

بَلْغَمُ الْفَقِيهِ

مُؤَلَّفِ الْفَقِيهِ

الحجة المحقق السيد محمد آل بحر العلوم

قدس سره

الجزء الثاني

مَكْتَبَةُ الصَّادِقِ

طهران ناصر خسرو پاشا اترنجي

بلغة الفقيه

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

تصنيف

المجته المخلص السيد محمد آل بحر العلوم - قدس سره -

شرح وتعليق

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

الجزء الثاني



مَنْشُورَاتُ مَكْتَبَةِ الصَّادِقِ

طَهْرَانِ نَاصِرْخَسْرُو پَاسَاثَرْجِيْدِي

الطَّبعة الرَّابعة

١٩٨٤ ميلادي

١٣٦٢ شمسي

١٤٠٣ قمری

رِسَالَةٌ

فِي اخْذِ الْوُجْرَةِ عَلَى الْوَلَدِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(مسألة) المشهور نقلاً وتخصيلاً عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات مطلقاً تعديلاً كان الواجب أم توصلياً عينيّاً كان وجوبه أم كفايياً (١) بل

(١) محصل الكلام في المسألة المذكورة : أن الواجب إما أن يكون نظامياً - وهو ما يتوقف عليه نظام البلاد والعباد ، ويلزم من عدمه اختلال عيش الانسان - وإما أن لا يكون كذلك .

أما الواجبات النظامية ، فلا مانع من أخذ الأجرة عليها - سواء كانت عينية أم كفايية ، تعديلية أم تحيرية - اذ النظام إنما يتوقف فيها على بذل العمل وإصداره وعدم حبسه واحتكاره ، ولا يتوقف على كون المبدول من العامل والصادر منه بنحو التبرع والمحانية ، فيجوز للعامل أخذ الأجرة من المستأجر له على نفس العمل ، وإن وجب عليه إصداره .

وتعبر آخر : إن للعمل الصادر من الشخص له حيثيتان حيثية الإيجاد والإصدار وحيثية الوجود والمقدور ، وما يتوقف عليه نظم العيش ويلزم من عدمه اختلاله في الواجب للنظامي ، هي الجهة الأولى من العمل ، وهي حيثية الإيجاد والبذل فمن وجب عليه ، ولا معنى لاعتلق الأجرة بها ، اذ هي قائمة بشخص الموجد ولا يعقل تملكها والمعاوضة عليها بعقدها :

نعم الجهة الثانية منه - وهي الجهة الاسم المصدرة من العمل ، أعني ذاته وما يكون به للعمل عملاً ويمكن تملكه والمعاوضة عليه ، فلا مانع من =

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

ولا يخفى عليك عدم اختصاص النزاع بمقدار الاجارة كما يتوهم من اخذهم الاجرة في عنوان المسألة بل يهم سائر عقود المعاوضات مما وقع بذل المال فيه هدلاً وعوضاً عن الواجب بعنوان المعاوضة والمعاملة عليه : لعم

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

وببيان أوضح : إن ما يلزم صدوره وتحققه من عمل المكلف قد يكون من جهة كونه معلقاً لأمر إلزامي من للشارع المقدس ، وبما أن أمر المولى وتكليفه إنما يتعلق بذات العمل ونفسه ويكون المكلف ملزماً به ومقهوراً عليه فلا يكون مملوكاً له ومقدوراً عليه ، فان حقيقة ملكية العمل والقدرة عليه ، كون كل من فعله وتركه تحت اختيار العامل ولم يكن ملزماً بأحدهما . وعليه ، فلا يصح تعلق الاجارة بما ألزم بفعله ، كما لا يصح تعلقها بما ألزم بتركه ، فأكل المال بأزائه أكل له الباطل :

هذا اذا كان نفس للعمل وذاته متعلقاً لأمر إلزامي من الشارع وأما اذا لم يكن العمل متعلقاً لأمر إلزامي منه ، بل كان مما يتوقف عليه نظم البلاد ، فحيث أن النظام إنما يستقيم بإيجاد العمل وبذلك ، والاختلال يحصل باحتكاره وحبسه ، والضرورة تقدر بقدرها ، فاللازم على العامل بذلك ، والممنوع منه حبسه ، وأما كون ذات العمل بنحو التبرع والمجانبة فهو للزام هلا للزام ، وعليه فلزوم هذا لا يوجب سلب ماليته ، فيجوز أخذ الأجرة عليه ممن استأجره على ذات العمل ونفسه ، وكما يجب على التاجر عند الخمصة بذل ما عنده من الطعام ويحرم عليه احتكاره ، ولا يلزمه حينئذ التبرع به وبذلك - مجاناً - بل له بيعه وأخذ ثمنه من المشتري فكذلك =

لا يشمل ما لو كان البذل لأجله ينحو العطية وشبهها ، وان وجب البذل بسبب ، كما لو نذر أن يعطي درهماً لمن صلى الفريضة فإنه يجوز أخذ المنذور حينئذ بلا اشكال فيه ولا خلاف .

هذا وليعلم أولاً أنه يعتبر في صحة الاجارة وغيرها من سائر عقود المعاوضات وتأهلها لترتب الأثر عليها امور :

= الواجب للنظامي ، فيجوز للطبيب المعالج والخباز والخباط ونظائرهم ممن يجب عليهم بذل اعمالهم - عيناً أو كفاية - أخذ الأجرة عليها .

ثم إن الواجب غير النظامي : ما كان منه واجباً على شخص دون غيره ولم يعتبر فيه المباشرة ممن وجب عليه بل كان قابلاً لنيابة الغير عن وجب عليه ، بأن ثبت بالدليل صحة تبرعه به عنه ، تصح الاجارة عليه ، تعديلاً كان أم توصلياً عينياً كان أم كفائياً - فاذا وجب الجهاد على شخص - عيناً أو كفاية - فله استيجار من لا يجب عليه ليجاهد عنه ، بناء على قبوله للنيابة ، ومثله ماوجب على ولي الميت من قضاء ما فاتته من الصلاة لنيابة عنه ، فله استيجار غيره على أدائها نيابة عن الميت : وأما ماوجب على الشخص عيناً ، فلا يصح استيجاره عليه لعدم ملكيته له ، فإن مرجع ملكية للعمل كونه تحت اختيار عامله وقدرته ، بحيث له فعله وله تركه ، فاذا كان واجباً عليه ومسلوب الاختيار في تركه ، لم يكن مالكاً له ، كما أنه لو كان محرماً عليه لا يصح استيجاره عليه لعدم قدرته شرعاً على الفعل وكذا ماوجب على الشخص كفاية لآعيناً ، فإنه - وان لم يكن كالواجب للعيني من جهة سلب اختياره عن الترك ، فله تركه عند قيام الغير به ممن وجب عليه كفاية ، ولكن مع ذلك لا يصح استيجاره عليه ممن لا يجب عليه ولا يطلب منه ، أصلاً ، إذ لا يملك المستأجر عمل الأجير باستيجاره له في في قبال ما يدفعه له من الأجرة ، وما يأتي به الأجير إنما يأتي بماوجب =

الاول - ان تكون المنفعة المستأجر عليها مثلاً عائدة ولو بنوع من الملاحظة الى المستأجر بحيث يتعلق له بها غرض عقلائي ، وان كانت بنفسها ترجع لغيره ، بل ولو لنفس الاجير كما لو استأجره على بناء دار نفسه لكن حيث يكون له في ذلك غرض عقلائي والا كانت المعاملة عليه سفهاً = عليه كفاية ، ولا يكون عمله للمستأجر بازاء الأجرة ، ومجرد كون المستأجر حاملاً له على الاتيان بما وجب عليه ومعيناً له ببذل الأجرة ، لا يصحح الاستيجار ما لم ينتقل نفس العمل من الاجير اليه في قبال ما انتقل منه اليه من الأجرة بمقتضى المعاوضة .

والحاصل ، كما يعتبر في متعلق الاجارة كون العمل مقدوراً للاجير فعلاً وتركاً - كما ذكرنا - كذلك يعتبر امكان حصوله للمستأجر وملكيته له بالاستيجار بماله من الآثار ، فأكل الاجير المال بازاء إتيائه ما وجب عليه كفاية لنفسه بماله من الأثر ، أكل له بالباطل ، بل الأمر كذلك فيما لو كان العمل المستأجر عليه مستحباً كقراءة الأجير للقرآن لنفسه :

هذا ولو كان العمل واجباً على كل منها بالمباشرة كالصلاة اليومية وصوم شهر رمضان - مثلاً - فعدم صحة استيجار الشخص عليه واضح ، سواء استأجره المستأجر لبصلي أو بصوم عن نفسه أو عن المستأجر : أما لو استأجره على العمل لنفسه لا للمستأجر ، فلوجب ذلك عليه عيناً وعدم كونه مملوكاً له كما ذكرنا مضافاً الى عدم إمكان حصول ملك المستأجر له في قبال ما يدفعه من الأجرة ولا يسقط الوجوب عنه بعمل الاجير ، وأما لو استأجره على أن ينوب عنه في ذلك العمل ، فحيث أن العمل المذكور مما يجب على المستأجر بالمباشرة لا يصح استيجاره الغير للنباية عنه فيه .

وأما لو وجب على كل منها كفاية ، فان لم تعتبر المباشرة في عمل المستأجر ، واستأجر من ينوب عنه فيه ولو كان الاجير ممن وجب عليه =

وأكل المال - حينئذ - أكل بالباطل بل ربما يلزم - حينئذ - الجمع بين العوض والمعوض فإذا لا تصح الاجرة على الأفعال العيبية وابداء الحركات اللهوية كالأذهاب إلى الأماكن الموحشة ورفع الصخرة عن مكانها ونحو ذلك مما لا يتعلق للعقلاء غرض فيه .

= العمل المذكور أيضا كفاية كالجهاد - مثلاً - بناء على قبوله للنيابة ، صح الاستيجار ، فإن النائب نظراً إلى عدم وجوب الجهاد عليه عيناً مالك لعمله والمستأجر حيث لا يعتبر فيما وجب عليه من الجهاد المباشرة بنفسه بل له استثناء غيره عنه فهو قائل لأن يملك عمل الأجير بدلاً عما يدفعه إليه من الأجرة فيصح استيجاره ، ويكون المجاهد هو المستأجر بنائبه وبدنه التنزيلى ويسقط الوجوب عنها بفعل الأجير - كما لا يخفى - نعم ، لو استأجره على العمل لنفسه بما يترتب عليه من الأثر لا المستأجر فلا تصح الاجارة ، وبمجرد انتفاع المستأجر بعمل الأجير لنفسه بسقوط الوجوب عنه لقيام الأجير بالواجب للكفائي لا يكفي في صحة الاستيجار ما لم يدخل ذلك العمل في ملك المسأجر بماله من الأثر بدلاً عما خرج من ملكه إليه من الأجرة بمقتضى المعاوضة .

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

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

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

الثاني - أن لا يكون العمل مما يعتبر في صحته وترتب الاثر عليه ما يتنافى اثباته للوفاء به ، والا كان المأني به غير المعروض عليه والمعوض عليه غير المأني به فيكون أكل المال - حينئذ - أكلاً بالباطل .

لثالث - أن لا يكون مستحقاً عليه بحيث يخرج عن كونه مملوكاً له سواء كان الحق لله أم لهيره مستأجراً كان أم غيره ، ولذا لا يجوز أخذ العوض على الزكاة ممن دفعها إليه ، وإن وجد مستحق سواء ، ومثله أخذ الأجرة على العمل المملوك بخصومه بأجرة سابقة عليه ضرورة كونه مملوكاً للأول فلا يعقل تملكه لهيره ، فاعتبار هذه الشروط في صحة المعاملة وقابليتها لقرب الاثر عليها مما لا شك فيه ولا شبهة تعقيره .

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

(١) السابق - بفتحيتين - : الخطر الذي يوضع بين أهل للسباق ،

جمعه اسباق :

(٢) راجع : كتاب التجارة منه في شرح قول المصنف - عند تعداد

ما يحرم للتكسب به - : الخامس ما يجب على الإنسان فعله :: « : : : هذا هو المشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى » :

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

(١) في كتاب للتجارة - في شرح قول المصنف : السادس (يعني مما يحرم التكبس به) : أخذ الأجرة على الواجب : من تغسيل الأموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم . . . قال سيدنا في (الرياض) : « ونحوها الواجبات الأخر التي تجب على الأجير عيناً او كفاية وجوباً ذاتياً بلا خلاف ، بل عليه الاجماع في كلام جماعة ، وهو الحجة ، مع منافاته الاخلاص المأمور به كتاباً وسنة وأخرج بالذاني : التوصلى كأكثر الصناعات الواجبة كفاية توسلاً الى ما هو المقصود من الأمر بها ، وهو انتظام أمر المعاش والمعاد ، فانه كما يوجب الأمر بها كذا يوجب أخذ الأجرة عليها ، لظهور عدم انتظام المقصود بدونها ، مع أنه عليه الاجماع نصاً وفتوى ، وبذلك يندفع ما يورد من الاشكال بهذه الواجبات في هذا المجال . . » :

(٢) في شرح قول المحقق : الخامس (أي مما يحرم التكبس به) : ما يجب على الانسان فعله يحرم الأجر عليه كتغسيل الموتى وتكفينهم ودفنهم قال السيد - في الشرح - في جملة كلام له : « إن ماوجب كفاية لذاته يحرم أخذ الأجرة عليه . وهو كل ما تعلق أولاً وبالذات بالأديان كالفقاهة واقامة الحجج العلمية ودفع الشبهات وحل المشكلات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لأنه راجع الى الدين ، والأبدان كالطبابة والتمريض واطعام الجائعين وستر العراة واغاثة المستغيثين في النائبات على ذوى اليسار وابقاء القرى (الى قوله) والذي يجوز أخذ الأجرة عليه من الواجب الكفائي هو ما يتعلق أولاً وبالذات - بالأموال وإن رجع - بالآخرة - نلى =

ويظهر من جدى العلامة (في المصاييح التفصيل بين التعبدى منه والتوصلى فمنع في الاول مطلقاً وفصل في الثانى بين الكفائى منه والعينى فجوز في الاول مطلقاً وفصل في الثانى بين ما كان وجوبه للضرورة او حفظ للنظام وغيره ، فجوز في الاول ومنع في الثانى مطلقاً ذاتياً كان الواجب أم غيراً (١) .

= الاول كالجباكة والصباغة والتجارة ونحو ذلك (الى قوله) وبعبارة اخرى كل ما كان الغرض الأهم منه الآخرة : إما يجلب النفع او دفع الضرر ، لا يجوز أخذ الأجرة عليه ، ولا ينتقض بالجهد لما ستعرف ، وكل ما كان الغرض الأهم منه الدنيا اما يجلب النفع أو دفع الضرر فانه يجوز أخذ الأجرة عليه ، وان كان قد يرجع - بالآخرة - الى المهمات الدنيوية باعتبار كونه وسيلة اليها . . . » .

(١) قال جدنا (السيد بحر العلوم) - قدس سره - في (المصاييح كتاب التجارة) - في مقام بيان ما يحرم التكسب به - : مصباح - المشهور ان ما يجب فعله لا يجوز أخذ الأجرة عليه - علباً كان الوجوب أم كفائياً ، عبادة كان الواجب أم غيرها - وعليه إشكال مشهور ، وهو : ان الصناعات التي يتوقف للنظام عليها مما نجب كفاية على ماصرحوا به ، فيلزم عدم جواز أخذ الأجرة عليها ، وكذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجرة على الطبابة لوجوبها كفاية كالفقهاء ، وان يحرم أخذ الأجرة لما يعمل به لضرورة نفسه أو دفعها عن غيره أو لتحصيل النفقة الواجبة ومن ثم فصل بعضهم ، فمنع من أخذ الأجرة اذا كان الواجب عبادة لمناقبه الاخلاص ، وجوزه في غيرها لعدم المانع ، وهذا مختار فخر المحققين وجماعة من المتأخرين ، وهو وان سلم من الاشكال المذكور - ولكن رد عليه : أن القول بجواز أخذ الأجرة في غير العبادة إنما يصح في الكفائي =

والاقوى قصر الجواز فيها على التوصلى من الواجبات الكفائية والمنع فيما عداه ، تعديداً كان الواجب ولو كفائياً عينياً كان ولو غيراً .
واستدل للاول على ما يظهر من احتجاج بعضهم لما أخذوه باطلاقه عنواناً في المسألة بأمور :

الاول - الاجماع

وفيه انه في الجملة مسلم ، والمحصل منه على الكلية ممنوع والمنقول منه ظاهراً أو صريحاً في بعض الموارد الجزئية كالقضاء والشهادة والأذان وتعليم صيغة النكاح والقائها على المتعاقدين كما عن بعض منهم (المبسوط) و (الخلاف) و (التحريم) و (جامع المقاصد) غير مجد ، والمجدي منه على الكلية لم نتحققه الا في ظاهر (مجمع الاردبيلي) قدس سره حيث قال : « الظاهر أنه لا خلاف في عدم جواز أخذ الاجرة على فعل واجب على الأجير سواء كان عينياً أم كفائياً فكان الاجماع دليله انتهى بناء على قراءة (كان) فعلاً لا حرفاً ، ولعل نظر (الرياض) اليه في دعوى الاجماع عليه وهو مع ذلك موهون بما عرفت من التفصيل في الأقوال المتقدمة .

= منه دون العيني ، لأن أخذ الاجرة على العمل انما يجوز اذا كان للعمل مما يستحق الاجرة ، والعمل انما يستحق الاجرة او جاز الامتناع عنه بدونها ، إذ مع امتناعه جاز الامتناع عن اعطاء الاجرة ، وامتنع الالتزام عليها .

وعلى هذا فينبغي التفصيل في غير العبادة بالفرق بين العيني والكفائي . ويشكل ذلك أيضاً بأن الصناعات الكفائية مع الانحصار تصير عينية ، ومع ذلك يجوز أخذ الاجرة عليها ولا يجب العمل مجاناً ، فان ما يصنعه العامل لضرورة نفسه أو تخصيص نفقته الراجبة ، واجب عيني ، ويجوز أخذ الاجرة عليه ، بل يجب ، فينبغي التفصيل في العيني من غير العبادة =

الثاني - منافاته للاخلاص المعتبر في العبادة .

وفيه أنه أخص من المدعى لاختصاصه بالتمبدي من الواجبات ومنقوض

= أيضاً ، بالفارق بين ما كان المطلوب منه دفع الضرر أو حصول النظام ، وغيره مما ليس كذلك كوجوب إزالة النجاسة من المسجد مع الانحصار ، وتحصيل ما ليس بهيابة من مقدمات العبادة ، لتحصيل الطهور والسائر وتطهيره لأجل الصلاة . ووجه الفرق : أن سبب الوجوب في القسم الأول - وهو حصول النظام ودفع الضرورة - يقتضي الوجوب بحيث يأتي به الانظام ويندفع به الاحتياج ، وليس ذلك إلا بأخذ الأجرة ، فيقتضي جواز الأجرة فيه ، لأن المنع منه يوجب اختلال النظام وبقاء الاحتياج ، ويلزم منه عدم الوجوب فيها ، وإذا جاز الامتناع عن العمل هنا - بدون الأجرة ، بخلاف القسم الثاني ، فإنه يجب فيه حصول الفعل مطلقاً - ولا يسقط التكليف به مع الامتناع عن الأجرة . ومن ثم انتفى الاستحقاق فيه ولم يحز أخذ الأجرة عليه .

أما المندوب ، فإن كان عبادة لم يحز أخذ الأجرة عليه ، لمنافاته الاخلاص المعتبر فيها - كما مر - والاجاز مطلقاً (هـ) - كفاثياً كان أم =

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

بالمستحب منها فلا يتم لا طرداً ولا عكساً ، مضاعفاً الى ما قيل من تأكد الاخلاص به كما في (الجواهر) حيث قال بعد نقل الاجماع عن بعض ما لفظه : « وهو ان تم الحجة بالمنافاة ذلك الاخلاص في العمل المعتبر فيه اذ هو مع أنه غير تام فيما لا يعتبر فيه النية من الواجبات كالدفن ونحوه ومنقوض بالمستحب ، واضح المنع ضرورة كون الاجارة مؤكدة له باعتبار تسببها الوجوب أيضاً » (١) وكأنه تبع في ذلك شبخه كاشف الغطاء في

عينيّاً - لجواز الامتناع عنه ، فيثبت الاستحقة - بخلاف الواجب : نعم ترتب الأجر والثواب عليه يتوقف على فعله من غير عوض لتوقفه على قصد الاخلاص المنافي له ، وحينئذ يكون عبادة ويندرج في القسم الأول . وأما المطلوب من غيره ، فان كان عبادة امتنع أخذ الاجرة عليه مطلقاً - واجباً كان أو مندوباً ، عينيّاً كان أم كفائياً - وكذا غير العبادة ان كان عينيّاً يطلب فيه المباشرة بالنفس ، أو كفائياً لا يطلب من حيث = الانتظام أو دفع للضرورة ، والا جاز أخذ الاجرة مطلقاً .

وأما جواز الاستيجار للحج والصوم والصلاة عن الميت والعبادات المستحقة - مطلقاً - كما هو المتداول بين العلماء في جميع الأعصار ، مع كونها عبادات يطلب فيها المباشرة بالنفس ، فذلك حكم مخالف للاصل مخرج عنه بالدليل . والاشكال فيه من حيث الوجوب على النائب لأجل الاجارة ، ضعيف جداً ، لأن الممنوع عنه هو الواجب قبل الاجارة ، لا الواجب بسببها ، والا لزم بطلان الاجارة في الأعمال مطلقاً لوجوبها على الأجير بسبب الاجارة ، والتالي باطل بالضرورة :

(١) راجع : كتاب التجارة ، الخامس - مما يحرم التكبس به . : .
والمقصود : إن منافاة أخذ الأجرة للاخلاص لو تمت - إنما تصلح =

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

وان نقش بان الوجوب المسبب عن الاجارة ونحوها توصلي غير معتبر فيه الاخلاص حتى يكون مؤكداً للاخلاص المعتبر في العبادة .

إلا انها غير واردة ، لعدم دعواه لزوم التأكد ، بل مدعاه لإمكانه المتصور واو في إيجادها بقصد امتثال الامر الايجابي بالوفاء الحاصل من الاجارة وامكان التأكد ولو في مورد يلزمه عدم المنافاة بينهما بالذات .

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

وقياسه بالاغراض الدنيوية التي يأتي المكلف بالعبادة لاجلها كسعة الرزق ونحوها .

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

(ودعوى) كفاية التقرب بوجه في صحة العبادة ، ولو بالنسبة الى الامر الوجوبى بالوفاء اذ المانع خلو العبادة عن القرية لا اشتغالها من جميع الجهات عليها .

(واضحة) الفساد لان الامر بالوفاء إنما هو متعلق بالعبادة المعتبر فيها الاخلاص ، فالقرية المعتبرة فيما هو كالموضوع للامر بالوفاء كيف يمكن تحققها

= أن تكون دليلاً على عدم جواز أخذها في مطلق العبادات واجبة كانت أم مستحبة - لاعداد الجواز في الواجبات مطلقاً عبادة أو غيرها الذي هو مورد الاستدلال والاحتجاج ، دون الأول ، فندبر .

من امثال نفس هذا الامر المتأخر عنه في الرتبة وبمغزلة المحمول في القضية (١) كدعوى (١) امكان اتيان العبادة بداع الاخلاص ليس الا ويكون ذلك وفاء لما وجب عليه بالاجارة وان تجرد عن قصده اذ لا يعتبر في الوفاء به الاتيان لاجله بعد ان كان المفروض من الواجبات للتوصلية فلا ينافي الاخلاص المعتبر في العبادة وان لم يكن مؤكداً له اذ الاجارة وسائر عقود المعاوضة انما تتعلق بما يمكن ان يكون الاتيان به لأجل الوفاء ، وهو أي الامكان معقلاً في المقام لضرورة المناقاة بين القصدين .

للتالث - ما استدلل به شيخ مشايخنا (كاشف الغطاء) في شرحه على (القواعد) بما يرجع محصله بتوضيح منا الى التنافي بين صفة الوجوب واخذ

(١) محصل الدعوى المذكورة ومناقشتها : أتعلق الاجارة بالعبادة لا ينافي مع داعي الاخلاص حيث لا يعتبر في تحقق الوفاء بمقتضى الامر الاجاري قصد الاتيان به بما هو مستأجر عليه ، بل يكفي مجرد الاتيان به ولو بدون داعي امتثال الامر الاجاري ، اذ هو توصلي لا يعتبر في تحقق الوفاء به قصد امتثاله وعليه فيمكن للاجير الاتيان بالعبادة بداعي امتثال أمرها العبادي المتعلق بها ، وكما يتحقق بذلك التقرب الى الله تعالى بقصد الامتثال بها كذلك يحصل للوفاء بالاجارة ، والحاصل ان الامر الاجاري المتعلق بالعبادة لا ينافي الاخلاص المعتبر فيها وان لم يحصل به تأكده لكونه توصلياً لا يعتبر فيه قصد للتقرب الى الله بامتثاله . هذا ولكن الدعوى المذكورة كساقطتها في الاشكال وعدم التمامية فانه وان لم يعتبر في تحقق الوفاء بالاجارة قصد امتثال الامر الاجاري من حيث كونه توصلياً ولكن يعتبر في متعلق الاجارة وسائر عقود المعاوضة امكان الاتيان به لأجل الوفاء بالامر الاجاري ونحوه من باب تسليم حق للناس اليهم وهو ينافي مع كونه عبادة يعتبر فيه الخلو من والتقرب الى الله تعالى به لظهور المناقاة بين القصدين :

المعوض على الواجب ذاتاً لأنه يعتبر في المعوض ان يكون مملوكاً لمن له المعوض بمعنى ان لا يكون مستحقاً عليه ليتمكن من تملكه لئلا يذلل المعوض بازاء ما بذله والواجب لكونه واجباً عليه غير مملوك له بل هو مستحق لله ومملوك له وملك المملوك ثانياً غير معقول ولذا لا يجوز أخذ الاجرة على عمل مخصوص استؤجر عليه قبله وليس الا لكونه مملوكاً لغيره فلا يملك ثانياً وبعبارة اخرى العمل الواجب لكونه واجباً لا احترام له حتى يستحق بذلك المال بازائه ، وهو في المعنى والصح 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 ايجاده هو الواجب المستحق لله تعالى بذلك الوجوب المتعلق بكل المكلفين.

وفيه أنه ان تم فهو انما يتم في غير الكفائي من الواجبات ، وأما هو فلا ، لأن للفعل انما يكون مستحقاً لله ومملوكاً له بعد انصافه بالوجود ، ولذا لا يجوز الزامه بخصوصه عليه وهو قبله متعلق بالاجارة ، فالاجارة متعلقة به قبل صبرورته مستحقاً لله ، فهو - حينئذ - من هذه الحثية عمل محترم جاز بهذا المال بازائه ، وهذا بخلاف الواجب العيني فان الفعل فيه مستحق لله عليه بخصوصه قبل ايجاده ولذا جاز الزامه به قبله من هاب الامر بالمعروف لا يقال : ان الاجارة انما تتعلق بما كان متمولاً وفيه منفعة للمستأجر ولا يكون الفعل كذلك الا بعد انصافه بالوجود - حينئذ - فتعلق الاجارة هو ما تشخص كوله لله تعالى .

لانا نقول أن متعلق الاجارة هو الفعل حين عدمه لكن باعتبار قابليته للوجود القائمة هذه القابلية بذات الماهية قبل طرر عارض الوجود عليها ، فالماهية باعتبار تلك القابلية الذاتية متمولة ذات منفعة يصح بذلك المال بازائها ، وكم من فرق واضح بين الماهية باعتبار وجودها وبين الماهية بعد انصافها بالوجود ، فتعلق الاجارة هو الأول وما هو مستحق لله هو الثاني .

لا يقال : أن الاجارة وان تعلق بها قبل الوجود الا انها مسبوقه بتعلق الوجوب الكفائي بها- فبلازم الاشكال من حيث تعلق الاجارة بما هو متعلق للوجوب .

لأنا نقول : متعلق الوجوب كلي المكلفين ومتعلق الاجارة خصوص واحد منهم ، والخصوصية هي المصححة لتعلق الاجارة بها .

هذا وربما يقال بل قيل بجرى ما ذكره في الواجب التحريم بالتحخير العقلي فضلا عن التحخير للشرعي اذا كان بعض افراده مشتملا على مزية لم توجد في غيره او مشقة مفقودة فيما سواه كالدفن في الارض الصلبة المشتملة على زيادة مشقة في حفرها مفقودة في الرخوة فانه لامانع من اخذ العوض على حفرها بخصوصه اذ الواجب مطلق الدفن لا فيها بالخصوص ، وليس كذلك مالو تساوت افراده من جميع الجهات في متعلق اغراض العقلاء بها ، فان بذل المال حينئذ لواحد منها مفعه والمعاملة عليها معاملة مفهية ، ولكن فيه أن التحخير للعقلي بين أفراد الطبيعة المطلوبة من شخص معين لا يوجب خروج الفرد المختار عن كونه هو المطلوب منه والمستحق عليه : لأن تشخص الطبيعة السارية طور من أطوار وجودها وشأن من شئوناتها غير مبين لها ولا يمتاز عنها الا بخصوصية التطور الغير الموجب لخروجه عن كونه هو المستحق عليه ، ولذا كان الموجد له ممثلا لما أمر به وفي الدين الكلي الثابت في الذمة وفاء له وليس الا لكونه عين المطلوب منه والمشفوعة به ذمته ، فاذا كان العمل مطلوباً منه كان المأني به هو المستحق عليه لهم لو كان للخصوصية عنوان مستقل يتحد مع الطبيعة في الوجود مرة ويفترق عنها أخرى كالكون في المسجد مثلاً من حيث هو كونه فيه ، جاز بذل للعوض بازاء ذلك العنوان بخصوصه ، وان اتحد مع الطبيعة المطلوبة في الوجود والمعوض عنه فيها نحن فيه هو الصلاة في خصوص المسجد لا نفس

الكون فيه المتحد معها في الوجود :

وبما ذكرنا يظهر لك عدم الفرق في أفراد الواجب المخير بين ما اشتمل على مزية زائدة كصلاحية الارض في الدفن وغيره كيف ولو جاز البذل على الخصوصية مطلقاً لم يشذ واجب تعييني عن جواز 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 مستحقاً لله انما هو بعد قيام المكلف بالفعل وصدوره منه فتأمل : وفي حقوق التخيير الشرعي بالتخيير العقلي والكفائي وجهان ولعل الثاني هو الأقرب . هذا مع امكان دعوى منع المنافاة بين أخذ الاجرة والوجوب للعبي أيضاً بالفرق في الملكية بين الخالق والمخلوق والممتنع فيه طرو الملك ثانياً انما هو الثاني دون الأول ، فان الارض - كما ورد في بعض النصوص كلها بل المملوكات بأسرها - مملوكة لله تعالى مع تملك العباد لها .

وفيه أن المراد بالمملوكية لله المانع عن تملك الغير ، هو كونه مستحقاً لله تعالى مطلوباً باجاده منه بطلبه الخنمي فلا يتعلق حق باجاده والا فلا سوى الله مملوك لمالك السموات والارض : وبالجمله ، فهذه الجهة المانعة التي مرجعها الى انتفاء الشرط الثالث من الشروط المتقدمة في الواجب للعبي والصحيح كما اعترف به المستدل أيضاً ووجودها في الكفائي ممنوع كما عرفت مما بيناه : وهنا وجوه استدلوا بها للقول بالمنع مطلقاً كلها مزيفة تركناها خوفاً من التطويل :

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

الغريبة اقتصر في المنع على ما وجب بالذات.

وفيه - مضافاً الى عدم الفرق في المنع بين ما وجب لذاته وما وجب لغيره كتحصيل الطهور والساتر للصلاة كما ستعرف - انه يظهر منه منع الاجرة على حمل الاموات ، بل هو مندرج فيما ادعى هو عليه عدم الخلاف مع أن حمل الموتى من الواجب الغيري ، بل حفر القبر أيضاً مقدمة للدفن فيه ، ولا يقول بجواز اخذ الاجرة عليه بل ينقض عليه بالنقض للفريق واطفاء الحريق مع انه مقدمة للتجاة من الهلكة بل وبكل ما يجب لاقامة الدين وحفظ شريعة سيد المرسلين مع انها من الواجبات الغيرية . كما ان القول بالتفصيل بين المنع فيما كان للغرض الالهي من الاجرة والجواز فيما كان للغرض الالهي منه للدنيا كما تقدم من مفتاح الكرامة منقوض ايضاً بالانقاذ والاطفاء المتقدمين اذا كان الغرض دنيوياً 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 ويمكن ان يقال : أن للسيد في مفتاح الكرامة لم يجعل المناط في جواز اخذ الاجرة مطلق ما كان للغرض فيه الدنيا ، وان كان شخصياً لينقض عليه بالانقاذ والاطفاء فيما لو كان الغرض فيه دليوياً - كما ذكره سيدنا المصنف - قدس سره - بل الظاهر أن مراده ما كان الغرض للنوعي فيه الدنيا يجوز اخذ الاجرة فيه بخلاف ما كان الغرض فيه الآخرة فلا يجوز اخذ الاجرة عليه و الغرض من انقاذ الفريق واطفاء الحريق - نوعاً - حفظ للنفوس والأموال المحترمة وهو غرض اخروي يقصد به الأجر والثواب نوعاً ، ولعل أمر سيدنا المصنف بالتأمل اشارة الى عدم تمامية للنقض المذكور :

فإذا الأقوى هو ما ذكرناه من المنع عن ذلك في غير التوصلية من الواجبات الكفائية مطلقاً - ذاتياً كان الواجب أو غيرياً - لانقضاء ما هو المعتبر في صحة المعاوضة وقابلتها لغرب الأثر عليها من الشروط الثلاثة المتقدمة المفقود جميعها في بعض الواجبات وبعضها في جميعها . وأما للكفائي التوصلية ، فلا مانع من صحة تعلق الاجارة به بعد وجود المنفعة فيه للمستأجر ، ولو بسقوط التكليف عنه بفعله ، فيشمله عمومات أدلة العقود .

وكيف كان فالمسار في صحة تعلق الاجارة وغيرها من العقود على اجتماع تلك الشروط المتقدمة وعدمه وحيث لا مانع من جهتها في التوصلية من الفروض الكفائية جاز أخذ العوض عليها كما عليه جدنا (في المصابيح (١) تبعاً لغیر واحد ممن تقدم عليه غير أن بعض الفروض للكفائية ربما يستفاد من أدلة وجوبها صبرورة ذلك العمل حقاً للغیر يستحقه من المكلف كما يدعى : أن الظاهر من أدلة وجوب تجهيز الميت أن للميت حقاً على الأحياء في لتجهيز فكل من فعل شيئاً منه في الخارج فقد أدى حق الميت ، فلا يجوز أخذ الاجرة عليه وكذا تعلم الجاهل أحكام عباداته الواجبة عليه وما يحتاج اليه كصيفة النكاح ونحوها لكن تعيين هذا يحتاج الى لطف قريحة .

وان أبيت ذلك فنقول : ان مقتضى القاعدة جواز أخذ الاجرة على الواجب للكفائي اذا كان توصلياً مطلقاً الا ما قام الدليل من إجماع أو غيره على المنع عنه كتجهيز الأموات الذي لم ينقل فيه جواز أخذ الاجرة عليه الا ما يحكى عن المرتضى رحمه الله ولعل خلافه كما حكى عنه في وجوب التجهيز على غير الولي بناء منه على الترتيب في الوجوب بين الولي وغيره لاني حرمة أخذ الاجرة على تقدير الوجوب عليه .

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

ج ٢ ذكر دليل مختاره في المسألة - وهو المنع في التعبدى - وبعض النقوض عليها ٢٣

ثم ان هاهنا اشكالات لقضية يرد بعضها على القول بمنافاة اعتبار الاخلاص لأخذ الاجرة عليه ذاتاً وبعضها على القول بمنع الاجرة في الواجبات مطلقاً بل وعلى القول بقصر المنع على العيني منها :

فن القسم الأول للنقض بالعبادات المأني بها للاغراض الدنيوية كسعة الرزق وحصول الولد وغير ذلك سيما بالنسبة الى العبادات الموظفة لذلك ، وما كان مشروعاً لأجلها كصلاة الحاجة وغيرها ، فان العلة الغائية لا يجادها هي تلك الاغراض الدنيوية المترتبة عليها دون محض الاخلاص المعتبر فيها مع حكمهم بصحتها كذلك .

والجواب بالفرق بين ليل المقصود من الله بواسطة الاطاعة له بفعله لانه الموظف له عليه وبين نيله بدون واسطة الاطاعة بالفعل بل لنفس كونه فاعلاً له بحذف الواسطة ، فالمصحيح هو امثال الأمر بالموصل دون الفعل للتوصل به :

وبذلك يجمع بين ما ذهب اليه غير واحد من الأصحاب من بطلان للعبادة المقصود بها ليل الثواب والنجاة من العقاب ، بل نسب ذلك للعلامة (في المهناويات) الى اتفاق للعديلة وعن الشهيد في (القواعد) الى قطع الأصحاب ، وهو المحكى عن السيد رضى الدين ابن طاووس وبين ما هو المشهور بل المقطوع به من صحفها مع رجاء المثوبة أو النجاة من العقوبة ، مع تضافر النصوص عليه من الكتاب والسنة الواردة في الوعد والوعيد والترغيب والترهيب والتعزيز والتحذير وليس الا لما ذكرناه من الفرق وان الذي يقتضي فساد للعبادة بقصده هو ما اذا كان الداعي للفعل والمحرك له عليه ليس إلا النتيجة المحمولة للفعل : من الثواب والعقاب على وجه لولاهما لما وقعت منه للعبادة ، كالأجير الذي يفعل للفعل لمحض الاجرة بحيث لو أربد الفعل منه مجاناً لم يفعله . واتيان العبادة بهذا الوجه لا يستبعد فساد دون ما كان الداعي

له عليه هو أمر الله تعالى وارادته وان تجرد عن المثوبة والعمولة غير انه لما كان هو الموظف لهذه الوظائف على هذه الافعال لطفاً منه تعالى ، قصدها والتمسها منه معرضاً لنفسه بعملة الله تعالى سبحانه الى لبس الثواب لانه الموظف له باطفه وكرمه على هذا الفعل ، فلا ظن احداً ينكر صحة العبادة على هذا الوجه وتفصيل الكلام محل آخر .

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

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

(١) للواجبات العبادية : ما لا يقبل النيابة منها - لاعتبار المباشرة ممن وجب عليه - : فان عدم صحة تعلق الاجارة بها - واضح . إذ الواجب المعتبر فيه المباشرة ممن وجب عليه ، وكونه لازماً بفعله - شرعاً - مساوياً الاختيار في تركه ، لا يتصف بكونه مملوكاً لفاعله لتصح المعاوضة عليه ، فان حقيقة ملكية العمل : كونه تحت اختيار عامله وقدرته : وبالحجملة فأكل المال بازائه اكل له بالباطل .

وأما ما يقبل النيابة منها - بحسب ما يستفاد من الدليل - : اما عن خصوص الميت أو الأعم منه ومن الحي كالجج بالنسبة الى العاجز عنه ، فانه لا إشكال فيما لو تبرع النائب عن المنوب عنه في امتثال أمره المتوجه اليه ، وفي مقوطه عنه بامتنال نائبه عنه . إنما الاشكال في صورة استيجار النائب على اتيان ماوجب على المنوب عنه وامتناله الأمر الموجه اليه بفعله ، وأنه كيف يمكن =

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

=تحقق الخلوص في العبادة من النائب مع كون داعيته استحقاق الأجرة ، ولو مشوها بداعي القرية ، وهو مناف للخلوص المعتبر فيها :

وربما يقال : إن تضاعف للوجوب بسبب الاجارة على العبادة يؤكد الاخلاص المعتبر فيها ، لا أنه يتنافى ، ولعل وجهه : أن الأجير على عبادة الغير حيث كان في مقام امتثاله قاصداً التقرب الى الله تعالى في امثال الأمر العبادي الموجه الى المنوب عنه ليكون تقربه تفرقه ، وقاصداً - ايضاً - امتثال الأمر الإجاري المتوجه اليه ، والتقرب به - وهو امر « اوفوا بالعقود » وأنه - وان كان توصلياً لا يعتبر قصد التقرب به ، ولكن يمكن للنائب الأجير أن يقصد التقرب الى الله بامثاله كالامر الأول العبادي ، فيتأكد تحقق الإخلاص وقصد التقرب من الأجير .

هذا ، ولكن يمكن أن يقال : إن تأكيد الخلوص إنما ينتج في المنبرع بنياته عن الغير في أداء عبادته ، حيث أنه لا يبتغي بنياته أجرأ من غير الله تعالى على امتثال الأمر المتوجه الى المنوب عنه ، فيمكنه قصد التقرب الى الله بنياته وتبرعه وإحسانه الى المنوب عنه بأداء ماوجب عليه من العبادة والتقرب به عنه . وأما الأجير الذي يبتغي بعمله ونياته استحقاق الأجرة من المستأجر له على النيابة واخذها منه عند امتثاله أمر المولى المتوجه الى المنوب عنه ، فإنه لا يتحقق منه الخلوص في العمل وعدم كونه مشوباً بقصده استحقاق أجر من غيره تعالى عليه ، فالوجه المذكور لا يدفع غائلة

عن تنزيل الانسان نفسه منزلة غيره في الامر الخاص ، عكس الوكالة التي = وقد يقال - في التخلص عن الاشكال - : إن أخذ الأجرة على العمل عن الغير من قبيل للداعي على الداعي ، فان الأجير ينبعث فهو الاتيان بما وجب على المنوب عنه بداعي امثال أمر الله تعالى المتوجه الى المنوب عنه وهو داع قربي ، والداعي له على داعي الامثال استحقاقه الأجرة من المستأجر له على ذلك ، فداعي الأجرة في طول داعي القرية لاني عرضه كي يتنافي الخلوص المعتبر في العبادة ، فهو من هذه الجهة نظير من قصد بعبادته امثال أمر الله تعالى المتوجه اليه ، وكان داعيه على الامثال المذكور نيل الأجر والثواب من الله تعالى على امثاله . ومن الواضح : إن ذلك لابتنافى الخلوص المعتبر في العبادة .

وفيه : إنه لو كان المصحح ابادية العبادة مجرد وجود الداعي الالهي فيها ، وكان الاتيان بها بمجرد داعي امر الله وتوسيطه في الامثال كافياً في عبادية العبادة وتحقق العبودية والخلوص وان انتهت سلسلة دواعيه الى داع غير إلهي - لكان ذلك وجهاً في التخلص عن الاشكال ، لكنه بمعزل عن تحقق العبودية والخلوص ، فان من كان داعيه الى امثال امر الله تعالى المتوجه نحو المنوب عنه استحقاق الأجرة من المستأجر له وأخذها منه ، كيف يكون مخلصاً في عبادته في حين أن داعيه وتحركه نحو الامثال لو لم يكن اخذ الأجرة ايس إلا ، فلا شبهة في كون ذلك دخيلاً في للداعي الالهي ولا وجه لتظيره بمن كان داعيه الى امثال أمر الله تعالى نيل الثواب المحمول منه تبارك وتعالى على التقرب اليه بالعبادة ، وكما فرق بين انتهاء الدواعي المتسلسلة الى الله تعالى ، وبين انتهائها الى غيره ، فان الاتيان بالعبادة لله تعالى راجياً منه لطفه واجره وثوابه وتوسيعه رزقه ونحو ذلك هو من حقيقة العبودية ومرتبة منها ، وان لم يكن أعلاها ، بخلاف الاتيان =

هي عبارة عن تنزيل الغير منزلة نفسه فيه ولذا يتوقف حصولها على التوكيل بها لله تعالى ليستحق بذلك الاجرة المحبولة له من المستأجر على ذلك ، فانه ليس بعبادة لله تعالى ، إذ ليس حقيقتها صرف قصد العامل كون للعمل لله تعالى مالم يكن باعنه ومحركة نحو العمل أمر الله تبارك وتعالى ، ولو لنيل ما هو معمول منه لطفاً من أجره وثوابه على ذلك ، بخلاف ما لو كان المحرك له على ذلك لنيل الأجر والثواب من مخلوق مثله ، فان ذلك ليس بعبادة للمخلوق - جل وعلا - وهو من الوضوح بمكان .

وقد يقال - في مقام التخلص عن الاشكال - : إن قصد المستأجر التقرب الى الله تعالى في استيجاره للنائب في عبادة المنوب عنه - كاف في عبادته ، وان لم يتقرب للنائب بعمله ، فان فعل النائب فعل تسببي للمستأجر وحاصل هذا الوجه . ان مقتضى دخول النيابة في عمل كون الواجب على المكلف ايجاده بنفسه مباشرة أو التسبب اليه باستيجار الغير عليه أو طلبه منه - ايجاد العمل نيابة عنه بنحو يصح استناد الفعل اليه ، ويقال عليه : لانه فاعل التسبب ، وعليه ، فيكفي في عبادية العمل قصد التقرب من المسبب له ، ولا يعتمد التقرب ممن صدر منه العمل ، وهو النائب ، فيصح منه ، وان كان دأبه الى ذلك أمر غير إلهي وقصده غير قربى .

وفيه : ان باب التسبب أجنبي عن تصحيح عمل النائب والأجير : توضيح ذلك : ان التسبب قد يكون في ضمان التالف : فانه كما يثبت بمباشرة الضامن للتلف ، كذلك يثبت بتسبيبه اليه بنحو يستند التلف الى فعل المسبب فيما اذا لم يتوسط بينه وبين موجب للضمان فعل فاعل مختار . فمن حفر بئراً في طريق وممر للناس ولم يجعل لها غطاء أو غطاها بشيء يسير من الحشيش والتراب مثلاً ، فمر بها انسان او حيوان ، فوقع فيها ومات ، فانه بضمن ديبته أو قيمته ، وكذا لو اجج ناراً في ربح عاصف =

بخلاف النيابة ، فالها لا تتوقف على الاستئابة وان توقف ترتب أثرها في ولم يتخذ لها حافظا أو واقياً ، فأحرق بسببها مال للغير ، فانه يضمه و نحو 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 بمباشرة ، بأن أقاه فيها أو سبب الغير الوقوع فيها ، كما لو طلى نواحى البئر المذكورة بمزلق حيث لا يطلع المار بها على ذلك ، فزلقت رجله ووقع فيها ومات ، ففي الصورة المذكورة ونحوها مما توسط بين موجد السبب وموجب الضمان فعل فاعل مختار - لا يستند التلف الى موجد السبب ، بل يكون فعل الموجد من المعدات ويستند للتلف الى الفاعل المختار ، ويكون هو الضامن للتلف : نعم ، لو توسط بينهما فعل فاعل غير مختار ، كما اذا كان وقوعه فيها بمزاحمة حيوان له أو صبي غير مميز أو نحو ذلك ، فالظاهر استناد التلف الى المسبب والحافز : وحاصل معنى التسبب - على هذا الوجه - استناد الفعل الى المسبب حقيقة ، كما لو كان هو المباشر له ولا تسبب بالمعنى المذكور في ما هو محل للكلام من عبادة النائب ، فانه : إما متبرع أو أجبر وهو إما أجبر عن الولي أو عن المتبرع في صورة كون المنوب عنه ميتاً أو أجبر عن المنوب عنه الحي ليعمل لنفسه المستأجر ، كما في الأجبر عن العاجز في الحج ، والتسبب بمعنى عدم توسط الفاعل المختار وإستناد الفعل الى المسبب حقيقة دون الفاعل ، تنتف في الصور المزبورة ، فان صدور العمل من النائب بإرادته واختياره :

نعم فيما أو استأجر المكلف غيره في اتيان ماوجب عليه لياهة عنه ، وكان المورد مما نصح فيه النيابة عن الحي كالحج بالنسبة الى للعاجز عنه يمكن أن يقال : إنه من التسبب واستناد فعل الأجبر الى المسفاجر =

بعض الموارد عليها ، فالنيابة التي هي من فعل القلب هي المأخوذ عليها = ولكن ينحو من المجاز والمسامحة ، وابن ذلك من كون باب النيابة - مطلقاً - من باب النسب ، فالوجه المذكور غير تام ايضا .

وربما يقال : إن المصحح لعمل الاجبر : هو انيائه بالعمل بداعي الأمر الاجاري المستفاد من الامر بوفاء عقد الاجارة بقوله - تهارك وتعالى - « أوفوا بالعقود » .

ولكنه - أيضاً - غير تام ، ولا صلاحية له لتصحيح عمل الاجبر ، فان الأمر الاجاري توصلي لا يعتبر في سقوطه قصد امثاله ، وإن صحة عمل الاجبر تتوقف على قصد امثال الأمر . وعليه ، فلم يكن ملاك عبادة عمله هو الأمر الاجاري ، لأنه متعلق بما هو عبادة في نفسه ، فجبهة العبادية مأخوذة فسيما هو الموضوع للامر الاجاري ، ورتبة الموضوع متقدمة على متعلق به من الأمر ، فلا يعقل كون الامر الاجاري ملاكاً لعبادية عمل الاجبر هذا مضافاً الى ان الاجبر استوجر للاتبان بما هو عبادة للمعنوب عنه وموجب لقربه ، فلو كان ملاك العبادية الأمر الاجاري المتعلق به ، فيكون عمل الاجبر عبادة له وموجباً لقربه

وبالجملة ، فالوجه المذكورة مخدوشة بجملة ، وغير صالحة للافتصا بها عن الاشكال ، ان لم تكن موجبة لتأكيد الاشكال :

ويمكن أن يقال في التخلص عن الاشكال بأن مقتضى الأصل في الأمر العبادي الموجه الى المكلف عدم سقوطه عنه إلا بامثاله وإطاعته وعدم الاكتفاء بامثال غيره عنه . نعم قد يثبت بالدليل في بعض الواجبات سقوط الأمر الموجه نحو شخص بامثال غيره ، نيابة عنه ، وذلك بحسب مقدار ما يستفاد من الدليل ، والله يختص بالقضاء عنه بعد موته أو يشمل الاتيان به عنه في حياته لعجزه ، وعليه ، فرجم دليل قبول العمل للنيابة الى التوسعة =

= في مرحلة امثال التكليف وتنزيل فعل النائب منزلة فعل المنوب عنه في إسقاط التكليف الموجه نحو المنوب عنه .

وما يظهر مما ذكره سيدنا - قدس سره - : من أن النيابة بعد تحققها وامضاء الشارع لها موجبة لتوجه التكليف المتعلق بالمنوب عنه الى النائب فيما استنيب فيه بعد تنزيل الذات منزلة الذات - الى آخر كلامه - ومحصله أن النائب بعد تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه في مقام الاثبات بما وجب عليه وإمضاء الشارع - بدليل قبول ذلك الواجب للنيابة - التنزيل المذكور - بتوجه أمر المنوب عنه الى النائب ويكون امثال النائب امثالاً لأمر المنوب عنه وتقربه تقربه - هذا حاصل ما ذكره سيدنا - .

ولكنه غير واضح ، فان تنزيل النفس منزلة الغير ليس هو اسراً واقعياً لبيكون النائب بعد تنزيل نفسه منزله المنوب عنه هو هو ليتوجه امر المنوب عنه اليه ويكون فعله فعله وتقربه تقربه وإنما هو محض تقرب للنيابة في العمل وأن مرجعها جعل النائب نفسه عند امثال أمر المنوب عنه نازلاً منزله وقائماً مقامه في امثال أمره المتوجه اليه ، وأما توجه أمر المنوب عنه الى النائب ، فان رجع الى كون شخص أمر المنوب عنه متوجهاً الى النائب بنحو يكون ذلك الامر متعلقاً بالمترتب عنه وبنائيه عند موته أو عجزه فالظاهر استحالة فانه كيف يمكن توجه امر شخصي من الأمر نحو مكلف ومع عجزه عن امثاله او موته يتوجه شخص ذلك الامر الى من ينوب عنه في الامثال ، نعم يمكن أن يكون النائب مأموراً بأمر آخر ، مثل أمر المنوب عنه ، ولكنها أمران تعلق أحدهما بالمنوب عنه ، والآخر بالنائب ولكل منهما امثال على حدة ، وكيف يكون امثال للنائب أمره الموجه اليه امثالاً لأمر المنوب عنه ، وموجباً لاسقاطه :

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

= للنيابة مقتضاه للتوسعة في مقام الامتثال ، وكون الأمر الموجه نحو المنوب عنه قابلاً للامتثال منه ومن يأتي بالفعل لنيابة عنه . وعليه : فالمتبرع عن الغير في نيابته عنه امتثال ماوجب عليه ، إنما يأتي بالعمل بداعي تفرغ ذمة المتبرع عنه عما توجه اليه من التكليف ، فيكون في عمله وامتناله قاصداً امتثال الأمر الموجه الى المنوب عنه ، وهو المحرك والباعث له نحو العمل والملاك لعبادته ، دون الأمر النذبي المتوجه اليه ، إذ يمكن أن لا يقصد امتناله والتقرب به - اصلاً - ومع فرض قصد امتناله لا يقصع عن المتبرع عنه مالم يقصد امتثال الأمر المتوجه الى المتبرع عنه ، فلولم يأت بالعمل بداعي أمر المتبرع عنه لم يرتبط عمله به ليكون امتثالاً لأمره وموجباً لتفريغ ذمته ، وهذا الفعل الخارجي من المتبرع وإتيائه بالعمل بداعي تفرغ ذمة المتبرع عنه عما توجه اليه من التكليف مصداق للنيابة عنه فلا حاجة إلى تنزيل نفسه منزله نفس المنوب عنه ثم الاتيان بما وجب عليه بعد التنزيل نعم ، للشارع بدليل قبول ذلك الواجب للنيابة - نزل ما يصدر من النائب بداعي تفرغ ذمة المنوب عنه عما رجب عليه من العبادة منزلة ما يصدر عنه وجعل امتناله للأمر المتوجه نحوه عند نيابته عنه بمنزلة امتناله في سقوط الأمر به ، وليست التوسعة المذكورة من الشارع في امتثال التكليف من قبيل التعميم للمباشرة والتسبيب ، فإن ما يصدر عن المتبرع لم يكن بتسبيب من المتبرع عنه لا مكان التبرع فيه عن الميت ، ومن الواضح عدم تعقل التسبيب فيه ، وفي ماله أمكن التسبيب ربما يصدر للعمل من المتبرع فلا اطلاع من تبرع عنه ، وقد لا يرضى بالتبرع عنه ، ولربما ينهي عنه ، كما لو نهى الولد الأكبر الذي وجب عليه قضاء ما فات عن أبيه غيره بالتبرع عنه في العمل فلم يلقه المتبرع وأتى به بداعي تفرغ ذمة الميت ، فانه يصح وتحصل به إراءة ذمة الميت وإراءة الولد الأكبر . مع أنه ليس في هذه =

= للصورة تسبيب - أصلاً - لامن الميت ولا من الوند الاكبر - وهذا كاشف
عن أن المناط في صحة العمل ليس هو التسبيب ، بل المصحح له ماذكرناه
= من كونه قاصداً في إتيانه بالعمل تفريغ ذمة الغير المتوقف على قصده امتثال
الأمر المتوجه الى الغير :

ثم إن الفعل الخارجى للصادر من المتبرع بعنوان كونه عن الغير محقق
لعنوانين طوليين : أحدهما - كونه نيابة عن الغير المتوقف على قصده للفعل
عنه ، فما لم يقصد كونه عن الغير - لا يقع عنه ، وإن قصد امتثال الأمر
المتعلق بالغير - ثانيهما - كونه عبادة واجبة على الغير ، وهو متوقف على قصده
امتثال الأمر المتوجه الى الغير ، وهو ملاك عبادية عمل المتبرع عنه . وأما
كون العمل عن الغير المحقق لعنوان النيابة المتقدم في الرتبة على العنوان الثاني
فهو اجنبي عن ملاك عبادية العمل المأتي به عن الغير ، فان المقصود كون
العمل مقرباً للغير المنوب عنه ، والنيابة عمل للنائب ، فلو كان قصدها
ملاكاً لعبادة عمله لكان منشأ لتقربه لا لتقرب المنوب عنه :

ثم إن النائب يمكن أن يقصد بنيابته التقرب ، ويمكن أن لا يقصده
فان قصده كان عمله مقرباً له - أبصاً - إذ هو متبرع باتيان عبادة الغير
قربة إلى الله تعالى ، فيحصل - حينئذ - تقرب للمنوب عنه لاتيان عبادته
بفعل النائب ، وتقرب للنائب لقصده التقرب بنيابته ، ولو لم يقصد للتقرب
بنيابته بل قصد لاتيان العبادة عن المنوب عنه يكون عمله موجباً لتقرب
المنوب عنه ، لا لتقرب نفسه ، حيث أنه لم يقصد للتقرب بنيابته ، وهو
غير قادح ، 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 ، ثانيهما متوقف على الأول ، وهو - أي الأول - =

الاجرة دون الفعل المنوب فيه المعتبر فيه الاخلاص الذي هو من أفعال الجوارح . فهنا فعلان : احدهما فعل قاي وهو النيابة ، والآخر من أفعال الجوارح وهو من الفعل المنوب فيه ، وما يعتبر فيه الاخلاص هو الثاني دون الاول الذي هو من التوصلي الذي مرة يكون راجحاً واخرى يكون مرجوحاً وثالثة مباحاً ، والراجح قد يكون واجباً ، وقد يكون مستحباً ، فيختلف حكمها بحسب ما يقتضيه موجهه . ومتعلقها أى الفعل المنوب فيه قد يكون توصلياً ايضاً وقد يكون تعبدياً يعتبر فيه الاخلاص .

= قصدي مضاف الى النائب ، وليس عبادياً متوقفاً على قصد القرية به ، بل يصح ، ولولم يقصد به التقرب ، والعنوان الثاني مضاف الى المنوب عنه لكونه عبادة عنه ، ويتوقف تحققه على قصد امتثال الأمر المتوجه الى المنوب عنه ويكون موجباً لقربه دون النائب ، كما لو كان المنوب عنه هو المباشر لكان قصده كذلك ، فيكون اجتماع هذين العنوانين أعني عنوان النيابة وعنوان العبادة عن الغير في الفعل الخارجى الصادر عن النائب - كاجتماع عنواني الصلاة والغصب في الفعل الخارجى وهو الصلاة في الدار المغصوبة - مثلاً - سوى أن الصلاة والغصب عنوانان عرضيان ، وهذان العنوانان طويلان ، الثاني منهما في طوله الأول . إذا عرفت ذلك ، فنقول فيما هو محل الكلام من عبادة الأجير : ما هو متعلق الاجارة وتقع الاجرة بأزائه عنوان النيابة في عمل الغير وقد عرفت أنه توصلي ، فيصح أن يقصد به استحقاق الاجرة من المستأجر وليس مرتبطاً بملاك عبادة العبادة عن الغير كي يكون أخذ الاجرة منافياً لها بل الذي ينافي أخذها كون النيابة عبادة المفروض عدمها ، فعدم استحقاق الأجير الأجر والثواب بنيابته لاينافي بتحقيق عبادة الغير عنه وصيرورة المنوب عنه مستحقاً للاجر والثواب ، والمفروض دخول النيابة في عمل المنوب عنه بمعنى حصول التقرب له بالاعم من عمل نفسه وعمل نائبه عنه . =

ثم ان النيابة بعد تحققها وامضاء الشارع لها موجهة لتوجه التكليف

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

هذا محصل ما أفاه شيخنا الامتاذ - قدس سره - ولا أظنك بعد هذا للتقريب تنوهم مما ذكره سيدنا المصنف - قدس سره - بقوله : « فالنيابة التي هي من فعل القلب هي المأخوذ عليها الأجرة » وقوله - رحمه الله - : « فهنا فعلان : أحدهما - فعل قلبي وهو النيابة ، والآخر من أفعال الجوارح وهو الفعل ، الخ .

فيقول : إن الاجارة لا بد أن تقع على عمل ، ولا يكفى في متعلقها صرف فعل القلب ، وذلك لما ذكرنا : من أن متعلق الاجارة : النيابة وهو العمل عن الغير ، وكونه قصدياً منوطاً بقصد النائب النيابة لا يقتضى كونه عبارة عن نفس القصد الذي هو مجرد فعل للقلب ، بل هو فعل خارجي له جهة اضافة الى النائب وهي جهة الاصدار بالمعنى المصدري ، وله جهة أخرى بالمعنى الاسم المصدري التي هي جهة العبادة وكونه امتثالاً للأمر المتوجه الى المنوب عنه بفعل نائبه ، والجهة الاولى توصلية محضة ، والجهتان طويلتان وليس تعددهما بمحض الاعتبار ، كما يتوهم ذلك .

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

المتعلق بالمنوب عنه الى النائب فيما استنبط فيه بعد تنزيل الذات منزلة الذات الذي من آثاره للوضعية صيرورة فعله فعله وتقربه تقربه ، فالاجارة - 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 المقرّبة عليه ، فهو مقدور له بواسطته ، فلا تعدد في الجعل والتنزيل من النائب ، بل الحاصل منه جعل واحد وهو قيام ذاته مقام ذات غيره فيه وصيرورة فعله فعل غيره من آثار هذا الجعل غير موقوف على جعل آخر ، فمرجع الاجارة - في الحقيقة - الى هذا الجعل الذي هو فعل قلبي ، وان تعلقت بفعل الجوارح من العبادة وغيرها ، فافهم فانه دقيق

ثم ان النيابة المستحبة ان كان إيجادها لامثال الامر الاستحبابي أثيب النائب عليها ، وان كان متعلقها توصلياً ، غير أن متعلقها : ان كان عبادة كان ثواب فعل المنوب فيه للمنوب عنه وثواب النيابة للنائب :

وبالجملة فان كان الفعل المنوب فيه مما يثاب عليه - كما لو كان عبادة - كان ثوابه للمنوب عنه ، وان كان صادراً من النائب لانه هو هو بعد الجعل والتنزيل سواء كانت النيابة مما يثاب عليها النائب أم لا كما ان ثواب النيابة حيث يثاب عليها للنائب ائيب المنوب عنه بالمنوب فيه أم لا كما لو كان من التوصليات ، فقد يخلو ان من الثواب ، وقد يقرب عليهما للثواب 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 الهدية التي تضافرت النصوص على استحباب التبرع بها ومنها صلاة ليلة الدفن لرفع الوحشة عن الميت في القبر - فلا يجوز الاستيجار عليها بناء على منافاة الاخلاص لأخذ الأجرة لأن بذل العوض إن كان هزاء للعمل فالمفروض اعتبار الاخلاص فيه المنافي له ، وإن كان

هازاء الثواب المترتب عليه ، فمع أنه غير معلوم تحققه لاحتمال وجود ما يمنع عن قبوله مع جهالة مقداره على فرض تحققه ، لاسخبة له مع الاموال والاعمال الدلوية التي تصح المعاملة عليها لعدم احتسابه من المتمولات عرفاً ولا شرعاً .

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

اللهم إلا أن يكون البذل هزاء الإهداء الذي هو فعل من أفعال المهدي كما ذكرنا في الأجرة على النيابة ، إلا أن الإهداء بعد فرض السلاخ المالية عن متعلقه لامعنى لهل المال عليه .

فاذا ما هو المتعارف من الاستيجار على صلاة الوحشة ، ولو بالاجارة المعاطاتية لا يخلو من اشكال ، بناء على المناقاة الزهورة .

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

ومن القسم الثاني

القبض بالحرف والاصنائع المتوقف عليها النظام ، قالها لذلك من الواجبات للكفاية مع جواز أخذ الأجرة لها والمعاملة عليها ، بل حتى مع تعيينها على واحد مخصوص بسبب الانحصار فيه .

ويدفعه ان وجوب الصنائع انما هو لحفظ النظام وانما يستقيم النظام

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

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

وهذا وان كان وجهاً وبحصل دفع الاشكال عن جواز أخذ الأجرة على الواجب النظامي وقد سبق من سيدنا الاعظم طاب ثراه في (المصباح) للتوجيه به ايضاً ، ولكن ما ذكرناه من الوجه فيما سبق من تعليقتنا ، واوضحناه بما لا مزيد له لعله اوضح ، وحاصله أن الواجب النظامي لم يكن كغيره مما تعلق به تكليف شرعي الزامي ليكون المكلف ملزماً ومقهوراً على الابتيان به ومسلوب القدرة شرعاً عن تركه المقنض ذلك عدم ملكيته وسلب ماله وعدم صحة تعلق الاجارة به والمعاوضة عليه ، بل هو اي للواجب النظامي من العمل اقتضى وجوبه والزام العامل به ، ضرورة توقف انتظام العيش عليه ولزوم اختلاله بعدمه . وحيث أن الضرورة انما تقدر بقدرها ، فاللازم على العامل بذله لمن احتاج اليه ، والممنوع حبسه عنه ، ومجرد ذلك لا يقتضي لزوم التبرع به وسقوط ماله عليه فله أخذ الأجرة عليه ممن عمل له ومع اعساره له احتسابها ديناً عليه واستحصاها عند يساره أو غير ذلك من وجوه الاستحصا عند عدم اليسار :

والحاصل بان مالا يستقيم للنظام الا به من الأعمال ويلزم من عدمه اختلال العيش لنوع الانسان بمنزلة مالا يستقيم الا ببذله من أعيان الأموال =

ومن ذلك اخذ الأجرة على الطبابة التي هي أيضا من الواجبات للكفاية بل يجوز ذلك حتى مع تعيينها على الطبيب بالانحصار ، ضرورة أن الانحصار يوجب انقلاب ذلك الوجوب الكفائي الى الوجوب العيني والواجب كفاية هو التمسك بها ، فيتعين عليه مع الانحصار ، فمعنى التمسك هو أخذ الأجرة بإزاء العمل ، فيجب على الطبيب مع التمسك عليه - معالجة المريض - ببيان الدواء بعد تشخيص الداء وأخذ العوض منه مع قصده ، وعلى المريض أولويه 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 او غيرها ومثله العمل لتحصيل النفقة الواجب عليه لنفسه ولمن يجب عليه نفقته فان المتوقف عليه حصول النفقة هو العمل المأخوذ عليه الأجرة وهو الواجب عليه مقدمة دون العمل المجاني .

وهنا مسلك آخر لجواز أخذ الأجرة على الطبابة وان تعينت عليه للانحصار ملكه شيخنا المرنضى في (مكاسبه) حيث قال : « ومن هذا الباب أخذ الطبيب الأجرة على حضوره عند المريض اذا تعين عليه علاجه

= فكما ان غاية ما يقتضيه ضروره نظام العيش عند شحة الطعام مثلا وقلة لزوم بذله لاحتاجه وحرمة حبسه واحتساره على تجاره ومالكه زائداً على مقدار حاجتهم اليه ولا يقتضى ذلك لزوم التبرع به وبجالية بذله بل لما لكانه أخذ عوضه والمعاوضة عليه مع من احتاج اليه ، هكذا مثل الحجاز والبناء والنساج والخياط ونظائرهم ممن لا يستقيم النظام الا بأعمالهم لأنما يلزمهم تهيئة أنفسهم للعمل المطلوب منهم عند الاحتياج اليه ولا يلزمهم بذله لمن احتاجه بنحو التبرع والحج ان بل للعامل أخذ الأجرة عليه واستحقاقها منه عند عدم تبرعه بعمله له ، وهو منشأ السيرة الجارية على أخذ الأجرة على العمل مع عدم استقامة النظام الابنه :

فان العلاج وان كان معيناً عليه إلا أن الجمع بينه وبين المريض مقدمة للعلاج واجب كفائي بينه وبين أولياء المريض ، فحضوره أداء للواجب الكفائي كاحضار الأولياء إلا أنه لا بأس بأخذ الاجرة عليه « انتهى » ، ومقتضاه : التفصيل وعدم جواز أخذ الاجرة فيما لو تعين الجمع ايضاً على الطبيب لعدم إمكان نقل المريض اليه ، وهو خلاف إطلاق كلامهم في جواز ذلك له وان تعينت المعالجة عليه ببيان الدواء بعد تشخيص الداء .

وما ذكرناه هو الوجه في جواز أخذ الاجرة على الصنائع مع كونها من الواجبات الكفائية .

لاما ذكره شيخ مشايخنا في (شرحه على القواعد) من دعوى كونها من الواجب المشروط لا المطلق ، حيث قال - بعد ذكر مايدل على المنع عن أخذ الاجرة على الواجب - مانصه : أما ماكان واجباً مشروطاً فليس بواجب قبل حصول الشرط ، فتعلق الاجارة به لامانع منه ، ولو كانت هي للشرط في وجوبه ، فكمل ماوجب كفاية من حرف وصناعات لم يجب إلا بشرط العوض باجارة أو جمالة أو نحوهما ، فلا فرق بين وجوبها العيني للانحصار ووجوبها الكفائي لتأخير الوجوب عنها وعدمه قبلها ، انتهى ، لان للصناعات انما يجب مقدمة لحفظ النظام للذي هو من الواجب المطلق دون المشروط فيتبع وجوبه في الاطلاق والتقيد .

اللهم إلا أن يرجع كلامه - ولو بالتكلف - إلى ما ذكرناه .

ولا ما قبل في دفعه بأن المتوقف عليه النظام هو مطلق العمل الاعم من للعمل بالاجرة ، لخصوص المتبرع به حتى لا يجوز أخذ الاجرة عليه لانه اذا فرض وجوب العمل من حيث هو ولو للتدبير امتنع أخذ العوض عليه بناء على عموم المنع من اخذ العوض على الواجبات مطلقاً .

ولا ما قبل من الالتزام بجواز أخذ الاجرة 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 اولا وعدم التخصي بهما عن الاشكال على القول المشهور بالمنع مطلقاً ثانياً .

ولا ما قبل بالالتزام بخروج ذلك بالاجماع 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 ، لان الظاهر من فتواهم جواز الأخذ ولو مع بقاء الوجوب الكفائي ، بل ومع وجوبه عيناً للانحصار كما هو صريح بعضهم .

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

وأما النقض بوجوب بذل الطعام للمضطر مع جواز أخذ العوض منه ففيه ان المأخوذ منه عوض المبدول دون البذل الواجب ، مضافاً الى أن البذل انما يجب لدفع الضرر عن المضطر ، والبذل مجالاً ضرر على الباذل ولا يدفع الضرر بالضرر ، مع ان طريق الجمع بين احترام المال ودفع الضرر عنه هو للبذل بالعوض دون المجاني .

ومنه يظهر الجواب عن النقض برجوع الام المرضعة بعوض ارضاع الالباب (١) مع وجوبه عليها ، بناء على توقف حيوته الولد عليه ، فان المأخوذ

(١) اليلبأ - بالكسر فالفتح - كعنب أول اللبن في التناج ينزل من ندي الام =

عليه العوض شيء والواجب شيء آخر ، فلا يحتاج في الاستدلال عليه الى التمسك بعموم آية « فان أرضعن لكم فانهن أجورهن » (١) وأما النقص بجواز أخذ الوصي الأجر على عمل الوصاية مع وجوبه عليه عيناً ، فلعله من قبيل الوكالة أو النيابة عن الموصى ، ولو بتزليل الشارع له منزله حيث لا يعلم بالوصية ، وقلنا بوجوب قبولها عليه او دخوله فيها يتوقف عليه النظام ايضاً لمـس الحاجة عموم الناس في امورهم الى من يقوم مقامهم بعد موتهم ، واولا استحقاق الاجرة ولزوم العوض لاختلاف أمر الناس في وصاياهم .

هذا وأورد بعضهم على المشهور : النقص بالجهاد الواجب كفاية مع حواز للنيابة فيه وأخذ الاجرة عليه ، حتى ان شيخنا في (الجواهر) نسيه الى ظاهر الفتاوى ، حيث قال : « بل ظاهر الفتاوى عدم الفرق في النائب بين كونه قادراً بنفسه على الغزو من دون حاجة الى الجعل وغيره ممن لم يكن قادراً ، ولا ينافي ذلك كونه واجباً على الأول بعد ان كان مخبراً بين فعله لنفسه وبين فعله عن غيره ، كما ان الجاعل مخبر بين فعله بنفسه وبين النائب عنه ، ومن ذلك يعلم ما في تقييد بعضهم للنائب في المسألة السابقة بكونه غير واجب الجهاد لفقره ، انتهى .

وفيه ان المسلم عند الاصحاب - حتى ادعى الاجماع عليه كما في (المتنهي) وغيره - تخيير من وجب عليه الجهاد بين أن يجاهد بنفسه أو يستنيب غيره عنه ، وأما تخييره بين الجهاد لنفسه او نيابته عن غيره فممنوع . وهبارة اخرى

= ينزل من ندي الأم عند أول يوم من ولادتها ، بلون أصفر وبشكل لزج ، تسميه الالهات (الصحف) وقد اشتهر لدى الاطباء - قديماً وحديثاً - ان هذه المادة ضرورية للطفل في نشاطه وسلامته من الآفات الجسمية والعقلية

من وجب عليه الجهاد له استثناء غيره ، وليس له أن يصير نائباً عن غيره ومبنى الاول على عدم وجوب المباشرة وهو كذلك لكونه كفاً ، والمقصود منه دفع العدو ، ومبنى الثاني : جواز أخذ العوض على الواجب ولو كفاً وعدمه ، وهو غير جائز بناء على المشهور ، ولذا قيد جماعة كما اعترف به في (الجواهر) في النائب أن لا يكون ممن يجب عليه الجهاد كالمعسر والذمي ونحوهما ، بل صرح بذلك في (التحرير) و (والمنتهى) قال في الاول : « ... ولا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره بجعل ، فان فعل وقع عنه ووجب رد الجعل الى صاحبه ، وقال في الثاني : « لا يجوز لمن وجب عليه الجهاد أن يجاهد عن غيره ، فان فعل وقع عنه ووجب رد الجعل الى صاحبه لانه قد تعين عليه ، فلا يجوز أن ينوب عن غيره فيه كالخج ، انتهى »

وما ذكرنا بظهر لك . مواقع النظر في كلام (الجواهر) (١)

(١) من مواقع النظر : نسبه جواز أخذ الأجرة على الجهاد الى ظاهر الفتاوى - مطلقاً - مع ان المشهور عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب وان كان كفاً نعم يجوز أخذ الأجرة عليه مع حاجته اليها لعسره وعدم تمكنه من الجهاد الا بما بذل له من الاجرة :

ومن مواقع النظر : قوله : « ولا يتنافى ذلك (اي اخذ الجعل عليه) كوله واجباً على الاول (يعني به القادر بنفسه على الغزو والجهاد من دون حاجة الى جعل لبيساره) بعد ان كان مخيراً بين فعله لنفسه وبين فعله عن غيره » ووجه النظر : أنه لم يثبت التخيير للقادر بين الجهاد لنفسه ، وبين فعله عن غيره . اهم الذي ثبت هو أن من وجب عليه الجهاد لقدرته عليه يتخير بين أن يجاهد بنفسه او يستنيب غيره بان يجاهد عنه فإذا كان نائباً لم يجب =

والمعجب من الفاضل الجواد في (شرح اللمعتين) حيث تفصّل عن
النقص بالجهاد بوقوع البذل على المقدمات الموصلة الى الجهاد دون نفس الجهاد
= عليه الجهاد بنفسه ولو وجوباً كفاثاً فله استثنائه بأجرة او بمجرد طلبه
منه الجهاد عنه .

ومنها: اشكاه على من قيد النائب بمن لم يجب عليه الجهاد لفقره :
هذا ولكن للظاهر انه لا يلغى الاشكال في جواز اخذ الاجرة على
الجهاد عن الغير ولو كان النائب ممن وجب عليه كفاية ، ولا موجب
للتقييد بمن لم يجب عليه لاعتباره بعد فرض قابليته للنيابة وعدم اشتراط
المباشرة فيه ممن وجب عليه وعدم الدنيل على اشتراط كون النائب ممن
لا يجب عليه الجهاد ولو كفاية سوى ما اشتهر من عدم جواز أخذ الاجرة
على الواجب مطلقاً ولو كفاية :

وما ذكره سبداً من تصريح العلامة (قده) بذلك في التحرير والمنتهى
بقوله فيها: « ولا يجوز لمن وجب عليه الجهاد ان يجاهد عن غيره بجعل فان
فعل وقع عنه ووجب رد الجعل الى صاحبه » :
غير واضح شموله لما وجب كفاية واحتمال الاختصاص بما وجب
عليه عينا ، وبشهد لذلك تعليله في المنتهى بقوله (قده) : لاله قد تعين عليه
فلا يجوز أن ينوب عن غيره فيه كالخج ، فتأمل :
كما أن ما ذكره من التعليل لتخير من وجب عليه الجهاد بين أن يجاهد
بنفسه او يستنيب غيره عنه بكونه كفاثاً والمقصود منه دفع العدو :

صالح للتعليل به على عدم لزوم من وجب عليه الجهاد كفاية - أن يجاهد
نفسه ، بل له النيابة عن الغير واخذ الاجرة عليها .

وبالجملة : لم يتضح الوجه في عدم جواز أخذ الأجرة على مطلق ماوجب
على الشخص ولو كفاية ، نعم ماوجب عليه عينا عبادة كان او غيرها ،
فالوجه في عدم الجواز واضح كما ذكرناه :

الواجب على الاجير ، وهو كما ترى .

هذا كله بالنسبة الى أخذ الاجرة على الواجبات :

وأما المستحبات ، فما كان منها عبادة لا يجوز أخذ الاجرة عليها بناء على المناقاة بينها وبين الاخلاص ، وغير العبادة منها ، فلا مانع من أخذ الاجرة عليه حيث يكون مشتملا على منفعة يصح بذل المال بازائها بحيث لانعد المعاملة عليها من المعاملات السفهية واكل المال معها أكلا بالباطل ، فيجوز أخذ الاجرة على ثلث المسلات في غسل الميت ولكفنه بالقطع المستحبة ، بل والزيادة على القدر الواجب في حفر القبر ، أو بفصل في الاخير بين حصوله دفعة أو بالتدريج . والله العالم بمحقق الامور :

رِسَالَةٌ
فِي بَيْعِ الْمَعَاوَاةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سأنة

(في المعاطاة التي كثر تعاطى عموم للناس في أغلب معاملاتهم بها)
ولنبذة بمبذة من الكلام مما له ربط تام بالمقام ، وهي : انه هل للفظ
في مورد العقود أثر يختص به بحيث لا يقترب إلا عليه ، أم لا ؟ وعلى الاول
فهل هو حصول الملك ، ولزومه ؟ وعلى التقديرين ، فهل المتوقف عليه هو
مطلق اللفظ ، او لفظ مخصوص وصيغة خاصة ؟

اختلفت كلماتهم في ذلك : فبين من لم يعتبر اللفظ في ترتيب الاثر
المقصود من البيع ، وهو لزوم الملك واكتفى في تحققه بالفعل المجرد عن
الصيغة مطلقا ، وهو المنسوب الى المفيد في (المفنعة) واطلاق كلامه المحكي
عنه يومه ذلك (١) وتبعه على ذلك المقدس الاردبيلي رحمه الله والفاضل
الكاشاني والمحقق السبزواري :

(١) فانه (قدس سره) قال على ما حكى عنه - : وينعقد البيع على
تراض بين الاثنين فيما يملكان للتبايع له اذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع
وتقايضا وافتراقا بالاهدان ، فانه من المحتمل كونه في مقام بيان العقد اصل
البيع وشرايطه صحة ولزوماً فعدم ذكره لصيغة العقد من جملتها واعتبارها
فيها دليل على عدم الاعتبار اصلا لا في الصحة ولا في الزوم .
ويمكن ان يكون تركه لذكر الصيغة إنكالا على وضوح اعتبارها فيه =

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

وبين قائل باعتبار الصيغة الخاصة في إفادة الملك أو لزومه وعليه فتعم المعاطاة كل ما كان بغير الصيغة الخاصة ، سواء كان التراضي مدلولاً عليه بالفعل أو بالقول كما انه يختص على الثاني بما كان مدلولاً 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 يرد نص من الشارع في معناه فان لم يتحقق له - مع ذلك - معنى في العرف او في اللغة بحيث يتبادر منه عند الاطلاق ، فلا بد حينئذ في ترتب الاحكام الشرعية من الانصرار على القدر المتيقن وتحققه بايجاد كل ما هو محتمل اعتباره شرطاً او شرطاً فيه ولعله الوجه في اعتبار المشهور الصيغة الخاصة في تحققه واعتبارهم فيه العربية والماضوية ، وتقديم الاجاب على القبول والموالة بينهما وغير ذلك .

وان قلنا بوجود معنى له في العرف او اللغة بحيث يتبادر منه ذلك عند الاطلاق ، غير ان الشارع اعتبر في ترتب الاثر عليه شرطاً اقتصر على ما علم اعتباره فيه شرعاً باجماع ونحوه ، وما شك في اعتباره وشرطته فالاصل عدمه ، والمرجع فيه هو المفهوم العرفي لانه بحكم المطلقات عند = كتركه في (المقتنة) على ما نقل اعتبار ذلك في النكاح والطلاق مع وضوح اعتبارها فيها .

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

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

وان قلنا بعدم اعتبار شيء فيه زائد على ماهو المتعارف عند العرف فلا بد من ترتيب الأحكام للشرعية على ما يطلق عليه البيوع عرفاً ، الا ما ثبت النهي عنه شرعاً كبيع الملامسة والمنازعة وبيع الحصة ولعله الوجه فيما اختاره المفيد (ره) .

اذا عرفت ذلك فنقول : ثبت معنى للبيع عند العرف العام بحيث يتبادر منه عند الاطلاق ويتعاطونه في معاملاتهم الجارية بينهم قديماً وحديثاً عند ارادة للتملك والتملك بعضهم مع بعض حتى ممن لم ينطرق سمعهم اغلب الاحكام الشرعية - مما لاشك فيه وإنكاره مكابرة ، فلا بد حينئذ من ملاحظة ثبوت مقدار ما اعقبه الشارع فيه على تقدير تحققه بالنسبة الى ترتيب الاثر عليه والقدر الثابت بالاجماع هو اعتبار القول للدال على التراضي صريحاً فيه اقصور الافعال عن الدلالة على المقاصد بخلاف الالفاظ ، ولان القول بكفاية الافعال في لزوم لم ينسب إلا الى المفيد منا وبعض العامة ، بل قد يتأمل في صحة النسبة اليه ، وان اوهمها اطلاق عبارته حيث قال في (المقتعة) : « والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يمكن التبايع له اذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع وتقاضا وافترقا بالابدان » لقوة احتمال ارادته من ذلك بيان الشرائط لصحة البيع ولزومه ، لان المراد تحققه بذلك من دون صيغة وان تركه الذكر الصيغة اتكال منه على معلومية اعتباره فيه ، والمفروغية عنه كتركه المنقول عنه في الكتاب المزبور لاعتبار الصيغة في النكاح والطلاق المعلوم اعتبارها فيها من غير خلاف ولذا قال في (المختلف) : « وللمفيد قول بوجه الجوار ، وصاق كلامه المتقدم ، ثم قال : « وليس

هذا تصريحاً بصحته إلا أنه موهوم ، بل يرشده الى ذلك ماني (كشف الرموز) للآبي في باب الفضولي من نسبة اعتبار اللفظ المخصوص في البيع اليه ، والى لأطوسي ، وان تبعه في هذا القول المقدس الاردبيلي في (مجموعه) والمحدث الكاشاني في (مفاتيحه) ونفى عنه البعد - بعد نقله - السبزواري في (كفايته) والزراقي في (مستنده) وان كان الاول منهم لم بعض عليه بضرر قاطع وان انصر له واستدل عليه بأدلة كثيرة وبالف في الانتصار له وقواه إلا أنه مع ذلك قال بعد ذكره ان افادة اللزوم هو الظاهر من المفيد للأدلة التي ذكرها ماله : « ويحتمل عدم اللزوم لان الاصل عدم اللزوم والملك أعم ولان الملك واللزوم متغايران وما كان ، وقد دلت الأدلة على حصول الاول وبقي الثاني على نفيه اذ لا دليل وما لزم من الأدلة المذكورة الا الأول فتأمل » (١) بل ومال اليه في (المسالك) في موضعين ، وان استجود في الاول موافقة المشهور ، وقال في الموضع الثاني : « وما احسنه وأمن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه » (٢)

(١) لعله إشارة الى أن ما ذكر من الأدلة على حصول الملك بالمعاطاة إن تمت فاللزوم هو مقتضى الاصل فيه لاعدمه ، فان مقتضى الاستصحاب وبقاء ما كان : عدم خروج ما حصل بها من الملك بمجرد رجوع المالك الأول به ، وسيأتي توضيح : أن مقتضى الأصل في الملك اللزوم وان اختار سيدنا - قدس - لإصالة الجوار .

(٢) في شرح قول المصنف : للفصل الثاني في عقد البيع وشروطه وآدابه : العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك الى مالك آخر بعوض معلوم ولا يكفي التفاض من غير لفظ وان حصل من الامارات ما يدل على ارادة للبيع انتهى .

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

قلت وللظاهر : تحقق الاجماع - بقسميه - على خلافه اذ لم ينسب للقول بكفاية الفعل في لزوم المعاطاة قبل الجماعة إلا الى المفيد الذي قد عرفت ما في النسبة اليه ، مع انه كما قبل مسبوق بالاجماع وملحق به وان كان وقوع التعبير بنحو المشهور والمعروف - في كلام بعض - بل والاشهر والاكثر - في كلام بعض آخر - يعطى وجود قائل به غير المفيد ممن يعتمد به

= اجماعاً ، غير أن ظاهر المفيد - رحمه الله - يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين اذا عرفاه وتقاضاه : وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك ايضاً ، لكن يشترط في الدال : كونه لفظاً ، واطلاق كلام المفيد أعم منه ، والنصوص المطلقة من الكتاب والسنة للدلالة على حل البيع وانعقاده من غير تقييد بصيغة خاصة يدل على ذلك ، فان لم نقف على دليل صريح في اعتبار لفظ معين ، غير أن الوقوف مع المشهور هو الاجود مع اعتضاده باصالة بقاء ملك كل واحد بموضه الى ان يعلم الناقل فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاه الآخر بما يصبر اليه من العوض المعين الجامع لشرائط البيع غير الخصوص لم يفد الزوم الح .

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

إلا أنني لم أجده منقولاً عن غيره .

هذا مضافاً إلى الأصل المقرر بوجوده (١) .

لعم لم يثبت عندنا إجماع على اعتبار الصيغة الخاصة ، وإن كانت دعوى الشهرة عليه غير بعيدة .

وبالجملة للقدر الثابت بالإجماع اعتباره في لزوم البيع ، هو كون الدال على التراضي لفظاً ، وأما اعتبار الصيغة الخاصة فلا دليل عليه ، وحينئذ فيقتضى الاكتفاء في اللزوم بمطلق مادل على التراضي باللفظ كما عليه جمع

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

ويمكن تقرير أصالة عدم اللزوم بناء على إفادتها الملك أيضاً بتقريب أن مرجع اللزوم في الملك إلى انقطاع علقه المالك الأول عنه بقا ، والجواز إلى بقاء علقه للمالك الأول فيه وعليه فإذا انتقل الملك من المالك الأول إلى الثاني بالمعاطاة وحصل الشك في كون الحاصل بها الملك اللازم أو الجائز ، فمقتضى الاستصحاب وأصالة بقاء علقه المالك الأول جواز الرجوع بها .

ويمكن تقرير أصالة عدم اللزوم بأن أصل الملكية ليس فيها إباء لجواز الرجوع بها للمالك الأول نعم ربما يكون فيها جهة شدة . وقوة بها يتحقق الإباء عن الرجوع للمالك الأول ، وهو منشأ انصافها باللزوم والأصل عدمها عند الشك بوجودها :

هذا ولكن سيأتي أن المختار تبعاً لشيخنا الاستاذ (قدس) لإصالة اللزوم

في الملك ، ويأتي تقريب ذلك :

ج ٢ بيان مفاد الحصر المذكور فيما رواه الشيخ في التهذيب.. باب النقد والنسيئة ٥٣

من المتأخرين ، منهم صاحب (الحدايق) حاكياً عن جماعة من المحدثين وقد تقدم حكاية (المسالك) عن بعض مشائخه المعاصرين وهو لا يخلو من من قوة . ويؤيده بل يدل عليه قوله : (ص) « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » (٤) فيرجع فيما دل عليه بغير الصيغة الخاصة من اللفظ الى عموم

(٤) هذا الحصر إنما ذكر فيما رواه الشيخ في (التهذيب في باب

النقد والنسيئة ..) عن ابن أبي عمير عن يحيى ابن الحجاج عن خالد ابن الحجاج ، قال قلت لابي عبد الله عليه السلام : للرجل يبيع فيقول : اشتر هذا للثوب وأرجحك كذا وكذا ؟ قال : ليس ان شاء ترك وان شاء اخذ قلت : بلى ، قال : لا بأس به ، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، انتهى ثم ان سيدنا (قده) لما استظهر تحقق الاجماع - بقسميه - على عدم لزوم المعاملة الحاصلة بالمعاطاة وأضاف الى الاجماع إصالة عدم اللزوم بالوجوه المقرره المشار اليها في التعليقة السابقة ، قوى الاكتفاء في تحقق لزوم المعاملة بمطلق مادل على التراضي من اللفظ ، نظراً منه الى أن القدر المتيقن من الاجماع على عدم لزوم المعاملة صورة خلوها من اللفظ ، وغايته اعتبار مطلق اللفظ في تحققه لخصوص الصيغة الخاصة منه ، وأبد ما قواه من الاكتفاء بمطلق اللفظ بمفاد الحصر المذكور في الرواية المزبورة ، بل استفاد منه الدلالة على ذلك ، وحاصل ما ذكره من التوجيه لها ان خالداً لما سأل الامام عليه السلام عن حكم المقاوله الخاصة بينه وبين الرجل بان يشتري خالد الثوب من مالكه وبشتره الرجل منه على الربح لمعين قال له الامام عليه السلام : ليس ان شاء ترك وان شاء اخذ ، يعني ليس الذي كان بينكما من الكلام والمقاوله مجرد مواعده على اشتراء للثوب منك بربح كذا بعدد ما تشتره من مالكه ، ولم يكن الكلام التزاماً فعلياً ببيع الثوب منه واشترائه له قبل الشراء من مالكه ؟ قال : بلى يعني : لم يكن اشتراء فعلي ، بل صرف =

« أحل الله البيع » ، « وأوفوا بالعقود » ، لكونه حينئذ منها كالعقد بالصيغة الخاصة ، وبه يخرج عن الأصل المتقدم :

اللهم إلا أن يقال أن اعتبار الشرط في الموضوع للعرفي شرعاً إنما استنفيد من دلائل إبي ، وهو الاجماع المحصل من فتاوى الاصحاب 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 للشرط المعتبر من هذه الحيثية مجملاً ، فيسرى الاجمال الى العام المانع من = مواعدة على الشراء . فقال عليه السلام : لا بأس به ، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام .

المراد على الظاهر : أن مجرد المقاولاة والمراضاة على شراء ما يشتره من مالكة بربح كذا لا يفترب عليه اثر من تحليل أو تحريم ، إنما المحلل والمحرم للكلام الذي ينشأ به بيع الثوب من مشتره الثاني والمدار في التحليل والتحريم عليه فإن كان الكلام المنشأ به بيع الثوب من المشتري الثاني صادراً من المشتري الاول له بعد اشترائه من مالكة الاول ، فالكلام محلل ، وإن كان صادراً قبل اشترائه فالكلام المنشأ به البيع محرم ، اذ هو من مصاديق بيع العذر المنتهى عنه ، فإن مالكة قد لا يبيعه الثوب ، فالمبيع مجهول الحصول للمشتري ، والغرر فيه أعظم من الجهل بالمقدار .

وبمقتضى اطلاق عمالية الكلام وعدم التقيد بصيغة خاصة منه وشمول عموم : « أحل الله البيع » و « أوفوا بالعقود » لما إذا كان انشاء المعاملة بغير للصيغة الخاصة يثبت ما قواه المصنف (قده) أولاً من الاكتفاء في لزوم المعاملة بمطلق مادل على التراضي من اللفظ ، وبخرج به عن أصل عدم اللزوم المقرر لديه بالوجوه ، وإن عدل عن ذلك أخيراً الى أقوائية ما عليه المشهور من اعتبار الصيغة الخاصة في اللزوم به ذكره وجه العدول عنه .

لتمسك به في مورد الاجمال وان كان حجة في غيره ، ويساوي وجود العام المجمل في مورد الاجمال عدمه الذي قد عرفت - فيما تقدم - في مبنى الاختلاف من لزوم الاقتصار فيما خالف الاصل حينئذ على القدر المتيقن وهو ما اشتمل على الصيغة الخاصة دون مطلق اللفظ . ولعله هل هو الوجه في اعتبار المشهور لها ، مع ان تحقق الموضوع العرفي وعموم « احل الله البيع » ونحوه بمرىء منهم ومنظر :

لا يقال : ان مرجع الاجمال حينئذ الى الشك في تقييد القول بالصيغة الخاصة بعد معلومية اعتبار اصله وحينئذ فالاصل عدمه ، ومقتضاه الاكتفاء بمطلق القول :

لان الشك فيما هو المجهول من الشرع لا في نفس الجعل منه وبعبارة أخرى : مآل الشك الى التردد في كيفية الجعل للدائرة بين المتباينين دون الاطلاق والتقييد ، اذ لا معقد للاجماع حتى يؤخذ باطلاقه عند الشك بعد ان كان الاجماع متصبداً من فتاوبهم المختلفة في التعبير عما هو المعبر في الموضوع العرفي فافهم : فاذا ما عليه المشهور من اعتبار الصيغة الخاصة في اللزوم هو الاقوى ، وعليه فالخسر في قوله « انما يحلل الكلام » اضافي ثم ان المعاظة - بعد ما عرفت موضوعها في الجملة : من أنها اما التعاطي بمجرد الفعل للدال على التراضي وأما التعاطي بمطلق مادل عليه غير الصيغة الخاصة ، بناء على الاختلاف المتقدم - تتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه أربعة ، ذكرها شيخنا في الجواهر : احدها - قصد الاباحة بالافعال ونحوها مصرحاً بذلك ولو بالقرائن الدالة على ارادة الاباحة المطلقة . ثانيها - قصد البيع بذلك على ارادة النقل للبيعي من غير تعرض للزوم وعدمه او مع قصد عدمه ، ثالثها - ارادة التسليط المطلق المجرد عن قصدي الاباحة والتعليك بل يعطى للبقال شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه اليه : رابعها - قصد الملك المطلق

والمعاوضة بالعينين من غير نظر الى عنوان البيع :

وهناك وجوه آخر يمكن تعقلها الا أن الاربعة المذكورة أصولها .

وجملة صورها ، هي انه : أما ان تكون المعاطاة يقصد التملك من الجالبيين او الالاحاة بالتصرف كذلك ، وكل منهما يتصور على وجهين : احدهما تملك المعوض بتملك العوض على أن يكون المقابل لتملك المعرض هو ملكية العوض كملكية الثمن في البيع من غير توقف على تملك جديد . والثاني تملك المعوض المقابل بتملك العوض على أن يكون التملك هازاء التملك كالمطبة المعوضة ، فيوقف تملك العوض على تملك جديد له وفي الالاحاة أيضا كذلك يتصور على وجهين : احدهما-الاحاة التصرف المعوض بالاحاة بالمعنى المصدري بمعنى كون العوض مباحاً له . الثاني - الاحاة المقابلة بالاحاة بالمعنى الفعلي كالتملك هازاء تملك جديد .

هذا مع تساوى القصد المتعلق بالمالين كالأباحة بالاحاة او التملك بالتملك ومع فرض اختلافه كالأباحة بالتملك او التملك بالاحاة ، فيتصور ايضا على أربع صور : فالخاضع من المجموع صور ثمان ، ويزيد عليها لو ضمت اليها صور انقسام الاحاة الى الكلية أو الجزئية لأن متعلقها : اما مطلق التصرف حتى التصرفات المتوقفة على الملك ، أو بعض التصرفات وهو غير المتوقف عليه كما هو أحد الاقوال في المعاطاة كما ستعرف وتزيد ايضا بملاحظة القسمين الأخيرين من التسليط المطلق ومطلق التملك بناء على إمكان تحقق الاول وأهمية الثاني من البيع . وعليك بتصويرها ، إلا أن أغلبها بل عدا الاربعة المتقدمة منها محض فرض وبمجرد تصوير عقلي :

وأما الصورة الثالثة من الاربعة المتقدمة ، وهي قصد التسليط المطلق فقد ناقش فيه شبخنا المرتضى في (المكاسب) بما يرجع محصله الى امتناع خلو الدافع في دفعه عن قصد عنوان من العناوين الخاصة .

ووجهه ان التسليط الذي هو القدر المشترك بين الاباحية والتملك بمنزلة الجنس فيمتنع عقلاً تحتقه في الخارج من غير فصل لان الجنس لا يتقوم الا بالفصل .

وقد يجاب عنه بان التسليط المطلق المجرد عن قبدي الاباحية والتملك موضوع عرفي يمكن تحققه في العرف كدفع المغصوب ماله الى الغاصب من اللصوص وقطاع الطريق وغيرهما ، فان المالك في دفعه مسلط للغاصب على ماله من غير قصد منه الى كون التسليط بنحو الاباحية او التملك ، بل قد يقصد عدمها للحصول الغرض من دفع الضرر عن نفسه بمجرد الدفع المجرد عن قصد شيء زائد عليه ، وهو من الامور الوجدانية ، ولعل انكاره لا يتخلو عن مكابرة .

وان ابيت ذلك فلا يمكنك التأني عن امكان وقوعه عند الغفلة عن العناوين الخاصة من التملك والاباحية باقسامهما بحيث لا يكون شيء منها مانعاً اليه وحينئذ فاما ان يتحقق التسليط بهذا الدفع اولاً ، والثاني باطل لتحققه بالوجدان المغني عن اقامة البرهان والاول اما ان يتحقق معه الاباحية والتملك اولاً يتحقق شيء منها ، والاول باطل لعدم قصد شيء منها ، فتعين الثاني وهو المطلوب فلا يكون محالاً كيف وادل دليل على امكان الشيء وقوعه ، ومتى امكن فرض وقوعه في صورة الغفلة امكن ذلك في غيرها لعدم مانع الاستحالة ولزوم محذور تحقق الجنس بلا فصل ، بدفعه منع تحققه كذلك غير أن فصل التسليط المطلق أمر عديمي وهو عدم فصلي الاباحية والتملك ، فهو كالمطاق المقيّد بالاطلاق ، فالتسليط اقسام ثلاثة اثنان منها فصلها أمر وجودي وهما الاباحية والتملك ، والثالث فصله أمر عديمي والقدر المشترك بين الثلاثة وهو مطاق التسليط جنس لها كالمطاق المجرد عن جميع القيود حتى عن قيد الاطلاق ، وهو المعبر عنه بالماهية المرصنة

المعرة عن جميع القيود التي ليست هي الا هي .

هذا ويمكن الخدشة في الجواب المذكور بان يقال : التسليط المطلق ان كان اضطراريا كدفع المغصوب ماله الى الغاصب ، فمنع صدق التسليط عليه ، بل هو من تسلط للغاصب بواسطة المغصوب منه دون تسليطه فان التسليط وان كان لازماً للتسليط إلا أنه لازم أعم يجتمع معه مرة ويفترق عنه أخرى كما لو كان بدون واسطة المالك ، بل ولا بدرايته ، فدفع المغصوب منه واسطة لتسلط الغاصب وطور من اطوار تسلطه وليس هو الا بمنزلة الآلة له للحصول غرضه من التسليط كالرشاء وللغواص لاختراجه المال من البحر أو البحر ، ومثله ما لو كان الدفع منه مع الغفلة عنه كدفع النائم الغافل عن نفس الدفع ، وان كان اختياريا فلا بد وان يكون منبعضاً عن ارادة فعلية مسببة عن تصويره وتصور ما يترتب عليه من المصلحة المحركة للميل والشوق المحرك لتلك الارادة المحركة للاعضاء على العمل كما هو الشأن في صدور جميع الافعال الاختيارية ، فلا ينفك ذلك التصور والملاحظة عن الجهة الباعثة عن كيفية مخصوصة من العناوين الخاصة ، وان وقعت الغفلة عنها عند العمل او في اثناها لانها محفوظة في الخزانة تجري الافعال على منوالها كما نشاهد من أنفسنا بالنسبة الى افعالنا الاختيارية الواقعة في الخارج من الغفلة في اثناها او عند ابتدائها بعد التشاغل بمقدماتها عن وجوه الفعل ومشخصاته ولذا اكتفينا بالاستدانة الحكيمة في نية العبادات .

