاء المضمون له بعقد الضمان لعموم : الوفاء بالعقود ، مؤيدا بقوله تعالى **«ولَمْنَ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»** 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 فافهموا واغتنم .

هذا ولا بأس بتذليل المسألة بضمان درك أحد العوضين للبائع أو للمشتري الواقع كثيرا فيما بين الناس حتى قبل بمسيس الحاجة إليه .

فنقول : الضمان : مرة يتعلق بالشمن ، وأخرى بالشمن وعلى التقاديرين فتارة يكون متعلقة وهو المضمون عينا شخصية وآخرى كليا في الذمة .

وعلى جميع التقادير : فاما أن يكون قبل القبض أو بعده قبل التلف أو بعده أيضا ،

وعلى التقادير كلها : فأما أن يكون الضمان للمشتري عن البائع ،

(الزعيم) في القضية وان كان ظاهرا في العموم لضامن العين الخارجية لمالكها ، ولكن ظهور المحمول في الغارم بالفعل مقدم على ظهور الموضوع فيتعين كون المراد بالزعيم المتعهد بدین الغير لا الأعم منه ومن العين . هذا مضافا الى احتمال كون المراد بالزعيم في القضية هو المتعهد بمال وجعل لشخص على عمل منه تعهدا ابتدائيا بلا اعتبار كون المال مضمونا على آخر ومبسوقا بضمائه له . وعليه فالمراد : أن الزعيم والمتعهد به ملزم بما تعهد به له على عمله وغارم له والظاهر أن المراد بالزعيم في الآية الشريفة **«ولَمْنَ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»** هو بهذا المعنى بان يكون المقصود للمؤذن اني كفيل بأداء حمل بعير من الطعام اخسره من مالي لمن جاء بصواع الملك ، لا أن المراد : اني ضامن لما في ذمة الملك من الجعل ليشكل بكونه من ضمان ما لم يجب ، حيث ان العمل من المجموع له بعد لم يتحقق لتشغل ذمة الملك بالجعل .

أو بالعكس للبائع عن المشتري. وحيثند فإن تعلق الضمان بالشمن وكان شخصياً فان كان الضمان للمشتري عن البائع بأن خرج المبيع مستحضاً للغير . مثلا . وكان قبل القبض فهو باطل قطعاً لكونه من ضمان ما لم يجب ، وإن كان بعد التلف فصحيح بلا إشكال لكونه من ضمان المال الموجب للانتقال ، ومقتضاه اختصاص الرجوع على الضامن ، وإن كان بعد القبض وقبل التلف فهو المتيقن مما نقل الإجماع على صحته لو انكشف فساد البيع أما لكون المبيع مستحضاً للغير أو للإخلال بشرط أو غيره ، وهو مصدق من مصاديق مسألة ضمان الأعيان المضمونة ، فيتخير المشتري في الرجوع على من شاء منها من الضامن لضمانه ، والبائع لتجدد ضمانه بسبب اليد المتتجدة بعد عقد الضمان ، وهو مظهر الثمرة بين الضمان بعد التلف وقبله بعد القبض وإن كان الضمان للبائع عن المشتري بأن انكشف فساد البيع : أما لكون الشمن مستحضاً للغير ، أو للإخلال بشرط من شروط الصحة ، فالشمن في الأول . وإن كان مضموناً على المشتري . إلا أنه لمالكه دون البائع ، وفي الثاني غير مضمون عليه لكونه ملكه فضمانه عن المشتري للبائع خروج عمما يقتضي الصحة على التقديرین . وإن كان كلياً وكان الضمان للبائع عن المشتري صح مطلقاً قبل القبض وبعده قبل التلف وبعده لكون الشمن كلياً مضموناً على كل حال وهو من ضمان المال على كل تقدير.

وان كان الضمان

ويجاب عن الإشكال تارة بكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلي والمقتضي قول المؤذن من قبل الملك ومن جاء به حمل بغير ، وأخرى بثبوت عهدة الجعل في ذمة الملك فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة ولعل مرجعهما واحد ، وعلى كل فلم يتضح دلالة النبوبي المذكور على صحة ضمان الأعيان المضمونة بضمان اليد قبل تلف العين لو سلم صحة سنته.

المتعلق بالثمن الكلي للمشتري عن البائع فباطل قطعاً لعدم وجود المحل له والمدفوع للبائع مصداقاً لو وجوب رده ليس متعلقاً للضمان.

هذا كله فيما لو تعلق الضمان بالثمن ، ويجرى الكلام مثله فيما لو تعلق بالثمن حرف بحرف ، والله العالم.

ثم انه قد ظهر ما ذكرنا أيضاً وجه عدم صحة ضمان الأجنبي عن البائع أرش ما يحده المشتري في المبيع غرساً أو بناء . مثلاً . لو ظهر مستحقاً للغير واختار المالك قلعه من التفاوت بين القيمتين ثابتاً ومقلوعاً أو بقاءه بأجرة لعدم ثبوت شيء حتى العهدة حال الضمان في ذمة البائع حتى يتنتقل بالضمان إلى عهدة الضامن وان استحق عليه الأرش بعد اختيار القلع للتسبيب والغور ، بل لا يصح الضمان منه أيضاً بالعقد وان كان ضامناً بالبيع معنى انه يلتزم بما يغرمه المشتري لو رجع به عليه لا لما قيل من عدم الفائدة في الضمان بعد ان كان البائع ضامناً بهذا المعنى على كل حال لإمكان تصويرها فيما لو أسقط أحدهما الحاصل بسببه بقي الآخر بسببه على تقدير الصحة كذبي الخيارين لو أسقط أحدهما وفيما لو شرط على البائع ضمانه بوجه صحيح فان صح هذا كفى في الوفاء بالشرط بل لعدم ثبوت شيء حال الضمان حتى يضمنه أولاً وعدم تعقل ضمان الإنسان عن نفسه ثانياً.

ومنه يعلم : أنه لو كان شيء

وأما دعوى عدم الخلاف في ضمان عهدة الثمن اي دركه للمشتري لو ظهر استحقاق المبيع ، أو بطalan البيع خلل فيه ، فإنه مضافاً إلى ما قد يقال : لم يتحقق إجماع على ذلك ، و مجرد عدم الخلاف غير كاف مع قلة الم تعرض لذلك من الأصحاب انتهى . وعلى كل فلا بد ان يراد الضمان بعد قبض البائع له وقبل تلفه فان ضمانه قبل القبض من ضمان ما لم يجب ولا خلاف في عدم صحته ، كما ان ضمانه بعد تلفه من قبيل ضمان الدين ولا خلاف في صحته . فما يمكن ان يدعى كونه من محل الكلام ضمانه قبل التلف ولكن

ثابتا فعلا في ذمة البائع لكان صحة ضمان الأجنبي عنه أولى من صحة ضمانه عن نفسه فانقدح بذلك ضعف ما في الشرائع وعن (التذكرة) من التفصيل بين ضمان البائع عن نفسه وضمان الأجنبي عنه بجوازه في الأول وعدمه في الثاني ، اللهم إلا أن تمنع الأولوية لأنها مسلمة إن أريد بضمان البائع عن نفسه ما يفيد النقل والتحويل فإنه غير معقول لوحدة المصل ، وأما لو أريد به على تقدير ثبوت شيء في ذمته ضمان العهدة ، فهو من تأكيد الالتزام الذي قد عرفت فائده ، وأنه أمر معقول ، وحينئذ فالوجه للبطلان هو عدم ثبوت شيء حتى يتحقق معنى الضمان بأحد معنييه . ويظهر من (اللمعة) القول بالصحة مطلقا . ومال إليه . بل قال به . (في الروضة) بناء على كفاية وجود السبب منه في ثبوته عليه جريا لوجود السبب مجريا وجود المسبب فيصح الضمان عنه مطلقا . وقد عرفت ما فيه .

لو سلمنا الإجماع على صحته فهو ليس مما نحن فيه ، فإن غاية ما يستفاد من من ضمان درك الشمن تعهد الضامن للمشتري والتزامه بإيصاله إليه ولو بإلزامه البائع بدفعة أن كان موجودا أو أخذه منه ودفعه مالكه ومع امتناع ذلك أو تلفه وامتناع البائع 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 ثلاثة الأقوال : قول بالبطلان مطلقا وهو الأقوى لعدم ثبوت شيء حال الضمان حتى يصح ضمانه فهو من ضمان ما لم يجب ، ويزيد . في صورة ما لو كان الضامن هو البائع . ما تقدم من عدم تعقل ضمان الإنسان عن نفسه فتأمل ، وقول بالصحة كذلك سواء ضمن البائع عن نفسه أو ضمن الغير عنه ، وقول بالتفصيل : بين ضمانه عن نفسه

الثمن أو الشمن لصاحبه عند ظهور الاستحقاق أو الخلل في المعاوضة لم يظهر من تعرض للمسألة أن الثمن مثلاً المضمون على البائع عند الاستحقاق أو الخلل بضمان الأجنبي لعهديه وذركه بالعقد مع المضمون له : يتقلضمانه من عهدة البائع . إلى عهدة الضامن ، فتشتغل ذمته وتبرأ ذمة المضمون عنه ، أعني : البائع ويشهد لذلك : أكْسَم في مقام التعبير عن الضمان المذكور قالوا : يجوز ضمان عهدة الثمن أو درك الثمن . والظاهر أن المراد بضمان العهدة أو الدرك أنه عند امتياز أحدهذه المضمون من البائع أو أخذ بدله عند تلفه يكون عوضه وحسارته على الضامن ، فاشتغال ذمته ببدل إما يكون بامتياز أحده أو أخذ بدله عند تلفه من البائع وما في صورة عدم امتياز أحده أو أخذ بدله عند تلفه فملكلف بالرد والأداء هو المضمون عنه وغاية ما يمكن أن يقال انه يجب على الضامن إلزامه بالأداء ولا مانع من الالتزام بذلك مع مساعدة الدليل وثبوت الإجماع على ذلك وعلى كل ليس هو من محل الكلام من الضمان الناقل من ذمة إلى ذمة أخرى وبراءة . ذمة وانشغال أخرى .

وحاصل ما ذكرناه من أول المبحث إلى آخره : أنه لم يتضح لدينا دليل على صحة الضمان الناقل بالنسبة إلى الأعيان المضمنة 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 المتعاق في السفينة : ألق متابعتك في البحر وعلى ضمانه وحكاية الإجماع عليها مستفيضة ، مع ما قيل : انه من ضمان ما لم يجب.

ويمكن تصحيحة بأحد وجهين : الأول . دعوى كونه من الجعلة . كما احتمله في (الذكرة) و (التحرير) وعليه فيكون المضمون قيمة المتعاق وان 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 بيده ، فهو أمر معقول غير أن ثبوت الإلزام بهذا الالتزام الذي هو من قبيل الوعد محتاج الى دليل سينا مع عدم كون العقد عليه متعارفا حتى يدخل في عموم «الأمر بالوفاء» وهو موجود في المقام لما عرفت من نقل الإجماع عليه مستفيضا المعتصد بدعوى غير واحد اتفاق الأصحاب عليه إلا ان 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 فظاهر ما ذكرنا : أن ضمان العين حال وجودها ضمان فعلى كما يعطيه ظهور ظهور كلمة على في حديث «على اليد» لا ضمان تعليقي كما توهם 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 تقادير لوضوح الفرق بين ثبوت المقتضى للضمان كاليد وان توقف على شرط التلف ، وبين عدم ثبوته ، بل لما عرفت من ظهور الفعلي من حديث «على اليد» سينا

مع جعل التأدية غاية لرفعه في حالتي وجود العين وتلفها الموضع الثاني في تصوير ضمان الأيدي المتعاقبة للملك واحتفال ذمهم له بحسب تعددتها بمالي واحد^(١) فقول : قد عرفت أن اليد ونحوها من أسباب الضمان موجبة

(١) الظاهر ما ذكره سيدنا في هذا المقام : جعل الضمان المستفاد من دليل : «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» متزعا من الحكم التكليفي المجعل 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 . قيس 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 أن لم يؤدغيرة 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 يعني التعهد بالمضمون وكونه في عهدة الضامن حكم وضعی متأصل بالجعل لدى تحقق سببه بحسب الدليل الحال عليه ، فوجوب أداء المضمون ورده للمضمون له من آثاره وهو تبع للضمان المجعل بالأصل لا أنه هو المتأصل بالجعل والضمان متزع منه وتبع له كما ، أن ظاهر النبوي الشريف «على اليد ما أخذت حتى تؤدي كون المجعل على ذي اليد والثابت في عهده نفسه نفس ما أخذه من مال الغير ومرجع ذلك إلى حكم وضعی تنجيزي وهو ضمان العين المأخوذة وكونها

لدخول العين في عهدة من هي في يده التي مرجعها الى وجوب الرد عليه مطلقاً وعلى كل حال ، من غير اعتبار له بحال وجودها كالأمانات المقيد ردها بوجودها ، وبالجملة الاستثناء على مال الغير موجب لرده عليه بقاعدة الاحترام ، غير أن منه ما يكون الالتزام برده مشروطاً بوجوده ودائراً مدار بقائه بمعنى كون وجوده شرطاً في الالتزام برده كيد الأمانات بقسميها :

الملكية والشرعية ، ومنه ما لا يكون مشروطاً بذلك بل يكون الالتزام برده.

