

فتح المكنى

البرنجي

للشيخ الأعظم الأفاضل

الشيخ

الشيخ محمد بن أبي بكر بن أبي

الجزء الرابع

فتح المكنى



شرح المكاسب المزجي

للشيخ الأعظم الأنصاري رحمه الله

القسم الأول من كتاب البيع

«الجزء الرابع»

الشارح - السيّد محمد علي الجزائري (آل غفور)

جزائري، محمد علي، ١٣١٧

شرح المكاسب المزجي / تاليف الانصاري (قدس سره) ، الشارح محمد علي
الجزائري (آل غفور) . - قم: بنى الزهراء (ع) ١٤٣٢ ق. = ١٣٩٠ ش
ج. ٤

ISBN: ٩٧٨-٦٠٠-٥٠٥٢-٤٤-٢

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیما
کتابنامه

١. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المكاسب - نقد و تفسیر
٢. معاملات (فقه). الف. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق.
- المكاسب. شرح ب. عنوان ج. عنوان: المكاسب. شرح
٢٩٧/ ٣٧٢ ١٩٠/١ / الف ٨ / م ٧٠٢٣



- الكتاب: شرح المكاسب المزجي - ج ٤
- تأليف: الشيخ الأعظم الأنصاري (ع)
- الشارح: السيد محمد علي الجزائري (آل غفور)
- الناشر: بنى الزهراء (ع)
- اللوح الحساسه و الطباعة: جزائري - سبحان
- الكمية المطبوعة: ١٣٠٠ نسخة
- الطبعة: الثانية ١٤٣٢ هـ. ق. - ١٣٩٠ هـ. ش
- السعر: ٧٥٠٠ تومان

ISBN: ٩٧٨-٦٠٠-٥٠٥٢-٤٤-٢

بنی الزهراء (ع)

للطباعة و النشر و التوزيع

شارع معلّم - جنب ادارة الكهرباء - بناية مطبعة الجزائري

الهاتف: ٧٧٣١٧٥٢ - ٧٨٣٦٣٠٠ - ٢٥١ - ٠٠٩٨

موبائيل: ٠٩١٢٣٥١٤١٤٨

جميع الحقوق محفوظة للشارح

٢٧	الفاضلان	هما: المحقق الحلّي صاحب الشرائع جعفر بن الحسين الحلّي المتوفى ٦٧٢ ق و العلامة الحلّي الحسن بن يوسف المتوفى ٧٢٦ ق
٢٨	القديمان	هما: ١ - محمد بن الجنيد المستقدم الإسكافي ٢ - الحسن بن علي بن أبي عقيل الحدّاء العماني المعاصر للكلييني و علي بن بابويه له كتاب المتمسك بحبل آل الرسول. هو: الفاضل الحسن بن أبي طالب صاحب كشف الرموز فرغ منه ٦٧٢ ق و هو المعروف بالفاضل الآبي.
٢٩	كاشف الرموز	هو: الفاضل الهندي محمد بن الحسن المتقدم بعنوان بعض الأجلة
٣٠	كاشف اللثام	هم: ١ - الشيخ المفيد ٢ - الشيخ الصدوق ٣ - الشيخ الطوسي. هو: الميرزا ابوالقاسم صاحب القوانين المتوفى ١٢٣١ ق
٣١	المشايع الثلاثة	هو: المحقق الحلّي صاحب الشرائع المتقدم
٣٢	المحقق القمّي	هو: الشيخ علي بن الحسين الكركي صاحب جامع المقاصد المتوفى ٩٤٠ ق
٣٣	المحقق الأوّل	هو: الشيخ علي بن الحسين الكركي صاحب جامع المقاصد المتوفى ٩٤٠ ق
٣٤	المحقق الثاني	هم: ١ - المحقق الأردبيلي ٢ - الفيض الكاشاني ٣ - السيّد نعمت الله الجزائري المتوفى ١١١٢ ق.
٣٥	متأخري المتأخرين	هو: الشيخ البحراني «يوسف بن أحمد بن ابراهيم المتقدم في بعض المحدثين
٣٦	المحدث البحراني	هو: الشيخ محمد بن الحسن، الحرّ العاملي صاحب وسائل الشيعة المتوفى ١١٠٤ ق
٣٧	المحدث العاملي	هو: الملا محسن الفيض صاحب الوافي والصافي المتوفى ١١٩١ ق
٣٨	المحدث الكاشاني	هو: العلامة الشيخ محمد باقر بن محمد تقي صاحب بحار الأنوار والمتوفى ١١١١ ق
٣٩	المحدث المجلسي	هو: ابو علي الحسن بن محمد بن الحسن الطوسي المتوفى ٥١١ ق
٤٠	المفيد الثاني	هو: السيّد نجم الدين مهتّا بن سنان ابن عبدالمطلب المدني المتوفى ٧٥٤ ق
٤١	السيّد المهتّا	هو: الشيخ ابراهيم بن نورالدين المعروف بالفاضل الميسي المتوفى ١٠٣٢ ق
٤٢	الميסי	

القدّمة :

بسم الله الرَّحْمَن الرَّحِيم

و الحمد لله ربّ العالمين، و صلّى الله على محمّد و آله الطاهرين

و بعد، فهذا هو «المجلّد الرابع» من كتاب شرح المكاسب المزجيّ - وهو الأوّل من قسم البيع - و أشكر الله تعالى و أحمده حيث وقعت الأجزاء الثلاثة الأوّل - في المكاسب المحرّمة - موقع القبول لبعض العلماء من الأساتذة الأفاضل للحوزة العلميّة المقدسة و زملائي الطلاب المحضّلين دامت توفيقاتهم.

هذا، مع كثرة الشروح على المكاسب الّتي استفدت منها و لا سيّما من كتاب «هدى الطالب» لسيدنا الأستاذ آية الله المروّج ﷺ، فَشَكَرَ اللهُ سَعِيَهُمْ و عليه أجرهم، لكنّه كما قال الشاعر الفارسي:

هر گلی رنگی و هر مرغ صدایی دارد هر سر شاخه در این باغ هوایی دارد
و أجدّد شكري المتواصل لجميع من ساعدني في نشر هذا الأثر لا سيّما حجة الإسلام و المسلمين الشيخ محمّد رضا الجائري دام فضله.

فأرجو من الله العليّ القدير أن يقع هذا العمل القليل مورد القبول له سبحانه، و يستفيد منه أهل العلم، و يوفّقني لنشر سائر أجزائه، و يكون ذخراً لي ليوم فقري و فاقتي إليه بحق محمّد و آله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

قم المقدّسة

السيد محمّد عليّ الجزائري (آل غفور)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، و الصلاة و السلام على محمّد و آله الطاهرين،

ولعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين.

«كتاب البيع»

و هو في الأصل كما عن المصباح: مبادلة مالٍ بمالٍ.

(بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله ربّ العالمين) باريّ الخلاق أجمعين

(والصلاة و السلام على محمّد و آله) الطيّبين (الطاهرين) المعصومين.

(ولعنة الله على أعدائهم) أعداء الدين، أبد الآبدين (إلى يوم الدين) أي يوم

الجزاء و القيامة، و من الواضح أنّ الغاية داخلّة في المغيبي، فإنّ أعداء أهل البيت عليهم السلام،

ملعونون و مطرودون عن رحمة الله تعالى في الآخرة و معذبون، و في العذاب هم خالدون.

(كتاب البيع) يذكّر فيه الأحكام المختصّة به و هو من إضافة العامّ إلى الخاصّ فإنّ

لكلّ عقد من العقود كتاب خاصّ يُذكر فيه أحكامه و إنّما خصّه بالذكر و التعرّض

لأحكامه دون سائر العقود من الإجارة و الصلح و النكاح و الهبة و غيرها، لكثرة الإبتلاء

به و وقوع كثير من المبادلات و المعاوضات به و إن كان الشيخ رحمته الله ربّما يتعرّض في

مطايي الكتاب لسائر العقود إستطراداً.

و أعلم أنّ للبيع معنيين حقيقيّ و مجازيّ، فالحقيقيّ ما أشار إليه بقوله (و هو في

الأصل) - أي في اللغة - (كما عن المصباح) المنير ص ٦٩ «مادّة بيع» للشيخ أحمد بن

محمّد بن عليّ الفيومي (مبادلة مالٍ بمالٍ) فللبيع أركان أربعة: ١ - البائع و هو من التزم

و الظاهر إختصاص المعوِّض بالعين، فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها؛ وعليه استقرّ إصطلاح الفقهاء في البيع.

بتبديل ماله بمال آخر، بقوله: بعتك داري بمليون تومان. ٢- المشتري وهو من يقبل هذا الإلتزام. ٣- المثلث وهو الدار في المثال. ٤- الثمن والعوض وهو ما يدخل عليه «باء» العوضيّة أعني المليون تومان، وقد عرّف كثير من الفقهاء البيع بما يرجع إلى هذا المعنى على ما يأتي تفصيله، والمعنى المجازي للبيع هو العقد الذي يجري بين الطرفين، أو الإيجاب والقبول الدالّان على نقل الملك بعوض معلوم، أو إنشاء تمليك عين بعوض على وجه التراضي - كما في المصاييح للعلامة الطباطبائي المخطوط - وعرّفه الآخرون^(١) والعلاقة في هذا الإطلاق المجازي هي السببيّة فإنّ العقد سبب للنقل والإنتقال.

(و الظاهر) شرعاً و عرفاً بل و لغةً - بضميمة أصالة عدم النقل - (إختصاص المعوِّض) أي المثلث الذي تعلّق به التبادل ابتداءً (بالعين) الخارجيّة في مقابل المنفعة سواء كان عيناً شخصيّة كالدار في المثال المتقدّم، أو كليّاً مضموناً في الذمّة كقوله: بعتك غنماً أو فرساً مع كذا من الصفات بكذا - في بيع السلم أو الدين الكليّ الثابت في الذمّة - و لا يخفى عليك أنّ تعريف الشيخ للبيع تعريف لفظي مثل سعدانة نبت و ليس بحقيقي لضرورة أنّ البيع ليس مطلق المبادلة بين شيئين و بالجملة ففي الحقيقة البيع هو مبادلة عين بمال، (فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها) فلو قال: بعتك منافع هذه الدار بكذا لا يكون بيعاً و إنّما هو إجارة تتوقّف صحتها على القول بصحة العقود بالعبارات المجازيّة كما ذكر في محلّه.

(وعليه) أي على هذا الإختصاص (استقرّ إصطلاح الفقهاء في البيع)،

(١) راجع مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٤٥؛ الجواهر، ج ٢٢، ص ٢٠٣.

نعم، ربّما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة المدبّر، وبيع سكنى الدار التي لا يُعلم صاحبها.

قد ورد في نسخة بدل بعض المكاسب هكذا «إصطلاح الفقهاء في العوض و المعوّض في البيع».

(نعم، ربّما يستعمل) لفظ البيع (في كلمات بعضهم في نقل غيرها) أي غير العين مثل الشيخ الطوسي عليه السلام في المبسوط ج ٦ ص ١٧٢، حيث عبّر في نقل خدمة العبد المدبّر بالبيع لكنّه تعبير مجازي كما قلنا.

(بل يظهر ذلك) أي استعمال البيع في نقل المنافع (من كثير من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة) العبد (المدبّر) فروى السكوني عن الصادق عن أبيه عن عليّ عليه السلام، قال: «باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبّر ولم يبع رقبتّه»^(١) وهي ضعيفة بالنوفلي فإنّه لم يوثّق واسمه الحسين بن يزيد وقيل أنّه غلاف في آخر عمره^(٢).

(و) كذلك أُستعمل لفظ البيع في نقل المنافع في (بيع سكنى الدار التي لا يُعلم صاحبها) فروى إسحاق بن عمّار عن عبد صالح عليه السلام قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه أنّها ليست لهم، ولا يدرون لمن هي فيبيعها يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحبّ أن يبيع ما ليس له ... إلى أن قال: قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده، فيقول: أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في

(١) الوسائل، ج ١٦، ص ٧٤، ح ٤ و راجع ح ١ و ٣، التدبير.

(٢) راجع جامع الرواة، ج ١، ص ٢٥٨.

و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها، و الظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أن لفظة الإجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان، كالثمرة على الشجرة.

يدي، قال: نعم يبيعهها على هذا»^(١).

(و) كذلك أستعمل لفظ البيع في نقل المنافع (كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها) مع أنها غير قابلة للبيع إذا كانت مفتوحة عتوةً فإنها تصرف في منافع المسلمين، كما تقدّم في ج ٣ ص ٣٤٥، من المكاسب المحرّمة من شرحنا فالمراد بيع منافعها، ففي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في جملة حديث - قال: «لا بأس بأن يتقبّل الرجل الأرض و أهلها من السلطان» الخبر^(٢) فراجع هناك لباقي الروايات.

(و الظاهر أنها) أي كلمات الأصحاب و الأخبار التي استعمل لفظ البيع فيها في نقل غير العين (مسامحة في التعبير) مجازاً كما قلنا إذ المتبادر من البيع هو نقل العين و التبادر علامة الحقيقة كما أن عدم التبادر و صحّة السلب علامة المجاز، و من المعلوم أنه يصحّ أن يقال لنقل المنافع أنه ليس ببيع فهو كالتعبير عن النكاح بالشراء مجازاً كما في صحيحة محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوّج المرأة أينظر إليها؟ قال: نعم إنّا يشتريها بأعلى الثمن»^(٣) و بمضمونها رواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام^(٤). (كما أن لفظة الإجارة) الذي وضع لنقل المنافع و استقرّ عليه إصطلاح الفقهاء قد (يستعمل عرفاً) مجازاً (في نقل بعض الأعيان) الخارجية (كالثمرة على الشجرة) فيقال في إجارة البستان: آجر زيد ثمرة أشجار بستانه لعمر و

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٢٥٠، عقد البيع و شروطه.

(٢) الوسائل، ج ١٣، ص ٢١٤، المزارعة و المساقاة.

(٣) الوسائل، ج ١٤، ص ٥٩، مقدّمات النكاح، ح ١.

(٤) المصدر نفسه، ح ٧.

و أمّا العوض، فلا إشكال في جواز كونها منفعة، كما في غير موضع من القواعد و عن التذكرة، و جامع المقاصد، و لا يبعد عدم الخلاف فيه. نَعَمْ، نُسَبِّحُ إِلَى بَعْضِ الْأَعْيَانِ، الْخِلَافُ فِيهِ، وَ لَعَلَّهُ

بكذا، مع أنّه في الحقيقة باع الثمرة.

هذا كلّه بالنسبة إلى المبيع أعني المعوّض، (و أمّا العوض) وهو الذي يدخل عليه الباء في قولك بعثتك داري بكذا (فلا إشكال في جواز كونها منفعة، كما في غير موضع من) كلمات الفقهاء كـ (القواعد) للعلامة ج ١ ص ١٣٦ في البيع و ص ٢٢٥ في الإجارة (و عن التذكرة) له أيضاً ج ١ ص ٥٥٦ و ج ٢ ص ٢٩٢ حيث قال: مسألة: كلّ ما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة ... فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عيناً أو منفعةً، انتهى. فالمنفعة مالٌ حقيقة؛ لأنّ المال هو كلّ ما يرغب فيه العقلاء يُبذل بإزائه شيء.

(و) كذا في كلمات المحقّق الكركي في (جامع المقاصد) ج ٧ ص ١٠٣، (و لا يبعد عدم الخلاف فيه) أي في جواز كون العوض منفعة كما هو الظاهر من كلام صاحب الجواهر رحمه الله ج ٢٢ ص ٢٠٩ و نقله عن المصابيح للعلامة الطباطبائي رحمه الله - المخطوط -.

(نَعَمْ، نُسَبِّحُ إِلَى بَعْضِ الْأَعْيَانِ الْخِلَافُ فِيهِ) وهو الوحيد البهبهاني في رسالته العمليّة الفارسيّة في آداب التجارة، و المناسب هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرحه على القواعد المخطوط، و كذلك الميرزا فتّاح التبريزي الشهيد في شرحه «هداية الطالب» ص ٤٩ بل اختار رحمه الله ما نسبّه إلى البهبهاني فقال بعد النسبة: و هو الحقّ حيث إنّ البيع قد أخذ في مفهومه المال في طرف العوض أيضاً و قد مرّ منع صدقه على المنفعة انتهى.

(و لعلّه) أي و لعلّ منشأ خلاف بعض الأعيان و ذهابه إلى عدم جواز جعل المنفعة

لما اشتهر في كلامهم: من أنّ البيع لنقل الأعيان؛ و الظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: أنّ الإجارة لنقل المنافع.

و أمّا عمل الحرّ، فإن قلنا: أنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال، فلا إشكال، وإلا ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع «مالاً» قبل المعاوضة؛

عوضاً في البيع كالمعوض (لما اشتهر في كلامهم) أي الفقهاء (من أنّ البيع لنقل الأعيان) فزعم أنّ مرادهم نقل الأعيان في جانب العوض و المعوض كليهما، وذكر هذا التوجيه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٤٨ و تلميذه صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٠٩، وقبلهما الشيخ الكبير كاشف الغطاء - على ما في هدى الطالب لسيّدنا الأستاذ في العلوم و الأخلاق آية الله المروّج تغمّده الله تعالى برحمته الواسعة بحقّ محمّد صلّى الله عليه و آله عترته الطاهرة -.

هذا (و) لكنّ (الظاهر) من كلامهم (إرادتهم بيان المبيع) فقط، (نظير قولهم) أي الفقهاء (أنّ الإجارة لنقل المنافع) حيث إنّ مرادهم منافع العين المؤجرة كالدار، دون الأجرة فإنّها تكون في الأغلب العين الخارجية أو الكلية.

(و أمّا عمل الحرّ) - في مقابل عمل العبد - فهل يجوز أن يجعل عوضاً في البيع فيقول: البائع للخيّاط مثلاً: بعثك كتابي هذا بخياطتك ثوبي، (فإن قلنا: أنّه) أي عمل الحرّ (قبل المعاوضة عليه من الأموال) في نظر العرف حقيقة، كما هو الحال بعد المعاوضة عليه، حيث إنّ الخياطة و البناية و أشباههما بعد المعاوضة تعدّ مالاً عرفاً، (فلا إشكال) حينئذٍ في جعله عوضاً و ثمناً في البيع لصحّة اطلاق المال عليه عرفاً (و إلا) أي وإن لم نقل بكونه مالاً قبل المعاوضة (ففيه إشكال) في جعله عوضاً (من حيث احتمال اعتبار كون العوضين) أي الثمن و الثمن كليهما (في البيع «مالاً» قبل المعاوضة) أعني

كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال - كحقّ الحِصانة و الولاية - فلا إشكال، و كذا لو لم تقبل النقل كحقّ الشفعة، و حقّ الخيار؛ لأنّ البيع تملك الغير.

و لا يُنتقض ببيع الدين على من هو عليه

البيع في المقام (كما يدلّ عليه) «اعتبار» (ما تقدّم عن المصباح) المنير في تعريف البيع بقوله: مبادلة مالٍ بمال.

(و أمّا الحقوق) و هي سلطنة الإنسان على انسان آخر كحقّ القصاص و حقّ الخيار و حقّ الحِصانة، أو على شيء كحقّ الرهن و حقّ التجير و حقّ السبق، فهل يصحّ جعلها ثمناً في البيع أم لا، (فإن لم تقبل المعاوضة) و المبادلة (بالمال) بأن كانت مختصة بشخص خاصّ و لا تقبل الانتقال (- كحقّ الحِصانة) المختصّ بالأُمّ أو الأب على الصبيّ و الصبيّة (و) حقّ (الولاية -) الثابتة للوصيّ و الحاكم على الطفل و حقّ الإستمتاع بالزوجة (فلا إشكال) في عدم صحّة جعله عوضاً بل معوّضاً ايضاً لعدم كونه مالاً و عدم صحّة انتقاله من صاحبه.

(و كذا) الحال في الحقّ (لو) كان قابلاً للمعاوضة ولكن (لم تقبل النقل كحقّ الشفعة، و حقّ الخيار) فإنّهما غير قابلين للانتقال عن صاحبهما إلى شخص آخر، نعم هما قابلان للإسقاط بالصلح في مقابل أخذ المال، فيقول صاحب الحقّ أسقطت حقّ شفعتي أو حقّ خيارتي عنك بكذا، و وجه عدم صحّة جعل مثل هذه الحقوق عوضاً في البيع أو معوّضاً و مبيعاً، هو ما أفاده بقوله (لأنّ البيع تملك الغير) و مثل تلك الحقوق غير قابل للانتقال إلى الغير أصلاً.

(و لا يُنتقض) ما ذكرناه من عدم صحّة جعل الحقّ عوضاً في البيع (ببيع الدين على من هو عليه) كما ذكر هذا النقض صاحب الجواهر، ج ٢٢، ص ١٠٩، حيث قال:

لأنه لا مانع من كونه تملكاً فيسقط؛ ولذا جعل الشهيد في قواعده «الإبراء» مردداً بين الإسقاط و التملك.

والحاصل: أنه يُعقل أن يكون مالكا لما في ذمته، فيؤثر تملكه السقوط، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه، والسر: أن «مثل - خ د» هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنها نسبة

بصحة جعل الحق عوضاً في البيع خلافاً لأستاذه كاشف الغطاء، فإذا كان لزيد في ذمة عمرو عشر كيلوات من الأرز مثلاً يصح بيعها منه بألف تومان فيكون عمرو بعد ذلك مديوناً بألف تومان بدلاً عن الأرز، مع أن الدين نوع من الحق، ووجه عدم النقض (لأنه لا مانع من) الالتزام هنا بـ (كونه) أي البيع (تملكاً فيسقط) ما في ذمة المدينون فإن الدائن وهو زيد في المثال يملك طلبه للمدينون ويملك المدينون أعني عمرو لما في ذمة نفسه ونتيجة ذلك التملك، سقوط الأرز في المثال عن ذمته و تبدله بألف تومان؛ (ولذا جعل الشهيد) الأول (في قواعده) ج ١ ص ٢٩١ (الإبراء) من الدائن للمدينون (مردداً بين الإسقاط) لما في الذمة (و التملك) فيظهر من كلام الشهيد أنه يعقل تملك الدين للمدينون.

(و الحال: أنه يُعقل أن يكون) الإنسان (مالكا لما في ذمته، فيؤثر تملكه) له (السقوط) أي سقوط ما كان عليه بمجرد أن صار مالكا له، فلا تستمر هذه الملكية لكنها أمر معقول ومتصور، فلا يرد النقض الذي ذكره صاحب الجواهر، (و) لكن (لا يُعقل أن يتسلط) الإنسان (على نفسه، و السر) في الفرق بين إمكان كونه مالكا لما في ذمته وعدم إمكان كونه ذا حق على نفسه، هو (أن مثل هذا الحق) أي حق الشفعة والخيار (سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد) بأن يكون هو المتسلط والمتسلط عليه كلاهما وهذا (بخلاف الملك، فإنها نسبة) إعتبارية

بين المالك و المملوك، و لا يحتاج إلى مَنْ يملك عليه حتّى يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه، فافهم.

و أمّا الحقوق القابلة للانتقال - كحقّ التحجير و نحوه - فهي و إن قُبِلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح، إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال في عوضي المبايعة لغّة و عرفاً.

مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرّض لشروط العوضين و لما يصحّ أن يكون أجره في الإجارة - في حصر الثمن في المال.

(بين المالك و المملوك) مثل زيد و داره أو زيد و ما في ذمّته في محلّ الكلام (و لا يحتاج إلى مَنْ يملك عليه) حتّى يكون المديون في المقام مالكاً لما في ذمّته، و مملوكاً عليه أيضاً، (حتّى يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه، فافهم) لعلّه إشارة إلى الدقّة في فهم الفرق بين الملك و الحقّ.

(و أمّا) وجه عدم جواز بيع (الحقوق القابلة للانتقال - كحقّ التحجير و نحوه) مثل حقّ السبق في الوقف و السوق، و حقّ الحيازة (فهي و إن قُبِلت النقل) إلى الغير (و قوبلت بالمال في الصلح) فيمكن أن يصالح حقّه في السبق إلى مكان من المسجد، أو حقّ تحجيريه في الأرض المباحة بمقدار من المال و يرفع يده عنه ليستمتع بالبادل، به، (إلّا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع) بجعله ثمناً (إشكالاً، من) جهة أخرى و هو (أخذ المال في عوضي المبايعة لغّة و عرفاً) كما تقدّم عن المصباح المنير من أنّ البيع مبادلة مال بمال، و الحقّ ليس بمال بل هو مجرد التسلّط على الشيء.

هذا (مع ظهور كلمات الفقهاء) - في موردين - أحدهما: (عند التعرّض لشروط العوضين) في البيع (و) الثاني: عند التعرّض (لما يصحّ أن يكون أجره في الإجارة، في حصر الثمن في المال) فهذا أيضاً دليل على أنّ الحقّ الذي هو نوع من

ثمّ الظاهر: أنّ لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله، إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها: «انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي».

و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون

السلطنة وليس بمال لغة لا يجوز جعله ثمنًا. هذا كلّ وجه عدم الجواز وأما وجه الجواز فهو أنّ المال عرفاً وعند العقلاء عبارة عن كلّ شيء يُبذل بإزائه مال، والحقّ يبذل بإزائه المال فيصدق عليه عندهم أنّه مالٌ فيصحّ جعله ثمنًا في البيع، كما يصحّ جعله أجرًا في الإجارة.

ثمّ الظاهر: أنّ لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية) فلم نجد أنّ الشارع المقدّس وهو الرسول الأعظم ﷺ، أو المتشرّعة وهم الأئمة المعصومون عليهم السلام وأصحابهم وضعوا هذا اللفظ لمعنى خاصٍ جديد عندهم، (بل هو باقٍ على معناه العرفي) الإصطلاحي (كما سنوضحه إن شاء الله، إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه) وبيان هذا المعنى العرفي (فد) عرفه الشيخ الطوسي (في المبسوط) ج ٢ ص ٧٦، (و) ابن أديس في (السرائر) ج ٢ ص ٢٤٠، (و) العلامة الحلّي في (التذكرة وغيرها) كالتحرير ج ١ ص ١٦٤ والقواعد ج ١ ص ١٢٣، بأنّ البيع («انتقال عين) مملوكة (من شخصٍ إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي»).

(و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة) وهي أنّ الانتقال أثر مترتب على البيع وغاية له لا أنّه نفسه، إذ البيع فعلٌ وهو النقل = انتقال دادن، و الانتقال اسم المصدر ونتيجة البيع، فلذلك (عدل آخرون) كالشهيد الأوّل في الدروس ج ٣ ص ١٩١، والمحقّق في المختصر النافع ص ١١٨، والفاضل المقداد في التنقيح ج ٢ ص ٢٤،

إلى تعريفه: بـ «الإيجاب و القبول الدالّين على الإنتقال» و حيث إنّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ - مجرداً أو بشرط قصد المعنى، و إلا لم يُعقل إنشاؤه باللفظ - عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بـ: «نقل العين بالصيغة المخصوصة».

و يرد عليه - مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع؛ و لذا صرّح في التذكرة: بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات، و أنّ المعاطاة عنده بيعٌ

و الشهيد الثاني في الروضه ج ٣ ص ٢٢١ مع التردد، فعدل هؤلاء (إلى تعريفه) «البيع» (بـ «الإيجاب و القبول الدالّين على الإنتقال») فعرفوه بما هو سبب للإنتقال فلذا استشكل الشيخ رحمه الله على هذا التعريف أيضاً فقال: (و حيث إنّ البيع من مقولة المعنى) فهو فعل من الإفعال كسائر المعاوزات التي أمضاها الشارع و تترتب عليها آثارها الخاصّة بها فالبيع أمر معنويّ إعتباري مدلول لللفظ (دون اللفظ مجرداً) عن المعنى (أو) اللفظ (بشرط قصد المعنى) وإرادته فلا دخل لللفظ في معنى البيع و تعريفه، (و إلا) أي وإن كان لللفظ دخل في تعريف البيع (لم يُعقل إنشاؤه باللفظ) فإنّ اللفظ لا يعقل إنشاؤه باللفظ مع أنّه يصحّ قولنا أنشأ زيد البيع بالإيجاب و القبول، فلهذا الإشكال (عدل) المحقّق الكركي في (جامع المقاصد) ج ٤ ص ٥٥ (إلى تعريفه بـ: «أنّ البيع هو (نقل العين بالصيغة المخصوصة)).

(و) هذا التعريف أيضاً (يرد عليه) أولاً ما أفاده بقوله (مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع) بل هو أعمّ منه و شامل للهبة و الصلح و غيرهما و التعريف لا بدّ أن يكون مساوياً للمعرّف، (و لذا صرّح) العلامة (في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٢ (بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات) و يشرط في الصيغة التصريح فلا يقع بمثل أدخلت الكتاب في ملكك، هذا أولاً (و) ثانياً (أنّ المعاطاة عنده بيع)

مع خلوها عن الصيغة - أنَّ النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة.
و لا يندفع هذا: بأنَّ المراد أنَّ البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة،
فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنه مأخوذ في
مفهومه حتَّى يكون مدلول «بعتُ»: نقلت بالصيغة؛ لأنَّه إن أُريد بالصيغة
خصوص «بعتُ»، لزم الدور؛ لأنَّ المقصود معرفة مادة «بعتُ»، و إن أُريد بها
ما يشمل «ملكتُ»، وجب الإقتصار

«أي المحقِّق الكركي» (مع خلوها عن الصيغة) - في مقابل القول بأنَّها تفيد مجرد
إياحة التصرف فيما صار بيد كلِّ منهما من عوض و المعوِّض فإنَّها - كما سيجيء عبارة
عن إعطاء البائع المثلن و إعطاء المشتري الثمن من دون أن يجري بينهما لفظ، فلا يشمل
تعريف المحقق لبعض أقسام البيع فلا يكون جامعاً للأفراد، و يرد عليه ثالثاً (أنَّ النقل
بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة) لأنَّ الصيغة أيضاً من مقولة اللفظ
- كالإيجاب و القبول - و البيع من مقولة المعنى، و لا يُعقل إنشاء الصيغة بالصيغة.

(و لا يندفع هذا) الإشكال الثالث (بأنَّ المراد أنَّ البيع) هو (نفس النقل)
الإعتباري (الذي هو مدلول الصيغة) و الصيغة غير داخله في معنى البيع (فجعله
مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل) من بين سائر أنواع النقل،
(لا أنه) أي هذا الفرد الخاص من النقل بالصيغة (مأخوذ في مفهومه حتَّى يكون
مدلول «بعتُ»: نقلت بالصيغة) فالصيغة غير مأخوذة في حقيقة البيع و ماهيته، بل آلة
و سبب لإنشائه.

و وجه عدم الإندفاع (لأنَّه إن أُريد بالصيغة) في كلام المحقِّق الكركي
(خصوص «بعتُ»، لزم الدور) من جهة أخذ المعرّف في التعريف (لأنَّ المقصود) من
التعريف (معرفة مادة «بعتُ») فكيف يؤخذ في تعريفها نفس لفظ «بعت» (و إن أُريد
بها) «أي الصيغة» (ما يشمل «ملكتُ») و نقلتُ، أي معنئاً عاماً (وجب الإقتصار)

على مجرّد التملك و النقل.

فالأولى تعريفه بأنّه: «إنشاء تملك عين بمال»، و لا يلزم عليه شيء ممّا تقدّم.

نعم، يبقى عليه أمور: منها: أنّه موقوفٌ على جواز الإيجاب بلفظ «ملّكت» وإلا لم يكن مرادفاً له.

و يردّه: أنّه الحقّ، كما سيجيء.

في إيجاب البيع (على مجرّد التملك و النقل) و لا يجوز إيقاع الصيغة بلفظ «بعث» فيكون من المثل السائر بالفارسيّة: «صاحب خر را پشت خر جا نمی دهند».

(فالأولى) و المتعيّن (تعريفه بأنّه: إنشاء تملك عين بمال) و هذا التعريف إختاره السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٤٨، إلّا أنّه قال: «بعوضٍ بدلُ «بمال» فقال: و الإخصر الأسد في تعريف البيع أنّه إنشاء تملك العين بعوض على وجه التراضي انتهى، و نقل ما هو قريب منه صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٠٥، عن العلامة الطباطبائي بحر العلوم في المصابيح - المخطوط - . (و لا يلزم) أي لا يرد (عليه شيء) من الإشكالات (ممّا تقدّم) على سائر التعاريف المتقدّمة.

(نعم، يبقى عليه أمور): من الإشكال (منها: أنّه) أي هذا التعريف (موقوفٌ على جواز) إيقاع (الإيجاب بلفظ «ملّكت» و إلا) أي وإن لم يجز الإيجاب به (لم يكن) التملك (مرادفاً له) أي للبيع، مع أنّه مرادف له قطعاً.

(و يردّه) أي هذا التعريف (أنّه) أي جواز الإيجاب بلفظ «ملّكت» هو (الحقّ، كما سيجيء) ص ٢٨ بقوله: فلو قال: ملّكتك كذا بكذا كان بيعاً و لا يصحّ صلحاً و لا هبة معوضة و إن قصدهما الخ، و أيضاً سيجيء ص ٢٧٧ عند ذكر ألفاظ الإيجاب و القبول، بقوله: «و منها أي و من ألفاظ الإيجاب لفظ «ملّكت بالتشديد» و الأكثر على وقوع البيع به ... الخ.

و منها: أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه؛ لأنَّ الإنسان لا يملك ما لا على نفسه.

وفيه: - مع ما عرفت و ستعرف من تعقّل تملك ما على نفسه «و ما في ذمّته - خ د» و رجوعه إلى سقوطه عنه، نظير تملك ما هو مساوٍ لما في ذمّته، و سقوطه بالتّهاتر - إنّه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع؛ إذ ليس للبيع - لغةً و عرفاً - معنى غير المبادلة و النقل و التملك و ما يساويها من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدّين:

(و منها) أي و من الأمور التي يرد على تعريفنا (: أنّه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه) و في ذمّته، مثل ما إذا كان يطلب من زيد عشر كيلوات من الحنطة فباعه منه بألف تومان و ذلك (لأنَّ الإنسان لا يملك ما لا على نفسه) إذ في المثال المتقدم يكون زيد مالكاً للحنطة في ذمّة نفسه، فبيع الدين على من هو عليه غير صحيح، فلا يكون التعريف مطّرداً و مانعاً للأغيار.

(و فيه: - مع ما عرفت و ستعرف) - بعد أسطر - (من تعقّل تملك ما على نفسه، «و ما في ذمّته - خ د» و رجوعه إلى سقوطه عنه) ففي المثال يسقط الحنطة عن ذمّة زيد و يكون مديوناً بألف تومان بدلاً عنها - (نظير تملك) الإنسان (ما هو مساوٍ لما في ذمّته) كما إذا كان زيد مديوناً لعمر و ألف تومان فباع منه فرشاً بألف تومان أيضاً فحينئذٍ يكون ما في ذمّة زيد مساوياً لما يطلب من عمر و من قيمة الفرش (و) نتيجة ذلك (سقوطه) عنه أي سقوط ما في ذمّة زيد (بالتّهاتر) القهري - = اين، به آن، در - نه خانی آمد، نه خانی رفت - . هذا أولاً و ثانياً (إنّه لو لم يعقل التملك) على نفسه (لم يعقل البيع) أي بيع ما في ذمّة الإنسان منه بنفسه (إذ ليس للبيع - لغةً و عرفاً - معنى غير المبادلة و النقل و التملك و ما يساويها من الألفاظ؛ و لذا) أي و لأجل أنّ معنى البيع هو التملك (قال فخر الدّين) في شرح الإرشاد - المخطوط -

إِنَّ معنى «بعثت» في لغة العرب: «ملكتُ غيري»، فإذا لم يعقل ملكيّة ما في ذمّة نفسه لم يعقل شيء ممّا يساويها، فلا يعقل البيع.
و منها: أنّه يشمل التملك بالمعاطاة، مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنّها ليست بيعاً.
و فيه: ما سيجيء من كون المعاطاة بيعاً.

لوالده العلامة الحلّي رحمه الله على ما حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٢ (: إِنَّ معنى «بعثت» في لغة العرب: «ملكتُ غيري»، فإذا) فرض أنّه (لم يعقل ملكيّة ما في ذمّة نفسه لم يعقل شيء ممّا يساويها) من الألفاظ كالمبادلة والبيع وغيرها (فلا يعقل البيع)، هذا مع أنّ جواز بيع الدين من المديون كأنّه ممّا لا خلاف فيه قال العلامة في المختلف ج ٥ ص ٣٧٩، مسألة: قد بينّا أنّه يجوز بيع الدين، و هو مذهب علماؤنا، و لا فرق بين يبعه على من هو عليه أو على غيره انتهى، و قال صاحب الجواهر ج ٢٤ ص ٣٤٤: يجوز بيع الدين - بعد حلوله - على الذي هو عليه، بلا خلاف فيه بيننا ولا إشكال، بل وعلى غيره، وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً انتهى.

(و منها): أي و من الأمور التي يرد على هذا التعريف (أنّه يشمل التملك بالمعاطاة) لأنّها إنشاء تملك العين أيضاً لكنّه بالعمل دون اللفظ فينشيء البائع البيع بنفس إعطاء المبيع، و يقبل المشتري بأخذه و إعطاء الثمن بدله، هذا (مع حكم المشهور) من الفقهاء (بل دعوى) بعضهم (الإجماع على أنّها) «معاطاة» (ليست بيعاً) فنقل السيّد العاملي رحمه الله في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٤، عن الرسالة الميسية للشيخ إبراهيم المعروف بالفاضل الميسي: أنّ المشهور بين الأصحاب أنّها ليست بيعاً محضاً، و ادّعى السيّد ابن زهرة في الغنية ص ٢١٤ الإجماع على ذلك.

(و فيه): أي في هذا الإيراد (ما سيجيء) ص ٨١ (من كون المعاطاة بيعاً)

وَأَنَّ مراد النافين نفي صحته.

و منها: صدقه على الشراء؛ فَإِنَّ المشتري بقبوله للبيع يُمْلِكُ ماله بعوض المبيع.

وفيه: أَنَّ التملك فيه ضمني، وإِنَّمَا حقيقته التملك بعوض؛ ولذا لا يجوز الشراء بلفظ «مُكْتُ»، تقدّم على الإيجاب أو تأخر.

وَأَنَّهُ يدلّ على ذلك عموم قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ^(١) فَإِنَّهَا بيع عرفاً قطعاً، (وَأَنَّ مراد النافين نفي) الحكم أعني (صحته) دون نفي الموضوع، وبالجمله المحدود في تعريفنا للبيع، هو البيع بالمعنى الأعمّ الشامل للصحيح والفساد، والمعاطة المقصود بها التملك دون الإباحة، بيع عرفيٍّ و مراد النافين إِنَّمَا هو نفي الصحة والحكم لا نفي الموضوع كما هو واضح على ما سيجيء في بحث المعاطة ص ٨٢.

(و منها) أي الإشكال الرابع على التعريف (صدقه على الشراء) أيضاً؛ فَإِنَّ المشتري بقبوله للبيع) أعني الإيجاب (يُمْلِكُ ماله بعوض المبيع) فيصدق عليه قولنا: «أَنَّهُ إنشاء تملك عين بمال» مع أَنَّ المراد من التعريف، تعريف ما هو قائم بالبائع فقط.

(و فيه): أي يردّ الإشكال بـ (أَنَّ التملك فيه) «الشراء» (ضمني، وإِنَّمَا حقيقته) قبول التملك وهو (التملك بعوض؛ ولذا) أي ولأجل كون التملك في الشراء ضمناً (لا يجوز) إنشاء (الشراء بلفظ «مُكْتُ») سواء (تقدّم على الإيجاب أو تأخر) عنه فالفعل الأصلي للمشتري هو التملك وقبول تملك البائع، والفعل الضمني له هو التملك بعكس البائع فَإِنَّ فعله الأصلي هو التملك، والضمني هو التملك.

و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بالعين؛ حيث إنَّ الإستئجار يتضمن تملك العين بمالٍ، أعني: المنفعة.

و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمالٍ، و بالهبة المعوضة. و فيه: أنَّ حقيقة الصلح و لو تعلّق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الأصلي هو التسالم؛ و لذا لا يتعدّى بنفسه إلى المال.

(و به) أي بما ذكرنا (يظهر اندفاع الإيراد) على التعريف (بانتقاضه بمستأجر العين بالعين) كما إذا أجرة داره بسيارة مثلاً فيقال: أنّه إنشاء تملك عين و هو السيارة بمال و هو منفعة الدار.

و وجه الاندفاع (حيث إنَّ الإستئجار) في الحقيقة و الأصل هو تملك المنفعة للمستأجر لكنّه (يتضمّن) فرعاً (تمليك) المشتري (العين) للموخر (بمالٍ، أعني: المنفعة) فالتملك ليس ابتدائياً بل هو فرعيّ و ضمّيّ.

(و منها) أي الإشكال الخامس (انتقاض طرده بالصلح على العين بمالٍ) كما إذا صالح كتابه بألف، فلا يكون مانعاً للأغيار، إذ يصدق عليه أنّه «إنشاء تملك عين بمال». (و) كذلك يُنتقض (بالهبة المعوضة) - في مقابل الهبة المجانيّة - كما إذا وهبه كتاباً بسبعة أو بألف تومان مثلاً فيصدق: «أنّه إنشاء تملك عين بمال».

(و فيه: أنَّ حقيقة الصلح - ولو تعلّق بالعين -) كما مثّلنا (ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة) و التقابل بين الشيئين (بل معناه الأصلي هو التسالم) و التوافق = سازش، كنار آمدن، و إنّما يفيد فائدة البيع أحياناً كما يفيد فوائد سائر العقود بحسب الموارد كما سيذكر؛ (و لذا لا يتعدّى بنفسه إلى المال) بل بحرف الجرّ كـ «الباء» فيقال صالحتك الكتاب بـ «ألف تومان» أو بـ «على» فيقال

نعم، هو متضمنٌ للتملك إذا تعلّق بعين، لا أنّه نفسه.

و الذي يدلّك على هذا: أنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعةً، فيفيد التملك، و قد يتعلّق بالإنّتفاع، فيفيد فائدة العارية، و هو مجرّد التسليط؛ و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الإنّتقال،

صالحتك الكتاب «على» أن تعطيني ألفاً.

(نعم، هو متضمنٌ للتملك إذا تعلّق بعين، لا أنّه نفسه) أي نفس التملك.

(و الذي يدلّك على هذا) أي أنّ الصلح ليس بتمليك بل هو التسالم، (أنّ الصلح قد يتعلّق بالمال) و يكون ذلك المال (عيناً) خارجياً أو كلياً فيقال صالحتك داري، أو غنماً بكذا من الصفات بعشرة آلاف تومان، و قد يكون ذلك المال (أو منفعةً) فيقال صالحتك منفعة داري أو سيارتي شهراً واحداً بألف، (فيفيد) الصلح في هذه الموارد فائدة (التمليك) لكنّه لا يجري عليه أحكام البيع أو الإجارة فليس للمتصالحين في المثال الأوّل خيار المجلس مثلاً بل الصلح لازم بعد العقد و إن لم يفترقا عن المجلس، كما لا يجري أحكام السّلم في مثال صلح الغنم، و لا يجري أحكام الإجارة في صلح الدار و السيّارة.

(و قد يتعلّق) الصلح (بالإنّتفاع) من الشيء (فيفيد فائدة العارية، و هو

مجرّد التسليط) و الفرق بين المنفعة و الإنّتفاع أنّ الأوّل حيثيّة في نفس العين، و الثاني عرّض قائم بشخص المستعير و الظاهر أنّه ليس فيه تملك بل هو مفيد لمجرّد الإباحة فلا يجوز له أن ينتقله إلى شخص آخر بخلاف المنفعة فإنّها تفيد في مثل الإجارة و الصلح التملك فللمستأجر أن ينتقله إلى غيره. (و قد يتعلّق) الصلح (بالحقوق) فيقال: صالحتك حق خيار في البيع بكذا (فيفيد الإسقاط) لحقّ الخيار، (أو) يقال: صالحتك حقّ سبقي في الوقف أو حقّ تحجير بكذا فيفيد (الإنّتقال) لذلك الحقّ،

و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين - كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الرّبح لك و الخُسران عليك» - فيفيد مجرّد التقرير. فلو كانت حقيقة الصلح هي عين كلّ من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً، و هو واضح البطلان، فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى آخر، و هو التسالم، فيفيد في كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه.

(و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين - كما في قول أحد الشريكين لصاحبه) لمقاولة بينهما (: صالحتك على أن يكون الرّبح لك و الخُسران عليك) ولي رأس المال (فيفيد مجرّد التقرير) و تثبت ذلك عليهما، ففي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين إشتراكاً في مال، فربحاه فيه و كان من المال دين و عليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى، - أي التالف فقال: «لا بأس إذا اشترطاً، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عزّ وجلّ»^(١). فظهر ممّا ذكرنا أنّ الصلح في كلّ مورد يفيد فائدة أحد العقود الخمسة المذكورة فهو = شتركاو پلنگ و هو حيوان، (فلو كانت حقيقة الصلح هي عين كلّ من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً) و موضوعاً لكلّ من هذه المعاني عليحدة (و هو واضح البطلان، فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى) عاماً (آخر) يشمل جميع تلك المعاني، (و هو التسالم) و التوافق (فيفيد في كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه) فهو ديك هندي = بوقلمون، يختلف لونه بحسب الأوقات و الأنظار و يكون من المشترك المعنوي.

فالصالح على العين بعوض تسالم عليه، و هو يتضمّن التملك، لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التملك.
و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً «له - خ د» بخلاف طلب التملك.
و أمّا الهبة المعوّضة - و المراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض - فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابلة، و إلا

(فالصالح على العين بعوض) يشبه البيع فهو (تسالم عليه) و مفيد للتملك (و) في الحقيقة (هو يتضمّن التملك، لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا) الصلح و هذا (المقام و حقيقته هو إنشاء التملك).

(و من هنا) أي من جهة أن حقيقة الصلح على العين ليس تملكاً (لم يكن طلبه من الخصم إقراراً له) بأن المال المتنازع فيه مال الخصم أي المدعي (بخلاف طلب التملك)، مثلاً لو كان في يد زيد ثوب و ادعى عمرو عليه أن هذا الثوب ماله و أنكر زيد ذلك لكنه طلب من عمرو أن يعطيه مالاً مصالحة ليرفع عمرو يده عن ادّعاءه و يتم الخصومة، لم يكن هذا الطلب إقراراً بأن الثوب ملك لعمرو أعني المدعي، و هذا بخلاف أن يطالب زيد - أعني المنكر و المدعي عليه - أن يملكه عمرو و الثوب و يعطيه مالاً بدلاً عنه فإنّ هذا الطلب إقرار بأن عمرواً «المدعي» مالك للثوب، فهذا التفصيل دليل على أن حقيقة الصلح ليست تملكاً و إلا لم يكن فرق بين الموردين.

(و أمّا) انتقاض التعريف بزعم أن (الهبة المعوّضة) مشمولة له، لأنّها إنشاء تملك عين بعوض، (و المراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض) بأن يقول ألواهب: وهبتك هذا الكتاب بشرط أن تهب لي قلمك - لا أن يقول وهبتك الكتاب بالقلم - (فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابلة) - كما هو الحال في البيع - فإنّه تملك عين للمشتري في مقابل تملكه الثمن للبائع، (و إلا) أي وإن كانت الهبة المعوضة

لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر، مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة، بل غاية الأمر أن المثهب لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع في هبته، فالظاهر أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تمليكاً مستقلاً يُقصد به وقوعه عوضاً، لا أن حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كل من العوضين؛ كما يتضح ذلك

إنشاء تمليك بعوض ولو خط فيها المقابلة و المعاوضة (لم يعقل) فيها (تملك أحدهما) كالموهوب له في الهبة الأولى (لأحد العوضين من دون تملك الآخر) وهو الواهب (لـ) العوض (الآخر) فإن هذا الإقتضاء هو مقتضى التقابل و المعاوضة بين المالين (مع أن ظاهرهم) أي ظاهر كلمات الفقهاء (عدم تملك) الواهب (العوض بمجرد تملك الموهوب) له (الهبة) بل يتوقف ذلك على أن يعمل الموهوب له بالشرط فيهب في هبة مستقلة ماله للواهب - في الهبة الأولى ففي مثال هبة الكتاب بشرط هبة القلم، لا بد أن يقول الموهوب له في الهبة الأولى الذي صار مالكا للكتاب - بعد تلك الهبة - «لا بد أن يقول: وإني أيضاً وهبتك قلبي لك».

فلذا قال الشيخ رحمه الله: (بل غاية الأمر أن المثهب لو لم يعمل بالشرط و لم يؤد العوض) في هبة ثانية (كان للواهب الرجوع في هبته) فيقول للمثهب: «نامرد» رجّع لي كتابي لأنك لم تعمل بالشرط و لم تهب قلبي لي.

(فالظاهر أن التعويض) أي في الهبة الثانية (المشترط في الهبة) الأولى (كالتعويض الغير المشترط فيها) و لا فرق بينهما (في كونه) أي التعويض (تمليكاً مستقلاً يُقصد به وقوعه عوضاً) و تلافياً لما فعله الواهب الأول من الخير، (لا أن حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كل من العوضين) نظير ما هو المقصود في البيع، (كما يتضح ذلك) أي عدم التقابل و التعويض الحقيقي

بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى.

فقد تحقق مما ذكرنا: أن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع، فلو قال: «ملكك كذا بكذا»، كان بيعاً، ولا يصح صلحاً ولا هبة معوضة وإن قصدهما؛ إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً ولا هبة، فلا يقعان به.

نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة،

(بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولى) فيما إذا وهب الموهوب له ابتداءً وبدون شرط، شيئاً للواهب، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾^(١) وقال أمير المؤمنين عليه السلام: «إِذَا حُيِّتْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيَّ بِأَحْسَنَ مِنْهَا وَإِذَا أُسْدِيتُ إِلَيْكَ يَدٌ فَكَافَتْهَا بِمَا يُرْبِي عَلَيْهَا وَالْفَضْلُ مَعَ ذَلِكَ لِلْبَادِيءِ»^(٢).

(فقد تحقق مما ذكرنا) من دفع الإشكالات المزعومة المتقدمة (: أن حقيقة تملك العين بالعوض) على وجه المقابلة والمبادلة (ليست إلا البيع، فلو قال: «ملكك كذا بكذا»، كان بيعاً) لا معاملة أخرى (و لا يصح صلحاً ولا هبة معوضة وإن قصدهما) وذلك (إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً ولا هبة) معوضة (فلا يقعان به) أي بتملك العين بالعوض بناءً على اعتبار الإتيان باللفظ الصريح في العقود فلا تقع الإجارة مثلاً بقولك: «بعتك سكنى الدار بكذا» لأن التملك بالعوض متحدٌ مفهوماً مع البيع فقط.

(نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة) من الكناية والمجاز

(١) النساء: ٨٦.

(٢) نهج البلاغة شرح محمد عبده، ج ٢، ص ١٥٠، ح ٥٨.

توجّه تحققهما مع قصدهما.

فما قيل: من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح و الهبة المعوّضة، محلّ تأمل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم، لو أتى بلفظ «التمليك بالعوض» و احتمل إرادة غير حقيقته كان [مقتضى] الأصل اللفظي حمّله على المعنى الحقيقي،

(توجّه تحققهما) بلفظ التملك (مع قصدهما) فيقول - مريداً للصلح أو الهبة المعوّضة - ملكك كتابي بقلمك، فيقول المتصالح أو المتهمّب - في قبولهما - قبلت و صالحت أو وهبتك كذا.

(فما قيل: من أنّ) التملك بالعوض يشمل البيع و الصلح و الهبة المعوّضة لكنّ (البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح و الهبة المعوّضة) لأنّه نصّ فيه كما احتمله في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٤٦، ونسبه سيّدنا الأستاذ المروّج ﷺ في هدى الطالب ج ١ ص ٢٤٨، إلى الفقيه كاشف الغطاء؛ (محلّ تأمل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير) فلا يكون التملك بالعوض مشتركاً معنوياً و كان البيع هو أظهر الأفراد بل هو مختصّ بالبيع فقط.

(نعم، لو أتى بلفظ «التمليك بالعوض» و احتمل إرادة غير حقيقته) أي المعنى المجازي (كان [مقتضى] الأصل اللفظي) أي الحمل على أصالة الحقيقة مثل ما إذا قال رأيت أسداً و احتمل إرادة الرجل الشجاع حيث يحمل على الحيوان المفترس الذي هو المعنى الحقيقي، ففي المقام لو قال ملكت كتابي بقلم و احتملنا إرادة الصلح أو الهبة المعوّضة مجازاً، كان مقتضى الحمل على الحقيقة (حمّله على المعنى الحقيقي)

فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدّم، و
 سيجيء توضيحه في مسألة المعاوضة في غير البيع إن شاء الله.
 بقي القرض داخلًا في ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجَه بأنّ مفهومه ليس نفس
 المعاوضة بل هو تملكٌ على وجه ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين
 بهما؛ ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة،

للتملك (فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل
 المتقدّم) بل مراده من الأصل، الحمل على أظهر الأفراد الناشيء من غلبة الوجود في
 الخارج، إذ الغالب في تملك العين بالعوض هو البيع، و غلبة الوجود عند العقلاء موجبة
 للحمل عليها إلّا ما إذا ثبت خلافه فمراده من الأصل، هو الأصل العقلائي لا اللفظي،
 (وسيجيء توضيحه) أي توضيح الأصل (في مسألة المعاوضة في غير البيع)
 ص ١٩٧ (إن شاء الله) في التنبيه الخامس من تنبيهات المعاوضة لكنّه ﷺ لم يفِ بوعدِه
 هناك.

(بقي القرض داخلًا في ظاهر الحدّ) الذي ذكرناه للبيع إذ يصدق عليه «أنّه
 انشاء تملك عين بعوض» كما يصدق على البيع، إلّا أنّ العوض لا يُعطى في زمان إعطاء
 العين بل عند المطالبة أو عند حلول الأجل، ولا يخفى عليك أنّ سياق الكلام يقتضي أن
 يقول: ومنها: أي من الإشكالات على التعريف، بقاء القرض تحت الحدّ فلا يكون مانعاً.
 (و يمكن إخراجَه) أي القرض عن الحدّ (: بأنّ مفهومه ليس نفس) المبادلة و
 (المعاوضة) بين العين و العوض (بل هو تملكٌ) العين للمقترض (على وجه ضمان
 المثل) في المثلي (أو القيمة) في القيمي بعد مدّة من مضيّ التملك، (لا) أنّه (معاوضة
 للعين بهما) حقيقةً كما يظهر بالدقّة في قياسه على البيع، (ولذا) أي ولأجل أنّ مفهوم
 القرض ليس المعاوضة (لا يجري فيه ربا المعاوضة) وهو عدم التفاضل في المكيل و
 الموزون فقط دون المعدود إذا كان العوضان من جنس واحد كالذهب و الفضة و الأرز

و لا الغرر المنفيّ فيها، و لا ذكر العوض، و لا العلم به؛ فتأمل.

ثمَّ إنّ ما ذكرنا، تعريفُ للبيع المأخوذ في صيغة «بِعتُ» و غيره من المشتقات. و يظهر من بعض من قارب عصرنا

وإن كان أحدهما أجود من الآخر، بل يجري في القرض مطلق الربا و الزيادة أي اشتراط عدم التفاضل بين العوضين مطلقاً سواء في المكيل و الموزون و المعدود حتّى و إن كانا من جنسين فيحرم أن يقرض عشر ببيضات أو جوزات بخمس عشرة و إن كانا يتعاملان بالعدّ كما هو المتعارف في خوزستان مع أنّه يجوز ذلك بعنوان البيع، و أيضاً يحرم إقراض مَن الحنطة بمئتين من الأرز مع أنّه يجوز بيع ذلك، فهذا المعنى شاهد على أنّ القرض خارج عن المعاوضة.

(و) كذلك (لا) يجري في القرض (الغرر المنفيّ فيها) أي في المعاوضة فقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر^(١) فلا يجوز بيع ما هو مجهول المقدار و يجوز قرضه بأن يُقرض صبرةً غير موزونة من الحنطة أو ما هو موجود في هذه السلّة، (و) كذا (لا) يعتبر في القرض (ذكر العوض، و لا العلم به) مع أنّهما معتبران في البيع (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ عدم ذكر العوض و العلم به إنّما هو لأجل أنّ نفس القرض يقتضي ذلك فهما مذكوران ضمناً.

(ثمَّ إنّ ما ذكرنا) من أنّ البيع إنشاء تمليك الخ (تعريفُ للبيع) بمعناه المصدري (المأخوذ في صيغة «بِعتُ» و غيره من المشتقات) الَّذي هو فعل البائع في مقابل الشراء الَّذي هو فعل المشتري القابل دون البيع بمعناه الإسمي (و) لا ينافي ما ذكرنا إطلاق البيع على معاني أخر، ف(يظهر من بعض من قارب عصرنا) و هو الفقيه

(١) راجع مستدرك الوسائل، ج ١٣، ص ٢٣٥، عقد البيع؛ عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ٢، ص ٤٥.

استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر:

أحدها: التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، وإليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب «التعقيب - خ د» بالقبول «مأخوذاً - خ د» في تعريف البيع المصطلح؛ ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن المجرد؛ ولهذا لا يقال: «باع فلان ماله» إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره؛ ويستفاد من

المحقق الشيخ أسد الله التستري الكاظميني في مقابس الأنوار ص ١٠٧ من البيع و ص ٢٧٥ من الطلاق، (استعماله) أي البيع (في معانٍ) ثلاثة (آخر غير ما ذكر).

(أحدها: التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري) فلو لم يتعقبه قبوله لا يطلق على انشاء البائع «أنه بيع» (وإليه نظر بعض مشايخنا) وهو الفقيه المتبحر كاشف الغطاء في شرح القواعد المخطوط ولعل مراده صاحب الجواهر، أو أستاذه النراقي في المستند^(١) (حيث أخذ) ذلك البعض (قيد التعقب «التعقيب - خ د» بالقبول «مأخوذاً - خ د» في تعريف البيع المصطلح) أعني ما يقابل سائر العقود و المعاملات؛ من «انشاء تملك عين بمال» (ولعله) أي الوجه لكلام صاحب المقابس و بعض المشايخ، من أخذ تعقب القبول في تعريف البيع (لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ) أي لفظ البيع (بل وصحة السلب عن المجرد) عن القبول؛ و التبادر علامة الحقيقة، كما أن صحة السلب علامة المجاز فيصح أن يقال للإيجاب المجرد عن القبول أنه ليس ببيع. (و لهذا لا يقال: «باع فلان ماله» إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره) فهذا دليل على اشتراط القبول في صدق البيع (و) كذلك (يستفاد من

(١) راجع الجواهر، ج ٢٢، ص ٢٠٧؛ المستند، ج ٢، ص ٣٦٠.

قول القائل: «بِعْتُ مَالِي» أَنَّهُ اشْتَرَاهُ غَيْرُهُ، لَا أَنَّهُ أَوْجِبَ الْبَيْعَ فَقَطْ.

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال، كما يظهر من المبسوط وغيره.

الثالث: نفس العقد المركَّب من الإيجاب والقبول، وإليه ينظر مَنْ عَرَفَ البيع بالعقد. قال: بل الظاهر إتِّفَاقُهُمْ عَلَى إِرَادَةِ هَذَا الْمَعْنَى فِي عَنَاوِينَ أَبْوَابِ الْمَعَامَلَاتِ، حَتَّى الْإِجَارَةِ وَشَبِهَاهَا

قول القائل: «بِعْتُ مَالِي» أَنَّهُ اشْتَرَاهُ غَيْرُهُ، لَا أَنَّهُ أَوْجِبَ الْبَيْعَ فَقَطْ) مِنْ دُونِ أَنْ يَقْبَلَهُ الْمُشْتَرِي.

(الثاني) من معاني البيع: (الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول) في الخارج (وهو الإنتقال) أي انتقال المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع بحكم الشرع والعرف، (كما يظهر) هذا المعنى (من) كلام الشيخ في (المبسوط) ج ٢ ص ٧٦ (وغيره) كابن إدريس الحلِّي في السرائر ج ٢ ص ٢٠٤، والعلامة في كثير من كتبه كالتحرير ج ١ ص ١٦٤ والقواعد ص ٤٧ والنهاية ج ٢ ص ٤٤٧ والتذكرة ج ١ ص ٤٤٧.

(الثالث) من المعاني للبيع: (نفس العقد المركَّب من الإيجاب والقبول، وإليه ينظر مَنْ عَرَفَ الْبَيْعَ بِالْعَقْدِ) مثل أبي الصلاح الحلبي في الكافي ص ٣٥٢، وابن حمزه في الوسيلة ص ٢٣٦ والعلامة في المختلف ج ٥ ص ٥١ والشهيد الثاني في الروضة ج ٣ ص ٢٢١ بل الشهيد الأوَّل أيضاً على ما احتمله الشارح من عبارة للعبة وكذلك نسبه إليه في الدروس، والمحقِّق في المختصر النافع ص ١١٨، (قال) أي بعض من قارب عصرنا - وهو صاحب المقابس - (بل الظاهر إتِّفَاقُهُمْ) أي الفقهاء (على إِرَادَةِ هَذَا الْمَعْنَى فِي عَنَاوِينَ أَبْوَابِ الْمَعَامَلَاتِ) فيريدون من قولهم «كتاب البيع» أو «كتاب النكاح» هو العقد لهما، (حتَّى الْإِجَارَةِ وَشَبِهَاهَا) كالوديعة والرهن والعارية

التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد.

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل، وإنّما هو فردٌ انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المثمر؛ إذ لا ثمرة في الإيجاب المجرد، فقول المخبر: «بِعتُ» إنّما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيد مستفاد من الخارج، لا أنّ البيع مُستعملٌ في الإيجاب المتعقّب للقبول.

(التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد) بل هي اسم للمال الذي يقع عوضاً للمنفعة بخلاف البيع والضمان مثلاً فإنّهما إسمان للإيجاب الذي هو أحد طرفي العقد فاستعماله في العقد يكون بعلاقة الجزء والكُلّ، وهذه المناسبة غير موجودة في الإجارة، فاستعمال لفظها في العقد أبعد من استعمال لفظ البيع في العقد، فقله: حتّى الإجارة، يدلّ على أضعفّية المناسبة في الاستعمال فمدخول حتّى أضعف من سابقه نظير قولنا: قدم الحاج حتّى المشاة لا أقوى من سابقه نظير قولنا مات الناس حتّى الأنبياء.

(أقول) هذه المعاني الثلاثة التي ذكرها صاحب المقابس لا تنافي ما ذكرناه في تعريف البيع: «من أنّه إنشاء تمليك عين بمال». (أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول) وهو المعنى الأوّل منها (فالظاهر أنّه ليس مقابلاً لـ) المعنى (الأوّل) الذي عرفنا البيع به من أنّه إنشاء تمليك ... (و إنّما هو فرد) خاص من أفراد البيع (انصرف إليه) الذهن من هذا (اللفظ في مقام قيام القرينة) المقاميّة (على إرادة الإيجاب المثمر) لفائدة الانتقال (إذ لا ثمرة في الإيجاب المجرد) عن القبول فلو لم تكن هذه القرينة لكان المراد من البيع هو الإيجاب المحض (فقول المخبر: «بِعتُ» داري مثلاً،) إنّما أراد الإيجاب المقيّد) بالمتعقّب بالقبول، (فالقيد مستفاد من الخارج) بقرينة مقاميّة (لا أنّ البيع مُستعملٌ في الإيجاب المتعقّب للقبول).

و كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنه لم يقل أحد بأنَّ تعقّب القبول له دخلٌ في معناها.

نعم، تحقّق القبول شرطاً للإنتقال في الخارج، لا في نظر الناقل، إذ التأثير لا ينفكّ عن الأثر، فالبيع و ما يساويه معنًى من قبيل الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الإنكسار - كما تخيّل به بعض - فتأمل.

(و كذلك) قيد تعقّب القبول لا يستفاد من نفس (لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنه لم يقل أحد بأنَّ تعقّب القبول له دخلٌ في معناها.

(نعم، تحقّق القبول شرطاً للإنتقال في الخارج) بحكم الشرع و العرف (لا في نظر الناقل) الموجب (إذ التأثير) الإنشائي (لا ينفكّ عن الأثر) في نظره، و إن انفك عنه في الخارج في نظر غيره إذا لم يتعقّب إيجابه، القبول من المشتري. (فالبيع و ما يساويه معنًى) كالنقل و التمليك (من قبيل الإيجاب و الوجوب) يختلف بالإعتبارات فكما يمكن تخلّف الوجوب في الخارج عن الإيجاب - و إن لم ينفكّ عنه في نظر البائع الموجب، و (لا) يكون من قبيل (الكسر و الإنكسار) حيث لا ينفك أحدهما عن الآخر بل كلّما تحقّق الكسر تحقّق الإنكسار لا محالة، فلا يكون البيع كالكسر و الإنكسار (كما تخيّل به بعض) أي صاحب المقابس ﷺ (فتأمل).

لعلّه إشارة إلى الدقّة في أن لفظ البيع و ما يشابه من قبيل الكسر و الإنكسار بحسب اعتبار البائع الموجب، فلا ينفكّ أحدهما عن الآخر، و من قبيل الإيجاب و الوجوب بحسب اعتبار الشرع و العرف فإذا اجتمعت الشرائط - و منها تعقّب القبول - يتحقّق الوجوب مع الإيجاب، و إذا لم تجتمع الشرائط يتحقّق الإيجاب فقط دون الوجوب.

و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانيه.

و أما البيع بمعنى الأثر - و هو الإنتقال - فلم يوجد في اللغة و لا في العرف، و إنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط، و قد يوجّه بأنّ المراد بالبيع المحدود، المصدر من المبني للمفعول، أعني: «المبيعية»، و هو تكلف حسن.

(و منه) أي و من أنّ القبول لا دخل له في معنى البيع في نظر البائع (يظهر ضعف أخذ القيد المذكور) أعني تعقّب القبول (في معنى البيع المصطلح) عند الفقهاء أعني «العقد الدالّ على إنشاء التمليك» (فضلاً عن أن يجعل أحد معانيه) كما صنعه صاحب المقابس و نظر إليه بعض مشايخ الشيخ رحمه الله .

(و أما البيع بمعنى الأثر - و هو الإنتقال -) الذي هو المعنى الثاني للبيع على ما قيل (فلم يوجد في اللغة) لأنّه عند اللغويين «مبادلة مال بمال»، (و لا في العرف) لأنّه عندهم عبارة عن العقد لتبادره منه كما قال الحلبي في الكافي ص ٣٥٢ والعلامة في المختلف ج ٥ ص ٥١ وغيرهما على ما تقدّم ص ٢٥ (و إنما وقع) ذلك (في تعريف جماعة) من الفقهاء تقدّمت أسماؤهم ص ٣٣ (تبعاً للمبسوط) ج ٢ ص ٧٦ (و قد يوجّه) هذا التعريف للبيع كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٠٧ نقلاً عن السيّد الطباطبائي بحرا العلوم في المصاييح «المخطوط» و يظهر من كلام صاحب المقابس ص ٢٧٤ أيضاً (بأنّ المراد بالبيع) - كذا في النسخ و الأولى أن يكون «من البيع» - (المحدود) هو (المصدر من المبني للمفعول، أعني: «المبيعية») = فروخته شدن، (و هو تكلف) لكّنه (حسن):

و توضيح ذلك أنّ المصدر من كلّ مادة كالبيع مثلاً ربّما ينسب إلى الفاعل أعني من يصدر منه الفعل فيراد منه الفاعليه، و هو المراد من تعريف البيع بأنّه «إنشاء تمليك عين

و أما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمته الله : بأن إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقة السببية. والظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنه المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر

بمال» و يعبر عنه بالفارسية بـ «فروختن» كما يراد من نسبة مادة «النصر» صدوره من الفاعل أعني الناصر، وربما ينسب المصدر إلى المفعول به من جهة وقوع الفعل عليه، و هو في البيع «العوضين» فيراد المفعولية و يعبر عنه بالفارسية بـ «فروخته شدن» كما ينسب النصر إلى من وقع عليه الفعل أعني وقوع منصورية عمرو مثلاً.

و أذكر أن مجلة «التوفيق» الفكاهية صوّرت في زمان رئاسة جمال عبدالناصر في مصر و رئاسة حسنعلي منصور للوزراء في إيران -الذي قتل في شهر رمضان عام ١٣٨٤ ق ١٣٤٣ ش تصويرهما في حال أن الناصر يرقص و المنصور يضرب له بالدف و كتب في ذيله عن لسان منصور: تو ناصري من منصور تو فاعلي من مفعول

(و أما البيع بمعنى العقد) الذي هو المعنى الثالث للبيع على ما ذكره المحقق صاحب المقابس، (فقد صرح الشهيد الثاني رحمته الله) في المسالك ج ٣ ص ١٤٤ (بأن إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقة السببية) كما يقال حين نزول المطر: تنزل الرحمة أو الزراعة، فسمي السبب و هو العقد باسم المسبب، و هو إما نفس إنشاء التملك، وإما الأثر المترتب عليه فلذا قال الشيخ رحمته الله (و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنه المسبب عن العقد) الجامع للشرائط (لا النقل الحاصل من فعل الموجب) بإنشاء الإيجاب، في نظره؛ (لما عرفت) آنفاً ص ٣٤ (من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب) حسب إعتقاده (من دون توقف على شيء)، حتّى وإن كانت الشرائط غير متوقّرة، (كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر) بقوله: إضرب فلاناً

بمجرد الأمر وإن لم يصِر واجباً في الخارج في نظر غيره.

و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا بيع بينهما»، أو «أقاله في البيع» و نحو ذلك.

(بمجرد الأمر وإن لم يصِر واجباً في الخارج في نظر غيره) من الشرع والعرف كما إذا كان دانياً في المقام عن المأمور.

(و إلى هذا) أي كون البيع بمعنى العقد مجازاً لأنه سبب للأثر الحاصل في نظر الشرع (نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع») مثل ما رواه حمّاد بن عيسى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال علي بن الحسين عليه السلام: «كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمة فوطأها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم، وله أرش العيب»^(١).

(أو) قولهم («وجب») البيع، مثل الروايات الواردة في خيار المجلس من قولهم: «البيع بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»^(٢).

(أو) قولهم («لا بيع بينهما») كما في صحيحة علي بن يقطين الواردة في بيع لم يقبض الثمن و لا المثلن^(٣). (أو) قولهم («أقاله في البيع») مثل ما رواه هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أيما عبد أقال مسلماً في بيع أقاله الله عثرته يوم القيامة»^(٤) (و نحو ذلك) من التعابير كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٥).

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٤١٥، أحكام العيوب، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٤٦، الخيار.

(٣) نفس المصدر، ص ٣٥٧، الخيار.

(٤) المصدر، ص ٢٨٦، آداب التجارة.

(٥) البقرة: ٢٧٥..

و الحاصل: أن البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر، مع اعتبار تحققه في نظر الشارع، المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول، فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»؛ و «لا ينعقد البيع».

ثم إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في «كتاب اليمين» من المسالك على أنَّ عقد البيع و غيره من العقود حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد؛ لوجود خواص الحقيقة و المجاز، كالتبادر

(و الحاصل: أن البيع الذي يجعلونه) الفقهاء (من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر) أي النتيجة و الحاصل من السبب و هو النقل الشرعي (مع اعتبار تحققه في نظر الشارع) الذي هو (المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول) و التراضي و سائر الشرائط، إذن (فإضافة العقد إلى البيع بهذا المعنى) أي الأثر الشرعي (ليست بيانية) كما احتمله الشهيد الثاني في الروضة ج ٣ ص ٢٢١، بل الإضافة سببية لامية مثل «ضرب التأديب» لوجود المغايرة بينهما، فالعقد سبب و البيع أعني الانتقال الشرعي مسبب، بخلاف الإضافة البيانية فإن المضاف و المضاف إليه شيء واحد في الخارج مثل خاتم فضة، (و لذا) أي و لأجل عدم كون الإضافة بيانية (يقال: «انعقد البيع») أي العقد مثمر شرعاً، (و «لا ينعقد البيع») أي غير مؤثر لعدم كون العقد جامعاً للشروط الشرعية.

(ثم إنَّ) هنا مطلباً آخر، و هو أنَّ (الشهيد الثاني نصَّ في «كتاب اليمين» من المسالك) ج ١١ ص ٢٦٣ في المسألة الثانية من المطلب الرابع في مسائل العقود، نصَّ (على أنَّ عقد البيع و غيره من العقود) كالإجارة و الرهن و النكاح (حقيقة في الصحيح) منها، (مجاز في الفاسد؛ لوجود خواص الحقيقة و المجاز، كالتبادر)

و صحة السلب.

قال: و مِنْ ثَمَّ حُمِلَ الإقرار به عليه، حتَّى لو ادَّعى إرادة الفاسد لم يُسمع إجماعاً، ولو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لَقُبِلَ تفسيره بإحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة، انتهى.

أي تبادر البيع الصحيح المؤثر، في الذهن من «البيع» في قولنا باع زيد داره من عمرو، (و) كذا (صحة السلب) عن البيع الفاسد فيقال للبيع بدون التراضي من الطرفين مثلاً: «أنه ليس بيع».

(قال: و مِنْ ثَمَّ حُمِلَ الإقرار به) «البيع» (عليه) «الصحيح» (حتَّى لو ادَّعى) البائع بعد البيع (إرادة الفاسد لم يُسمع) منه (إجماعاً) من الفقهاء، (ولو كان) «البيع» (مشاركاً بين الصحيح و الفاسد) و موضوعاً للأعمّ منهما (لَقُبِلَ تفسيره بإحدهما) فإن فسره بالفاسد لم يُطلب منه المبيع شرعاً (كغيره من الألفاظ المشتركة) سواء في ذلك الإشتراك المعنوي أعني الكلّي بالنسبة إلى أفراد، فإذا اعترف بأنّ عليه لزيد كتاب مكاسب و ادَّعى أنّه أراد طبع «الظاهر الخوشنويس» سمع منه، أو الإشتراك اللفظي كما إذا اعترف له بـ «عين» و فسّر العين بالميزان، فلا يقال له بأنك أردت الذهب.

فإن قلت تقسيم البيع إلى الصحيح و الفاسد في قولهم البيع قسمان صحيح و فاسد، دليل على اشتراكه بينهما إذ لو كان حقيقةً في خصوص الصحيح فقط، لم يصحّ ذلك و لما صحّ توصيف بعض الأقسام بأنّه فاسد مع أنّنا نقول البيع بدون تراضي الطرفين مثلاً فاسد. قلنا: (و انقسامه) أي البيع (إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة) و المجاز (انتهى)، توضيحه أنّ الانقسام لا يدلّ على كون المقسم معنى حقيقياً لجميع الأقسام لاحتمال تقسيم الشيء إلى المعنى الحقيقي و المجازي كما يقال الأسد قسماً مفترس و رجل شجاع.

و قال الشهيد الأول في قواعده: الماهيات الجعلية كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحجّ؛ لوجوب المضي فيه، انتهى. و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقي.

و يشكل ما ذكره: بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو: «أحلّ الله البيع» و إطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار

هذا (و قال الشهيد الأول في قواعده) ج ١ ص ١٥٨ إنّ (الماهيات الجعلية كالصلاة و الصوم) و الزكاة، و البيع و الإجارة (و سائر العقود) المجعولة من قبل الشارع للمعاني المخترعة عنده - التي تغاير المعاني اللغوية -، (لا تطلق على الفاسد) عنده (إلا الحجّ) و ذلك (لوجوب المضي فيه) حتّى و إن كان فاسداً (انتهى) و على ما ذكره فعّمّ الشهيد الأول الوضع للصحيح لمطلق الألفاظ الموضوعة للمعاني المخترعة سواء المعاملات و العبادات خلافاً للشهيد الثاني فإنّه لم يتعرض للعبادات، (و ظاهره) أي ظاهر كلام الشهيد الأول في إطلاق الحجّ على الفاسد (إرادة الإطلاق الحقيقي) فهو أيضاً حجّ عند الشارع لوجوب المضي فيه و إتمامه إلى آخر الأعمال بخلاف الصلاة مثلاً إذا كانت فاسدة فإنّها لا يجب إتمامها.

هذا (و يشكل ما ذكره: بأنّ وضعها) أي ألفاظ المعاملات بل العبادات (للسحيح) فقط (يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو) قوله تعالى: «أحلّ الله البيع»^(١) و قوله تعالى: «تجارة عن تراضٍ»^(٢) (و إطلاقات أدلة سائر العقود) مثل «الصلح جائز بين المسلمين»^(٣) و «النكاح سُنّي»^(٤) (في مقام الشك في اعتبار

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) الوسائل، ج ١٣، ص ١٦٤، الصلح.

(٤) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ١٤٩، النكاح.

شيء فيها، مع أنَّ سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلا في ما كان صحيحاً مؤثراً و لو في نظرهم «نظر القائل - خ د»، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، وإلا

شيء فيها) و ذلك لعدم إحراز الموضوع في هذا الفرض إذ يكون المراد من البيع في الآية الشريفة هو خصوص البيع الصحيح، فالشك في اعتبار شيء في الصحة - كوجوب تقديم الإيجاب على القبول - يكون من الشك في الموضوع المخترع عند الشارع، و من المعلوم أنه مع الشك فيه لا سبيل للتمسك بالإطلاق هذا (مع أنَّ سيرة علماء الإسلام) قديماً و حديثاً هو (التمسك بها) أي بالإطلاقات (في هذه المقامات) في دفع احتمال جزئية شيء أو شرطيته في المعاملات بل العبادات أيضاً و لولا ذلك لا نسد باب التمسك بالإطلاقات في الفقه كله.

ثم استدرك الشيخ رحمه الله عن اشكاله على كلام الشهيد من وضع ألفاظ العقود للصحيح فقال (نعم، يمكن أن يقال) في توجيه مقالتهما (إنَّ البيع و شبهه) من العقود أمر اعتباري متقوم باعتبار المعبر و ليس له وجود حقيقي أصيل وراء عالم الاعتبار (في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر) «الذي ذكرنا أنه إنشاء تمليك عين بمال» و هو (الذي يراد من قول القائل: «بعت» عند الإنشاء) و أعني من الحاصل منه هو الانتقال و الملكية، (لا يستعمل حقيقة إلا في ما كان صحيحاً مؤثراً و لو في نظرهم «نظر القائل - خ د»، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع) أيضاً و لم يعتبر شيئاً غير ما اعتبره العرف فيه (كان بيعاً عنده) أيضاً، (و إلا) أي وإن لم يكن مؤثراً و اعتبر شرط فيه إضافة على العرف - كما في اعتبار التساوي في المقدار وزناً

كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف.

فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعث» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره، إلا أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوه؛ فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه في الخطابات الشرعية

و كيلاً في الجنس الواحد - (كان صورة بيع) عنده و لا يعتبره بيعاً شرعياً (نظير بيع الهازل عند العرف) و في نظرهم، و حيث أن الخطابات الشرعية الموجهة نحو المكلّفين إنما وردت طبقاً للعقود العرفية (فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعث» عند العرف و الشرع) شيء واحد و (حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره) فتَمَّ ما ذكره الشهيدان رحمهما الله (إلا أن الإفادة) للصيغة (و ثبوت الفائدة) و هي الانتقال و الملكية (مختلف) في بعض الموارد (في نظر العرف و الشرع) مثلاً في بيع الصرف يعتبر الشارع التقابض في المجلس و إلا لا يترتب الأثر و هو الانتقال و كذلك يعتبر في المكيل و الموزون عدم زيادة الثمن على الثمن و بالعكس في جنس واحد و إلا يكون البيع ربوياً و باطلاً.

ثم تصدّى الشيخ لدفع الإشكال عن كلام الشهيدين في توجيه التمسك بإطلاقات الأدلة فقال: (و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع) مثل «أحلّ الله البيع» و «أوفوا بالعقود» و «تجارة عن تراض»، (و نحوه) من العقود كالنكاح و الصلح و الإجارة ممّا تقدّم مع المصادر آنفاً (فلأن الخطابات) الشرعية (لما وردت على طبق العرف) إذ الشارع إنما استعمل ألفاظ المعاملات في مفاهيمها العرفية، و إن كان قد اعتبر في التأثير الشرعي بعض الشروط، فلذلك (حمل لفظ «البيع» و شبهه) كالرهن و الصلح و النكاح و غيرها (في الخطابات الشرعية) مثل قوله صلى الله عليه وآله: «مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ عَلَى فِطْرَتِي،

على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت»، فيستدل بإطلاق الحكم بحله، أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً. فتأمل، فإن للكلام محلاً آخر.

فليستن بسنتي، فإن من سنتي النكاح»^(١) وقوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، و الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^(٢) فالخطابات في هذه العمومات تحمل (على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف) وهو إنشاء التملك مع تراضي الطرفين، (أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت») أي كل ما يكون مصداقاً عرفياً لإنشاء التملك بالعوض مع قطع النظر عن ما يحتمل اعتباره في المعاملة شرعاً، (فيستدل بـ) مقتضى (إطلاق الحكم) في تلك الخطابات (بحله) لقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (أو) يحكم (بوجوب الوفاء) به بمقتضى قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً) كما هو مؤثر في نظر العرف، (فتأمل) بالدقة في ما ذكر من عدم المناقاة بين كلام الشهيدين بكون البيع موضوعاً للصحيح من البيع لا الأعم، وبين جواز التمسك بالإطلاقات فعلى ما ذكرنا فإذا كان البيع صحيحاً عند العرف، وشك في جزئية شيء مثل اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين، أو شرطية شيء كتقديم الإيجاب على القبول يجوز التمسك بإطلاق «أوفوا بالعقود» أو «أحلَّ الله البيع» ونحو ذلك.

فتدبر، (فإن للكلام محلاً آخر) وهو بحث الصحيح والأعم من الأصول، و يحتمل أن يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى أن وجه الرجوع إلى العمومات في المقام هو أن

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ١٤٩، ح ١ و ٦.

(٢) الوسائل، ج ١٣، ص ١٦٤، الصلح.

المرجع في الفرد المردّد بين عنوان العام، و بين المخصّص هو الرجوع إلى العموم كما إذا قال: أكرم العلماء إلاّ الفسّاق، و شك في فسق زيدٍ العالم من جهة ارتكابه المعصية الصغيره، و أمّا بناءً على التوقّف في مثل ذلك و عدم الرجوع إليهما فلا بدّ من الرجوع إلى الأصول العمليّة كما يجيء البحث عن ذلك إن شاء الله في أوّل الخيارات.

الكلام في المعاطاة

إِعلم أَنَّ المعاطاة -على ما فسّره جماعة -: أن يعطي كلُّ من اثنين عوضاً
عما يأخذه من الآخر،

(الكلام في المعاطاة) وهو مصدر من باب المفاعلة من عا طى يعا طى وهو
التقابض من الطرفين من غير لفظ وإن كان من قصد هما إرادة البيع كما هو المتعارف بين
الناس قديماً وحديثاً ومحلّ الإبتلاء كثيراً = بده بغير يا بده وبستان، وهذا البحث متفرّع
في كلمات الفقهاء على اعتبار الصيغة اللفظيّة في المعاملات.

ف (إِعلم أَنَّ) مفهوم (المعاطاة) في البيع (على ما فسّره جماعة) منهم العلامة
في التذكرة ج ٢ ص ٤٦٢ والنهاية ج ٢ ص ٤٤٩ والسيد الطباطبائي في الرياض ج ١ ص
٥١٠ والشهيد الثاني في شرح اللعة ج ٣ ص ٢٢٢، عبارة عن (أن يُعطي كلُّ من
إثنين) ماله بدلاً و (عوضاً عما يأخذه) من المال (من) الطرف (الآخر) لأنّها من باب
المفاعلة التي هي متقوّمة بقيام المبدء باثنين متكافلين كالمباحثة والمذاكرة والملاعبة!
هذا والظاهر عدم اختصاصها عند العرف بلزوم التعاطي من الطرفين في زمان
واحد بل يشمل ما إذا تحقّق الإيجاب بإعطاء المبيع والقبول بالأخذ، فإعطاء الآخر هو
وفاء بإتمام المعاملة والعمل بما تكفّله أولاً كما في معاطاة النسيئة والسلف كما يجيء
تفصيله ص ١٠ في الأمر الثاني من تنبيهات المعاطاة.

و هو يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أن يُبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يُعطيه، من دون نظرٍ إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

وربّما يذكر وجهان آخران: أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

(و هو) إي إعطاء كلّ منهما للآخر (يتصوّر على وجهين: أحدهما: أن يُبيح كلّ منهما للآخر) ماله مع قصده و كمون ضميره جواز (التصرّف فيما يُعطيه، من دون نظرٍ إلى تملكه) لما يُعطيه فتكون هناك إباحة بإزاء إباحة مع بقاء كلّ من المالين على ملك ماله.

(الثاني) و هو المتعارف الشائع بين الناس (: أن يتعاطيا على وجه التملك) للمالين، كأن يُملّك البقال كيلواً من السكرّ للأخذ، و يُملّك الآخذ مائة تومانا للبقال فيكون قصدهما تملك عينٍ بإزاء عوض من دون التلقّظ بذلك.

(و ربّما يذكر) كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٦ (وجهان آخران: أحدهما: أن يقع النقل) - و في الجواهر «الفاعل من المتعاطيين» - (من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة) فهما غافلان و فارغان عن القصد (بل يُعطي) أحدهما (شيئاً ليتناول شيئاً) في مقابله (فدفعه الآخر إليه) ما يكون بدله.

(الثاني: أن يقصد) كلّ منهما (الملك المطلق، دون خصوص) الملك المقصود من (البيع) فكأنّ المعاطاة معاملةً مستقلةً، لا ترتبط بالبيع واقعاً و لا بالإباحة

و يُرَدُّ الْأَوَّلُ: بامتناع خلْو الدافع «الواقع - خ د» عن قصد عنوانٍ من عناوين البيع، أو الإباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصة.

و الثاني: بما تقدّم في تعريف البيع: من أنّ التملك بالعوض على وجه المبادلة، هو مفهوم البيع، لا غير.
نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم

في التصرف، ونسب الى كاشف الغطاء كما يجيء ص ٧٦.

(و يُرَدُّ الْأَوَّلُ) وهو وقوع النقل لا بقصد البيع ولا التصريح بالإباحة، (بامتناع خلْو الدافع «الواقع - خ د» عن قصد عنوانٍ خاصٍّ (من) أحد (عناوين البيع، أو الإباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصة) المعاملية المحصورة في أمور أمضاها الشارع المقدّس، فإنّ ما يفعله المتعاطيان فعل إراديّ لهما ولا يكون خارجاً عن الاختيار، فالفاعل الملتفت الذي يريد المعاملة امتنع خلّوه في المقام عن كلا الأمرين جميعاً أعنى قصد التملك بالعوض وهو البيع، وقصد الإباحة في التصرف في ماله، وهو الإباحة المالكية اصطلاحاً.

(و) يُرَدُّ (الثاني) وهو الملك المطلق من غير التشخص بالبيع (بما تقدّم في تعريف البيع) ص ٢٨ بقولنا: إنّ حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلّا البيع (من أنّ التملك بالعوض على وجه المبادلة) والتقابل بين المالكين، إنّما (هو) منحصر في (مفهوم البيع، لا غير)، فالتملك المطلق هو البيع لا أنّه شيء مستقلّ جديد وراء تلك العقود.

(نعم) ما ذكرناه من أنّ التملك هو البيع، لا يكون أمراً متفقاً عليه حيث (يظهر) من كلمات الفقهاء (من غير واحدٍ منهم) كالشاهد في الدروس ج ٣ ص ١٩٧ والعلامة

في بعض العقود - كبيع لبن الشاة مدّة، و غير ذلك - : كون التملك المطلق أعمّ من البيع.

ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا في حكمها: أنّها مفيدة لإباحة التصرف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين. و عن المفيد و بعض العامة:

في المختلف ج ٥ ص ٢٤٨ و ٢٤٩، و المحقّق الكرّكي في جامع المقاصد ج ٤ ص ١١٠ (في بعض العقود - كبيع لبن الشاة) و تملكه (مدّة) معيّنة من الزمان بشيء من المال كما عنون ذلك العلامة في المختلف ج ٥ ص ٢٤٨ تبعاً للشيخ رحمه الله في النهاية «ونكتها» ج ٢ ص ١٧١، (و غير ذلك) مثل تقبّل أحد الشريكين بحصة صاحبه من ثمرة الشجرة المشتركة، بعوض خرس معلوم، فيظهر من هذين التملّكين و نحوهما (كون التملك المطلق أعمّ من البيع) فكأنّه شيء مستقلّ غير التملك المستفاد من البيع.

(ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا في حكمها) كما في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٤ للسيّد العاملي (أنّها مفيدة لإباحة التصرف) - لا الملك - لما صار بيد كلّ من المتعاملين كما صرّح بذلك الشهيد الثاني في المسالك ج ٣ ص ١٤٧، و سيأتي عن الشيخ في المبسوط ج ٢ ص ٨٧ و الخلاف ج ٣ ص ٤١ المسألة ٥٩، و عن الحلبي أبي الصلاح في الكافي ص ٣٥٢، و ابن إدريس في السرائر ج ٢ ص ٢٥٠، و عن ابن زهره في الغنية ص ٢١٤، فعلى الإباحة يجوز لهما الرجوع في المعاملة ما دامت العينان باقيتين، (ويحصل الملك بتلف إحدى العينين) و بهما بطريق أولى، كما صرّح به الشهيد في المسالك ج ٣ ص ١٤٨.

(و عن) الشيخ (المفيد) في المقنعة ص ٥٩١ (و بعض العامة) و هو غير

القول بكونها لازمة كالبيع. و عن العلامة رحمته الله في النهاية: احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف.

و لابدٌ - أولاً - من ملاحظة أنَّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصة و العامة هو المعني الثاني.
و حيث إنَّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطيين،

الشافعية كما في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٥٥^(١)، (القول بكونها) أي المعاطاة (الازمة كالبيع) بالعقد اللفظي، وهذا هو القول الثاني فيها و سيجيء كلامه ص ٦٥ و ١٢٤ (و عن العلامة رحمته الله في النهاية) ج ٢ ص ٤٤٩ (احتمال كونها بيعاً فاسداً) و باطلاً رأساً (في عدم إفادتها لإباحة التصرف) فضلاً عن الملك فالأقوال فيها ثلاثة: ١ - إفاداتها للإباحة، ٢ - الملك مثل البيع اللفظي، ٣ - الفساد فلا يترتب عليها شيء، و ستأتي أقوال ثلاثة آخر و أنها ستة في ص ٧٦.