وما ذكرنا بظهر الجواب عن النقض بالغفلة ، لانها ان كانت عن نفس الدفع مع تحققه ، فكونه تسليطاً ممنوع ، بل هو كدفع للنائم من واسطة التسليط ، وان كانت للغفلة عن قصدي الإباحة والتملك ، فهو جار على منوال ما في الخزانة مما أضمره من الشخصيات عند وجود الداعي المحرك عليه ، فالفرق بين التسليط المطلق ومطلق التسليط ، هو أن الاول غير متحقق في

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

وأما الرابعة منها ، وهي قصد التملك المطلق دون خصوص البيع ، فقد أورد عليه شيخنا المتقدم ايضاً بقوله : « والثاني بما تقدم في تعريف البيع من أن التملك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير ، ومرجع كلامه الى منع أعمية التملك المطلق اي تملك العين بالعوض من مفهوم البيع حتى يمكن فيه فرض قصد غير النقل البيعي منه ويكون قسماً له .

قلت واقصى ما يمكن ان يوجه به القول بالاعمية هو أحد امرين .
الاول - دعوى اختصاص البيع بما كان التملك حاصلًا باللفظ ، فهو معاوضة خاصة وبعبارة اخرى : دعوى مدخلية اللفظ مطلقاً او الالفاظ الخاصة في تحقق مفهوم البيع ، فيكون التملك بغيره تملكاً بغير البيع ومعاوضة مستقلة ، ومنه المعاطة الممكن فيها حينئذ قصد التملك البيعي منها او قصد معاوضة مستقلة :

ويشهد له بل يدل عليه ما في (اللغنية) من دعواه الاجماع على ان المعاطة ليست ببيع .

وفيه - مع ان منع كون المعاطة بيعاً أول الكلام ، كيف والكركي في (جامع) نسبة مرة الى المعروف ، واخرى الى الاتفاق ، وانه لا يحسن التقسيم مع كون النزاع صغرياً ايضاً وانما يتجه بعد الفراغ عن ثبوت الصغرى وتحققها من الأعمية انه لا يتم على التقديرين ، لان المعاطة ان كانت بيعاً فلا يكون قصده التملك بها قسماً للنقل البيعي لتحققه بها قهراً اذ لا يتفك

قصد انتمليك 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 الى ما يمكن ان يقال : ان الملكية وان اختلفت بالنوع اما بحسب اختلاف متعلقها من العين او المنفعة ، واما بحسب المجالية والعوض أو غير ذلك الا ان النوع الخاص منها وهو تمليك العين بالعوض على وجه المبادلة لا يختلف ذاته وحقيقة معناه ، وان اختلفت أسباب تحققه بالفرض لانه من الاختلاف في السبب الموجود والمسبب شيء واحد واختلاف للسبب لا يوجب اختلاف ذات المسبب ، نظير الحدث الاصغر الحاصل بأحد أسبابه: من النوم او الريح او الخارج من أحد السيلين ، فان المسبب في جميع ذلك حقيقة واحد ، والاختلاف انما هو في السبب الموجود لها وحينئذ فلا تغاير في الملكية بين القاصدين ، ولا تحالف بين المقصودين حتى يصلح أن يكون احدهما قسماً للآخر ، فتأمل وهذا بخلاف قصد الاباحة والتمليك ، بل وقصدى الاباحة المطلقة او الخاصة لتحقق المغايرة الذاتية في المقصود من ذلك .

الثاني - دعوى اختصاص البيع الذي من الافعال التوليدية بين الاثنين بما اذا كان بالنسبة الى أحدهما بنحو الاصاله ، وهو المعبر عنه بالبايع ، وبالنسبة الى الآخر المعبر عنه بالمشتري بنحو التبعية ، لان المشتري قابل لايجاب للبايع ، فكأنه تابع له في قبوله فعله .

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

ويسمى بالتعويض ، ومرة تكون من الجالبين وتسمى بالمعاوضة ، وعلاقة الهدية الجاصلة بالبيع وان كانت من حيث هي بسيطة إلا أنها تنحل الى بدلين لتحقيق بدلية كل منهما عن الآخر بالضرورة ، غير أن بدلية أحدهما - وهو المعوض - مضمحلة بالنسبة الى بدلية الآخر وهو العوض ، فالمعوض متمحض للتبديل والعرض للبدلية وان صدق العكس عليهما في الحقيقة وهذه العلاقة من حيث التحقق والتكوين فعل توليدي بين اثنين نسبته من حيث التكوين والعالية في اليجاد الى كل من الفاعلين البائع والمشتري بالسوية إلا أنه من حيث الاستقلال بالانشائية والتبعية فيها ينسب الى من كان مستقلا بها لانه الاصل في النسبة ، فيقال له : البائع ويقال للآخر : المشتري لكونه تاهلاً للبائع في قبول انشائه فكان البائع أصيل فيه والمشتري تابع له ولاختلاف الحيزتين المزبورتين اختلفت نسبة البيع مرة الى الموجب وللقابل كليهما ، واخرى الى الاول منهما مع صدق المبيع على المبدول من البائع خاصة والعوض على المبدول من المشتري كذلك وليس الا متمحض الاول بالتبديل ، والثاني بالبدل لما عرفت . من ملاك ذلك من الاستقلالية والتبعية في الانشاء ولذا كان تعدى الفعل اليه بالباء المسماة عند النحويين بباء البدلية والباء للداخله على الأمواض والاثمان .

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

هذا النزاع العظيم ولبس الاختلاف بينهم إلا فيما يليق بالبحث عنه من حكم ما هو المتعارف بين الناس من معاملاتهم بالمعاطاة الجارية على منوال عقود المعاوضات إلا في تحقق العقد اللفظي فإنه الجدير بالبحث عن حكمه لا بما يمكن فرض وقوعه في الخارج وهذا مما اشكال فيه كما لا اشكال ظاهر في ان قصد المتعاطين التملك بالمعاطاة غالباً كاليبيع للعقدي دون الاباحة المطلقة مع بقاء العين على ملك مالكيها خلافاً لشيخنا في (الجواهر) ولعل نظره مضافاً الى التخلّص عن المحاذير الآتية الى عدم الفرق في نظر العرف العام ولا سيما عند العوام بين الاباحة المطلقة ، وبين ملك الرقبة في النتيجة والغرض المقصود من صحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك سواء كان منهئنا عن ملكية العين والاباحة المطلقة ويتضح ذلك في المحقرات كدفع الدرهم من الشارب لحصول الغرض به من شرب الماء من غير تعلق غرض له بكون التسلط عليه منبعثاً عن ملكية الماء دون اباحته وبشهاد ذلك معاطاة من لا يقول بافادتها الملك ، بل مفادها الاباحة اجتهداً او تقليداً في المحقرات فكيف بقصد التملك والتمليك بمعاملتهم مع العلم بعدم وقوع المقصود منها مع وقوع المعاملات المعاطاتية في أغلب معاملاتهم ؟ إلا ان الانصاف دعوى وقوع معاملات الناس غالباً ، وما هو المتعارف بينهم بقصد الاباحة دون الملك مكابرة مما يشهد بخلافه الوجدان ، بل الذي عليه الناس عموماً وخصوصاً وهو قصد الملك في معاملاتهم المعاطاتية :

وكيف كان فالكلام الى هنا في موضوع المعاطاة :

وأما حكمها فجملة الاقوال فيها عدا ما هو منسوب الى المفيد (ره) من اللزوم كما تقدم - : اربعة ، لان للقول بكفاية مطلق اللفظ في اللزوم كما تقدم عن بعض متأخري المتأخرين ليس في الحقيقة (قولاً) في حكم المعاطاة ، بل هو خلاف في موضوعها . وبالجمله (قول) وقيل : انه المشهور

بإفادتها الإباحة المطابقة لجميع التصرفات حتى المتوقفة منها على الملك مع بقاء كل من العيين على ملك مالكه ، غير أنه يحصل الملك بتلف إحدى العينين وما يحكمه ، بل (عن المسالك) : أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات (وقول) بإفادتها لذلك إلا ما يتوقف على الملك كالأوطء والعتق وإخراجه في خمس أو زكاة وغير ذلك ، وهو المحكى عن حواشي الشهيد على القواعد ، وبوافقه ماعن (المبسوط) من المنع عن وطء الجارية المهداة بالهدية المجردة عن الإيجاب والقبول ، و (قول) بلحقها بالبيع للفساد من عدم الملك وعدم جواز التصرف فيه ، وهو المحكى عن العلامة في (نهايته) وأن حكى الرجوع عنه في كتبه المتأخرة ، بل قيل بعدم موافق له ومسبوق بالإجماع وملحق به و (قول) بإفادتها الملك المنزل ويستقر بالتلف وما يحكمه ، وهو صريح الكركي في شرحه على القواعد والمحكى عنه في تعليقه على الإرشاد ، حتى أنه نزل الإباحة في كلام الأصحاب على إرادة الملك المنزل ، مع أن عباراتهم بين ظاهرة وصريحة بخلافه وعدم تحقق الملك بها وحملها على عدم الزوم في غاية اللبعد ، وعليك بالرجوع إلى عباراتهم ليتضح لك حقيقة الحال ، وإنما تركناها خوفاً من الإطالة . وتبعه على هذا القول غير واحد ممن تأخر عنه وهو العمدة من الأقوال في المسألة بعد الأول منها ، بل هما - أي القول بالإباحة المطلقة والقول بالملك المنزل قد يدعى تكافؤهما في الشهرة بين متأخري المتأخرين :

قيل : ويبعد كل من القولين :

أما الأخير فيبعد أن حصول الملك وكون المعاطاة من التواقل له مما يتوقف على جعل أو امضاء من الشارع ، وليس عليه دليل ، مع أن مقتضى الأصل هو العدم الادعوى للسيرة المنوع قيامها على أزيد من جواز التصرف الذي هو قدر مشترك بين الملك والإباحة وفيه ما مستعرف من الدلائل

على الملك وقبام السيرة على ترتب آثاره على المأخوذ بالمعاطاة .

ويبعد الاول أيضاً مخالفةً للأنواع المسلمة التي منها قاعدة تبعية العقود للقصد ، لان الملك المقصود حصوله بالتعاطى غير واقع بالفرض والواقع وهو الإباحة المجردة غير مقصودة اذ الإباحة ان اريد بها الإباحة المترتبة على الملك ، فع كونه خلاف الفرض يدفعه انها معلونة للملك ، والمعلول عدم عند عدم العلة ، وان اريد بها المقابلة للملك وما هو قسم له فلم تكن مقصودة بالتعاطى حتى تكون واقعة بناء على ما عرفت من قصد المتعاطيين التملك بالمعاطاة ، ومنها ما هو مسلم عندهم من عدم جواز التصرف في المقبوض بالبيع للفساد الذى هو بمعنى عدم ترتب الأثر عليه شرعاً بل مطلق المعاملات الفاسدة التي منها المعاطاة لعدم ترتب الأثر المقصود من الملك عليها ، وهو الوجه لما ذهب اليه للعلامة في (نهايته) من المنع عن التصرف في المعاطاة ، ومنها ما هو المعلوم من ان العين المضمونة بالمسمى اذا لم يسلم ضمناً به كانت مضمونة ببدلها الواقعي من المثل او القيمة ، ولذا كان المقبوض بالعقد الفاسد عندهم مضموناً بذلك دون المسمى ، وعليه فكيف يكون تلف احدى العينين موجباً لدخول الاخرى في ملك من هي في يده بل القاعدة تقضى حينئذ بناء على الإباحة المجردة جواز الرجوع على العين الموجودة لما لكها ويغرم لصاحبه بدل التالف من المثل او القيمة ، وهو خلاف ما هو كالماتفق عليه عندهم من لزوم وعدم جواز الرجوع بالتلف وما يحكمه هذا كله مضافاً الى استيعادات آخر ذكر لزومها على اهل هذا القول شيخ مشايخنا (كاشف الغطاء) في شرحه على القواعد ، تركناها جملة اقتصاراً على ذكر العدة منها :

هذا ويمكن الجواب عن ذلك :

إما عن الاول فبان مخالفة المقام لقاعدة تبعية العقود للقصد ، وان

كانت مخالفة لكننا للكاتبين الإيجابية منها والسلبية ، لعدم وقوع المقصود وهو الملك ووقوع غير المقصود ، وهو الإباحة المجردة ، لكن الإيجابية الكلية إنما تتم بعد اعتبار العقد وترتب الأثر عليه شرعاً ، 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 ، إلا أن من المعلوم أن قاعدة التبعية لا تقتضي وقوع غير المقصود ، بل هو باق على حكم الأصل فيه ، لأنها تقتضي عدمه بحيث لو فرض ثبوته بدليل كان معارضاً لها ولو بنحو معارضة للعموم والخصوص المطلق ، بخلافه على الأول - وحينئذ - فنقول : الواقع إما أن يكون مباحاً للمقصود أو يكون جزء منه والثاني إما : أن يكون جزء خارجياً بأن يكون المقصود مركباً خارجياً والواقع جزء منه أو يكون جزء ذهنياً من مركب ذهني - وحينئذ - فإن كان الواقع مباحاً للمقصود ، فلا ينافي ثبوته لو دل الدليل عليه ، لما عرفت من عدم المعارضة بينه وبين مفاد القاعدة ومنه ثبوت ضمان بدل التالف بالمثل أو القيمة للعموم « على اليد » عند بطلان المسمى ، وليس ذلك نقضاً للعموم القاعدة ، ولا تخصيصاً له ونسبة للضمان بذلك إلى العقد عند بطلان المسمى لا يخلو من تسامح ، إذ الموجب له إنما هو القبض عند العقد دون العقد نفسه ، وإن كان جزء فإن كان خارجياً كان مقصوداً ولو بالتبع لأن قصد الكل متضمن لقصد جميع أجزائه ، ولذا صح بيع ما يملك من الدار وما لا يملك صفقة فيما يملك بالاتفاق وإن انجبر ضرر التبعض بالخيار ، وليس إلا لكونه مقصوداً - ولو ضمنا - ضرورة أن بيع الدار ينحل إلى بيع كل جزء جزء منها ، فلا نقض من جهته - أيضاً - وإن كان ذهنياً كالمعاملة المشروطة بشرط فاسد وبيع الموصوف للشخصي مع التفاء الوصف ، أمكن الحكم بالصحة مع التفاء للشرط أو القيد

لو استفيد من الدليل تعدد المطلوب دون الوحدة، ولعل نظر من بنى على الصحة في نحو ذلك للبه وان انجبر ايضاً بالخيار ، لكن الشأن في ثبوت الصغرى ، وهى كونه من التعدد في المطلوب وعليه ، فذات المطلق او المشروط مقصودة ايضاً ولو في ضمن المقيد ومنه يظهر - ايضاً - عدم لفض القاعدة بذلك على القول به :

وأما للنقض ببيع الغاصب لنفسه بناء على وقوعه للمالك مع اجازته كما عن كثير ، فلعلة اجنبي عن المرام ، وليس نقضاً على القاعدة اصلاً لان التبعية انما هي بالنسبة الى الامور الداخلة في قوام العقد التي لا يتقوم بدون قصدها ، فقصد كونه لنفسه اولغيره خارج عن مفاد العقد ، وقصد البيع لنفسه او للمالك لا يضر في الاول ، كما لا ينفع في الثاني ، فاذا قاعدة (تبعية للعقود للمقصود) قاعدة مستقيمة سليمة عما أورد عليها من النقوض المتقدمة شيخنا المرتضى في (مكاسبه) .

اذا عرفت ذلك ، فنقول : فيما نحن فيه ان الاباحة المجردة التي هي مفاد المعاطاة عند الاكثر يحتمل أن تكون من القسم الاول ، وهو كون الواقع مباحناً للمقصود ، غير أنه ثبت بالدليل الخاص من قيام للسيرة القطعية عليه ، ولكن يندفع بمنع قيامها على خصوص الاباحة المجردة - كما عرفت - اولاً ولزوم كون الاباحة حينئذ شرعية مع ظهور كلماتهم في كونها مالكية - ثانياً - وكون الاباحة حاصلة عند المعاطاة لاهما مع نصريحهم بان المعاطاة تفيد الاباحة - ثالثاً - ويحتمل ان تكون من ثاني قسمي الثاني من باب تعدد المطلوب بتقريب : أن المعاطاة تسليط للغير على ماله قاصداً به الملك ، والتسليط المجرد عن الملك مفيد لاباحة بحكم العرف ، ولا يتنافى قصد التجليك معه إن لم يكن مؤكداً له ، فهو قاصد للتمايك بما هو تسليط من الفعل وليست الاباحة المقصودة هي للقسيمة للملك بل الجامعة معه التابعة له

ج ٢ تحقيق في الإباحة المفهومة من المعاطاة، وذكر الفرق بين المعاطاة والعقود الفاسدة ٦٧

المقصودة ضمناً وبالتبع إلا أنها باقية مع عدم الملك أيضاً بناءً على التعدد في المطالب وبشهاد لذلك مذكوره في (المسالك) من قوله : « وإنما حصلت الإباحة باستلزام إعطاء كل منهما الآخر سلعته مسلطاً له عليها الاذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات » انتهى .

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

توضيح الفرق بين المعاطاة والعقود الفاسدة مع تساويها في قصد الملك وعدم إنشاء مستقل للإباحة : هو أن تبعية الإباحة للتمليك في العقد الفاسد كاد أن ينعكس أمرها في المعاطاة لسبق الملكية المفروضة على الدفع وعدم التسليط به لكونه من أداء المال إلى مالكه في العقد الفاسد وسبق التسليط على الملكية المقصودة بالذات في المعاطاة فالملكية فيها يوشك أن تكون تابعة للتسليط لا متبوعة له كما في العقد الفاسد ، وبذلك يتقدح الوجه في تعقل التعدد في المطالب في المعاطاة وعدم امكاله 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 التسليم المقصود به التمليك في المعاطاة لا يبقى مع انتفاء الملك لذهاب الجنس بذهاب فصله ، فالإباحة للضمنية للملك متفية والقسيمة له غير مقصودة - أصلاً - وليست الإباحة هنا كالمطلق المقيد بقيد أو المشروط بشرط حتى يمكن فيه فرض تعدد المطلوب ، وإن هو إلا كالعقد القاسد في وحدة المطلوب وإن فرض الفرق بينهما في سبق الملك على الفعل ولحوقه به .

اللهم إلا أن يتشبه للقول بإباحة التصرف بوجه آخر ، وهو إحراز الرضا من المالك بالتصرف وإن لم يتحقق الملك بشاهد الحال الذي قد يدعى تحققه في خصوص المعاطاة المبنية على التسامح بخلاف العقود المبنية على المداقة من ضبط الالفاظ واجتماع الشروط وفقدان الموانع الكاشفة عن المداقة وعدم التسامح فيها ، فأحراز الإذن بالتصرف حينئذ - مع عدم سلامة المقصود من الملك - مفقود ، وبكفي في صحة التصرف إحراز الرضا القلبي من المالك ، وإن بطل العقد أو المعاطاة في إفادة المقصود من الملك . ويشهد لذلك قول العلامة في هبة (التحرير) بعد أن اعتبر الإيجاب والقبول فيها مالفظة : « وهل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هبة الاطعمة ؟ الأقرب عدمه نعم يجوز للتصرف عملاً بالإذن المستفاد من العادة » .

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

بكادبة طبق معها قول الاكثر بوجه اصلا اللهم الا بدعوى ان بطلان الضمان بالمسمى من حيث البدلية بين العيينين في الملك لا يستلزم بطلان الضمان به من حيث هدلية التسلط بالتسلط بمعنى هدلية السلطنة التي له على ماله بالسلطنة على مال صاحبه وكذا لصاحبه بالعكس ، وليست الاباحة المجردة على القول بها اباحة مجانية ، بل هي اباحة يعرض اباحة وسلطنة بازاء سلطنة مع صحة الهدلية المذكورة ، وتمايمتها هنا في مقام الهدلية ، وان لم تتم البدلية بين العيينين ، ومن المعلوم جواز الرجوع بأحد البدلين والنزاع للسلطنة من صاحبه على ماله موقوف على ارجاع هداه المنعذر عند تلف العين التي هي بمنزلة الموضوع لتلك السلطنة ، والتبديل عنه بالسلطنة على المثل أو القيمة بتبديل يهدل آخر غير هدله المسمى الذي تمت هدليته . ولعله هو مراد من استدك على اللزوم بالكلف من أهل هذا للقول بعدم امكان الأفراد معه :

هذا ولكن الدعوى المذكورة على عهدة مدعيها والمسألة عندي بعد لانتخلو عن اشكال :

ومما ذكرنا ظهر مستند قول العلامة في (النهاية) وهو قوي ، لولا قيام الاجماع بقسميه على اباحة التصرف ، وعدم جواز الرجوع عند التلف ونحوه ، وكذا مستند للقول بالاباحة إلا فيما يتوقف على الملك كما تقدم عن حواشي الشهيد . ولكن الاقوى من الاقوال المتقدمة ، هو القول بافادتها الملك المتزلزل ، ويستقر بالتلف وما يحكمه - كما عليه الكركي وجماعة ممن تاخر عنه - بل وهو ظاهر العلامة في (التحرير) حيث قال : « والاقوى عندي ان المعاوضة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة مادامت العين هالقة لظهور نفي اللزوم في ثبوت الملك مع ظهور التعبير بفسخ المعاوضة فيه ايضاً ، ووجهه يتضح بعد بيان مقدمة متكفلة لبيان معنى الملك ومراتب الملكية .

فنعول : ان من الاعراض مالا يكون الخارج ظرفاً لعروضه بل هو
ظرف للانصاف به وهذا هو المعبر عنه بالاعتباري ووجوده انما هو بوجود
منشأ انتزاعه على نحو ينتزع هذا العرض منه فن ذلك المالية ، فانها قد
تدور مدار مافي الشيء من الجهات الذاتية او من الجهات الخارجية ولو
يجعل جاعل بحيث يتعلق به ولو من تلك الجهة أغراض عموم للناس ،
ويبدلون. بازائه الاموال ، ولا يعتبر في المنشأ كونه ذاتياً للشيء وصفة من
أوصافه الذاتية كالجواهر والمعادن وأمثال ذلك ، بل المدار في تحقق المالية
للشيء تعلق أغراض الناس عموماً به وألسعي في تحصيله لنيل الاغراض
المقصودة منه ، ولو كان المنشأ امرأ خارجياً ، ولعل من ذلك ما هو المتعارف
في عصرنا من جعل للسلطين الاوراق المطبوعة المعبر عنها بالنوط والاسكتناس
المعدودة بحكم الاثمان في إجراء المعاملات بها فيما بينهم كالنقود المسكوكة
فان لها من حيث هي كذلك مالية متعلقة بها أغراض عموم العقلاء ولو
كان ذلك يجعل للسلطين دون جهة في ذاتها وبمحتمل قوياً ان يكون حكم
نلك الاوراق حكم (البروات والسجلات) فانها لامالية لها بنفسها وانما
مطابقتها ليست الا لكونها وسيلة الى تحصيل مال آخر وكم من فرق
واضح بين كونها مالا وبين كونها وسيلة الى تحصيل مال آخر وثمرات
مرتبة عليه ، ومن ذلك الملكية ايضا وهي ربط خاص بين المالك والمملوك
موجب لسلطنته عليه او نفس السلطنة الحاصلة له عليه ، فبين المالية والملكية
بحسب المورد عموم وخصوص من وجه ، يفترق الاول عن الثاني في الاموال
المباحة ، والثاني عن الاول في مثل الحبة من الحنطة ، فانها لامالية لها مع
بقائها على الملكية :

ثم ان للملكية بحسب اختلافها قوة وضعفاً مراتب ثلث ، أضعفها
ملكبة الانتفاع ، وأقوى منها ملك المنفعة ، وأقوى منهما ملك الرقبة لان

ج ٢ استمرار في بيان معنى الملك ومراتب الملكية ، وأن الإباحة ترادف الملكية ٧١

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

هذا ولا ينافي السلطنة القوية البالغة للمرتبة القصوى من الملكية : عدم نفوذها لما لم ينشأ من أسباب التحجير كالصهر 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 الى التمام وانبساطها على الكل بحيث لو تم نقصانها من هذه الجهة بالقسمة عبر عنه بأحد للكسور التسعة ، كالنصف والثلث ، وغير ذلك من غير حدوث ملكية جديدة ، وليس للنقصان الا من جهة المتعلق وهو للكل والنسبة اليه ، ولذا كانت قسمة المشاع عندنا لإفراز حق وتمييز حصص كما طفحت بذلك عباراتهم في تعريفها خلافاً للعامة حيث ذهبوا الى أن القسمة معاوضة لانتقال شطر من حصة كل من الشريكين مثلاً الى الآخر بعوض ما انتقل منه اليه ، وهذا هو الوجه للتخلص عن الاشكال الوارد على تعريف القسمة عندنا ، وانها ليست بمعاوضة ، لاما ذكروا له من الوجوه المقررة في محله (٥) .

(٥) توضيح الاشكال وحله ، هو أن قسمة المشاع مطلقاً - ولو الغير المشتمل منها على الرد لانتفك عن تحقق المعاوضة فيها لأن بها تختص الحصة باحدهما بعد ان كانت مشاعة بينهما مملوكة لكل منهما بعوض ما انتقل منه الى شريكه ، وهل المعاوضة الا ما كان كذلك مع ان الاصحاب عرفوها بانها تميز الحصص وافرازها لامعاوضة نعم المشتملة منها على الرد لانتفك عن المعاوضة بين المردود وعوضه .

وقد تصدى بعض للجواب عنه بما يرجع ملخصه الى أن معنى للشركة في المال بالاشاعة هو أن لكل من الشريكين نصفه مثلاً على وجه البدائية فالمملوك لكل منهما النصف الكلي على وجهه ينطبق على افراد الانصاف المنصورة له بحسب اختلاف الاجزاء والكيفية ، فالصبرة المشاعة بين الاثنين بالسوية مثلاً تختلف قسمتها نصفين كيفية بحسب اختلاف اجزائها تبديلاً وتكثر افراد الانصاف بحسب ذلك الاختلاف ، فالمملوك لكل منهما كلي للنصف المنطبق على كل واحد من تلك الانصاف انطبق الكلي على الفرد =

وكيف كان اذا تبين ذلك ظهر لك ان الإباحة المطلقة من جميع وجوه التصرف التي هي مفاد المعاطاة عند الأكثر ترادف الملكية التي تجامع عدم اللزوم وجواز الرجوع من آثار بقاء العلقة للمالك الذي قد يقال هو مقتضى الأصل عند الشك فيه ، لا ما قبل : من ان الأصل يقتضى اللزوم في الملك ، فنأمل . غير أن من صرح بعدم الملك مع ذلك فقصوده الملك اللزومي الذي لا يجوز فيه الرجوع دون مطلق الملكية ومن ذلك قولهم عليهم السلام : « ما هو لنا فقد أبخناه لشيعتنا » ولذا صح جميع التصرفات فيه حتى

= فالقبوض بالقسمة هو مصداق ما كان مملوكا له من الكلي ، غير انه تعين بعد ان كان لاعلى للتعين وهو معنى القسمة المفصلة بتعيين الحصص ايضا وفيه - مع ان ذلك ينافي للشركة بالإشاعة اذ الإشاعة في الكل لا بد وان تنتهي اجزائه الى الجزء اللابتنجزأ بناء على وجوده فذلك الجزء أما أن يكون لها اولاحدها اولالها ولا لاحدها ، لا سبيل الى الاخيرين لمنافاتها الملكية وللشركة في الملكية ، فتعين الاول وحينئذ لا يصف له حتى يملك النصف منه والنصف الموهوم بناء على عدم وجوده لاتعلق به الملكية .

أن ذلك يستلزم ان يختص كل واحد من النصفين المفروضين لا على للتعين باحدهما دون الآخر وكذا للآخر النصف الآخر كذلك وهو ينافي الإشاعة التي معناها الشركة وعدم الاختصاص في كل ما يفرض جزء .

وآخر قد تصدى له بوجه آخر وهو ان الإشاعة من اشاع بمعنى انتشر ومعناه ان الملكية منتشرة في جميع اجزاء المال بحيث لو جزأت الكل فلا بد ان تنتهي اجزائه الى الجزء اللابتنجزأ بناء على وجوده متعلقة به ملكية واحدة قائمة بالشريكين فلكل منها نصف الملكية لملكية للنصف اذ لا يصف له بالفرض حتى يكون مملوكا وليس الكل الاعين تلك الاجزاء مجتمعة ولا فرق في الملكية بين ملكية الكل وملكية الجزء لان التفريق والاجتماع لا يوجها =

المتوقفة على الملك ، هل ملك الشيعة لما أباحوه لهم كالجواري المغنومة بالغزو
بغير اذن الامام ، بناء على الاقوى : من كونها من الانفال ، وخمسهم
في المغنومة بنحو الغيلة والسرقة كاد أن يكون من الضروريات ، وليس الا
للبد على ما أباحه المالك اباحة مطلقة كما مستعرف .

ومنه ايضا الاباحة المستفادة ولو بالقرائن من إعراض المالك عموماً

= الفرق في معنى الملكية ، واما بناء على عدم وجوده فما كان دونه فهو
موجود وهمي لاتتعلق به الملكية وقسمته قسمة وهمية وتلك الاجزاء الوهمية
يفرض اجتماعها حتى اذا بلغت جوهر الفرد تعلقت به الملكية ، وحينئذ
فيجري فيه الكلام المتقدم ، وعليه ففني الشركة هو ملكية واحدة متعلقة
بالمال قائمة بالشريكين بمنزلة مالك واحد .

وفيه بعد تسليم فرض معنى لنصف الملكية انه لايجدي ذلك فرقاً في
تحقق المعاوضة بين نصف الملكية وملكبة النصف لتحقق التبديل فيها معاً
اللهم الا ان يرجع ولو بتكلف الى المذكور :

فالاحسن 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 لكالت كسراً من الكسور ، وعليه فكل
واحد من الشركاء مالك لتام المال ملكاً ناقصاً يعبر عنه بالكسور كالنصف
والثلث مثلاً ، والغرض أن هذا الناقص على تقدير التامة نصف او ثلث
والقسمة عبارة عن تتميم الملك في جزء خاص فلك وقسمة المال مرتبة من
السلطنة لانقص فيها مطلقاً والضعف الذي في الشركة ليس في نفس المرتبة
وانما هو في تعلقتها بتام المال ولهذا تم بالقسمة مع ان المالك لم يتغير ولم
يحدث القسمة سلطنة جديدة والجوهر للفرد غايته لانتم فيه الملكية من جهة
الضعف الحاصل من الشركة لعدم امكان القسمة فيه فانهم واغتم (منه عني عنه)

او خصوصاً كئثار العرس فانه يملكه الأخذ باليد بعد إعراض المالك عنه .
وحيث انجر الكلام الى مسألة الاعراض ، فلا بأس بالتعرض لها
ببيان حكمه ولو بنحو الاجمال :

فنعول : الاعراض بما هو إعراض حبساً بتحقيق ويوجد هل يكون
سبباً لخروج المال عن ملك المعرض ، وبعبارة أخرى : هل يخرج المعرض
عنه بمجرد الاعراض عن ملك المعرض أم لا ؟ وعلى الثاني : فهل يملك
بالقبض ووضع اليد عليه مع كونه معرضاً عنه أم لا ؟ وعلى الثاني
فهل يجوز للأخذ بالتصرف فيه مطلقاً أم لا كذلك ، او يفصل بين
التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع ونحوه وغير المتوقفة عليه ؟ احتمالات ،
بل لعلها اقوال ذهب الى الاول جماعة منهم الشيخ في محكي المبسوط والقمي
في (اجوبة مسائله) بل في (الكفاية) نسبته الى الاشهر ، حيث قال
« ولو أطلق الصيد من يده لم يخرج عن ملكه اذا لم ينو قطع ملكه عنه
وان لوى ذلك ، ففي خروجه عن ملكه قولان : اشهرهما الاول واعلاه
الاقرب ، ... » انتهى كلامه . وذهب غير واحد الى بقاء الملك وعدم
الخروج عنه بمجرد الاعراض بل في (المسالك) نسبته الى الاكثر حيث
قال في مسألة مالو أطلق الصيد مالفظه « وان قطع نيته عن ملكه ، ففي
خروجه عنه وجهان : احدهما - وهو الذي اختاره المصنف و الاكثر -
عدمه لانه ملك : وزواله يتوقف على اسباب شرعية ، فلا يحصل بمجرد
الارادة ، والاعراض عن الملك لم يثبت شرعاً أنه من الاسباب الناقلة عنه
والقول بخروجه بذلك عن ملكه للشيخ في (المبسوط) ، وقال ايضا في مسألة
غرق السفينة « والاصح ان جواز أخذ ما يتخلف مشروط باعراض مالكة
عنه مطلقاً ، ومعه يكون اباحة لآخذه ولا يحل أخذه بدون الاعراض مطلقاً
علا بالاصل ، انتهى »

ووجه القول بجواز التصرف ، هو ظهور حال المرض في الرضا به
وقيام شاهد الحال عليه ، ووجه التفصيل هو توقف تلك التصرفات على
الملك المفروض عدمه في المقام ، ووجه المنع مطلقا عدم الملك وعدم إحراز
الإباحة المتوقفة على انشاؤها منه ، مع منع قيام شاهد الحال عليه على
وجه للكلية مع اقتضاء الأصل العدم في الجميع عند للشك فيه :

والاظهر عندي عدم الخروج عن الملك بمجرد الاعراض ، ولكن يملك
بالقبض ووضع اليد عليه بقصد التملك : اما الأول ، فلعدم الدليل على
خروجه من الملك بمجرد الاعراض اذ الخروج عنه كالدخول فيه متوقف
على سبب شرعى ، ولم يقم دليل على سببية الاعراض له ، مع أن مقتضى
الأصل هو البقاء على الملكية ، واما الثاني وهو التملك بالقبض فلصعوبة
المعرض عنه بالاعراض ورفع اليد عنه بحكم المباح ، فيدخل تحت عموم
« من سبق الى مالم يسبق اليه أحد » الحديث (١) وقوله عليه السلام : « ليد
ما اخذت وللعين مارأت » (٢) خرج عنه الملك للغير المعرض عنه والمزاحم فيه
المالك فتأمل ، فيبقى الباقي تحت العموم ، فاليد سبب للملك مالم يسبق بيد
وملكية مزاحمة ، سواء كان المال الموضوعه عليه اليد من المباحات الاصلية
او ما هو بحكمها ، مضافاً الى صحيحة عبدالله ابن سنان عن أبي عبدالله عليه

(١) سبق للكلام على هذا الحديث النبوي في الجزء الأول من هذا الكتاب

(٢) في خبر السكوني : في رجل أبصر طائرا فنهقه حتى سقط على شجرة

فجاء رجل آخر فاخذه فقال امير المؤمنين (ع) للعين مارأت واليد ما اخذت

(كذا في الجواهر) هذا وفي استفادة سببية اليد للملكية ما اخذته من هذه الفقهاء من

الخبر بنحو الايجاب الكلي وكون ذلك بنحو للقاعدة تأمل ، فانه مضافاً الى خروج

ماخرج منها يمكن كون الحكم المذكور منه عليه السلام من قبيل الحكم في واقعة

خاصة لا عموم فيها ، ولعله لذا أمر بالتأمل :

السلام قال : « من أصاب مالا أو بعبراً في فلاة من الارض قد كلت وأقامت وصيبها صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وانفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها ، وانما هي مثل الشيء المباح ، وليس المائنة في الخروج عن الملكية ، بل مثله في التملك بالقبض وذكر البعير على جهة المثال سببا مع عطفه على المال . والى رواية للشعمري قال : « سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر وفيها مال فأخرج بعضه بالغوص ، وأخرج البحر بعض ماغرق فيزا ؟ فقال : اما ما أخرجه البحر ، فهو لأهله الله أخرجه لهم ، واما ما أخرج بالغوص فهو لهم وهم احق به ، وقال في (السرائر) بعد ذكر الرواية - « قال محمد بن ادريس : 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 بعبره من جهد من غير كلاء ولا ماء ، فهو لمن أخذه ، لانه خلاه آيساً منه ورفع يده عنه فصار مباحاً ، وليس هذا قياساً لأن مذهبتنا ترك للقياس ، وانما هذا على جهة المثال والمرجع فيه الى الاجماع ، ونواتر للنصوص ، دون القياس والاجتهاد وعلى الخبرين اجماع اصحابنا منعقد :

قلت : نزيل الرواية على تحقق الاعراض عن البعض اليأس - وهو ما اخرج بالغوص وعدمه في البعض الآخر وهو ما اخرج البحر كما يظهر من عبارة السرائر تفكيك ركبك . وحينئذ تشكل الرواية لأن الاعراض : ان كان متحققاً ، فما اخرج البحر كما اخرج بالغوص يملكه من سبق اليه ، وإلا فما اخرج بالغوص ايضا المالكه ، وحملها على إرادة المال للمالك في الصورتين ، والافصيل انما هو في الخرج ، والمقابلة بين ما اخرج الغواص لهم وما اخرج الله كما احتمله في (الجواهر) ضعيف جداً . فالاولى عندي بل هو المتعين حمل الرواية على الغالب من حصول الاعراض بالفرق وصيرورة المال بعده بحكم المباح ، يملكه من سبق اليه ولذا

ما أخرج بالموص ملكه الفواص ، غير أن ما أخرجه البحر لم يحرز بقاء الاعراض مع كوله ملقى في الساحل ، بل الظاهر رجوعه عنه ، فلا يملكه من سبق إليه لخروجه عن حكم المباح عند وضع اليد عليه ، وهو شرط في التملك باليد وبكفى في التوقف للشك فيه بعد منع جريان الاستصحاب في المقام (١) وبؤيد ما ذكرنا من التملك باليد رواية على بن ميمون للصايغ ، قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب ، فأبيعه ، فما أصنع به ؟ قال : « تصدق به ، فاما لك اولأهله » الخبر : ومثله خبره الآخر : « سأله عن تراب الصواغين ولأنا لبيعه ؟ قال : أما تستطيع ان تستحله من صاحبه ؟ قال قلت لا اذا أخبرته اتهمني ، قال : بعه ، قلت : فبأى شيء لبيعه ؟ قال بطعام ، قلت فأى شيء نصنع به ؟ قال تصدق به : إما لك أو لأهله ، بناء على ارادة (أما) هو لك بالاعراض فالصدقة بملكك أو لصاحبه ، فالصدقة بملكه والامر بالصدقة أخذ باطراف الاحتياط ، ونضمن الأخير لما لا يقول به أحد : من تسويع خوف التهمة للتصدق بمعلوم المالك لا يضر في الاستدلال بفقرته الاخرى : واما على ارادة : لك ثواب الصدقة لو ظهر المالك ولم يرض بها ، أو هو له لو رضى بها كما هو أحد الاحتمالين فيها بل لعله للظاهر منها - فهي أجنبية عن مسألة الاعراض ، وضعف سند خبر الشعمري ، منجبر بما تقدم من كلام الحلبي (في السرائر) :

وكيف كان ، فالأظهر هو التملك باليد مطلقاً سواء كان الاعراض اختيارياً أو قهرياً ، كما في صورة اليأس ، وفي المحقرات وغيرها ، والقول به في خصوص الاعراض القهري أو في المحقرات بالخصوص . تفصيل من

(١) فان موضوع تملك ذي اليد لئال الغير كونه معرضاً عنه ومباحاً من مالكة

عند وضع اليد عليه واستصحاب بقاء الاعراض منه وعدم رجوعه عنه لا يثبت به موضوع للتملك :

غير دليل . ولعل نظر من اقتصر في الحكم على الأخير الى دعوى عدم الدليل على تملك المعرض عنه الا السيرة الممنوع قيامها إلا في المحقرات كجالات الاعام والسناهل المتخلفة من الزرع وحطب المسافرين ونحو ذلك من المحقرات التي يعاملون مع ملتقطها معاملة المالك من البيع والشراء ، فيه ما عرفت من قيام الدليل عليه من النصوص المتضدة بدعوى الاجماع المتقدم من السرائر عليه نعم ، بتحقيق الاعراض فيها - غالباً - فاليأس أو الحقارة محقق لموضوع الاعراض غالباً لاشترط في حكمه فافهم .

هذا ولو نوى المعرض الرجوع عن اعراضه فاما أن يكون ذلك قبل قبض الغير له أو بعده ، وعلى التقديرين ، فأما أن نقول بخروجه عن ملك المعرض بالاعراض اولاً ، وعليه فاما أن نقول بتملك الغير بالقبض اولاً وان جاز التصرف فيه ، فان لواه قبل القبض وقلنا بالخروج لم يرجع الى ملكه بالنبة ، لأن للدخول فيه متوقف على سبب كالتقبض مفقود في المقام بالفرض ، فلو تسابق المعرض وغيره على قبضه فهو لمن سبق اليه بالقبض بلا اشكال ، كما لا اشكال في جواز الرجوع عليه مع بقاء العين وان قبضه الاخر بناء على بقائه في ملكه وعدم تملك الغير له بالقبض : وأما بناء على التملك به فان كان الرجوع قبله ، فلا اشكال ايضاً في عدم تملك القابض له لان المدار في التملك بالقبض على كون المال بحكم المباح عند القبض ووضع اليد عليه حتى يكون المحل قابلاً لتأثير اليد فيه بالملكية ، ولعله تشبه به بل ترشد اليه رواية الشعبي المتقدمة الحاكمة بان ما أخرجه البحر فهو لاصحابه ، بناء على ما ذكرنا من رجوع المعرض عن الاعراض حينئذ بحكم العادة .

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

على أن الأصل في الملك هل هو الزوم أو الجواز (١)

ذهب الى الاول جماعة ، منهم (شيخنا المرتضى) في مكاسبه وظهره مضافاً الى كفاية امتهحاب للكلي بالنسبة الى الآثار المترتبة عليه لو سلم كون الاختلاف بالزوم والجواز من الاختلاف في ماهية الملك ، وحقيقته أن جواز الرجوع وعدمه باعتبار حكم للشارع له بذلك ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب الملك لا اختلاف حقيقة الملك :

(١) توضيح ذلك : أن المختار لجماعة من الاصحاب ، - ومنهم شيخنا الانصاري - كون الأصل العملي في الملك الزوم ، وذهب صيدنا المصنف - قدس سره - الى أن الأصل فيه الجواز حتى يقوم دليل على الزوم : ومنشأ الخلاف : هو أن الزوم والجواز منوعان للملك ، فالملكية اللازمة حقيقة ، والجائزة حقيقة أخرى : او ان الملك حقيقة واحدة ، والزوم والجواز حكمان يعرضان لسببه ، فالبيع المجهول فيه الخيار بالأصل = أو بالشرط جائز جوازاً حقيقياً بمعنى أن الشارع المقدس بدليل الخيار أو دليل للشرط جعل أمر العقد إقراراً وفسخاً - بيد للعاقد مثلاً ، وحقاً من حقوقه ، ان شاء أقره وان شاء فسخه ، والهبة المجانية لغير ذى الرحم جائزة جوازاً حكماً ، لحكم الشارع بجواز الرجوع فيها ، بخلاف الهبة لذي الرحم أو المشروط فيها العوض ، فانها لازمة لا يجوز الرجوع فيها ، فالزوم والجواز حكمان شرعيان مجعولان لسبب الملك ، فاذا تحقق وشك في زواله للشك في أن سببه المقتضى له مما يجوز فسخه والرجوع فيه ، ففقتضى الامتهحاب وإبقاء ما كان على ما كان هو الحكم بإبقاء ما تحقق من الملك وعدم تأثير رجوع مالكه السابق المنتقل منه الملك حتى يعلم أن سببه مما يجوز فسخه والرجوع به .

وبالجملة ، فالمضى ان الملكية العرفية والجددة الاعتبارية لها حقيقة =

ج ٢ استعراض الأدلة على ان الأصل في الملك اللزوم ، وتحقيق ذلك ٨١

وانت خبير بان دعوى اصاله اللزوم في الملك بمعنى استصحابه للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي لانتتم بناء على اختلاف حقيقة الملك = واحدة ، وهي إضافة خاصة وعلاقة تامة بين المالك والمملوك حاصلة بأحد اسبابها الشرعية ، وهذه الاضافة اذا انتقلت من شخص الى آخر بأحد أسباب الانتقال تنقطع كلها عن الاول وتثبت للثاني :

فما يذكره سيدنا - رحمه الله - فيما سيأتي من كلامه في تقريب ما يختاره من اصاله الجواز وعدم اللزوم من قوله : « بل الأصل يقتضي بقاء العلاقة للمالك الأصلي ، وان انتقل الملك عنه » إن أراد بها العلاقة المالكية كما يظهر من جعل استصحابها حاكماً على استصحاب الملك للمالك الثاني ، فهو غير واضح ، فان منشأ اتصاف الملك باللزوم أو الجواز هو حكم الشارع على بعض أسبابه بجواز الرجوع به جوازاً حكماً او حقياً :

وعليه فلو ثبت الجواز الحكمي او الحقيقي بمعنى الخيار ، فدليله يكون حاكماً على اصاله اللزوم أي استصحاب الملك عند الشك في زواله وارتفاعه كما أن دليل الخيار مخصص لعموم « اوفوا بالعقود » :

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

والجاصل ، إن مناقشة سيدنا المصنف اصاله اللزوم في الملك مرجعها أحد امرين :

أما كون الملك اللازم مائناً للجائز حقيقة وانها حقيقة فان كانا كذلك لواجه لجريان استصحاب الملك بعد رجوع المالك الأصلي به ، فانه يدور المستصحب بين كونه مقطوع الارتفاع ان كان الملك هو الجائز ، وبين كونه مشكوك الحدوث ان كان هو اللازم . وفي مثله لا يجري الاستصحاب :

بحسب اللزوم والجواز ، مع منع جريان الاستصحاب في القدر المشترك بينهما
فثبوت الاصل يتوقف على أحد أمرين : اما ثبوت الوحدة في ماهية الملك
أو جريان الاستصحاب في الكلي لو فرض تعددها .
مع ان كلا منهما في حيز المنع :

= والمناقشة الثانية : هي انه لو فرض جريان استصحاب الملك في نفسه
لكن استصحاب بقاء علقه المالك الاصلى للذي هو استصحاب سببي بحكم
عليه .

هذا ولكن للظاهر عدم تمامية المناقشتين :

أما الأولى فلما ذكرنا من ان اللزوم والجواز ليسا منوعين للملك بل هما
حكمان شرعيان يعرضان لسبب الملك . وعليه فلو شككنا في سبب من أسباب
الملك . أنه محكوم شرعاً باللزوم أو الجواز لشبهة حكميه أو موضوعية ، يكون للشك
المذكور منشأ للشك في بقاء الملك للمالك الثاني اوارتفاعه بعد رجوع المالك الأول
فيستصحب الملك وبحكم بهقائه للثاني ، والشاهد على كون اللزوم والجواز من أحكام
السبب لا من خصوصيات المسبب ، هو أن تخصص الملك باحدى الخصوصيتين :
ان كان المدار فيه انشاء المنشئ بحيث اذا قصد بانشاءه الملك كونه لازماً يكون
لازماً ولو قصد كونه جائزاً ، يكون جائزاً ، فهذا تابعان لقصد المنشئ
وعليه فلو قصد في الهبة لذي الرحم أو الموعوضة الجواز تكون جائزة ، وفي الهبة
الحجانية لغير ذى الرحم لو قصد لزومها تكون لازمة ، فهو واضح البطلان
وان كان التخصص بأحدى الخصوصيتين يجعل من الشارع بان قيد المنشأ
في كل مورد باحدى الخصوصيتين كأن أخذ اللزوم في الهبة لذي الرحم
مثلاً قيداً في الملك ، والجواز في الهبة لغير ذى الرحم قيداً له ، وعليه
فلا بد للمنشئ ان يقصد المنشأ بتلك الخصوصية حيث أنها حينئذ من القيود
المقومة للمنشأ لا بد من قصدتها عند الانشاء ، فلو أهملها وقصد الملك المطلق =

ج ٢ مناقشة المصنف اصالة اللزوم في الملك من جهتين ، والجواب عن ذلك ٨٣

أما الأول فقد يقال : ان أسباب الملك مختلفة بحسب ماهية الحقيقة واختلاف ماهية السبب موجب لاختلاف ماهية المسبب أما للصهرى فوجدالبة لما لرى من اختلاف سبب الملك اللازم والملك الجائز كالبيع والهبة بحسب الماهية والحقيقة ، وأما الكبرى فلانه يستحيل أن تكون ماهية واحدة مسببة عن ماهيتين مختلفتين إلا ان يكون بينهما قدر جامع يكون هو السبب لما هو المعلوم من اعتبار الارتباط والسنخية بين العلة والمعلول والملكية اللازمة

= ولم يقبده باللازم أو الجائز ، فقطضاه بطلان انشائه اذ لم يكن قاصداً لإحدى الحقيقتين والخصوصيتين ، ولا يمكن الالتزام بذلك ، فان الوجدان أصدق شاهد على أن المنشئ في التمليكات - معاوضة كانت او مجانية لازمة كانت او جائزة ، حكماً كان الجواز او حقاً - لا يقصد سوى التملك المعاوضي او المجاني - على اختلاف فيها - ولا يقصد لزوماً ولا جوازاً : كما ان المناقشة الثانية لاصالة اللزوم في الملك وهي كون استصحاب بقاء الملك بعد رجوع مالكه الأصلي محكوماً باستصحاب بقاء العلقه للمالك الأصلي لان الشك في بقاء الملك للمالك الثاني بعد رجوع المالك الاول مسبب عن الشك في بقاء علقه المالك الاول فيما انتقل منه اليه ، فقطضى استصحاب بقاء علقته زوال ملكية الثاني بعد رجوع الاول لكون الاستصحاب للسببي حاكماً على الاستصحاب المسببي .

مدفوعة بما ذكرناه سابقاً : من أن العلقه المالكية للمالك الاول والاهابة التي كانت له بالنسبة الى ما انتقل منه قد انقطعت بالانتقال الى الثاني ، وعلقه أخرى - حكمية ام حقبة - مرجعها جواز رجوعه بما انتقل منه ، واعادته الى ملكه - على فرض وجودها - فانما تحدث بعد الانتقال والقطاع الأولى ، إذ لا معنى لوجودها حين وجود الأولى - كما لا يخفى - وهي مشكوكه الحدوث ، والأصل عدمها ، فلا حاكم على اصالة اللزوم .

والجائزة مختلفتان نوعاً اوصنفاً بسبب اختلاف اسبابها كذلك ، ولا يجدي النعدي الفردي في رفع الاستحالة المذكورة ، لان الخصوصيات الفردية غير مأخوذة في حقيقة المسبب بعد ان كان السبب سبباً للطبيعة الكلية ، فالملكية الحاصلة من البيع - مثلاً - طبيعة واحدة ، وان تعددت افرادها بحسب تعدد أفراد البيع . وكذا الملكية الحاصلة من الهبة طبيعة واحدة ، وان تعددت أفرادها بحسب تعدد أفراد الهبة ، فليس تعددها الا تعداداً بحسب الافراد ، بخلاف للطبيعتين المزبورتين المختلفتين بحسب النوع أو الصنف دون الفردية نعم قد يجدي تعدد المسبب فرداً في الاحكام للتكليفية كما في وجوب سجدتي السهو للكلام والسلام وغيرهما من أسباب وجوبها ، فالها فتعدد بتعدد أسبابها الموجبة لها مع كونها في الجميع ماهية واحدة :

ودعوى وجود للقدر الجامع بين الاسباب المختلفة - وهو للسبب في تحقق المسبب - فمع أنها ممنوعة بل الاصل عدمه ، لاهد من احرازه حتى يحكم باتحاد المسبب ليجري الاستصحاب فيه عند الشك في بقاءه نعم اذا علم اتحاد طبيعة المسبب من الخارج كشف ذلك عن وجود الجامع بين اسبابه المختلفة كالمالك المسبب عن البيع والصلح ونحوهما أو يقال بتقريب آخر ، وهو أن اللزوم والجواز من آثار الملك أو من أحكامه ضرورة انقسام الملك شرعاً الى الجائز وللزام واختلاف الاثر والحكم كاشف عن اختلاف المؤثر أو الموضوع ، والفرق بين التقريبيين : ان اللزوم والجواز بالفسهما من المشخصات النوعية بمعنى ان اختلاف الملك نوعاً اوصنفاً بنفس اللزوم والجواز على الاول ، وكاشف عن وجود ما به يختلفان نوعاً بحسب الواقع من غير جهة اللزوم والجواز على الثاني ، ضرورة أن أثر الشيء أو حكمه لا يوجب تميزه نوعاً إلا بحسب الاعتبار والانتزاع اللهم إلا أن يدفع الاخير بمنع كونها من أثر الملك أو حكمه وان اتصف بهما مسامحة ، بل هما - اي

اللزوم والجواز - اثر العقد الذي هو سبب الملك او حكمه فيرجع حينئذ الى التقريب الاول . هذا مع امكان ان يقال : ان اختلاف الملك باللزوم والجواز من الاختلاف في مرتبة الملكية شدة وضعفاً ، فللملكية مرتبتان اضعفها الملكية الجائزة واقواهما الملكية اللازمة .

واما الثاني اعني استصحاب الكلي ، فقد يقال بالمنع منه مطلقاً من غير فرق بين ما كان الشك فيه في المقنضى كالحبوان المردد بين ما كان يعيش سنة مثلاً وما لا يعيش الا يوماً ، او كان الشك في قدح العارض مع اقتضائه البقاء لولاه كالحادث المردد بين ما لا يزول الا بالمسل وما يزول بالوضوء اذا توضأ بعده ، والمقام من قبيل الثاني ، اذ الملكية مقتضاها البقاء ووجه المنع عنه مطلقاً : انه لا بد في الاستصحاب من يقين سابق وشك لاحق موجودين عند جريانه ، وليس في المقام ، اذ الكلي مردد بين فردين احدهما معلوم البقاء على تقدير حدوثه ، والآخر مع كونه مشكوك الحدوث معلوم الزوال على تقديره ، والمفروض عدم وجود الكلي في ضمن فرد ثالث إلا أن الانصاف ان الكلي من حيث هو كلي ومشترك متيقن الحدوث مشكوك البقاء ولو من جهة الترديد بين الفردين ، فلا مانع من استصحابه وترتب آثاره الشرعية عليه وان كان لا يثبت به خصوص أحد للفردين لانه من الأصل المثبت ففي مانحن فيه بعد الرجوع يستصحب كلي الملك الذي أثره جواز تصرف من انتقل اليه ، ضرورة أن جواز التصرف من آثار مطلق الملك الاعم من الجائز وللإلزام كما يستصحب كلي الحادث المردد بين الأصغر والأكبر بعد الوضوء ويقترب عليه المنع عن الدخول في الصلاة ومس كتابة القرآن ولا يحرم عليه الاجتياز في المسجدين واللبث في المساجد لانها من آثار الحادث الأكبر لا مطلق الحادث .

هذا اقصى ما يمكن أن يقال اوقبل في اقتضاء الاصل في الملك اللزوم

ولكن مع ذلك لا يبعد أن يكون الأقوى هو العدم بل الأصل يقتضي بقاء
العلاقة للمالك الأصلي وان انتقل الملك عنه اذ لا ملازمة بين زوال الملك
وزوال علاقة المالك بالكلية ، بل قد تبقى بعده كما هو في الملك الجائز .

توضيح ذلك : ان من الأسباب المملوكة ما يوجب قطع سلطنة المالك
بالكلية بحيث يكون كالاجنبي بعد ايجاده السبب ، ومنها ما لا يوجب قطعها
بالكلية بل يكون زمام المال وناصبة الملك بيد المالك كالعقود الجائزة ، فاذا
شك في تأثير السبب ، فالأصل يقتضي بقاء العلاقة ولذا كان جواز الرجوع
من الاحكام لامن الحقوق لانه من آثار السلطنة السابقة لا احداث سلطنة
جديدة للمالك ، ولا يعارضه استصحاب الملك لو سلم جريانه في المقام
لان الشك فيه مسبب عن الشك في بقاء العلاقة 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 الحلي في (السرائر)
الاجماع على مضمونه نعم اصابة عدم اللزوم وبقاء العلاقة للمالك الأصلي
يوافقها الدليل في المعاطاة بعد ما عرفت من الاجماع البسيط او المركب على
عدم اللزوم وخلافا لما هو المنسوب الى المفيد كما تقدم - فالأصل يخرج
عنه بالدليل في مسألة الاعراض ويؤكد الدليل في مسألة المعاطاة .

هذا والدليل المسألة بفرع ، وهو :

لو لبت السنابل المهرض عنها في المزرعة حتى صارت زرعاً فلا يخلو
اما أن يكون الحب مختصاً بهير صاحب الارض أو مشتركاً بينه وبين غيره
وعلى التقديرين : فاما أن يكون يسقي من السماء ، أو يسقى من صاحب
الارض وعلى التقديرين فاما أن نقول بخروجه عن الملك بالاعراض أو ببقائه
فيه مع تملكه باليد أو اهاخته له .

فعلى القول بالخروج عن الملك بمجرد الاعراض بملكه صاحب الارض
لأنه مباح نما في أرضه فهو نماء ملكه .

وعلى القول بالعدم مع بقاءه على الإباحة مطلقاً فهو لملك البذر وعليه
أجرة الارض لصاحبها كلا - ان كان مختصاً بغيره - وبالنسبة ان كان
مشتركا بينهما .

وعلى القول بالتملك بالاستيلاء فلملك الارض ، ان كان يسقي منه
مع قصده الملكية ، وان لم يكن بقصده أو كان يسقي من السماء ، فالأقوى
العدم والبقاء على ما كان عليه ، لعدم وجود سبب الملك من اليد ولية التملك
إذ ليس مجرد الكون - بل للنمو في الملك - مملوكاً ، ولذا لا يملك الصيد
المباح بمجرد التوحد في أرضه إلا أن يوحد الارض للتوحد فيه ، فيكون
كشبكة الصيد يملك بالاصطياد .

هذا تمام الكلام في مسألة الاعراض قد تعرضنا لها استطراداً ، فلنرجع
الى أصل المسألة من ترجيح القول بإفادة المعاطة الملك .
فنقول بدل عليه أمور :

الاول - ان المعاطة بيع لغة وعرفاً ولم تثبت له حقيقة شرعية لا بالوضع
للتعيني ولا التعيني حتى يحمل عليه في كلام الشارع ، وكل بيع محكوم
عليه بالصحة الا ماخرج بالدليل ، لعموم قوله تعالى : « احل الله البيع
وحرم الربوا » بناء على ظهور نعلق الحل بنفس البيع الذي هو في معنى
الحمل عليه في ارادة الحكم الوضعي لا مجرد الحكم التكليفي ، فتكون الصحة
مدلولا عليها بالمطابقة عرفاً أو بإرادة حلبة التصرف ، فهو قوله تعالى :
« حرمت عليكم أمهاتكم ، أي وطؤهن : وحلبي جميع للصرفات مستلزمة
لصحة البيع ، فتكون الصحة مدلولا عليها بالانزاع وعلى التقديرين ، فعنى
صحة البيع هو حصول النقل والملك المترتب عليه جواز التصرف فيه .

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

هذا وقد يناقش فيه يمنع صغرى الدليل اولاً وكبراه ثانياً .
 اما الاول ، فقد يمنع كون المعاطاة بيعاً لأن للبيع بحسب ما تقتضيه تعاريفهم من كونه : هو عقد يدل على الانجاب والقبول او هو اللفظ الدال عليه ونحو ذلك أو انه النقل او للتمليك او للمبادلة وأمثال ذلك يدور أمره بين كونه اما اسم اللفظ او اسم المعنى وهو المعنى النفسي القائم بالنفس المعبر عنه بالكلام النفسي المفسر بمدلول الكلام اللفظي وعلى التقديرين فلا تكون المعاطاة بيعاً : اما على الاول فواضح ، وأما على الثاني فلان الانشاء النفسي الذي هو المعنى للقائم بنفس المنشأ هو مدلول الانشاء اللفظي من الامر او النهي الذي هو عبارة عن الطلب الخاص وهو للطلب بالقول او القول للدال على الطلب الكاشف عن الارادة نعم ربما يلحق بالقول مطابق ما يكشف عن الارادة حكماً لاموضوعاً كالكتابة والاشارة من الافعال الدالة عليها في وجوب الامثال وترتب الثواب والعقاب على الموافقة والمخالفة الا أنه ليس بأمر ولا نهى حقيقة وموضوعاً بل ملحق بهما حكماً في ترتب الأحكام المذكورة عليه ومثل الانشاء - موضوعاً وحكماً - الاخبار ايضاً وبالجملة فالانشاء وقسيمه من الاخبار قسمان من الكلام ولا يتقوم شيء منهما بدون اللفظ ، فاذا جعل معنى البيع هو الانشاء النفسي فلا مناص عن القول بتوقف صدق عنوانه على وجود اللفظ المفقود في المعاطاة .

والجواب عنه اولاً يمنع كون الكلام النفسي والمعنى القلبي لا بد وأن يكون اللفظ كاشفاً عنه ومظهراً له ، واو سلم فهو محض اصطلاح لامشاحة 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

ج ٢ ترجيح القول بإفادة المعاطاة الملكية، وبيان للدليل الأول لذلك والمناقشة حوله ٨٩

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

وثانياً بمنع كون البيع اسماً لذلك المعنى وانما هو من العناوين الثانوية المنزعة من العناوين الاولى ، وليس هو الا كسائر الافعال الاختيارية للصادرة من الفاعل المختار بسبب دواعيها والاعراض الموجبة لها المترتبة عليها ، غير أن بعضها لم يكن المقصود منها إلا ذوات تلك الافعال من حيث هي لأغراض خاصة ، وبعضها لم يكن المقصود منها الا عناوينها الثانوية كالقيام للتعظيم والضرب للتأديب والشتم للابذاء ونحو ذلك من الافعال التي لم يكن الغرض منها إلا قولها آلة ومحقة لما يترتب عليها من العناوين الثانوية ، وليس للبيع إلا من هذا القبيل ، وما ذكرنا من الوجه الاول انما هو مع التنزل والمباشرة ، والا فهو غير مرضي عندنا من أصله خلافاً للاشاعة . نعم انما التأمل في كون البيع اسماً لنفس السبب الذي هو للعنوان الاول من حيث ما يقرب عليه من العنوان الثانوي على وجه يكون للتفديد داخلاً والقيود خارجاً ، أو هو اسم لنفس العنوان الثانوي المنتزع دون منشأ الانتزاع كما يظهر من تعريفه بالنقل ، والظاهر هو الاول لظهور كون النقل أثر للبيع دون حقيقته ، وعلى تقدير كونه اسماً للعنوان الثانوي كما يظهر من تعريف من عرفه بالنقل أو الانتقال فلا يخلو من تسامح : اما الثاني فلان الانتقال من عراض المبيع لانفس البيع واما الاول فقد يمنع اطراد حصواه في موارد البيع كلها ، فان منها ما لا يتحقق للنقل 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 العهد تحت الشدة من الزكوة المفروض كونه مصرفاً لها في الآفة كغيره من السهام والشراء بغلة الوقف للعين الموقوفة ، فانه لا ينتقل الى المشتري بل يكون وقفاً لان بدل الوقف وقف كما أن بدل الملك ملك ، وشراء = من موارده عن نقل والنقل ، وما ذكره سيدنا - قدس سره - من الأمثلة مطرد فيها ذلك :

أما بيع الدين فلا استحالة لنقله الى من هو عليه ، فان ما للدائن على المدينون ليس هو الكلي المتخصص بخصوصية كونه على المدينون ، وبما هو في ذمته للدائن ، فانه بالنحو المذكور من التقييد يستحيل استيفاؤه من المدينون حيث لا يمكن تطبيقه على الخارج ليتحقق استيفاؤه منه ، بل ما يملكه للدائن على المدينون من الحنطة - مثلاً - كلياً ، وعليه فتكون ذمة المدينون مشغولة به وظرفاً له ، فيمكن للدائن أن ينقل الى المدينون من الحنطة كلياً - أيضاً - بالبيع منه ، فتشغل ذمته للمدينون بما اشتراه منه من المن الكلي ، فتكون ذمة كل منهما مشغولة لصاحبه بمثل ما في ذمة الآخر له من الكلي : وفي مقام التطبيق يطبق البائع ما يستحقه المدينون من الكلي الذي اشتراه منه على ماله عليه من الكلي ، فتبرأ ذمة كل منهما لصاحبه عليه من المن للكلي ، فيكون - على هذا - حقيقة بيع الدين على من هو عليه نقل كلي من المال الى من عليه للتناقل كلي مثله . وليس معناه نقل خصوص المال الذي هو في ذمة المدينون بما هو في ذمته للدائن الى المدينون حتى يستحيل ذلك ، فانه التزام هلا لإلزام ، نعم انصاف ما نقله للدائن الى المدينون بالبيع منه يكونه ديناً للمدينون على الدائن بنفس البيع ، بخلاف ما للمدينون عليه ، فان الانصاف يكونه ديناً للدائن على المدينون سابق على ذلك ، ولا ضير فيه بهد ما كان المبيع ديناً لاعتناً خارجية : ولا ملزم في =

احد للعمودين بناء على سببته للانعقاد قهراً من دون تحقق الملك اصلاً كما يدل عليه بعض الأخبار ، وان دل بعضها الآخر عليه كوله « اذا ملك الرجل والديه او اخته او عمته عتقوا » وقوله : « اذا ملكهن عتقن »

= صدق بيع الدين أن يكون اتصافه بكونه ديناً قبل بيعه ، هل يكفي صدق الدين عليه بنفس البيع في قبال العين الخارجية :

والحاصل : إن ما اشغلت به ذمة المديون للدائن من المال الكلي تارة - يلحظ بما هو على المديون وفي ذمته للدائن ، وهو بهذا الاحاط غير قابل إلا للاسقاط عن المديون ولا يقبل للنقل والبيع الى غير من هو عليه ، فضلاً عن هو عليه ، بل لا يمكن استيفاءه من المديون ، فانه بهذا التقييد لا يمكن تطبيقه على ما في الخارج ليمكن تسليمه لمن اشتراه وأداؤه لمن هو له . . واخرى - يلحظ بما هو كلي مجرد عن التقييد بكونه في ذمة المديون وهو بهذا الاحاط كما يصلح لنقله وبيعه الى غير من هو عليه بلا اشكال وتطبيقه على ما في ذمة المديون من الكلي واحالة المشتري عليه فكذا لا ينبغي الاشكال في صلاحية نقله الى المديون وتطبيقه على ماله من الكلي في ذمته ، فتبرأ ذمة المديون مما للدائن عليه من الكلي :

وأما شراء العبد تحت الشدة من الزكاة ، فتحقيق ذلك بتوقف على بيان المدرك في الحكم المذكور ، وهو مارواه الكليني - قدس سره - في (الكافي) : عن احمد بن محمد عن علي بن الحكم عن عمرو عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : « سألت عن الرجل يجتمع عنده من الزكاة الخمسمائة والسمائة يشتري بها نسمة ويعتقها ؟ فقال عليه السلام : اذا بظلم قوماً آخرين حقوقهم ثم مكث ملياً ثم قال : إلا ان يكون عبداً مسلماً في ضرورة ، فيشتريه ويعتقه » وهذه الرواية رواها الشيخ في (التمهيد) عن الكافي عن عمرو بن أبي نصر عن أبي عبد الله عليه السلام =

المزول ذلك على الشراء وان عبر بالملك تسامحاً على الاقوى في تلك المسألة بناء على عدم شمول « لاعتق إلا في ملك ، الانعتاق أو ارادة عدم تحققه إلا في المملوك وبتلوه في القوة ترتب الانعتاق على الملك وتقدمه عليه طبعاً لا بانزمان ، يدعى سببية الشراء للملك والانعتاق معاً ، غير أن

= وعلى كل يقول الامام عليه السلام فيها : الا ان يكون عبداً مسلماً في ضرورة فيشترطه ويعتقه . وظاهرها : أن عتق العبد المشتري بالزكاة إما أن يكون بعد اشتراؤه من مالكة فهو قبل أن يعتق ملك لا بد له من مالك ، فاما أن يكون مالكة من عليه الزكاة باعتبار أن ثمنه الذي ابتاع به خرج من ملكه الى ملك بايعه ، ومقتضى المعاوضة والمبادلة دخول المعوض في ملك من خرج للعوض من ملكه ، وعليه فينقل العبد الى ملك من عليه الزكاة ، ويكون أدائها باعتقه ، واما ان يكون مالكة بعد الاشتراء وقبل العتق مستحق الزكاة وأربابها بناء على أن ما اشتري به العبد هو من زكاة ماله خصوصاً اذا كان قد عزله عن بقية أمواله أو من زكاة غيره دفعه اليه من وجبت عليه ليصرفها في سبلها - وعلى كل فالملك المشتري به العبد ملك المستحق للزكاة غايبة الأمر ، لم يكن من قبيل ملك شخص او اشخاص معينين ، بل هو نحو خاص من الملك يعبر عنه بملك الجهة ، ومرجعها لزوم الصرف فيها ، فهو مضاف اليها وهي المالكه له ، فاذا اشتري به العبد تحت الشدة والضرورة ليعتق فمقتضى المبادلة بين المالكين كون للعبد بعد الاشتراء ملكاً لمن ملك بدله وهو المستحق للزكاة فيعتق عنهم ، وقد كان قبل للشراء ملك سيده . وهل النقل الاتحويل الملك من مالك الى آخر وما يشهد لكون العبد بعد الشراء ملك أرباب الزكاة : ما عن الكليني والشيخ - قدس سرهما - في الموثق : عن عبيد بن زرارة قال : « سألت أبا عبد الله عن رجل أخرج زكاة ماله ألف درهم فلم يجد موضعاً يدفع =

الأول مقدم على الثاني بالذات لا بالزمان ، أو ضعف منه القول بدخوله في الملك آنما ، ثم ينعق ، جمعاً بين مادل من الاخبار على الملك وقاعدة « لا عتق إلا في ملك » وبين مادل على الانعاق قهراً وترهبة على نفس للشراء بإرادة المستقر من الثاني وغيره من الأول .

= ذلك ليه ، فنظر الى مملوك يباع فيمن يريده ، فاشتره بتلك الألف درهم للتي أخرجها من زكوته فاعتقه ، يجوز ذلك ؟ قال عليه السلام : نعم لأهأس بذلك ، قلت : فانه لما أعتق وصار حراً اتجر واحترف فأصاب مالا ثم مات وليس له وارث ، فمن يرثه اذا لم يكن له وارث ؟ فقال عليه السلام يرثه الفقراء المؤمنون لأنه انما اشترى بهم . . « فانه عليه السلام نزل للعبد المشتري من الزكاة المعتق بمنزلة العبد المعتق من مالكه في كون ولائه له .

ثم ان لية الزكاة من مشري للعبد بها هل هي عند دفع الثمن الى البايع لأنه وقت صرف الزكاة في عتق العبد - كما اختاره الفقيه الهمداني (قده) في مصباحه - أو أنها مقارنة للعتق - كما عن الشهيد (قده) في المسالك - وقواه الشيخ في (الجواهر) قال (قده) : « لأن دفع الثمن خصوصاً اذا كان بعد لإجراء الصبغة لكونه مقتضى البيع ومن هنا ينتقل العبد الى أهل الصدقة ولذا كان ولاؤه لهم - الى قوله - فيكون إيصاله الى الفقراء يعتقه عنهم . . » قال سيدنا الحجة المعاصر دام ظله في (المستمسك) : وما ذكره (قده) في محله لأن الشراء بالزكاة سواء كان بعد العزل والتعيين كما هو ظاهر مورد النص أم بالذمة بعنوان الولاية يوجب تبديل الزكاة بالعبد ومقتضى الهدية صيرورة العبد زكاة وليس ذلك دفعاً للزكاة ولا إذا لها كما لو بدل الزكاة بعين أخرى لا يكون أداء لها ، بل الاداء باخراجها عن يده ، وذلك انما يكون بالعتق في المقام فهو مورد للنية =

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

= لا اداء الثمن الى البايع اذ بمجرد المعاملة تكون العين ملكا للبايع فادائها اداء لمال البايع اليه فلاحظ ونأمل ، انتهى :

ولكل من القولين وجه ، ومن هنا احتاط شيخنا الامتاز - قدس سره - بالاستمرار بالنية من حين الدفع الى حين الاعناق .

وعلى كل فعدم تحقق النقل في العهد المشتري من الزكوة غير واضح اللهم إلا أن يقال : انه بعد الشراء قبل العتق لم يكن مملوكاً لأحد لامن اشتراه ولا للمستحق للزكوة بل هو في طريقه الى الانعاق فتأمل .

وأما للشراء بقاء العين الموقوفة فما يمكن أن يقال فيه : ان للوقوف على حسب ما يوقفها أهلها - كما في الخبر - فأراضي الزراعة والبساتين نارة توقف على أن ما يحصل من غلتها هو ملك للموقوف عليهم كسائر املاكهم وعليه ما يباع من الغلة ويشترى بثمنه ما يحتاج الوقف اليه فما يشترى به ملك طلق للموقوف عليهم يجوز بيعه وإهداله بغيره ، فانه بدل ما اشترى به المفروض كونه ملك الموقوف عليه ، واخرى توقف المزرعة والبستان مثلاً على أن ما يحصل من غلتها يصرف مقدار منه فيما يحتاج الوقف اليه من آلات وحيوانات وغير ذلك ، والباقي يعطى للموقوف عليهم :

ولعل سيدنا يريد هذه الصورة حيث يقول : فانه (يعني المشتري بالغلة) لا ينتقل الى المشتري بل يكون وقفاً لأن بدل الوقف وقف ، انتهى أقول الوقف على اقسام : الأول - وقف المشاعر كالمشاهد والمساجد ونحوها ، والوقف في هذا للتسم ليس بتمليك وانما هو فك ملك وتحرير =

وأما الثاني وهو المناقشة في الكبرى ، فقد يقال هانا نعلم ان الشارع اعتبر - قطعاً - في هذا الموضوع العرفي مطلق اللفظ او الالفاظ والخاصة غير أنه لم يعلم اعتباره فيه شرطاً في الملك او في اللزوم ، ومع ذلك كيف يستدل بهموه مع كونه مخصصاً بما اعتبره فيه ، والخاص المجمل يوجب سريان اجماله الى العام .

= فعدم جواز بيعه من حيث عدم كونه ملكاً لأحد كالحرج للدليل خاص على عدم جواز البيع ومن هنا لو غصبه غاصب لايضمه ،
 الثاني - مايلحق بالاول كالفناطر والشوارع العامة ونحو ذلك مما يكون وقفه لانتفاع كل أحد به ، فيكون كالمباحات لمن سبق اليه الانتفاع به بالمرور والاستطراق وهذا القسم كالاول في عدم كونه تمليكا بل هو اعدام للملكية ينتفع به من شاء : وللظاهر أن وقف المقبرة من هذا القسم ايضاً . نعم اذا كان الواقف لها مسلماً لايدفن فيها غير المسلم فان ظاهر حال المسلم ابقائها لخصوص دفن المسلم فيها ، ولكونها تعد مقبرة للمسلمين ، فلا يدفن فيها غير مسلم . كما أن الظاهر أن وقف الخانات المبنية للمسافرين وكتب الأدعية ولزبارات الاشجار الموقوفة لانتفاع المارة وسائر ما قصد بوقفه انتفاع عامة للناس من هذا القسم ايضاً .

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

الرابع - للوقف الخاص على البطون ، وهو المسمى بالوقف الذري ، وهو كالقسم الثالث بملكه للبطون هطناً بعد هطن ، وهو تابع لجعل الواقف من كوله تشريكياً او ترتيبياً وتسميته بخاص في قبالة القسم الثالث مما كان الموقوف عليهم جهة عامة كالعلماء والطلاب :

والجواب عنه بان ذلك : ان كان معتبراً في أصل الملك وجب تخصيص العام به ، ولا كلف ان كان معتبراً في اللزوم ، فالأمر دائر بين = القسم الخامس - الوقف على الوقف كوقف فرش أو سراج أو أثاث على مسجد أو مشهد وكوقف على مدرسة ونحوها .

هذه جملة اقسام 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 الاموال بعضها ببعض واما الاقسام الثلاثة الأخر ، فمقتضى القاعدة الأولية جواز بيعها فانها نحو من الملك ، اذ القسم الثالث ملك الجهة والرابع ملك البطون ، والقسم الخامس - وهو الوقف على الوقف - فرجهه تمليك الجهة أو المسلمين حسب اختلاف ماوقف على الوقف في كونه لمدرسة أو لمسجد - مثلاً -

هذا ما يقتضيه القاعدة الأولية ، ولكن ثبت بالدليل أن الوقف لا يجوز بيعه فمقتضى القاعدة الثانوية عدم جواز بيعه ، نعم استثنى الاصحاب 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 للدال على عدم جواز بيع الوقف الا في موارد خاصة انما هو أصل الوقف وما جرت عليه صيغته من اللواقف كالمرعة والبستان والفرش والسراج والباب للمسجد والمدرسة - مثلاً - وأما غلة الموقوفة وعائداتها ، فلو بيعت واشترى بثلثها شيء فيه نفع للوقف أو الموقوف عليه ثم رأى متولى الوقف تبديله بما هو أصلاح جاز له البيع والتبديل به مع ملاحظة شرط الواقف :

والحاصل ان أصل الوقف ثبت بالدليل عدم جواز بيعه وتبديله الا في موارد استثنائها الشارع من عموم عدم الجواز فلا بد من الاقتصار =

التخصيص وعدمه ، بل يتعين كونه شرطاً في اللزوم باصالة العموم التي هي من الاصول اللفظية لأن مرجعها الى اصالة الحقيقة ، فيثبت بها جميع

— عليها وعدم التعدي عنها ، فلو قلنا بأن الوقف لا يجوز بيعه إلا اذا سقط عن الانتفاع المعتمد به لا يجوز بيعه وتبديله بما هو أصلح مادام فيه نفع معتد به بخلاف ما اذا اشترى بغلته شيء للوقف او الموقوف عليه فاقضت المصلحة بتبديله بالأصلح ، جاز للمتولى بيعه وتبديله به ، وان كان في الأول نفع معتد به وكذا لو عرض بعض المحوزات لبيع الوقف فبيع واشترى بثمنه مال آخر يجوز تبديله بما هو أصلح للموقوف عليه او للوقف وبالجملة انما يتقيد بنصوص جواز بيع الوقف في نفس الأعيان الموقوفة دون غيرها من ثمراتها ونعائاتها وابدالها . وما يقال من أن بدل الوقف وقف فانما يراد به على الظاهر كونه في حكم الوقف في عدم جواز صرفه الا في سبيل الموقوف عليه ،

اذا تبين ذلك فنقول : ان المتولى للوقف اذا اشترى بغلته ما ينتفع به للعين الموقوفة فما اشترى بالغلة ينتقل بشرائه الى الموقوف عليه بالوقف العام او الخاص ، اذ هو بدل ثمرة المزرعة والبستان مما هو ملك للجهة او البطون ينحو من انحاء الملك ولو اشترى بغلة وقف على مسجد او مشهد فهمة تضي أن مرجع الوقف المذكور كونه وفقاً على المصلين في المسجد - مثلاً - او الزائرين للمشهد ، فاشترى من الفرس ونحوه مما يحتاج اليه المسجد أو المشهد يكون ملكاً للمصلين فيه او الزائرين له ينحو من الملك فالمشترى بالغلة ينتقل اليهم بالبيع . وما ذكرناه من أن وقف المسجد والمشهد تحرير ، لا يلزم منه كون ما وقف عليه من المزرعة والبستان كذلك ويشهد لذلك ما ذكرناه من أنه لو غصب المسجد غاصب لا يكون ضامناً لأحد فانه ليس بملك ولكنه لو غصب المزرعة او البستان الموقوفة عليه -

اللوازم الشرعية والعقلية ولو بواسطة بعدة ، بل يجري ذلك في كل خاص
 مجمل مصداقي مردد بين فردين : أحدهما داخل في العموم بوجوب تخصيص
 العام به على تقدير ارادته، والآخر خارج عنه لا بوجوب ذلك لو كان مردداً ،
 فبإصالة العموم يتعين كونه للفرد الخارج مثال ذلك ما لو قال : اكرم العلماء

- يضمن ماغصبه له ، وكان سيدنا - قدس سره - حيث يقول في الشراء
 بغلة الوقف للعين الموقوفة أنه لا ينتقل الى المشتري بل يكون وقفاً لأن بدل
 الوقف وقف يعتبر في النقل والمالك بالنسبة الى المبيع كونه لشخص أو اشخاص
 فما كان للنوع أو المصنف لا يعتبره ملكاً له ولا نقلاً إليه ، وهو التزام هلا
 لزام نعم هو لا ينتقل الى المشتري بما هو هو كالمثلوى - مثلاً - وإنما ينتقل الى مالك
 المبدل من النوع ، أو المصنف ، ويكون نحو ملكهم للبديل نحو ملك المبدل
 نوعاً أو صنفاً هذا ، وأما شراء العمودين بناء على سببته للانعقاد قهراً من
 دون تحقق الملك أصلاً - كما يقوله سيدنا - قدس سره - فان روايات
 الباب ، وان كان ههنا كما يقوله - قدس سره - تنفي اصل الملك بالنسبة
 الى العمودين وبعض المحارم كرواية عبيد بن زرارة المروية في (التهذيب)
 قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل فقال عليه السلام :
 لا يملك والديه ولا ولده ولا أخته ولا عمته ولا خالته وهو يملك ما سوى
 ذلك من الرجال من ذوى القرابة ، ولا يملك أمه من الرضاة ، وفي
 (التهذيب) أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : « لا يملك الرجل والديه
 ولا ولده ولا عمته ولا خالته ، ويملك أخاه وغيره من ذوى قرابته » وفيه
 ايضاً : « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرجل يملك أخاه اذا كان
 مملوكاً ولا يملك أخته » وفيه - ايضاً - : « عن أبي حمزة الثمالي قال سألت
 أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة ما يملك من قرابتها ؟ قال عليه السلام
 كل أحد الا خمسة : أباها وامها وابنها وابنتها وزوجها ، .

ثم قل : لانكرم زبداً ، وكان زيد مردداً بين فردين أحدهما عالم والآخر جاهل ، فباصلة العموم يتعين كون المنهى عن إكرامه هو الجاهل ، ففي مانحن فيه يتعين كون ما اعتبره الشارع شرطاً اعتبره في اللزوم بحكم اصاله للعموم عند الشك في تخصيص العام .

— هذا ولكن بعض الروايات الاخر تدل على الملك ثم العتق ، منها ماروي في (التهذيب) : عن الرجل يتخذ أباه او امه او اخاه او اخته عبداً فقال : « أما الاخت فقد عتقت حين يملكها ، وأما الاخ فيسترق وأما الاخوان فقد اعتقا حين يملكها ، قال : « وسألته عن المرأة ترضع عبداً انتخذها عبداً ؟ قال : نعتقه وهي كارهة » ومنها ماروي عن محمد بن مسلم عن احدهما عليها السلام قال : « اذا ملك الرجل والديه او اخته او عمته أو خالته اعتقوا ، وملك ابن اخيه وعمه وخاله ويملك عمه وخاله من الرضاعة » ومنها ماروي عن كليب الأمدى قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يملك أبويه وأخوته ؟ فقال : ان ملك الأهلين فقد عتقا وقد يملك اخوته فيكونون مملوكين ولا يعتقون » ومنها ماروي عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « وسمعت يقول : لا يملك (يعني الرجل) ذات محرم من النساء ولا يملك أبويه ولا ولده ، وقال اذا ملك والديه او اخته او عمته او خالته او بنت اخيه - وذكر هذه الآية من النساء - عتقوا ، وملك ابن اخيه وخاله ولا يملك امه من الرضاعة ولا يملك اخته ولا خالته اذا ملكهم اعتقوا » ويعني بالآية قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم ، للخ . ومنها ماروي عن أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « اذا ملك الرجل والديه او اخته او عمه او خالته او بنت اخيه او بنت اخته - وذكر اهل هذه الآية من النساء - عتقوا جميعاً ، وملك عمه وابن اخيه والخال ولا يملك أمه -

لا يقال : ان الآية الشريفة من حيث حلية أفراد البيع لا عموم لها ، بل هي مهمة من هذه الحثية ، سبقت لمحض بيان مشروعية البيع وحليته في الجملة ، نحو « اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة » وللعموم الناشيء من الحكمة فرع إحراز كونه في مقام البيان ، وهو غير معلوم في المقام ، وبكفي في التوقف للشك فيه .

— من الرضاعة ولاخته ولاعمته ولاخالته من الرضاعة اذا ملكهن عتقن ، وقال : يملك الذكور ماعدى للولد والوالدين ولا يملك ذات محرم ، قلنا : وكذلك يجري في الرضاع ؟ قال : نعم ، وقال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، ومنها ما روي عن عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « اذا اشترى الرجل اباه او اخاه فملكه فهو حر الا ما كان من قبل الرضاع ولا ينافي الحكم فيها بحرية الأخ والتفرقة بين النسب والرضاع في الحكم بحرية الأب اذا اشتراه ، فملكه لسقوطها بالمعارضة لغيرها هذا ما وجدته في (التهذيب) من روايات الباب ويؤيدها او يدل عليها أخبار أم الولد وانها تعتق من نصيب ولبدها والانصاف ان الناظر في الاخبار المذكورة يضم بعضها الى بعض ، مضافاً الى مناسبات الحكم والموضوع وقرائن فيها يستظهر ما استضعفه سيدنا - قدس سره - مما ينسب الى المشهور من القول بدخول المملوك في ملك المشتري ثم يعتق فان ظاهر قوله عليه السلام - : اذا ملك الرجل والديه او اخته - الى آخر ما ذكر في الآية الشريفة - عتقوا جميعاً ، وقوله عليه السلام : ان ملكهن عتقن وما كان بهذا التعبير من الروايات مضافاً الى ما رواه في (الكافي) عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك » وفي رواية أخرى : « قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا عتق الا بعد ملك » ان الانعتاق انما يكون بعد تحقق الملك المسبب عن احد أسبابه الاختيارية —

لانا نقول : نمنع أولاً كون العموم فيها عموم الحكمة حتى يتوقف على احراز ذلك ، بل هو عموم سرياني بالوضع ، بناء على الاقوى من تعاقب الأحكام بنفس الطبائع السارية في جميع مصاديقها وأفرادها لاهما من حيث وجودها ولا بالطبائع الموجودة ، وثانياً نمنع الابهال ، كيف والأصل في كلامه هو البيان ، بل هو الظاهر هنا بقربة المقابلة للها سيما مع تمسك العلماء بعمومها في موارد عديدة ، فظهر لك تمامية صغرى للدليل وكبراه وصح الاستدلال بالآية الشريفة على المدعى من افادة المعاطة الملك .

الثاني من الأدلة قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم » بتقريب أن المعاطة تجارة لغة وعرفاً فتدخل في حكم المستثنى ، وهو الجواز . والاباحة وقرأ عاصم وحمة والكسائي - على ما حكى عنهم - بالنصب على ان (كاه) ناقصة ، والتقدير : إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراض ، وأموالكم أموال تجارة حذف المضاف وأقيم

— اوغيرها كالارث ، غاية الأمر أنه ملك آني لا يترتب عليه شيء من آثاره سوى الاعتناق المتوقف على سبق الملك ، وأما عدم تحقق الملك اصلاً وتزبل الملك على الشراء وكون التعبير عنه بالملك تسامحاً - كما ذكره سيدنا وقواه - مع انه لم يرد في الروايات ذكر للشراء وجلها عبر فيها : اذا ملك الرجل والدبه الخ واذا ملكهن واذا ملكن نعم في رواية ابن سنان : « اذا اشترى الرجل أهاه او اخاه فملكه فهو حر » وهي - أيضاً - ظاهرة فيما ذكرناه : من ترتب الحرية على الملك المترتب على الشراء :

وما ذكره - قدس سره - بعد التناول : من كون الترتب على الملك وتقدمه على الاعتناق بالطبيع بدعوى كون الشراء - مثلاً - سبباً للملك والاعتناق معاً غير ان الأول مقدم على الثاني بالذات ، لا بالزمان ، ولعله لما قد يقال من أن الأخير في الزمان مستلزم لتأخر المعلول عن علته ، ولو -

المضاف اليه مقامه ، والباقون بالرفع على ان (كان) تامة بمعنى أن تقع تجارة ، وعلى التقديرين فالظاهر كون الاستثناء منقطعاً ، لأن المستثنى - وهو التجارة عن تراض - ليس من جنس الباطل الذي هو المستثنى منه المشرع بعليه للحكم وهو الإباحة ، والنهي عن الأكل كناية التصرف عبر به لكونه من أعظم التصرفات ، والحكم التكاليفي مستلزم للحكم الوضعي ، فالصحة مدلول عليها بالالتزام وجواز مطلق التصرف مدلول عليه بالعموم المستفاد - بمقدار آن ولكنه - مع ذلك - هو خلاف المتفاهم للعرفي المنزل عليه كلامهم عليهم السلام .

والظاهر أن سيدنا إنما عدل عن ثالث الوجوه واستضعفه لتصريح الروايات الأولى بعدم الملكية أصلاً بالنسبة إلى -واردها ، مضافاً إلى أن مقام الأبوين لا يناسب التملك ، وكذا المحارم ، ولكن الظاهر أن المنفي في الروايات الملك المقنضى للاسترقاق واتخاذ العبودية نحو سائر الممالك مما لا يناسب مقام الأبوين ، والذي لا يتناسب مع المحارم اتخاذهم إماء له وسراري كغيرهن من الإماء . كما أن مالا يناسب الولد رقبته وعبوديته لأبويه .

والحاصل أن روايات الباب على طائفتين ، فطائفة تنفي أصل الملك بالنسبة إلى الأبوين والولد والمحارم ، وتثبت له مساوها من الأرحام ، وطائفة تثبت الملك لهم ولكنه المنعقب للعق والتحرر بالنسبة إلى ماتنفيه الأولى ، ومقتضى الجمع رفع اليد عن ظهور إحدى الطائفتين لأظهرية الأخرى ، والمدعى اظهرية الطائفة الثانية في تحقق الملك بالنسبة إلى موارد ، ولكنه المنعقب للأحرر ، 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 بالاهاحة المطلقة بعم جميع أقسام للتجارة عن تراض التي منها المعاطاة والا لكان بعضها باطلاً داخلاً في المستثنى منه وكان من جنسه والمفروض كوله خارجاً عنه ، فالتجارة عن تراض بجميع اقسامها التي منها المعاطاة صحيحة وكان اكل المال بها اكلاً بالحق لا بالبطل إلا ماخرج بالدليل .

لا يقال : ان هذا النحو من الاستثناء مسوق لافادة شرطية المستثنى نحو : لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب ، ولا صلاة الا بطهور ، المستفاد منه عموم حكم المستثنى منه دون حكم المستثنى ، ضرورة عدم صحة الصلوة بمجرد الطهور أو الفاتحة بل مسوق لبيان بطلان كل صلوة فاقدة لها لصحة كل صلاة مشتملة عليها وبالجمله لاعموم في المستثنى حتى يتمسك به في المقام بل هو مهمل لا إطلاق فيه وإنما ذكر لافادة محض الشرطية وعموم حكم المستثنى منه : لانا نقول : لا يتم ذلك بناء على ماهو الظاهر من كون الاستثناء منقطعاً - كما قيل - لان مقابلة المستثنى للمستثنى منه بالجنسية في المنقطع لا يستلزم كون ماعدا المستثنى من جنس المستثنى منه كلية حتى يؤخذ بعموم الحكم فيه ، بل غاية ثبوت نقيض حكم المستثنى منه للمستثنى ولو لمغايرته له في الموضوع والجنسية ، فيكون الكلام حينئذ مسوقاً لبيان حكم المستثنى فقط وإنما ذكر المستثنى منه توطئة لذلك ، فهو نظير قولك : لا تأكل الحرام الا ماكان كذاً باليمين ، المسوق لبيان حلية ما حصل بالكد لاحصر الحلال فيه وحرمة ماعداه : نعم لو كان للتعبير لا أكل بالحق إلا ماكان تجارة عن تراض ، لكان قياسه بنحو لصلوة الا بفاتحة الكتاب ، في افادة الشرطية وعموم المستثنى منه وإهمال المستثنى حسناً :

هذا ويمكن تمامية ذلك على القول بكون الاستثناء متصلاً - كما عن بعض - باضمار شيء ، وللتقدير : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وان لراضيتكم

فالمستثنى منه حينئذ يعم التجارة وغيرها مع التراضي وغيره ، وكان كل ذلك أكلا بالباطل إلا ماكان تجارة عن تراض :

الا اله بضعفه - مضافاً الى لزوم الحذف والاضمار حينئذ - الالتزام بالنسخ او كثرة التخصيص المستهجن لعدم حصر أسباب حل الاكل والجواز بالمستثنى وهو التجارة عن تراض ، ضرورة انه - كما يحل بذلك - يحل بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنابات وسائر النواقل الشرعية والاباحات بقسميها للشرعية والمالكية ، فكيف يكون مطلق غير التجارة عن تراض اكلا بالباطل ، ولا كذلك على المنقطع لرجوعه الى ذكر السبب الخاص لاحصر الأسباب به ، فتبين بذلك ظهور الاستثناء في المنقطع وعليه يتم الاستدلال بالآية على المدعى ، نعم ربما يחדش الدليل بوجه آخر وهو ان الاباحة المستفادة من الحل في المستثنى مرددة بين معينين الاباحة المسببة عن الملك التي هي من آثاره والاباحة المجردة عنه المقابلة له وان عمت سائر التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، والاستدلال انما يتم على ارادة المعنى الأول وهو موقوف على قرينة معينة مفقودة في المقام ، فيكون مجملاً لا يصلح الاستدلال به على المدعى .

ودعوى ان حلبة مايتوقف على الملك كالبيع والعق وهو كما هو المفروض من كون الاباحة مطلقة تصلح أن تكون قرينة لارادة الاباحة المسببة عن الملك :

بدفعها لزوم الملك عند التصرف الخاص لا تحققه من الأول .

والجواب عنه - مضافاً الى ما عرفت من أن الاباحة المطلقة المحبطة بجميع جهات التصرف في العين ترادف ملكية الرقبة - لزوم التخصيص وعدم جواز للتصرف المتوقف على الملك لو اريد بالاباحة المجردة ، لأن عمومها الاستفادة من حذف المتعلق بعارضه مادل على توقف هذه للتصرفات الخاصة كالبيع

وللعنى والوقف والوطء على الملك تعارض العام والخاص المطلق فيجب تخصيص العام به ، ولا يلزم ذلك لو اريد بها الاباحة الناشئة عن الملك وحيثما دار الأمر بين ما يلزم تخصيصه لو اريد وما لا يلزم تخصيصه ، تعين الثاني بحكم إصالة العموم الكاشفة عن المراد والرافعة للاجمال نظير ما تقدم في الخاص المحمل المصدقي حيث يرتفع الاجمال عنه باصالة العموم .

ودعوى الفرق بينهما بأن المقام من الدوران بين العامين أحدهما مخصص والآخر غير مخصص وهذا بخلاف الخاص المردد بين ما يوجب تخصيص العام به وما لا يوجب ذلك ، وبعبارة أخرى مرجع الشك في المقام الى نفس للعموم لا الى تخصيص العام .

بدفعها ان ذلك ، وان كان مسلماً وليس في كونه من الشك في التخصيص بدرجة الوضوح مثل الخاص المحمل المصدقي ، إلا انه يرجع اليه بعد التأمل فتأمل ، فيصالح حينئذ ان تكون إصالة العموم قرينة معينة للمعنى المراد من الاباحة المستفادة من حكم المستثنى في الآية الشريفة .

ان قلت : ان المشهور من أهل القول بالاباحة المجردة هل جلتهم - عدا من شد منهم كالحكي عن الشهيد في تعليقه على القواعد - يقولون بجواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، ولا يقولون بتخصيص عموم الاباحة بتلك التصرفات حتى بدور الأمر بين التخصيص وعدمه ، ويقولون بدخوله آنأما قبل ذلك للتصرف في الملك للجمع بين ما دل على جواز تلك التصرفات من الاجماع للعموم المستفاد من حذف المتعلق وما دل على توقفها على الملك واصالة عدم الملك بالقبض والتعاطى حينئذ فلا قرينة على ارادة احد المعنيين من الاباحة ان لم نقل بظهورها في المجردة عن الملك . قلت : ضرورة الجمع والاتجاه الى الدخول في الملك آنأما 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 لاخصيته منه مطلقاً وان كان من جهة الاجماع على جوازها فلا يعلم تحققه بمن يقول بالاباحة المجردة بل اعله من جهة الاباحة المسببة عن الملك ، نعم لو كان عدم الملك عند القبض والتعاطي مدلولاً عليه بدليل اجتهدادي معتبر لكان الالءاء الى الملك آلاً ما قبل التصرف حسناً ولكن ليس عليه دليل إلا الأصل المأخوذ في مجراه الشك ويرفع الشك بظهور العموم المستفاد من حذف المتعلق المعتضد بالاجماع والشهرة المحققة على جواز التصرفات المتوقفة على الملك في ارادة الاباحة المسببة عنه من حكم المستثنى فتكون الآبة الشريفة بمعونة ما ذكرنا وارادة على امتصحاب عدم الملك بالقبض مؤيداً يلزوم مايستبشع منه العقل من الدخول في الملك بمجرد الارادة للتصرف وان الارادة من المملكات والتواقل فافهم .

الثالث - قوله تعالى « اوفوا بالعقود » والاستدلال به على المدعى مبنى أولاً - على شمول العقد للمعاطاة اما بناء على تفسيره بمطلق للعهد - كما وقع في صحيحة ابن صنان وتفسير بعض أهل اللغة به الشامل حينئذ للمعاطاة قطعاً او بناء على كفاية مطلق التوثيق الشامل للتوثيق القولي واللفعلي بناء على تفسيره كما عن اكثر أهل اللغة بالعهد الوثيق او المشدد احترازاً عما لا وثوق فيه اصلاً كالعهود القلبية التي من المعلوم عدم وجوب الوفاء بها ، بل لا بد من كون العهد القلبي منكشفاً بما يوجب الوثوق به من الكواشف مطلقاً ولو كان الكاشف فعلاً ومنه المعاطاة ، وحل ماورد في تفسيره بمطلق للعهد على بيناه في الجملة ، وثانياً - على ارادة وجوب العمل على طبق ما يقتضيه للعقد ، ان لازماً فلازماً وان جائزاً فجائزاً - كما عن بعض - فجواز الرجوع في العقود الجائزة وحرمة التصرف في العين بعده هو مقتضى العقد الجائز فيجب للوفاء به بناء على ذلك والحكم التكليفي المستفاد من الامر بالوفاء مستلزم للصحة ، اذ الفاسد لا يجب الوفاء

به . واما بناء على اختصاصها بالعقود القولية ، اما بدعوى انصراف العقد اليه ، أو بدعوى ظهور الوثوق والتشديد المقيد بهما العقد في اللغة والوثوق التام لاني الجملة الغير الحاصلة إلا بالقول نعدم المجال معه الى الانكار ولا مسرح لابتداء عذر معه ربما يكون مسموعاً عند العقلاء لو كان الكاشف عما في القلب هو الفعل فالعهد الفعلي اى للكاشف عما في الضمير بالفعل ربما لا يحصل منه الوثوق التام بإمكان ابداء عذر مخالف له مقبول عند للعقلاء ، لعدم صراحة الأفعال في الكشف عن الباطن بخلاف الاقوال التي هي صريحة في ذلك مع بناء العقود على المداقة حسماً للعناد وقطعاً لئلا يفسد فلا يشمل المعاطاة قطعاً ، كما لا يشملها ايضاً لو قلنا باختصاصها بالعقود اللازمة كما عن الاكثر بدعوى ظهورها في لزوم الوفاء بما جرى عليه العقد وعدم جواز نقضه بفسخ ونحوه لان المدعى جواز الملك دون لزومه ، فالاستدلال به . ووقوف على احراز مقدمتين كل منهما في حيز المنع : شمول العقد للمعاطاة ، وتعميمه للعقود اللازمة والجائزة ، كيف وظاهر الاكثر استفادة اللزوم منها ولذا يستدلون بها على اصالة اللزوم في العقود كما يظهر ذلك لمن راجع كلماتهم في موارد عديدة .

لا يقال: انا نمنع ابتناء الدليل وتوقفه على المقدمة الثانية لان للتفكيك بين اللزوم المستفاد من الآية وبين الصحة المدلول عليها بالملازمة ممكن في الحجة ان لم ينفك في الوجود ، وبعبارة اخرى : انا نلتزم بتخصيص اللزوم المستفاد منها بهيمر المعاطاة لما دل على عدمه فيها ونقول بالصحة فيها أيضاً ، وما الآية الا كالرواية المشتملة على مالا يقول به أحد فانها لا تسقط عن الحجية في غير من مداليلها ، وبالجمله ليست آية « اوفو بالعقود » الا كآية « احل الله البيع » و « تجارة عن تراض » في افادتها اللزوم والصحة بالملازمة معاً وانتفاء اللزوم لدليل لا يوجب انتفاء الصحة

للإلزام - كما في الآيتين - حيث استدللنا بهما على الصحة في المعاطة ولم نقل باللزوم فيهما مع كون اللزوم مستفاداً منها أيضاً ولذا استدلل بهما أيضاً على اصاله اللزوم في البيع .