على عهدة آخرها وهذا الحكم الوضعي مستتبع ومستلزم لأحكام تكليفية فعلية أو شأنية توضح ذلك : إن المعمول 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 مثلاً فالمراد أنها في عهده وذمته وهو كفيل بما لصاحبها فيجب عليه أداؤها إليه ودفعها له بما يصدق عليه أنه أداء ودفع عرفاً ، فالكون في العهدة من قبيل الوضع والتوكيل بالأداء ونحوه متفع عليه ، وليس هو المعمول 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 وثبت في عهده فهو ناء بشقه وملزم بتبعاته من حفظه عن التلف وما يلحق به وتدرك نقصه الحادث وأرش عيه واجرة مثل ما استوفاه أو فات من منفعته وأداء مثله أو قيمته عند تلفه حتى يؤديه إلى مالكه هذا ولو تعاقبت الأيدي على مال الغير وأخذه كل لاحق من سبقه فربما يشكل تعدد الضمان للمال الواحد ويقال كيف يمكن خسارة كل منهم مالكه عند تلفه مع أنه لم يستحق إلا غرامة واحدة ولا يمكن الالتزام بنظر ما التزم به سيدنا . قدس سره . من إرجاع الضمان إلى الحكم التكليفي بوجوب رد العين وأدائها عرفاً إلى مالكيها وجوباً مطلقاً بحسب حالاتها

الطارئة عليها وكوئها من قبيل الواجب الكفائي على الجميع فان مرجع ذلك بناء على كون الضمان من قبيل الوضع لا التكليف كما اخترناه واستظهernاه من الدليل : ان كلا من ذوي الأيدي المتعاقبة ضامن ومتعهد بالمال لو لم يكن الآخر متعهدًا به وذلك لا يرجع الى معنى محصل ، فان مقتضاه عدم ضمان كل من ذوي الأيدي . ثم ان المتسلل عليه ان المالك له الرجوع على كل من ذوي الأيدي المتعاقبة بغرامة بدل التالف فهو مختار في الرجوع الى من شاء وتغريمه لكن لو رجع الى الأخير منهم ، وهو من تلفت العين تحت يده لا يرجع بما غرمته للمالك على من سبقه ولو رجع المالك الى السابق وغرمه فله الرجوع على اللاحق بما غرمته للمالك وهو يرجع على من لحقه وهكذا حتى يكون قرار الضمان على من تلف المال تحت يده فيما يقال ان كلا من ذوي الأيدي المتعاقبة إذا كان ضامنا للمال الذي استقرت يده عليه بمقتضى دليل على اليه فيما الموجب لرجوع السابق بغرامته للمال على اللاحق مع انه مثله في ضمانه للمال الذي كان تحت يده وفي شمول دليل على اليه له أيضا.

والحاصل ان الاشكال من جهتين : الاول . ان كلا من ذوي الأيدي المتعاقبة إذا كان ضامنا ومتحتملا غرامه بدل التالف للمالك بمقتضى دليل «على اليه» فاللازم دفع ابدال اليه مع أنه لا يستحق الا بدل واحدا . الجهة الثانية . إن المالك لو رجع ببدل العين التالفة على السابق ، فلما ذا يرجع بما غرمته للمالك على من لحقه مع أنه مثله في الضمان بسبب اليه ، ثم ان شيخينا المرحوم (صاحب الجواهر قدس سره) تخلص عن الإشكال بأن خطاب من استقر الضمان عليه . وهو من تلف المال عنده . وضعي ذمي وخطاب غيره من استقرت يده على المال تكليفي محض . ولذا يرجع

على من تلف المال عنده بغرامته للمالك إذا رجع عليه بما. وعليه فلا تعدد في شغل الذمم بالإبدال مع وحدة المال.

هذا ولكن قبل عليه . كما قاله سيدنا . قدس سره . أيضا . : ان ذلك تفكيرك بين ضمانت الأيدي مع استفادة الكل من دليل واحد وهو عموم على اليد ولكنه . رحمه الله . تخلص عن اشكال تعدد الشغل مع وحدة المال بما سبق من كلامه من إرجاع الضمان المستفاد من الحديث الى الحكم التكليفي بوجوب الرد الى المالك وجوبا مطلقا غير مقيد ببقاء العين . وعليه فيمكن كون الوجوب على كل من ذوي الأيدي كفائيا مرجعه : أنه يجب عليه الأداء ان لم يؤد غيره ، لكننا ذكرنا ان إرجاع الضمان الى الحكم التكليفي خلاف التحقيق من كونه من قبيل الوضع لا التكليف.

وقد وجه سيدنا . قدس سره . رجوع السابق من ذوي الأيدي إلى اللاحق دون من سبقه بقوله : فالأحسن في توجيه ذلك هو أن يقال : ان من يدفع البدل الى المالك يرجع به على من انتقل منه إليه لأن العين مقبوضة له منه ولو بالواسطة دون من انتقلت اليه منه لأن العين مقبوضة منه ، فكيف يمكن منه مطالبة بدلها مع كون نفس العين مقبوضة منه ، وهل هو بالنسبة اليه الا جمع بين البدل والبدل ، توضيح ذلك : أن بدفع البدل الى المالك قام الدافع مقام المالك قهرا فيما كان له من الحق قضاء لحق البدلية وان كانت قهريه ، ومقتضاه الرجوع على من أخذ المال منه ولو بالواسطة ، فنسبة الأخذ من الدافع كنسبة الأول من المالك ، فلا يرجع به على من لم يأخذ المال منه كما لا يرجع المالك كذلك انتهى .

ولعل مراده . قدس سره . أن المالك للعين كان له الرجوع على كل من أخذ العين واستولى عليها بإزامه بردها اليه مع وجودها ودفع بدلها

عند تلفها فمن رجع عليه المالك من ذوي الأيدي المتعاقبة على العين بيدلها عند تلفها فبدفعه للمالك يثبت له ما كان للمالك من حق الرجوع على من أخذ العين منه ولو كان أخذه بالواسطة قضاء لحق البدالية ، وإن كانت قهريه فإن دفعه البدل للمالك حكم شرعي ملزم به آخذ العين والمستولى عليها ، وهو وإن كان تغريماً له من الشارع ولكنه بدل قائم مقام المبدل ، فدافعه يقوم مقام المالك له ويستحق ما كان يستحقه من الرجوع على من أخذ العين بيدلها ، وعليه فلو رجع المالك على السابق ببدل العين التالفة وأخذه منه فله الرجوع على من لحقه لكونه عند دفع البدل للمالك قائماً مقامه فيستحق البدل من أخذ العين منه ولو بالواسطة كالمالك قبل أخذه البدل منه بخلاف ما لو رجع المالك على اللاحق وأخذ بدل العين منه ، فإنه لا يرجع بما دفعه للمالك من البدل على سابقه لكونه ، آخذا للمبدل منه فلو أخذ البدل منه يكون جاماً بين البدل والمبدل . نعم لو كان لللاحق آخر أخذ العين منه فله الرجوع عليه بما دفعه للمالك من البدل حتى يستقر الضمان على من تلفت العين عنده ، فليتأمل هذا .

ولعل الأوجه في دفع الاشكال ما ذكره شيخنا الأنباري . قدس سره . وأوضحه الأستاد . قدس سره . وهو مبني على ما هو التحقيق : من ان الضمان المجعل بدليل «على اليد» حكم وضعی متصل بالجعل وإن استتبع أحکاماً تکلیفیة فعلیه أو شائنة توضیح ذلك : إن ما يمكن تصویره في ضمان ذوي الأيدي على مال الغیر وجوه ثلاثة : أحدها اشتراك الكل في ضمانه بنحو المجموع فيضم كل منهم بعضه ، وهذا إنما يتوجه فيما لو استولى الكل على المال دفعه واحدة بأن كان تحت يد الكل في زمان واحد فيشتراك الكل في ضمانه بمعنى ضمان كل بعضه ولا يتوجه ذلك فيما نحن فيه من الأيدي

المتوالية على المال بنحو التعاقب وكون المال في كل زمان تحت يد من الأيدي بنحو الاستقلال .

الوجه الثاني . أن يكون كل من ذوي الأيدي يضمن المال بتمامه في عرض ضمان الآخر ف تكون العين مضمونة لكل منهم في زمان واحد وهذا إنما يتوجه بناء على ما اختاره سيدنا . قدس سره . ومن قال بمقاتله من إرجاع الضمان إلى الحكم ، التكليفي بلزوم رد العين بنحو الإطلاق وعدم التقيد ببقاء العين بل وجوب الرد ولو مع تلفها برد مثلها أو قيمتها مما هو رد للعين عرفا . وعليه فيمكن أن يجب على الجميع أداء العين مطلقا إلى مالكها بنحو الواجب الكفائي بمعنى كون كل من ذوي الأيدي يجب عليه الرد والأداء لو لم يؤد غيره ، ولكن بناء على ما اختبرناه من أن الضمان حكم وضعی متصل بالجعل من الشارع بمعنى كون المضمون في عهدة الضامن وذمته فكما لا يعقل كون المال الواحد في زمان واحد في مكانين خارجا عرضا ، فكذا لا يمكن اعتبار كون المال في ذمتين بنحو يكون كل منهما مشغول الذمة بتمامه . نعم يمكن التبعيض في الشغل ، ومن هنا كان الضمان العقدي موجبا لنقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن كما استقر عليه المذهب ، وليس من ضم ذمة إلى ذمة كما هو كذلك عند العامة والأعيان المضمنة باليد إنما يصح ضمانها بالضمان العقدي الناقل بعد التلف وعليه فتشتغل ذمة الضامن بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه من بدها مثلا أو قيمة بحسب المضمون وتبرأ ذمة المضمون عنه من ذلك . وأما في مورد بقاء العين المضمنة . فمرجع ضمانها تعهد الضامن للمضمون له بإلزامه ذا اليد بردتها إليه كما ان ما يدعى تسامي الأصحاب عليه من ضمان درك المبيع للبائع ودرك الثمن للمشتري ليس من قبيل الضمان العرضي واشتغال ذمتين بمال

واحد ، بل مرجع ضمان شخص عن المشتري للبائع عهدة المبيع فيما لو خرج الشمن مستحثقاً للغير أو ضمانه للمشتري عهدة الشمن فيما لو خرج المبيع مستحثقاً خسارة الضامن بدل المضمون من ماله للمضمون له عند امتناع أحد المضمون عنه مع وجود المضمون أو امتناع أحد بدله من المثل أو القيمة عند تلفه. وأما مع وجوده وإمكان أحد المضمون منه أو إمكان أحد بدله مثلاً أو قيمة في صورة تلفه ، فالضامن المكلف بالرد للعين الموجودة أو الملزم بأداء مثيلها أو قيمتها في صورة تلفها هو المضمون عنه نعم غاية ما يمكن : أن يقال : أنه يجب على من ضمن عهدة المبيع فيما لو خرج الشمن مستحثقاً أو عهدة الشمن فيما لو خرج المبيع مستحثقاً إلزامه الضامن برد العين أو إلزامه بأداء بدلها مثلاً أو قيمة في صورة تلفها ولا بأس بذلك مع مساعدة الدليل وقيام الإجماع عليه وليس ذلك من الضمان العرضي الذي قلنا بعدم تعلقه بالنسبة إلى ضامنين للمال في زمان واحد.

الوجه الثالث . من وجوهه ضمان الأيدي المتعاقبة على مال الغير كون ضمان اللاحق في طول ضمان السابق لا في عرضه كما في الوجه الثاني ، ومحصل ذلك كون الأول ضامناً للملك نفس العين بمعنى كونها في عهده ، والثاني ضامن لما ضمه الأول وتعهد به ومقتضاه كون ذمة الثاني مخرعاً لما في ذمة الأول وما على الأول من ثقل العين وتبعاً لها ملزماً به الثاني ، فما يدفعه الأول للملك من البدل المتدارك به العين التالفة عند رجوع الملك عليه به إنما هو في ذمة الثاني ودفع لما هو ملزم به فله الرجوع عليه بما دفعه للملك لاشتغال ذمته بما اشتغلت به ذمة الأول للملك وهكذا كل سابق بالنسبة إلى ما لحقه.