(و لابدٌ - أولاً - من ملاحظة أنَّ النزاع في المعاطاة) في أي القسمين منها هل هو في (المقصود بها الإباحة، أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من) عبارات العلماء (الخاصة و العامة هو المعني الثاني) حيث فرَّعوا الكلام في المعاطاة على اعتبار الصيغة اللفظية في البيع فلبيع فردان: ١ - قولِي ٢ - فِعْلِي.

(و حيث إنَّ الحكم ب) إفاداتها (الإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله) أي الملك (بعده) كما هو المعروف بين الفقهاء على ما تقدّم (لا يجمع ظاهراً قصد التملك من المتعاطيين) لأنَّ ما قصده لم يقع، و ما وقع من الإباحة لم يقصده، - مع أنَّه

(١) و حكاه في الجواهر، ج ٢٢، ص ٢١٠ عن أحمد بن حنبل و مالك، راجع المغني ج ٣ ص ٥٦١ لابن قدامة.

نَزَلَ المحقّق الكرّكي الإبّاحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين؛ و حقّق ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

لكنّ بعض المعاصرين لمّا استبعد هذا الوجه، التّجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرّد الإبّاحة، و رجّح بقاء الإبّاحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نَزَلَ مورد حكم قدماء الأصحاب بالإبّاحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محلّ النزاع في المعاطاة بقصد التملك، قائلاً: إنّ القول بالإبّاحة الخالية عن الملك مع قصد الملك

من مصاديق المثل الفارسي: «نوشدارو پس از مرگ سهراب» (نَزَلَ المحقّق) الثاني (الكرّكي الإبّاحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، و أنّه) أي الملك (يلزم بذهاب إحدى العينين؛ و حقّق ذلك) أي كون مرادهم الملك المتزلزل (في شرحه على القواعد) المسمّى بـ «جامع المقاصد» ج ٤ ص ٥٨، (و تعليقه على الإرشاد) المخطوط (بما لا مزيد عليه).

(لكنّ بعض المعاصرين) و هو صاحب الجواهر رحمته الله في ج ٢٢ ص ٢٢٤ (لمّا استبعد هذا الوجه) أي إرادة الملك الجائز من الإبّاحة حيث إنّ الملك قسيم للإبّاحة و في مقابلها فكيف يمكن أن يطلق أحدهما و يراد به الآخر بدون نصب قرينة على ذلك (التّجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاة المقصود بها) عند المتعاملين (مجرّد الإبّاحة) دون الملك (و رجّح بقاء الإبّاحة في كلامهم على ظاهرها) من مجرّد جواز التصرف (المقابل للملك، و نَزَلَ مورد حكم قدماء الأصحاب بالإبّاحة على هذا الوجه) و هو قصد المتعاملين الإبّاحة (و طعن على من جعل محلّ النزاع) بين الفقهاء (في المعاطاة) الواقعة بين المتعاملين (بقصد التملك) أي تملك كلّ منهما ماله للآخر، (قائلاً: إنّ القول بالإبّاحة الخالية عن الملك مع قصد) المتعاملين (الملك)

مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب و كبرائهم.
و الإنصاف: أنَّ ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك
المتزلزل، بعيدٌ في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ في
المبسوط و الخلاف، و الحلّي في السرائر، و ابن زُهرة في الغنية، و الحلبي في
الكافي، و العلامة في التذكرة و غيرها، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم
الملك - كما ستعرف - إلا أنَّ جعلَ محلِّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك

أي ملك الطرف الآخر لما يعطيه من المال (مما لا يُنسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً
عن أعظم الأصحاب و كبرائهم) إذ العقود تابعة للقصد فكيف يمكن أن يقصد
المتعاملان التملك و مع ذلك يحصل في الخارج الإباحة، و هل هذا إلّا تناقض ظاهر، قال
الشاعر الفارسي:

پنبه کشتی طمع بماش مدار جو بکاری عدس نیارد بار

(و الإنصاف) بطلان كلا التوجيهين المزبورين و ذلك لِـ (أنَّ ما ارتكبه المحقق
الثاني) الكركي (في توجيه الإباحة) و تأويلها في كلمات الأصحاب (بالملك
المتزلزل) الجائز (بعيدٌ في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ في
المبسوط و الخلاف، و الحلّي في السرائر و) السيّد أبي المكارم (ابن زُهرة في
الغنية، و الحلبي) أبي الصلاح (في الكافي) في الفقه (و العلامة في التذكرة) و قد
تقدّم ص ٤٩ مصادر هذه الكتب (و) كذلك (غيرها) كالعلامة في القواعد ج ١ ص ١٢٣
و في المختلف ج ٥ ص ٥١، و في الإرشاد ج ١ ص ٣٥٩، (بل كلمات بعضهم صريحة
في عدم الملك - كما ستعرف -) فمع هذه الصراحة كيف تُحمل الإباحة في كلماتهم
على الملك المتزلزل، (إلا أنَّ جعلَ محلِّ النزاع) في المعاطاة و مصبِّ الأقوال فيها هو
(ما إذا قصد) المتعاملان (الإباحة دون التملك) كما فعله صاحب الجواهر رحمه الله

أبعد منه، بل لا يكاد يُوجد في كلام أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى.
و لننقل - أولاً - كلمات جماعةٍ ممن ظفروا على كلماتهم؛ ليظهر منه بُعد
تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل - كما صنعه المحقق الكركي - و أبعدية جَعْل
محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة
التصرّفات دون التملك «كما صنعه بعض المعاصرين - خ د» فنقول وبالله
التوفيق: قال في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب، فقال: أعطني بها
بقلاً أو ماءً، فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً

ج ٢٢ ص ٢٢٤ (أبعد منه) أي من توجيه الإباحة بالملك المتزلزل (بل لا يكاد يُوجد
في كلام أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى) أقول: بل هو خلاف ما نراه ممّا
هو المتعارف بين الناس من قصد التملك وإرادة البيع الحقيقي.

(و لننقل - أولاً - كلمات جماعةٍ ممن ظفروا على كلماتهم؛ ليظهر منه)
«النقل» (بُعدُ تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل - كما صنعه المحقق الكركي - و
أبعدية جَعْل محلّ الكلام) والنزاع (في كلمات قدمائنا الأعلام) حشرهم الله مع الأئمة
الكرام عليهم الصلاة والسلام (ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات) في
المال (دون) قصد (التملك) للمعطى إليه («كما صنعه بعض المعاصرين - خ د»
فنقول وبالله التوفيق:)

(قال) الشيخ الطوسي (في الخلاف) ج ٣ ص ٤١، البيوع المسألة ٥٩ (: إذا دفع)
أي المشتري (قطعةً) أي من الفلوس (إلى البقلي) = عمو سبزي فروش (أو الشارب)
أي الساقى للماء، وفي زماننا بائع المشروبات المباحة المتنوّعة كالبيسي كولا (فقال:
أعطني بها بقلًا) مثل الكرّاث والفجل والريحان والنعناع والكزبرة وغيرها، (أو)
قال للشارب أعطني (ماءً، فأعطاه) البقل الذي أراده أو الماء، (فإنّه لا يكون بيعاً)

- وكذلك سائر المحقرات - وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه؛ وفائدة ذلك: أنَّ البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك؛ لأنَّ الملك لم يحصل لهما؛ وبه قال الشافعي.

و قال أبوحنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل «لم يوجد - خ د» الإيجاب و القبول، وقال: ذلك في المحقرات، دون غيرها.
دليلنا: إنَّ العقد حكمٌ شرعيٌّ، ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت؛

شرعياً (- وكذلك سائر المحقرات -) كالفاكهة والثلج وأشباه ذلك (وإنما يكون) هذا الإعطاء والأخذ (إباحة له) أي للأخذ من كل منهما من قبل المالك (فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه؛ وفائدة ذلك) أي الإباحة المالكية دون حصول الملك (أنَّ البقلي) أو الشارب أو أمثاله (إذا أراد أن يسترجع البقل) أو ما يشبهه (أو أراد) المشتري وهو (صاحب القطعة أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك؛ لأنَّ الملك لم يحصل لهما) لا من المالك ولا من الشارع (وبه قال الشافعي) أي بعدم الملك وعدم كونه بيعاً.

(و قال أبوحنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل) في بعض النسخ والمصدر (لم يوجد) الإيجاب و القبول، وقال: ذلك في) خصوص (المحقرات) والأشياء الرخيصة، (دون غيرها) من الأشياء الغالية كالدار والأشجار والسيارة والطيارة، ثم قال الشيخ الطوسي (دليلنا) على أنَّ المعاطاة تفيد الإباحة لا الملك (: إنَّ العقد حكمٌ شرعيٌّ) والأحكام توقيفية، فإنَّ الشارع هو الذي يحكم بالملك في بعض الأسباب ولم يحكم به في بعضها، (و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا) أي في التعاطي العملي وكونه سبباً للملك (فيجب أن لا يثبت) للإستصحاب،

و أمّا الإباحة بذلك، فهو مجمّع عليه لا يختلف العلماء فيها، انتهى.

و لا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك، و في أنّ محلّ الخلاف بينه و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية؛ حيث إنّهُ - بعد تفسير البيع بـ: «مبادلة مالٍ بمالٍ» - قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطي.
و أيضاً، فتمسّكه بأنّ العقد حكمٌ شرعيٌّ، يدلّ على

(و أمّا) الحكم بـ (الإباحة بذلك، فهو مجمّع عليه) و هو دليل تعبدّي (لا يختلف العلماء فيها، انتهى).

(و لا يخفى صراحة هذا الكلام في) أمرين: الأوّل (عدم حصول الملك) بالمعاطة فلا وجه لتوجيه المحقّق الكركي الإباحة في كلام الأصحاب بالملك المترزّل، (و) الثاني (في أنّ محلّ الخلاف بينه) أي الشيخ الطوسي (و بين أبي حنيفة) هو (ما لو قصد) المتعاطيان (البيع) و التملك كما هو المقصود لهما في البيع اللفظي، و هو المتعارف بين الناس (لا الإباحة المجردة) و الخالية عن الملك، فلا وجه لما ذكره صاحب الجواهر من جعل مورد النزاع المعاطة المقصود بها الإباحة (كما) و (يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية؛ حيث إنّهُ - بعد تفسير البيع بـ: «مبادلة مالٍ بمالٍ» كما تقدّم ص ٧ عن المصباح - قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول) اللفظي، (و بالتعاطي) و هو الأخذ و الإعطاء^(١).

(و أيضاً، فتمسّكه) أي الشيخ الطوسي في الاستدلال على حصول الإباحة دون الملك (ب) قوله (: «أنّ العقد حكمٌ شرعيٌّ، يدلّ على) وجود قصد التملك لهما

(١) راجع الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢ كما في تعليقة المكاسب طبع لجنة تحقيق تراث الشيخ.

عدم انتفاء قصد البيعية، وإلا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به؛ إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغةً و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية، كما لا يخفى.

و قال في السرائر - بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأول على الثاني - ما لفظه: فإذا دفع قطعةً إلى البقلي أو الشارب، فقال: «أعطني»، فإنه لا يكون بيعاً

و (عدم انتفاء قصد البيعية) أي وجوده في ذهنهما - إذ نفي النفي إثبات (و إلا) أي و إن لم يقصد البيع و التمليك (لكن الأولى، بل المتعين: التعليل) والاستدلال (به) أي بانتفاء قصد البيع من المتعاطين، (إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغةً و عرفاً) لا يكون المقتضي للملك موجوداً ف (لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية) التي هو عبارة عن وجود المانع، (كما لا يخفى) فإنّ إسناد عدم الملك إلى عدم المقتضي و الموضوع أنسب و أولى من إسناده إلى وجود المانع، فإنّك إذا لم تكن مستطيعاً للحجّ مالمّا و كان مانعاً عندك من السفر و سُئلت عن عدم الذهاب إلى مكّة تجاوب بأنّي لا أكون مستطيعاً للحجّ لا أنّ لي مانعاً من السفر، و بالجملة التمسك بعدم المقتضي مقدّم على وجود المانع فاستدلاله لعدم الملك بوجود المانع، دليل على وجود المقتضي أعني قصد البيع و التمليك للمتعاطين.

(و قال) ابن إدريس الحلّي (في السرائر) ج ٢ ص ٢٥٠ (بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأول على الثاني) فلا ينعقد بقول المشتري: بعني دارك و قول البائع: بعتكها - قال (ما) هذا (لفظه: فإذا دفع قطعةً) من درهم مثلاً (إلى البقلي أو الشارب) بائع الماء، (فقال: «أعطني»)، عمو سبزي فروش! بقللاً (فإنّه لا يكون بيعاً) فلا يشمل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ حتّى تكون المعاطاة مفيدة

و لا عقد؛ لأنَّ الإيجاب و القبول ما حصل، و كذلك سائر المحقَّرات، و سائر الأشياء محقَّراً كان أو غير محقَّر، من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنَّما يكون إباحةً له، فيتصرَّف كلُّ منهما فيما أخذه تصرِّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه، أو دخل في ملكه، و لكلِّ منهما أن يرجع فيما بذَّله؛ لأنَّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسدة؛ لأنَّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحَّ التصرَّف فيما صار إلى كلِّ واحدٍ منهما، و إنَّما ذلك على جهة الإباحة، انتهى.

فإنَّ تعليله «تعليل - خ د» عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول،

للملك، (و لا عقداً) لفظياً فلا يشمل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ (لأنَّ الإيجاب و القبول) اللفظين (ما حصل) و هما معتبران في تحقُّق البيع (و كذلك) الحال في (سائر المحقَّرات) بل (و سائر الأشياء محقَّراً كان) كالنلج و الفاكهة و الخُفَّ (أو غير محقَّر، من الثياب و الحيوان أو غير ذلك) كالدار و الأشجار و الأحمار، (و إنَّما يكون) هذا التعاطي (إباحةً له، فيتصرَّف كلُّ منهما فيما أخذه تصرِّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه) حين التصرف (أو دخل في ملكه) بعد التصرف (و لكلِّ منهما) أي الدافع و الآخذ (أن يرجع فيما بذَّله؛ لأنَّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك) أي التعاطي (من العقود الفاسدة) كالمعاملة الربويَّة الَّتِي تكون كالغصب، (لأنَّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحَّ التصرَّف فيما صار إلى كلِّ واحدٍ منهما) و لا أخذه، (و إنَّما ذلك) التعاطي (على جهة الإباحة) و إجازة التصرَّف في ماله (انتهى) كلام الحلِّي فالتعاطي هذا برزخ بين العقد اللفظي المتضمَّن للإيجاب و القبول الَّذِي هو بيع شرعي و مفيد للملك، و بين العقد الفاسد الَّذِي لا يوجب جواز التصرَّف بل يوجب الضمان، فهو = شترمرغ.

(فإنَّ تعليله «تعليل - خ د» عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول،

يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يُقصد التملك،

مع أنّ ذكره في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا، ولا ينافي ذلك قوله: «وليس هذا من العقود الفاسدة ... الخ» كما لا يخفى.

وقال في الغنية - بعد ذكر الإيجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع، كالتراضي ومعلومية العوضين، وبعد بيان الإحتراز بكلّ من الشروط عن المعاملة الفاقدة له -

يدلّ على أن ليس المفروض ما لو لم يُقصد المتعاطيان (التمليك) وإلا كان الأولى تعليل ذلك بعدم مقتضى له وهو القصد لا بفقد الشرط كما تقدّم نظيره في كلام المبسوط.

(مع أنّ ذكره) أي التعليل (في حيّز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا) من أنّ مورد الكلام ما إذا قصد التملك، لأنّ ذكر الشروط إنّما هو بعد الفراغ عن ثبوت الموضوع والمقتضي فهو موجود لكنّ الشرط وهو العقد اللفظي مفقود (و لا ينافي ذلك) أي حصول الإباحة لا الملك مع قصد التملك (قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة ... الخ» كما لا يخفى) فيقال في وجه التنافي إذا فرض عدم الملك مع قصده فيكون من العقود الفاسدة، ووجه عدم التنافي هو أنّه نعم، لم يترتب عليه الملك ولكنه يترتب جواز التصرف، فالمعاطاة لا يكون بيعاً مفيداً للملك، ولكنه لا يكون فاسداً بالكلّية حتّى لا يترتب عليها الإباحة أيضاً فهي كما تقدّم برزخ بين البيع الصحيح اللفظي والبيع الفاسد.

(وقال) السيّد ابوالمكارم ابن زهرة (في الغنية) ص ٢١٤ (- بعد ذكر الإيجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع، كالتراضي ومعلومية العوضين، وبعد بيان الإحتراز بكلّ من الشروط عن المعاملة الفاقدة له -) كالبيع مع الإكراه، أو مع جهالة العوضين.

ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول: (تحرّزاً عن القول بانعقاده بالإستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: «بِغْنِيهِ بِأَلْفٍ»، فيقول: «بِعْتُكَ بِأَلْفٍ»، فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ بِذَلِكَ، بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ: «اشْتَرَيْتُ» أَوْ «قَبِلْتُ» حَتَّى يَنْعَقِدَ، وَ احْتِرَازاً أَيْضاً عَنِ الْقَوْلِ بَانْعِقَادِهِ بِالْمَعَاطَاةِ، نَحْوُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْبَقْلِيِّ قِطْعَةً وَيَقُولَ: «أَعْطِنِي بِقَلًّا»، فَيُعْطِيهِ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعٍ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ لِلتَّصَرُّفِ؛ يَدُلُّ عَلَى مَا قُلْنَاهُ: الإجماع المشار إليه؛ وَ أَيْضاً فَمَا اعْتَبَرْنَاهُ مَجْمَعٌ عَلَى صَحَّةِ الْعَقْدِ بِهِ، وَ لَيْسَ عَلَى صَحَّةِ مَا عَدَاهُ «صَحَّتْهُ بِمَا عَدَاهُ - خ د» دَلِيلٌ،

فَقَالَ (ما هذا لفظه: و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول) اللفظيين: (تحرّزاً عن) موردين: أحدهما (القول بانعقاده) أي البيع (بالإستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: بِغْنِيهِ) كتابك مثلاً (بألفٍ، فيقول) المالك: (: «بِعْتُكَ بِأَلْفٍ»، فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ) البيع (بذلك، بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ: «اشْتَرَيْتُ» أَوْ «قَبِلْتُ» حَتَّى يَنْعَقِدَ، وَ) المورد الثاني (احتِرَازاً أَيْضاً عَنِ الْقَوْلِ بَانْعِقَادِهِ بِالْمَعَاطَاةِ، نَحْوُ أَنْ يَدْفَعَ) الإنسان (إِلَى الْبَقْلِيِّ) أَوْ الْمَطَّارِ (قِطْعَةً وَيَقُولُ: «أَعْطِنِي بِقَلًّا») أَوْ أَعْطِنِي عِطْرًا (فَيُعْطِيهِ) مَا أَرَادَهُ (فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعٍ) شرعي (وَإِنَّمَا هُوَ) يفيد (إِبَاحَةً لِلتَّصَرُّفِ؛ يَدُلُّ عَلَى مَا قُلْنَاهُ: الإجماع المشار إليه) من الفقهاء عَلَى أَنَّ الْمَعَاطَاةَ تَفِيدُ الْإِبَاحَةَ وَ لَيْسَتْ بِبَيْعٍ، (وَ أَيْضاً فَمَا اعْتَبَرْنَاهُ) من الشرائط و منها الإيجاب و القبول اللفظي (مَجْمَعٌ عَلَى صَحَّةِ الْعَقْدِ بِهِ، وَ لَيْسَ عَلَى صَحَّةِ مَا عَدَاهُ «صَحَّتْهُ بِمَا عَدَاهُ - خ د» دَلِيلٌ) وَ هَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ ﷺ مِنْ تَوْقِيفِيَةِ الْأَحْكَامِ.

و لما ذكرنا نهى «النبي - خ د» ﷺ عن بيع «المنازمة» و «المامسة»، وعن بيع «الحصاة» على التأويل الآخر، و معنى ذلك؛ أن يجعل اللّمس بشيءٍ و النبذله، و إلقاء الحصاة، بيعاً موجباً، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التملك، من وجوه متعدّدة:

منها: ظهور أدلّته الثلاثة

(و لما ذكرنا) من إشتراط الإيجاب و القبول للفظيين في صحّة البيع (نهى «النبي - خ د» ﷺ عن بيع «المنازمة» و «المامسة»، وعن بيع «الحصاة»^(١) على التأويل الآخر، و معنى ذلك؛ أن يجعل اللّمس بشيءٍ) من المالك في حكم الإيجاب للبيع و لمس الطرف الآخر له بيده في حكم القبول، (و) في المنازمة يُجعل (النبذله) من المالكين مالهما إلى الآخر في حكم الإيجاب و القبول، كما (و إلقاء الحصاة) و رميها إلى المبيع إيجاباً و (بيعاً موجباً، انتهى) كلام الغنية، و التأويل الأوّل لها هو أن يكون لمس الشيء بيده من بين الأشياء و حسب اختياره من غير تعيين منهما، أو نبذه كذلك، أو كون المبيع كلّ ما يقع عليه الحصاة إتفاقاً، و البطلان هنا من جهة جهالة المبيع أو صفاته و مقداره، و هي بهذه المعاني أجنبيّة عمّا نحن فيه و المرتبط بالمقام هو المعنى الآخر.

و بالجملة فظهور كلامه في وجود قصد التملك من جهات (فإنّ دلالة هذا الكلام) في الغنية (على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التملك، من وجوه متعدّدة).

(منها: ظهور أدلّته الثلاثة) أعني الإجماع، و توقيفيّة الأحكام، و نهى

(١) راجع الوسائل، ج ١٢، ص ٢٦٦، عقد البيع و شروطه .

في ذلك.

و منها: إحترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد.
و قال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية -
مالفته: و اشتراط الإيجاب و القبول؛ لخروجه من دونهما عن حكم البيع - إلى
أن قال - : فإن اختل شرط من هذه، لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسليم و إن
جاز التصرف مع إخلال بعضها: للتراضي، دون عقد البيع، و يصحّ معه
الرجوع؛ انتهى.

النبي ﷺ (في ذلك) فعدم انعقاد البيع مستند إلى اختلال الشرائط لا إلى عدم قصد البيع و التملك، (و منها: إحترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء) من المشتري (بنحو واحد) فإنه فرّع على اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين بطلان كليهما بفقد الشرط و هو العقد اللفظي و هذا يدلّ على وجود المقتضي و هو قصد التملك فيهما جميعاً.

(و قال) أبو الصلاح الحلبي (في الكافي) في الفقه ص ٣٥٢ (- بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية - مالفته: و اشتراط الإيجاب و القبول) أي اللفظيين (لخروجه) «البيع» (من دونهما عن حكم البيع) شرعاً و هو الحكم بالانتقال، و إن صدق عليه البيع عرفاً (- إلى أن قال - : فإن اختل شرط من هذه) الشرائط (لم ينعقد البيع، و لم يستحق) المشتري (التسليم) إليه (و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها) كالصيغة و ذلك (للتراضي) أي تراضي المالكين بالتصرف في مالهما (دون) أن ينعقد (عقد البيع، و يصحّ معه) أي مع الإخلال (الرجوع) في المعاملة، لهما (انتهى) كلام الكافي.

و هو في الظهور قريبٌ من عبارة الغُنية.

و قال المحقق رحمته في الشرائع: و لا يكفي التقابض من غير لفظٍ و إن حصل من الإمارات ما دلّ على إرادة البيع، انتهى.

و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يُقصد به البيع، بل للتنبيه على أنّه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

و قال في التذكرة في حكم الصيغة: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها، فلا يكفي التعاطي في الجليل و الحقيق، مثل: «أعطني بهذا الدينار ثوباً»، فيعطيه مايرضيه، أو يقول: «خذ هذا الثوب بدينار»

(و هو في الظهور قريبٌ من عبارة الغُنية) فإنّه إستند عدم انعقاد البيع باختلال الشرط دون عدم وجود المقتضي أعني قصد التملك، فمفروض كلامه إنّما هو وجوده من المتعاملين إلّا أنّ الشرع لا يحكم بانعقاد البيع لفقد العقد اللفظي.

(و قال المحقق) الحلي رحمته (في الشرائع) ج ٢ ص ١١ (: و لا يكفي التقابض) من المتعاملين (من غير لفظٍ) أي الإيجاب و القبول (و إن حصل من الإمارات ما دلّ على إرادة البيع، انتهى، و ذكر كلمة الوصل) بقوله: «و إن حصل» (ليس لتعميم المعاطاة لما لم يُقصد به البيع) بأن كان المعاطاة على قسمين: أحدهما: يقصد به البيع، و الثاني: لا يقصد به البيع، (بل للتنبيه على أنّه لا عبرة بقصد البيع من الفعل) و ذلك لأنّ المحقق رحمته فرّع عدم كفاية التقابض بدون الصيغة على العقد الدالّ بالإمارات، على إرادة البيع و قصد التملك و التملك.

(و قال) العلامة (في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٢ (في حكم الصيغة) اللفظيّة، (: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها، فلا يكفي) مجرد التقابض و (التعاطي) سواء (في الجليل) من المبيعات و الثمنية (و الحقيق) منها (مثل) أن يقول المشتري (: «أعطني بهذا الدينار ثوباً»، فيعطيه مايرضيه، أو يقول) البائع (: «خذ هذا الثوب بدينار»

فيأخذه، و به قال الشافعي مطلقاً، لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد، و عن بعض الحنفية و ابن شريح في الجليل، و قال أحمد: ينعقد مطلقاً، و نحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً، انتهى. و دلالتة على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل مالك موافقاً لأحمد في الإنعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً. و قال الشهيد في قواعده - بعد قوله: «قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي» و ذكر أمثلة لذلك -

فيأخذه) المشتري و يعطيه الدينار، (و به) أي باشرط الصيغة (قال الشافعي مطلقاً) أيضاً في الجليل و الحقير و ذلك (لـ) الشك في كون التعاطي بدون الإيجاب و القبول بيعاً و (أصالة بقاء الملك) على ملك المال بمقتضى الإستصحاب (و قصور الأفعال عن الدلالة) التامة الصريحة (على المقاصد، و) نُقل هذا (عن بعض الحنفية و ابن شريح: في الجليل) فقط دون الحقير، (و قال أحمد) بن حنبل (: ينعقد) ذلك بيعاً (مطلقاً، و نحوه قال مالك) أيضاً (فإنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً، انتهى) كلام التذكرة.

(و دلالتة على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه) متعددة (: أدونها جعل مالك موافقاً لأحمد في الإنعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً) فإن اعتقاد الناس إنما هو مع قصد التمليك، و أيضاً من الوجوه: تفرع عدم كفاية التعاطي، على اعتبار الصيغة، إذ الصيغة إنما هي مع قصد التمليك، و منها قوله: «وقصور الأفعال عن الدلالة»، فإن مقصود المتعاطين من الإعطاء و الأخذ إنما هو البيع و التمليك و التملك.

(و قال الشهيد) الأول ﷺ (في قواعده) ج ١ ص ١٧٨ القاعدة ٤٧ (- بعد قوله: «قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي» و) بعد (ذكر أمثلة لذلك -) كالهبة

ما لفظه: «وَأَمَّا المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الإباحة، لا الملك وإن كان في الحقيق عندنا، انتهى».

و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك ممّا لا يخفى.

هذا كلّه، مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التملك، ويبعد فرض الفقهاء - من العامة و الخاصة - الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

بنفس الاعطاء بلا كلام، قال (ما) هذا (لفظه: «وَأَمَّا المعاطاة في المبيعات فهي) إنّما (تفيد الإباحة، لا الملك وإن كان في) الشيء (الحقيق) كالنقل والماء، (عندنا، انتهى) كلام القواعد.

(و دلالتها) أي عبارة القواعد (على قصد المتعاطيين للملك ممّا لا يخفى)

لقوله: «في المبيعات»، وقوله: «عندنا» المستفاد منه أنّ المعاطاة عند غيرنا تفيد الملك، والملك إنّما هو مع قصد التملك والبيع.

(هذا كلّه) ما ظفرنا عليه من كلمات الفقهاء، وأضف إلى ذلك (مع أنّ الواقع في

أيدي الناس) و السيرة المستمرة عندهم في بيعهم المتعارفة (هي المعاطاة بقصد

التملك) و البيع الواقعي (ويبعد) جدّاً (فرض الفقهاء - من العامة و الخاصة - الكلام

في غير ما هو الشائع بين الناس) و محلاًّ لا ابتلائهم (مع أنّهم صرّحوا) في كلماتهم

(بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس).

فتحصّل من جميع ما ذكرنا و من نقل كلمات الأصحاب: أنّ ما أفاده صاحب

الجواهر من جعل محلّ النزاع في المعاطاة، ما إذا قُصد بها الإباحة دون الملك لا وجه له،

بل محلّ كلامهم هو ما إذا قُصد المتعاطيان الملك، لكنهم حكموا بترتب الإباحة عليها

تعيّداً.

ثمّ إنَّك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد.

و مع ذلك كلّه فقد قال المحقّق الثاني في جامع المقاصد: أنّهم أرادوا بالإباحة، الملك المتزلزل؛ فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيعٌ وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، و لا يقول أحدٌ «من الأصحاب - خ د» بأنّها بيعٌ فاسد سوى المصنّف في النهاية، و قد رجع عنه في كتبه المتأخّرة عنها.

(ثمّ إنَّك قد عرفت) أيضاً من كلماتهم أنّ ما ادّعاه المحقّق الكرّكي من حمل الإباحة في كلامهم على الملك المتزلزل أيضاً غير وجيه و ذلك: لِ (ظهور أكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، كـ) عبارة الشيخ في (الخلاف، و) عبارة الحلّي في (السرائر، و) العلامة في (التذكرة و القواعد) فراجع كلامهم ثانياً.

(و مع ذلك كلّه) من الصّراحة (فقد قال المحقّق الثاني في جامع المقاصد) ج ٤ ص ٥٨ كما تقدّم ص ٥٠ (أنّهم أرادوا بالإباحة، الملك المتزلزل) الجائز دون اللّازم، (فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيعٌ وإن لم تكن كالعقد في اللزوم) و الأحكام (خلافاً لظاهر عبارة) الشيخ (المفيد) في المقنعة ص ٥٩١ كما تقدّم ص ٤٩ فإنّه ظاهر في اللزوم كالبيع القولي حيث قال: و البيع ينعقد على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً، و تراضياً بالبيع و تقابضاً و افتراقاً بالأبدان، انتهى.

ثمّ قال المحقّق: (و لا يقول أحدٌ «من الأصحاب - خ د») كذا في المصدر و بعض النسخ (بأنّها بيعٌ فاسد سوى المصنّف) أي العلامة (في النهاية، و قد رجع عنه في كتبه المتأخّرة عنها).

وقوله تعالى: ﴿أَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يتناولها، لأنها بيعٌ بالإتفاق حتّى من القائِلين بفسادها؛ لأنّهم يقولون: هي بيعٌ فاسد. وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ عامٌّ إلّا ما أخرجه الدليل.

وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب: من أنّها تفيد الإباحة وتكرّم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر وبالذهاب يتحقّق اللزوم؛ لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ

ثم أخذ المحقّق في توجيه حمل «الإباحة» في عبارات الأصحاب على الملك المتزلزل فقال - كما في جامع المقاصد وبعض نسخ المكاسب زيادة - (وقوله تعالى: ﴿أَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) يتناولها) أي المعاطاة (لأنّها بيعٌ بالإتفاق حتّى من القائِلين بفسادها؛ لأنّهم يقولون: هي بيعٌ فاسد) - الزيادة الى هنا -، (وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) أيضاً «عامٌّ») يشمل التجارة القويّة والفعلية جميعاً ولا يختصّ بالمعاملة اللفظيّة (إلّا ما أخرجه الدليل) كالبيع الربوي والبيع بالحصاة، ولم يدلّ دليل على إخراج المعاطاة.

(وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب) الذين تقدّمت أسماؤهم مع عباراتهم التي يُستظهر منها (من أنّها) أي المعاطاة (تفيد الإباحة وتكرّم بذهاب إحدى العينين) أي تلف المبيع أو الثمن، فإنّهم (يريدون به) أي بكلامهم هذا (عدم اللزوم في أوّل الأمر، و) لكن (بالذهاب) لأحدهما (يتحقّق اللزوم) وإنّما نحمل كلماتهم على هذا (لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ) العقود تابعة

(١) البقرة: ٣٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

المقصود للمتعايطين «إنما هو - خ د» الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً و لم يَجْزِ التصرّف في العين، وكافة الأصحاب على خلافه.
و أيضاً فإنّ الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً و رأساً، فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مالٍ آخر في يده؟ و إنّما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول - لأنها تدلّ بالقرائن -

للقصود و (المقصود للمتعايطين «إنما هو - خ د») - كذا في المصدر و بعض النسخ - (الملك، فإذا) فرض أنّه (لم يحصل) في الخارج ذلك (كان بيعاً فاسداً) لا محالة (و لم يَجْزِ التصرّف «في العين») كذا في المصدر و بعض النسخ (و كافة) - الواو للحال - (الأصحاب على خلافه) أي خلاف الفساد، فإنّهم قائلين بالصّحة و جواز التصرف.

(و أيضاً) استدللّ المحقّق الكركي على إرادة الملك المترلزل من الإباحة في كلام الأصحاب بأنّه من المستبعد جدّاً أن يكون التصرف في شيء مباحاً و لا يكون ملكاً للمتصرّف لكنّه يصير ملكاً له بمجرد تلفه أو بتلف مالٍ آخر في يد شخص آخر (فإنّ الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً و رأساً) لا في الابتداء و لا بالمآل حتّى بعد تلف إحدى العينين، (فكيف يتحقّق ملك شخص) لشيء كالبايع للثمن (بذهاب مالٍ آخر في يده) أي يد شخص آخر، كتلف المبيع في يد المشتري؟، و يحتمل أن يكون المراد من العبارة: ان يتحقّق ملك المتصرّف كالمشتري لمال شخص آخر و هو البايع بمجرد التصرّف.

فإن قلت: فلماذا لا نلتزم أيّها المحقّق الكركي بلزوم المعاطة و حصول الملك اللازم بها؟ قلنا: (و) الوجه في الإلتزام بالملك المترلزل بها دون اللازم هو أنّ الفقهاء حيث حكموا بلزوم الصيغة اللفظيّة في العقود اللازمة (و إنّما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول - لأنها تدلّ) عليه (بالقرائن) فقط - مثل دلالة

مَنَعُوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراء ما دام ممكناً، و مع تلف إحدى العينين
 يمتنع التراء فيتحقق اللزوم، و يكفي تلف بعض إحدى العينين؛ لامتناع التراء
 في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر؛ انتهى.

و نحوه المحكي عنه في تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: أن مقصود
 المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل
 مقصودهما ثبت ما قلنا، و إلا

الإعطاء و الأخذ على البيع، (مَنَعُوا من لزوم العقد بها، ف) يكون الملك الحاصل بها
 متزلزلاً و (يجوز التراء) بالمالين من الطرفين (ما دام ممكناً، و مع تلف إحدى
 العينين) حيث إنه (يُمتنع التراء فيتحقق اللزوم، و) حتى أنه (يكفي تلف بعض
 إحدى العينين) كما إذا كان المبيع كيلوين من الحنطة فأكل المشتري كيلواً واحداً، و ذلك
 (لامتناع) صدق (التراء في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر) على
 البائع في المثال و لا ضرر و لا ضرار في الإسلام^(١)، (انتهى) كلام المحقق الكركي في
 جامع المقاصد.

(و نحوه المحكي عنه) أي المحقق الكركي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٥
 (في تعليقه على الإرشاد) المخطوط، (و زاد فيه: أن مقصود المتعاطيين) من
 التعامل و الإعطاء و الأخذ إنما هو (إباحة مترتبة على ملك) أصل المال و (الرقبة
 كسائر البيوع) فإن المتبايعين يريدان تملك مالهما للآخر و يترتب على الملك
 إباحة التصرف في المال، (فإن حصل مقصودهما) في الخارج (ثبت ما قلنا) من
 تحقق الملك في المعاطاة، (و إلا) أي و إن لم يحصل مقصودهما و هو الملك

(١) الوسائل، ج ١٧، ص ٣٧٦، موانع الإرث.

لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعين الحكم بالفساد؛ إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد، وهو باطل. وعليه يتفرع النماء، وجواز وطء الجارية، و **مَنْ مَنَعَ فَقَدْ أُغْرِبَ**؛ انتهى.

و الذي يُقَوَّى في النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التملك، و أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت

(لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية) وإطلاقاً، (بل يتعين الحكم بالفساد؛ إذ المقصود) لهما (غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد) منهما (و هو باطل) فيكون من مصاديق ما قُصد لم يقع وما وقع لم يُقصد، و مصداق قول الشاعر الفارسي:

ما ز ياران چشم ياری داشتیم خود غلط بود آن چه می پنداشتیم

(و عليه) أي وعلى حصول ملك الرقبة (**يتفرع النماء**) فنماء المبيع بالمعاطاة للمشتري و نماء الثمن للبائع، (و) يتفرع عليه أيضاً (**جواز وطء الجارية**) المأخوذة بها إذ لا وطء إلا في ملك، كما لا بيع إلا في ملك، ولا عتق إلا في ملك، وهذه التصرفات جائزة في المأخوذ بالمعاطاة مسلماً، (و **مَنْ مَنَعَ**) عنها (**فقد أُغْرِبَ**) في الفتوى (**انتهى**) كلام المحقق الكركي رحمه الله.

(و الذي يُقَوَّى في النفس) و يقتضيه التحقيق في المقام: هو (إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها) و عدم التوجيه و التأويل لها، (و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة) واقعاً (مع فرض) الكلام فيما إذا كان من (قصد المتعاطيين التملك، و) إن كان الاستلزام بمقاتلتهم يوجب مخالفة القواعد الفقهية، فنقول: ب (أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً) بحسب قصد المتعاطيين لها، كما ادّعاه صاحب الجواهر (بل) هما قصدا التملك و (إنما حصلت) الإباحة

- كما اعترف به في المسالك - من استلزام إعطاء كل منهما سلعته مسلطاً عليها
الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق
المتقدم في عبارته المتقدمة، وحاصله:

أنَّ المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف؛
إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنَّه لم يصدر منه إلا التملك،
وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل، و لم يُشعر كلامهم بالإستناد إلى نصٍّ
في ذلك، مع إنَّ إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جداً، مع أنَّ
التأمل في

(- كما اعترف به) الشهيد الثاني (في المسالك -) ج ٣ ص ١٤٨ (من استلزام إعطاء
كل منهما سلعته) أي المبيع و الثمن (مسلطاً عليها) - الطرف الآخر - (الإذن) قوله:
«الإذن» مفعول لقوله: «استلزام - (في التصرف فيه بوجوه التصرفات) حتَّى
المتوقِّفة على الملك كالوطيء، والعق، و البيع، (فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق
المتقدم في عبارته المتقدمة، وحاصله:

(أنَّ المقصود) للمتعاطين (هو الملك، فإذا لم يحصل) لفقدان العقد اللفظي
(فلا منشأ لإباحة التصرف) فيما صار بيده؛ (إذ الإباحة) إمَّا مالكيَّة و إمَّا شرعيَّة فـ (إن
كانت من المالك فالمفروض أنَّه لم يصدر منه إلا التملك، و إن كانت من
الشارع) كتجويزه في التصرف في فواكه البستان بعنوان حقِّ المارة، (فليس عليها
دليل) من الروايات (و لم يُشعر كلامهم بالإستناد إلى نصٍّ في ذلك) في المقام، نعم
استند الشيخ في الخلاف، و كذا السيّد ابوالكارم في الغنية إلى الإجماع فراجع ص ٥٥ و
٥٩، (مع إنَّ إلغاء الشارع للأثر المقصود) من قبل المالك و هو الملك (و ترتيب) أثر
(غيره) وهو الإباحة الشرعيَّة تعبدًا (بعيدٌ جداً) هذا ثانياً، و ثالثاً (مع أنَّ التأمل في

كلامهم يعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية.

و يؤيد إرادة الملك: أنّ ظاهر إطلاقهم «إباحة التصرف» شمولها للتصرفات التي لا تصحّ إلا من المالك، كالوطيء والعق و البيع لنفسه.
و التزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات - كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار، أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع - بعيد.
و سيجيء ما ذكره بعض الأساطين: من أنّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

كلامهم) في محلّ النزاع - وقد تقدّم شطر منه - (يُعطي) أي يستفاد منه (إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية) و الحاصل أنّ الإباحة بقسميها لا يمكن الإلتزام بها فلا بدّ من المصير الى القول بإفادة المعاطة الملك المترلزل.

(و يؤيد إرادة) المشهور (الملك) في كلامهم - لا الإباحة - كما استظهره المحقّق الكركي، (أنّ ظاهر إطلاقهم «إباحة التصرف») و عدم تقييده بنوع خاصّ منه إنما هو (شمولها للتصرفات التي لا تصحّ) صدورها (إلا من المالك، كالوطيء والعق و البيع لنفسه) في مقابل البيع فضولاً عن المالك، (و) فرض (إلتزامهم) أي المشهور (حصول الملك) للمتصرف (مقارناً لهذه التصرفات) المذكورة (كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار) فإنّه دليل على الأخذ بالخيار و الرجوع عن البيع، فيملك المبيع بالإسترداد ثمّ يتصرف، (أو) إذا وقعت (من الواهب الذي يجوز له الرجوع) في هبته - بأن لم تكن هبة معوضةً و لا لذي رحم و كانت عين الهبة موجودة غير تالفة، و فرض هذا الإلتزام (بعيداً) - فقلوه: «بعيد» خبر لقلوه: «و التزامهم» - (و) الشاهد على بُعد هذا الإلتزام، أنّه (سيجيء) ص ٩٠ (ما ذكره بعض الأساطين) و هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته الله في شرحه على قواعد العلامة، المخطوط (من أنّ هذا القول) أي إفادة المعاطة الإباحة مع قصد المتعاطيين الملك، (مستلزم لتأسيس قواعد جديدة)

لكنَّ الإنصاف: أنَّ القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم؛ فإنَّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة؛ مع أنَّ المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمَّا يتوقَّف على الملك كإخراجه في خمس، أو زكاة، و كوطيء الجارية.

في الفقه التي يُستبعد الإلتزام بها كما ستعرف.

ثم أخذ الشيخ رحمته الله في الإشكال على ما أفاده المحقق الكركي، و حاصله أنَّه لا استبعاد بالإلتزام بجواز التصرفات المتوقَّفة على الملك مع القول بإفادة المعاطاة بالإباحة، هذا أولاً و ثانياً لا بأس باختيار عدم جواز هذه التصرفات على القول بالإباحة، فقال (لكنَّ الإنصاف: أنَّ القول بالتزامهم لهذه الأمور) و الإشكات (أهون) محذوراً (من توجيه كلماتهم) و تأويل الإباحة فيها بالملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي فإنَّه كالفرار من المطر إلى الميزاب؛ (فإنَّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل) و هو الإستصحاب (عدم الملكية) في المأخوذ بالمعاطاة (و لم يساعد عليها دليل معتبر، و) من جهة أخرى (اقتضى الدليل) المعتبر (صحة التصرفات المذكورة) و بالجملة: القول بالإباحة المجردة مع جواز هذه التصرفات هو مقتضى الجمع بين الأدلة، هذا (مع أنَّ المحكي) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨ (عن حواشي الشهيد) الأوَّل - المخطوط - (على القواعد) للعلامة (المنع) عن التصرف في المأخوذ بالمعاطاة (عمَّا يتوقَّف على الملك كإخراجه في خمس، أو زكاة، و كوطيء الجارية) و الإستمتاع بها.

و ممّا يشهد على نفي البُعد عمّا ذكرنا - من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطيان التملك - : أنّه قد صرّح الشيخ في المبسوط، و الحلّي في السرائر، كظاهر العلامة في القواعد، بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول ولو من الرسول، نَعَمْ يفيد ذلك إباحة التصرف، لكنّ الشيخ استثنى وطىء الجارية.

ثمّ إنّ المعروف بين المتأخّرين: أنّ من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة، قال: بأنّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العبارّات المتقدّمة، و معقد إجماع الغنية،

(و ممّا يشهد على نفي البُعد عمّا ذكرنا - من إرادتهم الإباحة المجردة) عن الملك (مع) أنّ الكلام في المعاطاة التي من (قصد المتعاطيان التملك - : أنّه قد صرّح الشيخ) الطوسي (في المبسوط) ج ٣ ص ٣١٥ (و) ابن إدريس (الحلّي في السرائر) ج ٣ ص ١٧٧، (كظاهر) كلام (العلامة في القواعد) ج ١ ص ٢٧٤ (بعدم) - متعلّق بقوله: «صرّح» - (حصول الملك بإهداء الهدية) المعاطاتيه أي (بدون الإيجاب و القبول ولو من) الواسطة و (الرسول) الذي يوصل الهدية إلى المهدى إليه العجول، (نَعَمْ يفيد ذلك) الإهداء الفاقد للإيجاب و القبول (إباحة التصرف، لكنّ الشيخ استثنى وطىء الجارية) و الإستمتاع بها، فتباح سائر التصرفات و لا يباح هذا!

(ثمّ إنّ المعروف بين المتأخّرين) من الفقهاء (: أنّ من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة، قال: بأنّها ليست بيعاً حقيقةً). و إن كانت بيعاً ظاهراً، (كما هو ظاهر بعض العبارّات المتقدّمة) ص ٥٣ كقوله الشيخ في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً» و قول ابن إدريس ص ٥٦ : «فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً» و قول السيّد ابن زهرة ص ٥٩ في الغنية: «فإنّ ذلك ليس بيع» (و) هو أيضاً (معقد إجماع الغنية)

و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم! و كلاهما خلاف الظاهر.

و يدفع الثاني: تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات، و تصريح غير واحد بأن الإيجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة.

و أما الأول، فإن قلنا: بأن البيع عند المتشريعة حقيقة في الصحيح - ولو بناءً على ما قدمناه في آخر تعريف البيع:

أي نفي بيعية المعاطاة، (و ما أبعد ما بينه) أي عدم كونها بيعاً، (و بين توجيه المحقق الثاني) الكركي (من إرادة) الفقهاء في كلماتهم (نفي اللزوم!) فقط و التزامهم بأنها بيع متزلزل، (و كلاهما خلاف الظاهر) من عباراتهم، قال الشاعر الفارسي:

نه از آن قد رسا و نه ازین خم خمگی نه از آن شورې شور و نه از این بی نمکی

(و يدفع الثاني) و هو الملك المتزلزل الذي قال به الكركي (تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار) فقط (فكل بيع عنده) «البعث» (لازم من غير جهة الخيارات) مع فرض تحققه، و لا يكون هناك بيع متزلزل ناشي من غير الخيارات كما ادّعه الكركي رحمته، (و) أيضاً يدفع الثاني أعني البيع المتزلزل (تصريح غير واحد) من الفقهاء كما تقدّم في عبارتي الغنية و الكافي ص ٥٩ و ٦١ (بأن الإيجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة) فمع فقدهما لا يتحقق بيع أصلاً حتّى يكون متزلزلاً أو ثابتاً.

(و أما الأول) و هو نفي البيعة عن المعاطاة حقيقة الذي هو المعروف بين المتأخرين (فإن قلنا: بأن البيع عند المتشريعة حقيقة في) البيع (الصحيح) لا الأعم منه و من الفاسد (ولو بناءً على ما قدمناه) ص ٤٢ (في آخر تعريف البيع:

من أن البيع في العرف إسمٌ للمؤثر منه في النقل - فإن كان في نظر الشارع أو المتشركة من حيث إنهم متشركة و متدينون بالشرع، صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف، فيصح على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره بالعقد؛ لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ماهو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا،

من أن البيع في العرف إسمٌ للمؤثر منه في النقل - فإن كان في نظر الشارع أو المتشركة من حيث إنهم متشركة و متدينون بالشرع) لا من جهة كونهم من أفراد العرف، أيضاً (صحيحاً مؤثراً في الانتقال) والتملك و التملك (كان بيعاً حقيقياً، وإلا) أي وإن لم يكن مؤثراً في نظر الشارع (كان) بيعاً (صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف، فيصح على ذلك) الذي قدّمناه هناك - قبل بحث المعاطاة - (نفي البيعية) عن المعاطاة (على وجه الحقيقة في كلام كل من الفقهاء من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسره بالعقد) كما تقدّم ص ٣٣، (لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ماهو المؤثر في النقل في نظر الشارع)، والحاصل أن من جعل العقد اللفظي و الصيغة من شرائط الصحة، أو فسرّ البيع بالعقد المؤثر، فلا محالة يتجه عنده نفي البيعية عن المعاطاة لأنّ المفروض عدم تأثيرها في النقل و الانتقال وإنّما تفيد إباحة التصرف فيما صار بيد كل من المتعاطيين مع بقاء العينين على ملك المالك، وأما إذا قلنا: بأن البيع عند المتشركة: هو البيع المتعارف عند العرف فيكون البيع أعمّ و تكون المعاطاة بيعاً حقيقياً.

(إذا عرفت ما ذكرنا) من محلّ النزاع في المعاطاة، و بيان كلام المشهور من

فالأقوال في المعاطاة - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - سنّة:

اللزوم مطلقاً، كما عن ظاهر المفيد.

ويكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمته الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لابدّ من الصيغة، و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً، حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني،

الفقهاء، و توجيه المحقّق الكركي إياه، و ما فيما اختاره صاحب الجواهر، (ف) اعلم أنّ (الأقوال في المعاطاة - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - سنّة)، قال سيّدنا الأستاذ المروّج رحمته الله في هدى الطالب ج ١ ص ٣٦١: بل سبعة، والقول السابع منسوب إلى كاشف الغطاء رحمته الله في شرحه على القواعد من: أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة مفيدة للملك، انتهى.

١ - (اللزوم مطلقاً) سواء كان هناك لفظ دالّ على التراضي غير الإيجاب والقبول أم لا، كما (عن ظاهر) الشيخ (المفيد) في المقنعة ص ٥٩١ و قد تقدّم ص ٤٩ في مقابل القول الثاني (و يكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمته الله في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٢ (: الأشهر عندنا أنه لابدّ) أي في حصول النقل و الانتقال بالمعاطاة (من الصيغة).

٢ - (و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً) غير الإيجاب و القبول كالإستدعاء من المشتري بقوله: أعطني كتابك بكذا، فأعطاه البائع و قبض الثمن (حكى) ذلك القول في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٦ (عن بعض معاصري الشهيد الثاني) و هو السيّد حسن بن السيّد جعفر الكركي، قال في المسالك ج ٣ ص ١٤٧: وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك - أي ما اختاره المفيد رحمته الله - أيضاً، لكن يشترط في الدالّ كونه لفظاً، انتهى.

و بعض متأخري المحدثين، لكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة، تأمل.
و الملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقق الثاني، و نسبه إلى كل من قال
بالإباحة و في النسبة ما عرفت.
و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، كما
هو ظاهر عبائر كثيرة، بل ذكر في المسالك: أنّ كل من قال بالإباحة يُسوِّغ
جميع التصرفات.

(و) حكى أيضاً عن (بعض متأخري المحدثين) و هو الشيخ البحراني في
الحدائق ج ١٨ ص ٣٥٠ و ص ٣٥٥، و نسبه إلى جمع من علماء البحرين و سيجيء في
ص ١٠٩ و ١٢٤ نقله عن بعض المتأخّرين، (لكن في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة،
تأمل) لأنّ المعاطاة كما تقدّم ص ٤٦ عبارة عمّا إذا كان الدالّ على التراضي هو الفعل،
أعني الإعطاء و الأخذ من دون لفظ.

٣- (و الملك الغير اللازم) أي المتزلزل الجائز (ذهب إليه المحقق الثاني)
الكركي مصرّاً عليه في جامع المقاصد ج ٤ ص ٥٨، (و نسبه إلى كل من قال بالإباحة)
مؤولاً كلامهم به (و في النسبة ما عرفت) ص ٦٩ من الإشكال، و أنّ حمل «الإباحة»
على «الملك المتزلزل» بعيد عن كلماتهم جدّاً لتصريح بعضهم كالشيخ في الخلاف ج ٣
ص ٤١ بعدم حصول الملك.

٤- (و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك)
كالبيع لنفسه، و العتق و الوطيء، (كما هو ظاهر عبائر كثيرة) من الفقهاء، (بل ذكر)
الشهيد الثاني (في المسالك:) ج ٣ ص ١٤٩ (أنّ كل من قال بالإباحة يُسوِّغ جميع
التصرفات).

و إباحة ما لا يتوقّف على الملك؛ و هو الظاهر من الكلام المتقدّم عن حواشي الشهيد على القواعد، و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول.

و القول بعدم إباحة التصرّف مطلقاً، نُسب إلى ظاهر النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها.

و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاة «و إن قصد المتعاطيان بها التمليك - خ د»، بل لم نجد قائلأ به، إلى زمان المحقّق الثاني الذي قال به،

٥ - (و إباحة ما لا يتوقّف على الملك) من التصرفات (و هو الظاهر من الكلام المتقدّم) ص ٧٢ (عن حواشي الشهيد) الأوّل (على القواعد) لمنعه عن إخراج المأخوذ بالمعاطاة في خمس أو زكاة و عن الوطيء، (و) هذا القول الخامس (هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ) الطوسي ص ٧٣ (في إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول) ولو من الرسول، حيث استثنى من التصرفات وطيء الجارية فهو غير جائز.

٦ - (و القول بعدم إباحة التصرّف مطلقاً) سواء المتوقّف على الملك و غيره، و هذا القول (نُسب إلى ظاهر النهاية) ج ٢ ص ٤٤٩ للعلامة، حيث قرّب فيها كون حكم المعاطاة حكم المقبوض بالعقود الفاسدة، (لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها) كما سيأتي ص ٧٩ عن التحرير.

(و المشهور بين علمائنا) القول الرابع و هو الحكم بإباحة جميع التصرفات و عدم ثبوت الملك بالمعاطاة «و إن قصد المتعاطيان بها التمليك - خ د»، بل لم نجد قائلأ به) «الملك» (إلى زمان المحقّق الثاني) الكركي (الذي قال به،

و لم يقتصر على ذلك حتّى نسبه إلى الأصحاب.

نعم، ربّما يوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلتفت لزمت، انتهى. و لذا نسب ذلك إليه في المسالك. لكنّ قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كلّ منهما الإنتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» ظاهر في أنّ مراده مجرّد الإنتفاع، إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. و أمّا قوله: «و الأقوى ... الخ»

و لم يقتصر على ذلك) أي إفادة المعاطاة للملك (حتّى نسبه) في جامع المقاصد ج ٤ ص ٥٨ و تعليقه على الإرشاد (إلى الأصحاب) أيضاً كما تقدّم ص ٥١ و ٦٥ بقوله: «المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع و إن لم تكن كالعقد في اللزوم ... الخ».

(نعم، ربّما يوهمه) أي القول بالملك (ظاهر عبارة) العلامة في كتاب (التحرير) ج ١ ص ١٦٤ (حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلتفت لزمت، انتهى) فإنّ ظاهر قوله: «غير لازمة» حصول الملك لا الإباحة، لكنّه جائز و متزلزل، (و لذا نسب) الشهيد الثاني (ذلك) أي القول بالملك (إليه) «العلامة» (في المسالك) ج ٣ ص ١٤٨، (لكنّ قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كلّ منهما الإنتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد»)- كالبيع الربوي - (ظاهر في أنّ مراده مجرّد الإنتفاع) بدون الملك، (إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك) فإنّه من توضيح الواضحات.

فإن قلت: لو كان مراد العلامة في التحرير مجرّد الإباحة دون الملك فلماذا قال في صدر كلامه: «الأقوى أنّ المعاطاة غير لازمة» قلنا: (و أمّا قوله: «و الأقوى ... الخ» فهو

فهو إشارة إلى خلاف المفيد ﷺ و العامة القائلين باللزوم، وإطلاق «المعاوضة» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، وإطلاق «الفسخ» على «الرد» بهذا الاعتبار أيضاً، وكذا «اللزوم».

و يؤيد ما ذكرنا - بل يدل عليه - : أَنَّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الإيجاب والقبول، ثم قال: و هل يُستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأئمة؟ الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال، انتهى. و صرح بذلك أيضاً في الهدية، فإذا لم يقل في الهدية

إشارة إلى خلاف) الشيخ (المفيد ﷺ) (و بعض (العامة القائلين بـ) إفادة المعاوضة (اللزوم، و) كذلك (إطلاق «المعاوضة» عليها) في قوله: «بل لكلّ منهما فسخ المعاوضة» إنّما هو (باعتبار ما قصده المتعاطيان) عرفاً، لا أنّها معاوضة شرعية حقيقةً ومفيدة، لما يفيد كلّ معاوضة شرعي (و) هكذا (إطلاق «الفسخ» على «الرد») إنّما هو (بهذا الاعتبار أيضاً، وكذا) تعبيره ﷺ بـ (اللزوم) في قوله: «فإن تلفت - أي العين - لزمت».

(و يؤيد ما ذكرنا) من إرادة العلامة في التحرير أيضاً مجرد إياحة الإنتفاع لا الملك (- بل يدل عليه - : أَنَّ الظاهر من عبارة) نفس كتاب (التحرير في باب الهبة) ج ١ ص ٢٨١ (توقفها على الإيجاب والقبول) اللفظيين، وذلك لأنّ الهبة أوسع من البيع وأهون و شرائطها أقلّ وأسهل فإنّها من العقود الجائزة والبيع عقد لازم، (ثم قال: و هل يُستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأئمة؟) كما هو المتعارف عند الناس بالنسبة إلى الأقرباء والجيران، (الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف) فيها (بشاهد الحال، انتهى) فإنّه لم تُهدى للنظر إليها = تماشا، (و صرح بذلك أيضاً) أي (باعتبار الإيجاب والقبول (في الهدية) من التحرير ص ٢٨٤، (فإذا لم يقل في الهدية

بصحة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع؟

(و ذهب جماعة - تبعاً للمحقق الثاني - إلى حصول الملك، و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعنق، و البيع، و الوطيء، و الإيصاء و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

و يدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، حيث إنّهُ يدلّ على حلية جميع التصرفات المترتبة

بصحة المعاطاة) وإفادتها للملك (فكيف يقول بها في البيع؟).

(و ذهب جماعة) من الفقهاء^(١) (تبعاً للمحقق الثاني) الكركي (إلى حصول الملك) المتزلزل و خلافاً لما هو المعروف بين العلماء كما تقدّم ص ٤٩ و ص ٧٨، (و لا يخلو عن قوة لب) وجوه خمسة، الأول: (السيرة المستمرة) بين المتشركة إلى زمان المعصومين عليه السلام مع عدم ورود الردع منهم عنها (على معاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك) و ترتيب آثاره كالبيع بالصيغة، (في التصرف فيه بالعنق، و البيع، و الوطيء، و الإيصاء) به (و توريثه) الى الورثة (و غير ذلك من آثار الملك) مثل الهبة و إخراجة في الخمس و الزكاة و المصرف في الحجّ و الصداق.

(و) الوجه الثاني (يدلّ عليه) أي على حصول الملك (أيضاً: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾)^(٢)، حيث إنّهُ يدلّ على حلية جميع التصرفات المترتبة

(١) منهم المحقق النراقي في المستند ج ٢ ص ٣٦١، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ج ٣ ص ٤٨، و المحدث البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٥٠، و المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان ج ٨ ص ١٤٤ و السيّد المحدث الجزائري في شرحه على التهذيب المخطوط على ما في هدى الطالب ج ١ ص ٥٦٧.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

على البيع، بل قد يقال: بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع، لا مجرد الحكم التكليفي. لكنه محل تأمل.

و أما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة.

و أما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً -

على البيع) و حليّة التصرفات تكليفاً دليل على صحة البيع المعاطاتي وضعا فإن الحكم التكليفي كاشف عن الحكم الوضعي.

(بل قد يقال: بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع) بالحكم الوضعي (لا مجرد الحكم التكليفي) أعني إباحة التصرفات المترتبة على البيع، فمعنى «أحلّ الله البيع» إمضاؤه وإنفاذه وجعله مؤثراً من قبل الله تعالى، (لكنه محل تأمل) فإنّ الحلّ ظاهر في الإباحة وجواز التصرفات الذي هو حكم تكليفي وحمله على جعل الحكم الوضعي وهو الإنفاذ والإمضاء بالمطابقة خلاف الظاهر، نعم بالدلالة الإلزامية دالّ عليه.

(و أما منع صدق البيع عليه) أي على التعاطي (عرفاً) بأن يدعى: أنّ الموضوع أعني كون المعاطاة بيعاً في نظر العرف غير محقق حتى يشمل الحكم بالحليّة في المأخوذ بها، وبعبارة أخرى، الصغرى في القياس غير مسلمة حتى يقال بالقياس الإقتراني: المعاطاة بيع، وكلّ بيع موجب لحلّ التصرف لقوله «أحلّ الله البيع» فالمعاطاة موجبة لحلّ التصرف وهو مستلزم لصحتها بالحكم الوضعي، (ف) هذه الدعوى (مكابرة) واضحة؛ حيث أنّ صدق مفهوم البيع على المعاطاة عرفاً من الواضحات لا يعتريه ريب وشك وإحراز الموضوع إنّما هو بنظر العرف.

فإن قلت قد تقدّم ص ٥٩ في كلام ابن زهرة: الإجماع على عدم بيعيّة المعاطاة،

قلنا (و أما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً -

كأين زهرة في الغنية - فمرادهم بالبيع: المعاملة اللازمة التي هي إحدى العقود؛ ولذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها. ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

كأين زهرة في الغنية) ص ٢١٤ (- فمرادهم بالبيع: المعاملة) الصحيحة المؤثرة (اللزامة التي هي إحدى العقود) اللازمة؛ وهذا لا ينافي كونها بيعاً عند العرف، (ولذا صرح) السيد بنفسه (في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع) أي البيع الشرعي لأنه من شرائط تحقق البيع العرفي، فهو معترف بأن ما هو فاقده للإيجاب والقبول بيع عرفاً لكنه غير جامع للشرائط الشرعية.

فإن قلت: على هذا يلزم أن يكون البيع الفاسد أيضاً كالبيع الربوي بيعاً مع أنه ليس بيع حقيقة ولا يصح التمسك لصحته بقوله تعالى: ﴿وَاحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ قلنا: (ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً) حتى عند العرف (قد عرفت الحال فيها) ص ٤٢ قبيل بحث المعاوضة عند توجيه مقالة الشهيدين، بقولنا: «نعم يمكن أن يقال: أن البيع وشبهه في العرف... لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشرع كان بيعاً عنده، وإلا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف»، وحاصله: أن البيع الفاسد بيع حقيقة لكنه باطل شرعاً وغير مؤثر في نظره.

(ومما ذكر) في وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿وَاحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وإثبات إفادة المعاوضة للملك (يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)﴾^(١). وهذا هو الوجه

و أما قوله ﷺ : «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» فلا دلالة فيه على المدعى؛ لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنَّما يجدي فيما إذا شكَّ في أنَّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقِّه أم لا؟ أما إذا قطعنا بأنَّ سلطنة خاصة - كتمليك ماله للغير - نافذة في حقِّه، ماضية شرعاً، لكن شكَّ في أنَّ هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لا بدُّ من القول

الثالث لإثبات الملك بالمعاطاة، فإنَّها تجارة عرفية قد وقعت عن تراض بين المتعاطيين فتوجب جواز التصرف في المأخوذ بها بجميع التصرفات و بالالتزام تدلُّ على ملكية المتصرف له.

(و أما قوله ﷺ : «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ»^(١)) (ف) ربَّما يستدل به على كون المعاطاة مفيدة للملك - و هو الوجه الرابع من الأدلَّة - بمقتضى عموم السلطنة على الأموال، فجميع التصرفات و منها المعاطاة تكون نافذة فإذا قصد المتعاطيان التملك - كما هو المفروض - تكون مملَّكة، و فيه مع ضعف السند أنَّه (لا دلالة فيه على المدعى) و هو ثبوت الملك (لأنَّ عمومه) إنَّما هو (باعتبار أنواع السلطنة) لا باعتبار أسباب تلك الأنواع (فهو) إنَّما يجدي فيما إذا شكَّ في أنَّ هذا النوع من السلطنة) كالبيع أو الهبة، أو العارية، هل هي (ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقِّه) و يجوز له هذا النوع من التصرف (أم لا؟) فنقول بمقتضى عموم السلطنة: نعم يجوز له ذلك.

(و أما إذا قطعنا بأنَّ سلطنة خاصة - كتمليك ماله للغير - نافذة في حقِّه) مسلماً (و ماضية شرعاً) و (لكن شكَّ في أنَّ هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي) أعني الفعل بلا لفظ لكن (مع القصد أم لا بدُّ من القول) و اللفظ

(١) البحار، ج ٢، ص ٢٧٢؛ عوالى اللثالي، ج ١، ص ٢٢٢، ح ٩٩ و ص ٤٥٧، ح ١٩٨.

الدالّ عليه؟ «فلا - خ د» فلا يجوز الإستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتملك بعموم تسلّط الناس على أموالهم، و منه يظهر - أيضاً - عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة.

و كيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفاية، اللهمّ إلا أن يقال: إنهما لاتدلّان على الملك و إنّما تدلّان على إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، كالبيع و الوطىء

(الدالّ عليه؟ «فلا - خ د») أي لا يُجدي التمسك بـ «الناس مسلّطون ... الخ»، والحاصل أنّه يستفاد من عموم الحديث جواز جميع التصرفات، و أمّا أن كيفية التصرف مثل التملك للغير فبماذا يتحقّق فهو لا يستفاد منه، و بعبارة أخصر «إنّ الناس مسلّطون على التصرف في أموالهم، لا على أحكام أموالهم و لا على أسباب التصرفات التي هي توقيفية و بيد الشارع (فلا يجوز الإستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة) الإسلامية (للملك بعموم) حديث (تسلّط الناس على أموالهم، و منه) أي من عدم جواز الإستدلال بعموم حديث السلطنة على سببية المعاطاة للملك (يظهر - أيضاً - عدم جواز التمسك به لما سيجيء) ص ٢٨٦ (من شروط الصيغة) كالعريّة، و الماضوية، و تقديم الإيجاب على القبول و غيرها؛ و ذلك لوحدة الملاك.

(و كيف كان) سواء تمّ الإستدلال بالحديث على مملّكية المعاطاة أم لا (ففي الآيتين) آية حلّ البيع و التجارة (مع السيرة) المستمرة إلى زمان المعصومين عليه السلام (كفاية) - و سيجيء الوجه الخامس لإثبات مملّكية المعاطاة و هو الإجماع المركّب فانظر -.

(لهمّ إلا أن يقال) في مقام المناقشة على الإستدلال بالآيتين و بالسيرة، (إنهما لاتدلّان على الملك) في المعاطاة من أوّل التعاطي الذي ادّعاه المحقّق الكركي (و إنّما تدلّان على إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، كالبيع و الوطىء

و العتق و الإيصاء. و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالإنفكاك، دون المقام الذي لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات.

و صرح في المسالك: بأن من أجاز المعاطاة سوَّغ جميع التصرفات، غاية الأمر أنه لابد من التزامهم بأن التصرف المتوقع على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناً؛ فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقُّفها على الملك، يحصل بالتزام هذا المقدار، و لا يتوقَّف على

و العتق و الإيصاء) بمقتضى جِلِّ البيع و جواز الأكل بالتجارة الذي يراد منه جميع التصرفات (و) لكن (إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات) التي دلَّ الدليل فيها على جوازها (من الإجماع) - متعلِّق بقوله: «الحاصلة» (و عدم القول بالإنفكاك) أي إنفكاك جواز التصرفات عن الملك، (دون المقام الذي لا يُعلم ذلك) أي الملازمة، (منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات) و لم يصرِّحوا بالمراد منها، فلعلهم أرادوا التصرفات غير المتوقفة على الملك.

(و) يدلُّ على ما ذكرنا من استلزام إباحة التصرفات، الملك بالملازمة الشرعية، أنه (صرح) الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٣ ص ١٤٩ (: بأن من أجاز المعاطاة) و أنفذها (سوَّغ جميع التصرفات) انتهى - و في المسالك «انواع» بدل «الجميع» - هذا ولكن (غاية الأمر) و نهاية ما يستفاد من ذلك (أنه لابد من التزامهم بأن التصرف المتوقع على الملك) كالبيع و العتق و الوطيء (يكشف عن سبق الملك عليه آناً) لا من ابتداء المعاطاة (فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقُّفها على الملك، يحصل بالتزام هذا المقدار) من الملك (و لا يتوقَّف على

الإلتزام بالملك من أول الأمر، ليقال: إنَّ مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التمليك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث، فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين ممَّا لا يُحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لا يخفى.

الإلتزام بالملك من أول الأمر) و ابتداء الإعطاء و الأخذ، الذي إلترزم به المحقق الكركي (، ليقال: إنَّ مرجع) الإلتزام بـ (هذه الإباحة) بالمآل (أيضاً إلى) الإلتزام بـ (التمليك) من أول الأمر و ابتداء التعاطي.

(و أما ثبوت السيرة) على المعاملة المعاطيَّة معاملة البيع العقدي من الملك (و استمرارها على) نحو (التوريث) إلى زمان المعصومين عليه السلام فهي سيرة عقلانيَّة و ليست ثابتة عند المتشرعة المتدينين، (فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في) أمور (الدين ممَّا لا يُحصى في عباداتهم) كعدم معرفتهم مسائل الصلاة و قرائتها الصحيحة (و) في (معاملاتهم) كأخذهم الربا و قد نهوا عنه، (و) في (سياساتهم) كاتِّباعهم للكفار فيها (كما لا يخفى).

أقول: و يرد على ما أفاده عليه السلام، أنَّ الظاهر ثبوت السيرة عند المتشرعة لا العقلاء فقط من سائر الناس و لم يرد في الروايات ردع عنها و لو كانت سيرة مردودة شرعاً لورد النهي عنها قطعاً، و لو شك في الردع فمقتضى الأصل عدمه.

فإن قلت: إن ادعاء الإجماع على عدم إفادة المعاطاة للملك - بل للإباحة المجردة - دليل على الردع، قلنا: لم يثبت إجماع تعبدي على ذلك و إنما ادَّعي الشهرة على ذلك كما تقدّم ص ٤٩ في كلماتهم (١).

(١) راجع مصباح الفقاهة للعالم الفاضل التوحيدى، ج ٢ ص ٩٣ تقارير درس أستاذنا السيّد الخوئي رحمته الله.

و دعوى: أنه لم يُعلم من القائلين بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقّفة على الملك - كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدي، و عدم جواز وطئ الجارية المأخوذ بها، و قد صرح الشيخ رحمته الله بالأخير في معاطاة الهدايا - فيتوجّه التمسك حينئذٍ بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك.

مدفوعة: بأنّه وإن لم يثبت ذلك، إلّا أنّه لم يثبت أنّ كلّ مَنْ قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أوّل الأمر، فيجوز للفقهاء حينئذٍ

(و دعوى: أنه لم يُعلم من القائلين بالإباحة) في المعاطاة (جواز مثل هذه التصرفات) المالكية (المتوقّفة على الملك - كما يظهر من المحكي) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨ (عن حواشي الشهيد) الأوّل (على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة) البيعية (في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدي) في حجّ التمتع، (و عدم جواز وطئ الجارية المأخوذ بها) أي بالمعاطاة كما تقدّم ص ٧٢، (وقد صرح الشيخ) الطوسي رحمته الله (في المبسوط ج ٣ ص ٣١٥) (بالأخير) أي بعدم جواز الوطئ (في معاطاة الهدايا) كما تقدّم ص ٧٣ أيضاً - (فيتوجّه التمسك حينئذٍ) أي حين عدم العلم بحليّة هذه التصرفات عند القائلين بإفادة المعاطاة الإباحة (بعموم الآية) أي قوله تعالى: ﴿وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ (على جوازها، فيثبت الملك) بالملازمة المذكورة المتقدمة بين جوازها و بين الملكية.

لكنّ هذه الدعوى (مدفوعة: بأنّه وإن لم يثبت ذلك) أي جواز هذه التصرفات، (إلّا أنّه لم يثبت) أيضاً (أنّ كلّ مَنْ قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك (من أوّل الأمر) و أوّل ما وقع التعاطي بينهما، (فيجوز للفقهاء حينئذٍ) أي حين عدم إثبات الملك من أوّل التعاطي - الذي قال به المحقّق الكركي -

إلتزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك، لا من أول الأمر.

فالأولى حينئذٍ: التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حل البيع» صحته شرعاً.

هذا، مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما.

(إلتزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك) لكن لا من أول التعاطي بل (عند التصرف المتوقف على الملك) كالوطيء والبيع، (لا من أول الأمر) أعني التعاطي والإعطاء والأخذ.

(فالأولى حينئذٍ) أي حين عدم إثبات الملك من أول الأمر، بعموم الآية (التمسك في المطلب) أي الملك من أول التعاطي؛ (بأن المتبادر عرفاً من «حل البيع» صحته)، وجعله وإنفاذه (شرعاً) بالحكم الوضعي، وهذا هو الذي تأمل الشيخ رحمه الله فيه فيما تقدّم ص ٨٢ من التردد في دلالة الآية بالمطابقة على صحة المعاطاة وضعاً، عبّر به بقوله: «بل قد يقال ... الخ».

(هذا، مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما) مثل ما رواه أبو بصير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسّمت أو لم تقسم، والنحل لا يجوز حتى تقبض»^(١)، ويحتمل أن يكون المراد من النحل الصدقة، والعطية، والإطلاق في الإجارة مثل ما تقدّم في شرحنا ج ١ ص ٢٨ في حديث تحف العقول: «وأمّا تفسير الإجازات، فإجارة الإنسان نفسه أو ما يملكه،

و تتميمه في البيع بالإجماع المركّب.

هذا، مع أنّ ما ذكر: من أنّ للفقيه إلزام حدوث الملك عند التصرف المتوقّف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه! ولذا ذكر بعض الأساطين - في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد -: أنّ القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد

أو يلي أمره... الخ» حيث لم تتبيد الإجارة بالعقد اللفظي (و تتميمه في البيع) أي تتميم صحة المعاوضة البيعية بالحكم الوضعي (بالإجماع المركّب) فإنّ كلّ مَنْ قال بصحة المعاوضة في الهبة والإجارة، قال بصحتها في البيع أيضاً و كلّ مَنْ قال بعدم صحتها في البيع قال بعدم الصحة في الهبة والإجارة أيضاً فالقول بصحتها فيهما و البطلان في البيع خرق للإجماع المركّب.

أقول: هذا ولا يخفى عليك أنّ إطلاقات الروايات في البيع أكثر عدداً و أظهر دلالة فالرجوع إلى الهبة والإجارة لإثبات حكم البيع مصداق لقول الشاعر الفارسي:

سالها دل طلب جام جم از ما می کرد آن چه خود داشت ز بیگانه تمنا می کرد

(هذا، مع أنّ ما ذكر: من أنّ للفقيه إلزام القول بـ (حدوث الملك) آنامّا (عند التصرف المتوقّف عليه) كالبيع والوطيء (لا يليق بالمتفقه) من الطلبة (فضلاً عن الفقيه) فلا بدّ حينئذٍ أن يقال بإفادة المعاوضة للملك من أوّل الأمر بمقتضى حكمهم بإباحة جميع التصرفات المستفاد من آيات الحِلّ، و التجارة، و الوفاء بالعقود، و استلزام ذلك شرعاً للملك، (و لذا) أي و لأجل عدم لياقة انتساب القول بالملك آنامّا عند التصرف إلى الفقهاء، (ذكر بعض الأساطين) و هو كاشف الغطاء (في شرحه) المخطوط (على القواعد) للعلامة (في مقام الاستبعاد) لهذا القول كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٢ (أنّ القول بالإباحة المجردة) عن الملك ثمّ الإلتزام بالملك بالتصرف (مع فرض قصد

المتعاطيين التمليك و البيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة:

منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد.

و منها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات، فتُملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما «فيها - خ د»، أو معه دفعةً و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات؛ لأنه قاصدٌ للنقل من حين الدفع، و لأنه لاسلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: أعتق عبدك عني، و تصدق بمالي عنك.

المتعاطيين التمليك و البيع) من التعاطي في أول الأمر، (مستلزم لتأسيس قواعد جديدة) في الفقه لم تكن مشروعة من قبل، و ذكر ثمانية قواعد:

١ - (منها: أنّ العقود و ما قام مقامها) كالمعاطاة (لا تتبع القصد) التي يريدوها المتعاملون بل هي تقع على خلاف المقصود، فإنّ ما هو الواقع و هو الإباحة غير مقصود، و ما هو المقصود و هو الملك من أول الأمر لم يقع، مع أنّ العقود تابعة للقصد من حيث الوجود و خصوصياته و هي قاعدة مصطادة من الروايات.

٢ - (و منها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات، فتُملك العين) في البيع و الهبة و الصلح المعاطاتية، (أو المنفعة) في الإجارة (ب) مجرد (إرادة التصرف بهما «فيها - خ د»، أو معه دفعةً) زماناً = همزمان، (و إن لم يخطر ببال المالك الأول) للعين المتصرف فيها (الإذن في شيء من هذه التصرفات؛ لأنه قاصدٌ للنقل) فقط (من حين الدفع) الى الآخذ أعني الذي تصرف فعلاً (و لأنه لاسلطان له) على العين التي دفعها إلى المتصرف (بعد ذلك) الدفع (بخلاف من قال) لمالك عبد: (أعتق عبدك عني) و عليّ قيمته، فإنه يريد بهذا الكلام، «أنت وكيل في بيع عبدك مّي و في عتقه عني بعد البيع» (و) من قال (تصدق بمالي عنك) فإنه يريد بذلك، «أنت وكيل في هبة مالي لنفسك ثم صدقته عن نفسك».

و منها: أَنَّ الأُخماس و الزُّكوات و الإستِطاعة و الدَّيُون و النُّفقات و حقَّ المقاصَّة «المقاسمة - خ د» و الشُّفعة و الموارِث و الرُّبا و الوصايا، تتعلَّق بما في اليد، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرُّف فيه، أو عدم العلم به، فينفى بالأصل، فتكون متعلِّقة بغير الأملاك، و أَنَّ صفة الغنى و الفقر تترتَّب عليه

٣- (و منها: أَنَّ الأُخماس و الزُّكوات و الإستِطاعة) للحجِّ، (و الدَّيُون و النُّفقات) كنفقة الزوجة و الأولاد و الأبوين الَّتِي يجب أدائها، (و) كذلك (حقَّ المقاصَّة) كذا في المصحَّحة، أي حقَّ التقاصِّ للدائن، عن الطلب، الَّذِي يطلب من أحد المتعاطيين، و في بعض النسخ (حقَّ المقاسمة) أي حقَّ القسمة على الأرض، (و) كذلك حقَّ (الشُّفعة) إذا باع أحد الشريكين حصَّته بالمعاطاة، (و) هكذا حقَّ (الموارِث) إذا اشترى المورث شيئاً بالمعاطاة ثم مات، (و) كذلك حكم (الرُّبا) فيما إذا كان العوضان في المعاطاة من جنس واحد مع التفاضل، فإنَّ الزائد في أحدهما حرام، (و) كذلك (الوصايا) الَّتِي يوصي بها في صرف المأخوذ بالمعاطاة في الموارد الخيريَّة، أو إعطائه لشخصٍ معيَّن بعد وفاته، فكلَّ هذه الأمور (تتعلَّق بما) هو موجود (في اليد) و إن لم يكن الإنسان مالِكاً له لكن (مع العلم ببقاء مقابله) في يد الطرف الآخر من المتعاطيين، (و عدم التصرُّف فيه، أو عدم العلم به) أي بالتصرُّف (فينفَى بالأصل) نعم، مع العلم بعدم البقاء و العلم بالتصرف فيه، يكون ما في يده ملكاً فلا يرد إشكال، و بالجملة (فتكون) جميع الأمور المتقدِّمة العشرة (متعلِّقة بغير الأملاك) بل الملاك في الحكم بها وجود المال في يد الإنسان، و إن كانت أمانةً و كان المالك له شخصاً آخر.

(و) هكذا يلزم على القول بالإباحة في المعاطاة و حصول الملك بالتصرُّف (أَنَّ) الإِتِّصاف بـ (صفة الغنى و الفقر تترتَّب) أيضاً (عليه) أي على ما هو الموجود في اليد

كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

و منها: كون التصرف من جانب مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوي من جانب مملّكاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبين «مع التفريط - خ د» معيّناً للمسمّى من الطرفين.

و إن كان ملكاً لغيره (كذلك) أي مع العلم ببقاء مقابله في يد الطرف الآخر، (فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك) مثلاً إذا باع الفقير بالمعاطاة فرشه، أو ثلّاجته - التي يحتاج إليها - ليصرف ثمنه في نفقته، و الثمن موجود بعد في يد المشتري، فهذا الإنسان ليس بفقير بل هو غنيّ و لا يجوز له أخذ الزكاة، أو الخمس إن كان هاشميّاً و هذه قاعدة جديدة.

٤ - (و منها: كون التصرف من جانب) في أحد المأخوذين بالمعاطاة (مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف) مثلاً إذا أخذت كتاباً بالمعاطاة، فبمجرّد التصرف فيه بالكتابة أو تجليده مثلاً، يصير البائع مالِكاً للثمن، مع غرابة كون تجليد كتاب الغير سبباً لتمليك المتصرف، و الحال أن الملك يُجوّز التصرف و مقدّم عليه لا العكس بأن يكون التصرف مُقدّماً على الملك، و الملك متأخراً عنه.

٥ - (و منها: جعل التلف السماوي) كالصاعقة و السيل في مقابل التلف الاختياري (من جانب) لأحد المأخوذين بالمعاطاة (مملّكاً للجانب الآخر) و ذلك لأنّ المشهور: أن تلف إحدى العينين موجب للزوم المعاطاة سواء كان بالاختيار كالأكل، أو القهري كموت الحيوان، فإذا أخذت بالمعاطاة حماراً و مات - لا سمح الله - ملك البائع الثمن بموته، (و) كذلك (التلف من الجانبين «مع التفريط - خ د» معيّناً بـ) الثمن (المسمّى من الطرفين) مع أن مقتضى كونهما أمانة في يد كلّ منهما - و عدم كونهما

و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.

و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المُطالب؛ لأنه تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب، غريب! والقول بعدم الملك، بعيد جداً، مع أن في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب! و معه بعيد؛ لعدم قابليته، و بعده ملك معدوم،

مالكين لهما - هو الضمان بالمثل أو القيمة الواقعية السوقية، إذ «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١) فالذمة مشغولة بالبدل الواقعي لا بالمسمى، فيجوز الرجوع بالتفاوت لمن كان سلعته أكثر قيمة، مع أن مقتضى كون التلف معيناً للمسمى أنه (و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت).

(و مع حصوله) - أي المأخوذ بالمعاطاة - و وقوعه (في يد الغاصب) بالسرقة وغيرها (أو تلفه فيها، فالقول بأنه) أي المغصوب منه القابض للمعاطاة هو (المُطالب) - بكسر اللام بصيغة الفاعل - عن الغاصب، (لأنه تملك به) سبب (الغصب أو التلف في يد الغاصب، غريب!) إذ الغصب أو التلف كيف يصير سبباً لملكية القابض للمعاطاة، (والقول بعدم الملك) أصلاً لا بالغصب و لا بالتلف (بعيد جداً) كما و أن القول بأن المُطالب (مع أن في التلف القهري) لأحد المالكين كسرقة الهرة الدجاج المأخوذ بالمعاطاة (إن ملك) القابض (التالف) و هو الدجاج في المثال (قبل التلف فهو عجيب) لأنه ملكية بلا سبب و معلول بلا علة، (و معه) ف (بعيد؛ لعدم قابليته) للملك حينئذٍ، لأن زمان التلف زمان انتفاء الملكية بانتفاء المملوك، (و بعده) ف (ملك) لشيء (معدوم) و هو غير معقول،

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٧ الودیعة؛ عوالي اللئالی، ج ٢، ص ٣٤٨.

و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفي الملك مخالفٌ للسيرة، و بناء المتعاطيين.

و منها: أنّ التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقف على النية، فهو بعيد؛ و إن أوقفناه عليها، كان الواطيء للجارية من غيرها واطئاً بالشبهة، و الجاني عليه و المتلف له جانباً على مال الغير و متلفاً له.

قال الشاعر الفارسي:

گفته بودم چو بیايي، غم دل با تو بگويم

چه بگويم؟ که غم از دل برود چون تو بيايي

(و مع عدم الدخول في الملك) أصلاً (يكون ملك) الطرف (الآخر) مثل بائع الدجاج في المثال للثمن، (بغير عوض، و نفي الملك) أعني بقائه على ملك المشتري (مخالفٌ للسيرة) المستمرة على عدّه مالكاً، (و) لـ (بناء المتعاطيين) أيضاً لأنّهما قصدا الملك.

٦- (و منها): أي من القواعد الجديدة التي لا بدّ من تأسيسها (أنّ التصرف) في المأخوذ بالمعاطاة (إن جعلناه من النواقل القهرية) غير المحتاجة إلى القصد كالإرث (فلا يتوقف على النية، فهو بعيد) إذ لا دليل على ذلك، (و إن أوقفناه عليها، كان الواطيء للجارية) المأخوذة بالمعاطاة (من غيرها) «النية» (واطئاً بالشبهة) فلا بدّ أن ينوى أوّل الفعل الملك، (و) كذلك (الجاني عليه) أي على المأخوذ (و المتلف له جانباً على مال الغير و متلفاً له) فعليه أن يؤدّي أرشّ الجناية أو قيمته الواقعية، و يأخذ ما أعطاه في المعاطاة إن كان موجوداً.

و منها: أَنَّ النماء الحادث قبل التصرّف إن جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين، فبعيدٌ، أو معها فكذلك، و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر، و شمول الإذن له خفيّ.

و منها: قصر التملك «التملك - خ د» على التصرّف مع الإستناد فيه إلى أَنَّ إذن المالك فيه إذنٌ في التملك، فيرجع إلى كون المتصرّف في تملكه نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جارٍ في القبض،

٧- (و منها: أَنَّ النماء الحادث قبل التصرّف) في المأخوذ بالمعاطاة كَلَبَن الشاة و بيض الدجاج (إن جعلنا حدوثه مملّكاً له) أي للنماء فقط (دون العين، فبعيدٌ) لأنّ النماء تابع للأصل في الملكية و لا يمكن حدوث الفرع قبل الأصل و إلاّ فيكون الآتية أكثر حرارةً من الغذاء = كاسه از آش داغتر، و يكون كَجَحَش الحمار الذي يمشى قبال أمّه، الشاعر الفارسي:

كرهی اسب از نجابت در پی مادر زود كژه خر از خريّت پيش پيش مادر است

(أو معها) أي مع العين (فكذلك) بعيد، لمنافاته لظاهر كلامهم بعدم حصول الملك في المأخوذ بالمعاطاة بدون التصرّف، (و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر) حيث إنهم خصّوا السبب المملّك بالتلف، أو التصرّف المتوقّف على الملك، (و شمول الإذن) من المالك (له) أي للتصرّف في النماء (خفيّ) لأنّه فارغ الذهن عنه حين التعاطي.

٨- (و منها: قصر التملك «التملك - خ د» على التصرّف) لا على أصل المعاطاة (مع الإستناد فيه) أي في التملك (إلى أَنَّ إذن المالك فيه) أي في التصرّف (إذنٌ في التملك، فيرجع) الأمر مآلاً (إلى كون المتصرّف) في المأخوذ بالمعاطاة (في تملكه نفسه) بالتصرف (موجباً قابلاً) معاً (و ذلك) أي كون الإذن في التصرّف إذناً في التملك لنفسه (جارٍ في القبض) أيضاً أي قبض المال من يد المالك

بل هو أولى منه؛ لا قترانه بقصد التملك، دونه، انتهى.

و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول، لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء.

أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للمقصود، ففيها:

أولاً: أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإن تبعية العقد للمقصود و عدم انفكاكه عنه إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد،

(بل هو أولى منه) أي من التصرف (لا قترانه بقصد التملك) من المالك (دونه) أي دون التصرف فإنه غير مقترن زماناً به (انتهى) كلام بعض الأساطين - كاشف الغطاء رحمه الله - .
(و المقصود من ذلك كله) أي الأمور الثمانية و ما يلحقها التي ذكرها بعض الأساطين، هو (استبعاد هذا القول) أي الإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة، (لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول) أي القواعد (و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء) كعموم «على اليد» و «أدلة جواز بعض التصرفات على الملك» و ما شابه ذلك.

فنقول في جواب تلك الإستبعادات:

١ - (أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للمقصود، ففيها: أولاً: أن المعاطاة ليست عند القائل ب) إفادتها (الإباحة المجردة) عن الملك (من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً) بل هي مجرد إباحة مالكية في التصرف في ماله، فلا تندرج تحت كبرى «العقود تابعة للمقصود» (فإن تبعية العقد للمقصود و عدم انفكاكه عنه) أي عن القصد في ترتب الآثار المقصودة، (إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد)

بمعنى ترتّب الأثر المقصود عليه، فلا يُعقل حينئذٍ الحكم بالصحة مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه.

أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها دليل، فلا يُحكم بترتّب الأثر المقصود عليها، كما نبّه عليه الشهيد في كلامه المتقدّم من أنّ السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبيعات. نعم إذا دلّ الدليل على ترتّب أثرٍ عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً.

و ثانياً: إنّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير؛ فإنّهم

والصحة إنّما هي (بمعنى ترتّب الأثر المقصود عليه، فلا يُعقل حينئذٍ أي حين وجود الدليل (الحكم بالصحة مع) الحكم بـ (عدم ترتّب الأثر المقصود عليه) شرعاً، إذ هما متلازمان، وهذا كلّ مع وجود الدليل على الصحة.

و (أمّا المعاملات الفعلية) المعاطية الفاعدة للإيجاب والقبول اللفظيين (التي لم يدلّ على صحتها دليل) - على مذاق قدماء الأصحاب - (فلا يحكم) فيها شرعاً (بترتّب الأثر المقصود عليها) في قصد المتعاملين، (كما نبّه عليه) أي على عدم الترتّب (الشهيد) الأوّل في قواعده ج ١ ص ١٧٨ القاعدة ٤٧ (في كلامه المتقدّم) ص ٦٤ (من أنّ السبب الفعلي) كالتعاطي (لا يقوم مقام السبب القولي في المبيعات).

(نعم إذا دلّ الدليل على ترتّب أثرٍ عليه) أي على الفعل، كإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة (حكم به وإن لم يكن مقصوداً) للمتعاملين كما فيما نحن فيه حيث قصدا التمليك ولم يقصدا الإباحة، وذلك لأنّنا «نحن أبناء الدليل»، هذا أولاً.

(و ثانياً) نقول في جواب بعض الأساطين (: إنّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير) فليس هذا - «أول قارورة كُسرت في الاسلام» - «باسم الله» (فإنّهم

أطبقوا على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة؛ لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنّهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر.