لانا نقول : جهة مفاد للصحة في الآيتين غير جهة مفاد اللزوم فيهما لان الصحة مستفادة فيهما من الحكم بالحل والأمر بالاكل الدال هنا على الاباحة واللزوم ولو بعد الرجوع بفسخ ونحوه مستفاد من العموم في الأحوال او الإلزام ، فجهة مفاد للصحة غير جهة مفاد اللزوم يمكن للتفكيك بينهما في الحجة ، ولا كذلك آية « اوفوا بالعقود » فان الصحة فيها مستفادة من نفس الأمر بالوفاء الدال على اللزوم ولا يمكن التفكيك بينهما في الحجة أيضاً لوحدة جهة الافادة فانتفاء اللزوم المستفاد من الأمر بالوفاء ابتداءً لدليل مستلزم لانتفاء الصحة المستفاد منه بالتبع والملازمة فافهم فانه دقيق الرابع - قوله عليه السلام : « الناس مسلطون على اموالهم » والقريب فيه : ان المراد بتسلط الانسان على ماله هو القدرة عليه بمعنى نفوذ تصرفاته فيه ، ومقتضى عموم السلطنة نفوذ جميع التصرفات التي منها المعاطة اذ المنع عنه سلب للقدرة عليه من هذه الجهة وهو ينافي للعموم المستفاد من الحكمة او حذف المتعلق .

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

وهو كلام حسن متبين لولا ظهورها بحكم التبادر في امضاء ما هو المتعارف عند الناس في أنحاء تصرفاتهم في أموالهم كما وكيفاً ، فهي ناظرة الى ما هو المتعارف عندهم الذي منه المعاطاة كيف ولو كان المقصود منها خصوص الانواع الثابتة شرعاً لكان ذلك تأكيداً لادلة تلك الاسباب للاكتفاء بها حيثلذ عنه ولذا لو لم تكن ادلة تلك الاسباب لوجب حمل للرواية على الامضاء لما هو المتعارف بينهم وهو واضح بحكم الوجدان والتبادر ، فالرواية وافية في اثبات المدعى .

الخامس - السيرة القطعية الجارية بين الناس من العوام والخواص خلقاً عن سلف في معاملاتهم بالمعاطاة بقصد التملك والتملك عند التعاطى وترتب جميع للتصرفات عليه حتى المتوقفة على الملك ، مع بنائهم على حلية ذلك وجوازه ، لا أنها منهمة عن عدم المبالاة منهم :

فلا وجه للمناقشة فيها اولاً بمنع قيامها على الموضوع من قصد التملك بالمعاطاة كما ذهب اليه شيخنا في (الجواهر) حيث جعل محل النزاع في المعاطاة هو ما كان منها بقصد الاباحة لا بقصد التملك ، وثانياً بمنع ترتب للتصرفات المتوقفة على الملك عليه - كما تقدم عن الشهيد في تعليقه على للقواعد - وثالثاً بمنع كونها الكاشفة بل هي كبعض مبهم للناشئة عن قلة المبالاة في الدين والتسامح في احكام سيد المرملين - كما احتمله شيخنا المرتضى في (مكاسبه) .

اذاً للسيرة في المقام تنحل بالتحليل الا الامور الثلاثة قائمة على كل واحد منها بحكم الوجدان ، ومن نظر الى ذلك بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف وجدده اوضح من الشمس وابين من الامس غنية عن البيان غير محتاجة الى البرهان .

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

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

لابقال : على الأول لانعارض بين أدلة تلك التصرفات نحو « لاعتق إلا في ملك » ، « ولا وطء إلا في ملك » وهن السيرة المفيدة للملك حتى تصلح تلك الأدلة للردع بل هي محقة لشروط صحة التصرف وهو الملك ؛ لانا نقول : الحكم بصحة التصرف موقوف على احراز الملكية قبله والمفروض كونها مستفادة من السيرة على التصرفات فاستفادة الملكية من السيرة متأخرة في المرتبة عن التصرف ، فكيف يكون شرطاً لصحته نعم المتيقن تحققه منهم قبل التصرفات هو اعتقاد الملكية والمتوقف عليه التصرفات لنفس الملكية لا اعتقادها ، وبعبارة أخرى : الحكم بصحة التصرف موقوف على ثبوت الملك فلو توقف ثبوت الملك على صحة التصرف لزم للدور الحال ان قلت : ان الردع المعتبر عدمه في كشف العمل عن الامضاء انما هو الردع عن خصوص ما عليه العمل والسيرة ولذا لا يكتفى في ردع من شرب الخمر - مثلاً - بعمومات الكتاب والسنة الدالة على حرمة بل يجب ردعه وزجره عنه بالخصوص ان جوز عليه الارتداع مع ان العمومات اظهر دلالة في المنع عن العمل للشخصي من تلك الأدلة في مورد المعاطاة فكيف تصلح ان تكون رادعة عنه :

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

واللهي عن المنكر واما ان كان من باب الارشاد للواجب بياته على صفراء الله - سبحانه وتعالى - لما دل على أن التكليف الطاف واجبة كما فيما نحن فيه فتكفي العمومات ونحوها في الارشاد وبيان الاحكام الالهية ، وان استدل على اعتبار السيرة بوجوب الامر بالمعروف وجوب الارشاد ايضا إلا أن بين مورديها عموماً من وجه وما نحن فيه من مورد الارشاد الذي تكفي في بيانه العمومات ونحوها حينئذ فتكفي تلك الادلة نحو « لا اعتق إلا في ملك ولا وطء إلا في ملك » ارشاداً للمنع عن نحو هذه للتصرفات في المأخوذ بالمعاظة :

والجواب عنه : اما عن الاول فقد يقال اولاً : ان تلك الأدلة غير لازمة الى ما عليه السيرة من المعاظة لتصلح ان تكون رداً لهم بل ليست مسوقة الا لافادة مجرد للشرطية وبيان الحكم الكبرى وابن ذلك من مفاد السيرة الذي هو من الحكم الصغرى وبمنزلة الموضوع من الكبرى وثانياً مع التنزل لنا ان نمنع كفاية ذلك للارشاد بعد قيام احتمال تحقق الملك بالمعاظة على حسب معتقدهم لكونه بيعاً عرفاً فيكون السكوت عن ردعهم حينئذ لتحقيق الشرط وبعبارة اخرى السكوت عن ردع من اعتق المأخوذ بالمعاظة كما يحتمل ان يكون للاكتفاء عنه بقوله (لا اعتق إلا في ملك) يحتمل ايضا ان يكون لتحقيق شرط للعتق وهو الملك ، ومع قيام الاحتمالين يكون مجملاً لا يصلح للارشاد والبيان :

واما عن الثاني وهو لاشك في النمكن منه الذي مرجعه الى لاشك في وجود المانع دون أصل المقتضى فاجراء الاصل فيه وفي امثاله مما لاشك فيه ، وهو من الاصول العقلانية لاينافي قطعية الكشف عن الامضاء بالعمل وإلا لم يبق محل للسيرة ومورد للتمسك بها أصلاً ، كما لا ينبغي الاعناء باحتمال كون للسكوت عن الردع لمصلحة اقتضت إخفاء الحكم الالهي

وتأخير بيانه - كما توهم - فان ذلك ونحوه من الاحتمالات الوهمية والخيالات السرداوية لا ينبغي الاعتناء بها ولا الاصغاء اليها .

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

فاذاً القول بافادة المعاطاة الملك المنزل دون الاباحية المجردة هو الاقوى ، للدلالة المذكورة التي مقتضاها - وان كان لزوم الملك كما نسب الى المفيد - الا أنه يخرج عنه بالخصوص بالاجماع الظاهر المصرح به في جملة من العباثر ، بل عن بعض دعوى الاتفاق على عدم اللزوم : إما لعدم الملكية فيكون من السالبة بانتفاء الموضوع على القول بالاباحة اولئزها بناء على الملكية ، فالقول بافادتها الملك للزوم احداث قول ثالث .

هذا وتظهر الثمرة بين القول بالملك المنزل والقول بالاباحة المجردة في امور :

وليعلم ان ما ذكره من الثمرات انما هو بحسب اقتضاء القاعدة ، والافقد يخرج عنها لدليل يكون منها بمنزلة التخصيص لها ، إذ القاعدة بمنزلة الدليل للعام فتكون الثمرة في مورد التخصيص خارجة عنه حكماً لاموضوعاً :

الاول - نماء العين الماخوذة بالمعاطاة (١) وبيان حكمه على كل من

(١) النماء : هو ما يحصل في العين من الزيادات الحسية ، سواء كان متصلاً بها غير قابل للانفصال عنها كالسمن في الحيوان والنمو في الأشجار أم كان قابلاً للانفصال عنها ، وكالت له حلتان : اتصال في حال وانفصال في اخرى كاللبن والبيض والنتاج في الحيوان ، ولثمر في التخييل والاشجار :

والكلام فيه - وفي المنافع مما لم يكن حسباً في الخارج كسنى الدار - قارة - على المختار من افادة المعاطاة الملك الجائز ، واخرى - بناء على افادتها الاباحة . =

القولين في موضوعها من قصد المتعاطين التملك او الاباحة وعلى كل من
القولين في الاول ايضا من إفادتها الملك او الاباحة ، المجردة ،
وجلة صورها : هو أن النماء : اما ان يكون منفصلا عن العين ،
أو متصلا بها ، وعلى الاول فأما أن يكون تالفاً حقيقة أو حكماً أو موجوداً
وعلى التقادير ، فالكلام فيه مرة مع عدم رجوع المالك بالعين وأخرى
مع الرجوع بها :

= فأما بناء على إفادتها الملك الجائز ، فالحكم فيما هو قابل للانفصال
واضح ، فانه يتهم العين في الملك ، إذ هو جزء منها غير قابل للانفصال
عنها ، وأما ما كان قابلاً للانفصال ، فالمنفصل منه لا ينبغي الاشكال في عدم
تبعيته للعين في تزلزل الملك ، إذ هو نماء ملك ملكه : يتبع ملك الأصل
بعد المعاطاة ، والأصل فيه اللزوم ، ومثبت بالاجماع على الجواز فأنما هو
بالنسبة الى أصل للعوضين ، فلا وجه لرجوعه الى المالك الأصلي يتبع العين
لو رجع بالمعاوضة ، وهو واضح : وأما ما كان من النماء القابل للانفصال
متصلاً بالعين حين الرجوع بالمعاوضة فربما يقال : انه يتبع للعين بالرد الى
المالك الأصلي عند الرجوع بالمعاوضة ، ولكنه على اطلاقه مشكل : نعم لا يبعد
ذلك في مثل للصوف والشعر ، وان بلغ أو ان جزها ، بل اللبن في الضرع
وان استحلب ، ونحو ذلك مما يبعد في العرف بمنزلة الجزء من العين . أما مثل
ثمر الشجر - خصوصاً عند اوان الاقنطاف - وحمل الدابة فالحكم بتبعيته للعين
في الرجوع الى المالك بالرجوع بالمعاوضة مشكل ، بل قوى سيدنا - قدس سره -
فيما سيأتي من كلامه عدم التبعة في مثل ذلك ، وبالحملة كل ما لم يتضح
كوله بمنزلة الجزء من العين فالاصل بقاؤه على ملك مالكة المنتقل اليه
الاصل بالمعاوضة وعدم عوده الى المالك الأصلي يتبع العين عند الرجوع بها
هذا بناء على افادة المعاطاة الملك الجائز ، وأما بناء على إفادتها الاباحة =

فنفقول: لا اشكال في أنه يترتب على ملكية العين ملكية النماء لانه نماء ملكه فيكون مملوكاً له كنماء المبيع في زمن الخيار ، بل لعله اولى منه لوجود القول فيه بوقوف الانتقال على مضي زمن الخيار وفي رجوع المالك به لو رجع بالعين وجهان ، والأقوى : عدم ، لان التزلزل في الاصل : اما للاجماع على عدم اللزوم فيه ، أو لاصالة عدم اللزوم في الملك ، وكل منهما منتف في النماء . أما الاجماع فالألم نحققه على جواز الرجوع بالنماء لو رجع بالعين

= دون الملك فربما يقال - كما يظهر من سببنا الحال - ان النماء مملوك للمالك العين مباح للتصرف للاخذ مع القول بكونها مالكية للاذن الضمني أو يشاهد الحال ، وأما ان قلنا بكونها شرعية وقلنا بها لخصوص الدليل ، فيشكل لتعلق الإباحة بالعين وقصور دليلها بالنسبة الى الإباحة النماء ، وعليه فلا يجوز التصرف فيه وان جاز في الأصل اللهم إلا أن يقوم اجماع أو سيرة قطعية فتأمل . انتهى .

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

ولكن حكى شيخنا الانصاري - قدس سره - عن بعض تبعية النماءات للعين في الارتجاع الى المالك على القول بالإباحة : وعلى كل فالظاهر عدم للفرق بين القولين في ملكية النماء لمن النقل المال اليه وعدم تبعيته للعين في الرجوع الى المالك ولو قلنا بالإباحة ، وذلك للنبوي المعتبر في الخراج بالضمان ، وان ناقش شيخنا الانصاري في سنده :

ولكن الذي يظهر من المحكى عن (صبوط الشيخ) - قدس سره - =

ج ٢ استمرار في بيان الثمرة الأولى وتفصيل النماء المترتب على العين المبيعة بالمعاطاة ١١٥

لا حصلاً ولا منقولا ، وأما الأصل فإن قلنا باقتضائه لزوم في الملك وإن
خرجنا عنه في الأصل بالاجتماع فواضح ، وإن قلنا باقتضائه الجواز فاعلم
لقول به في الأصل لاستصحاب بقاء العلقـة للمالك الأول الحاكم على
استصحاب الملك للثاني لكونه مسبباً عنه كما عرفت سابقاً والنماء لم يكن
مملوكاً للأول وانتقل عنه حتى يستصحب بقاء العلقـة فيه ، فيبقى استصحاب
الملك فيه سليماً عن المعارض ومقتضاه لزوم .

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

فالحكي عن الشافعي في (مختلف الحديث) وعن ابن ماجة في (صحيحه)
وعن أبي داود في (سننه) أنهم رويوا - جميعاً - من طريق مسلم ابن خالد
مسنداً عن عائشة أن رجلاً ابتاع عبداً فاستعمله ثم ظهر على عيب ، ففـضى
رسول الله صلى الله عليه وآله برده بالعيب ، فقال المفضى عليه : قد استعمله
فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : الخراج بالضمان ، انتهى :

والحكي عن (غوالي اللثالي) أنه روي عنه صلى الله عليه وآله : أنه
قضى بأن الخراج بالضمان ، ومعناه : أن العبد مثلاً يشتره المشتري ، فيغـتله
حيناً ثم يظهر على عيب به فيرده بالعيب ، انه لا يرد ما صار إليه من غلته
وهو الخراج ، لانه كان ضامناً له لو مات ، انتهى :

وقد استند إليه أبو حنيفة - في قضية - أبي ولاد عند اكترائه بطلاً
من الكوفة الى قصر بني هبيرة في طلب غريم له فخالف وركبه الى النيل
ثم منه الى بغداد ثم منها الى الكوفة وأرجعه بعد خمسة عشر يوماً ، فخاصمه
صاحب البطل في كراه وتراضياً بأبي حنيفة ، ففـضى لها بسقوط الكرى بعد
ارجاع البطل سليماً : فان مستند قضاء أبي حنيفة استفادته من قوله صلى الله
عليه وآله : «الخراج بالضمان» أن ضامن مال الغير والمتعهد به - ولو =

نعم ربما يتوهم المناقشة فيه بدعوى أن ملكية النماء متفرعة عن ملكية الاصل ومنبثقة عنه فيكون النماء تابعاً له في كيفية الملك من النزول :
وليس بشيء بهذا اقتضاء للدليل للاختلاف بينهما في الكيفية من النزول في الاصل وال لزوم في النماء ، ومحض التبعية والتسبيب في الملك لا يصلح دليلاً للاتحاد في الكيفية .

نعم ربما يمكن صحة دعوى التبعية بناء على تعدد ماهية الملك لل لازم والمزول لاستعجال تولد ماهية من ماهية أخرى تخالفها ، ضرورة اعتبار السخية بين العلة والمعلول ، وأما بناء على وحدتها وإنما الاختلاف في المرتبة شدة وضعفاً = كان غاصباً له - فخرجه ومنافعه غير مضمولة عليه لما لكه ، وأما يضمن له نفس المال خاصة ، فإن أرجعه إليه سلباً لا يضمن له منافعه المستوفاة فضلاً عن الفائتة تحت يده :

هذا ولكن الاستناد الى النبوي - في عدم ضمان الغاصب خراج المصوب لما لكه - غير صحيح ، فانه مضافاً الى عدم المناسبة بين ضمان العين بحكم الشارع وجعله مضموم ، على اليد ما اخذت حتى تؤدي ، وبين مجالية المنافع رد الصادق عليه السلام عند ما حكى له أبو ولاد قضاءه بقوله عليه السلام : في مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها والأرض بركاها . فالمتعين كون المراد بالضمان في النبوي المذكور هو بمعناه المصدري الحاصل بجعل واختيار من الضامن بمبادلة ومعاوضة : وعليه فالمراد أن من تعهد بمال وضممنه بعوضه باختياره وجعله ، فخرجه وما يتحصل منه من منافعه ونمائه له مجاناً ، فلو حصل فسخ للمعاوضة بخيار للفاسخ أو تفاسخ منهما لا يضمن كل منهما لصاحبه ما تحصله من المناقم والنماء ، وذلك ما تقتضيه مناسبة الحكم للموضوع فان الغرض المهم والغاية من الاقدام على ضمان العين بعوضها كون خراجها له مجاناً ، وعليه فيختص ذلك بالضمان المعاوضي ، ولا يشمل ما سواه من =

- كما قويناه - فلا ، لأنقضاء ما يوجب ضعفه في التهام من استصحاب العاقبة للمالك الاول .

هذا ولا ينقض إنهاء المبيع الخياري مع كونه في الاصل متزلا بالخيار وفي التهام لازماً ، لان للنزول فيه انما هو من جهة الشرط ، لقوله صلى الله عليه وآله « المؤمنون عند شروطهم » أو من دليل خارج كخيار العيب ونحوه ، لامن سببية البيع التي مقتضاها لزوم لولا الشرط ونحوه ، بخلاف سببية المعاطاة للملك المتزائل فان السبب بنفسه سبب له ، وأما على القول بكون مفادها الاباحة فالتهام مملوك لمالك العين مباح التصرف للاخذ ، ان

= ضمان اليد ونحوه مما لم يكن يجعل من الضامن .

ثم ان صاحب (الوسيلة) - قدس سره - عمم الحكم باستحقاق للضامن الخراج لما اذا كان الاقدام على الضمان بالعقد للفساد ايضا كالصحيح قال فيها - على ما حكى عنه - في ذيل فصل عقده لبيان البيع للفساد ما هذا لفظه : « فاذا باع أحد بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده ، ثم عرف واسترد الهايغ المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به او استرداد الولد ان حملت الام عنده وولدت لانه لو تلف لكان من ماله ، والخراج بالضمان فان غصب لسان او سرق مال غيره أو أمة غيره او حيوان غيره وهاع من آخر ثم استخرج المالكه من يده شرعاً وكان المبتاع عارفاً بالحال لم يكن له الرجوع على البايع وان لم يكن عارفاً كان له الرجوع عليه بالثمن وما عزم للمالك ، اللهم : وظاهره وان كان الاختصاص بالضمان الاختياري بالمعاوضة وعدم التعميم لما اذا كان الضمان بحكم الشارع وجعله ولكنه عمم بالضمان المعاضي لما اذا كان بعقد صحيح ممضي او فاسد ملغى ،

هذا ولكن الاقوى ما ذهب اليه المشهور من الاختصاص بصورة ما اذا

كان الاقدام على الضمان بمعاوضة صحيحة ممضاة من الشارع وهو الذي تقتضيه =

قلنا يكون الاهاحة مالكية الاذن الضمني ، او بشاهد الحال - كما تقدم -
 وإن قلنا يكونها شرعية وقلنا بها لخصوص الدليل ، فيشكل لتعلق الاهاحة
 بالعين وقصور دليلها بالنسبة الى اهاحة الهاء وعليه فلا يجوز التصرف وان
 جاز للتصرف في الاصل اللهم الا أن يقوم عليه اجماع او سيرة قطعية
 فتأمل :

= مناسبة الحكم للموضوع على ما ذكرنا فان مجرد الاقدام على الضمان بمعاملة
 فاسدة غير ممضاة من الشارع وجودها كالعدم كيف يمكن ان يكون فيه
 اقتضاء للملكية المنافع والتهات للضامن مجاناً ، والحاصل ، اختصاص القاعدة
 بالضمان المعاوضي الصحيح مما لا ينبغي الريب فيه :

ثم ان قاعدة « الخراج بالضمان » تختص - بمقتضى مناسبة الحكم
 للموضوع - بالضمان المعاوضي الذي اقدم عليه المتعاقدان وتعهد به كل
 منهما لصاحبه في أصل المعاوضة ، فانه المناسب لكونه سبباً للملك الخراج ،
 أو كونه عوضاً عنه على ما هو مفاد باء الجر في قوله عليه السلام : الخراج
 بالضمان ، ولزوم ذلك وعدم رجوعه للمالك الأصلي لو حصل فسخ او انفاسخ
 للعقد : وأما ما تفرع على ذلك وكان تبعاً له الثابت بالتعبد او من ناحية
 للشرط الضمني في العقد وهو ضمان ما انتقل المال منه الاستفادة من قاعدة
 التلف قبل القبض ، فلا مناسبة لكونه مشمولاً لقاعدة الخراج بالضمان .
 فما يحكى عن الشيخ - قدس سره - في (المبسوط) : من حكمه
 بأن نماء المبيع المردود بخيار العيب قبل القبض للبائع مستدلاً عليه بحديث
 الخراج بالضمان ومفسراً للخراج بالفائدة والضمان بمن يكون المال يتلف
 من ملكه والاصل قبل القبض في ضمان البائع بالمعنى المذكور فالخراج له انتهى .
 فانه مبني على استفادة كون قاعدة الخراج بالضمان شاملة للضمان التبقي
 ايضاً . والحاصل ان للضمان الاصيل في المعاوضة وللضمان التبقي متنافيان في =

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

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

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

= المقاد بالنسبة الى ملك الخراج ولزومه ، فالاصلي يقضي بقاءه على ملك من انتقل المال اليه بالعقد ، وعدم انتقاله الى من انتقل المال منه بالفساخ للعقد للتلف قبل القبض ، والتبعية مقتضاه عكس ذلك وكون الخراج للمنتقل منه بعد الانفاسخ ، وحيث قلنا باختصاصها بالضمان الاصلي وانه لامناسبة لشمولها للتبعية فلا اشكان ، كما ان للقاعدة موردها بالضمان المنجز فالملق مثل : أعتق عبدك عني او تصدق بمالك عني وعلي ضمانه هكذا ونحو ذلك مما يكون الضمان فيه معلقاً على تحقق المضمون ولم يكن فعلياً ، لا يكون مشمولاً للقاعدة ، فلا وجه لكون الضامن مالكا لمنافع العبد بضمانه التعليقي اذا عرفت ذلك فنقول : الكلام في المعاطاة انما هو مبني على كون موضوعها ما قصد المتعاطيان فيها حصول الملك ، وانها معاوضة صحيحة ممضاة من لشارع المقدس بعموم آية (أحل الله البيع) وآية التجارة عن تراض » وأنها لازمة كما نسب الى المفيد - قدس سره - أوجائزة مفادها الملك الجائز اللازم باحد الملزمات - كما هو المختار - او انها مفيدة - للإباحة وانما يحصل الملك =

جزهما دون مالا يصدق عليه إلا كونه نماء لها كثمار الاشجار ، سيما عند أوان اقتطافها ، بل ويقوى عدم التبعية أيضاً في المنزل فيها كانت العين له كالوعاء نحو الحمل في بطن امه ، ولذا لا يدخل الجنين في بيع الامهات الا بالشرط على الاشهر خلافاً للشيخ في (محكي مبسوطه) وأما اللبن فهو من الاجزاء الداخلة في المبيع حيث انه ينشخب من عروق في الضرع الشخاب للدم من العرق ، وليس الضرع وعاء له حتى يكون نسبته اليه نسبة الحمل الى الحامل :

هذا بناء على ما قويناه في العين من الملك المنزل وفي النماء بالازوم وعدم التبعية لها في المنزل . وأما بناء على التبعية في الملك المنزل او الاباحة المجردة فالحكم بها في المتصلة اوضح منها في المنفصلة :

الثاني - في التصرفات المتوقفة على الملك وهي امور :

منها - البيع ، فيصح على القول بالملكية ويقع باطلا او فضولياً على القول بالاباحة فان كان هناك اجماع على الجواز ، فلا بد على القول بها من الالتزام بدخوله آناً في ملك البائع ، للجمع بين الأدلة وهو التزام بخلاف القواعد المقررة إلا انه يمكن تطابق الصحة على القاعدة ، وان قلنا بالاباحة غير أنه يقع للمالك دون البائع لتحقق الاذن الضمني أو شاهد

= باحد الموجبات - على ما هو المشهور - وعلى كل فالضمان فيها معاوضي ممضى فان كلا من المتعاطين اقدم على ضمان ما اخذه من صاحبه بما دفعه اليه من العوض على كل من المباني المذكورة ، غاية الامر بناء على المشهور ما حصل بالتعاطي لكل منهما هو الاباحة المطلقة فيما اخذه من صاحبه وحصول ما قصده من الملك يتوقف على احد الموجبات له ، وهو لا ينافي كون الضمان معاوضياً ، فهي مشمولة لقاعدة (الخراج بالضمان) ولا وجه لعدم الشمول لها بناء على الاباحة كما لا يخفى .

الحال منه ، لوقوع التسليم منه عليه ، وهو وأن كان بقصد التملك إلا أن الملكية منتفية بعدم الامضاء ، فيبقى الاذن المطلق ، وهو كاف في الصحة ، ويخرج البيع عن كونه فضولياً لسبقه بالاذن :

وبالجملة الحكم بالصحة عن المالك لامانع عنه الا ما يثبتهم اولاً - التفاء الاذن المقيد بالتفاء قيده ، وهو قصد التملك ، والمفروض عدم الوكالة منه عليه ، وثانياً - الما يصح وقوعه عن المالك والمفروض وقوعه من البائع لنفسه ، فما وقع لم يصح وللصحيح غير واقع لان العقود تابعة للقصد : وليس بشيء :

أما الاول - فمع كون الفرض تحقق الاحة المالكية ، إذ للكلام على تقدير القول بها إمكان دعوى الاذن الضمني بناء على تعدد المطلوب او شاهد الحال كما تقدم فخرج به عن كونه فضولياً (١)

(١) للظاهر : أن مراده من عدم كون البيع المذكور فضولياً ، عدم احتياجه - في الاستناد الى المالك - الى اجازة ، وكفاية الاذن الضمني السابق منه ، بناء على تعدد المطلوب او شاهد الحال ، ولكنه غير واضح إذ الاذن الضمني المستفاد من التعاطي بقصد التملك انما هو بالبيع لنفس البائع القاصد كون البيع له وكون الثمن داخلاً في ملكه عوضاً عما يخرج منه الى المشتري ، وهب أن البيع المذكور قابل لان ينفذ ، ويصح للمالك كبيع الغاصب لنفسه للقابل للتصحيح بالنسبة الى المالك ، فان الغاصب للظالم حيث انه يرى نفسه مالكا للمال وبناء على الادعاء المذكور يوقع المعاملة على المفصوب كما يوقعها على مائر أمواله ، فهو لدى التحليل يبيع للمالك ، ويقصد دخول الثمن في ملك مالكة ، وحيث كان بناؤه لا أساس له بل هو صرف ادعاء ، يلغو ، ولا يلزم من ذلك لغوية أصل البيع المقصود كونه للمالك المبيع ، فيصح للمالك باجازته . وكذا نقول هنا في =

وأما الثاني فلمعتمد اعتبار القصد لمن له البيع في صحته ، وهو غير مأخوذ = بيع المأخوذ بالمعاطاة بقصد التملك فإن البائع حيث كان هالياً على ملكية المبيع بالمعاطاة بقصد البيع لنفسه باعتبار كونه مالكا للمؤمن اعتقاداً ، فهو لدى التحليل بقصد كون البيع للمالكه ، وحيث كان اعتقاده خلافاً للواقع بناء على عدم إفادة المعاطاة سوى الإباحة تلفوا جهة ماله ، ولا يلزم من ذلك بطلان جهة كون البيع للمالكه الواقعي ، ولكن أنما يصح ويستند البيع للمالك إذا أجاز البيع له بعد معرفة كون المعاطاة مفادها صرف لإباحة التصرف .

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

لأننا نقول : هذا أنما يصح فيما إذا تعلق الاذن السابق بنفس ما يتعلق به الإجازة المتأخرة كما إذا باع الوكيل لموكله بيعاً هو مأذون فيه منه ، فإنه لا يحتاج نفوذ بيعه للموكل الى إجازة منه بعد البيع ، ويكفي في ذلك الاذن السابق منه لكونه تعلق بنفس ما وقع من الوكيل أما فيما نحن فيه مما كان الاذن الضمني السابق على البيع المستفاد من التعاطي بقصد الملك متعلقاً بغير ما يمكن صحته بالنسبة الى المالك ، فلا يكفي في صحته للمالك الاذن السابق ، بل لابد من إجازة المالك بعد ذلك للبيع ليصح بالنسبة اليه وذلك لكون الاذن الضمني من المالك المستفاد من المعاطاة بقصد الملك أنما تعلق بالبيع لنفس البائع لا بالمبيع له ، وما يمكن نصحيجه بالإجازة هو البيع للمالك ، فما وقع من البائع المتعلق بالاذن الضمني لا يمكن نصحيجه للمأذون بناء على الإباحة كونه خلاف حقيقة المعاوضة ، وما يمكن =

ج ٢ بيان الحق في حقيقة البيع وشروطه ، وذكر ما يتوقف على الملك من المواضيع ١٢٣

في ماهيته وقوامه (١) ولذا قلنا بصحة بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك مع الاجازة . ولا أرى وجهاً في المقام بناء على الاباحة المجردة لوقوعه عن البايع حتى يلزم بدخوله آناً في ملكه :

وكيف كان فلا يبعد أن يقال - بناء على الاباحة - صحة البيع ووقوعه

= لصحيحه بناء عليها لا بد فيه من الاجازة لكونه غير ما أذن المالك فيه ضمناً :

(١) بناء على ما تقدم - في بعض تعاليقنا من أن حقيقة البيع تبدل للبايع العين التي هي طرف المضافة مالكية بطرف اضافة مثلها لآخر في عالم الانشاء - عند قبول المشتري ذلك التبدل يلزم ان يكون البايع قاصداً بانشاءه خروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المثل وخروج المثل من ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المثل بدلاً عما خرج من ملكه اليه من غير فرق بين كون البايع أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً أو فضولياً قاصداً كون البيع للمالك المبيع او كونه لنفسه لكونه غاصباً او معتقداً كون المال له ففي جميع الصور المزبورة البايع حيث كان قاصداً دخول المثل في ملك من خرج المثل من ملكه الى مالك المثل عوضاً عما خرج من ملكه اليه ، فانه قاصد لمن له البيع فالأصيل لما قصد دخول المثل في ملكه بدلاً عما خرج من ملكه الى مالك المثل ، فهو قاصد كون البيع له ، والوكيل لما قصد دخول المثل في ملك موكله الذي خرج المثل من ملكه الى مالك المثل بدلاً عما خرج من ملك موكله ، اليه فهو قاصد كون البيع لموكله وكذا الولي بالنسبة الى المولى عليه فانه قاصد كون البيع له ، وأما للفضولي فتارة - يقصد كون البيع للمالك فقصد من له البيع والصح ، واخرى - يقصد كون البيع له لادعائه كون المبيع له كالمظالم المتغلب الباني على كون ما تحت يده من مال الغير مالاً له ، فيلشئ البيع عليه بما أنه مالك له ادعاء ، فهو لدى =

للمالك غير أن ثمنه المملوك له يقوم مقام المثلن في جواز التصرف فيه مطلقاً ولو ببيعه أيضاً ، فيقوم ثمنه كذلك مقامه ، وهكذا وهلم جراً في جميع سلسلة التعويضات بقيام البديل مقام البديل في الحكم وكونه للمالك مباح التصرف لمن هو في يده بالمعاطاة اللهم إلا أن يكون هناك اجماع على صحة البيع ووقوعه للبايع دون المالك وحينئذ فلا مناص عن الالتزام بدخوله آنأما في ملكه :

= التحليل قاصد كون البيع للمالك ، ولما كان ادعاء كونه مالكا ملغى ، اذ لا واقع له بل هو صرف ادعاء فيصح البيع للمالك ولكن باجازه ، ومنه مانحن فيه فانه لو باع احد المتعاطيين ماتحت يده من المال المأخوذ بالمعاطاة مع قصد المتعاطيين حصول الملك بها بناء على كون الحاصل بها مجرد الاباحة في التصرف دون الملك ، فان للبايع إنما يقصد البيع له بناء منه على كونه مالكا لما باعه اشتباها فهو كمن اعتقد كون المبيع له فباعه لنفسه بناء على اشتباهه ، سوى أن ذاك اشتباهه من ناحية الموضوع ، وهذا منشأ اشتباهه تخيله ان المأخوذ بالمعاطاة حكمه الملك لا اباحة التصرف - فقط - ومن هنا يبيعه لنفسه بما أنه مالك له ، فهو لدى التحليل يبيع العين للمالكها فيصح البيع للمالك ان اجازه بعد معرفته ان المبيع له وان المعاطاة حكمها مجرد الاباحة دون الملك :

وعلى كل فالوجه في صحة بيع المأخوذ بالمعاطاة ووقوعه للمالك مع اجازته بناء على الاباحة هو ما ذكرناه : من أن البايع ، وان قصد كون المبيع له لتخليه واعتقاده كون المبيع له وأن المعاطاة المقصود بها حصول الملك لكل منها بالنسبة الى ما أخذه من صاحبه تقتضي الملك وانما منشأ البيع على ماتحت يده لنفسه بما أنه مالك للمبيع فهو لدى التحليل قاصد كون البيع للمالك ، وحيث كان اعتقاد كونه مالكا للمبيع ملغى اذ كان =

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

= مهلباً على كون المعاطاة مفادها الملك مع أنها على الإباحة لاتقضي سوى إباحة للتصرف ، فالغاء بنائه واعتقاده لا يقتضي عدم صحة البيع للمالك الحقيقي مع إجازته :

وعلى هذا فاشكال صحة بيع المباح له مال المبيع فإنه إنما يصح وقوعه عن المالك والمفروض وقوعه من البايع لنفسه فما وقع لم يصح لكونه خلافاً حقيقة للمعاوضة المقترضة لدخول الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه وقد خرج من ملك المبيع ، فكيف يدخل الثمن في ملك البايع المباح له ، والصحيح غير واقع لأن العقود تابعة للقصد .

مندفع فإن ما وقع من المباح له من البيع لنفسه لا بما هو هو وأنه زيد بن عمرو - مثلاً - يقال: إن ما وقع لم يصح بل بما أنه هو المالك للمبيع لاعتقاده كونه له وإن المأخوذ بالمعاطاة ملك لآخذه فهو إنما يقصد وقوع البيع للمالك المبيع تحليلاً ، فما وقع منه صحيح مع إجازة المالك الحقيقي لعدم تطبيق المالك على نفسه خطأ واشتباهاً ، فهو الملغى ولا ملازمة بين الغائه وبطلان البيع وعدم قابليته للتصحيح بالإجازة من المالك : وبهذا للتقريب يندفع اشكال المستشكل :

وأما ما ذكره سيدنا - قدس سره - بقوله : وأما الثاني فلعدم اعتبار القصد لمن له البيع في صحته وهو غير مأخوذ في ماهيته وقوامه ولذا قلنا بصحة بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك مع الإجازة انتهى :

فظاهره دعوى أن المناط في صحة وقوع البيع لشخص أو الاشتراء له مجرد ملكيته للثمن أو الثمن وعليه فن قصد بيع ماله لغيره أي قصد خروج المال من ملكه إلى ملك المشتري ودخول ثمنه من المشتري في ملك الغير فالثمن يدخل في ملك البايع ويصح البيع له قهراً نظراً لملكه للثمن -

- ويلغى قصده دخول الثمن في ملك الغير ولو اشترى بماله متاعاً للغير كذلك
 بان قصد باشرائه المتاع دخوله في ملك الغير عوضاً عما يخرج الى صاحب
 المتاع من ثمنه الخارج من ملكه اليه يدخل المتاع في ملك المشتري نظراً لما لكتبته
 لثمنه ويلغى قصد كون الاشتراء للغير كما ان الغاصب للعين اذا أوقع المعاوضة
 عليها بيعاً أو شراء تصح المعاوضة للمغصوب منه باجازه لكونه المالك للمعوض
 او المعوض وان قصد الغاصب كونها لنفسه .

وبالجملة فقصد المعاوضة على المال بيعاً أو شراءً كاف في وقوعها
 للمالك المال ، ولا حاجة الى انضمام قصد كونها له كما لا يضر في ذلك قصد
 كونها لغيره وقد صرح - قدس سره - بذلك فيما سيأتي منه في رسالة
 بيع للفضولي في جواب احتجاج المفصل بين مالو قصد الفضولي البيع لنفسه
 وبين قصده البيع للمالك بالبطلان في الاول لوجود ما يمنع عن الصحة فيه
 من عدم القصد الى 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 تحقق حقيقة البيع كما نص عليه غير واحد من الاصحاب
 فكما لا يجب تعيينه لا يضر الخطأ فيه ، وبالجملة لما كان قصد البيع مستلزماً
 لقصد نقل المبيع عن مالكه تحققت المعاوضة حقيقة وان انضم اليه قصد
 وقوعه عن نفسه اول نفسه بعد ما عرفت من خروج قصد الانتقال عنه بل
 الانتقال اليه ايضا عن حقيقة البيع وماهيته انتهى .

ولكن قد يقال : ان حقيقة المعاوضة جعل كل من المعوضين
 مكان الآخر ومد فراغه به في مرحلة الانشاء ، وعليه فكما ان أصل
 وقوع المعاوضة بين المالكين يتوقف على كون الموقع لها قاصدا انشاءها بالعقد
 فلا كان هازلاً او غالطاً لم يقع ولم تصح ، فكذلك وقوعها على حقيقةها -

— يتوقف على كون الشيء لها قاصداً حقيقةً، فلو لم يقصدها كذلك لم يصح ولا وجه لصحتها على غير ما قصده . وعليه فنقول : هب ان قصد الشخص بيع ماله من المشتري لتضمينه لقصد نقله إليه من مالكة بعوض منه كاف في تحقق ماهية البيع وصحته بلا حاجة الى قصد كون البيع له ويتحقق بذلك المعاوضة الحقيقية وكذا قصد بيع مال الغير من المشتري فإله لتضمينه لقصد نقله عن مالكة بعوض من المشتري بتحقيق به حقيقة البيع ويصح باجازه مالكة : ولكن هذا إنما يتم فيما لو لم ينضم الى قصد البائع بيع ماله او 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 او قصد بيع مال الغير لنفسه بان قصد دخول الثمن في ملكه بدلاً عما خرج الى المشتري من مال الغير ، ففي كون ذلك قصداً لحقيقة البيع وماهيته لإشكال ، بل منع ، اذ ليس حقيقة مجرد نقل المبيع من مالكة بعوض مطلقاً بل للبيع انشاء نقل المال من مالكة الى مالك الثمن بعوض منتقل منه الى مالك المبيع :

فقول سيديلا - قدس سره - : وبالجمله لما كان قصد البيع مستلزماً لقصد نقل المبيع عن مالكة تحققت المعاوضة حقيقة ، وان انضم إليه قصد وقوعه عن نفسه اولئفسه الخ

لم يتضح المراد منه ، فان كان المراد على تحققها ما قصده البائع من كون البيع في الصورة الاولى للغير 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 الحقيقية وان كان المراد وقوع المعاوضة -

— وتحققها المالك المبيع الذي استازم قصد البيع قصد النقل عنه - على مايقوله سيدنا - ويلغى ما قصده البايع من كون المعاوضة للغير مالك المبيع ، ففي صورة ما لو باع المالك ماله قاصداً دخول عوضه من المشتري في ملك غيره يصح البيع ويدخل العوض في ملك مالك المعوض وان كان خلاف ما قصده البايع ، كما انه لو باع الفضولي مال غيره لنفسه بان قصد دخول عوضه من المشتري في ملكه بدلا عما خرج اليه من مال الغير يصح البيع للمالك المبيع اجازته ويلغى قصد البايع كون المبيع لنفسه ، فالالتزام بذلك على اطلاقه مشكل بل ممنوع ، فان العقود صحة وفساداً تتبع قصد المتعاقدين فاذا كان المالك عند بيع ماله وقصده إخراجه عن ملكه الى ملك المشتري وادخال عوضه في ملك غيره لم يقصده على حقيقته ، أعني ادخال الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه الى ملك المشتري ، فباي وجه يلغى ما قصده من كون البيع للغير ويقع البيع له ويدخل العوض في ملكه لمجرد كونه مالكا للمعوض وان لم يكن المقصود له انشاء البيع لنفسه بل للغير .

وبالجملة ان ما انشأه البايع مبادلة خارجية شخصية مفادها كون المبيع للمشتري وعوضه للغير البايع وصحتها كذلك بدور مدار شمول دليل الامضاء للمبادلة المذكورة على ما انشأت وصحة مبادلة اخرى لم تكن منشأة للبايع ، وهي كون الثمن له بدلا عما خرج منه الى المشتري لا يقتضي صحتها على ما أنشأت ، نعم فيما لو باع الفضولي مال للغير لنفسه يمكن تصحيحه ؛ البيع للمالك المبيع اجازته وان قصد الفضولي كون البيع له عند الشائه للعقد ، ولكن ذلك انما هو فيما لو كان للبايع من الغصاب المتقلبين وأهل للنهب والغارات وامثالهم ممن يرون ادعاء ان ماتحت ايديهم من الاموال المنهوبة مالا لهم وعند انشاء المعاوضة على ذلك يقصدون انشائها على ما هو لهم —

- قالبايع منهم لما تحت يده من مال الغير ينشأ البيع عليه بما هو مال له فهو لدى التحليل يوقع البيع للمالك المبيع وبطبقه على نفسه ادعاء منه انه المالك له فالغاء التطبيق المذكور - لكونه صرف ادعاء منه لا واقع له - لا يقتضي الغاء ما انشأ من البيع للمالك المبني على الادعاء ، فيصح البيع للمالك باجازته : وبالجمله ، هو بناء على ادعائه قاصد للمعاوضة الحقيقية تحليلاً وكون العوض داخلاً في ملك مالك المعوض ، وليس كمن باع مال نفسه للغير في كونه غير قاصد حقيقتها . ونظير للغاصب المذكور من باع مال للغير لنفسه مشتبهاً ومعتقداً كون المال له فانه عند انشاء البيع يوقعه للمالك المبيع حقيقة فخطاه في كونه المالك لافي البيع للمالك فيصح البيع باجازته :

هذا ولكن ما ذكرناه من امكان تصحيح بيع الغاصب باجازة المالك انما هو فيما اذا كان متغلباً ويبيع مال المغموص منه بما انه مال له ادعاء وأما الغاصب الذي يبيع مال المغموص منه لا بما هو مالك له بل بما انه غاصب له وبائع له عدواناً فانه يقصد اخراج المال من ملكه المغموص منه وادخال عوضه في ملك نفسه ، فهو غير قاصد للمعاوضة على حقيقتها ولا وجه لتصحيحها على ما قصده وان اجازها المالك :

ثم ان ما ذكرناه في هذه التعليقة والتي قبلها بناء على ما لم يستبعده سيدنا - قدس سره - من أن يبيع احد المتعاطين ماتحت يده من المال المأخوذ بالمعاطاة بناء على الاباحة يصح ويقع للمالك المبيع ، ولكننا قربنا في بعض تعالينا وقوعه عن المباح له وذلك للاقدام المعاضوي من كل من المتعاطين على ضمان المأخوذ بالمعاطاة بعوضه الذي دفعه لصاحبه عند تلفه او اتلافه او ما هو بمنزلة الاتلاف بما لا يمكن لصاحبه الرجوع به على -

بناء على الإباحة المجردة (١) لقوله : « لاعتق الا في ملك » مع احتمال أن يقال فيه من الحكم بالصحة ووقوعه عن المالك بناء على الإباحة - كما تقدم في البيع - وان قلنا بطلان العتق الفضولي على الأشهر ، لخروجه عنه بسبق الاذن للضمني أو بشاهد الجال - كما تقدم - إلا أن ذلك منى على عدم اعتبار القرعة في صحة العتق بتنزيل ما دل عليه من قوله : « لاعتق إلا ما اريد به وجه الله » ، وغير ذلك على لفي الكمال دون للصحة : وأما بناء على اعتبارها فيشكل لان المالك غير مقرب به والمعنى غير مالك فلا وجه حينئذ لصحته ان قام للدليل عليه الا دخوله آنأما في ملك المعنى ويقع حينئذ عنه لاعتق المالك .

ومنها - وطى الأمة الماخوذة بالمعاطاة ، فيجوز على الملكية ولا يجوز

— كل من القول بإفادها الملك او الإباحة ، ففيها هو محل للكلام من بيع المباح له ماتحت يده من مال المبيع مقتضى الضمان المعاوضي الذي أقدم عليه المتعاطيان انتقال عوضه الذي هو تحت يد صاحبه اليه عند البيع الذي هو بمنزلة اثلاف مال المبيع عليه لعدم امكان رجوعه به بعد فرض كون البيع باذن منه وتسليط عليه وانتقال العوض الى ملك المبيع مستلزم لانتقال مال المبيع الى المباح له حين البيع لئلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض في الملك ، وعليه فيخرج المبيع من ملك المباح له الى 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 قريناه فيما سبق من البيع : من صحته ووقوعه عن المعنى لما ذكرناه : من أن مقتضى الاقدام المعاوضي من المتعاطيين وكون كل من العوضين مضموناً بالآخر عند الاثلاف وما هو بمنزلة انتقال العهد عند عتقه الى المباح له وينعتق عنه لانتقال -

ج ٢ في تصحيح عتق المأخوذ بالمعاطاة ووطء الامة المأخوذة بالمعاطاة ايضاً ١٣١

على الإباحة بناء على اعتبار للصيغة في التحليل كما هو أحد القولين فيه ،
فتظهر الثمرة بينها اللهم إلا ان يكون هناك اجماع على الحل فلا بد حينئذ
من الالتزام بدخوله آتياً في الملك فتتعدم الثمرة حينئذ حكماً لاموضوعاً إلا

- عوضه الى ملك المبيع المستلزم لانتهائه الى المباح له - نحو ما ذكرنا في
بيعه :

فا ذكره سيديا - : من بطلانه على الإباحة المجردة ، لقوله (ص) :
« لاعتق 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 الاذن
الضمني أو مشاهد الحال - غير واضح - ايضاً - فان محل الكلام في المعاطاة
المقصود بها لكل من المتعاطين تملك ما اعطاه لصاحبه ، فالاذن للضمني
أو مشاهد الحال من المعطي المستفاد من الاعطاء بقصد التملك بالتصرف
فيما أخذه وما كان بمنزله كالعتق ونحوه من النقل للالزام بما انه مملوك له
بالأخذ منه ، لا الاصح من ذلك ، وبما فرض كونه مباحاً له ، فيها تعلق
الاذن به ، وهو عتق المملوك لمعتقه ، بناء على كون المعاطاة مفادها الإباحة
لم يحصل على الفرض ، وما حصل - وهو العتق عن المالك - لم يكن متعلقاً
للاذن الضمني :

وما ذكرناه من الوجه في امكان وقوع بيع المأخوذ بالمعاطاة عن
المالك بناء على الإباحة ، لا يجري في عتقه ، إذ البيع صالح للفضولية -
يمكن تصحيحه باجازه المالك ، بناء عليها ، بخلاف العتق غير الصالح
للفضولية على الفرض : وبالجمله ، ما احتمله سيديا - قدس سره - من
الحكم بصحة وقوع العتق عن المالك بناء على الإباحة ، بهيد . والاقرب
ما ذكرناه من وقوعه عن المباح له .

ان المنع عنه محكى عن الشيخ والشهيد في تعليقه على القواعد :
وبالجملة فالجواز على القول بالاباحة مبنى اما على دخوله آنأما في
الملك او على كفاية الاباحة المطلقة في التحليل وعلى التقديرين فتندم الثمرة
حكماً لاموضوعاً .

الثالث - في وجوب الخمس والزكاة وتعلقها بالعين المأخوذة بالمعاطاة
اذا اجتمع فيها شرط للوجوب فتعلقان بها فيجب على الآخذ بناء على
القول بالملكية وان كانت متزلزلة بناء على عدم شرطية استقراره في الوجوب
ولا يجب على القول بالاباحة مع احتمال الفرق بين الخمس والزكاة فيجب
الاول مطلقاً ولو قلنا بان مفادها الاباحة المجردة لصدق الغنيمة عليه بالمعنى
الاعم فيدخل في عموم الآية بناء على الاكتفاء فيه بمجرد صدق الفائدة
التي هي اعم من الملكية بعد ان كانت الاباحة فيها مطلقة فتندم الثمرة
فيه موضوعاً لاحكاماً بخلاف لزكاة المشروط وجوبها بالملك اللهم الا أن
يقال : يتعلق الزكاة بها على القولين وجوبها على التقديرين غير انه يجب
على الآخذ اذا اجتمعت عنده شرائط الوجوب على القول بالملكية ويجب
على المالك على القول بالاباحة وان سقط عنه يدفع الآخذ لها زكاة
اللهم إلا ان يقال بعدم تمكن المالك غالباً من التصرف في ملكه المأخوذ
منه بالمعاطاة اما لغيبة الآخذ او لجوهرية فلا يجب عليه لذلك ولا على الآخذ
لعدم تملكه بالمعاطاة : وحينئذ فان اجماع على وجوب الزكاة على الآخذ
فلا بد من الالتزام بدخوله آنأما في ملكه .

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

عنده بخلاف الزكاة حيث قلنا بوجوبها على المالك والدفع امقاط عنه فانه حينئذ يحكم رجوعه بالبعض الذي لا ينافي جواز رجوعه بالباقي :

هذا مانطرق اليه الخيال على نشئت الهال بحسب ما تقتضيه القاعدة وعليك بالتأمل فيه فانه لا يخلو من الحاجة اليه والى مراجعة كلمات الاصحاب؛
الراهم - فيما لومات المتعاطيان فيلتنقل كل من العينين الى وارث من كانت بيده الارث على الملكية والى وارث المالك بناء على الاباحة (١) وعليه

(١) تحرير للكلام في التلمية المذكور هو انه لا اشكال في لزوم المعاطاة بموت المتعاطيين بناء على الملك فان جواز الرجوع الثابت في المعاطاة انما هو من قبيل الاحكام للثابتة لموضوعاتها التي لا تقبل الارث نظير جواز الرجوع بالهبة وليس من صنع الحقوق التي تورث بحكم النبوي المشهور : « ماترك الميت من حق فهو لوارثه » وكذا لو مات احدهما فليس لوارثه الرجوع بها بل ليس للحي منهما الرجوع اذ الظاهر او المتيقن من الجواز في المعاطاة رجوع كل من المتعاطيين على صاحبه واخذ العين منه لا الاعم من ذلك والرجوع الى وارثه :

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

هذا بناء على إفادتها الملك الجائز وأما بناء على إفادتها الاباحة فالذي يظهر من سيدنا - قدس سره - تبعاً لغيره بطلانها بالموت حيث يقول : فيلتنقل كل من العينين الى وارث من كانت العين بيده بالارث على الملكية والى وارث المالك بناء على الاباحة انتهى . ولوجه في ذلك جعلها على الاباحة من قبيل العقود الاذنية كالعارية - مثلاً - التي قوامها مجرد الاذن في التصرف ، فتبطل بموت كل من -

فلا يجوز التصرف لكل من ورثة الطرفين إلا باذن جديد من المالك الوارث ان كانت الابهة او بمجديد المعاملة بينهما لعدم تأثير اذن المورث في ابهة الوارث ان كان الابهة الكية ، وكذلك ان كانت شرعية لقصور دليلها بالنسبة الى غير المتعاطين

— الأذن والمأذن ، ويفتقر جواز التصرف الى اذن جديد ممن له الاذن هذا ولكن بمقتضى ما ذكرناه فيما سبق من انها من المعاوضات على كل من القول بالملك او الابهة وانها مبادلة بين الملكين على رأي وبين السلطتين على رأي آخر ، فلا وجه لبطالانها بالموت بل تلزم بذلك للسيرة القطعية على عدم البطلان بالموت فان وارث الميت من المتعاطين لو رجع الى الحي منهما بما في يده من احد العوضين وأخذه منه قائلا : ان الاذن انما كان من مورثة وبطل بموته ينكر عليه ذلك وكذا لو رجع الحي على وارث الميت منها وأخذ مافي يده من العوض ، وهو كاشف عن عدم البطلان بالموت ولو كان الاذن في المعاطاة لظير الاذن من المعبر للمستعبر بالتصرف بما تحت يده من العارية ، لما كان الالكار وجه .

ويشهد لعدم البطلان ايضا : ان كاشف الغطاء - قدس سره - في مقام استبعاد ما ذكره المشهور من الابهة ذكر من جملة المبعديات ترتيب آثار الملك على ما ليس بملك حيث قال : « ومنها ان الاخماس والزكوات - الى أن يقول - والمواريث والربا والوصايا تتعلق بما في اليد الى - قوله - فتكون متعلقة بهي الاملاك » فيظهر من ذكر ذلك في مقام الاستبعاد ان ارث الوارث مافي يد مورثه من مسلمات الفقه حتى عند اللقائين بالابهة ، وشيخنا الانصاري - قدس سره - اعترف له بالاستبعاد حيث قال : « وأما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات » الى آخر ما ذكره - فهو ، استبعاد محض ولو كان موت احد المتعاطين بناء على الابهة موجبا لبطلان المعاطاة لم يلزم تعلق الارث بهي الملك اذ الوارث حينئذ يرث ما يملكه مورثه -

ولو مات أحدهما ، فينقل الى وارثه بالارث على الملكية : وغير بعيد الحاقه بالنقل الاختياري في ايجاه الزوم ، ويجوز لكل من الحي وورثة الميت التصرف فيما النقل اليه لكونه ملكاً له . وأما بناء على الاباحة فلا يجوز للحي التصرف فيما بيده لتوقفه على الاذن من وارث المالك ان كانت الاباحة مالكية او شمول دليلها لهذه الصورة ان كانت شرعية - كما عرفت - وأما تصرف ورثة الميت فقد يقال بجوازه ان كانت الاباحة مالكية لتحقق الاذن او يشاهد الحال من المالك الموجود الظاهر في شموله لجميع طبقات الطرف الآخر ، اللهم إلا أن يمنع ظهور الحال في رضائه بالتصرف في ماله مع كونه ممنوعاً عن التصرف فيما هو بيده :

وبالجملة فالمدار على القول بالاباحة في جواز التصرف على تحقق

- لامافي يد مورثه المباح له ، فلا وجه لاستبعاد الشيخ كاشف الغطاء الارث ، ولا لاعتراف الشيخ الانصاري - قدس سره - ذلك الاستبعاد ؛ هذا وأما لزوم المعاطاة بالموت فلما ذكرناه من ان الثابت والميقن من الجواز في باب المعاطاة رجوع كل من المتعاطيين على صاحبه واخذه العين منه ، فلو تلفت العين او مات صاحبه لم يمكن تحقق ما هو الثابت في قبيل اصاله الزوم في المعاوضة من اخذ العين من صاحبه فانه في صورة موت صاحبه وان امكن ارجاع العين ولكنه من وارثه لامنه والاصل الزوم في المعاوضة فلا فرق بين القولين لما ذكرناه من انها معاوضة على كل من المسلكين الملك او الاباحة ، فكما ان الاصل عدم رجوع المالكين الى المالك الاصلى ما لم يثبت جوازه فكذا الاصل عدم عود السلطتين الى المالك الا بعد تحقق الرجوع ونفوذها :

هذا تحرير الكلام في ما ذكر في التلييه المذكور ومنه تعرف وجه

المناقشة فيما ذكره سيدنا - قدس سره - :

الاذن من المالك للفعلى او من المالك الحقيقي وهو غير مندرج تحت قاعدة كلية هذا بحسب ما تقتضيه القاعدة من الفرق بين القولين فان قام دليل من اجماع او سيرة على جواز التصرف في صورة موتها او موت احدهما من غير توقف على اذن جديد ، فهو خروج عن القاعدة وتخصيص لها بدليل خاص :
الخامس - لا يرجع بالنفقة او رجع بالعين على الملكية لانه بدلها في ملكه فلا يستحق الرجوع بها على غيره ويرجع بها على الاباحة لو رجع عليه مع عدم التبرع بالاتفاق على الاظهر :

ثم ان ههنا اموراً ينبغي التعرض لها والتلبيه عليها :

منها ما ذكره في ملزمات المعاطاة : من تلف العينين او احديهما - كلا أو بعضاً - او نقلهما او احديهما كذلك بنقل لازم أو جائز أو مزج بغيره بحيث لا يتميز عنه أو تصرف مغير للصورة :

فنقول اما التلف ، وهو : إما أن يكون من الجالبيين أو من جالب واحد وعلى التقديرين ، فالكلام فيه مرة على القول بالملكية واخرى على القول بالاباحة . أما مع تلف العينين ، فالتالف من مال من انتقل اليه على القول بالملك لانه تلف في ملكه ولا معنى لضمانه ملك نفسه ، فلا رجوع لاحدهما على صاحبه بهدله الواقعي من المثل أو القيمة لو اراد الرجوع لانقطاع استصحاب علقه المالك في العين بعد تلفها (١) وهو معنى اللزوم

(١) ليس منشأ اللزوم وعدم جواز رجوع أحدهما على صاحبه بالبدل للواقعي : هو انقطاع استصحاب علقه المالك بتلف العين ، لما ذكرناه سابقاً من أنه بعد انتقال المال الى الطرف بالتعاطي وملكه له ، لم يبق للمالك الأول علقه فيه أصلاً حتى يتصور استصحابها وينقطع ذلك بتلف العين ، بل الوجه في اللزوم وعدم جواز الرجوع بعد للتلف هو ان المتيقن من الجواز للثابت بالاجماع في قبالة لصالة اللزوم الثابتة بآية التجارة عن تراص :

فيه . ومنه يظهر الفرق بينه وبين تلف المبيع في زمن الخيار الذي يرجع فيه
ببدل التالف من المثل او للقيمة لكون الرجوع فيه من احكام العقد الخيارى
بخلاف المقام :

وأما على القول بالاباحة ، فلا اشكال في اللزوم بذلك ، بل ذهب
غير واحد الى عدم الخلاف فيه ، بل عن بعض دعوى الاجماع عليه وانما
الكلام في ان ذلك هل هو على وفق القاعدة ، أو على خلافها ، خرج
عنها بالاجماع ؟ ذهب بعض الى الأول ، نظراً الى اصالة البرائة عن بدل
للتالف للمالك لو أراد للرجوع بالبذل الواقعي من المثل او للقيمة مع عدم
ما يوجب ضمانه لان الموجب له : اما الأصل ، وهو استصحاب جواز
الرجوع قبل التلف ، وقد عرفت القطاعه بانتفاء متعلق للعلاقة المستصحبة
من العين ، واما اليد لعموم حديث « على اليد » الممنوع شموله للمقام لا
اليد لم تكن بد ضمان عند وجود العين ولا بعد تلفها ، مع عدم ارادة
الرجوع وجواز الرجوع فرع كون اليد بد ضمان قبله . وذهب جماعة الى
الثاني نظراً الى كون العين عند المعاوضة بالتعاطى مضمونة على قابضها
بالبذل الجعل ، فاذا لم يسلم ولم يلزم المسمى المجعول بقرار المتعاطين رجوع
الى البذل للواقعي من المثل او للقيمة فاليد بد ضمان من اول الامر .

— ونحوها صورة بقاء للعينين :

لا يقال : ثبت في الأصول أنه لو ورد عام وورد مخصص له ولم
يكن له عموم زمني ، ففي مقام الشك يتمسك باستصحاب المخصص لا بعموم
العام ، وما نحن فيه من ذلك ، فان عموم آية التجارة عن تراض ونحوه
مما هو مدرك لإصالة اللزوم المقتضى لعدم جواز ارجاع كل من المتعاطين
مالم يملكه لصاحبه بالمعاطة واعادته الى ملكه الا بالتجارة عليه وكسبه منه
عن رهأ به ، قد خصص بالاجماع على جواز المعاطة ، فعند الشك في =

قلت : المرجع في الضمان للبدل وعدمه الى كون الاهاحة هل هي مجانية أو بهوض اذ لامعنى لغرامة البدل مع كون الاباحة مجانية لئى معناها لاغرامة عليه اصلا ، وحيث كانت المعاطاة معاوضة فلا جرم كانت العين مضمونه ببدلها على من قبضها ، وقياسه بنثار العرس المبذول مجالاً كما في الجواهر قياس مع الفارق نعم يمكن أن يقاس به بناء على مذهبه في موضوع المعاطاة من قصد الاهاحة بالاباحه ، فان العوضيه انما هي بين الاباحتين لابين العينين فتكون الاهاحة حينئذ بالنسبة الى متعلقها مجانية من الجانبين وان وقعت الاهاحة بأزاء الاهاحة واعله مثله ايضاً في المجانية او فرض قصدها التمليك بالتمليك كما هو أحد الاحتمالات المتقدمة في تصوير المعاطاة بأرادة التسليط للتمليكي بأزاء التسليط للتمليكي فالملكية حينئذ مجانية وان قبولت بالملكية الاخرى كذلك نظير الهبة المشروطة بالهبة على وجه يكون احدهما كالداعي للآخر نعم بناء على فرض قصد التمليك بالتمليك اي تمليك العين بتملك الاخرى على نحو التمليك البيعى كما هو أحد الاحتمالات المتقدمة ايضاً بل هو الغالب من قصد المتعاطيين كما شاهده بالوجدان فيشكل الحكم باللزوم بناء على للقول بالاهاحه فيه ضرورة كون المعاوضة في هذه الصورة انما هي بين العينين ومقتضاه الضمان ، والمسمى وان وقع للقرار بينهما عليه الا ان الالتزام به مع كونه غير البديل للواقعي موقوف على ثبوت ملزم شرعي وهو مع كونه ممنوعاً عين الدعوى ومصادرة وهذا بخلاف البديل الواقعي فان دفعه بعد عرفاً دفعاً للثانف ولاحق للمالك

=جواز الرجوع بها بعد تلف العين بنفي للتمسك باسمه صاحب جواز الرجوع فيأزم من تلف المال عنده دفع مثله او قيمته لطرفه لو رجع بها :

لأننا نقول : هذا يتم فيما لو كان الجواز ثابتاً بدليل الخيار مما كان موضوعه للعقد فان مرجعه الى سلطنة الذي الخيار على حل العقد وقراره فلو شك في بقاء الخيار للشك في كونه دائراً مدار بقاء العين أو أنه باق =

ازيد من ذلك وعليه فيكون اللزوم في هذه الصورة على خلاف القاعدة
خرج عنها بالاجماع اللهم الا ان يوجه تطبيقه عليها بما سيأتي :

هذا مع تلف العينين وأما مع تلف احدىها وبقاء الاخرى ، ففي
صورة مالهو كان من قصد المتعاطين الاباحة بالاباحة فلذلك العين الموجودة
لرجوع بها لانها ملكه بالفرض وان أباح للتصرف لغيره ولا رجوع عليه
بيد التالف لان المفروض فيها كون الاباحة مجالية ولا يقوم استلزامه
الجمع بين العوضين اذ لامعاوضة بين العينين بل هي بين اللاحقين وقد
حصل التصرف فيهما من الجالين : وأما مع قصدها الملكية على نحو الايجاب
والقبول للقولي فعلى القول بالاباحة مقتضى القاعدة جواز الرجوع بالعين
الموجودة لملكها لكونها باقية على ملكه والغرامة لصاحبه عن التالف عنده
بيدله الواقعي لكون يده يد ضمان لعموم حديث « على اليد » وهذا ان
كانت المعاوضة بين العينين ، وليس المسمى بدلا عنه وان وقع للقرار عليه
لعدم الدليل على وجوب الالتزام به بعد أن لم تتم البدلية بينهما بالفرض
إلا أن يقوم اجماع عليه ، وهو ان ادعى فعلى عهدة مدعية : وأما بناء

= مع تلفها ايضا ، ففي مثل ذلك يكون المورد من قبيل استصحاب حكم
المخصص المقدم على اصالة العموم ويجرى استصحاب بقاء للسلطنة على حل
العقد عند تلف العين وبلازم من تلفت عنده مع الفسخ البطل الواقعي من
المثل او القيمة لطرفه . أما ما نحن فيه مما كان الجواز فيه ثابتاً في قبيل
إصالة العموم واللزوم بالاجماع الذي هو دليل لبي ولا معقد له فكما يمكن
أن يكون مفاده ثبوت جواز الرجوع بالمعاوضة الحاصلة بالمعاطاة للقابل للبقاء
مع تلف للعين كذلك يمكن أن يكون هو جواز الرجوع بالعين التي وقع
للتعاطي 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 فعلى القول باصالة اللزوم في الملك لارجوع لاحدهما على صاحبه لانه مقتضى الاصل الذي خرج عنه بالخصوص الرجوع مع بقاء العيّن وأما بناء على المختار من اصالة الجواز في الملك لاستصحاب بقاء للعلاقة الساقطة ، فيشكل تطبيق الحكم فيه باللزوم على القاعدة كما عليه المشهور ، بل ادعى عدم الخلاف فيه وان احتمله (في المسالك) احتمالاً اذ مقتضى استصحاب بقاء للعلاقة بالنسبة الى العين الموجودة لملكها جواز الرجوع بها فان رجع بها رجع صاحبه عليه حينئذ يبدل للتالف من المثل او القيمة لكون للعين التالفة كانت مضمولة عليه قبل التلف :

= استصحاب حكم المخصص ، بل هو من موارد التمسك بهموم العام واصالة اللزوم .

ثم ان هذا بناء على حصول الملك بالمعاطاة : وأما بناء على القول بإفادتها بالإباحة فلكذلك لايمكن احرار جواز الرجوع بعد تلف العين لان الجواز الثابت قبل التلف بناء على الإباحة هو مقتضى سلطنة المالك على ماله قالنا قلنا بان المعاطاة بناء على الإباحة مبادلة بين المالين مفادها سلطنة كل من المتعاطيين على ماقت يده من مال الآخر سلطنة مطلقة مع بقاء كل منها على ملك ماله ، وبما أن اصل الملك لكل منها فيما دفعه الى طرفه باق على ماكان عليه فلكل منها لإبطال المعاوضة وارجاع ماحصل بها من السلطنة المطلقة لطرفه اليه بمقتضى سلطنة الناس على اموالهم ، كما كان أصل المعاوضة بمقتضاها ، ولكن حيث كان تلف مال المالك المبيع موجبا لخروجه عن ملكه ودخوله في ملك المباح له قبل التلف آنأما بمقتضى كون الضمان فيها معاوضياً وان مايبذل كل منهما مضمون بهوضه للذي هو في يد الآخر فيدخل العوض عند المتلف في ملك المبيع ولازمه خروج المباح عن ملكه ودخوله في ملك المباح له قبل التلف آنأما ، والا لزم الجمع بين العوض =

اللهم إلا ان يوجه تطبيق الحكم بالزوم على القاعدة حينئذ بأحد وجهين:

(الاول) ان المعاطاة بناء على افادتها الملكية تقتضي صحة هدلية كل من العينين عن الاخرى ، ومقتضاها تعيين الغرامة بالبدل الجعلى دون الواقعى غير أن كلا من المتعاطين بحكم الاستصحاب له ابطال المبادلة الذى معناه الرجوع بما كان له وارجاع بدله الى صاحبه ، وهو غير ممكن مع التلطف فيتوقف الرجوع على التراد الغير الممكن إلا مع بقاء العينين (لثاني) ان ملكية المعاطاة استنفدت من عمومات « احل الله البيع » « ونجارة عن نراض » ونحو ذلك التى مقتضى عمومها الازماني الزوم خرج عنها صورة بقاء العينين بالدليل ، فيبقى غيرها مندرجاً تحت للعموم المنقطع به الاستصحاب اللهم الا ان يتخذه فيه بدعوى ان الزمان ليس من الشخصيات الفردية بحيث يكون للفعل بحسب اجزائه المساوية افراداً متعددة للعام حتى لا ينافي خروج فرد منه جريان اصالة العموم في غيره لكونه من الشك في التخصيص بل هو ظرف للفعل

= والمعرض في الملكية ، فالسلطنة التى كانت للمالك على ماله المباح لطرفه ارتفعت بدخوله في ملك طرفه ، والاجماع القائم على جواز الرجوع لكل من المتعاطين ظهر حاله وان القدر المتيقن منه ما كان قبل التلف ، فلاوجه لضمان كل منهما لصاحبه للبدل الواقعى من المثل او للقيمة والاصل عدمه .

هذا حكم مالى كان التالف كلا العينين ومنه يظهر حكم مالى تلف احدهما او بعضه لما ذكرناه من امكان كون موضوع الجواز في المعاطاة بناء على الملك بقاء العينين على حالهما فبالتلف احدهما او 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 التخصيص .

هذا على القول بافادتها الملك ، وقد سبق ان الحكم بناء على الاباحة لا يخالف القول بالملك ، فان تلف العين اذا كان كاشف عن سبق ملكها لمن =

الملاحظ في مجموع اجزائه بنظر الوحدة ولا يوجب ضرورة به افراداً متعددة بل هو فرد واحد فاذا فرض خروجه في جزء من اجزاء الزمان وثبت الحكم بالجواز فيه انقطع حكم العام واستصحب حكم المخصص اذ لا يلزم من ذلك زيادة تخصيص حتى تنفي بالاصل فتأمل ويلاحظ بتلف العين تلف بعضها في الحكم ودليله .

هذا كله في التلف ، وأما النقل الشرعي ، ففي حقوق نقل العينين أو أحدهما كلا أو بعضاً منهما أو من أحدهما بالعرف حكماً مطلقاً سواء كان ينقل لازم أو جائز أولاً كذلك أو التفصيل بالاول في الاول والثاني في الثاني مطلقاً على القول بالملكية أو الإباحة أو بفصل بينهما - وجوه واحتمالات ، لعل بعضها أقوال .

= تلفت عنده الملازم للملكية طرفه للعين الباقية بحسب ما يقتضيه الضمان المعاوضي فالحكم بجواز إرجاع العين الموجودة ممن هي بيده وضمانه بدل العين للناقلة أو للقيمة له يحتاج الى دليل مفقود ، والاصل عدمه والحاصل : اننا ذكرنا فيما سبق أن محل الكلام وللنزاع الواقع في كلمات الاصحاب من الفقهاء هو في المعاطاة التي قصد بها المتعاطيان حصول الملك لكل منهما بنحو يكون كل من العينين عوضاً عن الأخرى ، وهي المعاطاة الدائرة بين الناس عرفاً وعمدة ما قبل في حكمها قولان : أحدهما - كونها مفيدة للملك الجائز ، ويلزم بإحد الملزومات ، وهو المختار للمحقق الكركي - قدس سره - ومن تبعه على ذلك ، وهو أقوى القولين . والقول الآخر ما ينسب الى المشهور من أنها تفيد الإباحة المطلقة في التصرفات ويحصل الملك بتلف العين أو بالتصرف المتوقف على الملك . وعلى كل هي معاوضة عرفية مشمولة لآية التجارة عن تراض والضمان فيها معاوضي والتعاطي بينهما بالقصد المذكور مصداق للتكسب غاية الأمر بناء على ما يستفاد من ظاهر المشهور أن الملك لم يتحقق حين التعاطي =

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

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

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

= كما هو المختار للمحقق للكركي ومن تبعه ، وانما الحاصل ابتداء إباحة التصرف المطلق والمالك متوقف على التلف او التصرف المتوقف على الملك ، وهو غير مانع عن صدق للتجارة عليها كما لا يخفى . ولو نوقش في صدقها بناء على الإباحة فيكفي في مشروعيتها وان الضمان فيها معاوضي : اجماع الاصحاب على ذلك ، فان ما يحكى عن العلامة - قدس سره - في نهايته من القول بفسادها يحكى ايضاً رجوعه عنه في الكتب المتأخرة عنها وبالجملة لا ينبغي للشك في كون الضمان فيها معاوضياً ، ومقتضى ذلك كون كل من العوضين مضموناً بالآخر فبتلف احدى العينين تنعبد الاخرى للهدية فاستشكال سبيلنا - قدس سره - في ماسباتي : - منه من الحكم بالازوم في صورة تلف للعينين بناء على الإباحة بل جزمه بعدمه في صورة تلف احدى العينين ، وان مقتضى القاعدة جواز الرجوع بالعين الموجودة للملكها والغرامة لصاحبه عن التالف عنده ببدله الراقعي - آخر ما قال - غير واضح .

إما بناء على اصالة اللزوم في الملك فظاهر لأن المتيقن من التراد الجائز معه الرجوع هو ما كان قبل النقل اذ لم يثبت في مقابلة اصالة اللزوم في الملك إمكان التراد بقول مطلقا ، فالموضوع غير محرز ، بل وكذا بناء على اصالة الجواز فيه لتحقق اللزوم بالنقل ، فيستصحب وينقطع به استصحاب الجواز وليس إمكان التراد علة للحكم بالجواز حتى بدور الجواز مداره وجوداً وعدمه بل هو موضوع للحكم به وقد زال بعروض المنع الشرعي بالنقل ، وأما بناء على الإباحة المطلقة فكذلك بناء على أن صحة ما يتوقف على الملك كالببيع مثلاً يكشف عن سبق الملكية آتاما ، فينقطع الاستصحاب بامتناع التراد ايضا بل ، لعله هنا أولى ، لتبدل عنوان الإباحة الذي من المحتمل كونه مناطاً 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 المبيع ، فإن قلنا بوقوعه فضولها يتوقف على الاجازة منه فيجوز للرجوع لامكان التراد مع عدم الاجازة لعدم تحقق النقل المتوقف عليها ، وإن 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 وبدل المعوض الذي هو بمعنى الجمع بين العوضين وبعبارة اخرى : يلزم من البناء على كون العوض للمالك المبيع مباح للتصرف للناقل كون العين الموجودة باقية على ملك مالكيها مباحة للتصرف لمن هي في يده ، وإلا لزم الجمع بين العوضين ، ومقتضى ذلك جواز رجوع كل منهما على الآخر ايضا ،

هذا ولو عادت العين بفسخ ونحوه مع كون البناء على الكشف عن سبق الملكية ، بل هو أولى منه بناء على الملكية كما عرفت ، نعم لو قلنا

بان الكاشف عن الملك هو العقد (١) الناقل ، فاذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول وان كان مباح التصرف لهيره مالم يسترد عوضه

(١) حاصل ذلك وتقريبه : أن العقد الصادر من المباح له المفروض صحته ولزومه مقتضى لانتقال المال من المالك المبيع اليه ، ثم منه الى الثالث ومقتضى ذلك أن فسخه موجب لعود المال بالفسخ من الثالث الى المالك الأول ، فنعود سلطنته للسابقة عليه ، ومقتضاها جواز رجوعه به .

هذا ولكن لقاتل ان يقول : ان المعاوضة للواقعة بين المتعاطيين - المفروض صحتها - مقتضاها ضمان كل منهما لصاحبه ما أخذه منه عند تلفه أو إنلافه بعوضه ، والتصرف المذكور المفروض صحته ولزومه من المباح له فيما أخذه بمنزلة الانلاف له على المالك المبيع ، لكونه موجبا للخروج عن ملكه بهقد لازم ، ومقتضى الاقدام المعاضي الحاصل بالمعاطاة الموجب لضمان العين للمالكها بعوضها عند عدم إمكان اعادتها اليه كون العوض منتقلا الى المالك المبيع حينئذ أي حين التصرف الملازم لانتقال العين الى المباح له لكون الضمان معاوضياً وعليه فيكون الموجب لانتقال العين الى المباح له هو الاقدام المعاضي الحاصل بالمعاطاة المقتضى لضمان كل من العينين بالاخري :

واما العقد للناقل فانما هو موجب لانتقال المال من المباح له الى المشتري ، فارتفاعه بالفسخ لا يوجب رجوع العين الى ملك المبيع بل رجوعها الى ملك المباح له ، فان انحلال العقد انما يوجب ارتفاع مقتضاه ، وهو انتقال المال من المباح له الى المشتري دون ما يقتضيه الاقدام المعاضي الحاصل بالمعاطاة :

وبالجملة بناء على أن محل الكلام انما هو في المعاطاة التي قصد المتعاطيان بها حصول الملك لكل منهما فيما اخذه من صاحبه بدلا عما دفعه اليه =

كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر هائياً على ملك مالكه الاول او عائداً اليه بفسخ . وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك ، بل يكفي فيه اباحة التصرف والاتلاف ويملك الثمن بالبيع - كما عن القطب والشهد في باب بيع الغاصب - : ان تسليط المشتري للبايع الغاصب على الثمن والاذن في إنلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً ، وأنه يملك الثمن بدفعه اليه ، فليس للمالك اجازة هذا الشراء ويظهر ايضاً من المحكي عن (المختلف) حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين موصوفة : أن له وطء الجارية مع علم البائع بخصبيية الثمن ، ومقتضى ذلك أن يكون تسليط للشخص المبره على ماله وان لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك ، إلا أنه يضعف الاول بان للعقد ان لم يؤثر للنقل من حينه فلا معنى لعود

= فكل منهما عند بيع ما أخذه بقصد كون البيع له ودخول عوض المبيع في ملكه بدلاً عما خرج من ملكه وصحة البيع على ما قصده تتوقف على ملكيته للمبيع بسبب ناقل له اليه سابق على بيعه ونقله الى المشتري وهو ما ذكرنا من انه هو الاقدام من المتعاطيين على كون كل من العوضين مضموناً بعوضه عند اتلافه او ما هو بمنزلة من النقل لللازم المستلزم ذلك انتقال العين الى المباح له بدلاً عما النقل حيثئذ الى المبيع من عوضها :

وعليه فالعقد للصادر من المباح له يتمحض لنقل العين من ملكه الى ملك المشتري ، فلو عرض له فسخ بالخيار او تفاسخ بتقابل تهود العين الى ملك من انتقلت منه الى المشتري وهو المباح له ولا وجه لعودها الى المالك الاصلى ، اذ الفسخ انما يوجب نقض ما عقده العاقد وهو انما قصد نقل العين منه الى المشتري لانقلها من مالكها اليه ثم منه الى المشتري ليكون للفسخ موجباً لعودها الى مالكها الاصلى :

للعين بفسخ ونحوه كما هو الفرض وان أثر ذلك فقد اوجب لزوم المنقطع به الاستصحاب بل هو المستصحب ، والثاني بامتناع كون العوض الغير من له المعوض (١) كيف ومقتضى العوضي قيام العوض مقام المعوض ، فلو فرض كون العوض ملكاً للبايع كشف ذلك عن سبق ملكية المعوض له جزماً :

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

هذا ولكن ذكرنا سابقا ان مقتضى المعاوضة الواقعة بين المتعاطين ضمان كل منهما لصاحبه ما أخذه منه بعوضه عند تلفه أو إتلافه وللتصرف المذكور من المباح له فيما أخذه من المبيع من حيث كونه بالعقد اللازم بمنزلة الاتلاف له على مالكة المبيع لكونه موجبا لخروجه عن ملكه وانقاله الى المشتري وارتفاع سلطنته على اعادته اليه ، ومقتضى ضمان العين للمالكها =

هذا كله في النقل لل لازم ، وأما في النقل الجائر فليس لمن بيده العين
 الباقية الرجوع على الناقل بناء على الملكية والزامه بالرجوع على مانقه
 - بمعاوضة كان النقل أو مجاناً - لهدم حصول إمكان التراد فعلاً ، وتخصيله
 - ولو كان مقدوراً بواسطة الرجوع - غير واجب لأن ارجاع ما اخذه
 بعد للرجوع عليه لم يعلم كونه من الواجب المطلق حتى يجب تخصيص مقدماته
 بل الظاهر انه من الواجب المشروط للاصل - حيث كان للوجوب مستقداً
 من دليل لبي لامن اللفظ حتى يتمسك فيه باصالة الاطلاق ولا له الرجوع
 أيضاً بنفسه على من انتقلت العين اليه اذ لا خيار له فيه ولا سلطان له عليه .
 واما بناء على الاباحة فقد فصل فيه شيخنا المرتضى في (مكاسبه)
 بين مالو كان النقل بمعاوضة أو مجاناً (١) فالحق الاول في لزوم ، وحكم

= حينئذ بعوضها : انتقال عوضه الى المالك المبيع ولازمه انتقال العين الى
 المباح له لكون الضمان معاوضياً وعليه فخرج العين الى المشتري انما هو
 من ملك المباح له ، لا المبيع ، فعودها بالفسخ اليه لا الى المبيع ، فلاسلطنة
 له على الرجوع حتى على مبنى للقطب والشهيد - قدس سرهما -

وبالجملة لا فرق في لزوم المعاطة وعدم امكان الرجوع بها عند نقل
 العينين او احدهما بالنقل لل لازم بين القول بافادتها الملك وبين القول بافادتها
 الاباحة ، كما لا فرق في ذلك بين مبنى المشهور ومبنى للقطب والشهيد
 - قدس سرهما - :

(١) قال - قدس سره - فيها : نعم . : لو كان (يعني للناقل الجائر)
 غير معاوضة كالهبة ، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك
 اذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض لواحد وانتقال المعوض الى
 الآخر بل الهبة ناقله للملك عن ملك المالك الى ملك المنتهب ، فيتحقق حكم
 جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب ، انجه الحكم بجواز التراد مع =

ج ٢ الكلام في النقل الجائز بناءً على الملكية أو الإباحة ونقل كلام الشيخ في ذلك ١٤٩

بالجواز في الثاني للكشف في الأول عن سبق الملك أما حتى لا يتنافى كون العوض له اذ
العوض لا يكون إلا لمن له المعوض ولا عوض في النقل المجاني حتى يستلزم الكشف
عن ذلك ، بل يقع النقل عن المالك المبيح فيجوز الرجوع بقاعدة بقاء السلطنة
ولكن في النفس من هذا التفصيل شيء لان النقل الجائز المجاني

= بقاء العين الأخرى أو عودها الى مالكها بهذا النحو من العود اذ لو عادت
بوجه آخر كان حكمه حكم التالف ... ، انتهى .

هذا ولكن قد يقال ان الهبة الصادرة من المباح له لم تكن عن المالك
المبيح بوكالة منه أو باذن منه في الهبة عنه لتكون الهبة هبته وهو الواهب
حقيقة حتى يتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة اليه ، وانما وهب
المباح له مال المبيح عن نفسه ، والمفروض أن التصرف المذكور
- أعني الهبة عن نفسه - باذن من المالك ضمناً ، وكما هو مقتضى الانتقال
المال الى المنتهب كذلك يوجب انتقال عوضه الى المالك بمقتضى الضمان
المعاوضي الحاصل من المتعاطيين اذ الهبة المذكورة - وان كانت غير لازمة -
يجوز الرجوع بها لكنها بالنسبة الى المالك كالنقل لل لازم الذي هو بمنزلة
التلف عليه كما ذكرنا فان الهبة المذكورة لم تكن عنه ليكون هو الواهب
حقيقة فله الرجوع بهبته ، وانما هي للمباح له ، ومجرد الاذن الضمني
من المالك المبيح الهبة لاجعلها هبة عنه مالم يقصد الواهب كونها عن المالك
فلا مناص عن الالتزام بكون المال المذكور منتقلاً من المبيح الى المباح
له بموجب الضمان المعاوضي ثم منه الى المنتهب ، وعليه فالهبة هبته ، فحكم
جواز الرجوع انما هو بالنسبة اليه لا الى المالك ففسخها بالرجوع فيها
مقتضى لعود المال اليه لا الى المالك المبيح ، ثم ان ما ذكرناه يختلف عما
ذكره سيدنا - قدس سره - في مقام الاشكال على التفصيل الذي ذكره
شبهنا الانصاري - قدس سره -

كالهبة مثلا ان كان بحكم التلف لم يفرق فيه بين البناء على الملكية أو الاهاحة فان كان الزوم في الاول لحصول النقل من المالك ، فقد حصل للنقل عنه بالفرض بناء على الاهاحة ايضاً غير انه في الاول كان بمباشرة المالك وفي الثاني بمباشرة الناقل عنه ، فان كان نقل المالك قاطعاً للاستصحاب لأن الموضوع معه غير محرز - كما تقدم - فهو حاصل على التقديرين ، وإلا فلا كذلك وان لم يكن بحكم التلف فهو كذلك ولو مع البناء على الملكية.

وبعبارة اخرى كما لا يجب على الناقل الرجوع على الثالث بناء على الملكية او رجوع عليه صاحبه ودفع اليه العين الباقية لما تقدم ، فكذا لا يجب على المالك الذي وقع للنقل عنه بناء على الاهاحة الرجوع لو رجع الناقل عليه بالعين الباقية في يده لاتحاد المناط في الصورتين ، والفرقة بينهما بوقوع النقل من المالك في الاول وعنه بمباشرة الناقل في الثاني لايجدى في المناط . اللهم إلا ان يفرق بين النقلين بان النقل الموجب لقطع الاستصحاب هو ما كان أثره مخالفاً للاستصحاب لا ما كان مؤكداً له اذ الحكم فيه بالجواز يكون مسبباً عن سببين فتأمل (٥) .

هذا ولو نقل ثالث فضولا فاما أن يقع الرد أو الاجازة من أحد المتعاطين أو منهما وعلى الثاني فاما أن يتفقا في الاجازة او يتفقا في الرد او يختلفا فيها وعلى التقادير فاما أن يتحد زمانها أو يختلف بتقديم زمان الرد أو زمان الاجازة وعلى التقادير كلها فالكلام مرة - بناء على الملكية واخرى بناء على الاهاحة :

اذا عرفت ذلك فاعلم اولاً : ان الاجازة تصح من كل واحد من

(٥) وجه التأمل امكان دعوى ان جواز الرجوع في المعاطاة من اثار بقاء العلاقة للساقطة المنقطعة يتصرف النقل دون القدرة الحاصلة عليه بالعقد الجائز فتأمل (منه قدس سره).

المتعاطين على كل من القولين : الملك والاباحة فلو وقعت من الأول فعلى القول بالاباحة واضح لأنه مالك ، وعلى للقول بالملك فلتضمنها الرجوع الموجب للفسخ فتكون مستلزمة للزوم للفضولي ووقوعه عنه ورجوع الثمن إليه كما لو فسخ أولاً ثم اجاز للفضولي . كيف ولولا تضمنها الرجوع لازم لغوية الاجازة لكونه حينئذ اجنبياً ، فالرجوع كما يحصل بالفعل كذلك يحصل بالقول الدال عليه بالمطابقة أو بالالتزام ، ولو وقعت من الثاني - وقلنا بالملكية - أثر في للفضولي صحة لوقوعها من المالك وفي المعاطاة لزوماً لحصول النقل الموجب له بها ، وكذا على القول بالاباحة لكونها كالبيع كاشفة عن سبق الملك آنما لكون الاجازة تصرفاً والمفروض له أنهاء التصرفات بناء على الاباحة ، فالاجازة حينئذ واقعة من المالك في الصورتين على كل من القولين وهو واضح :

هذا ومن كانت له الاجازة كان له الرد ابضا ، غير انه يؤثر في الفضولي طلاقاً مطلقاً (١) وفي المعاطاة فسخاً لو وقع من الاول وقلنا بالملك

(١) الظاهر ان الرد من المالك الاول بالنسبة الى نقل الفضولي ليس كاجازته في كونه رجوعاً بالمعاطاة فان الاجازة منه لكونها توجب استناد نقل الفضولي اليه والاستناد غير ممكن من الاجنبي عن المال فصحة الاجازة وعدم لغوية الاستناد اليه تستلزم كون نقل الفضولي المحاز من المالك بمنزلة نقله وبعبارة اخرى في ايجابه للرجوع بالمعاطاة وفسخها ورجوع المال الى ملكه وأما رده لعقد الفضولي فيمكن للقول فيه بان المالك الاول انما ثبت له جواز رد المال الى ملكه ممن انتقل اليه بالمعاطاة واما رد عقد الفضولي بمعنى رد المال من الثالث الى مالك العين فعلا فلم يثبت جوازه للمالك الاول وعلى فرض الجواز لا يتحقق به الرجوع بالمعاطاة اللهم إلا ان يقال ان انشاء الرد من المالك الاول بما انه من شؤون ملكيه السابقة وعسكه بها =

لتضمنه الرجوع الموجب له والا لزم لغويته لكونه حينئذ اجنبياً كما او وقعت
الاجازة منه على القول بالملك ، ولا تأثير له في المعاطاة لزوماً 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 اشكال في نفوذه منه ولكن لا يتحقق به الرجوع بالمعاطاة
كما يقوله سيدنا - قدس سره - هذا بناء على حصول الملك بالمعاطاة . وأما
على الاهاحة فلا اشكال في نفوذ اجازة المبيع لكونه مالكا للعين فتنفذ اجازته
ليبيع الفضولي لها وحيث ان اجازته بمنزلة بيعه بنفسه لها ولازمه خروج
العين عن ملكه الى المشتري لها ودخول ثمنها في ملكه بدلا عنها فقتضى
ذلك تحقق الرجوع بالمعاطاة الواقعة بينه وبين طرفه فيها فتبطل : واما اجازة
المباح له لبيع الفضولي فقتضى كونها كبيع العين بنفسه والمفروض كون
التصرف المذكور من المباح له بأذن ضمنى من المالك وكونه كاشفا عن
ملكه آناما قبل التصرف اوبه ، فغير بعيد لزوم المعاطاة بذلك واما الرد
من المبيع أو المباح له فلا اشكال في تأثيرهما في بطلان بيع الفضولي ولكنها
لا يوجبان الرجوع بالمعاطاة وهو واضح بالنسبة الى رد المباح له وكذا
المبيع على الظاهر ويحتمل كون رده كاجازته رجوعاً بها نظراً الى ان
المعاطاة بناء على الاهاحة وان لم يكن مفادها المبادلة بين المالكين : كما هي
كذلك على الملك ولكنها مبادلة بين السلطنتين فكأن كلا من المتعاطيين
يدل سلطنته المالكية على ماله وسلطنته على مال الآخر فكل منهما وان
بقي ملكه ولم ينتقل الى الآخر ولكن شؤنه واثاره انقلبت اليه . وعليه
فكما ان اجازة المالك لعقد الفضولي الواقع على ما تحت يد طرفه فيه اقتضاء
لرجوع بالمعاطاة لكونه تمسكاً بشأن من شؤن الملك واعادة لسلطنته المنقولة
اطرفه بالمعاطاة فكذا رده لذلك ولا يخلو ذلك من جوه .

عن سبقه انما بل يكفي في صحة ابطاله للفضولي كونه من التصرفات المباحة له :

هذا لو وقعت الاجازة أو الررد من أحدهما ولو وقع منهما معاً وكان الواقع منهما الاجازة ، فان اتحد زمانها (ففي) سقوط الاجازتين معاً بالكلية لانه من تعارض السببين المتضادين في الاثر 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 تقديم إجازة المالك سواء كان الاول بناء على الإباحة أو الثاني بناء على الملكية إما لان مالك العين أقوى من مالك التصرف بالررد والاجازة ، أو تقديم ذلك بناء على الكشف لأن اجازة المالك حينئذ كاشفة عن صحة الفضولي من حين العقد والاجازة الاخرى كاشفة من حينها فوقعت حيث لا مورد لها لسبق أثر اجازة المالك فسخاً ولزوماً ولا كذلك بناء على كون الاجازة ناقله ، أو تقديم اجازة الاول مطلقاً ولو بناء على الملكية لما ستعرف : (وجوه واحتمالات) :

أقواها الأخير لأن الوجوه المتقدمة عليه كلها مزيفة :

اما الاول ، فلما يتضح لك من أن تقديم إجازة الاول ليس من الترجيح بلا مرجح وأما الثاني ، فلان أثر صحة الفضولي المسبب عن إجازة الأول موجب لكون البيع له والتمن عائداً اليه أثرها : المسبب عن اجازة الثاني موجب لوقوع للفضولي عنه والتمن له وتغاير الأثر يكشف عن مغايرة المؤثر ، فلا جامع بينهما حتى يكون هو المؤثر .

وأما الثالث ، فيمنع الأقوائية بهذا المعنى نعم لو سلم بمعنى ان نفوذ الاجازة من المالك هو المتيقن ومن غيره يمكن المنع عنه ، ولكن هذا المقدار

لا يحدى في المقام بهـ.د فرض نفوذها مطلقا ولو من غير المالك ممن له
الصرف :

وأما الرابع - وهو دعوى سبق الأثر والحوقة بناء على الكشف ، ففيه
أنه يشترط في كشف الاجازة عن ترتب الأثر من حين العقد عدم وجود
مانع عنه الى حين وقوعها ، والمفروض هنا وجود مانع عنه ، فلا فرق
هنا بين القول بالكشف والقول بالنقل في ذلك :

وأما مايدل على تقوية الأخير : من تقديم إجازة الاول مطلقا وفجوه :
الاول - ان مرتبة اللزوم المسبب عن النقل الحاصل باجازة الثاني للفضولي
متأخرة طبعاً عن مرتبة الرجوع باجازة الاول وان اقررت معه في للزمان
ضرورة أن الاجازة من الثاني تؤثر في صحة الفضولي أولاً ، وبصحته يتحقق للنقل
ويتحققه يتحقق اللزوم ، وهذا بخلاف الاجازة من الاول فانها متضمنة للرجوع
أولاً ، وتؤثر في صحة الفضولي ثانياً ، فالرجوع الموجب للانفساخ مقدم على
لنقل الموجب للزوم في المرتبة طبعاً وبالمذات .

الثاني - ان الشك عند تقارن الاجازتين بالنسبة الى لزوم اجازة الثاني
شك في وجود سبب اللزوم وهو النقل والاصل عدمه ، وبالنسبة الى اجازة
الاول شك في قدح للعارض عن تأثير ما يقتضى الفسخ وهو الرجوع بالمقتضى
محرز والشك إنما هو في قدح للعارض والاصل عدمه بناء على جريان
الاصل فيما كان من قبيل المقتضى والمانع مطلقا من غير فرق بين مالو كان
الشك في وجود المانع او مانعية الوجود لانه من الاصول العقلية :

الثالث - ان نفوذ الاجازة من الثاني وتحقق النقل بها مشروط بكون
العين مهاة الصرف حين الاجازة ولا اهاحة مع رجوع الاول ومنعه عن
تصرف الثاني وان كان مقارناً له ، اذ المدار على المنع حين التصرف سواء
كان حدوثه قبله او مقارناً له ، وكما لا ينبغي التأمل في بطلان الاجازة لو صرح

الاول بالفسخ عند اجازة الثاني فكذاك فيما كان متضمناً للفسخ بعد فرض كون الاجازة متضمنة له لعدم الفرق بين الدلالة عليه بالمطابقة او بالالتزام فافهم وتامل ، ويتلوه من الاحتمالات في القوة الاول :

هذا ولو اختلف زمان الاجازتين فالتأثير للسابق منهما في الفضولي صحة مطلقاً سواء كان من الاول ام الثاني على القول بالملك او القول بالاباحة في المعاوضة ، فسحاً ان كان من الاول مطلقاً على القولين لتضمنها الرجوع الموجب لذلك ، وفيها لزوماً ان كان من الثاني كذلك على القولين لحصول النقل به الموجب له :

ولو وقع الرد منها واتحد زمان الردين ، بطل الفضولي قطعاً ، وفي فسخ المعاوضة برد الاول وجه مبني على القول بالملك وكون الرد كالاجازة متضمناً للرجوع وعدم تحقق النقل برد الثاني حتى يتوهم المعارضة لرجوع الاول كالاجازة منه . نعم في تضمن رد الاول الرجوع على الاباحة نوع خفاء :

ومع اختلاف زمانها فالتأثير للسابق منها في بطلان الفضولي وفي فسخ المعاوضة به ان كان من الاول وجه مبني على ما عرفت ، ولا موجب للزوم المعاوضة ان كان السابق من الثاني لما عرفت ايضاً من عدم تحقق النقل منه برده حتى يوجب ذلك .

هذا ولو وقع من أحدهما الرد ومن الآخر الاجازة في زمان واحد فان كانت الاجازة من الأول صح للفضولي وانفسخت المعاوضة بها قطعاً لعدم توهم معارضة رد لثاني لها كما عرفت ، وان كان الرد منه والاجازة من الثاني فحكمه على الملكية بحكم تراحم الاجازتين في وروء الاحتمالات المتقدمة ، وان اختلفا مع ذلك في الزمان أثر السابق منها في صحة الفضولي ان كان هو الاجازة غير أنه تنفسخ المعاوضة بها ان كالت من الاول وتلزم

ان كانت من الثاني لحصول النقل الموجب له وان كان السابق هو الرد بطل الفضيولي مطلقاً غير انه ان سبق الرد من الاول أثر في المعاطاة فسخاً بناء على الملك او مطلقاً على تأمل فيه ، ولا تأثير له في لزوم المعاطاة ان سبق للرد من الثاني ، فلا تأثير في الاجازة اللاحقة من الاول حينئذ في المعاطاة فسخاً إلا اذا امكن فيها تصور ارادة الرجوع بها كما لو فرض جهله بالرد السابق من الثاني حكماً او موضوعاً ، بل ومثله في تضمن رد الاول الرجوع لو سبق رد الثاني عليه مع جهل الاول به ، فهذا حكم جميع الصور المتصورة في المقام :

هذا ولو وقع التصرف في العين منهما أو من احدهما بما يوجب تغيير الصورة كطحن الخنطة وقطع الخشبة وتفصيل الثوب ، ففي لزوم المعاطاة به مطلقاً اولا كذلك اوال تفصيل وجوه ، بل أقوال . ولعل الاول منها لا يجلو من قوة ، لامتناع الأفراد المقصود منه رد كل من البديلين الى صاحبه ، ضرورة أن نقض المبادلة موقوف على ارجاع البديل والبذل بما هو بدل مركب من جزء مادي وجزء صوري ، وكما ينتفي المركب بانتفاء جزئه المادي كذلك ينتفي بانتفاء جزئه الصوري بعد ان كان ملحوظاً في عنوان البدلية : نعم ان لم يكن ملحوظاً فيه بل كان المجهول بدلا هو ذات الشيء باجزائه المادية فقط ، كان ارجاعه ارجاعاً لعين البذل وان تغيرت الصورة لعدم كونها ملحوظة في عنوان البدلية ، مضافاً الى لزوم الضرر - غالباً - سيما مع عدم كونه مضموناً على الضار بل لم ينفك ذلك عنه لاختلاف الاغراض وتفاوت الرغبات والالزام بقبول ذلك حكم ضرري منفي في الشرع بالاية والرواية الحاكمة على استصحاب الملك بناء على الاهاحة وعلى استصحاب بقاء العلقة بناء على الملك لو سلم جريان الاستصحاب في المقام مع امكان منع جريانه فيه لانتفاء الموضوع ولا أقل من الشك في بقاءه للشك في كون الموضوع عرفياً او حقيقةً :

وفصل شيخنا المرتضى في (مكاسبه) في اللزوم وعدمه بين القول بالملكية والاباحة حيث قال : « ولو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة كطحن الخنطة وفصل الثوب فلا لزوم على القول بالاباحة ، وعلى القول بالملك ، ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد ، ومنشأ الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي اوحقيقي » انتهى :

قلت : ولعل نظره في عدم اللزوم بناء على الاباحة الى أنه لادليل على خروج العين عن ملك المالك بهذا التصرف المأذون فيه (١) وقياسه بالنقل

(١) سبق منا القول : بان المعاطاة بناء على الاباحة مبادلة بين السلطتين المطلقتين : وعليه فلا فرق بينها وبين القول بافادتها الملك سوى انها عليه توجب خروج المعوض عن ملك مالكة ودخوله في ملك مالك المعوض وخروج المعوض عن ملك مالكة ، ودخوله في ملك مالك المعوض وعلى الاباحة ، فالملكان باقيان بعد التعاطى على ما كانا عليه قبله ، غير أن التبديل بين المتعاطيين انما كان في شئون الملك وآثاره فان كلا منها سلط صاحبه على كافة للتصرفات في ماله عوضاً عن تسلطه على مال صاحبه ومن هنا قيل : ان الاباحة بالمعنى المذكور مرجعها الملكية وعلى كل فعلى الوجه المذكور للاباحة التي قال بها المشهور الذي هو احسن الوجوه لم تهق للمالك العين سلطنة عليها بعد المعاطاة . نعم له اعادة السلطنة التي اعطاها لطرفه لنفسه بالرجوع بالمعاطاة . وعليه فليس الكلام في خروج العين عن ملك المالك بالتصرف المغير للعين حتى يقال : لادليل على خروجها به فيستصحب ملكه ولا الشك في جواز الرجوع بالعين تكليفاً ، يقال : قبل التغير كان جائزاً فيستصحب الجوارى بل الشك في جواز الرجوع وضعاً من المالك ومؤثرته بعد التغير في عود سلطنته المعطاة لطرفه اليه :

وللتلف قياس مع الفارق . أما الاول فلكشفه عن سبق الملك ولو الأما ، والثاني لكون النالف وان كان مباحاً إلا انه مضمون بالبدل الجعلي بعد فرض صحة المعاطاة ولا كذلك بناء على الملكية بل هو مبني على ما ذكره من مبنى الوجهين من الفرق بين الموضوعين للذي يحتمل أن يريد به ، كما لعله للظاهر أن الموضوع ان كان حقيقياً فلا يجري الاستصحاب مع التصرف المغير للصورة مطلقاً لتبدل الموضوع معه حقيقة وتلزم به المعاطاة مطلقاً وان كان

= والمتيقن من ذلك هو ما قبل حصول للتغير واستصحاب سببية رجوعه ومؤثرته في عود سلطنته الى ما بعد حصوله من قبيل الاستصحاب التعليقي للذي لانقول به ، فاصالة عدم عودها وهقاء السلطنة لمن بيده المال بعد تغيره لا اشكال فيها ومقتضاها لزوم المعاطاة بذلك :

والحاصل بناء على ما ذكرناه من كون المعاطاة على الاباحة مبادلة بين السلطنتين المطلقين لا مجرد اباحة التصرف ، فلا فرق بين المسلمين: القول بالملك والقول بالاباحة في لزومها بالتغير الموجب لذهاب صورة ما وقع عليه المعاطى فان استصحاب ملكية من بيده المال بناء عليها او سلطنته المطلقة عليه الحاصل ذلك بالمعاطاة عند الشك في زوالها وعودها للمالك الاصلى او المبيع بعد التغير مما لا ينبغي الاشكال فيه :

(فالجزم) بنفي اللزوم على الاباحة ، نظراً لعدم الدليل على خروج العين عن ملك المالك بالتصرف المأذون فيه هل للتشكيك في اللزوم على الملك ، نظراً لاحتمال كون الموضوع في الاستصحاب حقيقياً لاعرفياً (غير) واضح :

ثم ان ما ذكرناه من تقرب اللزوم بالتغير المذهب للصورة بطرد فيما سبأتى من صورة الامتزاج ، والكلام فيها هو للكلام فيما ذكرناه ، والخيار هو المختار هنا .