والحاصل بعد ما ذكرناه من عدم الوجه في اشتراك ذوي الأيدي

المتعاقبة على مال الغير بضمان بدله للملك بنحو التوزيع عليهم لعدم استيلائهم على المال دفعياً وإنما كان بنحو التعاقب وذكرنا أيضاً عدم الوجه لضمان كل من ذوي الأيدي المتواترة ضماناً عرضياً للملك لعدم تعقل كون المال الواحد في زمان واحد في ذمتين وكونه ثابتاً ومستقراً على عاتق شخصين اعتباراً، كما لا يتعقل كونه كذلك في مكان واحد خارجاً، فالمتعين كون ضمان ذوي الأيدي للملك طولياً بمعنى كون الأول يضمن العين بماليتها للملك والثاني يضمن ما ضمه الأول له بنحو تكون ذمته مخرجاً لما في ذمة الأول وما على الأول ثابتاً ومستقراً على الثاني، فإن رجع الملك على الأول ببدل العين التالفة رجع بما أداه للملك من البديل على الثاني وإن رجع به، أي بالبدل على الثاني لا يرجع بما أداه للملك على الأول. والوجه في ذلك: أن الأول عند ضمانه العين مالكها بوضع يده عليها لم تكن مضمونة على أحد قبله فهو يضمنها بماليتها للملك بخلاف الثاني فإنه يوضع يده عليها بعد الأول ضمنها بما هي مضمونة على الأول ببدلها، وعليه فهو أي الثاني ضامن للملك ببدل العين نظراً لوضع يده العادية عليها فله الرجوع به عليه وأخذه منه كما أنه ضامن للأول البديل الذي أخذه الملك منه عند رجوعه عليه نظراً لكونه ضامناً ما ضمه للملك من بدل العين، ولكن الملك لو رجع ببدل عينه التالفة على الثاني وأخذه منه لا يرجع بما أداه للملك على الأول لأنه لم يضمن للثاني ما أخذه الملك منه من بدل العين التالفة، فإنه أي الأول لم يضمن إلا للملك لو رجع عليه ببدل العين بخلاف الثاني فإنه يوضع يده عليها بعد الأول يضمن العين مالكها ببدلها لو رجع عليه به كما أنه يضمن للأول بدلها المأخوذ منه للملك عند رجوعه عليه وأخذه منه فيخسره له: وباجملة: إن الأول لا يضمن إلا العين للملك والثاني

بأخذ العين من الأول يضمنها للملك بسبب وضع يده عليها ويضمن أيضا للأول بدلها المأخوذ للملك منه بسبب كونه ضامنا ما ضمنه الأول للملك من بدل العين التالفة نظراً لأخذ العين منه وضمانه ما ضمنه من بدلها وذلك مقتضى كون ضمان الثاني في طول ضمان الأول لا في عرضه . والحاصل ان الضمان الطولي للايدي المتعاقبة على مال الغير وكون المتأخر يضمن ما ضمنه المتقدم عليه دون المتقدم فإنه لا يضمن ما ضمنه المتأخر عنه بكمال الإمكان ثبوتا ولا يرد عليه ما ورد على الضمان العرضي من الاشكال اثما الكلام في وجه دلالة (على اليد) على الضمان بالنحو المذكور فيقال : ان عموم «على اليد» ينحل الى قضايا متعددة بعدد أفراد موضوعاتها فكل يد يخصها فرد من الحكم بالضمان ولا موجب لكونه مراعي بتلف العين بل هو ثابت مع وجودها هي نعم ظرف مطالبة المالك بدلها مثلا أو قيمة اثما هو بعد التلف ثم ان مقتضى عموم «على اليد» للايدي المتواالية على مال الغير بنحو التعاقب تكون كل حكم من الأحكام المتعددة ثبوته لموضوعه بالنحو الذي اتصف به الموضوع عند الحكم عليه ، فأخذ العين من المالك ضامن لها ومستقر عليه بدلها عند تلفها ، فإن أخذها غيره منه فإنه وإن ضمنها للملك كالأول إلا أن نحو ضمانه لها يختلف عن ضمان الأول لها فإن الأول عند ضمانه بأخذ العين من المالك لم يضمنها مضمونة على أحد قبله ، بخلاف الثاني فإنه لما أخذها من الأول ضمانها بما هي مضمونة عليه تكون استقرار يده عليها بعد استقرار يد الأول عليها فهو ضامن لما استقر ضمانه على الأول فتكون ذمته مخرجها لما هو في ذمة الأول وتشتغل بالعين بما هي في ذمة الأول ومستقرة عليه لا بالعين مجردة عن وصف كونها في ذمة أحد قبله كضمان الأول لها ومرجع ذلك الى ضمان الثاني البدل الذي هو على الأول واشتغال ذمته به ومقتضى

إطلاق

دليل «على اليد» بالنسبة إلى الثاني المقتصى لشمول ضمانه للبدل الذي هو على الأول لصورة ما إذا رجع المالك به على الأول وأخذه منه وعدم تقديره بما إذا لم يرجع المالك به على الأول بل رجع عليه : هو تبدل ضمانه واستغلال ذمته بالبدل الذي كان عليه للمالك قبل أداء الأول إلى ضمانه واستغلال ذمته فعلاً للأول بما أداه إلى المالك من بدل العين عند رجوعه عليه وأخذه منه فعليه حينئذ أداء بدل المأمور من الأول من بدل العين إليه أي إلى الأول ويلزمه دفعه إليه فاتضح بذلك مواجهة مقام الإثبات لمقام الثبوت.

ثم إن ما قررناه من الضمان الطولي وما وجهنا به هو مراد شيخنا الأنباري . قدس سره . حيث يقول : «فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل . إلى قوله . : مما يدفعه الثاني إنما هو تدرك لما استقر تدركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول» إلخ .

فمراده على الظاهر بقوله (فهذا الضمان) إلخ أن الثاني بأخذه العين من الأول يضمن أحد الأمرين لأحد الشخصين : أما المبدل وهو العين للمالك لو رجع عليه فيضمنها ببدلها ويختسره له ، أو ببدلها للأول لو رجع المالك به عليه وأخذه منه فيضمنه الثاني ويختصره للأول ببدل إدراكه إذا رجع عليه بما أداه للمالك من البدل . وما ذكره . قدس سره . هو ما وجهنا به إطلاق دليل «على اليد» بالنسبة إلى الثاني .

فاندفع بما ذكرناه أشكال تعدد الضمان للمالك بنحو الاستقلال مع أنه لا يستحق إلا بدلًا واحدًا لما له التالف وظهر وجه رجوع السابق منهم على اللاحق بما دفعه للمالك من البدل عند رجوعه عليه وأخذه منه وعدم رجوع اللاحق على السابق لو رجع المالك بالبدل عليه وأخذه منه .

ثم إن الضمان بالتحو المذكور . وهو الطولي . كما تصورناه في ضمان

الأيدي المتعاقبة على مال الغير كذلك يتصور فيما يكون بالعقد أو الإتلاف والغور ولكن ، وان ساوي الضمان بالعقد أو الغور بالإتلاف في طولية الضمان ، لكنه مختلف عن الضمان فيما من حيث جواز رجوع المالك الى كل من الضمناء في تعاقب الأيدي وعدم جواز رجوعه الا الى البعض في الموردين الآخرين. ومنشأ ذلك : اختلاف دلالة دليل الضمان ، فدليله في تعاقب الأيدي حديث «على اليد» المقتضى لضمان كل من ذوي الأيدي على المال وكون الجميع في زمان واحد ضامنا مال الغير بنحو الطولية لاستيلاء كل منهم على المال طولا فللمالك الرجوع الى أيهم شاء ولكن يرجع السابق بما اداه للمالك من بدل العين على اللاحق لكونه ضامنا لما ضمه دون العكس . على ما قرئناه من طولية الضمان . وأما الضمان الذي هو بالعقد أو الإتلاف والغور فلا يجتمع الضمناء فيما بالزمان ، فان الضمان العقدي حيث كان مقتضاه عند الإمامية نقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وليس هو ضم ذمة إلى ذمة كما هو كذلك عند العامة ، فلا اجتماع في الضمان للمالك في المذهب ، بل المال قبل تتحقق الضمان بالعقد كان في ذمة المديون وهو المشغول به وبعد الضمان تشتبغل به ذمة الضامن وتبرأ ذمة المديون من المضمون والكافر عن براءة ذمة واشتغال اخرى توقف صحة الضمان ونفوذه على رضا المضمون له وقبوله وعدم كفاية تعهد الضامن له بالمال إذ لو كانت ذمة المضمون عنه وهو المديون بعد ضمان الضامن باقيا اشتغالها ، ومقتضى الضمان ضم الضامن ذمته إلى ذمة المضمون عنه فيصح للمضمون له الرجوع الى أيهما شاء فيما الموجب لتوقف ذلك على رضا المضمون له إذ الضامن على هذا لم ينقل الدين الى ذمته من ذمة المضمون عنه وانما أشغل ذمته به وأضافها إلى ذمة المديون ، وذلك لا يقتضي التوقف على رضا المضمون له

هذا ولو كان الضمان بالعقد بالتماس المضمون عنه من الضامن فإنه أي المضمون عنه يضمن ما يؤديه الضامن للمضمون له بملك الاستيفاء فإنه استوفى ما أداء الضامن في وفاة دينه بطلب منه فيضمنه له إلا إذا كان الضامن متبرعا بما أداه للمضمون له ولم يكن قاصدا الرجوع به عليه. وهذا . اي الضمان بالتماس المضمون عنه . أيضا من الضمان الطولي وطوليته أوضح من ضمان الضامن دين المضمون له إذ الضامن الذي يضمن الدين للمضمون له يمكن ان يقال : وان كان ذلك خلاف المذهب بان الضامن ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه فالضمان منه في عرض ضمان المضمون عنه ، ولكن هذا . أي المضمون عنه الملتمس . يضمن ما يؤديه الضامن للمضمون له فتشتعل ذمته بما يؤديه الضامن من الدين بعد أدائه ، فطوليته أوضح .

وأما الضمان الذي سببه اليد على مال الغير فإنه في صورة تعاقب الأيدي عليه وإن كان مقتضي طوليته الضمان وكون اللاحق ضامنا ما ضمه السابق ينبغي ان يكون من هذه الجهة كالضمان العقدي في اقتضائه براءة ذمة السابق واشتغال اللاحق بما اشتغلت به ذمته ولكنه مختلف عنه من جهة ان ضمان اللاحق ما ضمه السابق لم يكن بتعاقد وتراض من الضامن والمضمون له ليكون فيه اقتضاء لبراءة ذمة واشتغال اخرى بل هو يجعل من الشارع وحكم منه بسبب يده العادية على المال ، وحيث كانت العين تحت استيلاء كل من ذوي الأيدي بنحو الاستقلال في زمان اقتضى ذلك احتماع الضمناء في زمان واحد للمالك فان كلا منهم بوضع يده على ماله ضمه له الى زمان أدائه له وجاز له الرجوع الى أيهم شاء ببدل العين ، إلا أن السابق يرجع بما أداء للمالك على اللاحق دون العكس نظرا لطولية الضمان ، وعلى كل فمثلاً الاختلاف المذكور اختلاف الدليل واقتضاء كل غير ما يقتضيه الآخر.

وأما ضمان الإتلاف والغور فان الغار وان كان ضامناً في طول ضمان المخالف المغور من قبله لكنه لما لم يقم الإتلاف به بل بالمخالف خاصة لعدم إمكان تلف شيء مختلفين على سبيل الاستقلال وان أمكن الاشتراك فيه فليس للملك الرجوع ببدل العين التالفة الا على متلفها وحيث كان مغوراً يرجع فيما غرمته للملك من البدل على من غره بحكم النبي المعروف المعقد على طبقه الإجماع : «المغور يرجع على من غيره». وبالمجملة لا اجتماع في الضمان في زمان واحد بحيث يجوز للملك الرجوع ببدل على أي الضمناء شاء إلا في تعاقب الأيدي على مال الغير لسببية كل منهم لذلك.

هذا ولو استوفى المالك البدل من أحدهم ذهب حقه باستيفائه وبرئت ذمة الجميع من ناحية المالك السابق واللاحق لوحدة حقه المفروض استيفاؤه نعم يرجع السابق منهم على اللاحق بما أداه للملك عند رجوعه عليه ما لم يكن غاراً لللاحق ، لما ذكرنا من أن ذمته مخرج لها في ذمة السابق مخرجيه مطلقة غير مقيدة برجوع الملك عليه بل هي مخرج لها في ذمة السابق ولو رجع الملك على السابق. أما أصل مخرجية ذمته لما في ذمة السابق فإنه مقتضى طولية الضمان. وأما إطلاق المخرجية فلإطلاق الدليل وهو (على اليد) فان مقتضاه ضمان اللاحق لما في ذمة السابق حتى لو رجع المالك على السابق وأنفذ البدل منه فيرجع بما أداه على اللاحق بمقتضى بقاء مخرجية ذمته لما في ذمة السابق الى ما بعد أدائه ، نعم لو كان اللاحق مغوراً من سابقه لا يرجع السابق فيما أداه للملك عليه إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو أداه يرجع به عليه لكونه مغوراً من قبله. ثم إنه لا يجوز السابق ان يرجع على اللاحق ببدل قبل أدائه للملك فان ما في ذمة اللاحق فعلاً ليس ملكاً للسابق

بل هو ملك للمالك فله مطالبته وأخذ حقه منه فلو لم يطالبه وأخذ حقه من السابق انتقل حق المطالبة من المالك الى السابق نظرا الى بقاء مخرجية ذمة اللاحق الى ما بعد أداء السابق بمقتضى إطلاق دليل «على اليد» فيرجع السابق بما أداه إلى المالك على اللاحق فلو ادى بعض بدل العين واكتفى به المالك وعفا عن الباقي فليس له الرجوع الا بما ادى لا بكل البدل فان اللاحق اما يضمن ما يؤديه السابق للمالك ومثله الضمان بالاستيفاء ، فلو ضمن شخص عن المديون دينه للضمان له بالضمان العقدي وكان ذلك بالتماس من المديون فأدى بعض الدين واكتفى به الدائن لا يرجع على المضمون عنه الملتمس الا بقدر ما أداه لأنه الذي استوفاه من الضامن لا بكل الدين ، وكذا ضمان الغرور فان المغدور يرجع على الغار بما خسره وغرمه فلا وجه لرجوعه بالكل.

