بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

الشرط الثالث من شروط العوضين: وهو الملكية الطلقة.

والبحث هنا في مقامين: في اعتبار أصل الملكية، وفي اعتبار الطلقية في الملكية.

المقام الأول: وهو اعتبار أصل الملكية، والبحث فيه في جهتين: في تحرير محل البحث وفي مدرك اعتباره:

الجهة الأولى: في ما هو المقصود باعتبار الملكية؟

إن البحث عن شرطية الملك وقع تارة في شرائط المتعاقدين حيث قيل بأنه يعتبر في البائع أن يكون مالكاً، وأخرى في شرائط العوضين حيث قيل بأنه يعتبر في المبيع أن يكون ملكاً. وهذا ليس تكراراً لاعتبار الشرط تارة في شرائط المتعاقدين وأخرى في شرائط العوضين، بل هنا شرطان، فإن البحث عن اشتراط كون العاقد مالكاً راجع إلى ملكية التصرف لا إلى ملكية العين، بمعنى أنه يعتبر في المتعاملين أن يكون كلاهما مالكاً للتصرف، أي أهلاً للتصرف في المعاملة على العين سواء كان مالكاً غير محجور أو كان ولياً أو وكيلاً أو مأذوناً من قبل المالك أو وصياً فإن كل ذلك يندرج في ملك التصرف وإن لم يكن مالكاً لنفس العين، بينما البحث في شرطية الملك أو الاستحقاق للعين، بمعنى أن لا تكون العين من المباحات الأولية ولا مما لا يملك أو مما لا يقبل التمليك، فهذا هو المقصود بالشرطية في المقام.

وبناءً على ذلك فلا بد من بيان أمرين:

الأمر الأول: لا يعتبر أن يكون المعوض ملكاً في رتبة سابقة على المعاملة بل يمكن أن يكون ملكاً بنفس المعاملة كما في فرض الإجارة، فإن الأجير يملّك المستأجر عمله بنفس الإجارة وإن لم يكن العمل ملكاً للأجير قبل الإجارة، بل هو من ضمن أعماله التي هي تحت سلطنته التكوينية والاعتبارية.

وكذلك في تمليك الدين على الذمة بأن يملك شخصاً مالاً في ذمته، فإن الملكية مما تحصل بنفس التمليك وإن لم تكن ثابتة في رتبة سابقة ما دامت له السلطنة على التمليك.

الأمر الثاني: أن محل الكلام لا يختص بالملك بالمعنى الأخص، بل هو الملك بالمعنى الأعم وهو طبيعي الاستحقاق، لأن المعاوضة قد تقع على المملوك وقد تقع على المحقوق، كما لو فرض أن الخل المملوك صار خمراً فبانت الملكية له وبقي حق الاختصاص، أو أن العين المملوكة أصبحت ميتة فزالت الملكية وبقي حق الاختصاص.

الجهة الثانية: في مدرك اعتبار الملكية.

وهنا وجوه:

الوجه الأول: ما استدل به جملة من الفقهاء وهو الحديث الوارد: (لا تبع ما ليس عندك)، فإن مقتضاه أن ما ليس ملكاً أو موردا للحق فليس عنده، وبما أنه ليس عنده فهو مشمول للنهي سواء كان النهي تكليفياً دالاً بالالتزام على البطلان أو نهياً إرشادياً لعدم النفوذ.

ولكن يلاحظ على هذا الاستدلال: أن المحتمل من العندية عرفاً في قوله: (لا تبع ما ليس عندك) إما النهي عن بيع مال الغير حيث إنه ليس عنده، أو أن المراد بـ (ما ليس عندك) ما ليس لك قدرة على تسليمه، لعدم وجوده أو لوجود المانع من تسليمه فيشمله النهي (لا تبع ما ليس عندك)، وأما احتمال أن المراد بـ (ما ليس عندك) ما ليس مملوكاً وإن كان من المباحات الأولية الذي يمكن تملكه بالحيازة ثم المعاملة عليه فهو غير عرفي.

الدليل الثاني: أن أكل المال بإزاء ما ليس بملك أكل للمال بالباطل فيشمله قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ).

ولكن يلاحظ عليه: ما مضى من أن قرينة الاستثناء – (إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ) – دالة على أن المراد بالسبب الباطل ما كان ظلماً أو كان غصباً أو مشتملاً على الغش والتدليس ونحو ذلك مما يعد مصداقاً للباطل بالنظر العرفي. وأما بيع ما ليس ملكاً له بالفعل لكونه من المباحات الأولية فإنه لا يصدق عليه أنه أكل للمال بالباطل. نعم، قد يقال إنه سفه أو لغو، وهذا المحذور مما يمكن رفعه بأي غرض عقلائي يكون له في بيع المباح مثلاً.

الدليل الثالث: ما ذكره سيدنا الخوئي قدس سره [في الموسوعة ج ٣٠ كتاب الإجارة ص٣٧] من عدم المقتضي ووجود المانع، أما عدم المقتضي للصحة فلأن قوله عز وجل: (أوفوا بالعقود) ظاهر في أن العقد المخاطب بالوفاء به هو العقد الواقع على ماله أو بماله، فنفس الأمر بالوفاء قرينة على اشتراط

كون متعلق العقد عيناً مملوكة أو محلاً للحق لا مطلقاً، وأما وجود المانع فلان التصرف في مال الغير منوط بإذنه كما دلت عليه الروايات الشريفة.