عرفيا فيدور استصحاب الجواز وعدمه مدار الصدق العرفي ، وقد يصدق على المتغير انه هو عرفا وان كان غيره حقيقة وبمحتمل ان يريد بالفرق ان الموضوع ان كان حقيقة الشيء فيجرب استصحاب الجواز مادامت ذات العين هاقية لعدم تبدل للذات بتغير الصفات كالملاكية المتعلقة بالعين التي لا تنزل بزوال اوصافها ، فلا تلزم المعاطاة بتغير الصفات مطلقاً بخلاف مالو كان الموضوع عرفيا فانه قد يصدق على المتغير انه غير الاول فلا يجرب الاستصحاب فيه لقبول الموضوع حينئذ ومقتضاه للزوم لعدم التراد عرفا وان تحقق الرد حقيقة :

وكيف كان ففيه : ان ما ذكره من التفصيل انما يتوجه على مبناه من اصاله للزوم في الملك وكون جواز الرجوع من الاحكام التعبدية الثابتة بالاجماع ونحوه . وأما على ما قويناه : من اصاله الجواز فيه ، فلا يتم ما ذكره من التفصيل لأن متعلق العلاقة على القول بالملك هو عين متعلق الملك على القول بالاهاحة ، فان كان هذا للنحو من التصرف مخرجا للعين عن تعلق العلاقة بها كان مخرجا عن تعلق الملكية بها ، ايضا ، وإلا فلا فيها كذلك لان العلاقة للمالك الاول على الملكية ليست إلا اثرأ من آثار الملكية السابقة ومرتبة من مراتب السلطنة الاولى ليست سلطنة جديدة حدثت الاول ، فالاقرب هو الاول ، وبتلوه في القرب الوجه الثاني ، لما عرفت من الاصل وعدم ثبوت الخروج عنه بهذا النحو من التصرف مطلقا من غير فرق بين القول بالملك والقول بالاهاحة : وعليه فيصح دعوى امكان التراد حينئذ إلا اذا استلزم التراد ضرراً حيث لا نقول بتعميم الضرر واطراده في انواع التصرف لحكومة قاعدة الضرر على الاحكام التكليفية والوضعية : وعليه فبتجته التفصيل بين ما يوجب للضرر وما لا يوجب به فيحكم بالزوم في الاول لقاعدة الضرر الجائزة على الاصول ، وبالجواز في الثاني للاستصحاب ، وتكون المسألة

حينئذ رباعية الأقوال :

(ونوهم) عدم تأثير الضرر بسبب الاقدام عليه (بدفعه) مع ان الاقدام من مسقطات للضمان لامن المسوغات للاحكام - منع جريانه في المقام لان مجرى قاعدة الاقدام هو الاقدام على موضوع يكون حكمه الشرعي جواز الرجوع ، فلا بد اولاً من إحراز كون الجواز حكماً شرعياً في المقام حتى يكون الاقدام عليه اقداماً على موضوع الضرر وهو اول الكلام ، فأشبهه ذلك بالدور لان ثبوت جريان الاقدام يتوقف على ثبوت كون الحكم ، الشرعي هو جواز الرجوع ، والمفروض ان ثبوت الحكم بالجواز لعدم تأثير الضرر انما هو بقاعدة الاقدام ، فظهر بذلك ضعف ما قبل : من ان الضرر مستند الى تقصيره في التحفظ بايجاب البيع واما لو امتزج العينان او احديهما بالغير بحيث لا يتميز ، فالاقوى فيه اللزوم مطلقاً بناء على الملك او الاباحة امتزجت بالاجود او بخيره من المساوى او الاردى ، لامتناع الأفراد حينئذ مطلقاً ، ضرورة أن رد العين على الوجه الاول متعذر بالفرض ورد الجميع مقدمة مع كونه ضرراً فيه المنة التي لا يجب تحملها ، وبعد القسمة ففرد المقسوم مشتمل على بعض منه وبعض من غيره وهو غير الاول فردته ممتنع وقد عرفت ان نقض المبادلة موقوف على رد البديل بعينه .

لا يقال : إن استنادهم في اللزوم هنا الى امتناع الأفراد يتنافى كلامهم في القسمة أنها لإفراز حق وتمييز حصص ، فاذا كان المقسوم هو عين المملوك من دون اشغال على المعاوضة أمكن الرد بعد القسمة :

لانا نقول: إن المقسوم عين المملوك بالاشتراك والاشاعة لاعين المأخوذ بالمعاطاة ، ومناط الرجوع رد الثاني دون الاول فافهم .

وفصل شيخنا المرتضى في (مكاسبه) بين القول بالملك والاباحة بما لفظه : « ولو امتزجت العينان أو احدهما سقط الرجوع على القول بالملك

ج ٢ حكم ما واقترح العينان أو أحدهما الغير مع عدم التمييز ونقل أقوال للعلماء في ذلك ١٦١

لامتناع التراد ، وباحتمل للشركة وهو ضعيف : أما على القول بالاباحة فالاصل بقاء السلطنة على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقاً له بالانقلاب جرى عليه حكم التلف ... » انتهى .

وهو لا يخلو من تأمل لان للفراد حينئذ ان كان ممتمناً كما اعترف به على الملكية - سقط الرجوع به على الاباحة ايضا لتوقف الرجوع مطلقاً على رد البديل الممتنع بالفرض ، وان فرض امكان للفراد فلا يسقط الرجوع ولو قلنا بالمالك ، مضافاً الى لزوم الضرر بالشركة الموجبة لعدم استقلالية المالك :

ولسب الى (المسالك) احتمال التفصيل بين المزج بالأجود وغيره وهذه عبارته : « لو اشتبهت بغيرها أو امتزجت بحيث لا يتميز فان كان بالأجود فكالتلف وان كان بالمساوى أو الأردى احتمل كونه كذلك ، لامتناع التراد على الوجه الاول ، واختاره جماعة ويحتمل العدم في الجميع لاصالة اللقاء ... » انتهى مستشعراً ذلك من اختصاص الأجود بالذكر في الاحتمال الاول .

وفي (شرح القواعد) لكاشف الغطاء : « وألحق به أي بالتلف طحن الحنطة ومزجها مطلقاً أو بالأجود دون الأدنى والمساوى - الى ان قال - واما المزج على وجه لا يتميز ، فلا يمكن رده بعينه وقبول الجميع فيه منه ، ودخول مال للغير في ماله من غير فرق بين الاجود ومقالاته ... » انتهى وعهارة (المسالك) غير صريحة في ذلك .

وكيف كان فلا أرى وجهاً للتفصيل بين المزج بالأجود وما يقابله من الأردى أو المساوى الا ماعسى أن يوجه بلزوم الضرر في الاول بناء على الشركة بحسب الحكم وبنسبة القيمة للزوم نقصان المال عما أخذه أولاً في الحكم ، وهو ضرر ، ولا كذلك لو امتزج بالمساوى للمساواة فضلاً عن

الاردى لما فيه من الزيادة الكمية ، وهو فاسد ، لان ضرر الأول في الاول بالكم مع كونه مجبوراً بالكيف وهو الجودة معارض بضرر الثاني كما في المزج بالاردى ، فالقول باللزوم مطلقاً هو الاقوى . وبلحق بما لا يتميز في الحكم مالا يمكن الافراز وان تميز لوحدة المناط من امتناع للقراد :

هذا ولو اختلفا في حصول سبب اللزوم ، ففي تقديم قول مدعى اللزوم او الجواز نظر : بنشأ من ان مدعى اللزوم يدعى أمراً حادثاً يقضى الاصل عدمه ، ومن أنه ملك التصرف فيملك الافراز به ، لان من ملك شيئاً ملك الافراز به ، وهو الاقرب للحكومة قاعدة (من ملك) على استصحاب جواز الرجوع ، ولا كذلك لو ادعى بعد الفسخ حصوله قبله لانه حينئذ لم يملك للتصرف حتى يملك الافراز به ، ولعله الوجه فيما ذكره شيخ مشايخنا في (شرحه على القواعد) في هذه المسألة حيث قال : « ففي تقديم قول مدعى اللزوم أو الجواز إشكال » :

ولو ادعى تصرفاً أو اتلفاً بعد الفسخ فالقول قول منكروه مع يمينه ولكن للعجب من شيخنا في (الجواهر) حيث استند في مسألة نفوذ دعوى الوكيل على الموكل فيها وكل عليه الى للقاعدة المزبورة أيضاً بل جعلها من أصول المذهب وقواعده ولم يستند اليها هنا ، وبني على تقديم قول مدعى الجواز للاستصحاب ، ولعل ذلك منه غفلة عن مجراها هنا . واعجب مع ذلك قوله بعد ذكر مختاره : « وكون بعض أفراده لا يعلم إلا من قبله لا يسقط حق الدبر ، لكن في شرح الاستاد : ان في تقديم قول احدهما اشكالا ، انتهى ، ضرورة أن بعض الأسباب لو سلم كونه مما لا يعلم إلا من قبله ، فلا إشكال في قبول قول مدعيه ، وان استلزم سقوط حق الغير لتخصيص عموماً » الهيئة على المدعى ، بما دل على قبول قوله فيما لا يعلم إلا من قبله ولا مجرى لموازين للقضاء فيه لتعذر اقامة البينة عليه وعدم

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

ولو تداعيا فادعى كل واحد منهما وقوع ما هو له من الفسخ ، وسبب اللزوم ، فلا يخلو : اما أن يعلم بوقوعها أو بوقوع واحد منها أولا يعلم بوقوع شيء منها ، فان لم يعلم شيء من ذلك فكل منهما وان ملك ما يدعيه إلا أن جريان قاعدة (من ملك) في حقه معارض بالمثل في حق الآخر مع أن بعض صورها مما يشك في كونه من موضوع القاعدة وهو الملك لاحتمال وقوعه منه حيث لا محل له لسبق الآخر اذ التأثير للسابق منها واستصحاب جواز الرجوع - مثلا - الى وقوع الفسخ منه مع أنه لا يثبت وقوع الفسخ في وقت الملك معارض باستصحاب جواز للتصرف الملزم الى وقت وقوعه منه ايضا وحينئذ فمقتضى القاعدة في المقام التحالف لان كلا منهما منكر لما يدعيه الآخر ، وبعد التحالف يبنى على ما كان عليه أولا قبل التداعي ولو علم وقوع احدهما للغير المعين فالحكم كذلك وان استلزم مخالفة العلم الاجمالي لان مخالفته في مورد للتداعي غير عزيمة ، وكذلك لو اقاما بينة لتساقط البينتين بالتعارض ولو اقام احدهما حكما له بها فسخا كان او لزوما لثبوت المقتضى وعدم تحقق المانع اذ المانع سبق فعل الاخر عليه ويحتل في غير الصورة الاولى لابتناء على القول بالاباحة او الملك ، اذ مرجع الشك على الاول الى خروج المعين عن ملك المالك المبيع والاصل بقاءه ، وعلى الثاني فالأصل بقاء الملك للثاني أما بناء على اصالة اللزوم في الملك فواضح لخروج المورد عن المتيقن الخارج عن حكم الاصل المزبور وأما على اصالة الجواز فلا استصحاب الملك للثاني : بعد سقوط استصحاب الجواز وبقاء العلاقة للذي هو الأصل السببي بسبب الابتلاء بالمعارض فيبقى الأصل في المسبب سليما .

ومنها - أى ومن الأمور التي ينبغي التنبيه عليها - انه هل تجرى المعاطاة في غير البيع مطلقاً عقداً كان أو إبقاءً ، وللعقد باقسامه مجالياً كان أو معاوضياً فبعض العقود التمليلية بقسميها والعقود الاذنية ، وبعبارة أخرى : هل تجرى المعاطاة في العقود بأنواعها وفي الإبقاعات باقسامها أو تختص بصنف خاص من نوع المعاوضات وهو البيع أو تجرى في بعض منها دون بعض ؟ فنقول ولنبداً أولاً بذكر جملة من كلمات الاصحاب في هذا الباب توطئة لبيان ماهو الحق وللصواب :

قال في (جامع المقاصد) : « إن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الاجارة والهبة وذلك انه اذا أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الاجرة ولو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجوز له العمل ولم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ، وظاهرهم الجواز بذلك ، وكذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف ، ولو كانت هبة فاسدة لم يجوز له منع من مطلق التصرف وهو ملحظ وجيه » انتهى .

قلت : عدم جواز للعمل حينئذ انما هو فيما يستلزم التصرف في مال الغير والا فلا دليل على منعه مطلقاً ، وان لم يستلزم ذلك : ثم الاستشهاد به على جريان المعاطاة فيه مبنى على ارادة لزوم المسمى دون اجرة المثل . وقال في (كتاب الرهن) : « قال : في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكور بالبيع بجملة آت هنا ، ويشكل بأن باب البيع ثبت فيه المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا أما الاستيجاب والايجاب فنعم » انتهى .

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

الافعال الدالة على الايجاب اقتصاراً على الاسباب الشرعية التي يثبت لفلها للملك وهي العقود دون الافعال ، نعم يباح التصرف بذلك كما يباح أكل الضيف الطعام بوضعه بين يديه وأخذ لثاير العرس » انتهى .

وقال في (كتاب القرض) « ظاهر عباراتهم : أنه لا بد من الايجاب القولى ، وعهارة التذكرة أدل على ذلك ، ويرد عليه أنه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة التي هي عبارة عن الاخذ والاعطاء ، فاذا اكتفى في العقد للالزم بالايجاب والقبول الفعليين فحقه أن يكتفي بها هنا بطريق اولى ، وليس ببعيد أن يقال : انتقال الملك الى المقرض بمجرد القبض موقوف على هذا الا اباحة التصرف اذا دلت القرائن على ارادتها » انتهى .

وفي (المسالك) : « العاشر ، ذكر بعض الاصحاب ورود المعاطاة في الاجارة والهبة بأن يأمر بعمل معين ويعين له عوضاً ، فيستحق الاجرة بالعمل ، ولو كان اجارة فاسدة لم يستحق شيئاً مع علمه بالفساد بل لم يجوز له العمل والتصرف في ملك المستاجر مع إطباقهم على جواز ذلك واستحقاق الأجرة ، انما للكلام في تسميته معاطاة في الاجارة وذكر في مثال الهبة مالو وهبه بغير عقد فيجوز للقبض ائلافه وعملكه به ولو كانت هبة فاسدة لم يجوز ، ولا هاس به إلا أن في مثال الهبة نظراً من حيث ان الهبة لا تختص بلفظ بل كل لفظ يدل على التملك بغير عوض كاف فيها كما ذكره في باهه وجواز التصرف في المثال المذكور موقوف على وجود لفظ يدل عليها فيكون كافياً في الايجاب ، اللهم إلا ان يعتبر القبول القولى مع ذلك ولا يحصل في المثال فيتجه ما قاله » انتهى .

وفي (التحرير في كتاب الهبة) : « .. وهل يستغنى عن الايجاب والقبول في هدية الأطعمة ؟ الاقرب عدمه ، نعم يجوز التصرف عملاً بالأذن المستفاد من العادة » انتهى .

وقال في (كتاب الوقف) منه : « لا يحصل الوقف بالفعل المقترن بما يدل عليه مثل أن يبني مسجداً وبأذن الناس للصلاة فيه أو مقبرة وبأذن بالدفن فيها أو سقاية وبأذن في دخولها وإنما بصير وقفاً بالقول الدال عليه » انتهى :

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

وقال في (الدروس) : « فرع لو قال : جعلت هذا المسجد ، قال الفاضل : هذا تملك لاوقف ، فيشترط فيه قبول القيم ، ويصح وكأنه أجراه مجرئ الوصية للمسجد إلا انه لايشترط في الوصية هنا القبول » انتهى :

وقال في (المبسوط في احكام المساجد) : « واذا بنى مسجداً خارج داره في ملكه ، فان لوى به ان يكون مسجداً يصلي فيه كلما اراده زال ملكه عنه فان لم ينو ذلك فملكه باق عليه سواء صلى فيه او لم يصل » انتهى . وقال في وقفه - : « اذا بنى مسجداً واذن لقوم فصلوا فيه او بنى مقبرة فاذن لقوم فدفنوا فيها لم يزل ملكه حتى يقفه لفظاً على ما بيناه فيها مضى . وقال قوم : يزول ملكه اذا اذن وصلوا فيه ودفنوا في المقبرة والاول اصح » انتهى والى غير ذلك من كلماتهم المحررة في الابواب المتفرقة وبالجملة فالمسألة غير منقحة في كلماتهم ، وتنقيحها يتوقف على توزيع الكلام في الايقاعات مرة وفي العقود باقسامها أخرى ، وبيان ما هو الضابط لجريان المعاطاة وعدمه حتى يكون ميزاناً يتميز مجراه عن غيره .

فنقول : إعلم إن مقتضى الاصل الاول في الجميع هو الفساد بمعنى

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

اذا عرفت ذلك فنقول : أما الإيقاعات ، فمنها ما لا يصدق الاسم على المعاطاة منه كالطلاق والظهار واللعان والابلاء والعنق ونحو ذلك مما يختص الاسم بما وقع منه بالصيغة الخاصة ضرورة أن اخراج الزوجة من الدار مثلاً يقصد البيئونة واطلاق العبد عن الخدمة بقصد العنق لا يسمى طلاقاً ولا عتقاً ، وهذا النحو منها مما لا شك في اعتبار الصيغة في صحته وعدم ترتب الأثر على المعاطاة منه .

ومنها ما يشبه للعقود كالأوقاف العامة والوصية للجهة العامة كبناء المساجد وتعمير المشاهد والقناطر والمدارس والخانات والرهانات وما يعين لها ويوضع فيها كالخصر والبهارى للمساجد وفرش المشاهد وما يعلق فيها من المعلقات للزينة أو القعظيم بل وما يدخر لها من الجواهر الثمينة والاموال النفيسة مما يصنع لحفظها خزانة خاصة فقد يقال : يصدق الوقف على ما كان منها بالأفعال وان تجردت عن الصيغة ، بل ادعى قيام السيرة عليه بل تحققها مما يشهد به الوجدان والكاره مكابرة ومقتضاه تأثير المعاطاة فيه صحة وخروجه عن حكم الاصل المزبور بالسيرة للقطعية التي قد عرفت أنها العمدة في أداة صحة المعاطاة ، مضافاً الى اطلاقات أدلية الوقف بعد صدق الاسم عليه ، ولكن قد يشكل مع ذلك بمعارضة السيرة لظهور الاجماع المحكية المعتضدة بدعوى غير واحد الوفاق والاطباق على اعتبار الصيغة في الوقف ، وأنه

لا يصبح بالفعل فالسيرة موهونة بذلك منبعثة عن عدم المبالاة والاطلاقات مقيدة به :

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

والسيرة الكاشفة محققة ، إلا ان المنكشف بها يدور بين احد وجوه ثلاثة : البقاء على الملك الاصل - مع الاباحة المالكية للجهة الخاصة - كما عليه جماعة - او للمليك لها - كما تقدم في عبارة الدروس - او للوقف - كما هو المحكي عن المبسوط ، والمحتمل من الذكرى واختاره الاردبيلي وبعض المعاصرين في (عناوينه) فالمنكشف بها اعم من الوقف والعام لا يبدل على الخاص بخصوصه :

إلا أن الوجوه المذكورة كلها مخدوشة :

أما الاول فلا متلزامه للتوقف عن التصرف مع الشك في الاذن من المالك سيما مع انتقال العين الى الوارث المحتمل فيه مع ذلك للصغر والجنون وغير ذلك من الاسباب المانعة عن التصرف مع عدم الالتزام به قطعاً ، اللهم إلا أن يلتزم بلزوم الاباحة مطلقاً لعموم ما دل على عدم جواز الرجوع فيما اريد به وجه الله :

وأما الثاني ، فبعد تصحيح الملك للجهة بإرادة الملك للمسلمين او طائفة منهم وان تعين صرفه في الجهة الخاصة موقوف على السبب المملك المفقود في المقام اللهم إلا أن يكون من الهبة لهم بالمعاطاة ان قلنا بجريانها فيها . هذا ويمكن ان يوجه الحكم بالوقفية عند صدور الفعل في امثال المقام بدعوى ثبوت الوقف بالفعل الظاهر فيه تقدماً للظاهر ، الاصل بالسيرة

وبناء للعقلاء فيكون ظهور الافعال في امثال ذلك معتبراً في مفادها كظهور الالفاظ في مدلولها فيخرج عن الاصل بظهور الفعل كما يخرج عنه بظهور اللفظ في مدلوله .

وبالجملة هذه الافعال وان لم نعتبرها سبباً للوقف كالعقد ولكن نعتبرها كاشفة عن ثبوته وتحققه كالبينة والاقرار والسيره دليل على حجيه الفعل من باب الكاشفة دون السببية ، وحينئذ فلم يبق تحت حكم الاصل الا ما علم علماً قطعياً بعدم اجراء الصيغة فيه وهو فرض نادر نمنع قيام السيره عليه وهذا الوجه لم نجد من تنبه له وهو حسن متين .

واما الشفعة ، فالظاهر جريان المعاطاة فيها وبذلك للشفيع بمجرد دفع الثمن الى المشتري واخذ المبيع منه فبيع الشريك الاجنبي سبب شرعي لتحقيق حق الشفعة للشفيع ، وبالدفع والاخذ يملكه لانه يصدق عليه بذلك انه شفيع فيما هو حقه فتشمله اطلاقات ادلة الشفعة مع قيام للسيرة عليه ايضاً ولزومها بالمعاطاة مع كون حكمها الجواز مستفاد من كون الحق ثابتاً له بالقهر على المشتري المناسب معه اللزوم لا التوقف على رضاه ، ولعل مثلها ايضاً في جريان المعاطاة الإقالة والفسخ يدفع العوض واخذ المعوض مع قصد احدهما للصدق العرفي مع دعوى السيرة عليه ايضاً ، ويؤيده ما قبل من ان تعريض المبيع للبيع مسقط للخيار .

وأما القسمة المشتملة على الرد فلا يكونها مضممة للمعاوضة تجري

المعاطاة فيها على الظاهر كما في (المسالك) :

ومثلها بل اقوى منها في جريان المعاطاة تحقيقها في الاجازة التي مرجعها الى الاذن في البيع وان جرى الاصطلاح على تسمية الاذن اللاحق بالاجازة ، وكذا للهلل الموجب لتحقيق الاستطاعة يصدق بمجرد دفع المال الى المبدول له ووضعه بين يديه اذا قبله منه بالاخذ والتناول من دون توقف على اللفظ

في إيجابه وقبواه .

وأما جريانها في الاسقاط والبراء ففيه تأمل هل يمنع للشك في السقوط والبراءة بمجرد لفعل الكاشف عن المتصود للشك في صدق الاسم عليه مع الشك في تحقق السيرة عليه ايضاً فيبقى تحت حكم الاصل من الفساد مع استصحاب شغل الذمة :

وأما الكلام في العقود : فنحن مالا يحقق موضوع المعاطاة فيه لعدم القبض والاقباض والفعل المقصود به انشاء التملك فيه كالضمان والكفالة والحوللة بل لا تصرف فيها حتى يقال ينحو الاهاحة او التملك ، ومثل ذلك لا اشكال في خروجه عن محمل الكلام ، واما غيره : فاما ان يكون من العقود الجانية او المعاوضة ، والاول : اما ان يكون من العقود التمليلية او الاذنية اما الاذنية منها كالعارية والوديعة والوكالة بغير جعل ، فلا يلبي التأمل في صحتها بالمعاطاة وترتب الاثر المقصود منه عليها لتحقق ما هو ملاك للصحة فيه من الاذن فيجوز التصرف فيه ، هل وترتب الاثر المعلق على عناوينها الخاصة كنفوذ تصرف الركب قبل العلم بالعزل على الموكل لتحقق المسمى المتعلق عليه الحكم بالافعال كما يتحقق بالالفاظ ، فتشمله اطلاقات اخبارها الخاصة ، مضافاً الى قيام السيرة القطعية على معاطاتها نعم لو لم نقل بتحقيق المسمى بالعناوين الخاصة بالافعال في ذلك ، اقتصر في ترتب الاثار على ما يتوقف على مجرد الاذن المستفاد بشاهد الحال دون ما يتوقف على تحقق العنوان الخاص .

واما العقود التمليلية ، فنحن مانجري المعاطاة فيه بل الغالب وقوعه بها كالصدقة والهبة الغير المعوضة ، ضرورة أن المعارف بين الناس قديماً وحديثاً خلفاً عن سلف التصديق بالافعال والتهادي بينهم بالارسال الى البلدان ومن مكان الى مكان على ايدي المالك والصبيان وترتب آثار

الملكية على تلك الاعيان ، والاقتصار على الصحة في بعض التصرفات دون بعض يكذبه الوجدان ، (فا) عن بعض : من افادة الهدية المجردة عن الصيغة الاباحة دون التملك فلا يجوز وطى الامة المهداة كذلك ، ومثلها الهبة في ذلك (ضعيف) جداً محجوج بالسيرة للقطعية الكاشفة عن تقرير الحجة ، وان قلنا باللزوم فيما كان منها معوضاً بالقرب كالصدقة مع وقوعها بالمعاطة لعموم ما دل على عدم الرجوع فيما أريد به وجه الله ومنها ما يشك في جريان المعاطة فيه كالوقوف الخاص والتحييس والسكنى والعمرى والرقي ، للشك في صدق الاسم عليه بمجرد الفعل مع عدم معلومية السيرة عليه هل يمكن دعوى السيرة على عدمه فيبقى تحت حكم اصابة للفساد .

واما عقود المعاوضات وما يشبهها كالنكاح ، فنقول : اما النكاح ، فلا شك في عدم جريان المعاطة فيه . ويدل عليه - بعد اصابة الفساد في المعاملات واصالة الحرمة في الفروج والاجماع بقسميه على اعتبار للصيغة فيه ومنافاة حكم المعاطة من الجواز للزوم علقته النكاح التي لانقطع إلا بسبب مخصوص كالطلاق وازوم عدم تحقق الزنا إلا في مورد الاكراه مع كون الغالب او الاغلب وقوعه مع التراضي من الطرفين - عدم تعقل سببية المعاطة للحل في النكاح لان المعاطة انما تكون سبباً لصحة ما يترتب عليها من الملك او التصرفات وجواز التصرف او الملك متأخر في التحقق عن مرتبة السبب ، وحينئذ فالفعل وهو اللوطى المقصود به الحلية هو ايضا محتاج الى سبب محال له ، فان كان هو بنفسه سبباً لحلية نفسه لزم اتحاد السبب والسبب في مرتبة واحدة ، مع امتناع كون الشيء مؤثراً في نفسه وان كان هو التمكن فلا يصدق عليه اسم النكاح حتى يكون مشمولاً لاطلاقات اخباره وبذلك ظهر لك خروج معاطة النكاح عما ذكرنا ميزاناً لصحة المعاطة من صدق اسم المعاملة المقصودة على معاطاتها لان المشهور

على ما قبل : ان النكاح حقيقة في العقد فلا تدخل المعاطاة في مسماه بل ولو قلنا بالاشتراك بينه وبين الوطء كان مجعلا لم يصح معه للتمسك بالاطلاقات على معاطاته أيضا بل لا يصح التمسك بها وان قلنا بكونه حقيقة في الوطء لما عرفت من ان الوطء الاول متوقف على سبب محلل له وللتمكن وسائر المقدمات الفعلية لا يصدق عليه النكاح على جميع الاقوال حتى يكون مشمولا لاطلاقات اخباره :

وأما الاجارة فالاقوى صحة المعاطاة فيها (١) لدخولها في مسماها عرفا فتشملها اطلاقات اخبارها مع قيام السيرة القطعية عليها ، وبذلك يخرج عن

(١) المناط في امكان إنشاء المعاملة بالفعل : كون للفعل الخارجي مصداقاً عرفياً لتلك المعاملة المنشأة به بحيث يحمل عليه بالحمل للشايع للصناعي عنوان تلك المعاملة ، ولا اثر لمجرد قصد عنوانها بالفعل اذا لم يكن ذلك مصداقاً عرفياً لها ، فان الافعال والاقوال في باب المعاملات آلات لانشاء حقائقها ، والمنشأ انما ينشأ بما هو آلة لانشائه ، وان الاجارة تملك منفعة أو عمل بأجرة وتبدلها بها في عالم الانشاء والاعتبار ، ففي مثل منافع الأموال يمكن لإنشاء تملكها للمستأجر بتسليطه على العين المستأجرة بقصد تملك منفعتها مدة معينة بأجرة مقررة ، فيتحقق انشاء تملك المنفعة من المؤجر بدفع العين للمستأجر بذلك القصد ، ويتحقق تملك المستأجر لها بأخذه العين منه بالقصد المذكور بناء على تحقق حكم المعاطاة بالإعطاء من جانب وأخذ الجانب الآخر فيحمل على الاعطاء والأخذ المذكور عنوان الايجار والاستيجار أو ذلك مع اعطاء الأجرة من الجانب الآخر ، بناء على عدم تحققها بمجرد أخذ الجانب الثاني هذا في تملك منافع الأموال . واما تملك الاعمال فعمل المملوك إنساناً كان او حيواناً للكلام فيه هو الكلام في منافع الاموال ، فانه منها فيتحقق التملك والتملك والايجار والاستيجار بدفع المملوك واخذة بقصد =

حكم الاصل في المعاملات من الفساد - كما عرفت من الميزان المتقدم على
على صحتها - وحيلث يملك الأجرة بتسليم العين للمستأجر لان قبضها قبض
لمنفعتها عرفاً ملكاً منزلاً ان تعلقت الأجرة بالاعيان لتمليك منافعتها :

= تمليك عمله ومنفعته وتملكها في المدة المعينة بالأجرة المعينة أو ذلك مع
دفع الأجرة من المستأجر . وأما عمل الحر فامكان تحقق النشاء تمليكه وإيجار
الحر نفسه للعمل بالفعل مشكل فانه قبل ايجاده لم يتحقق من العامل سوى
قصد واقدام على العمل ، وبعد وجوده وتحقيقه في الخارج لامعنى لكوله
مملوكا للمستأجر على الأجير وحال الاشتغال به انما هو تحت سلطان موجه
فلا وجه لكونه تحت سلطنة الغير

والحاصل ان الملكية جادة اعتبارية وازافسة بين المالك والمملوك
حاصلة باسبابها ومن اسبابها الاجارة ، ولا اشكال في إمكان انشائها بالعقد
المشتمل على الإيجاب من المؤجر والقبول من المستأجر سواء كان متعلقاً بمنفعة
مال أو عملاً وأما انشائها بالمعاطة والفعل المقارن لقصد التمليك والتبديل ،
فإن نسبة الى منافع الأموال ومنها عمل المملوك يمكن ذلك بتسليط المؤجر
للمستأجر على العين المستعجرة والتسلط عليها من المستأجر ويكون ذلك تسليطاً له على
منافعها المتدرجة الوجود ، ويحمل عليه عنوان الاجارة بالحمل الشايع الصناعي ،
وتشمله أدلتها ، فيملك المستأجر منفعة المال في المدة المعينة بالأجرة المقررة و

وأما عمل الحر بناء على ماهو المشهور من عدم دخول الحر تحت اليد
شراً ومن هنا لانضمّن منافعه بحبسه وخصه ، فصحة وقوع الاجارة المعاطية
بالنسبة اليه وامكان تحقق مصداق خارجي فعلي يحمل عليه عنوان الاجارة
لتشمله أدلتها ، ونثبت له أحكامها مشكل ، فالا لانتصور فعلاً خارجياً
يمكن أن يكون سبباً لتمليك عمل الحر للغير وآلة لانشائه ، والعمل الصادر
منه لا يمكن أن يكون سبباً لتمليك نفسه لاعتبار المغايرة بين السبب والمسبب =

وان تعلقت بالاعمال فانما يملك الاجرة بعد تمام العمل اذ لا قبض قبله ولا تسليم إلا في عمل المملوك بعد قبضه بخلاف الاجارة للعقدية المتعلقة بالاعمال فانها تملك بالعقد وان كان لا يستحق المطالبة إلا بعد العمل : ويحتمل ان يملك المستأجر العمل على المؤجر بالمعاطة لو دفع الاجرة قبل للعمل بناء على تحقق المعاطة بالدفع من جانب واحد لحصول المعاطة بينهما بالقبض والاقباض له :

=لعم لو فرض ان ماعملكه المستأجر للحر هازاء الاجرة نتيجة عمله وما يقرب عليه من الاثر كمخيطية الثوب - مثلاً - أمكن أن يقال : ان العمل الصادر من الأجير سبب ومحصل له ، لكنه بعيد فان المستأجر عليه نفس للعمل لا أثره للتوليد ، فتحقق عنوان الاجارة بالمعاطة في عمل الحر غير واضح وان وجهه بعض ساداتنا المعاصرين طاب ثراه في تعليقه على (العروة الوثقى) في (كتاب الاجارة) قال (ره) : « لكن المعوض فيها وهو للعمل او المنفعة لما كان مودج الوجود كان ايجابها من المؤجر باعطاء بعضه انشاء لما تساوما عليه من المعاملة على الكل كما قد يتفق نظيره في البيع أيضا فيكون في المتقدمة بالزمان يتسلم العين في أوله قصداً الى اجارتها في جميعه ، انتهى

واكن يمكن أن يقال : إن منشأ الاشكال ان السبب المملك والآلة التي ينشأها ملكية الغير للمنفعة أو العمل لا يمدن كونه مغايراً لمسيبه وما أنشأه ، فالاجارة المنشأة بالعقد المشتمل على الايجاب من المؤجر والقبول من المستأجر للسبب المنشأه تملك المنفعة أو العمل هو للعقد فيملك المستأجر المنفعة المتدرجة بحسب الزمان أو للعمل المتدرج للوجود من العامل بالايجاب والقبول للصادرين من المؤجر والمستأجر وأما للمعاطة من الاجارة فالسبب المملك لمنافع الاموال تسليط المؤجر للمستأجر على العين المستأجرة وتسليمه اياها بقصد تملكه منفعتها مدة الاجارة فيصدق الاتجار والاستيجار بدفع العين للمستأجر بقصد تملك منفعتها في المدة =

وبالجملة فالمعاطة جارية في الاجارة . وبؤيده ما تقدم من عبارتي (المسالك) (والمحقق للكركي) من ظهور الاتفاق على استحقاق الاجرة لو أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الاجرة بناء على ارادة المسمى من الاجرة بعمل الالف واللام للعهد دون الجنس نعم قد تكرر في كلام بعض دعوى الاجماع على اعتبار للصيغة في العقود اللازمة ، وهو - مع كونه ممنوعاً من أصله وموهولاً بذهاب جم غفيرة على صحة المعاطة في أغلبها محمول على ارادة اعتبارها في اللزوم دون الصحة :

هذا ويحتمل عندي قريباً ان السبب في استحقاق للعامل العوض على من أمره بعمل على عوض معين بناء على عدم كونها من الاجارة هو أمره بالعمل مع قصد للعامل بعمله كونه له مضموناً عليه ، فيكون أخذ للعوض = المذكورة بالاجرة المقررة في المقاولة وأخذ المستأجر لها بقصد تملك المنفعة على ماقرر ويحمل على هذا الاعطاء والاخذ بالقصد المذكور عنوان الاجارة وتشمله ادلتها :

وأما عمل الحر وإيجاره نفسه له فلا نتصور فيه فعلاً صادراً من للعامل سوى نفس عمله استأرجي ولا يمكن أن يكون هو السبب في تملكه للغير والآلة لانشائه لاعتبار المغايرة بين السبب والمسبب وآلة الانشاء وما الشأ بها وبعبارة اوضح : ان عمل الحر قبل وجوده وتحققه مملوك له وتحت سلطانه وبعد تحققه من للعامل في الخارج ينعدم ، ولا يحصل للملكية للغير له : نعم ربما تبقى لبعض الاعمال هـد تحققها آثار بملكها المستأجر ينتج ملكيته للعمل وتكون هي المناط للمالئته كالخياطة والنجارة والصياغة وأمثالها ، وذلك لا يقتضي كون تلك الآثار هي المتعلقة لاجارة الأجير والعمل سبب لتحقيقها :

فا بقوله سيدنا المعاصر - قدس سره - : : كان إيجابها من المؤجر باعطاء بعضه لإنشاء لما تساوما عليه من المعاملة على الكل ، غير واضح =

من قبيل الجعالة لامن باب الاجارة .

= وأما ما احتمله سيدنا الحال - قدس سره - بقوله : ... ويحتمل أن يملك المستأجر العمل على المؤجر بالمعاطة لو دفع الاجرة قبل العمل بناء على تحقق المعاطة بالدفع من جانب واحد لحصول القبض والاقباض له « انتهى :

فانه مشكل ايضا ، فانا وان قررنا تحقق عنوان المعاوضة والمعاطة بالقبض والاقباض من جانب واحد بقصد التمليك والتملك بالعوض ولكن حيث يكون التسليط والتسلط الخارجي على المعوض . واما ما كان منه بالنسبة الى العوض كالاجرة والضمن في الاجارة والبيع ، فصديق عنوان الاجارة بتسليم الاجرة من المسأجر وتسليمها من المؤجر مشكل غايته : وكذا تحقق عنوان البيع بتسليم الثمن وتسليمه ، اذ ليس معنى تحقق عنوان المعاملة بالفعل تحققها بكل فعل خارجي مالم يصدق عليه عنوانها عرفا وما يتحقق بدفع الاجرة واخذها عنوان التسليط والتسلط عليها لا عنوان الاتجار والاستيجار وتمليك المنفعة او العمل وتملكها الذي هو حقيقة الاجارة والفرق بين تسليم المعوض وتسليمه حيث ذكرنا امكان تحقق عنوان البيع او الاجارة به ، وبين تسليم الثمن او الاجرة وتسليمها : هو ان ما ينشأه البائع تمليك المبيع للمشتري بعوضه وما ينشأه المشتري تملك ذلك به وقبول ما أنشأه البائع ومطابقته عليه باشرائه ، وكذا بالنسبة الى الاجارة فان المؤجر ينشأ تمليك المنفعة للمستأجر بالاجرة والمسأجر بتملكها يقبوله ومطابقته لما أنشأه المؤجر فحقيقة إنشاء البائع او المؤجر تمليك العين او منفعتها بالثمن أو الاجرة ومرجع ذلك للتسلط المطلق على العين او المنفعة ، وان شئت فقل : ذلك اثر لإنشائه لاعينه وما هو حقيقة إنشاء المشتري أو المسأجر تملك ما ملكه للبائع والمؤجر من العين او المنفعة وقبول ما أنشأه كل منهما بعوضه =

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

= ومطاولتها على ما أنشأه من تملك العين بالعوض او المنفعة بالاجرة ، وعليه فالمالك للعين اذا دفعها لغيره قاصداً بدفعه تملكها له أو تملك منفعتها مدة معينة بعوض معين تساوماً وتقاولا عليه قبل الدفع واخذها طرفه قاصداً تملك العين او المنفعة المهيئة بما تساوماً عليه من العوض ، ينطبق على فعلها الخارجي الاقباض بقصد التملك للعين او المنفعة والقبض بقصد التملك عنوان البيع والشراء او الاجارة والاستيجار . وأما صدق عنوان الشراء بمجرد دفع المشتري الثمن للمالك العين وقبضه له من غير تسليط منه لها بقصد تملكها بالثمن فانه مشكل غاية الاشكال ومثله صدق عنوان الاستيجار بمجرد اقباض الاجرة للمالك العين وقبضها على ما احتمله سيدنا - قدس سره - فان الاشتراء أو الاستيجار انما يتحقق بانشاء تملك للعين او المنفعة بالعوض عقيب انشاء تملكها به فانه مفهوم مطاوعي فعليته - بتأخره عن انشاء التملك . وسيأتي من سيدنا - قدس سره - في مقام بيان كفاية تحقق الاعطاء من جانب واحد قوله : « وفي صدق انشاء تملك المثلث بقبض المثلث تأمل ولعل للوجدان بشهد بخلافه » انتهى :

نعم ما احتمله أخيراً وقرره بقوله : « ويحتمل عندي قريباً أن السبب في استحقاق للعامل العوض على من أمره بعمل على عوض معين بناء على عدم كونها من الاجارة هو امره بالعمل مع قصد العامل بعمله كونه مضموناً عليه ، فيكون اخذ العوض من قبيل الجمالة لامن باب الاجارة : . » - الى آخر كلامه - تقريب موجه :

وتوضيحه : ان كل من استوفى من غيره مالا او عملاً محترماً بأمر معاملي ولم يقصد نلأموال التبرع والمجانبة بما بذله لامر الأمر له بل قصد استحقاق عوض ما بذله على الأمر به فانه يستحق عوض ما بذله لأمره سواء =

مالم يمتنع عنه دليل خاص ، غير أن وقوعه له مشروط بقصد واستدعاء =
 عينه له كأن قال له : أعق عبدك عني أو تصدق بمالك عني ، أو أمره
 بحمل متاعه الى مكان كذا أو خياطه ثوبه مثلاً ونحو ذلك من الاموال
 والاعمال المحترمة المبذولة لامره ، بل لو أمره بالقاء مقاعه في البحر حيث
 يكون في ذلك غرض عقلائي فانه يستحق على الأمر ماعينه له من العوض
 ولو لم يهين له - بان قال له : وعلى ضمان ذلك ، فانه يستحق قيمة المال
 المستوفى أو مثله أو اجرة مثل العمل بضمانه لما بذله بل بمجرد استجابة
 المأمور لأمر الأمر غير قاصد للتبرع والحجائية بما بذله لامره وان لم يصرح
 الأمر بضمانه له فانه يستحق عليه المثل أو القيمة أو اجرة مثل العمل بحسب
 اختلاف ما استوفاه من كونه مثلياً أو قيمياً أو عملاً محترماً . نعم مع
 تصريح الأمر بالتبرع والحجائية - فيما طلبه من الامور او كان في طلبه قربنة
 على ذلك ، لا أثر لقصد المأمور عدم الحجائية والتبرع :

ثم ان للضابط فيما يصح استيفاء الأمر المعاملي : هو كل ما يصح
 التبرع به من الغير ، فأمر الأمر انما يكون مصححاً لرجوع المأمور عليه
 بما ضمنه له مع عدم تبرعه وبذله مجاناً كما انه لا تشتغل ذمة الأمر بالعوض
 إلا بعد الاستيفاء وحصول المطلوب من المأمور فان الامر المعاملي مقتضاه
 الرجوع عليه بما يخسر للضمنون له وبؤدبه ومن هنا في الضمان العقدي
 لو رضي المضمنون له من الضمان بأقل مما في ذمة المضمنون عنه لا يرجع
 عليه الا بمقدار ما أذاه اليه .

والذي يظهر من سيدنا : جعل باب الاستيفاء الامر المعاملي على اطلاقه
 من قبيل الجمالة حيث يقول : « وهو من الأسباب الموجبة للضمان شبهه
 الجمالة بل هو منها - الى ان يقول - : ولعل منه غرامة ثمن العبد في
 نحو : أعق عبدك عني ، لان العتق من المالك بقصد وقوعه للأمر باستدعائه =

من الغير لنفسه فلا يتحقق العمل له إلا بتحقيق الامرين ، وهو محترم غير مبذول بنحو المجانية ، ولذا التزم بالأجر من لم يقل بجريان المعاطاة في الاجارة ، وهو من الاسباب الموجبة للضمان شبه الجعالة ، بل هو منها . ومن ذلك رجوع الضامن على المضمون عنه بما دفع الى المضمون له اذا لم يكن معبراً وكان الضمان بأمره . بل ولعل منه أيضاً غرامة ثمن العبد في نحو اعتق عبدك عني ، لان العتق من المالك يقصد وقوعه للامر باستدعائه لنفسه عمل متمول باعتبار متعلقه محترم مبذول لابنحو المحالية فغرامة مالية عمل العتق

= لنفسه عمل متمول باعتبار متعلقه : « مبذول لابنحو المجالية فغرامة مالية عمل العتق بقدر مالية المعتق الى قوله بل يمكن أن يقال : من هذا الباب أيضاً غرامة المتاع فيما لو قال : ألتى متاعك في البحر وعلي ضمانه ، فان عمل الالتقاء المتمول باعتبار الملقى محترم مبذول للامر باستدعائه لنفسه مضمون عليه باجرته المساوية لقيمة المتاع ، انتهى :

وحيث ان سبباً - قدس سره - جعل باب الاستيفاء بالامر المعاملي على اطلاقه من قبيل الجعالة ولو كان المستوفى عيناً متمولة وحقيقة الجعالة بهذا المال على المحترم من الاعمال النجاً الى جعل مثل : أعنتق عبدك عني وألتى متاعك في البحر ، من باب هذا العمل على عمل محترم باعتبار متعلقه وهو المعتق او المتاع - مثلاً - ولعله يلتزم بذلك في مثل أد ديتي وتصدق بمالك عني وعلي ضمانه . ونحو ذلك مما كان المستوفى بالامر المعاملي مالا محترماً . والالتزام بذلك في غابة الاشكال ، فان الاجارة على العمل كالجعالة عليه قد تستوجب بذل شيء من مال الاجير او العامل ، ولكن حيث لم يكن ذلك قوام مالية العمل ومناط بذل الاجرة له والجعل عليه ، فلا يصح اجارة الشخص نفسه لعتق عبده عن المسقأجر او لقاء ماله في البحر فيما لو كان الملقى مناط مالية الالتقاء وقوامه وما كان من قبيل ذلك ، والجعالة =

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

= على العمل كالاستبجار عليه في اعتبار كون العمل بنفسه له مالية واحترام هذا مضافا الى اعتبار جماعة في مال الجعالة تعيينه جنسا ولوعا وقدرأ كمال الاجارة والمضمون فيما يستوفى بالامر المعاملي غالبا لم يتعين كذلك والحاصل جعل باب الاستيفاء بالامر المعاملي من قبيل الجعالة على اطلاقه لا يتم . واما امكان جعل مثل الق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، من باب الضمان لولا تضمنه للتعليق على الشرط - وهو الالتقاء المتأني للتنجز المعتمد في صحة للضمان كما بقوله سيدنا - قدس سره - فهو أيضا غير واضح . وقد تأمل في آخر كلامه في امكان كون المورد منه ، وذكر وجه للتأمل في حاشية (منه) ويمكن ان يقال : لاملزم لجعل باب الاستيفاء بالامر المعاملي مطلقا من قبيل الجعالة على الاعمال حتى يتكلف له بما لا يخلو عن اشكال : من عد مثل : أعتق عبيدك عني ، وتصدق بمالك عني ، ونحو ذلك مما كان المستوفى الامر من المأمور مالا محترماً ، وجعل ذلك من قبيل الاعمال المتمولة باعتبار قيمة متعلقها كما بقوله سيدنا ، ولا لاحتمال كون مثل : الق متاعك في البحر وعلي ضمانه من باب الضمان لولا مانعية للتعليق :

ثم التأمل في ذلك بما ذكر وجهه في الحاشية ، فلم لائقول : انه على اطلاقه معاملة مستقلة لا ينبغي التأمل في مشروعيتهما طرفاها الأمر والمأمور وانها من قسم المعاوزات وان استبعده سيدنا - قدس سره - عوضا ما بذله المأمور من ماله او عمله الامر الأمر ، وما ضمنه له الأمر من عوض على ما بذله لأمره ، وأنها مشمولة لعوم آية : « للتجارة عن تراض » فالضامن =

مع فرض عدم النيابة عنه ؟ اللهم إلا أن يرجع إليها ولو بنوع من التكلف بل يمكن أن يقال من هذا الباب ايضاً غرامة المتاع فيما لو قال : أتي متاعك في البحر وعلي ضمانه ، فان حمل الالقاء المتحول باعتبار الملقى محترم مبدول للأمر باستدعائه لنفسه مضمون عليه بأجرته المساوية لقيمة المتاع ويشهد لذلك ما في (الجواهر) عن محكي (للتذكرة) في هذا الفرع ، حيث قال : « ولو قلنا انه جمالة خلصنا من الالتزام ، انتهى ، وعليه فالضمان بالقيمة وان كان المتاع مثلياً ولولا تضمينه التعليق على الشرط ، وهو الالقاء

= يكسب من المأمور ما استوفاه من المال او العمل بدلا عما يضمه له من الغرامة ، والمضمون له يكسب ماضمته للضامن له وتعهده به من الخسارة فان الضمان ربما يكون حكماً شرعياً ناشئاً عن سببه المقتضى له من غضب مال الغير او اتلافه او قبضه بالسوم ونحو ذلك من أسباب كون المال في عهدة للضامن شرعاً يلزمه خسارته وغرامته لمالكه ، وفي مثله لا بدخل شيء في ملك الضامن قبل ما يخسره للمضمون له من الغرامة : وقد يكون للضمان اختيارياً من الضامن وتعهدهاً منه بمعناه المصدري بدفع غرامة للمضمون له بدل ما يستوفيه منه من مال او عمل محترم ، وفي مثله يكون التعهد المذكور من الضامن واستدعائه من المضمون له بذلك ماله او عمله له وفي سبيله واستجابة المضمون له لما استدعاه للضامن منه غير قاصد للتبرع بما بذله له وفرض امضاء للشارع لذلك وكونه مشمولاً لآية « للتجارة عن تراض ، مقتضياً لدخول ما استوفاه منه في ملكه عوضاً عما ضممه له من بدله ، ولا حاجة الى قصد المضمون له ادخاله في ملكه بعد ما كان طبع المعاملة المذكورة يقتضي ذلك فان مانعه به الضامن للمضمون له من العوض لما لم يكن بعنوان للتبرع والحجان بل ازاء ما استوفاه من ماله او عمله ، فلا ملزم للقصد المذكور حتى يقول مبدلاً - قدس سره - في مثل : اعنى =

المنافي للتنجز المعتبر في صحة الضمان ، لقنا به من باب الضمان لامن باب الجمالة وليس المانع عنه إلا ذلك ، لاما قيل : انه من ضمان مالم يجب نظراً الى ضمان الاعيان معناه ضمان مااشتغل به ذمته بعد للتلف وهو غير متحقق حين للضمان ومقتضاه البطلان إلا أن صحته في المقام بالاجماع المستفيض بل في (الخلاف) دعوى اجماع الامة عليه عدل الثوري للواجب فيه الاقتصار على القدر الثابت منه وهو في صورة الخوف لامطلقاً ، لان ضمان الاعيان من ضمان ماوجب لامن ضمان مالم يجب ، اذ الضمان معناه التعهد ودخول الشيء في عهدة الضمان ، غير أن التعهد ان تعلق بمال في الذمة كان معناه للتحويل من ذمة الى أخرى وان تعلق بالعين كان معناه كونها متداركة مرجوعة ودفع المثل او القيمة مرتبة من مراتب رد العين وتداركها وشأن من شأنه مندرج في التدارك الذي هو معنى كون العين في العهدة ، فالمضمون = عهدك عني : « فلا يحتاج في صحته عنه الى تكلف دعوى تضمن ذلك الرخصة في ادخاله في ملكه وللوكالة عنه في عتقه لعدم القصد الى شيء من ذلك بالوجدان » انتهى .

وعليه ففي مثل : اعتق عبدك عني وعلي ضمانه باستجابة المالك لما استدعاه الأمر بدخل العبد في ملك الامر ملكية آلية استباقية ثم ينعتق عنه فولاؤه له وكذا مثل أد ديني وعلي ضمانه بدخل المال المؤدى به الدين في ملك الأمر ثم يتحقق به وفاء الدين ، وكذا كل مال استوفي من مالكة بالامر المعاملي بل وكذا مثل : التى متاعك في البحر وعلي ضمانه ، مع فرض صحته وتوقف النجاة من الغرق على الالتقاء بدخل المتاع في ملك الضامن له بالقائه ويتلف منه كل ذلك لاقتضاء نفس الاستيفاء بالامر المعاملي وكون للضمان معاوضيا ذلك . ، ولا ارى وجهاً لاستبعاد سيدنا - قدس سره - له سوى ما ذكره من عدم القصد الى شيء من ذلك بالوجدان وحيث ان الضمان اختياري =

هو العين وهو متحقق عند الاضمان . نعم لو ضمن للعين حين عدمها كان من ضمان المالم يجب ، ومقتضى الوجه المذكور هو الضمان مطلقا مع الخوف وعدمه دون التفصيل بينهما كما تقدم فتأمل (٥) الى غير ذلك من الموارد التي يستحق بالعمل له للعوض المعين عليه ان كان من الجمالة ، وإلا فاجرة المثل .

= وكون استيفاء الاموال والاعمال بالامر يقتضى وقوع ما استدعاه الأمر من الأمور في ملكه فلا حاجة الى قصد ذلك : نعم يبقى شيء وهو ان المعاملة المذكورة بناء على كونها على اطلاقها من المعاوضات غالبا لم يتعين فيها العوض المضمون له عند المعاملة فتدخل بذلك في المعاملات الفررية المنهي عنها . ويمكن ان يقال : ان دليل النهي عن الفرر ليس من العمومات الالهية عن التخصيص ، وبناء على تسالم الأصحاب على صحة المعاملة المذكورة وعدم امشكال أحد فيها من ناحية الفرر ، يمكن تخصيص دليل النهي عن الفرر بالاجماع للثابت على صحتها - مطلقاً - .

هذا بناء على أن الوارد عن النبي (ص) : هو للنهي عن مطلق المعاملة الفررية - بعبارة كانت أم غيره - وأما بناء على كون الوارد عنه (ص) النهي عن بيع الفرر - كما يظهر ذلك من كثير ممن ذكر للنبي المذكور - فالأمر أوضح - فتدبر - .

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

وأما مذكره (في جامع المقاصد) و (المسالك) في الفرع المتقدم من أنه لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يستحق اجرة كما في الاول اوشينا كما في الثاني ، ففيه ان الاجارة الفاسدة مضمونة ايضاً ، لأن صاحبها مضمون وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

وأما الجمالة فجريان المعاطاة فيها اولى من جريائها في الاجارة لتوسعها وعدم اندراجها في العقود اللازمة التي ادعى الاجماع على اعتبار الصيغة الخاصة فيها مع قيام السيرة عليها .

وأما الرهن فلا مانع من جريان المعاطاة فيه بعد للصدق العرفي وقيام السيرة عليه (١) الا ما قبل من منافاة حكم المعاطاة : من جواز الفسخ للتوثيق المأخوذ في قوام الرهن ولزومه النقص للغرض : ويدفعه عدم انحصار فائده بالوثوق : من خوف الرجوع حتى يكون الرهن بالمعاطاة لغواً ، بل

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

ويمكن ان يقال : ان الوجه فيما اتفق عليه الاصحاب من عدم لزوم ما أنشأ بالمعاطاة هو عدم وجود المقتضى للزوم فيها وهو للعقد الواقع بين المتعاقدين الدال بالدلالة الالتزامية على التزام كل منهما لصاحبه بالثبات =

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

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

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

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

إهاحة التصرف ، فإذا تلفت العين وجب العوض ، والذي ينساق إليه النظر أن المعاطاة في البيع تثمر ملكاً مترازلاً ، ويستقر بذهاب أحد العينين أو بعضها ومقتضى هذا أن النماء الحاصل في المبيع قبل تلف شيء من العينين يجب أن يكون للمشتري بخلاف الدفع للقرض ، فإنه لا يثمر إلا محض الاذن في التصرف وإباحته ، فيجب أن يكون نماء العين للمقرض لبقاءها على الملك ، انتهى هـ 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 للفرق بقيام الإجماع عنده على اعتبار الصيغة في العقود اللازمة التي منها القرض الظاهر في كونها معتبرة في الصحة دون اللزوم الموجب لجريان حكم العقد الفاسد على المجرد عنها وإن كان بالمعاطاة غير أنه في البيع بصرف الظهور في شرط الصحة إلى كونه شرطاً في اللزوم بالإجماع على صحة المعاطاة في البيع وإفادتها بالإباحة الشرعية المقصود بها عنده الملك المترازل ولا إجماع كذلك في غيره من العقود اللازمة حتى بصرف ظهور اعتبار الصيغة في صحتها إلى اعتبارها في اللزوم ، غير أن إهاحة المالكية في القرض مستفادة من شاهد الحال

وفيه : أن الإجماع ليس منعقداً في كل عقد مستقل حتى يمكن صرف ظاهر بعض وإبقاء غيره على ظاهره ، بل هو معقد واحد لاعتبار الصيغة في الجميع وإرادة شرطيتها للصحة في بعض واللزوم في بعض آخر أشبه باستعمال اللفظ الواحد في المعنيين :

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

العقود الجائزة ، بل ادعي الاجماع على كونه منها :

لانا نقول : المراد بكونه من العقود الجائزة جواز المطالبة بالوفاء متى شاء ولو في المجلس وان كان مؤجلا ، وشرط التأجيل فيه غير ملازم إلا اذا كان في ضمن عقد لازم غيره :

وبدل على ارادة ذلك من الجواز : ذهاب الاشهر - بل المشهور - الى عدم التزام المقرض له يرجوع العين المقبوضة منه لو كانت باقية ، وليس ذلك إلا لتمليك العين ملكاً لازماً بالقرض الذي مفاده تمليك العين مضمونة عليه ، فوجوب البدل فيه من باب الغرامة والتعويض لامن باب المعاوضة ، ولو كان من العقود الجائزة كان له استرداد العين مع بقائها نعم للمقرض ردها بنفسها لكونها أحد مصاديق انكلي للواجب عليه مخيراً بين افراده التي هي منها ، بل لعلة اولى من غيره : (وتوهم) جواز امتناع المقرض عن قبولها بالخصوص لانه بالقرض يستحق عليه المثل وليس العين منه لان الشيء لا يكون مماثلاً لنفسه بل هو هو لأمثله وان كان مثلياً (توهم) فامد لان الثابت في الذمة هو للكلي المسمى باسمه كالدرهم ولالدينار والحنطة والشعير لاختصاص عنوان المثل بما هو مثل وان وقع للتعبير به ، فلا يطابق للكلي عليه . نعم لو قلنا بالقرض في القيميات كما هو الاقوى وقلنا بثبوت القيمة في الذمة من اول الامر ، كان للمقرض الامتناع عن قبول العين اوردها المقرض لانه غير حقه المستحق عليه ولا كذلك لو قلنا بالانتقال الى القيمة عند الوفاء لاقبله لصدق الوفاء برد العين حقيقة بل هو احق بالصدق من رد القيمة :

وأما المزارعة والمساقاة فتجرى فيهما المعاطة ايضاً المحقق الصدق العرفي مع قيام السيرة عليها فيها ،

هذا تمام الكلام في جريان المعاطة في غير البيع من العقود والابقاعات

وقد عرفت أن المناط فيه دخوله في اسم المعاطة واندراجة تحت إطلاق اخبارها مع قيام السيرة عليها (ودعوى) كون المطلقات من حيث شمولها للمعاطة مهمة او منصرفة الى غيرها من العقود للقولية (ممنوعة) مردودة على مدعيها :

ومنها : انه هل يعتبر في المعاطة الواردة مورد العقد ما يعتبر فيه وبعبارة اخرى : هل يشترط في المعاطة كونها جامعة لشرائط العقد إلا للصيغة ، فيعتبر في معاطة البيع ما يعتبر في عقده وفي معاطة الاجارة ما يعتبر في عقدها ، وهكذا في كل معاملة تقع المعاطة فيها أم لا ؟ اختلفت كلماتهم في ذلك ولتقدم ذكر جملة منها :

قال في (المسالك) : « فلو وقع الاتفاق بينهما على البيع وعرف كل منهما رضاه الآخر بما يصير اليه من العوض المعين الجامع لشرائط البيع غير اللفظ المخصوص لم يفد الزوم » :

وقال في (الحدائق) : « المشهور بين القائلين بعدم لزوم بيع المعاطة هو صحة المعاطة المذكورة اذا استكملت شروط البيع غير للصيغة المخصوصة وانما تفيد اباحة تصرف كل منهما في ما صار اليه من العوض المعين من حيث اذن كل منهما للآخر في التصرف بتسليطه على مادفعه اليه إلا انه لا يفيد الزوم مادامت العين باقية بل لكل منهما الرجوع في مادفعه للآخر ونقل عن العلامة في (النهاية) القول بفساد بيع المعاطة وانه لا يجوز لكل منهما التصرف فيما صار اليه » انتهى .

ومقابل المشهور في كلامه ما نقله عن العلامة :

وفي (شرح القواعد) لشيخنا كاشف الغطاء مالفظة : « ومنها أنها هل هي داخلة في اسم المعاملة التي جاءت في مقامها فتجرى فيها شرائطها واحكامها ؟ للظاهر من جماعة من الاصحاب اختيار ذلك ، فتجرى فيها قائمة

مقام البيع احكام الشفعة والخيار والسلم وبيع الحيوان والثمار وجميع شرائطه سوى الصيغة ولم يقم على ذلك شاهد معتبر من كتاب او سنة او اجماع والاقوى انها قسم آخر بمنزلة الصلح والعقود الجائزة يلزم فيها ما يلزم فيها فصح المعاطة على المشاهد من مكيل او موزون من غير اعتبار مكبال او ميزان وبنحو ذلك جرت عادة المسلمين » انتهى :

اذا عرفت ذلك فاعلم ان تنقيح المسألة لا بد فيه من للكلام على كل من القولين في موضوع المعاطة من قصدها الاباحة المعوضة بالاحاقه ، او كان من قصدها التملك . وعلى الثاني ، فالكلام مرة بناء على افادتها الاباحة ، واخرى بناء على الملك المتزلزل ، وعلى الثاني ، فتارة بناء على كونها بيعاً في مورد البيع واجارة في مورد الاجارة وهكذا ، واخرى بناء على انها سبب مستقل يفيد مفاد العقد الواردة مورده :

فنقول : اما على القول بأن موضوعها الاباحة للعوضه - كما ذهب اليه شيخنا في (الجواهر) - فالمرجع فيه هو ما دل على صحة هذه المعاوضة : فان استدل عليها بعموم « للناس سلطان على اموالهم » ففقتضاه عدم اعتبار ما شك في اعتباره فيه ، وان استدل عليها بالسيرة او الاجماع ، فينكمس الامر لان المتيقن منها هو ما كان جامعاً للشرائط :

وكذا على القول بكون موضوعها ما اذا كان بقصد الملكية ، ولو قلنا بافادتها الاباحة للشرعية - كما نسب الى المشهور - فانه القدر المتيقن من الاجماع المنقول على سببيتها للاباحة للشرعية :

وأما على القول به مع القول بافادتها الملك ، فمبني على كون اعتبارها من جهة دخولها في اسم المعاملة الخاصة او كونها معاوضة مستتمة او سبباً خاصاً :

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

من الأحكام والشرائط مطلقاً . وبمقتضى - غير بعيد - التفصيل بين ما ثبت
اعتباره بدليل لفظي أو بدليل لبي فيختص اعتباره في الثاني بالعقد اللفظي
بناء على ان المتبادر عند الفقهاء والمنصرف اليه في لسانهم هو العقد اللفظي
دون الفعلي والاجماع متصيد من فتاويهم ، فنأمل :

واما على الثاني وهو كونه سبباً خاصاً ، فلا يعتبر فيه إلا ما قام الدليل
عليه من سيرة أو اجماع ولا يقاس بالعقد الواردة مورده فيما اعتبر فيه
لعدم الدراجة بالفرض في اسم المعاملة الخاصة وان وقع في موردها حتى
يعتبر فيه ما يعتبر فيها والاصل يقتضي العدم في كل ما شك في اعتباره وهو
مما لا ريب فيه ، وانما الاشكال فيما يصلح أن يكون وجهاً للحكم بكونها
سبباً مستقلاً يفيد الملك وليس إلا سببية اليد له بعد تسليط المالك عليه
كتملك المتناول لنثار العرس باليد لتسليط المالك مطلقاً كالنثار في الطرق
والشوارع العامة او لجماعة مدعوين للتفرج والاستيناس بملكه من سبق
منهم بالاختذ دون غيرهم ، فيكون التسليط عاماً فيهم وخصوصاً بالنسبة الى
غيرهم ، ويبر عن الاول بالإعراض وعن الثاني بالتسليط ، وان تضمن
الأعراض بالنسبة اليهم ايضاً ، وليس منه تقديم الطعام للضيف - كما توهمه
بعض الفحول - اذ لا تسليط فيه على الغير إلا بأكله ، فهو من إباحة الاتلاف
بالاكل لامن التسليط على التملك باليد .

وبالجملة كما ان اليد سبب لحدوث الملك في المباحات الاصلية وما
يحكمها من الاعراض العام بل ولو الخاص بعد صيرورة المحل به قابلاً
لتملك باليد ، فكذا تسليط المالك شخصاً خاصاً على ماله بصيره قابلاً
لتملكه له باليد فالملك في المعاطاة للتبدلين معلول لليد المنبعثة عن تسليط
كل من المالكين لصاحبه على ماله بقصد التبدل بين المالكين ، والسيرة حجة
عليه كاشفة عن امضاء الشارع له ، والتعبير بالبيع فيما وقع التمليك والتبدل

ج ٢ في اعتبار حدوث القبض في المعاطة ، وهل يكفي فيها حصول الاعطاء ١٩١

بين اللعينين ، وبالإجارة فيما وقع بين العين والمنفعة وغير ذلك من السماح في التعبير عرفاً للمشابهة النامة بينهما ، وهو وجه حسن إلا أن ثبوته على عهد مدعيه :

ومنها أيضاً : انه يعتبر التقاض في ماهية المعاطة فلا تتحقق المعاطة مع كون كل من المالكين بيد صاحبه : وهذا مما لا كلام فيه ، وانما الكلام في انه هل يعتبر فيها حدوث القبض وان اكتفينا باستدामته فيما يعتبر فيه للقبض كالرهن وغيره ، او يكفي فيها استدامته ؟ الظاهر هو الاول ، وان قلنا بعدم بقاء الاكوان واحتياج الباقي الى المؤثر فلو كان مال كل منهما بيد صاحبه أمانة ووقعت للعاملة بينهما بالمعاطة عليهما ، توقف تحقق موضوع المعاطة على الرد وحدث الاعطاء من الجانبين او من احدهما على رأى :

ومنها : ان القدر المتيقن من المعاطة في افادتها الملك او الإباحة هو حصول الاعطاء من الجانبين ، فلو حصل من جانب واحد ففي لحوقه بها حكماً وعدمه وجهان : مبنيان على القول بالملك او الإباحة ودليلهما ، فعلى الثاني بشكل الحكم به لخروجه عما ثبت بالإجماع افادته الإباحة بخلافه على الاول لوجود مادل على الملك فيه أيضاً : من السيرة القطعية وصدق اسم المعاملة الخاصة عليه ، فيدخل في بيع النسبة مالهو كان المعطى هو المبيع وفي بيع السلم مالهو كان المعطى هو الثمن ، ولم يقع لفظ المعاطة في متن رواية او معقد اجماع حتى يجب الجمود عليه ، بل في (مكاسب) شيخنا المرتضى - قدس سره - بعد ذكر نسبة القول باللاحق الى ظاهر جماعة من متأخري المتأخرين تبعاً للدروس قال مالفظة : « ولا ريب انه لا يصدق معنى المعاطة لكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلي فيكون اقباض احد العوضين من ماله تملكاً له بعوض او مبيعاً له به واخذ الآخر له تملكاً له بالعوض او إباحة له بازائه ، فلو كان المعطى

هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشترء واخذه بيعاً للمثمن به فيحصل الايجاب والقبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد ، انتهى .

وفي قصد انشاء تمليك المثمن بقبض الثمن تأمل . ولعل الوجدان يشهد بخلافه : بل قد يدعى العقد المعاطاة بمجرد ابدال العوض واخذ العوض من غير توقف على اعطاء اصلا ، فضلا عن التعاطي ومثل ذلك شيخنا المتقدم في (المكاسب) بما تعارف من اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع للفلس في المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك ، وكذا غير الماء من المحقرات كالخضروات ونحوها . ثم قال : « ومن هذا للقبيل دخول الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته » انتهى :

وظاهره كون ذلك في الحمام من الاجارة المعاطائية ، ولازمه - كما يظهر من غيره - كون ما هو المتعارف بين الناس من وضع الحمام والدخول فيه داخلا في قسم الاجارة من عقود المعاوضات . وحيلت في المقام وامثاله مما استلزم من تعلق الاجارة به تلف العين كاستئجار المرصعة وفحل للضراب وللصباغ والكتائب والمنحة والبرر وحدها ونحو ذلك بالنسبة الى اللبن والنظفة والصبغ والمداود والماء اشكال ، حيث يعتبر في صحة الاجارة تعلقها بالمنفعة مع بقاء للعين ، بل ادعى الاجماع عليه كما في محكي (التذكرة) وغيره ، ومقتضاه بطلان الاجارة في هذه الموارد مع ان صحتها في البعض مورد اتفاق للنص والفتوى بل للسيرة قائمة في الجميع وان منع بعض عن صحتها في البرر المستقلة كالعلامة وغيره : واذا اعترف غير واحد بجريان الاجارة في امثال ذلك على خلاف الاصل ، وقد تعرضوا لها في اجارة المرصعة المدلول عليها بنص الكتاب لقوله تعالى : « فان ارضعن لكم فائوهن اجورهن » بناء على ظهور الاجر في الاجارة كالثمن في البيع والجعل في الجعالة :

وحيث انجر الكلام الى هذا المقام ، فلا بأس بالاشارة الى ما يرفع به الاشكال .

قال للعلامة في (القواعد) : « وهل يتناول للعقد اللبن او الحمل ووضع الثدي في فيه ويتبعه اللبن كالصبيغ في الصباغة وماء للبئر في الدار ؟ الأقرب الأول لاصحقاق الاجر به بانفراده دون الباقي بانفرادها وللرخصة سوغت تناول الاعيان ، انتهى »

وقال في (المسالك) : « واعلم ان حكم الاستيجار للارضاع ثابت على خلاف الاصل لان متعلق الاجارة الاعيان ليستوفى منها المنافع والركن الاعظم في الرضاع اللبن ، وهو عين تالفة بالارضاع فتكون المعاوضة عليه بالاجارة خارجة عن موضوعها ، ومثلها الاستيجار للصبيغ والبئر للاستقاء ومن ثم ذهب بعضهم الى ان المنفعة المستحقة هنا التي هي متعلق الاجارة المرصعة من حيث حملها للولد ووضعه في حجرها ووضع الثدي في فيه ونحو ذلك من الاعمال للصادرة عنها لانفس اللبن . ويضعف بان المقصود بالذات هو اللبن وهذه الامور تابعة او مقدمة والاجود ان المقصود بمجموع ماذكر من المنافع مع عين اللبن وجوازه حينئذ مع ان بعض متعلقها عين ذاهبة للنص وهو قوله تعالى : « فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن » وفعل النبي (ص) ومن بعده من الائمة (ع) : ويمكن ان يقال : على تقدير كون المراد المجموع ان اللبن يكون تاهماً اكثر قيمة غيره من المنافع وقلة قيمته وان كان اللبن مقصوداً من وجه آخر ، ويثبت للتابع من الحكم المخالف مالا يثبت للمتنوع ومثله القول في الصبيغ ، انتهى .

قلت : كون اللبن هو الركن الاعظم لايتاني جعل الاجرة ازاء نفس للعمل المقصود به للتوصل الى غيره فان للعمل المستأجر عليه مرة يكون بنفسه مقصوداً ، وأخرى من جهة مايرتب عليه من الثمرات والفوائد

بحيث يكون العمل مقدمة لحصولها ووسيلة الى تحقيقها ، والاجرة على التقديرين
مجمولة بازاء نفس العمل غير ان تسليم العمل للواجب بالاجارة ان استلزم
عقلا تلف عين الاجير كان ذلك عليه وفائتا منه وإلا فعلى المستأجر بذل
ما يتوقف عليه حصول المقصود ان كان خارجاً عن العمل دون المؤجر إلا
بالشرط عليه او بقضاء العادة ، فن استأجر كاتباً للكتابة كان عليه المباد
لقضاء العادة به وان لم يشترط ذلك عليه ، ولا كذلك للقرطاس فانه على
المستأجر إلا اذا اشترطه على الاجير :

اذا عرفت ذلك فنقول : الاجرة للمرضعة مبدولة بازاء الارضاع
الذي هو عبارة عن ايصال لبنها من باطن الثدي الى معدة للصبي وهو
عمل منها يصح لها أخذ الاجرة عليه وان لم تقع منها حضانة إلا أن إيجاد
هذا العمل في الخارج الذي هو بمنزلة التسليم للوفاء مستلزم عقلا لتلف لبنها
وأبن ذلك من كون اللبن بازاء الاجرة مستقلاً او بضميمة ومثل ذلك الاجرة
لنزو الفحل السذي هو لا يصال مائة الى رحم الانثى وكذا الاجرة لسقي
الزرع من ثمير الأجير وأمثال ذلك مما استلزم الإبقاء بالعمل اتلاف العين
عليه :

وأما الكاتب ، فقد عرفت : أن عمله المستأجر عليه - وهو الكتابة -
لا يستلزم عليه تلف المباد منه إلا ان العادة جرت به كونه عليه ، فاغنت
عن اشتراطه ودخل بالشرط على المستأجر ، وحيث لم تجر العادة في للقرطاس
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 للعادة
باختلاف البلدان جرى في كل بلد حكمه :

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

صاحب الحمام مهذولا منه مجائلاً لكونه مستحقاً عليه بالعادة كالمستحق بالشرط في عقد الاجارة ، وهذا هو الوجه في صحة اجارته لاما قبل كما عن (التذكرة) وغيره : من أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الاجارة لميسس الحاجة والضرورة أو يكون مشمولاً بالتبع ، أو عسى ان يقال - ولو بتكلف - كون الجميع منافع حتى استعمال الماء وان امتلزم ذلك ائلاف بعض اجزاء الماء ضرورة كونه كائلاف بعض أجزاء الثوب مثلاً بالاستعمال ومرجعه الى ملحوظية ماء الحمام جملة لمحاظ وحداني ، وما يستعمل ويتخلف في البدن ونحوه من اجزائه كاجزاء للثوب التالفة بائدراسه للاستعمال . وفيه : انه لو سلم ذلك فانما يتم بالانغماس فيه لا بالاستعمال صلباً في الغسل أو الغسل ، هذا وتعيين مدة اللبث ومقدار الماء موكول الى ما جرت به للعادة وما زاده عليه مشروط بالرضاء المحرز غالباً بشاهد الحال :

وأما للبئر فلا أرى وجهاً لصحة اجارته منفردة للاستقاء ، وان صحت اجارته تبعاً للدار ، ولذا حكى عن موضع من (التذكرة) و (القواعد) و (جامع المقاصد) بعد الاشكال ان الاولى والاوى المنع . نعم حكى عن (الابضاح) وموضع آخر من (التذكرة) الجواز : ولا وجه له يستند اليه إلا ما عسى ان يتوهم أن الاجرة في مقابل منفعة البئر من تصرف الاستقاء وغيره وبذل الماء لاقتضاء للعادة كالحمام وفيه أن منفعتها المبذول في مقابلها الاجرة انما هي استعمال مائنها ، فهي كاجارة للشجرة لا كل ثمرها المعلوم بطلانها ، أو عسى ان يقال : كما في (أجوبة مسائل للقمي) مستشعراً ذلك من الحل في (السرائر) أنه باجارته امتنع المالك عن التصرف في مائنها باختياره ، فأشبهه بالاعراض الموجب للخروج عن ملكه ، فبدخل في ملك المستاجر بالحيازة ، فهو من التسليط الخاص المملوك باليد والحيازة وفيه - مع ان الامتناع الاختياري شرعاً موقوف على صحة الاجارة ومتأخر

عنها في المرتبة فكيف يكون وجهها لها - انا نمنع ان يكون الممنوع عن التصرف ولو بالاختيار معرضا عنه وأن مجرد الامتناع عنه بحكم الاعراض ، مضافاً الى أنه على القول بصحة الاجارة فالماء مملوك للمستاجر بعقدها لا بالبد ومثل اجارة البئر في الاشكال اجارة المنحة وهي الشاة لشرب لبنها ، وان قلنا بصحة عاربتها ، الاجماع المنقول في كلام بعض ، وهو للدليل ان تم لايهض النصوص الضعيفة سنداً ودلالة فالعمدة هو الاجماع وهو المخرج لها ان تم عن الاصل في العارية لانها كلاجارة في اعتبار الانتفاع بها مع عدم تلف العين ولذا وجب الافتصار عليها دون غيرها من الالعام ذوات الالهان ولبنها دون غيره من اعيان منافعها كالصوف ونحوه ولا يتوهم صحة اجارتها لشرب لبنها بعد صحة اعارتها لذلك بقاعدة : كلما صح عاربتة صح اجارته لان القاعدة للكبروية - او سلم كليتها بحيث تشمل للصحة الاستفادة من دليل خاص على خلاف الاصل في العارية - معارضة بما دل على اعتبار عدم استلزام تلف العين في صحة الاجارة بنحو العموم من وجه وتخصيص للثانية بالاولى ليس باولى من العكس ، بل للعكس اولى لقوة ظهورها في ارادة للتساوى بينهما من حيث المنفعة والتسليط عليها مع بقاء العين غير انه في الإجارة تملك لها وفي العارية اباحة : ومثلها في الاشكال ايضاً اجارة آجام السمك لاصطياد ما فيه منه اذ لا منفعة فيه تتعلق الاجارة بها الا صيد السمك المملوك لصاحبه نعم لو كان مباحاً وان كان في المحل المملوك لعدم قصد الحيازة به صح لإجارتها للدخول فيه للاصطياد :

هذا والقول بكون ما هو المتعارف بين الناس في البئر وأمثالها من المنحة وغيرها مما دلت السيرة على صحتها من الإباحة للعوضية دون الاجارة المعاطاتية لا يخلو من قوة ان تم قيام السيرة عليه :

هذا ومن جملة الاجوبة عن الاشكال في هذه الموارد : ما أجاب به

ج ٢ فبما ذكره القمي جواها عن الاشكال في هذه الموارد، وورده، وإلها بحث المعاطاة ١٩٧

الحقن القمي في (اجوبة مسائله) بما يرجع محصله الى ان الشرط المذكور غير مأخوذ في مفهوم الاجارة بل انما هو ثابت بالاجماع فليقتصر على مورد ثبت به اعتباره فيه ويبقى كل مورد اختلف في اعتباره فيه تحت اطلاقات ادلة الاجارة للقاهية بالصحة .

وفيه : ان لاجماع المحكى على اعتباره في صحة الاجارة انما هو منعقد على نحو الكلية الشاملة لجميع الموارد الموجب لتقييد المطلقات بها فلا يخرج عنها إلا بالدليل لا انه منعقد على اعتباره في كل مورد مورد بخصوصه حتى يكون المختلف فيه خارجاً عنه فافهم واغتم ما ذكرناه في حل الاشكال ومنها - انه بناء على الدراج المعاطاة في اسماء المعاملات ، فان صرح فيها بواحدة منها بالخصوص بنى عليه وإلا كان البيع اصلاً في نقل الاعيان مقدماً على الصلح والهبة المعوضة والاجارة اصلاً في نقل المنافع مقدمة على الصلح والجمالة .

ومنها انه بناء على اعتبار الالفاظ المخصوصة في صحة العقد لو وقع العقد بغيرها ، فالاقوى حرمة التصرف لهطلان المعاملة عقداً او معاطاة لفساد الاول بالنتفاء ما اعتبر في صحته ، وفساد الثاني لانتهاء الفعل المقصود به الانشاء والواقع من التقايض مقصود به الوفاء دون التمليك فيما قصد به التمليك غير مجد والمجدى غير مقصود به للتمليك . نعم لو حصل الانشاء للفعل بعد العقد للفساد بالتقايض وما يحكمه بقصد التمليك والتملك كان ذلك من المعاطاة والعقد لسانق وجوده كعدمه :

هذا تمام الكلام فيما أردنا بيانه في مسألة المعاطاة

والله العالم بخائق احكامه

رِسَالَةٌ

فِي عَمَدِ الْفُضُولِ
وَفِيهَا سَائِلَةُ الْأَمَانِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
محمد (ص) خاتم النبيين وعظمته الأطهار المنتجبين وخلفائه الراشدين المعصومين
صاوات الله عليهم اجمعين :

(مسألة)

لو عقد الفضولي على ما لا يملك التصرف فيه ، ففي صحته وتوقف
نفوذه على الاجازة مطلقاً أو بطلانه كذلك أو التفصيل بين سبق المنع من
المالك فالثاني ، وعدمه فالأول ، أو بين ماله أو قصد وقوعه للمالك فالأول
أو لنفسه فالثاني : وجوه ، بل أقوال :

ولنبدأ أولاً بالذكر معنى الفضولي . وهو الـمة كما في المصباح والقاموس :
المشتغل بما لا يعني ، قال في الأول : « وفضل من هاب قتل زاد ، وخـذ
الفضل أي للزيادة والجمع فضول مثل فلس وفلوس وقد استعمل الجمع
استعمال المفرد فيما لاخير فيه : ولهذا نسب اليه على لفظه فقبل : فضولي
لمن يشتغل بما لايعنيه لانه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد
وسمى بالواحد ، انتهى . ولولا تنزيل الجمع منزلة المفرد لكان القياس ان يقال
فضلي لافضولي ، واصطلاحاً - كما عن الشهيد - هو للكامل غير المالك للتصرف
وعن بعض العامة العاقد بلا إذن من يحتاج الى اذنه . ومقتضى للتطابق بين العرفين
كوله صفة للعاقد دون العقد ، فالعقد فضول والعاقد فضولي ، فتوصيف للعقد به
لا يخلو من المسامحة . وبين التعريفين ظاهراً عموم مطلق لان الثاني يسم الصغير
والجنون دون الأول لخروجها عنه بقيد الكمال اللهم إلا أن يرجع اليه بارادة
المنع من جهة عدم الاذن ممن له الاذن ، فيكون قيد الكمال مطوياً فيتساويان
في النسبة :

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

وبالجملة فالمنع عن تأثير العقد تارة - من جهة عدم أهلية العاقد انقصان فيه الراجع الى عدم المقتضى له ، وأخرى - الى وجود مانع عن تأثيره ولو من جهة ثبوت ولاية اوحق الغير عليه اوفي ماله ، فيكون لذلك ممنوعاً عن التصرف ، فالاول خارج عن الفضولي والثاني مشمول له ، والأقوى في السفيه كونه من القسم الثاني - كما عليه المشهور - وان احتمل كونه من الأول لرجوع المنع فيه الى نقصانه .

وكيف كان استدلال الاول بوجوه :

منها : عمومات « أوفوا بالعقود » « واحل الله البيع » و « تجارة عن تراض » بناء على شمولها للفضولي بعهد لحوق الاجازة ، لان مرجع الشك فيه الى الشك في اعتبار مباشرة المالك شرعاً أو اقتران رضائه بالعقد وكل منهما تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات من غير دليل منفي بالاصل فبحكم اصاله الاطلاق او العموم يخرج عن حكم الاصل في المعاملات وهو الفساد : ولعل الى ذلك يرجع استدلال من استدلل على الصحة - كما في المختلف وغيره - بانه عقد صدر من أهله في محله ، ضرورة أن تحقق الأهلية بمعنى البالغ العاقل الرشيد بمجرد لا يثبت الصحة إلا بضميمة مقدمة كبروية ثابتة بالعمومات ، فيكون الدليل مركباً من صغرى وجدانية مذكورة ، وكبرى برهانية مطوية ، وهي : ان كل عقد صدر من أهله في محله صحيح شرعاً بحكم العمومات المتقدمة كيف ولولاها لانتج الرد عليه بانه مصادرة - كما عن الشهيد في غاية المراد - لان تحقق الأهلية التامة بمعنى الجامعة لما

يعتبر شرعاً هو عين الدعوى ، وجعلها دليلاً او جزء دليل مصادرة محضة ولا يخرج عنها إلا بالرجوع الى ما ذكرنا ، ومقتضاه - وان كان افادة اللزوم وان لم تلحقه الاجازة - إلا أن ذلك خارج عن العمومات بالاجماع ، فيبقى الملاحق بها مندرجاً فيها ، ويلزم من لزومه الاجازة صحته قبلها بالصحة النهائية .

اللهم إلا أن يدعى عدم شمول العمومات للفضولي لان المخاطب بها اما العاقد الفضولي او المالك لاغيرهما ، ولا سبيل الى كل منهما : أما العاقد للفضولي فلعدم وجوب الوفاء عليه بهقده قطعاً ، وأما المالك فقبل اجازته كذلك وإلا لوجب عليه الاجازة . وأما بعدها فهو مجزى لعاقد ، مضافاً الى امكان دعوى انصرافها الى غير الفضولي . وعليه فيتجه الاشكال بالمصادرة لان المقدمة للكبروية لادليل عليها بالفرض ، والصغرى بنفسها لان ثبت المطلوب إلا هارادة الاهلية للتامة ، وهي عين المصادرة : ويمكن الجواب عنها بكون المخاطب بها هو المالك المجيز وهو بها بحكم العاقد عرفاً فبشملة الخطاب ، أو يقال بشمول الخطاب له بعد الاجازة وان لم يتلبس بالمبدء لعدم الدليل على اعتبار التلبس به في توجه الخطاب عليه :

واما دعوى الانصراف فلو سلمت فهو من الانصرافات البدوية منبث عنه ندرة الوقوع التي لا عبرة بها مع امكان منع لدرة وقوعه من الفضولي كيف وقد قيل بشيوعه وغلبة وقوعه بل وقيام السيرة عليه كما سنعرف :

ومنها : خبر عروة البارقي الذي أغنت شهرته عن للنظر في سنده ، وقد تضمن : أن النبي (ص) دفع اليه ديناراً ليشتري به شاة للاضحية ، فاشترى به شاتين وباع أحدهما في الطريق بدينار ورجع الى النبي (ص) بشاة ودينار ، فقال له النبي (ص) : بارك الله لك في صفقة يمينك :

وتقريب الاستدلال به على صحة الفضولي بكل من فعلي عروة اشترائه

لشائين بدینار الخارج عما وكل عليه : من اشتراء للواحدة به : واحتمال توقف اشتراء الواحدة المأمور بها على ضمیمة الثانية لعدم رضائه بالتبعض بعيد جدا وبینه لواحدة منهما بدینار مع أنه لم يوكله على البيع اصلاً ، وقد أقره للنبي (ص) على ذلك ودعا له بالبركة .

(ودعوى) خروج الاول عن الفضولى : اما بدعوى دخوله في الوكالة بالفحوى أو باحتمال اشترائه لنفسه ودفع الدينار وفاء عما في الذمة كما هو الغالب في المعاملات حتى للنقدية منها .

(يدفعها) أما الاووية فهي لو سلمت فبالنسبة الى شراء الواحدة بدینار لاشرائها بنصفه ، والدخول في الوكالة عرفاً - او سلم - فهو في جانب نقبصة الثمن دون الزيادة في الثمن إلا مع فرض تعذر حصول الواحدة بالأقل وهو غير معلوم ، بل ومع التعذر فغايته إحراز الرضا بشراء الشائين به ، ولا يدخل بمجرد ذلك في عنوان الوكالة : وأما احتمال كون للشراء لنفسه ، فع ان ظهور غلبة كون الثمن كلياً في الذمة بمجرد لايتمتع كوله في ذمته حتى يكون للشراء لنفسه بل يتبع قصده في ذلك - أنه لا يحتاج وقوعه للنبي (ص) الى قصد كونه له ، لكفاية أمره به الداعي له عليه ، وان غفل عن القصد حين للشراء مطلقاً . وكونه أحدث القصد لنفسه منفي بالاصل ، ومع للتزلز وفرض كون الاشتراء للنبي (ص) لاهلى جهة للفضولي فيكفى بيعه للشاة مع تقرير النبي دليلاً على صحة للفضولي ،

هذا وقد نوقش في الخبر بأنه قد تضمن وقوع للتصرف قهضاً وإقباضاً من الفضولى ، وهو محرم لعدم جواز تصرفه قبل لحوق الاجازة ، وهو يناهى تقرير النبي (ص) والدعاء له بالخير ، فلا بد في دفع المناقشة من تنزيهه على علم (عروة) برضاء النبي (ص) بذلك : وحينئذ فيدور الامر بين أمور ثلاثة : اما استثناء صورة العلم بالرضا ولحوق الاجازة عما دل على

عدم جواز التصرف في الفضولي قبل الاجازة ، أو خروج الفرض عن الفضولي بناء على كفاية الرضا المقارن من المالك في انعقاد المعاملة وترتب الاثر عليها : أو صحة اقباضه المبيع لعلمه برضاء النبي (ص) له وتنزيل قبضه للثمن على كونه أمانة في يده من المشتري بعد تنزيله على علم المشتري بالفضولي ليتمكن تصحيح القبض بالأمانة وإلا فلا يجوز قبضه للثمن مع جهل المشتري بالفضولي ، وإن صح إقباضه للعلم بالرضا :

هذا ولكن قد يחדش في الوجوه المذكورة : أما خروج المعاملة المقرولة برضاء المالك عن الفضولي فهو خلاف ظاهر اتفاقهم على كونها منه ، وأما الوجهان الآخران ، فبنيان على خروج الشراء عن الفضولي ودخول للشاتين في ملك النبي (ص) من غير توقف على اجازته حتى يصبح تصرفه في اقباض المبيع لعلمه برضاء النبي (ص) وإلا فلا يجدي رضاه قبل التملك في جواز التصرف في المبيع باقباضه .

وبعبارة أخرى : ان قلنا بكفاية العلم بالرضا والحقوق الاجازة في جواز التصرف فلا ريب في اعتبار كونه مالكا حين التصرف حتى يكتفى برضائه ، وبناء على ما قويناه من وقوع للشراء فضولياً لم يكن النبي (ص) قبل الاجازة مالكا للشاة المبيعة ، وان قلنا بكونها كاشفة حكماً فلا محيص عن ورود الاشكال على الخبر بناء على فضولية الشراء ، اللهم إلا أن يصحح تصرفه في اقباض المبيع بعلمه برضاء من يعتبر رضاه فيه وهو من كان مالكا في الواقع للدائر بين كونه للنبي (ص) ان لم يكن للشراء فضولياً أو للبايع الاصل ان كان فضولياً لانه بعدم الاجازة ترجع اليه الشاة مجالاً ولو قلنا بالمنع من تصرف الفضولي قبل الاجازة مطلقاً ولو مع العلم باحقوقها تعين الحمل على الوجه الاخير من تنزيل قبض الثمن على الامانة واقباض المبيع على العلم برضاء من يعتبر رضاه في التصرف :

وكيف كان ، فالرواية كافية في اثبات المطلوب ، هل هي احسن من غيرها في الدلالة عليه لولا انها حكاية فعل وقضية في واقعة .

ومنها : مصححة محمد بن قيس عن أبي جعفر محمد الباقر (ع) قال : « قضى أمير المؤمنين (ع) في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فامتولدها الذي اشتراها فولدت منه ، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال (ع) : الحكم ان يأخذ وليدته وانها ، فناشده الذي اشتراها ، فقال له : خذ ابنه للذي باعك للوليدة حتى ينفذ البيع لك ، فلما رآه أبوه قال ارسل ابني قل : لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه ... » . الحديث

وتقريب الاستدلال به من وجهين قوله (ع) في معالجة فك الولد بعد المناشدة خذ ابنه حتى ينفذ البيع لك ، وقول الباقر (ع) في مقام الحكاية ولما رأى ذلك سيد الوليدة فاجاز بيع ابنه . وهي وان اشتملت على مالا يمكن الالتزام به : من تأثير الاجازة المسبوقة بالرد لظهور المخاصمة فيه في نفوذ البيع للاجماع المنعقد على بطلان الاجازة الواقعة كذلك لإلأنه يجب صرف ما هو ظاهر في الرد عن ظاهره بالجمل على التردد دون الرد بقريضة ظهور تنفيذ البيع واجازته في كلاميهما عليهما السلام في الامضاء لما سبق من البيع وحملهما على تجديد المعاملة بعيد جداً . وحيث كان التعارض بين الظاهرين لعدم امكان العمل بهما بالاجماع من تعارض للظاهر . والظاهر تعين صرف الأول بقريضة الثاني دون العكس ، كما يتعين صرف الظاهر بقريضة للنص عند التعارض بينهما :

هذا وما يقال من وجوه استظهار الرد من الرواية زيادة على جهة ظهور المخاصمة فيه من اطلاق حكم الامام (ع) بأخذ الوليدة وانها مع وجوب تقييده باختيار الرد لو لم يكن راداً اذ لا معنى لاختها مع الاجازة

ومناشدة المشتري للامام (ع) والحاجة عليه في فك ولده وقوله (حتى ترسل ابني) الظاهر في انه حبسه لما بهرمه من قبعة الولد ولو يوم الولادة فانه مهور به ، والمغرور يرجع على من غره ، وارجاع الوليدة وامساك ولدها لقيمتها يوم الولادة وحمل امساكه الوليدة لقبض ثمنها (بنافيه) قوله (ع) فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه ، اذ المناسب لذلك إسقاط القيمة لا اجازة البيع فيكون للظهور في الرد ولو بمعونة مجموع ماذكر من اللوجوه اقوى من ظهور تنفيذ البيع واجازته في الامضاء فينعكس الأمر في صرف الظاهر ، وتسقط الرواية حينئذ عن الحجية على المطلوب .

يدفعه امكان المناقشة في الجميع : أما إطلاق الحكم بأخذ الجارية فلانه يجتمع مع الرد والتردد لبقاء الملك مالم تتحقق الاجازة واما ابنها فلاستحقاق القيمة على ابيه إلا اذا اجاز ، وقلنا بان الاجازة كاشفة فيكون القبض في حال التردد للقيمة على تقدير اختيار الرد ، وأما مناقشة المشتري له فلتعجيل الفك حباً لولده وإلا فولده مردود عليه على كل حال وان رد البيع غير انه مع الرد له القيمة على ابيه ، وأما اخذ الجارية فقد عرفت انه له ذلك رد او تردد بل ومع الاجازة لاجل ثمنها لان اجازة البيع غير اجازة قبض الثمن والفرض وقوع كل من البيع وقبض الثمن فضولاً .

هذا ومع التزل وفرض التساوى في الظهور بحيث يكون صرف احدهما بالخصوص عن ظاهره ترجيحاً هـ لا مرجح ، فغاية سقوطها عن الحجية - لو استدل بها من جهة الاجازة للشخصية الواقعة في مورد الرواية بناء على قاعدة اشراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي حيث لا يمكن للتعدى الى غير موردها للاجماع المتقدم المانع عن الاستدلال بها الموجب للاقتصار على موردها ولو بحمل المورد على علم الامام (ع) يكون مالك الوليدة كاذباً في دعواه عدم الاذن للولد فاستعمل ما به بصل الحق الى

صاحبه مع مراعاة ميزان للدعوى وللفضاء في مرحلة الظاهر ، وهو لا ينافي الاستدلال بظهور قوله حتى بنفذ لك البيع وقوله : فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنته ، في ان للمالك أن يجيز للعقد الواقع على ملكه :
 وبالجملة فالرواية وان كانت في قضية شخصية لا يمكن التعدي منها الى مثلها بالاجماع - إلا أنها يستنبط منها تأثير اجازة المالك في للعقد الواقع على ملكه فضولاً ولو في الجملة في غير مورد الاجماع على البطلان ، وهو الاجازة المسبوبة بالرد ، فالرواية تنهض لاثبات المطلوب من صحة الفضولي بالصحة التأهيلية ، وما أورده عليها من الموهنات غير مذكرونا من امره (ع) باخذ ابن الوليدة ولو على قيمته يوم الولادة مع العقاده حراً على الاقوى بل ولو العقد مملوكاً يجب فكه بقيمته لوجوب الامر بدفع القيمة او فكه بها أولاً مع خلو الرواية عنه ، وكذا أمره بحبس ابن السيد المعلوم حريته اما لما يفرمه من قيمة ولده ، او لثمن الوليدة الذي اخذه منه اولها معاً فانما يجوز الرجوع عليه بعد التفرغ والاختذ منه لاقبله وبعد المطالبة والامتناع عن الغرامة مع كونه ملئاً يجوز حبسه لأمره بالحبس ابتداء - كلها موهونة لانوجب السقوط عن الاستدلال بها حسب مذكرونا مع كونها قضية شخصية لعلها كانت مخوفة بقرائن حالية او مقالية سقطت من الرواية :

ثم ليعلم أولاً انه يفرق في اجازة السيد بعد تحققها بين كونها كاشفة وبين كونها ناقلة في استحقاقه قيمة الولد على أبيه وعدمه فلا يستحق على للكشف مطلقاً ولو حكماً لكشفه عن كون الوطء في ملكه ويستحق على النقل وان أجاز لخروجها عن ملكه من حين الاجازة لاقبلها ، وثانياً انه له للرجوع في ثمن الوليدة لواجاز بيع ابنته على كل واحد من المشتري وابنته البايع لو كان البيع بثمن شخصي ، ويتعين للرجوع على المشتري خاصة لو كان الثمن كلياً في اللزمة مع إجازته البيع فقط ، لعدم تعيين المقبوض ثمناً

إلا بعد اجازة القبض المفروض عدمه فى الرواية كما يتعين الرجوع به على ابنه مع اجازة القبض أيضا ، وهو اشكال آخر فى الرواية لان ظاهرها الاكتفاء فى السقوط عن المشتري بمجرد ايجازته للبيع ، وقد عرفت انه لا يستلزم اجازة القبض مع خلو الرواية عنها .

ومنها : فحوى النصوص المغتبرة والاجماع المحكية على صحة الفصولى فى النكاح مع ما دل على تأكيد الاحتياط فى الفروج وانه يكون منه الولد المناسب لشدة الاهتمام فى الاحتياط فيه ، فاذا جاز ذلك فيما كان الاحتياط فيه اشد جاز فيما كان الاحتياط فيه اضعف بطريق اولى ، وقد تمسك بها جماعة منهم الشهيد فى (غاية المراد) والسيد جدنا فى (الرياض) بل فيه بعد ذكر الأولوية : « ولعمري انهم اقوى الأدلة ولولاها لأشكل المصير الى هذا القول لحكاية الاجماعين الاثنين » انتهى .

ورد بكون الأولوية موهونة بما روي عن الصادق عليه السلام فى تزويج الوكيل المعزول قبل هلوغ خبر عزله اليه ، رداً على العامة المفرقين بين بيعه وتزويجه بالصحة فى الاول والبطالان فى الثانى ، قائلا : سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده فان النكاح اولى وأجدر أن يحتاط فيه لانه الفرج ومنه يكون الولد » الخبر ، الظاهر فى كون الصحة والنفوذ هو الموافق للاحتياط دون البطلان فاذا حكموا بما يوافق الاحتياط فى مورد الأضعف ، وهو البيع « يلزمهم الحكم به فيما كان الاحتياط فيه اشد وهو النكاح بطريق اولى .