ولو أبدء المالك ذمة أحد الضماناء مما عليه فالظاهر براءة الجميع وسقوط الحق عنه وعن السابق عليه واللاحق له، أما سقوطه عن السابق فلان ذمة اللاحق كانت مخرجها لما في ذمة السابق على ما قرناه من الطولية بنحو لو رجع المالك على السابق بالبدل حاز رجوعه عليه بما اداه ، نظرا لبقاء مخراجية ذمة اللاحق الى هذا الحال ، ولا يعقل بقاء ما في ذمة السابق مع برؤيه من ذمته مخرج لها في ذمته فلا بد من سقوط ما في ذمة السابق بذهاب ما هو مخرج لها وهي ذمة من برئت ذمته عن الضمان بإبراء المالك لها ، وأما براءة ذمة اللاحق فلان ذمته اما تشتعل بما في ذمة السابق فكما ان حدوث اشتغالها بما في ذمة السابق موقوف على ثبوت شغلها اي شغل ذمة السابق فكذا بقاء شغلها يتوقف على بقاء شغل ذمة السابق في براءة

ذمة السابق تبرأ ذمة اللاحق أيضا ، فإن ما في ذمة السابق في ذمة اللاحق فإذا ذهب ما في ذمة السابق لم يبق شيء يكون في ذمة اللاحق.

هذا كله بناء على ما هو التحقيق : من طولية الضمان في الضمناء المتعددين ووحدة الحق فبسقوطه لم يبق حق للمالك يطالب به الآخر. وأما بناء على عرضية الضمان وتعدد الحق فسقوط أحد الحقوق بالإبراء لا يقتضي سقوط غير المبرء منها كما هو ظاهر. ولو صالح المالك أحد الضمناء فلا إشكال في سقوط حق المالك كما في الإبراء فليس له الرجوع على السابق على المصالحة معه ولا على اللاحق له. إنما الكلام في رجوع المصالحة على من لحقه ، فهل الصلح كإبراء فلا يرجع على اللاحق أو ليس كإبراء واما عدم رجوعه على من سبقه فهو واضح ، فنقول . قبل بيان ما هو الحق . : ان الصلح عقد ينشأ به التسالم على أمر فإذا ورد على العين بعوض ينتج نتيجة البيع وبلا عوض ينت杰 نتيجة الهبة وعلى المنفعة بأجرة أو بلا أجرة ينت杰 نتيجة الإجارة أو العارية ففي مورد كل معاملة يفيد فائدتها لا انه نفسها حتى يكون له حقائق متعددة بعد المعاملات التي تكون موردا له فالمنشأ بصيغة الصلح في صلح العين بالعوض مثلا ليس تملك العين بالعوض ليكون معنى صاحتك على ان تكون العين لك بكل ملكتك العين بكلها . ومن هنا : لا تتعذر الى مفعولها الثاني بنفسها كما في ملكتك بل المنشأ بصيغته التسامم والتباين وما وقع عليه الصلح هو المتسالم عليه ففي صلح العين بالعوض يقع التسالم من الطرفين على ان تكون العين مملوكة للطرف بعوض معين . ومن هنا لم يكن بيعا إذ لم يقع إنشاء على تملك العين بالعوض ولكنه أفاد فائدته وهو التسالم على تملك العين بالعوض . ثم انه لو وقع على ما في ذمة شخص يكون كبييه منه أو هبته له موجبا لانتقاله اليه ثم إسقاطه عن ذمته لعدم

ثابتا في جميع حالاته وأطواره التي منها حالة تلفه غير أن رد بدله عند التلف رد له عرفا وطور من أطواره فدفع البدل حينئذ من شعونات دفع العين وردها ويعبر عن هذا النحو من الالتزام المطلق بالضمان والعهدة ، ويطلق على العين مجرد الاستيلاء عليها : أنها مضمونة وفي عهدة المستوى عليها وإن كانت موجودة. ومنه ظهر أن الأصل في اليد بقاعدة الاحترام هو الضمان إلا ما ثبت تقييد الالتزام بردہ على وجوده كيد الأمانة ، فإذا تربت الأيدي على مال الغير دخل في عهدة الجميع وكانت مضمونة عليهم بالمعنى المتقدم الذي مرجعه إلى اشتراك الكل في الالتزام بردہ إلى مالكه ولو برد بدله عند تلفه لأنه من شعوناته وليس ثبوت البدل في ذمهم بنحو استقرار المظروف في الظرف حتى يستحيل اشتغال ذمم متعددة بمال واحد بل العين متعلقة بالذمة وداخلة في العهدة في كلتا حالتي وجودها وعدمهما الموجب تعلقها كذلك لتعلق بدلها عند التلف بعد تنزيله منزلتها عرفا فالعين متعلقة بالذمة بجميع شعوناتها لا مستقرة فيها كي يلزم الحال والتعهدات المتعددة لشيء واحد أمر معقول وثبت شرعا بالإجماع عندنا في ضمان كل من العوضين عن البائع والمشترى ، 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 ممن عليهم بأنه محال ، بل غاية ما قيل عليهم عدم اقتضاء دليل الضمان ذلك ، بل مفاده النقل والتحويل دون الانضمام فالكل مكفلون بالرد بخطاب الوضع أيضا.

إذا عرفت ذلك فاعلم : أن للمالك فيما لو تربت الأيدي على ماله الرجوع على كل منهم أو من شاء منهم بالكل أو بالبعض موزعا عليهم

تعقل ملكية الإنسان شيئا على نفسه فالفارق بين الإبراء لما في الذمة وبين الصلح عليه : ان الإبراء موجب لاسقاطه ابتداء والصلح موجب لانتقاله

بالتساوي أو بالتفاوت لأن الرجوع عليه بالكل يقتضي الرجوع عليه بالبعض بالأولوية 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 مما لا مزيد عليه .

إذا عرفت ذلك ، فنقول : إذا كان في الصلح على ما في ذمة الشخص حية الاسقاط مرتبة على حية الملك والانتقال ، فمن ناحية الحية الاولى وهي تملك المصالح ما في ذمته وان صبح له الرجوع على من لحقه نظرا لقيامه مقام المالك . حيئذ . فله المطالبة من لحقه بالبدل ، لكن نقول : مطالبة السابق من اللاحق لقيامه مقام المالك اغا تصح فيما إذا أدى السابق البدل للمالك فيرجع بما أداه على اللاحق لكونه ضامنا ما ضمنه . وأما لو صالحه المالك صلحا مجانيا على ما في ذمته بلا عوض فلا وجه لمطالبته من اللاحق البدل . و مجرد تملك السابق ما في ذمته آنا ما بسبب الصلح ملكا غير مستقر لا يتربى عليه سوى براءة ذمته لا يكفي في قيامه مقام المالك إذ لا بقاء للملكية المذكورة ، فلا حق له يطالب به اللاحق ، وان شئت قلت : ان الصلح الذي لا أثر له الا إسقاط ما في ذمة من صالحه المالك هو بمنزلة الإبراء ، وقد ذكرنا أن المالك لو أبدأ أحد الضماناء برئ 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 الى السابق انعكس الحكم لكون السابق صار لاحقا فلو رجع المالك عليه لا يرجع على من كان

وأما الثاني وهو الموضع الثالث من المواقع الثلاثة وهو رجوع من رجع المالك عليه على اللاحق دون السابق عليه^(١) فقد وجده 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 البديل إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل والا خرج بدله عن كونه بدلًا فما يدفعه

لاحقاً بخلاف ما لو رجع المالك على من كان لا حقاً فإنه يرجع على من كان سابقاً عليه لكونه لاحقاً له فعلاً ، وقد ذكرنا أن السابق يرجع بما غرمته للمالك على من لحقه إذا لم يكن غاراً له واما مع الغرور فلا يرجع بغرامته عليه إذ لا وجه لرجوعه على من إذا رجع المالك عليه يرجع بما غرمته عليه لكونه غاراً له ولو تعدد الغار في سلسلة الأيدي المتواالية فكل مغدور يرجع على من غيره ، لا على غار مغدور آخر .

(١) إنما . وإن ذكرنا فيما سبق كيفية ضمان الأيدي المتواالية 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 أنخاء . الأول . كونه من قبيل الواجب الكفائي يعني أن كلًا من ذوي الأيدي يضمن المال لو لم يكن الغير ضامناً له . وهذا الوجه إنما يتم بناء على أن المجعل بالأسفل في باب الضمان هو الحكم التكليفي والضمان متربع منه وتابع له وعليه فيمكن كون كل من ذوي الأيدي مكلفاً بأداء المال إلى مالكه ما لم يؤده غيره فلو أدى البعض سقط الوجوب عن الكل . ولو لم يتحقق الأداء عوقب الكل شأن الواجب الكفائي . واما بناء على ان الضمان من قبيل الوضع لا التكليف وان مرجعه كون عهدة الضامن وذمته

مثلاً وطرفًا اعتباريًا للمضمون نظير الظرف الخارجي للشيء فكما لا يتصور أن يقال : إن زيداً مثلاً في الدار لو لم يكن في غيرها وفي نفس الوقت في غيرها لو لم يكن فيها كذلك لا يمكن اعتبار كون المال في ذمة زيد مثلاً لو لم يكن ذمة غيره وفي عين الوقت في ذمة غيره لو لم يكن في ذمته فان مرجع ذلك إلى عدم كونه في الذمتين . وبالجملة بناء على كون الضمان من قبيل الوضع لا التكليف لا معنى لكونه كفائيًا نعم بناء على كونه من قبيل التكليف وإن مرجعه إلى لزوم أداء مال الغير إليه على آخذه وتداركه له فكونه من قبيل الواجب الكفائي موجه . ولعله الظاهر من كلام سيدنا . قدس سره . ولكنه خلاف التحقيق فان ظاهر دليل على اليد كون نفس ما آخذه ذو اليد من مال الغير على آخذه والظرف فيه ظرف استقرار لا ظرف لغو نظير قول القائل :

عليك صلاة كذا وصوم كذا ، مما كان ما على الشخص والملزم به فعلاً من أفعال المكلف وكان مرجعه إلى وجوب ذلك عليه ، فظاهر النبوى (ص) أن ما آخذه ذو اليد من مال الغير بلا استحقاق ، فذمة آخذه مشغولة به إلى وقت أدائه ووصوله إلى مالكه فعليه تبعاته من لزوم حفظه وتداركه نقصه وأرش عبيه واحرمه ما استوفاه أو فات من منفعته وأداء مثله أو قيمته عند تلفه ، فالنتائج المذكورة إنما هي لازمة للضمان وهو ملزوم لها لا أنه نفسها ومرجعه إليها .

الثاني . من الوجوه المتصورة : كون الضمان من قبيل الوضع لا محض التكليف المتصور فيه الكفائية ، فكل من ذوى الأيدي المتعاقبة على مال الغير مشغول الذمة به ومحتمل تبعاته إلى وقت أدائه ووصوله إلى مالكه ولازم ذلك استحقاق المالك على كل من ذوى الأيدي بدلاً عند تلفه ، كيف وهل يستحق الا بدلاً واحداً لما تلف من ماله ، ولا وجه لاشتراك الكل في ذلك

بان يكون على كل بعضه إذ المال لم يكن تحت الأيدي في وقت واحد ليتصور فيه الاشتراك في البدل بل أحده كل من سبقه واستقل بالاستيلاء عليه. (وما قد يقال) : من أن خطاب من تلف عنده المال ذمي فدمته المشغولة للملك يبدل العين وأما من سبقه فخطابه شرعي محض وللملك باعتبار الغضب إزامه بأداء ما اشتغلت به ذمة من تلف عنده المال وبالأداء يملك ما للملك في ذمته قهرا بالمعاوضة الشرعية فله الرجوع عليه بما ملكه بها انتهى (لم يتضح) وجهه أيضا فإن الدليل الدال على ضمان من تلف عنده المال واشتغال ذمه بدله هو عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وهو الدليل أيضا على لزوم أداء غيره من سبقه بأخذ المال وكيف يكون خطاب من تلف عنده المال ذمي وخطاب غيره شرعي محض مع كون دلالة حديث على اليد بالنسبة إليهما سواء مع ان تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري كما أورده الشيخ الأنباري . قدس سره . على التوجيه المذكور ثم ان سيدنا . قدس سره . بعد ذكر التوجيه المذكور وعدم ارتضائه لما وجده به قال فالأنحسن في توجيه ذلك هو ان يقال : ان من يدفع البدل للملك يرجع به على من انتقل منه إليه لأن العين مقبوسة له منه ولو بواسطة دون من انتقلت إليه منه لأن العين مقبوسة منه فكيف يمكن منه مطالبة بدلها مع كون نفس العين مقبوسة منه وهل هو بالنسبة إليه الا جمع بين البدل والمبدل . توضيح ذلك : ان يدفع البدل الى الملك قام الدافع مقام الملك قهرا فيما كان له من الحق قضاء لحق البدلة وان كانت قهريا ومقتضاه الرجوع على من أخذ المال منه ولو بواسطة فنسبة الأخذ من الدافع كنسبة الأول من الملك فلا يرجع به على من لم يأخذ المال منه كما لا يرجع الملك

كذلك انتهى فتأمل جيدا.