و توهم: أنّ دليلهم على ذلك «قاعدة اليد»، مدفوع: بأنّه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك.

أي الفقهاء (أطبقوا) كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٥٨ (على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً) لفقد شرط شرعي كالبيع الربوي، أو الإجارة بدون بيان المدة مثل ما هو المعمول عند الزوّار في المشهد المقدّس، أو قم حيث يقول المالك كلّ ليلةً بكذا من دون تعيين الليالي، فهذا العقد الفاسد (يؤثر في ضمان كل من العوضين) على المتصرّف (القيمة) الواقعيّة و ثمن المثل؛ (لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه) لقاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده» (مع أنّهما) أي المتعاملين (لم يقصدا إلا ضمان كل منهما) أي العوضين (بالآخر) أي العوض المسمّى في مقابل العوض الآخر، فلم يقصدا إلا الضمان المعاوضي و هو لم يقع بل وقع ضمان الواقعي و هو غير مقصود، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

(و توهم: أنّ دليلهم على ذلك) أي الضمان بالقيمة الواقعيّة إنّما هو عموم («قاعدة اليد»)، لا إقتضاء العقد الفاسد ليكون من موارد تخلّف العقد عن القصد لأنّ كلّاً منهما وضع يده على مال الغير فمع التلف يضمن قيمته الواقعيّة، لكنّ هذا التوهم (مدفوع: بأنّه لم يذكر) في توجيه الضمان (هذا الوجه) أي قاعدة اليد، و لم يستند إليها (إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان) سواء كان بالعوض المسمّى أو العوض الواقعي، (فلاحظ المسالك) ج ٣ ص ١٥٤ حيث قال في

و كذا الشرط الفاسد لم يُقصد المعاملة إلا مقرونة به، غير مفسد عند أكثر القدماء. و بيع ما يُملك و ما لا يُملك صحيح عند الكلّ.
و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

شرح كلام الماتن، «ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد»: لا اشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد، لأنّه أقدم على أن يكون مضموناً عليه، فيحكم عليه به، وإن تلف بغير تفريط، و لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» انتهى.

(و كذا الشرط الفاسد) في ضمن العقد، الّذي (لم يُقصد المعاملة إلا مقرونة به) كشرط الزيادة في الجنس الواحد (غير مفسد) - خبر لقوله: «الشرط الفاسد» - للعقد (عند أكثر القدماء)^(١) فقالوا: بصحة العقد و بطلان الشرط، فتخلّف العقد عن القصد أيضاً. (و) كذلك (بيع ما يُملك و ما لا يُملك) كالخلّ مع الخمر، و الشاة مع الخنزير (صحيح عند الكلّ) في ما يُملك و باطل فيما لا يُملك كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٣٢٠ - بقوله: «بل لعلّه مقتضى إطلاق الأكثر» - و حكموا بتقسيط الثمن فيأخذ المشتري منه ما يقابل الخمر، أو الخنزير بالنسبة إلى مجموع القيمتين كما يجيء الكلام فيه إن شاء الله فهنا أيضاً تخلّف العقد عن القصد، هذا على قراءة «يُملك» بضمّ الياء، و يحتمل أن يكون «يُملك» بالفتح أي بيع ما يملكه البائع و ما لا يملكه مع عدم إجازة المالك فالبيع أيضاً صحيح مع خيار تبعض الصفة للمشتري.

(و) كذلك (بيع الغاصب لنفسه) المال المغصوب (يقع للمالك) في الواقع (مع) فرض (إجازته) و رضاه بعد العلم بغصب ماله و بيعه (على قول كثير) من الفقهاء كالعلامة في المختلف ج ٥ ص ٥٥، و القواعد ج ١ ص ١٢٤، و التحرير ج ٢ ص ١٤٢،

و تركُ ذكر الأجل في العقدِ المقصودِ به الإنقطاع يجعله دائماً، على قولٍ
نسبه في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور.
نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أنَّ التخلُّف عن المقصود يحتاج
إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتُّب مطابق
للأصل.

و كالمحقِّق الكركي في جامع المقاصد ج ٤ ص ٦٩، و كالشيخ المدقِّق التستري في
مقابس الأنوار ص ١٣٠ و غيرهم، فهنا أيضاً تخلُّف العقد عن القصد لأنَّ البائع الغاصب
إنَّما قصد البيع لنفسه كما يجيء البحث عن ذلك في الكلام في الفضولي.

(و) كذلك (تركُ ذكر الأجل) - ولو نسياناً - (في العقدِ المقصودِ به الإنقطاع)
و المتعة (يجعله) و ينقلب نكاحاً (دائماً) قهراً و يعبر بالفارسيَّة: «مى ماند بيخ ريشش»
(على قولٍ نسبه) الشهيد الثاني رحمته الله (في المسالك) ج ٧ ص ٤٤٧ (و) الفاضل الهندي
الإصفهاني في (كشف اللثام) ج ٢ ص ٥٥ (إلى المشهور) فتجب النفقة و القسَم على
الزوج و ترث منه - إن مات من غصة ذلك! - لأنَّه أراد الإستمتاع و اللذة عشرة أيَّام فصار
من سوء الحظ مبتلياً إلى آخر عمره.

و الحاصل: أنَّ في هذه الموارد الخمسة تَخَلَّفَ العقد عن القصد، فليكن المعاطاة
مورداً سادساً، و لا تهوى السماء بذلك إلى الأرض و لا الأرض ترفع إلى السماء، (نعم،
الفرق بين العقود و ما نحن فيه) أي المعاطاة (: أنَّ التخلُّف عن المقصود يحتاج
إلى الدليل المخرج) ليكون كالمخصَّص (عن أدلة صحة العقود)^(١) (و فيما نحن
فيه عدم الترتُّب مطابق للأصل) أي الإستصحاب لأنَّ المعاطاة عند القدما لا تكون

(١) كما دلَّت موثقة عبدالله بن بكير على انقلاب المُتعة بالنكاح الدائم، قال: قال أبو عبدالله عليه السلام
في حديث إن سُمِّيَ الأجل فهو متعة و إن لم يسمَّ الأجل فهو نكاح باقي «بات». الوسائل، ج ١٤،
ص ٤٦٩ المتعة.

و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل، و دليل جواز التصرف المطلق، و أدلة توقّف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذي الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطيء و البيع و العتق و شبهها.

و أما ما ذكره من تعلّق الأخماس و الزكوة

عقداً، فخروجه عن تبعيّة العقود للقصود لعدم المقتضى و من باب التخصّص و الخروج الموضوعي، بخلاف الموارد الخمسة، فإنّها خارجة عنها حكماً و من باب التخصيص و وجود المانع.

(و أما ما ذكره) بعض الأساطين (من) استبعاد (لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً) للشيء المتصرف فيه، (فلا بأس بالتزامه إذا كان) ذلك (مقتضى الجمع بين) الأدلّة الثلاثة، و هي: ١ - (الأصل) أعني استصحاب بقاء ملكيّة الشيء المتصرف فيه في ملك مالكة الأوّل من المتعاطيين، (و) بين ٢ - (دليل جواز التصرف المطلق) أي جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك و هو الإجماع على إباحة مطلق التصرف في المأخوذ بالمعاطاة، (و) ٣ - (أدلة) الدالّة على (توقّف بعض التصرفات على الملك) كالبيع و الوطيء و العتق، (فيكون) المقام (كتصرف ذي الخيار) فيما باعه و كان له حق الرجوع في البيع، (و) كتصرف (الواهب) أيضاً (فيما انتقل عنهما ب) التصرف المتوقّف على الملك كـ (الوطيء و البيع و العتق و شبهها) فإنّ الفقهاء في هاتين المسألتين إلّتموا بأنّ هذا التصرف كاشف عن الرجوع في البيع و الهبة، و انفساخ عقدهما و رجوع المال إلى مالكة آنماً قبل التصرف، و وقوعه في ملكه فليكن المقام أي المعاطاة أيضاً كذلك .

(و أما ما ذكره) كاشف الغطاء (من تعلّق الأخماس و الزكوة) و الإستطاعة

- إلى آخر ما ذكره - فهو استبعاد محض. و دفعه «و دفعها - خ د» بمخالفته
«بمخالفتها» للسيرة رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الإستطاعة الموجبة للحجّ و
تحقّق الغنى المانع - عن استحقاق الزكاة، لا يتوقّفان على الملك.
و أمّا كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر،

و الديون (إلى آخر ما ذكره) من الأمور العشرة، و تعلّقها بما في اليد، المأخوذ بالمعاطاة
مع كونه ملكاً للغير، (فهو استبعاد محض) إذ لا بأس بالالتزام به إذا اقتضى الدليل ذلك،
(و دفعه) أي دفع تعلّق هذه الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة، و في بعض النسخ (و دفعها)
بمخالفته «بمخالفتها - خ د» أي هذه الأمور (للسيرة) حيث أنّها جارية عند
المتشرّعة على العمل بهذه الامور، أي صرف المأخوذ بالمعاطاة فيها، مع الاعتراف بعدم
ملك العامل، له، فهذه الدفع (رجوع إليها) أي إلى السيرة و اعتماد عليها، فالدافع يعترف
بأنّ المتشرّعة يعاملون مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك و إن لم يكن ملكاً و يصرفونه
في هذه الأمور العشرة، فالسيرة دليل على التعلّق، لا على الإستبعاد الذي جعله الكاشف
دليلاً على مملّكيّة المعاطاة.

هذا (مع أنّ) بعض تلك الأمور كـ (تعلّق الإستطاعة الموجبة للحجّ و) كذا
(تحقّق الغنى المانع - عن استحقاق الزكاة) و كذلك الخمس، (لا يتوقّفان على
الملك) قطعاً فإنّ الإستطاعة كما تحصل بملك مصارف الحجّ، كذلك تحصل بسبيلها
للإنسان - نصّاً و فتوى - لكن مع قبول المبدول له البذل، و كذلك الغنى المانع عن أخذ
الزكاة و الخمس يحصل بوجودان المؤونة و إن لم تكن ملكاً، مثل ما إذا تكفّل إنسان خير
مصارف فقير أو هاشميّ من دون تملكه ذلك له.

(و أمّا) استبعاد (كون التصرف) في أحد المالين المأخوذين بالمعاطاة (مملّكاً
للجانب الآخر) و كذلك استبعاد كون التلف السماوي أيضاً مملّكاً للجانب الآخر الذي

فقد ظهر جوابه.

و أما كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة - كما هو الظاهر - كان كل من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه - نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع - لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم

هو موجود، (فقد ظهر جوابه) ممّا ذكرنا في الجواب عن كون إرادة التصرف مملّكاً - و هو الاستبعاد الثاني - و حاصله أنّ مملكيّة التصرف، هو مقتضى الجمع بين الأدلّة الثلاثة، وهي: ١ - الأصل، ٢ - و دليل جواز مطلق التصرف، ٣ - و أدلّة توقّف بعض التصرفات على الملك، فإذا ملك المتصرف، فبالطبع يملك الجانب الآخر، و إلّا لزم اجتماع العوض و المعوّض في ملك المتصرّف.

(و أما كون التلف مملّكاً للجانبين، ف) أيضاً لا مانع من الإلتزام به (إن ثبت) ذلك (بإجماع) كما في كلمات بعض القدماء، (أو سيرة) غير مردوعة (- كما هو) أي الثبوت (الظاهر -) ف (كان كل من المالين مضموناً بعوضه) المسمّى المجعول في المعاطاة، (فيكون تلفه) أي المأخوذ بالمعاطاة (في يد كل منهما من ماله) أي من مال من في يده فيملكه قبل التلف آنأماً و يكون (مضموناً بعوضه) الآخر - و قوله: «من ماله» خبر لقوله: «يكون» - .

و هذا (نظير تلف المبيع قبل قبضه) أي قبل وصوله إلى المشتري (في يد البائع) فإنّهم قالوا برجوعه إلى ملك البائع قبل التلف آنأماً، كما و يرجع الثمن إلى المشتري عوضاً عنه.

و إنّما قلنا بضمان التالف من مال من في يده (لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين) الأدلّة الثلاثة أعني، ١ - (هذا الإجماع) المتقدّم، ٢ - (و بين عموم) الضمان المستفاد من

«على اليد ما أخذت» و بين أصالة عدم الملك إلا في الزمان المتيقّن وقوعه فيه. توضيحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حُكم بكون التالف «التلف - خ د» من مال ذي اليد؛ رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في أنّ: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، فإذا قُدّر التلف من مال ذي اليد، فلا بدّ من أن يُقَدَّر في آخر أزمته إمكان تقديره؛ رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكية قبله، كما يُقَدَّر ملكيّة المبيع

قاعدة («على اليد ما أخذت») حتّى تؤدّي،^(١) ٣- (و بين أصالة عدم الملك) لمن في يده (إلا في الزمان المتيقّن وقوعه) «ملك» (فيه) و هو قبل التلف آنأماً.

(توضيحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه) أي ضمان التالف (بمثله) في المثلي، (أو قيمته) الواقعية السوقية، فلا محالة (حُكم بكون التالف «التلف - خ د» من مال ذي اليد؛ رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع) هذا (العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة) عن النبي ﷺ (في أنّ: «تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه») و نصّ الحديث هكذا: «كلّ مبيعٍ تلف قبل قبضه، فهو من مال بائعه»^(٢)، (فإذا قُدّر التلف) بحكم هذا الحديث (من) كيس من كان الـ (مال) بيده، و يعرف هو بكونه (ذي اليد، فلا بدّ من أن يُقَدَّر في آخر أزمته إمكان تقديره) و هو الآن المتصلّ بالتلف، و ذلك (رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكية قبله) و استصحاب بقاء المال على ملك مالكه إلى زمان التلف، (كما يُقَدَّر ملكيّة المبيع) الذي تلف في يد البائع

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٧، الودیعة؛ عوالي اللثالي، ج ٢، ص ٣٤٥.

(٢) مستدرک الوسائل، ج ١٣، ص ٣٠٣، أبواب انخيار، و بمضمونة رواية في الوسائل، ج ١٢، ص ٣٥٨، الخيار.

للبائع و فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

و أمّا ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكلٍ منهما المطالبة مادام باقياً، و إذا تلف فظاهر إطلاقهم «التملّك بالتلف»: تُلَفُّه من مال المغصوب منه، نَعَمْ لو قام إجماع، كان تلفه من مال المالك لو لم يُتلف عوضه قبله.

و أمّا ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكي عن بعض أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال

(للبائع) آنأماً قبل التلف، و يُقدَّر (فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد) الى آخر أزمّة بقاء البيع و حكمه.

(و أمّا ما ذكره) كاشف الغطاء (من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكلٍ منهما المطالبة) من الغاصب لنفس المال (مادام باقياً) في يده (و إذا تلف فظاهر إطلاقهم «التملّك بالتلف») و عدم تقييده بكونه في يد المتعاطي (: تُلَفُّه من مال المغصوب منه) الذي أخذ المال منه لا المالك الأول، فيملكه أيضاً آنأماً قبل التلف كالصورة السابقة و هو تلفه في يده، (نَعَمْ لو قام إجماع) على عدم نقله عن مالكة بالغصب أو التلف عند الغاصب، (كان تلفه من مال المالك لو لم يُتلف عوضه) عند المتعاطي الآخر (قبله) أي قبل تلف المغصوب، و إلا فإن تلف عوضه قبله، كان تلفه في يد الغاصب، من ماله المأخوذ منه بلا شكّ لما تقدّم ص ١٠٣ من أن التلف من جانب مملّك للجانب الآخر.

(و أمّا ما ذكره من حكم النماء) للمأخوذ بالمعاطاة كلبن الشاة و بيض الدجاج (فظاهر المحكي عن بعض)^(١) (أنّ القائل بالإباحة) من القدماء (لا يقول بانتقال

النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم أصله، و يحتمل أن يَحْدُثِ النماء في ملكه بمجرد الإباحة.

ثُمَّ إِنَّكَ بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره، مع أَنَّهُ ﷺ لم يذكرها للإعتماد، و الإنصاف أَنَّها استبعادات في محلّها. و بالجملة، فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضدة بالشبهة المحقّقة إلى زمان المحقّق الثاني، و بالاتّفاق المدّعى في الغُنية و القواعد - هنا و في المسالك - في مسألة توقّف الهبة على الإيجاب و القبول -

النماء إلى الآخذ، بل) يقول: بأنّ (حكمه حكم أصله) في البقاء على ملك مالك الأصل لكنّه يباح له التصرّف فيه أيضاً، هذا (و يُحتمل) القول بـ (أن يَحْدُثِ النماء في ملكه بمجرد الإباحة) للأصل من المالك، فيكون اللبن و البيض في المثال للآخذ، فنفس حدوث النماء مملّك له.

(ثُمَّ إِنَّكَ بملاحظة ما ذكرنا) في الجواب عن الإستبعادات المذكورة (تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره) كاشف الغطاء (مع أَنَّهُ ﷺ لم يذكرها للإعتماد) عليها جداً، (و الإنصاف أَنَّها استبعادات في محلّها) و مُقرّبة للقول بالملك المترلزل الذي قال به الكركي.

(و بالجملة، فـ) المتحصّل من جميع ما ذكرنا هو: أنّ (الخروج عن أصالة عدم الملك) في المعاطاة (المعتضدة بالشبهة المحقّقة) عند القدماء (إلى زمان المحقّق الثاني) الكركي، (و) كذلك المعتضدة (بالإتّفاق المدّعى في) كلام السيّد ابن زهرة في (الغُنية) ص ٢١٤ المتقدّم ص ٥٨ (و) في كلام الشهيد الأوّل في (القواعد) ج ١ ص ١٧٨ المتقدّم ص ٦٣ (- هنا -) أي كتاب البيع (و) هكذا في كلام الشهيد الثاني (في المسالك) في ج ٦ ص ١٠ (في مسألة توقّف الهبة على الإيجاب و القبول)

مشكل؛ و رفع اليد عن عموم أدلة البيع و الهبة و نحوهما المعتمدة بالسيرة القطعية المستمرة، و بدعوى الإتفاق المتقدّم عن المحقّق الثاني - بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة -، أشكل.

فالقول الثاني لا يخلو عن قوّة.

و عليه، فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً؟ كما حُكي عن ظاهر المفيد رحمته الله، أو

بشرط كون

فالخروج عن أصل عدم الملك (مشكل؛ و) من الطرف الآخر (رفع اليد عن عموم أدلة البيع) كأحلّ الله البيع، (و) كذا عموم أدلة (الهبة) المتقدّمة ص ٨٩ (و نحوهما المعتمدة بالسيرة القطعية المستمرة) عند المتشعبة على معاملة الملك في المعاطاة، (و) كذلك المعتضد (بدعوى الإتفاق المتقدّم) ص ٦٦ (عن المحقّق الثاني) بقوله: لأنّها بيع بالإتفاق، (- بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة -) بالملك المتزلزل، (أشكل) لأنّ تلك العمومات دليل لفظي اجتهادي، وأصالة عدم الملك أصل عمليّ و مع وجود الدليل الاجتهادي لا تصل النوبة بالرجوع إلى الأصل لأنّه حاكم عليه، و رافع لموضوع الأصل أعني الشك .

(ف) من حيث المجموع (القول الثاني) و هو إفادة المعاطاة للملك (لا يخلو عن

قوّة) لصدق العقد، و البيع، و التجارة، عليها عرفاً، على ما تقدّم تفصيله.

(و عليه) «القول الثاني» (فهل هي) «المعاطاة» (لازمة ابتداءً) و من أوّل التعاطي

فلا يجوز الرجوع فيها كالبيع القولي؟ (مطلقاً) سواء كان الدالّ على التراضي لفظاً، أو نفس

التعاطي؟ (كما حُكي عن ظاهر) كلام الشيخ (المفيد رحمته الله) في المقنعة ص ٥٩١ كما تقدّم

ص ٦٥ و يجيء ص ١٢٤ و اختاره المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٨ ص ١٣٩ و

وافقة المحدث الكاشاني في مفتاح الشريعة ج ٣ ص ٤٨، (أو) هي لازمة (بشرط كون

الدالّ على التراضي لفظاً؟ كما حُكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني وقوّاه جماعة من متأخري المحدثين، أو هي غير لازمة مطلقاً فيجوز لكلٍ منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا مَنْ عرفت، وجوه: أوفقها بالقواعد هو الأوّل، بناءً على أصالة اللزوم في الملك؛ للشكّ في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي.

و دعوى:

الدالّ على التراضي لفظاً؟ كما حُكي) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٦ (عن بعض معاصري الشهيد الثاني) وهو السيّد حسن الكركي كما تقدّم ص ٧٦، (و قوّاه جماعة من متأخري المحدثين) كالشيخ البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٥٠ و ص ٣٥٥ و نسبه إلى جمع من علماء البحرين كما مرّ ص ٧٧، و اختاره الجدّ الأجدد المحدث السيّد الجزائري، كما سيجيء ص ١٢٤ (أو هي غير لازمة مطلقاً) أي وإن كان الدالّ على التراضي لفظاً - غير الإيجاب والقبول - (فيجوز لكلٍ منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك) من المتأخّرين (بل كلّهم عدا مَنْ عرفت، وجوه) ثلاثة:

(أوفقها بالقواعد هو الأوّل) الذي هو ظاهر المفيد و هو اللزوم مطلقاً؛ (بناءً على) الإستصحاب و (أصالة اللزوم في الملك) الحادث بالمعاطاة لآخذ كلّ من المالين، فإنّه إذا قلنا بأنّها مفيدة للملك، و شككنا في تأثير الرجوع فيها فمقتضى الإستصحاب بقاء الملك و عدم تأثير الرجوع (للسكّ في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي) الذي كان مالكاً قبل التعاطي؛ إذن فالمعاطاة لازمة، و يجيء الكلام في هذا الأصل مفصلاً في بحث الخيارات ان شاء الله.

(و دعوى) عدم وجود أركان الإستصحاب هنا التي منها تعلّق اليقين و الشكّ

أَنَّ الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ، و المفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر، فلا ينفع الإستصحاب، بل ربما يُزاد استصحاب بقاء علة المالك الأوّل. مدفوعة - مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب،

بموضوع واحد مع تعدّد الزمان، كالشكّ في الطهارة التي كانت محقّقة قبل ساعة مثلاً، و المقام ليس كذلك ف (أَنَّ الثابت) من الملك لآخذ المال (هو الملك المشترك بين المتزلزل) القصير المدّة، (و) بين الملك (المستقرّ) الطويل؛ (و المفروض انتفاء الفرد الأوّل) أي المتزلزل (بعد الرجوع) أي رجوع أحد المتعاطيين في المعاطاة، (والفرد الثاني) أي المستقرّ الطويل (كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر، فلا ينفع الإستصحاب) إذ الشكّ في بقاء المستصحب يُستند إلى الشك في حدوث الفرد المستقرّ من أوّل الأمر فاليقين و الشكّ لم يتعلّقاً بموضوع واحد حتّى يجري فيه الإستصحاب - كمثال الطهارة - بل اليقين تعلّق بالقدر المشترك من الملك، و الشكّ تعلّق بالفرد المستقرّ الطويل. (بل ربما يُزاد) بوجود أصل حاكم على هذا الإستصحاب، و هو (استصحاب بقاء علة المالك الأوّل) بعد الرجوع، فإنّه حاكم على استصحاب بقاء ملكيّة المالك الثاني.

هذا ولكنّ هذه الدعوى (مدفوعة) بوجهين، الأوّل ما أفاده بقوله: (مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك) من الملك الجامع لفرديه (في) إجراء (الاستصحاب) بناءً على ما ثبت في الأصول من حجّة القسم الثاني من أقسام الإستصحاب الكلّي، و لا حاجة إلى استصحاب الفرد الخاصّ أعني المستقرّ بعد كون الأثر و هو جواز التصرف حتّى بعد الرجوع مترتباً على الجامع،

فتأمل -: بأنّ إنقسام الملك إلى المتزلزل و المستقرّ ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنّما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي، و منشأ هذا الإختلاف اختلاف حقيقة السبب المملّك، **لاختلاف حقيقة الملك؛**

(فتأمل -) لعلّه إشارة إلى عدم كفاية استصحاب القدر المشترك في إثبات الفرد الطويل المستمرّ من الملك، و الأثر، أعني لزوم المعاطاة، إنّما هو مترتب عليه، و ذلك لأنّ الشك في بقائه مسبّب عن الشكّ في حدوثه من أوّل التعاطي و مع الشك في ذلك فالأصل عدمه، و حينئذٍ فلا تصل التوبة إلى جريان الإستصحاب في القدر المشترك، إذ الشك فيه ناشئ و مسبّب عن الشكّ في حدوث الفرد المستمرّ، و الأصل الجاري في السبب حاكم على الأصل الجاري في المسبّب فتدبرّ.

و الوجه الثاني في دفع الدعوى هو ما أفاده بقوله: **(بأنّ إنقسام الملك إلى المتزلزل و المستقرّ ليس باعتبار اختلاف في حقيقته)** و طبيعته، و إنّما هو أمر إعتباري و هو علقة شيء إلى انسان فلا يكون نوعان - متزلزل و مستقرّ - كي يجري الإستصحاب في القدر المشترك، **(و إنّما هو)** أي الإنقسام **(باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال ب)** جواز **(رجوع المالك الأصلي)** كالهبة و كالبيع بالخيار، و بعدم جواز الرجوع في بعضها كالبيع العقدي فالجواز و اللزوم حكمان مختلفان للملك مع كونه أمراً واحداً، **(و منشأ هذا الإختلاف)** هو **(اختلاف حقيقة السبب)** الّذي هو **(المملّك)** للإنسان بحكم الشارع **(لا اختلاف حقيقة الملك)** ففي الهبة و البيع بالخيار حكم بجواز الرجوع، فاعتبر الملك جائزاً متزلزلاً، و في البيع بدون الخيار، حكم بعدم جواز الرجوع فاعتبر الملك لازماً مستقرّاً، إذن:

فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب، لامن الخصوصيات
المأخوذة في المسبب.

و يدلّ عليه: - مع أنّه يكفي في الإستصحاب الشكّ في أنّ اللزوم من
خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملّك، و مع أنّ المحسوس بالوجدان
أنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد: - أنّ اللزوم و الجواز
لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى
الخصوصيتين بجعل المالك،

(فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب، لامن الخصوصيات
المأخوذة) و الدخيلة (في المسبب) أعني نفس الملك.

(و يدلّ عليه) أي على كون الجواز و اللزوم من أحكام الملك، لأنّ الملك نوعان
مختلفان، (مع أنّه يكفي في الإستصحاب) - أي استصحاب القدر المشترك من الملك
بعد رجوع المالك الأصلي في المعاطاة - (الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيات
الملك) و مشخصّاته، (أو من لوازم السبب المملّك) و ذلك للشكّ في وجود المانع عن
جريان الإستصحاب، و مقتضى الأصل عدم وجوده، و المقصود من وجود المانع هو كون
طبيعة الملك قسمين و أنّ الجواز و اللزوم من خصوصياته لا من أحكامه.

(و) أضف إلى ذلك (مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبة
اللازمة) كالهبة لذي رحم، (و غيرها) أي الجائزة كالهبة لأجنبيّ (على نهج واحد) و
هو قوله: وهبتك هذا، و هذا كاشف عن أنّ المنشأ نوع واحد من الملك، و الاختلاف إنّما
هو في حكم الشارع، و بالجملة فيدلّ على (أنّ اللزوم و الجواز) من أحكام الملك: أنّه
(لو كانا من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك) منه
(بإحدى الخصوصيتين) أي اللزوم و الجواز إنّما (بجعل المالك) أو قصده فإنّ قصد

أو بحكم الشارع.

فإن كان الأول، كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بديهيّ البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه.

و إن كان الثاني، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل في العقود؛ لما تقدّم

أحدهما حكم به وإلا فلا، (أو بحكم الشارع).

(فإن كان الأول، كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك) الواقعة من قبيل المالك (المختلفة بحسب قصد الرجوع) فيه (و قصد عدمه، أو عدم قصده) أي الرجوع رأساً بأن كان غافلاً، أو قصد التملك المهمل المجرد عن خصوصيّتي الجواز و اللزوم، (و هو) أي التفصيل (بديهيّ البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه) بل الملاك على الحكم الشارع، فلذا نرى أنّه لو باع المالك متاعاً و قصد الرجوع فيه من غير جهة أحد الخيارات كان البيع باطلاً، و كذا لو وهب مالاّ لذي رحم لا يجوز له قصد الرجوع فيها ولو قصده كان لغواً أو الهبة باطلة، و بالعكس لو وهب مالاّ لأجنبيّ يجوز له الرجوع فيها و إن قصد عدم الرجوع و لعلّ هذا القصد مبطل للهبة رأساً لأنّه على خلاف حكم الشارع في الهبة.

(و إن كان الثاني) أي التخصيص باللزوم أو الجواز بحكم الشارع فقط (لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ) فإذا قصد المالك بالبيع جواز الرجوع و حكم الشارع باللزوم، أو إذا قصد المالك في الهبة لأجنبيّ اللزوم، و حكم الشارع بالجواز أو البطلان، ففي هذين الموردين و ما شابههما، «ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد» (و هو باطل في العقود) الصحيحة القوليّة (لما تقدّم)

من أنّ العقود المصحّحة عند الشارع تتبع القصود، وإن أمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاوضة، بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين، لكنّ الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود أيضاً.

وبالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقد شكّ في لزومه شرعاً، وكذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض، و الهبة.

ص ٩٧ (من أنّ العقود) اللفظية (المصحّحة عند الشارع تتبع القصود) بقوله: «فإنّ تبعيّة العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحّة العقد ... الخ، (و إن أمكن القول بالتخلف هنا) أي في البيع (في مسألة المعاوضة، بناءً على ما ذكرنا سابقاً)

ص ٩٨ عند الجواب عن الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء على القول بالإباحة في المعاوضة (انتصاراً للقائل بعدم الملك) أي للقائل بالإباحة فيها، (من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية) من قبل الشارع (على طبق قصود المتعاطيين) و ذكرنا موارد عديدة من العقود التي تخلف القصد فيها عن العقد، (لكنّ الكلام في قاعدة اللزوم في الملك تشمل العقود) القولية (أيضاً) ولا تختصّ بالمعاوضة.

(و بالجملة) و خلاصة الكلام (: فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقد) مملّك (شكّ في لزومه شرعاً) من حيث الشبهة الحكمية سواء العقد القولي أو الفعلي فيكفي في اللزوم استصحاب الملكية، (و كذا لو شكّ في) الشبهة الموضوعية في (أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز) مع معرفة كليهما حكماً (كالصلح من دون عوض) الذي هو لازم، (و الهبة) التي هي جائزة، فنشكّ في أن ما وقع في الخارج مصداق لأيّ منهما، فالذي يجري هنا هو أصالة اللزوم و عدم تأثير الرجوع في العقد.

نعم لو تداعيا، أحتمل التحالف في الجملة.

و يدلّ على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله ﷺ : «النّاس مسلّطون على أموالهم» فإنّ مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكه «ملكيتّه - خ د» بغير اختياره،

(نعم لو تداعيا) أي الطرفان في الشبهة الموضوعيّة، فادّعى أحدهما: بأنّ العقد الواقع هو صلح بلا عوض فالعقد لازم، و ادّعى الآخر: بأنّه هبة فالعقد جائز، فكلّ منهما مدعٍ لشيء ينكره الآخر و منكراً لشيء يدعيّه الآخر، و ليس بينهما أمرٌ يتفقان عليه و هذا هو ملاك التحالف فـ (أحتمل التحالف) كما في الحدائق ج ١٩ ص ١٩٧ فيحلف كلّ منهما على نفي ما يدعيّه الآخر، لكنّ الحكم بالتحالف (في الجملة) أي في بعض الموارد بنحو الموجبة الجزئية، كما في مثال الإختلاف في أنّ ما وقع في الخارج هو الصلح أو الهبة، و أمّا لو اتّفقا على أمرٍ و اختلفا في الشيء الزائد عليه، كما إذا ادّعى أحدهما: أنّ العقد الواقع هو بيع خيارى، و قال الآخر: هو البيع بدون الخيار فالجاري هنا أيضاً أصالة اللزوم و لا مجال للتحالف.

(و يدلّ) أيضاً (على اللزوم) و عدم تأثير الرجوع في المعاطاة (- مضافاً إلى ما ذكر -) من استصحاب ملك الآخذ، (عموم قوله ﷺ : «النّاس مسلّطون على أموالهم»)^(١) فإنّ مقتضى العموم جواز كلّ تصرف للمالك الآخذ بمجرد التعاطي المفيد للملك حسب الفرض، و من الواضح: أنّ رجوع المالك القبلي و استرداده لما انتقل عنه، منافٍ لتلك السلطنة المطلقة الثابتة للمالك الثاني، فهو غير مؤثّر جزماً و بعبارة أخصر: (فإنّ مقتضى السلطنة) للمالك (أن لا يخرج عن ملكه «ملكيتّه - خ د» بغير اختياره)، و بمجرد رجوع المالك القبلي، و فسخ المعاطاة، و بالجملة

(١) بحارالانوار، ج ٢، ص ٢٧٢؛ عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢٢٢، ح ٩٩ و ص ٤٥٧، ح ١٩٨ .

فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافٍ للسلطنة المطلقة.
فاندفع ما ربما يتوهم: من أنَّ غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، ولا نسلّم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي.
و لما ذكرنا تمسك المحقق رحمته - في الشرائع - على لزوم القرض بعد القبض: بأنَّ فائدة الملك السلطنة، و نحوه العلامة رحمته في موضع آخر.

(فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافٍ للسلطنة المطلقة).

فإن قيل: التمسك بالحديث، تمسك بالعام في الشبهة المصداقية - كالتمسك بعموم أكرم العلماء لوجوب إكرام زيد مع الشك في كونه عالماً - و ذلك لاحتمال أنَّ رجوع المالك القبلي يرفع ملكية المالك الآخذ، قلنا: مقتضى إطلاق سلطنته، هو منع حق الرجوع عليه، و أخذه منه جبراً من قبل أي شخص حتّى من المالك القبلي كما أشرنا إليه فيما تقدّم آنفاً فالرجوع و الفسخ للمعاطاة غير نافذ، و هذا هو معنى لزوم الملك.

(فاندفع ما ربما يتوهم: من أنَّ غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، و لا نسلّم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي) لاحتمال استرداده إليه بالرجوع، و وجه الإندفاع هو: ما ذكرنا في جواب «إن قيل» من أنَّ إطلاق سلطنة المالك الآخذ، مانع عن حق الرجوع و يجعله بلا أثر، أقول و يجيء تفصيل هذا البحث في الخيارات ان شاء الله.

(و لما ذكرنا) من كون مقتضى إطلاق السلطنة على الملك عدم خروجه عن ملك الآخذ بغير رضاه جبراً (تمسك المحقق) رحمته (في الشرائع -) ج ٢ ص ٨٥
(على لزوم القرض بعد القبض: بأنَّ فائدة الملك السلطنة) فليس للمقرض إرجاع نفس المال و إن كان موجوداً إلاّ برضا المقرض، (و) تمسك (نحوه العلامة رحمته في موضع آخر) غير كتاب القرض، فقال في بيع كتاب التذكرة ج ١ ص ٤٦٤:

و منه يظهر جواز التمسك بقوله ﷺ : « لا يحلّ مال امرئٍ إلا عن طيب نفسه »، حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه.

«يجوز بيع كلّ ما فيه منفعة؛ لأنّ الملك سبب لإطلاق التصرف»، وأيضاً قال في قرض كتاب المختلف ج ٥ ص ٣٩٢ - في تأييد ما اختاره ابن إدريس من عدم جواز إسترجاع المقرص العين المستقرضة إلا برضا المقرض، خلافاً للشيخ الطوسي في الخلاف ج ٣ ص ١٧٧ - قال: «لنا أنّه ملكه بالقرض و القبض فلا يتسلّط المالك على أخذه؛ لانتقال حقّه إلى المثل أو القيمة».

(و منه) أي ممّا ذكرنا في حديث السلطنة لإثبات أصالة اللزوم في الملك (يظهر جواز التمسك بقوله ﷺ : « لا يحلّ مال امرئٍ إلا عن طيب نفسه ») وقد تقدّم في ج ٣ ص ٢٩٢ و ص ٣٠٧ المكاسب المحرّمة من شرحنا: أنّ الحديث مرويّ بمضمونه عن النبي ﷺ^(١). وإن أردت التفصيل فراجع هدى الطالب ج ١ ص ٥١٥، لسيدنا الاستاذ المروّج ﷺ، و من حيث المجموع لا بأس بالسند وكذا من جهة الدلالة (حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير) و جواز التصرف فيه، وإن لم يكن ملكاً للمتصرّف - كما في الإباحة المجردة - (أو جزء سببه) «الحلّ» - كما في الحلّ الحاصل من الملك المحتاج إلى العقد القولي أو الفعلي - (في رضا المالك) فقط (فلا يحلّ بغير رضاه)، ففي المعاطاة حيث أنّ المال إنتقل إلى الآخذ، لم يَجْزُ للغير - حتّى المالك قبلاً -

(١) راجع تحف العقول المترجم ص ٣٣؛ الوسائل، ج ٣ ص ٤٢٤ مكان المصلّي؛ المستدرك، ج ٣ ص ٣٣٢؛ عوالي اللئالي ج ٣ ص ٤٧٣؛ بحار الأنوار ج ٥٣ ص ١٨٣؛ الكافي الأصول ج ١ ص ٥٤٧ ح ٢٥ كتاب الحجّة.

و توهم: تعلّق الجَلّ بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع، أوّل الكلام، مدفوع: بما تقدّم، مع أنّ تعلّق الجَلّ بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضاً، فلا يحلّ التصرّف فيه، و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك.

و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، و لا ريب أنّ الرجوع ليست «ليس - خ د» تجارة،

التصرف فيه، بأن يتملكه منه بغير رضاه بالرجوع في المعاطاة، فلا يؤثّر الفسخ و الرجوع، و إن قال: «رجعت» سبعين مرّة، بل مئة مرّة أعني سبعة كاملة.

(و توهم: تعلّق الجَلّ بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع) في المعاطاة من قبَل المالك قبلاً، (أوّل الكلام) لأنّه من التمسكّ بالعام في الشبهة المصداقية - كما سبق في حديث السلطنة - (مدفوع) هنا أيضاً (بما تقدّم) أنفاً ص ١١٦ (مع أنّ تعلّق) عدم (الجَلّ بالمال يفيد العموم) أعني جميع أنواع التصرّف (بحيث يشمل التملك) منه بالرجوع (أيضاً، فلا يحلّ التصرّف فيه) بغير رضاه، (و لا تملكه) بالرجوع (إلا بطيب نفس المالك).

(و يمكن الاستدلال) لإثبات لزوم الملك بالمعاطاة (أيضاً بقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)^(١) (و) تقريب الاستدلال أنّه (لا ريب أنّ الرجوع ليست) و في المصحّحة («ليس» تجارة) لأنّها عبارة عن تبادل الماليين للإسترباح و الذي يرجع في المعاطاة إنّما يريد استرداد ماله بفسخ المعاملة، و الفسخ لا يعدّ تحصيلاً للربح،

و لا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال.

و التوهّم المتقدم في السابق غير جار «جار - خ د» هنا؛ لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

(و) على فرض كونه تجارةً (لا) يكون (عن تراضٍ) لأنّ التراضي لا بدّ أن يكون من الطرفين و المفروض عدم رضا المتعاطي الآخر (فلا يجوز أكل المال) الذي هو كناية عن التصرف و الأخذ عرفاً.

(و التوهّم المتقدم في السابق) في حديثي «السلطنة» و «عدم حلّ مال الغير»، من أنّه تمسّك بالعام في الشبهة المصداقية، (غير جار هنا) لم ترد لفظة «غير» في النسخ، و وردت في بعضها، لكنّ الظاهر ضرورة وجودها كما سيّضح لك ذلك ^(١)؛ (لأنّ) المستفاد من عموم (حصر مجوّز) التصرف و (أكل المال في التجارة) بوجه شرعي عن تراضٍ، هو نفي تأثير الرجوع و سببّيته في التملّك عن الأخذ للمعاطاة لأنّه بدون التراضي، فيكون الرجوع باطلاً لا محالة لعدم رضاه بذلك، فمفاد الآية (إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره) و ذلك لمكان الإستثناء أعني: «إلّا أن تكون - أي حليّة الأكل - تجارة عن تراضٍ» بأن يصير المال لنفسه، فليس مفادها عدم جواز التصرف في مال الغير - كما في الحديثين - ليقال: أنّه بعد الرجوع لا يكون مال الغير حتّى يكون التمسّك به من التمسّك بالعام في الشبهة المصداقية، فتدبرّ، و على تقدير كون المتن هكذا: «و التوهّم المتقدم السابق جارٍ» فالغرض من العبارة: أنّ التوهّم جار هنا مع جوابه، فلا يجوز لغير الأخذ التصرف بجميع التصرفات من الآكل و التملك و الرجوع و ...

(١) راجع هداية الطالب للشهيد ص ١٧٠؛ مصباح الفقاهة ج ٢ ص ١٤١ للتوحيدي؛ هدى الطالب ج ١ ص ٥٢٥ لاستاذنا المروّج رحمته الله.

و يمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إن أكل المال و نقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكلٌ و تصرفٌ بالباطل عرفاً.

نعم، بعد إذن المالك الحقيقي - و هو الشارع - و حكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك، يخرج عن البطلان؛ و لذا كان أكل المارة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعة، و الفسخ بالخيار،

إلا بتراضي المالك الآخذ بالمعاطاة.

و هذا كله: استدلال بالآية بالنظر إلى مجموع المستثنى منه و الإستثناء، (و يمكن التمسك أيضاً ب) النظر إلى (الجملة المستثنى منها) فقط مع قطع النظر عن الإستثناء، (حيث إن أكل المال و نقله عن مالكة) الآخذ الذي بيده فعلاً (بغير رضا المالك) بمجرد الرجوع في المعاطاة و فسخها، (أكلٌ و تصرفٌ بالباطل عرفاً) و هو حرام بمقتضى النهي في الآية

(نعم) لو فرض في بعض الموارد ترخيص الشارع بالتصرف و الأكل القهري بدلاً عن المالك كما في بيع الحاكم المأكول عام المجاعة، و أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها، فهنا يجوز التصرف (بعد إذن المالك الحقيقي - و هو الشارع - و حكمه بالتسلط على) التصرف، أو الأكل، أو (فسخ المعاملة من دون رضا المالك) ف (يخرج عن البطلان) و الحرمة موضوعاً لا حكماً، بمعنى أن خروج هذه الموارد من باب التخصّص لا التخصيص فلا يكون من الأكل بالبطلان رأساً بحكم الشارع، لا أنه من الباطل لكن الشارع حكم بجله استثناءً، (و لذا كان أكل المارة من الثمرة) الشجرة (الممرور بها أكلاً بالبطلان) في نظر العرف (لولا إذن المالك الحقيقي) فمع إذنه بشرائنه يخرج عن البطلان عند المشهور، (و كذا الأخذ بالشفعة) للخصّة المبيعة من المشتري قهراً، (و) كذا (الفسخ بالخيار) مثل خيار المجلس أو الحيوان الذي ثبت تعبداً؛ إذ الفسخ فيه

و غير ذلك من الأسباب القهرية.

هذا كلّهُ، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله ﷺ :
«البَّيْعَانُ بالخيار ما لم يفترقا».

باطل في نظر العرف، و أمّا الخيار المستند إلى ما يحكم به العرف كأكثر الخيارات، من خيار العيب والتدليس والشرط وغيرها، فليس من الأكل بالبطل عرفاً، بل هو حقّ في نظره، و بالجملة ففي هذه الموارد (و غير ذلك من الأسباب القهرية) الشرعية، يكون التصرف و الأكل في نظر العرف باطلاً، مادام لم يطلّع على حكم الشارع، كخروج المال عن ملك المالك بالإرتداد و الحكم بالضمان في الإلتلاف غير الإختياري مثل حال النوم، نعم إذا طلع على ذلك يحكم بعدم البطلان و حقيقة تلك الأسباب؛ لأنّ كلّ ما حكم به الشرع حكم به العقل.

(هذا كلّهُ) الأدلّة العامّة الدالّة على اثبات أصالة اللزوم في الملك، (مضافاً إلى ما دلّ على لزوم) الملك في (خصوص البيع، مثل قوله ﷺ) في النصوص المستفيضة الواردة في خيار المجلس، مثل ما رواه فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (البَّيْعَانُ بالخيار ما لم يفترقا) فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما^(١)، فإنّ مقتضى إطلاق البيع ثبوت خيار المجلس في البيع المعاطاتي أيضاً لأنّه بيع بالحمل الشائع كما تقدّم، و هذا يكشف عن كونه لازماً مع قطع النظر عن خيار المجلس، فطبيعة البيع لازمة سواء كان قولياً أو فعلياً، كما دلّ بمفهوم الشرط أيضاً بقوله: فإذا افترقا ... الخ. على أنّ غاية خيار المجلس هو الافتراق فبعده يصير لازماً، و إن كان بالمعاطاة.

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٤٦، ح ٣، أبواب الخيار، وانظر ح ١ و ٤.

و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾؛ بناءً على أن العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحة عبدالله بن سنان، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة، وكيف كان فلا يختص باللفظ، فيشمل المعاطاة.

و كذلك قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»،

(و قد يستدلّ) على اللزوم (أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾) ^(١) كما يجيء الاستدلال به مفصلاً في بحث الخيارات، لأنّه أمر مولوي يستفاد منه وجوب الوفاء بكلّ عقد، هذا من جهة الكبرى و أمّا الصغرى فأشار إليه بقوله: (بناءً على أنّ العقد) لا يختص باللفظ بل (هو مطلق العهد) = قرار داد، لا خصوص العقد القولي، (كما في صحيحة عبدالله بن سنان) المروية في تفسير العياشي و القمي ج ١ ص ١٦٠ و البرهان ج ١ ص ٤٣١، قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال: العهود ^(٢)، (أو) العقد، هو (العهد المشدد) و الرابط القوي (كما عن بعض أهل اللغة) مثل لسان العرب ج ٩ ص ٣ و مجمع البحرين ج ١ ص ٢٠٨، و القاموس ج ١ ص ٣١٥ مادة «عقد» (و كيف كان) سواء كان العقد مطلق العهد، أو العهد المشدد (فلا يختص باللفظ، فيشمل المعاطاة) أيضاً، لأنّها عهد فعلي عرفاً، و ربط بين الأمرين.

(و كذلك) يدلّ على اللزوم (قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم») المروي في نصوص معتبرة متعدّدة، نسبه الامام عليه السلام في بعضها إلى النبي ﷺ، و لم ينسبه في بعضها الآخر، وفي بعضها «المسلمون» ففي صحيحتي عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام

(١) المائة: ١.

(٢) الوسائل، ج ١٦، ص ٢٠٦، النذر و العهد.

فإنّ الشرط لغةً مطلق الإلتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

و الحاصل: أنّ الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع

قال: «المسلمون عند شروطهم إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز»^(١)، و في صحيحة منصور بن يونس القرشي و يقال له بُزْج أبو يحيى روى عن الصادق و الكاظم عليه السلام^(٢)، عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت له: إنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثمّ طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلّا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوّج عليها، فأعطاها ذلك، ثمّ بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار، قل له فليُف للمراة بشرطها، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

فإنّ المستفاد من هذه الروايات، وجوب الوفاء بالشرط و الإلتزام، أعمّ من الشرط و الإلتزام الإبتدائي أو الضمني (فإنّ الشرط لغةً مطلق الإلتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ) مثل المعاطاة، فإنّها إلتزام فعليّ كما أنّ الإيجاب و القبول إلتزام قوليّ، قال في القاموس ج ٢ ص ٣٦٨، الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه، و مثله في لسان العرب ج ٧ ص ٣٢٩، و ظاهر هذه العبارة عدم تقيّده بالإلتزام الضمني بل يشمل الإبتدائي مثل نفس الإلتزام الحاصل بالبيع.

(و الحاصل) من الأدلّة الثمانية المتقدّمة (: أنّ الحكم باللزوم في مطلق

الملك) الحاصل من العقود المملّكة كالصلح و الهبة، (و في خصوص البيع) سواء

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٥٣، الخيار، ح ١ و ٢.

(٢) راجع جامع الرواة، ج ٢، ص ٢٦٨.

(٣) الوسائل، ج ١٥، ص ٣٠، المهور.

مما لا يُنكر، إلا أنَّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاء صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد، و يعضده الشهرة المحقّقة، بل لم يوجد به قائلٌ إلى زمان بعض متأخري المتأخّرين؛ فإنّ العبارة المحكيّة عن المفيد رحمته في المقنعة لا تدلّ على هذا القول - كما عن المختلف الإقرار به - فإنّ المحكيّ عنه أنّه قال: «ينعقد البيع على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التبائع له إذا عرفاه جميعاً و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان»، انتهى.

أنشيء باللفظ و القول، أو بالتعاطي الفعلي (مما لا يُنكر) بحسب الأدلّة المتقدّمة من الآيات و الروايات.

(إلا أنَّ الظاهر فيما نحن فيه) من التعاطي الفعلي (قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاء صريحاً بعض الأساطين) و هو كاشف الغطاء (في شرح القواعد) المخطوط، (و يعضده الشهرة المحقّقة) المقرّبة لكون الإجماع محصّلاً، (بل لم يوجد به) أي باللزوم من أوّل التعاطي (قائلٌ إلى زمان بعض متأخري المتأخّرين) و هم المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٨ ص ١٤٤، و الفيض الكاشاني في المفاتيح ج ٣ ص ٤٨، و جدّنا الأمد، المحدث الجزائري في شرحه على التهذيب المخطوط^(١)، (فإنّ العبارة المحكيّة عن) الشيخ (المفيد رحمته في المقنعة) ص ٥٩١ (لا تدلّ على هذا القول) صريحاً بل هي موهمة له (كما عن) العلّامة عن (المختلف) ج ٥ ص ٥١ (الإقرار به) أي بعدم الدلالة صريحاً (فإنّ المحكيّ عنه أنّه قال: «ينعقد البيع على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التبائع له إذا عرفاه جميعاً و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان»، انتهى) فإنّ دلالة هذا الكلام

(١) راجع هدي الطالب، ج ١، ص ٥٦٣ لسيدنا الأستاذ المروّج رحمته كما تقدّم ص ٨١.

و يُقَوَّى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم؛ و كأنه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما : أنه لابد في البيع عندهما من لفظ مخصوص.

و قد تقدّم دعوى الإجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً؛ و هو نص في عدم اللزوم،

على كفاية التعاطي في انعقاد البيع و لزومه، إنّما هو من جهة عدم التصريح باعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين مع أنه في مقام بيان شرائط البيع، (و يُقَوَّى) أنّ غرضه (إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين) شرعاً، (و تأثيره في اللزوم)، و لم يذكر منها اعتبار اللفظ في العقد، فيحتمل عدم اعتباره عنده، و كفاية التعاطي العملي، لكنّه احتمال ضعيف إذ لا دليل على انحصار شروط الصحة فيما ذكره، فإن إثبات الشيء لا ينفي ما عداه و لهذا قال في المختلف ج ٥ ص ٥١ بعد نقل كلامه: «و ليس في هذا تصريح بصحته إلا أنه موهم».

(و كأنه لذلك) أي لأجل عدم انحصار الشروط فيما ذكره، و عدم صراحة كلامه في القول بلزوم المعاطاة، (حكى) الفاضل الآبي أي (كاشف الرموز) ج ١ ص ٤٤٥ (عن المفيد و الشيخ) الطوسي رحمهما : أنه لابد في البيع عندهما من لفظ مخصوص من الإيجاب و القبول القوليين.

(و) يؤيد ما ذكرنا من عدم وجود القائل بإفادة المعاطاة الملك اللازم إلى زمان متأخري المتأخرين ما (قد تقدّم) ص ٥٨ من (دعوى الإجماع من) السيد أبي المكارم ابن زهرة أيضاً في (الغنية على عدم كونها) أي المعاطاة (بيعاً) و نقلنا كلامه هناك فراجع، (و هو نص في عدم اللزوم) إذ الإجماع على نفي كونها بيعاً، إجماع على نفي اللزوم قطعاً و بطريق أولى، قال الشاعر الفارسي:

نام احمد نام جمله انبيا است چون كه صد آمد نود هم پيش ما است

و لا يقدح كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لا نقول به.

و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود الكلزمة بالإجماع.

نعم قول العلامة رحمته في التذكرة: «أَنَّ الأشهر عندنا أَنَّهُ لابدٌ من الصيغة»

يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة، ولو كان المخالف شاذّاً لعُبرَ بالمشهور، و كذلك نسبته

فان قيل: إجماع السيّد ابن زهرة على نفي البيعة مستلزم لكون المعاطاة بيعاً فاسداً من رأسه - وإلّا تفيد الإباحة تعدياً - ونحن لا نلتزم بذلك بل نقول بصحتها لكتّاه مفيدة للملك المتزلزل لا اللازم، قلت: (و لا يقدح) في الإستشهاد بكلامه لنفي اللزوم من جهة (كونه ظاهراً في عدم الملكية) رأساً، لا متزلزلاً ولا لازماً (الذي لا نقول به)؛ و ذلك لدلالة قوله: «ليس يبيع» على أمرين أحدهما نفي الصحة والآخر نفي اللزوم، ونحن نقبل الثاني، ونردّ الأوّل، لقيام الأدلّة المتقدّمة من الآيات والروايات على إفادتها الملك الجائز المتزلزل قطعاً.

(و) يعارض الإجماع المدعى في كلام كاشف الغطاء أيضاً، ما حكاه للمحقّق الشيخ

أسد الله التستري في المقابس ص ٢٧٦ (عن جامع المقاصد) ج ٥ ص ٣٠٩ المحقّق الكركي من أَنَّهُ (يعتبر اللفظ في العقود الكلزمة) سواء البيع وغيره (بالإجماع).

(نعم) يوهن هذه الإجماعات الثلاثة المنقولة (قول العلامة رحمته في التذكرة):

ج ١ ص ٤٦٢ («أَنَّ الأشهر عندنا أَنَّهُ لابدٌ في لزوم الملك بالبيع، (من الصيغة)

القولية») فإنّ هذا الكلام (يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة، و) ذلك

لأنّه (لو كان المخالف شاذّاً) و نادراً (لُعبرَ بالمشهور) إذ المصطلح عند الفقهاء: أنّ في

مقابل الأشهر المشهور، و في مقابل المشهور، القول النادر، (و كذلك) يدلّ على وجود

الخلاف المعتدّ به في المسألة (نسبته) أي الخلاف - و هو القول بعدم اعتبار اللفظ في

في المختلف إلى الأكثر، و في التحرير: أَنَّ الأقوى أَنَّ المعاطاة غير لازمة. ثم لو فرضنا الإتِّفاق من العلماء على عدم لزومها - مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أَنَّها ليست مملَّكة، و إِنَّمَا تفيد الإباحة - لم يكن هذا الإتِّفاق كاشفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملكية، و لم يقل بها إلا بعض مَنْ تأخَّر عن المحقِّق الثاني تبعاً له، و هذا ممَّا يوهن حصول القطع - بل الظنَّ - مِن الإتِّفاق المذكور؛ لأنَّ

العقد - (في المختلف) ج ٥ ص ٥١ (إلى الأكثر) إذ التعبير بالأكثر في مقابل الكثير لا القليل النادر، (و) كذلك (في التحرير) ج ١ ص ١٦٤ قال: (أَنَّ الأقوى أَنَّ المعاطاة غير لازمة) فَإِنَّه يفهم من هذا الكلام: أَنَّ القول باللزوم أيضاً قويٌّ، و بالجملة فمن هذه التعابير يعرف وَهْنُ الإجماع المدَّعى في كشف الغطاء، و الغنية، و جامع المقاصد على عدم اللزوم.

(ثمَّ لو فرضنا) الإجماع و (الإتِّفاق من العلماء على عدم لزومها) أي المعاطاة، فالإجماع المفيد في المقام و المطابق للمدَّعى هو الإتِّفاق مع القول بكونها مملَّكة، و هذا غير معلوم (مع) الإلتفات إلى (ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أَنَّها ليست مملَّكة) أصلاً (و إِنَّمَا تفيد الإباحة) فقط، فعلى هذا (لم يكن هذا الإتِّفاق كاشفاً) عن قول المعصوم عليه السلام (إذ القول باللزوم فرع) القول بـ (الملكيَّة، و) الحال أَنه (ام يقل بها إلا بعض مَنْ تأخَّر عن المحقِّق الثاني تبعاً له) كالمحقِّق الأردبيلي و الفيض الكاشاني و السيّد المحدث الجزائري عليه السلام كما تقدَّمت أسماؤهم مع الإشارة إلى كتبهم ص ١٢٤، (و هذا) أي القول بعدم الملكيَّة من الأكثر (ممَّا يوهن حصول القطع - بل الظنَّ) أيضاً - (مِن الإتِّفاق المذكور) الَّذي ادَّعاه كاشف الغطاء و السيّد ابو المكارم ابن زهره و المحقق الكركي و ذلك، (لأنَّ) المفروض أنَّ ملاك حجِّيَّة الإتِّفاق إِنَّمَا هو

قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع.

نعم، يمكن أن يقال - بعد ثبوت الإتفاق المذكور - : إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز، و بين قائل بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قول ثالث، فتأمل.

و كيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عليه السلام عن

قول غيره

الكشف عن قولهم عليه السلام، أو عن حجة معتبرة، مع أن (قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع) لأنهم يقولون بالإباحة المجردة وعدم كونها بيعاً حتى يكون لازماً أو متزلزلاً، فهو كما قيل «ثبت العرش (الأرض) ثم انقش» أو «ثبت الأرض ثم انقص»، و الحاصل أنه لم يكن هناك إجماع بسيط على القول بعدم اللزوم في المعاطاة فلا بأس بالإلتزام به.

(نعم، يمكن أن يقال:) بوجود إجماع مركّب من الأصحاب على عدم اللزوم، و ذلك لأنّه (بعد ثبوت الإتفاق المذكور) بعدم اللزوم (إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز) و هم المحقّق الكرّكي و من تبعه، (و بين قائل بعدم الملك رأساً) و مجرد إباحة التصرف فقط كما هو المشهور بين القدماء، (فالقول بالملك اللازم قول ثالث) و خرق للإجماع المركّب فلا يجوز المصير إليه (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أن الظاهر من كلام كشف الغطاء، و الغنية، و جامع المقاصد هو الإجماع البسيط لا المركّب، أو إشارة إلى أن عدم جواز مخالفة الإجماع المركّب، أعني خرقه، إنّما هو لرجوعه إلى الإجماع البسيط بأن يكون كلا الفريقين متفقين على نفي القول الثالث، لا أن نفيه منتزِعٌ من القولين، و من المعلوم أنه لم يثبت في المقام اتّفاقهم جميعاً على نفي الثالث فتدبر.

(و كيف كان) سواء كان تخصيص اللزوم في المعاطاة بالإجماع البسيط أو

المركّب (فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عليه السلام عن قول غيره

من العلماء - كما هو طريق المتأخرين - مشكل؛ لما ذكرنا، وإن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء، كما بيّن في الأصول.

و بالجمله، فما ذكره في المسالك من قوله - بعد ذكر قول مَنْ لم يعتبر مطلق اللفظ في اللزوم -: «ما أحسنه و ما أمتنّ دليله إن لم يكن إجماعٌ على خلافه»، في غاية الحُسْن و المتانة.

و الإجماع و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع،

(من العلماء) حدساً، المسمّى بالإجماع الكشفي (- كما هو طريق المتأخرين - مشكل؛ لما ذكرناه)، من وجود الخلاف المعتدّ به المستفاد من كلمات العلامة في التذكرة و المختلف و التحرير، فلا يكون الاتفاق محققاً حتّى يكون كاشفاً عن قوله ﷺ، (و إن كان هذا) الاختلاف (لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء) القائلين بحجية الاجماع من باب قاعدة اللطف لدخوله ﷺ في المجمعين من غير معرفة به، فلا يقدح فيه مخالفة مَنْ هو معلوم السّب، (كما بيّن في الأصول)^(١).

(و بالجمله) و خلاصة الكلام (فما ذكره) الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٣ ص ١٥٣ (من قوله - بعد ذكر قول مَنْ لم يعتبر) و في بعض النسخ «من اعتبر» و الظاهر أنّه سهو لأنّه أجنبيّ عن عبارة المسالك (مطلق اللفظ في اللزوم -) و أنّه مختار بعض الشافعية و جميع المالكية، و أنّه قريب من قول المفيد قال: («ما أحسنه و ما أمتنّ دليله إن لم يكن إجماعٌ على خلافه») و هذا الكلام من الشهيد (في غاية الحُسْن و المتانة) و مطابق للحقيقة و الواقع.

هذا (و الإجماع) على الخلاف (و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع)

(١) راجع فرائد الاصول «الرسائل»، ج ١، ص ٧٩ - ٨٣ و ص ١٨٥ من طبع لجنة تحقيق تراث الشيخ.

إِلَّا أَنَّ الْمُظَنُّونَ قَوِيًّا تَحَقُّقَهُ عَلَى عَدَمِ اللَّزُومِ مَعَ عَدَمِ لَفْظٍ دَالٍّ عَلَى إِنْشَاءِ التَّمْلِيكِ، سِوَاءٍ لَمْ يَوْجَدْ لَفْظٌ أَصْلًا، أَمْ وَجَدَ وَلَكِنْ لَمْ يُنْشَأِ التَّمْلِكُ بِهِ، بَلْ كَانَ مِنْ جُمْلَةِ الْقَرَأْنِ عَلَى قَصْدِ التَّمْلِكِ بِالتَّقَابُضِ.

وَقَدْ يَظْهَرُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْأَخْبَارِ، بَلْ يَظْهَرُ مِنْهَا أَنَّ إِيْجَابَ الْبَيْعِ بِاللَّفْظِ دُونَ مَجْرَدِ التَّعَاطِي كَانَ مُتَعَارَفًا بَيْنَ أَهْلِ السُّوقِ وَالتَّجَارِ.

بِحُصُولِهِ (إِلَّا أَنَّ الْمُظَنُّونَ قَوِيًّا تَحَقُّقَهُ عَلَى عَدَمِ اللَّزُومِ) لَكِنْ لَا فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ بَلْ (مَعَ عَدَمِ لَفْظٍ دَالٍّ عَلَى إِنْشَاءِ التَّمْلِكِ) رَأْسًا (سِوَاءٍ لَمْ يَوْجَدْ لَفْظٌ أَصْلًا) بَأَنَّ كَانَ الْوَاقِعُ فِي الْخَارِجِ مَجْرَدُ التَّعَاطِي مِنَ الطَّرْفَيْنِ مَعَ أَلْفَاظٍ أَجْنِبِيَّةٍ عَنِ الدَّلَالَةِ عَلَى التَّمْلِكِ، كَأَنَّ يَسْأَلُ الْمُشْتَرِي قِيَمَةَ الْمَتَاعِ وَبَعْدَ الْعِلْمِ بِهَا يُعْطِي الثَّمَنَ وَيَأْخُذُ الْمَتَاعَ، (أَمْ وَجَدَ) لَفْظًا (وَلَكِنْ لَمْ يُنْشَأِ التَّمْلِكُ بِهِ، بَلْ كَانَ مِنْ جُمْلَةِ الْقَرَأْنِ عَلَى قَصْدِ التَّمْلِكِ بِالتَّقَابُضِ).

(وَقَدْ يَظْهَرُ ذَلِكَ) أَيَّ اعْتِبَارِ اللَّفْظِ فِي الْجُمْلَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِصُورَةِ الْإِيْجَابِ وَ الْقَبُولِ (مِنْ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْأَخْبَارِ)^(١) وَ سَيَجِيءُ التَّعَرُّضُ لِبَعْضِهَا عَنْ قَرِيبٍ مِثْلَ: «إِنَّمَا يَحْلُلُ الْكَلَامُ وَيَحْرُمُ الْكَلَامُ»، (بَلْ يَظْهَرُ مِنْهَا أَنَّ إِيْجَابَ الْبَيْعِ بِاللَّفْظِ دُونَ مَجْرَدِ التَّعَاطِي) وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ الْإِيْجَابِ وَالْقَبُولِ الْمُتَعَارَفَيْنِ (كَانَ مُتَعَارَفًا بَيْنَ أَهْلِ السُّوقِ وَالتَّجَارِ)^(٢) فَيُدْعَى حِينَئِذٍ أَنَّ الْأَدْلَةَ الْعَامَّةَ الدَّالَّةَ عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ يَنْصَرَفُ إِلَى الْبَيْعِ اللَّفْظِيِّ وَلَا تَشْمَلُ التَّعَاطِي الْمَجْرَدَ عَنْهُ لِعَدَمِ كَوْنِهِ مُتَعَارَفًا.

(١) رَاجِعِ الْوَسَائِلَ، ج ١٢، ص ١١٤ مَا يَكْتَسِبُ بِهِ، الرُّوَايَاتُ الْوَارِدَةُ فِي بَيْعِ الْمَصْحَفِ، وَ ص ٣٧٥ أَحْكَامُ الْعُقُودِ، رَوَايَاتُ بَيْعِ مَا لَيْسَ عَنْده وَ ص ٣٨٥ رَوَايَاتُ الْبَيْعِ بِالسَّوْمَةِ.

(٢) رَاجِعِ الْوَسَائِلَ، ج ١٢، ص ٢٧٢، ح ١، رَوَايَةُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَ ص ٣٩٤، ح ٢ رَوَايَةُ إِسْحَاقَ الْمَدَائِنِيِّ.

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الإكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع، بمجرّد التراضي؛ نعم، ربّما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدّى هذا المعنى بالفارسيّة.

نعم، يكتفون بالتعاطي في المحقّرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين.

نعم، الإكتفاء في اللزوم «باللزوم - خ د» بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد؛ للسيرة

(بل يمكن دعوى السيرة) بين المسلمين أو المتشرعين كما هو المتعارف اليوم (على عدم الإكتفاء في البيوع الخطيرة) الثمينة (التي يراد بها عدم الرجوع، بمجرّد التراضي) كالدار، و العقار، و الجواهرات و السيّارات و امثال ذلك، بل لا يكتفون بالألفاظ أيضاً فيكتبون بينهم كتاباً = فاتورة البيع، (نعم، ربّما يكتفون بالمصافقة) بالأيدي، (فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدّى هذا المعنى بالفارسيّة)؛ مثل: خيرش را ببيني يا در اين خانه حجّ بروى، بجهها را عروسى كنى، أو بلغات أخرى.

(نعم، يكتفون بـ) مجرّد (التعاطي) بدون اللفظ (في المحقّرات) الرخيصة كالمأكولات و المشروبات مثل الفواكه، و عصيرها، و البقول و أشباه ذلك، (و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع) و الفسخ (فيها) فيقبلون الإقالة بلا نزاع و تشاجر، (بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين) و يؤبّخونه بذلك.

(نعم، الإكتفاء في) القول (في اللزوم «باللزوم - خ د» بمطلق الإنشاء القولي) و إن كان بغير إيجاب و قبول (غير بعيد) و ذلك (للسيرة) المستمرة الجارية

و لغير واحدٍ من الأخبار، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.
 بقي الكلام في الخبر الذي تُمسك به في باب المعاطاة، تارةً على عدم
 إفادة المعاطاة إباحة التصرف، و أخرى على عدم إفادتها اللزوم؛ جمعاً بينه و
 بين ما دلّ على صحة مطلق البيع - كما صنعه في الرياض - و هو قوله عليه السلام :
 «إِنَّمَا يُحْلَلُ الْكَلَامُ وَ يُحْرَمُ الْكَلَامُ».

و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه
 ثقة الإسلام في باب «بيع ما ليس عنده».

بين المسلمين بل غيرهم أيضاً، (و لغير واحدٍ من الأخبار)^(١) (كما سيجيء
 إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة) ص ٢٥٥.

(بقي الكلام في الخبر الذي تُمسك به في باب المعاطاة، تارةً على عدم
 إفادة المعاطاة) شيئاً حتى (إباحة التصرف) فيكون بيعاً فاسداً، (و أخرى على عدم
 إفادتها اللزوم) لا أصل صحتها، و إفادتها الملك الجائز (جمعاً بينه) أي بين هذا الخبر
 (و بين ما دلّ على صحة مطلق البيع) و إن كان بيعاً عرفياً، من الآيات و الروايات
 المتقدمة ص ٨١ (كما صنعه) السيّد علي الطباطبائي (في الرياض) ج ١ ص ٥١١ و
 نقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٧، (و هو قوله) أي الإمام
 الصادق عليه السلام : «إِنَّمَا يُحْلَلُ الْكَلَامُ وَ يُحْرَمُ الْكَلَامُ»، و في بعض النسخ زيادة «الخبر» و
 هو سهو لأنّ ذيل الخبر المذكور بتمامه.

(و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه
 ثقة الإسلام) الكليني في الكافي ج ٥ ص ٢٠١ في باب «بيع ما ليس عنده».

(١) راجع الوسائل، ج ١٢، ص ١١٤ و ص ٣٧٥ و ص ٣٨٥ و ج ١٤، ص ١٩٦، عقد النكاح.

و الشيخ في باب «النقد و النسيئة» عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج - أو ابن نجيج - قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرَّجُلُ يَجِئُنِي و يقول: إشتري لي هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس، إنما يحلّل الكلام و يحرم الكلام».

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام: «إنما يحلّل... الخ»، كلّها تدلّ على أنّه لا بأس بهذه المواعدة و المقابلة ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.

(و الشيخ) الطوسي في التهذيب ج ٧ ص ٦٠ (في باب «النقد و النسيئة» عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج) كما في التهذيب، (أو) خالد (ابن نجيج) كما في الكافي و كلاهما لم يوثقا (- قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرَّجُلُ يَجِئُنِي و يقول: إشتري لي هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس، إنما يحلّل الكلام و يحرم الكلام) ^(١).

(و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام: «إنما يحلّل... الخ»، كلّها تدلّ على أنّه لا بأس بهذه المواعدة و المقابلة ما لم يوجب صيغة (بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه) و مالكة بل كان مجرد مواعدة فقط، منها صحيحة ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس بأن تبيع الرجل، المتاع - الذي - ليس عندك تساومه، ثمّ تشتري له نحو الذي طلب، ثمّ توجهه على نفسك، ثمّ تبيعه منه بعد» ^(٢).

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٧٦، احكام العقود، ح ٤.

(٢) المصدر المتقدم، ح ١.

و نقول: إنّ هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتل وجوهاً:

الأول: أن يراد من «الكلام» في المقامين اللَّفْظ الدالّ على التحليل و التحريم، بمعنى أنّ تحريم شيءٍ و تحليله لا يكون إلا بالنطق بهما، فلا يتحقّق بالقصد المجرّد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

الثاني: أن يراد بـ «الكلام» اللَّفْظ مع مضمونه، كما في قولك: «هذا الكلام

(و نقول) في بيان الرواية (: إنّ) معنى (هذه الفقرة - مع) النظر إلى صدر الرواية لا يحتمل إلاّ وجهاً واحداً و هو جواز مجرّد المواعدة و المقابلة، و حرمة إنشاء البيع قبل شراء المتاع من مالكة، و قد ذكره الشيخ رحمه الله رابع الإحتمالات و أمّا مع (قطع النظر عن صدر الرواية) فـ (- تحتل وجوهاً).

(الأول: أن يراد من «الكلام» في المقامين اللَّفْظ الدالّ على التحليل و التحريم، بمعنى أنّ تحريم شيءٍ و تحليله) الّذي كان قبل النطق حلالاً كالزوجة الدائمة أو قبل النطق حراماً كالأجنبية الخلّة (لا يكون إلا بالنطق بهما) من إجراء صيغة الطلاق مع الشرائط، أو الظهار مثلاً في المثال الأوّل، و إجراء صيغة النكاح في المثال الثاني (فلا يتحقّق) كلّ منهما (بالقصد) و عقد القلب بالنّيّة (المجرّد عن الكلام) و مثال ذلك النذر، فإنّ وجوب الوفاء به منوط بالنطق بصيغته أعني «لله عليّ» و لا يكفي مجرّد النّيّة الّذي هو المعمول عند العوام على المشهور، (و) كذلك لا يتحقّق التحليل و (لا) التحريم (بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال) كالتعاطي في البيع فيما نحن فيه.

(الثاني: أن يراد بـ «الكلام» اللَّفْظ) المخصوص الوارد عن طريق الشرع (مع مضمونه، كما في) قول ابن مالك: «كلامنا لفظٌ مفيد كاستقم» و في (قولك: «هذا الكلام

صحيح» أو «فاسد»، لا مجرّد اللَّفْظ - أعني الصوت - و يكون المراد: أَنَّ المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي جَلًّا و حرمةً باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام، مثلاً: المقصود الواحد، و هو التسليط على البُضْع مدّةً معيّنة، يُتأتّى بقولها: «مَلَكْتُكَ بُضْعِي» أو «سَلَطْتُكَ عَلَيْهِ» أو «أَجَرْتُكَ نَفْسِي» أو «أَحْلَلْتُهَا لَكَ»، و بقولها: مَتَّعْتُكَ نَفْسِي بكذا؛ فما عدا الأخير موجبٌ لتحريمه، و الأخير مُحلّلٌ، و على هذا «و بهذا - خ د» المعنى ورد قوله ﷺ: «إِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامَ» في عدّة من روايات المزارعة.

صحيح» أو «فاسد»، لا مجرّد اللَّفْظ) على الإطلاق (- أعني الصوت -) (و) عليه (يكون المراد) من كون الكلام محللاً أو محرّماً (أَنَّ المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي جَلًّا و حرمةً باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام) كما يقال: إِنَّ «إِجْلِسَ» و «تَفَضَّلْ» و «بَتَمَرْغَ» بالفارسيّة تؤدّي معنًى واحداً لكن مع مضامين مختلفة، (مثلاً: المقصود الواحد، و هو التسليط على البُضْع) لامرأة معلومة (مدّةً معيّنة، يُتأتّى بقولها: «مَلَكْتُكَ بُضْعِي») أو «بَعْتُكَ إِيَّاهُ بِمَبْلَغٍ كَذَا» (أو «سَلَطْتُكَ عَلَيْهِ») بألف دولار مثلاً (أو «أَجَرْتُكَ نَفْسِي») في المدّة المعلومة بالمبلغ المعلوم، (أو «أَحْلَلْتُهَا لَكَ»، و) كذلك يُتأتّى (بقولها: مَتَّعْتُكَ نَفْسِي بكذا) و في بعض النسخ «مَتَّعْتُ» في المدّة المعلومة (فما عدا الأخير) من الصّيغ المذكورة (موجبٌ لتحريمه) بمعنى عدم تأثيرها في حليّة البُضْع شرعاً فتبقى على الحرمة الثابتة قبل هذه التّعابير، (و) هذا بخلاف التعبير (الأخير) أعني «مَتَّعْتُكَ نَفْسِي» فإنّه (مُحَلِّلٌ) شرعاً، (و على هذا «و بهذا - خ د» المعنى) الثاني أعني اختلاف حكم الحِلِّ و الحرمة باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام (ورد قوله) أي الإمام الصادق (ﷺ): «إِنَّمَا يُحَرِّمُ الْكَلَامَ» مجرّداً عن «و يحلّل الكلام» (في عدّة من روايات المزارعة).

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، قال: «لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، و لا يسمي بذراً و لا بقرأ؛ فإنما يحرم الكلام».

الثالث: أن يراد بـ «الكلام» في الفقرتين الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه باعتبار وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه محرماً.

(منها: ما في التهذيب) ج ٧ ص ٢٣١ (عن الحسن (بن محبوب، عن خالد بن جرير) - عبارة «عن خالد بن جرير في المصدر و بعض النسخ - (عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبدالله عليه السلام : أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط) الزارع (عليه ثلثاً) من الزراعة (للبذر، و ثلثاً للبقر) يعني و الثلث الآخر لهما الزارع و مالك الأرض، (قال) عليه السلام (: «لا ينبغي أن يسمي بذراً و لا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا) أي سهماً مشاعاً، (نصف أو ثلث أو ما كان من شرط) أي مقداراً معيَّناً من الوزن كماً كيلو مثلاً، (و لا يسمي بذراً و لا بقرأ؛ فإنما يحرم الكلام»^(١) و بمضمونها صحيحنا الحلبي، و سليمان بن خالد عنه عليه السلام^(٢).

(الثالث: أن يراد بـ «الكلام») المحلل و المحرم (في الفقرتين) هو (الكلام الواحد) مع اتحاد مضمونه أيضاً، (و) لكن (يكون تحليله و تحريمه باعتبار وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه محرماً) كما في صيغة عقد النكاح،

(١) الوسائل، ج ١٣، ص ٢٠١ المزراعة و المساواة، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج ١٣، ص ١٩٩، ح ٤ و ٦.

أو بالعكس، أو باعتبار محله، و غير محله، فيحلّ في محله و يُحرّم في غيره: و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

الرابع: أن يراد من الكلام المحلّ خصوص المقاوله و المواعده، و من الكلام المحرّم إيجابُ البيع و إيقاعه.

ثمّ إنّ الظاهر عدم إرادة المعنى الأوّل؛ لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثر - حيث إنّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ -

(أو بالعكس) فيكون عدمه محللاً و وجوده محرّماً كصيغة الطلاق، (أو باعتبار محله، و غير محله، فيحلّ في محله و يُحرّم في غيره) كوقوع الإيجاب قبل القبول فإنّه محلّل في العقود، و أمّا وقوعه بعد القبول محرّم عند المشهور، (و يحتمل هذا الوجه) الثالث في (الروايات الواردة في المزارعة) فيقال إنّ وجود تعيين سهم مشاع لصاحب الأرض من الثلث و الربع مثلاً محلّل و عدمه محرّم.

(الرابع: أن يراد من الكلام المحلّ) بقريئة صدر الرواية أعني بيع ما ليس عنده (خصوص المقاوله) للبيع (و المواعده) فإنّه حلال مع من يريد شراء متاع غير موجود عند البائع، (و من الكلام المحرّم إيجابُ) ذلك (البيع و إيقاعه) مع المشتري، و قد تقدّم بيانه قبل بيان الإحتمالات للرواية.

(ثمّ إنّ) هذه الإحتمالات للرواية، في مقام الثبوت و الواقع، و أمّا مقام الإثبات فـ (الظاهر عدم إرادة المعنى الأوّل) منها، و هو أنّ التحليل و التحريم إنّما يكون بالنطق بهما، و ذلك (لأنّه مع لزوم تخصيص الأكثر) على هذا الإحتمال (حيث إنّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم) لجميع الأشياء (في الشريعة في اللفظ) فقط، و ليس الأمر كذلك إذ في الشريعة المقدّسة موارد كثيرة تكون الحليّة و الحرمة فيها غير مستندة إلى النطق كالهديّة، و الضيافة، و الأكل من البيوت الثمانية، و الإرث، و التصرف

يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأنّ ظاهر الحكم - كما يستفاد من عدّة روايات أخر - تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكه، ولا دخل لاشتراط النطق في التحليل والتحرير في هذا الحكم أصلاً، فكيف يُعلّل به؟.

في مال الغير بشاهد الحال و حيازة المباحات بقصد التملّك، و ذهاب الثلثين في العصير المغلي، و تذكية الحيوانات المأكولة، و اخراج السمك من الماء حيّاً، إلى غير ذلك، وهكذا في جانب الحرمة لأنّ كثيراً من المحرّمات غير مستندة إلى الكلام و النطق مثل وطئ الأمّ بالنسبة إلى حرمة البنت، و جَلّ الحيوان المأكول، و وطئ الإنسان له، و انقلاب الخلّ خمرًا، و غليان العصير العنبي، و الزنا بذات البعل أو في العدّة و إيقاب الغلام باللواط بالنسبة إلى حرمة اخته و أمّه و بنته و غير ذلك ممّا شاء الشيطان.

مع أنّ هذا الاحتمال (يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر) بقوله ﷺ: «لا بأس» (جواباً عن السؤال) عن مجرّد المقابلة و المواعدة لما ليس عنده (مع كونه كالتعليل له) أي للحكم، (لأنّ ظاهر الحكم - كما يستفاد من عدّة روايات أخر -) ^(١) (تخصيص الجواز) المستفاد من قوله ﷺ: «لا بأس» (بما إذا لم يوجب البيع على الرجل) المشتري (قبل شراء المتاع من مالكه، و) الحال أنّه (لا دخل لاشتراط النطق) و الكلام (في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يُعلّل) مشروعيّة المقابلة بين الدّلال و المشتري (به) أي بالنطق و الكلام في قوله ﷺ: «إنّما يحلّل ... الخ».

(١) راجع الوسائل، ج ١٢، ص ٣٧٠، ح ٤ و ص ٣٧٤، ح ٣، و ص ٣٧٨ ح ١١ و ١٢ و ١٣، أحكام العقود..

و كذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلبٌ واحد حتى يكون تأديته بمضمونٍ محلَّل، و بآخر محرَّمًا.

فتعيَّن المعنى الثالث، و هو: أنَّ الكلام الدالَّ على الإلتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريدها الرجل؛ لأنَّه بيع ما ليس عنده، و لا يحلَّل إلا عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة، و هو غير مؤثِّر.

فحاصل الرواية: أنَّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصِرٌ في الكلام عدماً و وجوداً.

(و كذا) الحال في (المعنى الثاني) فإنَّه لا يلانم صدر الرواية؛ إذ الظاهر عدم إمكان إرادته (إذ ليس هنا) أي في مورد الرواية (مطلبٌ واحد حتى) يؤدَّى بتعابير متفاوتة (يكون تأديته بمضمونٍ محلَّل، و بآخر محرَّمًا) مثل ما تقدَّم من حليَّة البضع، حيث إنَّ تأديته بالنكاح و الزواج محلَّل، و بالبيع و الإجارة محرَّم، بل مورد السؤال و الجواب موضوع واحد و هو وقوع بيع المتاع و هو الثوب و إيجابه قبل كون البائع مالكاً له.

و على ما ذكرنا (فتعيَّن المعنى الثالث، و هو: أنَّ الكلام الدالَّ على الإلتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريدها الرجل) المشتري، من المالك الأصلي، (لأنَّه بيع ما ليس عنده، و لا يحلَّل إلا عدمه) أي عدم الإلتزام بالبيع بإيجابه مع المشتري؛ (إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد) و المذاكرة = بناگذاری و يسمَّى بالفارسية به: «قولنامه» (بالمبايعة، و هو غير مؤثِّر) في بطلان البيع الذي سيحصل بعد الشراء من المالك.

(فحاصل الرواية) التي رواها خالد بن الحجاج أو ابن نجيب (أنَّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصِرٌ في الكلام عدماً و وجوداً) - لفَّ و نشر

أو المعنى الرابع، و هو: أَنَّ المقابلة و المراضاة مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محللٌ للمعاملة، و إيجاب البيع معه محرّمٌ لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطاة.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر - بعد ما عرفت من أَنَّ المراد بـ «الكلام» هو إيجاب البيع -

مرتّب - أي عدماً في التحليل و وجوداً في التحريم، فالمراد من الكلام هو الالتزام بالبيع بإجراء الإيجاب و القبول.

(أو) تعيّن (المعنى الرابع) للرواية، (و هو: أَنَّ المقابلة و المراضاة مع المشتري الثاني) الذي يأمر الدّلال بشراء المتاع من مالكه و هو الثوب في الرواية (قبل اشتراء) الدّلال (العين محللٌ للمعاملة) فالمشتري الأوّل من المالك هو الدّلال و يعبر عنه عند العرف بالسّمسار، (و) لكن (إيجاب البيع معه) أي مع المشتري الثاني (محرّمٌ لها) لأنّه يبيع ما لا يملك.

(و على كلا المعنيين) الثالث أو الرابع (يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام) و إجراء الإيجاب و القبول اللفظيين (في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطاة) فيتمسك حينئذٍ بعمومات الآيات من أوفوا بالعقود، و أحلّ الله البيع، و غيرها لإثبات صحتها.

(نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام) و القول (في إيجاب البيع) من الرواية، و عدم الاكتفاء بالفعل من التعاطي و المنابذة و الكتابة و الإشارة (بوجه آخر - بعد ما عرفت من أَنَّ المراد بـ «الكلام» هو إيجاب البيع) عند بيان المعنى الثالث و الرابع

بأن يقال: إنَّ حصر المحلِّ و المحرَّم في الكلام لايتأتى إلاَّ مع انحصار إيجاب البيع في الكلام؛ إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلِّ و المحرَّم في الكلام. إلاَّ أن يقال: إنَّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد؛ إذ المفروض أنَّ المبيع عند مالكة الأول؛ فتأمل.

و كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعارٍ أو ظهور؛ كما يشعر به

- وعرفت أنَّ عدمه محرَّم و وجوده محلِّل، (بأن يقال: إنَّ حصر المحلِّ و المحرَّم في الكلام) لا يحصل و (لايتأتى إلاَّ مع انحصار إيجاب البيع في الكلام) و القول (إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلِّ و المحرَّم في الكلام) فحيث أنَّ المعاطاة فاقدة للكلام من الإيجاب و القبول فهي فاسدة و غير مؤثرة في النقل و الإنتقال.

(إلاَّ أن يقال: إنَّ وجه انحصار) اعتبار (إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية) - و هو بيع ما ليس عنده - (هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد؛ إذ المفروض أنَّ المبيع) و هو الثوب (عند مالكة الأول)، و أمَّا في الموارد التي يمكن البيع بالمعاطاة بالإعطاء و الأخذ لوجود المبيع في يد البائع و الثمن في يد المشتري، فلا تدلُّ الرواية على اعتبار الكلام هناك في التحليل و التحريم بل يمكن إنشاء البيع بالعمل أعني نفس التعاطي، (فتأمل) لعلَّه إشارة إلى أنَّ قول المشتري للدلال - في رواية خالد - إشتري لي هذا الثوب، يدلُّ على أنَّ الثوب أي المبيع في يد الدلال فيمكن المعاطاة فيه فضوليًّا، على أنَّه يمكن تحقُّق المعاطاة بإعطاء الثمن من المشتري و أخذ الدلال إيَّاه على ما يأتي تفصيله ص ١٦٠ في التنبيه الثاني إن شاء الله.

(و كيف كان) سواء تمَّ هذا التوجيه أم لا (فلا تخلو الرواية عن إشعارٍ أو ظهور) في اعتبار الكلام و القول في التحليل (كما يُشعر به) أي باعتبار الكلام

قوله عليه السلام في رواية أخرى واردة في هذا الحكم أيضاً، وهي رواية يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: إشتري هذا الثوب، أو هذه الدابة، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا؟ قال: لا بأس بذلك، إشتريها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها: فإنّ الظاهر أنّ المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري.

و يُشعر به أيضاً رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد

(قوله) أي الإمام الصادق عليه السلام في رواية أخرى واردة في نفس (هذا الحكم أيضاً) أي بيع ما ليس عنده مثل رواية خالد بن الحجاج أو ابن نجيع، (وهي رواية يحيى بن الحجاج) وهو ثقة، وأخو خالد الراوي للخبر الأول (عن أبي عبد الله عليه السلام): عن رجل قال لي: إشتري هذا الثوب، أو هذه الدابة، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا؟ (من المال) قال: لا بأس بذلك، إشتريها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها) من مالها، (أو تشتريها)^(١) ولعلّ الفرق بينهما أنّ الأول مجرد إجراء الإيجاب والقبول والثاني أخذ الدابة منه، والوجه في الإشعار بالحكم (فإنّ الظاهر) منها (أنّ المراد من مواجهة البيع) المنهي عنه قبل الشراء من المالك الأصلي (ليس مجرد إعطاء العين للمشتري) الذي هو تصرف في مال الغير، بل المراد النهي عن إنشاء البيع بالإيجاب من الدلال قبل أن يشتري الثوب أو الدابة من مالكة.

كما (و يُشعر به أيضاً) أي باعتبار الكلام في إيجاب البيع (رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٧٨، ح ١٣، العقود.

أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، أو «ده يازده؟ فقال: لا بأس، إنما هذه «المراوضة»، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة؛ فإن ظاهره - على ما فهمه بعض الشراح - : أنه لا يكره ذلك في المقابلة التي قبل العقد، وإنما يكره حين العقد.

و في صحيحة ابن سنان: «أنه لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه، ثم تشتري له نحو الذي طلب،

أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، أو «ده يازده؟ كذا في المصدر و بعض النسخ، (فقال: لا بأس، إنما هذه «المراوضة») أي التراضي على أمر، (فإذا جمع البيع) أي عزم عليه بجمع رأس المال والربح (جعل جملة واحدة)^(١)؛ فيقول أبيعك بكذا من المقدار، (فإن ظاهره - على ما فهمه بعض الشراح) وهو المحدث الفيض الكاشاني رحمه الله في الوافي ج ١٨ ص ٦٩٣؛ وجدنا الأ مجد المحدث السيّد نعمت الله الجزائري رحمه الله في شرح التهذيب المخطوط، (أنه لا يكره ذلك) أي نسبة مقدار الربح إلى رأس المال في قوله: «بده دوازده» (في المقابلة التي) تجري بين الدّلال والمشتري (قبل العقد، و إنما يكره حين العقد) فالسؤال والجواب في الرواية إنما هو عن حكم نسبة الربح - في العقد وقبله - إلى رأس المال، وكأنه يظهر من هذا أن اعتبار اللفظ في إنشاء البيع أمر مفروغ عنه عند السائل.

(و) بهذا المضمون ورد (في صحيحة) عبدالله (ابن سنان) عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «أنه لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع الذي ليس عندك ولكن (تساومه) في المقدمات، (ثم تشتري له نحو الذي طلب) المشتري منك، من المالك الواجد لذلك

ثُمَّ تَوَجَّهَ عَلَى نَفْسِكَ، ثُمَّ تَبِعَهُ مِنْهُ بَعْدُ».

وَيَنْبَغِي التَّنْبِيهِ عَلَى أُمُور:

الأول: الظاهر أنَّ المعاطاة قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيعٌ، بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد: أَنَّهُ مِمَّا لَا كَلَامَ فِيهِ حَتَّى عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِكُونِهَا فَاسِدَةً، كَالْعَلَامَةِ فِي النِّهَايَةِ، وَدَلٌّ عَلَى ذَلِكَ

المتاع (ثُمَّ تَوَجَّهَ عَلَى نَفْسِكَ، ثُمَّ تَبِعَهُ مِنْهُ بَعْدُ)^(١)، فَإِنَّ قَوْلَهُ: «تَوَجَّهَ عَلَى نَفْسِكَ» ظَاهِرٌ فِي إِجْرَاءِ إِنْشَاءِ الْبَيْعِ بَيْنَ الْمَالِكِ الْأَصْلِيِّ وَالْذَّلَّالِ، ثُمَّ يَبِيعُهُ ثَانِيًا لِلرَّجُلِ. **(وَيَنْبَغِي التَّنْبِيهِ عَلَى أُمُور)** إِسْتِصْخَاءً لَجَمِيعِ جِهَاتِ الْبَحْثِ فِي الْمِعَاطَاةِ، بَعْدَ أَنْ اسْتَظْهَرْنَا أَنَّهَا كَالْبَيْعِ بِالصِّيغَةِ مُفِيدَةٌ لِلْمَلِكِ الْإِلَازِمِ، خِلَافًا لِلْقَوْلِ بِإِفَادَتِهَا الْإِبَاحَةَ تَعْبُدًا، وَ الْقَوْلِ بِإِفَادَتِهَا لِلْمَلِكِ الْجَائِزِ الْمَتَزَلِّزِ.