وبالجملة اذا ثبت الحكم بما يوافق الاحتياط فى مورد الأضعف ثبت ذلك فى مورد الاقوى بالأولوية ، كما ان رفع اليد عن الاحتياط فى مورد يكون فيه الاحتياط اقوى يستلزم رفع اليد عنه فى مورد الأضعف بالأولوية ، ولا يلزم من العمل بالاحتياط فيما كان الاحتياط فيه اقوى العمل به فيما

كان الاحتياط فيه أضعف ، فالحكم منهم بالصحة الموافقة للاحتياط في البيع يلزم بالحكم بها في النكاح بطريق اولي ولا يلزم من الصحة في النكاح الصحة في البيع .
لعمري يبقى السؤال عن وجه الحكم بكون الصحة اوفق 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 بالخالية عن المانع ، ومتى دار الامر بين المحذورين كان الاحتياط في التجنب عن الاشد منها وهو الحكم بالصحة .

ويجوز مثل ذلك في نكاح الفضولي حرفاً بحرف ، لوحدة المناط ، وان كان مورد للنص هو تزويج الوكيل المعزول دون الفضولي فظهر أن للصحة في النكاح ولو كان فضولياً لانستلزم الصحة في البيع لان الاحتياط في البيع اضعف منه في النكاح :

وفيه - مع ان اولوية الصحة من البطلان في تزويج الوكيل المعزول موهونة بمنزلها عكسا في طلاقه حرفاً بحرف - أنه ليس الاحتياط في ذلك هل الاحتياط في الفروج حينئذ : اما بالطلاق أو بتجديد العقد أو الاجازة ، لانه يكون فضولياً على تقدير العزل في الواقع وصحته ثابتة في النكاح بالنص والاجماع ويمكن أن يكون ذلك من الامام عليه السلام في مقام الرد عليهم جرياً على مذاقهم .

نعم يمكن المناقشة في الاولوية التي استدلو بها بوجه آخر ، وهو أن تأثير الاسباب في ايجاد مسبباتها دائر مدار تحققها في الواقع بحسب ما تقتضيه ذواتها في السببية من غير مدخلة ما وراء ذاته فيه ، فلا اعتبار في سببية السبب بكثرة الاجزاء او للشرائط وقلتها وكون النكاح مبلياً على الاحتياط في معرفة سببه وما به يتحقق السبب لا اعتبار الكثرة في اجزائه وشرائطه :

وبهارة أخرى : معنى الاحتياط المؤكد فيه ان لا يعتمد في الطرق الموصولة الى معرفة السبب أو تحققه على ما يعتمد عليه في غيره من الظنون أو الاصول ، فورد الاحتياط انما هو في الشبهات الحكمية والموضوعية كما لو شك في شرطية شيء أو جزئيته في عقده أو شك في كونها المعقودة أو غيرها ، لاني كثرة الاجزاء وشرائط السبب وقتلتها ، فالضيق والتوسعة في الاسباب لمدخلية لها في الاحتياط وعدمه فالتوسعة والتخفيف في سبب النكاح لابتناف في الاحتياط المؤكد فيه ، بل لعل المناسب لحفظ الفروج من الزنا التوسعة في اسباب حلبيتها حذراً من الوقوع فيه ولعله الحكمة في تحليل المتعة وملك اليمين وتحليل الامة وحكمة حياء الميراث المسوغ لتقديم القبول على الاجاب في عقده ، فليس التخفيف الثابت في النكاح من حيث صحة الفضولي فيه بالنص والاجماع رفعاً للبد عن الاحتياط فيه حتى يستلزم رفع البد عنه في غيره بالاولوية ولذا لم يتمسك بها جل الفقهاء مع وضوحها لو كانت متحققة فافهم .

ومنها : ماورد بطرق معتبرة في تزويج العبد نفسه بغير اذن سيده من ارجاع الامر الى مشيئة السيد بين للتفريق والاجازة ، معللا فيه بانه لم يعص الله وانما عصي سيده فان شاء فرق بينهما وان شاء أجاز : وهو صريح في الصحة على تقدير الاجازة ، ولا يقدح في الاستدلال به مطلقاً اختصاص مورده بالنكاح المعلوم صحة للفضولي فيه بالاجماع وللنصوص المستفيضة والتمسك في التعدي منه الى غيره بالاولوية - مع كونها ممنوعة كما عرفت - قد تقدم الاستدلال بها أيضاً لان الاستدلال به من جهة عموم العلة المنصوصة فيه المستفادة من مقابلة عصيان الله بعصيان سيده بتقريب : أنه لم يعص الله حتى لا يرجى زوال المعصية بالحق رضاه لأن حرام الله حرام الى آخره ، هل عصي سيده المحتمل في حقه تعقب للرضا له ، فيكون حاصل الفرق : إما كان لحق الرضا وعدمه ،

فيصح في الاول بشرط اللحق لزوال المانع حينئذ ويبطل في الثاني لدوامه وامتناع رفعه ، ومقتضاه للصحة حيث ماكان المانع مرجو الزوال - لكأحاً كان او غيره عبداً كان العاقد أو غيره لنفسه كان عقد العبد اولهـ بـره - غير أنه في الأخير يحتمل للتوقف على اجازة مولاه أيضاً لان العبد بجميع جوارحه مملوك لمولاه يتوقف للتصرف فيه ولو من نفسه على اذنه أو اجازته بعد حمل ماورد من سلب قدرته على شيء وأنه كل على مولاه في قوله تعالى : « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لايقدر على شيء وهو كل على مولاه » على ارادة سلب الاستقلالية عنه واله بنفسه لايقدر على شيء وهو حقيقة وان كان مقدوراً له بواسطة اذن مولاه على سلب للقدرة عنه بالكلية بمعنى عدم القابلية له على شيء كالصغير والمجنون لان عدم للقدرة أعم من عدم القابلية ، كيف وهذه الروايات مع ما دل على صحة تجارة للعبد المأذون دليل على ثبوت للقابلية له وانه ليس مسلوب للعبارة ، فتكون قرينة على ارادة ماذكرناه من الآية ، ويحتمل قوياً عدم توقف نفوذه على اجازة مولاه بل يتوقف على اجازة من وقع الفصولي عنه فقط مطلقاً وان منع عنه المولى لعدم معلومية مملوكية العبد لمولاه بهذا القدر الذي يتوقف انشاؤه وتكاملاته حتى في المباحات التي لاتزاحم حقوق مولاه على اذنه واحرازه ولو بشاهد الحال ، ولو سلم فغايبته الاثم بمعصيته وهو لايدل على الفساد في المعاملة وبطلانه في الرواية برد السيد بسبب معصيته انما هو من جهة مزاحمته فيما يترتب على نفوذ عقده من الاثار المترتبة عليه ، وللتعبير بالمعصية ربما يكون لذلك ولو مسامحة ، وإلا فكون للعقد بنفسه معصية أول للكلام والمناقشة بالتفكيك بين المعصيتين فيه مع أنه يلزم من معصية للسيد معصية الله أيضاً فهو عاص لله بمعصية السيد :

مدفوعة باختلاف الحبشية من جهة الاولوية والثالثوية ، فانه لم يعصن

الله اولا وبالمذات وان عصاه بمعصية السيد ثانياً وبالعرض ، ضرورة ان
للنكاح من حيث هو ولو للعبد مأمور به شرعاً وان كان فيه مشروطاً
هاذن السيد :

ومنها: ماورد في عامل مال المضاربة لو خالف ماشرط عليه من تعيين
سلعة مخصوصة فاشترى غيرها : أنه يضمن المال والربح بينهما على الشرط
وهو لا يتم إلا على صحة للفضولي وان الاجازة كالاذن السابق لتصح المضاربة
ويكون الربح على الشرط والا فالربح كله للمالك ، وان قلنا بكونه فضولياً
يصح بالحقوق الاجازة ، لكن غير بعيد بل يحتمل قوياً دعوى ان ذلك ليس
من الفضولي حتى يصلح أن يكون دليلاً على صحته ، لأن الغرض الاصل
من المضاربة انما هو الاستفراغ بتقلب المال ولم يتعلق غرض بخصوص الاعيان
إلا من جهة التحفظ عن الخسران وسلامة رأس المال عن النقصان ، ولعل
للشرط لذلك لانه بمخالفته يدخل المال في عهدة للعامل وضمانه فيحصل
المقصود وهو السلامة عن الخسران ، وإلا فاطلاقات النصوص الواردة في
المقام تقضى بصحة المضاربة والربح على الشرط من غير توقف على الاجازة
وليس الا لتحقيق الاذن الكلي بما يوجب الربح فهي موافقة للقواعد جارية
على مجراها ، وعليه فلا أثم على العامل بالتصرف فيه كما يشعر به خلو
النصوص عن التعرض له مع كونه مقام بيانه ايضاً وهو مؤيد لما ذكرناه ،
نعم لو قلنا بمخالفة النصوص القواعد وجب الاقتصار على مودها
واللهدى منه الى غيره ، وان امكن بالحمل على الفضولي ، إلا انه يجب تقييدها
بالاجازة والرضاء بها مضاربة او تنزيلها على الغالب من تحقق الاجازة بظهور
الربح ، وبالحملة فالنصوص اما محمولة على ما ذكرناه او على الفضولي مع
التقييد بالاجازة - كما عن بعض - او على التعمد بظواهرها المخالف للقواعد
مع الاقتصار على مودها ، وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله . فهي لاتصلح

لان تكون دليلاً في المقام الا على الاحتمال الثاني :

ومنها : ماورد في استرجاع الودعي الجاحد للوديعة من ردها برحبها للمالك المودع ، فمن مسمع ابن ابي سيار قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني كنت استودعت رجلاً مالا فجحد فيه وحلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته اياه ، فقال : هذا مالك فخذهُ وهو أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك ، فهي لك مع مالك واجهاني في حل ، وأخذت المال منه وأبيت ان آخذ للربح ، وأوقفت المال الذي كنت استودعته واتييت حتى استطلع رأبك فما ترى ؟ قال فقال عليه السلام خذ الربح واعطه النصف وأحلّه ، ان هذا الرجل ثائب ، والله يحب التوابين .. » الخبر وأخذ الربح الظاهر في الاستحقاق مبنى على صحة الفضولي والا فلا شيء له من الربح ، وهو منزل على الغالب من حقوق الاجازة ليستحق الربح ، ومن وقوع المعاملة بالمعاطاة لا بالعقود حتى يقال بغلبة الأثمان فيها كليا في الذمة فغلبة العقود في كون الثمن كليا في الذمة لاشخصياً معيناً لاتنافي غلبة وقوع المعاملات بالمعاطاة التي يكون الثمن فيها مشخصاً خارجاً واعطاء النصف له للنصف لا بالاستحقاق رعاية لاحترام عمله بعد التوبة وان كان مهذوراً من اصله لان الله يحب التوابين .

ومنها: ماورد مستفيضاً - وفيه الصحيح والمعتبر - فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه : أنه يضمن المال والربح للطفل او لليتيم : والتقريب فيه : ما تقدم حرفاً بحرف وكون الربح له مطلقاً وان لم تلحقه الاجازة نظراً الى اطلاقها ، يدفعه ورود الاطلاق مورد الغالب - كما عرفت من حقوق الاجازة من الولي - او منه بعد البلوغ بظهور الربح فلا يفيد تخصيصاً لما دل على اعتبار الاجازة في صحة الفضولي وكذا لاحاجة الى ما قبل من تحقق الاجازة الالهية في امثال المقام .

ومنها : مصححة الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً 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 مازاد ، وللتقريب فيه ما تقدم من التنزيل على الغالب باجازه البيع للواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برده بل هو مطلوب له بالاولوية .

ومنها : ما روى من بيع عقيل دون النبي (ص) بمكة ثم أخبره النبي (ص) فأجازه .

ومنها : رواية ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام ، عن عبد لقوم مأذون له في للتجارة : دفع اليه رجل ألف درهم ، فقال : اشتر بها لسمة واعتقها وحج عني بالباقي ، ثم مات صاحب الالف فالطلق العبد فاشترى أهاه فأعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي للحج عن الميت ، فحج عنه وباع ذلك موالى أبيه ومولايه وورثة الميت جميعاً ، فاخصموا جميعاً في الالف ، فقال موالى للعبد المعتق : إنما اشتريت أباك بما لنا ، وقال الورثة : إنما اشتريت أباك بما لنا وقال موالى العبد : إنما اشتريت أباك بما لنا فقال : أبو جعفر عابه السلام : أما الحجة فقد مضت بما فيها لا نرد ، وأما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه وأى الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى أباه من أمواهم كان له رقا ، الحديث وتقريب الفضولية فيه وتصويرها بالنسبة الى ورثة الدافع مبني على كون الدفع منه بعنوان الوكالة ووقوع الشراء بعد موته الموجب لبطلانها وانتقال المال الى الوارث ، فيكون التصرف فيه على تقديره فضولياً وبالنسبة الى مولى المأذون باختصاص الاذن منه بالتجارة التي ليس للواقع منها بناء على ظهور الاذن في التجارة بما فيها الاسترباح فيكون الشراء بماله على تقديره تصرفاً فيه بغير اذنه وإلا بان كان الاذن بمطلق التكسب الشامل للاسترباح وغيره ، كان الفضولي مختصاً بورثة للدافع وعلى كل حال

فهو ظاهر في الصحة بناء على انه اولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد المطالبة المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى للشراء بالمال ولا اقامة للبيئة عليها كافيّة في تملك المبيع (وحمل) الدفع على الوصية - كما احتمله في الجواهر - مع انه يباه صريح ذيل الخبر من قوله : وأي الفريقين الى قوله : كان له رقا ، لان دعوى الورثة على تقديره دعوى للحرية دون الترقية (يدفعه) أنه لا تنوجه للدعوى حينئذ منهم بذلك لعدم المدخلة لهم فيه حينئذ وكيف كان فان اقام واحد منها بيئة حكم له بها وان اقامها كل واحد منها انى على تقديم بيئة الداخل او الخارج بناء على ان يد للعبد وان كان ماذوناً يد مولاه .

والجملة فالرواية - وان امكن الاستدلال بها على صحة الفضولي بناء على ما قررناه فضلا عن التأييد بها إلا انها لضعف سندها بجهالة الراوى او غلوة وان سبق عليه بعض أصحاب الاجماع - كما قيل - ومخالفتها للقواعد من جهة اشتمالها على صحة تصرف المأذون بالتجارة في غير ما اذن له اولا ، وصحة استيجار ابيه للحج مع ظهور الامر في ان يحج عنه بنفسه ثانياً ، وصحة الحج مع كونه رقا بغير اذن سيده ثالثاً ، وتقديم قول مولى الاب المدعى لفساد البيع على المدعين للصحة من مولى المأذون وورثة الدافع رابعاً ، وان نخلص عنه في القواعد بحمل كلام مولى الاب على انكار البيع من اصله وانه المعني بقولهم انما اشترت أهلك بآلنا ، وهو كما ترى من التكلف المخالف لصريح الخبر ، وعدم تقديم قول ذى اليد وهو مولى المأذون وتقديم قول مولى الاب على قوله مع كونه خارجاً خامساً ، وعود العبد رقا الى مولاه مع اعترافه بالبيع وان ادعى فساد : سادساً -

يجب طرحها - وان كانت مشهورة ، رواية لا فتوى ، وان حكى العمل بها عن الشيخ في (النهاية) والقاضي وحينئذ فالذي تقتضيه اصول

المذهب وقواعد - بعد طرح الخبر - : هو ان يقال ان المأذون : ان كان مأذوناً بالتجارة وغيره لمولاه وغيره نفذ لإقراره في عمله فيصح عتقه وحجبه عن الدافع ان وقع ذلك منه في حياته ، وان وقع بعد موته كان المعنى رقا لورثة الدافع لثبوت كون الاشتراء بمألهم بإقراره بعد بطلان الوكالة بموت الدافع وانتقال المال الى ورثته لكون يد المأذون حينئذ مشتركة بين مولاه وغيره ممن له مال عنده او عمل كلفه به وانه كالحر في الامانة : وما قيل من عدم قبول قول المأذون لغير مولاه ، انما هو فيما كان الاذن مختصاً بالتجارة لنفسه ، وان كان الاذن له مقصوراً على للتجارة لنفسه او مشكوكاً تعميمه قدم قول مولى المأذون لكونه ذا يد على عبده وما في يده حتى يعلم التفاهة عنه ويرد المعنى رقا لمولاه المأذون حتى تقوم بينة على خلافه ، فان اقامها كل من ورثة الدافع ومن مولى الاب قدمت بينة للورثة لترجيحها بدعوى الصحة ويحتمل تقديم بينة مولى الاب لكونها كالخارجة بالنسبة الى بينة الورثة لانها بينة اقيمت على خلاف الاصل والظاهر وهو الفساد ، ومع انضمام بينة مولى المأذون الى البيتين بنى تقديمها على تقديم بينة الداخل على الخارج وعدمه ، وعلى الثاني ، ففي تقديم احدى البيتين الخارجتين على الاخرى ماتقدم من الاحتمالين :

ومما ذكرناه ظهر ضعف ماقواء في (الدروس) حيث قال : «وقد يقال بان المأذون بيده مال المولى الاب وغيره ويتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع الى اصاله بقاء الملك على مالكة ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد لان دعوى الصحة مشتركة بين متقابلين متكافئين تساقطاً ، وهذا واضح لا غبار عليه : ... » انتهى :

لما عرفت من الترجيح ومنع التكافؤ على كل من تقدبرى عموم الاذن وخصوصه : ومع فرض تسليم للتكافؤ فقد يمنع التساقط بالكيفية لتوافقها على

الصحة ونفى الثالث . هذا ونمام للكلام فيه موكول الى محله :

ومنها : ما ربما ايد به للقول بالصحة موثقة عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام : « عن السمسار يشترى بالاجر فيدفع اليه الورق فيشترط عليه أنك تأتي بما تشقري فما شئت اخذته وما شئت تركته ، فذهب ليشتري المتاع فيقول : خذ مارضيت ودع ماكرهت ؟ قال لا بأس . » الخبر بناء على قيام احتمالات متكاثرة في اشتراء السمسار يكون على احدها فضولياً عن صاحب الورق مع نفي اليأس عنه في الجواب القاضي بحكم ترك الاستفصال مع اجمال للسؤال بعموم الحكم بالصحة بجميع احتمالاته لان اشتراء السمسار يحتمل أن يكون لنفسه بماله او في ذمته ويكون المدفوع له قرضاً عليه يستوفي منه صاحب الورق بما يشترى من المتاع . ولا يتنافى هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشترى بالاجر ، لان توصيفه به بملاحظة صناعته وحرفته لا بملاحظته هذه القضية للشخصية : . ويحتمل ان يكون وقوعه منه بنحو الوكالة عن صاحب الورق على ان يكون الاشتراء له مشروطاً له الخيار على بايع المتاع بتوسط السمسار ماشاء اخذه وما كرهه رده وعليه وان كان الانسب بل المناسب التعبير عن الرد بالفسخ إلا انه يعبر به كناية عنه ايضاً .

ويحتمل ان يكون الاشتراء من السمسار وقع بعين الورق لا باذن صاحبه حتى يخرج به عن الفضولي ويكون دفع المال منه اليه بنحو الامانة وحصول الاطمينان له به وصول ثمن ما يشترى منه ويكون فائدة الشرط عليه من اخذ ما يريد ورد ما يكرهه عدم مطالبة الاجر منه على عمله او حذراً من إيبائه وامتناعه عن ذلك ، فتترك الاستفصال مع الاجمال بقيام الاحتمال في السؤال بقضي بعموم الحكم في جميع المحتملات التي منها احتمال الفضولي عنه :

وفيه : ان احتمال الفضولى - مع كونه بعيداً في نفسه موهون بغلبة تسليم
للنحو الشخصي الواقع عليه للعقد فضلاً عن غلبة وقوع المعاملة بالمعاطاة
المستلزمة لذلك : وتسليم الورق قبل اجازة صاحبه محرم - ينافيه وجوب حمل
فعل المسلم على التصحيح واحتمال الاذن يدفعه ثمناً ودعوى عدم منافاته
للفضولى من الاغلاط الواضحة :

نعم هنا احتمال رابع يكافئ الاحتمالين الاولين ، وهو وقوع الاشتراء
بالمساومة واطلاقه عليه اطلاق شايع او مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق
لطائفة السمسار وهو كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار ، وهو عندي
أظهر الاحتمالات ، ويقلوه في الظهور الاحتمال الاول ، واضعفها بل لا يلتفت
ليه الاحتمال الثالث ، فلا تصلح المؤثقة للاستيناس بها على الصحة فضلاً
عن التأييد بها .

ومنها : ماورد من صحة الاشتراء مما فيه الخمس ممن لا يخمس من غيرنا
مع كونه من المعاملة على مال الامام (ع) من غيره وهو فضولى صح باجازة
الامام (ع) بحكم اخبار الاباحة والتحليل .

ومنها : ماورد من الامر بالتصدق بالمظالم ومجهول المالك مع تخيير
المالك بين الرد فيأخذ العين او يدها مع التلف ويكون الاجر للمتصدق وبين
الاجازة فيكون له الثواب :

والجواب عنه وعما قبله بخروجهما عن الفضولى للاذن منهم بذلك
لشيعتهم المستفاد من اخبار الاباحة والتحليل في الاول ، والامر بالتصدق
شراً عن المالك لانه من اقرب طرق الايبصال اليه عند تعذر الحقيقة في
الثاني ، وان قلنا بتخيير المالك بعد ظهوره بين الرد ، فيرجع ببدل التالف
من المثل أو القيمة وبين الامضاء فله القول بالثواب .

وهذه الادلة المذكورة للقول بالصحة ، وان امكن المناقشة في اغلبها

إلا أنه نتركم بعضها مع بعض ربما يشرف الفقيه على للقطع بافادتها الصحة فضلاً عن اللظن الاطميناني بها :

واحتمج للقول بالبطلان بعد الأصل بالأدلة الاربعة :

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

وفيه منع إفادة الحصر في المستثنى مع ظهور كون الاستثناء منقطعاً لان للتجارة عن تراض ليس من أفراد الاكل بالباطل حتى يكون داخلاً فيه موضوعاً خارجاً عنه حكماً وحينئذ فيكون ذكر المستثنى منه توطئة لبيان مسببة المستثنى للحل لاحصر مسببة الحل في المستثنى ، فهو من قبيل اثبات حكم لموضوع ونقيضه لموضوع آخر ، وقد تقدم للكلام فيه مفصلاً في المعاطاة فراجع :

وأما استفادته من مفهوم القيد ، فقد أجيب عنه مرة بالكار كونه قيداً بل هو خبر بعد خبر على قرينة النصب ، واخرى بمنع تحقق المفهوم له لوروده مورد الغالب كما في قوله تعالى : « وربائبكم اللاتي في حجوركم »

وفيه : اما الاول فيدفعه ما هو مسلم عندهم : من أن الجمل والظروف بعد النكرات اوصاف وبعد المعارف أحوال . واما الثاني - فيدفعه - مضافاً الى كون الاصل في القيد أن يكون احترامياً - أن للقيد انما ينزل على الغالب حيث يكون حكم القيد به والمجرد عنه واحداً ، ومن المعلوم أن التجارة المجردة عن القراضى بالمرة الذي هو من أفراد الموضوع المفهوم غير صحيح وهو من الاكل بالباطل ، فيكون خروج الفرد من المفهوم المعلوم خروجه

عن حكم المقيّد قرينة مؤكدة لاصالة الاحتراز في القيد :

فالأحسن في الجواب أن يقال (١) أن التجارة التي هي بمعنى التكبس هنا كناية عن السهب الناقل ، وهو الفضولي مركب من العقد والاجازة ، بناء على النقل او منه معقباً بلحوقها او مراعى به بناء على للكشف كما سيأتي وبلحوق الاجازة بصدق عليه أنه تجارة عن تراض ، وقبلها لتجارة ،

(١) وببيان آخر : إن الخطاب في الآية الشريفة للمالكى الأموال ،

والأكل كناية عن التملك لا مجرد التصرف ، إذ هو غير متوقف جوازه على التجارة عن تراض : ويمكن أن يكون الاستثناء في الآية متصلاً ، وإن المراد : لا يأكل بعضكم أموال بعض بالنهب والغصب والسرقة والمقامرة وغيرها من الوجوه الواقعة عن غير رضا من مالكى الأموال ، فإنه باطل فتواه « بالباطل » بيان لوجه التحريم وعلمته 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 للنصب بنزع الخافض ، أو يكون التقدير : إلا أن تكون الأموال أموال تجارة عن تراض ، على حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه . وعلى كل فواء كان الاستثناء متصلاً أو منقطعاً فالعجاجة عن تراض

لم تكن من الباطل ، والاستدلال بالآية على صحة الفضولي لا يتوقف على كون الاستثناء متصلاً ، بل يتوقف على بيان أن التجارة للصادرة من الفضولي على مال الغير ، وإن لم تكن بمعناها المصدرى - وهي جهة الانشاء بالعقد للصادر منه عن رضى ممن ينفذ رضاه ، ولكنها بمعناها الاسم المصدرى المنشأ بانشاء الفضولي ، أعني : انتقال مال المالك الى الغير بعوضه الجاز من قبل المالك - هي تجارة له أي للمالك عن رضى منه بهما وبمقادها ، فنشملها الآية للشريفة :

لا أنه تجارة لاعتراض :

وأما السنة ، فأخبار : منها - النبوي المروي مستفيضاً ، لاتباع ماليس عندك « بناء على إرادة السلطنة من الظرف المضاف ، فيكون النهي عن بيع ما هو خارج عنها الذي منه الفضولي ولا ينقص بيع الولي والمادون لتحقيق السلطنة لها عليه .

وفيه - مع كونه مرهياً بضعف السند لكونه عاماً ومعارضاً بما هو أقوى منه سنداً ودلالة من النصوص المتبعة المستفيضة المحوزة لبيع ماليس عنده المعربة عن كون المنع عنه مذهب العامة ، ففي الصحيح : ممن باع ماليس عنه ؟ قال : لأبأس ، قلت : ان من عندنا يفسده قال ولم قلت : باع ماليس عنده ، قال ما يقول في السلف قد باع صاحبه ماليس عنده (٥) الخبر (محمول) على بيع ما يتعذر عليه تسليمه أو يتعسر إرشاداً الى دفع كلفة التسليم ، وليس منه الفضولي مع اجازة المالك أو ينزل على البيع عن نفسه قبل أن يملك ، ثم يعضي ليشتره من مالكة كما عن (الذكرة) مستدلاً عليه بقوله ، لانه (ص) ذكره جواباً للحكيم بن حزام حيث سأله عن ان يبيع الشيء فبعضي ويشتره ويسلمه فان هذا البيع غير جائز ولا نعلم فيه

= والحاصل : ان حقيقة التكسب ونتيجة لإنشاء للفضولي - وللعقد للصادر منه - وهي المبادلة بين المالين للقابلية الاستناد الى المالك باجازه - هي تجارة للمالك لا للفضولي ليقال : إنها لم تكن عن رضى ممن له الرضا والاختيار ولم تكن مشمولة للاية الشريفة :

(٥) وبه يظهر ما في كلام شيخنا المرتضى في (مكاسبه) في الجواب عن النبوي قائلاً: ان الظاهر من الموصول هي العين للشخصية للإجماع والنص على جواز بيع للكل لانه منه كالاتجاه في مقابل النص :

(منه دام ظله)

ج ٢ الاستدلال على ذلك بالأحاديث النبوية في غيرها ومناقشتها والتمحيق حولها ٢٢٣

خلافاً للنهي المذكور وللغرض لان صاحبها قد لا يبيعها » انتهى : ولعله بأني من مزيد بيان للمنع عن مثل هذا البيع .

ومنها : للنبي الآخر : « لا يبيع إلا فيما يملك » بعد قوله (ص) « لا تطلق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك » الظاهر بقربته السياق في إرادة الأعم من ملك العين وملك التصرف وللعاقبة الفضولي ليس بملك لا للعين ولا للتصرف :

وفيه - مع قوة احتمال (١) إرادة نفي البيع عما لا يملك بالبناء للمجهول أو للمعلوم بإرادة نفي المملوكية دون الملك كالحرق ونحوه ، أو احتمال نفي البيع قبل أن يملك ثم ملك كالحجر السابق ، أو منزل على إرادة البيع الموجب لترب الآثار عليه - لانكافي ما تقدم : من أدلة الصحة من وجوه عديدة : ومع الغرض عما ذكرنا في الخبرين ، انهما إلا كالأعم المخصص بما تقدم من أدلة للصحة لانها بالنسبة ليهما كالأخص بالنسبة إلى العام ،

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

(١) للظاهر ان احتمال إرادة نفي البيع عما لا يملك - بالبناء للمجهول أو للمعلوم بإرادة نفي المملوكية دون الملك كالحرق ونحوه - بعيد ، فان النفي في النبوي المذكور لبيان نفي صحة مدخوله وترتب الأثر عليه بلسان نفي حقيقة ، فهو نفي للحكم بلسان نفي الموضوع لانفي للموضوع ، وما لا يملك كالحرق غير قابل للبيع والعتق ، كما ان غير الزوجة غير قابلة للطلاق ، إذ البيع مبادلة مال بمال ، والعتق فك رقبة المملوك ، والطلاق حل رقبة الزوجية :

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

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

ومنها : صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال : « سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأته من آل فلان بعض قطائعهم ، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه ، فيعطيهما المال أم يمنعها ؟ قال : قل له ليمنعها أشد المنع ، فإنها باعت مالا تملكه » الخبر ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في حديث قال فيه : « سأله رجل من أهل النبل عن أرض شراها بفهم للنبل ، وهل الأرض يقولون : هي أرضهم وأهل الأسمان يقولون : هي أرضنا ؟ قال لا تشتريها إلا برضاء أهلها » الخبر :

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

ومنها : مارواه في الاحتجاج مما خرج من الناحية المقدسة في نوقعات محمد بن عبد الله ابن جعفر الحميري في السؤال عن ضبيعة للسلطان فيها حصّة مغصوبة ، فهل يجوز شراؤها من السلطان أم لا ؟ فأجاب (ع) : « للبيعة لا يجوز ابتاعها إلا من مالها أو بأمره أو برضاء منه » الخبر

ومنها : ما عن (الفقيه) بإسناده عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آثائه (ع) عن رسول الله (ص) في حديث

ج ٢ ذكر بقية الأخبار الدالة على البطلان والاجماع المقول والجواب عنها ٢٢٥

المنتهي قال : « ومن اشترى خيانة فهو كالذي خانها » الخبر .

ومنها مارواه الشيخ عن أبي بصير قال : « سألت أحدهما (ع) عن شراء الخيانة والسرقة ؟ قال لا » الخبر

ومنها - مارواه عن جراح عن أبي عبدالله (ع) قال : « لا يصلح شراء الخيانة والسرقة اذا عرفت » الخبر

ومنها - ما عن قرب الاسناد بسنده عن علي بن جعفر (ع) عن اخيه موسى (ع) قال : « سألت عن رجل سرق جارية ثم باعها بحمل فرجها لمن اشترى ؟ قال : اذا انبأهم أنها سرقة فلا تحل وان لم يعلم فلا بأس » :
والجواب عن هذه الطائفة من الأخبار التي أوردتها في (الحقائق) مستدلاً بها على مختاره من بطلان الفضولي حتى كأنه عمر على ما لم يعرف عليه من قبله متبجحاً بها عليهم : أنها ظاهرة بقربينة السياق في إرادة التملك من الاتباع المذكور ولزومه وترتب الآثار عليه على حد الاتباع من المالك لمن نظر إليها بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف ، مضافاً الى أن صحيحة ابن فضيل إنما تضمنت السؤال والجواب عن اعطاء المال للفضولي وهو ممنوع عنه حتى على القول بالصحة ايضاً : والى أن صحيحة محمد بن مسلم مفروض فيها التنازع بين أهلها الظاهر في الرد وعدم الاجازة ممن لم يقع الاشتراء منه (ودعوى) ظهور حصر الجواز في المستثنى في الجواب على سبق الاذن دون لحوقه (مردودة) على مدعيها ، وابن ذلك من محل النزاع في قاطبة عقد الفضولي وتأثيره بالحقوق الاجازة وعدمها :
وأما الاجماع فهو محكي عن الشيخ في (الخلاف) وابن زهرة في (اللغنية) مؤيداً بدعوى الحلي في مضاربة (السرائر) عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب بعين المصوب

وفيه - مع أنه موهون بمصير المعظم ، بل المشهور على الخلاف ، بل

للشيخ هو أفنى بالصحة في (لهائته) الذي قبل : إنها آخر كتبه ولمل فتواه بها فيها تعلى كون الاجماع منه منقولاً لا محصلاً ، بل لم تنسب لفتوى بالبطلان الى غير مدعيه ، والحلى من القدماء ، بل المحكي عنهم القول بالصحة بل عن ظاهر (التذكرة) دعوى الاجماع عليه - أنه لا يكافي ما تقدم من أدلة الصحة ، وان ذهب اليه بعض متأخري المتأخرين على ما حكى عنهم كالغفر والسيد الداماد والمقدس الاردبيلي والحر في (وسائله) والبحراني في (حدائقه) وقواه جدنا في (مصابيح) .

وأما للعقل فتقريره - على ما قبل بتوضيح منا - هو : ان للفضولي متصرف في مال الغير بالعقد عليه بغير اذنه ، والتصرف في مال الغير كذلك قبيح عقلاً ونقلاً ، ففي التوقيع المروي عن الاحتجاج لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بأذنه .

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 ناقصاً وضعيفاً بتم ويقوى باجازة المالك وان كان منه كان قوياً تاماً بحيث يترتب عليه أثره من النقل والانتقال ، وهذا الامر الحادث في مال الغير تصرف فيه في الواقع لا بالتسامح العرفي وهو محرم منهى عنه ، والنهي يقتضى الفساد فالقول بالصحة الموجبة لما يقتضى الفساد يستلزم القول بعدمها ، فهو من قبيل ما يلزم من وجوده عدمه وما كان كذلك كان باطلاً بالضرورة : وبهذا التقرير يتضح لك بطلان قياسه الاستثائية والاصطلاء بنور للغير ولاره لأن المقيس عليه من الانتفاع بمال الغير المجرد عن التصرف فيه بخلاف المقيس الذي هو من التصرف فيه حقيقة - كما عرفت - ولا ملازمة بينهما وأن إحراز الاذن بهذا النحو من التصرف من الحال أو المقال لا يخرج عن الفضولي بالاتفاق وأنه محرم وان لم يقصد ترتب الاثر عليه لكونه بنفسه

تصرفاً ولا يعترف به القائل بالصحة .

ومنه يظهر لك مواقع التأمل - بل النظر - في كلام شيخنا في (المكاسب) حيث قال - في الجواب عنه ما لفظه - « والجواب ان للعقد على مال الغير متوقفاً لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفاً فيه - الى أن قال - ثم لو فرض كونه تصرفاً فما استقل العقل بجوازه مثل الاستئصانة والاصطلاء بنور الغير وناره مع انه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج من الفضولى ، مع أن تحريمه لا يدل على الفساد ، مع أنه او دل دل على هطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم استقلاله في ذلك ولا ينكره القائل بالصحة ، انتهى فالاحسن أن يجاب عنه - كما ذكره في طي أجوبتهم - أولاً - بعدم الدليل على حرمة هذا التحريم من التصرف ، لاعقلا لعدم حكمه بحرمته ، ولا نقلاً لعدم انصراف التصرف فيه الى مثل ذلك ، وثانياً - بعدم دلالة النهي التحريمي على الفساد وإن تعلق بذات المعاملة مطلقاً سواء كان لمفوضية ذاته بذاته ، ومن حيث كونه فعلاً من الافعال كعقد المحرم او المعتكف على الاجنبية او لاسفلزاه العنوان المحرم كالبيع وقت النداء المستلزم لتفويت الجمعية او لمفوضية اثره المترتب عليه كبيع المصحف او المسلم من الكافر بناء على تملكه وجبره بالخروج عن ملكه بخلاف ما كان منه ارشاداً الى عدم ترتب الاثر عليه ، فان النواهي الارشادية تقتضي الفساد قطعاً بعد أن كان معنى الفساد في المعاملة عدم ترتب الاثر عليها ، واكثر ماورد من النواهي في المعاملات من القسم الأخير ، ولذا قيل بالحمل عليه عند الشك فيه ، لان الظن بالشيء يلحق بالاعم الأغلب وان كان حقيقة في التحريم ، وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله وكيف كان فلو سلم التحريم فلا نسلم اقتضاه الفساد هذا .

وقد استدل بعض (١) لقول بالبطلان بوجهين آخرين :

الاول - ان القدرة على التسليم شرط في صحة البيع بالاجماع المسقيض وهي مفقودة في الفضولى ، لانه فعل المالك دون العاقد الفضولى .
وفيه - اولاً أنه مبني على شرطية القدرة لمانعية العجز ، وهو غير معلوم ، وان طفحت بالاول عباراتهم واشتملت عليه معاهد إجماعاتهم إلا أنه من المحتمل قوياً - كما في الجواهر - ارادة مانعية العجز منه ولو بقربة تمثيلهم لما لا يكون مقدوراً ببيع السمك في الماء ، والطير في الهواء ونحوهما مما يوجب للباس من حصوله ، واختلافهم في صحة بيع الضال والضالة ونحوهما مما يرجح حصوله مع عدمها حال البيع وتظهر الثمرة في المشكوك فيه ، فيبطل على الاول ، ويصح على الثاني ومنه الفضولى المتوقع للاجازة والمقصود من مانعية العجز مانعية أثره الحاصل من العلم به وهو اليأس الذي هو امر وجودى لكونه من الصفات النفسانية تحدث بحدوث سببه وبذلك يظهر ضعف ما قبل في الرد عليه : من أن العجز الذي معناه عدم القدرة أمر عدمى لا يصلح لصدق المانعية عليه بعد ان كان المانع ما يلزم من وجوده لعدم .

وثانياً - لو سلمنا شرطية القدرة فلا نسلم اعتبارها في مطلق للعقد ، وإلا لبطل أغلب الوكالات وهي الواقعة على مجرد العقد وإجزائه دون لوازمه ، وإنما المعتبر فيها قدرة الموكل دون للعقد الوكيل ، وليس الا من جهة عدم مدخلية الوكيل في لوازم العقد من التسليم ونحوه ، فعند اعتبار القدرة في الوكيل المزبور لعدم مدخليته في التسليم لا لوكالته على العقد وهذه الجهة السلبية مشتركة الورد بين الوكيل والفضولى (ودعوى)

(١) المقصود به - جـدنا الأعلى - قدس سره - السيد بحر العلوم ، ذكره في

(مصابيح) الذى لا يزال مخطوطاً .

اختصاص تأثير قدرة الموكل بما لو بنى عليها عقد الوكيل (ضعيفة) بل ممنوعة بل هي المعتبرة في الصحة مطلقا ، لانه المأمور بالوفاء به إلا اذا بنى العقد على قدرة الوكيل على التسليم ، كضعف دعوى الفرق بينهما : بأن عقد الوكيل عقد الموكل بعد تنزيل ذاته منزلة ذاته بالوكالة أو فعله منزلة فعله ولا كذلك للفضولي ، كيف ولو كان الوجه ذلك لكان الاحسن 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 لجدها في (المصايب) فاعتبر القدرة المعلومة في الصحة والظاهر أن العلم بها شرط للحكم بالصحة دون نفس الصحة وحينئذ فاما أن يعلم بها او يعلم عدمها أولا يعلم . وعلى التقادير الثلاث ، فاما ان يصادف وجودها في الواقع أو يصادف عدمها :

فان علم بها وكانت موجودة في الواقع صحح على التقديرين كما أنه يبطل كذلك لو كانت مفقودة لانتفاء المشروط بالانتفاء شرطه .

وان علم بعدمها وكانت مفقودة في الواقع بطل أيضا لانتفاء للشرط على القولين وان صادف وجود المانع أيضا وهو اليأس الحاصل من العلم به على ماقوبناه من احتمال مانعية الهجز غير أن الحكم بالبطالان حيثلذ مسبب عن عدم الشرط دون وجود المانع .

وان كانت موجودة في الواقع مع العلم بعدمها بطل عندنا لوجود المانع وهو اليأس ، لالانتفاء للشرط وهو القدرة لانكشاف وجوده ، وعند جدنا ، لانتفاء الشرط ولو بالانتفاء جزئه وهو وصف للعلم .

وان كان لا يعلم وصادف عدمها في الواقع بطل على القولين لانتفاء الشرط ولو بالانتفاء جزئه على التقديرين ، وان صادف وجودها بطل لانتفاء للشرط بناء على أنه للقدرة المعلومة : وصحح عندنا لوجود الشرط وهو للقدرة في الواقع وعدم المانع وهو اليأس .

ثم ان المدار في وجود الشرط على وجوده عند استحقاق التسليم لكونه مقدمة له لتوقفه عليه لاحال العقد ، فلو تجددت القدرة بعد العقد قبل زمان التسليم صح العقد مالم يعلم عدمه حال العقد ، وإلا بطل اوجود اليأس المانع عن الصحة حين الاقدام على العقد لدخوله معه في السفه الموجب لبطلانه ، بل هو المتيقن ارادته من الغرر المنهى عنه في النبوي المشهور بين الفريقين ، لامطلق ما كان فيه خطر كما يظهر من تفسير بعض له بالخطر لانقاضه بصحة جملة من الموارد الخطرية على ما صرح بها غير واحد من الاصحاب فالظاهر كون المراد من الغرر المنهى عنه الخطر المفضى الى السفه او التخاصم .

هذا وبعد الاحاطة بما ذكرنا في الجواب عن الدليل المذكور يتضح لك مواقع التأمل في كلام جدنا - قدس سره - (في المصايب) عند ترجيعه لبطلان الفضولي ما لفظه : « تكميل القدرة على التسليم التي هي شرط في البيع هي القدرة المعلومة للمتبايعين حال العقد دون القدرة الواقعية لان الغرر لا يندفع بمصادفة الواقع وانما يرتفع بالعلم ، فلو باع مالا يعلم حصولها فيه بطل البيع وان قدر عليه بعده ولو باع ما يعتقد تمكنه منه صح وان تجدد العجز والمعتبر في العلم الوثوق بالتمكن فلا يشترط اليقين ولا يكفى فيه مطلق الظن ، ثم القدرة المعتبرة هي قدرة العاقد اذا كان مالكا وولياً او وكيلًا في البيع ولو ازمه ، اما اذا كان وكيلًا على خصوص العقد واجراء للصيغة فالشرط قدرة الموكل لانه المطالب بالتسليم دون الوكيل . وتظهر الفائدة فيما اذا قدر احدهما على التسليم دون الآخر ، فانه ان كان الموكل صح البيع ، والابطال ، ولو كان احد المتعاقدين وكيلًا على البيع وما يتبعه من اللوازم وعلم الآخر بذلك ورضى بتسليم الموكل كفى في صحة البيع قدرة أحدهما اذا رضى الموكل برجوعه عليه فلو عجزا معاً بطل البيع . وأما الفضولي

ج ٢ ذكر الوجه الثاني من وجهي استدلال السيد ببحر العلوم على البطلان ومناقشته ٢٣١

فهذا الشرط غير متحقق فيه . ومن ثم نرجح بطلانه ، وذلك لان اجازة المالك غير معلومة الحصول اذ قد لا تحصل القدرة على التسليم مطلقاً وقد تحصل لكن بالقياس الى نفس للعقد دون لوازمه ، فلان تحصل من التعاقد ، وقدرة المالك انما تؤثر لو بنى 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 اذ للقدرة المشروطة هي القدرة المعلومة دون الواقعية - كما سبق بيانه - وللقدرة الواقعية انما تتحقق حال الاجازة لاقبلها ، ضرورة أن الاجازة اللاحقة لا تؤثر القدرة السابقة ، والمعتبر من القدرة - على ما استعرفه - ما كان حال البيع أو قريباً منه في البيع الحال وعند حلول الاجل وما يقرب منه في المؤجل ، ولا ريب أن ذلك غير حاصل في بيع الفضولي ، والتأجيل بالاجازة غير مأخوذة في العقد ولو اشترط لم يصح لجهالة الاجل والحاصل ان القدرة قبل الاجازة لم توجد وبهذا ان وجدت فلا تنفع » انتهى .

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

وفيه - انه قاصد الانشاء وان علم بعدم ترتب الاثر على الشائه مالم تلحقه الاجازة ، وهذا القدر من القصد كاف في الصحة التي هي بمعنى القابلية ، فهو كبيع المكره الذي لا اشكال في كونه قاصداً لمعنى الانشاء حقيقة من الكلام الانشائي ، غير أنه لم يكن مريداً لوقوع اثره في الخارج فاذا تعقبه الرضا الذي هو شرط الصحة بحكم قوله « تجارة عن لراض » وغيره ، صح على المشهور ، وليس إلا لتحقق الانشاء المقصود أولاً وتحقق الرضا المعتبر في الصحة بعده ، واعتبار المقارنة بينهما منفي بالاصل حسبما تكرر بيانه .

وبذلك يظهر ضعف ماذكره الشهيدان وغيرها : من أن المكره قاصد للفظ دون مدلوله .

الهم إلا أن يؤول كلامهم - ولو بالتكلف - الى ماذكرناه ، كيف والهازل الذي هو دونه قاصد الى اللفظ ومداوله لكن بارادة صورية ، وبذلك امتاز الهازل عن الملقن كالصبي ونحوه القاصد الى اللفظ دون المعنى وامتاز الملقن عن الغالط الذى لا قصد له الى اللفظ ايضا ، فراتب الكلام مع القصد وعدمه متعددة ، وهي مرتبة الغالط وهو الذى لا قصد له للفظ ولا للمعنى ومرتبة الملقن ونحوه وهو القاصد للفظ دون المعنى ، ومرتبة الهازل وهو القاصد للفظ والمعنى قصداً صورياً ولذا لو تعقب الرضا بعد الهزل لا يجدى في الصحة لعدم الانشاء حين الهزل حقيقة ، والرضا ليس بانشاء ، والاثار مرتب على الانشاء ، ومرتبة المكره وهو القاصد الى اللفظ والمعنى الانشائي قصداً حقيقياً إلا انه لم يكن ذلك منه عن طيب ورضاء ، فاذا رضى بالانشاء المتقدم اجتمعت فيه شرائط للصحة ، وبشهاد لما ذكرنا لإخراجهم بيع المكره بقيد الاختيار في شرائط المتعاقدين دون للقصد ، وبه أخرجوا الملقن والهازل والفضولى كالمكره في تحقق قصد الانشاء منه حقيقة ، بل مع الرضا أيضاً إلا أن المعتبر رضا المالك دون رضاه ولذا أخرجوه بقيد الملك في شرائط المتعاقدين ، فاذا أجاز المالك الانشاء المقصود من الفضولى اجتمعت في عقده شرائط للصحة الفعلية .

فقد ظهر مما ذكرنا فساد ما استدلوا به على البطلان مطلقاً ولم يبق إلا الاصل الخارج عنه بما ذكرنا من أدلة الصحة .

احتج من فصل بين سبق المنع وعدمه ، فحكم بالبطلان في الاول وبالصحة في الثاني بما يرجع محصله في الاول مرة - الى عدم الدليل على الصحة بعد أن كان مقتضى الاصل هو الفساد بناء على عدم الدليل الخارج

ح ٢ استدلال المفصل بين سبق المنع وعدمه، والمفصل بين قصد البيع لنفسه او للمالك ٢٣٣

عنه الا حديث عروة البارقي المختص بغير المقام ، وأخرى - الى وجود الدليل على البطلان ، وهو بقاء المنع الى مابعد العقد ولو هآن مآ ، فيكون ردأ بعد للعقد الموجب لسقوط الاجازة عن التأثير في نفوذه بالاتفاق .

والجواب : أما عن الاول ، فبقيام تلك الادلة المتقدمة من العمومات والاطلاقات الشاملة له باطلاقها بل بعموم ترك الاستفصال في بعضها ، مع ان جملة منها كاصريحة بعدم الرضا بذلك كرواية جحود الودعي ومانضمن صورة تعدى عامل مال المضاربة عما عينه وأمر به رب المال فتأمل ، للكافي بعضها للخروج به عن الاصل فضلا عن مجموعها .

وأما عن الثاني فبمنع كون الباقي بعد العقد هو المنع وأنما 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 فسخاً ، وتسمية ما كان منه بعد العقد المؤثر للربط في الجملة ردأ فالرد كالفسخ محتاج في تحققه الى انشاء مفقود بالفرض بعد العقد ، فالباقي وهو الكراهة غير الرد ، والرد غير موجود بعد العقد حتى لا تؤثر الاجازة فيه لزوماً .

واحتج المفصل بين مالو قصد البيع لنفسه او للمالك بوجود ما يمنع من الصحة في الاول من عدم القصد الى المعاوضة حقيقة لان المعاوضة التي هي بمعنى المبادلة بين المالين المستازمة لدخول احدهما في ملك مالك الآخر غير مقصودة للعاقدة ، والمقصود له من وقوع البيع لنفسه غير معاوضة بين المالين بل هو من التسليط بازاء التسليط وليس مطلق التسليط المقابل بمثله من المعاوضة حقيقة .

وفيه - ان قصد البيع متضمن لقصد نقل المال عن مالكة (١) وهذا

(١) منشأ اشكال المفصل : هو ان حقيقة البيع تبديل طرف للمضافة -

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

— المالك للمؤمن بطرف إضافة المالك للمؤمن ، وهو معنى المبادلة بين المالكين المستلزم لدخول كل منهما في ملك مالك الآخر فقصد حقيقة البيع إنما يتحقق بقصد البائع خروج المؤمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك المؤمن . وخروج المؤمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك المؤمن ، فيكون كل من المؤمن والمؤمن هدلاً وعوضاً عن الآخر .

إذا تبين هذا ، فالفضولي إذا قصد بيعه كونه للمالك فقد قصد حقيقة البيع والمبادلة فلو قبل المشتري بيعه وتعقب ذلك بإجازة المالك تتم المبادلة للمالك المؤمن وتستند إليه ، وأما لو قصد البيع لنفسه بأن قصد بإنشائه خروج المؤمن من ملك مالكه ودخوله في ملك مالك المؤمن وخروج المؤمن من ملك مالكه ودخوله في ملك نفسه لافي ملك المالك للمؤمن ، فلم يكن قاصداً حقيقة المعاوضة بإنشائه ، فلو قبل المشتري ما أنشأه وتعقب ذلك إجازة المالك لتلك المبادلة ، فإن إجازتها 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 للبيع للمالك وإن البائع في الصورة الأولى لم يقصد البيع على حقيقته وإجازة المالك لما قصده البائع الفضولي على ما قصده لم تكن إجازة للبيع على حقيقته ، وإجازته البيع لنفسه لم تتعلق ببيع الفضولي —

هذا وما ذكرناه اولى مما اجاب عنه شيخنا المرتضى في (مكاسبه)
 بما لفظه : « ان قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا
 حقيقيا وان كان هذا الجعل لاحقية له ، لكن المعاوضة المبنية على هذا
 - وانما هي اجازة مبادلة لم تقع من الفضولي . وهو تفصيل موجه . وما يقوله
 سيدنا - قدس - في دفع احتجاجه وتفصيله : بان قصد البيع متضمن لقصد نقل
 المال عن مالكة وهذا القدر كاف في تحقق ماهيته وتعيين المالك غير معتبر في تحقق
 حقيقة البيع ، لا بدفع غائلة إشكال المفصل ، اذ ليس الكلام في قصد نقل
 المال عن مالكة حتى يقال بان قصد البيع متضمن له ، وهو كاف في تحقق
 ماهيته ولا في اعتبار تعيين المالك حتى يقال بعدم اعتباره في تحقق حقيقة
 البيع وكل ذلك مسلم بلا كلام ، انما الكلام في أن البيع بناء على ان حقيقته
 تبديل طرف اضافة مالك المثلث بطرف اضافة مالك المثلث وجعل كل منهما
 مكان الآخر لا مطلق تبديل اضافة باضافة أخرى ، وهو من الانشائيات التي
 لا تتحقق الا بالقصد لامن الواقعات التي يمكن تحققها بلا قصد اليها .
 وعليه فتحقق البيع انما يكون بقصد البائع نقل المثلث من ملك مالكة الى
 ملك مالك المثلث ونقل المثلث من ملك مالكة الى ملك المثلث بدلا عما دخل
 في ملكه من المثلث ، فمع تحقق هذا المعنى بانشاء البائع الفضولي وقبول
 المشتري الاصيل لما أنشأه البائع يتحقق البيع على حقيقته ، فاذا تعقبه اجازة
 المالك للمبيع واستند البيع اليه بها ، تم البيع له بناء على صحة بيع الفضولي
 باجازة المالك ، وأما لو قصد البائع الفضولي نقل المثلث من مالكة الى
 ملك المشتري ونقل المثلث من مالكة الى نفسه لا الى ملك المثلث وقبل المشتري
 ما أنشأه فالو أجاز المالك بيع الفضولي على ما قصده لم يكن لإجازة للبيع
 على حقيقته ، وان اجازته لنفسه لم يكن اجازة لبيع الفضولي .
 هذا محصل اشكال المفصل . وما ذكره سيدنا - قدس - غير دافع -

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

- له ، وعليه فينحصر دفع اشكال بيع الفضولي لنفسه بما ذكره شيخنا الانصارى - فده - وحاصله : ان الفضولي القاصد نقل مال المالك لنفسه اما أن يكون معتقداً كون المال له اشتهاً أو يعلم كونه للمالك ولكنه غاصب له ، وهذا على قسمين : فتارة - يكون من الظلمة والسراق وذوي النهب والغارات ممن يرى ادعاءً أن المال له ولا يفرق بين مال نفسه وبين ما تحت يده من المال المغصوب ، وبناء على ذلك الادعاء يوقع التصرفات المتوقفة على الملك عليه كما يوقعها على ماله الحقيقي فلا فرق بينها ، واخرى - لا يكون من اوائك بل يرى أن المال الذي تحت يديه لهيـره وانه غير مستحق له ولا للتصرف فيه ولكنه مع ذلك يتصرف فيه بالبيع والشرآ عدواناً وعصباناً .

هذه صور بيع الفضولي لنفسه . أما في الصورة الاولى ، هل وكذا الثانية ، فيمكن دفع اشكال المفصل بأن يقال : ان المعتقد اشتها أن المال له يوقع المعاوضة عليه بما أنه ماله ففي مقام البيع يقصد المعاوضة على حقيقتها باخراج المال عن ملكه بما هو مالك له الى ملك المشتري فيدخل الثمن في ملك مالك الثمن عوضاً عما خرج من مالك الثمن الى مالك الثمن ، وكذا يقال في الغاصب الذي غصب الاضافة من مالكها بغصبه للمال وادعاء أنه له كسائر أمواله فيوقع المعاوضة عليه كما يوقعها على سائر أمواله المملوكة له فانه لما بنى على كون مال المغصوب منه مالا له ادعاءً ونجبراً فعند ايقاع المعاوضة عليه لنفسه يقصدها على حقيقتها فيخرج الثمن من ملكه الى مالك الثمن ويدخل بدله في ملك مالك الثمن بما انه مالك له ادعاءً ، فهو - كما ذكرنا في سابقه لدى التحليل - قاصد لكون المعاوضة للمالك ، فالهـاء -

ج ٢ ذكر صور بيع الفضولي لنفسه، ونقل كلام الانصاري في الجواب ومناقشته ٢٣٧

غير واقعة له ولا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة ، ولذا ذكروا : انه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ولم يقم له ولا لغيره « انتهى (١)

ومنشأ الأكلوبة غلبة وقوع البيع من الغاصبين مجرداً عن سبق التنزيل المذكور بالوجدان ، اللهم إلا ان يرجع كلامه - واو بالتكلف - الى ما ذكرناه

— جهة مالكيته المدعاة لكونها خلاف الواقع لا يمنع من صحة المعاوضة للمالك الحقيقي لو قبلها الأصيل وأجازها المالك له لا للغاصب . ثم ان البناء المذكور من هذا الغاصب وجعل نفسه مالكا ادعاءً انما يكون عند غصبه واستيلائه على المال بلا حاجة الى الجعل عند المعاوضة والالنفات اليه ، فلا يقال : ان الغالب وقوع البيع من الغاصبين مجرداً عن سبق التنزيل بالوجدان .

وبالجملـة ففي الصورتين المزبورتين يمكن تصحيح المعاوضة للمالك باجازه كما لو قصدوا الفضولي ابتداء له

وأما الصورة الثالثة وهي : قصد الغاصب اخراج المال من ملك المصوب منه وادخال ثمنه في ملك نفسه فلا يمكن تصحيحها بوجه . نعم بناء على القول بإمكان تحقق المعاوضة بخروج المعوض من ملك شخص ودخول العوض في ملك آخر - كما هو المحكى عن اللقط والشهيد - قدس سرهما - في باب بيع الغاصب - يتجه ذلك ، لكنه خلاف ما بيننا عليه من مذهب المشهور .

(١) قد انضح مما ذكرناه - في التعليقة السابقة - الجواب عن إشكال بيع الغاصب ، لكن لا بأس بتكرار الكلام لما في ذلك من زيادة للتوضيح فنقول : الاشكال في بيع الغاصب لنفسه مبنى على أن حقيقة البيع تبديل طرف الاضافة ، أعنى المبيع بالثمن ومد فراغه به ، وليس هو تبديل مطابق لإضافة باضافة أخرى ، توضيح ذلك : إن الملكية التي هي جودة اعتبارية واطافة بين المالك والمملوك لها طرفان : أحدهما يرتبط بالمالك -

ولذا صح - على الاقوى - فيما او اشترى بماله لغيره شيئاً وقوعه لنفسه وان قصده للغير كما اختاره هو - رحمه الله - في مسألة تعاقب العقود . والعجب منه مع ذلك نسبة البطلان رأساً الى فتوى الاصحاب هنا ، مع أنه

- والآخر بالمملوك ، نظيرها خارجا حبل طرف منه بيد شخص والآخر مشدود برقبة حيوان مثلاً ، فكما أن هذا الحبل الخارجي تارة يحل من الحيوان المعين ويشد بآخر ويبقى طرفه الذي بيد الشخص على حاله ، وأخرى يبقى طرفه المشدود بالحيوان على حاله ويؤخذ الحبل من يد للشخص ويسلم الى آخر ، فكذلك الملكية الاعتبارية تارة يكون التبديل فيها بطرفها المتصل بالمملوك بحله وشده باخر مع بقائه الربط بالنسبة الى الطرف المتصل بالمالك وهو معنى البيع وحقيقته ومن هنا قالوا : البيع مبادلة مال بمال ، مما كان مفاده تبديل مملوك باخر مع بقاء المالك على ملكيته ، وعليه فلا بد من أن يكون العوض في البيع وهو الثمن داخل في ملك من خرج المعوض عن ملكه الى ملك من خرج الثمن من ملكه الى ملك المثلث بدلا عنه ، وتارة أخرى يكون التبديل في الاضافة بطرفها المتصل بالمالك بترك المال لآخر يقوم مقامه في تسلمه له وذلك هو الارث . والثاني - وهو قيام شخص مقام آخر في تسلمه للمال - حكم من الشارع المقدس لابنات باختيار ، والاول منها جعل الشارع زمام للتبديل واختياره بيد المالكين بحكم قاعدة تسلط الناس على اموالهم الا في موارد خاصة تسلب السلطنة من المالك وتجعل لآخر حسب ما هو مذكور في موارد .

اذا عرفت ذلك فاشكال بيع الغاصب لنفسه يكون من جهتين : الاولى إن المعاملة الصادرة من الغاصب مخالفة لحقيقة البيع على ما ذكرنا من ان حقيقته تبديل طرف الاضافة من ناحية المال المملوك ، ومقتضاه دخول الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه وهو المالك له ومقصود الغاصب -

ج ٢ الاشكال على بيع الغاصب لنفسه من جهتين والجواب عنه من جهتيه ٢٣٩

لم نعتز على ذلك في كلامهم ، بل الذى وجدناه حكمهم بالبطلان فيما اودع
مالا للغير يشترى به لنفسه . ولعل المراد بالبطلان عدم وقوعه للمشتري
المأمور بالشراء . واما وقوعه للامر فهو محل الكلام ، بل الاقوى فيه

- دخول الثمن في ملكه بازاء خروج المثل من ملكه ، فهو غير قاصد
لحقيقة البيع الجهة الثانية المنفرعة على الجهة الاولى - أن الاجازة الصادرة
من المالك للمعاوضة المقصودة للغاصب : ان كانت اجازة لما قصده الغاصب
من دخول الثمن في ملكه بدلا عما خرج من ملك الموصوب منه الى مالك
الثمن فهي - بالاضافة الى انها ليست اجازة للبيع على حقيقته ، فكيف تكون
مصححة لبيع الفضولي - تقتضى دخول الثمن في ملك الغاصب في قبال خروج
المثل من ملك الموصوب منه ، وهو خلاف ما هو المتسالم عليه بينهم من
دخول الثمن في ملك المالك باجازته البيع ، وان كانت الاجازة من المالك
موجبة لنقل الثمن من المشتري اليه في قبال خروج المثل من ملكه الى
المشتري ، فهذه الاجازة 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 ببيع
مال الغير لنفسه : اما أن يكون معتقداً كونه له اشتباهاً ، وأما أن يكون
غاصبا له أما في صورة جهله واشتباؤه باعتقاده أن المال له فلا ريب في
تحقق المعاوضة الحقيقية منه فانه قاصد خروج المال من ملك ماله الى ملك
المشتري ودخول ثمنه في ملك المالك المثل عوضا عنه غير أنه لما اعتقد خطأ كونه
المالك للمثل قصد المعاوضة لنفسه فهو لدى الحقيقة قاصدها للمالك المثل
ونظراً لاشتباؤه وتطبيق المالك على نفسه قصدها لنفسه فيلغو اشتباؤه وتصح
للمالك الحقيقي باجازته . وانما الاشكال في تحقق قصد المعاوضة الحقيقية
من الغاصب فيمكن ان يقال : ان غالب الغصاب - لا سيما الظالمة والسراق -

ذلك بل لاجابة الى الاجازة بعده لوقوع الاذن منه بل الامر وان قصد به للغير بعد ما عرفت من خروج فصد المنتقل عنه والمنتقل اليه عن حقيقة البيع :

— وأهل النهب والغارات البناء والادعاء على ملكيتهم لما غصبوه ، ومرجع ذلك الى غصب الاضافة الكائنة بين المال والمالك ، وكأن الغاصب يقطع حبل الملكية بين المالك وملكه وبشده بنفسه ، وبعد هذا يرى نفسه ذا اضافة وجدة اعتبارية فيبيع ما يملكه بالادعاء كسائر امواله التي هي تحت سلطانه وبهذا الاعتبار تصدر المعاوضة منه على حقيقتها فيوقعها على المالكين . للمالكين ثم ان البناء والادعاء المذكور من للغاصب ورؤية نفسه مالكا الذي هو لا يبتنى على اساس صحيح لا يضر بالمعاوضة الواقعة منه ولا يوجب فسادها كسائر مواضع صحة العقد ، بل هو كسائر العقود الصادرة من الفضولي من ناحية الصحة التأملية ، فهو اي الغاصب نظير من امثل بصلاته الامر الواقعي الصادر من الشارع المقدس المتصف بالاستحباب بائياً على وجوبه تشريعاً ، فان الظاهر صحة فعله وامثاله لغوية بنائه ، وكذلك هنا نقول بصحة بيعه ومبادلته ولغوية بنائه وادعائه من حيث أنه لا واقع له . ثم ان البناء المذكور وغصب الاضافة وقطع حبل الملك ووصله بنفسه الموجب لقصد المعاوضة الحقيقية بين المالكين حاصل للغاصب المذكور من حين الغصب والاستيلاء على مال الغير عدواناً ولا يلزم أن يكون حاصله حين انشاء المبادلة حتى يقال - كما في كلام سيدنا - قد - : ان الغالب وقوع البيع من للغاصبين مجرداً عن سبق التنزيل المذكور بالوجدان (انتهى) ، اذ الوجدان شاهد بان الغاصب المذكور والسارق والتاهب مال غيره بوقع المعاملة على ما غصبه كما يوقعها على مال نفسه فلا تفاوت ، وما ذلك الا من حيث سبق ذلك للتنزيل وغصب الاضافة الملكية -

وبالجملة لافرق بين مالو اشترى بماله لغيره او اشترى لنفسه بمال غيره في دخول الثمن في ملك مالك الثمن ، غير أنه في الثاني يتوقف على الاجازة لكونه من الفضولى بخلاف الاول لوقوعه من المالك وأن قصد به للغير للغوبة للقصد المزبور (١)

وبما ذكرنا ظهر الجواب عما لو قرر المنع بوجه آخر وهو أن الاجازة انما هي إمضاء لمضمون للعقد ومضمونه غير متحقق بل غير مقصود ، فالجواز غير واقع وللواقع غير مجاز ، وذلك لان الاجازة وان تعلقت بما اشتمل

— باجازته ، وهذا بخلاف من اشترى لنفسه بمال غيره شيئاً فسواء كان الشراء باذن من مالك الثمن او بدون اذن منه انما يشترى المشتري ذلك للشيء لنفسه بما هو هو لا بما هو مالك للثمن الذي اشترى به الشيء حتى يكون الشراء لدى التحليل لمالك الثمن ، فيصح باجازته او بكتفي باذنه فيما لو كان للشراء باذنه — كما يقوله سيدنا — قدہ — واذا لم يصح الشراء لمالك الثمن لكونه غير مقصود بالشراء ولا لنفس المشتري لعدم امكان دخول الثمن في ملكه عند كون الثمن ملك غيره فلا محالة يقع باطلاً غير صالح للتصحیح وكذا من اشترى لغيره شيئاً بثمن مملوك له لا للغير فانه يقع باطلاً ولا قابليته لتصحیحه لا لمن قصد للشراء له لكونه غير مالك للثمن ولا لنفس المشتري لكونه غير مقصود بالشراء .

(١) مقضى ماسبق في التعليقة انه في الصورة الثانية وهي مالو اشترى لنفسه بمال غيره يمكن تصحيح الشراء لمالك الثمن باجازته والغاء قصد المشتري كون للشراء لنفسه وذلك فيما لو كان المشتري بانياً على كونه المالك للثمن تغلباً وعدوياً أو اشتبهاً واعتقاداً بنحو ما ذكرناه سابقاً : من أن اشترائه لدى التحليل يكون لمالك الثمن وقصد نفسه لكونه على غير اساس شرعي يكون لاغياً فع اجازة مالك للثمن ذلك الشراء يقع له . وأما الصورة الاولى —

عليه العقد غير أنها تؤثر فيما يمكن تأثرها 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 قهراً ، فالإجازة تؤثر في بعض مضمون متعلقها لا أنها لا تتعلق إلا بذلك البعض كما توهم .

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

ثم ان ميهنا اشكالا على القول بصحة الفضولي (١) وهو ان يبيع

- وهي ماله اشترى المشتري بماله لغيره بان قصد بمعاملته خروج الثمن من ملكه الى مالك الثمن وخروج الثمن من ملكه الى الغير (فدخول) المثلث في ملك المشتري المالك للثمن قهراً والغاء قصده كون الشراء للغير (غير) واضح بل للظاهر بطلان المعاملة المذكورة اصلاً .

(١) لو باع الماصب ماغصبه : فبناء على ما ذكرناه من الوجه في بيعه وقابليته للحقوق الإجازة من المالك فلا اشكال مع إجازة المالك في انتقال الثمن اليه والهوية قصد الفضولي كما ذكرنا : أما للكلام اورد البيهيم -

لغايب مطلقاً ولو لنفسه بعد من الفضولي عند الاكثر، ومقتضاه على القول بالصحة وقوعه للمالك بالاجازة ومع الرد للمشتري استرداد مادفعه ثمناً للبايع للغايب لو رجع المالك عليه بسلمته مطلقاً حتى مع علمه بالغيب وبقاء العين بيد الغايب، مع ان المنسوب الى ظاهر الاصحاب - بل الى نصهم كما في الايضاح - عدم جواز الاسترداد في الصورة المزبورة :
لا يقال : ان الاشكال انما يرد على القول بان الاجازة نافذة، وأما على الكشف فلا

- ولم يخضه : فهل للمشتري استرجاع الثمن من الغايب مع علمه بكونه غاصباً ربما يقال بعدم جواز الرجوع به عليه ولو كان موجوداً عنده بتوهم أن المشتري ملكه اياه تملكاً مجانياً مع علمه بكونه غاصباً للمبيع ولكنه توهّم فاسد اذ المشتري انما ملك الثمن للغايب بما هو مالك للمثمن ادعاء وصارق للاضافه وبان على انه مالك له فيكون تملكه للثمن له عوضاً عن ملكيته للمثمن ولم يكن تملكه له بما انه زيد بن عمرو مثلاً بل بما انه مالك للمثمن ، فتملكه معاوضي ومن هنا لو أجاز المالك المعاوضة ينتقل للثمن اليه بازاء ما يخرج من ملكه الى المشتري من المثمن ، وكيف يمكن الجمع بين كون تملكك الثمن للمالك بعنوان المعاوضة على تقدير اجازتها وللغايب مجاناً مع فرض ردها . وهل هي الامعالة واحدة وانشاء بسيط غير صالح لكونه معاوضياً على تقدير ومجانياً على تقدير آخر . ثم لو فرضنا صحة للدعوى المذكورة وان الثمن ملك للغايب مجاناً على تقدير الرد من المالك ، فلا يخرج عن كونه هبة مجانية يجوز للواهب الرجوع بها مادامت العين هاقية ولا يزيد حكمه على حكمها .

وبالحمله فن البعيد للزام قائل بعدم جواز رجوع المشتري على الغايب بالثمن مع وجوده عند رد المالك وعدم تنفيذ المعاملة اذ هو لا يرجع الى وجه وجبه ولاهد من تأويل كلام القائل به لو فرض وجوده لغم القول -

لأن الاجازة على تقديره تكشف عن تقدم سبب تملك المحيز وهو العقد على التسليط الموجب لتمام البيع فيكون التسليط منه للبايع من التسليط على مال الغير ولا كذلك على القول بالنقل لسبق التسليط حينئذ على الاجازة التي هي سبب النقل او جزء السبب فهو حينئذ من التسليط على مال نفسه لا لا نقول: ان المعاوضة ان لم تكن مقصودة فلا صحة حتى تؤثر الاجازة في عقدها لزوماً فلا يجازى حينئذ في تملك المحيز سبق للعقد على التسليط ، وان كانت مقصودة لم يكن التسليط للبايع مجانياً ، بل تسليط بعوض ، ومقتضاه جواز الاسترداد على تقدير الرد حتى على القول بالنقل . ولعلمه

- يهدم ضمان الغاصب بدل الثمن او تلف عنده بلا تفريط وانه ليس للمشتري تغريمه كما نسب الى بعض موجه اذ هو من صغريات : مالا يضمن بصحة لا يضمن بفاسده ، فان المشتري مع علمه بكونه غاصباً وأنه غير مالك للمثمن حقيقة ملطه على الثمن تسليطاً مجانياً لكونه عالماً بان عوضه لا يخرج عن ملكه بل من المالك على تقدير الاجازة وتسليطه اياه وان كان معاوضياً كما ذكرنا ، ولكن لما لم يكن عوضه من الغاصب بل من المالك ، فهو بالنسبة الى الغاصب تسليط مجاني والحاصل أنا وان قلنا ان تسليط مالك الثمن للغاصب على ماله تسليط معاوضي ومن هنا قلنا بجواز استرداده لو كان موجوداً عند رد المالك المعامله وعدم امضاءها ، ولكن حيث لم يضمن الغاصب الثمن لما لكه 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 اليه تسليط مجاني . وليس كسائر المعاوضات الفاسدة مما يكون تسليط المشتري للبايع على الثمن بازاء عوضه المحعول له عند الشاء المعاوضة من ملك البايع فهو ضامن للثمن لكون ذلك من صغريات اصل ما يضمن بصحته يضمن بفاسده .

— وجعلها لنفسه وليس المدعى ان كل معاوضة تصدر من الغاصب فيها لو قصدها لنفسه قابلة للتصحیح بالااجازة او لم تكن مسبقة بالادعاء والبناء المذكور : وبكفي القائل بالتصحیح الايجاب الجزئي واختصاصه بالمعاوضات الصادرة من الظلمة والسرقة وأهل النهب والمارات ومن كان من قبيلهم ولا مضابطة عن البطالان وعدم قابلية التصحيح بالااجازة في المعاملات الصادرة من غير هؤلاء من الغصاب ممن يقصد دخول الثمن في ملكه في قبال خروج المثل من ماله المقتضى من الغصب منه المال . ثم ان الاجازة من المالك لبيع الغاصب فيما لو باع لنفسه امضاء لنفس المبادلة بين المالكين الواقعة منه دون ما قارن ذلك من البناء والادعاء غير المبني على اساس شرعي فتكون على هذا كالااجازة الصادرة من المالك لبيع الفضولي المعتقد اشتباها كون المال له . وعلى هذا فالاجازة تقتضي دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه وهو المالك دون ما قصده الفضولي اشتباهاً او بناء وادعاء الملقى ذلك شرعاً . فانضح الامر وارتفع الاشكال من ناحية الاجازة كما ارتفع من ناحية قصد المعاوضة الحقيقية .

هذا حكم من باع مال غيره لنفسه مع اجازة المالك البيع له واله انما يصح فيما لو اعتقد البائع ان المال له اشتباهاً وفيما لو بني على كونه له ادعاء دون ما اذا لم يسبق منه اعتقاد او بناء وادعاء ، وأما من اشترى بماله لغيره شيئاً ، فتارة يكون الداعي والباعث للمشتري في اشتراؤه المال ان يجعله لغير بعد الشراء بنقله اليه بمعاوضة او هبة مجانية فهو باشرائه المال قاصد للمعاوضة الحقيقية اذ هو قاصد لنقل الثمن منه الى ملك مالك المثلن عوضاً عما يدخل في ملكه من ملك المثلن ، ولا اشكال في ذلك واخرى يقصد المشتري باشرائه خروج الثمن من ملكه الى ملك مالك المثلن عوضاً —

- عما يخرج من مالك المثلن الى ملك الغير ، فهو غير قاصد للمعاوضة على حقيقةها فانه قصد خروج الثمن منه الى البايع ودخول المبيع في ملك الغير بدلا عن الثمن الذي خرج منه اليه ، ولا وجه لتصحيحه لا للغير ولا لنفس المشتري اما للغير فلانه خلاف مقتضى حقيقة المعاوضة ، وأما لنفس المشتري فلعدم قصده الشراء لنفسه ، بل قصد التبرير به ، ومجرد كون الثمن للذي اشترى به الشيء ملكاً للمشتري لا يجعل الاشتراء له فهراً - كما يظهر من سيدنا - قدس - فان العقود صحة وفساداً تتبع القصد ، وما ذكره - قدس - من خروج قصد المنتقل عنه والمنتقل اليه عن حقيقة البيع : ان كان المراد به عدم اعتبار قصد البايع المنتقل عنه والمنتقل اليه وتعيينه في حقيقة البيع وأنه يكفي في ذلك قصد خروج المبيع من ملكه الواقعي الى ملك الثمن وخروج الثمن من ملكه الواقعي الى ملك المثلن وان لم يعلمها البايع فعلاً - كما لو كان وكيلاً - ولم يعلم بنحو التعيين الموكل له ، فهو مما لا اشكال فيه . ولكنه بحسب الظاهر لا يريد ذلك ، بل مراده كفاية وقوع البيع او الشراء لشخص وصحته له كون المثلن او الثمن له واقعاً وبلغو قصد البايع او المشتري خلافه فمن قصد كون البيع او الشراء لزيد مثلاً مع كون المثلن او الثمن لغيره يلبو قصد كونها لزيد ، ويقع لملك المثلن والثمن ، فهو ما ذكرناه من عدم امكان الموافقة عليه ، ولم يتضح مانسبه لشبختا الانصاري - قدس - : من اختياره في مسألة تعاقب العقود صحة شراء شخص بماله شيئاً لغيره ووقوعه لنفسه وان قصده للغير .

وعلى كل فالاقوى بطلان الشراء المذكور فيما لو قصد المشتري بالشراء خروج الثمن من ملكه الى ملك المثلن وخروج المثلن من ملكه للبايع الى الغير بناء على ما اخترناه من مذهب المشهور : نعم بناء على ما ذكره -

- القطب والشهيد - قد - من امكان تحقق المعاوضة بخروج المال من ملك شخص ودخول عوضه في ملك آخر ، فلصحته وجه . وحكم الاصحاب بالبطلان فيما او دفع شخص مالا للغير ايشترى به لنفسه شيئاً فاشتراه لنفسه وجهه كون الاشتراء المذكور خلاف مقتضى حقيقة المعاوضة واحتمال ارادتهم من البطلان عدم وقوعه للمشتري المأمور بالاشتراء دون الأمر - كما احتمله سيدنا - قد - خلاف الظاهر من حكمهم البطلان .

(فراقوا) سيدنا - قد - من الحكم بوقوعه الأمر بقوله : وأما وقوعه للأمر فهو محل الكلام بل الأقوى فيه ذلك بل لاجابة فيه للاجازه لوقوع الاذن منه بل الأمر وان قصد به للغير للغوية القصد المزبور (غير) واضح فان ماوقع من المأمور مصداق خارجي من المبادلة قصد به المأمور اشتراء شيء له بمال الأمر ومرجعه الى كون الثمن الخارج من ملك الأمر الى ملك الهابيع بدلا وعوضاً عما يخرج من ملك البايع الى ملك المأمور بالاشتراء واذا كانت المبادلة الخارجية الصادرة من المشتري المأمور باطلة لكونها خلاف حقيقة المعاوضة اذ المعوض فيها لم يقصد دخوله في ملك من خرج للعوض من ملكه وهو الأمر بل قصد دخوله في ملك المأمور عوضا عما خرج من ملك الأمر الى مالك المعوض فمع فرض بطلانها على ما قصده المبياعان كيف يمكن أن تقع وتصح للأمر باذنه او اجازته في حين ان موقعها لم يقصدها له وانما قصدها لنفسه، وهل هي الا معاملة واحدة خارجية باطلة ، ولاوجه لمقايستها ببيع الغاصب او المشتبه مال للغير لنفسه او اشترائه به شيئاً لنفسه حيث قلنا : ان تلك المبادلة وان لم تصح على ما قصدها موقعها الفضولي ولكنها قابلته للتصحيح بالنسبة الى المالك باجازته لها ، وذلك للفرق بين المعاملة التي يوقعها للغاصب والمشتبه وبين هذه المعاملة الصادرة من المأمور -

— باشتراء شيء لنفسه بمال الآمر أو اشتراؤه لنفسه بلامر من مالك الثمن ، وذلك لما ذكرنا سابقاً ان الغاصب المنتسلط على مال الغير بالنهب والغارة أو السارق له أو نحو ذلك ممن يرى ادعاء ان مال الغير له كسائر امواله المملوكة له أو المشتبه المعتقد ان مال الغير له نظراً لسبق بنائها على كون المال لها وانها المالكان له فعند انشائها المبادلة على ذلك المال بوقوعان المعاوضة على حقيقتها بعد التزيل والادعاء أو الاعتقاد والاشتباه فيقصد ان خروج المال من ملكها بما هما مالكان له الى ملك الطرف ودخول عوضه في ملكها بدلا عما خرج من ملكها الى ملكه ، فهي على هذا معاوضة حقيقية مرجعها وتحليلها بمبادلة بين مالين لما لكيها ولما كان بنائها السابق على للعقد لا واقع له ولا اساس له شرعاً فبلغوا ، ولا يقتضى الغائه بطلان المبادلة المذكورة المبنيّة على البناء المذكور ، وعدم قابليتها للتصحیح من مالك العين باجازه لها ، فنصح له شأن غيرها من المعاوضات للفضولية . وهذا بخلاف ما هو محل الكلام وهو اشتراء شخص شيئاً لنفسه بمال الغير بامر منه أو بلامر أو اشتراء شيء لغيره بثمن مملوك للمشتري ، فان المعاملة المذكورة في الصورتين المزبورتين على خلاف مقتضى المعاوضة الحقيقية حيث لم يقصد بها دخول الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه الى مالك الثمن ، فهي على ما قصدها المتعاملان باطلة لما ذكرناه من كونها خلاف حقيقة المعاوضة ولم تكن صالحة للتصحیح بالنسبة الى المالك للثمن واقماً باذنه أو اجازته - كما قلناه في بيع الغاصب والمشتبه - والحاصل ان الغاصب المتغلب والمشتبه انما يبيعان مال الغير لنفسها بما هما مالكان له ادعاء أو اعتقاداً فهما لدى الحقيقة يبيعان مال الغير لما لهما غاية الامر هما مخطنان في تطبيق المالك على نفسها فبلغوا ما اخطأنا فيه من التطبيق ويصبح البيع للمالك الحقيقي -

في المعاطاة ، كما يجرى في العقود القولية أم لا ؟

وتنقيح المسألة موقوف على بسط الكلام فيها على جميع الأقوال في

- أن يلحظ المنشأ فيه بالحاظ المصدري بمعنى المبادلة الخاصة من حيث صدورها من فاعلها بحيث تكون جهة الاصدار ملحوظة ويمكن لحاظها بما هي هي بلا جهة اسنادها الى فعلها وهي اللاحاظ الاسم المصدري والمنشأ بالقول صالح لكلا المحاذين . ثم ان المعاملة للكذائية لو انشأها الفضولي فالجهة للصالحه لاستنادها الى المالك باجازه هي نفس المبادلة بين المالكين من حيث هي هي وهي الجهة الثانية المعبر عنها بالمعنى الاسم المصدري . واما الجهة الاولى الملحوظ فيها حيثية الاصدار من الفضولي ، فهي قائمة به وواقعة منه والأصدار للقائم بالفضولي والمضاف اليه لا يصلح اسناده واضافته الى غيره ولو كان ذلك الغير مالكا واجاز . نعم حيثية الثانية الاسم المصدري وهي حيثية الوجود والصدور بما انها مبادلة بين المالكين للمالكين تصلح للاستناد الى المالك بالاجازة وتضاف اليه بها . هذا فيما لو انشأ البيع بالقول وأما انشأه بالمعاطاة فالفعل الخارجي اعنى اعطاء المال المقرون بقصد تمليكك للغير بالعوض اذا كان من مالكة كما ذكرنا يتعنون به كما ويكون مصداقا خارجيا للبيع ، وبشملة دليل حلية البيع واما العطاء من غير المالك فحيث لم يتحقق به انشاء بمفهوم البيع ومعناه كالقول ليتصور فيه المعنى المصدري والاسم المصدري فان انشاء المعاني والمفاهيم انما يكون بالأقوال لا بالأفعال بل لم يكن في المعاطاة الا فعل خارجي مضاف الى فاعله وموجده وغير قابل لان ينقل عن موجده الى غيره ، ويستند اليه بالاجازة منه والجملة فلا يتصور في المعاطاة موضوع قابل لتعلق اجازة المحبز واستناده اليه بها ، فالحكم بجرىان للفضولية في المعاطاة في غاية الاشكال .

لا يقال : المعاملة المعاطانية مما لا ريب في صحتها من اللوكيل وبصح -

المعاطاة وحينئذ ، فنقول : اما على القول بافاتها الملك المتنازل فالظاهر جريان الفضولي فيها بناء على عدم كونها معاملة مستقلة بل هي مندرجة في المعاملات الخاصة لشمول ما يقتضى صحته في العقد القولي من عمومات : « احل الله البيع » و « تجارة عن نرض » و « وأوفوا بالعقود » بناء على اعمية العقود للعقد الفعلي ، بل وجملة الاخبار الخاصة المحمولة على ما هو الغالب من وقوع المعاملات بنحو المعاطاة ولا مانع منه إلا ما يثبتهم من حرمة السبب ، وهو الاقباض لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه الأثر مع أنه اخص من المدعى لامكان فرض تحققها بدون للتصرف لو كان ديناً في الذمة وفرض تحقق الرضا من المالك بناء على أن مجرد الرضا المقارن لا يخرج عن كونه فضولياً - كما هو مذهب غير واحد من الاصحاب لاملزمة بين الحرمة والفساد كما تقدم وحينئذ فالمقتضى للصحة موجود والمانع مفقود واما على القول بافادتها الاباحة فالظاهر عدم جريانه فيها لقصور مادل على صحتها المخالفة للقواعد من اجماع او سيرة عن شمول الفضولي منها اذ اللقار الثابت منها افادة المعاطاة الواقعة بقصد التملك الاباحة المجردة اذا كان من غير الفضولي ومثله الكلام على القول بكولها معاملة مسقلة اللهم إلا ان يستدل عليه هنا بما استدل به على صحة اصل الفضولي من السيرة مع غلبة المعاطاة في معاملاتهم :

الثاني في جريان الفضولي في غير المعاوضات من العقود كالوقوف

- اضافتها واستنادها الى الموكل بوقوعها من الوكيل فالبيع المعاطاتي الصادر من الوكيل المفوض هو بيع للموكل بتوكيله ، فلم لا يكون للبيع المعاطاتي الصادر من الفضولي بيعاً للمالك باجازه ؟ وما الفرق بينهما ؟
فانه يقال : ليس حكم الاجازة حكم التوكيل ، ولا يقاس احدهما بالآخر ، فان الموكل اذا وكل شخصاً في بيع متاعه وفوض الى الوكيل -

والصدقات وغيرها والعبادات المالية كالانحاس والزكوات وللكفارات ،
ففي (شرح القواعد لكاشف الغطاء قدس سره) ماقله : (وفي جرى
للفضولي فيما جرث فيه الوكالة من العبادات كالانحاس والزكوات وأداء
النذر والصدقات ونحوها من مال من وجب عليه او من ماله وفيها قام من
الافعال مقام العقود ونحوه ، وكذا الايقاعات مما لم يقم الاجماع على المنع
فيها وجهان : أقويهما الجواز ويقوى جريانه في الاجازة واجازة الاجازة ،
انتهى .

قلت : وقد بشكل القول بصحة للفضولي فيما يعتبر في صحة للقرية
كالصدقات والوقوف بناء على اعتبارها فيها لأن المتقرب : ان كان هو
للعاقدين فكيف يتقرب بالتصدق بمال الغير ، وان قصد بها تقرب المالك
بجعل نفقته لائباً عنه في قصد القرية ، فهو مبني على قصد للقرية للنيابة وهو
غير معلوم بل معلوم العدم وان قصد للنيابة في الانشاء المتقرب به لقبوله
الوكالة بناء على ان ما يصح فيه الوكالة تصح فيه للنيابة ففيه منع ثبوت
الملازمة ، فان النيابة منها ما نتوقف صحتها على الاستنابة وما نحن فيه من
القسم الاول ، فلا تصح فيه النيابة إلا بعد سبق الاستنابة المفقود في المقام

- اختيار المصداق فباعه فمن حين ايجاد البيع بالفعل للذي هو مصداق
- له كما ذكرنا - استند البيع للموكل وصار بيع الوكيل ببيع ، وهذا بخلاف
للفضولي اذا أنشأ للبيع بالمعاطاة ، فان الفعل الخارجي فعله وصار عنه
ومضاف اليه وليس له استناد الى المالك وليس له جهة اسم مصدرية يمكن
هاجازتها اسناده الى المالك ، فهو فعل الفضولي وبيعه ولا أثر لاجازة المالك
فيه : نعم لو قلنا بأن الاجازة من المالك هي السبب المؤثر في الملكية كما
قلناه - بناء على افادة المعاطاة لإباحة التصرف فتكون الاجازة بيعاً مستقلاً
لاربط له بعمل الفضولي ، لكنه بعيد عن الصحة .

بأنني تمام الكلام فيه - انشاء الله تعالى - في مسألة تعاقب الأبدى .
ثم ليعلم انه لا فرق في صدق الفضولي وصحته - على القول بها - بين كون المعقود عليه عيناً خارجية للغير أو كلباً في ذمة الغير - ثمناً كان أو مثمناً - غير أن تعيين الذمة وتشخيصها كما يكون بالاضافة كقوله : بعثك قهقرياً من الحنطة في ذمة زيد بكذا أو بعثتك كذا بدرهم في ذمة زيد كذلك يعين مع عدمها لمن قصد العقد له لتوقف ذلك على كون الثمن او المثلن في ذمته حتى يتحقق المعاوضة له ، ومع اختلاف القصد والاضافة كما لو قصد البيع لنفسه بمال في ذمة الغير او للغير بمال في ذمة نفسه وقع لمن أضيفت الذمة اليه دون من قصد البيع له تقديماً للتعين بالاضافة على التعيين بالقصد لكون المعاوضة بينهما من تعارض النص والظاهر لصراحة النسبة بالاضافة وظهورها بقصد الوقوع له الناشئ من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير مالك الآخر فيلغو هنا قصد المنتقل عنه والمنتقل اليه ، كما عرفت لغويته لو كان شخصياً مع قصد المعاوضة لغير مالكة ، حينئذ فان اجاز صاحب الذمة وقع العقد له وان رد بطل رأساً مطلقاً سواء كان تعيين الذمة بالاضافة او بالقصد خلافاً لبعض في الأخير (١) وهو مشكل إن

(١) بيع الكلي في ذمة الغير فضولاً او الاشتراء له كذلك يكون :
ثارة باسناد البيع او للشراء اليه صريحاً كقول الفضولي للاصيل : بعثك مناً من الحنطة في ذمة زيد - مثلاً - بكذا أو اشتريت منك مناً بكذا درهم في ذمة زيد ، واخرى يكون صرف ذلك الى الغير بمجرد القصد والنية من دون ذكر لذلك باللفظ في متن العقد . أما في صورة الاضافة الى الغير صريحاً ، فلا اشكال في كونه من الفضولي فيصح مع اجازة من اضيف اليه وببطل مع رده وأما في صورة مجرد القصد والنية ، فالمقول من جماعة من أصحابنا - قدس سرهم - ان العقد المذكور يصلح ان يكون للمنوي -

أريد وقوعه له في الواقع : وان أريد به الحكم الظاهري لاطلاق الذمة مع عدم اضافتها للغير كان له وجهه ، وان أمكن الخدشة فيه لانه مما لا يعلم إلا من قبله فالقول قوله بيمينه ومقتضاه البطلان رأساً برد من قصد له لاوقوعه للعاقب ولا ظهور اللفظي فيه حتى يكون متبعاً في افادة مدلوله : بل هو من ظهور حال المعاملة ولا دلائل على اعتباره والتعبد به فتأمل .

— من حيث القصد والنية فيصير عقداً له ، ويلزم به بعد الاجازة منه ولو رده يقع عن المباشر واقعا ، ويلزم به مالم يصدقه طرفه بنيته ، والا فيبطل ولا يلزم المباشر الالتزام به لا واقعا ولا ظاهراً .

والحاصل انهم فرقوا بين اسناد العقد الى الغير صريحاً ، فيحكم بالصحة مع الاجازة ، وبالبطلان مع الرد ، وبين صرفه الى الغير بالنية ، فيحكم بصحته على كل تقدير عند عدم تصديق طرفه بنيته ، فيصح من الغير ، ويلزم بمضمونه مع اجازته للعقد ومن المباشر له مع رده للعقد ، ويكون لازماً من ناحية المباشر واقعا حينئذ لا الحكم بنفوذه من المباشر ظاهراً لاطلاق للذمة الظاهر في ذمته مع عدم اضافتها الى الغير ليخدش فيه بانه مما لا يعلم الا من قبله فالقول قوله بيمينه ، ومقتضاه البطلان برد من قصد له لاوقوعه للعاقب - الى آخر ما ذكره سيدنا الخال .

نعم يمكن ان يخدش في ذلك بأن لية الغير : ان كانت مؤثرة في صرف العقد اليه فلا وجه للفرق بينها وبين الاضافة الى الغير صريحاً ، وان لم تكن مؤثرة في ذلك فلا وجه لصلاحيه اسناد العقد الى الغير المنوى لكون المفروض الغائها وعدم تأثيرها في شيء .

هذا ويمكن توجيه ما افادوه بما ذكرناه في بعض تعليقاتنا من ان البيع للذي هو تبديل طرف الاضافة بمثله من الصفاة اخرى لآخر ، اذا الشأ بالعقد الواقع من المتبايعين فالمنشأ به معنيان : اجمدها - بالمطابقة وهو تبديل -

هذا وقد يخرج بالبال في المقام اشكال ، وهو ان تعيين الذمة في ذمة مّا أو في ذمة من يجزى وحينئذ فان قصد البايع ذمة المشتري وقصد المشتري ذمة غيره اختلف للثمن باختلاف الذمة وهو يقتضي البطلان مطلقاً وان اجاز من قصده المشتري ، وانه كما لو قصد البايع البيع بالثمن الشخصي وقصد المشتري وقوع غيره ثمناً مع أنهم بنوا - هنا وفي فروع المضاربة - على وقوعه للغير ان اجاز وإلا فللمشتري مع ان القاعدة تقتضي في ذلك بطلان العقد :

- المبيع بالثمن وثانيهما بالالتزام وهو التزام كل من المتبايعين لصاحبه بما أوجده من التبديل . ومن هنا سمي الشاؤهما عقداً ، فانه للعهد المؤكد نظراً لالتزام كل منهما وتعهدده لصاحبه بخروج ما يملكه من الثمن او للثمن عن ملكه ودخوله في ملك الآخر بازاء ما يخرج من ملك صاحبه اليه ، وبالعقد الواقع منها يملك كل منهما التزام الآخر ويتسلط عليه بنحو لا يجوز لكل منهما رفع اليد عن التزامه الا برضا صاحبه ومنه تطلق الاقالة التي هي رفع كل منهما يده عما يملكه من التزام صاحبه فيرجع كل عن التزامه وليست الاقالة بيعاً كما ربما يتوهم وانما هي رفع الالتزام من كل من المتبايعين ومنه يظهر ايضا وجه الخيار المجهول شراً او من المتعاقدين لاحدهما او لكل منهما فانه ملك من له الخيار للالتزام نفسه والتزام الآخر فيها لو كان الخيار لاحدهما فيصح له الرجوع عما التزمه لصاحبه المعبر عنه بالفسخ وما لو كان الخيار لكل منهما فان كلا منهما يملك التزامه فله حله فتفسخ المعاملة حينئذ ويرجع كل من العوضين الى ملك ماله الا الاول . ثم ان المشتري للسلعة لو نوى حال الشراء كونه لثالث فقتضى اسناد الالتزام الى نفسه وكونه طرفاً للالتزام العقدي مع البايع كون الشراء له وذمته المشغولة بالثمن اذا كان كلياً ولا اثر لصرفه الشراء الى الثالث بالنسبة مالم يصفه اليه صريحاً .

هذا ولكن يمكن ان يقال : ان الفقهاء في مقام تقسيم البيع بالنسبة الى رأس المال الى مساومة ومراصة وذكروا قسماً رابعاً سموه : بيع -

ولكن يدفعه : ان تعيين اللزمة انما يعتبر لتحقيق معنى الملك لا لتشخيص الثمن الذي هو الدرهم الكلي ، وليس معرفة من عليه الثمن الا كمعرفة لمن له الثمن الذي قد عرفت خروجه عن حقيقة البيع لان صاحب اللزمة هو

— للتولية ، وهو اشتراء شخص ساعه بثمان في ذمته ثم اعطاء ما اشتراه من البائع للغير براس مال ما اشتراه به هان يقول له بعد علمه بالثمن وما يتبعه من الشرط : وليتك العقد ، فاذا قبل الغير لزمه مثله جنسا ووصفا وقدرًا وما يتبعه من شرط فالمشتري للسلعة المالك لالتزام بايها بالاشتراء منه ينقل ماملكه بالعقد من الالتزام الى من ولاه للعقد ، فيصير هذا الثالث مالكا لالتزام البائع والبائع مالكا لالتزامه كما لو كان هو بنفسه مشتريا من اول الامر فتشتمل ذمته للبائع بالثمن وبضمنه له في طول ضمان المشتري للسلعة ، فلو رجع البائع عليه بالثمن لا يرجع على المشتري : ولو رجع للبائع على المشتري بالثمن يرجع به على من ولاه للعقد لان ذمته مخرج لدمته : اذا تبين ذلك ، فقد يقال : ان مجرد نية الغير في اشتراء السلعة من بايها وان لم تؤثر في صرف الالتزام الى الغير بل هو الملتزم به لطرفه البائع لها ولكن قصد الغير باشترائه يصلح هان يكون بمنزلة ايجاب بيع التولية المفتقر الى قبول الغير فان تعقبه ما هو قبول له من اجازة ذلك للغير لذلك العقد حسب ما لو انصرف للعقد وصح اسناده الى الغير فيلتزم بما يلتزم به القابل في بيع التولية . وبالجملة فالصادر عن المباشر بقصد الغير له نسبة فعلية الى المباشر وقابلية للتحويل الى الغير بواسطة قصده المتوقف على قبوله باجازته وان رد من قصدت المعاملة له وقعت لنفس المباشر واقعا فما ذكره البعض من الفرق بين اسناد المعاملة الى الغير صريحا من الصحة مع الاجازة والبطلان مع الرد وبين ما اذا قصد كونها للغير من صحتها على كل تقدير فعن الاجازة تنفذ عن الهيز ومع الرد عن المباشر واقعا له وجه وجيه .

وإلا لخرج عن كونه فضوليا وإن كان هو المالك عند الاجازة ، فمع ان اجازة الوقف غير الوقف المعتبر فيه القرية لا يجدي قصدها مع تجرد السبب او شطر منه عنها لان معنى اعتبارها في صحة الوقف اعتبار كونها للداعي له ، فلا بد من اقترانه بأول العمل حتى يكون إيجادا منبعا عنها فلا يجدي تحققها في اثناء العمل او بعده بخلاف شرط الرضا فان للشرط تحققه وبكفي في الصحة تحققه متى وجد اللهم إلا ان يدعى انه بالاجازة بصير كالوقف المستأنف كما استحسنته في الشرايع ضرورة ان معنى الوقف وحقيقته إنما يتحقق بالاجازة فيكفي اقترانها بالقرية .

هكذا وربما يتوهم 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 اذا تجردت الاجازة عنها . الا انه يدفعه ان القبض ليس مأخوذاً في ماهية الوقف وحقيقة معناه وان اعتبر شرطاً في صحته بمعنى ترتب الأثر عليه ضرورة ان معنى الوقف هو التملك بنحو تحييس العين وتسجيل المنفعة والقبض خارج عنه بالبداية وان قلنا بتوقف تحقق اثره في الخارج على القبض :

توضيح ذلك : ان معنى الوقف له مراتب في الوجود لانه : مرة يوجد بالوجود الذهني ، واخرى بالوجود الانشائي الذي هو أخص من مجرد الوجود اللفظي ، وثالثة او رابعة بالوجود الخارجي الذي به يتحقق مصداقه ونعني بالوجود الخارجي الوجود الاستقراري المتحقق به أثره ، وإلا فما عدا الذهني منه خارجي ايضا بالمعنى الاعم والموجود الانشائي هو السبب للموجود الخارجي اذا وجد من مالك الاشياء بمباشرة أو اذنه او اجازته وهو الذي يعتبر وقوعه بقصد القرية لا الموجود بالمعنى الأخير والقبض معتبر فيه بالمعنى الأخير :

والمجمل فإما يوجب منع جرى للفضولي في ذلك أو للتوقف فيه هو اعتبار القرينة في صحة الوقف لا ما قيل : من أن الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ماورد فيه دليله المفقود في الوقف لشمول عموم « أولوا بالعقود » له ، وهو للعمدة في ثبوت المقتضى للصحة فيه ، لا ما قيل : أنه قسم من الصدقة التي ثبت بالنص جوازها من الفضولي في مثل مجهول المالك ونحوه لمنع كون التصديق بمجهول المالك من الفضولي بعد أمر الشارع واعطائه له ولاية التصديق وأنه في الحقيقة نوع لإيصال المال إلى مالكه بعد تعذر إيصال العين إليه وإن قلنا بالخيار للمالك لو ظهر بين القبول والرجوع على المتصدق ببدله دون المتصدق عليه مطلقاً ولو مع بقاء العين عنده . ثم لا فرق بين الوقف بناء على اعتبار القرينة فيه وغيره من الصدقات منعاً وجوازاً للفضولي فيه :

نعم يفرق بين الوقف بعد الإجازة والصدقة بعدها على القول بالبطلان أنه يبطل في الوقف رأساً ولا ينتقل المال عن ملك مالكه بخلاف الصدقة فإنها تبطل صدقة وتصح هبة لاشتراكهما في التملك الحائلي وتمتاز الصدقة بكون التملك فيها بداعي القرينة كما هو الشأن في كل مشترك بين امرين يكون فصل أحدهما للتجرد عن فصل الآخر .