ومن الوجوه التي ذكرت في مقام توارد الأيدي على مال الغير : هو ان ضمان ذوي الأيدي المتعاقبة عليه طولي لا عرضي . وحاصله : ان الأول منهم بأخذة المال من مالكه يضمنه له وتشتمل ذمته بالعين بما لها من المالية والثاني بأخذة المال من الأول الضامن له قبله يضمن ما ضمه وتكون ذمته مخرجا لما في ذمته فيكون ما على الأول من بدله عند تلفه مستقرا على الثاني الأخذ للمال منه حال كونه مضمونا عليه والثالث بالنسبة الى الثاني يضمن ما ضمه كذلك حتى تنتهي سلسلة الضماناء الى من تلف المال تحت يده ، فكل لا حق تشتعل ذمته بما اشغلت به ذمة من سبقة بتحو تكون ذمته مخرجا لما في ذمة السابق ويكون ما عليه من بدل ما تلف من المال مستقرا على اللاحق فعليه تداركه له عند رجوع المالك عليه وأخذه منه فالمالك بما انه لا يستحق سوى بدل واحد لما له التالف فله الرجوع به على من شاء من الضماناء بأخذة من رفع عليه يسقط حقه عن الكل نعم يبقى معاملة بعضهم مع بعض فان رفع المالك ببدل ما تلف من ماله على السابق وأخذه منه رفع بما غرمته له على اللاحق لكونه ضامنا ما ضمه وكون ما عليه من البديل مستقرا عليه فإنه بأخذة العين منه حال كونها مضمونة عليه ببدلها يضمنها وببدلها على البديل فان رفع المالك ببدل العين على السابق وأخذه منه رفع بما خسره للمالك على اللاحق لكونه بوضع يده على المال بعد وضع السابق يده عليه ضمن ما ضمه وكان عليه خسارة ما خسره للمالك له فإنه ضمن مالا مضمونا على من أخذه قبله فيضمن بدله الذي أخذه المالك منه ببدل لكونه ضامنا ما ضمه فعليه خسارته له وان رفع المالك على اللاحق لم يرجع بغرامته على من تقدم عليه بالضمان ما لم يكن مغرورا فيرجع بما على من غره ، والفرق بين السابق واللاحق :

الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول ، بخلاف ما يدفعه الأول ، فإنه تدارك نفس العين معيناً إذا لم يحدث له تدارك آخر بعد ، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له» انتهى .

وحاصله : ان اللاحق قد قبض عيناً موصوفة بكونها مضمونة ومتداركة فيضم العين وبدلها على البديلة وليس على الأول الا ضمان نفس العين وتداركها بالبدل ، فما يدفعه بدلاً عن العين مضمون على اللاحق أيضاً ولو بنحو البديلة ، وليس ما يدفعه اللاحق من البدل مضموناً على الأول لأن عليه تدارك نفس العين لا العين وبدلها معاً على البديلة . وفيه أو لا منع اشتغال الذمة بالبدل بعد التلف . فضلاً عنه قبله . ضرورة أن قيمة الشيء المفروضة بدلاً عنه ليس معناها إلا تعين مقدار مالية الشيء المنطبق على أنواع مختلفة الحقيقة من النقود وليس لها حقيقة في الخارج حتى يصح وقوعها بدلاً بل هو مفهوم منطبق على حقائق مختلفة ، فليس البديل الا ما يدفعه من العين الشخصية المنطبق عليها ذلك المقدار نعم في المثلثيات يمكن جعل كلي المثل بدلاً وما يدفعه من المثل الشخصي مصداق لذلك

من حيث رجوع السابق على من لحقه خسارته دون اللاحق فإنه لا يرجع على من سبقه هو ان اللاحق حيث كان وضع يده على المال الذي هو السبب لضمانه متأخراً عن السابق الضامن له قبله بدله 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 البديل ضمانه وخسارته وتداركه على اللاحق لأنه بأحد المال منه ضمن ما ضمنه من بدله واشتغلت ذمته بما اشتغلت به ذمته من البديل ، بخلاف السابق فإنه عند وضع يده على المال المقتضى لضمانه لم يكن المال في ضمان اللاحق ليضمن ما ضمه ويتحمل خسارته فليس الذي عليه سوى ضمان المال المالك بدله ولكن اللاحق بوضع يده على المال بعد السابق يضمن

الكلي المجعل بدلًا ككلي الدرهم والدرهم الشخصية ، الا أن التفكير بين المثلثي والقيمي في اشتغال الذمة وكيفيته مع كونهما مفاد دليل واحد ، غير متصور . وبذلك ظهر لك عدم اشتغال الذمة بعد التلف الا ما كانت الذمة مشغولة به قبله وهو العهدة والضمان ولزوم التدارك الى دفع البدل الموجب للخروج به عن العهدة وحصل التدارك به ، فليس في ذمة السابق إلا عهدة العين لا العين وبدها ولو بنحو البدلية .

وثانيا : ان تم ما ذكره فإنما يتم في خصوص الأول دون غيره من سبق عليه من ذوي الأيدي المترتبة كما لو رجع المالك على الثالث أو الرابع . مثلا . فان غير الأول من السوابق قد قبضها مضمونة وعليه أيضا تدارك العين وبدها على البدلية فالمدفوع بدلًا عن العين للمالك مضمون عليه أيضا ولو على البدلية مع ان اللاحق يختص رجوعه على من لحقه دون من سبقه مطلقا ولو غير الأول منهم فالدليل أخص من المدعى .

وما ذكرنا ظهر لك أيضا ضعف ما تخلص به شيخنا في (الجواهر) عن محذور تعدد الشغل مع وحدة المال بأن خطاب من لم يستقر الضمان عليه

المال لمالكه ببدلته بمقتضى وضع يده العادية عليه فيخسره للمالك لو رجع به عليه كما انه يضمن البدل للسابق ببدلته لو رجع المالك على السابق وأخذ بدل المال منه فيضمنه للاحق لكونه ضامنا ما ضمه فيخسره له لو رجع به عليه ولو كان اللاحق لا حق ، فالكلام فيه هو الكلام في السابق واللاحق إذ اللاحق سابق بالنسبة الى من لحقه فيضمن لاحق اللاحق . ما أحده المالك من اللاحق ولا يضمن اللاحق ما أحده من لحقه لكونه سابق بالنسبة اليه .

وهذا ما اراده الشيخ الأنباري . قدس سره . بقوله (والحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك ومن سبقه في اليد فتشتغل ذمته اما يتدارك للعين) يعني ببدلها للمالك عند رجوعه

خطاب شرعي وأنه مجرد حكم تكليفي واحتياط 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 التفكير بين ضمانت الأيدي مع استفادة الكل من دليل واحد وهو حديث «على اليد».

فالأحسن في توجيه ذلك : هو أن يقال : ان من يدفع البدل إلى المالك يرجع به على من انتقل منه إليه لأن العين مقبوسة له منه ولو بواسطة دون من انتقلت إليه منه لأن العين مقبوسة منه فكيف يمكن منه مطالبة بدلها مع كون نفس العين مقبوسة منه ، وهل هو بالنسبة إليه إلا جمع بين البدل والمبدل توضيحاً ذلك : أن يدفع البدل إلى المالك ، قام الدافع مقام المالك قهراً فيما كان له من الحق قضاء لحق البدلة وإن كانت قهريه ومقتضاها 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 بدلًا عن العين أو عن الحيلولة بعد أن كان بدل العين بدلها ما دامت تالفة ، غير أن عودها بعد التلف لما كان محلاً عند العرف بنوا على دوام الحيلولة ، وإلا فهو

عليه لكونه ضامناً لها به (واما بتدارك ما تداركها) يعني به البدل المأخوذ من السابق عند رجوعه عليه وأخذه منه فيضممه من تلف المال بيده بما انه لاحق للسابق وكونه ضامناً ما ضمه ومتحملًا خسارته بسبب تأخر ضمانه عنه بأخذة المال منه ولو بالواسطة حال كونه مضموناً عليه فيتضمن له ما في عهده من البدل للمأخوذ منه بيده (وهذا اشتغال شخص واحد) يعني به من تلف المال بيده (بشيئين لشخصين على البدل) يعني بالشيئين العين وبدلها وبالشخصين على البدل المالك أو السابق فإنه أي اللاحق نظراً

فرض عودها بإعجاز . مثلا . رجع البدل أيضا إلى مالكه الأول على حد بدل الحيلولة ، وليس ذلك إلا للدوار الحيلولة عندهم في صورة التلف دون غيرها بخلاف ما لو صالح المالك على نفس العين فإنها لا نرجع اليه بعد العود لوقوع البدلية حينئذ بين العينين مطلقا لا ما دامت تالفة.

فالمقصود من دفع البدل في الصورتين تدارك ما فوقه على المالك من سلطنته التي كانت متعلقة بعين ماله على حسب ما كان له فيها من السلطة وحيث أنها لا تتحقق إلا بعد تتحقق متعلق لها وجب دفعه مقدمة فهو محقق لموضوع المتعلق ولذا لو عاد البدل رجع البدل إلى مالكه الأول لانتفاء موضوع التدارك حينئذ فيمثل بدل الحيلولة ملكا تماما في الملكية ما دامت الحيلولة باقية ولا ينافي ذلك تزيلها باعتبار التقيد بها . وبما ذكرنا يظهر لك الجواب عما توهם من لزوم الجمع بين العوض والمعوض فتأمل جيدا .

لأخذه مال الغير من السابق واستيلائه عليه يضمنه مالكه ويتداركه له ببدله عند تلفه لو رجع المالك عليه بالبدل أما لو رجع المالك ببدل التالف على السابق وأخذه منه لكون يده على المال يد ضمان فيضمن اللاحق البدل المأخوذ من السابق له اي للسابق ببدلته فيتداركه به لكونه ضامنا ما ضمنه السابق ومشغول الذمة بما اشتغلت به ذمته من بدل المال .

والحاصل ان الضمان الطولي ببيان الذي ذكرناه ممكن ثبوتا ولا يرد عليه ما ورد على الضمان العرضي من اشكال استلزماته استحقاق المالك على كل من ذوي الأيدي المتواترة على ماله بدلالة مع كونه لا يستحق الا بدل واحد ماله التالف . اما الكلام في كيفية دلاله (على اليد) على الضمان الطولي بالمعنى المذكور فيمكن ان يقال في بيانه ان الحديث الشريف بعمومه يدل على ضمان كل من ذوي الأيدي المتواترة على مال الغير وتداركه عند تلفه ببدل فالسابق بأخذه المال من مالكه ولو بالواسطة عليه ما أخذه منه بتداركه له عند تلفه ببدل واللاحق بأخذه المال من سبقه أيضا عليه ضمانه وتداركه بالبدل ومقتضى إطلاق دليل على اليد بالنسبة إلى اللاحق كونه ضامنا لما أخذه من سبقه في الضمان وان أخذ

وأما نماء البدل المنفصل عنه فلا يتبع العين في الرجوع وكذا المتصل به ما لم يصدق عليه الجرئية وإلا تبع الأصل فيه وقد مر تفصيله في المعاطة في نماء العين المأخوذة بها ، فراجع هذا ولو توقف رد العين على مؤنة وجب على الضامن بذلك مقدمة للرد الواجب عليه من غير فرق بين كون المالك مباشرا للاستداد أو غيره وتحسب المؤنة إلى حين الإيصال إلى المالك فصرف الإياب لو توقف على سفر من المؤنة ان كان المباشر غير المالك وخارج عنها ان كان هو المباشر لوصول حقه اليه قبله . ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك وطلب عوضا عن الاسترداد غير المؤنة ، ففي وجوب بذلك على الضامن مطلقا لوجوب الرد عليه المقدور له بواسطة البذل أولا كذلك تنزيلا له منزلة المتعذر فيغrom بدل الحيلولة ، أو يفصل بين الأجرة المتعارفة للاستداد وبين الزائد عليها بما يعد إجحافا ، أو يفصل بين ما يتوقف الاسترداد على عمل منه فيأخذ الأجرة عليه بإزاء عمله المحترم بالتراضي وان 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 بذلك من السابق برجوعه عليه وأخذه منه وحيث ان تدارك المتدارك للمالك لا معنى ولا محصل له فلا بد من كون اللاحق عند أخذ المالك بدل العين التالفة من سبقه في الضمان وفرضبقاء ضمانه بمقتضى الإطلاق كونه ضامنا للسابق البدل المأخوذ منه بيده ، وعليه فالمستفاد من دليل «على اليد» ان السابق ضامن لما أخذه من مال الغير ولو بالواسطة لمالكه بيده ومشغول الذمة به له واللاحق بأخذه المال من سبقه في الضمان ضامن المال لمالكه بيده ومحتمل خسارته له لو رجع المالك عليه بالبدل لكنه ضامنا لما أخذه من المال من سبقه بسبب وضع يده عليه فعليه أداء بذلك للمالك عند تلفه وبمقتضى بقاء ضمانه لما أخذه من السابق الى ما بعد رجوع المالك عليه وأخذه

العين بل متوط بعدم التمكّن من ردها المفروض تمكّنه منه ولو بالعوض. ومنه يظهر ضعف الثالث سيما إذا كان غاصبا لأنّه مأخوذ بأشق الأحوال.

بدلته منه من حيث إطلاق دليل على اليد كونه ضامنا فعلا للسابق بدلته المأخوذ منه لكونه ضامنا ما ضمه ومتحملًا خسارته. فعليه تدارك ما أخذه المالك منه من بدل العين ببدلته.