(الأول) أَنَّهُ هَلْ يَعْتَبَرُ شَرْعًا فِي الْبَيْعِ الْمِعَاطَاتِي مِنَ الشُّرُوطِ مَا يَعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ بِالصِّيغَةِ أَمْ لَا **(الظاهر أَنَّ الْمِعَاطَاةَ)** تَجْرِي فِيهَا شُرَاطُ الْبَيْعِ بِالصِّيغَةِ وَأَحْكَامُهَا، كَالْخِيَارَاتِ، وَ حُرْمَةُ الرِّبَا بِزِيَادَةِ أَحَدِ الْمَالِينَ فِي الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ وَغَيْرِهِمَا **(قَبْلَ اللِّزُومِ - عَلَى الْقَوْلِ بِإِفَادَتِهَا الْمَلِكِ -)** وَ ذَلِكَ لِأَنَّهَا **(بَيْعٌ)** شَرْعِيٌّ، وَ لَيْسَتْ مِعَاطَاةً مُسْتَقَلَّةً، خِلَافًا لِمَا نَسَبَهُ السَّيِّدُ الْعَامِلِيُّ فِي مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ ج ٤ ص ١٥٨ إِلَى ظَاهِرِ كَلِمَاتِ الْأَصْحَابِ، وَ لِمَا فِي حَوَاشِي الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ عَلَى الْقَوَاعِدِ كَمَا سَيَجِيءُ ص ١٥٧ وَ فِي الْأَمْرِ السَّابِقِ ٢٢٧، **(بَلِ الظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِ الْمُحَقِّقِ الثَّانِي) الْكُرْكِيُّ (فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ) ج ٤ ص ٥٨ الْمُتَقَدِّمُ ص ٦٦ مِنْ شَرْحِنَا (أَنَّهُ مِمَّا لَا كَلَامَ فِيهِ حَتَّى عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِكُونِهَا فَاسِدَةً) وَ بَاطِلَةٌ وَ لَا تَفِيدُ شَيْئًا، (كَالْعَلَامَةِ فِي النِّهَايَةِ) ج ٢ ص ٤٤٩ (وَ دَلٌّ عَلَى ذَلِكَ)**

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٧٥، أحكام العقود.

تمسكهم له بقوله تعالى: ﴿ وَ أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾.

و أما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر: أنها «أنه - خ د» بيع عرفي لم يؤثر شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم و معاهد إجماعاتهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادةً على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً: من أنَّ مقصود المتعاطيين في المعاطاة، التملك «خ د» و البيع، و أما على ما احتمله بعضهم - بل استظهره -

أي كونها بيعاً (تمسكهم له بقوله تعالى: ﴿ وَ أَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾) فإنهم متسامون على الصغرى و على كونها بيعاً عرفاً فتشمّلها الآية الشريفة فتكون بيعاً شرعاً كما تقدّم في كلام الشيخ رحمه الله ص ٨٢ في الاستدلال على إفادتها الملك، بقوله: «وَأَمَّا منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة».

هذا كله على القول بإفادتها الملك، (و أما على القول بإفادتها للإباحة) مع قصد المتعاطيين التملك كما عليه المتقدمون، (فالظاهر: أنها) أي المعاطاة، و في بعض النسخ «أنه»، باعتبار الخبر (بيع عرفي) أيضاً لكنه (لم يؤثر شرعاً إلا الإباحة) تعبدًا، (فنفي البيع عنها في كلامهم) كما تقدّم ص ٥٣ عن الخلاف و السرائر و الغنية عند نقل عباراتهم (و معاهد إجماعاتهم) ليس هو نفي البيع عرفاً بل مرادهم: (هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادةً على الملك) فمقصودهم هو نفي الملك فضلاً عن نفي اللزوم، و إثبات القول بالإباحة المجردة تعبدًا.

(هذا على ما اخترناه سابقاً) ص ٦٩ (من أنَّ مقصود المتعاطيين في المعاطاة) هو (التملك «خ د» و البيع) بقولنا: «وَالَّذِي يَقْوَى فِي النَّفْسِ، إِبْقَاءَ ظَوَاهِرِ كَلِمَاتِهِمْ عَلَى حَالِهَا - مِنْ إِرَادَتِهِمْ الْإِبَاحَةَ الْمَجْرُودَةَ - مَعَ فَرْضِ قَصْدِ الْمُتَعَاتِلِينَ التَّمْلِكِ.

من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً، ولا شرعاً.

و على هذا فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرطٍ فيها من الرجوع إلى الأدلّة الدالة على صحّة هذه الإباحة العوضيّة من خصوص أو عموم، و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيّته بعموم «النّاس مسلّطون على أموالهم»،

(و أمّا على ما احتمله بعضهم - بل استظهره -) و هو صاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢٢٤ كما تقدّم كلامه ص ٥١ (من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصدا) أي المتعاطيان (مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً، ولا شرعاً) و ذلك لأنّ تحقّق البيع متقوم بقصد المبادلة بين المالين و التمليك و التملك من الطرفين، و لا معنى للبيع إلّا تحقّق ذلك فلو لم يقصدا هذا المعنى فعدم البيع سالبه بانتفاء موضوعه.

(و على هذا) أي فرض محلّ الكلام هو المعاطاة المقصود بها الإباحة، (فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرطٍ فيها من الرجوع إلى الأدلّة الدالة على) مشروعيّة (صحّة هذه الإباحة العوضيّة من خصوص) كالسيرة المستمرة بين المسلمين (المتشرّعة، (أو عموم) كحديث سلطنة الناس على أموالهم، و حديث عدم حليّة مال الغير إلّا بطيب نفسه، و عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ كما استدلّ بهذه الأمور في الجواهر ج ٢٢ ص ٢١٨، (و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيّته بعموم) قوله ﷺ: «النّاس مسلّطون على أموالهم»^(١)،

(١) بحار الانوار، ج ٢، ص ٢٧٢؛ عوالى الثّالثي، ج ١، ص ٢٢٢، ح ٩٩.

كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته.

كما أنه لو تَمَسَّك لها بالسيرة، كان مقتضى القاعدة العكس.

و الحاصل: أَنَّ المرجَّح - على هذا - عند الشك في شروطها، هي أدلة هذه

المعاملة، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

و أمَّا على المختار: من أَنَّ الكلام فيما قُصد به البيع، فهل يُشترط فيه

شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يُبْتَنَى

(كان مقتضى) إطلاق هذه (القاعدة) والأصل اللفظي (هو نفي شرطية غير ما ثبت

شرطيته) و ذلك لدلالته على مشروعية جميع التصرفات في المال كمّاً وكيفاً وبأيّ

سبب من الأسباب إلّا ما خرج بالدليل كالربا في العوضين، فإذا شكّ في اعتبار تقديم

إعطاء المثلن على الثمن فمقتضى الإطلاق المذكور في الحديث هو عدم اعتباره.

(كما أنه لو تَمَسَّك لها) أي للمعاطاة المقصود بها الإباحة (بالسيرة، كان

مقتضى القاعدة العكس) و هو اعتبار كلّ شرط شكّ في اعتباره في حصول الإباحة،

لأنّ السيرة دليل بُني لا بدّ من الإقتصار به على ما هو المتيقّن من حصول الإباحة به شرعاً

و هو الجامع لشرائط البيع وغيره وإن قصد المتعاطيان الإباحة، فمع الشكّ في اعتبار

تقديم إعطاء المثلن على الثمن لا بدّ من اعتباره.

(و الحاصل: أَنَّ المرجَّح - على هذا -) أي مع قصد الإباحة من الطرفين (عند

الشكّ في شروطها، هي أدلة هذه المعاملة) المستقلّة، (سواء اعتبرت) تلك

الشروط (في البيع أم لا).

(و أمَّا على المختار: من أَنَّ الكلام فيما قُصد به البيع) و التملك من

المتعاطيين (فهل يُشترط فيه شروط البيع مطلقاً) أي حتّى وإن قلنا بحصول

الإباحة في الخارج تعبدًا دون الملك، (أم لا كذلك) أي مطلقاً أيضاً، (أم يُبْتَنَى) اعتبار

على القول بإفادتها للملك، و القول بعدم إفادتها إلا الإباحة؟ وجوه:

يشهد للأول: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

و يؤيده: أنّ محلّ النزاع بين العامة و الخاصة في المعاطاة هو: أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشروط، أم لا؟ - كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامة و الخاصة - فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع، خارجٌ عن هذا العنوان

الشروط (على القول بإفادتها للملك) كما اختاره المحقق الكركي وقوّيانه (و) على القول بعدم إفادتها إلا الإباحة؟ وجوه) ثلاثة:

(يشهد للأول: أي اعتبار الشروط (كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع) لأنّها من مصاديقه، فيعتبر معلوميّة العوضين، والقدرة على التسليم للمثمن و الثمن، و تساويهما في المكيل و الموزون في الجنس الواحد، و القبض في المجلس في بيع الصرف و غير ذلك من الشروط.

(و يؤيده) أي اعتبار الشروط (: أنّ محلّ النزاع بين) علماء (العامة و الخاصة في المعاطاة هو: أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشروط، أم لا؟ كما يفصح عنه) أي عن أنّ محلّ النزاع في المعاطاة هو اعتبار الصيغة و عدمها (عنوان المسألة في كتب كثير من) علماء (العامة و الخاصة) مثل قولهم: هل يعتبر العقد اللفظي في البيع؟ أو قولهم: هل الإيجاب و القبول اللفظيين من جملة شرائط ألبيع أم لا؟ (فما انتفى فيه) شرط (غير الصيغة من شروط البيع) القول كالعالم بالعوضين، أو القدرة على التسليم من أحد الطرفين (خارجٌ عن هذا العنوان) لاتّفاق الفريقين على اعتبار شروط البيع بالصيغة في المعاطاة، فالفارق بينهما إنّما هو وجود

و إن فرض مشاركاً له في الحكم؛ و لذا ادّعى في الحقائق: أنَّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة: صحّة المعاطاة المذكورة إذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنّها تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض.

و مقابل المشهور في كلامه، قول العلامة رحمته الله في النهاية بفساد المعاطاة - كما صرّح به بعد ذلك - فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

الصيغة في الأوّل و عدمه في الثاني، (و إن فرض) عند بعض أنّ تلك المعاطاة الفاقدة لبعض الشروط (مشاركاً له) أي للبيع المعاطاتي المستجمع للشروط (في الحكم) من إفادتها الملك أو الإباحة المجردة تبعداً، (و لذا) أي و لأجل اعتبار وجود جميع الشروط للبيع بالصيغة، في المعاطاة، (ادّعى) المحدث البحراني (في الحقائق) ج ١٨ ص ٣٥٦ (: أنَّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة) و عدم إفادتها الملك، وإفادتها الإباحة المجردة إنّما هو (صحّة المعاطاة المذكورة) في صورة واحدة و هي ما (إذا استكملت) جميع (شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنّها تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض).

(و) ليس (مقابل المشهور في كلامه) قول الشيخ المفيد في المقنعة ص ٥٩١ بإفادة المعاطاة الملك اللازم بل في مقابله (قول العلامة رحمته الله في النهاية) ج ٢ ص ٤٤٩ (بفساد المعاطاة) رأساً و عدم إفادتها الإباحة أيضاً (كما صرّح به بعد ذلك) بقوله: «و عن العلامة في النهاية القول بفساد بيع المعاطاة، و أنّه لا يجوز لكلّ منهما التصرّف فيما صار إليه، من حيث الإخلال بالصيغة الخاصة، (فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف) بين الفقهاء (في اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البيع)

و يشهد للثاني: أَنَّ البيع في النَصّ و الفتوى ظاهرٌ فيما يُحكم فيه باللزوم، و ثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و نحوه. أما على القول بالإباحة، فواضح؛ لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع و المتشريعة؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه في مقام، فنحمله على الجري على ما هو بيعٌ باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل في نظرهم، و قد تقدّم سابقاً - في تصحيح دعوى

بأن كان هناك قائل بعدم الإشتراط.

(و يشهد للثاني: و هو عدم اعتبار شروط البيع بالصيغة مطلقاً، في المعاطاة، (أَنَّ البيع في) تعابير إطلاقات (النَصّ و الفتوى ظاهرٌ فيما) - أي في البيع الذي - (يُحكم فيه ب) الملك و اللزوم، و ثبت له الخيار في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) (و نحوه) مثل قولهم: «لابدّ في البيع من العلم بالعوضين»، و قولهم: «لابدّ في البيع من القدرة على التسليم».

و الدليل على عدم الصدق (أما على القول بالإباحة، فواضح؛ لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع و المتشريعة؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع)، و البيع هو مبادلة المالين و نقلهما، (فإذا ثبت) في مورد (إطلاق الشارع عليه) لفظ البيع (في مقامٍ فنحمله على الجري على ما هو بيعٌ باعتقاد العرف) مماشاةً لهم (لاشتماله على النقل في نظرهم)، لأنّهم لا يفرقون بين البيع القولي، و البيع العملي و لا عبرة بنظرهم ما لم يعضد الشارع، فنظر الشارع و المتشريعة بما هم متشريعة يخالف مع نظر العقلاء (و قد تقدّم سابقاً) ص ٨٢ (في تصحيح دعوى

(١) راجع الوسائل، ج ١٢، ص ٣٤٦، أبواب الخيار، ح ١ و ٣ و ٤.

الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً - بيان ذلك.

و أما على القول بالملك، فلأنَّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللّزوم في قولهم: «البيّعان بالخيار»، و قولهم: «إنَّ الأصل في البيع اللّزوم، والخيار إنمّا ثبت لدليل»، و «أنَّ البيع بقول مطلق من العقود اللّازمة»، و قولهم: «البيع هو العقد الدالّ على كذا»، و نحو ذلك.

الإجماع من السيّد أبي المكارم ابن زهرة في الغنية ص ٢١٤ **(على عدم كون المعاطاة بيعاً - بيان ذلك)** من أن المراد عدم كونها بيعاً حقيقياً مؤثراً في النقل و الإنتقال شرعاً الَّذي هو أحد العقود اللازمة.

(و أما على القول بـ) إفادتها (الملك) المتزلزل كما عليه المحقّق الكرّكي، (فلأنَّ المطلق) أي إطلاق لفظ البيع (ينصرف إلى الفرد المحكوم باللّزوم) - مع قطع النظر عن أسباب الخيار - (في قولهم: «البيّعان بالخيار») ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع»^(١) (و) كذلك في (قولهم: «إنَّ الأصل في البيع اللّزوم، والخيار إنمّا ثبت لدليل) خارجي» من شرطه في ضمن العقد، أو بحكم الشارع في بعض الموارد مثل خيار العيب، و ثلاثة الحيوان، و التدليس، و غير ذلك، (و) كذلك في قولهم: (أنَّ البيع - بقول مطلق -) أي كلّ ما يسمّى بيعاً شرعاً (من العقود اللّازمة»، و) كذلك في (قولهم: «البيع هو العقد الدالّ على كذا») مثل مبادلة مالٍ بمالٍ، (و نحو ذلك) من التعابير، و الحاصل أنّه ينصرف لفظ البيع في جميع هذه الموارد إلى البيع العقدي اللازم و لا يشمل المعاطاة.

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شك في أن إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل.

و وجه الثالث: ما تقدم للثاني على القول بالإباحة، من سلب البيع عنه، ولأول على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ و إن لم يكن لازماً.

و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص، فيحمل على البيع

(و بالجملة، ف) يؤيد الثاني أنه (لا يبقى للمتأمل شك في أن إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به) البيع اللازم و هو (ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار) مجعول من المتبايعين (أو بتقاييل) منهما، أو خيار مجعول من قبل الشارع، كالعيب و التدليس و غيرهما.

(و وجه الثالث) - و هو ابتناء اعتبار الشرائط في المعاطاة على القول بإفادتها الملك المتزلزل الجائر، و عدم اعتبارها على القول بالإباحة - (ما تقدم للثاني) من عدم اعتبار الشرائط (على القول بالإباحة، من سلب البيع عنه) أي عن المعاطاة، فلا تشملها الأدلة الدالة على الإعتبار، (و) ما تقدم (لأول) و هو اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً، (على القول بالملك، من صدق البيع عليه) فتشمله «التعاطي» تلك الأدلة، (حينئذٍ) أي حين إفادتها الملك الجائر (و إن لم يكن لازماً).

هذا (و يمكن الفرق بين) نفس الشروط بحسب أدلة اعتبارها من دليل لفظي، أو دليل لبّي، فـ (الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص) كالبلوغ و العقل و الاختيار و كالعلم بالعوضين جنساً و صفراً و قدراً الذي ثبت اعتباره بقوله ﷺ: «قد نهى بيع الغرر»^(١) فإنه دليل لفظي له إطلاق، (فيحمل) بحسب إطلاقه (على البيع

العرفي و إن لم يُفد عند الشارع إلا الإباحة، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً على انصراف «البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

و الإحتمال الأول لا يخلو عن قوّة؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك - كما عرفت من جامع المقاصد - و أمّا على القول بالإباحة؛ فلأنّها لم تثبت إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشروط الآخر أيضاً.

ثمّ إنّه حكى

العرفي) أيضاً (و إن لم يُفد عند الشارع إلا الإباحة) فمثل هذا الشرط لابدّ من اعتباره في المعاطاة، (و بين ما ثبت بالإجماع) الذي هو دليل لبيّ (على اعتباره في البيع بناءً على انصراف) لفظ («البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم) فهو القدر المتيقّن، كاشتراط التنجيز في العقد فهذا الشرط لا يعتبر في المعاطاة لعدم شمول لفظ البيع لها فرضاً، فلا مانع من تعليقها على أمر يتوقّع حصوله كمجيّ زيد من السفر، على ما يجيبه ان شاء الله ص ٣٤٥.

(و الإحتمال الأول) من الاحتمالات الثلاثة المتقدّمة ص ١٤٨ و هو اعتبار جميع الشرائط في المعاطاة سواء أفادت الملك شرعاً أم الإباحة، (لا يخلو عن قوّة؛ لكونها بيعاً ظاهراً) في نظر العرف بناءً (على القول بالملك - كما عرفت من) كلام المحقّق الكركي ص ٦٥ (جامع المقاصد) ج ٤ ص ٥٨، حيث قال: «المعروف بين الاصحاب أنّ المعاطاة بيعٌ و إن لم تكن كالعقد في اللزوم ... الخ - (و أمّا على القول ب-) إفادتها (الإباحة؛ فلأنّها لم تثبت إلا في المعاملة) الجامعة للشرائط كلّها لأنّها القدر المتيقّن من الإجماع، (الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل) الإباحة للصيغة (الفاقدة للشروط الآخر أيضاً).

(ثمّ إنّه) اختلفت الأصحاب في اعتبار شرائط البيع في المعاطاة، فقد (حكى) في

عن الشهيد رحمته الله في حواشيه على القواعد أنه - بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة، و ثمن الهدي إلا بعد تلف العين، - يعني العين الأخرى - ذكر: أنه يجوز أن يكون الثمن و المثل في المعاطاة مجهولين؛ لأنها ليست عقداً، و كذا جهالة الأجل، و أنه لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن؛ انتهى. و حكى عنه في باب الصرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقيدين.

مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨ (عن الشهيد الأول رحمته الله في حواشيه على القواعد) للعلامة، (أنه - بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة، و ثمن الهدي إلا بعد تلف العين - يعني العين الأخرى -) «كما تقدم كلامه ص ٧٢» حيث إنه تصير العين الموجودة حينئذٍ ملكاً لمن في يده فيجوز إخراجها في تلك الأمور، و بالجملة فـ (ذكر) الشهيد (: أنه يجوز أن يكون الثمن و المثل في المعاطاة مجهولين) للبائع و المشتري، من حيث الجنس و الوصف و المقدار، و ذلك (لأنها) «المعاطاة» (ليست عقداً) كالبيع الشرعي، (و كذا جهالة الأجل) و المدة لا يضر في معاطاة السلف و النسيئة، فتفيد الإباحة فيها مع أنها مبطلّة في البيع العقدي (و) ذكر الشهيد أيضاً حكماً ثالثاً و هو (أنه لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها) أي وطئها (قبل تلف الثمن) لأنه لا وطي إلا في ملك و المعاطاة لا تفيد الملك و إن قصده المتعاطيان، نعم بعد تلف الثمن يجوز له ذلك لما تقدّم ص ٥٠ من أن تلف أحد العوضين موجب لملكية العوض الآخر الموجود، لمن كان في يده، (انتهى) كلام الشهيد في حواشيه على القواعد، (و حكى عنه) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٣٩٧ (في باب الصرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقيدين) مع أنه شرط فيهما في البيع العقدي، فيكفي في إباحة التصرف، الإعطاء من طرف واحد، بناءً

أقول: حكمه ﷺ بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريحٌ في عدم إفادتها للملك، إلا أن حكمه ﷺ بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف مُعللاً بأن المعاطاة ليست عقدًا، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك حيث إن المفيد للملك منحصرٌ في العقد، و أن يكون باعتبار عدم اللزوم؛ حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم.

على ما سيجيء ص ١٦١ في التنبيه الثاني من تحقق حكم المعاطاة عند الأصحاب من طرف واحد، وإن كان المتيقن منها هو مورد حصول التعاطي من الطرفين، لأنها من باب المفاعلة.

(أقول) في بيان مسأله الأربع، أما **(حكمه ﷺ بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة) كالخمس و الزكاة، (و)** كذلك حكمه بـ **(عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريحٌ في عدم إفادتها للملك)** إذ لو كانت المعاطاة مفيدةً للملك - ولو كان متزلزلاً - لجاز تلك التصرفات و جاز الوطي، لأن الشرط في جوازها إنما هو مجرّد الملك دون لزومه، أقول: و لا يخفى عليك أنه قد تقدّم ص ٧٧ أنهم التزموا - مع القول بالإباحة - إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك، تبعداً. **(إلا أن حكمه ﷺ بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف مُعللاً بأن المعاطاة ليست عقدًا، يحتمل) أمرين: الأول:** **(أن يكون باعتبار) القول بالإباحة و (عدم الملك) أصلاً؛ (حيث إن المفيد للملك) شرعاً (منحصرٌ في العقد) القول في عدمه لا يكون إلا إباحة شرعية، (و) الإحتمال الثاني لكلام الشهيد (أن يكون باعتبار عدم اللزوم) مع وجود الملك الجائز (حيث إن الشروط المذكورة) المتقدمة من التقابض في الصرف، و معلومية العوضين، و الزمان في النسيئة و السلف، و غيرها إنما هي (شرائط للبيع العقدي اللازم) فقط.**

و الأقوى: اعتبارها و إن قلنا بالإباحة؛ لأنها بيعٌ عرفي و إن لم يُفد شرعاً إلا الإباحة، و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لخصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب؛ و لما عرفت من أن الأصل في المعاطاة - بعد القول بعدم الملك - الفساد و عدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم، و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، و بقي الباقي.

هذا (و الأقوى: اعتبارها) «شرائط» (و إن قلنا بالإباحة) التي قال بها المشهور من المتقدمين، (لأنها) أي المعاطاة حتّى على هذا القول (بيعٌ عرفي) لقصد المتعاطيين التملك و التملك (و إن لم يُفد شرعاً إلا الإباحة) تعبدًا، (و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لخصوص العقدي) اللفظي، (بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد) بالفرد النادر و (بغير الغالب) لأنّ الغالب عند العرف و الواقع في الخارج هو المعاطاة إلا في البيوع الخطيرة الثمينة كالدار و نحوها كما تقدّم ص ١٣١. هذا أولاً (و) ثانياً (لما عرفت من أن الأصل في المعاطاة) أعني استصحاب عدم ترتّب الأثر على المعاملة (- بعد القول بعدم الملك -) كما اختاره الشهيد الأوّل تبعاً لقدماء الأصحاب، هو (الفساد و عدم تأثيره شيئاً) لا الملك و لا الإباحة (خرج) عن هذا الأصل (ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم) يعني أن المعاطاة التي اختلفوا فيها من أنها تقييد للزوم أو تقييد عدم الملك أصلاً بل تقييد الإباحة (و) خرجت عن أصالة الفساد، إنّما (هو المعاملة الجامعة للشروط) كلّها (عدا الصيغة) القولية، (و بقي الباقي) أي التي كانت فاقدة للشرائط، مثل مورد الجهل بالعوضين، تحت أصل الفساد.

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها «فيه - خ د» أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك؛ لأنها معاوضة عرفية و إن لم تُقد الملك، بل معاوضة شرعية، كما اعترف بها الشهيد عليه السلام في موضع من الحواشي، حيث قال: «إنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة، أو لازمة؛ انتهى».

و لو قلنا: بأنّ المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك،

(و بما ذكرنا) في وجه اعتبار شروط البيع في المعاطاة (يظهر وجه تحريم الربا) المعاوضية بالتفاضل في الجنس الواحد (فيها «فيه - خ د» أيضاً) كالبيع العقدي (و إن خصصنا الحكم) بحرمة الربا (بالبيع) دون سائر المعاوضات كالصلح و الهبة المعوضة، (بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك) و أنّها مفيدة لمجرد الإباحة، بناءً على جريان الربا في جميع المعاوضات و إن لم تكن بيعاً، و ذلك (لأنّها) أي المعاطاة (معاوضة عرفية و إن لم تُقد الملك، بل معاوضة شرعية) مستقلة، فهي كما تقدّم ص ٧٣ عن بعض و سيأتي احتماله عن الشهيد الثاني في المسالك في التنبيه السابع ص ٢٢٧ لا يبيع ولا إباحة مالكية، بل هي كالنعامة = شتر مرغ لا شتر و لا مرغ حيوان خاصّ برأسه، (كما اعترف بها) أي بشرعية معاوضتها، (الشهيد عليه السلام في موضع من الحواشي) على قواعد العلامة، (حيث قال: «إنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة، أو لازمة» انتهى)^(١).

(و لو قلنا: بأنّ المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك)، كما اختاره صاحب الجواهر على ما تقدّم كلامه ص ٥١ فهي تفيد الإباحة المالكية لا الإباحة الشرعية

(١) راجع مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨.

فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل.

و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور؛ لأنها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار.

و إن قلنا: بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً،

التعبدية، (فلا يبعد أيضاً) أي كما في المعاطاة المفيدة للإباحة الشرعية تبعداً مع قصدهما التمليك، (جريان) حكم (الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً) وقد فرضنا حرمة الربا في كل معاوضة وإن لم تكن بيعاً، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّه على فرض تعميم الربا لكل معاوضة، فالظاهر إرادة ما إذا قصد المتعاملان المعاوضة في المالين، والمفروض هنا، إرادتهما الإباحة في مقابل الإباحة، لا مبادلة مالٍ بمال فلا يكون هناك معاوضة رأساً فالسالية بانتفاء الموضوع، و أما على القول باختصاص الربا بالبيع، فعدم جريان الربا أوضح إذ المقصود هنا عند المتعاطيين إنّما هو الإباحة فلا يصدق البيع لا عرفاً ولا شرعاً، وعلى كلّ حالٍ فلا تجري الربا في المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(و أما حكم جريان الخيار فيها) فعلى القول بإفادة المعاطاة اللزوم

و هو المنسوب الى الشيخ المفيد رحمته، فالظاهر جريانه فيها، و أما على غير هذا القول فـ (قبل) طرؤ (اللزوم) بأحد الملزمات التي ستأتي ان شاء الله في التنبيه السادس ص ٢٠٧ كتلف أحد المالين (فيمكن نفيه على) القول (المشهور) القائلين بإفادتها الإباحة الشرعية؛ (لأنّها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار) لأنّه عبارة عن السلطة على الفسخ، و المفروض أنّه حاصل مع قطع النظر عن أيّ خيار فالقول به تحصيل لما هو حاصل.

(و) أمّا (إن قلنا: بإفادة) المعاطاة (الملك) المتزلزل كما عليه المحقّق الكركي و

قوّيناه نحن، (فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً) أي جميع الخيارات سواء

بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم - كما سيأتي عند تعرّض الملزمات - فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم، و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم.

و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا تجري؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار، و بين غيرها - كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرض -

المختصّ بالبيع كخيارى المجلس و الحيوان، أو غير المختصّ به كخيار الغبن و ذلك (بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم)، لا معاوضة مستقلة كما احتمله الشهيان (- كما سيأتي عند تعرّض الملزمات -) في التنبيه السادس ص ٢٠٧، (فالخيار موجود من) أوّل (زمان المعاطاة) في مقام الثبوت و الواقع (إلا أنّ أثره) الإثباتى و العملى و هو السّلطة على فسخ المعاملة (يظهر بعد اللزوم، و على هذا) أي فرض وجود الخيار (فيصح إسقاطه) من المتعاطيين جميعاً أو من أحدهما، (و) كذا يصحّ (المصالحة عليه قبل اللزوم).

(و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع) كخيار المجلس، و تبعض الصفقة، و الحيوان (فلا تجري) في المعاطاة (لاختصاص أدلتها) - مثل «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^(١) (بما وضع على اللزوم) بطبيعة البيع (من غير جهة الخيار) يعنى أنّ اللزوم مقتضى نفس العقد مع قطع النظر عن حكم الخيار، و المعاطاة ليست كذلك لأنّها جائزة بطبعها، فلا يجري هذا النوع من الخيار فيها، فيفصل بين هذا (وبين غيرها) أي غير المختصة بالبيع (كخيار الغبن و العيب) حيث يجريان في الإجارة مثلاً، لكنّ خيار العيب يجري في المعاطاة (بالنسبة إلى الردّ دون الأرض)

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٦٤، الخيار.

فتجري؛ لعموم أدلتها.

و أما حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتي بعد ذكر الملزمات إن شاء الله.
الأمر الثاني: أن المتيقّن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضة ولا الإباحة رأساً؛

فالأخذ للجنس المعيب بالمعاطاة، له حقّ الردّ فقط وليس له حقّ أخذ الأرض أعني تفاوت ما بين الصحيح والمعيب لأنّه حكم مخصوص بالبيع اللازم تعبّداً، وبالجمله (ف) الخيار غير المختصّ بالبيع (تجري) في المعاطاة أيضاً (لعموم أدلتها) حيث تشمل جميع المعاوضات التي منها المعاطاة وإن لم تكن بيعاً فرضاً.

(و أما حكم) جريان (الخيار بعد اللزوم) بأحد الأسباب التي تذكر في التنبيه السادس (فسيأتي بعد ذكر الملزمات) هناك (إن شاء الله) في ص ٢٢٧ في الأمر السابع.

(الأمر الثاني:) الذي ينبغي التنبيه عليه (: أن) إنشاء المعاطاة و البيع العملي في مقابل البيع القولي، يتحقّق بأحد وجوه أربعة، الأوّل: وهو (المتيقّن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطي فعلاً) أي بالعمل و الفعل (من الطرفين) لأنّ باب المفاعلة للمشاركة بين الإثنين، فيعطي كلّ منهما شيئاً و يأخذ شيئاً = بده و بغير، (فالملك أو الإباحة) على القولين (في كلّ منهما) أي المالين يتحقّق (بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد) كأن يعطي الكتاب مالكة بيد الطلبة و يأخذه الطالب و يبقى الثمن نسيئةً في ذمّته (لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر) و هو الثمن (أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضة) و المفاعلة من الطرفين بأن يملك كلّ منهما مال صاحبه على القول بالملك، (و لا الإباحة) على القول بها (رأساً) أي في كلا المالين حتّى بالنسبة

لأنَّ كلاً منهما ملكٌ أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته.
 إلا أنَّ الظاهر من جماعةٍ من متأخري المتأخرين - تبعاً للشهيد في
 الدروس - جعله من المعاطاة.

و لا ريب أنَّه لا يصدق معنى المعاطاة، لكن هذا لا يقدح في جريان حكمها
 عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكلِّ بيعٍ فعليٍّ، فيكون إقباض أحد العوضين من
 ماله تمليكاً له بعوضٍ،

إلى المأخوذ لا الإباحة المالكية بناءً على قصدتهما إيّاها كما فرضه صاحب الجواهر،
 ولا الإباحة الشرعية التعبدية التي قال بها قدماء الفقهاء، وذلك؛ (لأنَّ كلاً منهما ملكٌ أو
 مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته) و المفروض أنَّه لم يتحقق ذلك، قال الشاعر
 الفارسي:

چه خوبی مهربونی هر دو سر بی که یک سر مهربونی درد سر بی
 اگر مجنون دلِ شوریده‌ای داشت دلِ لیلی از او شوریده‌تر بی

هذا (إلا أنَّ الظاهر من جماعةٍ من متأخري المتأخرين) كالسيد المجاهد في المناهل
 ص ٢٧٠ و صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٣٨ و السيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص
 ١٥٨، و الشهيد الثاني في المسالك ج ٣ ص ١٥١، و صاحب الحقائق ج ١٨ ص ٣٦٤
 (تبعاً للشهيد في الدروس) ج ٣ ص ١٩٢، فظاهر كلامهم (جعلُه) أي الإعطاء من أحد
 الطرفين فقط (من المعاطاة) بحسب الحكم فيحصل الملك أو الإباحة بالنسبة إلى
 المأخوذ و كذلك بالنسبة إلى المال الآخر في النسبة أو السلف.

(و لا ريب أنَّه لا يصدق) موضوعاً (معنى المعاطاة) لتوقفه على الإعطاء من
 الطرفين جميعاً (لكنَّ هذا) أي عدم الصدق موضوعاً (لا يقدح في جريان حكمها عليه)
 شرعاً؛ (بناءً على عموم الحكم) بالملك أو الإباحة عند الفقهاء (لكلِّ بيعٍ فعليٍّ) عرفيٍّ
 (فيكون إقباض أحد العوضين من ماله تمليكاً له بعوضٍ) كالمعاملة العقدية

أو مبيعاً له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحةً له بإزائه. فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد في زمان واحد. ثم صَحَّةُ هذا على القول بكون المعاوضة بيعاً مملّكاً، واضحة؛ إذ يدل عليها ما دلّ على صَحَّةِ المعاوضة من الطرفين، و أمّا على القول بالإباحة فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة؛

بالنسبة أو بالسلف، (أو مبيعاً له به) أي بالعوض، لكنّ العوض يؤخذ بعد (و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض) فهو كالقبول القولي فيتحقّق البيع أعني الإيجاب و القبول بإعطاء واحد و أخذ واحد، (أو) الأخذ (إباحةً له بإزائه) «العوض»، (فلو كان المعطى) و المأخوذ (هو) الشيء الذي يجعل (الثمن) عرفاً كالنقدين أو الأوراق النقدية في زماننا = اسكناس (كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراءً، و أخذه) أي أخذ مالك المبيع ذلك الثمن (بيعاً للمثمن به) فيكون كبيع السلف إن كان المبيع كلياً، و إلاّ، بأن كان شيئاً معيّناً، فهو البيع الشخصي الذي يدفع المبيع إلى المشتري متأخراً عن زمان البيع، و الحاصل (فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان) في هذا البيع (بفعل واحد) و هو الإعطاء المقرون بالأخذ، و (في زمان واحد)، و يكون إعطاء المبيع بعد ذلك وفاءً بذلك البيع لا إنشاءً لقبوله.

(ثم صَحَّةُ هذا) النوع من المعاملة المحقّق بإعطاء واحد (على القول بكون المعاوضة بيعاً مملّكاً، واضحة؛ إذ يدل عليها ما دلّ على صَحَّةِ المعاوضة من الطرفين) كـ «أوفوا بالعقود» و «تجارةً عن تراضٍ» و «أحلّ الله البيع» و غيرها، فإنّها بيع عرفي كما تقدّم، (و أمّا على القول بالإباحة فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها) أي بالمعاوضة لو حصلت من الطرفين (لا دليل على تأثيرها في الإباحة) في

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُدْعَى قِيَامُ السَّيْرَةِ عَلَيْهَا، كَقِيَامِهَا عَلَى الْمَعَاوَةِ الْحَقِيقَةِ.

و ربما يُدْعَى إِنْعَادُ الْمَعَاوَةِ بِمَجْرَدِ إِيصَالِ الثَّمَنِ وَ أَخْذِ الْمُثْمَنِ مِنْ غَيْرِ صَدَقِ إعْطَاءِ أَصْلًا، فَضْلًا عَنِ التَّعَاوِي؛ كَمَا تَعَارَفَ أَخْذُ الْمَاءِ مَعَ غَيْبَةِ السَّقَاءِ، وَ وَضَعَ الْفِلْسُ فِي الْمَكَانِ الْمُعَدِّ لَهُ إِذَا عُلِمَ مِنْ حَالِ السَّقَاءِ الرِّضَا بِذَلِكَ، وَ كَذَا غَيْرِ الْمَاءِ مِنَ الْمُحَقَّرَاتِ كَالْخُضْرَوَاتِ وَ نَحْوِهَا؛ وَ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ الدُّخُولُ فِي الْحَمَّامِ وَ وَضَعَ الْأَجْرَةَ فِي كَوْزِ صَاحِبِ الْحَمَّامِ مَعَ غَيْبَتِهِ.

المقام، و ذلك لأنَّ كلمات القدماء القائِلين بالإباحة ظاهرة في الحكم بها إذا تحقَّق الإعطاء من الطرفين.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُدْعَى قِيَامُ السَّيْرَةِ عَلَيْهَا) أَيضًا، أَي عَلَى الْمَعَاوَةِ الْحَاصِلَةِ بِإِعْطَاءِ وَاحِدٍ (كَقِيَامِهَا عَلَى الْمَعَاوَةِ الْحَقِيقَةِ) الْمُتَحَقِّقَةِ بِالْإِعْطَاءِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

(و) الوجه الثالث لحصول المعاطاة أَنَّهُ رَبَّمَا يُدْعَى إِنْعَادُ الْمَعَاوَةِ بِمَجْرَدِ إِيصَالِ الثَّمَنِ إِلَى الْبَائِعِ (وَ أَخْذِ الْمُثْمَنِ مِنْ غَيْرِ صَدَقِ إعْطَاءِ أَصْلًا، فَضْلًا عَنِ التَّعَاوِي؛ كَمَا تَعَارَفَ) عِنْدَ الْمُسْلِمِينَ (أَخْذُ الْمَاءِ مَعَ غَيْبَةِ السَّقَاءِ، وَ وَضَعَ الْفِلْسَ) وَ النَّقْدَ (فِي الْمَكَانِ الْمُعَدِّ لَهُ إِذَا عُلِمَ مِنْ حَالِ السَّقَاءِ الرِّضَا بِذَلِكَ) وَ شَاهَدَتْ هَذَا فِي أَوَّلِ سَفَرِ حَجِّ لِي بِمَكَّةَ عَامَ ١٣٩٢ هـ . ق وَ فِي زَمَانِنَا فِي قَم أَخْذُ الصَّحَفِ الْيَوْمِيَّةِ وَ الْمَجَلَاتِ وَ وَضَعَ النُّقُودِ فِي مَكَانٍ خَاصٍّ لَهَا مَعَ غَيْبَةِ صَاحِبِهَا، (وَ كَذَا غَيْرِ الْمَاءِ) وَ الصَّحَفِ (مِنْ الْمُحَقَّرَاتِ كَالْخُضْرَوَاتِ وَ نَحْوِهَا) مِثْلَ الْمَشْرُوبَاتِ الْمُبَاحَةِ كَبَيْسِي الْكُولَا وَ اللَّبَنِ الرَّائِبِ = دَوْغَ وَ شَاهَدَتْ هَذَا فِي الْمَشْهَدِ الْمُقَدَّسِ الرِّضْوِيِّ، (وَ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ) أَيضًا (الدُّخُولُ فِي الْحَمَّامِ) وَ الْإِسْتِحْضَاءِ (وَ) الْإِغْتِسَالِ ثُمَّ (وَضَعَ الْأَجْرَةَ فِي كَوْزِ صَاحِبِ الْحَمَّامِ) الْمُعَدِّ لَوْضَعِ النَّقْدِ فِيهِ (مَعَ غَيْبَتِهِ).

فالمعيار في المعاطاة: وصول العوضين، أو أحدهما مع الرضا بالتصرف، و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة، و سيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله.

ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة، أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال؛

(فالمعيار في المعاطاة) في هذه الصورة الثالثة (وصول العوضين، أو أحدهما مع الرضا بالتصرف) وإن كان بواسطة حيوان، أو آلة صناعية (و يظهر ذلك) أي تحقق حكم المعاطاة هنا (من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضاً) في شرحه على الإرشاد - مجمع الفائدة ج ٨ ص ١٤١ (في مسألة المعاطاة، و سيأتي توضيح ذلك) أي تحقق حكم المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثلث (في مقامه) في التنبيه على الأمر الثامن ص ٢٣٢ (إن شاء الله تعالى).

(ثم) إن هنا صورة رابعة وهي (إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعتبر في العقد) هيئة، كالفصل الطويل بين الإيجاب و القبول، أو تقديم القبول على الإيجاب و قلنا بلزوم تأخير، أو العقد الغير المعتبر مادة كأن يقول: «بدلتُ هذا بذاك» عوضاً عن «بعثتُ» أو قال: «خُذ هذا و أعطني ذاك» فلو قلنا بأن هذه التعابير باطلة في العقد و أنها (كالفعل في انعقاد المعاطاة) بها (أمكن خلو) البيع الفعلي و (المعاطاة من الإعطاء و الإيصال رأساً) و لا يخفى عليك أن التعبير بالمعاطاة هنا من باب المسامحة إذ المفروض عدم الإعطاء أصلاً فالمقصود بها المعاملة و المعاوضة، (فيتقاولان) أي يتعاهدان (على مبادلة شيء بشيء من غير) إعطاء و أخذ و (إيصال) أصلاً، كما تعارف اليوم بالتعاهد و المعاملة كذلك بالمخابرة بالتلفون و الفكس من البلاد البعيدة

و لا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، و أمّا على القول بالإباحة، فالإشكال المتقدّم أكد.

[الأمر] الثالث: تميّز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً - كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة - واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف. و أمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن «المثمن - خ د» في العوضيّة؛

من دون إعطاء المثلن و الثمن إلّا بعد مدّة طويلة (و لا يبعد صحّته) شرعاً (مع صدق البيع) عرفاً، لشمول العمومات لها (عليه بناءً على) حصول (الملك) في المعاطاة، (وأمّا على القول بـ) إفادتها (الإباحة، فالإشكال المتقدّم) من عدم الدليل على حصول الإباحة جارٍ هنا إذ المتيقّن من كلام المشهور هو مورد تحقّق المعاطاة، فالإشكال (أكد) و وجه الآكد: أنّ احتمال عدم جريان السيرة على هذه المعاملة أقوى من عدم جريانها على مورد حصول الإعطاء من الطرف الواحد.

([الأمر] الثالث) من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها، أنّ (تميّز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً - كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة -) و كالأوراق النقدية = اسكناس، في زماننا، (واضح؛ فإنّ صاحب) هذا النوع من (الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف) كأن يبيع الدرهم و الدينار أو التومان الورقية بنقد آخر مثل الدولار و الريال السعودي، أو بجنس آخر كالمأكول، بأن يبيع ألف تومان بدجاجة.

(و أمّا مع كون العوضين من غيرها) رأي غير الدرهم و الدينار كمبادلة الحنطة باللحم أو بمأكول و مشروب آخر كما هو متعارف عند المزارعين في القرى، (فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضيّة) و الإعتبار = أرزش و في

فإذا أعطى الحُنْطَة في مقابل اللَّحْم قاصداً أنَّ هذا المقدار من الحنطة يسوي درهماً، هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنَّه اشترى اللحم بالحنطة، وإذا انعكس انعكس الصدق؛ فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم و الدينار هو الثمن، و صاحبه هو المشتري.

و لو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، أو لوحظ القيمة في كليهما - بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا من غير سبق مقالة تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً؛

بعض النسخ («مقام المثلث») لکنّه ليس بوجیه كما يظهر من ذیل کلامه بالتأمّل و إن کان يمكن توجیهه، (فإذا أعطى الحُنْطَة في مقابل اللَّحْم قاصداً أنَّ هذا المقدار من الحنطة يسوي درهماً) الذي (هو ثمن اللحم، فـ) الثمن هو الحنطة و المثلث هو اللحم لأنّه (يصدق عرفاً أنَّه اشترى اللحم بالحنطة، و إذا انعكس) بأن قصد القصاص جعل اللحم بدلاً عن الدرهم و اشترى به ثوباً (انعكس الصدق، فـ) الحاصل (يكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم و الدينار هو الثمن، و صاحبه) أي صاحب المدفوع الكذائي؟ (هو المشتري) و ما يجعل في قصدهما بإزائه و عوضاً عنه هو المبيع و صاحبه هو البائع.

(و لو لم يلاحظ) في المعاوضة و المبادلة في معاطاة (إلا كون أحدهما) أي أحد المالين (بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة) من الدرهم أو الدينار أو الورق = اسكناس، (أو لوحظ القيمة في كليهما) معاً (بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار من الحنطة) أيضاً (بدرهم، فتعاطيا من غير سبق مقالة) و مذاكرة، أو قرينة اخرى (تدلّ على كون أحدهما بالخصوص) من زيد أو عمرو (بائعاً) و الآخر مشترياً؛

ففي كونه بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغة - كما عرفت - مبادلة مالٍ بمالٍ، و الإشتراء: ترك شيءٍ و الأخذ بغيره - كما عن بعض أهل اللغة - فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة، و أنّه اشترى الحنطة، فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع

فهنا وجوه و احتمالات أربعة، الأول: (ففي كونه) أي هذا التعاطي (بيعاً و شراءً) معاً باعتبارين (بالنسبة إلى كلّ منهما) فكلّ منهما بائع و مشتري و في المثل الفارسي «كچل حسن»، «حسن كچل».

دلبر جانان من برده دل و جان من دلبر جانان من
و ذلك (بناءً على أنّ البيع لغة - كما عرفت -) في أول كتاب البيع ص ٣ نقلاً عن المصباح المنير ص ٦٩ «مادة بيع» هو «مبادلة مالٍ بمالٍ، و الإشتراء» هو (ترك شيءٍ و الأخذ بغيره) عوضاً عنه (- كما عن بعض أهل اللغة -) مثل القاموس ج ٤ ص ٣٤٨ و لسان العرب ج ٧ ص ١٠٣ مادة «شري» (فيصدق) عرفاً في المثال المتقدم (على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة) كما يصدق عليه أيضاً (و أنّه اشترى الحنطة) و كذلك الحال بعينه بالنسبة إلى صاحب الحنطة، فيصدق عليه أنّه باعها باللحم، و أنّه اشترى اللحم (فيحنث) حلفه صاحب اللحم (لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة) و كذلك يحنث صاحب الحنطة لو حلف على عدم بيع الحنطة و عدم شراء اللحم.

(نعم، لا يترتب عليهما أحكام) المختصة بـ (البائع) كضمانه للمبيع لو تلف قبل إقباضه بيد المشتري لقولهم لا يترتب : «تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه»^(١).

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٥٨، الخيار .

و لا المشتري؛ لإنصرافهما في أدلة تلك الأحكام إلى مَنْ اختص بصفة البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين.
أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراء بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً.

(و) كذا (لا) يترتب الأحكام المختصة بـ (المشتري) كخياره لردّ الحيوان في الثلاثة لقول الإمام الكاظم عليه السلام في رواية ابن فضال: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام»^(١) و ذلك (لإنصرافهما) أي البائع والمشتري (في أدلة تلك الأحكام) ظاهراً (إلى مَنْ اختص بصفة البيع) و كونه بائعاً فقط و لا يكون مشترياً، (أو) بصفة (الشراء) فقط فتكون مشترياً لا بائعاً، (فلا يعمّ مَنْ كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين).

أقول: فيما أفاده عليه السلام تأمل و ذلك لأنّ إطلاق لفظ البيع في الروايات شامل للبائع و إن كان مشترياً باعتبار آخر، و كذلك إطلاق لفظ الشراء، و إن كان بائعاً باعتبار آخر و الإنصراف بدويّ نشأ من جهة الغلبة الخارجية، فإنّ الغالب في الخارج من كان بائعاً غير من يكون مشترياً عرفاً و بالعكس فتدبرّ.

(أو) يحتمل وجهاً ثانياً في تميّز البائع عن المشتري - في مورد التعاطي من دون قصد جعل أحدهما بدلاً عن الثمن - و هو (كونه) - تذكير الضمير باعتبار الخبر كما هي طريقه الشيخ عليه السلام - (بيعاً بالنسبة إلى مَنْ يعطي) متاعه (أولاً) لصاحبه فهو البائع (لصدق الموجب عليه) فإعطائه إيجاب البيع (و) يكون (شراءً بالنسبة إلى الآخذ) للمتاع الأول (لكونه قابلاً عرفاً).

أو كونها معاظةً مصالحة؛ لأنها بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، و لي ما عندي» على الصلح.

أو كونها معاوضةً مستقلةً لا يدخل تحت العناوين المتعارفة، وجوة.
لا يخلو ثانيها عن قوة؛

(أو) يحتمل وجهاً ثالثاً وهو (كونها معاظةً مصالحة) ولا يكون بيعاً رأساً، بناء على كون الصلح عقداً برأسه في مقابل سائر العقود ولا يكون تابعاً لأحد العقود الذي يفيد فائدته؛ (لأنها) أي هذه المعاطة (بمعنى التسالم على شيء) وهو المبادلة مصالحةً، (ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه) ... الخ و هي صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: «لك ما عندك، و لي ما عندي» فقال عليه السلام: «لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما»^(١)، فحمل الفقهاء هذه الرواية (على الصلح)^(٢).

(أو) يحتمل وجهاً رابعاً وهو (كونها معاوضةً مستقلةً) غير مندرجة في العقود الأخرى، فهي (لا يدخل تحت العناوين المتعارفة) من البيع و الصلح و الهبة و غيرها، (وجوة) أربعة كما ذكرنا.

و (لا يخلو ثانيها عن قوة) و هو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي سلعته أولاً،

(١) الوسائل، ج ١٣، ص ١٦٦ الصلح.

(٢) راجع المسالك، ج ٤، ص ٢٦٣؛ الجواهر، ج ٢٦، ص ٢١٦؛ الحقائق، ج ٢١، ص ٩٢، و راجع أيضاً تعليقة الأستاذ السيد المروّج عليه السلام في هدى الطالب، ج ٢، ص ٧١ يفيدك.

لصدق تعريف «البائع» لغةً و عرفاً على الدافع أولاً، دون الآخر، و صدق «المشتري» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

[الأمر] الرابع: أن أصل المعاطاة - و هي إعطاء كل منهما الآخر ماله -

يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً و مملّكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع

و شراءً بالنسبة إلى من يعطي ثانياً (لصدق تعريف «البائع» لغةً و عرفاً على الدافع أولاً، دون الآخر) فهو الذي بذل مالاً بشيء آخر (و صدق «المشتري» على الآخذ أولاً) فهو الذي تقبل البيع بأخذ السلعة الأولى، لكنه يعطي ماله وفاءً بذلك البيع والشراء (دون الآخر) الذي أعطى أولاً (فتدبر) لعلّه إشارة إلى أن هذا مبني على عدم جواز تقدم القبول على الإيجاب في البيع و سائر العقود، على أنه لا يجري فيما إذا تعاطيا في زمان واحد معاً فأعطى كل منهما ماله بيد و أخذ المال الآخر بيده الثانية فلا يكون هناك أول و ثاني.

([الأمر] الرابع) من الأمور التي ينبغي التنبيه عليه: (أن أصل المعاطاة - و

هي إعطاء كل منهما الآخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطيين) في عالم الواقع و الثبوت (على وجوه) أربعة.

(أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر) الذي هو المشتري في

الحقيقة، فكل مال يُجعل مقابلاً للمال الآخر، (فيكون) الشخص (الآخر في أخذه) المال الأول (قابلاً و مملّكاً بإزاء ما يدفعه) فيتمّ المعاملة بالإعطاء و الأخذ الأولين، (فلا يكون في دفعه العوض) في مقام (إنشاء تملك) ثانٍ، (بل) في مقام (دفع)

لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها، فدفع العين الثاني «الثانية - خ د» خارجاً عن حقيقة المعاطاة.

فلو مات الآخذ قبل دفع ماله، مات بعد تمام المعاطاة. و بهذا الوجه صححنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومةً بالعطاء من الطرفين.

و مثله في هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة»

لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه) أولاً، (فيكون الإيجاب و القبول) حاصلين (بدفع العين الأولى و قبضها، فدفع العين الثاني «الثانية - خ د») وفاء بالعقد و هو (خارجٌ عن حقيقة المعاطاة) «أنه إنشاء لقبول العقد السابق، أو إنشاء لعقد جديد ثاني.

(فلو) فرض أنه (مات الآخذ) للعين الأولى (قبل دفع ماله) الذي هو الثمن في الواقع، (مات بعد تمام المعاطاة) و المعاملة و يجب على ورثته دفعه وفاءً بالبيع الذي هو فعل مؤثرهم، (و بهذا الوجه صححنا سابقاً) في التنبيه الثاني ص ١٦٠ تحقّق المعاطاة بالإعطاء الأوّل فقط و (عدم توقّف) حصول (المعاطاة على قبض كلا العوضين) - قضاءً لتحقّق باب المفاعلة المتوقفة على الطرفين، (فيكون إطلاق) لفظ (المعاطاة عليه) أي على الإعطاء الواحد (من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول) من الإيجاب و القبول اللفظيين (لا من حيث كونها متقومةً بالعطاء من الطرفين) الذي هو ظاهر هيئة باب المفاعلة، (و مثله) أي مثل صدق المعاطاة بإعطاء واحد - خلافاً لظاهر باب المفاعلة - (في هذا الإطلاق) المسامحي (لفظ «المصالحة»

و «المساقاة» و «المزارعة» و «المؤاجرة» و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة.

و ربّما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء، و في صحّته تأمل.

ثانيها: أن يقصد كلُّ

و «المساقاة» و «المزارعة» و «المؤاجرة» و غيرها) «كالمضاربة» و «الملاعبة» - بالنسبة إلى بعض الأفراد؟ - حيث إنّ تحقّق هذه العناوين إنّما هو قائم بالموجب فقط و الطرف المقابل شأنه مجرد القبول لهذه الأمور فلا يصلح الطرف الآخر ثانياً بعد الصلح الأول، أو لا يساقي الأشجار و الزراعة صاحب الأرض و هكذا، (و بهذا الإطلاق) من تحقّق المعاطاة بإعطاء واحد (يستعمل المعاطاة) في اصطلاح الفقهاء (في الرهن و القرض و الهبة) فالمقصود فيها أنّها تقع بالفعل و العمل من دون لفظه.

أقول: بل في الوقف أيضاً الذي هو مجرد تحبّيس الأصل و تسبيل الثمرة و ليس فيه إعطاء رأساً إلّا بالاعتبار من جعل الأرض مسجداً أو حسينيةً مثلاً كما يجيء الكلام فيه ص ٢٠٤ في آخر الأمر الخامس من تنبيهات المعاطاة.

(و ربّما يستعمل) لفظ المعاطاة (في المعاملة الحاصلة بالفعل) و العمل (ولو لم يكن عطاء) رأساً كما مثّلنا بالوقف، و قد تقدّم في التنبيه الثاني التمثيل بشرب الماء من كوز السقاء، و كذا أخذ الصحف و المجلّات و الخضروات و جعل الفلوس في المكان المعدّله، (و) لكن (في صحّته تأمل) و ذلك للشكّ في قيام السيرة هنا بمجرد الإيصال و بدون العطاء، و هي دليل لُبّي يؤخذ بالقدر المتيقّن منه و هو الإعطاء من الطرفين، أو ولو من طرف واحد.

(ثانيها) أي من الوجوه التي يتصوّر حسب قصد المتعاطيين (: أن يقصد كلُّ

منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة.

و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة؛ لكون كل من المالين خالياً عن العوض.

لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول، لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه «تملكه - خ د».

منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملك بإزاء تملك (لا تملك مال آخر الذي كان في الوجه الأول، (فالمقابلة بين) الفعلين أعني (التملكين لا الملكين) كما هو المتعارف في البيوع العادية، (و المعاملة) في هذا الوجه (متقومة بالعطاء من الطرفين) فالإعطاء في مقابل الإعطاء الآخر، (فلو) فرض هنا أنه (مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة) بخلاف الوجه الأول كما تقدّم.

(و هذا) المعنى (بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة؛ لكون كل من المالين خالياً عن العوض) أعني المال، وأما العوض بالمعنى الأعم أعني الفعل و نفس التملك فموجود.

(لكن) يُضعف هذا الوجه أنّ (إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا) أي في المعاطاة (لم يتحقق التملك من) المعطي (الأول) أصلاً و يكون باطلاً؛ (لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك) من المعطي (الثاني لم يتحقق تملكه) أي تملك الأول أيضاً، لأنه مشروط بالتملك الثاني و المشروط منفي عند فقد الشرط، و في بعض النسخ (لم يتحقق تملكه)، و الضمير حينئذٍ راجع إلى

إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي،
للعوض، فلا يقدح تخلفه.

فالأولى أن يقال: أنها مصالحة و تسالم على أمرٍ معيّن، أو معاوضة
مستقلة.

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه،
فيكون الصادر من الأول: الإباحة بالعوض، و من الثاني - بقبوله لها - التملك،

الثاني، أي لا يتملك الثاني العطاء الأول، و هذا بخلاف الهبة المعوضة فإنه يحصل
التملك بالهبة الأولى و إن لم يعمل الثاني = نامرد بقوله و لم يهب الأول شيئاً،
(إلا أن يكون تملك الآخر) أي المعطى الثاني (له) أي للأول (ملحوظاً عند تملك
الأول) لا على نحو الشرطية في التملك الأول بل في أصل صحة العمل أعني
التملك الأول. (على نحو الداعي، لا العوض) و الشرط المنجز، (فلا يقدح تخلفه)
في صحة التملك الأول لأنّ عنوان الداعي غير دخيل في أصل صحة العمل أعني التملك
الأول.

(فالأولى أن يقال) في تصحيح الوجه الثاني (: أنها) أي المقابلة بين التملكين
(مصالحة) معاطاتية (و تسالم) بين الطرفين (على أمرٍ معيّن، أو) يقال: أنها
(معاوضة مستقلة) فلا بيع، و لا هبة معوضة، و لا مصالحة معاطاتية فهي تساوي
= «شتر گاو پلنگ».

(ثالثها) أي من الوجوه الأربعة التي يتصور حسب قصد المتعاطيين في عالم
الثبوت، (: أن يقصد) المعطى (الأول إباحة ماله بعوض)، كأن يبيع الإنسان طعاماً
لشخص بألف تومان (فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من) المعطى (الأول:
الإباحة بالعوض، و) الصادر (من الثاني - بقبوله لها -) أي هذه الإباحة، (التملك)

كما لو صرّح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء الآخر، فيكون إباحةً بإزاء إباحة، أو إباحةً بداعي إباحة، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، وعلى نحو العوضيّة.

و كيف كان، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما؛ و منشأ الإشكال: أولاً: الإشكال في صحّة إباحة جميع التصرفات

أي تمليك ماله للأوّل، (كما لو صرّح) الأوّل بإنشاء هذه الإباحة بالعوض باللفظ (بقوله: أبحث لك كذا) كهذا الكتاب (بدرهم).

(رابعها) أي من الوجوه المتصوّرة في قصد المتعاطيين (: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر) كما فرض صاحب الجواهر النزاع في مسألة المعاطة في هذا الوجه على ما تقدّم ص ٥١ (فيكون إباحةً بإزاء إباحة) والأولى مشروطة بالثانية، (أو إباحةً بداعي إباحة)، و بقصدها لا مشروطاً بها فيتحقّق المعاطة بدفع الأوّل وأخذ الثاني (على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني) من الوجوه (من إمكان تصوّره على نحو الداعي) والقصد (و على نحو العوضيّة) بين الإباحتين.

(و كيف كان) سواء كانت الإباحة الأولى عوضاً عن الإباحة الثانية، أو بداعي الإباحة، (فالإشكال) يقع (في حكم القسمين الأخيرين) و هما قصد المتعاطيين الإباحة بعوض، أو قصد الإباحة في مقابل الإباحة (على فرض قصد المتعاطيين لهما) وإن كانا خلاف ما هو المتعارف - اثباتاً في المعاطة - عند العقلاء و المتشرّعة، فإنّ المتعارف جعل أحد المالين بدلاً عن الآخر كما في البيع بالصيغة، (و منشأ الإشكال: أولاً: الإشكال في) مشروعيّة أي (صحّة إباحة جميع التصرفات) من قبل المالك

حَتَّى المتوقَّفة على ملكيَّة المتصرِّف، بأن يقول: أبحثُ لك كلَّ تصرِّف، من دون أن يملكه العين.

و ثانياً: الإشكال في صحَّة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقدٍ مركَّب من إباحةٍ و تملكٍ.

فنقول: أمَّا إباحة جميع التصرفات حتَّى المتوقَّفة على الملك، فالظاهر أنَّها لا تجوز؛ إذ التصرِّف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرَّد إذن المالك؛ فإنَّ إذن المالك ليس مشرعاً، وإنَّما يمضي فيما يجوز شرعاً.

(حَتَّى المتوقَّفة على ملكيَّة المتصرِّف) كالبيع و العتق و الوطي كما تقدَّم ص ٨٨، (بأن يقول) المالك في ضميره أو في الظاهر (: أبحثُ لك كلَّ تصرِّف، من دون أن يملكه العين) و هذا الإشكال مشترك بين الوجه الثالث و الرابع.

(و ثانياً: الإشكال في صحَّة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقدٍ مركَّب من إباحة) شيء لشخصٍ (و تملك) شيءٍ منه عوضاً عنها، و هذا الإشكال مختصّ بالوجه الثالث فقط.

(فنقول: أمَّا إباحة جميع التصرفات حتَّى المتوقَّفة على الملك، فالظاهر أنَّها لا تجوز؛ إذ التصرِّف الموقوف على الملك) كالبيع و الوطي و الهبة (لا يسوغ لغير المالك بمجرَّد إذن المالك) فإنَّ إذنه محدود بالمقدار الَّذي أجاز الشارع لا أكثر، (فإنَّ إذن المالك ليس مشرعاً) فلا حقَّ له في إباحة ما لا يبيحه الشرع (وإنَّما يمضي فيما يجوز شرعاً) فقط فكما لا يجوز للإنسان أن يأذن في إتلاف ماله عبثاً كالإلقاء في البحر أو كسر زجاجته، كذلك لا يجوز أن يسوِّغ للغير وطيء أمته من دون هبته إتياناً له، أو عقدها له، كما لا يجوز له أن يُبيح للغير بيع ماله لنفسه، و قد تقدَّم ص ٨٤ في الكلام عن حديث السلطنة على الأموال، بيان ذلك، و حاصله: أنَّ الناس ليسوا مسلَّطين على أحكام

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه - بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول، كما صرح به العلامة في القواعد، فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

نعم يصح ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: «أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك» أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه، أو تملكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له، و يكون بيع المخاطب

أموالهم بل على نفس أموالهم فراجع، (فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه) كما في بيع الغاصب، (- بأن يملك) البائع (الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول) عند الشرع والعرف، (كما صرح به العلامة في القواعد) ج ١ ص ١٦٦ في كتاب الدين بقوله: «ولو قال به - أي الرهن - لنفسك بطل الإذن لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه» انتهى. (فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟) أي في غير المعقول وهو بيع ماله مع دخول ثمنه في ملك غيره، قال الشاعر الفارسي:

عنان مال خودت را به دست غير مده كه حق خود طلبیدن كم از گدايي نيست

(نعم يصح ذلك) البيع و يجوز للمالك الإذن فيه (بأحد وجهين، كلاهما في

المقام) - وهو إباحة جميع التصرفات لغير المالك - (مفقود).

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: «أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك» أن

ينشأ توكيلاً له أي للبائع (في بيع ماله له، ثم نقل الثمن) وكالة عن المالك أيضاً (إلى نفسه بالهبة، أو) ينشأ توكيلاً (في نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه) حتى يدخل الثمن في ملك البائع، (أو) يقصد المالك (تملياً له) أي للبائع (بنفس هذه الإباحة، فيكون) ما هو بصورة الإباحة (إنشاء تملك له) واقعاً، (و يكون بيع المخاطب

بمنزلة قبوله، كما صرّح في التذكرة: بأن قول الرجل لمالك العبد: «أعتق عبدك عني بكذا» استدعاءً لتخليكه، وإعتاق المولى عنه جواباً لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويُقدّر وقوعه قبل العتق آناءً، فيكون هذا بيعاً ضمنياً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع. ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التملك بالإباحة المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك عند البيع

بمنزلة قبوله، كما صرّح العلامة رحمته (في التذكرة) ج ١ ص ٤٦٢: بأن قول الرجل لمالك العبد: «أعتق عبدك عني بكذا» من المال (استدعاءً لتخليكه) عبده للقائل، (و) يكون (إعتاق المولى عنه) أي عن قبل الرجل (جواباً لذلك الاستدعاء) الذي هو بمنزلة الإشتراء، (فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء) من المشتري للعبد (والجواب) العملي من المالك البائع بنفس هذا الإعتاق، (و يُقدّر وقوعه) أي النقل (قبل العتق آناءً، فيكون هذا بيعاً ضمنياً) من المالك (لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع) من الإيجاب والقبول والتسليم والإقباض وعلى هذا الوجه اعتمد صاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢٢٥ في تصحيح إباحة جميع التصرفات (و) لكن هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه أعنى إباحة جميع التصرفات، إذ (لا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه) أي الآخذ المتصرف فيه، (أولاً)، قبل التصرف، (و لا في نقل الثمن إليه ثانياً) بعد البيع، بأن يكون هناك إنشاءً للتوكيل في البيع ثم إهداء الثمن إلى نفسه، (و لا) يكون المقام من القسم الثالث بأن (قصد) المالك (التمليك بالإباحة المذكورة) للمخاطب (و لا قصد المخاطب) أيضاً (التملك عند البيع) أو عند الوطيء أو سائر التصرفات المتوقفة على الملك كما هو المفروض من

حتَّى يتحقَّق تملك ضمنيٍّ مقصودٌ للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة «أعتق عبدك عتي»: ولذا عدَّ العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك، من دلالة الإقتضاء التي عرّفوها: بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقّف صحة الكلام عقلاً، أو شرعاً عليه، فمثّلوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَلِ الْقَرْيَةَ﴾، وللشرعي بهذا المثال؛ ومن المعلوم - بحكم الفرض - أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة.

قصد هما مجرد الإباحة (حتّى) نقول بأن (يتحقّق تملك ضمنيٍّ) لا استقلالي (مقصودٌ للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصوداً ولو إجمالاً) وضمناً (في مسألة «أعتق عبدك عتي»: ولذا) أي ولأجل وجود القصد الضمني في هذه المسألة (عدّ) علماء العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك، من دلالة الإقتضاء التي هي خارجة عن الدلالات الثلاثة أعني المطابقة والتضمّن والإلتزام (عرّفوها: بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقّف صحة الكلام عقلاً، أو شرعاً عليه) «الإقتضاء» (فمثّلوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَلِ الْقَرْيَةَ﴾^(١) حيث إنّ القرية غير قابلة للسؤال عنها فاللازم أن يراد ﴿وَاسْتَلِ أَهْلَ الْقَرْيَةِ﴾ (و) مثّلوا (للشرعي بهذا المثال) أي «أعتق عبدك عتي» حيث إنّه لا عتق شرعاً إلا في ملك^(٢)، (و من المعلوم - بحكم الفرض - أنّ المقصود فيما نحن فيه) في الوجه الثالث و الرابع من الوجوه (ليس إلا مجرد الإباحة) للمخاطب من دون قصد التملك و التملّك من الطرفين أصلاً.

(١) يوسف: ٨٢.

(٢) في تعليقه المكاسب طبع لجنة تحقيق تراث الشيخ: انظر: الأحكام للامدي، ج ٣، ص ٧٢ و الوافية في أصول الفقه، ص ٢٢٨.

الثاني: أن يدلّ دليلٌ شرعيّ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأماً، فيقع البيع في ملكه، أو يدلّ دليلٌ شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأماً لا يقبل غير العتق، فإنّه حينئذٍ يقال بالملك المقدّر آنأماً؛ للجمع بين الأدلة.

و هذا الوجه مفقودٌ فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة.

الوجه (الثاني) لتصحيح بيع مال الغير لنفسه (أن يدلّ دليلٌ شرعيّ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون) ذلك الدليل (كاشفاً عن) نقل الملك من المالك و (ثبوت الملك له) أي للمباح له (عند إرادة البيع آنأماً، فيقع البيع) في الحقيقة (في ملكه، أو) يفرض وقوع البيع في زمان ملكيّة المالك للمبيع ولكن (يدلّ دليلٌ شرعيّ على انتقال الثمن) بعد البيع (عن) المالك (المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك) يعني انتقال الثمن من المبيع بعد البيع (شبه دخول العمودين) للأب و الإبن (في ملك الشخص آنأماً لا يقبل) هذا الملك (غير العتق) فليس للإبن مثلاً بعد شراء أبيه أن يبيعه. (فإنّه حينئذٍ) أي حين ورد الدليل على صحّة شراء الأب و عتقه قهراً (يقال بالملك المقدّر آنأماً)، و ذلك (للمجمع بين الأدلة) الثلاثة، وهي:

١ - دليل صحّة الإشتراء، ٢ - و دليل عدم وقوع البيع إلّا في الملك، ٣ - و دليل عدم استقرار ملكيّة الإنسان للعمودين.

(و هذا الوجه) الثاني أيضاً (مفقودٌ فيما نحن فيه) أعني إباحة جميع التصرفات من المالك لغيره حتّى المتوقفة على الملك؛ (إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة)، فإن قلت: الدليل على الصّحة هو

و إثبات صحّته بعموم مثل: «النّاس مسلّطون على أموالهم» يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاهما لقواعد آخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلّم مالاً له، و توقّف صحّة العتق على الملك، و صحّة الوطيء على التحليل بصيغة خاصّة، لا بمجرّد الإذن في مطلق التصرف.

قاعدة السلطنة الثابتة بقوله ﷺ: «النّاس مسلّطون على أموالهم»^(١) المتقدّم مع بيانه ص ٨٤؛ فإنّ مقتضى إطلاقها حليّة كلّ تصرف للمالك، حكماً تكليفاً وإن كان إباحةً لجميع التصرفات، و صحّة ذلك بحكم وضعي أيضاً، فيكشف من جواز ذلك و صحّته، أنّ المباح له يملك المبيع آنأماً إمّا قبل التصرف وإمّا بعده.

قلنا: (و إثبات صحّته) أي صحّة عموم الإباحة (بعموم مثل: «النّاس مسلّطون على أموالهم» يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاهما) أي مؤدى قاعدة السلطنة (لقواعد آخر) التي هي حاكمة عليها و متقدّمة (مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلّم مالاً له) تحقيقاً لمقتضى المبادلة التي هي معنى البيع و مفهومه، كما قيل بالفارسية: كاسه جای می رود کز آن قدح آید برون.

(و) مثل دليل (توقّف صحّة العتق على الملك) لقوله ﷺ: «لا عتق إلّا في ملك» أو «بعد ملك»^(٢) (و) مثل (صحّة الوطيء على التحليل بصيغة خاصّة) و هي «أحللت لك وطئها» (لا بمجرّد الإذن) من المالك (في مطلق التصرف) كما لا يجوز وطئ الحرة بمجرّد رضاها من دون إجراء صيغة النكاح.

(١) البحار، ج ٢، ص ٢٧٢؛ عوالی اللّثالی، ج ١، ص ٢٢٢.

(٢) الوسائل، ج ٦، ص ٧ العتق؛ عوالی اللّثالی، ج ٣، ص ٤٢١؛ الكافي، ج ٦، ص ١٧٩؛ التهذيب، ج ٨، ص ٣١٠ وراجع لتحقيق هذا الموضوع مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٨٥.

و لأجل ما ذكرنا صرّح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلافاً في أنّه لو دفع إلى غيره مالاً و قال: إشتري به لنفسك طعاماً - من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدّين منه بعد الشراء - لم يصحّ، كما صرّح به في مواضع من القواعد، و علّله في بعضها بأنّه لا يُعقل شراء شيءٍ لنفسه بمال الغير. و هو كذلك؛ فإنّ مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه، و إلّا

(و لأجل ما ذكرنا) من دخول كلّ من العوضين في البيع في كيس من خرج عن ملكه العوض الآخر، (صرّح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف) - و القائل صاحب الجواهر في ج ٢٣ ص ١٧٤ - (في أنّه لو دفع إلى غيره مالاً و قال: إشتري به لنفسك طعاماً) لا يصحّ هذا الشراء؛ لأنّ المشتري لا يكون مالكا للثمن، فيبقى الطعام المشتري على ملك بائعه كما أنّ الثمن باقٍ على ملك الدافع (من غير قصد) الدافع بقوله ذلك (الإذن في اقتراض المال) للآخذ (قبل الشراء) ليكون مالكا للثمن حتّى يدخل الطعام في ملكه، (أو) يقصد الدافع (إقتراض الطعام) من قبل المشتري له بعد الشراء، فيكون مالكا له باقتراضه له، (أو) يقصد (استيفاء) المشتري (الدّين) الذي يطلب (منه) أي من الدافع (بعد الشراء) فلو لم يُفرض أحد هذه الأمور الثلاثة، (لم يصحّ) التصرف للآخذ للمال المشتري للطعام، (كما صرّح به) العلامة (في مواضع من القواعد) منها في ج ١ ص ١٥١ في حكم تسليم المبيع (و علّله) «عدم الصحة» (في بعضها) أي بعض المواضع و هو في باب الرهن ج ١ ص ١٦٦ فيما إذا قال المالك للمرتن: «بعه لنفسك» (بأنّه لا يُعقل شراء شيءٍ لنفسه بمال الغير. و هو) أي التعليل (كذلك) أي في محلّه (فإنّ مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة) كما تقدّم آنفاً ص ١٨١ هو (دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه، و إلّا) أي وإن لم يدخل

لم يكن عوضاً وبدلاً.

ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره: بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف، لكن لا يجوز وطئ الجارية مع أنّ الإباحة المتحققة من الواهب يعمّ جميع التصرفات.

وعرفت أيضاً: أنّ الشهيد في الحواشي لم يُجوّز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدى، و لا وطئ الجارية مع أنّ مقصود المتعاطيين الإباحة

العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه (لم يكن عوضاً وبدلاً) و لم يتحقق المعاوضة عقلاً و عرفاً و شرعاً.

(ولما ذكرنا) من عدم الدليل شرعاً على صحّة إباحة جميع التصرفات للغير من قبل المالك، (حكم الشيخ) الطوسي رحمته الله في المبسوط ج ٣ ص ٣١٥ (و غيره) كالشاهد الأول في الدروس ج ٢ ص ٢٩١ (بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة) أي المعاطاتية حيث لم يدلّ دليل شرعي على حجّيتها، إنّما (تفيد إباحة التصرف) للموهوب له (لكن لا) في جميع التصرفات بل التصرف غير المتوقّف على الملك فلا (يجوز وطئ الجارية)، أو بيعها (مع أنّ الإباحة) المعاطاتية (المتحققة من الواهب يعمّ) بحسب قصد المالك (جميع التصرفات) وذلك لما عرفت ص ١٧٦ من أنّ إذن المالك لا يكون مشرعاً.

(و عرفت أيضاً) في الأقوال في المعاطاة ص ٧٢، وفي الأمر الأوّل من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها ص ١٥٤ (: أنّ الشهيد في الحواشي) على القواعد (لم يُجوّز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدى) في حجّ التمتع، (ولا وطئ الجارية) فإنّ هذه الأمور متوقّفة على الملك و المفروض أنّ الشارع لم يميّز سبب الهبة المعاطاتية، أو البيع المعاطاتي، (مع أنّ مقصود المتعاطيين الإباحة

المطلقة.

و دعوى: أَنَّ الملك التقديري هنا أيضاً لا يتوقّف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم «النّاس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلّة توقّف مثل العتق و البيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلّة في الملك التقديري.

مدفوعة: بأنّ عموم «النّاس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط النّاس على أموالهم لا على أحكامهم،

المطلقة) لجميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك.

فإن قلت: الدليل الشرعي على حصول الملك بالمعاطاة - سواء بالهبة أو بالبيع - موجود في المقام كما تقدّم بيان ذلك ص ١٧٨ في تصحيح «أعتق عبدك عني و قرّره صاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢٢٥، وهو أنّ القول بالملك مقتضى الجمع بين الأدلّة، قلنا: (و دعوى: أَنَّ الملك التقديري هنا) - أي في الهبة المعاطائية - (أيضاً) - أي كما تقدّم في قول المالك: «أعتق عبدك عني - (لا يتوقّف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم) قوله ﷺ : «النّاس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على جواز هذه الإباحة) المالكية (المطلقة، و بين أدلّة توقّف مثل العتق و البيع) والوطيء (على الملك، نظير الجمع بين الأدلّة في الملك التقديري) أنّاً في عتق الإنسان عبده عن الغير بالوكالة كما تقدّم ص ١٧٩.

ولكنّ هذه الدعوى (مدفوعة) و ذلك لما تقدّم ص ٨٤ و ص ١٧٦ (بأنّ عموم «النّاس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط النّاس على) نفس (أموالهم لا على أحكامهم، ف) ليس هذا القول مشرّعاً لجواز كلّ تصرف شكّ في مشروعيّته،

فمقتضاه: إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

و من المعلوم: أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّ على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوّض، فلا يشملهم العموم في «الناس مسلّطون على أموالهم» حتّى يثبت التنافي بينه و بين الأدلة الدالة على توقّف البيع على الملك،

أو علم عدم مشروعيّته بل (مقتضاه: إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً) فالمستفاد من قاعدة السلطنة هو أن المالك لا يكون محجوراً عن التصرف المباح شرعاً كالبيع و الهبة و العتق و أمّا أن البيع كيف يقع في الخارج فهذا لا يستفاد من عمومها.

(فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة) المقدّسة، فلا بدّ من إثبات جواز التصرف من الخارج أولاً حتّى يندرج تحت القاعدة أفهل يجوز للمالك - بحجّة عموم سلطنته على ماله - أن يتلفه بالإلقاء في البحر أو يقطع عضواً من عبده كأذنه، أو يبضّيته كما يفعل السلاطين ذلك بالعبيد في سالف الزمان لاختصاصه بحرهم.

(و من المعلوم: أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّ) كلّ منهما (على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوّض) قضاءً للمبادلة و المعاوضة كما تقدّم ص ١٨٢ (فلا يشملهم) أي بيع مال الغير لنفسه (العموم في «الناس مسلّطون على أموالهم» حتّى يثبت التنافي بينه و بين الأدلة الدالة على توقّف البيع على الملك) مثل قوله ﷺ: «لا بيع إلا

فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آنأما.

و بالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم «الناس مسلطون على أموالهم» الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للنادر.

في ملك»^(١) (فيُجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آنأما) كما جمعوا به في مثل قول الأمر: أعتق عبدك عني على ما تقدّم ص ١٧٨، و وجه عدم التنافي هو حكومة تلك الأدلة على القاعدة كما عرفت بيانه، مثل حكومة قولهم: «لا شك لكثير الشك» على أدلة أحكام الشكوك، كما مثل به سيدنا الأستاذ المروّج ﷺ في هدى الطالب ج ٢ ص ١١٢.

(و بالجملة) فحاصل الكلام أنّ (دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه)^(٢) (حاكم على عموم «الناس مسلطون على أموالهم») و رافع لموضوعه و هو الجواز؛ لأنّه يدلّ على بطلان بيع مال الغير لنفسه، أو عتقه كذلك، (الدالّ على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها) متعلّق بقوله: «إمضاء» و الضمير راجع إلى الإباحة، و (نظير) البيع، ما إذا نذر عتق عبد غيره لنفسه أو لمالكه، و ذلك فإنّ (حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد) في قوله ﷺ: «فبندرك» فيما (إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه) رافع لموضوع دليل وجوب الوفاء بالنذر و حاكم عليه، (فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للنادر)

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٣، ص ٢٣٠ عقد البيع؛ عوالى اللّثالى، ج ٣، ص ٢٤٧ و ٢٠٥.

(٢) راجع تعليقة ص ١٨١.

نعم، لو كان هناك تعارض و تزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنأماً، فتأمل.

و أما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع و العتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب

آنأماً حتى ينعقد عنه، لما عرفت من أن الجمع بين الدليلين منوط بالتنافي بينهما، ولا تنافي مع حكومة أحدهما على الآخر.

(نعم، لو كان هناك) دليلان وكان بينهما (تعارض و تزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر) كما يُحتمل ذلك بين دليل حلية مال الغير إذا كان بطيب نفسه، و بين دليل البيع عن ملك، و أشار إليه صاحب الجواهر في ج ٢٢ ص ٢١٨؛ إذ المفروض أن المالك أباح ملكه للمباح له كذلك، و هذا الدليل معارض لدليل لا يبيع إلا في ملك فـ (أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنأماً) فإن الجمع مهما أمكن أولى من الطرح، فيملك المباح له آنأماً و يقع البيع، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أن دليل حلية مال الغير بطيب نفسه أيضاً مثل دليل «الناس مسلطون على أموالهم» لا يكون مشرعاً لجواز كل تصرف شك في مشروعيته فلا يباح به إلا ما هو جائز بذاته شرعاً و الأسباب توقيفية بحكم الشرع و ليست بيد المالك كما تقدّم ص ١٨٥ فهذا الدليل أيضاً محكوم بدليل لا يبيع و لا عتق إلا في ملك.

(و أما حصول الملك) بتصرف الواهب في الهبة التي له حق الرجوع فيها كبيع عبده الموهوب من دون فسخ الهبة، فأيضاً جمعوا هناك بين الأدلة بالملك التقديري (في الآن المتعقب) - بفتح القاف بصيغة المفعول - أي الآن الذي يتعقب (بالبيع و العتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب) لأحد، و كان له حق الرجوع في الهبة كما قلنا،

أو أعتقه، فليس ملكاً تقديرياً نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميت أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملكٌ حقيقيٌ حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل، بناءً على الإكتفاء بمثل هذا في الرجوع، و ليس كذلك فيما نحن فيه.

و بالجملة، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في «أعتق عبدك عني»؛

(أو أعتقه) بعد الهبة (فليس ملكاً تقديرياً) فرضياً (نظير الملك التقديري) الفرضي (في الدية بالنسبة إلى الميت) المقتول، فإنه بعد الموت لا يملك المال حقيقةً، لأنه كالجماد، بل يملك فرضاً ليرتّب عليه آثار الملك من إيفاء ديونه وإنفاذ وصاياه و توريث وراثته، (أو) نظير (شراء العبد المعتق عليه) أي العمودين، الذي تقدّم ص ١٨٠ أنه يستفاد الملك التقديري آنأماً بدليل الإقتضاء ليرتّب عليه العتق، فليس القول بحصول الملك في هذين الموردين بمجرد الفرض، (بل هو ملكٌ حقيقيٌ حاصل قبل البيع) في المورد الأوّل (من جهة كشف البيع عن الرجوع) في هبة العبد أو عتقه (قبله) أي قبل كلّ من البيع أو العتق (في الآن المتصل) بهما (بناءً على الإكتفاء بمثل هذا في الرجوع) عن الهبة، (و ليس كذلك فيما نحن فيه) لما تقدّم من عدم التنافي بين الأدلّة حتّى يجمع بينها بالملك الحقيقي كما في رجوع الواهب ببيع هبته أو بالملك الفرضي كما في دية المقتول لما عرفت من أنّ دليل الإباحة المطلقة إمّا محكوم وإمّا مخصّص.

(و بالجملة) وخلاصة الكلام: (فما نحن فيه) من إباحة المالك جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك بالمعاطاة، لا ينطبق عليه شيء من الوجوه الثلاثة المتقدّمة في دفع الإشكال على تلك الإباحة، فأولاً (لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في) قول القائل لمالك العبد : «أعتق عبدك عني» من توكيل المالك

لتوقّفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه؛ لتوقّفه على التنافي بين دليل التسلّط و دليل توقّف العتق على الملك، و عدم حكومة الثاني على الأوّل، و لا على التملك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب و ذي الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبقَ إلّا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره.

ضمناً في بيع عبده من القائل، و في عتقه عنه بعد أن صار مالكاً له، و الوجه في عدم انطباق ذلك في المقام (لتوقّفه) أي لتوقّف الإنطباق (على القصد) من المبيع لجميع التصرفات في ملكه، بأن يقصد - ولو ضمناً - من قوله: «أبحت لك جميع التصرفات»، أنت وكيلي في بيع مالي و هبة الثمن لنفسك، أو أنت وكيلي في هبة مالي لنفسك ثمّ بيعه و تملك ثمنه، أو عتقه بعد الهبة.

كما (و لا) ينطبق المقام (على الملك) التقديري (المذكور ثانياً في شراء من ينعتق عليه) من وجود دليل شرعي على حصول الملك للمباح له بمجرد إياحة جميع التصرفات، كما هو موجود في شراء العمودين؛ و ذلك (لتوقّفه) أي الوجه الثاني (على التنافي بين دليل التسلّط) للمالك على ماله (و دليل توقّف العتق) أو البيع (على الملك، و عدم حكومة الثاني على الأوّل) حتّى يجمع بينهما بالملك آنأماً، فقد عرفت عدم التنافي بينهما من جهة الحكومة و رفع الثاني لموضوع الدليل الأوّل فلا يكون للمالك هذا النوع من السلطنة.

كما (و لا) ينطبق المقام (على التملك الضمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب) عبده الموهوب (و) كذلك بيع (ذي الخيار) ما باعه أولاً و كان له حقّ الفسخ فيه، و ذلك (لعدم تحقّق سبب الملك هنا) أي في إياحة جميع التصرفات بالمعاطاة (سابقاً) على البيع المعاطاني ولو آنأماً (بحيث يكشف البيع) أي بيع المباح له المال (عنه، فلم يبقَ إلّا) تعيّن (الحكم ببطلان الإذن) و الإياحة (في بيع ماله لغيره)

سواء صرّح بذلك كما لو قال: «بِغْ مالي لنفسك» أو «إشتر بمالي لنفسك»، أم أدخله في عموم قوله: «أَبَحْتُ لَكَ كُلَّ تَصَرُّفٍ»، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إمّا لازماً؛ بناءً على أَنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر، أو موقوفاً على الإجازة، بناءً على أَنَّ المالك لم ينو تملّك الثمن.

هذا، ولكنّ الذي يظهر من جماعة - منهم قطب الدّين

بأن خرج المال عن كيسه و دخل الثمن في ملك المباح له البائع (سواء صرّح بذلك) بالخصوص (كما لو قال: «بِغْ مالي لنفسك») بأن يكون الثمن لك» (أو) قال: «إشتر بمالي لنفسك») بأن يكون المبيع لك»، (أم أدخله) أي أدخل الإذن في البيع (في عموم قوله: «أَبَحْتُ لَكَ كُلَّ تَصَرُّفٍ») في مالي حيث إنّ معناه أذنت لك حتّى يبيعه لنفسك» (فإذا باع المباح له) مال المبيع (على هذا الوجه) من الإذن (وقع البيع للمالك) المبيع، لا له قضاءً لمفهوم المعاوضة و المبادلة كما تقدّم (إمّا) بيعاً (لازماً؛ بناءً على أَنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر) شرعاً لعدم تحقّق مفهوم المعاوضة كما ذكرنا، و المفروض أنّه مأذون في نفس أصل البيع فلا محاله يكون البيع لازماً للمالك، (أو موقوفاً على الإجازة) منه (بناءً على أَنَّ المالك) المبيع (لم ينو تملّك الثمن)؛ لزعمه دخوله في كيس المباح له، و البائع أيضاً قصد ذلك، و هو خلاف مفهوم المعاوضة، فلا بدّ في صحّة البيع من إجازة المالك بعد البيع، كما في بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه.

(هذا، ولكنّ) يناقض ما ذكرنا - من عدم جواز التصرّفات المتوقّفة على الملك بمجرد إباحة المالك جميع التصرفات - يناقضه (الذي يظهر من جماعة) من الفقهاء (منهم قطب الدّين) الرازي أبو جعفر محمّد بن محمّد البويهى الحكيم الفقيه

و الشهيد رحمته الله - في باب بيع الغاصب: أنَّ تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و أنَّه يملك المثلن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء.

و يظهر أيضاً من محكي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين

صاحب شرح الشمسية و المطالع من تلامذة العلامة و من أحفاد الشيخ الصدوق ^(١)، في حواشيه على القواعد، (و) منهم (الشهيد) الأول، أيضاً في حواشيه عليها كما في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٩٢ حيث ذكر السيد العاملي رحمته الله كلامهما في (في باب بيع الغاصب) المال المغبوب لنفسه مع علم المشتري بكونه غاصباً، كما إذا سرق ذهباً و باعه بصائع يعلم أنَّه سرقه و يسمّى بالفارسية به «مال خَر» فقالا: بـ (أنَّ تسليط المشتري) كالصائع في المثال (للبائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به) «الثمن» (شيئاً، و أنَّه يملك المثلن) في بعض النسخ «الثمن» و الظاهر أنَّه سهو من النسخ (بدفعه إليه) أي بدفع الغاصب الثمن إلى البائع؛ لأنَّه يملكه ظاهراً فتقع المعاوضة واقعاً (فليس للمالك) أي المالك الحقيقي للثلن الدافع له إلى الغاصب حقّ (إجازة هذا الشراء) و لا ردّه لأنَّه أجنبي بالنسبة إليه، فإنَّه بدفعه الثمن إلى الغاصب مع علمه بكونه غاصباً قد أباح له التصرف فيه بحيث يصير مالاً كما لما يشتري به من الأشياء.

(و) كذلك يناقض ما ذكرنا أنَّه (يظهر أيضاً من) كلام العلامة في (محكي المختلف) ج ٥ ص ٢٥٨ (حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين

(١) راجع رياض العلماء، ج ٥، ص ١٦٨؛ سفينة البحار، ج ٧، ص ٣٢٨.