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

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

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

فضولا عن الامام أولائيه في زمن الغيبة ، وحكمه حكم الفضولى في الصدقات بناء على ان الدفع اليهم من الصدقة عن الامام (ع) فيجرى الخلاف المتقدم هنا محصة وفساداً لانه فرد منها ، وأما بناء على انهم المصروف لهذا المال فلا مانع عن محصة الفضولى هنا وان قلنا ببطلانه في الصدقات لخروجه عنها بالفرض . وحينئذ فان اجاز الامام عليه السلام أو لائبه صح وإلا رجوع به الى الامام عليه لكونه مضموناً عليه بالانلاف .

وأما الثاني وهو مالو كان الفضولي أجنبياً : فان كان المدفوع الى مستحقه من مال المالك وكان ذلك قبل العزل ، فيكون فضولا عن المالك من حيث دفعه عنه من ماله وعن الامام من حيث صرف نصيبه من غير اذنه ، وان كان في مصرفه . وحينئذ فان أجازا معاً صح المدفوع خمساً وبرىء المالك منه ، وان رد المالك فقط لم يتحقق موضوع لاجازة الامام عليه السلام لعدم تعيين المدفوع خمساً ، وان العكس الامر بأن اجاز المالك ورد الى الامام (ع) ففي تعيين المدفوع خمساً بالاجازة ، فيرجع الامام على الدافع أو المدفوع له دون المدفوع عنه وعدمه الموجب لبقاء المالك تحت العهد وجهاً مبنيان على شمول دليل التعيين للمالك الى هذا النحو من التعيين الحاصل بالاجازة بعد الدفع الموجب لعرضة المال للتلف بل هو في بعض الصور من تعيين التالف وعدمه ، وعليه فعلى المالك دفع سهم الامام له لبقائه في عهده ويتخير المالك ، وان اجاز في الرجوع على الفضولى او المدفوع له لكون الخمس عنواناً للمدفع لاداعياً للدفع فالحبيشة تقييدية لاتعليلية كما او دفع مالا للغير بعنوان للوفاء له عن دينه فالكشف عدم الدين فلا يتوهم في المقام انه يبطل خمساً وبصح هبة كما في الصدقة ، مع احتمال عدم رجوعه على الدافع بناء على سقوط للضمان عنه بالاجازة ، كما لا يدخل الاذن في ضماله ، وان كان بعد العزل فلا رجوع للامام دلى

المالك بتعيين المعزول خساً وبده عليه أمانة ، هل يتخير الامام بين الرجوع على الدافع للفضولى او المدفوع له ، فان رجع عليه رجع هو على الدافع للغرر ، على الاقوى ، كما انه لو رجع على الدافع لم يرجع الدافع على المدفوع له مع تلف العين لكونه غاراً على القواعد في مسألة تعاقب الايدى ، وان كان الفضولى اجنبياً ودفع من مال نفسه خساً عن المالك لم تبرء ذمة المالك وان دفعه الى الحاكم لان ذلك من العبادات المالية التي لا يتحقق امتثالها بدفع المتبرع إلا أن يكون بالوكالة عنه ، وقياسه بالدين الذي وفاؤه من التوصلات قياس مع الفارق .

نعم ربما يظهر (من المسالك) في زكاة الفطرة في تبرع المוסر عن الضيف الصحة مع توقفه على اذله للظاهر في ارادة الاجازة منه حيث قال : « ولو تبرع المוסر باخراجها عنه ، ففي الاجزاء قولان وجزم الشهيد بعده ، وهو حسن مع عدم اذن للضيف ، وإلا فالاجزاء احسن » انتهى ، مع قوة احتمال ارادة الاذن للسابق على الدفع بحمل الاذن عند ارادة التبرع كقوله تعالى : « اذا قرأت القرآن فاستعذ بالله » من (اذا قرأت القرآن) مؤيداً بظهور لفظ الاذن فيه ، وإلا فالأذن اللاحق يعبر عنه في كلامهم بالاجازة :

هذا كله في الخمس ويجرى مثله الكلام في الزكاة والكفارات .
وأما جريانه في الوصية ففي (الدروس) ما لفظه : « ولا نصح الوصية بملك للغير ولو أجاز للغير احتمال للنفوذ » . انتهى
وفي (جامع المقاصد) في شرح قول مصنفه : ولو أوصى المشترك صبح في نصيبه لاختصاصه به قال : « لافرق في ذلك بين أن يرصي بجميع المشترك او بقدر نصيبه في انه إنما يصح في نصيبه لاختصاصه به بخلاف البيع ، فانه لو باع الجميع وقف في ملك الغير على الاجازة ،

ولو باع قدر نصيبه ففي الصرافه الى ما يملكه وجهان : أحدهما الصرافه اليه ، وقد سبق ، والفرق تأثير الاجازة في بيع الفضولى دون الوصية إلا على احتمال الدروس « انتهى . وعن (التذكرة) احتمال صحة الوصية بملك الغير اذا قبده بملكه .

قلت : الوصية عقد جائز ، والأقوى جريان ، الفضولي في العقود الجائزة التمليلية التي منها الوصية ، فضلاً عن للعقود الأذنية التي يكفي اباحتها متى تحقق الاذن اعموم « اوفوا بالعقود » بناء على ارادة الوفاء بمقتضى العقد ، ان لازماً فلازماً وان جائزاً فجائزاً ، مضافاً الى اقتضاء للصحة بالحق الاجازة في كل ما تصح فيه الوكالة لعدم اعتبار المباشرة للعقد بالفرض مع اصاله عدم وجوب اقترانه برضاء المالك فتأمل (هـ) فما احتمله في (الدروس) من صحة الفضولي في الوصية هو الأظهر لما ذكرنا لا لما قبل من قيام الدليل على صحته في الوصية بما زاد على الثلث موقوفاً على اجازة الوارث ، لان ذلك في الحقيقة ليس من الفضولى الا على تقدير انتقال الموصى به الى الوارث والنقل منه بالاجازة الى الموصى له وليس كذلك بل ينقل الموصى له المال من الموصي دون الوارث ، بل هي منه لإنشاء تملك للملكه وان توقف التملك على الموت فلا تعليق في الانشاء بل هو منجز والتعلق في الاثر وان الاجازة من الوارث تنفيذاً للتملك بالوصية لا تملك منه بالاجازة ولذا نفذت الوصية باجازه في حياة الموصى على الأشهر الاظهر وليس كما توهم من اسقاط ما لم يجب حتى بشكل لزومه ، بل مرجعه في الحقيقة الى رضاء الوارث بعدم الارث من المال المخصوص الموصى به ، وتأثير ذلك بالرضا المذكور ثابت بدليله المخصص لعموم الارث في التركة ، وتنقيح

ذلك موكول الى محله وليس ذلك من الفضولي بشيء وان وقع التعبير في كلامهم بالترقف على الاجازة .

وبما ذكرنا من صحة الفضولي حيث مانصح الوكالة مع الاصل المتقدم يتضح وجه جرى الفضولي في الايقاعات الا ما قام للدليل على عدمه فيه ان لم يقم اجماع على المنع عنه مطلقاً اللهم إلا أن تمنع الكلية المتقدمة وهي صحة الفضولي حيث مانصح الوكالة ، فلا يستكشف بصحة الوكالة صحة الفضولي ، بل غايته بثبوت الوكالة يثبت الاكتفاء بالمباشرة الحكيمة عن المباشرة الحقيقية بهد نزبل الوكيل منزلة الموكل ، فلا يقاس عليه مالا مباشرة فيه أصلاً لا حقيقة ولا حكماً كالفضولي .

وأما اجازة الاجازة فالظاهر الاكتفاء بها في الصحة لشمول ما دل على اللزوم بالاجازة لها لانها اجازة في الحقيقة ولو بالواسطة ، وعلى الكشف يترتب الأثر من حين العقد لامن حين الاجازة الأولى ، كما انه على النقل يترتب من حين الثانية .

وأما الفسخ والامقاط والابراء فمقد يقال بنفوذ الاجازة فيها مع كونها من الايقاعات وان قلنا ببطلان الفضولي فيها مطلقاً بناء على أن لإجازة الفسخ فسخ واجازة الاسقاط او الابراء اسقاط وابراء لعدم اعتبار الفاظ مخصوصة فيها وتظهر الثمرة بين كونها فسخاً أو اجازة للفسخ في النماء الحاصل بينهما على القول بكاشفية الاجازة ، فانها من حين الفسخ على الاجازة ومن حين الاجازة على الفسخ فافهم .

بقى الكلام في مسألة الاجازة والرد . والاول منهما يقع تارة في موضوع الاجازة ، واخرى في حكمها وما بشرط في تأثيرها ، فنقول :

أما موضوعها فالظاهر ان الاجازة هي للقول للدال على الرضا بالعقد أو بحكمه من الأفعال الدالة عليه بحيث يصح بذلك استناد العقد اليه ،

فيدخل في عمومات الامر بالوفاء ، وللتجارة عن تراض ، وأحل الله البيع وشمله الاطلاقات الواردة في المعاملات الخاصة ، فلا يكفى مجرد الرضا غير المنكشف بقول أو فعل في تحققها بعد أن كان اعتبارهما من باب للسببية لامن باب للكشف عن السبب - كما ذهب اليه بعض مستدلاليه - اولا بما يظهر من تعليلهم لعدم تحقق اجازة المالك بسكوته مع علمه بوقوع العقد بأن السكوت لا يدل على الرضا لأنه اعم منه الظاهر في أنه لو كان دالا عليه لكان كافياً في تحقق الاجازة ، ولولا كفاية الرضا في تحققها لكان التعليل بعدم للكاشف للوجودى أولى من التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا ضرورة انه حينئذ او كان دالا عليه لم يكن مجدياً ايضاً .

وثانياً بما هو للعمدة عندهم : من أدلة الفصولى ، وحديث (عروة) المتقدم المتضمن لتصرفه في تسليم المبيع فضولاً مع تقرير النبي (ص) له عليه مع اتفاقهم على عدم جواز للتصرف في الفضولى، ولا يتم ذلك إلا بالاجازة المتحققة برضاء النبي المحرز بشاهد الحال ، وثالثاً بما دل على كفاية سكوت البكر في تزويجها وأنه اقرارها ، وليس الا للاكتفاء به كشفاً عن رضائها توسعة للخباء .

وراهماً بما ورد من المعتبرة المستفيضة المتضمنة لصحة لكاح العبد المتزوج بغير اذن سيده ان سكوت مع العلم به ، وكذا لو قال لعبد : طلق فانه اجازة منه لنكاحه .

وخامساً بما حكى عن جماعة من أنه اذا أنكر الموكل الأذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها .

وسادساً بما عن صريح غير واحد : من أنه لو رضي الماكه بما فعله صح .

وسابعاً بما يظهر من استدلالهم على كون الاجازة كاشفة بان العقد

مستجمع للشرائط عدا رضى المالك فاذا حصل عمل السبب للتام عمله :
هذا هو عمدة ما استدلوا به على تحقق الاجازة بمجرد الرضا :

وفي الكل نظر : أما التعليل بعدم دلالة السكوت على الرضا فلعله من
التعليل القادر المتيقن على عدم تحقق الاجازة لانها اما مجرد الرضا او الرضا
المنكشف بكاشف وجودى فعدم الرضا مستلزم لعدم الاجازة على كل من القولين
وليس كذلك او علل بعدم الكاشف الوجودى لامكان المناقشة فيه بعدم
اعتباره في تحققها .

وأما نصرف عروة بنسليم الشاة فيكفي في جوازه احرار للطيب من
النبي ولو بشاهد الحال كسائر التصرفات في اموال الغير ولا يكفي ذلك
في تحقق ماهية الاجازة .

وبعبارة اخرى : الرضا بالتصرف يستلزم الحلية لان تنفيذ المعاملة وامضاءها
الذي هو معنى الاجازة وكلامهم بعدم جواز التصرف قبل الاجازة مسوق
ليبان التوقف على الرضا المحرز بالاجازة لا التوقف على الاجازة حتى لو
احرز الرضا بدونها .

وأما سكوت الهكر فالذي يكشف منه عن الرضا انما هو السكوت
عن الرد والنهر للخاطب لا السكوت عن النطق بالقبول أو اجازة للعقد
او التوكيل عليه فانه أعم من الرضا كغيره من عقود المعاملات . نعم الحياً
يمنع عن النطق بذلك لا ان السكوت عنه دال على الرضا به .

وبالجملة : السكوت عن الرد للذي هو مقتضى الحياء الموجب له اولاً
مانع الرضا هو الكاشف عن الرضا دون السكوت عن اظهار القبول ، نعم
الرضا مقتضى لاظهار القبول اولاً مانع الحياء فالسكوت للكاشف عن الرضا
بالكف عن الرد أمر وجودي منزل منزلة القول في الكشف عنه :

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

بقتضى الرد عنه متضمن لفعل وجودي يكشف عن الرضا فهو نظير قولهم :
 للسكوت في مورد البيان وعدم الردع في مورد بقتضيه لو كان محله تقرير .
 لا يقال : انه يلزم ذلك الاكتفاء بسكوت غير البكر أيضا اذا أحرز
 الحياء منها كالبكر وهو يتنافى الاقتصار منهم على البكر في كفاية السكوت
 لانا نقول : كشف المورد عن الكف انما هو ظني اكتفى به دليله
 الخاص في البكر وان كان الحكمة الحياء فيها نوعاً فلا يقاس غيرها بها
 وان ساواها في الحكمة فالكف وان كان كافياً في الكشف عن الرضا مطلقاً
 لكونه فعلاً وجودياً إلا أن ثبوته بالكشاف الظني وهو المورد مخصوص
 بالبكر لدليله الخاص بها .

وأما سكوت المولى مع العلم بتزويج عبده فع امكان ان يقال فيه
 ماقلنا في سكوت البكر ، يمكن ان يقال أيضا ان المستفاد من الرواية هو
 مانعية معصية السيد المتبعة عن مزاحمة حقوقه لنفوذ العقد وهي ترتفع بمجرد
 للرضا لانتفاء المعصية بانتفاء المزاحمة معه ، كيف وللعبد ملك إنشاء وينفذ
 لو عقد للغير على الاظهر من غير توقف على اجازة سيده وان استحق
 الاجزة على من عقد له على رأي ضعيف لعدم معلومية مملوكية العبد بهذا
 لاقدّر مما لايزاحم حقوق مولاه كما تقدم :

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

وأما قول السيد لعبده : طلق ، فع كونه يأتي فيه مانقدم من سكوته
 يمكن دعوى دلالة الأمر به على الرضا بعقده بدلالة الانتضاء لتوقف الطلاق
 على سبق النكاح فيكون الرضا حينئذ مدلولاً عليه بالقول ، اذ لا يعتبر في
 الكشف به لفظ خاص ولا دلالة مخصوصة ، بل اهل الكتابة كافية في ذلك

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

وأما ايجاب الكراهة المدلول عليها بظهور الحلف فيها للرد الموجب للفسخ ، فـم أنه ممنوع في نفسه وامـه ذهب اليه من يرى كفاية مجرد الرضا في تحقق الاجازة ، يمكن ان يجرى فيه ما تقدم في أمر السيد لعبدته بالطلاق فتأمل (٥)

وأما قولهم بصحة بيع المكره بالحق الرضا ، فلو سلم ، يدفعه أن الطبيب والرضا شرط مستقل معتبر في نفوذ العقد ولو منع وقوعه من المالك وهو منتف في بيع المكره فاذا حصل تم السبب وأثر أثره ، وأبن ذلك من الاجازة المصححة لعقد غير المالك المنتف في شرط الملك حتى يستدل به عليه ولذا عدوا من الشرائط الاختيار والملك ، فاحترزوا بالاول عن بيع المكره وبالتالي عن بيع الفضولي . وبالجملة ، لامانع من نفوذ بيع المكره إلا عدم الرضا المرتفع بمحصوله والمانع في الفضولي غير ما هو مانع في المكره :

وأما استدلالهم بما تقدم في كون الاجازة كاشفة ، ففيه أن كلامهم مسوق لبيان شرطية حصول الرضا وتامة للعقد به ، وأما كيفية الحصول فهي قضية مهحلة غير سوق لبيانها وهو واضح .
وأما شروط تاتر الاجازة فهي (١) أمور :

(٥) وجه التأمل امكان دعوى الفرق بان للحلف غايته الاشعار بالكراهة دون للدلالة عليها .

(١) وتعبير أوضح لا يلغي الريب في انه حصل بفعل الفضولي وانشائه اضافة شألية لطرفه بالنسبة الى مال المالك ، وهذه الاضافة - وان كانت تاهلية صرفة - لم تبلغ مرتبة الفعلية ، ولكن لها نحو من الوجود والثبوت بالنسبة -

الاول : ان لا يسبقها رد ، ولو تخلل الرد بينها وبين العقد بطل تأثيرها لان الرد ابطال لما احدثه الفضولي من ربط البدلية بين العنين ولو ناقصاً ، فهو بمعنى الفسخ الذى لا شك في عدم تأثير العقد بعده غير أن الربط الحاصل في المردود ضعيف وفي المنفسخ شديد فليكن تأثير الرد في الابطال أولى من الفسخ فيه . مضافاً الى دعوى الاجماع الصريح . والظاهر

- الى لعدم المحض ، فهي قابلة لصيرورتها إضافة فعلية باجارة المالك لعقد للفضولي . ولكن الكلام في أن غاية مايقنضيه دليل سلطنة الناس على أموالهم بالنسبة الى فعل للفضولي سلطنة المالك على إقراره ونشيبته ، فهو مخير بين الاجازة وعدمها ولا سلطان له على الرد وإبطال فعل الفضولي وانشائه فلا اثر لرده وله الاجازة بعده ، فتلك الاضافة التأهيلية لا يرف الفضولي بالنسبة الى مال المالك بعد الرد هاقية لها شأنية البلوغ الى مرتبة الفعل باجازته العقد بعد الرد ، وهو المختار لبعض الاصحاب ، فانهم حكموا بعدم بطلان عقد الفضولي بالرد من المالك وقابلته للحقوق الاجازة منه . ومقتضى ما ذكره أن المالك غاية مايقنضيه سلطنته على ماله تثبيت تلك الاضافة للشأنية للطرف وإيصالها الى مرتبة الفعلية ، وليس له اعدامها وإزهاؤها عن صفحة الوجود هذا ولكن يمكن ان يقال : ان ذلك قصر لسلطنة المالك ونقص لها ، بل الذي يلبي اختياره - ولعله المشهور بين القائلين بصحة الفضولى - أن دليل سلطنة المالك على ماله مقتضاه تسلطه على امضاء عقد للفضولى وإبلاغ تلك الاضافة للشأنية الحاصلة للطرف به مرتبة الفعلية باجازته العقد وعلى رده وإبطال ما حصل به من أهلية الاضافة واعدامها برده العقد ، فلم يبق بعده شيء قابل للاجازة . وربما يتأمل في كون فعل الفضولي منشأ للحصول اضافة لطرفه بالنسبة الى مال المالك يدعى أن الاجازة منه مما لا إشكال في دخولها في تحقق الملك إذ العقد الصادر من الفضولي بتوقف تأثيره على -

من بعض معترضاً بدعوى الاتفاق من جماعة وان كان ظاهر خبر الوليدة المتقدم يعطى عدم اعتبار هذا الشرط وتأثير الاجازة المسبوقه بالرد بناء على ظهور الخاصية فيه واطلاق حكم على (ع) بأخذ الوليدة مع لزوم تقييده باختيار الرد لولا ظهوره فيه واسترداد الجارية ومناشدة المشتري للامام (ع) برد ولده - حسبما تقدم ذلك كله - إلا انه يجب بمعونة ماتقدم من الاجماع والقاعدة صرفه الى مالا يتنافى اعتبار هذا الشرط بالحمل على التردد دون

- استناده الى المالك - وهو انما يحصل بالاجازة فقها لم توجد اضافة للطرف بالنسبة الى مال المالك، لكي يكون سلب قدرته عن رفعها منافياً لتام سلطنته والدعوى المذكورة - وان كان لها وجه معقول دقة - فان حصول الاضافة يتنافيه دخل الاجازة في حصول الملك - ولكن يمكن القول بان للعرف برى وجود اضافة شأنية تاهلية لطرف الفضولي بالنسبة الى المال في قبال عدم المحض غايه الامر فعليتها تتوقف على حصول الاجازة - وعليه فهذا الوجود العرفي صالح للرد من المالك كما هو صالح للاجازة ونفي سلطنته عن رده واعدامه قصر لها منافع لعموم دليل السلطنة .

وبالجملة فالحكم ببقاء محل وموقع لاجازة عقد الفضولي واستناده اليه بها ليضاف العقد اليه ويكون عقداً له ليلزمه الوفاء به بعد رده في غاية الاشكال لا يقال : طاهر صحبة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة تأثير الاجازة بعد الرد .

لانا نقول : الرد كالفسخ من ذي الخيار لا بد من انشائه بقول يدل عليه او فعل يكون مصداقاً له ومجرد أخذ المالك الجارية الوليدة بعد خاصيته للمشتري لا يكون رداً فعلياً لا يمكن كون ذلك لاجل أخذ الثمن لا لرده للبيع . وبالجملة فلم يظهر من الصحبة قابلية العقد للحرق الاجازة 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 برده وان اجاز بعده أمكن دفعه بمنع ذلك وصحة الاستناد اليه بالاجازة عند تحققها وعدم الاستناد حين الرد قبل لحوق الاجازة منشاء عدم الاجازة لوجود الرد . و (دعوى) إخراج المورد بالرد عن قابلية الاستناد ولو يملحوق الاجازة (عين) المصادرة ، الا انك قد عرفت أن الموجب لاعتبار هذا الشرط إبطال للعقد بالرد وزوال الربط به فلا يبقى بعده ما تلحقه الاجازة .

الثاني - يشترط في تأثير الاجازة كون الهبزم مالكا حين الاجازة ، فلو عقد فضولا على مال ثم انتقل المال الى الوارث قبل الاجازة من المورث ملك الاجازة بناء على جواز مغايرة الهبزم والمالك حال العقد كما سيبيء في مسألة : من باع ثم ملك ، لالها من آثار ملك المال ، وليست بنفسها موروثة لأنها من الأحكام لامن الحقوق ، ومع تعدد الوارث لكل واحد منهم الاجازة في ما يملكه من التركة دون غيره منها ومع التبعض للاصيل خيار تبعض الصفقة ولا كذلك لو كانت الاجازة بنفسها موروثة بناء على انها من الحقوق فانه حينئذ لكل واحد منهم اجازة ما وقع عليه العقد جملة ومن كان له الاجازة كان له الرد ، وحينئذ ، فلو اتفقا على أحدهما أو اختلفا وكان على التعاقب كان الحكم واضحا ، وان اختلفا واتحد زمانها ففي سقوط كل منهما بتصادم الآخر ، فبالغو عن السببية ويرجع الى ما يلحق بهما من الرد أو الاجازة أو سقوط لاجازة الثاني عن التأثير لصدق تخلل الرد بينها وبين العقد ايضا ، فيشملة اطلاق مادل على بطلان الاجازة المسبوبة بالرد من معقد الاجماع مع احتمال دعوى عدم اطلاق العقد له او انصرافه لو سلم الى غير الرد المعارض بالاجازة :- احتمالات ، ويحتمل الفرق ايضا بين ارث الاجازة وتبعيتها للمال الموروث فيها لو تعلق عقد الفضولى بهين يختص

بها وعلى الارث كان لمن يرثها مطلقاً مع احتمال اختصاص ارثها بمن يرث متعلقها ضرورة ان حقيقتها باعتبار حقيقة متعلقها .

هذا ولكن لاثمرة في هذه الفائدة بعد معلومية كون الاجازة من الاحكام لامن الحقوق بالبداية كما نقرر في محله .

الثالث - هل يعتبر في تأثير الاجازة مطابقتها للعقد مطلقاً كما وكيفاً أولاً يعتبر كذلك او يفصل فيعتبر في الثاني دون الاول ؟ وجوه ، بل لعلها أقوال . وجملة صورها بحسب الاختلاف فيها أوفي أحدهما من حيث النقيصة أو الزيادة كثيرة ، أصولها أربعة بمعرفة أحكامها تعرف أحكام غيرها ضرورة أن الاختلاف اما بحسب الحكم أو بحسب الكيف ، وكل منهما : إما أن تقع الاجازة على بعض ماوقع عليه العقد او عليه مع الزيادة .

فنقول : لإحداها ماوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها ، والا فوى فيها الجواز بناء على جريان الفضولي في مسألة تبعص للصفقة لوجود المقضى وعدم المانع من غير فرق بين كون المبيع للمالك او للمالكين فأجاز أحدهما دون الآخر غير أن ضرر المشتري بالتبعص مجبور بالخيار ، وأما على القول ببطلان التبعص مطلقاً كما عن بعض لان الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع او في خصوص الفضولي لكونه مخالفاً للاصل ، فيقتصر على موارد دليبه التي ليس المفروض منها فيعتبر المطابقة في تأثير الاجازة إلا أن كلا من المقدمتين مع كونه خلاف المشهور في حيز المنع جداً .

ثانيتهما عكسها ، كما او عقد على البعض وأجاز بيع الكل فلا اشكال في عدم نفوذها في الزائد ، وان رضي به المشتري لان مرجع نقله حينئذ الى النقل بمجرد التراضي ومن غير سبب بوجبه وفي نفوذها فيما وقع عليه العقد وجهان ، أقربها عدم لعدم إحراز الاجازة في البعض بعد قيام احتمال مدخلية الضميمة في الرضا .

ثالثها لو اوقع للعقد على شرط فاجازه المالك مجرداً عن الشرط (١) والاقوى هنا سقوطها عن التأثير حيث يكون الشرط قيداً للمبيع ومن مشخصاته لعدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط اذا كان كذلك وان كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء .

توضيح الفرق بينها مع كون الشرط جزء جزء عقلياً : هو ان الكل في الخارج ليس لإعارة عن مجموع الأجزاء الخارجية القابل كل منها لتعلق البيع به مستقلاً فهيع الكل ينحل الى بيع كل جزء بنحو التعاطف ، وأما

(١) توضيح ذلك : ان الشرط الذي وقع عليه العقد الفضولي واجازة المالك مجرداً عنه تارة يكون قيداً للمبيع ومن مشخصاته الذي مرجعه الى التوصيف بمعنى أخذ المبيع عند انشاء المعاوضة معزواً ومتصفاً به ، سواء ذكر بنحو الشرط او بنحو الوصف واخرى يكون الشرط في ضمن العقد من قبيل الالتزام في الالتزام كما لو اشترط في ضمن بيع الثوب صبغه أو خياطته : أما ما كان فيه الشرط قيداً ومخصصاً للمبيع فان أهل العرف ينظرهم للعرفي برون المهابة بين الواجد للشرط أو الوصف وفاقده كما او فرض ان الفضولي باع مناً من الأرز في ذمة المالك من نوع العنبر ، مثلاً فاجازة المالك ، ولكن الغى العنبرية وأمضى المعاملة على طبيعة الارز ، ففي هذه الصورة تسقط الاجازة عن التأثير في إمضاء المعاملة الواقعة من الفضولي وتصحيحها فان ما وقع من العقد مباين لما اجازته المالك عرفاً . نعم لو لم ير العرف مباينة بين الواجد للقيد والفاقد له هال كان القيد الذي اخذه الفضولي في متعلق العقد صفة كمال فيه والغى المالك تلك الصفة عند الاجازة كأن عقد الفضولي على جارية للمالك موصوفة بصفات من جعلتها كونه كاتبة مثلاً ، والمالك أجاز عقده ، ولكن الغى جهة الكتابة ، فالظاهر تأثير تلك الاجازة في تصحيح العقد وان كان للاصيل خيار تخلف الوصف .

- هذا اذا كان الشرط الذي أحذه الفضولي في العقد ولم يعضه المالك باجازته قيداً في المبيع ومن مشخصاته الذي قلنا إن مرجعه التوصيف .
وأما اذا كان للشرط من قبيل الالتزام في الالتزام كاشتراط خياطة الثوب أو صبغه مثلاً في ضمن عقد بيعه فأجاز المالك اصل البيع ولم يحز الشرط المأخوذ فيه ، فالظاهر صحة اجازته لاصل البيع والزامه به وان ألغى جهة الشرط ولم يعضها . نعم حيث لم يلتزم الاصيل بالعقد المأخوذ بالشرط ولم يحزه المالك فلم يسلم له شرطه فبتخير بين امضاء العقد واسقاط شرطه وبين فسخ العقد وابطال أصل المعاوضة .

والحاصل ان الفقهاء في مسائل تشبه مسئلتنا فيما ألزم العاقد من الشرط في ضمن العقد ولم يسلم الشرط للمشروط له لم يلتزموا ببطان العقد ، بل قالوا بان المشروط له يتخير بين امضاء العقد وفسخه ، منها صورة ماله تعذر الشرط المأخوذ في العقد بعد ان كان غير متعذر ، ومنها صورة فساد الشرط فيما لم يسر فساد به الى فساد العقد كما اذا كان منافياً لمقتضاه فان المشهور عدم بطلان العقد بفساد الشرط بل يثبت للمشروط له الخيار ومنها قرين مسئلتنا مما كان العقد من الفضولي على الكل والمالك اجاز البعض ، فان مرجع بيع الكل الى بيع كل جزء بشرط انضمامه الى الجزء الآخر غاية الأمر ان الشرط ضمنى غير مصرح به فانهم قالوا بصحة البيع في البعض المجاز وان ثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة بل او التزم للبائع بنفسه للمشتري في ضمن العقد بشرط ولم يف به اختياراً ، فانهم قالوا : يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ولم تبطل اصل المعاوضة والسر في ذلك أن الشرط لم يكن قيداً وعنواناً للعقد عليه حتى يكون تخلفه موجباً لبطلان اصل المعاوضة وانما هو التزام بشيء خارج عن اصل المعاوضة للزم به العاقد

الجزء العقلي فغير قابل لتعلق البيع به والقابل في الفرض إنما هو المشروط به من حيث كونه مشروطاً به أو المحرود عنه من حيث هو كذلك ، والاول غير مجاز ، والثاني لم يكن بعضاً من المشروط وان كان مجازاً ، ضرورة أن المطلق بشرط الاطلاق مباین للمقيد ل البعض منه والذي هو جزء منه المطلق المعرّى عن قيدى الاطلاق والتقييد المعبر عنه الا بشرط ، وابن ذلك من مسألة التبعيض : نعم يقوى صحة المجاز كذلك إذا لم يكن الشرط من المشخصات بل كان مجرد التزام به في ضمن عقد البيع بناء على عدم فساد العقد بسقوط الشرط من المالك أو لفساده شرعاً . ومنه يظهر الاشكال في اطلاق كلام شيخنا في (مكاسبه) حيث قال : « ولو اوقع العقد على شرط فاجاز المالك مجرداً عن الشرط فالاقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعيض من حيث الشرط وان كان قابلاً للتبعيض من حيث الجزء ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط ، انتهى .

رابعها عكسها بأن عقد الفضولي وأجاز المالك مشروطاً ورضي الاصيل به (١) ففيه احتمالات : أقواماً المطلقان مطلقاً لعدم الالتزام بالشرط الواقع

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

هذا لو التزم العاقد للفضولي بشرط للاصيل على المالك ، وأما في صورة العكس والالتزام الفضولي بشرط في ضمن عقده للمالك على الاصيل فالامر اوضح اذ لا يلبي الرب فيه .

(١) لا يقال : مقتضى ما ذكرناه وهو المشهور من أن فساد الشرط لا يسري الى فساد العقد بل يصبح العقد وان فسد ما تضمنه من الشرط فلتكن -

خارج العقد والمجرد عنه غير مجاز لعلفها به مشروطا ، لامطافاً .
 الرابع - هل بشرط في تأثير الاجازة علم المحبز تفصيلا بالعقد وحقيقته
 وجميع مايعتبر في صحته أم يكفي للعالم الاجمالي بوقوع عقد على ماله قابل
 للاجازة ؟ وجهان : والأول هو الأقوى لعموم النهي عن الفرر مضافا الى
 لحوق كل اجازة الى عقدها في الفرر المنهى عنه فيه . وقياسها بالوكالة المفترضة
 فيها الجهالة في الجملة اتفاقا كما (في المسالك) وغيره ، قياس مع الفارق
 لان مرجع اطلاق الوكالة الى تفويض الامر الى الوكيل وتعيين الامر بيه
 كمال للقراض وهو الوجه في اغتفار الجهالة فيها لا ما ذكره (في المسالك)
 من أن الفرر مندفع بمراعاة الوكيل مصلحة الموكل لان المصالح ينفسها

- الاجازة من المالك المضممن للشرط الذي لا يلزم الاصيل للوفاء به بمنزلة
 للشرط الفاسد المشعمل عليه العقد ، فكما ان فساده لايسري الى فسادالعقد
 فكذا هنا فان فساد الشرط وعدم لزوم الوفاء به لايسري الى فساد الاجازة
 فلم لاتصح ويختص الفساد بالشرط ؟ قلنا فرق بين اشتراط العقد بالشرط
 للفساد وبين تقييد الاجازة بشرط لايجب على الاصيل للوفاء به لعدم ذكره
 في متن العقد فان العائد المضممن عقده لشرط فاسد التزم بعقده للتزامين
 أحدهما - باصل المعاوضة بين المالكين ، والالتزام الآخر بالشرط الذي تضمنه
 عقده غاية الامر احد الالتزامين مرتبط بالآخر ، وعليه يمكن التفكيك بين
 الالتزامين فيصبح احدهما وهو الالتزام باصل المعاوضة ويهطل الآخر وهو
 الالتزام بالشرط ، ونظراً لارتباط احدهما بالآخر بثبت الخيار للمشروط له
 وهذا بخلاف المحبز الذي قيد اجازته بشرط لايجب للوفاء به بل هو ملغى
 فانه لم يلتزم الا بالالتزام بسيط ولم يحقق منه للالتزام ان يمكن التفكيك بينها
 بالصحة وعدمها :

وبالجملة العقد للصادر من الفضولي لم يجره المالك وما أجازته المالك
 ليس هو عقد الفضولي فكيف يصح والحال هذه ؟ .

ج ٢ من شروط صحة الاجازة علم المجيز بالعقد تفصيلاً، شرح وتحقيق حول ذلك ٢٧٥

تفاوت وان تساوت في الزيادة والنقص فلا يندفع الحرر بمراعاتها ايضاً فيعتبر في المجيز علمه بكل مالواه لكان غرراً تكون المعاملة معه سفهاً او منجرأ معه الى اللئاصم كما تقدم من معنى الحرر ، ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك (١)

(١) المراد أنه لو علم المالك اجمالاً بوقوع عقد على ماله وتردد بين أن يكون بيعاً أو اجارة او صلحاً او علم بكوله ببعاً مثلاً وجهل المبيع وتردد بين كوله داره او دكانه او دابته مثلاً أو علم بشخص المبيع وتردد في ثمنه الذي باعه الفضولي به فجهل عينه او مقداره ، ففي جميع الصور المذكورة ونظائرها مما تكون فيه المعاملة الواقعة من الفضولي مجهولة عند المالك ، فلا يصح - والحال هذه - اجازتها على ايهامها فان ذلك من الحرر المنهي عنه ومقايضة باب الفضولي بهاب الوكيل قياس مع الفارق ، فان المالك المسلط على ماله له تفويض شؤون سلطنته الى الوكيل بالتصرف في امواله كلاً او بعضاً كمية او كيفية ومنه عامل باب القراض : وعليه فكل معاملة تصدر من الوكيل المذكور ماضية على الموكل ويلزمه تنفيذها ولم يكن في ذلك شيء من السفه والحرر المنهي عنه : وهذا بخلاف المعاملة الخارجية الصادرة من الفضولي التي يجهل المالك نوعها وشخصها فان اجازتها على ايهامها واجمالها وترددها بين انواع او افراد سفه وحرر مؤد الى التشاجر والتنازع منهي عنه في النبوي المشهور :

بقي شيء ينبغي للتعليق عليه ، وهو أنه هل يعتبر في الاجازة للتنجيز والعلم بتحقيق المجاز ام تصح الاجازة معلقة على فرض وجوده ؟ ربما يقال باعتبار العلم بوجود المجاز في صحة الاجازة اذ هي من ايقاع للغير القابل للتعلق ولو فرض القول بصحة التعليق في العقود ، ويمكن ان يقال بعدم اعتبار العلم بوجود المجاز وصحتها مع الجهل بوجوده سواء قلنا بانها ايقاع او انها -

الخامس - هل يعتبر في تأثير الاجازة بقاء اجتماع الشروط المعبرة في صحة العقد الى زمان الاجازة اولا يعتبر (١) الظاهر أن ما يرجع الى صفات المتعاقدين من العقل والرشد ونحوهما لا يعتبر ازيد من تحققه حين الانشاء وأما ما يرجع الى العوضين فكذلك بعد العلم به ما لم تدخل الاجازة سبب زواله في المعاملات السفهية كما لو فسد احد العوضين اطول المدة وقبل الاجازة سيما على القول بكونها لاقلة ولو زال وصف الملك بعد العقد ثم عاد اليه قبل الاجازة ففي نفوذ الاجازة حينئذ وعدمه وجهان ، مبنيان على

- من العقود باعتبار ان التعاقد الحقيقي بين المالكين انما يتحقق بالاجازة فاخذ ركني العقد انما يتحقق بها ولكن حيث ان التعليق المفسد للعقد او الابقاع انما هو فيها اذا لم يكن المعلق عليه مما يتوقف عليه تحقق المعلق فمثل تعليق البيع على مالبة المبيع والطلاق على زوجية الزوجة مما هو تعليق على ما يقتضيه حقيقةهما ونظيره ما نحن فيه من تعليق الاجازة على وجود المجاز ليس من التعليق الواقع محلا للكلام والتزاع بين الأصحاب في امكان تحققه او مبطليته على ما فصل في بحث شرطية التنجيز في العقود والابقاعات وان شئت فقل لانه 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 الاجازة من المالك ليست عقداً مستأنفاً ، وانما هي تنفيذ وامضاء لعقد الفضولي فيعتبر فيه القابلية للتنفيذ والامضاء بكونه جامعاً لشرائط الصحة ، اذ للعقد الفاسد في نفسه كيف يتصور اجازته واستناده الى المالك بها ، وهو واضح بالنسبة الى شرائط العقد ، وكذا شرائط المتعاقدين من البلوغ والعقل وشرائط العوضين :

لا يقال : لم لا يكون الفضولي كالوكيل في البيع ، فانه لا يشترط فيه العلم بمقدار العوضين وأوصافها بل يكفي علم الموكل بذلك ، بل يمكن أن -

سقوط العقد عن الصحة العامة بزوال الملك فلا تأثير للاجازة بعده او بقاءها وان زال التعلق ازوال وصف المتعلق فيعزل بعد عود الوصف اليه فتنفذ الاجازة فيه ، ولعل الاول هو الاقرب ، ومع عدم العود اليه للذي يكون الشيء معه بحكم التلف تلهو الاجازة قطعاً لحلوها عن الفائدة حينئذ ، وهو على النقل والصح وعلى الكشف كذلك بناء على القاعدة المسلمة : من ان كل مبيع تلف فيه قبل قبضه فهو من مال بايعه ، ولولاها لا يمكن ظهور للثمرة في كون التالف من المشتري على القول بالكشف دون البايع نعم او وقع القبض قبله وتعلقت الاجازة به أيضاً يمكن دعوى ظهور الثمرة المتقدمة فيها على الكشف ولو انعكس الامر بأن زال الملك قبل العقد ثم عاد بعده قبل الاجازة فالظاهر بطلان الاجازة لبطان العقد الواقع على محل غير قابل للتأثير فيه وان تجددت القابلية بعده ، اذ لا قابلية حين العقد ولا عقد عند القابلية .

السادس - هل يعتبر في صحة عقد الفضولي لنفوذ الاجازة وجود محيز له في الحال ولا يعتبر ؟ قولان ، استقر الاول منها للعلامة في

- يقال : لا يعتبر فيه للهلوغ اذا كان مميزاً وكان الموكل كاملاً :
لانا نقول : ذلك إنما يصح أن يقال بالنسبة الى الوكيل في إجراء الصيغة الذي هو بمنزلة الآلة لسانه لسان الموكل ، وأما الوكيل المفوض اليه جميع شؤون المعايضة كالوكيل في باب المضاربة فانه يعتبر فيه ما يعتبر في المعايضة من الشروط والفضولي بمنزلة من هذه الجهة فانه الذي تقوم به المعاملة وتصدر منه ، والاجازة من المالك موجهة لاستناد المعاملة للصادرة منه اليه ، فلا بد من واجد يعبه للشرائط المعتمدة في المعاملة كما لها تشترط بالنسبة الى الاصيل بلا اشكال . وهل يعتبر بقاؤها الى حال الاجازة أو يكفي تحققها حال العقد فقط . ثم هل هي معتبرة في المحيز أيضاً ، وعلى تقدير اعتبارها فيه ، فهل -

(القواعد) وفاقاً للمحكي عن الاسكافي منا ، وأبي حنيفة من العامة . والاقرّب
العدم وفاقاً لما عن ابن المتوج البحراني والمحقق الثاني وثاني الشهيدين ، بل وكل
من تعرض للمسألة من المتأخرين حتى قيل : إن القول بالاول من خصائص العلامة
فلو باع مال الطفل بما لامصاححة فيه او بما يكون خلاف المصاححة ثم بلغ
واجاز صحح ونفذت الاجازة لشمول ما دل على صحة الفضولي بالاجازة لذلك
مضافاً الى ماورد في تزويج الصغار فضولاً ، للشامل باطلاقه لما لو اهل
لولى الاجازة الى بلوغهم ولم يكن لهم ولي اجباري وقلنا بعدم ولاية الحاكم
على الصغير في النكاح وبطلان ما استدل به على البطلان : من ان صحة

— يعتبر استمرارها من حين العقد الى حال الاجازة اويعتبر وجودها حال
العقد وحال الاجازة معاً وان لم يتحقق الاستمرار ، أو يكفي وجودها في
الحيز حال الاجازة فقط ولا يعتبر تحققها فيه حال العقد فضلاً عن الاستمرار
الى حال الاجازة ... ؟ احتمالات تنصور في شرائط العوضين من المعلومات ونحوها
وشرائط المتعاقدين من الكمال ونحوه : وأما شرائط للصيغة فلا يتصور فيها
ذلك لانها لشروط للمنشئ حال الانشاء ، وكذا القدرة على التسلّم واسلام
المشتري للمصحف وللعبد المسلم فالحما معتبران فيه حال استحقاق التسلم ووضع
يده عليهما لعم بالنسبة الى شرائط العوضين والمتعاقدين ربما يتصور ذلك :
اما الكلام من ناحية اعتبار الشرائط في الفضولي وطرفه فالظاهر
كفاية تحققها حال العقد ، ولا وجه لاعتبار استمرارها الى حين الاجازة .
نعم يشكل ذلك في الصورة التي ذكرها سيدنا - قدس سره - وهي ما لو فسد أحد
للعوضين لطول المدة وقبل الاجازة بنحو تعد اجازة المعاملة بعد هذا من السفه ،
وكذا او خرج عن المالبية ثم عاد اليها حين الاجازة ، كما لو صار العصير خمرأ
ثم انقلب خلا عند الاجازة ، فان الحكم بصحة اجازة البيع الواقع عليه
حال كونه عصيراً حينئذ مع فخل حالة الخمرية وخروج العقد عن قابلية -

العقد في زمان عدم الهبز له ممنوعة ، واذا امتنعت في زمان مآ امتنعت دائما لان بطلان العقد في زمان يقتضى بطلانه مطلقاً ولما فيه من التصرف على المشتري لامتناع تصرفه في العين لامكان عدم تحقق الاجازة ولعدم تحقق المقتضى وفي الثمن لامكان تحققها فيكون قد خرج عن ملكه وهو منطى بقوله (ص): « لا ضرر ولا ضرار » لضعف الاول بمنع امتناع الصحة ان اريد بها الصحة التأملية ، كيف ووقفها عليه باعتباره فيها عين للدوى وان أريد بها الفعلية فسلم إلا انها غير للصحة المبحوث عنها في الفضولى

تأثير الاجازة فيه في تلك الحال وان عاد الى صلاحية التأثير حالها مشكل غايته . أما لو لم تعد للقاءلية والملكية بان بقي على تحريره فالظاهر عدم الاشكال في عدم تأثير اجازة البيع الواقع عليه حال العصرية وانفساخه بلا فرق في ذلك بين للكشف والنقل ويلحقه حكم التلف قبل القبض :

هذا ماكان من امر للفضولى واعتبار واجديته للشرائط . وأما ماكان من ناحية اعتبار واجدية الهبز أيضاً للشرائط المذكورة ، فيمكن أن يقال بأن مقتضى ما ذكرنا من أن للفضولى هو الذي تقوم به المعاوضة وهو بمنزلة الوكيل المفوض الذي تعبر الشرائط المذكورة بالنسبة اليه دون الموكل . وعليه فلا تعتبر في الهبز كالموكل الذي هو بمنزله .

هذا ولكن مقايسة أحدهما بالآخر من هذه الجهة غير صحيحة فان الوكيل المفوض المفروض صحة وكالته جميع شؤون المعاملة المفوض فيها قائمة به وجميع شرائطها إنما تعتبر بالنسبة اليه ، وهو الملتزم بها وليس شيء من امورها مرتبطاً بالموكل اصلاً . اهم الذي عليه إمضاؤها والالتزام بمقتضاها بالوكيل المفوض من هذه الناحية بمنزلة ولي القاصر للعائد له على ماله كل للشرائط تلحظ بالنسبة اليه ، وليس شيء منها مرتبطاً بالمولى عليه سوى ان العقد ماض عليه ، وهذا بخلاف للفضولى . وإلا وان ذكرنا أنه كالوكيل المفوض -

وضعف الثاني مضافاً الى النقض ببيع مال الغائب النائي المتوقف اجازته على مضى زمان طويل بتدارك الضرر مع الجهد - بالخيار ومع العلم - فباله أقدم عليه .

هذا والمراد بالمجيز من يملك الاجازة سواء كان مالكاً او وليه أو الحاكم او عدول المسلمين ولذا ينذر فرض عدم المجيز اصلاً وفرضنا عدمه للاجازة الشخصية حيث لا يكون في البيع مصلحة للطفل تسوغ الاجازة او كان على خلاف المصلحة .

السابع - لا يشترط في المجيز كونه مالكاً للتصرف حين العقد هلا إشكال كما لو كان محجوراً عليه من غير فرق بين كون الحجر لنقصان فيه لصغر مثلاً او لتعلق حق للغير به كالرهن - غير انه في الاول يختص الجواز بما لو كان العاقد غيره لكونه مسلوب العبارة فينفذ لو بلغ واجاز مطلقاً على الاقوى او مع وجود المجيز حين العقد واهماله الاجازة بناء على اعتباره كما تقدم وفي الثاني مطلقاً سواء كان هو المباشر للعقد او غيره فضولا مع رفع الحق المتعلق به فملك ونحوه ، غير أنه في الثاني يتوقف على اجازة المالك

- تعتبر شرائط المتعاقدين بالنسبة اليه ، وكذا معلومية العوضين وليس كالكيل في اجراء الصبغة فقط لانعتبر الاصححة الشائه ، وليس معنى ذلك أن الفضولى هو المستقل في جميع شؤون المعاوضة والمالك المجيز منزّل عن جميع ما يمكن اعتباره فيه من للشرائط ، كيف وهو الركن الركين فيها والمستند اليه العقد باجازته وهو الملتزم بمفاده بعدها وان شئت فقل : ان العقد قائم بالفضولى مع المالك من طرف والاصيل من طرف آخر فشرطية للكمال ومعلومية العوضين معتبرة فيه كاعتبارها في الفضولى وطرفه الاصيل نعم للظاهر اعتبارها فيه عند الاجازة فقط ، ولا تعتبر فيه حال العقد فضلاً عن استمرارها من حاله الى حالها .

وفي الاول غير محتاجة الى اجازته بعد رفع المانع لوقوع العقد من أهله غير ان نفوذه كان متوقفاً على رفع الحق المتعلق به المفروض رفعه بفك او اسقاط وفي اشتراط كونه اى المالك المحجز مالاً للعين حين العقد بان يكون المالك حين الاجازة هو المالك حين العقد وجهان ، بل قولان :
وفي المسألة صور متعددة وجمعتها : هو أن الباع لمال الغير فضولا إما أن يبيع لنفسه أو للمالك وعلى التقديرين فاما ان ينتقل الملك اليه او الى غيره ، وعلى التقادير فاما ان ينتقل قهراً بالارث أو اختياراً باحد النواقل :
ولكن الذي وقع عنواناً للمسألة في كلامهم هو مالو باع مال الغير ثم ملكه (١)

(١) المسألة المذكورة لها صور : فان الفصولى اذا باع ملك غيره ثم ملكه وأجاز للبيع الصادر منه حين كونه فضولياً : اما ان يبيع لنفسه أو يبيع للمالك وعلى التقديرين فالنتقال المال اليه أما بالشراء من مالكة الاصيلي أو بالارث منه ثم للكلام في المسألة : تارة بناء على كون الاجازة لافلسة ، وأخرى بناء على كونها كاشفة. اما في صورة بيع الفضولى مال الغير لنفسه بان قصد خروج المبيع من ملك الغير ودخول الثمن في ملك نفسه فالظاهر فساد بيعه وعدم قبوله الاجازة لامن مالكة الاصيلي ولا من ملكه بعد ذلك لما ذكرناه سابقاً : من أن حقيقة البيع تهدبل طرف اضافة بطرف اضافة لآخر وعليه فيعتبر في انشائه قصد دخول الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه الى مالك الثمن وليس هو تهدبل اضافة باضافة اخرى حتى لا يعتبر في انشائه ذلك ويتحقق مفهومه بقصد دخول الثمن في ملك شخص والمثمن خارج من غيره الى مالك الثمن . وبالجمله فالمعاملة المذكورة غير قابلة للتصحیح بالاجازة لا من قبل المالك حين العقد ولا من قبل المالك حين الاجازة : ولا يمكن مقايضة المسألة ببيع للغاصب لنفسه فانه كما ذكرنا غير مرة بادعائه ..

وقد اختلفوا فيه على قولين : فمنهم من ذهب الى صحة العقد كما لو اتحد المالك بل احتمال بعضهم هنا عدم التوقف على اجازته بعد تملكه ومنهم من ذهب الى بطلان العقد وخروجه عن حكم الفضولي من الصحة والتوقف على الاجازة .

— وبناؤه على ملكية المصوب واغتصابه وسرقته الاضافة من مالهما ورؤية نفسه المالك للعين ادعاء وإيقاع المعاملة عليها بالياً على ذلك كما يوقعها على صائر أمواله المملوكة له يمكنه قصد المعاوضة الحقيقية بعد الادعاء المذكور وان كان للبناء على غير اساس ، ولكنه صالح لتحقيق البيع منه على حقيقته أعنى دخول الثمن في ملك من خرج الثمن من ملكه والادعاء وللبناء المذكور لم يتحقق من البايص للفضولي فيها نحن فيه ، قاله في مقام إيقاع المعاوضة بقصد تمليك مال للغير ازاء ما يدخل في ملكه من الهوض بما هو هو لإبما هو مالك للمال المذكور ادعاء ، وربما يدعى إمكان تحقق المعاوضة الحقيقية من للفضولي المذكور ، فيقال : إنه اذا كان عند المعاملة عازماً على تملك العين المبيعة من مالهما بالاشتراء منه ونحو ذلك فهو مالك لها بالمشاركة فيحقق منه المعاوضة على حقيقتها (ولكن) للدوى المذكورة مضافاً الى اختصاصها بصورة عزمه للتملك للعين عند إيقاع المعاملة ونهية جميع المقدمات للملك بحيث لم يبق منها سوى العقد الذي يريد إنشاؤه بينه وبين مالك العين (عهدتها) على مدعيها :

والحاصل : إذا ذكرنا ان المعاوضة الواقعة فضولاً إنما يمكن تصحيحها بالاجازة حيث تكون واجدة لجميع ما يعتبر فيها سوى جهة استنادها الى المالك الحاصل ذلك بالاجازة ، والمعاملة المذكورة فائدة لما به قوامها : هذا. لو باع الفضولي مال للغير لنفسه . وأما لو باعه لملكه فلا إشكال فيه من هذه الناحية فإنه قصد المعاوضة على حقيقتها لأنه أنشأ تهديلاً طرف —

وليعلم أولاً ان اطلاق عنوان من هاع مبني على عدم اعتبار قصد المنتقل عنه والمنتقل اليه في صحة البيع كما تقدم ، وإلا فلا بد في الصحة من تقييد العنوان بما لو هاع للمالك .

— اضافة المالك الاعتبارية أعني المثلثين بطرف اضافة المشتري الاصيل اعني الثمن وطرفه الاصيل قبل ذلك منه باشترائه ، ولظراً لقصد كونه البيع للمالك وقصد دخول الثمن في ملك مالك المثلثين عوضاً عما يخرج من ملكه الى مالك الثمن فالماوضة المذكورة من هذه الجهة على حقيقةها صالحة للاستناد الى المالك لو تعقبها الاجازة منه . ولكن لو تعقبها نقل وانتقال من المالك الأصلي للعين المبيعة فضولا الى الفضولي بنفسه او الى شخص آخر بان اشترى الفضولي او الشخص الآخر العين من المالك ، فهل يمكن للمالك الجديد اجازة العقد الاول الصادر فضولا عن المالك واسناد تلك الماوضة اليه أو لارفع لاجازته بعد وقوع العقد الثاني من المالك وطرفه ؟ الظاهر عدم الاثر للاجازة لما ذكرناه من أن العقد للفضولي انما يصح باجازة المالك اذا لم يتخلل ردّ من المالك له سواء كان هانشاء قولي منه أو بايجاد عمل يكون منافياً لمفاد ذلك للعقد ومقتضاه بحيث يصدق عليه أنه رد وإبطال للعقد الصادر من الفضولي وبيع المالك للعين المفقود عليها فضولا لهبر من اشتراها من الفضولي منافٍ للعقد الصادر من الفضولي ، ومقتضى ذلك كوله ابطالا ورداً من المالك للعقد السابق وعليه فهو غير صالح للحقوق الاجازة بعد الرد :

وما يقوله سيدنا الخال - قدس سره - تبعاً لشيخنا الانصاري - قدس سره - من أن العقد الثاني انما يكون ردّاً موجباً لعدم صلاحية العقد السابق للاجازة بالنسبة الى المالك الاول وذلك لابتنافي بقاء الصلاحية للمالك الجديد لا يخلو عن اشكال هل منع ، توضيح ذلك : ان الملكية كما ذكرنا هي -

وإنما لابد من فرض كون المبيع عيناً خارجية للغير أو كلياً في ذمة الغير ، ضرورة أنه لو باع كلياً في ذمة نفسه موصوفاً بما يطابق ماهو عند

- جدة اعتبارية وإضافة لها طرفان : طرف يتعلق بالمضاف وهي العلقه المملوكية وطرف يتعلق بالمضاف اليه وهي العلقه المالكية وذكرنا أيضاً أن حقيقة البيع هو انشاء تبديل طرف اضافة المالك للمثمن وعلقته المملوكية بطرف اضافة المالك للمثمن في طرف قبوله . ثم إن المنشئ للمبيع اذا كان هو المالك أو وكيله أو وليه نفذ بيعه ولزم عند عدم الخيار . وأما اذا كان فضولياً نوقف نفوذ ما الشاه على امضاء المالك فان اجازته تم ذلك ونفذ وان رده من المالك يقول أو بما ينافي ما الشاه الفضولى كما لو كان المنافي فعلاً خارجياً كاتلافه المبيع مثلاً أو كان انشاء ايقاع منه كما اذا كان المبيع عبداً فأعتقه مالكة بل ولو كان المنافي الشاه عقد من المالك عليه مغاير لعقد الفضولى كما لو باعه من مشتر آخر فانه يبطل ما أنشأه الفضولى ولم تبق فيه صلاحية للانفاذ لأن المالك الاصلى ولا يمن ملكه منه بعد لإنشاء الفضولى . اما من ناحية المالك الاصلى فانه بعد لإخراج المبيع عن ملكه الى ملك من اشتراه منه مثلاً ، سواء كان هو الفضولى أو شخص آخر ببيعه منه صار أجنبياً عن المبيع غير مرتبط به فلا تنفذ اجازته للمعاملة الواقعة عليه من الفضولى . وأما من ناحية المالك الفعلى للمثمن المشتري من المالك الاصلى فلأن المفروض ان الفضولى باع مالا خاصاً للمالك خاص من مشتر خاص بثمن خاص فهي معاملة شخصية بجميع شئون الشخص ومن كان زمامها بيده ونمضي اجازته لها وهو المالك الاصلى لم يعضها بل ردها ببيعه العين للغير من اشترها من الفضولى . وأما المالك الفعلى المشتري لها من المالك الاصلى فبحسب سلطنته عليها فعلاً بعد الاشرء لكونها مالا له يتسلط على اجازة مايقع من العقد عليها فضولاً بعد ملكيته بالاشترء . وأما العقد الواقع على ذلك المال فضولاً حينما كان ملكاً للمالك السابق المتشخص ذلك العقد بتلك الخصوصيات -

العبر ثم اشتراه كان خارجاً عن المسألة قطعاً بل هو خارج عن موضوع
- التي من جعلها كون مفاد العقد ونتيجه. للمالك السابق ، فلا تصح إجازته
من المالك الثاني :

والحاصل ان الفضولي أنشأ بتدبير مال زيد بمال عمرو وطرفه الاصيل
قبل ما أنشأ وهذه المبادلة الخاصة صالحة للنفوذ لو اجازها مالك المبيع
فعلاً وهو زيد الذي كانت المبادلة مقصودة من الفضولي له ، وبمقتضى
اجازتها تخرج العين من ملك زيد الى ملك عمرو ويخرج الثمن من ملك
عمرو الى ملك زيد ولو ردها بان باع العين المبيعة فضولاً لعمرو من شخص
آخر كان هو الفضولي أو غيره فتمتضى كونه صديقاً ومنافياً للمبادلة التي اوقعها
الفضولي ليس لزيد بعد ذلك اجازة عقد الفضولي وذلك والصحيح لاربيب فيه
وأما من اشترى المال منه وهو المالك الثاني فن يقول بنفوذ البيع للفضولي
له انما يقول به مع اجازته للبيع اذ لاوجه للنفوذ الا اجازة كما لاوجه لاجازة
للبيع المذكور على ما قصده الفضولي من كون المعاوضة للمالك الاول بمعنى
خروج المئمن من ملك زيد الى ملك عمرو والثمن بالعكس ، ولا
يقول به القائل وانما الذي يقوله : ان المعاملة الكذائية التي قصد للفضولي
كونها للمالك الاول تمضي وتنفذ للمالك الثاني باجازه العقد الاول الصادر
فضولاً : وهذا الذي قلنا لا يتم ايضا اذ المعاملة الشخصية على ما قصدها
للفضولي ذكرنا أنه لاوجه لاجازتها . وأما على ما يريد المالك الثاني من
كونها تنفذ له فلم تقع مبادلة كذائية من الفضولي وانما الواقع غيرها فما
وقع لم يجز بمن له الاجازة وما اجبر لم يقع من الفضولي والاجازة ليست
بعقد مستأنف وانما هي امضاء لما وقع .

لا يقال : ان ماهاه للفضولي لما كنهه لو انتقل الى آخر بالارث فلا
اشكال ولا خلاف في بقاء قابلية العقد الفضولي للواقع عليه للاجازة من -

الفضولى كذلك لانه هاع ماعملكه بما هو متعلق بلمته والذى اشتراه انما

- للوارث فيستند البيع المذكور اليه بالاجازة منه ، وما للفرق بين انتقال المالم الى الوارث بموت المورث وبين انتقاله الى المشتري من مالكة ببيعـه منه حتى يفرق بينهما ببقاء القابلية في أحد الانتقاليين دون الآخر :

لانا نقول : ذكرنا فيما سبق ان الملكية اضافة اعتبارية لها طرفان : يتعلق احدهما - بالمضاف المنزوع عنه عنوان المملوكية وللطرف الآخر يتعلق بالمضاف اليه المنزوع عنه عنوان المالكية ، فالتمييز الحاصل بالموت انما هو في المالكية فان دليل الارث جعل الوارث قائماً مقام المورث في مالكيته للمال ، وأما المملوكية التي كانت للمورث فلم يحصل فيها تغيير وتبدل بالموت وليس المراد ان مال المورث باق على حاله وانه مملوك له بعد الموت فانه غير معقول بقاء المملوكية وانتقال المالكية للوارث فانهما متضادان وانما المراد ان المملوكية التي كانت للمورث هيئتها انتقلت الى الوارث غير ان زمامها كان بيد المورث حال حياته وبعد موته النقل ذلك الزمام الى الوارث وهو معنى انتقال المالكية اليه . وعليه فعقد المعاوضة الصادر من الفضولى على مال المورث الصالح للاجازة منه حال حياته بملاك مالكيته لزمام ذلك الملك صالح للاجازة من الوارث بعين ذلك الملاك فان الملك لم يتغير ولم يتبدل بموت المورث وانما التغير والتبدل في المالك ، فاجازة الوارث لعقد للفضولى على مال المورث بدل عن اجازته صالحة لانفاذ ذلك للعقد وامضائه كما لو كانت صادرة عن المورث ، وهذا بخلاف التغير والتبدل في الملك بأن هاع المالك المالم للذي عقد عليه الفضولى من مشر آخر فان البيع بما انه يتبدل طرف اضافة المالك بطرف اضافة المشتري فالتمييز والتبدل الحاصل بسببه انما هو في جانب الملك دون جانب المالك : توضيح ذلك : ان الملكية الاعتبارية - كما ذكرنا - مثالها الخارجي حبل متعلق أحد طرفيه بالمال -

يدفعه وفاء عما في ذمته وليس هو من بيع مالم يس عنده المنهى عنه كما له

- وتلك العلاقة علة المملوكية والطرف الآخر بيد انسان وتلك علة المملوكية والبيع خارجيه حل الحبل من جالب المملوك وشدة بمملوك لآخر. ثم ان التبدل بالحل والشد في البيع : تارة يكون من مالكة الأصيل او من وكيله أو من وليه ، واخرى يكون من فضولى . فبناء على ان العقد من الفضولي فعلا له قابلية التأثير ان تعقبه اجازة المالك الآخذ بزمام الحبل ، وهو تارة يمضي فعل الفضولى وانشائه باجازته فلا اشكال في ترتب الاثر عليه كما لا إشكال في بطلانه وعدم ترتب الاثر عليه لو رده ، وأخرى لم يجز الى أن يهلك ويترك المال لمن يرثه منه ويتسلم زمام ذلك المال ، ولا اشكال ايضا في نفوذ بيع الفضولى وترتب الاثر عليه بامضاء الوارث واجازته لعقده فانها اجازة ممن ملك زمام المال للعقد الواقع عليه فضولا قبل الرد المبطل له ، وانما الاشكال فيها لو لم يحقق من المالك الاصلى رد لمعاملة الفضولى ولكن صدر منه عمل مناف لعمل الفضولى بنحو لا يمكنه بعد صدوره منه تصحيح عمل الفضولى باجازته كأن باع العين التي باعها الفضولى لمشتر آخر فهل يصح لمن اشترى تلك العين من مالكة الاصيل بعد صدور العقد عليها فضولا باجازته وتصحيحه لنفسه فربما يقال بالصحة كما يظهر من سيدنا الخال تبعاً لشيخنا الانصاري - قدس سرها - بقول سيدنا : « بيع المالك يخرج العقد عن التأثير بالاجازة بالنسبة اليه لامطابقا حتى بالنسبة الى المشتري منه ودعوى السقوط به عن التأثير مطلقا مصادرة لالها عين الدعوى » . انتهى

ولكن قد يقال : ان العقد الاول - وهو عقد الفضولى حسب الفرض - انما وقع للمالك الاول فاذا سقط عن التأثير له بسبب العقد الثانى الصادر من المالك وطرفه فلم يبق له صلاحية للتأثير بالنسبة الى المالك الثانى حتى

عليه في الدروس ، كيف ومن ذلك بيع السلم والنسيئة :
إذا عرفت ذلك ، فنقول : الأقرب هنا أيضا هو الصحة لعموم ما دل

— يصح بالاجازة منه ويؤثر فان الفضولي الذي ينشأ بتدبيل مال الغير بالعوض اما يقصد كون المبادلة المذكورة للمالك المعوض فعلا فيقصد بالشأنه إخراج المال من ماله وادخاله في ملك المشتري وبالنسبة الى المعوض يقصد إخراج ماله من ملكه المشتري وادخاله في ملك المالك للمعوض فعلا ، واما يقصد كون المبادلة المذكورة لنفسه ، وهو تارة يعتقد أن المال له اشتهاها منه ، واخرى يرى كون المال له ادعاء كالمغاصب المتغلب على مال الغير الذي يرى أن المال المصوب كحائز أمواله المملوكة له . وفي جميع الصور المذكورة تصح المبادلة التي أنشأها الفضولي باجازة المالك الحقيقي بناء على ما ذكرناه : من أن بيع المغاصب المتغلب مرحمه وتحليله البيع للمالك المبيع بهذا البناء منه أنه المالك له ادعاء وأنه بمنزلة المعتقد كون المال له في قصده المعاوضة الحقيقية - كما أوضحناه فيها سبق - فتصح إجازة بيعه من المالك الحقيقي له وبلغوا بناؤه الادعائي كما في المعتقد اشتهاها : نعم لو لم يسبق هذا البناء والادعاء من المغاصب للمال بان قصد ببيعته خروج الثمن من المصوب منه الى مالك الثمن وخروج الثمن من ماله الى نفسه يكون بيعه باطلا غير قابل للتصحیح باجازة المالك لكونه غير قاصد للمعاوضة الحقيقية ، اللهم إلا على مذهب القطب والشهد - قدس سرهما - من إمكان تحقق المعاوضة الحقيقية باخراج الثمن من ملك شخص وإدخال ثمنه في ملك غيره .

هذه صور العقود الصادرة من غير المالك فضولا القابلة للتصحیح بالاجازة بناء على مذهب المشهور . وكلها قصد فيها تبديل مملوك المالك فعلا بهوضه للذي هو حقيقة البيع ، وفي جميعها حيث نقول بالتصحیح ، فانما هو باجازة المالك للفعلي للمال وكون المناط اجازته ورده . وأما المعاملة —

على صحة عقد الفضولي الشامل لصورتي ما اذا اتحد المالك او تعدد غير انه في الثاني يكشف عن النقل بناء على الكشف من حين التملك لامن حين العقد لان القدر الثابت من دليل الكشف هو النقل من حين استجماع الشرائط المعبرة التي منها الملك إلا رضا من يعتبر رضاه وليس الملك إلا كالتبض

- التي قصد فيها كونها للمالك للمال المردد بين كوله هو المالك الفعلي او من ينتقل ذلك المال اليه بالاشتراء منه والحكم بصحتها باجازة كل من المتعاقبين في الملك ، وان رد الاول بما ينافيها ، إنما يبطلها بالنسبة اليه دون صاحبه الذي اشترى ذلك المال منه فله ايجازتها واسناد تلك المهادلة اليه - كما بقوله صيدنا تبعاً لشيوخنا الا نصاري - قدس سرهما - فالحكم بذلك في غاية الاشكال بل هو ممنوع فان البيع الذي حقيقة : تبدل طرف اضافة المالك للمبيع بطرف اضافة المالك للثمن كيف يمكن انشاؤه لمالك مردد بين المالك الفعلي له وبين من يتجدد ملكه للعين بالاشتراء من مالكةا بأن يقصد الفضولي خروج المبيع أما من مالكة الفعلي الى ملك المشتري ودخول الثمن في ملك مالكة المبيع او خروجه من ملك مالكة الجديد الى المشتري ودخول ثمنه في ملك مالكة الجديد على سهيل التردد : والحاصل لو كانت حقيقة البيع مجرد التبدل بين المالكين بلا اعتبار قيام العوض مقام المعوض بمعنى دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه الى مالكة العوض أو قلنا يكون الاضافة صالحة لتعلق بالمالك المردد بين المالك الفعلي وبين من يتجدد ملكيته للعين امكن القول بصحة المهادلة المذكورة لاصداره من الفضولي للمالك الاول باجازه لها فان لم يجزها بل باع العين لمشتري آخر غير الاصل صبح له اسناد المبادلة المذكورة اليه باجازه لها ، وأما بناء على ما قويناه من ان حقيقة البيع تبدل طرف اضافة بطرف اضافة اخرى مع اعتبار تعلق الاضافة بشخص خاص هو المالك الفعلي للعين المبيعة ولو كانت ملكيته لها بادعاء او اشتباه وعدم معقولة تعلقها بالمالك المردد بين الفعلي -

— والمتجدد، فلا ريب في كون المبادلة المذكورة للفضولي غير صالحة للاجازة حينئذ من المالك الاصلى لخروج العين عن ملكه ببيعها فلا تؤثر اجازته ولا رده وكذا المالك الثاني المشتري من الاول من حيث ان المبادلة الخاصة المنشأة من الفضولي هو أجنبي عنها فلا تؤثر اجازته ولا رده ومهادلة اخرى واقعة على مملكه بالاشتراء لم تتحقق . وعلى ما ذكرنا ، فجميع صور المسألة غير قابلة للتصحيح باجازة المالك الثاني الا بصورة ارثه من المالك الاول ، هذا كله بناء على كون الاجازة نافذة واما بناء على كونها كاشفة فامكان تصحيح العقد باجازة المالك الثاني أشكل فانا لو سلمنا وجود القابلية في عقد الفضولي لاجازة المالك الثاني وتصحيحه بالنسبة اليه بناء على النقل وكون الاجازة ممن له امضاء العقد تقتضي امضائه وتنفيذه من حين صدورها ، لكن بناء على طريقة الكشف وكونها مقتضية انفوذه وترتب الاثر عليه من حين صدور العقد لو قلنا بصحة للعقد من الفضولي باجازة المالك الثاني المشتري من الأول يلزم خروج المبيع عن ملك المالك الاول الى طرف للفضولي قبل دخوله في ملك الثاني بالاشتراء منه ويلزم كون المبيع مملوكا للمالكين بنحو الاستقلال في وقت واحد لأن مقتضى كشف الاجازة عن تأثير العقد من حين صدوره كون المبيع في ذلك الحين منتقلا الى طرف للفضولي فهو مملوك له ، ومقتضى اشتراء المالك الثاني من الاول كونه في حال الاشتراء مملوكا للاول ولا يمكن الالتزام بذلك :

(وما ذكره) سيدنا تهماً لشيخنا الانصاري - قدس سرهما - : من التزام كون الاجازة هنا تكشف عن صحة عقد الفضولي وتأثيره من حين انتقاله الى المالك الهبى لامن حين العقد فلا محذور (فيمكن) أن يورد عليه بأنه إنما يتم ذلك لو قام دليل خاص على صحة للعقد الفضولي بالنسبة الى —

- المالك الثاني ايجازته لكى ترفع اليد به عن عموم ما تقتضيه الاجازة على طريقة للكشف اعني تصحيح العقد من حين صدوره ونحكم بصحته ونفوذه من حين انتقال المبيع الى المالك الثاني بالاشتراء من الاول

والجمله فعموم صحة عقد الفضولى ونفوذه ايجازة المالك سواء كان هو المالك حال العقد او من اشتراه منه وعموم اقتضاء الاجازة صحة العقد من حين صدوره بناء على كونها كاشفة متافيان لا يمكن العمل بظاهر كل منها ، فلا بد من الاخذ بظاهر احد العامين وترك العمل بظاهر الآخر وليس الاخذ بظاهر العموم الاول - والحكم بكون الاجازة من المالك الثاني تكشف عن صحة العقد ونفوذه من حين انتقال المبيع الى ملكه بهيئ المالك الاول له لامن حين صدور العقد - بأولى من الاخذ بظاهر العموم الثاني والحكم بكون الاجازة من المالك حينها تحقق تقتضي تصحيح العقد من الفضولي والحكم بمضيه من حين صدوره ، وعليه فلا تصح الاجازة من المالك الثاني لعدم امكان اقتضاء ايجازته مضى العقد من حين صدوره ، بل المتعين عدم صحتها اصلا من المالك الثاني ، لأنها تصح وتقتضي لنفوذ العقد من حين ملكه . وتوضيح ذلك ان اجازة بعض ما وقع عليه عقد الفضولى وقسط منه وان امكن كما لو باع الفضولى مال زيد ومال عمرو بعقد واحد وعن واحد فاجاز احدهما دون الآخر فانه يصح للعقد بالنسبة الى مال المحيز منها بقسطه من الثمن ويبطال بالنسبة الى مال الراد منها بالقسط الآخر ، ومثله لو أجاز الفضولى داراً سنة مثلاً وكان المالك لمقتعتها شخصان بنحو التعاقب فاجاز احدهما دون الآخر ، فتصح الاجارة بالنسبة الى ملك المحيز بقسط من الاجرة دون الآخر ، ونحو ذلك مما يمكن فيه التبعض بالاجارة والرذ من حيث تعدد متعلق البيع او الاجارة بخلاف ما اذا كان المتعلق واحدا لا يقصور فيه التعدد كما في مسئلتنا فان العين التي باعها الفضولى وان تعاقب عليها مالكان بحسب -

- الزمان ولكن المنشأ بعقد الفضولي ليس الا تمليك العين ملكية مستمرة في الزمان وتعدد الزمان لا يوجب تعدد المنشأ في البيع اذ هو تبديل طرف اضافة المالك للمبيع بطرف اضافة المالك للثمن تبديلاً واحداً مسعراً باستمرار الزمان . وتعدد الزمان لا يوجب تعدد ملكية العين المنشأة بعقد البيع . نعم في الاجارة التي حقيقتها : تمليك المنفعة للعين بتعدد متعلقها بتعدد الزمان فن أجر داره شهراً مثلاً بأجرة معينة فقد ملك المستأجر منافع أيام الشهر بتلك الأجرة .

ومما يشهد للتعدد في الاجارة دون البيع : أنه في الاجارة يلزم تحديد مدة الاجارة بخلاف البيع فلا تحديد فيه بل لو حدد لبطل . ويشهد لذلك ايضاً : ان الفضولي اذا أجر داراً يملك منفعتها شخصان كل منهما سنة أشهر بنحو التعاقب سنة كاملة بأجرة معينة فأجاز أحدهما دون الآخر ، فانه رد صحت الاجارة في النصف الذي للمجيز بنسبة حصته من الأجرة وهطلت في النصف الاخر بملك النسبة ولم تكن الاجارة من احدهما منافية لرد الآخر لتعدد ملك كل منهما ونحو ذلك مما يمكن فيه التضييق في المتعلق العقد . ويمكن اجتماع الاجارة ولرد نظراً لتعدد المتعلق اما مالا يمكن فيه ذلك كبيع الفضولي مال غيره للمالكه فانه إنشاء للملكية . واحدة لطرفه بالنسبة الى المبيع لها شأنية الاستمرار الى حين خروج المال عن ملكه باختياره ببيع ونحوه أو بغير اختياره بموت ونحوه ، ولا اشكال في كون رضا المالك للعين واجازته له الدخل في نفوذ تلك الملكية المنشأة بالشاء الفضولي وانما الاشكال في مبدء تلك الملكية للواحدة المستمرة ، فهل هو حال الاجارة وهو معنى كونها لاقلة ، أو حال العقد بناء على كونها كاشفة ؟ وجهان، بل قولان لا ثالث لهما ، فالقول في مسئلتنا بأن المالك الثاني المشري -

– للعين مع الاول له اجازة العقد وكون اجازته كاشفة عن تأثير العقد من حين انتقال العين اليه بالاشتراء ، احداث قول ثالث ، فان الاجازة ان كانت جزء المؤثر بمنزلة قبول المقابل فبدء التأثير للعقد وحصول تلك الملكية المستمرة حال حصولها وان كانت الاجازة بوجودها المتأخر تحدث التأثير للعقد السابق بأحد وجوه الكشف فبدء ذلك حال حصول العقد ، فالقول بان المالك الثاني المشتري من المالك الاول له اجازة العقد والحكم بان اجازته انفاذ للعقد من زمان تملكه للمال المتعلق للعقد لامن حين العقد على طريقة الكشف ولا من حين الاجازة على طريقة النقل الذي مرجعه تجزئة ما الشاه العاقد الفضولي من الملكية الواحدة المستمرة وانفاذ العقد بالنسبة الى قطعة منه ، فانه - مضافاً الى منافاته لكلا للطريقين - لا دليل عليه بالخصوص ولا قاعدة تقتضيه .

و (دعوى) ان الاجازة انما نصح من المالك وعلى الكشف انما تنفذ العقد الصادر فضولا بما يملكه المحيز وقبل الاشتراء لا ملكية له بالنسبة الى المعقود عليه فلا مناص عن كونها انما تكشف عن تأثير العقد من حين ملكه لامن حين العقد مضافاً الى ما لا يمكن الالتزام به على تقدير كونها كاشفة عن التأثير من حين للصدور من المحذورين اللذين مر الكلام عليهما

(يدفعها) : انه لا موجب للقول بصحة الاجازة من المالك الثاني حتى تقع في مشكلة لا يمكن التخلص منها الا بالقول بكون الاجازة انما تكشف عن تأثير العقد من حين ملك الثاني لامن حين الصدور ، فلم لانقول : ان الاجازة انما نصح من المالك حال العقد دون المالك حال الاجازة فقط ، ولم يقد دليل بالخصوص مما داه صحة العقد الفضولي بالنسبة الى المالك الثاني باجازته ، بل يمكن أن يقال : لا دليل بسقوط من عومه او اطلاقه صحة ذلك بالنسبة اليه ، فان الروايات –

في العقد المتوقف صحته عليه (١) فلو اجاز بعد مضي زمان عن القبض المتأخر كذلك فيه فانما تكشف الاجازة عن النقل من حين القبض لامن حين العقد لعدم امكان النقل من حينه بعد ان كان القبض معتبراً في صحته ، فراجع القول بالكشف الى الكشف من حين الامكان لامن حين العقد مطلقاً حتى فيما لا يمكن .

وبما ذكرنا ظهر الجواب عن المحاذير التي أوردوها على القول بالصحة فيما لو باع شيئاً ثم ملكه : من أنه يلزم كون الملك لشخصين في زمان واحد لان الاجازة من المالك الجديد على الكشف تكشف عن ملك المشتري من حين العقد وهو من حينه للمالك الاول ، ولذا صحح بيده للثاني ومن أنه يلزم من صحة عقد الفضولي إبطاله لان صحة عقد الاول مستلزمة لبطلان

– المسدول بهما على صحة عقد الفضولي بالاجازة مرددها الصحة والنفوذ باجازة المالك حال العقد ولا عموم ولا اطلاق فيها بالنسبة الى المالك حال الاجازة فقط ،

هذا بناء على ان صحة عقد الفضولي باجازة المالك على خلاف القاعدة وانما استفيدت من روايات للهاب ، وأما على القول بكونها على طبق القاعدة بمقتضى عموم آية (حل البيع) وآية (التجارة عن تراض) منضمها الى دليل اعتبار طيب النفس في حلية مال المسلم لغيره ، فالقاعدة مقضاهما النقل لا للكشف ، ولل كلام مبني عليه . (١) قد يقال : انه لا اشكال في أن

إجازة المالك لها الدخول في ترتب الأثر المقصود على العقد الصادر من الفضولي وطرفه الأصيل . إننا الكلام في أن الاجازة بمنزلة الجزء من السبب المؤثر وعليه فلا يقترب الاثر الا عند حصولها وهو معنى كونها لاقلة ، وأن السبب المؤثر في النقل والانتقال هو ماصدر من الفضولي وطرفه من العقد الواقع بينهما فيما لا يتوقف ترتب الأثر المقصود منه الاعلى الايجاب والقبول من –

عقد الثاني ، لانكشاف وقرعه على مال الغير ، وبطلان الثاني مستلزم لبطلان الاول ، لانه بالاجازة الصحيحة تنكشف صحته من حين العقد ، والمعرض بطلانها لبطلان عقدها ومن لزوم خروج المبيع عن ملك الحيز قبل دخوله في ملكه لانه باجازه ينكشف الخروج عن ملكه من حين العقد الاول السابق على تملكه بالعقد الثاني ومن لزوم توقف كل من العقدين على اجازة الآخر ضرورة توقف صحة عقد الاول على اجازة الثاني لانتقال الملك اليه

— الطرفين كسائر البوع أو العقد وتقبض الوضحين في مجلسه أو قبض الثمن فيه كما في بيع الصرف والسلم : وعليه فالاجازة من المالك بوجودها المتأخر شأنها تنفيذ ذلك السبب الصادر من الفضولي وطرفه وجعله ماضياً ومؤثراً عند حصوله ، وهو معنى قولها كاشفة . وعليه فعدم كشف الاجازة عن النقل من حين العقد فيما يعبر في صحته للتقبض أو القبض في مجلسه كالصرف والسلم إنما هو من حيث قولها في مثل ذلك جزء للسبب الناقل ، وشأنها - كما ذكرنا على طريقة الكشف - جعل للسبب بما هو سبب ماضياً ومؤثراً عند حصوله : والجملة ليس المدعى ان الاجازة - على طريقة الكشف - لا بد من كشفها عن النقل من حين العقد مطلقاً حتى فيما يعبر للتقبض أو القبض في صحته وترتب الاثر عليه كالصرف والسلم ، بل المقصود إلها على الكشف تفنضي حصول النقل والانتقال عند وجود العقد بما هو سبب ناقل فلو لم يكن للعقد بنفسه هو السبب بل بالضميمة الى قبض أو تقبض فتكون الكشف فيها إنما هو عن النقل والانتقال عند القبض أو التقبض غير صالح للانتصار به على ما هو محل الكلام من صحة اجازة المالك الثاني وكشفها عن النقل من حين تملك المبيع فضولاً باشتراؤه من المالك الأول كما يظهر من سيدنا - قدس سره - ما لم تقتضه قاعدة أو يساعده دليل بالخصوص :

وصحة العقد الثاني على اجازة المشتري الاول او وقوع العقد في ملكه بعد الكشف بالاجازة عن الصحة من حين العقد لان ورودها مبني على الكشف الحقيقي من حين العقد مطلقا ولو مع تلبس المالك ، فيلزم : إما تخصيص مادل على صحة الفضولي بما اذا اتحد المالك من حين العقد الى زمان الاجازة ، أو تخصيص مادل على كون الاجازة كاشفة بذلك ، وانها نافذة من حينها فما لو تعدد المالك ؟

وأما بناء على الكشف الحكي كما يأتي او الكشف من حين ما يمكن مع تنزيل كلام أهل الكشف من حين العقد عليه في مقابل أهل القول بالنقل من حين الاجازة ، فلا يرد محلور بالمرة :

هذا ويعرف حكم باقي صور المسألة بعدم معرفة حكم هذه الصورة منها : ثم اعلم ان (العلامة في القواعد) ذكر في المقام عبارة ربما توهم مالا يمكن الالتزام به من جعل صورة مالو باع ثم ملك مثالا لعدم وجود الهيز حين العقد ، كما مثل له بما او باع مال الصبي ثم بلغ وأجاز حيث قال فيه : « فبيع الفضولي موقوف على الاجازة على رأى وكذا الغاصب وان كثرت تصرفاته في الثمن الى ان قال : والاقرأب اشترط كون العقد له هيز في الحال ، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال ، وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز » انتهى .

وجعل (في جامع المقاصد) قول مصنفة : « وكذا لو باع ... » عطفاً على حكم مثال بيع مال الطفل ، غير أنه تردد في كون الحكم المعطوف عليه لا ينفذ بنحو الجزم أولا ينفذ على اشكال ، وتكلف لكل منها وجهاً فراجع كلامه . وعليه فيرد على مصنفة : أنه كيف جعل ذلك مثالا لعدم الهيز في الحال مع وجود الهيز حين العقد غير أن الهيز حين العقد غير الهيز حين الاجازة وهو شرط آخر على تقدير اعتباره ، فالظاهر كوله معطوفاً على قوله : وكذا الغاصب

بتقدير : وكذا يصح او باع - كما في كثر الفوائد - وعليه فيكون العلامة في القواعد بمن يرى صحة بيع من باع مال الغير ثم ملكه واجاز لا لطلاله كما توهم هذا وقد بقى في المقام محذور آخر ربما يتوهم من أجله لغوية الاجازة ، وهو أن يبيع المالك ولو من الفضولى اما رد لعقده كما ان التصرف بالنقل ونحوه في زمن الخيار فسخ ، وفي الهبة ونحوها من العقود الاجازة رجوع بتقريب أن مريد الشيء كاره لاصداده التي منها عقد الفضولى ، ولا نغني بالرد إلا الكراهة المنكشفة : إما باقول او بالفعل ، كما أن الاجازة هي الرضا المنكشف بأحدهما ، وأما بحكم الرد في سقوط العقد عن الغائب ولو بالاجازة كاعتق الواقف ونحوها مما يوجب خروج الحل عن قابلية تأثير الاجازة فيه ، وبذلك يظهر وجه التفصيل بين للنقل الاختياري والانتقال بالارث . وفيه ان الضد لبيع المالك انما هو صحة عقد الفضولى بالصحة الفعلية دون الصحة التأملية لان الضدية المانعة عن تحقق صده انما هي بعملية تأثيره لابشأنه ، وأما القياس بالعتق ونحوه قياس مع الفارق لان المقيس عابه مما يوجب خروج الحل عن قابلية تأثير الاجازة فيه وفي المقيس انما يخرج اجازة المالك عن التأثير في الحل لا خروج الحل عن تأثير الاجازة فيه .

وبعبارة اخرى يبيع المالك تخرج العقد الاول عن التأثير بالاجازة بالنسبة اليه لامطلقاً حتى بالنسبة الى المشتري منه . ودعوى السقوط به عن التأثير مطلقاً مصادرة ، لانه عين الدعوى : وأما كون التصرف الناقل في زمن الخيار فسخاً وفي العقود الاجازة رجوعاً ، فلظهور للفعل في الصحيح المحمول عليه بحكم اصالة الصحة في فعل المسلم وهو مستلزم للفسخ او الرجوع والا لطل لكونه حينئذ تصرفاً في مال الغير ، فصحة التصرف موقوفة على الملك المتوقف حصوله على الفسخ أو الرجوع ، وتصرف المالك بالبيع هنا تصرف في ملكه ولا تتوقف صحته على سبق الرد منه حتى يقال : ان البيع

رد منه أو متضمن للرد فينفذ تصرفه فيه مالم تسبق منه الاجازة ، فلا يقاس ذلك بالتصرفات الناقلة في زمن الخيار او في العقود الجائزة .

لعم هنا أخبار استدلوا بها على المنع في المقام ، بعضها بنحو العموم كالنبيوي المستفيض : « لانهم ماليس عندك » والآخر « لايبيع إلا فيما يملك » لشموله مالو باع ثم ملك ، فانه حين البيع بيع لما ليس عنده ولما لا يملك . وفيه ما تقدم فيها من الجواب عنها عند الاستدلال بهما على البطلان رأماً (١) من ضعف سند الاول منها لكونه عامياً كما يفصح عنه الخبر المتقدم - واحتمال قرائة (لا يملك) بالبناء للمجهول ، وانه محمول على بيع ما يتعذر عليه تسليمه او يتعسر إرشاداً الى دفع كلفة التسليم المنزل على ارادة البيع الموجب لترتب الآثار عليه ، وبعضها بنحو الخصوص في المورد كرواية يحيى بن الحجاج : قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي : اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك كذا كذا ؟ قال : لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهها قبل أن تستوجبها أو تشتريها » ورواية خالد بن الحجاج قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) : الرجل يجبني ويقول : اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا ؟ قال : أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلى ، قال : لا بأس إنما يحرم للكلام ويهل الكلام » ارادة عقد البيع من الكلام بتقريب : ان الحل والحزمة يدوران مدار الكلام

(١) الاستدلال بالأخبار المذكورة على بطلان مانحن فيه من بيع مال الغير ثم اشتراؤه منه واجازة البيع : نارة بالأخبار العامة ، وأخرى بالأخبار الخاصة . أما الأخبار العامة كالنبيوي الاول والثاني فالمناقشة فيها بضعف السند ضعيفة ، فالهما معمول بهما ومتلقيان القبول عند أصحابنا ، ويشهد لذلك الاستدلال بهما من البعض على بطلان بيع الفضولي ، وفي مسئلتنا على البطلان أيضاً كما أن المناقشة في دلالة الثاني منها - باحتمال كون (يملك) بصيغة المجهول وأن المعنى لا يبيع فيما لا يكون -

وجوداً وعدمًا ، فالحل بدور مداره نفياً والحرمة اثباتاً - كما عن الوافي - مملوكاً لأحد كالحر والمباحات الاصلية - ضعيفة ، قاله مضافاً الى ضعف هذا الاحتمال في نفسه - لان مالبة المبيع معتبرة في حقيقة البيع وليس النبوى في مقام بيان نفي الحقيقة فيما لا يملك بل في مقام نفي الصحة بلسان نفي الحقيقة - بنافيه وحدة السياق فيه بقوله (ع) : « لا تطلق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك » ، فانه لا يحتمل ان يكون المراد نفي الطلاق في غير المزوجة ، وللعنق في غير مملوك كالحر .

فانناقشة من هذه الناحية بعيدة جداً ، وحيلثذ فنقول : لا اشكال في دلالة النبوين على فساد بيع ما ليس عند البائع ومالم يملكه انما للكلام في أن المراد فساده وعدم ترتب الأثر عليه بالنسبة الى خصوص البائع ولعله الظاهر ، كما يشهد بذلك كون النبوي الاول ، كان جوابها لحكيم بن حزام حيث سأله عن بيع شيء لم يملكه ثم اشتراه وتسليمه للمشتري : وعليه فلا يقتضي فساده بالنسبة الى البائع الفضولى عدم صحته بالنسبة الى المالك الاصلى باجازه البيع واسناده اليه بها ، أو ان المراد فساد البيع المذكور اصلاً وعدم قابليته للتصحیح حتى بالنسبة الى المالك الاصلى باجازه البيع واسناده اليه بها قبل أن يبيعه من شخص آخر ، للظاهر من النبوين هو الوجه الاول وأن البيع من الفضولى انما لا يصح ولا يؤثر بالنسبة الى خصوص الهابع ، ولا ينافي ذلك تأثيره وصحته بالنسبة الى المالك اذا أجاز ذلك البيع فان السائل - وهو حكيم بن حزام في النبوي الاول - سأله عن بيع الشيء ثم اشتراه من مالكة وتسليمه الى المشتري منه ، فسأله عن صحة البيع لنفسه لانه صحته مطلقاً ولو للمالك - : والنبي - صلى الله عليه وآله - لهاه عن ذلك بقوله (ص) « لا تبع ما ليس عندك » بناء على أن النهي منه (ص) ارشاد الى عدم ترتب الأثر المقصود من ذلك البيع عليه ، فالمستفاد من النبوي -

في تفسير: - وعليه فيكون المراد من العقد المحرم وجوده والمحلل عدمه هو عقد الفضولي ، أو بإرادة عقد المالك من الفضولي فيكون ثبوته محلاً وفيه

- هـ الغاء خصوصية السائل وكون النهي وضعياً لا مجرد تكليف : أن كل من باع شيئاً قبل تملكه ثم اشتراه من ماله وسلمه إلى المشتري منه فبيعه باطل لا يترتب عليه الأثر المقصود للبايع وهو تملكه الثمن بأزاء تملكه مال الغير وأما صحة البيع المذكور بالنسبة إلى المالك للعين المبيعة فضولاً مع إجازته أو عدم الصحة فلا السائل في مقام السؤال عنه ولا إطلاق الجواب من النبي (ص) في مقام بيان ذلك ، فيرجع في حكمه إلى سائر أدلة صحة العقد للفضولي أو عدم صحته ، وكذا النبوي الثاني : « لا بيع إلا فيما يملك » فإن مفاده حصر صحة البيع بمعنى ترتب الأثر عليه فيما يملكه حال إيجاد البيع وإنشائه لا مطلق ما يملك ولو بعد الاشتراء من ماله : ولو كان هذا للظهور مستفاداً من قرينة السياق : « لا إطلاق فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك » أن لم تكن للقضية بنفسها ظاهرة في ذلك :

وبالجملة فلا ينكر ظهور النبوين في عدم صحة البيع بمعنى ترتب الأثر عليه فيما لو باع ما لا يملكه ثم اشتراه من ماله وإجاز ، ولو فرض القول بصحة البيع المذكور بالنسبة إلى البايع فضولاً فلا حاجة إلى إجازته بهذا الشراء وإنما احتيج إلى إجازة المالك الأصلي في تصحيح البيع له ليحصل بذلك الاستناد إليه ويكون البيع بيعه ، وفي المقام البيع المذكور هو بيع الفضولي ومستند إليه ، ولا يتوقف استناده إلى إجازة منه لما أنشأه حال البيع وقبل الاشتراء كما لا يخفى :

وأما الأخبار الخاصة فدلائها على بطلان البيع قبل الاشتراء وتملكه المبيع منه تكاد تكون صريحة منها : رواية يحيى ابن الحجاج ، قال : « سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يقول لي : اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة -

محرمًا فالكلام حينئذ محلل لإثباتاً ومحرم نفياً كما هو الظاهر في تفسيره : وعلى التقديرين يستفاد منها المنع عن البيع قبل شرائه من المالك ، وصحيفة ابن

- وبعبئها أربحك كذا وكذا ؟ قال (ع) : لا بأس اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها ، فإنه - مضافاً الى أن ظاهر قول القائل : اشتر لي كذا وبعبئ : أنه طلب منه الاشتراء من الغير ثم البيع منه بعد الاشتراء والامام (ع) أجابه عن حكم ذلك بقوله : لا بأس :- أن الامام (ع) في مقام الجواب قال : ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها . فإنه (ع) دفعاً لما ربما يتوهم للسائل انه لا مانع من اجابة القائل ولو بان يبيعه العين قبل ان يشتريها من مالكها ثم يشتريها وبسلمها اليه ، فقال (ع) : لا بأس ان نجيبه الى ذلك ولكن لا تواجهه الخ يعني (ع) لا نقل بعثك العين الكذائية قبل أن نقول لمالكها : يعنيها فيقول : بعثكها أو يقول البائع ابتداء منه : بعثك العين الكذائية فنقول : اشتريتها . والحاصل : لانبها قبل أن تملكها - فدلالة الجواب على فساد البيع قبل الشراء من المالك واضحة بالنسبة الى السائل ، وهو يحيى ابن الحجاج - سواء أجاز البيع بعد تملكه المبيع واشترائه من مالكه أم لم يجزه - نعم للظاهر أن الامام - عليه السلام - ليس في مقام بيان حكم هذا البيع الفضولي بالنسبة الى مالك العين الأصلي ، فيرجع في حكمه الى سائر أدلة صحة البيع الفضولي مع إجازة المالك حال العقد : من العمومات مع إضافة دليل اعتبار طيب نفس المالك ، أو الأدلة الخاصة بالدالة على الصحة مع إجازة المالك ، ومنها رواية خالد ابن الحجاج قال : قلت لأبي عبدالله (ع) الرجل يجثني ويقول : اشتر هذا الثوب أربحك كذا وكذا ؟ فقال عليه السلام : أليس ان شاء اخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلى قال (ع) : لا بأس به لما يحلل الكلام ويحرم الكلام . وقد ذكر شيخنا الانصارى - قدس سره - احتمالات ثلاثة لقوله : (ع) انما يحلل ، الخ اهل أظهرها هو الاحتمال الأخير يعني -

مسلم قال : « سألته عن رجل أتاها رجل فقال له : ائتمع لي متاعاً لعل أشتره منك بنقد أو نسيئة ، فأتباعه الرجل من أجله ؟ قال : ليس به بأس إنما يشتره

- ان الكلام الذي وقع قبل الشراء . إن كان صرف مقاوله ومواعدة بينهما على أنه يشتره منه بعد شرائه بربح كذا وكذا بحمل ، وإن كان لإنشاء بيع للثوب قبل اشترائه من مالكة فانه محرم ؛ وعلى كل فمقتضى اطلاق حرمة العقد سواء أجاز العقد بعد اشترائه للثوب أم لم يجوز فساد البيع بالنسبة الى العاقد وإن أجاز بعد الشراء . والكلام بالنسبة الى مالك الثوب المبيع فضولا قبل اشترائه هو الكلام في الرواية السابقة وأن الامام عليه السلام ليس في مقام بيان الحكم بالنسبة اليه والمرجع سائر أهلة الفضولي ، ومنها : صحيحة ابن مسلم قال : « سألته عن رجل أتاها رجل فقال له : ائتمع لي متاعاً لعل أشتره منك بنقد أو نسيئة فأتباعه الرجل من أجله ؟ قال : ليس به بأس ، إنما يشتره منه بعد ما يملكه » والظاهر أن المقاع الذي طلب القائل ابتاعه له هو متاع معين والتمكيز من السائل ، اذ من البعيد أن يقول شخص لآخر : ائتمع لي متاعاً أي متاع شئت لعل أشتره منك . كما ان الظاهر أنه متاع خارجي لا كلي في الذمة . وعلى كل فتعادل عدم البأس في الجواب بقوله : إنما يشتره منه بعد ما يملكه ، يدل على أن الاشتراء اذا كان قبل التملك والابتاع فيه بأس ، يعني ليس بصحيح : وبمضمونها - سؤالاً وجواباً - صحيحة منصور ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام ومنها : صحيحة معوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام يجثني الرجل فيطلب مني الحرير فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب لأشتره الحرير فأدعوه اليه ؟ فقال : أرايت إن وجد هو مبيعاً أحب اليه مما عندك أبستطيع أن بصرف اليه ويدعك ، أو وجدت أنت ذلك أبستطيع أن تصرف عنه وتدعه ؟ قلت : نعم ، قال : لا بأس ، -

منه بعد ما يملكه ، وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) : « في

- وظاهر هذه الرواية أيضا كون الكلام الذي دار بينهما صرف مقالة على الشراء منه بعد ما يشترى ولم يقع بينهما بيع وشراء فعلي :
ثم ان النهي في هذه الروايات يحتمل أن يكون ارشاديا ارفاقاً بالمطلوب منه للشراء ثم البيع ، لاشريعياً مولوياً ، وانه ارشاد للمسائل بعدم بيع ما طلبه للقاتل قبل أن يشترى المتاع من صاحبه وجعل الكلام بينهما مجرد مساومة ومقابلة ، فانه لو باعه قبل الشراء يلزمه اشتراء ما باعه بكل قيمة بسومها صاحب المتاع لانه ملزم بشرائه وتسليمه من جهة البيع السابق وربما لا يكون ذلك من مصلحته نظراً الى كون الثمن الذي يشترى به المتاع اكثر من الثمن الذي باعه به ، وربما يدفع له شخص آخر غير صاحبه الذي قاله على البيع ربحاً يزيد على ربح المقاتل بكثير فيخسر الزيادة لو باعه مابقاً أو يكون هباء المفاع عنده بعد الشراء أصلاً من دفعه الى المشتري بالثمن الذي قاله عليه أو نحو ذلك ، فيكون النهي من قبيل لهي للناسح لمن ينصحه فيقول له : لا تقيد نفسك بالبيع قبل الشراء ، بل اجعل نفسك في فسحة بمجرد مقابلة بينكما الى ان تشتري المفاع وترى رأيك ومصلحتك وعند ذلك بهه منه :

وهذا الاحتمال في عالم التصور ممكن واهله اليه يرجع ما احتمله شيخنا الانصاري - قدس سره - بل فواه : من أن الأخبار المذكورة - عامها وخاصها - اريد بها للكرامة مستشهداً على ذلك بأن كثيراً منها واردة في بيع الكلي وأنه لا يجوز بيع الكلي في اللمة ثم اشتراء بعض أفرادها وتسليمه الى المشتري الاول والمذهب جوازه . ولعل تعبيره بأن كثيراً منها الخ مبني على استفادته من صحيحة ابن مسلم ، وصحيحة منصور ابن حازم المعبر فيها في السؤال عن قول القاتل : ابتع لي متاعاً أن المراد متاع كلي وقد -

رجل أمر رجلاً لبشترى له متاعاً فيشتره منه ؟ قال : لا بأس بذلك

- ذكرنا أن التعبير في السؤال : ابتع لي متاعاً ليس له ظهور في المتاع الشخصي نعم لا يبعد كون صاحبة معوية بن عمار واردة في بيع الكلي وان المطلوب منه بيع كلي الحرير ، لكن لو سلمنا ظهورها في الكلي من حيث تعبيره بقوله : فيطلب من الحرير ، وحل للبأس المفهوم من جواب الامام عليه السلام على الكراهة او الارشاد بالبيان الذي ذكرناه ، فلا نسلحه في باقي الروايات اذ كيف يمكن حمل قوله صلى الله عليه وآله : لا يبيع الا فيما يملك ، وقوله (ع) : انما يحل الكلام ويحرم الكلام ، على الكراهة أو الارشاد .