والحاصل مقتضى دليل على اليد كون السابق ضامنا للمالك ما أخذه ببدلته واللاحق ضامنا المال للمالك ببدلته مع رجوعه عليه بالبدل كما انه ضامن ما أخذه المالك من السابق من بدل العين لو رجع عليه به وأخذه منه فيضمّنه اللاحق له ببدلته وقد توافق مقام الإثبات ومقام الشبّوت.

ولا وجه لما يقال من أن اللاحق إذا كان ضامنا للسابق البديل المأخوذ للمالك منه بمقتضى ضمانه ما ضمه فالسابق أيضًا ضامن ما ضمه اللاحق من بدل المال ومقتضى ذلك ضمانه البديل له ببدلته.

لأنّا نقول : ليس المنطاق في ضمان اللاحق البديل المأخوذ للمالك من السابق كونه ضامنا للعين ليقال ان السابق أيضًا مثله في ضمان العين مالكها ببدلها فمقتضاه ضمانه البديل لللاحق بل المنطاق كون اللاحق ضامنا للعين بأخذها من السابق الضامن لها ببدلها فضمانه لها في طول ضمان السابق المقتضى لضمانه العين للمالك أو ببدلها المأخوذ من السابق له ببدلته بخلاف ضمان السابق فإنه إنما أخذ العين من مالكها أو من سبقه في الضمان ومقتضاه كونه ضامنا بدلًا للمالك أو من سبقه في الضمان لكونه ضامنا ما ضمه ، ولا وجه لضمانه من لحقه في الضمان فإنه لم يأخذ العين منه ليضمن ما ضمه من البديل المأخوذ للمالك منه ، وإنما أخذها من المالك أو من سبقه فيضمن البديل للمالك أو من 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 الراجح أمره إليه ، أولا لأنه مأخذ عوضا عما لم يفعله فيكون أكله أكلا للمال بالباطل؟ وجهان. ولعل الأخير هو الأقوى ، فيرجع حيثذاك بما دفعه للمالك عوضا عن الاسترداد ويغرس له يدل 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 وبدلها وإن وجب عليه من باب المقدمة.

ثم لو رجع المالك على الأول بالقيمة في القيميات بدلا عن العين أو الحيلولة فدفع نقدا خاصا ، فهل يتغير في رجوعه على من لحقه دفع مثل النقد المدفوع بدلا لأنه القابل للبدليل لما عرفت من عدم قابلية وقوع القيمة من حيث هو بدلا بعد أن كان معناها ليس تعين مقدار المالية ، أوله دفع نقد آخر مما يطبق عليه مقدار المالية كالأول بالنسبة إلى المالك بعد فرض كونه بالدفع قائماً مقامه؟ وجهان والله العالم.

تذليل

لو منزg المشتري المبيع فضولا مع رد المالك بماله ، ثم أودع الجموع عند شخص أمانة ، ففي وجوب رد الجميع إليه مع المطالبة أو القسمة ودفع ما يتغير له بها قوله (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 فمزوجه بماله ثم أودع الجموع عند آخر . : إن الكلام يقع في مقامين :

مزج الغاصب المغصوب بماله ثم أودعه بأنه يجب على الودعي رد الجميع اليه مع المطالبة ، بل الفتوى بذلك منسوبة إلى الأكثـر ، بل المشهور ، بل عليه الإجماع الحـكـي في (الغـنـية) و (السـرـائر) صـرـيـحاـ وفي (الـإـيـضـاحـ) وـغـيرـهـ ظـاهـراـ.ـ وفي (مـفـتـاحـ الـكـرـامـةـ) : رد «الـجـمـيعـ عـلـىـ الـمـوـدـعـ خـيـرـةـ الـمـقـنـعـةـ وـالـنـهـاـيـةـ وـالـمـرـاسـمـ وـالـوـسـيـلـةـ وـالـشـرـائـعـ وـالـنـافـعـ وـالـإـرـشـادـ وـالـتـقـيـحـ وـالـإـيـضـاحـ السـافـعـ وـالـرـياـضـ وـالـغـنـيةـ وـالـسـرـائـرـ وـفـيـ الـأـخـرـيـنـ إـلـيـهـ.ـ وـهـوـ .ـ أـيـ إـلـيـاجـمـاعـ .ـ ظـاهـرـ إـلـيـاضـاحـ وـشـرـحـ إـلـيـشـادـ لـفـخـرـ إـلـاسـلامـ وـجـامـعـ الـمـقـاصـدـ حـيـثـ نـسـبـ فـيـهـ إـلـىـ الـأـصـحـابـ .ـ وـفـيـ إـيـضـاحـ النـافـعـ :ـ إـنـهـ الـمـشـهـورـ وـأـنـهـ يـشـهـدـ لـهـ النـظـرـ»ـ اـنـتـهـيـ.ـ بـلـ وـفـيـهـ أـيـضاـ :ـ «ـاـنـهـ أـولـ مـنـ تـأـمـلـ فـيـ ذـلـكـ الـمـصـنـفـ فـيـ (ـالـتـذـكـرـةـ)ـ فـإـنـهـ .ـ بـعـدـ أـنـ اـفـتـيـ بـرـدـ الـجـمـيعـ .ـ قـالـ :ـ وـ «ـيـحـتـمـلـ عـنـديـ رـدـ قـدـرـ مـالـ الـلـصـ الـيـهـ وـاحـتـفـاظـ الـبـاقـيـ مـالـكـهـ وـالـقـسـمـ هـنـاـ ضـرـورـيـةـ الـمـشـعـرـ ذـلـكـ بـإـطـبـاقـ مـنـ تـقـدـمـ عـلـىـ ذـلـكـ»ـ.

قلـتـ لـمـ أـعـثـرـ لـهـ عـلـىـ وـجـهـ فـيـ كـلـمـاتـهـ يـصـلـحـ لـذـلـكـ ،ـ فـالـمـسـأـلـةـ مـشـكـلـةـ جـداـ.ـ وـلـذـاـ اـضـطـرـبـتـ فـيـهـ كـلـمـاتـ مـتـأـخـرـيـ الـمـتأـخـرـيـنـ.ـ وـقـوـيـ بـعـضـهـمـ اـحـتـمـالـ الـقـسـمـ فـيـهـ ،ـ بـلـ اـخـتـارـهـ.

المـقـامـ الـأـوـلـ فـيـماـ تـقـضـيـهـ الـقـاعـدـةـ بـالـنـسـبـةـ إـلـىـ الـحـكـمـ مـنـ نـاحـيـةـ الـمـزـجـ ،ـ وـأـنـ صـاحـبـ الـمـالـ مـاـ ذـاـ يـسـتـحـقـ ،ـ وـمـاـ حـكـمـ الـمـسـأـلـةـ مـنـ تـلـكـ النـاحـيـةـ ،ـ الـمـقـامـ الثـانـيـ فـيـماـ تـقـضـيـهـ الـقـاعـدـةـ مـنـ نـاحـيـةـ الـوـدـعـةـ وـمـاـ يـكـونـ حـكـمـ الـوـدـعـيـ ،ـ فـهـلـ يـجـبـ عـلـيـهـ دـفـعـ الـجـمـوعـ لـلـمـوـدـعـ عـنـ مـطـالـبـتـهـ لـذـلـكـ أـوـ يـجـبـ عـلـيـهـ حـفـظـ الـمـقـدـارـ الـذـيـ يـسـتـحـقـهـ صـاحـبـ الـمـالـ الـمـضـمـونـ لـهـ يـدـفعـهـ إـلـيـهـ ،ـ وـأـمـاـ الـمـوـدـعـ فـيـدـفـعـ إـلـيـهـ مـاـ يـسـتـحـقـهـ مـنـ مـجـمـوعـ الـمـالـ فـقـطـ وـلـاـ يـجـوزـ لـهـ دـفـعـ الـكـلـ إـلـيـهـ.ـ أـمـاـ الـكـلـامـ مـنـ نـاحـيـةـ الـأـوـلـيـ ،ـ فـهـوـ إـنـ مـزـجـ الـغـاصـبـ أـوـ مـنـ هـوـ بـمـنـزلـتـهـ مـالـ الـغـيـرـ بـمـالـهـ :ـ تـارـةـ .ـ يـكـونـ بـحـيثـ تـذـهـبـ بـهـ صـورـةـ مـالـ الـغـيـرـ

والذي يمكن أن يكون وجها لهم في ذلك : اما دعوى التلف الحكمي بالمنزج أو منع كون المورد من موارد القسمة التي يتولى أمرها غير الشركين وتنقيح ذلك موقوف على ذكر مقدمة تتکفل لبيان أمرین : الأول بيان معنى الشركة المزجية وسببية المزج لها ، والثاني في بيان القسمة للشركة الحاصلة بالمنزج .

النوعية حقيقة أو عرفا ، كما لو مزجه بغير جنسه واستهلك فيه ، كمنزج مقدار من الحليب بأضعافه من الماء بنحو موجب لذهب صورة الحليب حقيقة ، وكخلط مقدار من دقيق الخنطة . بطبعين الشعير . مثلا . بنحو تذهب صورة الخنطة بالمنزج وتتقلب إلى صورة الشعير عرفا ، وآخرى . لم يستهلك مال المغصوب منه في مال الغاصب ولم تذهب صورته النوعية ، كما لو امتنج بجنسه أو بغير جنسه مع بقاء صورته النوعية كمنزج حقة من الحليب بمقداره من الماء .

وبالجملة ، فرض الاستهلاك إنما يتحقق بالامتناج بغير الجنس مع ذهب الصورة فلو مزجه الغاصب بجنسه ، فإن كان مال الغاصب مساويا لما المغصوب منه ، من حيث الجودة والرداة اشتراكا في العين شركة حقيقة وأما لو كان مال المالك المغصوب منه أجود من مال الغاصب اشتراكا 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 زائدا 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 فنباع العين ويعطى من القيمة مقدار ماله موصوفا ولو كان مال الغاصب أجود ، فلا مانع من الاشتراك الحقيقي في العين إذ لا احترام لوصف الجودة حيثذاك فيستحق المالك من العين مقدار نسبة ماله إلى المجموع

فنقول منزg 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 الا وهو مركب منهما أولا يخرج به عما كان يصدق عليه قبله وكان مع ذلك لا يتحقق جزء إلا وهو مركب منهما كمزج المتساوين جنسا ووصفها نحو الدهن بالدهن والدبس بالدبس ، أو يكون المزج بمثله بما يرتفع التمييز بين أجزائه إلا أنه لا تركيب في الأجزاء منهمما 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 اشتراكا من نفس العين بقدر مالية ما همما لعدم لزوم الربا في غير الجنس وبالجملة امتزاج المالين موجب للشركة في العين ما لم يكن محظوظ في البين وفي غير صورة الاستهلاك حكمه الاشتراك في العين بقدر ما همما ووصف الجودة مال المالك مضمون على الغاصب لأنه محترم فيحسب له أرشه بخلاف وصف الجودة مال للغاصب فإنه لعدم احترامه لا يحسب له أرشه فالزيادة الحكمية للمالك معتبرة بخلاف الزيادة الحكمية للغاصب فليس لها احترام .
هذا وأما الكلام في المقام الثاني وفيما يجب على الوديعي ، فالذى ينبغي أن يقال فيه : أنه في صورة منزg الغاصب مال الغير بماله بنحو تذهب صورته النوعية حقيقة أو عرفا كما إذا كان المزج بغير جنسه بنحو ما مر سابقا بحيث عدم مال الغير تالفا بسبب استهلاكه في مال الغاصب ولم يوجب زيادة مالية في ماله ، فيتجه حينئذ ما نسب إلى الأصحاب من الفتوى بوجوب رد الجميع إلى الغاصب عند مطالعته للوديعي إذ لم يبق للمالك حق في المال الذي أودعه الغاصب بعد أخذ بدله من الغاصب ، بل بلزوم بدله عليه

من المال مختصاً بأحدهما في الواقع كمزج الخنطة بمثلها ، أو يكون الخلط بين الإفراد المتشابهة على وجه لا يتمايز بعضها عن بعض كالدرارهم بالدرارهم والدنانير بمثلها والشواب بعضها بعض من المشليات والقييميات المتشابهة.

إذا عرفت ذلك ، فاعلم أن الذي يقتضيه تحقيق المسألة هو أن يقال ان المرج في الصورة الأولى موجب للتلف حكمًا وهو واضح بعد أن كان

لكونه تالفاً ، فتشتغل ذمة الغاصب بيده وخلص المال الغاصب ويلزم الوديعي رده عند المطالبة. وأما في غير الصورة المذكورة فوجوب رد الوديعي جميع ما استودعه الغاصب عليه كما نسب إلى الفتوى من الأصحاب بل جوازه مشكل غایة الاشكال : (وما) قد يدعى من الاستدلال على ذلك بما دل على وجوب رد الأمانات (منع) كما يقول سيدنا . قدس سره . فان تلك الأدلة إنما دلت على وجوب الرد إلى أهلها فلا تشمل ما كان مشتملاً على غيرها مما هو أمانة شرعية يجب حفظه لمالكه حيث كان المال مشتركاً 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 الوديعي وعدم تسليمه للملوكين منع لهم عن ملكهما بلا حق ومخالف للزوم رد الامانة لمالكها عند المطالبة والإمكان ، فلا مناص عن قسمة المال وتسلیم حصته المودع منه اليه وإبقاء حصة المالك ودفعها اليه عند الإمكان.