مغصوبة أن له وطيء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن، فراجع.

و مقتضى ذلك: أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية، يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك؛ فتأمل. وسيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

مغصوبة) التي هي الثمن لها و البائع يعلم بأنه غاصب لهذا الثمن، فاستظهر (أن له وطيء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن) و الوطيء من التصرفات المتوقفة على الملك، (فراجع).

(و مقتضى ذلك) أي حكمهم في جواز بيع الغاصب العين المغصوبة، و جواز وطيء الجارية المشتراة بثمن مغصوب (أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله) بالتصرف بجميع أنواع التصرف - (و إن لم يكن على وجه الملكية) بل على وجه الإباحة - (يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك) أيضاً، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أن المقصود في مورد حكمهم في هذين الموضعين هو ما إذا قصد الدافع تملك الغاصب المباح له، و المفروض فيما نحن فيه ما إذا قصد الإباحة المجردة و بينها فرق واضح فكلامهم أجنبي عن المقام، كما و لعلّه إشارة إلى أن السبب في ملك البائع الغاصب للثمن، و جواز الوطيء في الفرض الثاني إنما هو لأجل كون الثمن في هذين الفرعين كلياً - حسب قصد الغاصب - فيكون البيع صحيحاً و الغاصب يملك الثمن لكأنه يشتغل ذمته بالثمن لأن ما دفعه بعنوان الثمن ليس ملكاً له فتدبر، (وسيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى) حيث إن المشتري مع العلم بعدم كون البائع مالكا، أو البائع مع العلم بعدم كون المشتري مالكا للثمن يسلط الغير على ماله، و هذا تمام الكلام في الإشكال المشترك على القسم الثالث و الرابع و هما قصد المتعاطيين الإباحة بإزاء العوض، و الإباحة بإزاء الإباحة كما تقدّم ص ١٧٦، و قد عرفت عدم اندفاعه،

و أما الكلام في صحّة الإباحة بالعوض - سواء صحّحنا إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك أم خصّصنا الإباحة بغيرها - فمحصله: أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مائيّة ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا أنّ المباح له يستحقّ التصرف؛ فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً، مع التأمّل في صدق التجارة عليها، فضلاً عن البيع،

فالتنتيجة عدم جواز إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك كالبيع و الوطيء.

(و أما الكلام في) الإشكال المختصّ على القسم الثالث و هو أصل (صحّة الإباحة بالعوض) كما تقدّم ص ١٧٦ - (سواء صحّحنا) و جوّزنا (إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك أم خصّصنا الإباحة بغيرها) فقط - فليس للمالك حقّ إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك و لا يكون تجويزه مؤثراً شرعاً، (فمحصله: أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة) - التي يحتل في المطاعم العامة حيث يُبيح صاحب المطعم التصرف في الطعام و غيره بإزاء ألف تومان مثلاً - (ليست معاوضة مائيّة) من المعاوضات المعهودة المتعارفة بين الناس كالبيع و الإجارة و الصلح (ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر) ليتحقّق المبادلة، (بل كلاهما ملك للمبيح) فقط (إلا أنّ المباح له يستحقّ التصرف) و لا يملك ما يتصرّف فيه (فيشكل الأمر فيه) أي في هذا القسم و هو الإباحة بالعوض (من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً) فلا يشمل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ المفسّر بالعهود كما تقدّم ص ١٢٢، (مع التأمّل في صدق التجارة عليها) أيضاً عرفاً ليشمله قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾، (فضلاً عن) صدق (البيع) عليها؛ لأنّه مبادلة مالٍ بمال فهو مركّب من تمليكين و هنا تملك واحد، فلا يشمل قوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾.

إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبته له لغة؛ لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: «لَكَ ما عندك و لي ما عندي»، ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين.

اللهم (إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبته له) أي لمناسبة الصلح لهذا النحو من الإباحة (لغة؛ لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح») بخصوصه، (كما يستفاد من بعض الأخبار الدالة على صحته بقول) أحد (المتصالحين): «لَكَ ما عندك و لي ما عندي»^(١) وهي صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام المتقدمة ص ١٦٩.

(و نحوه ما ورد في مصالحة الزوجين) من ترك الزوجة حقها من القسم و النفقة لئلا يطلّقها الزوج و يقال بالفارسيّة: «فقط سايه اش بر سرش باشد» وهي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾^(٢) فقال عليه السلام هي المرأة تكون عند الرجل، فيكرهها فيقول لها: إني أريد أن أطلّقك، فنقول له: لا تفعل، إني أكره أن تُشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، و ما كان سوى ذلك من شيء - أي النفقة و المهر - فهو لك، و دعني على حالتي فهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ و هذا هو الصلح»^(٣).

(١) الوسائل، ج ١٣، ص ١٦٦، الصلح.

(٢) النساء: ١٢٨.

(٣) الوسائل، ج ١٥، ص ٩٠ القسم و النشوز و الشقاق.

ولو كانت معاملةً مستقلةً كفى فيها عموم «الناس مسلّطون على أموالهم»، و «المؤمنون عند شروطهم». و على تقدير الصحة، ففي لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له، حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع، حيث إن ماله باقٍ على ملكه،

هذا و يحتمل أن تكون الإباحة بالعوض معاملةً مستقلةً كما في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٦، و قال: على أن المحكي عن الشهيد الأول في الحواشي - أي على القواعد - التصريح بأنها معاوضة مستقلة انتهى.

(ولو كانت معاملةً مستقلةً كفى فيها) أي في مشروعيتها (عموم «الناس مسلّطون على أموالهم») أقول: و يرد عليه ما أفاده سابقاً ص ٨٤ و ١٧٦ من أن مفاد الحديث: أن الناس مسلّطون على أموالهم لا على أحكام أموالهم، فلا يجوز لهم إلا ما كان مشروعاً و لا يكون الحديث مشرعاً فراجع.

(و) أيضاً كفى في مشروعيتها قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) بناءً على تعميم الشرط للشرط الابتدائي أيضاً أعني نفس التوافق و العقد غلى شيء و عدم اختصاصه بالشرط الضمني في العقود، لكنّه محلّ نظر كما يجيء في أول بحث الخيارات ان شاء الله.

(و على تقدير الصحة) لهذا النوع من الإباحة بالعوض من جهة كونه نوعاً من الصلح، أو معاملةً مستقلةً (ففي لزومها مطلقاً) أي من كلا الطرفين (لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له) فقط (حيث إنه يخرج ماله عن ملكه) بتملكه للآخر بإزاء الإباحة، دون المبيع، حيث إن ماله باقٍ على ملكه) ولو بحكم

فهو مسلط عليه؛ أو جوازها مطلقاً، وجوّه؟ أقواها أولها، ثم أوسطها.
و أما حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا في
سابقه، و الأقوى فيها أيضاً الصّحة و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛
لأصالة التسلّط.

الإستصحاب (فهو مسلط عليه؛ أو جوازها مطلقاً) أي من الطرفين فلكلّ منهما
الرجوع في هذه المعاملة (وجوّه؟ أقواها أولها) لوجوب الوفاء بجميع الشروط ولو كان
شرطاً ابتدائياً و عقداً مستقلاً و يشملهُ أيضاً قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾، (ثم أوسطها)
و هو اللزوم من طرف المباح له فقط، لتخليكه ماله للآخر فخرج عن ملكه بخلاف المبيع.
(و أما حكم) القسم الرابع من الأقسام المتصورة في المعاطاة بحسب قصد
المتعاطيين، و هو (الإباحة ب) إزاء (الإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا
في سابقه) من عدم كون الإباحة بالإباحة من المعاوضات المعهودة المتعارفة عند
الناس، و لا «من التجارة عن تراضٍ» عرفاً، فضلاً عن كونها بيعاً، (و) لكنّ (الأقوى فيها
أيضاً الصّحة و اللزوم) من الطرفين و العمل بمقتضاها، فليس لهما حقّ الرجوع في
إباحته و عدم تسلّطه عليه (للعوم) أي عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾، و قوله ﷺ:
«المؤمنون عند شروطهم» (أو) القول بـ (الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلّط) على
مالهما إذ لم يحصل ما يوجب إنتقاله عنهما فيستصحب الملك، فلكلّ منهما إسترداد ماله
لأنّه باقٍ على ملكه فهو مسلط عليه.

[الأمْر الخامس:]

في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه.

إعلم: أنَّه ذكر المحقِّق الثاني رحمته الله في جامع المقاصد - على ما حُكي عنه -: أنَّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة؛ وذلك لأنَّه إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيَّن فَعَمَلُهُ إِستحقُّ الأجرة، ولو كانت هذه إجارةً فاسدة لم يَجْزْ له العمل، ولم يستحقَّ أجرةً مع علمه بالفساد، وظاهرهم الجواز بذلك؛ وكذا لو وهب

[الأمْر الخامس] ممَّا ينبغي التنبيه عليه: أنَّه هل تختصَّ المعاطاة بالبيع ولا تجري في سائر العقود - كما لا تجري في الإيقاعات - أم لا تختصَّ به؟ فنتكلَّم هنا (في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود) كالإجارة والهبة، (و عدمه).

ف- (إعلم: أنَّه ذكر المحقِّق الثاني) الكركي رحمته الله (في جامع المقاصد) ج ٤ ص ٥٩ (على ما حُكي عنه) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨ والجواهر ج ٢٢ ص ٣٣٩ (: أنَّ في كلام بعضهم) والظاهر أنَّ المراد منه العلامة الحلي في التذكرة ج ٢ ص ٣٢٠ (ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة؛ وذلك لأنَّه) إذا أعطى داره أو محلَّه لأحد مدة معيَّنة وأخذ منه مالاً عوضاً من دون إجراء صيغة كما هو المعمول في الفنادق والأتيلات والمنازل ولا سيَّما في المشاهد المشرفة كالمشهد الرضوي وقم والمدينة المقدَّسة ومكَّة المكرمة، أو (إذا أمره) أي العامل والصانع (بعملٍ على عوضٍ معيَّن) كالبناء والنجارة والخيطة (فَعَمَلُهُ) أي الأجير ذلك العمل، (إِستحقَّ الأجرة، ولو كانت هذه إجارةً فاسدة لم يَجْزْ له العمل) لكونه تصرفاً في مال الغير من دون إذنٍ شرعيٍّ (و لم يستحقَّ أجرةً مع علمه بالفساد، و) الحال أنَّ (ظاهرهم الجواز بذلك) الإجارة المعاطاتيَّة والدليل عليه قولهم: «إِستحقَّ الأجرة»، (و كذا لو وهب)

بغير عقد، فإنَّ ظاهرهم جواز الإتلاف، ولو كانت هبةً فاسدةً لم يجز، بل مُنَع من مطلق التصرّف، و هو مُلَحَظٌ وجيه، انتهى.

و فيه: أنَّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقّق الثاني: الحكمُ بملك المأمور الأجر المعيّن على الأمر، و ملك الأمر العمل المعيّن على المأمور به، و لم نجد من صرّح به في المعاطاة.

و أمّا قوله: «لو كانت إجارةً فاسدةً، لم يَجْز له

شيئاً أو مالاً لأحد (بغير عقد) وأخذهُ المُهدى إليه كما هو المتعارف بين الناس من تُحف السفر و للعرس و شراء الدار و للولادة و أمثال ذلك، (فإنَّ ظاهرهم) تحقّق الملك له، فيتصرّف فيه تصرّف المالك في البيع و (جواز الإتلاف) بالأكل و اللبس و غير ذلك، (ولو كانت هبةً فاسدةً لم يجز) له التصرّف و الإتلاف (بل مُنَع من مطلق التصرّف) لأنّه تصرّف و اتلاف لملك الغير من غير إذن شرعي، (و هو) أي ما يقتضيه كلام بعضهم من اعتبار المعاطاة في الإجارة و الهبة (مُلَحَظٌ وجيه، انتهى) كلام المحقّق الثاني في جامع المقاصد.

(و فيه: أنَّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة) و صَحَّتْها فيها (على مذهب المحقّق الثاني) القائل بإفادة المعاطاة الملك في البيع كما تقدّم ص ٧٨ هو (الحكمُ بملك المأمور الأجر المعيّن) المقدّر بينهما (على الأمر، و) كذلك (ملك الأمر العمل المعيّن على) ذمّة (المأمور به) كما هو شأن الإجارة بالصيغة، (و لم نجد من صرّح به) أي بملك الطرفين (في المعاطاة) في الإجارة، و هذا بخلافه في البيع المعاطاتي كما تقدّم الأقوال فيه ص ٧٦.

(و أمّا) ما ذكره من الملازمة بين صحّة الإجارة المعاطاتية و بين جواز التصرّف في ملك الأمر و عدم جوازه مع فسادها بـ (قوله: «لو كانت إجارةً فاسدةً، لم يَجْز له

العمل»، فموضع نظر؛ لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرّفاً في عينٍ من أموال المستأجر.

و قوله: «لم يستحق أجره مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت أجره المثل، لأنّه لم يقصد التبرع و إنّما قصد عوضاً لم يسلم له. و أمّا مسألة الهبة، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها.

العمل»، فموضع نظر) و إشكال (لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل) و التصرف في مال الآمر، و ذلك لأنّه أذن هو بنفسه التصرف فيه بناءً على أنّ المعاطاة مفيدة للإباحة في التصرف لا الملك كما هو مذهب القدماء (سيّما إذا لم يكن العمل تصرّفاً في عينٍ من أموال المستأجر) كما إذا استأجر شخصاً بالمعاطاة لبناء مسجد أو كنّسه، أو لحيازة شيءٍ من المباحات كصيد السمك، أو الطير، أو جمع الملح من صحراء قم و أمثال ذلك، فليس هناك تصرف في أموال المستأجر أصلاً.

(و) يرد على ما ذكره ثالثاً أنّ (قوله: «لم يستحق أجره مع علمه بالفساد»، ممنوع) أيضاً؛ (لأنّ الظاهر) بحسب القاعدة (ثبوت أجره المثل) للعامل و إن كانت الإجارة باطلّة (لأنّه لم يقصد التبرع) بعمله و قد فعّله بأمر المستأجر و يقال بالفارسيّة: «عاشق چشم و ابرو نبوده» (و إنّما قصد عوضاً) معيّناً مسمّى (و لم يسلم له) بحسب حكم الشارع فهو يستحقّ أجره المثل لعمله، هذا كلّ في مسألة الإجارة.

(و أمّا مسألة الهبة) المعاطاتية الفاقدة للصيغة، (فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب) الّذي حكم به بعض الأصحاب (لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها) كما

إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة؛ فإن جماعة - كالشيخ والحلي والعلامة - صرحوا: بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، لكن المحقق الثاني رحمته الله ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجردة، وتوقف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول، كاد أن يكون متفقاً عليه، كما يظهر من المسالك.

استظهره المحقق الثاني إذ لا يستكشف من جواز الإتلاف صحة هذه الهبة وكونها مملّكة للمباح له، لأن الجواز أعم من ذلك، إذ يمكن أن يأذن المالك في إتلاف ماله من دون تمليكه للمتلف كما في إباحة الطعام والشراب للضيف فجواز الإتلاف لا يستلزم تمليك الواهب للموهوب **(إلا إذا قلنا في المعاطاة) في البيع (بالإباحة)** التعبدية الشرعية دون الإباحة المالكية كما عليه القدماء، خلافاً للمحقق الثاني القائل بالملك كما تقدّم **(فإن جماعة كالشيخ) الطوسي في المبسوط ج ٣ ص ٣١٥ (و) ابن إدريس (الحلي) في السرائر ج ٣ ص ١٧٧، (و العلامة) في القواعد ج ١ ص ٢٧٤ (صرحوا: بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك) فحينئذ يدلّ جواز الإتلاف على جريان المعاطاة في الهبة الفاقدة للصيغة كالبيع، (لكن المحقق الثاني رحمته الله ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجردة) عن الملك كما تقدّم ص ٧٨ و ٨١، (و توقف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول، كاد أن يكون متفقاً عليه) بين الأصحاب **(كما يظهر من) كلام الشهيد الثاني رحمته الله في (المسالك) ج ٦ ص ١٠** حيث قال: «و ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدلّ على إيجابها و قبولها لا يفيد الملك بل مجرد الإباحة، حتى لو كانت جارية لم يحلّ له الإستمتاع بها» انتهى.**

و ممّا ذكرنا يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف».

هذا، ولكنّ الأظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الإجارة و الهبة؛ لكون الفعل مفيداً للتملك فيهما. و ظاهر المحكيّ عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره، حيث قال في باب الرهن: «إنّ الخلاف في الإكتفاء فيه بالمعاطاة، و الإستيجاب و الإيجاب عليه المذكور في البيع آتٍ هنا» انتهى.

(و ممّا ذكرنا) من عدم دلالة جواز الإتلاف في الهبة الفاسدة على جريان المعاطاة في الهبة، (يظهر المنع في قوله) أي المحقّق الثاني: «ولو كانت هبة فاسدة...» (بل) مُنع من (مطلق التصرف) و ذلك لأنّ فساد الهبة و عدم ترتّب الملك عليها لا يستلزم المنع عن مطلق التصرف؛ إذ المفروض أنّ المالك أجاز ذلك، و القائلين بإفادة المعاطاة للإباحة يجوزون التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتّى التصرفات المتوقّفة على الملك كما تقدّم ص ٨٦ مفصلاً.

(هذا، ولكنّ الأظهر) مع جميع ما ذكرناه من الإشكال على المحقّق الثاني، كفاية المعاطاة أي الإنشاء الفعلي في مطلق العقود (بناءً على جريان المعاطاة في البيع) فالظاهر (جريانها في غيره من الإجارة و الهبة؛ لكون الفعل مفيداً للتملك فيهما) وفاقاً للمحقّق الثاني.

(و ظاهر المحكيّ عن) العلامة في (التذكرة) ج ٢ ص ١٢ (عدم القول بالفصل بين البيع و غيره) من العقود و الحاكي هو السيّد العاملي رحمه الله في مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٧٢، فمن قال بها في البيع قال بها في غيره أيضاً، (حيث قال) أي العلامة (في باب الرهن: «إنّ الخلاف في الإكتفاء فيه بالمعاطاة») بأن يأخذ ديناً و جعل له رهناً، (و) كذا (الإستيجاب) المتقدّم من المرتهن الدائن (و الإيجاب) المتأخّر (عليه) من الراهن المديون (المذكور) ذلك الخلاف (في البيع آتٍ هنا) أي في الرهن أيضاً (انتهى)

لكن استشكله في محكيّ جامع المقاصد: بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا.

و لعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحة، أو الملكيّة الجائزة - على الخلاف - و الأوّل غير متصوّر هنا؛ و أمّا الجواز فكذلك؛ لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظة أنّه لا يُتصوّر هنا مايوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة

كلام العلامة في التذكرة.

(لكن استشكله) أي الإجماع المركّب و القول بجريان المعاطاة في الرهن المحقّق الثاني (في محكيّ جامع المقاصد) ج ٥ ص ٤٥ : (بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا) فإنّه لم يثبت إجماع بالمعاطاة في الرهن، وأصالة الفساد تقتضى فساد المعاملة المعاطاتية إلّا ما خرج بالدليل.

(و لعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها) أي المعاطاة (هناك) أي في البيع (إمّا مفيدة للإباحة، أو الملكيّة الجائزة) المتزلّزة (- على الخلاف - و الأوّل غير متصوّر هنا) لأنّ مقتضى كون الرهن وثيقةً للدين عدم جواز إبطال الرهن من قبّل الراهن مع أنّ مقتضى الإباحة جواز ذلك (و أمّا الجواز) أي جواز الرهن و التزلزل من قبّل الراهن المالك (فكذلك) أي غير متصوّر في الرهن أيضاً، (لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن) فإنّه عبارة عمّا هو وثيقة للدين، فلو كان جائزاً و أبطل الراهن الرهن لم يبق للمرتهن شيءٌ يعتمد عليه في إيفاء دينه منه، (خصوصاً بملاحظة أنّه لا يُتصوّر هنا) أي في الرهن (مايوجب رجوعها) أي المعاطاة (إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة

في بعض الأحيان؛ و إن جعلناها مفيدةً للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللَّفْظ.

و كأنّ هذا هو الذي دعا المحقّق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض، و الاستشكال في الرهن.

نعم، من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمة على اللَّفْظ، أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين، فلا يشمل الرهن

في بعض الأحيان) أي بعد طرؤ الزوم و عدم وصول الدّين، (و إن جعلناها) أي المعاطاة في الرهن (مفيدةً للزوم) من أوّل الأمر بلا حاجة إلى عروض الملزم (كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللَّفْظ) سواء كان لزومها من الطرفين كالبيع أو من طرف واحد كما في الرهن فإنّ لزومه من طرف الراهن فقط.

(و كأنّ هذا) الإشكال في معاطاة الرهن من منافاة القول بالإباحة أو الجواز لأصل تشريع الرهن من كونه وثيقةً للدين (هو الذي دعا المحقّق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض) كما تقدّم كلامه في الأوّل ص ١٩٧ أول الأمر الخامس، و في القرض قاله في جامع المقاصد ج ٥ ص ٢٠ (والإشكال في الرهن).

(نعم) لو فرضنا في الرهن المعاطاتي للزوم من أوّل الأمر كالعقدي و قلنا بأنّ المحقق الثاني من جملة (من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمة على اللَّفْظ) فقال باللزوم في الرهن المعاطاتي خلافاً للمشهور، (أو حمل تلك العقود) المتفق فيها ذلك (على اللازمة من الطرفين) كالبيع و الإجارة (فلا يشمل الرهن) لكونه لازماً من طرف الراهن فقط، و أمّا المرتهن

و لذا جَوُز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كـ «خُذْهُ» و الجملة الخبرية -، أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدلة الرهن، و لم يَقُمْ هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات.

و لأجل ما ذكرنا في الرهن يُمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفي فيه

فيجوز له فسخه متى شاء، (و لذا جَوُز بعضهم الإيجاب) في الرهن (بلفظ الأمر كـ «خُذْهُ» رهنًا، (و) كذلك بـ (الجملة الخبرية)، كقول الراهن: «هذا رهن على مالك، أو عندك» كالشهاد الأول في الدروس ج ٣ ص ٢٨٣ كتاب الرهن، و بالجملة لو فرضنا ذلك (أمكن أن يقول) المحقق (بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم) من أول الأمر (لإطلاق بعض أدلة الرهن) الشامل للقولي و المعاطاتي كقوله تعالى: ﴿فَرَهَان مَقْبُوضَةً﴾^(١) و كصحيحة عبدالله بن سنان «في حديث» قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام في الحيوان و الطعام و يرتهن الرجل بماله رهنًا، قال: نعم إستوثق من مالك»^(٢) فجَوُز عليه السلام على الإطلاق أخذ الوثيقة على المبيع سلمًا سواء في الرهن القولي أو الفعلي، (و لم يَقُمْ هنا) أي في الرهن المعاطاتي (إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات) المعاطاتية كالبيع و الإجارة و الصلح و غيرها، فالمقتضي لصحة الرهن المعاطاتي و ترتب اللزوم عليه من أول الأمر موجود و المانع مفقود فيؤثر المقتضي في المقتضى.

(و لأجل ما ذكرنا في الرهن) من توقّف العقود اللازمة على اللفظ و عدم كفاية المعاطاة في إفادة اللزوم (يُمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفي فيه

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) الوسائل، ج ١٣، ص ١٢١، الرهن.

بالإقباض؛ لأنَّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللَّفْظ، و الجواز غير معروفٍ في الوقف من الشارع؛ فتأمّل.

نعم، يظهر «احتمَل - خ د» الإكتفاء بغير اللَّفْظ في باب وقف المساجد من الذِّكْرَى تبعاً للشيخ رحمه الله.

بالإقباض) من قَبْلِ الواقف و القبض من الموقوف عليه (لأنَّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللَّفْظ).

فإن قلت: لا مانع من الإلتزام بالجواز في الوقف فللواقف الرجوع فيه و فسخه متى شاء، قلنا: (و الجواز غير معروفٍ في الوقف من الشارع) فإنَّهم عرّفوه بأنّه: تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة، و التحبيس دالٌّ على الدوام و هو لا يجامع مع الجواز المقتضي للفسخ، (فتأمّل) لعلّه إشارة إلى أنّ عدم كون الجواز معروفاً إنّما هو في الوقف بالصيغة، و أمّا الوقف المعاطاتي فلم يشتهر فيه ذلك، أو لعلّه إشارة إلى أنّه لا مانع من الإلتزام بجواز الوقف و لا ينافي الجواز للتحبيس، و الدليل على ذلك جواز اشتراط الرجوع فيه، كما ذكر في كتاب الوقف، إلّا أن يقال: إنّ المراد من لزوم الوقف و عدم الجواز هو اللزوم الذاتي لولا الشرط فتدبر.

(نعم، يظهر «احتمَل - خ د») الشهيد الأوّل (الإكتفاء بغير اللَّفْظ في باب وقف المساجد من الذِّكْرَى) ص ١٥٨ (تبعاً للشيخ) الطوسي (رحمه الله) في المبسوط ج ١ ص ١٦٢، فإذا أذن المالك للناس الصلاة في ملكه، أو صلّى هو بقصد المسجديّة يكفي في تحقّق الوقف للمسجد و لا يحتاج إلى إجراء صيغة الوقف، قال الشهيد رحمه الله: إنّما تصير البقعة مسجداً بالوقف إمّا بصيغة: «وقفت» و شبهها، و إمّا بقوله: جعلته مسجداً، أو بإذن في الصلاة فيه بنية المسجديّة، ثمّ صلّوا، أمكن صيرورته مسجداً، لأنّ مُعَظَم المساجد في الإسلام على هذه الصورة، انتهى.

ثُمَّ إِنَّ الْمُتْلِزَّ لِلْمَعَاوَةِ فِيمَا تَجْرِي فِيهِ مِنَ الْعُقُودِ الْآخَرِ هُوَ الْمُتْلِزُّ فِي
بَابِ الْبَيْعِ، كَمَا سَنَنْبَهُ بِهِ بَعْدَ هَذَا الْأَمْرِ.

أقول: وكذلك الحال في متعلقاتها من الفُرُش والأدوات، وكذلك في الحسينيات والمدارس العلمية والمستشفيات والقناطر وغيرها.

(ثُمَّ إِنَّ الْمُتْلِزَّ لِلْمَعَاوَةِ فِيمَا تَجْرِي فِيهِ مِنَ الْعُقُودِ الْآخَرِ) كَالِإِجَارَةِ وَ
الصِّلَحِ وَالهَبَةِ إِذَا قُلْنَا بِجَرَيَانِهَا فِيهَا (هُوَ الْمُتْلِزُّ فِي بَابِ الْبَيْعِ) الْمَعَاوَاتِي مِنْ تَلَفِ أَحَدِ
الْعُوضِينَ أَوْ التَّصَرُّفِ فِيهِ، بِنَاءً عَلَى إِفَادَتِهَا فِيهِ الْإِبَاحَةَ الْمَجْرُودَةَ، أَوِ الْمَلِكِ الْمُتَزَلِّزَ، (كَمَا
سَنَنْبَهُ بِهِ بَعْدَ هَذَا الْأَمْرِ) فِي الْأَمْرِ السَّادِسِ.

الأمر السادس:

في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة.
 أعلم: أنَّ الأصل على القول بالملك للزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة.

و أما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلط النَّاس على أموالهم، و أصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة،

(الأمر السادس) ممّا ينبغي التنبيه عليه (في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك) المتزلزل الذي قال به المحقق الثاني الكركي، (و القول بالإباحة) الذي ذهب إليه المشهور من القدماء و بعض المتأخرين، و أمّا على القول المنسوب إلى الشيخ المفيد رحمه الله الذي اختاره المصنف رحمه الله فيما تقدّم ص ١٠٩ بقوله: «أوفقها بالقواعد هو الأول - أي الملك اللازم - بناءً على أصالة اللزوم في الملك ... الخ فلا مجال عليه للبحث عن الملزمات كما هو واضح.

فـ (إعلم: أنَّ) مقتضى (الأصل) اللفظي و العملي كما سيجيء بيانه (على القول بالملك) الذي قوّينه فيما تقدّم ص ٨١ تبعاً للمحقق الثاني: بقولنا: «و لا يخلو عن قوّة للسيرة المستمرة ... الخ و قولنا ص ١٠٩: «فالقول الثاني - أي الملك - لا يخلو عن قوّة ... الخ، و بالجملة فمقتضى الأصل في الملك هو (اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة) ص ١٠٩ و ما بعده فراجع.

(و أما على القول بالإباحة فـ) مقتضى (الأصل) اللفظي هو (عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلط النَّاس على أموالهم، و) كذلك (أصالة) بقاء (سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة) فإنّا نشكّ فيها بعدها فنستصحب بقاء السلطنة لأنّ أركان الإستصحاب «من اليقين السابق و الشكّ اللاحق» تامة لأنّه من موارد الشكّ

و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك، لو سُلّم جريانها.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين ملزّم إجماعاً - على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر - أمّا على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه من مال ماله

في رافعية الموجود - كالخفقة مع اليقين بالطهارة» والإستصحاب حجة هنا قطعاً، (و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك) فإنّ مقتضى بقاء السلطنة جواز الرجوع في المعاطة ومعه يرتفع الإباحة لا محالة، (لو سُلّم جريانها) أي أصالة الإباحة، والتعبير بـ «لو» الشرطيّة إشارة إلى أنّ الإباحة متقوّمة بإذن المالك وإجازته فإذا رجع المالك فيها فلا موضوع لها وينتهي أمدها فلا شك في رفعها كي يستصحب و يجيء تفصيل هذا أوّل الخيارات. إلّا أن يقال إنّ الإباحة الموجودة في المعاطة إباحة شرعيّة كما تقدّم لا إباحة مالكيّة، فهي تجري بعد رجوع المالك أيضاً لكنّها محكومة بأصالة سلطنة المالك على الرجوع.

(إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين) جميعاً (ملزّم) للمعاطة (إجماعاً على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر) فالإلزام بالتلف ظاهر بعضها، و صريح بعضها الآخر، قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٧: «و ليعلم أنّه لا إشكال و لا خلاف عندهم في أنّه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً و إنّما الكلام في تلف إحديهما انتهى، و قريب منها عبارة المحدث البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٢٦، و صاحب الجواهر الشيخ محمّد حسن النجفي ج ٢٢ ص ٢٣٠ و السيّد المجاهد الطباطبائي في المناهل ص ٢٦٩.

(أمّا على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه) أي المأخوذ بالمعاطة (من مال ماله) لأنّه باقٍ على ملكه بعد المعاطة و إنّما يجوز للأخذ التصرف فيه ولو بالإتلاف،

و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء.

و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت من أصالة اللزوم، و المتيقن من مخالفتها جواز تراءد العينين، و حيث ارتفع مورد التراءد امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف؛ لأنّ ذلك الجواز

فبتلفهما يمتنع الرجوع و التراءد من الطرفين، (و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه) فلزمت المعاطاة إذ ليس لكل منهما مطالبة صاحبه بشيء كما يقال بالفارسية: «نه خانی آمد و نه خانی رفت» (و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا) لاستقرار يد كل منهما على مال صاحبه (مندفع بما سيجيء) ص ٢١٣ من أنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان قطعاً، بل ولا بعده.

هذا كله على القول بالإباحة، (و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت) ص ١٠٩ و ٢٠٧ (من أصالة اللزوم) في الملك، (و المتيقن من مخالفتها) بأن يقال في المعاطاة بالملك الجائز المتزلزل، هو مورد (جواز تراءد العينين) و إمكانه و هو صورة بقائهما (و حيث ارتفع مورد التراءد) بتلف العينين (إمتنع) الحكم به لعدم القدرة عليه. فإن قيل قد ثبت بالإجماع بأن المعاطاة مفيدة للملك الجائز، فيجوز الرجوع فيها قبل تلف العوضين و نشكّ فيه بعد التلف فنستصحب الجواز، كما هو الحال في العقد الجائز بسبب أحد الخيارين كالثلاثة الحيوان، و العيب، و الشرط، و غيرها، حيث يثبت الخيار بالفسخ حتى بعد التلف لكنّه يُستردّ البدل من المثل أو القيمة.

قلنا: (و لم يثبت قبل التلف) في المعاطاة (جواز المعاملة) وإثبات حقّ الفسخ على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف؛ لأنّ ذلك الجواز

من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقاءه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما، بخلاف ما نحن فيه، فإنَّ الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبقى بعد التلف متعلّق الجواز، بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع التّراد، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة.

هذا، مع أنّ الشكّ في أنّ متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين،

أي في العقد الخياري (من عوارض العقد لا العوضين) بمعنى أنّ لصاحب الخيار حقّ حلّ العقد بالفسخ بمقتضى أدلّة الخيارات اللفظيّة (فلا مانع من بقاءه) بعد التلف بمقتضى إطلاق الأدلّة، وهذا بخلاف الجواز في المعاطاة فإنّه بمعنى حكم الشارع بتملّك الرجوع بالعوض، فهو قائم بوجوده و مع تلفه لم يكن موضوع لهذا الحكم ولا شكّ في ارتفاعه، فلا معنى للإستصحاب.

(بل) في بقاء حقّ الخيار بفسخ العقد لا نحتاج إلى الإستصحاب لأنّه (لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما) أي العوضين (بخلاف ما نحن فيه) من المعاطاة (فإنّ الجواز فيه هنا) ثابت بالإجماع الذي هو دليل بُي، و من عوارض العينين (بمعنى جواز الرجوع في العين) كما ذكرنا، (نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة) و استردادها مع بقاءها، (فلا يبقى بعد التلف متعلّق الجواز) للإسترداد (بل) عدم جواز الرجوع هنا أولى من الهبة فإنّ (الجواز هنا يتعلّق بموضوع التّراد) الذي هو من باب التفاعل قائم بالطرفين جميعاً و (لا) يتعلّق بـ (مطلق الرجوع الثابت في الهبة) فإنّه متقومّ بعين واحدة.

(هذا، مع أنّ الشكّ في أنّ متعلّق الجواز) و الفسخ (هل هو أصل المعاملة) كما في العقد الخياري حتّى أمكن وجوده بعد تلف العينين، (أو الرجوع في العين)

أو تراّد العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإنّ المتيقّن تعلّقه بالتراّد، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراّد العينين الذي لا يتحقّق إلاّ مع بقائهما.

و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك. و أمّا على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا - وفاقاً لبعض معاصريه،

كما في الهبة، (أو تراّد العينين) كما في المعاطاة؟ حتّى لا يتصوّر هنا لعدم إمكانه بالتلف، فنفس هذا الشكّ و التردد (يمنع من استصحابه) أي استصحاب جواز الفسخ، لعدم إحراز الموضوع الذي هو لا بدّ منه في الاستصحاب (فإنّ المتيقّن تعلّقه) و وجوده (بالتراّد، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم) في الملك (على ثبوت أزيد من) إمكان و (جواز تراّد العينين الذي لا يتحقّق) و لا يتصوّر وجوده (إلاّ مع بقائهما) فمع تلفهما نقطع بانتفاء موضوع الاستصحاب.

هذا تمام الكلام في مورد تلف كلا العينين في المعاطاة، (و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك) إذ الترادّ حينئذٍ متعذّر أيضاً، و بالجملة، فبناءً على إفادة المعاطاة الملك كما عليه المحقّق الكركي و اختاره الشيخ رحمه الله فلا إشكال في تحقّق اللزوم بتلف أحد العوضين أو بتلف بعض أحدهما كأكل المشتري مقداراً من الحنطة المأخوذة بالمعاطاة و ذلك لما عرفت من أنّ موضوع جواز فسخها و استرداد المبيع أو الثمن هو تراّد العوضين، فينتفي ذلك بتلفهما أو تلف أحدهما أو بعض أحدهما.

(و أمّا على القول بـ) إفادة المعاطاة (الإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا) و هو السيّد محمّد المجاهد الطباطبائي في المناهل ص ٢٦٩، (وفاقاً لبعض معاصريه)

تبعاً للمسالك - أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها.

و فيه: أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف «عنده - خ د» أو قيمته،

و هو الفاضل المولى أحمد النراقي استاذ الشيخ، في المستند ج ٢ ص ٣٦٣ (تبعاً لـ) الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٣ ص ١٤٩ فاستوجه بقاء الإباحة على حالها و (أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها) بحكم الإستصحاب، و عموم قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» فيجوز له الرجوع فيها و عليه ردّ بدل العوض التالف عنده من المثل أو القيمة؛ لأنّه مَلِكُهَا قبل التلف آنبأً كما تقدّم، فعليه بدله، و احتمل الفاضل النراقي التفصيل بين كون المتلف هو صاحب العين الموجودة، فعليه البدل، و بين غيره فليس على صاحب الموجودة شيء، لبراءة ذمته عنه. أقول: و لا يخفى عليك أنّ الحكم ببقاء الإباحة مع تلف إحدى العينين من الأفاضل الثلاثة إنّما هو على نحو الإحتمال دون الإختيار له - كما هو ظاهر قول الشيخ بقوله: «فقد استوجه ... الخ»^(١).

(و فيه) أي في توجيه بعض مشايخنا (أنّها) أي أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة (معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف «عنده - خ د» أو قيمته) فإنّه لو كان له حقّ الرجوع إلى العين الموجودة فلا محالة يكون ضامناً للعوض التالف عنده لأنّه بدله و عوضه مع أنّ الأصل براءة ذمته عنه فيتعارض الأصلان و يتساقطان فليس له سلطنة الرجوع.

(١) راجع الكتب الثلاثة المشار إليها، أو كتاب هدى الطالب، ج ٢، ص ١٩٣ لسيدنا الاستاذ المروّج .

و التمسك بعموم «على اليد» هنا في غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يُرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة،

فإن قلت: الدليل على ضمانه للبدل هو عموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١) و هو دليل اجتهادي حاكم على أصالة البرائة، قلنا: (و التمسك بعموم «على اليد» هنا) أي في باب المعاطاة بناءً على إفادتها الإباحة (في غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين) كانت يدّاً أمانيّة و (لم تكن يد ضمان) لكونها مقرّنة بإذن الشارع أو المالك في التلف فلا تكون ضامنةً، (بل ولا بعده) «تلف» (إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يُرد الرجوع) إلى عوضه الموجود (إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع) بقصد فسخ المعاطاة لاحتمال كون إرادة الرجوع توجب انقلاب اليد الأمانيّة إلى العدوانيّة، (و) الحاصل (ليس هذا) المقام (من مقتضى «اليد» قطعاً) لأنّه قبل التلف يدّاً أمانيّة، و بعده لا يكون يدٌ حتّى يحكم بضمانها، لأنّ المأخوذ معدوم.

(هذا، و لكن يمكن أن يقال) انتصاراً لتوجيه بعض مشايخنا (: إنّ أصالة بقاء السلطنة) لمالك العين الموجودة (حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة) و رافعة لموضوعها رأساً، لأنّه أصل سببي و أصالة عدم الضمان أصل مسببي

(١) المستدرك، ج ١٤، ص ٧ الوديعة؛ عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦ و ص ٣٨٩، ح ٢٢ و سيأتي الكلام في الحديث ص ٣٨٣ سنداً و دلالة.

مع أَنَّ ضمان التالف ببذله معلومٌ، إِلَّا أَنَّ الكلام في أَنَّ البذل هو البذل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة، أو البذل الجعلي، أعني العين الموجودة، فلا أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أَنَّ عموم «النَّاسُ مسلَّطون على أموالهم» يدلُّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بذله الحقيقي، وهو المثل، أو القيمة؛ فتدبر.

لأنَّه إذا رجع المالك بعين ماله الموجود فبالطبع تنهدم المعاطة ويكون هو ضامناً لبذله الذي أخذه، وليس هنا شكٌ في ذلك فهذا قال الشيخ رحمه الله: (مع أَنَّ ضمان التالف ببذله معلومٌ) لأنَّه كان بدلاً وعوضاً عمّا هو موجود فعلاً، (إِلَّا أَنَّ الكلام في أَنَّ البذل هو البذل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة) الواقعية (أو البذل الجعلي) المسمّى (أعني العين الموجودة) فلا حقّ لمالكه الرجوع بها، (فلا أصل) أي البرائة.

(هذا، مضافاً إلى ما قد يقال) - في وجه بقاء الإباحة بعد تلف أحد العوضين - مع عدم الإحتياج إلى استصحاب بقاء حقّ الرجوع (من أَنَّ عموم «النَّاسُ مسلَّطون على أموالهم») الذي هو دليل اجتهادي، (يدلُّ على) بقاء (السلطنة على) كلا المالين لكلٍّ من المالكين فمالك (المال الموجود) مسلَّطٌ (بأخذه، و) مالك المال التالف مسلَّطٌ (على المال التالف بأخذ بذله الحقيقي، وهو المثل) في المثلي (أو القيمة) في القيمي، فلا تصل النوبة مع وجود الدليل الإجتهادي إلى الأصول والإستصحاب، (فتدبر) لعلَّه إشارة إلى أَنَّ عموم «تسلَّط الناس على أموالهم» لا تشمل المال التالف لأنَّه تسلَّط على الشيء المعدوم - إلّا باعتبار التسلَّط على البذل - ولم يستدلَّ به أحد من العلماء على الضمان في الموارد التي تمسَّكوا لها بقاعدة «اليد»، وقاعدة «مَنْ أَلْف».

هذا تمام الكلام في الملزم الأوَّل للمعاطة وهو تلف العوضين أو أحدهما

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته، فيسقط عنه؛ والظاهر أنه في حكم التالف؛ لأن الساقط لا يعود، و يحتمل العود، و هو ضعيف؛ والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة؛

(ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين) بناءً على صحة بيع الدين ممن هو عليه، كما عليه الإجماع، كما إذا باع المديون كتابه بالمعاطاة ممن يطلب منه ألف تومان (فعلى القول بالملك يملكه) أي يملك البائع المديون، الدين أعني ألف تومان في المثال (من في ذمته) أي في ذمة نفسه، وبالنتيجة (فيسقط عنه) الدين، و يفرغ ذمته عن ألف تومان في المثال بالتهاتر، فلا يكون مديوناً بعد، و يقال بالفارسية: «اين، به آن، در» و قال شاعرهم:

سایه معشوق اگر افتاد بر عاشق چه سود ما به او، محتاج بودیم، او به ما مشتاق بود
(والظاهر أنه) أي الدين الذي سقط عن ذمة المديون (في حكم التالف؛ لأن الساقط) عن الذمة (لا يعود) في الذمة ثانياً، فتصير المعاطاة لازمة لأن تلف أحد العوضين و ما هو بحكمه ملزم لها كما تقدّم، فلا حق للرجوع في المعاطاة لمالك العوض الموجود و هو مالك الكتاب في المثال أعني المديون في أخذ الكتاب، (و يحتمل العود) في الذمة ثانياً برجع المديون في المعاطاة بأخذ الكتاب في المثال فيكون البائع له مديوناً ثانياً، وذلك لأن الذمة أمر باقٍ في عالم الاعتبار فكأنه لم يتلف العوض حتى تصير المعاطاة لازمة، (و هو) احتمال (ضعيف) لأنه من إعادة الشيء المعلوم، فإن المفروض أن الذمة قد فرغت عن الدين فكأنه تلف الدين، و على فرض الشك في ذلك، فيكفي إستصحاب عدم العود، لأنه قبل الرجوع في المعاطاة بأخذ الكتاب في المثال كانت ذمته فارغة و نشك في اشتغالها بعد الرجوع، و الأصل عدمه فلا يكون الرجوع مؤثراً، (و الظاهر أن الحكم كذلك) أي تكون المعاطاة لازمة بسقوط الدين عن الذمة (على القول بالإباحة)،

فافهم.

ولو نُقِلَ العينان أو إحداهما بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع التراد، وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا: بإباحة التصرفات الناقلة. ولو عادت العين بفسخ،

فليس له حق الرجوع بالعوض الموجود الذي كان عوض الدين (فافهم) لعلّه إشارة إلى أنّه لا معنى لإباحة التصرف في الدين إلّا بجعله ثمناً لشيء كالكتاب في المثال المتقدم، أو بيعه بشيء، فعلى القول بالإباحة لا تجري المعاطاة في الدين.

(ولو نُقِلَ العينان أو إحداهما) عن ملك المتعاطيين (بعقدٍ لازم) كالبيع و الوقف والهبة، (فهو كالتلف) في كونه ملزماً للمعاطاة أيضاً (على القول بالملك؛ لامتناع التراد) بعد النقل فليس له الرجوع بالمعاطاة، ولا بالرجوع إلى العين الموجودة في فرض نقل إحداهما، قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٧: «وفي تعليق الإرشاد والميسية والمسالك والروضة أنّ في معنى التلف نقلهما عن الملك بوجه لازم ... الخ» انتهى، وقال الشهيد الثاني في المسالك ج ٣ ص ١٥٠: «لو نُقِلَ أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازماً كالبيع والهبة - بعد القبض - والوقف والعق فكالتلف، وإن كان جائزاً كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنّه كذلك لصدق انتقال الملك عنه، فيكون كالتلف، انتهى، (و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا: بإباحة) جميع (التصرفات) حتى (الناقلة)، وأما على القول بعدم جوازها كما حكي عن الشهيد في حواشيه على القواعد من عدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الزكاة والخمس والهدي كما تقدّم ص ١٥٤ فلا تلزم المعاطاة لبقاء إمكان التراد، فللمالك استرداد ماله لكون تصرف المباح له تصرفاً في مال الغير فيندرج في باب الفضولي.

(ولو) خرجت العين المأخوذة بالمعاطاة عن ملك الآخذ بعقد لازم كالبيع، ولكن (عادت العين) إلى الآخذ (ب) سبب (فسخ) لذلك العقد بخيار فيه لعيب أو غيب

ففي جواز الترادّ على القول بالملك؛ لإمكانه فيستصحب، و عدمه؛ لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكة، وجهان، أجودهما ذلك؛ إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقولٍ مطلق، بل المتيقّن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرّز في الإستصحاب.

و كذا على القول بالإباحة؛ لأنّ التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف،

مثلاً، أو عادت بتقابل، أو بمعاملة جديدة - بأن باع المشتري في بيع جديد المبيع للبائع - فصار البائع الذي هو الآخذ للعوض في المعاظة مالكا له ثانياً (ففي جواز الترادّ) للعوضين في المعاظة حينئذٍ (على القول بالملك؛ لإمكانه) بعد تملّكهما للعوضين ثانياً (فيستصحب) إذ بعد عود العوضين نشكّ في جواز الترادّ الذي كان ثابتاً قبل نقلهما فيستصحب، ومنشأ الشك هو تخلّل عدم إمكانه، والمفروض أنّه ارتفع المانع فيستصحب الجواز، (و) لكن يحتمل (عدمه) أي جواز الترادّ وإجراء أصالة اللزوم في الملك (لأنّ المتيقّن من) الحكم - (الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكة) الآخذ بالمعاظة (وجهان، أجودهما ذلك) أي عدم الترادّ، فيكون الملك لازماً (إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز الترادّ بقولٍ مطلق) سواء استمرّ ملك المتعاطيين أم انقطع في بعض الزمان، (بل المتيقّن منه غير ذلك) و هو مورد عدم تخلّل خروج العوضين عن ملك المتعاطيين و استمراره في ملكهما، (فالموضوع غير محرّز في الإستصحاب) لاحتمال دخالة استمرار الملك فيه.

(و كذا) لا يجوز الرجوع بالترادّ بعد عود العوضين إلى المتعاطيين (على القول بالإباحة) في المعاظة؛ (لأنّ التصرّف الناقل) عن المتعاطيين (يكشف عن سبق الملك للمتصرّف) آتائاً فلا وجه لاستصحاب سلطنة المالك الأوّل للقطع بزوالها بانتقال

فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها.

نعم لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا إرتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول،

المال إلى المباح له (فيرجع بالفسخ إلى ملك) المالك (الثاني) المباح له، (فلا دليل على زواله) بالرجوع في المعاطاة، (بل الحكم) بعدم جواز الرجوع بالتراذ بعد الفسخ (هنا) أي على القول بالإباحة (أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقق جواز التراد) الثابت (في السابق) أي على القول بالملك (هنا) أي على القول بالإباحة (حتى يستصحب) بعد عود الملك، (بل المحقق) قبل المعاملة و فسخها هو (أصالة بقاء سلطنة المالك الأول) المبيع للتصرف في ماله (المقطوع بانتفائها) بالتصرف الناقل من قبل المباح له الذي صار مالكاً ثانياً، الراجع لملكية المالك الأول فلا يكون هنا موضوع للتراذ أصلاً حتى يستصحب.

(نعم) يمكن القول بجواز التراد بعد الفسخ على القول بالإباحة أيضاً (لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك) للمباح له و السبب لذلك (هو العقد الناقل) للمال منه - كالبيع - الذي أوقعه مع مشتريه، (إذا فرضنا إرتفاعه بالفسخ) إرتفع السبب لملكية المباح له و (عاد الملك إلى المالك الأول) أعني المبيع، (و إن كان مباحاً لغيره) التصرف فيه (ما لم يسترد) هذا الغير (عوضه) إلى المبيع بإبطال المعاطاة، و على هذا (كان مقتضى قاعدة السلطنة) للمالك المبيع (جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر) الذي أخذه المبيع موجوداً و (باقياً على ملك مالكة الأول) أعني المباح له،

أو عائداً إليه بفسخ.

و كذا لو قلنا: بأنّ البيع لا يتوقف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف والإتلاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع.

لكن الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

(أو عائداً إليه بفسخ) أيضاً حتّى يمكن - ببقائه أو عوده - تحقّق الترادّ للعوضين، وإلاّ فلو لم يكن موجوداً لا يتحقّق الترادّ من كلا الطرفين.

(و كذا) يمكن القول بجواز الترادّ بعد الفسخ على القول بالإباحة (لو قلنا: بأنّ البيع) الذي أوقعه المباح له (لا يتوقف على سبق الملك) آنأماً، (بل يكفي فيه إباحة التصرف والإتلاف) وإن كان باقياً على ملك المالك المبيع (و) لكن (يملك) المباح له البائع (الثمن بالبيع) فيدخل الثمن في ملك غير من خرج الثمن عن ملكه، (كما تقدّم استظهاره عن جماعة) ص ١٩٠ منهم قطب الدين و الشهيد الأوّل (في الأمر الرابع) في باب بيع الغاصب، من أنّ تسليط المالك ماله للبائع الغاصب، وإذنه في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب بهذا المال شيئاً لنفسه فيملك الثمن وإن لم يكن مالكاً للثمن.

(لكنّ الوجهين) الذين ذكرناهما بقولنا: «نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك ... الخ» (ضعيفان) أمّا الوجه الأوّل فلما تقدّم من أنّ بيع المباح له المال يوجب تملكه له آنأماً فبالفسخ عاد المال إليه لا إلى المالك الأوّل أعني المبيع، وأمّا ضعف الوجه الثاني فلاّنه خلاف مقتضى حقيقة المعاوضة التي هي دخول الثمن في كيس من خرج عنه الثمن لا غيره، فلما ذكرنا قال الشيخ رحمه الله (بل الأقوى رجوعه) أي المال (بالفسخ إلى البائع) أعني المباح له و لا ربط له بالمبيع، و بالجملة فقبل البيع و الفسخ - على القول بالإباحة - لم يكن هناك جواز التراد - لعدم انتقال عوضين أصلاً - حتّى يُستصحب بعدهما.

ولو كان الناقل عقدًا جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق، وتحصيله غير واجب.

وكذا على القول بالإباحة؛ لكون المعاوضة كاشفةً عن سبق الملك. نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا: بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك - إذ لا عوض فيه حتى لا يُعقل كون العوض مالاً لأحدٍ وانتقال المعوِّض إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك

هذا تمام الكلام في النقل بالعقد اللازم (ولو كان الناقل عقدًا جائزاً) وإن كان الجواز من ناحية الخيار كخيار المجلس وثلاثة حيوان (لم يكن) - على القول بالملك - (لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه) أي في العقد الجائز حتى أمكن التراد بإبطال المعاوضة وذلك للزومها بخروج أحد العوضين عن ملك المالك المتعاطي بالنقل إلى الشخص الثالث (و) كذلك (لا رجوعه) أي المالك للعين الباقية (بنفسه إلى عينه) المنتقلة بالعقد الجائز لخروجه عن ملك الآخذ، ولزوم المعاوضة بهذا العقد (فالتراد غير متحقق، وتحصيله غير واجب) لأنَّ تحصيل موضوع الحكم غير واجب على المكلف كتحويل الإستطاعة للحج.

(وكذا على القول بـ) إفادة المعاوضة (الإباحة؛ لكون المعاوضة) بذلك العقد وإن كان عقدًا جائزاً (كاشفةً عن سبق الملك) للعائد آناءً قبل العقد. (نعم) على القول بالإباحة (لو كان) العقد عقدًا (غير معاوضة كالهبة، وقلنا: بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك) للعائد آناءً، (إذ لا عوض فيه حتى لا يُعقل) بمقتضى مفهوم المعاوضة (كونُ العوض مالاً لأحدٍ وانتقال المعوِّض إلى) الشخص (الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك) الأصلي وهو المبيع في

إلى المتهب، فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب - إنَّجِه
الحكم بجواز التراءد مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالِها بهذا النحو من
العود؛ إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.
ولو باع العين ثالثاً فضولاً، فأجاز المالك الأول، على القول بالملك
لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرفاته الناقلة.
ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

المعاطاة، لا من العاقد للجهة أي المباح له (إلى المتهب، ف) على هذا (يتحقق حكم
جواز الرجوع) في الجهة (بالنسبة إلى المالك) المبيع (لا الواهب) و حينئذٍ (إنَّجِه
الحكم بجواز التراءد) للمالك و إبطال المعاطاة، لكن (مع بقاء العين الأخرى) عنده،
ليردّها إلى مالِها أعني المباح له (أو عودها إلى مالِها بهذا النحو من العود) أي
الرجوع في الجهة (إذ لو عادت بوجه آخر) كما لو باعها ثم إستردّها بفسخ أو تقايل (كان
حكمه حكم التلف) فلا يمكن التراءد حينئذٍ و إبطال المعاطاة كما تقدّم.
(ولو) فرض أنّه (باع العين) المأخوذة بالمعاطاة شخص (ثالث) غير المتعاطيين
(فضولاً، فأجاز المالك الأول، على القول ب) إفادة المعاطاة (الملك لم يبعد كون
إجازته) لهذا البيع (رجوعاً) عن المعاطاة (كبيعته) بنفسه (و سائر تصرفاته الناقلة)
كما إذا باعه بالمعاطاة بضمن رخيص، ثمّ باعه الفضولي بضمن أزيد منه فأجاز المالك هذا
البيع، أو باعه بنفسه ثانياً بعد المعاطاة بضمن أزيد من ثمن المعاطاة، فالإجازة هنا نظير
تصرف ذي الخيار، موجبة بعود العوض إلى ملك مالك الأول المجيز أو المتصرف بنفسه.
(ولو) فرض أنّه (أجاز المالك الثاني) و هو أخذ العين بالمعاطاة (نَقَذ بغير
إشكال) لأنّه مالك للعين - على القول بالملك - حين البيع و حين الإجازة فينفذ إجازته

و ينعكس الحكم إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة، و لكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر.

ولو رجع الأوّل فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفةً لغى الرجوع، و يحتمل عدمه، لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر، فينفذ و تلغو الإجازة؛

للبيع أو ردّه قطعاً.

(و ينعكس الحكم) للإجازة (إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة)

فإجازة المالك الأوّل للبيع الفضولي تكون رجوعاً عن المعاطاة، و يملك ثمن البيع بلا إشكال ضرورة أنّ العين باقيةً على ملكه بعد المعاطاة، و أمّا إجازة المباح له بالمعاطاة ففيه إشكال من جهة ثبوت حقّ التصرّف المتوقّف على الملك أعني البيع له على ما تقدّم إذ المفروض أنّه لا يكون مالكاً.

(و لكلّ منهما ردّه) أي ردّ البيع الفضولي (قبل إجازة الآخر) و أمّا بعدها فلا

مورد لردّ الثاني منهما، و لا يكون نافذاً.

(ولو) فرض أنّه (رَجَعَ الأوّل) عن المعاطاة (فأجاز الثاني) البيع الفضولي الذي

وقع قبل الرجوع كما إذا باع الفضولي يوم السبت و رجع المالك في يوم الأحد و أجاز

المالك الثاني في الإثنين (فإن جعلنا الإجازة) في باب البيع الفضولي (كاشفةً) عن نقل

الملك من حين البيع - كما يأتي البحث عنه إن شاء الله من الخلاف في كونها كاشفة أو

ناقلة من حينها - فعلى الكشف (لغى الرجوع) أي رجوع المالك الأوّل عن المعاطاة،

لكشف إجازة الثاني عن صحّة العقد الفضولي من حين وقوعه فلا مورد لرجوع الأوّل في

المعاطاة لأنّه رجوع بعد التصرّف الملزم للمعاطاة، (و يحتمل عدمه) أي عدم اللغو (لأنّه

رجوع قبل تصرّف الآخر، فينفذ و تلغو الإجازة)، أقول: بناءً على الكشف الحقيقي

يكون البيع تاماً و مؤثراً في النقل من حينه و يكون الرجوع لغواً قطعاً لوقوعه بعد تأثير

العقد فتدبر.

و إن جعلناها ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

ولو امتزجت العينان أو إحدهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد؛ ويحتمل الشركة، و هو ضعيف.

أمّا على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع المالك الممتزج به.

(و إن جعلناها) إي الإجازة من الثاني (ناقلةً) من حينها (لغّت الإجازة قطعاً) لأنّ عقد الفضولي إنّما يتمّ بالإجازة فلا يؤثّر شيئاً بدونها، والمفروض أنّ رجوع المالك الأوّل في المعاطاة يمنع عن تأثير الإجازة في العقد لأنّه رافع لموضوعه أعني الملكية للثاني.

هذا تمام الكلام في التصرف الاعتباري في كلا العوضين أو أحدهما، (ولو امتزجت العينان أو إحدهما) بشيء آخر بحيث لا يمكن التفكيك إلّا بمشقة لا تُشحمل عادة كمزج الحُصّ باللوييا؟ (سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد) و لا سيّما إذا لم يمكن أصلاً كالحنطة بالحنطة، (و يحتمل) جواز الرجوع و عدم لزوم المعاطاة فتحصل (الشركة) القهرية، (و هو ضعيف) لأنّ جواز الرجوع مبنيّ على إمكان التراد، و بالإمتزاج يمتنع التراد فلا يصحّ الرجوع حتّى يتحقّق الملك ليكون شريكاً.

هذا على القول بالملك و (أمّا على القول بالإباحة، فَب) مقتضى (الأصل) و هو الإستصحاب، بقاء جواز الرجوع و عدم لزوم المعاطاة؛ لبقاء الموضوع و عدم تلفه عرفاً، فالأصل (بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير) سواء كان الغير هو المتعاطي الآخر أو شخص ثالث (فيصير المالك شريكاً مع المالك الممتزج به) ففي مثال خلط الحنطة بمثلها، أو الشيرج بالراشي الآتي، يبيعان الممتزج و يقسمان الثمن بالنسبة

نعم، لو كان المزج مُلْحَقاً له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف.
ولو تصرف في العين تصرفاً مغيّراً للصورة - كطحن الحنطة و فصل
الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحة، و على القول بالملك، ففي اللزوم وجهان
مبنيان على جريان استصحاب جواز التراء، و منشأ الإشكال: أنَّ الموضوع في
الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

أو يأكلانه معاً بالمصالحة.

(نعم، لو كان المزج مُلْحَقاً له بالإتلاف) كما في امتزاج الشيرج بالراشي =
شيره أردده (جرى عليه حكم التلف) فيسقط جواز الرجوع و تكون المعاطاة لازمة
فيحصل الملك للآخذ.

(ولو تصرف) أحدهما (في العين) الواحدة، أو تصرفا في كلتا العينين (تصرفاً
مغيّراً للصورة - كطحن الحنطة و فصل الثوب -) للخياطة، أو صبغه (فلا لزوم
على القول بالإباحة) لعدم عدّ ذلك من التلف عرفاً، أو التصرف الناقل ليخرج به عن
ملك مالكة الأصلي و لزوم المعاطاة، (و) أمّا (على القول ب) إفادة المعاطاة (الملك،
ففي اللزوم) لها بهذا التصرف و عدمه (وجهان مبنيان على جريان استصحاب
جواز التراء) لبقاء كلٍّ من العوضين على ملك آخذه فيمكن التراء، أو عدم جريانه و
لزوم المعاطاة بالتصرف المغيّر في العوض، و قد احتملها الشهيد الثاني في المسالك ج ٣
ص ١٥٠ و استشكل في اللزوم، و كذلك في شرح اللمعة ج ٣ ص ٢٢٣^(١).

(و منشأ الإشكال) هو (أنَّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي)
فعلى الأوّل يجري لبقاء الموضوع عرفاً إذ لا فرق في نظر العرف بين الحنطة و الدقيق من

ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتّى يُورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يُنات الحكم فيه بالرّضا الباطني، بحيث لو علّم كراهة المالك باطناً لم يجز له

أنهما موضوع واحد، كما لا فرق في نظرهم بين الثوب المفصل و غير المفصل، و المصبوغ و غير المصبوغ، و أمّا على الثاني و هو كون الموضوع في الإستصحاب هو الحقيقي فبالدقة العقلية الحنطة تغاير الدقيق و الثوب غير المفصل و غير المخيط يغاير المفصل و المخيط، هذا ولكنّ الأوّل هو الأظهر كما بيّن في الأصول.

(ثمّ إنك قد عرفت ممّا ذكرنا) في أوّل الأمر السادس في بحث تلف أحد العوضين ص ٢٠٩ بقولنا: «و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري ... الخ» (أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة نظير) حقّ (الفسخ في العقود اللازمة) بالخيار، و نظير حقّ الشفعة (حتّى يُورث بالموت) بمقتضى عموم «ما تركه الميت من مال أو حقّ فهو لوارثه».

(و) كذا (يسقط بالإسقاط ابتداءً) بعد العقد (أو في ضمن المعاملة) الأخرى كأنّ يقول: بعتك هذا الكتاب بشرط إسقاط خيار شرطك في بيع الدار، أو خيارك في بيع الحيوان، و بالجملة فجواز التردّد في المعاطة ليس حقّ عارض على العقد - كحقّ الفسخ بالخيار - كي يقبل الإسقاط، (بل هو على القول بالملك) حكم شرعيّ عارض على العوضين و غير قابل للإسقاط و التوريث (نظير الرجوع في الهبة) قائم بنفس الواهب و غير قابل للإسقاط، (و) أمّا (على القول بالإباحة) فهو (نظير الرجوع في إباحة الطعام) للغير، فهو حكم شرعي يمكن الرجوع فيه (بحيث يُنات الحكم فيه بالرّضا الباطني) من المالك (بحيث لو علّم كراهة المالك باطناً لم يجز له

التصرّف.

فلو مات أحد المالكين، لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛
لأنّ مَنْ له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي، و لا يجري الإستصحاب.
و لو جُنُّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين.

(التصرّف) إذ لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه، وإن إذن ظاهراً لأنّ المأخوذ حياءً
كالمأخوذ غصباً فالفرق بين القولين أنّ الرجوع على القول بالملك يتعلّق بمال الغير، وأمّا
على القول بالإباحة فهو يتعلّق بمال نفسه.

(فلو مات أحد المالكين، لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك) للزوم
المعاطاة **(للاصل)** و هو استصحاب ملكيّة كلّ من كان المال بيده و عدم تأثير الرجوع أو
إصالة عدم حقّ الرجوع، **(لأنّ مَنْ له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي)** الآخذ للمال
بالمعاطاة فالرجوع متقومّ به **(و لا يجري الإستصحاب)** بعد موته بالنسبة إلى الوارث
لانتفاء موضوعه.

نعم، **(ولو جُنُّ أحدهما، فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع)** في المعاطاة
(على القولين) الملك و الإباحة، و ذلك لأنّ فعل الولي، و كذا الوكيل، فعل نفس
المتعاطي حقيقة - إذا كان مع المصلحة - فيثبت له الحقّ الثابت للمولّى عليه، و لم يثبت
اعتبار المباشرة في أخذ صاحب الحقّ حقّه بنفسه، فلا يسقط حقّ جواز الرجوع بالجنون
فيقوم الولي مقامه كالوكيل، و هذا بخلاف الوارث فإنّه يريد أخذ الحقّ لنفسه و لم يثبت له
ذلك لعدم جريان الإستصحاب بسبب اختلاف الموضوع كما تقدّم، و ممّا أوضحناه يظهر
لك النظر فيما أفاده سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمه الله في مصباح الفقاهة ج ٢ ص ٢١٧، من عدم
الفرق بين الموت و الجنون في عدم بقاء الحقّ، كما أفاد هذا الإشكال و النظر السيّد
الاستاذ المروّج رحمه الله في هدى الطالب ج ٢ ص ٢٥٣.

[الأمر السابع]:

إنَّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاوضة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة، قال: يحتمل الأول؛ لأنَّ المعاوضات محصورة، وليست إحداها، وكونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنَّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ وتظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه.

[الأمر] (السابع) من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها، هل المعاوضة بعد اللزوم بالتلف أو النقل أو التصرف المغير للعين بيع، أو معاوضة مستقلة؟ فَ (إنَّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك) ج ٣ ص ١٥١ (وجهين في صيرورة المعاوضة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة، قال: يحتمل الأول؛ لأنَّ المعاوضات محصورة، وليست إحداها) فلا بدَّ أن يندرج في البيع، (و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل) ولا دليل، (و يحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنَّها ليست بيعاً) شرعاً (حال وقوعها) وإن كانت بيعاً عرفاً مع قصد المتعاطيين التملك، (فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟) ليشملها أحكامه الشرعية من ثبوت الملك بها وإجراء الخيارات فيها وغير ذلك، قال الشاعر الفارسي:

آن سبو بشكست و آن پیمانه ریخت آن قفس بگسست و آن طوطی گریخت
(و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع) اللازم - من غير جهة الخيار - (عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه) بيد البائع، فعلى فرض صيرورتها بيعاً وكون التلف ملزماً كما تقدّم فللمشتري الخيار إلى ثلاثة أيام وعلى فرض كونها معاملة مستقلة فليس له خيار، و وجه التقييد بكون التالف الثمن، هو أنَّه

و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين اللزوم؟ كلٌ محتمل. و يشكل الأول بقولهم: «إنَّها ليست بيعاً»، و الثاني: بأنَّ التصرّف ليس معاوضةً بنفسها «بنفسه - خ د». اللهمَّ إلا أن يُجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه، و الأقوى: عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنَّها ليست لازمةً، و إنّما يتمّ على قول المفيد و من تبعه.

لو كان التالف هو المثلث أي الحيوان يلزم من ثبوت الخيار عدمه و هو محال، و ذلك لكون التلف سبباً لانفساخ البيع من رأسه، إذ ليس حيوان حتّى يعطيه المشتري و يأخذ الثمن.

(و على تقدير ثبوته) أي الخيار بترجيح احتمال بيعيّة المعاطاة (فهل) الأيام (الثلاثة) في خيار الحيوان (من حين المعاطاة) لأنَّها بيع عرفي (أو من حين اللزوم؟) يتلف الثمن لأنَّها باللزوم تكون بيعاً شرعاً (كلٌ محتملٌ، و يشكل) الإحتمال (الأول) و هو جعل الثلاثة من حين المعاطاة (بقولهم: «إنَّها ليست بيعاً») قبل التلف فكيف يثبت الخيار فيما ليس ببيع، (و) كذا يشكل الإحتمال (الثاني) أي كون الخيار من حين اللزوم (بأنَّ التصرّف) أي تصرّف البائع في الثمن و إتلافه (ليس معاوضةً بنفسها) أي مع قطع النظر عن المعاطاة، في المصدر و بعض النسخ («بنفسه - خ د».

الهمَّ إلا أن يُجعل المعاطاة جزء السبب) للمعاوضة المستقلّة، (و التلف تمامه) فيؤثّر من حينه، فيكون التلف كالتقبض في بيع الصرف و السلم في إتمام العقد به، ثم قال الشهيد (و الأقوى: عدم ثبوت خيار الحيوان هنا) أي في المعاطاة (بناءً على أنَّها ليست لازمةً) من الأصل و موضوع الخيار هو العقد اللازم بالأصالة، (و إنّما يتمّ) ثبوت خيار الحيوان فيها (على قول المفيد و من تبعه) القائلين بكونها بيعاً لازماً كالبيع العقدي على ما تقدّم ص ٧٦ في نقل الأقوال.

و أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين، كما أنَّ خيار المجلس منتفٍ هنا، انتهى.

و الظاهر أنَّ هذا تفريعٌ على القول بالإباحة في المعاطاة؛ و أما على القول بكونها مفيدةً للملك المتزلزل، فيلغى «فينبغي - خ د» الكلام في كونها معاوضةً مستقلةً أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتَّى يتبعه حكمها «حكمه - خ د»

هذا كله في خيار الحيوان (و أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين) أي تقدير كون المعاطاة بيعاً، أو معاوضةً مستقلةً لأنَّ دليلهما عامٌ، و هو قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا ضرر و لا ضرار في الاسلام»^(١) أو «على مؤمن»^(٢) و قول الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ في رواية ميسر: «غبن المؤمن حرام»^(٣)، (كما أنَّ خيار المجلس منتفٍ هنا) أي في المعاطاة و ذلك؛ لأنَّ المعاطاة حتَّى على القول بكونها بيعاً، مفيدةً للملك الجائز و لا فرق فيه بين كون المتعاطيين في المجلس أو خرجا منه، فخيار المجلس مختصٌّ بالبيع الَّذي يكون مبنياً على اللزوم، (انتهى) كلام الشهيد في المسالك.

(و الظاهر أنَّ هذا) الكلام من الشهيد أعني البحث عن صيرورة المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضةً مستقلةً (تفريعٌ على القول بالإباحة في المعاطاة) كما عليه المشهور من القدماء (و أما على القول بكونها مفيدةً للملك المتزلزل) كما عليه المحقِّق الثاني الكركي (فيلغى «فينبغي - خ د» الكلام) و الترديد (في كونها معاوضةً مستقلةً أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتَّى يتبعه حكمها «حكمه - خ د»

(١) الوسائل، ج ١٧، ص ٣٧٦، موانع الإرث .

(٢) المصدر، ج ١٢، ص ٣٦٤، الخيار .

(٣) نفس المصدر، ص ٣٦٤ .

بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيعٌ بلا إشكال في ذلك عندهم - على ما تقدّم من المحقق الثاني - فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار، وقد تقدّم أن الجواز هنا لا يراه به ثبوت الخيار.

و كيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيعٌ عرفيٌّ لم يُصحّحه الشارع ولم يُمضه إلا بعد تلف إحدى العينين

بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل) وهم المحقق الثاني ومن تبعه - واختاره الشيخ رحمته الله كما تقدّم ص ١٠٨ - فهو (بيعٌ بلا إشكال في ذلك عندهم - على ما تقدّم من المحقق الثاني -) ص ٨١ فهم جازمون بكونها بيعاً (فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع) من الخيارات العارضة للبيع اللازم - لولا هذه الخيارات - وغيرها، (عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي) فقط (الذي مبناه على اللزوم) من أول الأمر (لولا الخيار)، فلا يشمل ذلك للمعاطاة إذ هي مبنية على التزلزل من أصلها، (و قد تقدّم) ص ٢٠٩ أوائل الأمر السادس (أن الجواز هنا) حكم شرعي عارض على العوضين كما في الهبة و (لا يراه به ثبوت الخيار) الذي هو حقٌ لصاحبه و عارض على العقد، بقولنا: «و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري ... الخ» و قلنا في شرحه: أن الجواز في المعاطاة حكم شرعي عارض على العوضين، و الجواز في البيع الخياري حقٌ عارض على العقد فراجع.

(و كيف كان) سواءً كانت المعاطاة المفيدة للملك المتزلزل بيعاً أو معاوضةً مستقلةً، (فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيعٌ عرفيٌّ لم يُصحّحه الشارع و) كذا على القول بالملك المتزلزل فـ (لم يُمضه إلا بعد تلف إحدى العينين

أو ما في حكمه، و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع، عدا ما اختصَّ دليله
بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر.

والمحكّي عن حواشي الشهيد: أنَّ المعاطاة معاوضةً مستقلةً جائزة أو لازمة.
والظاهر أنّه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة، و كونها معاوضة قبل اللزوم،
من جهة كون كلّ من العيينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة
لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بدّ أن يقول بالإباحة اللازمة؛ فافهم.

أو ما في حكمه) كالنقل و المزج و غير ذلك من الملزمات (و بعد التلف يترتب عليه
أحكام البيع، عدا ما اختصَّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر) لا ما هو
بيع بعد التلف.

هذا (و المحكّي) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨ (عن حواشي الشهيد) الأوّل
على القواعد (: أنَّ المعاطاة) ليست بيعاً بل هي (معاوضةً مستقلةً جائزة) قبل
تلف إحدى العيينين أو كليتهما (أو لازمة) بالتلف أو النقل أو غيرهما من الملزمات
المتقدّمة، و لا يخفى عليك أنّ هذا التفسير لكلام الشهيد مبنيّ على أن تكون لفظة «أو»
في كلامه للتنوين، و يحتمل أن تكون للترديد و حينئذٍ فكلامه مشير إلى القولين في
المعاطاة - حتّى على كونها معاوضةً مستقلة لا البيع - أعني القول بإفادتها الإباحة و القول
بإفادتها الملك، و لما ذكرنا: قال الشيخ رحمه الله (و الظاهر أنّه أراد التفريع على مذهبه
من) القول بإفادتها (الإباحة، و) القول بـ (كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون
كلّ من العيينين مباحاً) لمن أخذه (عوضاً عن الأخرى) التي دفعه، فالمعاوضة وقعت
بين العيينين.

(لكن) لا يخفى: أنّ (لزوم هذه المعاوضة) بأحد الملزمات (لا يقتضي حدوث
الملك كما لا يخفى) فهي لا تكون مملّكةً حتّى بمثل التلف، (فلا بدّ أن يقول)
الشهيد (بالإباحة اللازمة) بمعنى عدم جواز الرجوع في هذه الإباحة الشرعيّة، (فافهم)

[الأمر] الثامن

لا إشكال في تحقق المعاوضة المصطلحة - التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة - بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل، و هو قبض العينين.

أما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشروط اللزوم:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قويناه سابقاً،

لعلّه إشارة إلى الدقة في أنّ ما استظهرناه من كلام الشهيد رحمته الله مبني على كون لفظة «أو» في كلامه للتنويع لا للترديد كما شرحناه فتدبر.

[الأمر] (الثامن) من الأمور التي ينبغي التنبيه عليها: هو البحث عن الصيغة غير الجامعة لشروط صحة البيع كما إذا وقع فصل طويل بين الإيجاب والقبول، أو كانت ملحونة كأن يقول: «بإثك» بالهمزة بدل العين، أو «بعتك» بالفتح.

فنقول: (لا إشكال في تحقق المعاوضة المصطلحة - التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة - بما إذا تحقق) قصد إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل) والعمل (و هو قبض العينين) أي العوضين بيد كل من المتعاطيين، و (أما إذا حصل) الإنشاء بالبيع (بالقول الغير الجامع لشروط) صحة البيع و (اللزوم):

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي) وإن كان فاقداً للشروط أو ملحوناً (- كما قويناه سابقاً) ص ١٣١. بقولنا: «نعم، الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد، للسيرة و لغير واحد من الأخبار»

بناءً على التخلُّص بذلك عن اتِّفاقهم على توقُّف العقود اللازمة على اللَّفظ - فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.

و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللَّفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً أو بشرط تحقُّق قبض العين معه أو لا يتحقَّق به مطلقاً ؟

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقِّق بعده، تحقَّق المعاطاة، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا عبرة به، ولا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء بل بانياً

(بناءً على التخلُّص) والفرار (بذلك) أي بعدم اشتراط لزوم بشيء عدا الإنشاء اللفظي (عن) مخالفة إجماع الفقهاء و (اتِّفاقهم على توقُّف العقود اللازمة على اللَّفظ -) و على هذا (فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك) القول غير الجامع للشرائط (عقداً لازماً).

(و) لكن (إن قلنا بمقالة المشهور) عند الفقهاء (من اعتبار أمور زائدة على) مطلق (اللَّفْظ) كالعربيَّة، والماضيَّة، وتقدِّم الإيجاب على القبول، وعدم الفصل الطويل بينهما، وغير ذلك، ففيه وجوه، (فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي) الناقذ للشرائط (إلى حكم المعاطاة مطلقاً) أي وإن لم يتحقَّق قبض، (أو بشرط تحقُّق قبض العين معه) أي مع ذلك الإنشاء الناقذ للشرائط، (أو لا يتحقَّق) حكم المعاطاة (به) «الإنشاء القولي» (مطلقاً) سواء تحقَّق قبض بعده أم لا ؟

(نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقِّق بعده) مع قطع النظر عن ذلك اللفظ (تحقَّق المعاطاة، ف) يكون (الإنشاء القولي السابق كالعدم، لا عبرة به، ولا بوقوع) مجرَّد (القبض بعده) إذا كان (خالياً عن قصد الإنشاء بل بانياً)

على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين: الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقود - على ما حكى عنه، بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة - : إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و عُلم التراضي منهما، كان معاطاةً؛ انتهى.

و في الرّوضة - في مقام عدم

و متفرّعاً (على كونه حقاً لازماً لكونه) «القبض» (من آثار الإنشاء القولي السابق) و وفاءً لما التزم به (نظير القبض في العقد الجامع للشرائط) المعتبرة في البيع.

فهنا وجوه ثلاثة (ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين) منهم المولى أحمد التراقي في المستند ج ٢ ص ٣٦١، و السيّد محمد المجاهد الطباطبائي في المناهل ص ٢٧٠، و صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٥٦، هو (الأول) و هو جعل الإنشاء الناقص معاطاةً مطلقاً (تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين) في صيغ العقود، و شرح اللمعة.

(قال المحقق) الثاني (في صيغ عقود - على ما حكى عنه) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٩ (بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة - : إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و عُلم التراضي منهما، كان معاطاةً) ^(١) (انتهى).

(و) قال الشهيد (في الرّوضة) شرح اللمعة ج ٣ ص ٢٢٥ - في مقام عدم

(١) رسائل المحقق الكركي، ج ١، ص ١٧٨.

كفاية الإشارة مع القدرة على النطق - أنها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح؛ انتهى.

و ظاهر الكلامين: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

و ظاهر تصريح جماعة - منهم المحقق و العلامة - بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير؛ لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة - كما ربما يشهد به

كفاية الإشارة مع القدرة على النطق - أنها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح؛ انتهى). و قال في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٥٧: «لكن قد عرفت سابقاً: أن قصد التمليك العقدي غير مشخص، مع فرض تحقق البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلاً» انتهى.

(و ظاهر الكلامين) أي كلام المحقق و الشهيد الثانيين، و كذا الجواهر (: صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره) و تبعاته و وفاء لما التزم به بالصيغة الفاقدة للشرائط.

(و ظاهر تصريح جماعة - منهم المحقق) الحلّي في الشرائع ج ٢ ص ١٢ (والعلامة) في القواعد ج ١ ص ١٢٣ (- بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك) ما اشتراه (و كان مضموناً عليه، هو) خبر لقوله: «و ظاهر» (الوجه الأخير) و هو عدم إجراء حكم المعاطاة على الإنشاء الفاقد للشرائط مطلقاً أي و إن تحقق بعده قبض بقصد المعاطاة؛ (لأن مرادهم بالعقد الفاسد) أحد أمرين: الأول (إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة - كما ربما يشهد به)

ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، وقبل شروط العوضين و المتعاقدين - و
إمّا ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر.

و كيف كان، فالصورة الأولى داخلة قطعاً، و لا يخفى أنّ الحكم فيها
بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاة.

و ربّما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدّم من المحقّق و الشهيد الثانيين،

أي مجرّد اختلال الشروط، (ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة، و قبل شروط
العوضين و المتعاقدين -) كالفصل الطويل بين الإيجاب و القبول، أو تقدّم الثاني
على الأوّل، أو كانت بغير العربيّة و قلنا بشرطيّتها في الصيغة، و غير ذلك، (و) الثاني
(إمّا) أن يكون مرادهم بالعقد الفاسد معنّى عامّاً و هو (ما يشمل هذا) أي اختلال شروط
الصيغة (و غيره) كفقد شرائط المتعاقدين من البلوغ و العقل و القدرة على التسليم، و
شرائط العوضين كمعلوميّتهما، (كما هو الظاهر) من اطلاق الفساد.

(و كيف كان) سواء كان الفساد ناشئاً من العقد أو منه و من اختلال شروط
المتعاقدين أو العوضين (فالصورة الأولى) و هي الفساد الناشي من اختلال شروط
الصيغة (داخلة قطعاً، و لا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم
المعاطاة) إذ لو جرى حكم المعاطاة لم يكن ضماناً، فالضمان قرينة على عدم لحوق
المعاطاة على الصيغة الملحونة فهي كالعدم، و القبض الحاصل بعدها أيضاً لا أثر له لأنّه
من توابعها و لواحقها و لا يكون معاطاةً بنفسه، و هذا هو الوجه الأخير فنظر المحقّق و
العلامة يناقض نظر الكركي و الشهيد الثاني.

(و ربّما يجمع) و الجامع هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٦٨ في
بحث المقبوض بالعقد الفاسد، (بين هذا الكلام) و هو الحكم بضمان المقبوض بالعقد
الفاسد (و ما تقدّم من المحقّق و الشهيد الثانيين) من الحكم بإجراء المعاطاة في

فيقال: إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد ما إذا عُلم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة انتفى الإذن؛ لترتبته على زعم الصحة، فكان التصرّف تصرفاً بغير إذن و أكلاً للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً، أو تجارة عن تراضٍ، أو هبة، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، وكذا البواقي؛ للقطع - من جهة زعمهما صحة المعاملة - بعدم الرضا بالتصرّف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المقدّم كالعدم.

العقد الفاسد (فيقال: إنّ) الموضوع في المسألة الأولى يغيّر مع الموضوع في المسألة الثانية وذلك لأنّ (موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد) هو (ما إذا عُلم عدم الرضا) الواقعي من المتعاملين (إلا بزعم صحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة) للمعاملة بفساد العقد (انتفى الإذن) في التصرف من المتعاملين فيما انتقل عنهما من المال، (لترتبته) «الاذن» (على زعم الصحة) بنظرهما بحيث لو علما فساد العقد لم يرضيا بالتصرّف وبالتقابض، (فكان التصرّف) في الواقع (تصرفاً بغير إذن و أكلاً للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً) ليشمله قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (أو تجارة عن تراضٍ) فيشمّله قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾، (أو هبة، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض) لفساد العقد بفقد الشرائط، (و كذا البواقي) أي الهبة وغيرها (للقطع -) الناشي (من جهة زعمهما) الباطل (صحة المعاملة - بعدم الرضا بالتصرّف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المقدّم) على العقد الفاسد (كالعدم) حيث إنّ مقتوّم بشيء هو مفقود في الواقع،

فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما، فلا كلام في صحة المعاملة، و رجعت إلى المعاطاة، كما إذا علّم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرّف بأيّ وجه اتّفق، سواء صحّت المعاملة أو فسدت؛ فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيءٍ «انتهى - خ د».

أقول: المفروض أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمّن إلاّ إنشاء واحداً هو التملك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك،

(فإن) فرض أنّهما (تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما، فلا كلام في صحة المعاملة، و رجعت إلى المعاطاة) و لا ربط لها بالعقد السابق الفاسد، (كما إذا علّم الرضا من أوّل الأمر) فرضاً (بإباحتهما التصرّف) في مالهما (بأيّ وجه اتّفق، سواء صحّت المعاملة أو فسدت؛ فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد في شيءٍ) و لا يكون من موارد المقبوض بالعقد الفاسد ليكون محكوماً بالضمان و حرمة التصرف (انتهى) كلام مفتاح الكرامة، و هذا الفرض هو مورد كلام المحقّق و الشهيد الثانيين، كما أنّ الفرض الأوّل أعني صورة العلم بعدم رضاهما بالتصرّف لو كانا عالمين بفساد المعاملة هو مورد كلام المحقّق الحلّي و العلامة.

(أقول): حمل كلام المحقّق و الشهيد الثانيين على صورة العلم برضا المتعاملين على إباحة التصرّف كيف اتّفق غير صحيح لأنّ التراضي الموجود حين العقد كان مقيداً بالتملك الذي كان في قصدهما، و قد علم أنّ الشارع لم يمسّ ذلك التملك و من المعلوم إنتفاء المقيد أعني التراضي بانتفاء قيده (ف) المفروض أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمّن إلاّ إنشاء واحداً هو التملك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء أصل (التملك)

و الموجود بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّك عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد و المحقّق الثّانين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه يُعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراضٍ جديدٍ بعد العقد غير مبنيٍّ على صحّة العقد.

بحكم الشارع، (و) أمّا التراضي (الموجود بعده) أي بعد التلميك الفاقد للشرائط الذي احتمله المحقّق و الشهيد الثّانين، الذي أشار إليه السيّد العاملي بقوله: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد الخ، فـ (إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض) الحاصل بعده (خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط) و محلّ الكلام هو ما إذا فرض تأثير التراضي الموجود حال العقد الفاسد. (مع أنّك عرفت أنّ ظاهر) مصبّ (كلام الشهيد و المحقّق الثّانين) هو (حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع) كما في كلام الشهيد، (و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط) كما في كلام المحقّق الكركي، (لا بالتقابض الحاصل بعدهما) فكلامهما لا يقبل الحمل على بناء الصحة بالتراضي الجديد و معاطاة جديدة، و ليس في عبارتيهما المتقدمتين ص ٢٣٤ من ذلك عينٌ ولا أثر.

(و منه) أي من ظهور كلامهما في حصول التراضي بنفس الإنشاء الفاسد (يُعلم: فساد ما ذكره) السيّد العاملي رحمته (من) حمل كلامهما على (حصول المعاطاة بتراضٍ جديدٍ بعد العقد غير مبنيٍّ) «صفة للتراضي» (على صحّة العقد) و وجه

ثُمَّ إِنَّ ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد - مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أَنَّ كلام الجميع مطلقٌ - يرد عليه:

أَنَّ هذا التراضي إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاطاة، بل كُلُّ منهما رَضِيَ بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرّفه في ماله، فهذا ليس من المعاطاة، بل هي إباحة مجّانية من الطرفين

العلم بالفساد هو أَنَّ ذلك خلاف ظاهر كلامهما - كما تقدّم - فإنّه ظاهر في إلحاق الصحة بنفس الإنشاء الفاسد، والإشارة المفهمة.

(ثُمَّ إِنَّ ما ذكره من) فرض (التراضي الجديد) مخصوص بما إذا عَلم المتعاملان فساد العقد السابق على التقابض، فتعاطيا بقصد معاطاة جديده (بعد العلم بالفساد) فهذا قال الشيخ رحمته الله (- مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد) للعقد (دون غيره من الصُّور) و هو صورتان: ١ - عدم علمهما بالفساد، ٢ - صورة علمهما به مع عدم تراضيهما بالتقابض والتصرّف، (مع أَنَّ كلام الجميع) أي جميع الفقهاء (مطلقٌ -) يشمل الحكم بصحّة المعاملة بالتعاطي بعد العقد الفاسد جميع الصُّور الثلاث، فمع الغضّ عن كلّ ما ذكرنا (يرد عليه) أي على الجمع الذي تصدّى السيّد العاملي رحمته الله للتصالح بين الطائفتين.

(أَنَّ هذا التراضي) بالمعاملة (إن كان تراضياً آخر) غير ما هو الموجود حال العقد الفاسد (حادثاً بعد العقد: فإن كان لا على وجه المعاطاة) بين المتعاملين، (بل كُلُّ منهما رَضِيَ بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرّفه في ماله) فلا يكون من باب إباحة في مقابل إباحة، (فهذا ليس من المعاطاة) المصطلحة (بل هي إباحة مجّانية من الطرفين) كإباحة الطعام لشخص،

تبقى مادام العلم بالرضا، و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع؛ لأنَّه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، و لا يترتب عليه أثر المعاطة: من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع.

و إن كان على وجه المعاطة، فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكية كل منهما لمال «لمالك - خ د» الآخر، و ليس تراضياً جديداً؛

و حكمه أن (تبقى مادام العلم بالرضا) موجوداً، و تزول بالعلم بعدم الرضا - كما إذا نهى المالك عن التصرف - أو بارتفاع العلم بالرضا أعني حصول الشك في جواز التصرف. فإن قلت في صورة حصول الشك بارتفاع الرضا يجري استصحاب الإباحة و الرضا السابق، قلنا: (و لا يكفي فيه) أي في الرضا و جواز التصرف (عدم العلم بالرجوع) عن الإباحة (لأنَّه) أي الرضا هنا (كالإذن الحاصل من شاهد الحال) فلا بد فيه من إحراز الإذن و الرضا في كل فرد من أفراد التصرف في كل زمان - طوياً - و كل نوع منه - عرضاً - فمع العلم بالرضا يجوز التصرف، و بدونه لا يجوز، و لا مجال للإستصحاب مع الشك كما ذكرنا؛ لأنَّ كل فرد من التصرف موضوع على حدة و لا يجوز تسرية الحكم عن موضوع لموضوع آخر؛ لأنَّه قياس، و هذا بخلاف المعاطة المصطلحة الشرعية حيث إنَّ غايتها رجوع المالك، و مع الشك فيه يجري استصحاب عدم الرجوع، (و) على هذا (لا يترتب عليه) أي على الرضا في المقام (أثر المعاطة) الشرعية (من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع) ببركة الإستصحاب.