وبالجملة فالاحتمال المذكور وما احتمله شيخنا الانصارى - قدس سره - من الحمل على الكراهة خلاف الظاهر . والحمل على للتقية أيضاً خلاف للظاهر او الاصل ، فيعين كون النهي في الاخبار والباس المفهوم منها أريد به الارشاد الى أن البيع الواقع قبل الاشتراء فاسد لا يترتب عليه الأثر . وعليه فهل المستفاد منها ان البيع المذكور فاسد بقول مطلق حتى بالنسبة الى المالك للعين فعلاً فلا اثر لاجازته في تصحيح المعاوضة المذكورة ، أم أن غاية ما يستفاد منها فساد البيع وعدم ترتب الاثر عليه بالنسبة الى البائع الفضولي وان اطلاقها ليس في مقام البيان بالنسبة الى المالك للفعل للعين ؟ الظاهر هو الثاني خصوصاً بقربينة سؤال السائل فيها حيث أنه انما يسأل عن صحة البيع بالنسبة الى البائع ، وليس في مقام السؤال بالنسبة الى المالك أيضاً ، فلا اطلاق في الجواب بالنسبة اليه . وعليه فالعقد المذكور له القابلية للاجازة من المالك الاصلى واستناد اليه بها ، انما الكلام في أن المستفاد من الاخبار هل هو فساد البيع قبل الشراء من مالك العين وعدم تأثيره بالنسبة الى البائع الفضولي ما لم يجزه بعد الاشتراء من مالك العين -

انما البيع ههنا ما يشترطه ، وصحيحة معاوية بن عمار قال : « سألت

- أما لو أجازته بعده فانه يصح . وبعبارة أخرى : إن العقد المذكور كما له للقابلية للتصحیح والاستناد الى المالك باجازه كذلك له القابلية للاستناد الى الهايح باجازه له بعد الاشتراء من مالك العين وخروجه عن الفضولية ، يظهر ذلك من شيخنا الانصاري - قدس - في بعض كلامه ، وإن عدل عنه اخيراً بقوله : « اللهم إلا أن يقال : ان عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مداول ذلك للعقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الامور اللاحقة كالقبض في الهبة والاجازة في الفضولي لا يوجب النهي الا مجرداً عن حقوق ذلك الشرط - الى ان يقول - : فالانصاف أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبايع وعدم ترتب أثر الانشاء المقصود عليه مطلقاً حتى مع الاجازة ، وأما صحته بالنسبة الى المالك اذا أجاز فلان النهي راجع الى وقوع البيع المذكور للبايع فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه الى مسألة الفضولي - الى ان يقول بعد كلام له - : فالأقوى للعمل بالروايات والفتوى بالمنع المذكور » ولكنه يقول بعد ذلك : « ثم ان الواجب على كل تقدير هو الافتصاص على مورد الروايات وهو مالو باع لنفسه واشترى المشتري غير مقرّب لاجازة المالك ولا لاجازة البايع اذا صار مالكاً - الى أن يقول - : فحيث لو تباعاً على أن يكون العقد موقوفاً على الاجازة فانفقت من المالك او من البايع بعد تملكه لم يدخل في مورد الاخبار » انتهى »

ولقائل أن يقول : بناء على ما هو المستفاد من ظاهر هذه الاخبار - عامها وخاصها - أن البيع قبل الاشتراء فاسد لا أثر له بالنسبة الى البايع للفضولي وإن أجازته بعد الاشتراء كما التزم به الشيخ - قدس سره - بقوله السابق (فالانصاف) ... الخ فما المراد بقوله بعد ذلك : فلو تباعاً على أن يكون -

أبا عبد الله (ع) : يجزئني الرجل فيطلب بيع الحرير وليس عندي شيء

- العقد موقوفاً على الاجازة ؟ فان كان المراد مجرده قصدهما تعليق العقد على الاجازة فأى اثر لذلك مع فرض عدم وقوع البيع للبايع قبل التملك بالاشترء من المالك وعدم ترتب أثر على انشاء البيع حتى لو اجازته بعد الاشتراء : والحاصل ان شيخنا الانصارى بعد أن ذكر ان الانصاف : ان ظاهر النهي في الروايات عدم وقوع البيع قبل التملك للبايع وعدم ترتب الاثر عليه حتى مع إجازته بعد التملك يريد ان يضيق دائرة فساد البيع قبل الاشتراء بحسب ما استفاده من الروايات ويحصرها بصورة مالم يبايع المتبايعان قاصدين تنجز للنقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء بل وقع البيع على وجه يلزم للبايع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه الى المشتري : اما لو وقع البيع على وجه التعليق على الاجازة من المالك الاصلى او المالك بعد الاشتراء منه او تعليق لزومه على ذلك ، فلا يكون مشمولاً للاخبار الناهية والقاعدة تقتضي جوازه ، فيقال له : ان كان المراد بتبايعهما على ان يكون العقد موقوفاً على الاجازة مجرد تباينهما على ذلك في نفسها فلا ذكر لذلك عند انشاء العقد بنحو الاشتراط ، ففيه ان الدواعي والأغراض في هاب المعاملات لا تكون منشأ لأثر : وأشكل من ذلك مالم ذكره في العقد بنحو الاشتراط اذ هو من قبيل التعليق في العقود المختص على بطلانه :

وبالجملة فالظاهر انه لا يلبي الريب في عدم صحة بيع مالم يملكه البايع ثم اشتراؤه من مالكه وتسليمه المشتري منه بجميع اقسامه وصوره - منجزاً كان البيع أم معلقاً على الاجازة تعقبه اجازة منه للبيع أم لا - نعم لو اجازته مالكه الاصلى قبل اشتراؤه منه وكان البيع السابق له لا لنفس الفضولي صح البيع للمالك ، فيبطل بيعه الفضولي بعد إجازته للبيع السابق بمعنى لوقفه على إجازة المشتري الاول :

فيقالوني عليه واقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ، ثم أذهب

- فاصرار سيدنا الخال - قدس سره - على تصحيح المعاملة المذكورة اذا تعقبها إجازة من المالك الثاني بعد اشتراؤه من المالك الاول والقول بأن غاية ما يستفاد من الاخبار المذكورة عدم الصحة للفعالية لا للشأنية فيصح البيع مع إجازة المالك الثاني بعد الاشتراء كما يصح من المالك الاول لواجاز البيع ، والحال ان اطلاق الاخبار المألعة من البيع قبل الاشتراء والحكمة بعدم الصحة فيما لا يملك وشمولها لصورة تحقق الإجازة من الهايع بعد الاشتراء غير قابل للشكوك والمناقشة :

لم يتضح وجهه . وأما صحته من المالك الاول مع إجازة البيع فلما ذكرنا : من أن اطلاق الاخبار ليس في مقام البيان بالنسبة اليه ، وإنما هي في مقام بيان حكم الهايع الفضولي . وأما شيخنا الانصارى - قدس سره - فلم يهت في المسألة بضرر قاطع ، فتارة يختار الصحة التأهيلية وبحكم يكون البيع قابلاً للتصحيح إجازة المالك الثاني بعد الاشتراء ، وأخرى يعدل عن ذلك وبحكم بدلالة الاخبار على عدم الصحة ولو مع الإجازة منه بعد الاشتراء وثالثة بضيق دائرة الحكم بالهطلان ومحصرها بصورة مالو ثابعا قاصدين النقل والانتقال منجزاً دون مالو علقا البيع على الإجازة ، والا فوى بطلان جميع صور من باع ثم ملك وأجاز الا بصورة واحدة هي : مالو باع الوارث مال مورثه للمورث ثم ورثه منه فأجاز فانه يصح البيع المذكور بإجازته ، سواء قلنا بالنقل او الكشف ، أما بناء على كون الإجازة لاقلة فهو من اللوضوح بمكان فان للبيع المذكور من الوارث نظراً لكونه لمورثه فهو قاصد للمعاوضة على حقيقتها ومن حيث النقل المبيع اليه بالارث فله إجازة البيع الواقع عليه فضولا حال كون المال لمورثه . وعليه فينقل المبيع الى المشتري ويدخل عوضه في ملك الوارث حال الإجازة : وكذا بناء على كونها -

لاشئى الحرير فأدعوه اليه فقال : أرأيت إن وجد هو مبيعاً أحب اليه بما عندك أن أستطيع أن أنصرف اليه وبدعك ، أو وجدت أنت ذلك : أستطيع أن أنصرف عنه وتده ؟ قلت : نعم قال : لا بأس ، .

والانصاف أن هذه الأخهار ، وإن كانت صريحة في المنع عن البيع قبل التملك إلا أنها محمولة على للبيع الموجب لترب الآثار عليه من الالتزام والالتزام بمضمونه بحيث للمشتري مطالبة الفضولى بما باعه والزام الفضولى للشراء من المالك للدفع اليه وفاء لما التزم به كما له له العادة الجارية عند العرف على وقوع هذا النحو من المعاملة ولو بقربنة قوله في رواية خالد : ليس إن شاء اخذ وإن شاء ترك ، وقوله في صحيحة معاوية : أرأيت إن وجد هو مبيعاً... الخ ، النافعين للبأس عما لم يكن فيه لإلزام وللتزام ، للدلتين بالمفهوم على ثبوته فيما كان كذلك وليس إلا البيع الموجب لترب الآثار عليه بإرادة الصحة الفعلية منه دون للشألية المبحوث عنها في المقام ، كيف والصحة التأهيلية ثابتة للعقد بالنسبة الى المالك لان الهمث عنها هنا بعد الهناء

— كاشفة فأنها من الوارث تصحيح العقد وتنفذه للمورث ، وبما انه وارثه فيلتقل العوض اليه بالارث : نعم لو قصد الوارث بيع مال المورث لنفسه فحيث لم يقصد المعاوضة على حقيقةها بل قصد دخول العوض في ملكه بدلا عن ملك مورثه فالمعاملة المذكورة غير قابلة للتصحيح بالاجازة بل هي باطلة ، اللهم إلا اذا كان الوارث من الظلمة والغصب المتغلبين الذين يرون ادعاء كون مال الغير مالا لهم فبوقع للبيع عليه بما انه مالك له فهو لدى التحليل يبيع للمالك المبيع وبطبق ذلك على نفسه ادعاء ، فلهوية ادعائه لاتنافي كون البيع للمالك المبيع حقيقة وعليه فيمكن للوارث تصحيح البيع المذكور لمورثه باجازه بعد النقال المال اليه بالارث ، فتأمل جيداً . وقد أطلقنا للكلام في المقام والله تعالى هو العالم بالأحكام .

على صحة الفضولي وعدم العبرة بقصد المنتقل عنه في حقيقة البيع كما عرفت وللتعويض في الصحة بالنسبة الى بعض دون بعض لوجه له .

لكن رواية حسن بن زياد الطائي قال : « قلت لأبي عبد الله (ع) إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بهيمة اذن مولاي ثم اعتقني بهد ، فأجدد النكاح ؟ فقال : علموا انك تزوجت ؟ قلت : نعم ، فسكنوا ولم يقولوا لي شيئاً ، قال : ذلك لإقرار منهم ، أنت على نكاحك » ظاهرة بل صريحة ولو بمعونة السؤال عن علم للسيد واستناد صحة النكاح والبقاء عليه الى سكوته مع علمه المنزل على إقراره - في بطلان عقده اولا ذلك ، وإلا لكان استناد ذلك الى اجازته حين أن ملك نفسه بالتحريم أولى لان النكاح حينئذ صحيح على كل تقدير عند التحريم مطلقاً او مع اجازته من غير حاجة الى السؤال عن علم السيد وسكوته حتى يكون لإقراراً منه .

إلا أنه يمكن الجواب عنه ، بأن سؤال السائل - وان وقع عن لزوم تجديد النكاح وعدمه وعدم التجديد وان كان معلولاً لأحد أمرين اما الاقرار السابق او للتحريم لللاحق الموجب لصحته متى حينه لامن حين العقد - الا أن فائدة السكوت مع العلم أتم لاستلزامه الصحة من حين العقد فالعدول عن بيان حكم المسؤول عنه الى السؤال عما يستلزمه او تحقق انما هو رجاء لتصحيح النكاح والوطء من حين العقد ، فانه أتم فائدة وأهم نفعاً .

هذا وعلى ما نزلنا عليه الأخبار المتقدمة ينزل كلام العلامة في (التذكرة) حيث أفتى في المسألة بالبطالان ، نافياً للخلاف فيه ، مستدلاً عليه بنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك ، ولزوم الفرر ، حيث قال فيه : « فروغ - الى أن قال : للثالث ، لا يجوز أن يبيع شيئاً لا يملكها ويمضي لبيعها ويسلمها ، وبه قال الشافعي وأحمد ، ولا تعلم فيه خلافاً ، لنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك ، ولاشأه على الفرر فان صاحبها قد

لا يبيعها وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها ، انتهى ، ضرورة أن كلامه لا ينطبق إلا على ارادة الصحة الفعلية من البيع وترتب الاثر عليه حتى يستلزم الضرر باحتمال تعذر التسليم لعدم رضاء صاحبها ، سيما وقد سبق منه في الرد على من استدل على بطلان الفضولى رأساً بعدم القدرة على التسليم : الجواب عنه بأن القدرة على التسليم من المالك موجودة ان اجازة فلو أراد بالصحة هنا الصحة التأهيلية كان ما ذكره جواباً عن دليل خصمه - هنا - جواباً له عن دليله في المقام اذ القدرة له على التسليم حاصلة على تقدير تملكه كما ان القدرة على التسليم هناك حاصلة على تقدير اجازة المالك فالقدرة الفعلية منتظمة في المقامين والتعليقية موجودة فيها ولا يمكن التفكيك إلا بإرادة المنع عن الصحة الفعلية هنا والجزاء على الصحة التأهيلية هناك . ويشهد لذلك ايضاً ما هو المحكي عنه في (المختلف) فراجع

وكيف كان فالأقوى في المسألة صحة عقد من باع ثم ملك بالصحة للأهلية التأهيلية مطلقاً من غير فرق بين ما لو باع لنفسه او للمالك وبين من ملك العين ينقل او النقال بالارث او ملك للتصرف كما لو باع مال الطفل عامياً ثم صار فقيهاً له اللولاية عليه فاجاز لكن في لزوم البيع بمجرد التملك او توقفه على الاجازة بعده قولان : اخيار أولها للفخر في (ايضاحه) ولعل وجهه دعوى اجتماع شروط الصحة من الطبيب المنكشف : بالانشاء القولى بالعقد مستمراً الى حصول الملك ولم يكن فاقداً من شروط التنجز إلا الملك المفروض حصوله بالتملك .

نعم لو زال الرضا قبله توقف على حدوثه بعده منكشفاً : اما بالقول أو بالفعل ، فيكون التسليم على الأول تسليماً وفائياً وعلى الثاني تسليماً إجازياً ولا دليل على اعتبار مقارنة الرضا المنكشف للتملك بعد صحة استناد للعقد اليه عند التملك بعده انشائه للكاشف عن الطبيب المستمر الى حين التملك

خصوصاً فيما او باع لنفسه فيدخل في عموم: «أوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض» :

ومنه يعلم الجواب عما قيل في رده: من أن الرضا حين العقد لا يجدي لكونه من أجنبي غير مالك وعند التملك لا يهد من الكشافة على تقدير تحققه إما بالقول أو بالفعل ، وهو وجبه من حيث كبرى القضية ، سيما في مالو كان البيع لنفسه : وأما للصغرى وهي ثبوت الرضا مستمراً الى حين التملك المتوقف عليه اللزوم لو شك فيه فالأصل بقاؤه .

اللهام إلا أن يقال : انه من الاصل المثبت ، ومع ذلك كله فالاحوط - بل لعلة الاقوى - قصد الاجازة بالدفع والتسليم بعد التملك لأن المقيد بالانكشاف قولاً أوفعلاً إنما هو للرضاء المعتبر ، وحيث كان منكشفاً لم يكن معتبراً وحيث صار معتبراً لم يكن منكشفاً فلا يهد من للكشف عنه حين كونه معتبراً وهو في زمان التملك فافهم .

ويلحق بالمسألة ما لو باع معتقداً أنه مال غيره ثم بان أنه مال نفسه لكن يتعين هنا للتوقف بعد الكشف على الاجازة لعدم إحراز الرضا أو فرض العلم بكوله له ، بل هو في الحقيقة ليس من الفضولي موضوعاً لانه باع ما هو ملكه لكن مثله في الحكم من الصحة والتوقف على الاجازة نعم لو فرض تحقق الرضا منه حين الانشاء ينقل البيع جزماً غير أنه اقترن بخطاء معتقده للواقع أمكن جريان الكلام المتقدم في لزومه بمجرد الانكشاف ، بل هنا أولى لانه باع ما هو ملكه ، بل يمكن فيه دعوى اللزوم من حين العقد وينكشف له عند الانكشاف بل لعلة هو الاقوى . وفي الجاق العتق ونهوه من الايقاعات بالعقود في هذه المسألة في الحكم من الصحة والتوقف على الاجازة وجهان : مبنيان على جرى الفضولي في الايقاعات وعدمه ، وقد تقدم الكلام فيه - متوفى فلاحظ -

فظهر مما ذكرنا سابقاً ولاحقاً : أن قصد ماليس من مقومات البيع لا بدح بصحته مخالفته للواقع غير أنه يتوقف على الرضا بالواقع بعد انكشاف مخالفة المعتقد له ان كان مما يقبل التوقيف عليه والا بطل رأساً كالايقاعات بناء على عدم جريان الفضولى فيها او فيما لا يقبل منها باجماع ونحوه ، فلو باع مال نفسه معتقداً للغير فضولاً عنه او باع مال غيره معتقداً لنفسه صح فيها وتوقف على اجازته في الاول واجازة المالك في الثاني بعد الانكشاف او اعتق مملوكه بظن انه مملوك الغير فضولاً بل واو اعنته عن نفسه كما لو دفع اليه للغاصب مع جهله ، وقال : خذ عبيدي واعنته عنك ، فأعنته عن نفسه ثم انكشف انه مملوكه بطل العتق رأساً لعدم اللطيب في الواقع او توقف على اجازته بعد الكشف إن قلنا بالفضولى في الايقاعات. ومنه يعلم أنه لو اذن المالك بالتصرف في ملكه معتقداً أنه لغيره لا يصح للمأذون للعالم بالكيفية التصرف فيه هتلك الاذن لعدم إحرازه على تقدير العلم به بل لو اذن المالك بالتصرف في ملكه معتقداً انه صديقه لم يجوز للمأذون التصرف فيه مع كونه عدواً لتقييد الاذن له بالعنوان المشتبه في تطبيقه عليه فيدور مداره واقماً ، فلا اذن مع التخلف. وذلك كله واضح ، وان تأمل بعض في بعضها (١)

(١) يمكن أن يفرق بين مالو اذن المالك لأحد في التصرف في ملكه معتقداً أنه لغيره ، وبين مالو اذن لشخص بالتصرف في ملكه معتقداً أنه صديقه مع كونه عدواً له في الواقع ، فيقال : ليس للمأذون التصرف في الصورة الأولى مع علمه بالكيفية وأنه إنما اذن له بالتصرف لاعتقاده أن المال لغيره ، فان دليل : عدم حل التصرف في مال المسلم إلا بطيب نفسه إنما يقتضى جواز التصرف في مال الغير اذا طابت نفسه ورضي بالتصرف فيه بما أنه مال له ، ولا يكفي في ذلك مجرد كون المال للمأذون بالتصرف -

هذا تمام الكلام في موضوع الاجازة وشروط تأثيرها وأما حكمها من حيث كونها ناقلة من حينها او كاشفة عن النقل من حين العقد ، فقد اختلفت كلماتهم في ذلك على قولين فعن الاشهر - بل المشهور - أنها كاشفة وعن غير واحد - ومنهم كاشف الرموز والفخر في الايضاح وكاشف اللثام في النكاح وقواه في مجمع الفائدة أنها ناقلة . واحسن ما استدلل به للاول هو ان الاجازة متعلقة بالعقد فهي رضاء بمضموله وامضاء له وليس بمضموله لالاقل العوضين من . حينه ورد بما يرجع - فيه مالا له واقعاً مالم يكن حالاً يكره له ، وبعبارة أخرى : إن الحيثية هنا تقييدية والاذن من المالك في هذه الصورة بالتصرف في المال انما كان بما أنه مال الغير لا بما أنه ماله ، فن جعل متاعاً او طعاماً عند الغير ليقدمه اليه اذا حضر ، فقدم له الغير متاعاً من أمتعته أو طعاماً منه معتقداً أنه هو ذلك المتاع أو الطعام المجهول عنده ليقدمه اليه اذا حضر ، فلا يجوز له مع علمه باشتباه المقدم بالتصرف فيه وللتناول منه بملاك : طيب نفس المالك به ، وهو واضح .

انما الكلام في الصورة الثانية وهي مالو اذن شخص لآخر بالتصرف في ماله معتقداً أنه صديقه ، وكان عدواً له واقعاً ، فهل حيثية الصداقة هنا أيضاً تقييدية ، فهو بمنزلة أن يقول له : كل هذا الطعام ، أو تصرف في هذا المتاع إن كنت صديقاً لي ، فلا يصح له التصرف مع عدم اتصافه بالصداقة بل بضدها ، فتتحد المسألتان في الملاك والحكم - كما يظهر ذلك من سبيل قدس سره - أو ان حيثية الصداقة تعليلية بمعنى كونها من قبيل الداعي لاذن المالك بالتصرف ، فلا يضر تخلفها بجواز التصرف للمأذون ، فن ذبح شاة وطبخها وهياً طعاماً يدعي أن يدعو لها جماعة من المحتاجين فاعتقد شخص أنه محتاج فدعاه الى طعامه ، واذن له بالتناول منه والأكل في حين أن المدعو يعلم بأنه ليس منهم وأن المالك مشتبه في اعتقاده أنه -

ملخصه الى منع كون زمان العقد قيداً للنقل ومندرجاً في مضمونه حتى يكون امضاؤه امضاء للنقل من حينه وانما الزمان من ضروريات الانشاء وظرف له هل مضمون للعقد ليس الا مجرد النقل : وترتب الملك عليه جامعاً للشرائط انما هو لاقتضاء وجود السبب وجود مسببه والا لاقتضى القبول الملك من حين الانحباب اذ ليس القبول الا قبول مضمون الانحباب الذي هو التمليك من حينه وكون العقد مركباً منهنهما لايجدى فارقاً بينهما بعد جعل ماذكر ملاكاً لزمان الملك . وفيه أن الزمان وان لم يكن مأخوذاً على وجه القيدية في النقل إلا أن الانشاء وان كان من الفضولي يحدث ربطاً بين العينين ولو في الجملة المنتزعة منه اضافة كل منهما الى من وقع

- محتاج ، لايعبد القول بجواز تناوله من ذلك للطعام وعدم ضمانه لما أكله : نعم لو صرح المالك بأن طعامه مباح لمن انتصف بالعنوان الكذائي - أي الاحتياج - أو أن ذلك الطعام كان منذوراً للمحتاجين - مثلاً - لايجوز لعبير المحتاج التناول منه مع علمه بذلك وأن المالك مشتبه في اعتقاده :

والحاصل : يمكن أن يدعى الفرق : بين مالو صرح المالك في مقام الاذن بالتصرف في ماله بأن المأذون من انتصف بالعنوان الكذائي ، فلا يجوز لمن لم يتصف بذلك العنوان واقعاً بالتصرف بذلك المال ، وبين مالو اذن المالك لشخص خاص بالتصرف بما له معتقداً بأنه متصف بذلك العنوان وكان ذلك الشخص غير متصف به مع علمه بأن المالك إنما دعاه وأذن له في التصرف لاعتقاده فيه للصدقة - مثلاً - فيمكن أن يقال : إنه يجوز له التصرف وان اعتقاد المالك تعونه بذلك العنوان داع وباعث لاذله بالتصرف ولا اعتبار بتخلف الداعي في العقود - عهدية كانت أم اذنية - وكذا الابقاعات ، بخلاف ما اذا كان المدعو والمأذون ذا العنوان فان المقيد ينطلي بالتفاه قبيده :

له العقد عرفاً ولو ضعيفة لم يقرب عليه أثر في الشرع ، وهذا للقدر من الربط والاضافة اثر للانشاء ولو كان المنشيء اجنبياً : وهذا هو المراد من قولهم صحة الفضولي بالصحة للأهلية ، واستدلال بعضهم على بطلانه رأساً بأنه تصرف في مال الغير كما تقدم بتوضيح منا وإلا فجرد الاهلية ومخص للقابلية لعروض المبادلة بين العيين حاصل قبل الانشاء ايضاً ، اذ ليس للكلام فيه فيما لا قابلية له كبيع مالا يملك من الخمر والخنزير ونحوهما فاذا حدث ربط الهدية والاضافة المنتزعة منه بالانشاء وعند وقوعه وحصل الامضاء من المالك له كان ذلك تصحيحاً منه لذلك الاثر وتتميماً منه للسبب المنتج للصحة من حينه ، فالتصحيح وان كان حادثاً بالاجازة إلا ان الصحة متعلقة بالاثر السابق للحادث بالعقد لانه أمر مجعول شرعي بدور مدار كيفية جمعه واعتباره :

وبالحمل فالاجازة محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلته سبباً تاماً حتى كانه وقع مؤثراً ، أو للتأثير في أثره الحادث من حينه حتى كانه وقع للربط قوياً موجباً لقرب الاثر عليه وان لم تكن الاجازة بهذا المعنى شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط ولا جزء سبب وحيلولة فالتأثير وان كان حادثاً بالاجازة ويحدث بمحدثه الملك إلا أنه ينهبط بمحدثه الى حين للعقد الذي هو منتهى الانسباط من طرف السابق وحرف الابتداء في قولهم : من حين العقد لبيان مهده للطرف لاميده الحادث ، فان زمان الاجازة مبدؤه وحين العقد منتهاه وبملاحظة الانسباط المذكور عبر عنها بالكاشفة وامتناع القول : بها عن القول بكونها ناقلة لعدم الانسباط فيه إلا في الطرف اللاحق وبذلك يظهر الوجه في عدم جواز التصرف فيه قبل الاجازة لعدم الملكية قبلها في الواقع وان علم لحق الاجازة باخبار معصوم ونحوه كما التزم به بعض بناء منه على أن الاجازة بنفسها ليست شرطاً بل الشرط

هو كون العقد ملحقاً بها وهو شرط مقارن للعقد موصوف به حين وقوعه وانما الاجازة محققة اوصف العقد وشرط للعلم باضافه به كما ستعرف ، هذا ولكن الوجه المذكور ان تم فاعاينتم بالنسبة الى خصوص كشف الاجازة عن صحة عقد الفضولي دون كشف مآثر الشروط المتأخرة عن صحة مشروطاتها المتقدمة عليها الواقعة كثيراً في تضاعيف أبواب الفقه من العبادات والمعاملات : وبهذا التقرير اتضح لك صحة الاستدلال على كون الاجازة مؤثرة كذلك بمعهم « أوفوا بالعقود وتجارة عن تراض » المتوجه نحو المالك لمجيز بعد استناد العقد اليه بالاجازة وتنزيل انشاء الفضولي منزلة الشائه هل رضاء للعاقدة الفضولي المدلول عليه بانشاءه منزلة رضاه حتى كأن رضاه للعاقدة المقارن للانشاء بعد للتنزيل رضاه المالك الموجب لسببية العقد وتأثيره عنده مجرداً عن ملاحظة قبالية الزمان حتى عن لحاظ ظرفيته ولا يقدح بذلك ثبوتية الملك للتكليف بالوفاء المتوجه نحو المالك حين الاجازة بعد ما عرفت من الانبساط المذكور :

هذا ولكن مع ذلك كله لو سلم سلامة الوجه بهذا التقرير عن محذور تقدم المشروط على شرطه او 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 الإصحاح بين كونه على صفة عدم التأثير او عدم كونه على صفة التأثير لاصحاحه 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 لانفس الملك وهو قول آخر في المسألة كما ستعرف : هذا كله بناء على تصحيح الكشف الحقيقي مع كون الاجازة المتأخرة بنفسها شرطاً وقيل في تصحيحه لذلك لكن يجعل الشرط كون العقد معقباً بالاجازة وملحقاً بها وهو شرط مقارن للعقد ولحقوق الاجازة انما هو شرط

للعلم بتحقيق الشرط المقارن فحال العقد في كونه ملحقا بها في الواقع اولا مستور غير معلوم في مرحلة الظاهر تنكشف واقعيته بالاجازة وعدمها ، ويقضح بهذا الوجه حال كل ماورد في الشرع من الشرط المتأخر بارجاءه الى شرطية الوصف المقارن المنتزع من المتأخر بوصف كونه متأخرا فيكون وجوده كاشفاً عن تحقق الوصف العنواني في الواقع المقارن للمشروط به في الزمان فالاجازة تكشف عن سبق تحقق العنوان المشروط به العقد وبكفي في المنع عن التصرف قبلها عدم احراز شرط الصحة فضلا عن كونه مقتضى الاصل ايضا .

وأما النماء فحيث يدور مدار ملك العين في الواقع كان نماء المبيع للمشتري ونماء للثمن المعين للمبايع تبعاً للملكية العين فيها من حين العقد . لعم يلزم على هذا الوجه جواز التصرف قبل الانكشاف مع العلم به باخبار معصوم ونحوه كما التزم به بعض مع أن المشهور على المنع عن التصرف ، بل لعل الاجماع يحكى عليه إلا أن ينزل اطلاق كلامهم على الغالب من الجهل بالواقع او يلزم به ان تم الاجماع عليه وان لزم الفكيك بين الملك وحكمه من جواز التصرف بهذاقتضاء الدليل ذلك كالأمرن المملوك للأمرن المنوع عن التصرف فيه والمحجور عليه المنوع 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 يحدش للوجه المذكور بان الوصف العنواني امر منتزع من المتأخر ، والامور الانتزاعية حيث لاواقعية ولا تحقق لها الا الواقعية منشأ النزاعها وتحققه كانت بنفسها غير قابلة للمداخلة في التأثير ، بل لابد ان يكون مداخلتها بمنشأ النزاعها والمفروض عدم مقارنته فالمحدور على حاله . إلا أنه يمكن الجواب عنه بان الانتزاعي وهو وصف التعقب انما

هو منتزع عن بهدية الاجازة لاعتن الاجازة لنفسها والبهدية صادقة بمجرد عدم اقرارها بالعقد بعد فرض حقوقها به فالمنتزع وعنوان منشأ الانتزاع معاً مقترنان بالعقد ، وهذا للقدر كاف في مداخله في تأثير العقد :

توضيح ذلك : ان الامر الالهي : تارة يكون منتزعا من متضاهين متحدين في الوجود زمانا ، وأخرى يكون منتزعا منها مرتبين فيه بحيث يكون احدهما مقدما والآخر مؤخرأ في الزمان . وبهارة اخرى منتزع من وجود فعلي ومعلوم يوجد في زمان متأخر ويصح انصاف الاول من حين وجوده بالتقدم ونحوه من الاوصاف المنتزعة كذلك كالسابقة والملحقية قبل وجود المتأخر لكونه منتزعا من كونه سيوجد لا بما هو موجود وجوده حينئذ كاشف عن صحة الانصاف لاشتراط لنفسه والحكم مرتب على الاول من حيث كونه متصفاً بالصفة المذكورة من التعقب والملحقية الماخوذة في مفهومها تاخر المتأخر ، فالصفة المذكورة موجودة في الواقع والانصاف بها محقق كذلك لكونها منتزعة من امر سيوجد لامن أمر موجود . وهذا للقدر كاف في امكان مداخلة الامر الانتزاعي في التأثير من حين التزاعه كذلك :

وهذا الوجه للتخلص عن محذور ماورد في الشرع من للشرط المتأخر بظاهره عندى أحسن الوجوه المذكورة لذلك بل هو المتعين ولعله اليه يرجع ماهو المحكي عن تقاريرات شيخنا المرتضى - قدس سره - في تصحيح للشرط المتأخر : من أن الشرط في هذه الموارد ليس بمتأخر ، بل المتأخر بوصف تأخره جعل شرطاً ومعه لا تأخر للشرط فيها . فلا يحتاج في التخلص عنه الى ما تكلف له بمض فضلاء المعاصرين : من أن الشرط في هذه الموارد ليس المتقدم او المتأخر بوجودهما للكوني الزماني كى يلزم المحذور بل وجودهما الدهري المثالي وهما بهذا الوجود لا يكونان إلا مقارنين للمشروط فان المتفرقات

في سلسلة الزمان مجتمعات في وهاء الدهر :

وكيف كان فالكلام الى هنا في امكان كون الاجازة كاشفة عن النقل من حين العقد . وأما كونها كاشفة كذلك فيدل عليه مع ذهاب المعظم اليه بعض الأخبار التي : منها - مصبحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصبيرين ففضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فوات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ، ضرورة ان العزل لها قبل النقل ليها مخالف لقاعدة تسلط الناس على اموالهم فاطلاق الحكم بالعزل منضمما الى عموم : للناس مسلطون على اموالهم بفيدان للعزل لاحتمال كون للزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع فكانه احتياط في الاموال قد غلبه للشارع على اصالة عدم الاجازة كمزل نصيب الحمل وجعله اكثر ما يحتمل هذا : وقد بقي الكلام في الثمرات التي ذكروها بين القول بالنقل والقول بالكشف وعلى الكشف بين جميع محتملاته ، وقد سبقنا الإشارة الى بعضها اجمالاً ، فنقول : تظهر الثمرة في جواز التصرف وعدمه من الاصل حيث يكون أحد الطرفين فضولياً ، والكلام فيه مرة في تصرفه فيما النقل عنه : اما الاول فقد قل : إنه لا كلام في عدم جواز التصرف فيه على كل من القولين بالنقل والكشف بجميع احتمالاته الا على القول بشرطية للتعقب مع العلم به على الاقوى من جوازه ظاهراً وواقعاً :

وأما الثاني فيجوز التصرف فيه مطلقاً على النقل وعلى الكشف الحقيقي ايضاً ، بناء على حدوث الملك من حين الاجازة منسباً الى حين للعقد ، لكونه على التقديرين تصرفاً في ملكه ظاهراً وواقعاً ، ولا يجوز ظاهراً وان جاز في الواقع على الكشف الحقيقي مع كون الاجازة شرطاً متأخراً كاشفة عن حدوث الملك من حين العقد لامن حينها أو كون التعقب شرطاً مقارناً مع عدم العلم به الاصل فيها في مرحلة الظاهر ووقوعه في ملكه

واقفاً حيث انكشف بلحق الاجازة ومع العلم بلحوقها جاز للتصرف مطلقاً على التعقب قطعاً كما عرفت . وعلى الشرط المتأخر مع الكشف عن حدوث الملك من حين للعقد أمكن دعوى المنع عنه لاحتمال موضوعية الكشف بالاجازة عن حدوث الملك من حين العقد وهو بعيد جداً وان نسب الى ظاهر الاكثر . وقد تقدم لإمكان حمل إطلاقاتهم المنع على الغالب من عدم العلم بلحق الاجازة والظاهر اتحاد حكم الشرط للتعقب او الاجازة المتأخرة والكشف عن حدوث الملك من حين العقد منعاً وجوازاً في صورتني للعلم بلحق وعدمه في مرحلة للظاهر والواقع . ويحتمل التفصيل بينهما : بل يمكن دعوى جريان ذلك كله فيما انتقل اليه ايضاً لوحدة المناط فيه وفي المنتقل عنه ظاهراً .

واما الثمرة بين الكشف الحكمي الذي مرجعه الى البسط مجرد الحكم وترتب آثار الملك من حين للعقد وان حدث الموضوع وهو الملك من حين الاجازة وبين غيره من الاقوال ، فلا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا : هذا وربما علل مع الاصيل عن التصرف فيما انتقل عنه على القول بالكشف بجميع معانيه بأمور :

الاول ازوم الضر المنفي آية ورواية على من انتقل اليه .
 الثاني جعل الاصيل ماله عرضة للنقل عنه ولو الى بدل وكل ما كان كذلك لا يجوز التصرف فيه للقاعدة المستفادة من استقراء الموارد الجزئية التي روعى فيها احتمال استحقاق الغير له من غير ملاحظة أصل لعدم في ذلك التي منها العزل لاكثر للتصبيين في الحمل ، ومنها عدم دفع تمام المال للوارث مع احتمال وجود وارث اخر معه إلا مع الانحصار المحرز بعدم للفحص ، ومنها الوقف المردد بين الترتيب والتشريك بين الطبقات مع ان الاصل عدم استحقاق اللاحقة الزيادة مع الاولى ، ومنها عدم جواز التصرف

في للنذر المعلق على شرط قبل وجوده او تبين حاله الى غير ذلك :

الثالث - ان قضية الوفاء بالمأمور به الالتزام بكل ما هو من لوازمه التي منها حرمة التصرف فيه كيف والتعاقد بمعاوضة المال ونقله عن ملكه بنافيه التصرف فيه ولا سيما بما بنافيه ، ولا يتوهم استلزام المنع عن التصرف فيما النقل عنه للأمر بالوفاء جواز التصرف فيما النقل اليه لعدم تبعض العقد في الأثر ، فالمنتقل عنه والمنتقل اليه يتساويان في الحكم منعاً وجوازاً لان عدم التصرف منه فيما النقل اليه لا يعد نقضاً لما اهرم بالعقد بخلاف التصرف ولا سيما المتلف منه في المنتقل عنه فانه رجوع منه عما تعاهد عليه والتزم به بالشائه العقد الذي تم من جالبه وان توقف شرعاً تأثيره على اجازة الغير وهو امر خارج عن التزامه .

وفي السكل نظر : أما الضرر فع أنه يختص ببعض التصرف ممنوع تحقيقه مع عدم نفوذه إلا بالاجازة الرجعة الى اختياره ، وأما القاعدة فغير مسلمة لان استفادتها من الموارد الجزئية إنما تكون بعد العلم باتحاد مناط الحكم في جميعها مع العلم بوجوده في المشكوك فيحكم به عليه لوجود المناط فيه : وليس مانح فيه من هذا القليل . اما في الارث فلعدم تحقق الانحصار فيه ليدفع تمام المال اليه مع ان الاصل عدم استحقاقه للزائد على نصيبه وكون الشك فيه مسبها عن الشك في وجود وارث غيره والاصل عدمه لا يثبت الانحصار فيه لكونه من الاصل المتيقن ، وان ناقش في كونه منه شيئاً في (الجواهر) - قدس سره - مع أن دفع الزائد اليه لو فرض كونه لهبره في الواقع من الانلاف الموجب اضمأن للدافع المستلزم للضرر عليه ولا طريق الى ثبوت الانحصار فيه إلا بالاحص ، ومع ذلك قبل يجوز تضمينه واخذ الكفيل منه بعد الدفع اليه لدفع للضرر عن نفسه :

وأما الوقف المردد بين الترتيب والتشريك مع عدم اطلاق يشك في

تفبيده فرجع الشك فيه حينئذ وان كان هو الشك في كيفية جمل الواقف وانه ينحو للترتيب او التشريك وهو حادث ولا يمكن تعيين الحادث بالاصل إلا انه يرجع في الحقيقة الى الشك في مانعية الموجد من الطبقة الاولى عن استحقاق الموجد من الثانية مع كوله من الموقوف عليه ايضاً بعد فرض كون الوقف مسلسلًا على اولاده مانعاً قبولاً وتناصلاً غير أنه شك في كوله ترتيباً بينهم بمعنى ان وجود السابق يمنع عن استحقاق اللاحق او تشريكاً لایمنعه عنه ، والمانعية حكم وضعي مشكوك جعله ، والاصل يقتضي عدمه اذ الاحكام الوضعية المجعولة مع الشك في جعلها مقتضى الاصل عدمه من غير فرق بين كون الشرع جاعلاً له او الواقف ، ولا يقوقف استحقاق اللاحق له بعد دخوله في سلسلة الموقوف عليه على ثبوت عنوان الشرية حتى يكون من الاصل المثلث وان كان ينتج بذلك تقيجتها وبالحملة للشك في مانعية الموجد : مرة للشك في كوله مصداقاً لما هو معلوم المانعية ، وأخرى للشك في جعل المانعية للذي يكون على تقديره مالاً وللشبهة على الاول موضوعية وعلى الثاني حكمية وأصل العدم يجري في الثاني مطلقاً وان قلنا ارجوعه الى استصحاب العدم ولا يجري في الاول إلا على تقدير القول بكونه اصلاً مستقلاً والدليل عليه بناء العقلاء اذ المفروض ليس له حالة متبقية حتى تستصحب واستصحاب عدم وجود المانع لا يثبت عدم مانعية الموجد والشبهة في ترتيب الوقف او تشريكه من القسم الثاني الذي يجري فيه الاصل قطعاً فانهم .

وأما النذر فالكلام فيه كالكلام في الفضولي مع الاجازة ، والخلاف فيه معروف ، والمسألة ذات قولين معروفين ليس المنع عن التصرف فيه قبل تحقق الشرط اتفاقاً بل لعل الاقوى فيه الجواز لكون ثبوت حق للمندور له متعلق بالمندور مشروطاً بشرط والمشروط ، عدم عند شرطه مع ان الاصل

بقتضي عدمه : نعم لو قلنا بثبوت الحق له في الواقع لتحقيق الشرط في علم الله ولذا قيل بالتفصيل فيه بين ما لو علم تحققه كالمشروط هو وقت وما لم يعلم كان كالأجازة المتأخرة على تقدير القول بكونها كاشفة مع امكان الفرق بينهما كما قيل بناء على المنع في الفضولي قول الاجازة لعدم الامر بالوفاء ولا عموم في القدر المعلق حتى يتمسك به قبل تحقق شرطه مع كون الأصل فيه يقتضي لعدم إلا ان الاستناد فيه الى عموم « الامر بالوفاء » عندي محل نظر - كما ستعرف - واما عزل نصيب الحمل ونصيب الزوجة الصغيرة الى ان تبلغ وتحلف للنص الخاص فلا يتم بهما تأسيس قاعدة كلية يخرج بها عن حكم الأصل :

وأما الثالث وهو التمسك بالامر بالوفاء ، فمع أنه لو تم لم يفرق بين الكشف والنقل وإلا فلا على القولين ضرورة أن الشبهة موضوعية على تقدير توقف الوفاء على تامة السبب وحكمية على تقدير كفاية جزء السبب في ذلك . فان قيل بالاول ازم القول بجواز التصرف على الكشف ايضا عملا بالأصل ، وان قيل بالثاني ازم القول بحرمته على النقل ايضا ، والنفيكيت بينهما على القولين ركيبك - نعمن صدق العقد المأمور بالوفاء به قبل الاجازة ولو قلنا بها كاشفة بعد أن كان مقتضى الأصل لعدم سببا على القول بكونها شرطا متأخرا . فظهر مما ذكرنا قوة جواز التصرف فيما انتقل عنه على كل من القول بالنقل والكشف بمعاليه ما لم يعلم لحقوق الاجازة وضعف القول بالتفصيل بينهما حتى جعلوه ثمرة بين القولين مطلقاً :

وتظهر الثمرة ايضا على ما قبل في النهاء المنفصل الحادث بين العقد والاجازة فناء المبيع للمشترى ونهاء الثمن المعين للمبيع على الكشف وكل منهما للمالك الاول على النقل وهو حسن على الكشف مع كون التعقب شرطا او كاشفا عن حدوث الملك من حين للعقد . وأما على الكشف الانهاساطى او الحكمي فليح تأمل .

هذا مع العلم بتجدد النماء بين العقد والاجازة . وأما مع الشك فيه واحتمال تجدد قبل العقد كالحمل مع كون الحامل مقبوضاً للثاني بقبض صحيح كما او وقع بعد الاجازة وشك فيه مع ذلك فهو محكوم به له اليد الفاضلة بملكية ما هو تحت سلطنته إلا ما علم خروجه عن ملكه فيكفي في ملكيته بعد فرض كون اليد عليه احتمال كونه له بحدوثه في ملكه ، بل هو القدر الميقن من ملكية ما يجده في داره أو صندوقه المخصصين به مع عدم مشارك له في التصرف ، فراجع المسألة في محلها ، بل قيل يكره حينئذ ملكه حتى لو علم أنه لم يكن له لانه من الرزق الذي ساقه الله اليه فرفع الشك واستقلال اليد عليه لا اشكال في انه يحكم له في مقام التداعي لكونه ذا يد عليه ، والاول يدعى عليه ما هو خلاف الاصل ولا يحتاج الثاني في تملكه الى اثبات حدوثه في ملكه حتى ينفي بالاصل ايضاً لكونه ذا يد عليه بعد أن كان ذا يد على الحامل بل كان ذلك كذلك حتى في تكليف نفسه فيما بينه وبين ربه .

نعم بشكل الحكم فيما لو ظهر الحمل والحامل المبيع مثلاً تحت يد البائع قبل الاجازة وقبض المشتري ، اذ لا بد للمشتري عليه حتى يحكم بكونه له وبند البائع عليه حينئذ على للكشف غير مالكية . ولذا كان مضموناً عليه بالتلف قبل القبض وإصالة عدم حدوثه قبل للعقد معارضة بعدم حدوثه بعده اذا كان الاثر مربباً على التأخر والحدوث في ملكه ولا يثبت الحدوث وعنوان التأخر بإصالة عدم التقدم ، فيكون المورد من التداعي الذي لا بد لاحدهما عليه كالمال المطروح بينهما إلا أن ذلك مبني على عدم الابد للوائح عليه قبل الافهاض . وفيه تأمل بل اعلم ممنوع ، وعليه فينعكس الحكم وبحكم به للبائع بالهدم 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 بالبيع ، وعليه فهو للمشتري على التقديرين : إما بالبيع او لكونه له ملكه .

وتظهر الثمرة أيضاً - على ما قبل - فيما لو اشترى عبداً أو مصحفاً من الفضولي ثم كفر قبل الاجازة ، صح على الكشف لكونه مسلماً حين العقد وان أجبر على بيعه بالكفر ، وهطل على النقل لوجود المانع حين الانتقال وهو حسن ان لم يعتبر في الصحة بقاء قابلية المتعاقدين للملكية من حين للعقد الى حين الاجازة والا بطل على التقديرين : وتنتفي الثمرة حينئذ من البين ، لكن للقابلية لو فرض عدم اعتبارها لم يطرده ظهور الثمرة في انحاء زوالها بين العقد والاجازة الذي منها زوالها بالموت ، ضرورة أنه ان كان من المالك المحيز بأن مات قبل الاجازة وقلنا بهكولها موروثة بناء على كولها من الحقوق صح على كل من القول بالكشف أو النقل ، وان لم تكن موروثة - كما هو الحق لكولها من الاحكام - هطل على القولين أيضاً ، فتنتفي الثمرة على التقديرين ، إلا أنه قد مر لفوذاً منه لكونه مالكا بناء على عدم اعتبار اتحاد المالك من حين للعقد الى حين الاجازة ، وان مات الأصيل وقلنا بهدم جواز الاجازة حينئذ لان المأمور بالوفاء وهو للعقد المورث لم يكن ، ولوارث لم يكن عاقداً ، انتفت الثمرة على القولين ايضاً ، وان قلنا بجوازها لكفاية إنشائه في حياته لنقل ملكه معلقاً في لفوذه على وارثه وتوجه الامر بالوفاء عليه ، صح على القولين وانتفت الثمرة ايضاً على التقديرين غير أنه على الكشف دخل العوض في ملك المورث ثم منه النقل الى الوارث ، وعلى النقل النقل من المحيز اليه بلا واسطة المورث وان كان بسبب إنشائه :

وبالجملة ليس مظهر للثمرة بين القولين مطلق زوال القابلية بين العقد والاجازة بل يختص ذلك بصنف خاص منه نحو للكفر المانع عن تحقق

سلطنة للعقد على ما انتقل إليه ، ولذا كانت الثمرة مبنية على القول بهطلان بيع المسلم او المصحف من الكافر ، وأما على القول بصحته واجباره على البيع فتصح الاجازة على القول بالنقل ايضاً وان اجبر بعدها على البيع ، وأما لو انعكس الامر بان اشترى كافراً ثم اسلم قبيل الاجازة بطل على الكشف قطعاً . وعلى النقل بحتم الصحة لان المانع عنها ليس إلا نفى السهيل المفروض عدم تحققه إلا عند الاجازة المفروض كونه مسلماً حينها كل ذلك حيث يصح على الكشف فانما هو على الكشف التعقبي أو الحدودي من حين العقد . وأما الالبساطي أو الحكمي فهما كالنقل على الاظهر حسبما تقدم .

وتظهر للثمرة أيضاً - على ما قبل - فيما لو زال التمول عن العوضين أو أحدهما قبل الاجازة ، فعلى النقل بطل لعدم التمول حينئذ وعلى الكشف صح لتموله حين الانتقال :

قلت : هو حسن حيثما لا يدخل يزوال التمول الذي هو بحكم التلف تحت قاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع) كما لو زال التمول عن الثمن المعين ، بناء على أن الضمان بالمسمى دون المثل أو القيمة على خلاف القاعدة فليقتصر على ما قام الاجماع عليه من ضمان المبيع دون الثمن والا فتنتفي الثمرة على الكشف ايضاً لو زال التمول على المبيع لكونه حينئذ من التلف قبل القبض الموجب للانفساخ ، إلا أن يفرض فيه كونه مقبوضاً من المشتري الفضولي مع تعلق الاجازة به ايضاً الكاشف عن صحته حين وقوعه ان قلنا به ، فكما تكشف الاجازة عن صحة العقد تكشف اجازة القبض عن خروج البائع عن الضمان بالقبض المنكشف صحته .

هذا كله حيث لا تعد الاجازة بعد الخروج عن التمول من السفه كما لو استتبع ناء عيناً باقياً او قيمة كالأجرة ، وإلا فيشكل نفوذ الاجازة

ج ٢ من ثمرات القولين : زوال تممول للعوضين قبل الاجازة ، وتوارد عقود عليها ٣٢٧

على للكشف أيضا كالنقل لكونها حينئذ من المعاملات السفهية الخارجة عن مقاصد العقلاء . وحيث مانتصح الاجازة : فتظهر الثمرة أيضا في جملة من الأحكام المتعلقة بالأموال كحق الخيار والشفعة والخمس والزكاة ، فلو باع معيياً حين العقد ثم زال لليب قبل الاجازة فللمشتري الخيار على الكشف لكونه معيياً حين للعقد وان زال في ملكه - على اجود الوجهين فيه - ولا خيار له على النقل لكونه صحيحاً عند الانتقال ولو تبدل الشريك في حال العقد بغيره في حال الاجازة فالشفعة الاولى على الكشف وعلى النقل للثاني ويحتمل سقوط الشفعة على الكشف مطلقاً لان الاول لم يشفع مادام كان شريكاً ولو لجهله ، والثاني لم يكن شريكاً حين تملكه بل الشفعة للمشتري الفضولي حيث الكشف له تملكه قبل تبدل للشريك ولو باع زكوباً قبل تمام الحول عليه وأجاز بعده فلا زكاة فيه على الكشف لخروجه عن ملك البايع قبل تمام الحول ، وعلى للنقل تعلق به الزكاة غير أن للمشتري خيار للتبعض لتبعضه باخراج الزكاة منه نعم مع علم المحبز به سقط الخيار بالاجازة المتضمنة حينئذ لقبوله البعض بنسبة من الثمن : ولو وهب في اثناء السنة فضولا واجاز المالك بعد القضاها ، فعلى الكشف احتساب الموهوب من المؤنة في الخمس ، وعلى للنقل تعلق به الخمس فوجب اخراجه منه ودفع الباقي الى الموهوب له :

وتظهر الثمرة أيضا فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على العوضين أو احدهما مع وحدة المحل أو اختلافه ، كما لو باع الدار فضولياً من زيد وباعها زيد من عمرو وهو من بكر وبكر من خالد وهكذا ، فللمالك اجازة اشاء منها ، فان أجاز احدهما صح فيه وفي ما بعده على الكشف لوقوع البيع من المحال له حينئذ في ملكه وبطل فيما قبله لعدم الاجازة من المالك وعدم امكانها ممن ملك بعد لانه يلزم من صحتها بطلانها إن لم نقل

بأن النفل من المالك رد لما سبق عليه من العقد والا فيبطل بسبب ذلك أيضاً وعلى للنفل تفرق على ما تقدم في مسألة (من باع ثم ملك) من الأقوال فيها البطلان مطلقاً وللصحة من غير اعتبار للاجازه منه أو بشرط لحوقها كما هو الأقوى ، ومثله مالو باع للدار بفرس ثم تواردت للعقود على الفرس ، فان الاجازة تصبح فيما أجاز وما بعده وفي الاول منها وهو بيع الدار بالفرس لتوقف صحة ما أجاز على تلك الفرس الموقوف على اجازة بيع الدار بها دون ما يتخلل بين عقد الاول والحجاز . وينعكس الحكم فيما لو تواردت للعقود على الاثمان فيصبح فيما أجاز وما قبله وبطل فيما بعده كما لو باع للدار بفرس والفرس بسيف والسيف بقوس والقوس بكتاب وهكذا ، فان تملك الثمن الحجاز من هذه الاثمان مستلزم لملك ما قبله وهكذا حتى ينتهي الى الثمن الاول دون ما بعد الحجاز :

هذا فيما لو تواردت على احد للعوضين : ويظهر لك منه حكم مالو تواردت عليها معاً :

ولو عقد اثنان او اكثر على مال دفعة او بالتعاقب مع اتحاد المتعلق - كما لو باع للدار زيد من شخص وباعها عمرو من آخر مقارناً لبيع الاول أو بعده - فللمالك اجازة ماشاء من العقدين ، فان أجاز أحدهما لمي الآخر وان أجازهما : فان كان العقد ينحو التعاقب كان للتأثير للسابق منهما ، وان كان الحجاز لاحقاً ، وان اقرنا في الزمان بطلت الاجازتان للتنافي بين ملابديهما ونرجيع لإحديهما ترجيح بالمرجح : وهل يبقى العقدان على الصحة للتأهلية بأن يكون وجود الاجازتين كعدمهما أو تكون لإجازة كل منهما رداً للآخر فلا ينفع لحق الاجازة بعده ؟ وجهان :

ولو اختلف المتعلق بأن عقد أحدهما على العين والآخر على المنفعة كالبيع والاجازة فان اجاز للبيع خرج عقد الاجازة عن قابلية لحق اجازته

لخروج العين عن ملكه ، وان اجاز الاجارة لم يبطل عقد البيع رأساً لعدم الثنائي ، غير أن المبيع يكون - مسلوب المنفعة مدة الاجارة - موجهاً للخيار مع جهل المشتري به لو تأخرت اجازته عن اجازة الاجارة ، وكذا لو اجازها معاً دفعة مع اقتران العقدین أو سبق عقد الاجارة لامكان العمل بهما لعدم الثنائي ، فتصح اجازة الاجارة مطلقاً إلا اذا كانت مسبقة باجازة البيع ، أو كان عقده سابقاً ، فتوقف الصحة على القول بالكشف على اجازة المشتري لا لكشاف كونه مالکاً حين عقد الاجارة وهو واضح .

ولو باع اثنان من شخص واحد وأجازهما دفعة كقوله : أجزت للعقدين ونحوه ، فإن انفقا في الثمن جنساً وكما فواضح ، وان اختلفا في الجنس بأن باع أحدهما بالدرهم والآخر بالدينار ، أو أحدهما بالفرن والآخر بالسيف بطلا قطعاً لعدم امكان العمل بهما وفقد المرجح في أحدهما ، وان اختلفا في محض الكم كأن باع أحدهما بعشرة دراهم والآخر بالاقل صح ولا مانع من استحقاق الزيادة لتداخل السببين في استحقاق القدر المشترك والفراد أحدهما باستحقاق الزائد لعدم المنافاة مطلقاً حتى لو كان أحدهما كلياً في الذمة والآخر عيناً شخصياً غير أنه يعين حينئذ دفع للثمن المعين فيتعين الكلي في ضمن هذا المصداق كما لو تعين عليه دفع مصداق خاص بسبب من الاسباب :

ولو اختلفا في الاطلاق والتقييد ، ففي صحة كل منهما كالزيادة في الثمن أو بطلانها معاً لتضادها في الخصوصية وهي الاطلاق والتقييد نظير اختلاف الثمنين جنساً ، أو صحة المطلق دون المشروط لخروج الشرط عن ارکان العقد وسقوطه باعتبار التعارض أو صحة ما فيه أثر زائد سواء كان مطلقاً أو مشروطاً دون غيره كما لو كان أحدهما مع الخيار والآخر بدون وجوه واحتمالات ، أو جهها الاول .

ثم ان اجازة العقد لا توجب اجازة للقبض ، فلو قبض العوض فضولا بعد العقد على المعوض كذلك وأجاز العقد فقط ، فللمجيز الرجوع بالعوض على المالك بالاجازة ويرجع هو على من قبض منه العوض فضولا ما لم يكن القبض شرطاً في صحة العقد كالصرف فان اجازة العقد فيه بعد المجلس منضممة لاجازة القبض حملاً لاجازة على الصحيح ، وان أجازها معاً صح كل منهما ، لا لأن اجازة القبض كاشفة عن صحته من حين وقوعه لان ذلك مبني على القول بصحة الفضولي في القبض ، بل لكفاية الرضا به من حينها في سقوط ضمانه عن البايع ، وعليه فيشكل في قبض الصرف بعد تفرق المجلس لعدم الاعتبار بالقبض من حين الاجازة نعم يصح فيه على القول بصحة الفضولي في القبض وكون اجازته كاشفة عن صحته من حين وقوعه .

هذا تمام الكلام في الاجازة .

وأما الرد الذي يشترط عدمه في تأثيرها ، فالكلام فيه تارة في موضوعه وأخرى في حكمه ونائبه .

أما الاول فهو لإنشاء لإبطال ما أحدثه الفضولي بإنشائه من ربط البدلية وإزالة التقابلية العقد عن النائب بقول أو فعل صريحين في الدلالة عليه فالأول نحو : فسخت ورددت وأمثال ذلك ، والثاني كما لو تصرف فيه بما يوجب فوات محل الاجازة مطلقاً : من تلف العين أو زوال المالك كالعقود ونحوه لانتفاء الموضوع فيها حيثئذ من غير فرق بين علم المالك بعقد الفضولي وجهله : وأما التصرف الموجب لزوال المالك كالتنقل ببيع ونحوه فانما يفوت محل الاجازة بالنسبة اليه لا مطلقاً ، وليس هو صريحاً في الرد حتى يحكم بزوال التقابلية عن العقد ، فتصح الاجازة من المنتقل اليه بناء على عدم اعتبار كون المجيز مالكا حين العقد غير أنه على الكشف ينشكف لقله من حين التحلل بالعقد من المالك لانه الممكن لامن حين عقد الفضولي لانه

يلزم من صحتها كذلك إبطالها .

وبالجملة لا يلزم بين النقل عن ملكه والرد حتى يكون دالا عليه ، بل هو أعم منه ، فيبقى ما كان من قابلية العقد على ما كان الى أن تلحقه الاجازة أو الرد المزبل لها ممن له الرد والاجازة . وقباس التصرف الناقل هنا في الدلالة على الرد بالتصرف الناقل الدال على الرجوع في العقود الاجازة قياس مع الفارق لان صحة النقل في تلك العقود موقوفة على الملك المتوقف تحققه على الرجوع ، فيحكم بالرجوع بمهونة إصالة الصحة في فعل المسلم فانقل في مثل ذلك رجوع فعلي لا كاشف عن سبق الرجوع كما توهم ، ولا يعوق صحة النقل هنا على الرد حتى يحكم به عليه ، بل يكفي فيها عدم الاجازة . وبما ذكرنا ظهر لك ما في (مكاسب) شيخنا المرتضى - قدس سره - من التشويش بل المناقاة بين كلاميه هنا ، حيث جعل التصرف بالنقل كالبيع ونحوه كالتصرف المتلف للعين أو المزبل للملك كالعق في كونه موقوفاً للمحل عن قابلية تعلق الاجازة به مطلقاً وبين كلامه في مسألة مالو باع ثم ملك ، حيث بفي على صحة الفضولي للأصل والعمومات وتأثير الاجازة من المالك الجديد ، غير أنه تكشف لإجازته عن النقل من حين تملكه لانه الممكن لامن حين عقد الفضولي لاستلزام صحتها كذلك فسادها وأنه لا دليل على أن الاجازة كاشفة عن الملك من حين عقد الفضولي مطلقاً حتى او تجدد المالك بل من حين الامكان ، وهو فيه من حين تملكه بالعقد من المالك فراجع .

وبالجملة لو كان بيع المالك موقوفاً للمحل عن قابلية تعلق الاجازة به كتلف الملك اوزوال الملكية عنه كيف يصح عقد الفضولي بالحق الاجازة من المالك الجديد ، مع ان الاقوى فيه الصحة كما عرفت ، فظهر أن للتصرف بالنقل ليس كالتصرف بالعق والاتلاف وأنه اعم من الرد ، وليس بصريح فيه حتى يكون دالا عليه بل هو مجمل بالنسبة اليه : وأما لو تصرف

فيه ينقل المنفعة كالاجازة فالاجازة على تقدير صحتها وكولها كاشفة عن الملك من حين العقد مستلزمة لفساد التصرف لاكتشاف كونه حينئذ تصرفاً في ملك الغير ، كما ان نفوذ التصرف على تقدير صحته للذي هو مقضى قاعدة سلطنة المالك مستلزم لفساد الاجازة لعدم امكان كشفها عن النقل من حين العقد بعد ان كان نائبر الاجازة عن الكشف من حين العقد مع اتحاد المالك وصحة كل منهما وان كانت مستلزمة لفساد الاخر لما بينهما من المنافاة إلا أن المدار في مثل ذلك على السابق منهما ، وهو هنا الاجازة ، فلا يبقى محل الاجازة إلا بحملها على ارادة نقل العين مسلوحة المنفعة ، فيكون من مسألة ماوردع العقد مطلقاً واجاز المالك مقبداً وهو خلاف الظاهر ، فالتصرف المذكور رد من المالك مع علمه بعقد الفضولي وبحكمه في ابطاله مع جهله به لكون المنافاة بينهما واقعية علم به او لم يعلم حتى على القول بالكشف الحقيقي مع كون التعقب شرطاً لان الشرط تعقب الاجازة الصحيحة دون الفاسدة المفروض ثبوت فسادها بسبق التصرف المذكور وهو كما لو تعقبت الاجازة مع تحلل 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 : اعم لو قلنا بان الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقي للراجع الى كون المؤثر التام هو العقد المالحق بالاجازة كانت للتصرفات مبنية على لظاهر والاجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصح الاجازة ضرورة كون السبب حينئذ للعقد المالحق بالاجازة الصحيحة :

وأما وطء الجارية واستيلادها فهو رد على للكشف مع العلم بالعقد عليه لظهوره فيه لاعم الجهل به ولا على القول بالنقل :

والحاصل ان الرد كما يحصل بالقول يحصل بالفعل الدال عليه صريحاً

أو ظاهراً لعموم ما دل على إبطال العقد بالرد من إجماع وغيره غير أن العمل منه ما هو بحكم الرد كتلف العين أو زوال الملكية ، ومنه ما هو رد كالأجارة حسبما عرفت على للكشف مطلقاً - علم به أم لم يعلم - للمنافاة في الواقع ومنه ما يفتصل فيه بين العلم بعقد الفضولي والجهل به ، ومنه ما هو أعم منه لا يدل عليه فلا يحكم به إلا إذا كان محفوفاً بقربة تدل عليه .

وأما الثاني وهو حكم الرد ، فقد عرفت إيجابه لإبطال العقد الموجب لسقوط الإجازة مطلقاً عن التأثير إجماعاً بقسميه من غير خلاف نجد فيه فلا يصحى إلى ما احتمله بعض فضلاء المعاصرين : من أن قابلية العقد من آثاره للوضعية 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 كالمردود - جاز له النزاع عين ماله أو يده مع القلف ممن هو في يده باقراض الفضولي ، ويتخير مع تعاقب الأيدي عليه في الرجوع على الكل موزعاً عليهم بالتساوي أو بالتفاوت لاقتضاء الرجوع بالكل عليه الرجوع بالهضم الأولوية فإن رجع على واحد سقط عن الباقي ، غير أنه إن رجع به على السابق رجع هو على اللاحق ما لم يكن غاراً له ، ولا يرجع اللاحق لو رجع عليه على من سبقه إلا إذا كان مفروضاً له ، ويرجع هو على من تأخر عنه مخيراً فيمن شاء منهم ، وقرار الضمان على من تلف في يده فبرجع للسابق منهم على اللاحق دون العكس إلا مع الغرور :

وهسب الكلام في هذا المقام يتم في طي مواضع :

الأول - في معنى ضمان العين وكونها مضمونة على من قبضها باقية في يده أو منتقلة عنه إلى غيره ، موجدة كالت أو تالفة :

الثاني - في تصوير تخيير المالك في الرجوع على من شاء منهم في تعاقب

الأبدي المتوقف على ثبوت مال له في ذمتهم مع كرون الثابت له إنما هو مال واحد أما للعين أو بدلها ، وكيف يجتمع اشتغالات متعددة بحسب تعدد للذم مع وحدة المال ضرورة أنه لو استوفى من أحدهم لم يكن له شيء في ذمة الباقيين ٥

الثالث - في رجوع من رجع المالك عليه غير التالف في يده على غيره فنقول : أما الموضع الاول ، فليعلم أولاً أن الضمان والذمة والعهدة هو بمعنى كون الشخص على حالة وصفة توجب للتكليف بأداء ما هو في ذمته ومنعهده به وضامن له بسبب من أسبابه ، عقداً كان كعقود المعاملات أو غيره كالأيد والالتلاف والتسبب ، فهو نظير الحديث الحاصل للالسان بأحد أسبابه الموجب للمنع معه عن الدخول في الصلوة والتكليف بالطهارة عنه للدخول فيها :

وان أبيت عن ذلك فلنقرره بتقرير آخر ، وهو : كونه بحيث يكون للمير سلطنة عليه في ماله - مثلاً - بسبب من الأسباب فالديان له سلطنة على المديون من حيث ماله ، ولذا يطلق عليه الملك فيقال للديان : إنه يملك على المديون كذا ، فان الملكية التي هي بمعنى السلطنة قد تعلق بالعين الخارجية محبطة بجميع جهاتها فنضاف إليها وبعبارة عنها بملك العين أو من حيث جهة خاصة منها فنضاف إلى تلك الجهة لاختصاص العلاق 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 الشرط أو بقضاء العادة ، وقد تعلق بالنفس من حيث هي كملك الرقبة أو بها من حيث ماله ، فيكون له سلطنة عليه في ماله وبعبارة عنه بأنه يملك في ذمته لعدم الاختصاص بما له الخاص ، وهذه السلطنة تحدث لأصحابها بأحد الأصناف المقدمة ، ولعله يأتي مزيد توضيح لذلك في الموضع الثاني .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الضمان قد يطلق على ما يليق بتحويل ماله
ثابت في ذمة أخرى ، ويعبر عنه - غالباً - بضمان المال ، وهو لا يتحقق
قبل ثبوت الشيء في الذمة بل هو غير معقول ، لأن ثبوت الشيء لشيء
فرع ثبوت المثلث له . ومنه يظهر الوجه في بطلان ضمان المالم يجب ، وأنه
أمر غير معقول وهذا النحو من الضمان من العقود لأن السبب الموجب له
إنما هو عقد الضمان : وقد يطلق ويراد به التعهد وكون المضمون متداركاً
عليه ويعبر عنه بضمان العين كضمان الغاصب للعين المخصوصة بل مطلق الاعيان
المضمونة على من هي في يده ، ويسمى هذا النحو من الضمان بضمان للعهد
ولتحقيقه اسباب خاصة كاليد ونحوها : والفرق بين الضمانين : أن الاول
يتوقف على المضمون عنه ليتحقق لنقل المضمون عن ذمته الى الضامن بالضمان
على ما هو عند الامامية : من أنه تحويل مافي ذمة الى أخرى لازم ذمة الى ذمة كما
هو عند الجمهور ، ومن لوازمه عندنا براءة المضمون عنه عن المضمون
واشتمال ذمة الضامن به لاقتضاء للنقل والتحويل ذلك ، ولا يتوقف الضمان
بالمعنى الثاني الاعلى ضمان ومضمون له اذ لا نقل فيه ولا تحويل بل يحدث
بينه وبين المضمون له سبب خاص كوضع اليد على ماله أو اتلافه وقد
يتعدد الضامن لتحقق سبب الضمان من كل واحد منهم كالإيدي المتعاقبة
على المال المضمون لأن كل واحد منهم في عرض الآخر بالنسبة الى المالك
في إيجاد سبب الضمان :

هذا وفي ضمان الاعيان المضمونة على الغير قبل تلفها بالصيغة خلاف
والاظهر عندي هل الاقوى الصحة (١) وقال للمحكي عن (المبسوط)

(١) في صحة الضمان العقدي للاعيان المضمونة بضمان اليد كالمقصود

والمقبوض بالعقد للفاقد والأمانات عند التعدي والتفريط وجوازه قبل -

و (التذكرة) و (التحرير) و (الارشاد) . وفي (الشرايع) بعد التردد قال : « والاشبه الجواز خلافاً لثاني الشهيدين والمحققين وغيرهم ، ففوقوا للبطلان ، وتوقف في القواعد حيث قال فيه : والاعيان المضمولة كالغصب والعارية المضمولة والامالة مع التعدي على اشكال ، وفي (الكنز) : منشأ الاشكال هنا كما قلنا في باب الرهن من صحة الرهن عليه وعدمها وهو أنها ليست ثابتة في الذمة فلا يصح ضمانها ومن وجود سبب ضمان للقيمة وهو الغصب واشباهه : انتهى .

- تلف العين : خلاف . وأما بعد التلف وزمان 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 للعقدى إنما شرع في المذهب لتحويله من ذمة المضمون عنه الى ذمة للضامن ، فينحصر الخلاف في ضمان الاعيان المضمونة قبل تلفها - كما يظهر ذلك من استدلال المالعين بكوله من ضمان ما لم يجب ، ومن استدلال القائلين بالصحة بكفاية تحقق السبب في ذلك ، وهو اليد ، نظراً منهم بأن المسبب - وهو ضمان المثل أو القيمة - وان لم يتحقق بعد ، إلا أنه لما تحقق سببه - وهو اليد - فهو بمنزلة تحقق المسبب :

والذي يظهر من سيدنا الخال - قدس سره - عدم الاشكال في أن ضمان المثل أو للقيمة وتحويله الى ذمة الضامن بالعقد قبل تلف العين من ضمان ما لم يجب ، الذي هو غير معقول . ولكنه - مع ذلك - قال بصحة الضمان قبل تلف العين ، فانه قال - في جملة كلام له - : « . . . فالذي يلزمه أن يقال : إنه لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في الذمة مالا ، بل اللازم ثبوت مضمون أعم من كوله حقاً او مالا ، والعين المضمولة ثابتة ، عهدتها في ذمة المضمون عنه ، ومعنى ثبوتها في ذمته -

قلت هذه المسألة ، وان وقع الخلاف فيها ولعل الاكثر فيها على المنع لظراً منهم الى كونه من ضمان مالم يجب لان الثابت في الذمة حال وجود العين انما هو وجوب ردها والقيمة انما تثبت بعد التلف وضمانها قبله ضمان مالم يجب ، إلا أن مصداقاً من مصاديق هذه الكلية وهو ضمان الثمن للمشتري عن اللبايع بعد القبض وقبل التلف مما تكرر نقل الاجماع على صحته ولعله من المسلمات عندهم ، ولذا نخلص بعض من محذور كونه من ضمان مالم يجب بالاجماع ومسيئ الحاجة اليه : وأنت خبير بأن ضمان مالم يجب - كما تقدم - أمر غير معقول ، والاجماع لا يصير غير المعقول معقولاً

- كونه بحيث يكون عليه رد العين مع وجودها ودفع بدلها عند التلف وهذا المعنى منتقل من ذمته الى ذمة الضامن المستلزم لبرائة ذمة المضمون عنه - الى أن يقول - وبما ذكرنا يتضح أن ضمان الاعيان المضمونة حال وجودها بالعقد ضمان لما يجب لا لما لم يجب وأنه على القاعدة ، انتهى .

هذا ولكن يمكن أن يقال أن الضمان المجعول بدليله من النهي المشهور : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وإن لم يكن حكماً تعليقياً مرجعه لزوم أداء مثل ما أخذ من مال الغير أو قيمته على أخذه عند تلفه ، وإنما هو هو حكم تنجيزي وضعي حاصل بنفس وضع اليد على المال مرجعه كونه على عهدة أخذه وكونه ملزماً بتهاته من المحافظة عليه عما يرد عليه من الاخطار ورده الى مالكه عند أول أزمة الامكان وتدارك منافع المستوفاة له أو الفائقة تحت يده بأجرة مثلها وتدارك نقصه وعييه بدفع أرشه وأداء مثله أو قيمته عند تلفه وليست الاحكام المذكورة هي المجعولة بالأصل وللضمان منزع عنها ، بل المجعول ضمان عهدة المال وهو حكم وضعي أصلي وتلك الاحكام التكليفية تهاته . وعليه فقتضى دليل على اليد ، أن ذلك الحكم المستلزم للتهات المذكورة على عهدة أخذ المال المذكور بمجرد وضع -

فالذي يلحقه أن يقال : انه لا دليل على اختصاص الضمان عن الغير بكون الثابت في ذمته مالا هل اللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقا أو مالا ، وللعين المضمولة ثابتة عهدها 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 الى ذمة الضامن المستلزم لبرائة المضمون عنه إلا ان تجدد الدخول في عهده انما هو لتجدد السبب بهد الضمان لفرض بقاء العين

- يده عليه فهو الملزم بها الى زمان وصول المال للمالكه ، ولا ينتقل ذلك الحكم باتباعه الى غير ذي اليد عليه ولو كان يتعهد منه لصاحب المال وعقد بينه وبينه الا لدليل شرعي ، فان الاحكام أمر وضعها ورفعها بيد مشرعها والحاصل : ان مقتضى النبوي المتلقى لدى للفريقين بالقول وهو « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » بناء على ما هو الظاهر : من كون الظرف فيه ظرف استقرار لا ظرف لغو ، نظير قول القائل : عليك دينار مثلا لزيد ، بمعنى يلزمك دفعه اليه ، هل المراد على الظاهر أن ما أخذه ذو اليد من مال الغير عهده عليه وذمته مشفولة به فوزره ونقله عليه حتى يؤديه الى مالكه أداء عرفياً بحسب حاله بقائه وتلفه ، وعند التلف بحسب وجود مثله وتيسره وعدم وجوده او اعرازه ، وهذا معنى ضمان المال المجهول بالحديث الشريف جعلاً اصلياً وضمياً ، ومقتضى اطلاق النبوي كون الحكم المذكور بما يتبعه على آخذ المال ومن استقرت يده عليه الى وقت أدائه الى مالكه بما يصدق عليه أداء عرفياً ومقتضى ذلك عدم تحول الحكم المذكور وانتقاله الى غير ذي اليد ولو كان يتعهد منه لصاحب المال الا بدليل شرعي مفاده الانتقال بذلك التعهد ، ودليل تشريع الضمان للمقدي للتنازل المقيد لاطلاق النبوي المذكور مورده للديون والاموال الكلية التي اشتملت بها للذمم بأحد أسباب الشغل ، 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 للمالك برضائه في تعاقب الأيدي مافي ذمة الاول ، التزاماً 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 إن صح أفاد ضم ذمة الى ذمة ولا نقول به بل هو مذهب غيرنا ضرورة أن ما كان ثابتاً قبل الضمان

- غاية ضمان ذي اليد على مال الغير وصوله الى صاحبه هو تقييد اطلاق دليل على اليد بدليل تشريع الضمان الناقل ، وحاصل الجمع بينهما : أن عهدة المال المذكور على آخذه الى زمان أدائه الى مالكه بما هو أداء عرفاً مالم يضمه ضمان له بالعقد بينه وبين مالكه المضمون له فغيره حيثئذ ذمة ذي اليد مما عليه ، وتشغل ذمة الضامن به للمالك .

وما ذكره سيدنا - قدس سره - : « من إمكان تحقق الضمان العقدي بالنسبة الى الأعيان المضمونة بقوله : لادليل على اختصاص الضمان عن الغير يكون الثابت في ذمته مالا بل لللازم ثبوت مضمون أعم من كونه حقاً أو مالا وللعين المضمونة ثابتة ، عهدها 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 الى ذمة الضامن المستلزم لبراءة ذمة المضمون عنه » انتهى :

غير خال عن الاشكال ، فانه وإن أمكن في مقام الثبوت انتقال ضمان المال المحبوع على ذي اليد بجميع شؤونه وآثاره الى من يضمه للمالك ويتعهد به بتعاقد بينه وبينه ، ولكن لا يكفي مجرد الامكان في الحكم بفعلية الانتقال وبراءة ذمة ذي اليد واشتغال ذمة الضامن بما اشتغلت به ذمته مالم يقم -

الترم بانتقاله عن المضمون عنه الى الضامن وانما تجدد ضمانه بتجدد سببه لان اليد المفروض بقاؤها بعد الضمان على مال الغير أيضاً سبب للضمان ، وان أريد ببقاء ضمان المضمون عنه مع عدم السبب له بعد ضمان الغير عنه فهو ممنوع أشد المنع ولا اجماع عليه متحقق عندنا ، وعليه فيكون الاجماع المستفيض على الصحة في مورده من ضمان الثمن اجماعاً على القاعدة فيتسرى منه الى غيره من مواردنا لا على خلاف القاعدة حتى يقتصر على مورده :
وبما ذكرنا اتضح أن ضمان الاعيان المضمونة حال وجودها بالعقد ضمان لما يجب ، لا لما لم يجب ، وأنه على القاعدة : ولعله الى 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 وان كانت

— على ذلك دليل من الشارع مفاده انتقال الضمان المذكور الى الغير بالتعاقد بينه وبين المضمون له ، وادله تشريع الضمان العقدي الناقل موردها - كما ذكرنا - الديون التي اشتغلت بها ذمة المضمون عنه وأما الاعيان الخارجية المضمونة بضمان على اليد ، فلادليل على مشروعية ضمانها بالضمان للعقدي الناقل ولتتمسك بعموم النبوى « الزعيم غارم » غير واضح ، فانه مضافاً الى ما قد يقال : ان ما يروى عن النبي (ص) : من أن الزعيم غارم ليس من أخهارنا فلا يكون حجة عندنا انتهى .

يمكن المناقشة في دلالاته ايضاً فان مادة الغرامة باشتقاقاتها تسعمل فيما يلزم به الشخص من أداء مقسدار من المال الى الغير بسبب موجب له من اتلاف ماله او تلف مال مضمون له بوضع يده عليه او امتدائه مال منه ، ومنه اطلاق للحریم على من عليه الدين والغارمين في آية الزكاة على من علاهم الدين ولا يجردون لها قضاء ، ونحو ذلك من سائر اشتقاقات المادة المذكورة فبناء على كون المراد بالزعيم في النبوى المذكور : المتعهد بالمال -

العبارة منهم محتملة لارادة كون القيمة بعد وجود السبب ثابتة في الذمة بالقوة القريبة وتنزيل المعلوم منزلة الموجود كما صرح به (الكنز) في باب الرهن ، حيث قال : « ومن وجود سبب للضمان ووجود للسبب يجرى مجرى وجود المسبب فان كل واحد من هذه سبب في وجوب قيمتها لو تلفت فلها تعاقب بالذمة » إلا أنك خبير بما فيه ضرورة توقف للنقل والتحويل على الثبوت فعلا ولا تكفي للقوة القريبة في دفع محذور الحال ، فهو شرط عقلي فان أريد من العبارة ما ذكرناه انجه التفصيل في السبب بين ما يوجب وجوده دخول العين في العهدة وما لا يوجب ذلك كالعيب الموجب للتسلط على الرجوع بعد الفسخ بالخيار لان سببية العيب ولو كانت قبل العقد لا يوجب دخول للثمن المقبوض للبايع في عهده قبل الفسخ فلا يصح ضمانه على المختار لكونه من ضمان مالم يجب ، وبصح بناء على كفاية مطلق السبب لتنزيل المعلوم معه منزلة الموجود فافهم :

وكيف كان فالأقوى صحة ضمان الاعيان المضمونة وأنه على للقاعدة وموجب لبراءة المضمون عنه مع عدم سبب لضمائه كاليد ونحوه بعد ضمان

— الذي اشتملت به ذمة الغير يكون مفاد القضية ان الكفيل بالمال المضمون على الغير والمعهد به لصاحبه غرامته عليه فهو مدين بها له ملزم بأدائها ودفعها اليه : وبما أن (غارم) اسم فاعل غرم والمشتق حقيقة فيمن تلبس بالمهدة في الحال لا الاعم منه ومن يتلبس به في الاستقبال ، فظاهر للقضية : أن الكفيل المعهد بالمال ملزم بغرامته عند كفايته وتعهده فاذا كان المتعهد به ديناً في ذمة الغير صح القول بان الكفيل غارم له وملزم بأدائه فعلا للمكفول له ، فالحمل على حقيقته وأما اذا كان عيناً خارجية مضمولة بضمان الغير فلا يصح أن يقال على ضمانتها والكفيل بها للمضمون له انه ملزم بغرامتها وخسارتها فعلا ، بل هو ملزم بها بعد تلفها ، فاطلاق لفظ --

الغير عنه برضاء المضمون له بعقد الضمان لعموم : الوفاء بالعقود ، مؤيداً بقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » حيث أن المورد من الجمل الذي لا يثبت في الذمة إلا بعد العمل ، فالضمان عنه ضمان لما لم يجب ، وليس إلا لثبوت عهدة الجمل في ذمة الملك فيكون للضمان عنه من ضمان للعهدة فافهم واغتم .

هذا ولا بأس بتدليل المسألة بضمان درك أحد للعوضين للبايع أو للمشتري الواقع كثيراً فيما بين الناس حتى قبل تأسيس الحاجة إليه .

فتقول : للضمان : مرة يتعلق بالثمن ، وأخرى بالثمن وعلى التقديرين فتارة يكون متعلقه وهو المضمون عيناً شخصية وأخرى كلياً في الذمة . وعلى جميع التقادير : فاما أن يكون قبل القبض أو بعده قبل التلف أو بعده أيضاً ، وعلى التقادير كلها : فاما أن يكون للضمان للمشتري عن البايع ،

— (الزعيم) في القضية وان كان ظاهراً في العموم لضمان العين الخارجية لما لكها ، ولكن ظهور المحمول في الغارم بالفعل مقدم على ظهور الموضوع فيتعين كون المراد بالزعيم المتعهد يدين للغير لا الأعم منه ومن العين :

هذا مضافاً الى احتمال كون المراد بالزعيم في القضية هو المتعهد بما وجمل لشخص على عمل منه تعهداً ابتدائياً فلا اعتبار كون المال مضموناً على آخر ومسبقاً بضمانه له . وعليه فالمراد : أن الزعيم والمتعهد به ملزم بما تعهد به له على عمله وغارم له والظاهر أن المراد بالزعيم في الآية الشريفة « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » هو بهذا المعنى بان يكون المقصود للمؤذن أني كفيل بإداء حمل بعير من الطعام أخصره من مالي لمن جاء بصواع الملك ، لا أن المراد : اني ضامن لما في ذمة الملك من الجمل لبشكل بكونه من ضمان ما لم يجب ، حيث ان العمل من المحمول له بعد لم يتحقق لتشتمل ذمة الملك بالجمل .

أو بالعكس للبايع عن المشتري . وحيلولة فإن تعلق الضمان بالثمن وكان شخصياً فإن كان للضمان للمشتري عن البايع فإن خرج المبيع مستحقاً للغير - مثلاً - وكان قبل القبض فهو باطل قطعاً لكونه من ضمان ما لم يجب ، وإن كان بعد التلief فصحيح إلا اشكال لكونه من ضمان المال الموجب للانتقال ، ومقتضاه اختصاص الرجوع على الضامن ، وإن كان بعد القبض وقبل التلief فهو المتيقن مما نقل الإجماع على صحته لو انكشف فساد البيع إما لكون المبيع مستحقاً للغير أو للاخلال بشرط أو غيره ، وهو مصداق من مصاديق مسألة ضمان الاعيان المضمونة ، فيتخير المشتري في الرجوع على من شاء منها من الضامن لضمانه ، والبايع لتجدد ضمائه بسبب اليد المعجدة بعد عقد الضمان ، وهو مظهر الثمرة بين الضمان بعد التلief وقبله بعد القبض وإن كان الضمان للبايع عن المشتري بأن انكشف فساد البيع : أما لكون الثمن مستحقاً للغير ، أو للاخلال بشرط من شروط الصحة ، فالثمن في الاول - وإن كان مضموناً على المشتري - إلا أنه لما كان دون البايع ، وفي الثاني غير مضمون عليه لكونه ملكه فضمائه عن المشتري للبايع خروجهما بقضي للصحة على التقديرين . وإن كان كلياً وكان الضمان للبايع عن المشتري صحح مطابقاً قبل القبض وبعده قبل التلف وبعده لكون الثمن كلياً مضموناً على كل حال وهو من ضمان المال على كل تقدير . وإن كان الضمان

- ويجاب عن الاشكال تارة بكفاية المقضي للثبوت في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلي والمقتضي قول المؤذن من قبل الملك ولمن جاء به حمل بغير ، وأخرى بثبوت عهدة الجعل في ذمة الملك فيكون الضمان عنه من ضمان العهدة ولعل مرجعها واحد ، وعلى كل فلم يتضح دلالة النبوي المذكور على صحة ضمان الاعيان المضمونة بضمان اليد قبل تلف العين لو سلم صحة

المتعلق بالثمن الكلي للمشتري عن الهاييع فباطل قطعاً لعدم وجود المحل له والمدفوع للبايع مصداقاً لو وجب رده ليس متعلقاً للضمان :

هذا كله فيما لو تعلق الضمان بالثمن ، ويجرى الكلام مثله فيما لو تعلق بالثمن حرفاً بحرف ، والله العالم .

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ايضاً وجه عدم صحة ضمان الاجنبي عن البايع أرش ما يحدده المشتري في المبيع غرساً أو بناء - مثلاً - لو ظهر مستحقاً للمير واختار المالك قلعه من التفاوت بين القيمتين ثابتاً ومقلوعاً أو هقاه بأجرة لعدم ثبوت شيء حتى العهدة حال الضمان في ذمة الهاييع حتى ينتقل بالضمان الى عهدة الضامن وان استحق عليه الارش بعد اختيار القلع للتعريب والغرور ، بل لا يصح للضمان منه ايضاً بالعقد وان كان ضامناً الهاييع بمعنى انه يلتزم بما يفرمه المشتري لو رجع به عليه لا لما قيل من عدم الفائدة في الضمان بعد ان كان الهاييع ضامناً بهذا المعنى على كل حال لإمكان تصويرها فيما لو اسقط أحدهما الحاصل بسببه بقي الآخر بسببه على تقدير الصحة كذا الخيارين لو اسقط أحدهما وفيها لو شرط على الهاييع ضمانه بوجه صحيح فان صح هذا كفى في الوفاء بالشرط بل لعدم ثبوت شيء حال الضمان حتى يضمنه اولاً وعدم تعقل ضمان الانسان عن نفسه ثانياً . ومنه يعلم : أنه لو كان شيء

- وأما دعوى عدم الخلاف في ضمان عهدة للثمن اي دركه للمشتري لو ظهر استحقاق المبيع ، او بطلان البيع لخلل فيه ، فانه مضافاً الى ما قد يقال : لم يتحقق اجماع على ذلك ، ومجرد عدم الخلاف غير كاف مع قلة المتعرض لذلك من الاصحاب انتهى ، وعلى كل فلا بد ان يراد للضمان بعد قبض البايع له وقبل تلفه فان ضمانه قبل القبض من ضمان مالم يجب ولا خلاف في عدم صحته ، كما ان ضمانه بعد تلفه من قبيل ضمان الدين ولا خلاف في صحته ، فباي يمكن ان يدعى كونه من محل الكلام ضمانه قبل التلف ولكن -

ثابتاً فعلا في ذمة البائع لكان صحة ضمان الأجنبي عنه أولى من صحة ضمانه عن نفسه فالقـدح بذلك ضعف مافي الشرايع وعن (التذكرة) من التفصيل بين ضمان البائع عن نفسه و ضمان الاجنبي عنه بجوازه في الاول وعدمه في الثاني ، اللهم إلا أن تمنع الاولوية لانها مسلمة إن أريد بضمان البائع عن نفسه ما يفيد النقل والتحويل فانه غير معقول لوحدة المحل ، وأما تواريده على تقدير ثبوت شيء في ذمته ضمان للعهد ، فهو من تأكيد الالتزام الذي قد عرفت فائدته ، وأله أمر معقول ، وحيثئذ فالوجه للبطالان هو عدم ثبوت شيء حتى يتحقق معنى الضمان بأحد معنييه . ويظهر من (اللمعة) القول بالصحة مطلقا : ومال اليه - هل قال به - (في الروضة) بناء على كفاية وجود السبب منه في ثبوته عليه جريا لوجود السبب مجرى وجود المسبب فيصبح الضمان عنه مطلقا : وقد عرفت مافيه .

- او سلمنا الاجماع على صحته فهو ليس مما نحن فيه ، فان غاية ما يستفاد من من ضمان درك الثمن تعهد الضامن للمشتري والتزامه بايصاله اليه ولو بالزامه للبائع بدفعة ان كان موجوداً أو أخذه منه ودفعه لما لـكه ومع امتناع ذلك أو تلفه وامتناع للبائع من دفع بدله يخسر الضامن من ماله :

وبالجملة ليس معنى ضمان شخص درك احد العوضين عند ظهور استحقاق الاخر منهما أو ظهور خلل في المعاوضة هو انتقال الضمان من المضمون عنه الى الضامن بنحو ليس للمضمون له الرجوع الى المضمون عنه - حيثئذ لبراءة ذمته واشتغال ذمة الضامن بالمضمون بناء على ما هو الحق الذي استقر عليه المذهب من أن الضمان العقدي ناقل لما في الذمة الى ذمة اخرى لاموجب لضم ذمة الى ذمة اخرى حتى يجوز للمضمون له الرجوع الى أيها شاء كما هو كذلك عند العامة فهو عندنا حيث بشرع موجب لانتقال المضمون من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فتبرء ذمة ونشغل أخرى ، وفيما هو محل الكلام من ضمان درك -

فظاهر أن المسألة ثلاثية الاقوال : قول بالبطلان مطلقاً وهو الأقوى لعدم ثبوت شيء حال الضمان حتى يصبح ضمانه فهو من ضمان مالم يجب ، وبزيد - في صورة ماله كان للضامن هو البايع - ما تقدم من عدم تعقل ضمان الانسان عن نفسه فتأمل ، وقول بالصحة كذلك سواء ضمن البايع عن نفسه أو ضمن الغير عنه ، وقول بالفصيل : بين ضمانه عن نفسه

- للثمن أو المثلن لصاحبه عند ظهور الاستحقاق أو الخلل في المعاوضة لم يظهر ممن تعرض للمسألة أن للثمن مثلاً المضمون على البايع عند الاستحقاق أو الخلل بضمان الأجنبي لمهدته ودركه بالعقد مع المضمون له : يتقل ضمانه من عهدة البايع . الى عهدة الضامن ، فاشتغل ذمته وتبره ذمة المضمون عنه ، أعنى : للبايع وبشهاد لذلك : أنهم في مقام التعبير عن الضمان المذكور قالوا : يجوز ضمان عهدة الثمن أو درك الثمن . والظاهر أن المراد بضمان العهدة أو الدرك أنه عند امتناع أخذه المضمون من البايع أو اخذ بدله عند تلفه يكون عوضه وخسارته على الضامن ، فالشغال ذمته بالبدل انما يكون هامتناع اخذه أو اخذ بدله عند تلفه من البايع واما في صورة عدم امتناع اخذه أو اخذ بدله عند تلفه فالمكلف بالرد والاداء هو المضمون عنه وغاية ما يمكن أن يقال انه يجب على الضامن الزامه بالاداء ولا مانع من الالتزام بذلك مع مساعدة الدليل وثبوت الاجماع على ذلك وعلى كل ليس هو من محل الكلام من الضمان الناقل من ذمة الى ذمة اخرى وبرآنة : ذمة وانشغال اخرى :

وحاصل ما ذكرناه من أول المبحث الى اخره : أنه لم يتضح لدينا دليل على صحة الضمان الناقل بالنسبة الى الاعيان المضمونة بضمان البديقل تلفها بنحو تبرأه ذمة المضمون عنه وتشتغل ذمة للضامن بهادمة تنضي الاصل وبقاء ما كان على ما كان : عدم الانتقال ،

فيجوز ، وبين ضمان الغير عنه فلا وقد تقدم ما يوجب ضعف القولين بزيادة ما يضعف الأخير أيضاً :

هذا وقد بقي مورد بظهر منهم الاتفاق على صحة ضمانه وهو ما لو خيف من الفرق وقال لصاحب المتاع في الحقيقة : ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه وحكاية الاجماع عليها مستفيضة ، مع ما قيل : انه من ضمان مالم يجب : ويمكن تصحيحه بأحد وجهين : الاول - دعوى كونه من الجمالة - كما احتمله في (الفذكرة) و (التحرير) وعليه فيكون المضمون قبضة المتاع وان كان هو مثلياً لانه مبذول بازاء العمل الذي هو من القيميات فتأمل الثاني بتقريب أن الممنوع من ضمان مالم يجب هو ما كان ضماناً عن الغير لتوقف نقله على ثبوته ، وأما مجرد الضمان للمالك الذي هو بمعنى الالتزام له بتدارك ماله ببذله ، فهو أمر معقول غير أن ثبوت الالتزام بهذا الالتزام الذي هو من قبيل الوعد يحتاج الى دليل سيما مع عدم كون العقد عليه متعارفاً حتى يدخل في عموم « الامر بالوفاء » وهو موجود في المقام لما عرفت من نقل الاجماع عليه مستفيضاً المعتضد بدعوى غير واحد اتفاق الاصحاب عليه إلا ان الواجب فيه حينئذ الاقتصار على مورد من خوف الفرق فهو في الحقيقة من ضمان عهدة المال للمالك الذي هو من ضمان ما يجب بعد قيام الدليل عليه . وقد تقدم في المعاطاة ما يزيدك توضيحاً للمسألة فظهر مما ذكرنا : أن ضمان العين حال وجودها ضمان فعلي كما يعطيه ظهور ظهور كلمة على في حديث « على اليد » لاضمان تعليلي كما توهم وصرح به غير واحد من الاصحاب ، لا لما قبل من عدم الفرق على التعليق بين من كانت العين في يده وغيره في صدق كونه لهماً على تقدير لوضوح للفرق بين ثبوت مقتضى للضمان كالبند وان لتوقف على شرط التلف ، وبين عدم ثبوته ، بل لما عرفت من ظهور الفعلي من حديث « على اليد » سيما

مع جعل القأدية غاية لرفعه في حالي وجود العين وتلفها الموضع الثاني في تصوير ضمان الابدبي المتعاقبة للمالك واشتغال ذمهم له بحسب تعددها بمال واحد (١) فنقول : قد عرفت أن اليد ونحوها من أسباب الضمان موجبة

(١) للظاهر مما ذكره سيدنا في هذا المقام : جعل الضمان المستفاد من دليل : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » منزهة عن الحكم التكليفي المجهول على ذي اليد ، وهو وجوب رد العين لصاحبها وجوباً مطلقاً غير مقيد بوجودها ودائر مدار بقائها ، بل لزوم الرد في جميع حالاتها وأطوارها التي منها حال تلفها برد مثلها أو قيمتها . وهذا الذي ذكره - قدس سره - أحد الوجوه التي ذكروها للضمان المستفاد من النبوي المذكور ، وحاصله وجوب رد المال الى صاحبه وأدائه اليه حسب ما يمكن من الأداء من رد شخصه الخاص أو لوجه أو ماله - وعليه فيمكن الضمان بهذا المعنى على كل من الابدبي المتعاقبة على مال الغير ، غاية الامر بكون من قبيل الواجب الكفائي على الكل بمعنى أنه يجب على كل الاداء ان لم يؤد غيره ويسقط الوجوب عن الكل بأداء البعض وبعباقب الكل لو لم يحصل الاداء من أحدهم .

هذا ولكن القول بأن مرجع الضمان الى الحكم التكليفي بوجوب الرد خلاف للتحقيق وظاهر دليل « على اليد » فان الضمان بمعنى التعهد بالمضمون وكوله في عهدة الضامن حكم وصفي متأصل بالجعل لدى تحقق سببه بحسب الدليل الدال عليه ، فوجوب أداء المضمون ورده للمضمون له من آثاره وهو تبع للضمان المجهول بالأصل لا أنه هو المتأصل بالجعل والضمان منزه عنه وتبع له كما ، أن ظاهر النبوي للشرىف « على اليد ما أخذت حتى تؤدي كون المجهول على ذي اليد والثابت في عهده نفس ما أخذه من مال الغير ومرجع ذلك الى حكم وصفي تنجيزي وهو ضمان العين المأخوذة وكونها -

ج ٢ أن اليد ونحوها من أسباب الضمان موجبة لدخول العين في عهدة من هي في يده ٣٤٩

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 المقيدة ردها بوجودها ، وبالجمللة الاستيلاء على مال الغير موجب إردده 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 : المالكية والشرعية ، ومنه ما لا يكون مشروطاً بذلك بل يكون الالتزام برده

— على عهدة آخذها وهذا الحكم الوضعي مستتب ومستلزم لأحكام تكليفية فعلية او شأنية توضيح ذلك : ان المجعول والمحمول على الشخص تارة يكون من قبيل الافعال ، 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 اللقود مثلاً فالمراد أنها في عهده وذمته وهو كفيل بها لصاحبها فيجب عليه إعادتها اليه ودفعها له بما يصدق عليه أنه أداء ودفع عرفاً ، فالكون في العهدة من قبيل الوضع والتكليف بالأداء ونحوه متفرع عليه ، وليس هو المجعول بالأصل بالمعنى المذكور من الضمان فقاد النبي « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » أن ما أخذه ذو اليد واستولى عليه من مال الغير مستقر عليه وثابت في عهده فهو ذاء بثقله وملزم ببعثاته من حفظه عن التلف وما يلحق به وتدارك لقصه الحادث وارش عبيه واجرة مثل ما استوفاه او فات من منفعتيه وآداء مثله او قيمته عند تلفه حتى يؤديه الى مالكة هذا ولو تعاقبت الأيدي على مال الغير وأخذه كل لاحق ممن سبقه فربما يشكل تعدد للضمان للمال الواحد ويقال كيف يمكن خسارة كل منهم للمالك عند تلفه مع أنه لم يستحق الاغرامة واحدة ولا يمكن الالتزام بنظير ما للنزاهة به سيئداً - قدس سره - من ارجاع للضمان الى الحكم التكليفي بوجوب رد العين وأدائها عرفاً الى مالكة وجوباً مطلقاً بحسب حالها -

- الطارئة عليها وكونها من قبيل الواجب الكفائي على الجميع فان مرجع ذلك بناء على كون الضمان من قبيل الوضع لا التكليف كما أختزنه واستظهرناه من الدليل : ان كلاً من ذوي الایدي المتعاقبة ضمان ومتعهد بالمال لو لم يكن الآخر متعهداً به وذلك لا يرجع الى معنى محصل ، فان مقتضاه عدم ضمان كل من ذوي الایدي . ثم ان المتسالم عليه ان المالك له الرجوع على كل من ذوي الایدي المتعاقبة بغرامة بدل التالف فهو مختار في الرجوع الى من شاء وتفرغه لكن لو رجع الى الأخير منهم ، وهو من تلفت العين تحت يده لا يرجع بما غرمه للمالك على من سبقه ولو رجع المالك الى السابِق وغرمه فله الرجوع على اللاحق بما غرمه للمالك وهو يرجع على من لحقه وهكذا حتى يكون قرار الضمان على من تلف المال تحت يده فربما يقال ان كلاً من ذوي الایدي المتعاقبة اذا كان ضماناً للمال للذي استقرت يده عليه بمقتضى دليل على اليد فالواجب لرجوع السابِق بغرامته للمال على اللاحق مع انه مثله في ضمانه للمال الذي كان تحت يده وفي شمول دليل على اليد له ايضا .

والحاصل ان الاشكال من جهتين : الاولى - ان كلاً من ذوي الایدي المتعاقبة اذا كان ضماناً ومتمحلاً غرامة بدل التالف للمالك بمقتضى دليل على اليد ، فاللازم دفع ابدال اليه مع أنه لا يستحق الا بدلاً واحداً .
الجهة الثانية - ان المالك لو رجع ببدل العين للتافة على السابِق ، فلماذا يرجع بما غرمه للمالك على من لحقه مع أنه مثله في الضمان بسبب اليد ، ثم ان شيخنا المرحوم (صاحب الجواهر قدس سره) تخلص عن الاشكال بأن خطاب من استقر الضمان عليه - وهو من تلف المال عنده - وضمي ذمى وخطاب غيره ممن استقرت يده على المال تكليفي محض : ولذا يرجع -

- على من تلف المال عنده بهرامته للمالك اذا رجع عليه بها . وعليه فلا تعدد في شغل الذمم بالابدال مع وحدة المال :

هذا ولكن قبل عليه - كما قاله سيدنا - قدس سره - ايضاً :- ان ذلك في تفكيك بين ضمانات الايدي مع استفادة للكل من دليل واحد وهو عموم على اليد ولكنه - رحمه الله - تخلص عن اشكال تعدد الشغل مع وحدة المال بما سبق من كلامه من ارجاع الضمان المستفاد من الحديث الى الحكم التكليفي بوجوب الرد الى المالك وجوباً مطلقاً غير مقيد ببقاء العين : وعليه فيمكن كون الوجوب على كل من ذوي الايدي كفاًياً مرجعه : انه يجب عليه الاداء ان لم يؤد غيره ، لكننا ذكرنا ان ارجاع الضمان الى الحكم الفعلي خلاف التحقيق من كونه من قبيل الوضع لا التكليف .