وقد يشكل بأن القسمة ربما تتوقف على المعاوضة كما في صورة الحكم باشتراكهما في مالية العين على ما مر من أنه يباع المجموع ويعطي حصة كل منهما من القيمة فالقسمة تتوقف على التراضي من الطرفين ولا شبهة في عدم رضا الغاصب ، فإنه يطالب بمال كله فكيف يرضى ببيعه وإعطائه حصته من القيمة. والحكم بنفوذ البيع عليه . وان لم يتحقق الرضا منه . حكم ضرري مرفوع.

الدفع من الممتوج دفعاً لغير ماله جنساً ووصفاً وإلزامه بقبوله حكم ضري منفي عقلاً ونقلأً ، فيدفع له المثل دون مقدار ماله من المزوج ، والمدفوع

ويعكن دفع الإشكال 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 مالكه غير جائز . وكذا رده بأجمعه للمودع فإنه بالنسبة إلى مقدار مال المالك منه دفع له إلى غير مالكه بدون رضاه وإبقاء مقدار حصة المالك منه من نفس العين لإيصالها إليه بلا تدارك وصف الجودة للمالك ودفع الباقى الغاصب مع كون الوصف مضموناً له عليه ليس بإبقاء 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 موصوفاً بالجودة وإعطاء الباقى للغاصب فلا بد من المصير إليه . وأما ما ذكر - من أن الحكم بتفوذه البيع مع عدم رضا الغاصب به في حين أن المبيع مشترك بينه وبين المالك حكم ضروري مرفوع . فيمكن أن يقال . مضافاً إلى أنه لا بد منه ان الضرر لم ينشأ من ناحية حكم الشارع بل السبب فيه غاصب الغاصب المال ومزجه بهاله ولو لم يكن غاصباً كما لو كان معتقداً بأن ما مزجه بهاله هو له أيضاً فالضرر أيضاً لم يكن من ناحية الحكم الشرعي بل منشأه جهله واحتباشه ثم أن القسمة حيث صحت لكونها ضرورية لا مناص منها يرجع بما إلى الحاكم الشرعي على الأحوط ، بل الأقوى ، فإنه ولي حصة المالك الغائب . ثم أن هذا يختلف عما ذكره سيدنا . قدس سره . بعض الاختلاف . والله تعالى هو العالم بحقائق أحکامه .

هنا بدل العين لا بدل الحيلولة وان كان مقيدا بما دام مزوجا ، وفي الثانية يتحمل قويا تزيله منزلة التلف أيضا لتفرق أجزاءه المستحبل عادة اجتماعها الموجب لانتفاء مالية كل من المالين وحدوث 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 وحيثعد على 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 الإمكان ، فكما ان دفع المثل مقدم في المرتبة على دفع القيمة لكونه أقرب إلى دفع العين منها ، ضرورة ان دفع القيمة ليس فيه إلا رعاية مالية المال فقط وفي دفع المثل رعاية للمالية ولمادة المال في الجملة لقربه منه بالتشابه ، فكان أولى بالتقدم ، فكذا نسبة هذا المثل الشخصي المركب من المالين بالنسبة إلى سائر الأمثال لكونه مشتملا على جملة من نفس أغيان ماله ، فهي مضمونة على المازج بال借錢 وفي عهدهته بمثل خاص لا بمطلق المثل ، وهو الوجه في الشركة لكونه مضمونا بقدره من الممزوج المركب لا بمطلق المثل الذي لا يتغير بدلاته بخصوصه إلا بعد الدفع وغير مضمونة على الودعي ولا داخلة في عهدهته 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 مصداقا من ماله. وأما مال الغاصب المأخوذ أمانة فيجب رده ولو برد الجميع مقدمة بعد أن لم يكن مال المغصوب منه في ضمانه وعهدهته.

هذا بناء على تزيل تفرق الأجزاء منزلة التلف وأما بناء على عدم صدق التلف عليه

لا موضوعا ولا حكما ، فاما أن نقول بحصول الشركة

الحقيقية بنحو الإشاعة بدعوى ما عرفت من انتفاء المالية من كل المالين بالمرج وحدوث مالية أخرى قائمة بالموجود المركب مملوكة لكل منها لأنه أما أن لا يكون مملوكاً أو يكون مملوكاً لأحدهما دون الآخر والأول باطل لأنها مسببة عن مواد المالين المملوكيين ، والثاني ترجيح بلا مرجع ، فتعين الثالث أو نقول بالشركة الحكيمية دون الحقيقة لبقاء ذوات أجزاء كل من المالين على ملك مالكه لعدم الدليل على انتفاء الملكية بانتفاء المالية والأصل بقاوها : فعلى الأول يتعين القسمة ولا مناص عنها . وعلى الثاني فقسمتها مشتملة على المعاوضة جزماً كالقسمة الردية المستلزم تعديلها إلى ضمية خارجية ولعلها خارجة عن ظاهر كلامهم في تعريفها بأنها تعين حق وإفراز حصص واحتصاص التعريف بما كانت الشركة بنحو الإشاعة . وعليه فالقسمة موقوفة على التراضي لاشتمالها على المعاوضة وخارجية عن قسمة الإجراء إلا مع امتناع أحد الشركين عنها ومطالبة الآخر لها مع عدم الضرر وإذا لم يكن مورد القسمة دار الأمر بين التسليم إلى العاصب أو المغصوب منه ووجوب رد الملك إلى مالكه في كل منها معارض بمثله في الآخر فلا بد من ترجيح أحدهما ولو بأدنى مرجع بعد أن كان الإبقاء عنده منعاً للمالكين عن ملكهما ومخالفاً للدليل في كليهما . ولعل الترجيح حينئذ في التسليم إلى العاصب بما دل على رد الأمانات بعد تعارض دليل رد الملك رد الملك من الجانبيين وتساقطهما من البين .

هذا أقصى ما يتصور في توجيه قول المشهور

وفيه مضافاً إلى منع شمول ما دل على رد الامانة لما كان مشتملاً على غيرها ، مع كونه لو سلم معارض بمثله في جانب الآخر لكونه أميناً له أيضاً بالأمانة الشرعية كيف يجب تسليمه لمن لا يجوز له الأخذ والتصرف فيه بدون إذن شريكه بعد أن كان المال مشتركاً بينهما موضوعاً أو حكماً وما ورد مثله في وجوب دفع الخراج لغير أهله وإن حرم عليه الأخذ

فلدليل قوي دل عليه مفقود مثله في المقام. وأما منع كونه مورد القسمة فمكابرة وان 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 مواردتها تعينت القسمة. وهل له توليتها لأنه أمين وهو المخاطب بالحفظ بحسب الإمكان أو يرجع بها إلى الحاكم؟ ولعل الأخير هو الأقوى والأحوط

والله العالم بحقائق أحكامه

* * *

إلى هنا ينتهي الجزء الثاني ، ويليه الجزء الثالث. وأوله :

فهرس

محتويات الجزء الثاني من الكتاب

(رسالة فيأخذ الأجرة على الواجبات) : المشهور عدم جوازأخذها على الواجب مطلقا	٣ . ٦
وعن بعض دعوى عدم الخلاف فيه وعن غير واحد حكاية الاجماع عليه.....	٧ . ٩
بيان اعتبار عدة أمور في صحة الإجارة وسائر عقود المعاوضة لترتباً للأثر عليها وتفصيل	
المسألة في الواجبات	
ذكر اختلاف كلمات الفقهاء في المسألة : بين قائل بالمنع مطلقا. وبين مانع في ما يعتبر فيه	
قصد القرية ، 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 التعبدي 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 فجواز في	
الأول ومنع في الثاني مطلقا	١٠ . ١٢
استعراض أدلة المانعين مطلقا ومناقشتها.....	١٣ . ٢٠
عرض أدلة قصر المنع على التعبدي ، 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 مسألةأخذ الأجرة على قضاء الصلاة ونيابة الحج وصلاحة المدية	
.....	٢١ . ٣٦
النقض بالحرف والصناعي المتوقف عليها النظام والطبيبة والعمل لتحصيل النفقة ، وتوجيهه	
ذلك ، والجواب عنه والنقض بوجوب بذل الطعام للمضطر وبرجوع الأم المرضعة بالعوض	
وأخذ الوصي الأجر على عمل الوصاية والنقض بالجهاد الواجب كفاية وأخذ الأجرة من قبل	
النائب والجواب عن ذلك	٣٧ . ٤١

بيان موقع النظر في كلام (الجواهر) والفالضل الجواب في تخلصهم عن الاشكال وبيان ما لا يجوز فيهأخذ الأجرة من المستحبات وما يجوز فيهأخذها ٤٢ . ٤٤
(رسالة في بيع المعاطاة) : تحقيق في ألفاظ العقود وآثارها ٤٥ . ٤٨
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 محضر القول في النزوم لا صيغة خاصة ، وتأيد ذلك بقول النبي (ص) (انما يحل الكلام) وتحقيق ذلك وما هو المراد من الحصر ٤٩ . ٥٤
تصوير المعاطاة على أربعة وجوه أصلية وغيرها ، والمناقشة حول بعضها ٥٥ . ٦١
ذكر الأقوال في حكم المعاطاة وحصرها في أربعة وترجح أحدها على الباقي وذكر النقوض على الرأي المختار ، والجواب عنها تفصيلا ٦٢ . ٦٩
ذكر مراتب الملكية الثلاثة من حيث القوة والضعف وأن الإباحة المطلقة التي هي مفاد المعاطاة ترافق الملكية ٧٠ . ٧٤
تحقيق شامل لموضوع الاعراض عن الملكية وأحكامه وأقسامه وما يفيده وضع اليد بقصد التملك وان الأصل في الملك النزوم والنقاش حول ذلك من المصنف و اختياره أصلية الجواز في الملك خلافا لما اختاره شيخنا الأنباري في (مكاسبه) وجماعة من الأصحاب من أصلية النزوم فيه ٧٥ . ٨٦

رجوع إلى أصل المسألة ، وترجح القول بإفادة المعاطاة الملك ، وبيان الدليل الأول على ذلك ومناقشته صغرى وكبیری وتوجیه بیع الدین علی من هو علیه وعدم استحالة نقله إلیه ، وبيان حکم شراء العبد تحت الشدة من الزکاة وعتقه وان نیة الزکاة من مشتريه عند دفع الشمن إلى بایعه أو انها مقارنة للعتق واستعراض أقسام الوقف تفصیلا وتحقيق سبیبة شراء العمودین وبعض المحارم للانتعاق قهرا بلا تحقق أصل الملك كما هو المستفاد من بعض روایات الباب ودلالة بعضها الآخر على الملك ثم العتق وبالآخرة استظهار ما ينسب إلى المشهور من القول بدخول المملوک في ملك المشتري ثم يعتق.....	١٠٠ . ٨٧.....
الدليل الثاني على إفادة المعاطاة الملك ومناقشة ذلك والجواب عنها.....	١٠٥ . ١٠١.....
الدليل الثالث على ذلك ومناقشته ، والجواب عنها.....	١٠٧ . ١٠٦.....
الدليل الرابع على ذلك ومناقشته والجواب عنها	١٠٨ . ١٠٨.....
الدليل الخامس على ذلك ومناقشته والجواب عنها.....	١١١ . ١٠٩.....
استظهار إفادة المعاطاة الملك المتزلزل لا الإباحة المجردة ، وبيان ثمرات القولين تفصیلا ومنها النماءات المتصلة والمنفصلة والتصيرفات المتوقفة على الملك.....	١١٩ . ١١٢.....
ومنها البيع ، وتحقيق شامل حول حقيقة البيع وشروطه ومنها العتق وبيانه تفصیلا ، استمرار في تحقيقات شاملة حول البيع وتصحیح بیع الغاصب بإجازة المالك ومن الثمرات وطأ الأمة المأحوذة بالمعاطاة.....	١٣١ . ١٢٠.....
ومنها تعلق حق الخمس والزکاة في الأعيان المأحوذة بالمعاطاة عند اجتماع شرط الوجوب على الملك ، وعدمه على الإباحة	١٣٢ . ١٣٢.....