(و إن كان) أي التراضي الجديد، - و هذا عدل لقوله: «فإن كان لا على وجه المعاطة - (على وجه المعاطة) بين المتعاملين (فهذا ليس إلا التراضي السابق) منهما في العقد الفاسد (على ملكية) «متعلق بالتراضي لا بالسابق» (كل منهما لمال «لمالك - خ د» الآخر، و ليس تراضياً جديداً) بعد ذلك العقد

بناءً على أنَّ المقصود بالمعاطاة التملك، كما عرفته من كلام المشهور - خصوصاً المحقق الثاني - فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود - : «إنَّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي، تدخل في المعاطاة» التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

و تفصيل الكلام: أنَّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: إمَّا أن يقع تقابضُهما بغير رضا من كلِّ منهما في تصرّف الآخر - بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، و إجباراً على العمل بمقتضى العقد -

(بناءً على أنَّ المقصود بالمعاطاة) التي هي مورد الكلام بين الأصحاب هو صورة إرادتهما (التمليك، كما عرفته من كلام المشهور - خصوصاً المحقق الثاني -) فكأنَّهما أرادا بالإشياء الأول الفاسد، التملك ثمَّ إنَّهما قصدا بالتقاضي نفس ذلك التملك، (فَ) على ذلك (لا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم) ص ٢٣٤ (عن صيغ العقود - : «إنَّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي، تدخل في المعاطاة» التراضي الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة) و ذلك لأنَّ التراضي الجديد يكون على الإباحة و الَّذي كان في العقد السابق كان على التملك لأنَّهما قصدا البيع، نعم، بناءً على كون المقصود في المعاطاة، الإباحة كما قال به صاحب الجواهر فلا بدَّ من التراضي الجديد على الإباحة لأنَّ التراضي السابق في العقد الفاسد كان مبنياً على التملك.

(و تفصيل الكلام) في هذا التنبيه الثامن هو (أنَّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط: إمَّا أن يقع) في عالم الثبوت و الواقع (تقابضُهما) - بعد ذلك العقد - (بغير رضا من كلِّ منهما في تصرّف الآخر - بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، و إجباراً) من جهة الوفاء بما التزم به (على العمل بمقتضى العقد -

فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر إعتقاداً أو تشريعاً - كما في كل قبض وقع على هذا الوجه -؛ لأنّ حيثية كون القايض مالكاً مستحقاً لما يقبضه، جهة تقييدية مأخوذة في الرضا، ينتفي بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين،

فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه) لعدم وقوعه بطيب نفس مالكة، و المفروض بطلان العقد فهو موجب للضمان.

(و كذا) لا إشكال في حرمة التصرف، و الضمان (إن وقع) التقايض (على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر إعتقاداً) بالوفاء على العقد الفاسد لجهله بالبطلان واقعاً بتخيّل أن الشارع أمضى ذلك العقد (أو تشريعاً) بالبناء على العمل بذلك العقد الفاسد و إن لم يمضه الشارع، و هذا (كما في كل قبض وقع على هذا الوجه) أي وجه البناء على ملكية القايض للمال، (لأنّ حيثية كون القايض مالكاً مستحقاً لما يقبضه، جهة تقييدية) أي مقيد بالرضا الواقعي من المالك بتخيّل أن القايض مالكاً لما يقبضه، فهذه الجهة (مأخوذة في الرضا، ينتفي بانتفائها) «حيثية» (في الواقع، كما في نظائره) مثل ما إذا أعطى كتابه لزيد بتخيّل أنّه ملك له، و الحال أنّه ملك المعطي، أو أدّى الف تومان له بتخيّل أنّه مدين له و الحال أنّه غير مدين به، و الآخذ عالم بأنّه غير مستحق له، فلا يجوز له التصرف شرعاً في هذه الموارد لأنّ رضا المالك لا يكون مطلقاً بل مقيد بكون الآخذ مالكاً واقعاً و الحال أنّه ليس بمالك، فهو ضامن بالتصرف فيه.

(و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين)

كما أنه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقدٍ فاسد.

و أما إن وقع الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق، و لا قصد لإنشاء التملك، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها كان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرّف، و أوقعا العقد الفاسد وسيلةً له، و يكشف عنه أنه لو سُئل كلُّ منهما عن رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التملك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك، كان راضياً - فإدخال هذا في المعاطاة يتوقّف على أمرين:

و كذا في ضمان المتصرّف شرعاً، (كما أنه لا إشكال في الجواز) للتصرّف و عدم الضمان في صورة ثلاثة و هي ما إذا (إذا أعرضا عن أثر العقد) الفاسد (و تقابضا بقصد إنشاء التملك) - لا بالاستناد إلى أثر ذلك العقد - (ليكون) هذا التقابض في الحقيقة و الواقع (معاطاةً صحيحة) جديدة (عقيب عقدٍ فاسد) منسِي.

(و أما إن) فرض صورةً رابعةً و هو ما إذا (وقع الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه) «المتصرّف» (بالعقد السابق) الفاسد (و لا قصد لإنشاء التملك) بالتقابض (بل وقع) الرضا (مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها) «الملكية» (كان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرّف) في مال كلٍّ منهما بأيّ وجه وقع في يده (و أوقعا العقد الفاسد وسيلةً له، و يكشف عنه) أي عن الرضا بالتصرّف (أنه لو سُئل كلُّ منهما عن رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التملك) - لبطان العقد - (أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً، فإدخال) - جزاء الشرط في قوله: «و أما إن وقع الرضا بالتصرف ... الخ» - (هذا في المعاطاة يتوقّف على أمرين:

الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأني؛ لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا؛ ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنّه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين

(الأول: كفاية هذا الرضا المركوز) الموجود (في النفس، بل الرضا الشأني) الذي هو أخفى من الرضا الإرتكازي، ويكشف عنه أنّه لو سُئل كلُّ منهما عن رضاه بتصرّف صاحبه لأجاب بقوله: «نعم»، والوجه في كفاية الرضا الشأني وإدخاله في المعاطاة **(لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره)** لكنّه راضٍ شأنًا أيضاً، فيندرج تحت قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه»^(١) كما سيشير إليه الشيخ رحمه الله **(وقد صرح بعض من قارب عصرنا)** وهو الشيخ أسد الله التستري الكاظميني في مقابس الأنوار ص ١٢٨ **(بكفاية ذلك، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره)** ص ٢٣٨ - عن السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٦٨ بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر... كان معاطاة» فلا يبعد رجوعه **(إلى هذا)** أي الرضا الإرتكازي أو الشأني **(ولعله لصدق طيب النفس)** عرفاً **(على هذا الأمر المركوز في النفس)** كما ذكرنا.

الأمر (الثاني) الذي يوجب إدخال المقام في المعاطاة (: أنّه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض) من الطرفين أو من طرف واحد **(بل ولا بمطلق الفعل)** من المالكين **(بل يكفي وصول كل من العوضين)**

(١) الوسائل، ج ٣، ص ٤٢٤ مكان المصلي؛ تحف العقول (المترجم)، ص ٣٣.

إلى المالك الآخر، و الرضا بالتصرّف قبله أو بعده على الوجه المذكور.
 و فيه إشكال: من أنّ ظاهر محلّ النزاع بين العائّة و الخاصّة هو العقد
 الفعلي، كما يُنبئ عنه قول العلامة (ع) - في ردّ كفاية المعاطاة في البيع -: إنّ
 الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد؛ و كذا استدلال المحقّق الثاني - على عدم
 لزومها -: بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة.
 و كذا ما تقدّم من الشهيد (ع) في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم
 مقام القول، و إنّما يفيد الإباحة؛ إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ
 الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض.

إلى المالك الآخر) بأيّ وسيلة كانت كالحمام الطائر، و ساقية الماء، و القيل كما يقال
 بإرسال الأشياء به في الهند (و الرضا بالتصرّف قبله) «وصول» (أو بعده على
 الوجه المذكور) من أنّه لو سُئل عن رضاه بالتصرف لأجاب بـ «نعم».
 (و فيه) أي في الأمر الثاني (إشكال) فوجه عدم كونه معاطاة (من أنّ ظاهر محلّ
 النزاع بين العائّة و الخاصّة هو العقد الفعلي) الحاصل بالقبض و الإقباض (كما
 يُنبئ عنه قول العلامة (ع) المتقدّم ص ٦٣ عن التذكرة ج ١ ص ٤٦٢ (في ردّ كفاية
 المعاطاة في البيع -: إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد؛ و كذا استدلال
 المحقّق الثاني) في جامع المقاصد ج ٤ ص ٥٨ (- على عدم لزومها -: «بأنّ الأفعال
 ليست كالأقوال في صراحة الدلالة»).

(و كذا ما تقدّم ص ٦٣ (من الشهيد) الأوّل (ع) في قواعده) ج ١ ص ١٧٨
 (: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، و إنّما يفيد الإباحة؛ إلى غير ذلك
 من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل) في الخارج
 (بالتقابض) للمالين من المتعاطيين = بده و بغير، فلا يكفي مجرد وصول العوضيين

و كذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم: أَنَّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي.

و من أَنَّ الظاهر أَنَّ عنوان التعاطي «التقابض - خ د» في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، و إِنَّ عمدة الدليل على ذلك هي السيرة؛ و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين -، و السيرة موجودة في المقام - أيضاً - فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم

إليهما بأيّ وجه اتّفق.

(و كذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم) من الحنفية (أَنَّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي) كما تقدّم ص ٥٥ أوّل بحث المعاطاة عند نقل الأقوال.

و وجه كون المقام - أعني وصول العوضين إلى المتعاملين بأيّ وجه اتّفق - معاطاة، (و من أَنَّ الظاهر أَنَّ عنوان التعاطي «التقابض - خ د» في كلماتهم) إنّما وقع (لمجرد الدلالة على الرضا)، لا أنّه يعتبر حصول التقابض في الخارج حتماً، إذا لم يقع هذا العنوان في حيّز دليل لفظي حتّى لزم تحقّقه في الخارج بخصوصه، بل (و إنّ عمدة الدليل على ذلك) أي اعتبار المعاطاة (هي السيرة) كما تقدّم استدلال الشيخ رحمه بها ص ٨١ و ١٠٨ (و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل) ذلك الإنشاء (إلا) بـ (قبض أحد العوضين) و كان قبض العوض الآخر من باب الوفاء كما تقدّم ص ١٦٠ في التنبيه الثاني، (و السيرة موجودة في المقام - أيضاً -) أي في مورد وصول العوضين بيد المتعاملين من دون تعاطي و تقابض، (فإنّ بناء الناس) قد جرى و يجري (على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات) و المحقّرات كالفواكه و المشروبات المباحة، و المجلّات و الصحف اليومية (من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم

و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له «لها - خ د»
و على دخول الحَمَام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز
الحَمَامِي.

فالمعيار في المعاطاة وصولُ المالين أو أحدهما مع التراضي
بالتصرّف، و هذا ليس ببعيدٍ على القول بالإباحة.

و وضعهم الفلوس في الموضع المعدّ له «لها - خ د»، و كذلك جرى بناؤهم
(على دخول الحَمَام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحَمَامِي)
المعدّ لها.

(فالمعيار في المعاطاة) ليس مختصّاً بما حصل التقابض بين المتعاطين فقط،
بل المعيار (وصولُ المالين أو أحدهما) بيد كلّ منهما كيف اتَّفَق (مع التراضي) من
المالكين (بالتصرّف، و هذا) المعيار في تحقّق المعاطاة الشرعيّة (ليس ببعيدٍ على
القول بالإباحة) كما تتحقّق عرفاً، نعم، على القول بالملك، الحكم بتحقيقها مشكل؛ لأنّ
القدر المتيقّن من السيرة - التي هي دليل ليّ - هو ترتّب الإباحة هنا لا الملك.
هذا آخر ما تيسّر لي من شرح كلام الشيخ رحمه الله في المعاطاة.

مقدمة: في خصوص ألفاظ عقد البيع

قد عرفت أنَّ اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود، ممَّا نقل عليه الإجماع، و تحقَّق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص. لكنَّ هذا يختصُّ بصورة القدرة، أمَّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ، و قيام الإشارة مقامه.

(مقدمة في) بيان (خصوص ألفاظ) معتبرة في (عقد البيع) في مقابل القول في تحقُّق اللزوم بالإكتفاء بمطلق اللفظ في العقد كما نقل ص ٧٦ عن بعض معاصري الشهيد الثاني.

(قد عرفت) ص ١٠٩ أنَّ مقتضى اصالة اللزوم في الملك، ترتب الملك اللازم على المعاطاة المقصود بها في قصد المتعاملين الملك، وعدم الإحتياج إلى اللفظ، إلَّا (أنَّ اعتبار اللفظ في البيع - بل في جميع العقود - ممَّا نقل عليه الإجماع) كما في الغنية لابن زهرة ص ٤١٤ وقد تقدَّم ص ٥٩ وكما في جامع المقاصد ج ٥ ص ٣٠٩ للمحقِّق الكركي على ما تقدَّم ص ١٢٦، (و تحقَّق فيه الشهرة العظيمة) كما في كلام الشهيد الثاني في المسالك ج ٣، ص ١٤٧ وشرح اللعة ج ٣، ص ٢٢٢؛ هذا (مع الإشارة إليه) أي اعتبار اللفظ (في بعض النصوص) كما تقدَّم ص ١٣٣ بعد نقل قول الإمام الصادق عليه السلام: «إنَّما يحلُّ الكلام ويُحرَّم الكلام» فراجع.

(لكنَّ هذا) أي اعتبار اللفظ في العقود اللازمة (يختصُّ بصورة القدرة) على التلَّفظ، و (أمَّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل) على إجراء العقد اللفظي بأنَّ لم يكن هناك شخص قادر عليه يمكن توكيله فـ (لا إشكال ولا خلاف) بين الفقهاء (في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة) المفهمة (مقامه) لأنَّها حينئذٍ عهد مشدَّد كما فسَّر العقد به في الروايات على ما تقدَّم ص ١٢٢، فيشملة قوله تعالى: ﴿أو فؤا بالعقود﴾.

وكذا مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه، كما قيل؛ لأنَّ الوجوب بمعنى الإشتراط - كما فيما نحن فيه - هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، فإنَّ حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر، مع أنَّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب. ثمَّ لو قلنا: بأنَّ الأصل في المعاطاة اللزوم

(وكذا) لا إشكال في كفاية الإشارة وعدم اعتبار اللفظ (مع القدرة على التوكيل) أيضاً لإجراء العقد اللفظي (لا لأصالة) البرائة في (عدم وجوبه) تكليفاً (كما قيل) والقائل المحقِّق الكركي في جامع المقاصد ج ٤، ص ٦٠، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٣ وذلك (لأنَّ الوجوب) في التوكيل (بمعنى الإشتراط) الَّذي هو عبارة عن الوجوب الوضعي، (كما فيما نحن فيه - هو الأصل) المحكَّم؛ اذْ نشك في تأثير الإشارة مع القدرة على التوكيل والأصل عدم ترتُّب الاثر من النقل والانتقال فلا تصل النوبة إلى الأصل التكليفي، (بل) الدليل على عدم وجوب التوكيل (لفحوى ما ورد) من صحَّة طلاق الأخرس بالإشارة و (من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس) وان كان قادراً على التوكيل، ففي صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ أي الزوج مقنعتها ويضعها على رأسها ثمَّ يعتزلها»^(١).

(فإنَّ حمله) أي ما ورد في طلاقه (على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر) فإذا جاز طلاقه بالإشارة جاز بيعه بها بطريق أولى لأنَّ الحكم في الفروج أهمُّ من المال (مع أنَّ الظاهر عدم الخلاف) بين الفقهاء (في عدم الوجوب) في التوكيل وإن كان مقدوراً. ثمَّ لو قلنا: بأنَّ الأصل في المعاطاة اللزوم) بمقتضى عموماً البيع

(١) الوسائل: ج ١٥، ص ٣٠١ مقدّمات الطلاق.

بعد القول بإفادتها الملكية، فالقدر المُخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ. و الظاهر أيضاً كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛ لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق، مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه.

و أما مع القدرة على الإشارة،

والتجارة (بعد القول بإفادتها للملكية، فالقدر) المتيقن (المُخرج) عن هذا الأصل بسبب الاجماع هو (صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ) وأما صورة عجزهما كالأخرس فهي باقية تحت الأصل، لحجية العام في الباقي بعد التخصيص كما قرّر في الاصول فالنتيجة أن مقتضى العمومات لزوم معاطاة الآخرس بالإشارة بعد إفادتها الملك، فالإشارة منه قائمة مقام العقد اللفظي، أقول: بل الإشارة منه عقد وعهد مشدد كما تقدّم فهو خارج عن المعاطاة تخصّصاً وموضوعاً لا تخصيصاً وحكماً.

(والظاهر أيضاً: كفاية الكتابة) في العقد وقيامها مقام العقد اللفظي لكن (مع العجز عن الإشارة) أيضاً، فالكتابة في رتبة متأخرة عن الإشارة وتكون معتبرة مع العجز عنها، وذلك (لفحوى ما ورد من النص على جوازها) أي الكتابة (في الطلاق) ففي مضمرة يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق إمرأته قال: «الاطهر أي الامام عليه السلام» إذا فعل في قبل الطهر «أي في الطهر غير المواقعة» بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة»^(١).

(مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه) أي في قيام الكتابة مقام العقد مع العجز عن الإشارة فتسالم الفقهاء على ذلك، قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٣: «وأما الكتابة فكالإشارة كما في التحرير وغيره» انتهى^(٢).

(١) الوسائل: ج ١٥: ص ٣٠١، مقدمات الطلاق.

(٢) راجع الدروس ج ٣، ص ١٩٢؛ النهاية للعلامة: ج ٢، ص ٤٥١؛ الجواهر: ج ٢٢، ص ٢٥١.

فقد رجّح بعض الإشارة؛ ولعلّه لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة. وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس، وإليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك.

ثمّ الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في اللفظ: تارة يقع

هذا كلّ مع العجز عن الإشارة (وأما مع القدرة على الإشارة) والكتابة معاً (فقد رجّح بعض الإشارة) منهم الشهيد في الدروس ج ٣ ص ١٩٣ والعلامة في النهاية ج ٢، ص ٤٥١ وكاشف الغطاء على ما يظهر من كلام صاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٥١، حيث قال: «فما في شرح الاستاد من أنّ الكتابة قاصرة عن الإشارة لا يخلو من نظر» انتهى، (ولعلّه) أي ترجيح الإشارة (لأنّها أصرح في الإنشاء) وظهر (من الكتابة) إذ الكتابة أعمّ من الإشارة فلعلّها لاختبار الخطّ، أو القلم أو للحكاية ونحو ذلك، نعم إذا كانت مقرونةً بقرينة الإنشاء أخذ بها.

(وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس) أي ترجيح الكتابة على الإشارة، ففي صحيحة البزنطي سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلّم قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ويُعلم منه بُغض لامرأته وكراهةٌ لها أيجوز أن يطلق عنه وليّه؟ قال: لا ولكن يكتب ويُشهد على ذلك، قلت: فإنّه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يُعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبُغضه لها»^(١)

(وإليه) أي إلى ترجيح الكتابة (ذهب الحلّي رحمه الله) ابن ادريس في السرائر ج ٢، ص ٦٧٨ (هناك) أي في الطلاق.

(ثمّ) إنّ بعد البناء على اعتبار اللفظ في عقود المعاملات فلا بدّ من (الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في اللفظ) والعقد، في جهات ثلاث حيث أنّه (تارة يقع)

(١) الوسائل: ج ١، ص ٣٠٠، مقدمات الطلاق.

في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية، و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة؛ و أخرى في هيئة كلّ من الإيجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، و كونه بالماضي؛ و ثالثة في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة. أما الكلام من حيث المادّة، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة: التصريح،

الكلام أولاً (في موادّ الالفاظ) ومبدأ اشتقاقها (من حيث إفادة المعنى بالصراحة) والوضوح بحيث لا يحتمل فيها غير العقد المقصود، كلفظ «بعث» و«ملّكت» بالتشديد (و) من حيث (الظهور) الذي يحتمل فيه غير ما هو الظاهر، (و) كذلك (الحقيقة والمجاز والكناية) وهي استعمال اللفظ الدالّ على اللازم لينتقل الذهن منه إلى الملزوم مثل زيد كثير الرماد، أو جبان الكلب في بيان جوده وسخائه، وفي البيع كأن يقول: تصرف في هذا تصرفاً مالكيّاً كما سيجيء، (ومن حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة من العربية والفارسيّة وغيرهما من اللغات.

(و) تارة (أخرى) يقع الكلام (في هيئة كلّ من الإيجاب والقبول) في الهيئة الإفرادية. (من حيث اعتبار كونه) «كلّ منهما» (بالجملة الفعلية، وكونه بالماضي) فلا يقع بالجملة الاسميّة كأن يقول: أنا بائع داري أو بالمضارع كأن يقول: أبيعك داري. (وثالثة في هيئة تركيب الإيجاب والقبول من حيث الترتيب) كتقديم الإيجاب على القبول، (والموالاة) بينهما بعدم الفصل الطويل المخلّ عرفاً.

(أما الكلام من حيث المادّة) وألفاظ العقد وإفادة المعنى المقصود بالصراحة (فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات) وإن كانت كناية قريبة (قال في التذكرة) ج ١، ص ٤٦٢ (الرابع من شروط الصيغة) للبيع (التصريح) بالمقصود من نقل

فلا يقع بالكناية مع النية «بيع البتّة - خ د»، مثل قوله: «أدخلته في ملكك»، أو «جعلته لك»، أو «خذه مني بكذا»، أو «سلطتك عليه بكذا»؛ عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدري بمِ خطوب؛ انتهى.

و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: أعطيتك بكذا، أو تسلط عليه بكذا.

و ربما يبدّل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة، فلا ينعقد بالمجازات،

المبيع إلى المشتري عوضاً عن الثمن (فلا يقع بالكناية مع النية) للبيع، كذا في المصدر واكثر النسخ وفي بعضها («بيع البتّة خ د»)، والكناية كما تقدّم استعمال اللفظ في معناه وإرادة ملزومه أو بالعكس باستعماله في معناه وإرادة لازمه (مثل قوله: أدخلته في ملكك) وهذا من موارد الانتقال من اللازم إلى الملزوم وهو مبادلة المالين (أو جعلته لك، أو خذه مني بكذا) من المال قيداً للأمثلة الثلاثة (أو سلطتك عليه بكذا)، والوجه في عدم وقوعه بالكناية (عملاً بأصالة بقاء الملك) على ملك مالكة في كلّ من المبيع والثمن، ويعبر عنه أيضاً بأصالة الفساد في العقد، (ولأنّ المخاطب لا يدري بمِ خطوب) حيث أنّ كلّاً من تلك التعبيرات عامّ يشمل البيع والهبة المعوضة والصلح، والعامّ لا يدلّ على الخاصّ صريحاً فلا يتمشّى من المشتري قبول البيع وهو أحد ركني العقد، (انتهى) عبارة التذكرة.

(وزاد) الشهيد الاول رحمته (في غاية المراد) ص ٨١ (على الأمثلة) للكناية («مثل قوله: أعطيتك بكذا» أو «تسلط عليه بكذا»).

(وربما يُبدّل هذا) الشرط أعني صراحة العقد في المقصود (باشتراط الحقيقة في الصيغة، فلا ينعقد بالمجازات) كما حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٤، ص ١٤٩ عن استاده السيّد العلامة الطباطبائي - بحر العلوم - وصرّح به صاحب الجواهر

حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد.

و المراد بالصرح كما يظهر من جماعة من جماعة من الخاصة و العامة في باب الطلاق و غيره : ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغة أو شرعاً؛ و من الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن، و هي على قسمين عندهم: جلية و خفية.

و الذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب

أيضاً ج ٢٢، ص ٢٤٩ (حتى صرح بعضهم) كصاحب الجواهر ج ٢٢ ص ٢٤٩ (بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد) في عدم انعقاد العقد بهما، والاول كقوله: «أدخلت هذا في ملكك بكذا»، والثاني كقوله: «تصرف فيه بما شئت».

(والمراد بالصرح) في ألفاظ الصيغة في العقود و الإيقاعات (كما يظهر من جماعة من الخاصة) كفخر الدين في الايضاح ج ٣، ص ١٢، والشهيد الثاني في المسالك ج ٥، ص ١٧٢، (والعامة في باب الطلاق و غيره - ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغة) مثل «بعت» في انشاء البيع، و«أنكحت» في انشاء النكاح، و«آجرت» في الاجارة، و «هي طالق» في الطلاق (أو) موضوعاً له (شرعاً) مثل «ملكك» في البيع، و «هي مختلعة» في الطلاق، كما (و) أن المراد (من الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع) لغة (فيفيد إرادة نفسه) أي نفس العقد (بالقرائن) المقالية أو الحالية، كلفظ الادخال في الملك، أو التسلط على المبيع بعوض في البيع، أو «أنت حرام علي» في الطلاق، (وهي) أي القرائن (على قسمين عندهم: جلية و خفية) والأولى هي التي تكون موجبة لظهور إرادة العقد بوضوح، والثانية ليست كذلك.

هذا ولكن لا يمكن المساعدة على ما نسب إلى المشهور من اعتبار الصراحة في العقد، أو اعتبار الحقيقة، (و) ذلك لأن (الذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب

العقود اللازمة و الفتاوى المتعرّضة لصيغها في البيع بقولٍ مطلق و في بعض أنواعه و في غير البيع من العقود اللازمة، هو الإكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهورٌ عرفيٌّ معتدٌّ به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعثت و ملّكت، و بين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك بكذا. و هذا هو الذي قوّاه جماعة من متأخري المتأخرين.

و حكي عن جماعةٍ ممن تقدّمهم

العقود اللازمة و) كذا من (الفتاوى) - التي سيأتي نصّها - (المتعرّضة لصيغها) أي صيغ العقود (في البيع بقول مطلق) أي جميع أقسامه من البيع الكلّي والشخصي والسلم، والنقد والنسيئة، وبيع المساومة والمرايحة والمواضعة والتولية وهي البيع برأس المال، وغيرها، و) كذا (في بعض أنواعه) كبيع الزرع والثمرة بعنوان التقبّل^(١) و) كذا (في غير البيع من العقود اللازمة) كالإجارة، - وبالجملة فالذي يظهر من النصوص والفتاوى - (هو: الإكتفاء) في العقد (بكلّ لفظٍ له ظهورٌ عرفيٌّ معتدٌّ به) عند العقلاء (في المعنى المقصود، فلا فرق) في صحّة العقد (بين قوله: بعثت و ملّكت، وبين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته لك بكذا) من الثمن، وإن كان التعبيران الأخيران من الكناية والمجاز، (وهذا) أي الإكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهورٌ عرفيٌّ يُعتدُّ به (هو الذي قوّاه جماعة من متأخري المتأخرين) كما حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة: ج ٤، ص ١٥٠ عن المحدث الكاشاني في المفاتيح، واختاره صاحب الحقائق أيضاً في ج ١٨ ص ٣٥١ وسيأتي عن آخرين.

(وحكي) أيضاً في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٠ (عن جماعةٍ ممن تقدّمهم -

(١) مثل صحيحة الحلبي الواردة في الوسائل: ج ١٣، ص ٢٢، بيع الثمار.

كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنّه حكى عن شيخه المحقّق: أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظٌ مخصوص، وأنّه اختاره أيضاً.

و حكى عن الشهيد رحمته الله في حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظٍ دلّ عليه، مثل «أسلمتُ إليك»، و «عاوضتُك»، و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، بل هو ظاهر العلامة رحمته الله في التحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل، مثل: «بعتك» أو «ملكتك»، أو ما يقوم مقامهما.

كالمحقّق) الحلّي (على ما حكى عن تلميذه) الفاضل الآبي (كاشف الرموز) في ج ١، ص ٤٤ (أنّه حكى عن شيخه) واستاده (المحقّق) الحلّي: (أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظٌ مخصوص) بل يقع بكلّ لفظ له ظهور عرفي في المقصود. (و) أيضاً حكى مفتاح الكرامة: (أنّه) أي كاشف الرموز (اختاره) أي «مذهب المحقّق» في كشف الرموز ج ١، ص ٤٤٦ (أيضاً).

(وحكى) ايضاً في المفتاح (عن الشهيد) الأوّل رحمته الله (في حواشيه) على القواعد للعلامة، (أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل «سلّمت»، كذا في المفتاح والمصحّحة من المكاسب، وفي سائر النسخ (أسلمت خ د إليك)) هذا عوضاً عن كذا من الثمن، (و«عاوضتُك») أيّاه بكذا.

(وحكاها) أي عدم اعتبار لفظ مخصوص لعقد البيع، الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٣، ص ١٤٧ (عن بعض مشايخه المعاصرين) وهو السيّد حسن بن السيّد جعفر الكركي، كما تقدم ص ٧٦.

(بل هو) أي عدم اعتبار لفظ مخصوص (ظاهر العلامة رحمته الله في التحرير) ج ١، ص ١٦٤ (حيث قال: إنّ الإيجاب) للبيع هو (اللفظ الدالّ على النقل) بقصد المبادلة بين المالين (مثل: «بعتك» أو «ملكتك»، أو ما يقوم مقامهما) من لفظ يدلّ على انشائه وان

و نحوه المحكي عن التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام.

فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته

إلى ملك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟

بل ربّما يُدعى: أنّه ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من

دون ذكر لفظ خاص، كالشيخ و أتباعه؛ فتأمل.

لم يكن صريحاً، بل بالكناية، أو لم تكن دلالته بالوضع الحقيقي بل بالمجاز.

(ونحوه المحكي) في المفتاح أيضاً ج ٤، ص ١٥٠ (عن التبصرة) ص ٨٨

(والإرشاد) ج ١، ص ٣٥٩ (و) كذا في (شرح) المخطوط (لفخر الاسلام) ولده ﷺ

(ف) يستفاد من كلامهما أنّه (إذا كان الإيجاب) للبيع (هو اللفظ الدال على النقل،

فكيف لا ينعقد) إنشأؤه (يمثل «نقلته إلى ملك» أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟) من

الثنى؟

(بل ربّما يدعى) كما ادّعاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٠ (أنّه

ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه) «البيع» - ولم يكتف بمجرّد

المعاطاة - (من دون ذكر) اعتبار (لفظ خاص كالشيخ) الطوسي في الخلاف ج ٣، ص

٧ البيوع (وأتباعه) من القدماء مثل أبي يعلى السّلار في المراسم ص ١٧١، وأبي القاسم

القاضي عبد العزيز بن البراج في المهذب ج ١، ص ٣٥٠ وابن حمزة محمّد بن عليّ

الطوسي في الوسيلة ص ٢٣٦، والسيّد أبي المكارم حمزة بن زهرة الحلبي في الغنية ص

٢١٤ كما تقدّم كلامه ص ٥٨.

(فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ إطلاق كلام هؤلاء ليس مسوقاً لبيان صحّة انشاء البيع

بكلّ لفظ له ظهور معتدّ به، فيه، بل إنهم في مقام بيان أصل اعتبار اللفظ في الإنشاء - لا في

مقام بيان الشرائط المعتمدة في اللفظ - في مقابل القول بانعقاده بالفعل أعني المعاطاة.

و قد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السِّلَم. و صرّح جماعة أيضاً في بيع التولية: بانعقاده بقوله: «وَلَيْتَكَ الْعَقْد» أو «وَلَيْتَكَ السِّلْعَة»، و التشريك في المبيع بلفظ: «شَرَكْتُكَ».

و عن المسالك في مسألة تقبّل أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة: أنّ ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبّل، مع أنّه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة.

(وقد حكى) كما في كلام الشهيد الثاني في المسالك ج ٣، ص ٤٠٥ في بيع السِّلَم وكذا في كلام السيّد العاملي في المفتاح ج ٤، ص ١٤٩ (عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السِّلَم) ونسبه السيّد إلى العلامة والمحقّق الحليّ والشهيدين والمحقّق الكرّكي.

(و صرّح جماعة أيضاً) منهم العلامة في التذكرة ج ١، ص ٥٤٥، والشهيد الأوّل في الدروس ج ٣، ص ٢٢١ والشهيد الثاني في المسالك ج ٣، ص ٣١٣ وفي شرح اللمعة ج ٣، ص ٤٣٦ (في بيع «التولية») - وهو البيع برأس المال (بانعقاده بقوله: «وَلَيْتَكَ الْعَقْد»، أو «وَلَيْتَكَ السِّلْعَة»، و) كذلك انعقاد (التشريك في المبيع) وهو بيع مقدار منه بما يخصّه من الثمن (بلفظ: «شَرَكْتُكَ») كما صرّح بذلك الشهيدان الأوّل في الدروس ج ٣، ص ٢٢١ واللمعة، والثاني في شرحها ج ٣ ص ٤٣٦.

(و) أيضاً حكى السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ٣٩١ (عن المسالك) ج ٣، ص ٣٧٠.

(في مسألة تقبيل «تقبّل خ د» أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة) بعد خرص المجموع بمقدار معيّن (أنّ ظاهر الأصحاب جواز ذلك) المعاملة (بلفظ التقبيل، مع أنّه لا يخرج) في الواقع والحقيقة (عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة) مستقلة (لازمة عند جماعة) منهم الشهيد الثاني في

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع؛ وأما في غيره، فظاهر جماعة في القرض: عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوزوه بقوله: «تصرف فيه - أو انتفع به - و عليك ردّ عوضه» أو «خذ به مثله» و «أسلفتك»، وغير ذلك مما عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع أنّ القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع والإجارة.

شرح اللمعة ج ٣، ص ٣٦٨، ونسبه السيّد العاملي في المفتاح ج ٤، ص ٣٩١ إلى صريح جماعة، واستدلّ عليه بروايات لأبأس بسند بعضها^(١) ومن المعلوم أنّ استعمال لفظ القبالّة في البيع أو الصلح مجاز، ولا يفهم منه أحدهما إلّا بالكناية.

(هذا ما حضرني من كلماتهم في) ما يخصّ (البيع).

(وأما في غيره) من العقود اللازمة (فظاهر جماعة) منهم المحقّق الحلّي في الشرائع ج ٣، ص ٨٣ والعلامة في القواعد ج ١، ص ١٥٦ وفي التذكرة ج ٢، ص ٥، والشهيدان في الدروس ج ٣، ص ٣١٨، والمسالك ج ٣، ص ٤٤٠ وفي الروضة ج ٤، ص ١٢، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ج ٥، ص ٢٠ فظاهر كلام هؤلاء (في) عقد (القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوزوه بقوله) أي المقرض («تصرف فيه - أو انتفع به - و عليك ردّ عوضه») وهذا من الكناية لأنّه من التعبير باللازم وإرادة الملزوم، (أو «خذ به مثله»، و «أسلفتك») هذا المال بمثله، وهذا من التعبير بالمجاز (وغير ذلك) كقوله: «ملكتك هذا و عليك مثله» (مما عدّوا مثله في البيع من الكنايات) فإنشاء عقد القرض أيضاً يقع بكلّ لفظ دالّ عليه وإن لم يكن صريحاً فلا يعتبر فيه لفظ خاصّ، (مع أنّ القرض من العقود اللازمة) من طرف المقرض (على حسب لزوم البيع والإجارة).

(١) راجع الوسائل: ج ١٣، ص ١٨، بيع الثمار الباب ١٠.

و حُكي عن جماعة في الرهن: أنَّ إيجابه يُؤدّي بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: هذه وثيقة عندك. و عن الدروس تجويزه بقوله: خُذْهُ، أو أمسكه بمالك و حُكي عن غير واحد تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ: «تعهدت المال» و «تقلدته»، و شبه ذلك.

أقول هذا وصرّح بعض الفقهاء كالشهيد الثاني في المسالك ج ٣، ص ٤٤٠ وفي شرح اللمعة ج ٤، ص ٢ و كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ج ٥، ص ٢٠، أنَّ القرض من العقود الجائزة.

(و حُكي) في مفتاح الكرامة ج ٥، ص ٧٢ (عن جماعة) منهم المحقّق في الشرائع ج ٢ ص ٨٣، والعلامة في التحرير ج ١، ص ٢٠١ والشهيدان في اللمعة وشرحها ج ٤، ص ٥٤ والمسالك ج ٤، ص ٨، والمحقّق السبزواري في الكفاية ص ١٠٧ فحكموا هؤلاء (في الرهن: أنَّ إيجابه يُؤدّي بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقة عندك»، وعن) الشهيد الأوّل في (الدروس) ج ٣، ص ٣٨٣ (تجويزه بقوله: «خُذْهُ» أو «أمسكه بمالك») مع أنَّ الرهن من العقود اللازمة من طرف الراهن وإن كان جائزاً من طرف المرتهن.

(و حُكي) في مفتاح الكرامة أيضاً ج ٥، ص ٣٥١ (عن غير واحد) من الفقهاء منهم الشيخ في المبسوط ج ٢، ص ٣٣٥، والعلامة في التذكرة ج ٢، ص ٨٥، والفاضل المقداد في التنقيح ج ٢، ص ١٨٣ و السيّد محمّد المجاهد الطباطبائي في المناهل ص ١١٢، واختاره السيّد العاملي بنفسه (تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة قطعاً بالنسبة إلى الضامن (بلفظ «تعهدت المال» و «تقلدته») = بگردن گرفتَم، (وشبه ذلك) بل قال المحقّق في الشرائع ج ٢، ص ١٢: «وينعقد الضمان بالكتابة منضمةً إلى القرينة» لكنّه قيّده الشهيد الثاني في المسالك ج ٤، ص ١٩٠ بما إذا تعذّر النطق لا مطلقاً.

وقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه: جواز الإجارة بلفظ العارية؛ معلّين بتحقيق القصد. و تردّد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة. و قد ذكر جماعة: جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة. و عن مجمع البرهان كما في غيره: أنّه لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً؛ و عن المشهور: جوازها بلفظ: «أزرع».

(وقد ذكر المحقق) في الشرائع ج ٢ ص ٢٠٩ (وجماعة ممن تأخر عنه) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ١٠، ص ٩ - مقيداً بانضمام شيء يدلّ على الإجارة - ومنهم صاحب الجواهر ج ٢٧، ص ٢٠٥.

فذكروا (جواز الإجارة بلفظ العارية؛ معلّين) ذلك (بتحقّق القصد و) لكنّ المحقّق (تردّد) هو (وجماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة) منهم الشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقية ص ١٤٠، ووجه التردد: أنّ البيع وضع لنقل الأعيان فلا يُنشأ به نقل المنافع.

(وقد ذكر جماعة: جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة) فمنهم المحقّق في الشرائع ج ٢، ص ١٧٢ والعلامة في التذكرة ج ٢، ص ٣٣٧، والسيّد العاملي في المفتاح ج ٧، ص ٢٩٩، وصاحب الجواهر ج ٧، ص ٣ (و) في المفتاح (عن مجمع البرهان) والفائدة ج ١٠، ص ٩٦ للمقدّس الأردبيلي (- كما في غيره -) مثل شرح اللمعة ج ٤، ص ٢٧٦ (أنّه لاخلاف في جوازها) «المزارعة» (بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً) كأن يقول: سلّمت هذه الأرض إليك مدّة كذا بحصّة من حاصلها، (و) في شرح اللمعة ج ٤، ص ٢٧٦ (عن المشهور: جوازها بلفظ المضارع كـ) «أزرع» هذه الارض مدّة سنة بحصّة كذا من حاصلها، لكنّه استشكل في مستنده بقصور الدلالة، وهي رواية عبد الله بن سنان: «في الرجل يزارع أرض غيره

و قد جَوَّز جماعة: الوقف بلفظ: «حرمت» و «تصدقّت» مع القرينة الدالة على إرادة الوقف، مثل: «أن لا يباع و لا يُورث»، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما من الكنايات. و جَوَّز جماعة:

فيقول: ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للارض، قال لا يسمي شيئاً من الحبّ والبقر، ولكن يقول أزرع ولي فيها كذا وكذا، ان شئت نصفاً وان شئت ثلثاً^(١) وقد تقدّم نظيرها ص ١٣٦ في محتملات معنى قوله: «إنما يحرم الكلام».

(و قد جَوَّز جماعة) كالمحقق في الشرائع ج ٢، ص ٢٥٨ والعلامة في التذكرة ج ٢، ص ٤٢٧ وفي القواعد ج ١، ص ٢٦٦، والشهيد في الدروس ج ٢، ص ٢٦٣ وفي المسالك ج ٥، ص ٣١٠، وفي اللمعة وشرحها ج ٣، ص ١٦٤ والمحقق الثاني في جامع المقاصد ج ٩، ص ٨ فجوّزوا (الوقف بلفظ) غير «وقفت» مثل («حرمت وتصدقّت»).

لكن (مع القرينة الدالة على إرادة الوقف، مثل: أن يزيد قوله: بشرط («أن لا يباع ولا يُورث»)) أولاً يوهب، (مع عدم الخلاف) بين الفقهاء في ذلك (كما عن غير واحد) منهم كالشهيد في المسالك ج ٥، ص ٣١٠ والسيد الطباطبائي في الرياض ج ٢، ص ١٧ وصاحب الجواهر ج ٢٨، ص ٣ (على أنهما من الكنايات) لاشتراكهما بين الوقف وغيره.

(وجوّز جماعة) كالمحقق في الشرائع ج ٢، ص ٣٢١ وفي المختصر النافع ص ١٦٩، والعلامة في القواعد ج ٢، ص ٤ وفي الإرشاد ج ٢، ص ٦، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ج ١٢، ص ٦٩ والشهيد الأوّل في اللمعة ص ١٦١، فجوّزوا

(١) الوسائل: ج ١٣، ص ٢٠٠ ح ٥ المزارعة والمساقاة؛ التهذيب: ج ٧، ص ٢٣٥، ح ١٨.

وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع، مع أنه ليس صريحاً فيه.

و مع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يُسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و أنه لا يجوز بالألفاظ المجازية؟ خصوصاً مع تعميمها للقريبة و البعيدة، كما تقدّم عن بعض المحققين.

و لعلّه لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيّة في العقود

(وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحاً فيه) لأنّه وضع لغة للنكاح المنقطع ولم يوضع للدائم، وقد تقدّم ص ١٠١، أنّه نُسب إلى المشهور أنّ ترك ذكر الأجل في الإنقطاع يجعله دائماً.

(ومع) جميع (هذه الكلمات) والفتاوى الدالة على كفايد مطلق اللفظ في جملة من العقود اللازمة، من الكنايات والمجازات التي لها ظهور عرفي معتدّ به فيها (كيف يجوز ان يسند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ) الصريح (الموضوع له) لكلّ عقد خاصّ، (وأنّه لايجوز) عندهم إيقاع العقد اللازم (بالألفاظ المجازية؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبة و البعيدة - خ د) لم ترد لفظة «والبعيدة في بعض النسخ، وفي بعضها، (خصوصاً مع تميمها بالقريظة)، كما تقدّم ص ٢٥٥ نقله (عن بعض المحققين) وهو صاحب الجواهر في ج ٢٢، ص ٢٤٩، و نقله السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٤٩ عن استاده العلامة الطباطبائي «السيّد محمد مهدي بحر العلوم» في المصاييح.

(ولعلّه) «الضمير للشأن» (لما عرفت من) جهة (تنافي) الأمرين المتقدّمين

أحدهما (ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية في العقود

اللازمة مع ما عرفت منهم من الإكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقق الثاني على ما حكى عنه في باب السَلَم و النكاح بين كلماتهم: بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، و هو جمعٌ حسن.

و «لعلّ - خ د» الأحسن منه: أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة، سواء كان اللفظ الدالّ على انشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع؛

اللازمة) وكذا بالكناية، والثاني (مع ما عرفت) أيضاً ص ٢٥٦ (منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقق الثاني) الكركي في جامع المقاصد ج ٤ ص ٢٠٧ (على ما حكى عنه) في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٤٩ (في باب السَلَم) من جامع المقاصد ج ٤، ص ٢٠٧ (و) في باب (النكاح) ج ١٢، ص ٧٠ جمع (بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة) ومثّل له للبيع بقوله «خَلَعْتُ نَفْسِي عَنْ هَذَا الشَّيْءِ بِكَذِّا مِنَ الْمَالِ، (وهو جمعٌ حَسَن).

(و «لعلّ - خ د» الأحسن منه) في وجه الجمع بين كلماتهم في المقامين (أن يراد باعتبار الحقائق في العقود) في تعابيرهم هو (اعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة، سواء كان اللفظ الدالّ على انشاء العقد موضوعاً له بنفسه) كقوله في البيع: «بعتك هذا، وفي النكاح بقولها: «أُنكِحْتُكَ نَفْسِي» (أو) كان (مستعملاً فيه مجازاً) لكن (بقرينة لفظ موضوع) لمعنى (آخر) كقوله في البيع: «نقلت إليك هذه الدار بالبيع بكذا من الثمن، أو قول المرأة في النكاح الدائم: «متّعتك نفسي دائماً بكذا من المهر، وذلك (ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع) ثم أشار الشيخ رحمه الله في وجه الأحسن لما أفاده، بقوله:

إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ.

و هذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد؛ فإنَّ الإعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين - وإن كان من المجازات القريبة جداً - رجوعٌ عما بُني عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد. ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال أو اقتران حال تدلّ على إرادة

(إذ لا يعقل الفرق في الوضوح - الذي هو مناط الصراحة -) في العقد اللازم (بين إفادة لفظٍ لمطلب) المقصود للعائد (بحكم الوضع) لغةً (أو إفادته له) لكن بضميمة لفظٍ آخر يدلّ بالوضع) أيضاً (على إرادة المطلب من ذلك اللفظ) كما مثّلنا لك في باب البيع والنكاح.

(وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة) قرينة مستفادة من (حالٍ أو سبق مقال خارج عن العقد) والمقارنة للحال في البيع كتخلية داره من أمواله واعطاء مفتاحها للمشتري ثم يقول له أعطني ثمنها كذا من القيمة وتصرف فيها بما شئت، والمقارنة لسبق المقال، مثل أن يتقاولا ويتذاكرا في الثمن وبعد المقولة يعطيه مفتاح الدار ويقول له أعطني الثمن (فإنَّ الإعتماد) حينئذ (عليه) أي على ذلك المقارن (في متفاهم المتعاقدين - وإن كان من المجازات القريبة جداً -) لكنّه (رجوعٌ عما بُني عليه) في العقود اللازمة (من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد) وهذا هو وجه الأحسنية لما ذكرناه، (ولذا لم يجوزوا) أي القدماء من الفقهاء (العقد بالمعاطاة ولو مع) ضمنية (سبق مقالٍ أو اقتران حال يدلّ على إرادة

البيع جزماً.

و مما ذكرنا يظهر الإشكال في الإقتصار على المشترك اللفظي إتكالاً على القرينة الحالية المعيّنة، وكذا المشترك المعنوي.

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله ﷺ: «لأنَّ المخاطب لا يدري بِمَ خوطب»؛ إذ ليس المراد أنَّ المخاطب لا يفهم منها المطلوب و لو بالقرائن الخارجية، بل المراد أنَّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدلّ على المعنى المنشأ

البيع) أو سائر العقود (جزماً).

(ومما ذكرنا) من اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية في العقود سواء كانت بنفس وضع اللفظ أو بالقرينة المقترنة بلفظ آخر دالٌّ على المقصود، وعدم كفاية القرينة الحالية أو المقالة السابقة على العقد (يظهر الإشكال في الإقتصار) في العقد (على المشترك اللفظي) كلفظ «شريت» للبيع مع أنّه مشترك بينه وبين الإشتراء خريدن (اتكالاً على القرينة الحالية المعيّنة) للبيع كقوله «شريت» هذا الكتاب بثمن ألف تومان، (وكذا المشترك المعنوي) أي الكلّي الشامل لأفراد كلفظ التملك المشترك بين البيع والهبة والصلح، ووجه الإشكال هو استفادة البيع مثلاً من تلك القرينة لا من حاقّ اللفظ.

(ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا) من عدم الإعتماد على القرينة (الاستدلال المتقدم) ص ٢٥٤ (في عبارة) العلامة في (التذكرة) ج ١، ص ٤٦٢ (بقوله ﷺ: «لأنَّ المخاطب لا يدري بِمَ خوطب»؛ إذ ليس المراد) من كلامه (أنَّ المخاطب لا يفهم منها المطلوب) أصلاً (ولو بالقرائن الخارجية، بل المراد أنَّ الخطاب بالكناية) مثل قوله تصرف فيه بما شئت بكذا - في إرادة البيع (لمّا لم يدلّ على المعنى المنشأ) وهو

ما لم يقصد الملزوم - لأنَّ اللازم الأعم كما هو الغالب بل المطَّرد في الكنايات، لا يدلُّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاص - فالخطاب في نفسه محتمل لا يدري المخاطب بِمَ خوطب، وإنَّما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم.

و المفروض على ما تقرر في مسألة المعاطاة أنَّ النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل و الانتقال، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به. لكنَّ هذا الوجه لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية.

عنوان العقد المراد - مثل البيع - (ما لم يُقصد الملزوم) للكلام (لأنَّ اللازم الأعم) كالنصر في مثال البيع (كما هو الغالب بل المطَّرد في الكنايات، لا يدلُّ على الملزوم ما لم يُقصد المتكلم خصوص الفرد الجامع) أعني التصرف البيعي مثلاً (مع الملزوم الخاص - فالخطاب) هذا جزاء لقوله: «لما لم يدلَّ» (في نفسه محتمل) للمراد كالبيع في المثال كما يحتمل غيره كالنصر بعنوان الصلح و (لا يدري المخاطب بِمَ خوطب، وإنَّما يفهم) المراد (بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم) وهذا بخلاف ما إذا عبَّر في ضمن كلامه بخصوص العقد المقصود كالبيع ولو بقوله: «نقلت إليك هذا المال بالبيع بكذا من الثمن كما مثلنا آنفاً».

(والمفروض - على ما تقرر) سابقاً ص ١٣٤ (في مسألة المعاطاة) عند بيان محتملات قوله ﷺ: «أنا يحلُّ الكلام ويحرِّم الكلام» وهو الوجه الأوَّل منها: (أنَّ النية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال) الصريحة (لا تؤثر في النقل و الانتقال) عند القدماء، (فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به، لكنَّ هذا الوجه) أي اعتبار كون الدلالة على المقصود من العقد لا بدَّ أن يُستند إلى اللفظ (لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية) لأنَّه أخصَّ من المدعى أعني إلغاء مطلق صيغ الكناية؛ لأنَّ

ثم إنه ربما يُدعى: أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية، كما حكى عن الإيضاح من أن كل عقد لازم وُضِع له الشارع صيغة مخصوصة بالإستقراء، فلا بد من الإقتصار على المتيقن؛ و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها.

و أما ما ذكره الفخر رحمته الله، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً هي اشتغالها على العنوان

القرينة في بعضها لفظية مثل قوله في البيع: «أدخلته في ملكك بثلثين كذا» فإنه يصدق عليه أنه عقد لفظي، وكذا قوله في الإجارة: «بعتك منفعة هذه الدار سنةً بكذا».

(ثم إنه ربما يُدعى) حصر جواز انشاء العقود اللازمة على الألفاظ الدالة بالوضع الحقيقي عليها ببيان (أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية، كما حكى عن الإيضاح) لفخر المحققين ج ٣، ص ١٢ (من أن كل عقد لازم، وُضِع له الشارع صيغة مخصوصة) له (بالإستقراء) والقدر المتيقن في ترتب الاثر عليه هو تلك الصيغة المخصوصة، (فلا بد من الإقتصار على المتيقن).

وهذا الكلام المدعى مخالف لما اختاره الشيخ رحمته الله من كفاية مطلق اللفظ في مقام انشاء العقود ولذلك تعرض للإشكال عليه بقوله: (وهو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء) المتقدمة، (فضلاً عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها) لأنه مخالف للفتاوى المتقدمة وللروايات الآتية.

(و أما ما ذكره الفخر رحمته الله) في الإيضاح، (ف) يمكن توجيهه بما لا يتنافي ما ذكرناه من كفاية مطلق اللفظ في العقد إذ (لعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً) بحكم الإستقراء (هي: اشتغالها على العنوان) المخصوص الكلي

المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع؛ فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلا بد من اشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك؛ وهكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع والإجارة ونحوهما.

فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتغالها على هذه العناوانات الدائرة في لسان الشارع، أو ما يرادفها لغة أو عرفاً؛ لأنها بهذه العناوانات موارد للأحكام الشرعية التي لاتحصى.

(المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع) مثل مشتقات لفظ البيع في البيع ولفظ النكاح في النكاح، (فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجية أو المتعة، فلا بد من اشتغال عقدها على هذه العناوين) مثل أن تقول الزوجة بذكر «أنكحتك»، أو «زوّجتك»؛ «أوجدت علفة النكاح أو الزوجية بيني وبينك بكذا من الصداق» (فلايجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة) بأن تقول: «وهبتك»، أو «بعتك» أو «آجرتك» بُضعي بكذا من الصداق (أو نحو ذلك، وهكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع والإجارة ونحوهما) مثل أن يقول في البيع: «أدخلت داري في ملكك بالبيع بكذا من الثمن» فيكون مختار الفخر موافقاً لما اخترناه تماماً.

(ف) المراد من (خصوصية اللفظ) في كلامه، أنّما هو (من حيث اعتبار اشتغالها) أي الصيغة (على هذه العناوانات الدائرة في لسان الشارع أو ما يُراد بها لغة أو عرفاً؛ لأنها) أي العقود (بهذه العناوانات) من البيع والنكاح والصلح (موارد للأحكام الشرعية) المختصة بكلّ منهما (التي لا تُحصى) كحكم خيار المجلس، أو

و على هذا، فالشابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع؛ إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كانت لامع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع، لم تترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة،

الحيوان، أو كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع في البيع، فلو أنشئ البيع بغير هذا اللفظ لا تترتب عليه هذه الأحكام، لأنه مع الشك في ترتب الأثر فأصالة الفساد أعني أصالة عدم ترتب الأثر على العقد هي المرجع في مقام العمل.

(وعلى هذا) من كون الوجه في اعتبار اللفظ في العقود، لأجل اشتماله على العنوان المعتبر عند الشارع **(فالشابط)** الكلّي في إنشاء المعاملات، هو **(وجوب إيقاع العقد بإنشاء)** ألفاظ **(العناوين الدائرة)** الجارية **(في لسان الشارع)** أعني من الصيغ الواردة بخصوصها في لسانه كـ «بعت» و«أنكحت» أو ما يراد بها لغة وعرفاً بحيث حصلت بقرينة لفظية كـ (ملّكت)، وعلى هذا فيقع إنشاء البيع بصيغة «ملّكت» أيضاً إذا كانت مقيدة بذكر العوض كقوله: «ملّكتك الكتاب بألف تومان؛ فإن اقتترانه بذكر العوض دليل على مبادلة المالين ولا يكون ذلك في عنوان البيع، فالتمليك يدلّ على البيع بالدلالة اللفظية الوضعية، وهكذا في النكاح لو قالت المرأة: «أوجدتُ عُلقة الزوجية بيني وبينك بكذا من المهر **(إذ لو وقع)** النكاح مثلاً **(بإنشاء غيرها، فإن كان لامع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة للاستمتاع -)** دون إيجاد العلاقة الزوجية **(لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة)** كوجوب النفقة والقسم عليه، ووجوب التمكين عليها.

وإن كان بقصد هذه العناوين، دخلت في الكناية التي عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر رحمته مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده رحمته.

و إليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقاة من الشارع، فلا ينعقد عقدٌ بلفظ آخر ليس من جنسه. و ما عن المسالك: من أنّه يجب الإقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغةً. و مراده بالمنقولة شرعاً، هي:

(وان كان) عقد الهبة منها، أو الإجارة للإستمتاع (بقصد هذه العناوين) المعبرة الدائرة في لسان الشارع من النكاح والزوجية (دخلت في الكناية التي عرفت) ص ٢٦٦ (أنّ تجويزها) في العقود رجوعاً إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال وكفاية الأفعال أو ما يشابهها من الألفاظ الغير الصريحة والمجملة = دو يهلو.

وبالجملة (فما ذكره الفخر رحمته) في الإيضاح ج ٣، ص ١٢ من اعتبار صيغة مخصوصة من الشارع لكلّ عقدٍ لازم (مؤيد لما ذكرناه) من اعتبار استناد الدلالة في ألفاظ العقد إلى الوضع وان كانت بالقرينة اللفظية المقترنة بالكلام (واستفدناه من كلام والده رحمته) العلامة رحمته بقوله المتقدم: «لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب».

(وإليه) أي إلى ما ذكره الفخر من الضابط الكلّي المتقدم (يشير - أيضاً - ما عن) المحقق الكركي في (جامع المقاصد) ج ٧، ص ٨٣ (من أنّ العقود متلقاة من الشارع، فلا ينعقد عقدٌ بلفظ آخر ليس من جنسه).

(و) كذا (ما عن المسالك) للشهيد الثاني ج ٥، ص ١٧٢ في عقد البيع، وقريب منه ما ذكره في عقد النكاح ج ٧، ص ٨٨ (من أنّه يجب الإقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة، شرعاً المعهودة لغةً، ومراده من «المنقولة شرعاً» هي:

المأثورة في كلام الشارع.

و عن كنز العرفان في باب النكاح: **أَنَّهُ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ حَادِثٌ، فَلَا يَدُلُّ لَهُ مِنْ دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَى حَصُولِهِ، وَ هُوَ الْعَقْدُ اللَّفْظِيُّ الْمَتَلَقُّ مِنَ النَّصِّ. ثُمَّ ذَكَرَ لِإِجَابِ النَّكَاحِ أَلْفَاظًا ثَلَاثَةً، وَ عَلَّلَهَا بِوُرُودِهَا فِي الْقُرْآنِ.**
وَ لَا يَخْفَى أَنَّ تَعْلِيلَهُ هَذَا كَالصَّرِيحِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ

المأثورة) أى الواردة بخصوص ألفاظها **(في كلام الشارع)** لا النقل عن معانيها اللغوية إلى المعاني الشرعية المخترعة.

(وعن كنز العرفان) في فقه القرآن للفاضل المقداد ابن جلال الدين الحلبي السيوري تلميذ الشهيد الأول^(١) ص ٥٠٣^(٢) **(- في باب النكاح - : أَنَّهُ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ حَادِثٌ)** بمعنى أَنَّ الشارع هو الذي يحكم بحصول علاقة بين الرجل والمرأة في موارد خاصة **(فلابد له من دليل يدل على حصوله، وهو) أي الدليل (العقد اللفظي المتلقى من النص)** وهو إيجاب من المرأة أو من قام مقامها، وقبول من الزوج أو من قام مقامه.
(ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً ثلاثة) وهي «النكاح»، «الزواج» و«المتعة» **(وعللها بورودها في القرآن)** في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿زَوْجَانِكُمَا﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ﴾^(٥).
(ولا يخفى أَنَّ تَعْلِيلَهُ هَذَا) أي بالورود في القرآن (كالصريح فيما ذكرناه)

(١) راجع الذريعة: ج ١٨، ص ١٥٩.

(٢) طبع المطبعة معراج قم ١٤٢٤ ق.

(٣) البقرة: ٢٣٠.

(٤) الاحزاب: ٣٧.

(٥) النساء: ٢٤.

من تفسير توقيفيّة العقود، و أنّها متلقّاة من الشارع، و وجوب الإقتصار على المتيقّن.

و من هذا الضابط تقدّر على تمييز الصريح المنقول شرعاً المعهود لغةً - من الألفاظ المتقدّمة في أبواب العقود المذكورة - من غيره، و أنّ الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلاً لا يبعد جوازه، و هكذا.

ص ٢٦٥ بقولنا: «ولعلّ الأحسن منه... الخ» (من تفسير توقيفيّة العقود، و أنّها متلقّاة من الشارع، و وجوب الإقتصار على المتيقّن) الذي تداول في لسان الشارع. (ومن هذا الضابط) أعني إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع، (تقدّر على تمييز الصريح) أي واضح الدلالة بنفسه، أو بقرينة لفظيّة تدلّ بالوضع على إرادة المقصود، (المنقول شرعاً المعهود لغةً - من) نوع (الألفاظ المتقدّمة في أبواب العقود المذكورة) المختلفة - (من غيره)، أي من غير الصريح (و أنّ الإجارة) مثلاً (بلفظ العارية غير جائزة) لعدم ظهوره لغةً ولا عرفاً في الإجارة، (و) هذا (ب) خلاف (لفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلاً) فإنّه (لا يبعد جوازه) لظهور هذه التعابير اللفظيّة عرفاً في الإجارة.

(وهكذا) سائر العقود اللازمة؛ فإنّه يجوز إيقاعها بالألفاظ المأثورة من الشارع الدالة بالوضع أو بالقرينة اللفظيّة على المراد، كلفظ «تصدّقت» في عقد الوقف إذا كان مقروناً بقوله: «فلا يباع ولا يورث ولا يوهب»، ولكن لا يجوز إيقاعها بغير ما يدلّ بالوضع أو بالقرينة اللفظيّة على المراد.

هذا تمام الكلام بحسب الكبرى وهي اعتبار الصراحة والظهور الوضعي في موادّ

ألفاظ العقود اللازمة، ويقع الكلام في صغريات ذلك، فقال الشيخ رحمه الله:

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:

منها: لفظ «بعت» في الإيجاب، و لا خلاف فيه فتوى و نصاً؛ و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، لكن كثرة استعماله في وقوع البيع به تعينه.

و منها: لفظ «شريت»؛ لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة، بل قيل: لم يستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع.

(إذا عرفت هذا) أي الضابط الكلّي في صيغ العقود اللازمة، (فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول) الواردة في خصوص البيع فـ (منها: لفظ «بعت» في الإيجاب، ولاخلاف فيه) بين الفقهاء (فتوى ونصاً) بل اقتصر بعضهم عليه كما يظهر من كلام ابن ادريس في السرائر ج ٢، ص ٢٥٠ وربما يستظهر من كلام السيّد ابن زهرة في الغنية ص ٢١٤ المتقدم ص ٥٨، قيام الإجماع عليه، وفيه تأمل فراجع، (وهو) أي لفظ البيع (وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء) = فروختن و خريدن، وربما استعمل في خصوص الشراء، فهو مشترك لفظيّ لهما كما يظهر من بعض اللغويين كأحمد بن محمد المقرئ الفيومي في المصباح المنير ص ٦٩، (لكن كثرة استعماله في وقوع البيع) بمعنى إعطاء المتاع (تُعَيِّنُهُ) فيه؛ فإنّ المشترك اللفظي ربما يختصّ بأحد معانيه بكثرة استعماله فيه، كما يؤيّد ذلك بتبادر باذل المتاع و السلعة من لفظ البائع إلى الذهن.

(ومنها) أي من ألفاظ الإيجاب (: لفظ «شريت»؛ لوضعه له) أيضاً كما وُضع للإشراء = خريدن فهو من الأضداد (كما يظهر من المحكي عن بعض أهل اللغة) قال الفيومي في المصباح المنير ص ٣١٢: «شريت المتاع أشريه» (إذا أخذته بثمن، أو أعطيته بثمن، فهو من الأضداد) (بل قيل) كما نَقَلَ في الجواهر ج ٢٢، ص ٢٤٤ - ولم يعرف القائل - أنّه (لم يُستعمل في القرآن الكريم إلا في البيع) بمعنى إعطاء السلعة،

و عن القاموس: شراه يشريه: ملكه بالبيع و باعه، كاشتراه، فهما ضدّ.
و عنه أيضاً: كلّ من ترك شيئاً و تمسّك بغيره فقد اشتراه.
و ربما يستشكل فيه: بقلة استعماله عرفاً في البيع،

مثل قوله تعالى: ﴿ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله والله رؤف بالعباد﴾^(١).
المفسر بأمير المؤمنين عليه السلام بالتواتر حين بات في فراش رسول الله ﷺ ليلة المبيت^(٢)
وقوله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة﴾^(٣) وقوله تعالى: ﴿ولبئس ما شروا به
انفسهم﴾^(٤).

(و عن القاموس) للفيروز آبادي ج ٤، ص ٣٤٧ («شراه يشريه، ملكه بالبيع
وباعه، ك) لفظ (اشتراه) فإنه أيضاً يستعمل بمعنى التمليك بالبيع (فهما ضدّ) أي فكلّ
من لفظ «شريت» و«اشتريت» من الأضداد وُضع تارة للبيع = فروختن، وأخرى للشراء
= خریدن، (و عنه أيضاً: كلّ من تمسّك شيئاً و تمسّك بغيره فقد اشتراه) ولا
يخفى أنّ تفسيره بالعبارة الأخيرة تفسير كليّ عام له فردان لأنّه ينطبق على الموجب
والقابل كليهما فيكون من المشترك المعنوي بخلاف التفسير الأوّل فإنّ ظاهره الإشتراك
اللفظي وتعدّد الوضع.

(وربما يُستشكل فيه) أي في وقوع البيع بلفظ «الشراء» بوجوه ثلاثة، الأوّل
(بقلة استعماله عرفاً في البيع) ومن المعلوم: أنّ صحّة الإنشاء منوط بالظهور العرفي،

(١) البقرة: ٢٠٧.

(٢) راجع لمصادر ذلك الغدير للعلامة الأميني، ج ٢، ص ٤٤ وتفسير نمونه: ج ٢، ص ٤٦.

(٣) يوسف: ٣٠.

(٤) البقرة: ١٠٢.

و كونه محتاجاً إلى القرينة المعيّنة، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء؛ و لا يخلو عن وجه.

و منها: لفظ «ملكت» - بالتشديد -، و الأكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد: الاتفاق عليه، حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كـ «بعت» و «ملكت».

و يدلّ عليه: ما سبق في تعريف البيع من أنّ التملك بالعوض المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال

(و) الثاني (كونه محتاجاً إلى القرينة المعيّنة) لتوقّف استعمال المشترك في أحد معانيه على القرينة المعيّنة، (و) الوجه الثالث (عدم نقل الإيجاب به في الأخبار وكلام القدماء) من الأصحاب (ولا يخلو عن وجه) لما تقدّم من توقيفية ألفاظ العقود اللازمة فلا بدّ من الإقتصار على القدر المتيقّن وهو لفظ «بعت»، هذا ولكن قال في الجواهر ج ٢، ص ٢٤٤: «ويتحقّق إيجابه «بيعت» قطعاً، بل و«بشريت» على المشهور شهرةً عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل لعلّها كذلك، لاشتراك كلّ من لفظي البيع والشراء بين المعنيين، فهما من الأضداد ... الخ.

(ومنها) أي ومن ألفاظ الإيجاب (لفظ «ملكت» - بالتشديد - والأكثر) كما في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٠ (على وقوع البيع به، بل ظاهر) كلام الشهيد الأوّل في غاية المراد ص ٨١ في شرح (نكت الإرشاد) - للعلامة الحليّ وكذلك نفس الإرشاد - (الاتفاق) على ذلك (حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كـ «بعت» و «ملكت»).

(ويدلّ عليه) أي على وقوع البيع بـ «ملكت» (ما سبق) ص ٢٠ (في تعريف البيع، من أنّ) حقيقة (التملك بالعوض المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال

هو المرادف للبيع عرفاً ولغة؛ كما صرّح به فخر الدين، حيث قال: **إنَّ معنى «بعث» في لغة العرب: ملّكتُ غيري.**

وما قيل: **من أنَّ التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.**

فيه: **أنَّ الهبة إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادّة التملك، فهي مشتركة معنى بين ما يتضمّن المقابلة و بين المجرد عنها، فإنَّ اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب**

هو المرادف للبيع عرفاً ولغة، كما صرّح به فخر الدين) في شرح الإرشاد المخطوط، على ما حكاه السيّد العاملي عنه في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٢ (حيث قال: **إنَّ معنى «بعث» في لغة العرب: ملّكتُ غيري**) فلو قال: **ملّكتك الكتاب بألف تومان كان بيعاً ولا يصحّ صلحاً ولا هبةً معوّضة وإن قصدتهما كما يأتي بيانه عن قريب.**

(وما قيل) كما نقله في الجواهر ج ٢٢، ص ٢٤٦ (من أنَّ التملك يُستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها)، ويحتمل أن يكون القائل المحقّق الكرّكي في جامع المقاصد ج ٤، ص ٢٠٧ كما أفاده سيّدنا الاستاد المروّج ﷺ في هدى الطالب ج ٢، ص ٣٨٧، فقال المحقّق في بيع السلف: **لأنّه «أي التملك» شائع في الهبة، انتهى، وحاصله أنَّ التملك أعمّ من البيع وليس مرادفاً له فيمنع انشاؤه به فـ (فيه: أنَّ) التملك مشترك معنى بين ما يتضمّن التبادل والمقابلة بين المالين، وبين ما يكون خالياً عن العوض و (الهبة إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادّة التملك، فهي) أي المادة، كما قلنا (مشتركة معنى بين ما يتضمّن المقابلة) وهو البيع، (وبين المجرد عنها) وهو الهبة (فان اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب)**

- بمقتضى الوضع التركيبي - البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجانية.

و قد عرفت سابقاً أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوّضة أو قصّد المصالحة، بُنيت صحّة العقد به على صحّة عقد بلفظ غيره مع النية.

و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد: إنّ معنى بعث في لغة العرب: ملكت غيري.

من التملك والعوض (بمقتضى الوضع التركيبي - البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجانية) أي الهبة، والحاصل أنّه يصحّ انشاء البيع بلفظ «التمليك» فهما مترادفان.

(وقد عرفت سابقاً) ص ٢٨ (أنّ تعريف البيع بذلك) أي بالتمليك بالعوض على وجه المبادلة (تعريف بمفهومه الحقيقي) وعرفت هناك أنّ ما أفاده كاشف الغطاء رحمته من أنّ التملك بالعوض يشمل البيع والصلح والهبة المعوّضة جميعاً لكنّ البيع هو الاصل في تملك الأعيان بالعوض فيقدّم عليهما، محلّ تأمل، بل منع؛ لأنّ التملك بالعوض هو البيع لا غير، (فلو أراد) الموجب بقوله «ملكته كتابي بقلمك» غير البيع، بأن أراد (منه الهبة المعوّضة، أو قصّد المصالحة) بين الكتاب والقلم (بني صحّة العقد به) أي صحّة الهبة أو الصلح بهذا الكلام (على صحّد عقد بلفظ غيره مع النية) مثل انشاء البيع بقوله: «أدخلته في ملكك بكذا» الذي هو من المجاز والكناية وقد سبق الكلام فيه ص ٢٥٣ (ويشهد لما ذكرنا) من كون حقيقة البيع هو التملك بالعوض (قول فخر الدين في شرح الإرشاد) المتقدم آنفاً ص ٢٧٨ (أنّ معنى «بعث» في لغة العرب ملكت غيري).

وَأَمَّا الْإِيجَابُ بِـ «اشْتَرَيْتَ»، ففِي مِفْتَاحِ الْكَرَامَةِ: أَنَّهُ قَدْ يُقَالُ بِصَحَّتِهِ؛ كَمَا هُوَ الْمَوْجُودُ فِي بَعْضِ نَسَخِ التَّذَكُّرَةِ، وَ الْمُنْقُولِ عَنْهَا فِي نَسَخَتَيْنِ مِنْ تَعْلِيقِ الْإِرْشَادِ.

أَقُولُ: وَ قَدْ يَسْتَظْهَرُ ذَلِكَ مِنْ عِبَارَةِ كُلِّ مَنْ عَطَفَ عَلَى «بَعْتَ» وَ «مَلَكْتَ» شَبِيهَهُمَا أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُمَا؛

(وَأَمَّا الْإِيجَابُ) فِي الْبَيْعِ (بِـ «اشْتَرَيْتَ») وَهُوَ رَابِعُ أَفْظَاظِهِ (ف) قَالَ السَّيِّدُ الْعَامِلِيُّ (فِي مِفْتَاحِ الْكَرَامَةِ) ج ٤، ص ١٥٠ (أَنَّهُ قَدْ يُقَالُ بِصَحَّتِهِ، كَمَا هُوَ الْمَوْجُودُ فِي بَعْضِ نَسَخِ التَّذَكُّرَةِ) لِلْعَلَامَةِ^(١) (و) كَذَلِكَ هُوَ (الْمُنْقُولُ عَنْهَا فِي نَسَخَتَيْنِ مِنْ تَعْلِيقِ الْإِرْشَادِ) لِلْمَحَقِّقِ الْكُرْكِيِّ الْمَخْطُوطِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ السَّيِّدِ أَنَّهُ ظَفَرَ بِتَجْوِيزِ الْعَلَامَةِ فِي التَّذَكُّرَةِ إِيْجَابُ الْبَيْعِ بِـ «اشْتَرَيْتَ» وَنَسَخَتَيْنِ مِنْ تَعْلِيقِ الْإِرْشَادِ، ثُمَّ أُيِّدَ ذَلِكَ بِمَا تَقَدَّمَ ص ٢٧٦ عَنِ الْقَامُوسِ فَقَالَ: وَفِي الْقَامُوسِ شَرَاهُ يَشْرِيهِ: إِذَا مَلَكَهُ بِالْبَيْعِ وَبَاعَهُ كَاشْتَرَاهُ فَهُمَا ضِدٌّ، وَفِيهِ أَيْضًا كُلُّ مَنْ تَرَكَ شَيْئًا وَتَمَسَّكَ بِغَيْرِهِ فَقَدْ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ قَالَ تَأْيِيدًا لِمَا ذَكَرَهُ قُلْتُ: وَالبَائِعُ تَارَكَ لِلْمَتَاعِ تَمَسَّكَ بِالْثَمَنِ عَكْسَ الْمُشْتَرِي، وَصَرِيحُ كَلَامِهِ الْأَوَّلِ - أَيْ كَلَامِ الْقَامُوسِ - أَنَّ لَفْظَ إِشْتَرَى كِبَاعَ، انْتَهَى كَلَامُ الْمِفْتَاحِ.

وَعَلَى مَا أَفَادَهُ فَأَلْفَاظُ الْإِيجَابِ أَرْبَعَةٌ ١ - بَعْتُ، ٢ - مَلَكْتُ، ٣ - شَرَيْتُ،

٤ - اشْتَرَيْتُ، (أَقُولُ: وَ قَدْ يُسْتَظْهَرُ ذَلِكَ) أَيْ جَوَّازُ الْإِيجَابِ بِلَفْظِ «اشْتَرَيْتَ» (مِنْ) عِبَارَةِ كُلِّ مَنْ عَطَفَ عَلَى صِيغَتِي «بَعْتُ» وَ «مَلَكْتُ»، (لَفْظُ (شَبِيهَهُمَا أَوْ) بِعِبَارَةِ «مَا يَقُومُ مَقَامَهُمَا» كَالْعَلَامَةِ فِي التَّحْرِيرِ ج ١، ص ١٦٤، وَالشَّهِيدُ الْأَوَّلُ فِي غَايَةِ الْمُرَادِ

(١) أَقُولُ وَلَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي التَّذَكُّرَةِ الَّتِي عِنْدِي وَهُوَ الطَّبْعُ الْحَجَرِيُّ لِمَكْتَبَةِ الْمُرْتَضَوِيَّةِ طَهْرَانَ.

إذ إرادة خصوص لفظ «شريت» من هذا، بعيد جداً.

و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية، أبعد.

فيتعين إرادة ما يرادفهما لغة أو عرفاً، فيشمل «شريت» و «اشتريت».

لكن الإشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا؛ لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف اشتريت.

ص ٨٠، (إذ إرادة خصوص لفظ «شريت») فقط (من هذا بعيد جداً)؛ لأنه لو كان المراد خصوص ذلك لُعِبَّرَ به لا بهذا العنوان العام، والحاصل أن «اشتريت» أيضاً يُستعمل بمعنى «بعت» فقلوه: اشتريت كتابي بقلمك، معناه «بعته به»، ولا يكون بمعنى قبول البيع وكان من باب تقديم القبول على الإيجاب بناءً على جواز ذلك.

(وحمله) - هذا مبتدأ خبره قوله: «أبعد» أي وحمل عبارة: «أو ما يقوم مقامهما» (على إرادة ما يقوم مقامهما، في اللغات الأخر) كالفارسيّة والتركيّة وغيرهما (للعاجز عن العربيّة أبعد) لأنه لو كان المراد ذلك لصرّحوا به، (فيتعين) حينئذٍ (إرادة ما يرادفهما لغة وعرفاً) في لغة العرب (فيشمل «شريت» و «اشتريت») وأدخلته في ملكك، وسلّمته اليك، وقارضتك مالي، بكذا من المال، كما نُقِلَ عن حواشي الشهيد على القواعد في هدى الطالب ج ٢، ص ٣٩٥ لسيّدنا الاستاد المروّج رحمته الله.

(لكن الإشكال المتقدم) ص ٢٧٦ (في «شريت») من عدم نقل الإيجاب به في الأخبار والفتاوى، واحتياجه إلى القرينة المعيّنة، (أولى بالجريان هنا) أي في لفظ «اشتريت» (لأن «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يُستعمل فيه) «القرآن» (إلا فيه) «البيع» (بخلاف «اشتريت») فإنّه لم يستعمل في الإيجاب لافي القرآن، ولا الأخبار، ولا الفتاوى، بل ذكره في ألفاظ القبول.

و دفع الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجاباً إما بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول وإما لغلبة ذلك، غير صحيح؛ لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود، قد عرفت ما فيه، إلا أن يُدعى أن ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة مختصاً بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، وتمييزه عما عداه من العقود.

و أما تميّز إيجاب عقدٍ معيّن عن

(ودفع الإشكال) المذكور (في تعيين المراد منه) أي من «أشترت» (بقرينة تقديمه الدال على كونه إيجاباً) لا قبولاً مقدّماً (إما بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول) في العقود اللازمة، كما سيجيء البحث عنه ص ٢٩٥ (وإما لغلبة ذلك) في اجراء العقد عند المتشّرة (غير صحيح) «خبر لقوله: ودفع الإشكال، ووجه عدم الصحة (لأن الاعتماد على القرينة غير اللفظية) أي الحالية أعني نفس تقدّم الإيجاب (في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت) ص ٢٦٥ - في وجه الجمع بين كلمات الفقهاء - (ما فيه) من الإشكال حيث قال الشيخ رحمه الله: «ولعلّ الأحسن منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر ليرجع الإفادة بالآخرة إلى الوضع» انتهى.

(إلا أن يُدعى) في جواز الاعتماد على القرينة الحالية - لتعيين المراد من ألفاظ العقد - كتقديم الإيجاب على القبول بـ (أن ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة) في العقود - (مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص) عنوان (العقد) الخاص كالبيع (وتمييزه عما عداه من العقود، وأما تميّز إيجاب عقدٍ معيّن عن

قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشتري، فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام أو غلبته أو نحوهما، وفيه إشكالٌ.

و أمّا القبول، فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ: قبلتُ، و رضيتُ، و اشتريتُ، و ابتعتُ، و تملكتُ، و ملكتُ (مخففاً)؛ و أمّا بعتُ، فلم يُنقل إلّا من الجامع، مع أنّ المحكي عن جماعة من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع و الشراء.

قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشتري) بعد صراحة اللفظ في أصل البيع مثلاً (فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد، ولو بقرينة المقام) والحال (أو غلبته، أو نحوهما) ككون الثمن من النقود والمثمن متاعاً وجنساً، فالحاصل أنّ الصراحة معتبرة في تميّز البيع عن غيره لافي تميّز الإيجاب عن القبول والموجب عن القابل (وفيه إشكالٌ) فإنّ ظاهر كلمات الأصحاب إعتبار الصراحة في كلا الأمرين:

١ - تميّز البيع عن غيره من العقود، ٢ - وكذلك في تميّز الإيجاب عن القبول لاسيّما على القول بلزوم تقديم الإيجاب، فلا يجوز أن يكون كلامٌ مردّداً بين أن يكون إيجاباً أو قبولاً.

(وأمّا) ألفاظ (القبول) للبيع (فلا ينبغي الإشكال) بناءً على ما تقدّم من عدم اعتبار ألفاظ خاصّة في إنشاء البيع (في وقوعه بلفظ «قبلتُ» و «رضيتُ» و «اشتريتُ» و «شريتُ») فقد تقدّم أنه من الأضداد و وُضع متعدّداً لكنّ المشترك اللفظي أو المعنوي يجوز استعماله في أحد معانيه إذا كان محفوظاً بالقرينة المعيّنة، (و) كذلك («ابتعتُ» و «تملكتُ» و «ملكْتُ» مخففاً) = مالك شدم (وأمّا) وقوعه بلفظ («بعتُ») بأن يقول البائع: بعتك الكتاب بألف تومان فيقول المشتري: «بعت» (فلم يُنقل إلّا من) كتاب (الجامع) للشرائع ص ٢٤٦ ليحيى بن سعيد الحلّي، والناقل هو السيد العاملي رحمه الله في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٢، هذا (مع أنّ المحكي عن جماعة من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع والشراء) اشتراكاً لفظياً أو معنوياً كقول الطريحي في

و لعلّ الإشكال فيه، كإشكال «اشتريت» في الإيجاب.

و اعلم أنّ المحكيّ عن نهاية الأحكام و المسالك: أنّ الأصل في القبول «قبلت»، و غيره بدل؛ لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الإبتداء، و الإبتداء بنحو «اشتريت» و «ابتعت» ممكن. و سيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب.

ثم إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ

مجمع البحرين ج ٤، ص ٣٠٤: «والباع الإيجاب والقبول» وقال في المنجد ج ١، ص ٥٧: «البيع بذل المثل وأخذ الثمن أو أخذ المثل وبذل الثمن وهو من الأضداد^(١) (ولعلّ الإشكال فيه) أي في إنشاء القبول بصيغة «بعت» (كإشكال) استعمال «اشتريت» في الإيجاب) من أنّه لم ينقل وقوع القبول بلفظ «بعت» في الأخبار ولا في الفتاوى.

(واعلم أنّ المحكيّ في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٣ (عن) العلامة في (نهاية الأحكام) ج ٣ ص ٤٤٨، (و) كذلك عن الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٣، ص ١٥٤ (أنّ الأصل في القبول) هو لفظ «قبلت» فقط (وغيره) من الألفاظ (بدل) عنه وذلك لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الإبتداء) لأنّه مطاوعة لما وقع قبله، (و) الحال أنّ الإبتداء بنحو «اشتريت» و «ابتعت» ممكن، و سيأتي) ص ٣١٥ (توضيح ذلك) من أنّ «رضيت» و «شريت» بدل عن «قبلت» أو مستقلّ في وقوع القبول بها (في اشتراط تقديم الإيجاب) على القبول ان شاء الله.

(ثم إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ) بقوله: «أمضيت»

(١) راجع القاموس ج ٣، ص ٨ والمصباح المنيز ص ٦٩ والصحاح ج ٣، ص ١١٨٩ مادة «بيع».

و شبهها، وجهين.

فرع: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل إما بناءً على جواز تقديم القبول وإما من جهة اختلافهما في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والإشتراء على واحدٍ منهما.

أو «أجزت»، أو «أنفدت» (وشبهها) مثل «وافقت» و«تسلّمت» (وجهين) فوجه الإنعقاد بها هو: أنّ الظاهر اعتبار الصراحة في خصوص ألفاظ الإيجاب فقط؛ إذ اقتران هذه الألفاظ بقرينة حالّية دليل على موافقة العقد والإيجاب، ولهذا لو اكتفى بعده بمجرد لفظ «قبلت» من دون ذكر المبيع - الذي هو المفعول - ومتعلقاته كان العقد صحيحاً، ووجه عدم الإنعقاد هو اعتبار الصراحة في مجموع العقد أعني الإيجاب والقبول معاً، وتلك الألفاظ لا تكون صريحة في القبول مع قطع النظر عن الإيجاب، وقد تقدّم أنّ المعتبر في نظر الشيخ رحمته الله هو الإعتماد على القرينة اللفظية الوضعية.

فرع: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول) كلفظ «شريت» (ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل - إما بناءً على) الشبهة الحكميّة من (جواز تقديم القبول) على الإيجاب وعدم لزوم تقديمه، كما سيجيء البحث عنه ص ٣٠٠ (وإما من جهة) الشبهة الموضوعيّة وهو (اختلافهما في المتقدم) منهما - فتنازعا في مَنْ بدأ إنشاء البيع، (فلا يبعد الحكم بالتحالف) لأنّ كلّاً منهما مدعٍ ومنكر وهو ضابط باب التحالف، وهكذا الحال فيما إذا اختلفا في أنّ المتلفّظ بصيغة الإيجاب المختصة به كـ «بعثت» هل هو زيد أو عمرو، فادّعى كلّ منهما ذلك وأنه بائع والآخر مشتري أو بالعكس فيحلف كلّ منهما - في هذه الموارد الثلاثة - على ردّ ادّعاء الآخر (ثمّ) يُحكم بـ (عدم ترتب الآثار المختصة بكلّ من) البائع والمشتري أي أحكام (البيع والإشتراء) جميعاً (على واحدٍ منهما) مثل حكم ضمان تلف المبيع قبل القبض على البائع،

مسألة: المحكي عن جماعة، منهم السيّد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان: اعتبار العربية في العقد؛ للتأسي، كما في جامع المقاصد، و لأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أولى.

وحكم خيار الحيوان في الثلاثة المختصّ بالمشتري لو كان أحد العوضين حيواناً وادّعى أحدهما أنّه اشتراه، وله الخيار في الفسخ وادّعى الآخر أيضاً أنّه المشتري وصاحبه بائع له.

- («مسألة» في اعتبار العربية في ألفاظ العقد سواء في البيع وغيره - (المحكي) في مفتاح الكرامة ج ، ص ١٦٢ و ١٦٤ (عن جماعة، منهم: السيّد عميد الدين) عبد المطلب بن أبي الفوارس الأعرجي في حواشيه على الشرائع^(١) نقله المفتاح عن حواشيه الشهيد (و) منهم (الفاضل المقداد) في التنقيح ج ٢، ص ١٨٤ وفي كنز العرفان ص ٤٣٤، (والمحقق والشهيد الثانيان) في جامع المقاصد ج ٤، ص ٥٩، وشرح اللمعة ج ٣، ص ٢٢٥ وفي المسالك ج ٧، ص ٩٥ في النكاح، فالمحكي عن هؤلاء (اعتبار العربيّة في العقد) لبيع وغيره (ب) وجهين: الأوّل (التأسي - كما في جامع المقاصد) اذ من المعلوم أنّ العقود في زمن الرسول الاكرم ﷺ والأئمة الأطهار عليهم السلام كانت بالعربيّة، وقد قال الله تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾^(٢)، (و) الوجه الثاني (لأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضي) كالمضارع والأمر مثلاً «أبيعك» أو «بع دارك» (يستلزم عدم صحّته بغير العربي) من اللغات (بطريق أولى) لكونه فاقداً للعربية والماضوية معاً، وعدم صحّة فاقداً أحدهما مستلزم لعدم صحّة فاقداً كليهما بطريق أولى.

(١) راجع الذريعة: ج ٧، ص ٩٩ «حواشی الشرائع».

(٢) الاحزاب: ٢١.

و في الوجهين: ما لا يخفى.

و أضعف منهما: منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من

العربي.

فالأقوى صحّته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّة

(وفي الوجهين ما لا يخفى) اذ يرد على الأوّل: أنّ اجراء العقود في لسانهم بلسانهم

بالعربيّة أنّما هو لأجل كونها لسانهم، ولم يكن غيرها مبتلىّ به لهم، لا لأجل عدم تشريع غيرها من اللغات والألسنة، والتأسيّ أنّما هو اتّباعهم في الاتّيان بالواجبات والمندوبات، وترك المحرّّات والمكروهات؛ لا في التكلّم بلسانهم، ويرد على الوجه الثاني: أنّ قياس غير الماضي على اللغات الأخر، قياس مع الفارق؛ لأنّ غير الماضي بعيدٌ عن الإنشاء بخلاف الماضي بغير العربية مثل «فروختم» بالفارسيّة إذا استعمل في مقام الإنشاء.

(وأضعف منهما) وجه ثالث استدلّ به أيضاً على اعتبار العربيّة في العقد، وهو

(منع صدق) انشاء (العقد على غير العربي مع التمكن من العربي) بذهاب صدق

العقد عرفاً على انشاء الإلتزام بكلّ عهد - كما تقدّم ص ١٢٢ في المعاطاة - من تفسير العقد بالعهد المشدّد، ومن المعلوم أنّه لا فرق في الإلتزام بوقوعه بأيّ لغة كانت؛ لأنّه أمر نفسانيّ يمكن إبرازه بجميع الألسن ولا ربط له بكونه عربيّاً، أو فارسيّاً، أو كرديّاً، أو انكليزيّاً قال بعض العرفاء بالفارسية:

ما درون را بنگريم و حال را نى برون را بنگريم وقال را

(فالأقوى) مع بطلان الوجوه الثلاثة (صحّته) «عقد» (بغير العربي) بمقتضى إطلاقات

«أوفوا بالعقود» و «أحلّ الله البيع» و «تجارة عن تراضٍ» وغيرها.

(وهل يعتبر) في العقد العربي (عدم اللحن) وصحّة القراءة (من حيث المادّة)

و الهيئۃ، بناءً على اشتراط العربي؟

الأقوى ذلك، بناءً على أَنَّ دليل اعتبار العربيّة هو لزوم الإقتصار على المتيقّن من أسباب النقل، وكذا اللحن في الإعراب.

و حكي عن فخر الدّين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» - بفتح الباء - وبين ما لو قال:

للألفاظ فلا يصحّ إذا قال «بثْتُ» بدل «بعتُ» في البيع، أو قال في النكاح: «أنكحت» بدل «أنكحت» أو قال: «زوَّجت» بدل «زوَّجت» كما في لغة المصريّين، أو «زوَّرت» كما في لغة لبنانيّين، أو «زوَّيت» كما في لسان عرب خوزستان.

(و) كذلك هل يعتبر عدم اللحن من حيث (الهيئۃ) كالإنشاء بصيغ المزارع «أبيعك» أو بالجملة الإسمية، مثل «أنا بائع داري» (بناءً على اشتراط العربي) واعتبار الماضيّة، أم لا يعتبر عدم اللحن فيصحّ الغلط من حيث الهيئۃ والمادّة، (الأقوى ذلك: أي اعتبار عدم اللحن (بناءً على أَنَّ دليل اعتبار العربيّة هو لزوم الإقتصار على) ما هو (المتيقّن من أسباب النقل) فإنّه مع الشك في تأثير ما عداه تجرّ أصله عدم ترتّب الأثر من النقل في البيع، وعدم حصول علقۃ الزوجيّة في النكاح، وعدم جواز التصرف في مال الغير في الإجارة، وهكذا، (وكذا) الحال في (اللحن في الإعراب) عند الشك في اعتبار عدمه، فإنّ الأقوى عدم اللحن والغلط بناءً على اعتبار العربيّة بأن لا يقول «بعتُ» بفتح التاء بدل الضمة، لأنّه يكون الكلام حينئذٍ للخطاب ونشكّ في تأثيره في النقل، والأصل يقتضي الفساد، إذ المتيقّن هو العربي الصحيح، وكذلك لو قال المشتري «قبلتُ» بالفتح بدل «قبلتُ» بالضم.

(وحكي) في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٣ (عن فخر الدّين: الفرق بين مالو قال: بعتك - بفتح الباء - أو قال: «زوَّجتك» - بكسر الواو (وبين مالو قال:

«جَوَزْتُكَ» بدل «زَوَّجْتُكَ»، فصَحَّحَ الأوَّل دون الثاني، إلّا مع العجز عن التعلّم و التوكيل.

و لعلّه لعدم معنى صحيح في الأوَّل إلّا البيع، بخلاف التجويز؛ فإنَّ له معنى آخر، فاستعماله في التزويج غير جائز.