وقد وجه سيدنا - قدس سره - رجوع السابق من ذوي الأيدي الى اللاحق دون من سبقه بقوله : فالأحسن في توجيه ذلك هو أن يقال : ان من يدفع الهدل الى المالك يرجع به على من التقط منه لانه العين مقبوضة له منه ولو بالواسطة دون من التقطت اليه منه لان العين مقبوضة منه ، فكيف يمكن منه مطالبة بدلها مع كون نفس العين مقبوضة منه ، وهل هو بالنسبة اليه الا جمع بين البذل والمهدل : توضيح ذلك : أن يدفع للهدل الى المالك قام للدافع مقام المالك قهراً فجا كان له من الحق قضاء لحق الهدلية وان كانت قهراً ، ومقتضاء الرجوع على من أخذ المال منه ولو بالواسطة ، فنسبة الآخذ من للدافع كنسبة الاول 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 للعين واستولى عليها بالزامه إعادتها اليه منع وجودها ودفع بدلها

عند تلفها فن رجع عليه المالك من ذوى الأيدي المتعاقبة على العين ببذلها عند تلفها فبدفعه للمالك يثبت له ما كان للمالك من حق الرجوع على من أخذ العين منه ولو كان أخذه بالواسطة قضاء لحق البداية ، وان كانت قهرية فان دفعه البذل للمالك حكم شرعي ملزم به أخذ العين والمستولى عليها ، وهو وان كان تغريماً له من الشارع ولكنه بدل قائم مقام المبدل ، فدفعه يقوم مقام المالك له ويستحق ما كان يستحقه من الرجوع على من أخذ العين ببذلها ، وعليه فلو رجع المالك على السابق ببذل العين لتألفه وأخذه منه فله الرجوع على من لحقه لكونه عند دفع البذل للمالك قائماً مقامه فيستحق البذل ممن أخذ العين منه ولو بالواسطة كالمالك قبل أخذه البذل منه بخلاف ما لو رجع المالك على اللاحق وأخذ بدل العين منه ، فانه لا يرجع بما دفعه للمالك من البذل على سابقه لكونه ، آخذاً للمبدل منه فلو أخذ البذل منه يكون جامعاً بين البذل والمبدل . نعم لو كان اللاحق لاحق آخر أخذ العين منه فله الرجوع عليه بما دفعه للمالك من البذل حتى يستقر للضمان على من تلفت العين عنده ، فليتأمل هذا :

ولعل الأوجه في دفع الاشكال ما ذكره شيخنا الانصارى - قدس سره - وأوضحه الأستاذ - قدس سره - وهو مبنى على ما هو التحقيق : من ان الضمان المجعول بدليل « على اليد » حكم وضعي متأصل بالجعل وان استتبع احكاماً تكليفية فعالية أو شأئية توضح ذلك : إن ما يمكن تصوره في ضمان ذوى الأيدي على مال الغير وجوه ثالثة : احدها اشتراك الكل في ضمانه بنحو المجموع فيضمن كل منهم بعضه ، وهذا انما ينتج فيما لو استولى الكل على المال دفعة واحدة بان كان تحت يد الكل في زمان واحد فيشترك للكل في ضمانه بمعنى ضمان كل بعضه ولا ينتج ذلك فيما نحن فيه من الأيدي -

— المتوالية على المال بنحو التعاقب وكون المال في كل زمان تحت يدٍ من الابدي بنحو الاستقلال .

الوجه الثاني - أن يكون كل من ذوى الأيدي بضمن المال بهامه في عرض ضمان الآخر فتكون العين مضمونه لكل منهم في زمان واحد وهذا انما يتجده بناء على ما اختاره سيدنا - قدس سره - ومن قال بمقتاته من لارجاع للضمان الى الحكم ، التكليفي بالزوم رد للعين بنحو الاطلاق وعدم التقييد ببقاء العين بل وجوب الرد ولو مع تلفها برد مثلها أو قيمتها مما هو رد للعين عرفاً : وعليه فيمكن أن يجب على الجميع أداء العين مطلقاً الى مالكيها بنحو الواجب الكفائي بمعنى كون كل من ذوي الابدي يجب عليه الرد والاداء لو لم يؤد غيره ، ولكن بناء على ما اختراه من أن للضمان حكم وضعي متأصل بالعمل من الشارع بمعنى كون المضمون في عهدة للضامن وذمته فكما لا يعقل كون المال الواحد في زمان واحد في مكالين خارجاً عرضاً ، فكذا لا يمكن اعتبار كون المال في ذممين بنحو يكون كل منهما مشغول الذمة بهامه . نعم يمكن التمهيز في الشغل ، ومن هنا كان للضمان العقدي موجباً لنقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة للضامن كما استقر عليه المذهب ، وليس من ضم ذمة الى ذمة كما هو كذلك عند العامة والأعيان المضمونة باليد انما يصح ضمانها بالضمان العقدي للناقل بعد التلف وعليه فتشغل ذمة للضامن بما اشتغلت به ذمة المضمون عنه من بدلها مثلاً أو قيمة بحسب المضمون وتبرء ذمة المضمون عنه من ذلك : وأما في مورد بقاء للعين المضمونة . فرجع ضمانها تعهد الضامن للمضمون له بالزامه ذا اليد بردها اليه كما ان ما يدعى تسالم الاصحاب عليه من ضمان درك المبيع للمبيع ودرك للثمن للمشتري ليس من قبيل الضمان العرضي واشتغال ذمتين بمال -

— واحد، بل مرجع ضمان شخص عن المشتري للبائع عهدة المبيع فيما لو خرج الثمن مستحقاً للغير أو ضمانه للمشتري عهدة الثمن فيما لو خرج المبيع مستحقاً خسارة الضامن بدل المضمون من ماله للمضمون له عند امتناع اخذه من المضمون عنه مع وجود المضمون أو امتناع أخذه بداه من المثل أو القبيحة عند تلفه . وأما مع وجوده وامكان اخذ المضمون منه او امكان اخذ بداه مثلاً او قيمة في صورة تلفه ، فالضامن المكلف بالرد للعين الموجودة أو الملزم بأداء مثلها أو قيمتها في صورة تلفها هو المضمون عنه نعم غاية ما يمكن : أن يقال : أنه يجب على من ضمن عهدة المبيع فيما لو خرج للثمن مستحقاً أو عهدة الثمن فيما لو خرج المبيع مستحقاً التزامه الضامن برد العين أو التزامه بأداء بدلها مثلاً أو قيمة في صورة تلفها ولا بأس بذلك مع مساعدة الدليل وقيام الاجماع عليه وليس ذلك من الضمان العرضي الذي قلنا بهدم تعقله بالنسبة الى ضامين للمال في زمان واحد : الوجه الثالث - من وجوه ضمان الابدئي المتعاقبة على مال للغير كون ضمان اللاحق في طول ضمان السابق لاني عرضه كما في الوجه الثاني ، ومحصل ذلك كون الاول ضماناً للمالك نفس العين بمعنى كونها في عهده ، والثاني ضامناً لما ضمنه الاول وتعهد به ومقتضاه كون ذمة الثاني مخرجاً لما في ذمة الاول وما على الاول من ثقل العين وبعائتها ملازماً به الثاني ، فبا بدفعه الاول للمالك من البديل المتدارك به العين الثالثة عند رجوع المالك عليه بما دفعه الاول للمالك لا اشتغال ذمته بما اشتغلت به ذمة الاول للمالك وهكذا كل سابق بالنسبة الى مالحقه .

والحاصل بعد ما ذكرناه من عدم الوجه في اشتراك ذوي الابدئي —

.

- المتعاقبة على مال الغير ضمان يده للمالك ينحو للتوزيع عليهم لعدم استيلائهم على المال دفعياً وإنما كان ينحو التعاقب وذكرنا أيضاً عدم الوجه لضمان كل من ذوي الایدي المتوالية ضماناً عرضياً للمالك لعدم تعقل كون المال الواحد في زمان واحد في ذمتين وكونه ثابتاً مستقراً على عاتق شخصين اعتباراً ، كما لا يتعقل كونه كذلك في مكان واحد خارجاً ، فالمتعین کون ضمان ذوي الایدي للمال طویاً بمعنى كون الاول يضمن العين بما يلحقها للمالك والثاني يضمن ما ضمنه الاول له ينحو تكون ذمته مخرجاً لما في ذمة الاول . وان على الاول ثابته ومستقراً على الثاني ، فان رجع المالك على الاول بهدل العين الثالثة رجع بما اداه للمالك من البديل على الثاني وان رجع به ، أي بالبديل على الثاني لا يرجع بما اداه للمالك على الاول . والوجه في ذلك : أن الأول عند ضمانه العين لما لكها يوضع يده عليها لم تكن مضمونة على احد قبله فهو بضمنها بما يلحقها للمالك بخلاف الثاني فانه يوضع يده عليها بعد الأول فضمنها بما هي مضمونة على الاول ببديها ، وعليه فهو أي الثاني ضامن للمالك بدل العين نظراً لو وضع يده العادية عليها فله الرجوع به عليه وأخذه منه كما أنه ضامن للاول للبديل الذي أخذه المالك منه عند رجوعه عليه نظراً لكونه ضامناً ما ضمنه للمالك من بدل العين ، ولكن المالك لو رجع ببديل عينه الثالثة على الثاني وأخذه منه لا يرجع بما اداه للمالك على الاول لأنه لم يضمن للثاني ما أخذه المالك منه من بدل العين الثالثة ، فانه أي الاول لم يضمن الا للمالك لو رجع عليه ببديل العين بخلاف الثاني فانه يوضع يده عليها بعد الاول يضمن العين لما لكها ببديها او رجع عليه به كما أنه يضمن للاول ببديها المأخوذ منه للمالك عند رجوعه عليه وأخذه منه فيخسر له : والجملة : ان الاول لا يضمن الا العين للمالك والثاني -

- باخذه العين من الاول بضمها للمالك بسبب وضع يده عليها وبضمن
ايضا الاول بدلها الماخوذ للمالك منه بسبب كونه ضامنا ماضمه الاول
للمالك من بدل العين الثالثة نظراً لأخذه العين منه وضمانه ماضمه من بدلها
وذلك مقتضى كون ضمان الثاني في طول ضمان الاول لاني عرضه . والحاصل
ان للضمان الطولي الابدئي المتعاقبة على مال للغير وكون المتأخر بضمن ماضمه
المتقدم عليه دون المتقدم فانه لا يضمن ماضمه المتأخر عنه بكال الامكان
ثبوتاً ولا يرد عليه ماورد على الضمان العرضي من الاشكال انما الكلام في
وجه دلالة (على اليد) على الضمان بالنحو المذكور فيقال : ان عموم « على
اليد » ينحل الى قضايا متعددة بعدد افراد موضوعاتها فكل يد يخصها فرد
من الحكم بالضمان ولا موجب لكونه مراعى يثلف العين بل هو ثابت مع
وجودها هي نعم ظرف مطالبة المالك بدلها مثلاً او قيمة انما هو بعد التلف ثم
ان مقتضى عموم « على اليد » الابدئي المتوالية على مال للغير بنحو التعاقب
كون 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 ، فان أخذها غيره منه فانه وان ضمنها للمالك كالاول الا
ان نحو ضمانه لها يختلف عن ضمان الاول لها فان الاول عند ضمانه باخذ العين من
المالك لم بضمنها مضمونة على أحد قبله ، بخلاف الثاني فانه لما أخذها من الاول
ضمنها بما هي مضمونة عليه اكون استقرار يده عليها بعد استقرار يد الاول
عليها فهو ضامن لما استقر ضمانه على الاول فتكون ذمته مخرجاً لما هو في
ذمة الاول وتشغل بالعين بما هي في ذمة الاول ومستقرة عليه لا بالعين مجردة
عن وصف كونها في ذمة أحد قبله كضمان الاول لها وارجع ذلك الى
ضمان الثاني للبدل الذي هو على الاول واشتغال ذمته به ومقتضى اطلاق -

- دليل « على اليد » بالنسبة الى الثاني المقضى لشمول ضمانه للبدل الذي هو على الاول لصورة ما اذا رجع المالك به على الاول واخذه منه وعدم تقييده بما اذا لم يرجع المالك به على الاول بل رجع عليه : هو تبدل ضمانه واشتغال ذمته بالتبدل الذي كان عليه للمالك قبل أداء الاول الى ضمانه واشتغال ذمته فعلا للاول بما أداه الى المالك من بدل للعين عند رجوعه عليه وأخذه منه فعليه حينئذ أداء بدل المأخوذ من الاول من بدل العين اليه اي الى الاول وبإزمه دفعه اليه فاتضح بذلك موافقة مقام الاثبات لمقام الثبوت .

ثم ان ما قريناه من الضمان الطولى وما وجهنا به هو مراد شيخنا الانصاري - قدس سره - حيث يقول : « فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل - الى قوله - : فا يدفعه الثانى إنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الاول بخلاف ما يدفعه الاول ، للخ » .

فراده على الظاهر بقوله (فهذا الضمان) الخ أن الثانى يأخذه العين من الاول بضمن أحد الأمرين لاحد الشخصين : أما المبدل وهو العين للمالك لو رجع عليه فيضمنها ببذلها وبخسره له ، أو ببذلها للاول لو رجع للمالك به عليه واخذه منه فيضمنه الثانى وبخسره للاول ببذله اذا رجع عليه بما أداه للمالك من البدل . وما ذكره - قدس سره - هو ما وجهنا به اطلاق دليل « على اليد » بالنسبة الى الثانى .

فالدفع بما ذكرناه اشكال تعدد الضمائم للمالك بنحو الاستقلال مع أنه لا يستحق الا بدلا واحداً لما له التالف وظهر وجه رجوع السابق منهم على اللاحق بما دفعه للمالك من البدل عند رجوعه عليه واخذه منه وعدم رجوع اللاحق على السابق لو رجع المالك بالبدل عليه وأخذه منه .

ثم ان الضمان بالنحو المذكور - وهو الطولى - كما تصورناه في ضمان -

— الأيدي المتعاقبة على مال الغير كذلك يتصور فيما يكون بالعقد أو الائلاف والغرور وإكته ، وإن ساوى الضمان بالعقد أو للغرور بالائلاف في طولية الضمان ، لكنه يختلف عن الضمان فيهما من حيث جواز رجوع المالك الى كل من الضمضاء 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 » المقنض لضمان كل من ذوى الأيدي على المال وكون الجميع في زمان واحد ضامناً مال الغير بنحو الطولية لاستيلاء كل منهم على المال طولا فللمالك الرجوع الى أيهم شاء وليكن يرجع السابق بما اداه للمالك من بدل العين على اللاحق لكونه ضامناً لما ضمنه دون العكس . على ماقرنه من طولية الضمان - وأما الضمان الذي هو بالعقد أو الائلاف والغرور فلا يجتمع الضمضاء فيهما بالزمان ، فإن الضمان العقدي حيث كان مقتضاه عند الامامية نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وليس هو ضم ذمة الى ذمة كما هو كذلك عند العامة ، فلا اجتماع في الضمان للمالك في المذهب ، هل المال قبل تحقق الضمان بالعقد كان في ذمة المديون وهو المشغول به وبعد الضمان تشتغل به ذمة الضامن وتبرء ذمة المديون من المضمون والكاشف عن إراءة ذمة واشتغال أخرى توقف صحة الضمان وفقرده على رضا المضمون له وقبوله وعدم كفاية تعهد الضامن له بالمال اذ لو كانت ذمة المضمون عنه وهو المديون بعد ضمان الضامن باقياً اشتغالها ، ومقتضى الضمان ضم الضامن ذمته الى ذمة المضمون عنه فبصح للمضمون له للرجوع الى أيهما شاء فما الموجب لتوقف ذلك على رضا المضمون له اذ الضامن على هذا لم ينتقل الدين الى ذمته من ذمة المضمون عنه وإنما اشغل ذمته به وأضافها الى ذمة المديون ، وذلك لابقضتي التوقف على رضا المضمون له -

.

- هذا ولو كان الضمان بالعقد بالتماس المضمون عنه من الضامن فانه اي المضمون عنه بضمن ما يؤديه الضامن للمضمون له بملاك الاستيفاء فانه استوفى ما أداه الضامن في وفاء دينه يطلب منه فيضمنه له الا اذا كان الضامن متبرعاً بما أداه للمضمون له ولم يكن قاصداً الرجوع به عليه . وهذا - اي الضمان بالتماس المضمون عنه - ايضا من الضمان للطولي وطوليته أو وضح من ضمان الضامن دين المضمون عنه للمضمون له اذ الضامن الذي بضمن الدين للمضمون له يمكن ان يقال : وان كان ذلك خلاف المذهب بان الضامن ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه فالضمان منه في عرض ضمان المضمون عنه ، ولكن هذا - أي المضمون عنه الملتزم - يضمن ما يؤديه الضامن للمضمون له فتشغل ذمته بما يؤديه الضامن من الدين بعد أدائه ، فطوليته أو وضح وأما للضمان الذي سببه اليد على مال الغير فانه في صورة تعاقب الأيدي عليه وإن كان مقتضى طوليته للضمان وكون اللاحق ضامناً لما ضمنه للسابق ينبغي ان يكون من هذه الجهة كالضمان العقدي في اقتضائه براءة ذمة السابق واشتغال اللاحق بما اشتغلت به ذمته ولكنه يختلف عنه من جهة ان ضمان اللاحق لما ضمنه السابق لم يكن بتعاقد وتراض من الضامن والمضمون له ليكون فيه اقتضاء لبراءة ذمة واشتغال اخرى بل هو بجهل من الشارع وحكم منه بسبب يده للعادية على المال ، وحيث كانت العين تحت استيلاء كل من ذوي الأيدي بنحو الاستقلال في زمان اقتضي ذلك اجتماع الضمان في زمان واحد للمالك فان كلا منهم يوضع يده على ماله ضمنه له الى زمان أدائه له وجاز له الرجوع الى أيهم شاء ببدل العين ، إلا أن السابق يرجع بما أداه للمالك على اللاحق دون العكس نظراً لطولية الضمان ، وعلى كل فنشأ الاختلاف المذكور باختلاف الدليل واقتضاء كل غير ما يقتضيه الآخر .

— وأما ضمان الائتلاف والغرور وفان الغار وان كان ضامناً في طول ضمان المظلف المغرور من قبله لكنه لما لم يقيم الائتلاف به بل بالمظلف خاصة لعدم إمكان تلف شيء بمختلفين على سبيل الاستقلال وان أمكن الاشتراك فيه فليس للمالك الرجوع ببذل العين التالفة الا على مظلفها وحيث كان مغروراً يرجع فيما غرمه للمالك من البذل على من غره بحكم الذبوى المعروف المنعقد على طبقه الاجماع : « المغرور يرجع على من غره » .

وبالجملة لا اجتماع في الضمان في زمان واحد بحيث يجوز للمالك الرجوع بالبذل على أي الضمضاء شاء إلا في تعاقب الأبدي على مال الغير اسبببة كل منهم لذلك :

هذا ولو استوفى المالك البذل من احدهم ذهب حقه باستيفائه وهرث ذمة الجميع من ناحية المالك السابق واللاحق لوحدة حقه المفروض استيفاؤه نعم يرجع السابق منهم على اللاحق بما أداه للمالك عند رجوعه عليه مالم يكن غاراً للاحقه ، لما ذكرنا من أن ذمته مخرج لما في ذمة للسابق مخرجه مطلقه غير مقيدة برجوع المالك عليه بل هي مخرج لما في ذمة السابق ولو رجع المالك على السابق . أما اصل مخرجة ذمته لما في ذمة السابق فانه مقتضى طولية الضمان : وأما اطلاق المخرجة فلاطلاق الدليل وهو (على اليد) فان مقتضاه ضمان اللاحق لما في ذمة السابق حتى لو رجع المالك على السابق وأخذ البذل منه فيرجع بما أداه على اللاحق بمقتضى بقاء مخرجة ذمته لما في ذمة السابق الى ما بعد ادائه ، نعم لو كان لللاحق مغروراً من سابقه لا يرجع السابق فيما أداه للمالك عليه اذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو أداه يرجع به عليه لكونه مغروراً من قبله . ثم إنه لايجوز للسابق ان يرجع على اللاحق بالبذل قبل ادائه للمالك فان مافي ذمة اللاحق فعلا ليس ملكاً للسابق —

.

- بل هو ملك للمالك فله مطالبة واخذ حقه منه فلو لم يطالبه واخذ حقه من السابق التقل حق المطالبة من المالك الى السابق نظراً الى بقاء مخرجية ذمة اللاحق الى ما بعد أداء السابق بمقتضى اطلاق دليل « على اليد » فيرجع السابق بما أداه الى المالك على اللاحق فلو أدى بعض بدل المدين واكتفى به المالك وعفا عن الباقي فليس له الرجوع الا بما أدى لا بكل البدل فان لللاحق انما يضمن ما يؤدبه السابق للمالك ومثله الضمان بالاستيفاء ، فلو ضمن شخص عن المدين دينه للمضمون له بالضمان العقدي وكان ذلك التماس من المدين فأدى بعض الدين واكتفى به الدائن لا يرجع على المضمون عنه الملتمس الا بمقدار ما أداه لانه الذي استوفاه من- للضامن لا بكل الدين ، وكذا ضمان للفرور فان المفرور يرجع على الغار بما خسره وغرمه فلا وجه لرجوعه بالكل :

ولو أبرء المالك ذمة احد الضمناء بما عليه فالظاهر براءة الجميع وسقوط الحق عنه وعن السابق عليه واللاحق له : أما سقوطه عن السابق فلان ذمة اللاحق كانت مخرجا لما في ذمة السابق على ما قرئناه من الطولية نحو لو رجع المالك على السابق بالبدل جاز رجوعه عليه بما أداه ، نظراً لبقاء مخرجية ذمة اللاحق الى هذا الحال ، ولا يعقل بقاء مافي ذمة السابق مع براءة من ذمته مخرج لما في ذمته فلا بد من سقوط مافي ذمة السابق بذهاب ما هو مخرج لها وهي ذمة من برئت ذمته عن الضمان بابراء المالك لها ، وأما براءة ذمة اللاحق فلان ذمته انما تشتغل 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 فبراءة -

- ذمة السابق تبرأ ذمة اللاحق أيضاً ، فان مافي ذمة السابق في ذمة لللاحق فاذا ذهب مافي ذمة السابق لم يبق شيء يكون في ذمة اللاحق .

هذا كله بناء على ماهو للتحقيق : من طولية الضمان في الضمضاء المتعدددين ووجدة الحق فمفقوطه لم يبق حق للمالك يطالب به الآخر . وأما بناء على عرضية الضمان وتعدد الحق فمفقوط احد الحقوق بالابراء لا يقتضي سقوط غير المبرء منها كما هو ظاهر . ولو صالح المالك احد الضمضاء فلا اشكال في سقوط حق المالك كما في الابراء فليس له الرجوع على السابق على المتصالح معه ولا على اللاحق له . إنما الكلام في رجوع المتصالح على من لحقه ، فهل الصلح كالابراء فلا يرجع على اللاحق او ليس كالأبراء واما عدم رجوعه على من سبقه فهو واضح ، فنقول - قبل بيان ماهو الحق - : ان الصلح عقد ينشأ به التسالم على امر فاذا ورد على العين يعرض بنتج نتيجة البيع وبلا عوض ينتج نتيجة الهبة وعلى المنفعة بأجرة أو بلا اجرة ينتج نتيجة الاجارة او العارية ففي مورد كل معاملة يفيد فائدتها لا اله لفسها حتى يكون له حقائق متعددة بعدد المعاملات التي تكون مورداً له فالمنشأ بصيغة الصلح في صلح للعين بالعوض مثلاً ليس تملك العين بالعوض ليكون معنى صالحتك على ان تكون العين لك هكذا ملكتك العين هكذا : ومن هنا : لا تتعدى الى مفعولها الثاني بنفسها كما في ملكتك بل المنشأ بصيغته للتسالم والتهاني وما وقع عليه الصلح هو التسالم عليه ففي صلح العين بالعوض يقع التسالم من الطرفين على ان تكون العين مملوكة للطرف بعوض معين : ومن هنا لم يكن بيعاً انه لم يقع انشاء على تملك العين بالعوض وانكته افاد فائدته وهو التسالم على تملك العين بالعوض : ثم انه او وقع على مافي ذمة شخص يكون كبيعته منه اوهبته له موجباً لانتقاله اليه ثم اسقاطه عن ذمته لعدم -

ثابتاً في جميع حالاته وأطواره التي منها حالة تلفه غير أن رد بدله عند التلف رد له عرفاً وطور من أطواره فدفع البدل حيثلذ من شتولات دفع العين وردّها ويعبر عن هذا النحو من الالتزام المطلق بالضمان والعهدّة ، وبطابق على العين بمجرد الاستيلاء عليها : أنّها مضمونة وفي عهدّة المستولى عليها وان كانت موجودة . ومنه ظهر أن الاصل في البد بقاعدة الاحترام هو للضمان إلا ماثبت تقييد الالتزام برده على وجوده كيد الامانة ، فاذا تربت الابدى على مال الغير دخل في عهدّة الجميع وكالت مضمونة عليهم بالمعنى المتقدم للذي مرجعه الى اشتراك الكل في الالتزام برده الى مالكه ولو برد بدله عند تلفه لانه من شؤناته وليس ثبوت البدل في ذمهم بنحو استقرار المظروف في الظرف حتى يستحيل اشتغال ذم متعددة بمالك واحد بل العين متعلقة بالذمة وداخلة في العهدّة في كلتا حالي وجودها وعدمها الموجب تعلقها كذلك لتعلق بدلها عند التلف بعد تنزيله منزلتها عرفاً فالعين متعاقبة بالذمة بجميع شؤناتها لاستمّرة فيها كي يلزم المحال والتعهدات المتعددة لشيء واحد أمر معقول وثابت شرعاً بالاجماع عندنا في ضمان كل من للعوضين عن الهابيع والمشتري ، بل قد عرفت أنه على للقاعدة ، فهو نظير الواجب الكفائي في العهادات ، وفي المعاملات نظير القول بالضمان على مذهب الجمهور من ضم ذمة الى ذمة مع عدم إنكار أحد منا عليهم بأنه محال ، بل غاية ما قيل عليهم عدم اقتضاء دليل الضمان ذلك ، بل ملهاده النقل والتحويل دون الانضمام فالكل مكلفون الرد بخطاب الوضع ايضاً .

اذا عرفت ذلك فاعلم : أن للمالك فيما لو تربت الابدى على ماله الرجوع على كل منهم أو من شاء منهم بالكل أو بالبعض موزعاً عليهم

– تعقل ملكية الانسان شيئاً على نفسه فالفارق بين البراء لما في الذمة وبين الصلح عليه : ان البراء موجب لاصقاطه ابتداء والصلح موجب لانتقاله

بالتساوى أو بالتفاوت لان الرجوع عليه بالكل يقتضى الرجوع عليه بالبعض
بالاولوية ويرجع من رجع المالك عليه بما أدى له على من لحقه دون من
سبقه ويسقط الضمان على من تلف في يده فلا يرجع هو على غيره ، وكله
مسلم عندنا من غير خلاف يعرف :
وقد ظهر لك وجه الاول عما لا مزيد عليه :

الى صاحب الذمة ثم اسقاطه عنه ثانياً ، وكذا الحال في بيع مافي ذمة للشخص
وهبته له ،

اذا عرفت ذلك ، فنقول : اذا كان في الصلح على مافي ذمة الشخص
حيثية الاسقاط مترتبة على حيثية الملك والانتقال ، فن ناحية حيثية الاولى
وهي تملك المصالح مافي ذمته وان صح له الرجوع على من لحقه نظراً لقيامه
مقام المالك - حينئذ - فله المطالبة بمن لحقه بالبدل ، لكن نقول : مطالبة
للسابق من اللاحق لقيامه مقام المالك انما تصح فيما اذا أدى للسابق للبدل
للمالك فيرجع بما أداه على اللاحق لكونه ضامناً ما ضمنه . وأما لو صالحه
المالك صلحاً مجالياً على مافي ذمته فلا عوض فلا وجه لمطالبته من اللاحق
للبدل : ومجرد تملك السابق مافي ذمته انما يسبب للصلح ملكاً غير مستقر
لا يترتب عليه سوى اراءة ذمته لا يكفي في قيامه مقام المالك اذ لابقاء للملكية
المذكورة ، فلا حق له يطالب به اللاحق ، وان شئت قلت : ان الصلح
الذي لا أثر له الا اسقاط مافي ذمة من صالحه المالك هو بمنزلة الابرأه ،
وقد ذكرنا أن المالك لو أبرأه أحد للضمناء برئت ذمة الجميع وذكرنا وجهه
هذا فيما لو كان الصلح بلا عوض ، وأما ما كان بعوض فيرجع
المتصالح على من لحقه بمقداره وهو واضح اذ اللاحق يضمن ما ضمنه السابق
وما خصمه للمالك ، ثم لو عادت العين من اللاحق الى السابق المكس
الحكم لكون السابق صار لاحقاً فلو رجع المالك عليه لا يرجع على من كان -

ج ٢ الموضع الثالث من المواضع الثلاثة رجوع من رجع عليه المالك على من لحقه ٣٦٥

وأما الثاني وهو الموضع الثالث من المواضع الثلاثة وهو رجوع من رجع المالك عليه على اللاحق دون السابق عليه (١) فقد وجهه شيخنا - قدس سره - (في مكاسبه) بما لفظه : أن السابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللاحق فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل اذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل والاخرج بدله عن كونه بدلاً فما يدفعه

- لاحقاً بخلاف ما لو رجع المالك على من كان لاحقاً فإنه يرجع على من كان سابقاً عليه لكونه لاحقاً له فعلاً ، وقد ذكرنا أن السابق يرجع بما غرمه للمالك على من لحقه اذا لم يكن غاراً له واما مع الهرور فلا يرجع بهرامته عليه اذ لا وجه لرجوعه على من اذا رجع المالك عليه يرجع بما غرمه عليه لكونه غاراً له ولو تعدد الغار في سلسلة الأبداء المتوالية فكل مهرور يرجع على من غره ، لا على غار مهرور آخر :

(١) إنا - وإن ذكرنا فيما سبق كيفية ضمان الأبداء المتوالية على مال الغير - وبما انه يحصل بتكرار الكلام في ذلك زيادة وضوح ، فنقول : إن ضمان الأبداء المتعاقبة على مال الغير في عالم للتصور يمكن أن يكون على انحاء .

الاول - كونه من قبيل الواجب الكفائي بمعنى أن كلا من ذوي الأبداء بضمن المال لو لم يكن الغير ضامناً له . وهذا الوجه انما يتم بناء على ان المجهول بالأصل في باب الضمان هو الحكم الكليفي والضمان منتزع منه وتبع له وعليه فيمكن كون كل من ذوي الأبداء مكلفاً بإدائه المال الى مالكة مالم يؤده غيره فلو أدى البعض سقط الوجوب عن الكل . ولو لم يتحقق الاداء عوقب لكل شأن الواجب الكفائي : واما بناء على ان الضمان من قبيل الوضع لا التكليف وان مرجعه كون عهد الضامن وذمة -

— محلاً وطرفاً اعتبارياً للمضمون نظير الظرف الخارجي للشيء فكما لا يتصور أن يقال : إن زبداً مثلاً في الدار أو لم يكن في غيرها وفي نفس الوقت في غيرها لو لم يكن فيها كذلك لا يمكن اعتبار كون المال في ذمة زبد مثلاً ولو لم يكن ذمة غيره وفي عين الوقت في ذمة غيره أو لم يكن في ذمته فإن مرجع ذلك إلى عدم كونه في الذمتين . والجملة بناء على كون الضمان من قبيل الوضع لا التكليف لا معنى لكونه كفائياً نعم هنا على كونه من قبيل التكليف وأن 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 فإن ظاهر دليل على اليد كون نفس ما أخذه ذو اليد من مال الغير على آخذه والظرف فيه ظرف استقرار لا ظرف لهو نظير قول القائل : عليك صلاة كذا وصوم كذا ، مما كان ماعلى الشخص والمزوم به فعلاً من أفعال المكلف وكان مرجعه إلى وجوب ذلك عليه ، فظاهر النبوى (ص) أن ما أخذه ذو اليد من مال الغير هلاً استحقاقاً ، فذمة آخذه مشغولة به إلى وقت أدائه ووصوله إلى مالكه فعلياً نهائته من لزوم حفظه وتداركه نقصه وارث عيبه واجرة ما استوفاه أوفات من منفعتة وأداء مثله أوقيمته عند تلفه ، فالتبعات المذكورة أعما هي لازمة للضمان وهو ملزوم لها لا أنه لنفسها ومرجعه إليها .

الثاني - من الوجوه المتصورة : كون الضمان من قبيل الوضع لا محض للتكليف المتصور فيه الكفائية ، فكل من ذوي الأيدي المتعاقبة على مال الغير مشغول الذمة به ومتحمل تبعاته إلى وقت أدائه ووصوله إلى مالكه ولازم ذلك استحقاق المالك على كل من ذوي الأيدي بدلاً عند تلفه ، كيف وهل يستحق إلا بدلاً واحداً لما تلف من ماله ، ولا وجه لاشتراك الكل في ذلك -

- ان يكون على كل بعضه اذ المال لم يكن تحت الابد في وقت واحد ليصور فيه الاشتراك في البذل بل أخذه كل ممن سبقه واستقل بالاستيلاء عليه . (وما قد يقال) : من أن خطاب من تلف عنده المال ذمي فذمته المشغولة للمالك يبدل للعين وأما من سبقه فخطابه شرعي محض وللمالك باعتباره الغضب للزامه اداء ما اشتغلت به ذمة من تلف عنده المال وبالاداء يملك المالك في ذمته قهراً بالمعاوضة الشرعية فله الرجوع عليه بما ملكه بها انتهى (لم يتضح) وجهه أيضاً فان الدليل الدال على ضمان من تلف عنده المال واشتغال ذمته ببذله هو عموم « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » وهو للدليل ايضاً على لزوم اداء غيره ممن سبقه باخذ المال وكيف يكون خطاب من تلف عنده المال ذمي وخطاب غيره شرعي محض مع كون دلالة حديث على اليد بالنسبة ليهما سواء مع ان تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البذل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري كما أورده الشيخ الانصاري - قدس سره - على التوجيه المذكور ثم ان سيدنا - قدس سره - بعد ذكر التوجيه المذكور وعدم ارتضائه لما وجهه به قال فالأحسن في توجيه ذلك هو ان يقال : ان من يدفع البذل للمالك يرجع به على من النقل منه اليه لان العين مقبوضة له منه ولو بواسطة دون من انتقلت اليه منه لان العين مقبوضة منه فكيف يمكن منه مطالبة بذلها مع كون نفس العين مقبوضة منه وهل هو بالنسبة اليه الا جمع بين البذل والمبدل : توضيح ذلك : ان يدفع البذل الى المالك قام الدافع مقام المالك قهراً فيما كان له من الحق قضاء لحق البدلية وان كانت قهرية ومقتضاه الرجوع على من أخذ المال منه ولو بواسطة فنسبة الآخذ من الدافع كنسبة الاول من المالك فلا يرجع به على من لم يأخذ المال منه كما لا يرجع المالك -

- كذلك انتهى فتأمل جيداً :

ومن الوجهه التي ذكرت في مقام توارد الابدئي على مال للغير : هو ان ضمان ذوي الابدئي المتعاقبة عليه طولي لاعرضي : وحاصله : ان الاول منهم باخذه المال من ماله بضمينه له وتشتغل ذمته بالعين بما لها من المالمية والثاني باخذه المال من الاول الضامن له قبله بضمن ماضمته وتكون ذمته مخرجا لما في ذمته فيكون ماعلى الاول من بدله عند تلفه مستقراً على الثاني الآخذ للمال منه حال كونه مضموناً عليه وللثالث بالنسبة الى الثاني بضمن ماضمته كذلك حتى تنتهي سلسلة الضمان الى من تلف المال تحت يده ، فكل لاحق تشتغل ذمته بما اشتغلت به ذمة من سبقه بنحو تكون ذمته مخرجا لما في ذمة للسابق ويكون ماعليه من بدل ما تلف من المال مستقراً على اللاحق فعليه تداركه له عند رجوع المالك عليه واخذه منه فالمالك بما اده لا يستحق سوى بدل واحد لانه التالف فله الرجوع به على من شاء من الضماناء فباخذه ممن رجع عليه يسقط حقه عن الكل نعم يبقى معاملة بعضهم مع بعض فان رجع المالك ببديل ما تلف من ماله على السابق واخذ منه رجع بما غرمه له على اللاحق لكونه ضامناً ماضمته وكون ماعليه من البديل مستقراً عليه فانه باخذه للعين منه حال كونها مضمولة عليه ببديها بضمينها وبديها على البديل فان رجع المالك ببديل العين على السابق واخذه منه رجع بما خسرته للمالك على اللاحق لكونه بوضع يده على المال بعد وضعه السابق يده عليه ضمن ماضمته وكان عليه خسارة ما خسرته للمالك له فانه ضمن مالا مضموناً على من اخذه قبله فيضمن بدله الذي اخذه المالك منه ببديله لكونه ضامناً ماضمته فعليه خسارته له وان رجع المالك على اللاحق لم يرجع بهرامته على من تقدم عليه بالضمان مالم يكن مغروراً فبرجع بها على من غره ، والفرق بين السابق واللاحق : -

الثاني فأنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الاول ، بخلاف ما يدفعه الاول ، فانه تدارك لنفس العين معيناً اذا لم يحدث له تدارك آخر بعد ، فان أداه الى المالك سقط تدارك الاول له « انتهى :

وحاصله : ان اللاحق قد قبض عيناً موصوفة بكونها مضمولة ومتداركه فيضمن العين ويدها على البدلية وليس على الاول الا ضمان نفس العين وتداركها بالبدل ، فما يدفعه بدلا عن العين مضمون على اللاحق ايضا ولو بنحو البدلية ، وليس ما يدفعه لللاحق من البدل مضموناً على الاول لان عليه تدارك نفس العين لا العين ويدها معاً على البدلية .

وفيه اولا منع اشتغال الذمة بالبدل بعد التلف - فضلا عنه قبله - ضرورة أن قيمة الشيء المفروضة بدلا عنه ليس معناها إلا تعيين مقدار مائة الشيء المنطبق على انواع مختلفة الحقيقة من النقود وليس لها حقيقة في الخارج حتى يصح وقوعها بدلا بل هو مفهوم منطبق على حقائق مختلفة ، فليس البدل الا ما يدفعه من العين الشخصية المنطبق عليها ذلك المقدار نعم في التمثيلات يمكن جعل كلي المثل بدلا وما يدفعه من المثل الشخصي مصداق لذلك

- من حيث رجوع السابق على من لحقه بخسارته دون لللاحق فانه لا يرجع على من سبقه هو ان اللاحق حيث كان وضع يده على المال الذي هو السبب لضماله متأخراً عن السابق الضامن له قبله ببذله فقد ضمن المال المضمون على السابق بوصفه الذي هو عايه عند وضع يده عليه واخذه منه ، وهو كون بذله عليه أي على السابق فيكون ما على السابق من البدل ضامنه وخسارته وتداركه على اللاحق لانه باخذ المال منه ضمن ماضيه من بدله واشتغلت ذمته بما اشتغلت به ذمته من البدل ، بخلاف السابق فانه عند وضع يده على المال المقضي لضماله لم يكن المال في ضمان اللاحق لبضمن ماضيه ويتحمل خسارته فليس للذي عليه سوى ضمان المال لما لکه بهدله ولكن اللاحق بوضع يده على المال بعد السابق بضمن -

للكلي المعمول هدلا ككلي للدرهم والدرهم الشخصية ، الا أن التفكيك بين المثلي والقيمي في اشتغال للذمة وكيفية مع كونها مفاد دليل واحد ، غير متصور . وبذلك ظهر لك عدم اشتغال الذمة بعد التلف الا بما كانت الذمة مشغولة به قبله وهو العهدة والضمان وازوم التدارك الى دفع البديل الموجب للخروج به عن العهدة وحصول التدارك به ، فليس في ذمة السابق إلا عهدة العين لا العين وهدلا ولو ينجر البديلة .

وثالياً : ان تم ما ذكره فانما يتم في خصوص الاول دون غيره ممن سبق عليه من ذوي الأبدى المترتبة كما لو رجع المالك على الثالث أو الرابع - مثلاً - فان غير الاول من السوابق قد قبضها مضمونة وعليه أبصاً تدارك العين وهدلا على البديلة فالمدفع هدلا عن العين للمالك مضمون عليه ايضاً ولو على للبديلة مع ان اللاحق يختص رجوعه على من لحقه دون من سبقه مطلقاً ولو غير الاول منهم فالدليل أخص من المدعى :

ومما ذكرنا ظهر لك ايضاً ضعف ما تلخص به شيخنا في (الجواهر) عن محذور تعدد الشغل مع وحدة المال بأن خطاب من لم يستقر الضمان عليه

— المال للمالك بهدله بمقتضى وضع يده العادية عليه فيخسر له المالك لو رجع به عليه كما انه يضمن البديل للسابق بهدله لو رجع المالك على السابق واخذ بدل المال منه فيضمنه لللاحق لكونه ضامناً ماضيه فيخسر له لو رجع به عليه ولو كان اللاحق لاحقاً ، فالكلام فيه هو الكلام في السابق واللاحق اذ اللاحق سابق بالنسبة الى من لحقه فيضمن لاحقاً لللاحق ، اخذه المالك من اللاحق ولا يضمن اللاحق ما اخذه من لحقه لكونه سابقاً بالنسبة اليه :

وهذا ما اراده للشيخ الانصارى - قدس سره - بقوله (والحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لاحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد فتشغل ذمته اما بتدارك للعين) يعني بهدلا للمالك عند رجوعه -

ج ٢ وجه رجوع السابق في الضمان بما خسره للمالك على اللاحق وعدم رجوع اللاحق ٣٧١

خطاب شرعى وأنه مجرد حكم تكليفى واختصاص خطاب الوضع بمن كان قرار الضمان عليه وهو التالف عنده ولذا يرجع غيره عليه لو عزم للمالك ولا يرجع هو على غيره لو رجع المالك عليه مضافا الى ما فيه من التفكيك بين ضمانات الابدى مع استفادة الكل من دليل واحد وهو حديث «على اليد» . فلاحسن في توجيه ذلك : هو أن يقال : ان من يدفع الهدل الى المالك يرجع به على من التقل منه اليه لان العين مقبوضة له منه ولو بواسطة دون من التقلت اليه منه لان العين مقبوضة منه فكيف يمكن منه مطالبة بدلها مع كون نفس العين مقبوضة منه ، وهل هو بالنسبة اليه الا جمع بين الهدل والمبدل توضيح ذلك : أن يدفع البدل الى المالك ، قام الدافع مقام المالك قهراً فيما كان له من الحق قضاء لحق الهداية وان كانت قهرية ومقتضاه الرجوع على من أخذ المال منه ولو بواسطة ، فنسبة الأخذ من الدافع كنسبة الاول من المالك فلا يرجع به على من لم يأخذ المال منه كما لا يرجع المالك كذلك :

ثم ان ما ذكرنا كله لم يفرق فيه بين مالو كان المدفوع بدلا عن العين أو عن الحيولة بعد أن كان بدل العين بدلها مادامت تالفة ، غير أن عودها بعد التلف لما كان محالا عند العرف بنوا على دوام الحيولة ، وإلا فلو

— عليه لكونه ضامنا لها به (واما بمقدارك ما تداركها) يعنى به البديل المأخوذ من السابق عند رجوعه عليه واخذه منه فيضمنه من تلف المال بيده يبدله بماثله لاحق للسابق وكوله ضامناً ماضياً و متحملاً لخسارته بسبب تاخر ضمانه عنه باخذه المال منه ولو بالواسطة حال كونه مضموراً عليه فهو ضمن له ما في عهده من البديل للمأخوذ منه يبدله (وهذا اشتغال شخص واحد) يعنى به من تلف المال بيده (بشيئين لشخصين على الهدل) يعنى بالشئيين العين وبدلها وبالشخصين على الهدل المالك او السابق فانه اى لللاحق نظراً —

فرض عودها باعجاز - مثلاً - رجع البذل ايضاً الى مالكة الأول على حد بدل الحيولة ، وليس ذلك الا لدوام الحيولة عندهم في صورة التلف دون غيرها بخلاف مالو صالح المالك على نفس العين قالها لانرجع اليه بعد العود لوقوع للبديلة حينئذ بين العينين مطلقاً لامادامت تالفة :

فالمقصود من دفع البذل في الصورتين تدارك ما فوته على المالك من سلطته التي كانت متعلقة بعين ماله على حسب ما كان له فيها من السلطنة وحيث أنها لا تتحقق إلا بعد تحقق متعلق لها وجب دفعه مقدمة فهو محقق لموضوع المتعلق ولذا لو عاد المبذل رجع البذل الى مالكة الأول لانقضاء موضوع التدارك حينئذ فيملك بدل الحيولة ملكاً تاماً في الملكية مادامت الحيولة باقية ولا يتأني ذلك تزلزلها باعتبار التقييد بها . وبما ذكرنا يظهر لك الجواب عما توهم من لزوم الجمع بين العوض والمعوض فتأمل جيداً :

— لاخذه مال الغير من السابق واستيلائه عليه بضمه لمالكه وتداركه له ببذله عند تلفه لو رجع المالك عليه بالبذل أما لو رجع المالك ببذل التالف على السابق واخذه منه لكون يده على المال بضمان فيضمن اللاحق البذل المأخوذ من السابق له اي للاحق ببذله فيتداركه به لكونه ضماناً ما ضمته السابق ومشغول للذمة بما اشغلت به ذمته من بدل المال :

والحاصل ان الضمان الطولي بالبيان الذي ذكرناه ممكن ثبوتاً ولا يرد عليه ماورد على الضمان للعرضي من اشكال استلزامه استحقاق المالك على كل من ذوي الايدي المتوالية على ماله بدلاله مع كونه لا يستحق الا بدلاً واحداً لما له التالف . انما الكلام في كيفية دلالة (على اليد) على الضمان الطولي بالمعنى المذكور فيمكن ان يقال في بيانه ان الحديث للشريف بعمومه يدل على ضمان كل من ذوي الايدي المتوالية على مال الغير وتداركه عند تلفه ببذله فالسابق باخذه المال من مالكة ولو بالواسطة عليه ما اخذه منه بتداركه له عند تلفه ببذله واللاحق باخذه المال ممن سبقه ايضاً عليه ضمانه وتداركه بالبذل ومقتضي اطلاق دليل على اليد بالنسبة الى اللاحق كونه ضماناً لما اخذه ممن سبقه في الضمان وان اخذ -

وأما نماء البدل المنفصل عنه فلا يتبع العين في الرجوع وكذا المنفصل به مالم يصدق عليه الجزئية وإلا تبع الأصل فيه وقد مر تفصيله في المعاطاة في نماء العين الماخوذة بها ، فراجع هذا ولو توقف رد العين على مؤنة وجب على الضامن بهذا مقدمة للرد للواجب عليه من غير فرق بين كون المالك مباشراً للاسترداد او غيره وتحسب المؤنة الى حين الايصال الى المالك فصرف الاباب 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 استرداده الا المالك وطالب عوضاً عن الاسترداد غير المؤنة ، ففي وجوب هذا على الضامن مطلقاً لوجوب الرد عليه المقدور له بواسطة البذل أولاً كذلك تنزيلاً له منزلة المتعذر فيهرم بدل الحيلولة ، أو يفصل بين الاجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها بما بعد اجحافاً ، أو يفصل بين ما يتوقف الاسترداد على عمل منه فيأخذ الاجرة عليه بازاء عمله المحترم بالنراضي وان زاد على اجرة المثل ، وبين مالا يتوقف عليه . . . وجوه أقواها الاول ويتلوه الأخير في القوة ويضعف الثاني بأن دفع البدل ليس في مرتبة دفع

- المالك بدله من السابق يرجوعه عليه واخذه منه وحيث ان تدارك المتدارك للمالك لا معنى ولا محصل له فلا بد من كون اللاحق عند اخذ المالك بدل العين للثالثه ممن سبقه في الضمان وفرض بقاء ضمانه بمقتضى الاطلاق كونه ضامناً للسابق البدل المأخوذ منه ببده ، وعليه فالمستفاد من دليل « على اليد » ان السابق ضامن لما اخذه من مال الغير ولو بالواسطة لما لكة ببده ومشغول للذمة به له واللاحق باخذه المال ممن سبقه في الضمان ضامن المال لما لكة ببده ومتحمل خسارته له لورجع المالك عليه بالبذل لكونه ضامناً لما اخذه من المال ممن سبقه بسبب وضع يده عليه اداء بدله للمالك عند تلفه وبمقتضى بقاء ضمانه لما اخذه من السابق الى ما بعد رجوع المالك عليه واخذه -

العين هل منوط بعدم التمكن من ردها المفروض تمكنه منه واو بالعروض .
ومنه يظهر ضعف الثالث سيما إذا كان غاصباً لأنه مأخوذ بأشق الأحوال :

— بطله منه من حيث اطلاق دلائل على اليد كونه ضامناً فعلاً للسابق بطله
المأخوذ منه لكونه ضامناً ماضمته ومتحملاً لخسارته . فعليه تدارك ما أخذه
المالك منه من بدل العين ببطله .

والحاصل مقتضى دليل على اليد كون للسابق ضامناً للمالك ما أخذه
ببطله ولللاحق ضامناً المال للمالك ببطله مع رجوعه عليه بالبدل كما انه ضامن
مأخذه المالك من السابق من بدل العين لورجع عليه به وأخذه منه فيضمه
اللاحق له ببطله وقد توافق مقام الاثبات ومقام الثبوت :

ولا وجه لما يقال من أن اللاحق إذا كان ضامناً للسابق للبدل المأخوذ
للمالك منه بمقتضى ضمانه ماضمته فالسابق أيضاً ضامن ماضمته لللاحق من
بدل المال ومقتضى ذلك ضمانه البدل له ببطله :

لأننا نقول : ليس الماط في ضمان اللاحق البدل المأخوذ للمالك من
السابق كونه ضامناً للعين يقال ان السابق أيضاً مثله في ضمان العين لما لكها
ببطلها فقتضاه ضمانه البدل لللاحق هل المناط كون اللاحق ضامناً للعين بأخذها
من السابق للضامن لها ببطلها فضمانه لها في طول ضمان السابق المقتضى لضمانه
العين للمالك أو بطلها المأخوذ من السابق له ببطله بخلاف ضمان السابق فانه
انما أخذ العين من مالكها او ممن سبقه في الضمان ومقتضاه كونه ضامناً
بطلها للمالك او لمن سبقه في الضمان لكونه ضامناً ماضمته ، ولا وجه لضمانه
لمن لحقه في الضمان فانه لم يأخذ العين منه ليضمن ماضمته من البدل المأخوذ
للمالك منه ، وانما أخذه من المالك أو ممن سبقه فيضم من البدل للمالك
او لمن سبقه في الضمان في صورة أخذه المال منه دون ما لحقه في الضمان ،
فتأمل في ذلك تعرف .

ج ٢ للميل أو مزج المشتري المبيع فضولا مع رد المالك بماله ثم أودع المجموع ٣٧٥

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 القوصل الى حقه الراجع أمره اليه ، أولا لأنه مأخوذ عوضاً عما لم يفعله ، فيكون أكله اكلا للمال الباطل ؟ وجهان : ولعل الأخير هو الأقوى ، فيرجع حينئذ بما دفعه للمالك عوضاً عن الاسترداد ويغرم له بدل الحيلولة الا أن يقوم بالاسترداد .

هذا ولا يرجع الاول بما دفعه عوضاً عن الاسترداد أو مؤنة للره على من لحقه من الأبدى المتعاقبة لأنه خارج عن عهدة العين وبذلك وان وجب عليه من باب المقدمة :

ثم لو رجع المالك على الاول بالقيمة في القيميات بدلا عن العين أو الحيلولة فدفع لقدأ خاصاً ، فهل يتعين في رجوعه على من لحقه دفع مثل النقد المدفوع بدلا لأنه للقابل للبدلية لما عرفت من عدم قابلية وقوع القيمة من حيث هو بدلا بعد ان كان معناها ليس تعيين مقدار المالية ، أوله دفع لقد آخر مما ينطبق عليه مقدار المالية كالاول بالنسبة الى المالك بعد فرض كونه بالدفع قائما مقامه ؟ وجهان والله العالم :

تذييل

أو مزج المشتري المبيع فضولا مع رد المالك بماله ، ثم أودع المجموع عند شخص أمانة ، ففي وجوب رد الجميع اليه مع المطالبة أو القسمة ودفع ما يتعين له بها قولان (١) والاول ظاهر الاكثر ، لتصرفهم في مسألة مالو

(١) الذي يذهب أن يقال في المسألة ونظائرها مما يكون مال الغير تحت

يد شخص ضامن له فزجه بماله ثم أودع المجموع عند آخر - : إن

الكلام يقع في مقامين :

مزج الغاصب المصوب بماله ثم أودعه بأنه يجب على الودعي رد الجميع-
 إليه مع المطالبة ، بل الفتوى بذلك منسوبة الى الأكثر ، بل المشهور ، بل
 عليه الاجماع المحكي في (الغنية) و (السرائر) صريحاً وفي (الابضاح)
 وغيره ظاهراً . وفي (مفتاح الكرامة) : رد الجميع على المودع خبرة
 المقنعة وللنهاية والمراسم والوسيلة والشرايع وللنافع والارشاد والتفقيح وابضاح
 النافع والرياض والغنية والسرائر وفي الاخيرين الاجماع عليه : وهو - أي
 الاجماع - ظاهر الابضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد حيث
 نسب فيها الى الاصحاب . وفي لبضاح النافع : إله المشهور وأنه يشهد له
 النظر ، انتهى . بل وفيه ايضاً : إله أول من تأمل في ذلك المصنف
 في (التذكرة) قاله - بعد أن افقى برد الجميع - قال : و لا يحتمل عندي
 رد قدر مال اللص اليه واحتفاظ الباقي للمالكه وللقسمة هنا ضرورة المشعر
 ذلك باطباق من تقدم عليه على ذلك ، :

قلت لم اعثر له على وجه في كلماتهم يصلح لذلك ، فالمسألة مشكلة
 جداً ، ولذا اضطربت فيها كلمات متأخري المتأخرين : وقوى بعضهم احتمال
 القسمة فيه ، بل اختاره .

- المقام الأول فيما تقتضيه القاعدة بالنسبة الى الحكم من ناحية المزج ،
 وأن صاحب المال ماذا يستحق ، وما حكم المسألة من تلك الناحية ، المقام
 الثاني فيما تقتضيه القاعدة من ناحية الودعة وما يكون حكم الودعي ، فهل
 يجب عليه دفع المجموع للمودع عند مطالته لذلك أو يجب عليه حفظ المقدار
 الذي يستحقه صاحب المال المضمون له ليدفعه اليه ، وأما المودع فيدفع اليه
 ما يستحقه من مجموع المال فقط ولا يجوز له دفع الكل اليه :

أما للكلام من الناحية الأولى ، فهو إن مزج الغاصب أو من هو
 بمنزلة مال الغير بماله : تارة - يكون بحيث تذهب به صورة مال الغير -

والذي يمكن أن يكون وجهاً لهم في ذلك : اما دعوى للعطف الحكمي بالمزج أو منع كون المورد من موارد القسمة التي يتولى أمرها غير الشريكين وتفتيح ذلك موقوف على ذكر مقدمة لتكفل لبيان أمرين : الاول بيان معنى الشركة المزجية وسببية المزج لها ، والثاني في بيان القسمة للشركة الحاصلة بالمزج :

- النوعية حقيقة أو عرفاً ، كما لو مزجه بغير جنسه واستهلك فيه ، كمزج مقدار من الحليب بأصعافه من الماء بنحو موجب لذهاب صورة الحليب حقيقة ، وكخلط مقدار من دقيق الحنطة - بطحين الشعير - مثلاً - بنحو لذهب صورة الحنطة بالمزج وتقلب الى صورة الشعير عرفاً ، واخرى - لم يستهلك مال المصوب منه في مال الغاصب ولم تذهب صورته للنوعية ، كما لو امتزج بجنسه أو بغير جنسه مع بقاء صورته للنوعية كمزج حبة من الحليب بمقداره من الماء .

وبالجملة ، فرض الاستهلاك إنما يحقق بالامتزاج بغير الجنس مع ذهاب للصورة فلو مزجه الغاصب بجنسه ، فإن كان مال الغاصب مساوياً لمال المصوب منه ، من حيث الجودة والرداءة اشتركا في العين شركة حقيقة وأما لو كان مال المالك المصوب منه اجود من مال الغاصب اشتركا في المالبة ، فبياع المجموع ويعطي المصوب منه مقدار قيمة ماله ، ولا يصح الاشتراك في العين في الصورة المذكورة ، اذ لو أعطى المالك مقدراً من العين زائداً على مقدار ماله بدلا عن وصف الجودة استلزم ذلك للربا بناء على جريانه في غير المعاوضات من الضمانات كما هو الأقوى . وبما أن صفة ماله محترمة فتناه للعين ويعطى من القيمة مقدار ماله موصوفاً ولو كان مال الغاصب اجود ، فلا مانع من الاشتراك الحقيقي في العين اذ لا احترام لوصف الجودة حيثلذ فيستحق المالك من العين مقدار لسبه ماله الى المجموع -

فنعول مزج المائين لايخلو من صور لاله : إما أن يكون المزج بحيث يتولد منه شيء ثالث ينتهي عنه اسم كل منها ولا يصدق عليه إلا اسم المركب منهما كالدهن بالدهس واللبن بالعسل - مثلاً - مزجاً تاماً بحيث لا يكاد يدرك جزء منه الا وهو مركب منهما أولاً يخرج به عما كان يصدق عليه قبله وكان مع ذلك لا يتحقق جزء إلا وهو مركب منهما كمزج المتساويين جنساً ووصفاً نحو الدهن بالدهن والدهس بالدهس ، أو يكون المزج بمثله بما يرتفع للتمييز بين أجزائه إلا أنه لا يركب في الاجزاء منهما بل يكون كل جزء

- ووصف الجودة فيما يستحقه موهبة من الله تعالى . ولو كان المزج بغير جنسه ففي صورة الاستهلاك وعدم إيجابه زيادة مالية في المزيد عليه لم يصمن الغاصب إلا بدل العين للعاقبة بالاستهلاك ، ولو اوجب الزيادة في المالية اشتركا من نفس العين بمقدار مالية مالها لعدم لزوم الرها في غير الجنس وبالحمل امتزاج المائين موجب للشركة في العين مالم يكن محذور في البين وفي غير صورة الاستهلاك حكمه الاشتراك في العين بمقدار مالها ووصف الجودة لمال المالك مضمون على الغاصب لانه محترم فيحسب له أرشه بخلاف وصف الجودة لمال الغاصب فانه لعدم احترامه لا يحسب له أرشه فالزيادة الحكيمة للمالك محترمة بخلاف الزيادة الحكيمة للغاصب فليس لها احترام : هذا واما للكلام في المقام الثاني وفيما يجب على الودعي ، فالذي ينبغي أن يقال فيه : إنه في صورة مزج الغاصب مال الغير بماله ينحو تذهب صورته النوعية حقيقة او عرفاً كما اذا كان المزج بغير جنسه ينحو مامر سابقاً بحيث عد مال للغير تالفاً بسبب استهلاكه في مال للغاصب ولم يوجب زيادة مالية في ماله ، فينتجه حينئذ ما نسب الى الاصحاب من الفتوى بوجوب رد الجميع الى الغاصب عند مطالبته للودعي اذ لم يبق للمالك حق في المال الذي أودعه الغاصب بعد أخذ بدله من الغاصب ، بل يلزم بدله عليه -

من المال مختصاً بأحدهما في الواقع كزج الحنطة بمثلها ، أو يكون الخلط بين الافراد المتشابهة على وجه لا يميز بعضها عن بعض كالدراهم بالدراهم والدنانير بمثلها والثياب ببعضها ببعض من المثاليات والقيميات المتشابهة :

إذا عرفت ذلك ، فاعلم أن للذي يقتضيه تحقيق المسألة هو أن يقال ان المزج في الصورة الاولى موجب للعلف حكماً وهو واضح بعد أن كان

- لكونه نافعاً ، فتشتغل ذمة الغاصب بهدله ويخلص المال للغاصب ويلزم الودعي رده عند المطالبة . وأما في غير الصورة المذكورة فوجوب رد الودعي جميع ما استودعه الغاصب عليه كما نسب الى الفتوى من الاصحاب بل جوازه مشكل غاية الاشكال : (وما) قد يدعى من الاستدلال على ذلك بما دل على وجوب رد الامانات (ممنوع) كما يقول سيدينا - قدس سره - فان تلك الادلة انما دلت على وجوب الرد الى أهلها فلا تشمل ما كان مشتركاً على غيرها مما هو أمانة شرعية يجب حفظه لمالكه حيث كان المال مشتركاً بين الغاصب والموصوب منه بالعين أو بالمالية وكيف يجب أو يجوز تسليمه لمن لا يجوز له أخذه والتصرف فيه بدون إذن شريكه وإبقاء المال عند الودعي وعدم تسليمه للمالكين منع لهما عن ملكهما بلا حق ومخالف للزوم رد الامانة لمالكها عند المطالبة والامكان ، فلا مناص عن قسمة المال وتسليم حصته المودع منه اليه وإبقاء حصة المالك ودفعها اليه عند الامكان .

وقد يشكل بان للقسمة ربما تتوقف على المعاوضة كما في صورة الحكم باشتراكهما في مالية العين على مامر من أنه يباع المجموع ويعطى حصة كل منهما من القيمة فالقسمة تتوقف على التراضي من الطرفين ولا شبهة في عدم رضا الغاصب ، فانه يطالب بالمال كله فكيف يرضى ببيعته وإعطائه حصته من القيمة . والحكم بنفوذ البيع عليه - وان لم يتحقق الرضا منه - حكم ضرري مرفوع .

الدفع من المتزوج دفماً كبير ماله جنساً ووصفاً والزامه بقبوله حكم ضرري منفي عقلاً ونقلاً ، فبدفع له المثل دون مقدار ماله من المزوج ، والمدفوع

- ويمكن دفع الاشكال بأن مورد الاشتراك في المالية صورة واحدة من الصور التي ذكرناها فيما تقدم ، وهي صورة ما اذا كان مزج مال المالك بجنسه من مال الغاصب وكان مال المالك أجود من مال الغاصب ، فيقال اذا كان لإبقاء المال عند الودعي مع مطالبة مالكة غير جائز : وكذا رده باجمعه للمودع فانه بالنسبة الى مقدار مال المالك منه دفع له الى غير مالكة بدون رضاه وإبقاء مقدار حصة المالك منه من نفس العين لا يصحها اليه فلا تدارك وصف الجودة للمالك ودفع الباقي للغاصب مع كون الوصف مضموناً له عليه ليس إبقاء لما يستحقه المالك فانه انما يستحق الموصوف بالجودة من المال وتدارك وصف الجودة بمقدار من العين زائد على مقدار ماله ودفعه له مستلزم للرها على ما هو الاقوى ، فلم يبق وجه يمكن المصير اليه الا الحكم بالاشتراك في المالية وبيع المال وإعطاء المالك من القيمة مقدار ماله موصوفاً بالجودة وإعطاء الباقي للغاصب فلا بد من المصير اليه . وأما ما ذكر - من أن الحكم ينفوذ للبيع مع عدم رضا الغاصب به في حين أن المبيع مشترك بينه وبين المالك حكم ضرري مرفوع - فيمكن أن يقال - مضافاً الى انه لا بد منه ان للضرر لم ينشأ من لاجبة حكم للشارع بل السبب فيه غصب الغاصب المال ومزجه بماله ولو لم يكن غاصباً كما لو كان معتقداً بأن مازجه بماله هو له أيضاً فالضرر أيضاً لم يكن من لاجبة الحكم الشرعى بل نشأ جهله واشتباهه ثم ان القسمة حيث صحت لكونها ضرورية لامتناع منها يرجع بها الى الحاكم الشرعى على الأحوط ، بل الاقوى ، فانه ولي حصة المالك الغائب . ثم ان هذا يختلف عما ذكره سيدنا - قدس سره - بعض الاختلاف : والله تعالى هو للعالم بحقائق أحكامه .

هنا يدل العين لاهدل الحيلولة وان كان مقيداً بما دام ممزوجاً ، وفي الثانية
يحتمل قوياً تنزيله منزلة التلف أيضاً لتفرق أجزائه المستجبل عادة اجتماعها
الموجب لانقضاء مالبة كل من المالكين وحدوث مالبة أخرى قائمة بالموجود
المركب ضرورة أن المالبة إنما تعرض على الاجسام بوصف اجتماعها لامطلقاً
فلا مالبة لكل جزء جزء بالانفراد ، ومن حيث هو وحيلته فعلى المازج
غرامة المثل إلا أنه لما كان المثل من الممزوج المركب مشتملاً على أجزاء
هي من عين ماله وجب الدفع منه بالخصوص لكونه أقرب الى دفع عين
ماله من غيره من الامثال ، بل هو من دفع العين بقدر الامكان ، فكما
ان دفع المثل مقدم في المرتبة على دفع للقيمة لكونه أقرب الى دفع العين
منها ، ضرورة ان دفع للقيمة ليس فيه إلا رعاية مالبة المال فقط وفي دفع
المثل رعاية للمالبة وللمادة المال في الجملة لقربه منه بالمشابهة ، فكان أولى
بالتقدم ، فكذلك نسبة هذا المثل الشخصي المركب من المالكين بالنسبة الى سائر
الامثال لكونه مشتملاً على جملة من نفس أعيان ماله ، فهي مضمونة على
المازج بالمازج وفي عهده بمثل خاص لا بمطلق المثل ، وهو الوجه في الشركة
لكونه مضموناً بقدره من الممزوج المركب لا بمطلق المثل الذي لا يتعين بدليته
بخصوصه إلا بعد الدفع وغير مضمونة على الودعي ولا داخلة في عهده
بعد أن كان معناها رد العين مع وجودها ورد مثلها بعد للتلف غير الممكن
في المقام لعدم إمكان رد العين لتفرق أجزائها ولا رد مثلها لأنها مضمونة
بالمثل الخاص الذي هو ملك المازج ، لا كلي المثل حتى يدفع الودعي له
مصدقا من ماله . وأما مال الغاصب الماخوذ امانة فيجب رده ولو ورد
الجميع مقدمة بعد أن لم يكن مال المصوب منه في ضمانه وعهده :

هذا بناء على تنزيل تفرق الاجزاء منزلة التلف وأما بناء على عدم
صدق التلف عليه لاموضوعاً ولا حكماً ، فاما أن نقول بحصول الشركة

الحقيقية بنحو الاشاعة بدعوى ماعرات من انتفاء المالبسة من كل المالبين
 بالزج وحدث مالية أخرى قائمة بالموجود المركب مملوكة لكل منهما لانه
 أما أن لا يكون مملوكاً أو يكون مملوكاً لاحدهما دون الآخر والاول باطل
 لأنها مسببة عن مواد المالبين المملوكين ، والثاني ترجيح الا مرجح ، فتعين
 الثالث او نقول بالشركة الحكيمة دون الحقيقية لبقاء ذوات أجزاء كل من
 المالبين على ملك مالكة لعدم الدليل على انتفاء الملكية بانتفاء المالية والاصل
 بقاؤها : فعلى الاول يتعين القسمة ولا مناص عنها . وعلى الثاني فقسمتها مشتملة
 على المعاوضة جزماً كالقسمة الردية المستلزم تعديلهما الى ضميعة خارجية
 ولعلها خارجة عن ظاهر كلامهم في تعريفها بانها تعيين حق وافراز حصص
 واختصاص التعريف بما كانت الشركة بنحو الاشاعة . وعليه فالقسمة موقوفة
 على التراضي لاشتمالها على المعاوضة وخارجة عن قسمة الاجبار إلا مع امتناع
 أحد الشريكين عنها ومطالبة الآخر لها مع عدم للضرر واذا لم يكن مورد
 القسمة دار الامر بين التسليم الى الغاصب أو المصوب منه ووجوب رد
 الملك الى مالكة في كل منهما معارض بمثله في الآخر فلا بد من ترجيح احدهما
 ولو بأدنى مرجح بعد ان كان الابقاء عنده منماً للمالكين عن ملكها ومخالفاً
 للدليل في كليهما . ولعل الترجيح حينئذ في التسليم الى الغاصب بما دل على
 رد الامانات بعد تعارض دليل رد الملك من الجالبيين وتساقطها من البين .
 هذا اقصى ما يتصور في توجيه قول المشهور

وفيه مضافاً الى منع شمول ما دل على رد الامانة لما كان مشتملاً على
 غيرها ، مع كونه لو سلم معارض بمثله في جالب الآخر لكونه أميناً له
 ابضاً بالامانة الشرعية كيف يجب تسليمه لمن لا يجوز له الأخذ وللتصرف
 فيه بدون إذن شريكه بعد أن كان المال مشتركاً بينهما موضوعاً او حكماً
 وماورد مثله في وجوب دفع الخراج لغير أهله وان حرم عليه الأخذ

فلدليل قوي دل عليه مفقود مثله في المقام . وأما منع كونه مورد القسمة فكابرة وان تضمنت المعاوضة اوجوب حفظ المال على من هو في يده ولو يتلف بعضه او توقف عليه ، فاذا وجب حفظه ولو يتلف بعضه فهالتعويض واخذ بدل التالف يجب بالاولوية ، فالقسمة هنا ضرورية فاذا كان من مواردها تعينت القسمة : وهل له توليتها لانه أمين وهو مخاطب بالحفظ بحسب الامكان أو يرجع بها الى الحاكم ؟ ولعل الأخير هو الافوى والاحوط والله العالم بحقائق أحكامه

. . .

الى هنا ينتهي الجزء الثاني ، وبليه الجزء الثالث : وأوله :

رِسَالَةٌ

في أخذ الزجدة على الواجبات

فهرس

مخربات الجزء الثاني من الكتاب

(٣ - ٦) (رسالة في أخذ الأجرة على الواجبات) : المشهور
عدم جواز أخذها على الواجب مطلقا وعن بعض دعوى عدم الخلاف فيه
وعن غير واحد حكاية الاجماع عليه .

(٧ - ٩) بيان اعتبار عدة أمور في صحة الاجارة وسائر عقود
المعاوضة لترتب الأثر عليها وتفصيل المسألة في الواجبات ،

(١٠ - ١٢) ذكر اختلاف كلمات الفقهاء في المسألة : بين قائل
بالمنع مطلقا ، وبين مائع في ما يعتبر فيه قصد القرية ، وبين مانع فيما وجب
الذات ، وبين مفصل بين ما كان الغرض منه الآخرة فلا يجوز وما كان
الغرض منه للدنيا فيجوز ، وبين رأي السيد في (المصباح) وهو التفصيل بين
التعبدى والتوصل بالمنع في الاول مطلقا والتفصيل في الثاني ، بين الكفائي
والعيني والجواز في الاول مطلقا والتفصيل في الثاني بين ما كان وجوبه للضرورة
وحفظ للنظام وغيره فجوز في الاول ومنع في الثاني مطلقا .

(١٣ - ٢٠) استعراض أدلة المانعين مطلقا ومناقشتها .

(٢١ - ٣٦) عرض أدلة قصر المنع على التعبدى ، والقول بالتفصيل
بين ما كان الغرض منه الآخرة منها والدنيا ومناقشتها وبيان مختاره في المسألة
وعرض بعض الاشكالات على بعض أقوال المسألة ، والجواب عنها وتحقيقه
في مسألة أخذ الأجرة على قضاء الصلاة ولباية الحج وصلاة الهدية .

(٣٧ - ٤١) للنقض بالحرف والصنایع المتوقف عليها النظام والطهارة
والعمل لتحصيل النطق ، وتوجيه ذلك ، والجواب عنه والنقض بوجوب بدل

الطعام للمضطر ورجوع الأم الممرضة بالعوض وأخذ الوصي الأجر على حمل الرصاة وللتقص الجهاد الواجب كفاية وأخذ الأجرة من قبل النائب والجواب عن ذلك .

(٤٢ - ٤٤) بيان مواقع للنظر في كلام (الجواهر) والفاهل الجواب في تخلصهم عن الاشكال وبيان مالا يجوز فيه أخذ الأجرة من المستحبات وما يجوز فيه أخذها .

(٤٥ - ٤٨) (رسالة في بيع المعاطاة) : تحقيق في لفظ العقود وآثارها :

(٤٩ - ٥٤) في تحقيق الاجماع على اعتبار القول الدال على التراضي في لزوم البيع وعدم كفاية مجرد التعاطى للفعل في ذلك ، وبيان الأقوال في المسألة ومناقشتها واستخلاص أن القدر المتيقن من الاجماع هو اعتبار محض القول في اللزوم لاصيغة خاصة ، وتأيد ذلك بقول النبي (ص) (انما يجل للكلام) وتحقيق ذلك وما هو المراد من الحصر :

(٥٥ - ٦١) تصوير المعاطاة على أربعة وجوه أصلية وغيرها ، والمناقشة حول بعضها .

(٦٢ - ٦٩) ذكر الأقوال في حكم المعاطاة وحصرها في أربعة وترجيح احدها على الباقي وذكر النقوض على للراي المختار ، والجواب عنها تفصيلا .

(٧٠ - ٧٤) ذكر مراتب الملكية الثلاثة من حيث القوة والضعف وأن الإلحاجة المطلقة التي هي مفاد المعاطاة ترادف الملكية .

(٧٥ - ٨٦) تحقيق شامل لموضوع الاعراض عن الملكية وأحكامه وأقسامه وما يفيد وضع اليد بقصد العمل وان الاصل في الملك اللزوم والنقاش حول ذلك من المصنف واختياره إصالة الجواز في الملك خلافاً لما

اختاره شيخنا الالصاري في (مكاسبه) وبخاصة من الاصحاب من إصالة الزوم فيه .

(٨٧ - ١٠٠) رجوع الى أصل المسألة ، وترجيح للقول بإفادة المعاطاة الملك ، وبينان الدليل الأول على ذلك ومناقشته صغرى وكبرى وتوجيه بيع الدين على من هو عليه وعدم استحالة نقله اليه ، وبينان حكم شراء العبد تحت اللشدة من للزكاة وعتقه وان لية للزكاة من مشتربه عند دفع الثمن الى يبعه او الها مقارنة للعتق واستعراض أقسام الوقف تفصيلا وتحقيق سببية شراء العمودين وبعض المحارم الالاعتناق قهراً هلا تحقق أصل الملك كما هو المستفاد من بعض روايات الباب ودلالة بعضها الآخر على الملك ثم العتق وبالأخرة استظهار ما يلبس الى المشهور من القول بدخول المملوك في ملك المشتري ثم يعتق :

(١٠١ - ١٠٥) للدليل الثاني على افادة المعاطاة الملك ومناقشة ذلك

والجواب عنها :

(١٠٦ - ١٠٧) للدليل الثالث على ذلك ومناقشته ، والجواب عنها

(١٠٨ - ١١٠) للدليل الرابع على ذلك ومناقشته والجواب عنها

(١٠٩ - ١١١) للدليل الخامس على ذلك ومناقشته والجواب عنها

(١١٢ - ١٢٠) استظهار افادة المعاطاة الملك المتزائل لا الالهية

المجردة ، وبينان ثمرات للقولين تفصيلا ومنها التلهاات المتصلة والمنفصلة والتصرفات المنوقلة على الملك

(١٢٠ - ١٣١) ومنها البيع ، وتحقيق شامل حول حقيقة البيع وشروطه

ومنها العتق وباله تفصيلا ، استمرار في تحقيقات شاملة حول البيع وتصبح بيع الغاصب باجازة المالك ومن للثمرات وطأ الامة المأخوذة بالمعاطاة :

(١٣٢ - ١٠٠) ومنها تعلق حق الخمس وللزكاة في الاعيان المأخوذة

بالمعاطاة عند اجتماع شرط الوجوب على الملك ، وعدمه على الإباحة ،
 (١٣٣ - ١٣٦) الرابع من الثمرات انقال كل من العيين الى وارث
 من كانت بيده الارث على الملكية ، والى وارث المالك بناء على الإباحة
 بموت كل من المتعاطيين وتحقيق شامل حول الموضوع . الخامن - عدم الرجوع
 بالنفقة عند الرجوع بالعين على الملكية والرجوع بها على الإباحة مع عدم
 التبرع بها :

(١٣٦ - ١٤٢) من ملزمات المعاطاة تلف العيين أو أحدها أو نقلها
 أو أحدها أو مزجه بهيره : تفصيل حكم الضمان وتطبيق القاعدة على الصور
 المذكورة :

(١٤٣ - ١٤٤) بيان إن نقل المأخوذ بالمعاطاة إما يعقد لازم أو جائز
 وعلى التقديرين فالكلام مرة بناء على إفادتها الملك ، وأخرى بناء على الإباحة
 وتفصيل حكم كل من التقديرين :
 (١٤٥ - ١٤٧) بيان حكم التراد بالفسخ بناء على الكشف أو النقل
 وتحقيق شامل في معنى المعاوضة :

(١٤٨ - ١٥٠) للكلام في النقل الجائز بناء على الملكية أو الإباحة
 (١٥١ - ١٥٥) حكم نقل العين المأخوذة بالمعاطاة فضولا وإجازة
 ذلك ، وبيان صور المسألة ، وترجيح بعضها على بعض واختياره كل ذلك
 بتحقيق واستدلال :

(١٥٦ - ١٦١) حكم مالو تصرف المتعاطيان أو أحدهما بما يوجب
 تغير صورة العين أو امتزاجها بهيها وإبقاء ذلك على الملكية أو الإباحة
 وعرض أقوال العلماء في المسألة :

(١٦٢ - ١٦٣) اختلاف المتعاطيين في حصول سبب الزوم وعدمه
 والنظر في تقديم قول مدعي الزوم أو الجواز وبيان الوجه لكل منها وأقربيه

تقديم قول مدعي الزوم لحكومة قاعدة (من ملك) على استصحاب جواز الرجوع ، وذكر صورة ادعاء للتصرف او الانكلاف بعد الفسخ وحكم صورة للتداعي وادعاء كل منها وقوع ما هو له من الفسخ ، وصحب الزوم :

(١٦٤ - ١٦٨) ومن الامور التي يلجأ للتبليغ عليها : جريان المعاطة في العقود والابقاعات باقسامها ، واختصاص ذلك بصنف خاص من نوع المعاوضات وهو البيع أو تجرى في بعض دون بعض وتحقيق شامل في موارد العقود والابقاعات :

(١٦٩ - ١٧١) جريان المعاطة في الشفعة والقسمة والاجازة في البيع ، وتفصيل الكلام في العقود والابقاعات .

(١٧٢ - ١٨٠) في امكان جريان المعاطة في الاجارة والبحث حول موضوعها واقسامها وكيفية استحقاق الاجير الاجرة :

(١٨١ - ١٨٣) في ان للضمان في مثل (أعقق عهدك حتى ، ولقي متاعك في البحر وعلي ضمانه) واستيفاء الغرامة في نظائره هل هو من قبيل الجمالة على الاعمال او من سنخ المعاوضات على الأعيان ، ودفع الاشكال من جهة الفرر .

(١٨٤ - ١٨٧) جريان المعاطة في الجمالة والرهن والقرض والمزارعة والمساقات :

(١٨٨ - ١٩٠) ذكر ما يعتبر في عقد المعاطة واختلاف كلمات الاصحاب في ذلك وذكر جملة منها ، ثم لتفصيل المسألة والتكلم فيها على المباني والأقوال وشرح ذلك تفصيلا .

(١٩١ - ١٩٢) اعتبار التقاض في ماهية المعاطة ، والكلام في اعتبار حدوث القبض او كلابة استدائه واستظهار الاول ، وان للقدّر المتيقن في افادتها الملك او الاهاحة حصول الاعطاء من الجهتين ، والتأمل

في صدق النشاء تمليك المثلثن بقض الثمن وانه قد بدعى العقادها بمجرد اتصال
 العوض واخذ المعوض من غير توقف على اعطاء اصلا والعشيل لذلك بأخذ
 الماء من قرية السقاء مع غيبه ، ودخول الحمام ووضع العوض في كور ، صاحبه :
 (١٩٣ - ١٩٧) الكلام حول اجارة المربعة للارضاع والصهاغ
 للصبيغ والكاتب للكتابة والمنحة للبنا والحمام للارتفاع به غسلا وغسلا
 والاستحمام ، والبرق للاستقاء ، وظايرها مما استلزم اجارتها تلف عين للمؤجر
 من حيث منافاتها لحقيقة الاجارة التي هي تمليك المنافع دون الاعيان
 والتوجيه لذلك وتقوية المصنف عدم كونها من الاجارة :

(٢٠١ - ٢١٩) الكلام في الفضولي والاستدلال على صحته بالآيات
 والروايات ومناقشتها والجواب عن ذلك :

(٢٢٠ - ٢٢٧) الاستدلال على بطلان الفضولي بعد الاصل بالأدلة
 الأربعة والجواب عن ذلك :

(٢٢٨ - ٢٣٢) استدلال السيد بحر العلوم في مصابيحهم على البطلان
 بوجهين آخرين ، والجواب عنه :

(٢٣٢ - ٢٤٦) احتجاج الفصل بين سبق المنع وعدمه بالبطلان
 في الاول والصححة في الثاني ، والجواب من المصنف عن ذلك ثم احتجاج
 الفصل بين مالو قصد البايع الفضولي البيع لنفسه او للمالك بوجود ما يمنع
 من الصححة في الاول وجواب المصنف عن تفصيله . ثم الكلام من المعلق
 حول الجواب وانه غير دافع عن اشكاله وانحصار دفع الاشكال بما ذكره
 شيخنا الانصاري وتعليق مفصل في بيانه :

(٢٤٧ - ٢٤٨) بيان مانسب الى ظاهر الاصحاب : من أن الغاصب
 لو باع ماغصبه ورد المالك البيع ولم يجزه ليس للمشتري استرداد الثمن لو
 كان موجوداً عند الهايع وأن ذلك لا يرجع الى وجه وجوه :

(٢٤٩ - ٢٥٢) في بيان أن بيع الفضولي كلياً في ذمة الغير أو اشتراؤه له إذا كان بتصريح منه بمن له البيع أو للشراء فانه يصح مع اجازة من له البيع أو للشراء ويبطل مع رده اما لو كان اضافته الى الغير بصرف للعقد لا تصريح بمن له البيع أو الشراء فانه يحكم بصحته لمن قصده الفضولي مع اجازته للعقد ومع رده للعقد يبطل بالنسبة الى من قصده الفضولي وينفذ من ناحية المباشر ظاهراً مع عدم تصديق طرفه بملكه وفي وجهه ينفذ واقعاً حيثلذ بيان الوجه في ذلك تفصيلاً :

(٢٥٣ - ٢٥٥) الكلام في إمكان جريان الفضولي في المعاوضة وعدم إمكانه ، وما قد يقال من منع جريان الفضولية فيها مطلقاً سواء قلنا بافادتها الملك أو الاباحة :

(٢٥٦ - ٢٦٠) في جريان للفضولية في غير المعاوضات كالوقوف والصدقات وغيرها والعبادات المالية كالانحاس والزكوات والكفارات : والاشكال من المصنف في صحة الفضولي فيما يعتبر في صحته القرية كالصدقات والوقوف والكلام حول ذلك تفصيلاً :

(٢٦٠ - ٢٦٢) اختيار المصنف جريان للفضولي في العقود الجائزة للملكية ومنها الوصية ، فضلاً عن العقود الأذلية التي يكفي تحقق الاذن فيها ممن له الاذن :

(٢٦٣ - ٢٦٦) للكلام في مسألة الاجازة والرد ، والاول منهما نارة يقع في موضوعها ، وأخرى في حكمها وما يشترط في تأثيرها ، واستظهار المصنف أن الاجازة هي القول للدال على الرضا بالعقد أو ما يحكمه وعدم كفاية مجرد الرضا ما لم ينكشف بقول او فعل في تحقيقها وان اعتبارهما من باب السببية لا من باب الكشف عن السبب - كما ذهب اليه بعض - مستعدلاً على ذلك بأدلة سبعة ذكرها المصنف ، وتنتظر فيها وذكر وجه للنظر :

(٢٦٧ - ٢٨١) بيان شروط تأثير الاجازة والكلام حولها .

(٢٨٢ - ٣١٠) الكلام فيها لو باع الفضولي مالا ثم ملكه ، وذكر

اختلاف الأصحاب في صحة العقد مع اجازته بعد الملك واحتمال البعض منهم عدم توقف صحة العقد على اجازة منه بعد التملك وذهاب البعض الى بطلان العقد وعدم قابليته للتصحیح حتى مع الاجازة بعد انك وفي المسألة بيان وتفصيل من المصنف والمعاذ وذكر اخبار استدلل بها على المنع والتكلم فيها هو المستفاد منها ، والنتيجة اختلاف بين المصنف والمعلق في حكم المسألة ثم ذكر المصنف ما يباحق بالمسألة المذكورة ، وهي مالو باع معتقداً أنه مال غيره ثم بان أنه مال نفسه وأن حكمه للتوقف على الاجازة ثم ذكره مسألة اخرى وهي مالو أذن المالك لشخص بالتصرف في ماله معتقداً أنه لغيره فلا يجوز للمأذون للعالم بالكيفية التصرف فيه بذلك الاذن كما انه لو أذن لشخص معتقداً أنه صديقه لم يجوز للمأذون التصرف فيه مع كونه عدواً له وان المالك مشتبّه في اعتقاد الصداقة ، والكلام من المعاذ كما كان الفرق بين مالو أذن بالتصرف في ملكه معتقداً أنه لغيره وبين مالو أذن لعدوه بالتصرف في ماله معتقداً صداقته وأنه في الصورة الاولى لا يجوز للمأذون التصرف بذلك الاذن بخلاف للصورة الثانية وبيان وجه الفرق بينهما .

(٣١٣ - ٣١٨) بيان حكم الاجازة من حيث كونها لالة او كاشفة

وبيان ما استدلل به للكشف ، ورده ، ومناقشة المصنف للرد وتقريبه للكشف بأن للتأثير للعقد وان كان حادثاً بالاجازة ويحدث بمحدوثة الملك الا انه يلبس بمحدوثة الى حين العقد الذي هو منتهى الانهاساط من طرف المعاذ وحرف الابتداء من قولهم : (من حين العقد) لبيان مبدء الطرف لأمهده الحدوث فان زمان الاجازة مبدءه وحين العقد منتهاه ، وبملاحظة الانهاساط المذكور عبر عنها بالكاشفة ، وامتناز القول بها عن القول بكونها لالة لعدم الانهاساط

فيه إلا في الطرف اللاحق الى آخر ما ذكره المصنف من وجوه الكشف والنقاش في بعضها وبيان بعض ثمرات القولين :

(٣١٩ - ٣٢٧) الاستدلال على الكشف بصحبة أبي هبيدة ، وتقريب دلالتها عليه ، ثم ذكر بعض الثمرات بين القول بالنقل والقول بالكشف . وعلى الكشف : بين جميع محملاته . ثم بيان تعليل منع الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالكشف بأمر وذكرها والنظر فيها ، وبيان وجهه ثم سرد بعض الثمرات الأخرى بين القول بالنقل والقول بالكشف وذكرها والكلام حولها ، ومنها ظهور للثمرة فيما لو تواردت عقود متعددة فضولية على الموصفين أو أحدهما مع وحدة المحل أو اختلافه :

(٣٢٨ - ٣٣٠) للكلام فيما لو عقد اثنان أو أكثر على مال دفعة أو بالتعاقب مع اتحاد المتعلق . ثم للكلام فيما لو اختلف المتعلق وفيما لو باع اثنان من شخص واحد وأجازها دفعة وافق الثمنان جنساً وفيما لو اختلفا في الجنس أو اختلفا في عرض الكم أو اختلفا في الاطلاق والقييد ، ثم بيان أن إجازة العقد لا توجب إجازة للقبض :

(٣٣٠ - ٣٣٥) للكلام في الرد : تارة في موضوعه ، وأخرى في حكمه وتأثيره ، وبيان الرد هو النشاء لإبطال ما أحدثه الفضولي بقول أو فعل وبيان كل منهما تفصيلاً ثم للكلام في حكم الرد وأنه موجب لإبطال للعقد الموجب لسقوط الإجازة عن القابض وأنه لو لم يلاحق الإجازة من المالك - تحقق منه الرد أم لا - جاز النزاع ماله أو يبدله مع التلف ممن هو في يده بأقباض الفضولي ويتخير مع تعاقب الأيدي عليه في الرجوع على من شاء منهم وأنه لو رجع على السابق رجع هو لللاحق ولا عكس ما لم يكن غاراً له ، ويرجع هو أي لللاحق على من تأخر عنه ، وإن قرار للضمان على من تلف المال بيده ثم بيان أن بسط الكلام يتم في مواضع : الأول - في معنى ضمان العين . الثاني -

في تصوير تخيير المالك في الرجوع على من شاء منهم في تعاقب الأيدي على ماله : الثالث - في رجوع من رجع المالك عليه غير التالف في يده على غيره : ثم الكلام في معنى الضمان وتقديره وبيان أنه قد يطلق على ما يبعد تحويل المال من ذمة الى أخرى وقد يطلق ويراد به العهد وبيان للفرق بين الضامين :

(٣٣٦ - ٣٤٧) الكلام في صحة الضمان العقدي للأعيان المضمونة على الغير بضمان اليد كالمقصوب والمقبوض بالعقد الفاسد والامانات عند التعدي والتفريط وجوازه قبل تلف العين وبيان الخلاف بين الاصحاب في جوازه وأن الأكثر على المنع وجماعة على الجواز ومنهم المصنف مستدلاً على ذلك بعموم « أوفوا بالعقود » مع التأييد بقوله تعالى « ولن جاء به حمل بعير والاه زعيم » والمناقشة من المعلق ثم تعقيب المسألة بضمان درك أحد العوضين للبايع أو المشتري المجمع عليه والانتصار به للجواز في المسألة ومناقشة المعلق ذلك ، وبيان عدم وضوح دلالة عليه إن تحقق إجماع على ذلك . ثم الكلام فيما يظهر منهم الاتفاق على صحة ضمانه من المتاع الملقى في البحر عند قول للضامن لصاحب المتاع : لقه في البحر وعلي ضمانه ، وحكاية الإجماع مسقطاً عليه مع ما قبل إله من ضمان مالم يجب ، وإمكان تصحيحه بإحد الوجهين ذكرهما المصنف .

(٣٤٨ - ٣٥٦) الكلام في تصوير ضمان الأيدي المتعاقبة على مال الغير للمالك 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 غرمه للمالك من بدل العين الثالثة عند رجوع المالك عليه وأخذه منه دون اللاحق فإله لا يرجع بما غرمه للمالك على السابق مالم يكن مغروراً فإله يرجع على من غره .

(٣٥٧ - ٣٦٠) في بيان أن ماوجهنا به ضمان ذوى الأيدي المتعاقبة على مال الغير من طولية الضمان هو مراد شيخنا الانصاري - قدس سره - حيث يقول (فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البذل والمبدل على سبيل البذل) ثم بيان أن الضمان الطولى كما تصوره في الأيدي المتعاقبة على مال الغير كذلك يتصور فيما يكون بالعقد أو الائتلاف والغرور وان كان بين ضمان الابدي وبين الضمان بالعقد أو الائتلاف والغرور فرق ، وبيان وجهه وأن المالك عند استيفائه للبذل من أحد الضمضاء تبرء ذمة الجميع لوحدة حقه المفروض استيفائه : (٣٦١ - ٣٧٥) فإما لو أبرء المالك ذمة أحد الضمضاء ماعليه تبرء ذمة الجميع ويسقط الحق عنه وعن السابق عليه واللاحق له ، وبيان وجهه ذلك وأنه مقتضى طولية الضمان . والله صالح المالك أحد الضمضاء فلا اشكال في سقوط حق المالك كالأبراء ، والله هل يرجع المتصالح على من لحقه أو ليس له الرجوع عليه كالأبراء ، وأما عدم رجوعه على من سبقه فهو واضح واستظهار أنه كالأبراء والصلح وتوضيح ذلك بعد ذكر حقيقة الصلح وأنه في مورد كل معاملة يفيد فائدتها وان لم يكن نفسها وأنه إنما يكون كالأبراء فيما لو كان للصلح بلا عوض ، وأما ماكان بهوض فيرجع المتصالح على من لحقه بمقداره ثم تكرار الكلام في بيان كيفية ضمان الابدي المتوالية على مال الغير لما في ذلك من زيادة وضوح للمطلب :

(٣٧٦ - ٣٨٣) في مالو مزج المشتري المبيع فضولا بماله مع رد المالك بيعه ، ثم اودع المجموع عند شخص أمانة ، وبيان حكم المسألة ، وأن الكلام فيها يقع في مقامين : الاول - فيما تقتضيه القاعدة في الحكم من لائحة المزج وأن صاحب المال ماذا يستحق ، والمقام الثاني فيما تقتضيه القاعدة من لائحة الوديعة وما يكون حكم الودعي وأن الواجب عليه دفع مجموع المال للمودع عند مطالعته اودفع مقدار حصته من المجموع وإبقاء الباقي أمانة عنده للمالك ودفعه اليه لو ظهر .

استدراكات تصويبات الجزء الاول

ص من خطأ	صواب	ص من خطأ	صواب
١٦ ١٤	الاولية	١٦ ٢٥	والحيثين
٢٥ ١٦	والحيثين	١ ٣١	فأصل
٣١ ٢٠	كل الحق	٣١ ٢٠	كون الحق
٧٦ ١٤	بعوضيه	٧٦ ١٤	بعوضيه
٨٠ ١	ماله	٨٠ ١	ماله
٨٤ ١٤	الحرم	٨٤ ١٤	الحرم
	من الحرم		بجمله حتى اخرجه
١١١ ٢٢	بالعين	١١١ ٢٢	بالعين
١١٣ ١٨	ضمانه	١١٣ ١٨	ضمان
١٣٤ ٢٠	فان ظاهر	١٣٤ ٢٠	فان الظاهر من
	اكتفائه		اكتفائه
١٤٢ ١٧	ثانيها	١٤٢ ١٧	ثانيها
١٥٨ ١٦	المبيع	١٥٨ ١٦	المبيع
٢٠٠ ٢٠	عامة	٢٠٠ ٢٠	غاية
٢١٣ ٤	صور	٢١٣ ٤	صوره
٢١٩ ١٨	وعنه ابن	٢١٩ ١٨	وعنه عن أبيه عن
ص من خطأ	صواب	ص من خطأ	صواب
٢١٩ ٢١	وجواب	٢١٩ ٢١	وجواب
٢٩٦ ٧	الى ما ذكره	٢٩٦ ٧	الى ما ذكره
٢٩٦ ٧	في أجزاء	٢٩٦ ٧	في أجزاء
٢٩٦ ١٦	نظر	٢٩٦ ١٦	نظر
٣٠٢ ١٤	لا يجوز في أول	٣٠٢ ١٤	لا يجوز أن يكون
	في أول		في أول
٣١١ ٢٠	اعتبار	٣١١ ٢٠	اعتبار
٣٢٣ ١٧	واللغصب	٣٢٣ ١٧	بالغصب
٣٤١ ١٠	الاول على	٣٤١ ١٠	الأول مني على
	ثبوت		ثبوت
٣٤٢ ١٦	فعارضيه	٣٤٢ ١٦	فبمعارضته
٣٤٤ ١١	هائدة	٣٤٤ ١١	هائدة
٣٤٥ ١	على في ايديهم	٣٤٥ ١	على ما في ايديهم
٣٥٠ ١٨	والمسلمين	٣٥٠ ١٨	أو للمسلمين
٣٥٥ ١٤	المحمر	٣٥٥ ١٤	المحجور

تصويبات الجزء الثاني

ص	س	خطأ	صواب	ص	س	خطأ	صواب
٩	٢	فاذا	فلذا	٩١	٢	كوله	كقوله
١٤	٥	لتحصيل	كتحصيل	٩٣	٣	وترية	ونتره
١٤	٧	بأني	بتأني	٩٥	٢	والخاصة	الخاصة
١٧	١٠	ألتقى	إن تعلق	٩٦	٢	ولا كلف	ولا كذلك
١٩	٢٠	لهم	نعم	٩٧	١٨	فاشغري	فا اشغري
٢٨	٨	للصورة	الصور	١٠٩	١٩	إذا	إذ
٢٨	١٣	والحافز	والحافر	١٠٩	١٩	إلا	الى
٢٨	١٤	ولا تسهب	ولا تسيب	١١٢	٢٢	كسبني	كسكني
٢٩	٩	عبادة	عبادية	١١٣	١٠	يذبح	يذبح
٢٩	١٣	الأجيز	الأجير	١١٤	٢٣	هبوط	مهبوط
٣٠	٢	عنه	عنه	١٢٧	١٨	على تحقّقها	تحققها على
٣٠	١٧	يمكن	يمكن	١٢٨	١	المالك	لمالك
٣١	١٣	مقرّنه	منزلة	١٣٤	١	ان كالت الالهة	ان كالت الالهة
٣٤	٩	ما أفاه	ما أفاده	١٣٤	٢	ان كان	ان كالت
٣٥	١٨	الناب	لنائب	١٣٦	٥	هذها	هذها
٣٧	٩	دفع	به دفع	١٣٧	١٦	أو القبامة	أو للقبمة
٣٧	٢٢	هأن ما	إن ما	١٤٠	٢٢	المتلف	المتلف
٤٣	١٥	واحتمال	واحتاله	١٤١	٢٣	كاشف	كاشفاً
٩١	عنون	تحقيق في المعاطاة الهـ	عنون	١٤٢	١٠	لعل	هل لعل
	الصحيح:	إمكان لعل للدين		١٤٣	١٥	مشروعنها	مشروعنها
	الى من هو عليه			١٤٤	١١	المكبة	المكبة

صواب	خطأ	ص	ص	صواب	خطأ	ص	ص
دور	دون	٦	٢١٥	على الإباحة	البناء على	٢١	١٤٤
أخبر به	أخبره	٦	٢١٥	فلارجوع مع	الكشف		
للرقية	الترقية	٦	٢١٦	الأول في اللزوم	الأول بالأول	١٠	١٤٨
أو غلوه	أو غلوة	١٢	٢١٦	في اللزوم			
المدعين	المدعين	١٦	٢١٦	من وجه	من جروره	٢٣	١٥٣
وقواعده	وقواعد	١	٢١٧	للفضولي مطلقا	الفضولي	٢٢	١٥٥
من أفراد	من أفراد	٢٢	٢٢٠	حكم مالو امتزج	عنوان حكم الواقع	١٦١	
المفهوم	الموضوع			لا إباحة	إلا إباحة	٩	١٦٥
وهو للفضولي	وهو للفضولي	٣	٢٢١	بأن يأمره	بأن يأمر	١١	١٦٥
عنده	عنه	٩	٢٢٢	المجالية	المجالية	٧	١٦٩
رهقة	رقبه	٢٣	٢٢٣	إلى أن ضمان	إلى ضمان	٣	١٨٢
اشترأها	اشترها	٨	٢٢٥	المقترض له	المقترض له	٦	١٨٧
بالاستصانة	لاستصائه	١٩	٢٢٦	بالزام المقرض			
خرج	حرج	١٦	٢٤٣	له			
ولا قابلية	ولا قابليته	١٦	٢٤٥	اللزوم انتهى	اللزوم	١٢	١٨٨
بل	من بل	١٥	٢٤٦	منها	منها	١٦	١٨٩
المعارضة	المعاوضة	١٠	٢٤٩	المعاملة	للمعاملة	٩	١٩١
عن	من	٢٢	٢٤٩	يعنيه	يعنيه	١٣	٢٠١
في للثمن الكلي	في ذمة	١	٢٥١	أجاز	فأجاز	١٢	٢٠٦
من أشخاصات				النكاح	النكاح	٥	٢٠٩
للثمن يختلف				أو الموضوعية	والموضوعية	٣	٢١١
باختلافها ولذا				على شيء وهو	شيء وهو	٩	٢١٢
يبطل أو باع				لا على	على	٩	٢١٢
بدرهم في ذمة							

انتظروا قريباً

الجزء الثالث من الكتاب

وأوله:

رِسَالَةٌ

فِي مَخَارِجِ الْمَرِيضِ