وما أفاده قدس سره الشريف محل تأمل، والسر في ذلك أنه تارة يفرض أن الأمر بالوفاء إرشاد للنفوذ، ومن الواضح حينئذ عدم الموجب لاختصاص متعلقه بما كان مملوكاً، وتارة يفرض أنه حكم تكليفي فكذلك لا موجب لدعوى ظهور متعلقه في الملك، فإن موضوع الآية وهو (أوفوا بالعقود) مطلقٌ بحسب اللفظ، غاية ما في الباب أن هناك مقيدا لبّيا متصلاً لوضوحه عرفاً، وهو أن العين التي يكون المكلف أجنبياً عنها – بمعنى أنه لا سلطنة له على التصرف فيها لعدم كونه مالكاً ولا ولياً ولا وكيلاً ولا وصياً – مما لا معنى لمخاطبته بالوفاء بالعقد عليها، لا أن الموضوع للأمر بالوفاء ما كانت مملوكة، إذ هناك فرق بين أن يكون موضوع الأمر بالوفاء العنصر الإيجابي وهو أنه يعتبر في متعلق العقد أن تكون العين مملوكة أو محقوقة، فإن هذا العنصر الإيجابي مما لا يستفاد من سياق الآية، وبين أن يكون المقيد اللبي هو العنصر السلبي، وهو أن لا يكون المكلف أجنبياً عن العين، فإنه لا معنى عرفا لتوجه الأمر بالوفاء تكليفا لمن كان أجنبياً عن العين. مضافاً إلى أن مؤدى استدلال سيدنا الخوئي قدس سره هو اعتبار ملكية التصرف لا ملكية العين التي هي من شرائط المتعاقدين – كما هو ظاهر سياق كلامه في بيان المقتضي والمانع – لا من شرائط العوضين التي هي محل البحث عنها.

الدليل الرابع: ما ذكره بعض الأعلام رحمه الله [في كتابه نظرية العقد في الفقه الإسلامي ص٥٩٥] وهو مؤلف من مقدمتين:

المقدمة الأولى: أن العقد ليس هو مجرد الالتزام من قبل العاقد بعمل أو نقل حق أو نقل عين، وإنما العقد إنشاء العلقة الوضعية سواءً كانت ملكية أو زوجية أو حقية، لا أنه مجرد التعهد والالتزام بل الالتزام المفضي لحدوث علقة وضعية، وهذا واضح.

المقدمة الثانية: أن العاقد ليس مشرعاً وإنما هو محقق لموضوع الملكية أو الزوجية المفروغ عن مشروعيتها بحسب القانون العقلائي أو الشرعي.

وبناءً على هاتين المقدمتين إذا أراد الإنسان أن يبيع شيئاً مباحاً من المباحات الأولية الموجودة في الصحراء أو الغابات فرضاً قبل تملكه بالحيازة، فحينئذ إما أن يكون المنظور تمليكه بالفعل، أو يكون المنظور الالتزام بتمليكه لا تمليكه بالفعل.

فإن كان المنظور تمليكه بالفعل مع أنه ليس ملكاً له فلازمه التشريع، لأنه مع عدم كون المبيع ملكاً ولا يقبل الدخول في ملك الآخر إلا بواسطة الحيازة، فتمليكه بالفعل مع عدم قابليته قانوناً وشرعاً للدخول في ملك الآخر تشريع، وقد اتضح في المقدمة الثانية أن العاقد ليس مشرعاً وإنما هو محقق لموضوع الملكية الثابت شرعاً أو قانوناً.

وإن كان منظوره الالتزام بالتمليك، فهذا منافٍ للمقدمة الأولى من أن العقد – ومنه البيع أو الإجارة – ما كان التزاماً منشئاً لعلقة وضعية إما الملكية أو الزوجية أو الحقية، وأما مجرد الالتزام بأن يملكه ولو مستقبلاً فليس مصداقاً للعقد كي يكون مندرجاً في قوله: (أوفوا بالعقود).

هذا إذا أريد بيعها ثم حيازتها، وأما إذا أريد مجرد بيعها بلا حيازة ولا تسليم فمن الواضح أن هذا منافٍ للغرض النوعي من المعاملات وهو التسليم من أجل استيفاء المنفعة والفائدة فيكون عقداً لغواً.

ولكن يلاحظ على كلامه النقض والحل:

أما النقض: فبما أفاده جملة من الفقهاء من صحة بيع من باع ثم ملك، مع أن العين المملوكة للغير مما لا تقبل التمليك من قبل الأجنبي بحسب القانون والشرع لا بشرط.

وأما الحل: فيمكن أن يكون المنظور للبائع التمليك على نحو الواجب المعلّق، بمعنى أن ما صدر من البائع هو التمليك بالفعل، لكن المملوك بهذا التمليك ما هو المحاز في ظرفه، فالتمليك فعلي والمملوك استقبالي وهو ما يحاز، وهذا مما لا يكون منافياً للمقدمة الأولى وهي أن العقد إنشاء لعلقة وضعية حيث إن العاقد قد أنشأ علقة وضعية وهي الملكية، ولا منافياً للمقدمة الثانية وهو أن العاقد ليس مشرعاً باعتبار أنه لم يملكه مملوكاً فعلياً كي يكون منافياً للشرع أو القانون، بل ملّكه مملوكاً مستقبلياً وهو المحاز في ظرفه. فافهم وتأمل.

والحمد لله رب العالمين