و منه يظهر: أنَّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

ثمَّ هل المعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب و القبول، كالثمن و المثلّمن، أم تكفي عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول، حتّى لو قال: بعْتُكَ أين كتاب را به ده درهم، كفى؟.

«جَوَزْتُكَ» بَدَل «زَوَّجْتُكَ»، فصَحَّحَ الأوَّل أي بعْتُكَ (دون الثاني) أي جَوَزْتُكَ» (إلّا مع العجز عن التعلّم والتوكيل، ولعلّه) من جهة الفرق بينهما (لعدم معنى صحيح في) القسم (الأوَّل إلّا البيع) لا غيره (بخلاف التجويز؛ فإنَّ له معنى آخر فاستعماله في التزويج غير جائز).

(ومنه) أي من عدم القدح في الإنشاء إذا لم يتغيّر المعنى (يظهر أنَّ اللغات المحرّفة) في بعض البلدان العربيّة مثل «زوَّگت» في لغة المصريّين يقولون: «گمال عبدالناصر، أو «زوَّرت» في لغة لبنانيّين (لا بأس بها إذا لم يتغيّر المعنى) دون ما إذا تغيّر المعنى بالتحريف كـ «قَبَلْتُ» - بتشديد الباء - بدل «قَبِلْتُ».

(ثمَّ هل المعتبر عربيّة جميع الأجزاء الإيجاب و القبول كالثمن والمثلّمن) في البيع، وكالزوج والزوجة في النكاح (أم يكفي عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول) وإن كانت متعلّقاتها بلغةٍ أخرى (حتّى لو قال: «بعْتُكَ أين كتاب را بِدَه درهم» كفى؟) أو قال: «زوَّجت آقای زيد را، أو مِستَر زيد را بدوشیزه هند» وقع

و الأقوى هو الأول؛ لأنّ غير العربي كالمعدوم، فكأنّه لم يُذكر في الكلام.
نعم لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب - كما لا يجب في القبول - و اكتفى
بانفهامها و لو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثاني؛ لكنّ الشهيد رحمته الله في غاية المراد
في مسألة تقديم القبول، نصّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب.

الزواج بينهما (الأقوى هو الأول) أي اعتبار العربيّة في تمام الصيغة ومتعلّقاتها (لأنّ غير
العربي كالمعدوم، فكأنّه لم يُذكر في الكلام)؛ لأنّ الثمن والمثمن وكذا الزوج
والزوجة - في النكاح - من مقوّمات العقد ومن أركانه، ولا يحصل انشاء العقد إلّا
بالمجموع المركّب من تمام أجزائه، ومع الشك في تأثيره فالأصل عدم التأثير،
والمفروض اعتبار العربيّة فيه، فلا بدّ إمّا من القول باعتبار العربيّة في تمامه أو عدم
الاعتبار أصلاً قال الشاعر الفارسي:

أي موي تو شاه زنگ و رويت مه روم يا زنگي زنگ باش، يا رومي روم
ديگری گوید:

يا مكن با فيل بانان «قشقره» يا بناكن خانه ای «فيل توش بره»

(نعم، لو لم يُعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب) أصلاً (كما لا يجب) ذكرها (في القبول -)
لأنّه قبول لما أنشأه الموجب فلا وجه لتكرار المتعلّقات فيه، (و) قلنا بأنّه (اكْتَفَى
بانفهامها) أي المتعلّقات (ولو من غير اللفظ) كما لو تفاولا قبلاً في بيع داره بثمان
معين، ثمّ قال البائع: بعتكها وقال المشتري: قبلتُ (صحّ الوجه الثاني) وهو كفاية
العربيّة في نفس إنشاء الإيجاب والقبول دون المتعلّقات.

هذا (ولكنّ الشهيد) الأول رحمته الله (في غاية المراد) ص ٨١ - (في مسألة) لزوم
(تقديم القبول) على الإيجاب قد (- نصّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب)

ثمَّ إنَّه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى: بعثُ و أبيع و أنا بائع، أو يكفي مجرد علمه بأنَّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأول؛ لأنَّ عربيَّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنَّه تكلم و أدَّى المطلوب على طبق لسان العرب، إلَّا إذا ميَّز

في البيع، فيجب ذكرهما بالعربيَّة، ويُفهم من كلامه وجوب ذكر الزوجين والمهر في الزواج بطريق أولى لكونهما ركني العقد. فلا بدَّ من ذكرهما بالعربيَّة الصحيحة، وهذا هو المتيقن في التأثير دون غيره لاسيَّما في النكاح لاهتمام الشارع بالإحتياط في الفروج، إلَّا مع العجز عن العربيَّة حتَّى بالتوكيل.

(ثمَّ إنَّه هل يعتبر كون المتكلم) بالإيجاب والقبول (عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ) الذي يتكلم به في العقد. (بأن يكون فارقاً بين معنى «بعثُ» الماضي (و«أبيع») المضارع (و«أنا بائع») اسم الفاعل، وكذلك يعرف الفرق بين معنى «زوّجت» و«أزوّج» و«أنا زوجة لك» في باب النكاح (أو يكفي مجرد علمه بأنَّ هذا اللفظ) مثل «بعثُ» (يُستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأول) أي اعتبار العلم التفصيلي بتلك الألفاظ الثلاثة في لغة العرب، (لأنَّ عربيَّة الكلام) في الإنشاء والإخبار متقومٌ بإيجاد المعنى بسبب اللفظ في عالم الإعتبار مع الإرادة والالتفات، (وليست باقتضاء نفس الكلام، بل) يُناب (بقصد المتكلم منه المعنى الذي وُضع له عند العرب) فلا محيص عن تصوّر المعنى في ذهن حتَّى يُبرزه باللفظ الذي وضع له في لغة العرب، فإنشاء ما لا يفهم معناه تفصيلاً غير معقول، (فلا يقال: إنَّه تكلم وأدَّى المطلوب على طبق لسان العرب، إلَّا إذا ميَّز) جميع أجزاء كلامه - مادّةً

بين معنى: بعث وأبيع وأوجدت البيع، وغيرها.

بل على هذا لا يكفي معرفة أنّ «بعث» مرادف لقوله: «فروختم» حتى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز بين بعثك وبعث (بالضم)، وبعث (بفتح التاء)، فلا ينبغي ترك الإحتياط وإن كان في تعينه نظر، ولذا نصّ بعض على عدمه.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد

وهيئة، ويفرق (بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أوجدت البيع» وغيرها) من المشتقات عن مادة «بيع»، بل مع معرفة الهيئة التركيبية أيضاً من الجملة الفعلية أو الإسمية، كما أنه لو قرء فرداً أعجمي غير عارف باللغة كلمة «بعث» أو «زوّجت» من الكتابة، لا يقال عرفاً أنه أوجب البيع أو الزواج أو أدّى صيغتهما.

(بل على هذا) من لزوم تمييز معاني ألفاظ العقد تفصيلاً (لا يكفي) مجرد معرفة أنّ «بعث» مراف لقوله: «فروختم» (بالفارسية حتى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز) بالعلم التفصيلي (بين «بعثك» و«بعث» - بالضم - و«بعث - بفتح التاء - وكذا «زوّجتك» و«زوّجت» و«أزوّج» في النكاح وهكذا، (فلا ينبغي ترك الإحتياط) في تحصيل العلم التفصيلي باللغات ثم إجراء العقد، (وان كان في تعينه) «الاحتياط» (نظر، ولذا نصّ بعض على عدمه) لعدم الدليل المعتبر على لزومه بعد فرض كون مجموع الكلام مبرزاً لما في النفس في نظر العرف.

(مسألة: المشهور) عند الفقهاء (كما) حكى السيّد العاملي في المفتاح ج ٤، ص

١٦٢ (عن غير واحد) عن العلماء منهم المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٨، ص ١٤٥ والمحقق في الشرائع ج ٢، ص ١٢ والعلامة في المختلف ج ٥، ص ٥٣ وفي التذكرة والتحرير ج ١، ص ١٦٤، ومنهم المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ج ٣، ص ٤٩

اشتراط الماضوية، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك»، أو «اشتر مني».

ولعله لصراحته في الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف. وعن القاضي في الكامل والمهذب: عدم اعتبارها. ولعله لإطلاق البيع والتجارة، وعموم العقود.

(اشتراط الماضوية) في الإيجاب والقبول (بل) نقل العلامة (في التذكرة) ج ١، ص ٤٦٢ (الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك») (المضارع) أو «اشتر مني» (بالأمر) وقال في القواعد ج ١، ص ١٢٣: «ولابد من صيغة الماضي فلو قال إشتري، أو ابتع، أو أبيعك، لم ينعقد» (ولعله) أي اشتراط الماضوية (لصراحته في الإنشاء) كما هو المستفاد من النصوص والفتاوى^(١) (إذ) فعل (المستقبل أشبه بالوعد) فلا يكون ظاهراً في الإنشاء (و) كذلك (الأمر استدعاء) وطلب لإيجاد الشيء (لا إيجاب) لذلك الشيء (مع أن قصد الإنشاء في) الفعل (المستقبل خلاف المتعارف) فلا يكون صريحاً في الإنشاء إلا إذا كان مصحوباً بالقرينة المعينة له.

هذا (و) لكن نقل العلامة في المختلف ج ٥، ص ٥٣ (عن القاضي) ابن البراج (في الكامل والمهذب) ج ١، ص ٣٥٠ (عدم اعتبارها) «الماضوية» فلا يكون إجماع على الاشتراط (ولعله لإطلاق) شمول (البيع والتجارة) في قوله تعالى: «إلا أن تكون تجارة عن تراض» (وعموم العقود) في قوله تعالى: «أو فوا بالعقود» فإن هذه الأدلة

(١) راجع القواعد والفوائد للشهيد الأول ج ١، ص ١٥٣ القاعدة ٤٠ والدروس ج ٣، ص ١٩١؛ والمسالك ج ٣، ص ١٥٢ - وشرح للمعة: ج ٣، ص ٢٢٥؛ والحدائق ج ١٨، ص ٣٤٨ والجواهر ج ٢٢، ص ٢٢٥.

وما دلّ في بيع الآبق واللبن في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع، و فحوى ما دلّ عليه في النكاح؛

تشمل العقد بالمستقبل والأمر إذا كان صريحاً في الإنشاء وإن كانت بالقرينة.

(و) أيضاً (ما دلّ) من الروايات على انشاء البيع بالمضارع (في بيع) المملوك (الآبق) مع الضميمة كصحيحة رفاة النخاس أي يتّاع الرقيق = بنده فروش قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة، وأعطيهما الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتمكم فلانة، وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإنّ ذلك جائز»^(١) وجه الدلالة أنّه علّم الإمام عليه السلام انشاء البيع بصيغة المضارع «أشتري منكم...» وبمضمونها موثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام الواردة في شراء العبد الآبق^(٢).

(و) كذلك ما ورد منها في بيع (اللبن في الضرع) الدالّ على جواز إيجاب البيع بالأمر، بخلاف الاوليين فإنّهما (من الإيجاب بلفظ المضارع) وهي موثقة سماعة، قال: سألته عن اللبن يُشترى وهو في الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه أسكُرْجَة، - بضمّ الكاف والراء المشدّدة: إناء صغير = يباله - فيقول: إشتري منّي هذا اللبن الذي في الأسكُرْجَة وما في ضروعها بثمرٍ مسمّى فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الأسكُرْجَة» (و) أيضاً يدلّ على جواز الإيجاب بغير الماضي (فحوى ما دلّ عليه في النكاح) وقد دلّت على ذلك عدّة روايات في النكاح المنقطع مع ابتداء الزوج به، وجواز ذلك في الزواج الذي قد اهتمّ الشارع فيه بالاحتياط يدلّ على جوازه في البيع بطريق

(١) الوسائل: ج ١٢، ص ٢٦٢ عقد البيع وشروطه.

(٢) المصدر: ص ٢٦٣.

ولا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام؛ فتأمل.

مسألة: الأشهر كما قيل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح

أولى؛ لأن الأمر في الفروج والأعراض أشد من الأموال، فمنها رواية أبان بن تغلب، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوتُ بها؟ قال: تقول: أتزوجكِ متعةً على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثاً ولا مورثة، كذا وكذا يوماً - وإن شئت كذا وكذا سنةً - بكذا وكذا درهماً وتُسَمَّى من الأجر - في التهذيب، «من الأجل» ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم فقد رَضِيتُ وهي إمراةك وأنت أولى الناس بها»^(١) أقول: أسئلكم الدعاء، وبمضمونها روايات في نفس الباب فراجعها، (ولا يخلو هذا) أي عدم اشتراط الماضيّة كما اختاره القاضي ابن البرّاج (من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء) المقصود من العقد (على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام) لما تقدّم في بحث مادة الصيغة ص ٢٦٥ من جواز انشاء العقد بما دلّ على المراد ولو بقرينة لفظيّة محفوفة بالكلام دون القرينة المقاميّة، (فتأمل) لعلّه إشارة إلى أنّ دلالة الفعل الماضي على الإنشاء أيضاً تحتاج إلى القرينة ضرورة أنّ الماضي وضع ابتداءً للإخبار لا الإنشاء فهو صريح في الإخبار ولا يكون ظاهراً في الإنشاء إلّا بمعونة القرينة فدعوى صراحته في الإنشاء موهونة^(٢).

(مسألة) في شرائط الهيئة التركيبيّة للعقد، (الأشهر - كما قيل -) والقائل هو

العلامة في المختلف ج ٥، ص ٥٢ (لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح)

(١) الوسائل: ج ١٤، ص ٤٦٦ المتعة؛ التهذيب: ج ٧، ص ٣١٤ أحكام النكاح.

(٢) راجع لتفصيل ذلك هدى الطالب: ج ٢، ص ٤٣٠ لسيدنا الاستاد المروّج رحمته الله.

في الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة، كما عن الإيضاح و جامع المقاصد؛ و لعلّه الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة، كإطلاق «البيع» و «التجارة» في الكتاب و السنة.

و زاده بعضهم: أنّ القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، و أنّه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه.

الشيخ الطوسي رحمته الله (في الخلاف) ج ٣، ص ٣٩ (و) ابن حمزة أبي جعفر الطوسي (في الوسيلة) ص ٢٣٧ (و) ابن ادریس في (السرائر) ج ٢، ص ٢٤٣، (و) العلامة في (التذكرة) ج ١، ص ٤٦٢ (كما عن) فخر المحقّقين في (الإيضاح) ج ١، ص ٤١٢، (و) عن المحقّق الكرکي في (جامع المقاصد) ج ٤، ص ٦٠ (ولعلّه) أي لزوم التقديم هو مقتضى (الأصل) أعني استصحاب عدم ترتّب الأثر لو قدّم القبول على الإيجاب (بعد حمل آية وجوب الوفاء) للعقد في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) (على العقود المتعارفة) من تقديم الإيجاب (كإطلاق «البيع» و «التجارة» في الكتاب و السنة)، و عليه فالعقد المقدم قبله على الإيجاب خارج عن هذه الأدلة تخصّصاً فكأنّه ليس بعقد، و «لا بيع، ولا تجارة وإلا فلو فرض عدم خروجه عنها بأن كانت هذه العمومات أو الإطلاقات شاملةً له، لم يكن وجهٌ للتمسك بالأصل العملي؛ إذ لا مجال له مع وجود الدليل الإجتهادي.

(وزاد بعضهم) وهو المحقّق الكرکي في جامع المقاصد ج ٤، ص ٦٠، و المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٨، ص ١٤٥ (أنّ القبول فرع الإيجاب) و مبنيّ عليه (فلا يتقدّم عليه، و أنّه تابع له فلا يصحّ تقدّمه عليه) لأنّ التابع متأخّر عن المتبوع.

و حكى في غاية المراد عن الخلاف: الإجماع عليه، وليس في الخلاف في هذه المسألة، إلا أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه، فيؤخذ به؛ فراجع.

خلافاً للشيخ في المبسوط في باب النكاح، وإن وافق الخلاف في البيع إلا أنه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه: عدم الخلاف في صحته بين الإمامية؛ حيث إنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجني فلانة» جائز بلا خلاف، قال: أما البيع فإنه إذا قال: «بعنيها»

(وحكى) الشهيد الأول (في غاية المراد) ص ٨٠ (عن الخلاف) ج ٣، ص ٣٩ في المسألة ٥٦: البيوع (الإجماع عليه) أي على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، (وليس في الخلاف في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه) ومتيقن الصحة وترتب الأثر (فيؤخذ به، فراجع)، وقال السيد العاملي في المفتاح ج ٤، ص ١٦٤... إني تتبعت كتاب البيع في الخلاف مسألة مسألة وغيره حتى النكاح فلم أجده إذعى ذلك ثم نقل كلام الخلاف بما هو قريب من عبارة المصنف رحمه الله وسيجيء ص ٣٢١ الكلام في هذا الإجماع المنقول وبالجملة فقال الشيخ في كتاب الخلاف باشتراط تقديم الإيجاب (خلافاً للشيخ في) كتاب (المبسوط) ج ٤، ص ١٩٤ (في باب النكاح) حيث قال بجواز تقديم القبول على الإيجاب سواء في النكاح أو البيع (وان وافق) كتاب (الخلاف في) باب (البيع) - من المبسوط - ج ٢، ص ٨٧ فقال بلزوم تقديم الإيجاب (إلا أنه عدل عنه) أي عن التوافق مع كتاب الخلاف (في باب النكاح) منه (بل ظاهر كلامه) أي في نكاح المبسوط ج ٤، ص ١٩٤ (عدم الخلاف في صحته) أي صحة البيع (بين الإمامية؛) مع تقديم القبول على الإيجاب (حيث أنه بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجني فلانة» جائز بلا خلاف -) عند الفقهاء (قال: أما البيع، فإنه إذا قال) المشتري: («بعنيها»)

فقال: «بعثكها»، صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين. و قال قومٌ منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب؛ انتهى.

و كيف كان فنسبة القول الأوّل إلى المبسوط مستندة إلى كلامه في باب البيع، و أمّا في باب النكاح فكلامه صريحٌ في جواز التقديم، كالمحقّق (رحمته الله) في الشرائع و العلامة في التحرير و الشهيدين في بعض كتبهما

أي السِّلعة بكذا (فقال: البائع) «بعثكها» صحّ عندنا أي الإماميّة (وعند قومٍ من المخالفين، و قال قوم منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب) على القبول، (انتهى) ما في المبسوط.

(و كيف كان) سواء كان كلام الشيخ في المبسوط في باب النكاح ظاهراً في اتّفاق الإماميّة على جواز تقديم القبول في البيع أم لا (فنسبة القول الأوّل) وهو لزوم تقديم الإيجاب (إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع) فإنّه موافق لكلامه في كتاب الخلاف من لزوم تقديم الإيجاب على القبول (و أمّا في باب النكاح) من نفس كتاب المبسوط (فكلامه صريح في جواز التقديم) للقبول على الإيجاب (كالمحقّق) الحلّي (رحمته الله) في كتاب (الشرائع) ج ٢، ص ١٢؛ حيث قال في كتاب البيع: «و هل يُشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردّد، والأشبه عدم الإشتراط» انتهى.

(و) كذلك (العلامة في التحرير) ج ١، ص ١٦٤ (والشهيدين في بعض كتبهما) الشهيد الأوّل في الدروس ج ٣، ص ١٩١ حيث قال: «ولا ترتيب بين الإيجاب والقبول على الأقرب وفاقاً للقاضي» و قريب منه في اللمعة ص ٩٣ حيث قال: «ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول وإن كان أحسن»، والشهيد الثاني في المسالك ج ٣، ص ١٥٤ حيث قال في شرح كلام المحقّق: «و هل يُشترط تقديم الإيجاب على القبول»، وجه العدم من أصالة الجواز و أنّه عقد... الخ، ثم ذكر أدلّة القولين فقال: «والأقوى الأوّل».

وجماعة ممن تأخر عنهما؛ للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب - الوارد في كيفة الصيغة - المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعةً على كتاب الله و سنة رسول الله ﷺ» إلى أن قال: «فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها»؛

(و) كذلك (جماعة ممن تأخر عنهما) كالمقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٨، ص ١٤٥ والمحقّق السبزواري في الكفاية ص ٨٩، والمحدث البحراني في الحقائق ج ١٨ ص ٣٤٩ وصاحب الجواهر ج ٢٢، ص ٢٥٤، والوجه في اختيارهم جواز تقديم القبول (للعُمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها) مثل «أوفوا بالعقود» و«أحلّ الله البيع» و«تجارة عن تراض» وكذلك عمومات الأخبار؛ فإنّها تقضي بعدم اشتراط تقديم الإيجاب ورافعة للشك في اعتباره.

(و) كذلك - (فحوى جوازه) أي جواز تقديم القبول (في النكاح الثابت بالأخبار) فإن أمر النكاح أهمّ فاذا جاز التقديم فيه ففي غيره كالبيع والإجارة يجوز بطريق أولى، (مثل خبر أبان بن تغلب) المتقدم ص ٢٩٥ عن أبي عبد الله عليه السلام (- الواردة في كيفة الصيغة -) قال قلت له: كيف أقول لها اذا خلوت بها؟ قال: تقول: «أتزوّجك متعةً... فاذا قالت: نعم فقد رضيتُ فهي إمراةك الحديث»^(١) فهو (المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعةً على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ» -) وهذا هو القبول للنكاح بصيغة المضارع - (إلى أن قال - فإذا قالت: «نعم») الذي هو الإيجاب المتأخّر (فهي إمراةك وأنت أولى الناس بها).

(١) الوسائل: ج ١٤، ص ٤٦٦ المتعة وقد تقدّم تمام الخبر ص ٢٩٥.

و رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين - كما قيل - المشتمة على تقديم القبول من الزوج بلفظ: زوّجنيها.

و التحقيق: أنَّ القبول إمّا أن يكون بلفظ: قبلتُ و رضيتُ، وإمّا أن يكون بطريق الأمر و الإستيجاب، نحو:

(و) كذلك (رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين) الشيعة والسنة (كما قيل -) قاله الشهيد الثاني في المسالك ج ٧، ص ٨٩ والسيد علي الطباطبائي في الرياض ج ٢، ص ٦٩ وهي (المشتمة على تقديم القبول من الزوج) على ايجاب الزوجة (بلفظ «زوّجنيها») الذي هو الأمر، فروى سهل: «أن النبي ﷺ جاءت إليه امرأة فقالت: يا رسول الله: إنني قد وهبت نفسي لك، فقال ﷺ: لا إربة لي في النساء، - أي لا رغبة لي بهنّ - فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال والله ما معي إلا ردائي هذا، فقال: إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك، هل لك شيء من القرآن؟ فقال: نعم سورة كذا وكذا، فقال ﷺ: زوّجتكها على ما معك من القرآن»^(١).

(والتحقيق: أنَّ) ألفاظ (القبول) ثلاثة أنواع من حيث أداء المضمون فالأول (إمّا أن يكون بلفظ «قبلت» و «رضيت») و «أمضيت» و «أنفذت» ممّا هو ظاهر في أنّه تابع لما سبق عليه من الإيجاب ولا يكون له ظهور في معنى إلّا مع انضمامه إلى ما سبقه، (و) الثاني (إمّا أن يكون بطريق الأمر) وهو الإستدعاء (والإستيجاب، نحو) أن يقول

(١) مستدرک الوسائل: ج ١٤، ص ٣١٣ عقد النكاح عن العوالي ج ٢، ص ٢٦٣، راجع الكافي الفروع: ج ٥، ص ٣٨٠ النكاح و سنن البيهقي ج ٧، ص ٢٤٢، و التهذيب ج ٧، ص ٤١٠ رواها بمضمونها في صحيحة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، راجع الوسائل ج ١٤ ص ١٩٥ عقد النكاح.

بمعني، فيقول المخاطب: بعثك، وإما أن يكون بلفظ: اشتريتُ وملكْتُ (مخففاً) وابتعتُ.

فإن كان بلفظ: قبلتُ، فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لما عرفت في صدر المسألة، بل المحكي عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ: قبلتُ، و هو المحكي عن نهاية الإحكام و كشف اللثام في باب النكاح، و قد اعترف به غير واحدٍ من متأخري المتأخرين أيضاً، بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه.

المشتري للبائع («بمعني») دارك مَنّي بكذا من الثمن (فيقول المخاطب: «بعثك») إياها بكذا، وهذا النوع طلب للإيجاب، (و) النوع الثالث (إما أن يكون بلفظ «اشتريت» و«ملكْتُ» - محففاً - و«ابتعت») ممّا يدلّ على إنشاء تملك المبيع بإزاء الثمن.

(فإن كان) من النوع الأول أعني (بلفظ «قبلت») ورضيت وأمثالهما (فالظاهر عدم جواز تقديمه) على الإيجاب (وفاقاً لما عرفت في صدر المسألة) ص ٢٣٤ من أن الأشهر لزوم تقديم الإيجاب، (بل المحكي) في مفتاح الكرامة ج ٣، ص ٥٤ (عن) الشيخ عبد العالي الكركي في الرسالة (الميسية و) عن الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٣، ص ١٥٤ (و) عن المقدس الأردبيلي في (مجمع الفائدة أنه لا خلاف في عدم جواز قديم لفظ «قبلت» وهو) أي عدم جواز التقديم (المحكي) في المفتاح ج ٤ ص ٥ (عن) العلامة في (نهاية الإحكام) ج ٢، ص ٤٤٨ (و) عن الفاضل الهندي -الاصفهاني - في (كشف اللثام) ج ٢، ص ١٢ (في باب النكاح، وقد اعترف به) أي بعدم جواز تقديم القبول (غير واحدٍ) من الفقهاء (من متأخري المتأخرين أيضاً) كالسيد على الطباطبائي في الرياض ج ١، ص ٥١١، والسيد المجاهد في المناهل ص ٢٧٢ والسيد العاملي في المفتاح ج ٤، ص ١٦٥ (بل المحكي هناك) أي باب النكاح (عن ظاهر) العلامة في (التذكرة) ج ٢ ص ٥٨٣ (الإجماع عليه) أي على عدم جواز تقديم

و يدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر، و إلى كونه خلاف المتعارف من العقد: أنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه. و ليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب حتّى يقال: إنّ الرضا بشيء لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه

القبول، أقول لم يظهر لنا الحاكي للإجماع^(١) وليس في التذكرة أثر من نقله كما اعترف به الفاضل المامقاني في غاية الآمال ج ٤، ص ٢٧٨، وسيّدنا الاستاد المروّج في هدى الطالب ج ٢، ص ٤٤١ ومعلّق المكاسب طبع لجنة تراث الشيخ ج ١٦، ص ١٤٣ ج ٢، البيع.

(ويدلّ عليه) أي على عدم جواز تقديم القبول (مضافاً إلى ما ذكر) من عدم الخلاف كما في الميسية، وادّعاء الاجماع لو تمّ حكايته عن التذكرة (و) مضافاً (إلى كونه) أي التقديم (خلاف المتعارف من العقد - أنّ القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب) وتابع له = طفيلي أو است، (فلا يُعقل تقدّمه عليه) لما تقدّم من أنّه لا يظهر معناه إلّا بعد تعقّبه على الإيجاب، ونعبّر عن مثله بالفارسية: از آسمان افتاده است.

(وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا) الباطني المركوز في النفس (بالإيجاب) بأيّ وجه حصل (حتّى يقال: إنّ الرضا بشيء لا يستلزم تحقّقه) أي تحقّق ذلك الشيء (قبله) «الرضا» (فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل) الذي لم يتحقّق بعد كالزواج مثلاً، (بل المراد منه) أي من القبول الذي

(١) راجع مفتاح الكرامة: ج ٤، ص ١٦٥ والجواهر ج ٢٢، ص ٢٥٤ والحدائق: ج ١٨، ص ٣٤٩.

الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة؛ لأنّ المشتري ناقلٌ كالبائع، وهذا لا يتحقّق إلاّ مع تأخّر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النقل في الحال، فإنّ مَنْ رضي بمعاوضة يُنشؤها الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف مَنْ رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً، فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، و ينقله إلى غيره على وجه العوضيّة.

هو ركن للعقد ويشترط تأخّره عن الإيجاب هو (الرضا بالإيجاب) الذي تحقّق في الخارج ويتفرّع عليه القبول (على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله) أي مال القابل (في الحال) أي زمان القبول (إلى الموجب على وجه العوضيّة)؛ وكونه مقابلاً للمبيع؛ (لأنّ المشتري ناقل) لماله أيضاً (كالبائع) فالقبول يدلّ بالمطابقة على تملك مال الموجب وبالتضمّن على تملك ماله للبائع بعنوان كونه عوضاً.

(وهذا) المعنى أعني قبول تملك المبيع وإيقاع تملك الثمن للبائع (لا يتحقّق إلاّ مع تأخّر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النقل في الحال) أي في زمان الإنشاء (فإنّ من رضي بمعاوضة يُنشؤها الموجب في المستقبل) ولم يتحقّق في الخارج في زمان الحال (لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب) بل سينقله إليه بعدما إذا تحقّق الإيجاب في الزمان الآتي انشاء الله فهو أمر مترقّب لا متحقّق في الزمان الحال، فالنقل تعليليّ وتبعيّ ومعنى «قبلت» حينئذٍ أنّي سأنتقل مالي إليك بشرط أن تنقل مالك لي، وحيث أنّه لم يتحقّق الشرط ففي الحقيقة لم ينقل القابل ماله إلى الموجب.

(بخلاف من رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً؛ قبل وقوع القبول (فإنّه) أي القابل (يرفع بهذا الرضا يده من ماله) في زمان الحال (وينقله إلى غيره) وهو الموجب البائع من حين القبول (على وجه العوضيّة) والمقابلة.

و من هنا يتّضح فساد ما حُكي عن بعض المحقّقين في ردّ الدليل المذكور و هو كون القبول فرع الإيجاب و تابعاً له، و هو: أنّ تبعية القبول للإيجاب ليست تبعيّة اللفظ لللفظ و لا القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولاً، كما يقول السائل في مقام الإنشاء: «أنا راضٍ بما تُعطيني و قابلٌ لما تُمنحني»، فهو متناولٌ، قدّم إنشأه أو أخر، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول و لو بلفظ: قبلتُ

(ومن هنا) أي من أنّ القبول هو الرضا بالإيجاب السابق (يتّضح فساد ما حُكي) في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٦ (عن بعض المحقّقين) وهو العلامة الطباطبائي بحر العلوم استاد السيّد العاملي رحمهما الله (في ردّ الدليل المذكور - وهو) أي الدليل المذكور (كون القبول فرعاً للإيجاب و تابعاً له - وهو) أي الردّ للدليل المذكور، الذي قاله السيّد بحر العلوم (أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس) من نوع (تبعيّة اللفظ لللفظ) كتبعيّة الخبر للمبتدأ، والصفة للموصوف، و الحال لذي الحال، (ولا) من نوع تبعيّة (القصد للقصد حتّى يمتنع تقديمه) كتبعيّة قصد التقرّب بالإتيان بالمقدّمة لقصد التقرّب بذی المقدّمة فإنّه لو لم يقصد بالمقدّمة التوصل بذیها امتنع التقرّب بها ويكون الإتيان بها غير عباديٍّ (وإنّما هو) أي كون القبول تابعاً (على سبيل الفرض و التنزيل) - لا الحقيقة - وذلك (بأن يجعل القابل نفسه متناولاً) و أخذاً = غيرنده (لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب) يجعل نفسه (متناولاً)، ومعطياً = دهنده (كما يقول) الفقير (السائل في مقام الإنشاء: «أنا راضٍ بما تُعطيني و قابل لما تُمنحني»). = مرحمت كنى (فهو متناولٌ) و أخذ لما يُعطى سواء (قدّم إنشأه). على الإعطاء (أو أخر «قال خ د»: أي السيّد بحر العلوم (فعلى هذا) أي بناءً على كون تبعيّة القبول للإيجاب فرضيّة لا حقيقيّة (يصحّ تقديم القبول و لو بلفظ «قبلت»

و رضىتُ، إن لم يَقم إجماعٌ على خلافه؛ انتهى.

و وجه الفساد: ما عرفت سابقاً من أنَّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقلٍ من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الإستقبال؛ و ليس المراد أنَّ أصل الرضا بشيءٍ تابعٌ لتحقيقه في الخارج أولاً قبل الرضا به، حتَّى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الَّذي يعدُّ «قبولاً - خ د و» ركناً في العقد.

و ممَّا ذكرنا يظهر

و «رضيتُ» إن لم يَقم اجماع على خلافه» فالإستدلال للزوم تقديم القبول بكونه فرعاً للإيجاب غير تامٍّ؛ إذ لا أصل ولا فرع حقيقةً (انتهى) ما حُكي عن السيّد بحر العلوم.

(ووجه الفساد) لما ذكره السيّد بحر العلوم (ما عرفت سابقاً) ص ٣٠٢ (من أنَّ) الرضا والقبول بالإيجاب الصادر من الموجب قبله، يختلف ماهيةً مع (الرضا بما) سـ (يصدر) بعداً (من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه) لأنَّ القسم الأوّل مشتمل على انشاء قبول تملّك المبيع في الحال وتمليك الثمن للموجب بإزائه، وأمّا القسم الثاني فـ (ليس فيه انشاء نقل من القابل) إلى الموجب (في) زمان (الحال، بل هو رضاٌ منه بالانتقال في الإستقبال).

(وليس المراد) من تابعة القبول للإيجاب في عقد البيع (أنَّ أصل الرضا بشيءٍ تابعٌ لتحقيقه في) عالم (الخارج أولاً قبل الرضا به حتَّى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال) وهو رضا الفقير السائل بأعطائه شيئاً، (بل المراد الرضا الذي يُعدُّ «قبولاً - خ د و» ركناً في العقد) على وجهٍ يتضمَّن إنشاء نقل الثمن إلى البائع عوضاً عمّا أعطاه الموجب من المبيع.

(وممَّا ذكرنا) من وجه لزوم تأخير لفظ «قبلتُ» و«رضيتُ» عن الإيجاب (يظهر

الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: **بِعْنِي هَذَا بَدْرَهْمٍ**، فقال: **بِعْتَكْ**؛ لأنَّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقَّق بمجرّد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقلٌ في الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

و أمّا ما يظهر من المبسوط من الإِتِّفَاق هنا على الصّكّة به: فهو هوّنٌ بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

و أمّا فحوى جوازه

الوجه في المنع عن تقديم القبول) في القسم الثاني من ألفاظه أيضاً وهو ما كان (بلفظ الأمر) والإِستدعاء والإِستيجاب (كما لو قال) المشتري للبائع («بِعْنِي هَذَا بَدْرَهْمٍ» فقال) البائع («بِعْتَكْ»؛)

وذلك (لأنّ) المعتبر من القبول والرضا كما تقدّم هو ما تضمّن انشاء نقل ماله إلى الموجب في الحال و(غاية) ما يستفاد من (الأمر) والإِستيجاب بقوله: «بِعْنِي هَذَا» هو (دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها) فيما سيأتي من الزمان، (لكن لم يتحقّق - بمجرّد الرضا بالمعاوضة) في الأزمنة (المستقبلية - نقلٌ في الحال للدرهم) من المشتري (إلى البائع، كما لا يخفى) بل النقل تعليليّ فكأنّ المشتري قال: ان بعته منّي فأنا أيضاً ملّكتك درهمي.

(وأمّا ما يظهر من) الشيخ الطوسي في (المبسوط) ج ٤، ص ١٩٤ وقد تقدّم ص ٢٩٧ في أوّل المسألة، (من الإِتِّفَاق - هنا -) أي في باب البيع (على الصّكّة به) أي بتقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر من المشتري مثل «بِعْنِي هَذَا» (فهو هوّنٌ بما ستعرف) عن قريب ص ٣٠٧ (من مصير الأكثر على خلافه) حتى نفس الشيخ في بيع المبسوط دون نكاحه كما عرفت ص ٢٩٧.

(وأمّا فحوى جوازه) أي جواز تقديم القبول بلفظ الأمر في البيع المستفاد من

في النكاح، ففيها - بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي ﷺ، و يؤيده: أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول - منع الفحوى،

جوازه في الزواج بطريق الأولوية من جهة أهمية الفروج على الأموال كما تقدّم بيانه ص ٣٠٠ من جهة دلالة رواية سهل الساعدي الواردة (في النكاح)، بقول أحد الأصحاب: «زوّجنيها يا رسول الله»، (ففيها - بعد الإغماض عن حكم الأصل؛ وهو الجواز في النكاح (بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر) بقوله: «زوّجنيها» (هو القبول؛ لاحتمال) أن يكون المراد من قول الصحابي: «زوّجنيها» مجرد استدعاء تزويجه بالمرأة (تحقق القبول بعد إيجاب النبي ﷺ، و يؤيده) أي هذا الاحتمال (أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول -)، ولا يخفى أن الشيخ رحمه الله عبّر بالتأييد ولم يقل: «ويدلّ عليه» لاحتمال أن تكون الرواية بنفسها دليلاً على عدم اعتبار الموالاة في مثل هذا المورد، حيث أن أمر النكاح يحتاج إلى التأمل والتفكير ولهذا لا تقول المرأة عند الإستجاجة منها لإجراء العقد بـ «نعم» إلا بعد تكرار الإستجاجة مرّات فيقال بالفارسية في المرّة الأولى والثانية بل أكثر: «عروس رفته گل بچينه» وما شابه ذلك (١).

وبالجملة فبعد الإغماض عن ذلك يرد على الإستدلال (منع الفحوى) والأولوية كما أفاده العلامة في المختلف ج ٥، ص ٥٢ وغيره من الفقهاء؛ أن الوجه في جواز تقديم القبول في النكاح بلفظ الأمر من الرجل، هو حياء المرأة من المبادرة بالكلام بالإيجاب؛

(١) راجع كتاب از هر چمن گلی ص ١٤٧ للشارح، لطيفة هناك.

وقصور دلالة رواية أبان؛ من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: «نعم» في الإيجاب.

ثم اعلم: أنَّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال: «يُعْنِيهَا بِأَلْفٍ» فقال: «بِعَتِّكَ» صحَّ. و الأقوى عندي أنّه لا يصح حتّى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت. واختار ذلك في الخلاف.

فلهذا يجوز تقديم القبول بخلاف البيع.

هذا كلّ في رواية سهل الظاهرة في تقديم الإيجاب بلفظ الأمر، وأمّا الكلام في رواية أبان بن تغلب المتقدمة ص ٢٩٩ الظاهرة في تقديم القبول في النكاح المنقطع بصيغة المضارع «أتزوجك متعّة» فأشار الشيخ رحمه الله عن الاستدلال بها بقوله: (وقصور دلالة رواية أبان؛ من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: «نعم» في الإيجاب)، وذلك لما ذكره المحقّق الكرّكي في جامع المقاصد ج ١٢ ص ٧٢ والشهيد الثاني في المسالك ج ٢، ص ٩٢ وغيرهما من الفقهاء، من أنّ لفظة «نعم» من المرأة بعد قول الرجل: «أتزوجك متعّة.. الخ» لا تكون إيجاباً مؤخّراً فيكون العقد خالياً عن الإيجاب إطلاقاً وهو باطل قطعاً، هذا مع ضعف سندها أيضاً.

(ثم اعلم: أنَّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر) في باب البيع وغيره من العقود (اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال) الشيخ (في المبسوط: ج ٢، ص ٨٧ (إن قال) المشتري (: «بعينها) أي السلعة (بألف» فقال) البائع (: «بعتك»، صحّ) عند بعض العلماء (والأقوى عندي أنّه لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» واختار ذلك) أي عدم الصحة الشيخ الطوسي (في الخلاف) أيضاً ج ٣، ص ٣٩، البيوع المسألة ٥.

و صرّح به في الغنية، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري حذراً عن القول بانعقاده بالإستدعاء من المشتري، وهو أن يقول: «بِغْنِيهِ بِأَلْف»، فيقول: «بِعَتُّكَ»، فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ حَتَّى يَقُولَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ: اشْتَرَيْتُ، أَوْ قَبِلْتُ. و صرّح به أيضاً في السرائر والوسيلة. و عن جامع المقاصد: أَنَّ ظَاهِرَهُمْ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ اتِّفَاقِيٌّ. وَحُكْمُ الْإِجْمَاعِ عَنْ ظَاهِرِ الْغْنِيَةِ أَيْضاً، أَوْ صَرِيحِهَا.

(وَصَرَّحَ بِهِ) السَّيِّدُ أَبُو الْكَارِمِ ابْنُ زَهْرَةَ أَيْضاً (فِي الْغْنِيَةِ) ص ٢١٤ (فَقَالَ): وَاعْتَبَرْنَا حَصُولَ الْإِجَابِ مِنَ الْبَائِعِ وَالْقَبُولِ مِنَ الْمُشْتَرِي، حَذْراً عَنِ الْقَوْلِ بِانْعِقَادِهِ بِالِاسْتِدْعَاءِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: «بِعْنِيهِ بِأَلْف»، (فَيَقُولُ) الْبَائِعُ: «بِعَتُّكَ» فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ حَتَّى يَقُولَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ: «اشْتَرَيْتُ» أَوْ «قَبِلْتُ»، وَصَرَّحَ بِهِ) أَيِ بَعْدِ الصَّحَّةِ ابْنِ إِدْرِيسَ (أَيْضاً فِي السَّرَائِرِ) ج ٢، ص ٢٤٩ (و) كَذَلِكَ ابْنُ حَمْزَةَ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ الطُّوسِي فِي (الْوَسِيلَةِ) ص ٢٣٧^(١).

(و) فِي مِفْتَاحِ الْكَرَامَةِ ج ٤، ص ١٦١ (عَنْ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ) لِلْمَحْقُقِ الْكَرْكِيِّ ج ٤، ص ٥٩ (أَنَّ ظَاهِرَهُمْ أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ) بَعْدَ الصَّحَّةِ (اتِّفَاقِيٌّ، وَحُكْمِي) فِي الْمِفْتَاحِ ج ٤، ص ١٦١ أَيْضاً (الْإِجْمَاعُ عَنْ ظَاهِرِ) كَلَامِ السَّيِّدِ أَبِي الْكَارِمِ ابْنِ زَهْرَةَ فِي (الْغْنِيَةِ أَيْضاً أَوْ صَرِيحِهَا) فِي ص ٢١٤، وَالتَّرْدِيدُ مِنَ السَّيِّدِ الْعَامِلِي حَيْثُ قَالَ: «وَالْإِجْمَاعُ ظَاهِرُ الْغْنِيَةِ أَوْ صَرِيحِهَا».

(١) التفصيل المذكور في الغنية غير موجود في الوسيلة، بل ذكر فيها من شرائط صحة العقد، مجرد اعتبار تقديم الإيجاب، وفي تعليق المكاسب المطبوع لتراث الشيخ: أنه صرّح بذلك التفصيل العلامة في النهاية ج ٢، ص ٤٤٩ ولعل التشابه بين رمز النهاية «يه» والوسيلة «له» صار منشأ لاشتباه النسخ ويؤيد هذا الإحتمال تأخير ذكرها عن السرائر.

و عن المسالك: المشهور. بل قيل: إنَّ هذا الحكم ظاهر كلِّ من اشترط الإيجاب و القبول.

و مع ذلك كلّه، فقد صرَّح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع؛ و نسبته إلينا مشعر - بقرينة السياق - إلى عدم الخلاف فيه بيننا؛ فقال: إذا تعاقدنا، فإنَّ تقدّم الإيجاب على القبول فقال: «زوّجتك»

(و) حُكي أيضاً (عن المسالك) ج ٣، ص ١٥٣ أنّه (المشهور)، حيث قال في شرح كلام المحقّق: «ولا ينعقد إلّا بلفظ الماضي.. وكذا في طرف القبول» ما لفظه: «نسبه بذلك على خلاف ابن البرّاج، حيث جوّزه بهما أي بالماضي وغيره، والمشهور خلافه (بل قيل) والقائل هو السيّد العاملي في المفتاح (أنَّ هذا الحكم) - وهو عدم انعقاد البيع بالإستيجاب المتقدّم من المشتري و الإيجاب المتأخّر من البائع - (ظاهر كلِّ من اشترط الإيجاب والقبول) ولعلَّ وجه الإستظهار هو ظهور «القبول» في غير الأمر مثل «بعتي هذا»، أو اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول لأنّهم في مقام بيان الشرائط، عطفوا القبول على الإيجاب لا العكس.

(ومع ذلك كلّه) من اختيار جمع من الأصحاب عدم جواز تقديم القبول ولو بلفظ الأمر والإستدعاء وادّعاء بعض الإجماع عليه (فقد صرَّح الشيخ) الطوسي (في المبسوط) ج ٤، ص ١٩٤ (في باب النكاح - بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع) من المشتري للبائع بقوله: «بعتي هذا» كما تقدّم ص ٢٩٧ في أوّل المسألة (ونسبته) «الجواز» (الينا) أي الإمامية بقوله: «عندنا» كما سيجيء كلامه (مشعر - بقرينة السياق - إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدنا) أي الرجل والمرأة (فان تقدّم الإيجاب على القبول فقال:): وكيل الزوجة أو وليّها («زوّجتك») فلانة (فقال) الزوج أو

فقال: «قبلتُ التزويج» صح؛ وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف.

و أما إن تأخّر الإيجاب و سبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: «زوّجنيها» فقال: «زوّجْتُكها» صحّ وإن لم يُعد الزوج القبول، بلا خلاف، لخبر الساعدي: قال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله، فقال: «زوّجْتُكها بما معك من القرآن»، فتقدّم القبول و تأخّر الإيجاب؛ وإن كان هذا في البيع فقال: «بِغَنيها» فقال: «بعْتُكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين. و قال قومٌ منهم: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب. انتهى.

وكيله («قبلتُ التزويج» صحّ، وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف) بين الجميع.

(وأما إن تأخّر الإيجاب و سبق القبول، فإن كان ذلك (في النكاح فقال الزوج) أو وكيله أو وليّه، لو كيل الزوجة أو لوليّها («زوّجنيها» فقال: «زوّجْتُكها» صحّ) العقد، (وإن لم يُعد الزوج) أو وكيله، بعد ذلك (القبول بلا خلاف) عند الفقهاء؛
(لخبر) سهل (الساعدي) المعروفة بين الفريقين المتقدمّة ص ٣٠٠؛ حيث («قال الرجل) من أصحاب النبي ﷺ: (زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجْتُكها بما معك من القرآن»^(١)) والظاهر عدم إعادة الرجل القبول بعد كلام النبي ﷺ (فتقدّم القبول وتأخّر الإيجاب، وإن كان هذا) التقدّم (في البيع فقال: (المشتري («بعينيها») أي السلعة (فقال) البائع («بعْتُكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين؛ وقال قومٌ منهم: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب) على القبول) (انتهى) كلام المبسوط.

(١) مستدرک الوسائل: ج ١٤، ص ٣١٣ عقد النكاح، العوالي ج ٢، ص ٢٦٣؛ سنن البيهقي ج ٧، ص ٢٤٢؛ راجع الكافي الفروع ج ٥، ص ٣٨٠ النكاح؛ والتهذيب ج ٧، ص ٤١٠.

و حكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل، بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جَوَز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق، و تمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا أن المحقق رحمته الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الإستيجاب و الإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

و ذكر العلامة رحمته الله الإستيجاب و الإيجاب، و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة.

(وَحْكي) في مختلف العلامة ج ٥، ص ٥٣ (جواز التقديم بهذا اللفظ) وهو لفظ الأمر من المشتري «بعتها» (عن القاضي) ابن البراج (في الكامل) والمهذب أيضاً (بل يمكن نسبة هذا الحكم) أي جواز التقديم بلفظ الأمر «بيني» (إلى كل من جَوَز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق) من غير تقييد بنوع خاص وعقد مخصوص (وتمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج) من الزوج بقوله: «زوّجنيها».

ثم استدرك الشيخ رحمته الله على قوله: «بل يمكن نسبة القول بجواز التقديم بلفظ الأمر إلى كل من أطلق جواز تقديم القبول بقولٍ مطلق» فقال: (إلا أن المحقق) الحلبي رحمته الله في الشرائع ج ٢، ص ١٢ (مع تصريحه في البيع بعدم كفاية) غير الماضي مثل الأمر (والإستيجاب) من المشتري كقوله: «بيني هذا» (والإيجاب) من البائع كقوله: «بعتك» (صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب) في عبارته المتقدمة ص ٢٩٨ بقوله: «وهل يُشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردد، والأشبه عدم الإشتراط.

(و) كذلك (ذكر العلامة رحمته الله) في القواعد ج ١، ص ١٢٣ (الإستيجاب والإيجاب) كقوله «بيني» و «بعتُ» (وجعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاة)

و جزم بعدم كفايته، مع أنه تردّد في اعتبار تقديم القبول.

و كيف كان فقد عرفت أنّ الأقوى المنع في البيع؛ لما عرفت. بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا؛ بناءً على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول.

ثم إنّ هذا كله بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في لزوم،

التي هي خارجة أيضاً عن العقد؛ لعدم وجود الإيجاب والقبول للفظيين فيها (وجزم بعدم كفايته، مع أنه تردّد في اعتبار تقديم القبول) واختار جوازه.

ولا يخفى أنه مع عدم كفاية غير الماضي، لا يبقى موضوع للبحث عن جواز تقديم القبول بلفظ الأمر مثل «بعني».

(وكيف كان) سواء صحّت نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر مثل «بعني» إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق، أم لم تصحّ (فقد عرفت) ص ٣٠٨ (أنّ الأقوى المنع) عن تقديم القبول بلفظ الأمر (في البيع؛ لما عرفت) هناك من أنّ غاية ما يستفاد من الأمر هو الرضا بالمعاوضة فيما سيأتي من الزمان، دون النقل في الحال والقبول الذي هو ركن في العقد هو الذي يشمل على النقل في الحال، (بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا) وهو إنشاء القبول بلفظ الأمر «بعني» (بناءً على اعتبار الماضوية فيما دلّ على) الإيجاب وكذلك (القبول) في العقد كما هو مختار الأكثر بل ادّعي عليه الإجماع على ما تقدّم ص ٢٩٣.

(ثم إنّ هذا) البحث من كفاية إنشاء القبول بلفظ الأمر أو عدمها، إنّما هو (كله بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من) الالتزام بتوقّف العقود اللازمة بالصيغ المخصوصة الواردة عن الشارع و(عدم كفاية مطلق اللفظ في لزوم) للبيع،

و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك.

و أمّا على ما قوّيناه سابقاً في مسألة المعاوضة : من أنّ البيع العرفي موجبٌ للملك، و أنّ الأصل في الملك اللزوم ، فاللزام الحكم باللزوم في كلّ موردٍ لم يَقم إجماعٌ على عدم اللزوم، و هو ما إذا خلت المعاوضة عن الإنشاء باللفظ رأساً أو كان اللفظ المنشأ به المعاوضة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها للزوم، و أمّا في غير ذلك فالأصل اللزوم.

و قد عرفت: أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرّح في المبسوط بصحّته،

(و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في) حصول (الملك).

(وأمّا على ما قوّيناه «ما اخترناه خ د» سابقاً) وأثبتناه بوجوه خمسة (في مسألة المعاوضة) ص ٨١ (من أنّ البيع العرفي موجب للملك) شرعاً (وأنّ) مقتضى (الأصل في الملك) هو (اللزوم) كما تقدّم ص ١٠٩ و ١١٤ (فاللزام الحكم باللزوم في كلّ مورد) من البيوع التي (لم يَقم إجماع على عدم اللزوم) فيها (وهو) أي معقد الإجماع في موردٍ من الأوّل (ما إذا خَلَّت المعاوضة عن الإنشاء باللفظ رأساً) وهو المعاوضة ان تَمَّ الإجماع فيها، والثاني (أو كان اللفظ المنشأ به المعاوضة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها للزوم) شرعاً (وأمّا في غير ذلك) كالمقام أعني تقديم لفظ «يعني» بعنوان القبول على الإيجاب (فالأصل اللزوم) في الملك كما أثبتناه ص ١٠٩ بقولنا: «لشك في زواله بمجرد رجوع المالك الأصلي فراجع.

(وقد عرفت) أخيراً ص ٣١٠ (أنّ القبول على وجه طلب البيع) من المشتري بقوله: «يعنى هذا» (قد صرّح) الشيخ (في المبسوط) في باب النكاح ج ٤، ص ١٩٤ (بصحّته) ومعنى الصحّة أنّه يفيد الملك اللازم وعلى هذا فلا إجماع على عدم اللزوم

بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، و حكي عن الكامل أيضاً، فتأمل.
و إن كان التقديم بلفظ: «اشتريت» أو «ابتعت» أو «تملكت» أو «ملكت هذا بكذا»، فالأقوى جوازه؛ لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع يُنشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري يُنشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلُّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يُدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن

(بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا) حيث قال في كلامه المتقدم: «صحّ عندنا» (وحكي) ذلك في المختلف كما تقدّم ص ٣١٢ (عن الكامل) والمهذب للقاضي ابن البرّاج (أيضاً، فتأمل) لعلّه اشارة إلى ما تقدّم هناك من أنّ دعوى الشيخ في المبسوط - لنفي الخلاف - موهونة بذهاب الأكثر إلى خلافة حتّى هو بنفسه في كتاب البيع من المبسوط. إلى هنا كان الكلام في تقديم القبول إذا كان بلفظ «قبلت» أو بلفظ الامر «بعني هذا» (و) أمّا (ان كان التقديم) بنوع ثالث من اللفظ كما تقدم ص ٣٠٠ وهو (بلفظ) إنشاء تملك المبيع بإزاء الثمن مثل («اشتريت» أو «ابتعت» أو «تملكت» أو «ملكت» هذا بكذا) - قوله: «هذا بكذا» قيد للجميع لا لخصوص الأخير (فالأقوى جوازه) وصحّه العقد (لأنه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشاء) المشتري (المعاوضة كالبائع) إلا أن البائع يُنشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، (و) لكنّ (المشتري) بالعكس (يُنشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله) فإنّ العقد متقوم بالتزامين مترتبين (ففي الحقيقة كلُّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يُدخل مال صاحبه في ملكه) بإزائه (إلا أن) في الإيجاب الإخراج هو الأصل والإدخال فرعه، وفي القبول الأمر بالعكس أعني الإدخال هو الأصل والإخراج

الإدخال في الإيجاب مفهومٌ من ذكر العوض و في القبول مفهومٌ من نفس الفعل، والإخراج بالعكس.

و حينئذٍ فليس في حقيقة الإشتراء - من حيث هو - معنى القبول، لكنّه لما كان الغالب وقوعه

فرعه، ف (الإدخال في الإيجاب مفهومٌ من ذكر العوض) بقوله: «بكذا» بعد قوله: «بعثُ»، (وفي القبول مفهومٌ من نفس الفعل) أعني من قوله: «اشتريت» أو «إيتعت» (و) الحكم في (الإخراج بالعكس) بمعنى أنّه يُفهم في الإيجاب من نفس الفعل وهو قوله: «بعثُ» وفي القبول مفهومٌ من ذكر العوض بقوله: «بكذا من الثمن» بعد قوله: «اشتريتُ مآلك».

قال السعدي بالفارسية: «هر نفس كه فرو ميرود ممدّ حيات است وچون برآيد مفرّح ذات»^(١) (وحيئنذٍ) أي حين دلالة «اشتريت» على انشاء تملك المشتري مآله للبائع (فليس في حقيقة) لفظ (الإشتراء - من حيث هو -) أي بمعناه المطابقي مع الغضّ عن قرينة وقوعه بعد الإيجاب (معنى القبول) حتى يلزم تأخّره عن الإيجاب حتما كما لزم تأخّر لفظ «قبلت» و«رضيت» عنه على ما تقدّم.

فإن قلت: إذا كان «الإشتراء» يدلّ على إدخال مال الغير في ملكه وإخراج مال نفسه إلى ملك البائع فهو يكون مثل الإيجاب تماماً الذي هو أيضاً إخراج وإدخال فلزم أن يعدّ لفظ «اشتريت» من ألفاظ الإيجاب دون ألفاظ القبول التي يُفهم منه المطاوعة لفعل الغير، قلنا: هذا الكلام صحيح (لكنّه لما كان الغالب وقوعه) «إشتريت»

(١) راجع كتاب از هر چمن گلی ص ٣٦٧ للشارح لتضمن اشعار لهذا النثر.

عقيب الإيجاب، و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه
يوجب تحقّق المطاوعة و مفهوم القبول، أطلق عليه القبول، و هذا المعنى
مفقود في الإيجاب المتأخّر؛ لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالإلتزام
الحاصل من جعل ماله عوضاً، و البائع إنّما يُنشئ انتقال المثلث «الثلث - خ د»
إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

و قد صرّح في النهاية والمسالك على ما حكى: بأنّ «اشتريت» ليس قبولاً
حقيقةً، و إنّما هو بدل،

(عقيب الإيجاب، وانشاء) قبول (انتقال مال البائع إلى نفسه اذا وقع عقيب نقله)
«البائع» (إليه) «المشتري» (يوجب) - خبر لقوله: «وانشاء» - (تحقّق المطاوعة
و مفهوم القبول)، فلهذا (أطلق عليه) «الإشتراء (القبول) بمعنى المطاوعة والإنفعال -
وقوله: «أطلق» جوابٌ لقوله «لما كان».

(وهذا المعنى) أعني تحقّق المطاوعة و مفهوم القبول (مفقود في الإيجاب
المتأخّر) كقوله: «بعت» بعد قول المشتري: «اشتريت» (لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله
إلى البائع) للمطاوعة و (بالإلتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً) عن مال البائع،
(والبائع إنّما يُنشئ انتقال المثلث «الثلث - خ د» إليه كذلك) أي بالإلتزام الحاصل
من جعل ماله عوضاً لكن (لا بمدلول) مطابق (الصيغة) بل بالمدلول الإلتزامي
المستفاد من المعاوضة.

(و) الدليل على أنّ لفظ «اشتريت» ليس بالأصالة من ألفاظ القبول؛ اذ يعتبر في
القبول المطاوعة والرضا بإيجاب الغير أنّه (قد صرّح) العلامة (في النهاية) ج ٢،
ص ٤٤٨ (و) الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٣، ص ١٥٤ (- على ما حكى -) في
مفتاح الكرامة ج ، ص ١٥٣ (: بأنّ «اشتريت» ليس قبولاً حقيقةً، و إنّما هو بدل)

وَأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْقَبُولِ: «قَبِلْتُ»؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ فِي الْحَقِيقَةِ مَا لَا يُمْكِنُ الْإِبْتِدَاءَ بِهِ، وَ لَفْظُ «اشْتَرَيْتُ» يَجُوزُ الْإِبْتِدَاءَ بِهِ.

و مرادهما أَنَّهُ بِنَفْسِهِ لَا يَكُونُ قَبُولًا، فَلَا يَنَافِي مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَحَقُّقِ مَفْهُومِ الْقَبُولِ فِيهِ إِذَا وَقَعَ عَقِيبَ تَمْلِيكِ الْبَائِعِ، كَمَا أَنَّ: «رَضِيتُ بِالْبَيْعِ» لَيْسَ فِيهِ إِنْشَاءٌ لِنَقْلِ مَالِهِ إِلَى الْبَائِعِ، إِلَّا إِذَا وَقَعَ مُتَأَخِّرًا، وَلِذَا مَنَعْنَا عَنْ تَقْدِيمِهِ؛ فَكُلٌّ مِنْ «رَضِيتُ» وَ «اشْتَرَيْتُ» بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِفَادَةِ نَقْلِ الْمَالِ

وذلك لدلالته على القبول بالقرينة المقاميّة وهي وقوعه بعد الإيجاب، وليست دلالاته عليه بالمطابقة، (وَأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْقَبُولِ) هو لفظ («قَبِلْتُ»؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ فِي الْحَقِيقَةِ مَا لَا يُمْكِنُ الْإِبْتِدَاءَ بِهِ، وَلَفْظُ «اشْتَرَيْتُ» يَجُوزُ الْإِبْتِدَاءَ بِهِ).

(وَمُرَادُهُمَا: أَنَّهُ) «لَفْظُ إِشْتَرَيْتُ» (بِنَفْسِهِ) أَيَّ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ وَقُوعِهِ عَقِيبَ لَفْظِ «بَعْتُ» (لَا يَكُونُ قَبُولًا، فَلَا يَنَافِي) مُرَادُهُمَا (مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَحَقُّقِ مَفْهُومِ الْقَبُولِ فِيهِ إِذَا) دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةٌ مَقَامِيَّةٌ كَمَا إِذَا (وَقَعَ عَقِيبَ تَمْلِيكِ الْبَائِعِ) أَوْ قَرِينَةٌ مَقَالِيَّةٌ كَمَا إِذَا قَالَ: ابْتَغَيْتُ كِتَابَكَ وَاشْتَرَيْتَهُ مِنْكَ بِكَذَا فَقَالَ الْبَائِعُ: بَعْتُهُ مِنْكَ (كَمَا أَنَّ) قَوْلَهُ «رَضِيتُ بِالْبَيْعِ» لَيْسَ فِيهِ إِنْشَاءٌ لِنَقْلِ مَالِهِ إِلَى الْبَائِعِ إِلَّا إِذَا وَقَعَ مُتَأَخِّرًا؛ عَنْ قَوْلِ الْبَائِعِ: «بَعْتُ كِتَابِي بِكَذَا (وَلِذَا مَنَعْنَا عَنْ تَقْدِيمِهِ) أَيَّ تَقْدِيمِ «رَضِيتُ»، وَالْحَاصِلُ أَنَّ لِكُلِّ مَنِ اللَّفْظَيْنِ مَعْنًى مُطَابِقِيٍّ وَمَعْنًى التَّزَامِيٍّ، وَالْمُطَابِقِيُّ يَفْهَمُ مِنَ اللَّفْظِ سِوَاهُ تَقَدُّمَ عَلَى الْإِيجَابِ أَمْ تَأَخُّرَ عَنْهُ، وَالْإِتِّزَامِيُّ لَا يَفْهَمُ إِلَّا مَعَ التَّأَخُّرِ، فَالْمَعْنَى الْمُطَابِقِيُّ لـ «اشْتَرَيْتُ» هُوَ نَقْلُ الْمَالِ وَمَعْنَاهُ الْإِتِّزَامِيُّ هُوَ تَحَقُّقُ الْقَبُولِ وَالْمُطَاوَعَةِ، وَمَعْنَى الْمُطَابِقِيِّ لـ «رَضِيتُ» هُوَ الْقَبُولُ وَالْمُطَاوَعَةُ = يَذِيرُ فِتْنًا، وَمَعْنَاهُ الْإِتِّزَامِيُّ هُوَ النُّقْلُ فَتَدَبَّرْ.

(فَكُلٌّ مِنْ) لَفْظِ «رَضِيتُ» وَ «اشْتَرَيْتُ» بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِفَادَةِ نَقْلِ الْمَالِ

و مطاوعة البيع عند التقدّم و التأخّر، متعاكسان.

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: «اشتريت» حتّى يقع قبولاً؛ لأنّ إنشاء مالكيّته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقّق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون: «اشتريت» متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم؛ فإنّ مجرّد إنشاء المالكيّة لمالٍ لا يوجب تحقّق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة، فإنّه لا قبول فيه رأساً.

ومطاوعة البيع عند التقدّم) على الإيجاب (والتأخّر) عنه (متعاكسان) فـ «رضيت» يدلّ على المطاوعة والقبول ولا يدلّ بنفسه على إنشاء النقل بل بقرينة التأخّر عن الإيجاب، بخلاف «اشتريت» فإنّه يدلّ على إنشاء النقل ولا يدلّ بنفسه على المطاوعة بل بقرينة تأخّره.

(فإن قلت: كيف قوّيتم جواز تقديم القبول بلفظ «اشتريت» و «ابنتعت» على الإيجاب مع (إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب) لزوم (تأخير قوله: «اشتريت» حتّى) يصحّ أن يقع قبولاً؛ لأنّ إنشاء مالكيّته لمال الغير) أنّما يصحّ (إذا وقع عقيب تملك الغير له) حتّى (يتحقّق فيه معنى الانتقال وقبول الأثر، فـ) على هذا لا بدّ وأن (يكون «اشتريت» متأخراً) حتماً، (الالتزاماً بالأثر) والانتقال (عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم؛) على الإيجاب (فإنّ مجرّد إنشاء المالكيّة لمال) الغير (لا يوجب تحقّق مفهوم القبول) لو لم يقع قبله إنشاء تملك منه (كما لو نوى تملك المباحات) الأصليّة (أو اللقطة) مجرّداً عن العمل بتحصيلها (فإنّه لا قبول فيه رأساً).

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطوعة و قبول الأثر، فلا.

فقد تبين من جميع ذلك: أنّ إنشاء القبول لابدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع، تقدّم أو تأخّر، و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحضّل ممّا ذكرناه: صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ: اشتريتُ، وفاقاً لمن عرفت، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف

(قلت: المسلّم من الإجماع) المتقدّم المنقول عن الفقهاء (هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى) الجامع (الشامل للرضا بالإيجاب) سواء تقدّم أو تأخّر، (وأما وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطوعة و قبول الأثر، فلا) إجماع على لزوم تقدّمه على الإيجاب.

(فقد تبين من جميع ذلك) الذي ذكرناه في ألفاظ القبول (أنّ إنشاء القبول لابدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل) لماله إلى البائع، (وللرضا بإنشاء البائع) لتمليكه المبيع للمشتري (- تقدّم) القبول على الإيجاب - (أو تأخّر - ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع) أي قبول تأثير ما فعله = يذيرفتن كار او، حتّى يجب تأخيرها عن الإيجاب من جهة المطوعة و قبول الاثر.

(فقد تحضّل ممّا ذكرناه) في النوع الثالث من ألفاظ القبول (صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» و «ابتعت» و «تملّكت» (وفاقاً لمن عرفت) ص ٣١٧ كالعلامة في النهاية ج ٢، ص ٤٤٨ والشهيد الثاني في المسالك ج ٣، ص ١٥٤، (بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف) ج ٣، ص ٣٩ كتاب البيوع المسألة ٥٦

حيث إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الإنعقاد بالإستيجاب و الإيجاب، و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل: اشتريت؛ و كذا السيّد في الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول، و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة، و بالاستيجاب و الإيجاب؛ و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

و الحاصل: أنّ المصرّح بذلك فيما وجدت من القدماء:

(حيث إنّه لم يتعرّض) في مقام المنع عن انعقاد عقد البيع ببعض ألفاظ القبول (إلّا للمنع عن الانعقاد بالإستيجاب والإيجاب) مثل «بني هذا بكذا» و قوله «بعته» (وقد عرفت) ص ٣١٢ (عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشتريت») بقولنا: إلّا أنّ المحقّق مع تصريحه... بعدم كفاية الإستيجاب والإيجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب.

(وكذا) يظهر جواز تقديم «اشتريت» من كلام (السيّد) ابن زهرة (في الغنية) ص ٢١٤ وقد تقدّم كلامه ص ٣٠٩ (حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول) في البيع ولم يشترط تقديم الأوّل على الثاني بل (واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة وبالإستيجاب والإيجاب).

(وكذا ظاهر إطلاق) أبي الصلاح (الحلبي في الكافي) في الفقه ص ٣٥٢ (حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الإنعقاد) بل شرط وجود أصل الإيجاب والقبول لخروج العقد بدونهما عن موضوع البيع.

(والحاصل: أنّ المصرّح بذلك) أي اعتبار تقديم الإيجاب - على الإطلاق - حتّى ولو كان القبول بلفظ «إشتريت» (في ما وجدت من القدماء -) إنّما هما نفران

الحليّ و ابن حمزة، فمن التعجّب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الإستيجاب و الإيجاب بأنّ ما عداه مجمّع على صحّته، و ليس على صحّته دليلٌ. و لعمري إنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، و قد نبّهنا على أمثال ذلك في مواردنا.

منهم فقط وهما ١- إبن ادريس (الحليّ) في السرائر ج ٢، ص ٢٤٣؛ حيث قال: «فان كان القبول متقدّمًا على الإيجاب فالبيع غير صحيح»، ٢- (وابن حمزة) أبو جعفر محمد بن عليّ الطوسي في الوسيلة ص ٢٣٧؛ حيث عدّ من شروط الصيغة تقديم الإيجاب على القبول، (فمن التعجّب بعد ذلك) من مصير جمع من العلماء الذين تسقّمت أسماؤهم ص ٣٢٠ - ومنهم الشيخ في ظاهر الخلاف - على جواز تقديم القبول وعدم المخالفة في ذلك إلّا من اثنين من القدماء، (حكاية الإجماع) في غاية المراد ص ٨٠ للشهيد الأوّل، وفي المسالك ج ٣، ص ١٥٣ للشهيد الثاني (عن الخلاف) كما تقدّم ص ٢٩٧ في صدر المسألة (على تقديم الإيجاب، مع أنّه) لا دلالة في كلامه الذي ذكره في ج ٣، ص ٤٠ من الخلاف على وجود إجماع على ذلك كما قلنا هناك لأنّه (لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الإستيجاب و الإيجاب) الذي هو نوع من تقديم القبول (بأنّ ما عداه مجمّع على صحّته، وليس على صحّته) أي صحّة الإستيجاب (دليل) وأين هذا من دعوى الإجماع على اعتبار تقديم الإيجاب لزومًا، (ولعمري أنّ مثل هذا) النقل (ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول) في أكثر الموارد (وقد نبّهنا على أمثال ذلك) الوهن (في مواردنا)^(١) من ادعاء بعض الإجماع على حكم، مع مصير جمع كثير

(١) راجع الرسائل (فرائد الاصول) ج ١، ص ٢٠٤ ط: لجنة تراث الشيخ وص ٥٥ ط: (رحمة الله).

نعم يشكل الأمر: بأنَّ المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية، و هو الوصل بين الإيجاب و القبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمَّ إنَّ ما ذكرنا جارٍ في كلِّ قبولٍ يؤدِّي بإنشاءٍ مستقلٍّ، كالإجارة التي يؤدِّي قبولها بلفظ: «تملَّكتُ منك منفعة كذا» أو «ملِكتُ»،

على خلافه.

ثمَّ استدرك الشيخ رحمته الله على ما قوَّاه ص ٣١٥ من جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «أشترت» و «ابتعت» و «تملَّكتُ» فقال: (نعم، يشكل الأمر: بأنَّ المعهود المتعارف من الصيغة) عند الشارع والمتشرعة هو (تقديم الإيجاب) على القبول فيقول البائع «بعت» ثم يقول المشتري «قبلت» أو «أشترت»، وهذا التعارف يوجب المنع عن التمسك بإطلاق «وجوب الوفاء بالعقود» و «أحلَّ الله البيع» و «تجارة عن تراض» إذا قُدِّم القبول بأيِّ لفظ كان، (ولا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية) ص ٣٣٠ (وهو) اعتبار الموالاة و (الوصل بين الإيجاب والقبول) حيث أنَّ المتعارف لما كان هو الوصل بينهما فقد يُدعى تقييد الأدلة المذكورة بما هو المتعارف كما سيجيء، (فالحكم) بجواز التقديم (لا يخلوا عن شوب الإشكال)، هذا تمام الكلام في حكم التقديم في عقد البيع.

وأما الكلام في تقديم القبول في سائر العقود، فنقول: إنَّ القبول فيها أيضاً يقع بأنواع مختلفة، (ثمَّ إنَّ ما ذكرنا) من جواز تقديم القبول في البيع إذا كان متضمناً لإنشاءٍ مستقلٍّ في نفسه مثل «أشترت» و «ابتعت» و «تملَّكتُ» (جارٍ في كلِّ قبولٍ يؤدِّي بإنشاءٍ مستقلٍّ) في سائر العقود (كالإجارة التي يؤدِّي قبولها بلفظ «تملَّكتُ منك منفعة كذا»)، مثل الدار والسيارة (أو ملِكتُ) منفعة كذا ثمَّ يقول المالك «آجرتك الدار»

و النكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ: نكحتُ، و تزوجتُ.

و أما ما لا إنشاء في قبوله إلا قبلتُ، أو ما يتضمنه كارتھنتُ، فقد يقال: بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا يُنشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، و قد تقدّم أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمر مترقّب كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق، فيجوز أن يقول: رضيتُ برهنك هذا عندي، فيقول: رهنْتُ.

(و) كذلك (النكاح الذي يؤدي قبوله) في العقد (بلفظ «نكحتُ» و «تزوجتُ») بكذا من المهر، من الزوج = بنى در آوردن تو را، ثم تقول الزوجة: «زوّجتك نفسي»، دون ما إذا قال في الإجارة: «قبلت إجارة كذا»، أو قال في النكاح: «قبلت التزويج» ثم قال المالك: «آجرتك»، أو تقول الزوجة: «زوّجتك نفسي» وكذلك لا تقع الإجارة إذا كانت بلفظ الأمر كقول المستأجر: «آجر دارك مني بكذا»، أو يقول الزوج في النكاح: زوّجي نفسك مني بكذا من المهر فتقول الزوجة: «زوّجتك».

هذا كلّ في العقود التي يدلّ قبولها على إنشاء مستقلّ (وأما) في عدّة من العقود من (ما لا) إلّ التزام بشيء فيها ولا (إنشاء في قبوله إلا «قبلت») أو «رضيت» (أو ما يتضمنه) أي يتضمّن القبول نفس الرضا بالإيجاب فقط ولا التزام فيه (ك «ارتھنت») = رهن گرفتہم (فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه) أي في الرهن بلفظ «ارتھنت» (إذ لا التزام في قبوله بشيء - كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع - بل لا يُنشئ به) أي بالقبول في تلك العقود كالرهن (معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدّم) ص ٣٠٣ و ٣٠٥ (أنّ الرضا) بشيء لا يستلزم تحقّقه قبله زماناً بل (يجوز تعلّقه بأمر) مستقبل (مترقّب كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق) في الخارج سابقاً (فيجوز أن يقول) المرتهن (: «رضيت برهنك هذا عندي» فيقول) مالك الرهن أعني المديون (: «رهنْتُ») داري مثلاً عندك.

و التحقيق: عدم الجواز؛ لأنَّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقُّق عنوان المرتهن، و لا يخفى أنَّه لا يصدق الإرتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقُّق الرهن؛ لأنَّ الإيجاب إنشاءً للفعل، و القبول إنشاءً للإنفعال.

و كذا القول في الهبة و القرض، فإنَّه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزامٌ بشيءٍ، و إنَّما يحصل به الرضا بفعل الموجب، و نحوها قبول المصالحة المتضمَّنة للإسقاط و التملك بغير عوض.

(والتحقيق) يقتضي (عدم الجواز) لتقديم القبول في هذه العقود أيضاً وذلك (لأنَّ اعتبار القبول فيه) إنَّما هو (من جهة تحقُّق عنوان المرتهن) = رهن غيرنده (ولا يخفى أنَّه لا يصدق الإرتهان) = رهن گرفتن (على قبول الشخص إلا بعد تحقُّق الرهن؛) في الخارج من المالك للشيء المرهون فإنَّه من باب الإفتعال الذي هو لمطابقة فعل الغير (لأنَّ الإيجاب إنشاءً للفعل، و القبول إنشاءً للإنفعال).

(وكذا القبول «القول خ د» في) عقدي (الهبة والقرض) فيكون كالقبول في الرهن؛ (فإنَّه لا يحصل من انشاء القبول فيهما إلتزام بشيءٍ، و إنَّما يحصل به) مجرد (الرضا بفعل الموجب) وهو الواهب أو المقرض، لكنَّ اعتبار القبول بعنوان كونه متَّهباً أو مقرضاً لا يصدق إلا بعد تحقُّق الهبة والقرض في الخارج.

(ونحوها) أي ونحو العقود الثلاثة من الرهن والقرض والهبة (قبول المصالحة المتضمَّنة للإسقاط) لحقَّ أو مال ثابت في ذمَّة الغير، كقوله: صالحتك على فراغ ذمتك من الدين.

(و) كذلك المصالحة المتضمَّنة لِـ (التمليك بغير عوض) كقوله: صالحتك على أن يكون كتابي لك، إذ ليس في قبول هذه المصالحة أيضاً إلتزام بشيءٍ بل حقيقتها الرضا بالإيجاب وسقوط ما في الذمَّة، أو ملكيَّة الشيء المصالح به، لكنَّه لا بدَّ من تحقُّق الإسقاط أو التملك في الخارج ثمَّ يقع القبول بعده.

و أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الإلتزام بها جائزاً من الطرفين و كانت نسبتها إليهما على وجهٍ سواء و ليس الإلتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للإلتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب عليه لغةً و عرفاً. ثمّ لمّا انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول،

(وأمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة) بين المالين كقوله: صالحت كتابي بقلمك، فالباديء من المتصالحين يكون لا محالة موجباً لصدق كونه متسالمًا عرفاً و لغةً و صاحبه يكون قابلاً، وإلّا تركّب العقد من إيجابين وهو خلاف الإجماع، وعلى هذا فلا بدّ من انشاء القبول من الشخص المتأخّر (ف) الحاصل أنّه (لما كان ابتداء الإلتزام بها) «المصالحة» (جائزاً من الطرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء) اذ كلّ منهما يصلح ماله بمال الآخر، (وليس الإلتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للإلتزام الحاصل من الآخر) كالتمثّل السائر بالفارسيّة «كچل حسن، حسن كچل» (كان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب عليه لغةً و عرفاً) لكونه متصدّياً لعنوان الصلح بقوله: «صالحتك» ويكون المتأخّر قابلاً، فهو كالشعر المعروف بالفارسيّة الذي لا يختلف وزنه ومعناه بابتداء أيّ كلمة من كلماته وهو:

الهى تو آنى توانى تپانى جهانى بآنى ته استكانى

(ثمّ لمّا انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول)^(١) ولم يصحّ جعل «صالحت»

(١) قال سيّدنا الاستاد المروّج ﷺ في تعليقه، ج ٢، ص ٤٧٣ من هدى الطالب: «لا يخفى أنّه قد تقدّم منه ﴿قريباً﴾ ص ٣٢٠ - كون المتيقّن من الإجماع هو اعتبار القبول بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، ومن المعلوم حصول هذا بلفظ «صالحتك» أيضاً.

لزم أن يكون الإلتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال أيضاً: «صالحتك»، كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

و تحقق من جميع ذلك: أن تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز؛ إذ لا قبول فيه بغير لفظ: «قبلت» و «رضيت»، و قد عرفت أن «قبلت» و «رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال.

الأول قبولاً لعدم دلالته حينئذٍ على نقل العوض في الحال (لزم أن يكون الإلتزام الحاصل من الآخر) أي المتأخر (بلفظ القبول؛ إذ لو قال) هو (أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر) لا قبولاً (فيلزم تركيب العقد من إيجابين) ومن المعلوم عدم صدق العقد على انضمام إيجاب إلى إيجاب آخر، أو انضمام قبول إلى قبول آخر، قال الله تعالى: ﴿ومن كل شيء خلقنا زوجين﴾^(١) (وتحقق من جميع ذلك) الذي ذكرناه في الصلح: أن الصلح قسمان ١ - بلا عوض، ٢ - مع العوض والأول مثل الرهن، وفي الثاني كل من تلفظ أولاً يكون هو الموجب والثاني هو القابل، و(أنّ تقديم القبول في) قسمي (الصلح أيضاً غير جائز) كما لا يجوز في كل عقد يُنشئ قبوله بلفظ «قبلت» و «رضيت» (إذ لا قبول فيه) «الصلح» (بغير لفظ «قبلت» و «رضيت»، وقد عرفت) ص ٣٠٣ و ٣٠٥، أن المراد من القبول الذي هو أحد ركني العقد عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة، وعرفت (أنّ) لفظي «قبلت» و «رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال).

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ القبول في العقود على أقسام؛ لأنّه إمّا أن يكون إلتزاماً بشيءٍ من القابل، كنقل مالٍ عنه أو زوجيّة، وإمّا أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب.

و الأول على قسمين؛ لأنّ الإلتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الإلتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالإشتراء.
و الثاني أيضاً على قسمين؛ لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة، كالإرتهان والإتّهاب والإقتراض، وإمّا أن لا يثبت فيه اعتبار

(فتلخص ممّا ذكرنا) من التحقيق في أقسام العقود (: أنّ القبول في العقود على اقسام، لأنّه إمّا أن يكون) القبول (التزاماً بشيءٍ من القابل، كنقل مالٍ عنه) مثل قبول البيع والإجارة، (أو) إلتزامٌ بـ (زوجيّة) لشخص خاصّ (وإمّا أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب) من دون أن يلتزم بشيءٍ آخر.

(والأوّل) الذي فيه التزم، أيضاً (على قسمين؛ لأنّ الإلتزام الحاصل من القابل، إمّا أن يكون نظير الإلتزام الحاصل من الموجب) بـ (أو) إلتزام من الشخصين لمالين لهما (أو) يكون الإلتزام من الثاني (متغيراً) مع الإلتزام الأوّل (كالإشتراء) الذي هو التزم من المشتري بكون ماله عوضاً ويغايّر الإلتزام من البائع بكون ماله معوضاً.

(والثاني) الذي لا يكون فيه التزم بل القبول مجرّد الرضا بالإيجاب (أيضاً على قسمين؛ لأنّه إمّا أن يُعتبر فيه عنوان المطاوعة) والإلتزام (كالإرتهان) الذي هو قبول الدائن الرهن من المديون الراهن، (والإتّهاب) الذي هو قبول الهبة ورُبَّ شخصٍ لا يقبل هبة أحدٍ له (و) كذا (الإقتراض) = قرض گرفت (و) إمّا أن لا يثبت فيه اعتبار

أزيد من الرضا بالإيجاب، كالوكالة و العارية، و شبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين.

ثم إن مغايرة الإلتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه، اعتباراً عرفياً، فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيّة لمالٍ آخر يسمّى مشترياً، و كل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بائعاً.

و بعبارة أخرى: كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع، و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري،

أزيد من الرضا بالإيجاب كـ) قبول (الوكالة) من شخصٍ لعمل (والعارية وشبهها) من العقود الجائزة مثل الوديعة، (فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون) جائزاً (إلا في القسم الثاني من كل من القسمين) أعني الإشتراء من القسم الأول، وما لا يعتبر فيه شيء سوى الرضا بالإيجاب في القسم الثاني كالوكالة.

(ثم إن مغايرة الإلتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه) التي توجب تمييز البائع عن المشتري؛ حيث إن الإلتزام في الإشتراء = خريدن، هو نقل المال على أن يكون عوضاً، والإلتزام في البيع = فروختن، هو أن يكون المال معوضاً ابتداءً، فهذه المغايرة (اعتبار عرفي) لا واقعي (فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيّة لمالٍ آخر) من أحد (يُسمّى) في العرف (مشترياً، و كل من نقل ماله على أن يكون) معوضاً وأنّ (عوضه مالاً من آخر يُسمّى بائعاً)، وأما في الواقع و حقيقة الأمر فكلّ منهما يُبدّل ماله بمال الآخر ويعاوضه معه.

(وبعبارة أخرى: كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع، و كل من ملك مال غيره بعوض ماله) يعني تملك مال الغير عوضاً عن مال نفسه (فهو المشتري،

وإِلَّا فُكِّلَ مِنْهُمَا فِي الْحَقِيقَةِ يُمْلِكُ مَالَهُ غَيْرُهُ بِإِزَاءِ مَالِ غَيْرِهِ، وَيَخْلُكُ مَالُ غَيْرِهِ بِإِزَاءِ مَالِهِ.

و من جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله.

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة و الشهيذان

وإِلَّا فُكِّلَ مِنْهُمَا فِي الْحَقِيقَةِ) يرفع يده عن مال نفسه ليصل إلى مال الغير، فكلُّ منهما (يُملِكُ مَالَهُ غَيْرَهُ بِإِزَاءِ مَالِ غَيْرِهِ، وَيَمْلِكُ مَالُ غَيْرِهِ بِإِزَاءِ مَالِهِ) لَا مَجَاناً وَلَا قَرَبَةً إِلَى اللَّهِ، قَالَ الشَّاعِرُ الْفَارَسِي:

بگزین زین دو یکی را ممکن قضه دراز نتوانست کسی کرد، دل خویش دو نیم

المسألة الثانية المتكفلة لبيان شروط الصيغة من حيث الهيئة التركيبية (ومن جملة

شروط العقد) للبيع (الموالاة بين إيجابه وقبوله) وعدم الفصل والتراخي بينهما بحيث لا يُعَدُّ القبول جواباً للإيجاب فلا يضرُّ الفصل بمثل سعالٍ، أو قوله: «بسم الله الرحمن الرحيم، قبلت»

(ذكره) أي شرط الموالاة (الشيخ في المبسوط) ج ٤، ص ٣٦٢ (في باب

الخلع) لأنَّ الطلاق عوضٌ عن الخلع والبذل من الزوجة، فلا بدُّ أن لا يفصل بين البذل والطلاق، فبمجرّد أن قالت: بذلت صداقي أو كذا من المال لِتُطَلِّقَنِي، يقول الزوج: أنتِ طالقٌ على ما بذلت. (ثمَّ العلامة) في القواعد ج ٢، ص ٤ في النكاح و ص ٨٠ في الخلع، وفي بيع النهاية ج ٢، ص ٤٥٠ (والشهيذان) الشهيد الأوّل في وقف الدروس ج ٢، ص ٢٦٤، وقال في بيعه ج ٣، ص ١٩١: «ولا يقدر تخلّل آني أو تنفّسٍ أو سعالٍ»، والشهيد الثاني في هبة المسالك ج ٦، ص ٩، وفي خلع ج ٩، ص ٣٨٤.

و المحقق الثاني و الشيخ المقداد.

قال الشهيد في القواعد: المولاة معتبرة في العقد ونحوه، وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه. وقال بعض العامة: لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله و الصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها.

(و) ذكره (المحقق الثاني) الكركي في بيع جامع المقاصد ج ٤، ص ٥٩ ونكاحه ج ١٢، ص ٧٨ (و الشيخ) الفاضل (المقداد) في التنقيح ج ٢، ص ٢٤.

(قال الشهيد) الأول (في القواعد) ج ١، ص ٢٣٤ (: المولاة معتبرة في) انعقاد (العقد ونحوه) من الأمور التركيبية كالصلاة فلو وقع الفصل بين الإيجاب والقبول لا يحصل الملك ولا اللزوم (وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى «الاستثناء خ د» والمستثنى منه) أي الأصل في هذا الحكم هو باب الاستثناء فإن الثاني تابع للأول ولا بد في اعتباره من اتصاله به فلو أقر بقوله: في ذمتي لزيد عشرة آلاف، تومان ثم بعد مضي ساعة قال: إلا ألفين، لم يقبل منه فيؤخذ منه تلك العشرة الكاملة.

(وقال بعض العامة) وهم المالكية (لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد لله و الصلاة على رسول الله، قبلت نكاحها») ففي الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤، ص ٢٤ لعبد الرحمن الجزيري: «... واغتفروا الفاصل اليسير الذي لا يقطع الفور عرفاً كما إذا فصل بخطبة يسيرة ونحوها» وقال الحنفية: «لا يشترط الفور، فلو أرسل رجل إلى امرأة كتاباً يخطبها فيه، وهو غائب وأحضرت شهوداً وقرأت عليهم الكتاب، وقالت: زوجته نفسي يتم الزواج»^(١).

(١) راجع الفقه على المذاهب الخمسة: ص ٢٩٤ للشيخ محمد جواد مغنية، ط: بيروت السادسة.

و منه: الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر في الحال؛ وقيل: إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله. و منه: السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها، وكذا التشهد.

ثم قال الشهيد في القواعد: (ومنه: أي من إعتبار الإِتِّصال) **(الفورية في استتابة المرتد)** المَلِّي **(فيعتبر في الحال)** وأما الفطري فلا تقبل توبته ظاهراً ووجب قتله وتبين منه زوجته وتقسّم أمواله، وتدلّ على فورية توبة المرتدّ عدّة روايات، منها صحيحة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام في حديث: «قال: قلت: فنصراني أسلم ثم ارتد؟ قال: يُستتاب، فإن رجع، وإلا قُتل»^(١) وظهورها في الفورية واضح.

(وقيل) بجواز تأخير توبته **(إلى ثلاثة أيام)** والقائل هو العلامة في الإرشاد ج ٢، ص ١٨٩ وتدلّ عليه رواية مسمع بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «المرتدّ عن الإسلام تعزل عنه امرأته، ولا تؤكل ذبيحته، ويستتاب ثلاثة أيّام، فإن تاب، وإلا قتل يوم الرابع»^(٢).

(ومنه) أي ومن اعتبار الإِتِّصال والتوالي (السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله).

(ومنه: السكوت الطويل في أثناء القراءة) في الصلاة (أو قراءة غيرها) في المصدر زيادة خلالها أي غير القراءة الواجبة من الفاتحة والسورة، (وكذا التشهد) إذا كان الفصل ماحياً للهيئة التركيبية للقراءة أو للتشهد.

(١) الوسائل ج ١٨، ص ٥٤٧ حدّ المرتد.

(٢) المصدر المتبّحّ ح ٥.

ومنه: تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة؛ واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة. ومنه: الموالاة في التعريف، بحيث لا يُنسى أنه تكرر، و الموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة استؤنفت ليتوالى؛ انتهى.

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف،

(ومنه) أي من اعتبار الإتيان (تحريم المأمومين في) صلاة (الجمعة) في دخولهم في الصلاة (قبل الركوع) من الإمام، (فإن تعمدوا) في ترك الفورية في التحريم قبل الركوع، (أونسوا حتى ركع) الإمام (فلا جمعة) والظاهر أن مراده عدم انعقاد الجمعة لو كان المأموم متمماً للعدد المعتبر في صلاة الجمعة وهو الخمسة أو السبعة أحدهم الإمام، لأنه يعتبر كون المصلين كذلك قبل الركوع، (واعتبر بعض العامة) وهو الجويني المعبر عنه بإمام الحرمين^(١) (تحريمهم معه قبل الفاتحة).

(ومنه) أي ومن اعتبار الإتيان والتوالي (الموالاة في التعريف) للقطعة (بحيث لا يُنسى أنه تكرر) للتعريف السابق (والموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدة) وهي السنة الكاملة (استؤنفت ليتوالى) التعريف بناءً على اعتبار اتصاله في السنة، في الأسبوع الأول كل يوم، ثم في كل أسبوع مرة، ثم في كل شهر (انتهى) كلام الشهيد في القواعد.

(أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً) من حيث الحصول في الزمان (إذا كان له صورة اتصالية في العرف) بحيث يكون بعضه مرتبطاً وتابعاً لبعض

(١) راجع المجموع للنووي ج ٤، ص ٥٠٦.