الرابع من الثمرات انتقال كل من العينين إلى وارث من كانت بيده بالإرث على الملكية ، والي وارث المالك بناء على الإباحة بموت كل من المتعاطفين وتحقيق شامل حول الموضوع.	
الخامس . عدم الرجوع بالنفقة عند الرجوع بالعين على الملكية والرجوع بها على الإباحة مع عدم التبرع بها.....	١٣٣ . ١٣٥
من ملزمات المعاطاة تلف العينين أو أحدهما أو نقلهما أو أحدهما أو مزجه بغيره. تفصيل حكم الضمان وتطبيق القاعدة على الصور المذكورة	١٣٦ . ١٤٢
بيان ان نقل المأخذوذ بالمعاطاة إما بعقد لازم أو جائز وعلى التقديرين فالكلام مرة بناء على إفادتها الملك ، وأخرى بناء على الإباحة وتفصيل حكم كل من التقديرين.....	١٤٣ . ١٤٤
بيان حكم التراد بالفسخ بناء على الكشف أو النقل وتحقيق شامل في معنى المعاوضة	١٤٥ . ١٤٧
الكلام في النقل الجائز بناء على الملكية أو الإباحة	١٤٨ . ١٥٠
حكم نقل العين المأخذوذ بالمعاطاة فضولا وإجازة ذلك ، وبيان صور المسألة ، وترجيح بعضها على بعض واختياره كل ذلك بتحقيق واستدلال.....	١٥١ . ١٥٥
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.....	١٥٦ . ١٦١
اختلاف المتعاطيين في حصول سبب اللزوم وعدمه والنظر في تقديم قول مدعى اللزوم أو الجواز وبيان الوجه لكل منهم وأقربية تقديم قول مدعى اللزوم لحكومة قاعدة (من ملك)	
على استصحاب جواز الرجوع ، وذكر صورة ادعاء التصرف أو الاختلاف بعد الفسخ وحكم صورة التداعي وادعاء كل منهم وقوع ما هو له من الفسخ ، وسبب اللزوم	١٦٢ . ١٦٣

ومن الأمور التي ينبغي التبيه عليها : جريان المعاطاة في العقود والايقاعات بأقسامها ، أو اختصاص ذلك بصنف خاص من نوع المعاوضات وهو البيع أو تحرى في بعض دون بعض وتحقيق شامل في موارد العقود والايقاعات.....	١٦٤ . ١٦٨
جريان المعاطاة في الشفعة والقسمة والإجارة في البيع ، وتفصيل الكلام في العقود والايقاعات.....	١٦٩ . ١٧١
في امكان جريان المعاطاة في الإجارة والبحث حول موضوعها وأقسامها وكيفية استحقاق الأجير الاجرة.....	١٧٢ . ١٨٠
في ان الضمان في مثل (أعتقد عبده عنى ، والق متابلك في البحر وعلى ضمانه) واستيفاء الغرامة في نظائره هل هو من قبيل الجعلة على الأعمال أو من سخن المعاوضات على الأعيان ، ودفع الاشكال من جهة الغرر	١٨١ . ١٨٣
جريان المعاطاة في الجعلة والرهن والقرض والمزارعة والمساقات	١٨٤ . ١٨٧
ذكر ما يعتبر في عقد المعاطاة واختلاف كلمات الأصحاب في ذلك وذكر جملة منها ، ثم تنقيح المسألة والتكلم فيها على المبني والأقوال وشرح ذلك تفصيلا	١٨٨ . ١٩٠
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 تملك المشنن بقبض الشمن وانه قد يدعى انعقادها بمجرد اتصال العوض واحد المعوض من غير توقف على اعطاء أصلا وتمثيل لذلك بأخذ الماء من قرية السقاء مع عيشه ، ودخول الحمام ووضع العوض في كور ، صاحبه	١٩١ . ١٩٢

الكلام حول إجارة المرضعة للارضاع والصباغ للصبغ والكاتب للكتابة والمنحة للبنها والحمام للانتفاع به غسلا وغسلا والاستحمام ، والبئر للاستيفاء ، ونظائرها مما استلزم اجاراتها تلف عين للمؤجر من حيث منافاتها لحقيقة الإجارة التي هي مملوك المنافع دون الأعيان والتوجيه لذلك وتقوية المصنف عدم كونها من الإجارة ١٩٣ . ١٩٧

الكلام في الفضولي والاستدلال على صحته بالآيات وبالروايات ومناقشتها والجواب عن ذلك ٢٠١ . ٢١٩

الاستدلال على بطلان الفضولي بعد الأصل بالأدلة الأربعة والجواب عن ذلك ٢٢٠ . ٢٢٧

استدلال السيد بحر العلوم في مصاييحه على البطلان بوجهين آخرين ، والجواب عنه ٢٢٨ . ٢٣١

احتجاج المفصل بين سبق المنع وعدمه بالبطلان في الأول والصحة في الثاني ، والجواب من المصنف عن ذلك ثم احتجاج المفصل بين ما لو قصد البائع الفضولي البيع لنفسه أو للملك بوجود ما يمنع من الصحة في الأول وجواب المصنف عن تفصيله. ثم الكلام من المعلق حول الجواب وانه غير دافع عن اشكاله وانحصر دفع الاشكال بما ذكره شيخنا الانصارى وتعليق مفصل في بيانه ٢٣٢ . ٢٦٤

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 البائع وأن ذلك لا يرجع إلى وجه وجيه ٢٤٧ . ٢٤٨

في بيان أن بيع الفضولي كليا في ذمة الغير أو اشتائه له إذا كان بتصریح منه بن له البيع أو الشراء فإنه يصح مع إجازة من له البيع أو الشراء ويبطل مع رده اما لو كان اضافته إلى الغير بصرف العقد بلا تصریح من له البيع أو الشراء فإنه يحكم بصحته من قصده الفضولي مع اجازته العقد ومع رده العقد يبطل بالنسبة إلى من قصده الفضولي وينفذ من ناحية المباشر ظاهرا مع عدم تصديق طرفه بنيته وفي وجه ينفذ واقعا حينئذ بيان الوجه في ذلك تفصيلا
٢٥٢ . ٢٤٩

الكلام في إمكان جريان الفضولي في المعاطة وعدم إمكانه ، وما قد يقال من منع جريان الفضولية فيها مطلقا سواء قلنا بإفادتها الملك أو الإباحة
٢٥٣ . ٢٥٥

في جريان الفضولية في غير المعاوضات كالوقوف والصدقات وغيرها والعبادات المالية كالخمس والزكوات والكافارات : والأشكال من المصنف في صحة الفضولي فيما يعتبر في صحته القرية كالصدقات والوقوف والكلام حول ذلك تفصيلا
٢٥٦ . ٢٥٩

اختيار المصنف جريان الفضولية في العقود الجائزه التملوكية ومنها الوصية ، فضلا عن العقود الإذنية التي يكفي تحقق الإذن فيها من له الإذن
٢٦٠ . ٢٦٢

الكلام في مسألة الإجازة والرد ، والأول منهمما 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 ينکف يقول أو فعل في تتحققها وان اعتبارها من باب السبيبية لا من باب الكشف عن السبب . كما ذهب إليه بعض . مستدلا على ذلك بأدلة سبعة ذكرها المصنف ، وتنظر فيها وذكر وجه النظر
٢٦٣ . ٢٦٦

- بيان شروط تأثير الإجازة والكلام حولها ٢٨١ . ٢٦٧
 الكلام فيما لو باع الفضولي مالا ثم ملكه ، وذكر اختلاف الأصحاب في صحة العقد مع اجازته بعد الملك واحتمال البعض منهم عدم توقف صحة العقد على إجارة منه بعد التملك وذهب البعض إلى بطلان العقد وعدم قابليته للتصحيح حتى مع الإجازة بعد الملك وفي المسألة بيان وتفصيل من المصنف والمعلق وذكر أخبار استدل بها على المنع والتتكلم فيما هو المستفاد منها ، وبالتالي اختلاف بين المصنف والمعلق في حكم المسألة ثم ذكر المصنف ما يلحق بالمسألة المذكورة ، وهي ما لو باع معتقدا 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 معتقدا أنه لغيره فلا يجوز للمأذون العالم بالكيفية التصرف فيه بذلك الأذن كما انه لو أذن لشخص معتقدا أنه صديقه لم يجز للمأذون التصرف فيه مع كونه عدوا له وان المالك مشتبه في اعتقاد الصدقة ، والكلام من المعلق بما كان لفرق بين ما لو أذن بالتصرف في ملكه معتقدا أنه لغيره وبين ما لو أذن لعدوه بالتصرف في ماله معتقدا صداقته وأنه في الصورة الأول لا يجوز للمأذون التصرف بذلك الإذن بخلاف الصورة الثانية وبيان وجه الفرق بينهما ٣١٠ . ٢٨٢
 بيان حكم الإجازة من حيث كونها نافلة أو كافية وبيان ما استدل به للكشف ، ورده ، ومناقشة المصنف للرد وتقريره الكشف بأن التأثير للعقد وان كان حادثا بالإجازة ويحدث بحدوثه الملك الا انه ينبع بحدوثه إلى حين العقد الذي هو متىهى الانبساط من طرف السابق وحرف الابتداء من قوله : (من حين العقد) لبيان مبدأ الطرف لا مبدأ الحدوث فان زمان الإجازة مبدؤه وحين العقد منتهاه ، وبملاحظة الانبساط المذكور عبر عنها بالكافحة ، وامتاز القول بها عن القول بكل منها نافلة لعدم الانبساط فيه إلا في الطرف اللاحق إلى آخر ما ذكره المصنف من وجوه الكشف والنقاش في بعضها وبيان بعض ثمرات القولين ٣١٨ . ٣١٣

الاستدلال على الكشف بصحيحة أبي عبيدة ، وتقريب دلالتها عليه ، ثم ذكر بعض الشمرات بين القول بالنقل والقول بالكشف . وعلى الكشف : بين جميع محتملاته . ثم بيان تعليل منع الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالكشف بأمور وذكراها والتنظر فيها ، وبيان وجهه ثم سرد بعض الشمرات الأخرى بين القول بالنقل والقول بالكشف وذكراها والكلام حولها ، ومنها ظهور الشمرة فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على العوضين أو أحدهما مع وحدة المحل أو اختلافه ٣٢٧ . ٣١٩

الكلام فيما لو عقد اثنان أو أكثر على مال دفعه أو بالتعاقب مع اتحاد المتعلق . ثم الكلام فيما لو اختلف المتعلق وفيما لو باع اثنان من شخص واحد وأجارهما دفعه واتفق الثمنان جنسا وفيما لو اختلفا في الجنس أو اختلفا في مخض الكم أو اختلفا في الاطلاق والتقييد ، ثم بيان ان إجازة العقد لا توجب إجازة القبض ٣٢٩ . ٣٢٨

الكلام في الرد : تارة في موضوعه ، وأخرى في حكمه وتأثيره ، وبيان الرد هو إنشاء لابطال ما أحدهه 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 بدلته مع التلف من 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 تأثر عنه ، وان قرار الضمان على من تلف المال بيده ثم بيان ان بسط الكلام يتم في موضع : الأول . في معنى ضمان العين . الثاني . في تصوير تخمير 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 .. ٣٣٠ . ٣٣٥

الكلام في صحة الضمان العقدي للأعيان المضمنة على الغير بضمان اليد كالمغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد والأمانات عند التعدي والتفريط وجوازه قبل تلف العين وبيان الخلاف بين الأصحاب في جوازه وأن الأكثرون على المنع وجماعة على الجواز ومنهم المصنف مستدلاً على ذلك بعموم «أوفوا بالعقود» مع التأييد بقوله تعالى «ولم جاء به حمل بغير وأنا به زعيم» والمناقشة من المعلق ثم تعقيب المسألة بضمان درك أحد العوضين للبائع أو المشتري المجمع عليه والانتصار به للجواز في المسألة ومناقشة المعلق ذلك ، وبيان عدم وضوح دلالته عليه إن تحقق اجماع على ذلك. ثم الكلام فيما يظهر منهم الاتفاق على صحة ضمانه من المتعاقب في البحر عند قول الضامن لصاحب المتعاقب : القه في البحر وعلى ضمانه ، وحكاية الإجماع مستفيضاً عليه مع ما قيل إنه من ضمان ما لم يجب ، وامكان تصحيحه بأحد الوجهين ذكرهما المصنف ٢٠٠ . ١٣

الكلام في تصوير ضمان الأيدي المتعاقبة على مال الغير للملك واشتغال ذمهم 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 غرمته للملك من بدل العين التالفة عند رجوع المالك عليه وأحده منه دون اللاحق فإنه لا يرجع بما غرمته للملك على السابق ما لم يكن مغوراً فإنه يرجع على من غره ٣٤٨ . ٣٥٦

في بيان أن ما وجهنا به ضمان ذوي الأيدي المتعاقبة على مال الغير من طولية الضمان هو مراد شيخنا الأنباري . قدس سره . حيث يقول (فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والبدل على سبيل البدل) ثم بيان أن الضمان الطولي كما تصورناه في الأيدي المتعاقبة على مال الغير كذلك يتصور فيما يكون بالعقد أو الإتلاف والغرور وإن كان بين ضمان الأيدي وبين الضمان بالعقد أو الإتلاف والغرور فرق ، وبيان وجهه وأن المالك عند استيفائه البدل من أحد الضماناء تبرء ذمة الجميع لوحدة حقه المفروض استيفاؤه ٣٥٧ . ٣٦٠ . فيما لو أبرء المالك ذمة أحد الضماناء ما عليه تبرء ذمة الجميع ويسقط الحق عنه وعن السابق عليه واللاحق له ، وبيان وجه ذلك وأنه مقتضى طولية الضمان . وانه صالح المالك أحد الضماناء 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 وإنما 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 المتولية على مال الغير لما في ذلك من زيادة وضوح للمطلب ٣٦١

٣٧٥ .

في ما لو منزح المشترى المبيع فضولاً به مع رد المالك بيعه ، ثم أودع الجموع عند شخص أمانة ، وبيان حكم المسألة ، وأن الكلام فيها يقع في مقامين : الأول . فيما تقتضيه القاعدة في الحكم من ناحية المزح وأن صاحب المال ماذا يستحق ، والمقام الثاني فيما تقتضيه القاعدة من ناحية الوديعة وما يكون حكم الوديعي وأن الواجب عليه دفع مجموع المال للمودع عند مطالبتها أو دفع مقدار حصته من المجموع وإبقاءباقي أمانة عنده للمالك ودفعه إليه لو ظهر ٣٧٦ . ٣٨٣ .