فلا بدّ في ترتّب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الإتصاليّة.
فالعقد المركّب من الإيجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة
كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المُخلّ بهيئته الإتصاليّة؛
ولذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد؛ و
انضباط ذلك إنّما يكون بالعرف، فهو في كلّ أمر بحسبه،

كارتباط المستثنى بالمستثنى منه وشدة تبعه له فإنّ الإستثناء من الإثبات نفى ومن النفي
إثبات - كقولنا: لا إله إلاّ الله وأشار الشاعر الفارسي بهذا حيث قال:

كفر وإيمان قرين يكديگرند هر كه را كفر نیست، ایمان نیست

وكذلك، الإستثناء من الإقرار انكار، ومن المدح ذمّ، وبالعكس فهما فاعتبار الإتصال
بينهما بديهيّ، وكذلك الحال في جميع التوابع والأُمور المتدرّجة آناً بعد آن، ومنها عقد
البيع وغيره من العقود (فلا بدّ في ترتّب الحكم المعلق عليه في الشرع) كوجوب
الوفاء به (من اعتبار صورته الإتصالية).

(فالعقد المركّب من الإيجاب والقبول - القائم بنفس المتعاقدين - بمنزلة
كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض) أعني قبوله بإيجابه وبالعكس (فيقدح) على
هذا (تخلّل الفصل المُخلّ بهيئته الإتصاليّة)؛ بالسكوت أو بشيء خارج عن
حقيقته كالكلام الأجنبي (ولذا لا يصدق التعاقد «المعاقدة - خ د» إذا كان
الفصل مفرطاً في الطول) زماناً (كسنة أو أزيد) بل أقلّ بناءً على صدق
الإخلال عرفاً.

(وانضباط ذلك) أي تشخيص الفصل المفرط (إنّما يكون به) نظر
(العرف، فهو في كلّ أمر بحسبه) كما هو الحاكم بصدق تسليم المبيع إلى
المشتري والثلث إلى البائع فإنّه يختلف بنظر العرف ويكون في كلّ شيء بحسب حاله

فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما، ويجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان والقراءة. وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أما لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجارة عن تراضٍ، فلا يضره عدم صدق العقد.

(فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب والقبول لما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما) كثانيتين أو ثلاثة (ويجوز) الفصل (بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف) كثنائية واحدة (كما في) الفصل بعد فصول (الأذان والقراءة) والإقامة، فيجوز الفصل بين كلمة «الله» وكلمة «أكبر» بمثل لحظات، ولا يجوز ذلك بين حروف «أل» و«لاه»، وبين حروف «أكبر» بأن يقول: «أك» ثم يسكت أنا ويقول: «بر».

(وما ذكره) الشهيد عليه السلام من اعتبار الموالاة والاتصال في العقد (حسن لو كان حكم الملك للأشياء) واللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً هو مقتضى التمسك لإثبات ما أفاده عليه السلام (بأية الوفاء بالعقود، و) كذلك (بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار) صدق (العقد في) حصول (اللزوم بل الملك) أيضاً في البيع لأن العقد عبارة عن شدة الارتباط بين الشيئين = كره، و (أما لو كان) ترتب الملك واللزوم فيه (منوطاً بصدق «البيع») بقوله تعالى: «أحل الله البيع» (أو) قوله تعالى («التجارة عن تراضٍ» فلا يضره) أي لا يضر إثبات الملك أو اللزوم (عدم صدق العقد) عرفاً؛ لأنه مع عدم الموالاة يصدق البيع والتجارة أيضاً، وهما كافيان في عدم اعتبارها.

و أما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الإتصال بين الإستثناء و المستثنى منه، فلأنه منشأ الإنتقال إلى هذه القاعدة؛ فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في موردٍ خاص، و قد صرح في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا.

و يحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه:

(وأما جعل المأخذ في ذلك) أي اعتبار الموالاة في العقد هو (اعتبار الإتصال بين الإستثناء والمستثنى منه، فلأنه منشأ الإنتقال إلى هذه القاعدة) وهي قاعدة اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول في العقد (فإن أكثر الكليات) والقواعد الشرعية (انما يلتفت إليها) والحكم برعايتها (من التأمل في موردٍ خاص) فيستنبط الحكم الشرعي في قضية شخصية من اندراجها تحت القواعد المسلمة الفقهية الشرعية وليس ذلك من باب القياس المنهي عنه في الشريعة المقدسة كما هو واضح (وقد صرح) الشهيد (في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا) - منها في ج ١، ص ٢٢١ القاعدة ٦٥ في حجية الإستفاضة بقوله: «وهذه مأخوذة من الخبر المستفيض عند الأصوليين، ٢ - و منها في ج ١، ص ٢٣٤ القاعدة ٧٣ المشار إليها في المتن، بقوله: «وهو مأخوذ من اعتبار الإتصال بين الإستثناء والمستثنى منه، ٣ - و منها في ج ١، ص ٢٤٣ في القاعدة ٨٠، بقوله: «وهو مأخوذ من قاعدة المقتضى في أصول الفقه، وهي ما إذا كان المدلول مضمراً، ٤ - و منها في ج ١ ص ٢٦٨ في القاعدة ٨٥ بقوله: «وهي مأخوذة من النسخ، ٥ - و منها في ج ١، ص ٣٠٨ القاعدة ١٠٥ بقوله: «وأصله الأخذ بالإحتياط غالباً» وغير ذلك ممّا لا يخفى على المتتبع في قواعده.

(ويحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه) أي في جعل المأخذ لاعتبار الموالاة في

أَنَّ الإستثناء أشدَّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه عن حدِّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقَّف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلاً في اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام، ثمَّ تعدّي منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معنى، أو من حيث صدق عنوانٍ خاصٍّ عليه، لكونه عقداً أو قراءةً أو أذاناً، و نحو ذلك.

ثمَّ في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاءً، كمسألة توبة المرتدِّ: فإنَّ

العقد هو الإستثناء (أَنَّ الإستثناء أشدَّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق) كالوصف للموصوف و الحال لذي الحال والمحمول للموضوع، وذلك (لخروج المستثنى منه معه) أي الإستثناء (عن حدِّ الكذب إلى الصدق، فصدقه) «المستثنى منه» (يتوقَّف عليه) أي على الإستثناء، مثلاً إذا كان زيد في الدار، فقله: «لا رجل في الدار» كذب، إلّا أن يقول بلا فصل: «إلّا زيداً»، وهذا بخلاف قوله: «جائني زيدٌ» إذا لم يزد عليه قوله: «العالم» أو قوله: «راكباً» فإنّه لا يكون الكلام كذباً (فلذا كان طول الفصل هناك) أي في الإستثناء دون سائر اللواحق (أقبح)، وأسوء (فصار أصلاً في اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام، ثمَّ تعدّي) الشهيد رحمته الله (منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً) كالتأكيد اللفظي في قوله: «جائني زيدٌ أبو عمرو»، (أو معنى) كارتباط المحمول مع الموضوع في الخبر والمبتدا (أو من حيث صدق عنوانٍ خاصٍّ عليه) أي على الكلام (لكونه عقداً) لبيع أو نكاح أو غيرها (أو قراءةً) في الصلاة (أو أذاناً، ونحو ذلك) مثل عنوان التشهد، وذكر الركوع والسجود والتسبيحات الأربع والدعاء المخصوص بالمأثور وغيرها من أصناف الكلام.

(ثمَّ في تطبيق بعضها على ما ذكره) مثلاً لاعتبار الإتصال والتوالي (خفاءً،

كمسألة توبة المرتدِّ) المَلِّي (فإنَّ) اعتبار الموالاة فيها أنما هو من جهة أنَّ الإسلام

غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه: إنَّ المطلوب في الإسلام الإستمرار، فإذا انقطع فلا بدَّ من إعادته في أقرب الأوقات.

و أمَّا مسألة الجمعة، فلأنَّ هيئة الإجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود، مطلوبة، فيقبح الإخلال بها.

و للتأمل في هذه الفروع، و في صَحَّة تفريعها على الأصل المذكور مجالاً. ثمَّ إنَّ المعيار في الموالاة موكولٌ إلى العرف،

مطلوب من المرتدّ دائماً في جميع الأزمنة وفي كلّ حال حتّى حال الإستتابة وقبلها وليس من جهة اعتبار الموالاة وترتّب أمر على آخر ف(غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه: أنَّ المطلوب في الإسلام) هو (الإستمرار، فإذا انقطع فلا بدَّ من إعادته) بالتوبة والرجوع إلى الإسلام (في أقرب الأوقات) وبهذا أُعتبر التوالي والاتصال.

(وأمَّا مسألة) صلاة (الجمعة، ف) هي أيضاً أجنبيّة عن اعتبار الموالاة في أجزاء مركّب واحد عنواناً، ويمكن توجيهها باعتبار كون الجماعة معتبرة في جميع حالات الصلاة (لأنَّ هيئة الإجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود) وغيرها من الأجزاء (مطلوبة، فيقبح الإخلال بها) أي بهيئتها الإجتماعيّة. (و) على ما ذكرنا ف (للتأمل في هذه الفروع) واعتبار الموالاة فيها من جهة كونها مركّبات اعتباريّة مجال واسع، (و) كذلك (في صَحَّة تفريعها على الأصل المذكور) أيضاً (مجالاً) لأنَّ الموالاة والاتّصال في كلّ منها قد اعتبرت بدليل خاصّ وارد فيه بخصوصه.

(ثمَّ إنَّ المعيار) والمرجع (في الموالاة) وتحقّقها أو عدم تحقّقها (موكول إلى العرف كما) أفاده صاحب الجواهر أيضاً في ج ٢٢، ص ٢٥٥ بقوله: «... فإنّه الحافظ

كما في الصلاة والقراءة والأذان ونحوها.

ويظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول: جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي، بناءً على ما فهمه الجماعة من أنَّ القبول فيها قول ذلك الصحابي: زَوْجْنِيهَا؛ والإيجاب قوله ﷺ بعد فصلٍ طويل: «زَوَّجْتُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ».

للهيئة المتعارفة»، (في الصلاة والقراءة والأذان ونحوها) كالعقد والاتصال بين الإيجاب والقبول.

(هذا و) لكن (يظهر من رواية سهل الساعدي - المتقدمة) ص ٣٠٠ و ص ٣١١ (في مسألة تقديم القبول -) على الإيجاب؛ حيث قال ذلك الصحابي المصّر على التزويج: «زَوَّجْنِيهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ»، وبعد كلمات جرت بينهما، قال ﷺ: «زَوَّجْتُهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»^(١) والظاهر عدم تكرار الرجل القبول بعد الإيجاب فيظهر منها (جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي) يعني غير مرتبط بالصيغة ومتعلقاتها من الصداق والشروط في ضمن العقد ونحوها (بناءً على ما فهمه الجماعة من) العلماء كالشيخ في نكاح المبسوط ج ٤، ص ١٩٤ والقاضي ابن البرّاج في الكامل على ما حكاه عنه العلامة في المختلف ج ٥، ص ٥٣ وغيرهما كما تقدّم ص ٣١٢، وبالجملّة فقد فهموا من الرواية (أَنَّ الْقَبُولَ فِيهَا قَوْلُ ذَلِكَ الصَّحَابِيِّ: «زَوَّجْنِيهَا» وَالْإِجَابَ قَوْلَهُ ﷺ) - المتأخر - (بعد فصل طويل: «زَوَّجْتُهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»).

(١) مستدرک الوسائل ج ١٤، ص ٣١٣، عقد النكاح، العوالي ج ٢، ص ٢٦٣ راجع تعلیقة ص ٣٠٠ و ٣١١.

ولعلّ هذا موهنٌ آخر للرواية؛ فافهم.

ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنفيذ في العقد؛

بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد

المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء، لا في غيرها.

(ولعلّ هذا) أي ما فهمه الجماعة من الرواية من دلالتها على جواز الفصل الطويل

بين الإيجاب والقبول (موهنٌ آخر للرواية) غير الوهن المتقدم ص ٣٠٧ من وقوع
القبول بلفظ الأمر يعني «زوّجنيها» وهو مخالف لما صار إليه أكثر العلماء (فافهم) لعلّه
إشارة إلى أن الرواية إن دلّت على جواز الفصل وكانت واجدةً لشرائط الحجية، لوجب
العمل بها، لأن يجعل هذا موهناً لها، بل جواز الفصل هو مقتضى الأصل لصديق العقد مع
الفصل أيضاً عرفاً ولا سيما في النكاح كما تقدّم ص ٣٠٧، إلا أن يقال بضعف سند الرواية
بسهل فإنه لم يوثّق^(١) لكنّ الشهيد الثاني وصفها في المسالك ج ٧، ٨٩ وكذلك السيّد
الطباطبائي في الرياض ج ٢، ص ٦٩، بكونها «مشهورة بين العامة والخاصة وأنه رواها
كلّ منهما في الصحيح»، مضافاً إلى أن مضمونها صحيحة محمّد بن مسلم عن الإمام
الباقر^(٢) كما تقدّم في تعليقه ص ٣٠٠.

البحث الثالث (ومن جملة الشرائط) للهيئة التركيبية للعقود (التي ذكرها

جماعة) من العلماء (التنفيذ في العقد) وعدم تعليقه (بأن لا يكون معلقاً على شيء
بأداة الشرط) كأن يقول: «بتنكح داري بشرط أن توافق زوجتي» فقال المشتري: «قبلت
هكذا» (بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة) وهو البيع في المقام (في صورة
وجود ذلك الشيء) فقط، وهو موافقة زوجة البائع المحترمة في المثال (لا في) صورة
(غيرها) أي غير تلك الصورة.

(١) راجع جامع الرواة ج ١، ص ٣٩٤.

(٢) الوسائل، ج ١٤، ص ١٩٥ عقد النكاح.

و مَمَّن صرَّح بذلك: الشيخ و الحلي و العلامة و جميع من تأخَّر عنه، كالشهيدين و المحقِّق الثاني و غيرهم رحمهم الله؛ و عن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: أنَّ تعليق الوكالة على الشرط لا يصحَّ عند الإمامية، و كذا غيره من العقود، لازمة كانت أو جائزة؛ و عن تمهيد القواعد:

(و مَمَّن صرَّح بذلك) يعني شرط التنجيز في العقد (الشيخ) الطوسي في الخلاف ج ٣، ص ٣٥٤ في الوكالة المسألة ٢٣، وفي المبسوط ج ٢، ص ٣٩٩ (و) كذلك ابن ادريس (الحلي) في السرائر ج ٢، ص ٩٩ (والعلامة) في التذكرة ج ٢، ص ١١٤ و ٤٣٣، وفي القواعد ج ١، ص ٢٥٢ و ٢٦٦ (و جميع من تأخَّر عنه، كالشهيدين) الشهيد الأوَّل في اللمعة ص ٨٨ الوقف وفي الدروس ج ٢، ص ٢٦٣، والشهيد الثاني في شرح اللمعة ج ٣، ص ١٦٨ الوقف، وفي المسالك ج ٥، ص ٢٣٩ الوكالة و ص ٣٥٧ الوقف، (و) كذلك شرط التنجيز في العقود (المحقِّق الثاني) الكركي في جامع المقاصد ج ٨، ص ١٨٠ و ج ٩، ص ١٤ و ج ١٢ ص ٧٧ (و) كذلك (غيرهم قدس الله أرواحهم) كالمحقِّق الحلي في السرائر ج ٢، ص ٢٢٩ الوكالة وفي ص ٢٥٩ الوقف، و كالمحقق السبزواري في كفاية الأحكام ص ١٢٨ و ١٤٠، و كالمحدِّث الكاشاني في المفاتيح ج ٣، ص ١٨٩ و ٢٠٧ و كغيرهم (و) حكى السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٧، ص ٥٢٦ (عن فخر الدين - في شرح الارشاد) المخطوط (في باب الوكالة - أنَّ تعليق الوكالة على الشرط) بأن يقول أنت وكيل في بيع داري ان جاء زيد من السفر (لا يصحَّ عند الإمامية) فتبطل الوكالة به (وكذا غيره من العقود، لازمة كانت أو جائزة) وظاهره أنَّ شرط التنجيز إجماعي في جميع العقود.

(و) في المفتاح أيضاً ج ٧، ص ٦٣٩ (عن تمهيد القواعد) ص ٥٥٣ القاعدة ١٩٨

دعوى الإجماع عليه؛ و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف:
الإتفاق عليه.

و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد، وإن لم يتعرّض
الأكثر في هذا المقام.

و يدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في
الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتّى
أنّ العلامة ادّعى الإجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحّة أن يقول الموكل:
«أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبيع عبيدي».

لشاهد الثاني، (دعوى الإجماع عليه) أي على شرط التنجيز في العقود (و ظاهر) كلام
الشاهد في (المسالك) أيضاً (في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف) ج ٥، ص ٣٥٧
(الإتفاق عليه) «اشتراط التنجيز في العقود».

(والظاهر عدم الخلاف فيه) عند الفقهاء (كما اعترف به غير واحد) منهم
كالعلامة في التحرير ج ١ ص ٢٨٤ والمحقّق السبزواري في كفاية الأحكام ص ١٤٠،
والمحدّث الكاشاني في المفاتيح ج ٣، ص ٢٠٧ (وإن لم يتعرّض الأكثر في) خصوص
(هذا المقام) يعني عقد البيع، لكن يستفاد ذلك من كلماتهم في العقود المتفرّقة من الوقف
والهبة والوكالة والنكاح وغيرها.

(ويدلّ عليه) أي على الإشتراط (فحوى فتاواهم ومعاهد الإجماعات في
اشتراط التنجيز في الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة) من الطرفين (التي)
ليس لها لفظ خاصّ بل (يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن) في التصرف في مورد الوكالة
كقوله: افعّل فيه ما شئت (حتّى أنّ العلامة) في التذكرة ج ٢، ص ١١٤ (ادّعى الإجماع
- على ما حكى عنه -) في مفتاح الكرامة ج ٧، ص ٥٢٧، وفي المسالك ج ٥، ص ٢٤٠

و على صحّة قوله: «أنت وكيلتي و لا تَبِعْ عبدي إلّا في يوم الجمعة»، مع كون المقصود واحداً.

و فرّق بينهما جماعة بعد الإعراف بأنّ هذا في معنى التعليق: بأنّ العقود لمّا كانت متلقّاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها.

في الوكالة، والمقدس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٩، ص ٥٣٣ فحكى هؤلاء عن العلامة الإجماع (على عدم صحة) العقد إن علّق نفس الوكالة على شيء كـ (أن يقول الموكل: «أنت وكيلتي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي»، و) هذا بخلاف ما إذا تنجّز أصل الوكالة ولكن علّق الأمر الموكل عليه على شيء فنقل الإجماع هنا (على صحّة قوله: «أنت وكيلتي) في بيع عبدي (ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة»، مع كون المقصود واحداً) وهو الإذن في بيع العبد في خصوص يوم الجمعة لكثرة المشتري له فيه مثلاً، وأنّما الفرق بين التعبيرين، عدم فعليّة الوكالة في الأوّل لتعليقها على مجيء يوم الجمعة، بخلاف الثاني فإنّ نفس الوكالة فعليّةٌ منجّزة ولكن إذن التصرف في الأمر الموكل فيه إستقبالي وفي ظرف يوم الجمعة فقط.

(وفرّق بينهما جماعة) منهم المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ج ٩، ص ٥٣٣، والشهيد الثاني في المسالك ج ٥، ص ٢٤١ والسيد العاملي كما تقدّم ص ٣٤٢ آنفاً (بعد الإعراف بأنّ هذا في معنى التعليق - بأنّ العقود لمّا كانت متلقّاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط) التي منها عدم تعليقها على شيء كما يقال بالفارسيّة: «أساميگه كه همچوكن» (وبطلت فيما خرج عنا وان أفادت فائدتها) أي فائدة تلك الضوابط - والعبرة من المسالك - فلا ينافي اتّحاد المعنى في تلك العبارتين عدم صحّة

فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة، فكيف الحال في البيع؟

وبالجملة، فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم.

وأما الكلام في وجه الإشتراط، فالذي صرح به العلامة في التذكرة أنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم، ثم فرّع عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ وإن كان الشرط المشيئة؛ للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدّته، وهو أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندهم: الصحة؛

الأولى وصحة الثانية، وعلى ما ذكره (فإذا كان الأمر كذلك) بأن كان التعليق مبطلاً للعقد (عندهم في الوكالة) التي هي من العقود الجائزة (فكيف الحال في البيع؟) الذي هو عقد لازم، وألفاظه للإيجاب والقبول مختصة عندهم بما تقدّم.

(وبالجملة، فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم) ببطان العقود بتعليقها على

الأمور.

(وأما الكلام في وجه الإشتراط) لعدم التعليق وإن كان إجماعياً (فالذي صرح

به العلامة في التذكرة) ج ١، ص ٤٦٢ (أنّه) أي التعليق (منافٍ للجزم) في قصد

انعقاد العقد (حال الإنشاء، بل جعل) رحمه الله (الشرط هو الجزم) بانهقاده (ثم فرّع

عليه عدم جواز التعليق) ففي الواقع «الجزم» شرط للعقد لأنّ التعليق مانع عن

انعقاده، (قال: الخامس من الشروط:) للعقد (الجزم، فلو علّق العقد على شرط) من

الشرائط غير المحقّقة (لم يصحّ وإن شرط المشيئة:) كأن يقول: بعثك هذا إن شئت =

اگر خواستی، وذلك (للجهل بثبوتها) أي المشيئة (حال العقد و) الجهل بـ (بقائها

مدّته) وإن علم بثبوتها قبل العقد؛ لاحتمال انصرافه في أثناءه، (وهو) أي القول بالجزم

في العقد (أحد قولي الشافعي، و) لكن (أظهرهما عندهم) أي الشافعيين (الصحة،

لأنَّ هذه صفةٌ يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنَّه لو لم يشأْ لم يشتَر. انتهى كلامه.
 و تبعه على ذلك الشهيد رحمته الله في قواعده، قال: لأنَّ الإنتقال بحكم الرضا، و
 لا رضا إلا مع الجزم، و الجزم ينافي التعليق. انتهى.
 و مقتضى ذلك: أنَّ المعتبر هو عدم التعليق على أمرٍ مجهول الحصول،
 كما صرَّح به المحقِّق في باب الطلاق.
 و ذكر المحقِّق و الشهيد الثانيان في الجامع

لأنَّ هذه صفةٌ يقتضيها نفس (إطلاق العقد؛ لأنَّه لو لم يشأْ) المشتري البيع
 (لم يشتَر) فلم يقبل بعد إيجاب البائع ولا يقول: «قبلت» (انتهى كلامه).
 (وتبعه على ذلك الشهيد الأول رحمته الله في قواعده) ج ١، ص ٦٥ القاعدة ٣٥،
 (قال: لأنَّ الإنتقال) الذي هو أثر العقد أي انتقال المبيع من البائع إلى المشتري وانتقال
 الثمن إلى البائع، أمَّا هو (بحكم الرضا) منهما (ولا رضا إلا مع الجزم) على البيع
 (والجزم ينافي التعليق) أي تعليق البيع على أمرٍ (انتهى) كلام القواعد.
 (ومقتضى ذلك) أي الوجه الذي ذكره العلامة والشهيد في وجه اشتراط عدم
 التعليق وهو منافاته للجزم، والجهل بوجود الرضا بالانتقال حين العقد: (أنَّ المعتبر هو
 عدم التعليق على أمرٍ مجهول الحصول) كقدوم زيد من السفر، أو مشيئة المشتري،
 دون التعليق على ما هو معلوم الحصول مثل قوله: بعت هذا ان كان اليوم الجمعة، وهو يعلم
 أنَّه الجمعة، أو قوله في يوم الخميس: بعتك يومَ الجمعة، أي في الغد، (كما صرَّح به) أي
 باعتبار عدم التعليق على خصوص أمرٍ مجهول الحصول (المحقِّق) الحلِّي في الشرائع ج
 ٣، ص ١٣ و ١٤ (في باب الطلاق)، وأمَّا التعليق على ما هو معلوم التحقُّق كما مثلنا
 بقوله: «بعتك إن كان اليوم جمعةً» وهو يعلم أنَّ اليوم جمعة فلا يضرُّ بصحة العقد.
 (وذكر المحقِّق والشهيد الثانيان في الجامع) أي جامع المقاصد ج ٨،

و المسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته: أنَّ التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أنَّ الجزم ينافي التعليق؛ لأنه بعرضة عدم الحصول و لو قُدِّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأنَّ الإعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام، دون خصوصيات الأفراد.

ص ٣٠٥ (والمسالك) ج ٥، ص ٢٧٦ (في مسألة) قول البائع: («إن كان لي فقد بعته» - أنَّ التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول) بأن لم يعلم البائع أنَّ المبيع ملك له واقعاً، وأما إذا علم بأنه ملكه واقعاً فالعقد صحيح.

هذا (ولكنَّ الشهيد) الأوَّل (في قواعده) ج ١، ص ٦٥ (ذكر في) إدامة (الكلام المتقدم) عنه آنفاً ص ٣٤٥ (أنَّ الجزم ينافي التعليق) أي في جميع الموارد (لأنَّه بعرضة عدم الحصول و لو قُدِّر العلم بحصوله) في المستقبل (كالتعليق على الوصف) الذي هو معلوم الحصول كطلوع الشمس ومجيء يوم الجمعة، في مقابل الشروط وهو ما كان مشكوك الحصول حتى في المستقبل كقدوم زيد من السفر كما يأتي في المتن ص ٣٥١، فالتعليق جائز في مورد واحد فقط، وهو ما علم حصوله حال إنشاء العقد، لا ما لم يحصل وإن علم بحصوله في المستقبل (لأنَّ الإعتبار) في عدم تعليق العقد إنما هو (بجنس الشرط) بمعناه العام الشامل لجميع الأفراد (دون أنواعه) الخاصّة ممّا هو معلوم الحصول في الحال أو الإستقبال (فاعتبر المعنى العام) للتعليق (دون خصوصيات الأفراد).

ثُمَّ قَالَ: فَإِنْ قُلْتَ: فعلى هذا يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل: إِنْ كَانَ لِي فَقَدْ بَعَثَهُ مِنْكَ بِكَذَا. قُلْتَ: هذا تعليقٌ على واقع، لا متوقع الحصول، فهو علّة للوقوع أو مصاحبٌ له، لا معلقٌ عليه الوقوع.

و كَذَا نَقُولُ لَوْ قَالَ فِي صُورَةِ إِنْكَارٍ وَ كَالَةِ التَّزْوِيجِ وَ إِنْكَارِ التَّزْوِيجِ حَيْثُ تَدَّعِيهِ الْمَرْأَةُ: إِنْ كَانَتْ زَوْجَتِي فَهِيَ طَالِقٌ. انْتَهَى كَلَامُهُ ﷺ .
و عُلِّلَ الْعَلَمَةُ فِي الْقَوَاعِدِ صَحَّةً

(ثُمَّ قَالَ: فَإِنْ قُلْتَ: فعلى هذا) من مبطلية التعليق بجنس الشرط الشامل لجميع الأفراد (يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل) للشراء فيما إذا شترى الوكيل شيئاً وأنكر الموكل أصل الوكالة، («ان كان لي فقد بعثته منك بكذا»، قلت: هذا تعليق) صوري ظاهري على أمر واقع في الخارج (لا متوقع الحصول) فليس بتعليق حقيقي للعقد؛ لأنه منوط بعدم العلم حين الإنشاء بتحقق المعلق عليه في الخارج، (فهو) أي وجود المعلق عليه وهو كون المال ملكاً له (علّة للوقوع) أي وقوع البيع (أو مصاحب له) إذ العلة هي نفس البيع (لا معلق عليه الوقوع) حقيقةً، فقوله: «ان كان لي فقد بعثته منك» بمنزلة قوله: «لَمَّا كَانَ لِي فَقَدْ بَعَثَهُ مِنْكَ».

(و كَذَا نَقُولُ:) بصحة التعليق وعدم كونه مبطلاً للعقد («لَوْ قَالَ فِي صُورَةِ إِنْكَارٍ وَ كَالَةِ التَّزْوِيجِ وَ) كذلك في صورة (إنكار التزويج حيث تدّعيه المرأة: «إِنْ كَانَتْ فَلَانَةُ (زَوْجَتِي فَهِيَ طَالِقٌ)» فَإِنَّ هَذَا أَيْضاً بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: «لَمَّا كَانَتْ فَلَانَةُ زَوْجَتِي فَهِيَ طَالِقٌ»، ففي الحقيقة ليس هذا تعليق واقعي كي يكون مبطلاً، بل هو صوري، (انتهى كلامه ﷺ).

(و) كذلك (علل العلامة) أيضاً (في القواعد) ج ١، ص ٦٦ (صحّة) البيع

«إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضرب جعله شرطاً، وكذا كل شرط علم وجوده؛ فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه. انتهى.

و تفصيل الكلام: أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق.

و على الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال، أو المستقبل.

و على التقادير فإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصححاً للعقد - ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً أو ممّا يصحّ إخراجه

بقوله: «(إن كان لي فقد بعته)» منك (بأنه أمر واقع) في الخارج (يعلمان وجوده) البائع والمشتري (فلا يضرب) تعليق العقد عليه و (جعله شرطاً) في ظاهر الكلام، (وكذا) الحكم في (كل شرط علم وجوده؛ فإنه لا يوجب شكاً) ولا تردداً (في) وقوع (البيع ولا وقوفه) على ذلك الشرط؛ لأن الشرط الحقيقي هو ما لم يعلم حصوله في الخارج حال الإنشاء كقوله: «بعته منك إن قدم زيد من الحج» إذا لم يعلم قدومه حال البيع وتردد فيه، (انتهى) كلام قواعد العلامة.

(و) نقول لـ (تفصيل الكلام) في أقسام التعليق (أن المعلق عليه) العقد (إما أن يكون معلوم التحقق) والحصول في الخارج (وإما أن يكون) مشكوك الحصول (محتمل التحقق). وعلى الوجهين، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل، في الحال) أي حال إنشاء العقد، (أو المستقبل) وبعد الإنشاء (وعلى التقادير) الأربعة (فإما أن يكون الشرط) المعلق عليه (ممّا يكون مصححاً للعقد) شرعاً (ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه) للمشتري (شرعاً) بأن لا يكون مثل الخمر والخنزير الذي لا يملكه المسلم، كقوله: «بعتك هذا المائع إن كان خلاً» (أو ممّا يصحّ إخراجه

عن الملك كغير أمّ الولد و غير الموقوف و نحوه، و كون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعاً كأن لا يكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً -، و إمّا أن لا يكون كذلك.

ثمّ التعليق إمّا مصرّح به، و إمّا لازم من الكلام، كقوله: «ملكك هذا بهذا يوم الجمعة»، و قوله في القرض و الهبة: «خذ هذا بعوضه [يوم الجمعة]» أو «خذ هذا بلا عوض يوم الجمعة»، فإنّ التملك معلق على تحقّق

عن الملك) للبائع (ك) كون المبيع (غير أمّ الولد) من الإماء، (وغير الموقوف) ولو بالوقف الخاصّ، (ونحوه) ممّا لا يكون ملكه طلقاً للبائع كالعين المرهونة حيث لا يجوز للمالك الراهن بيعه بدون رضا المرتهن، (و) كـ (كون المشتري ممّن يصحّ تملكه) للمبيع (شرعاً، كأن لا يكون عبداً) بناءً على القول المشهور بأنّ العبد لا يملك، وكون المشتري كافراً والمبيع قرآناً.

(و) أيضاً يكون المشتري (ممّن يجوز العقد) أو الإيقاع (معه بأن يكون بالغاً) عاقلاً رشيداً، وكما في اشتراط الطلاق بكون الطالق زوجةً للمطلق وفي طهر غير الواقعة (وإمّا أن لا يكون كذلك) أي لا يكون الشرط شيئاً مصححاً للعقد، بأن يكون أجنبياً عن المصحّح كما في قوله: «بعتك هذا الكتاب المكاسب بشرط أن تكون مدرّساً للمكاسب، أو بشرط أن لا تتبعه بأكثر من ألف تومان، كما يكتب هذا الشرط على جلد بعض الكتب.

(ثمّ التعليق، إمّا مصرّح به) كالتعبير بالاشتراط في متن العقد (وإمّا لازم من الكلام) بالدلالة الإلزاميّة (كقوله: «ملكك هذا بهذا يوم الجمعة») حيث إنّ بمنزلة «بعتك ان كان اليوم يوم الجمعة» (و) كـ (قوله في القرض والهبة: «خذ هذا بعوضه») يوم الجمعة» أي بشرط أن تردّ عوضه يوم الجمعة في القرض - (أو) قوله («خذ هذا بلا عوض) إن كان اليوم (يوم الجمعة)» في الهبة (فإنّ التملك معلق على تحقّق

الجمعة في الحال أو في الإستقبال؛ ولهذا إحتمل العلامة في النهاية و ولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته، معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في الصورة، إلا أنه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني و الصيمري،

الجمعة في الحال) أي حال الإنشاء، (أو في الإستقبال، ولهذا) أي ولأجل كون التعليق إما صريح وإما لازم للكلام (إحتمل العلامة في النهاية) ج ٢، ص ٤٧٧ (ولده) فخر الدين (في الإيضاح) ج ١، ص ٤٢٠ (بطلان بيع الوارث لمال مورثه) مع عدم العلم بالموت بل (بظن موته؛ معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في الصورة) ظاهراً (إلا أنه معلق) في الواقع، (والتقدير: «إن مات مورثي) انشاء الله (فقد بعثك»)
قال الشاعر الفارسي:

پدر بعد مرگش گرفتار رنج پسر ناگهانی رسیده به گنج

(فما كان منها) أي من هذه الأقسام من الشروط (معلوم الحصول) والواقع في الخارج (حين العقد، فالظاهر أنه غير قادح) لصحة العقد سواء أكان مصححاً له أم لا، وسواء أكان مصرّحاً بأداة الشرط، أم كان الشرط لازماً للكلام، وذلك (وفاقاً لمن عرفت كلامه) آنفاً ص ٣٤٤ (كالمحقق) الحلّي (والعلامة والشهيدين والمحقق الثاني) الكركي (و) كذلك الشيخ مفلح بن الحسين (الصيمري) من تلامذة الشيخ أحمد بن فهد الحلّي في كتابه غاية المرام في شرح شرائع الاسلام المخطوط^(١) و صيمر من قرى

(١) راجع الذريعة إلى تصانيف الشيعة ج ١٦، ص ٢٠.

و حُكي أيضاً عن المبسوط و الإيضاح في مسألة ما لو قال: «إن كان لي فقد بعته»، بل لم يوجد في ذلك خلافاً صريحاً، و لذا ادَّعى في الرياض - في باب الوقف - عدم الخلاف فيه صريحاً.

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة، فالظاهر أنه داخل في معقد اتِّفاقهم على عدم الجواز - و إن كان تعليلهم للمنع: باشتراط الجزم، لا يجري فيه -

البصرة، ولا يخفى أنه لم يسبق كلام عن الصيمري في تمام بحث التنجيز.

(و حُكي) في مفتاح الكرامة ج ٧، ص ٥٢٦ كتاب الوكالة (أيضاً عن) الشيخ في (المبسوط) ج ٢، ص ٣٨٥ (و) عن فخر الدين في (الإيضاح) ج ٢، ص ٣٦٠ (في مسألة ما لو قال) البائع («إن كان لي فقد بعته») منك «فحكي السيّد العاملي عنهما أيضاً عدم بطلان العقد بالتعليق بمثل هذا الشرط، (بل لم يوجد في ذلك) أي في عدم القدح بهذا الشرط (خلاف صريح) عن الفقهاء (ولذا ادَّعى) السيّد عليّ الطباطبائي (في الرياض) ج ٢، ص ١٨ - (في باب الوقف - عدم الخلاف فيه صريحاً).

(وما كان) من الشروط غير حاصل حال العقد لكنّه (معلوم الحصول في المستقبل) قطعاً (وهو المعبر عنه بالصفة) أو الوصف، كقوله - قبل يوم الجمعة - «بتك هذا يوم الجمعة» أو قوله في الليل: «بتك هذا في النهار».

والتعبير عنه بالصفة في مقابل التعليق على الشرط، وهو الذي مشكوك الحصول في المستقبل أيضاً كقدوم زيد من السفر في قوله: «بتك إن قدم زيد من سفره» (فالظاهر أنه داخل في معقد اتِّفاقهم على عدم الجواز) وبطلان العقد بهذا النوع من التعليق (وإن كان) مقتضى (تعليلهم للمنع باشتراط الجزم) صحّة العقد وعدم قدح هذا الشرط؛ لأنّه (لا يجري فيه) عدم الجزم، بل الجزم موجود للعلم بحصول المعلق عليه في

كما اعترف به الشهيد فيما تقدّم عنه، و نحوه الشهيد الثاني فيما حكي عنه.
 بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه ممّا لا خلاف فيه
 بيننا، بل بين العامة؛ فإنّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته»
 لم يصحّ الوقف بلا خلاف؛ لأنّه مثل البيع والهبة، و عندنا مثل العتق أيضاً.
 انتهى. فإنّ ذيله يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختصّ بالإماميّة،
 نعم مماثلته للعتق مختصّة بهم.

و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست

المستقبل قطعاً - لكنّه مشمول لمعقد الإجماع على اعتبار عدم التعليق (كما اعترف به)
 «الشمول» (الشهيد) الأوّل (فيما تقدّم) عنه ص ٣٤٦ بقوله: «إنّ الجزم ينافي التعليق؛
 لأنّه بعرضة عدم الحصول ولو قدّر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأنّ الاعتبار
 بجنس الشرط دون أنواعه»، (ونحوه الشهيد الثاني فيما حكي عنه) في المسالك
 ج ٥، ص ٢٣٩ في باب الوكالة بقوله: «فلو علّقها... أو على صفة وهي ما كان وجوده في
 المستقبل محققاً كطلوع الشمس... لم يصحّ»، (بل يظهر من عبارة) الشيخ في
 (المبسوط) ج ٣، ص ٢٩٩ (في باب الوقف كونه) أي عدم جواز التعليق على معلوم
 الحصول في المستقبل - أيضاً - (ممّا لا خلاف فيه بيننا، بل) ولا (بين العامة) أيضاً
 (فإنّه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس اشهر فقد وقفته») أي الدار على فلان - كما
 في مثال المبسوط - (لم يصحّ الوقف بلا خلاف؛ لأنّه مثل البيع والهبة، و عندنا
 مثل العتق أيضاً) انتهى؛ فإنّ ذيله (أي ذيل كلامه بقوله: «مثل البيع والهبة... الخ»
 (يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة) في عدم صحّد تعليقه حتّى على الصفة
 غير مختصّ بالإماميّة نعم مماثلته للعتق مختصّة بهم).

(وما كان منها) أي من الشروط المعلّق عليه العقد (مشكوك الحصول و ليست

صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج، فهو المتيقن من معقد اتفاهم. و ما كانت صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة، فظاهر إطلاق كلامهم يشمله، إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصحة، وأن الشرط لا يضره، مستدلاً

صحة العقد معلقة عليه في الواقع) بل هو أجنبي عن ذلك، سواء أكان زمان حصولها مشكوكاً حال الإنشاء أم بعده وفي المستقبل، وسواء كان مصرحاً به أم لازماً للكلام (كقدوم الحاج) في قوله: «بعتك هذا إن قدم الحاج» وشك في قدومهم حال العقد وفي المستقبل، وقد مثلنا له ص ٣٤٩ بقوله: «بعتك هذا الكتاب المكاسب إن كنت مدرّساً»، أو بشرط أن لا يتبيعه بأكثر من ألف تومان (فـ) هذا (هو المتيقن من معقد إتفاهم) على عدم جواز التعليق.

(وما كان) من الشروط بحيث تكون (صحة العقد معلقة عليه) وقد تقدّم ص ٣٤٨: أن المذكور منها في متن المكاسب أربعة: ١ - كون المبيع مالاً شرعاً بأن لا يكون خمرًا وخنزيراً، ٢ - وكان ملكاً طلقاً للبائع، ٣ - وكون المشتري قابلاً للتملك بأن لا يكون عبداً، ٤ - وكونه قابلاً للمعاودة معه لاستجماعه شرائط الكمال من البلوغ والعقل والرشد (كالأمثلة المتقدمة) هناك (فظاهر إطلاق كلامهم) في اعتبار عدم التعليق (يشمله) فلا يكون العقد صحيحاً.

(إلا أن) تحقق الإجماع هنا محلّ تأمل لأنّ (الشيخ في المبسوط) ج ٢، ص ٣٨٥ (حكى في مسألة) انكار الشخص أصل التوكيل في شراء شيء كالجارية، أو انكار التوكيل في مقدار الثمن بأن ادّعى المقدار الأقلّ ممّا اشتراه الوكيل، فقال الموكل في أحد هذين الفرعين («إن كان لي فقد بعته») منك، فحكى الشيخ (قولاً من بعض الناس بالصحة، وأنّ الشرط) بقوله: «إن كان لي» (لا يضره؛ مستدلاً)

بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق، لم يضر إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثل أو ما أشبه ذلك؛ انتهى.

و هذا الكلام وإن حكاه بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له.
و حاصله:

ـ هذا حال عن بعض الناس - (بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد) وهو ملكية البائع للمبيع (لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل) سواء أكان المشتري هو الوكيل أم غيره (إذا كان) البائع مالكا لها ولا يكون مالكا له إلا إذا (أذن له) أي للوكيل (في الشراء، فإذا اقتضاه) أي الشرط نفس (الإطلاق) أي إطلاق البيع؛ حيث إن صحة بيع الموكل الجارية متوقف - بطبيعة الحال - على كونه مالكا لها فالبيع مشروط ومعلق واقعاً، فحينئذٍ (لم يضر إظهاره) أي إظهار التعليق (وشرطه) في ضمن العقد بقوله: «بعتك إن كنت مالكا» (كما) لا يضر بصحة العقد إذا علّقه على المقدمات والملازمات الشرعية له مثل ما (لو شرط في البيع تسليم الثمن) من قبل المشتري إلى البائع بقوله: بعتك هذا بشرط أن تعطيني الثمن، (أو) شرط المشتري (تسليم المثل) إليه بقوله بعد الإيجاب: «قبلت بشرط أن تسلّم المبيع لي»، (أو ما أشبه ذلك) كأن يشترط في ضمن العقد، أن تلف المبيع قبل القبض من مال البائع، (انتهى) كلام المبسوط بمضمونه.

(و هذا الكلام) أي القول بجواز التعليق بما هو مقتضى العقد (وإن حكاه) الشيخ الطوسي رحمته الله (عن بعض الناس، إلا أن الظاهر) من مجردة نقله من دون إشكال عليه (إرتضاؤه له، وحاصله) أي حاصل الكلام والاستدلال المذكور فيه: أنه لا فرق في

أنه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع؛ فتعليقه ببعض مقدماته، كالإلزام ببعض غاياته، فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضي العقد إلتزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه ومقيداً به.

و هذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد -؛ لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على

جواز التعليق بين كون المعلق عليه من لوازم العقد ومن آثاره المترتبة على صحته كشرط تسليم العوضين، وبين كونه مصححاً للعقد ودخلاً في وجوب ترتب الأثر الشرعي عليه فـ (أنه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه) كوجوب القبض والاقباض (كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو) مصحح له (معلق عليه في الواقع) وحقيقة الأمر (فتعليقه ببعض مقدماته، كالإلزام ببعض غاياته) كوجوب التسليم، وكون التلف قبل القبض من كيس البائع، (فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضي العقد إلتزامه) مثل وجوب دفع المثلن والثلث (كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه ومقيداً به) في الواقع وحقيقة الأمر.

(وهذا الوجه) الذي ذكره المبسوط (و إن لم ينهض لرفع محذور) أصل (التعليق في إنشاء العقد) - على الإطلاق - (لأنّ المعلق على ذلك الشرط) أعني ملكية البائع للمبيع، (في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد) من النقل والإنتقال (دون) تعليق أصل (إنشاء مدلول الكلام) وهو إيجاد البيع (الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم) وهو أصل البيع (غير معلق في الواقع على

شيء، و المعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء، بل و لا منجزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام -، إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظن بتحقق الإجماع عليه، مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على أن محل الكلام فيما لم يُعلم وجود المعلق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم.

و يؤيد ذلك:

شيء، والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء بل ولا منجزاً) أيضاً؛ لأن الملكية لا تقبل التعليق ولا التنجيز (بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام) الذي هو انشاء البيع، وأما القابل للتعليق والتنجيز هو نفس الإنشاء الذي هو فعل المكلف المنشيء فمحذور التعليق باقي.

(إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ) الطوسي (له) أي لهذا الوجه (كافٍ في عدم الظن بتحقق الإجماع عليه) أي على قدح التعليق هنا أعني بما يكون العقد متوقفاً عليه.

(مع أن ظاهر هذا التوجيه - لعدم قدح التعليق -) وصحة العقد، (يدل على أن محل الكلام) ومورد النزاع، إنما هو (فيما) شك في وجود المعلق عليه وما إذا (لم يُعلم وجود المعلق عليه وعدمه، فلاوجه لتوهم اختصاصه) أي اختصاص مورد الكلام والنزاع (بصورة العلم) أي علم المنشيء بعدم وجود المعلق عليه؛ كي يقال: إن بطلان التعليق إنما هو في هذه الصورة فقط، وبالجمله فالحاصل أن صورة علم المنشيء بوجود المعلق عليه كما في المقام - لأنه ممّا يقتضيه إطلاق العقد - حيث إن الملكية مصححة لأصل البيع فهو خارج عن مورد الإجماع على بطلان العقد بالتعليق.

(ويؤيد ذلك) أي خروج التعليق على ما هو مصحح للعقد - كالملكية - عن مورد

أَنَّ الشهيد في قواعده جعل الأصَحَّ تعليق البيع على ما هو شرطاً فيه، كقول البائع: بعْتُكَ إن قبلت. و يظهر منه ذلك أيضاً في أواخر القواعد. ثم إنَّك قد عرفت: أَنَّ العمدة في المسألة هو الإجماع. و ربما يتوهم: أَنَّ الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابليَّة الإنشاء للتعليق، و بطلانه واضح؛ لأنَّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصوِّر فيه، إلَّا أَنَّ الكلام ليس فيه؛

الإجماع (أَنَّ الشهيد في قواعده) ج ١، ص ١٥٥ القاعدة ٤١ (جعل الأصَحَّ صحة تعليق البيع على ما هو شرطاً فيه، كقول البائع): «بعْتُكَ إن كان لي، أو: «بعْتُكَ إن قبلت» و يظهر منه ذلك) أي صحَّة التعليق على ما هو شرط في البيع (أيضاً في أواخر القواعد) ج ٢، ص ٢٣٧ القاعدة ٢٣٨ بقوله: «ولو قال: بعْتُكَ بمائة إن شئت، فهذا تعليق بما هو من قضاياها إذ لو لم يشأ لم يشتر» وفي ص ٢٥٨ القاعدة ٢٥١ قال: «كلَّ شرط إمَّا أن يقتضيه العقد، أولاً، والاوَّل مؤكَّد... الخ».

(ثمَّ إنَّك عرفت أَنَّ العمدة في المسألة) على اعتبار عدم التعليق في العقد (هو الإجماع، و ربما يتوهم أَنَّ الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابليَّة الإنشاء للتعليق) وأنَّه مناف للجزم حالَّ الإنشاء كما تقدَّم ص ٣٤٤ في أوَّل المسألة نقله عن تذكرة العلامة ج ١، ص ٤٦٢.

(و بطلانه واضح؛ لأنَّ المراد بالإنشاء إن كان هو) معنى (مدلول الكلام) المنشأ وهو إيجاد المعنى باللفظ في الخارج بسبب إنشاء العقد (فالتعليق غير متصوِّر فيه) لأنَّ الإنشاء بهذا المعنى عبارة عن استعمال اللفظ في معناه وإحضار المعنى بسبب هذا الكلام، ومن المعلوم أنَّ مجرد إلقاء اللفظ يوجب هذا الإحضار سواء علّق الكلام على شيء أم لم يعلّق، فالإنشاء بهذا المعنى غير قابل للتعليق كما قال المتوهم، (إلَّا أَنَّ الكلام ليس فيه).

وإن كان الكلام في أنه كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير، فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً» و «خذ المال قرضاً - أو قراضاً - إذا أخذته من فلان»، و نحو ذلك؟ فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الأوامر و المعاملات، من العقود و الإيقاعات.

و يتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل: من أن ظاهر ما دل على سببية العقد

(وإن كان) المراد من (الكلام) المتقدم المذكور (في) التذكرة: (أنه كما يصح إنشاء الملكية المتحققة) في الخارج الحاصلة من البيع (على كل تقدير، فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً»، أو «بعتك هذا إن وافقت زوجتي» (أو خذ) هذا (المال قرضاً - أو قراضاً -) أي مضاربة (إذا أخذته من فلان)) الذي مدين لي ولم يعطني حقّي (ونحو ذلك؟) المذكور في باقي العقود و الايقاعات كقوله: «نذرت لله كذا إن رزقت ولداً» (فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الأوامر) مثل «أذهب إلى السوق إن كان لك نقد» أو «أذهب للحج إن استطعت»، (و) كذلك واقع في (المعاملات، من العقود و الإيقاعات) كالبيع و الطلاق على ما تقدم، إذن فلا ينافي الجزم هذا النوع من التعليق ولا دليل على كونه مبطلاً للعقد سوى الإجماع.

(ويتلو هذا الوجه) لإثبات عدم قابلية الإنشاء للتعليق (في الضعف: ما قيل): والقائل صاحب الجواهر في ج ٢٢، ص ٢٥٣ في عقد البيع و ج ٢٣ ص ١٩٨ في الشروط (من أن ظاهر ما دل على سببية العقد) وهو قوله تعالى: «أو فؤا بالعقود»^(١)

ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك. وفيه: - بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»؛ لأن دليل حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم كافٍ في إثبات ذلك - أن العقد سبب لوقوع مدلوله، فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد «أوفوا بالعقود» إلا مفاد «أوفوا بالعهد» في أن العقد كالعهد

(ترتب مسببه عليه) شرعاً كالملكية (حال وقوعه) أي في زمان الإنشاء بلا فصل وعلى هذا (فتعليق أثره) من قبل المنشيء (بشرط) من الشروط أو (من المتعاقدين) معاً (مخالف لذلك) أي لترتب المسبب على السبب وهو العقد، بلا فصل بحكم الشرع. وفيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة للعقد (و) كذلك أدلة (اللزوم في مثل قوله تعالى: «أوفوا بالعقود») وذلك (لأن دليل حلية البيع) كقوله تعالى: «وأحل الله البيع»^(١) (وتسلط الناس على أموالهم)^(٢) وغيرهما (كافٍ في إثبات ذلك) أي صحة البيع وترتب الأثر عليه سواء كان منجزاً أو معلقاً، فبعد الغض عن ذلك، يرد عليه؛ (أن العقد) نعم (سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله) كما قال صاحب الجواهر، لكن المدلول للإنشاء كما يمكن أن يكون منجزاً يمكن أن يكون معلقاً فيجب الوفاء به كيف ما كان من التنجيز أو التعليق على شيء (فليس مفاد «أوفوا بالعقود» إلا مفاد «أوفوا بالعهد»)^(٣) (في أن العقد كالعهد)

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) عوالي اللئالي ج ١، ص ٢٢٢ ح ٩٩ و ص ٤٧ ح ١٩٨.

(٣) الاسراء: ٣٤.

إذا وقع على وجه التعليق، فترقّب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق، لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

والحاصل: أنه إن أريد بالمسبّب هو مدلول العقد فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها، وإن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجّزة، بل هو مطلق الملك؛ فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكية المعلقة.

مع أنّ

وعليهذا فـ (إذا وقع) العقد (على وجه التعليق) كالبيع بشرط مشيئة زوجته (فترقّب تحقق المعلق عليه) - وهو الشرط - وانتظار حصوله في الخارج (في تحقق المعلق) - وهو الملكية (لا يوجب عدم الوفاء بالعهد).

(والحاصل: أنه إن أريد بالمسبّب هو مدلول العقد) ومضمونه العرفي مع قطع النظر عن حكم الشارع بصحّته (فعدم تخلّفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يُعقل خلافها، وإن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية) الشرعية كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر (فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجّزة، بل هو مطلق الملك) أعمّ من المنجّز والمشروط، لأنّه منوط بقصد العاقد المنشيء، (فإن كان البيع غير معلق) في كلامه كأكثر البيوع المتعارفة مثل قوله: «بعتك هذه الدار بكذا» (كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق) على شيء (وإن كان معلقاً) كقوله: «بعتك الدار إن وافقت زوجتي» كما مثّلنا (فأثره الملكية المعلقة) فإن حصل الشرط تحقّقت وإلا فلا.

(مع أنّ) ما أفاده صاحب الجواهر: من أنّ مقتضى سببية العقد للملك ترتّب مسببه عليه فوراً فلا يتخلّف السبب عن المسبّب بتعليق العقد على شرط، يُنتقض بموارد متعدّدة

تخلف الملك عن العقد كثير جداً.

مع أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: **بعثك إن شئت، أو إن قبلت، فقال: قبلت؛ فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.**

(تخلف الملك عن العقد) وهو (كثير جداً) لأن السبب هنا سبب اعتباري لا تكويني، فمنها، ١ - بيع الصرف إذ الملك يحصل فيه بعد القبض فتخلفت الملكية عن الإنشاء، ومنها ٢ - بيع الفضولي بناءً على النقل؛ إذ الملكية تحصل بعد إجازة المالك، ومنها ٣ - البيع بالمعاطاة، بناءً على القول بإفادتها بالإباحة؛ إذ الملكية تحصل بأحد الملزمات لها كالتلف على ما تقدم ص ٢٠٨ في التنبيه السادس، ومنها ٤ - البيع المشروط فيه الخيار، فإن الملكية تحصل بعد انقضاء مدة الخيار على قول الشيخ الطوسي وغيره كما يجي الكلام فيه في بحث الخيارات، ومنها ٥ - انتقال العين الموصى بها بعد موت الموصي، ومنها ٦ - ملكية العامل للحصة المشروطة في المضاربة فإنها تكون بعد ظهور الربح، ومنها ٧ - ملكية المتهب للهبة فإنها تحصل بعد القبض، ومنها ٨ - الوقف على الذرية إذ الملكية تحصل للبطون المتأخرة بعد سنين من عقد الوصية، ومنها ٩ - في عقد السبق والرماية فإن الملك يحصل بعد ما تقدم أحدهم على الآخرين، ومنها ١٠ - في عقد المساقاة فإن العامل يملك الحصة من الثمرة بعد ظهورها، فيستكشف من هذه الموارد أن العقد لا يكون سبباً تاماً لحصول الملك في الخارج، فيمكن القول حينئذ في البيع المعلق، بحصول الملك بعد تحقق الشرط خارجاً.

(مع أن ما ذكره) صاحب الجواهر لبطان التعليق من تخلف المسبب عن السبب، (لا يجري في) بعض موارد تعليق العقد على بعض الشروط (مثل قوله: «بعثك إن شئت»)، وقوله: «بعثك (إن قبلت) فقال) المشتري (قبلت» فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد) وهو الملك (عنه) أي عن العقد، بل يحصل الملك متصلاً به مع أنه من

مع أنَّ هذا لا يجري في الشرط المشكوك، المتحقَّق في الحال؛ فإنَّ العقد حينئذٍ يكون مراعي، لا موقوفاً.

مع أنَّ ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخَّر مقتضاها عنها، كما لا يخفى.

و ليس الكلام في خصوص البيع؛ و ليس على هذا الشرط في

تعليق العقد.

(مع أنَّ هذا) أي عدم ترتّب الأثر على العقد في موارد التعليق على الشروط (لا يجري في الشرط المشكوك) عند العاقد (المتحقَّق في الحال) أي حال الإنشاء في عالم الواقع (فإنَّ العقد حينئذٍ يكون مراعي) حتّى ينكشف للمتعاقدين وجود الشرط حين الإنشاء (لا موقوفاً) واقعاً على تحقّقه حتّى يلزم التخلّف.

(مع أنَّ) دليل صاحب الجواهر على اعتبار التنجيز في العقد أخصّ من المدعى وذلك لأنَّ (ما ذكره) من عدم تخلّف المسبّب عن السبب إنّما يجري في بعض العقود كالبيع وكذا الإجارة والصلح و (لا يجري في غيره) أي غير البيع (من العقود التي قد يتأخَّر مقتضاها عنها) بحسب مقتضاها بنصّ حكم الشارع (كما لا يخفى) مثل الوصيّة بتملّك الموصى له للموصى به - كالدار والعقار فإنّه متأخّر عن عقد الوصيّة، وكذا عقد المضاربة والمساقاة والجمالة؛ فإنّ هذه العقود ليست سبباً تاماً للملكيّة حتّى يلزم تخلّف المسبّب عن السبب في صورة التعليق كما لو أوصى بأن أعطوا فلاناً كذا من المال، إن شفي زيد من مرضه، أو فك من الأسر، فما الدليل على بطلان التعليق في هذه العقود. (وليس الكلام) في اعتبار التنجيز وعدم التعليق (في خصوص البيع) فقط، بل هو عامٌ لجميع الإنشآت من العقود والإيقاعات (وليس على) اعتبار (هذا الشرط في

كلّ عقدٍ دليلٌ على حدة.

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم: التمسك في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعيّة الموجبة لوجوب الإقتصار فيها على المتيقّن، وليس إلّا العقد العاري عن التعليق.

إذ فيه: أنّ إطلاق الأدلّة مثل حليّة البيع وتسلّط الناس

كلّ عقد) أو إيقاع (دليل) مستقلّ (على حدة) فإن نهض الدليل على الاعتبار لم يختصّ بعقد أو إيقاع دون آخر، وإن لم ينهض فكذلك، بمعنى أنّه يجوز تعليق الإنشاء مطلقاً.

(ثمّ الأضعف من الوجه المتقدّم) وجه رابعٌ لاعتبار التنجيز، وهو ما ذكره السيّد العاملي رحمه الله في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٦ وأشار إلى ضعفه بقوله: «وفيه ما فيه»، وحاصله (التمسك في ذلك) أي اعتبار التنجيز في العقود (بتوقيفية الأسباب الشرعيّة) - كالعقود، لمسيّباتها - (الموجبة لوجوب الإقتصار فيها على المتيقّن) للشك في سببيّة غيره، (وليس) المتيقّن (إلّا العقد العاري عن التعليق) مطلقاً، وقد تقدّم هذا الوجه ص ٣٤٣ بقوله نقلاً عن جماعة منهم المقدّس الأردبيلي والشهيد الثاني والسيّد العاملي في المفتاح: «بأنّ العقود لما كانت متلقاةً من الشارع أنيطت بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها» ولعلّه أشار إلى هذا الوجه صاحب الجواهر في ج ٢٢، ص ٢٥٣ في الوجه المتقدّم عنه ص ٣٥٨ بقوله: «لمنافاته - أي التعليق - ما دلّ على سببيّة العقد، الظاهر في ترتّب مسبّبه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين دون الشارع معارض لذلك، بل هو شبه إثبات حكم شرعيّ من غير أهله».

وجه الأضعفيّة (إذ فيه) ما تقدّم في ردّ الوجه الذي ذكره صاحب الجواهر، وهو (أنّ إطلاق الأدلّة) الدالّة على صحّة عقد البيع (مثل حليّة البيع، وتسلّط الناس

على أموالهم و جَلَّ التجارة عن تراضٍ و وجوب الوفاء بالعقود و أدلة سائر العقود، كافٍ في التوقيف.

و بالجملة، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً، مشكلٌ.
ثم إنَّ القادح هو تعليق الإنشاء، و أمَّا إذا أنشأ

على أموالهم، و جَلَّ التجارة عن تراضٍ، و وجوب الوفاء بالعقود و) كذلك إطلاق (أدلة سائر العقود كافٍ) - خبر لقوله: «إنَّ إطلاق الأدلة» أي في دفعه (في التوقيف) فكما تصدق تلك الإطلاقات عرفاً على العقد المنجز، كذلك تصدق على العقد المعلق، و مع وجود هذه الأدلة اللفظية أعني الإطلاقات لا مجال للإقتصار على القدر المتيقن؛ لأنَّ مورد ذلك إنَّما هو مع اجمال الدليل.

(وبالجملة، فإثبات هذا الشرط) أي التنجيز (في العقود) والإيقاعات بالوجوه الثلاثة المذكورة بعد الإجماع مشكل (مع عموم أدلتها) «العقود والإيقاعات» (ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق) بحيث لا يكون نادراً حتَّى يُدعى انصراف العمومات فيه إلى ما هو الشائع أعني المنجز، فإنَّ المتعارف كلا القسمين المنجز والمعلق، هذا كله (بغير) النظر إلى (الإجماع محققاً أو منقولاً) وأمَّا مع النظر إلى وجود الإجماع فالحكم بجواز التعليق وعدمه أي لزوم التنجيز أيضاً (مشكل) لأنَّ الظاهر من كلمات الأصحاب في كتبهم كالمسالك ج ٥، ص ٣٥٧ وكالعلامة في التحرير ج ١، ص ٢٥٤، و كالجواهر ج ٢٧ ص ٣٥٧ والوكالة، ومفتاح الكرامة ج ٧، ص ٥٢٦ وغيرها على ما تقدّم في ص ٣٤١ و ٣٤٢ هو تحقّق الإجماع قطعاً مردّداً بين المحصّل والمنقول.

(ثم إنَّ القادح) في صحة العقد (هو تعليق الإنشاء) على شرط مشكوك الحصول كمجيء زيد، أو وصف مترقّب كطلوع الشمس، (وأمَّا إذا أنشأ) منجزاً

من غير تعليق صحَّ العقد وإن كان المنشيء متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن يُنشأ البيع وهو لا يعلم أنَّ المال له أو أنَّ المبيع ممَّا يُتموَّل أو أنَّ المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممَّا يتوقف صحَّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنَّه لا يقدح إعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقَّق القصد إلى التملك العرفي.

(من غير تعليق) صريح صورةً لكنَّه معلق واقعاً (صحَّ العقد) هنا (وإن كان المنشيء متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن يُنشئ البيع وهو لا يعلم أنَّ المال له) أم لا وهذا مثال للشرط الذي له دخل في ترتب الأثر شرعاً، كما إذا قال: «بعتك هذا الكتاب» مع الشكِّ في كونه مالاً.

هذا وقد تقدَّم ص ٣٥٠ عن العلامة وولده فخر الدين احتمال بطلان هذا البيع كبيع الوارث بظنِّ موت مورثه بناءً على اعتبار الجزم في الإنشاء من دون الإستناد إلى الإجماع، لكنَّ الشيخ رحمه الله حكم بالصَّحة هنا كما تقدَّم ص ٣٥٤.

(أو) كذا إذا أنشأ البيع وهو لا يعلم (أنَّ المبيع ممَّا يتموَّل) أم لا كإثناء مكسور أو حبَّات حنطة، وهذا مثال للشرط المصحَّح عرفاً (أو) لا يدري (أنَّ المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممَّا يتوقف صحَّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً) كما إذا شكَّ في وجود الكمال من البلوغ والعقل والرشد والإختيار في المشتري كقوله للصبي المراهق: «بعتك هذا الخلَّ» مع احتمال كونه خمرأً، أو قوله: «زوَّجتك هذه المرأة» مع احتمال كونها أختاً من الرضاة للزوج، وأمثال ذلك كالشك في شرائط المتعاقدين، أو العوضين، أو الشك في تأثير نفس الإنشاء شرعاً كإنشاء النكاح بغير العربي.

(بل الظاهر أنَّه لا يقدح) في صحَّة العقد (اعتقاد) المنشيء (عدم ترتب الأثر عليه) شرعاً (إذا تحقَّق القصد) منه (إلى التملك العرفي) ووجود الشرط في عالم

و قد صرّح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: لا يُخِلُّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد.

نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية، أو الشك فيها عند إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقّق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية، وكذا الرقبة في العتق؛ و حينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للإحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز «التنجز - خ د»

الواقع، كما إذا باع شيئاً من الصبيّ المميّز غير البالغ شرعاً، وقلنا بصحّته.

(وقد صرّح بما ذكرنا) من صحّة العقد شرعاً مع اعتقاد عدم إمضائه من الشارع (بعض المحققين) وهو الشيخ أسد الله التستري في المقابس ص ١١٥ (حيث قال: «لا يُخِلُّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد» العرفي من المنشيء.

ثم استدرك الشيخ عليه السلام على قوله فيما تقدّم ص ٣٦٤: «وإنما إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد» فقال: (نعم، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة) للعقد شرعاً (ك) اعتقاد (عدم الزوجية) واقعاً (أو الشك فيها في إنشاء الطلاق) وإن كان يجريه منجزاً صورةً (فإنه لا يتحقّق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية، وكذا) الحال في الشك في (الرقبة في) إنشاء (العتق) كما إذا تردّد الوارث في عتق العبد قبلاً بيد مورثه (و حينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى) إنشاء عقد (شيء من ذلك للإحتياط) للنجاة من الشبهة الحاصلة للمكلّف في الزوجية أو الرقبة (وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه) واقعاً (فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز «التنجز خ د») رجاءً بقوله: «زوجتي فلانة طالق» ولا يضيف إليه، قوله: «إن كانت زوجتي، أو يقول في العتق: «عبدي فلان حرٌّ لوجه الله» ولا يضيف إليه قوله: «إن كان عبدي»،

وإن كان في الواقع معلقاً، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، و لا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلا أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه، فظهر جليها؛ و علّل ذلك

(وإن كان) الطلاق أو العتق (في الواقع معلقاً، أو) يمكن التخلص من الشبهة بأن (يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه) أي إيقاع الطلاق أو العتق، والتقييد بالجاهل ليتمسّى منه الجزم بالإنشاء؛ إذ لو كان عالماً بشبهة موكله كان مثله في عدم تحقّق القصد الجدّي إلى الطلاق أو العتق.

فان قلت: إنّ توكيله غيره وإن كان منجزاً صورةً لكنّه معلق واقعاً إذ لو لم تكن الزوجيّة متحققةً واقعاً، كانت الوكالة صوريةً أيضاً قلت (ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل) وهو الطلاق أو العتق شرعاً لأنّ أمر الطلاق بيد الزوج، وأمر العتق بيد السيّد؛ فتبطل الوكالة على تقدير انتفائهما واقعاً، وذلك (لأنّ فساد الوكالة بالتعليق) الواقعي (لا يوجب ارتفاع الإذن) في الطلاق أو العتق لأنّ أصل الإذن فيهما باقي بحاله ويتمسّى من الوكيل القصد إليهما حقيقةً فيقعان صحيحين شرعاً واقعاً.

(إلا أنّ) ما ذكرناه من صحّة الإنشاء منجزاً مع التردد في وجود الشرط المقوم له، يشكل بما هو (ظاهر) كلام (الشهيد) الأوّل (في القواعد) ج ٢، ص ٢٨٣ القاعدة ٢٨٣ من (الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشكّ في أنّه محرّمة عليه أو محلّلة) لاحتمال كونها أختاً له من الرضاة مثلاً، (فظهر) بعد العقد (جليها، وعلّل ذلك) أي الجزم

بعدم الجزم حال العقد، قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها، أو ولّى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلاً. ثم قال: ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتاً؛ لأن الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة؛ وإن قيل بالبطلان أمكن، لعدم القصد إلى نقل ملكه؛ وكذا لو زوج أمة أبيه، فظهر ميتاً، انتهى.

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما،

البطلان (بعدم الجزم حال) إنشاء (العقد) من المنشيء (قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالع امرأة) على بذل مهرها أو مالٍ آخر، (أو طلقها) بطلاق غير خلعي (وهو شاك في زوجيتها) لاحتمال بطلان عقد نكاحها مثلاً: (أو ولّى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته) للقضاة والحكم (وان ظهر) بعد ذلك كونه (أهلاً) للقضاء.

(ثم قال: ويخرج من هذا) أي الجزم بالبطلان مردان الأول (بيع مال مورثه) فضولياً (لظنه حياته، فبان ميتاً؛ لأن الجزم هنا حاصل) بأصل البيع (لكن خصوصية البائع) أي المالك الواقعي للمبيع (غير معلومة) هل هو الوارث المنشيء للبيع أم المورث (وان قيل بالبطلان أمكن: لعدم القصد) الواقعي (إلى نقل ملكه) بل إنّما قصد نقل مال مورثه فضولياً.

(وكذا) في مورد ثانٍ و هو ما (لو زوج أمة أبيه) من عبدٍ، أو حرّ بناءً على جوازه لخوف العنت الحاصل للزوج (فظهر) كون الأب (ميتاً، انتهى) كلام الشهيد في القواعد، ووجه خروج هذا العقد أيضاً عن البطلان بالتعليق، هو كونه من العقد الفضولي الذي أجازته المالك بعد إنشائه.

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق) سواء كان بالخلع أو غيره (و) بين (طرفيه) و هما مسألة التزويج و التولية (بإمكان الجزم فيهما) لأن اعتبار عدم

دون مثال الطلاق؛ فافهم.

و قال في موضع آخر: و لو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين، أمكن الصحة؛ و كذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً. و يشكلان في العالم بالحكم؛ لعدم قصده إلى طلاق صحيح. انتهى.

المحرمة في الزواج شرط شرعي فهو غير مقوم له لا عرفاً ولا لغةً فيتمشى القصد الجدّي العرفي مع الشك ولو تشريعاً، وكذلك شرط العدالة والاجتهاد والرجولية في القاضي فإنها شرائط شرعية وليست مقومة لعنوان القضاء عرفاً فيتمشى القصد الجدّي العرفي في تولية فاقدتها (دون مثال الطلاق) لأن الزوجية فيه شرط عرفي فلا بد من تحققه حتى يتمشى قصد إزالة هذه العلة بالطلاق فلا يمكن الجزم بإيقاعه ولو تشريعاً إلا بإحراز الزوجية، (فافهم) لعله إشارة إلى الدقة في وجه إمكان الجزم في الزواج والتولية دون الطلاق.

(و قال) الشهيد أيضاً (في موضع آخر) من القواعد ج ١ ص ٣٦٧ القاعدة ١٤٣ (ولو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين، أمكن) الحكم بـ (الصحة) لأن مفهوم الطلاق عرفاً وهو إزالة علة الزوجية لا يتوقف على حضور رجلين شاهدين فيمكن تحقق قصد إنشائه ولو مع عدم حضورهما - كما هو مذهب العامة - لكن ترتب الأثر شرعاً منوط بحضورهما فإن تحقق الحضور لأثر الطلاق وإلا فلا، وقد ظهر في المثال أنه كان متحققاً، (و كذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً) فإنه يتمشى قصد الطلاق عرفاً من المنشيء ولو تشريعاً، و يترتب الأثر شرعاً أيضاً بعد إحراز تحقق العدالة واقعاً، (و) لكن (يشكلان) أي هذين الموردين وهما حضور خنثيين وفاسقين - ظاهراً - (في العالم بالحكم) بعدم صحة هذا الطلاق شرعاً، (لعدم قصده) كذا في المصدر والنسخة المصححة وهو الصواب، وفي النسخ «قصدهما» (إلى طلاق صحيح) شرعي؛ فلا يتمشى منه القصد إلى الطلاق واقعاً، (انتهى) كلام القواعد.

و من جملة شروط العقد:

التطابق بين الإيجاب والقبول

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المثلث أو الثمن، أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد.

(و من جملة شروط العقد) بحسب الهيئة التركيبية: (التطابق بين الإيجاب

والقبول) والمصرّح باشتراط التطابق جمع غفير كما عبّر في مفتاح الكرامة ج ٤

ص ١٦٦، وقد صرّح به غير واحد من الأصحاب كما عبّر في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٥٥،

و صرّح باشتراطه العلامة في القواعد ج ١ ص ١٢٣، وفي التذكرة أيضاً ج ١ ص ٤٦٢، و

ليُعلم أن المراد من المطابقة المعتبرة هي التي مع انتفائها ينتفي صدق كون القبول قبولاً

لذلك الإيجاب و بالعكس، لا مطلق التطابق - حتى في الألفاظ - وذلك للإتفاق على

صحّة الإيجاب بـ «بعت» و القبول بلفظ «إشتريت»، بل الظاهر صحّة «قبلت النكاح»

لإيجاب «زوجتك» كما صرّح به جماعة^(١) فالمقصود من لزوم التطابق هو بين المبيع

و الثمن، و بين خصوص المشتري و البائع، وكذا توابع العقد كما سيجيء عن قريب (فلو

اختلفا في المضمون) لا في اللفظ (بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من

حيث خصوص المشتري) كما لو باع مقيداً بكون المشتري هاشمياً فبان غير هاشمي =

رشنق (أو المثلث) كما لو باع حماراً فقبل المشتري بيع البقر (أو الثمن) كما لو باع بألف

تومان فقبل المشتري بخمسماً، (أو توابع العقد من الشروط) كما لو باع داره بشرط

سكنى نفس المشتري فيها فقبل بشرط أن يستأجرها لغيره، و بالجملة فإن أوجب البائع

على وجه مخصوص (فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد) البيع و كان بلاطلاً

(١) راجع الجواهر، ج ٢٢، ص ٢٥٥.

و وجه هذا الاشتراط واضحٌ، و هو مأخوذ من اعتبار القبول، و هو الرضا بالإيجاب؛ فحينئذٍ لو قال: «بعته من موكل بكذا» فقال: «إشتريته لنفسى»، لم ينعقد؛ ولو قال: «بعث هذا من موكل» فقال الموكل - الغير المخاطب -: «قبلت»، صح؛ و كذا لو قال: «بعثك» فأمر المخاطب وكيهه بالقبول، فقيل؛ ولو قال: «بعثك العبد بكذا»، فقال: «إشتريت نصفه بتمام الثمن - أو نصفه -»، لم ينعقد؛ و كذا لو قال: «بعثك العبد بمأة درهم»، فقال: «إشتريته بعشرة دنانير».

لاختلاف الالتزامين منهما.

(و وجه هذا الإشتراط) أي التطابق و منشأ اعتباره (واضحٌ، و هو مأخوذ من اعتبار القبول) في العقد (و هو) عبارة عن الالتزام و (الرضا بالإيجاب) كما تقدّم سابقاً ص ٣٠٢ (فحينئذٍ) لابدّ من تطابقهما في المعنى الإنشائي ف(لو قال) البائع لوكيل المشتري (: «بعته من موكل بكذا» فقال) الوكيل: بل («إشتريته لنفسى»، لم ينعقد؛ و) هذا بخلاف ما (لو قال: «بعث هذا من موكل» فقال الموكل - الغير المخاطب -) بنفسه الحاضر في المجلس («قبلت»، صح) البيع؛ لوجود التطابق هنا و هو اتّحاد الالتزامين؛ فإنّ قول الموكل: «قبلت» يكون رضاً بالإيجاب.

(و كذا) يصحّ البيع (لو قال: «بعثك» فأمرَ المخاطب وكيهه بالقبول) لاستنكافه أن يتكلّم بنفسه (فقيل) الوكيل من قبل الموكل؛ و ذلك لأنّ قبول الوكيل بمنزلة قبول الموكلّ فالقبول إذن مطابق للإيجاب. (ولو قال: «بعثك العبد بكذا») كآلف تومان (فقال: «إشتريت نصفه بتمام الثمن - أو نصفه -») أي إشتريت نصفه بنصف الثمن (لم ينعقد) لعدم صدق المعاقدة من جهة فقدان التطابق، (و كذا) لا ينعقد البيع (لو قال: «بعثك العبد بمأة درهم»، فقال) المشتري: بل («إشتريته بعشرة دنانير»)

ولو قال للإثنين: «بعنكما العبد بألف» فقال أحدهما: «إشتريتُ نصفه بنصف الثمن» لم يقع؛ ولو قال كلُّ منهما ذلك، لا يبعد الجواز. و نحوه لو قال البائع: «بعنك العبد بمأة» فقال المشتري: «اشتريتُ كلَّ نصفٍ منه بخمسين»، وفيه إشكال.

و ذلك لأنَّ القبول غير مرتبط بالإيجاب.

(ولو قال) البائع (للإثنين: «بعنكما العبد بألف») تومان (فقال أحدهما: «إشتريتُ نصفه بنصف الثمن» لم يقع) البيع، لاختلاف الإيجاب والقبول في البيع والثلث معاً (ولو قال كلُّ منهما ذلك) أي إشتريت نصف العبد بنصف الثمن (لا يبعد الجواز) إذ لا اختلاف هنا في أصل الإيجاب والقبول؛ فإنَّ البيع ينحلَّ حقيقةً إلى بيعين؛ إذ كلُّ منهما إشتري نصفه المشاع بنصف الثمن الذي عيَّنه البائع في الإيجاب، فالإختلاف إنّما هو في العبارة فقط دون المعنى.

(و نحوه) في احتمال جوازه (لو قال البائع) للمشتري (: «بعنك العبد بمأة») دينار مثلاً، (فقال المشتري: «اشتريتُ كلَّ نصفٍ منه بخمسين»، و) لكن (فيه إشكال) وهو أنَّ الإيجاب تعلّق ببيع المجموع من حيث المجموع، فانتقال كلِّ نصفٍ من العبد إلى المشتري يكون ضمناً، والقبول إنّما وقع بالرضا بانتقال كلِّ نصف بالاستقلال، فلا يتطابق القبول للإيجاب.

ولكن يرد عليه أنَّ الإيجاب ينحلُّ بطبيعة الحال إلى بيع كلِّ نصف من العبد بنصف الثمن فقول المشتري: «إشتريتُ كلَّ نصفٍ منه بنصف الثمن مطابق لحقيقة الإيجاب فالتطابق موجود فلا بأس بالقول بالصحة فتدبرَّ جيداً.

و من جملة الشروط في العقد:

أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء

فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع

حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد.

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت و

الجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الإعتبار عدم تحقق معنى المعاهدة و

المعاهدة حينئذٍ.

(و من جملة الشروط في العقد) بحسب الهيئة التركيبية: أهلية كلٍّ من

المتعاقدين لإنشاء العقد من حين الشروع في الإيجاب إلى انتهاء القبول بـ **(أن يقع كلُّ**

من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما) إجراء (الإنشاء) عرفاً مثل قابليته

للتخاطب و عدم سقوطه عنها بنوم أو إغماء أو جنون أو موت، وكذلك شرعاً مثل البلوغ و

عدم الحجر بفلس و عدم الإكراه، **(فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير**

قابل للقبول) بإغماء أو بعدم كونه بالغاً، (أو خرج البائع حال القبول) من المشتري

(عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد) البيع؛ لأنَّ العقد من أوّله إلى آخره أمر وحدانيّ إعتباراً

فاتّصاف كلٍّ من المتعاقدين بالشرائط العرفيّة أو الشرعيّة معتبر في مجموع زمان العقد

حتّى يتحقّق التعاقد من الطرفين فبانتفاها - ولو في بعض الوقت من أحدهما - ينتفي

التعاقد و التعاقد فيبطل العقد.

(ثمَّ إنَّ عدم قابليتهما) في وقت الإيجاب أو القبول (إن كان لعدم كونهما

قابلين للتخاطب) عرفاً (- كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم -) و اختلال

المشاعر و عدم التوجّه في الأمور = حواسٍ برتنى، **(فوجه الإعتبار عدم تحقق معنى**

المعاهدة و المعاهدة حينئذٍ) فإنَّ قابلية التخاطب مقوّم لتحقيق المعاهدة كما هو مقتضى

و أمّا صحّة القبول من الموصي له بعد موت الموصي، فهو شرط حقيقة، لا ركن؛ فإنّ حقيقة الوصيّة الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك.

و إن كان لعدم الإعتبار برضاها، فلخروجه أيضاً عن مفهوم التعاقد و التعاقد؛ لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضا كلّ منهما لما يُنشئه الآخر حين إنشائه،

باب المفاعلة فبعدمها يبطل العقد.

(و أمّا) الإشكال بـ (صحّة القبول من الموصي له) حين ما يقبل الوصيّة التمليكية (بعد موت الموصي، فهو) غير وارد؛ لأنّ القبول في الوصيّة ليس بركنٍ للعقد بل هو (شرط حقيقة، لا ركن؛ فإنّ حقيقة الوصيّة الإيصاء) الذي هو من الإيقاعات لا العقود و مورد الكلام في هذه المسألة هو العقد لا الإيقاع فالوصيّة خارجة عن محل البحث موضوعاً، (و لذا) أي و لأجل كون الوصيّة إيصاءً أي إيقاعاً لا عقداً (لو مات) الموصي له على وزن = غوساله (قبل القبول قام وارثه مقامه) فإن قبل هو مَلِك الموصي به مع أنّ قبوله غير مرتبط بإيجاب الموصي، (و) كذلك (لو ردّ) الموصي له الوصيّة التمليكية في زمان حياة الموصي ثمّ ندّم (جاز له القبول بعد ذلك) الردّ؛ و هذا يدلّ على أنّ القبول في الوصيّة ليس بركنٍ إذ لو كان ركناً لكان ردّه موجباً لبطلان الإيجاب فلا يكون قبوله بعد الردّ قابلاً لانضمامه إلى الإيجاب السابق.

(و إن كان) عدم قابليّة الموجب و القابل زمان الإنشاء (لعدم الإعتبار برضاها) شرعاً كالمحجور عن التصرف في ماله لسفهٍ أو قلّس (فلخروجه) أي خروج العقد (أيضاً عن مفهوم التعاقد و التعاقد؛ لأنّ المعتبر فيه) أي في التعاقد (عرفاً رضا كلّ منهما لما يُنشئه الآخر حين إنشائه) فلا بدّ من بقائهما على القابليّة للإنشاء

كمن يعرض له الحَجْر بَقْلَسٍ أو سفهِ أو رَقٍّ - لو فرض - أو مرض موتٍ.
و الأصل في جميع ذلك : أنَّ الموجب لو فسخ قبل القبول، لغى الإيجاب السابق؛ وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممَّن لا يعتبر رضاه - كالصغير - .

فصحة كلِّ من الإيجاب و القبول يكون «يكون - خ د» معناه قائماً في نفس المتكلم من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب، و به

من أوله إلى إنتهائه فلا يكون (كمن يعرض له الحَجْر بَقْلَسٍ أو سفهِ أو رَقٍّ - لو فرض -) حصول الرقبة بعد الإيجاب و قبل القبول كما إذا كان أحدهما حريياً فاسترقَّ قبل تمام الإنشاء (أو) فُرِض عروض (مرض موتٍ) يوجب الحجر عن التصرف شرعاً.

(و الأصل في جميع ذلك) بمعنى أنَّ المنشأ للإلتفات إلى وجه اعتبار ما ذكرناه من رضا كلٍّ من المتعاقدين حال إنشاء الآخر و كونه في حالٍ يجوز له الإنشاء حتّى يتحقّق المعاقدة هو: (أنَّ الموجب لو) ندم عن المعاملة و (فسخ قبل القبول، لغى الإيجاب السابق) فانعقاد الإيجاب إنّما يتحقّق بوقوع القبول بعده تامّاً مع بقاء نفس الإيجاب أيضاً على كونه واجداً للشرائط، (و كذا) يكون لغواً (لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممَّن لا يعتبر رضاه) شرعاً و إن كان معتبراً عرفاً (- كالصغير -) المراهق بل المميّز، أو كان ممَّن لا يعتبر رضاه شرعاً و عرفاً كالمجنون والسفيه.

(فصحة كلِّ من الإيجاب و القبول) إنّما هي (يكون) - بالياء المثناة من تحت - كذا في جميع نسخ المكاسب، و الظاهر أنَّ الأصحَّ ما هو الموجود في إيصال الطالب للسيد الشيرازي رحمه الله بالياء الموحدة («يكون - خ د» معناه) أي معنى كلِّ منهما (قائماً في نفس المتكلم من أوّل العقد إلى أن يتحقّق تمام السبب، و به) أي بهذا القيام

يتم معنى المعاودة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقق معنى المعاودة.

ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول، اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

من البدو إلى الختم (يتم معنى المعاودة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس كليهما أو (أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقق معنى المعاودة) المصححة للمعاملة شرعاً كبيع الراهن الملك المرهون بدون إذن المرتهن.

(ثم) إنه لو قيل: فعلى ما ذكر من اعتبار رضى كل منهما حال الإنشاء، يكون بيع المكره الذي لا يكون راضياً حين الإنشاء باطلاً، و إن لحقه الرضا بعد العقد مع (إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره) فيكون صحيحاً (و مقتضاه) أي مقتضى هذا التصريح (عدم اعتباره) «الرضا» (من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن) اعتبار (حصوله) «الرضا» (بعد الإيجاب و قبل القبول) فإنه يكون البيع صحيحاً بطريق أولى.

فنقول: النقض بما ذكر صحيح (لأن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل) وجود (الإجماع) بصفة بيع المكره بسبب لحوق الرضا بعد العقد، كما يجيء البحث عنه إن شاء الله عند التكلم في شرائط المتعاقدين بقوله: «ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه إتفاقهم ... الخ».

فرع

لو اختلف المتعاقدان إجتهاذاً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه،

(فرع) في اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة فنقول: (لو اختلف المتعاقدان إجتهاذاً أو تقليداً في شروط الصيغة) وفي الحكم بصحة العقد وفساده فقال أحدهما باعتبار الماضيّة فيه مثلاً وقال الآخر بعدم اعتبارها، أو قال البائع مثلاً بلزوم تقديم الإيجاب على القبول وقال المشتري بعدم لزومه فقدّم القبول في عقده، أو قال البائع باعتبار العربيّة وقال المشتري بعدم اعتبارها وجاز إنشائه بالفارسيّة مثلاً فقال الأول: «بعثك الكتاب بألف، وقال المشتري: «قبول كردم همچنين» كما في الأشعار المركّبة من اللّغتين، قال الشيخ محمّد حسين الغروي الاصفهاني في وصف الإمام الحجة الثاني عشر أرواحنا فداه:

نديدۀ در فُلق اعتدال ديدۀ گردون

كـو وجهه قـمراً أو كـحاجبيه هـلالاً

جمال چهره‌ی خورشید از آن شعاع جبین است

و حيث قابله البدر، فاستتم كمالاً

(فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه) بالنسبة إلى ما يصدر عنه، كما يعمل الآخر أيضاً بمقتضى مذهبه بما يصدر عنه (أم لا) يجوز الإكتفاء بإنشاء كلٍّ منهما العقد بما يقتضيه مذهبه هنا؟ (وجوه) ثلاثة: الأول: صحة العقد في حقهما مطلقاً سواء لزم من عمل كلٍّ منهما على مذهبه كون العقد المركّب من نظرهما ممّا لا قائل منهما بصحّته أم لا، الثاني: عدم صحّته أيضاً مطلقاً

ثالثها: إشتراط عدم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسيّ؛ أردوها أخيرها.

و الأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية - المجتهد فيها - بمنزلة الواقعيّة الإضطراريّة،

(ثالثها): التفصيل بين كون العقد المركّب الصادر من نظرهما ممّا قال أحدهما بصحّته و الآخر يطلانه، فهذا العقد يترتب الأثر عليه، و بين ما إذا كان العقد مركّباً من عقد - مخلوط - لا يقول بصحّته كلاهما؛ لفقدان شرط بنظر أحدهما، و فقدان شرط آخر بنظر الثاني فمرجع هذا القول الثالث إلى **(إشتراط عدم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل) منهما (بكونه سبباً في النقل)** بأن كان ناقصاً في نظر كليهما، **(كما لو فرضنا أنّه) أي العقد بحيث (لا قائل) منهما بصحّته؛** نقول أحدهما كالبايع مثلاً **(بجواز تقديم القبول على الإيجاب)** و فرضنا أنّ مذهب المشتري عدم الجواز **(و)** مع ذلك قال المشتري بـ **(جواز العقد بالفارسيّ)** و قال البايع بعدم جوازه - و لزوم العربيّة - فأنشاء العقد مركّباً من العربيّة و الفارسيّة مع تقديم القبول، بأن قال المشتري: «خانهات را به من بفروش» فقال البايع: «نعم بعتك داري»، **(أردوها) أي الوجوه (أخيرها)** و ذلك لأنّ هذا العقد المركّب إن كان مشمولاً للمطلقات و العمومات كأوفوا بالعقود، و أحلّ الله البيع، و تجارة عن تراض - كما هو الظاهر - فالظاهر صحّة البيع، سواء كان فاقداً لشرط واحد بنظر أحدهما أو لشرطين بنظر كليهما، فلا وجه للقول بالتفصيل.

(و) الوجهان (الأولان مبنيان على أنّ الأحكام الظاهرية - المجتهد فيها -) عند الفقهاء (بمنزلة) الأحكام (الواقعيّة الإضطراريّة) بناءً على أنّ قيام الإمارة على شيء يكون سبباً و موضوعاً لحدوث مصلحة في مؤدّاه، و موجباً لتشريع حكم ظاهري

فالإيجاب بالفارسيّة من المجتهد القائل بصحّته عند مَنْ يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس و إيجاب العاجز عن العربيّة، و كصلاة المتيمّم بالنسبة إلى واعد الماء، أم هي أحكام عُذريّة لا يُعذر فيها إلا مَنْ اجتهد أو قلّد فيها، والمسألة محرّرة في الاصول.

هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل

ثانويّ على طبقها - وإن كان مخالفاً للحكم الواقعيّ الأوّلي - فتكون الإمارة من العناوين الثانويّة المغيرة لأحكام العناوين الأوّلية، و على هذا (فالإيجاب بالفارسيّة من المجتهد القائل بصحّته عند مَنْ يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس) في عقده من حيث كونه صحيحاً (و) بمنزلة (إيجاب العاجز عن العربيّة) فإنّه أيضاً صحيح، فيكون الإيجاب بالفارسيّة سبباً لحدوث الملكيّة الظاهريّة حتّى عند من يعتبر العربيّة في العقد، (و) يكون (كصلاة المتيمّم بالنسبة إلى واعد الماء) حيث يصحّ اقتداء الواجد به في الجماعة، و الأوّليّ تبديل «واجد الماء» بـ «المتطهر بالماء» (أم هي) أي الأحكام الظاهريّة (أحكام عُذريّة لا يُعذر فيها إلا مَنْ اجتهد أو قلّد فيها) فقط دون غيرهما لأنّها إنّما هي طريق إلى الوصول إلى الواقع موجبة لرفع التكليف عن المعذور - في مقام العمل - و لا تكون حجةً لغيره، (و المسألة محرّرة في الاصول) في مبحث أجزاء الأمر الظاهري عن الواقعيّ، و بحث أنّ الإمارات حجةً من باب الموضوعيّة أم الطريقيّة.

(هذا كلّه) من ابتناء الإكتفاء بعقدٍ أنشأه كلّ منهما بما يقتضيه مذهبه، أو عدم الإكتفاء به، على كون الإمارة موجبةً لتشريع الحكم الظاهري على طبقها فيكون العقد صحيحاً مطلقاً، أو موجبة لحدوث حكم عُذريّ فقط فيكون العقد باطلاً مطلقاً أيضاً، إنّما هو (إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين) - الأصحّ أن تبدّل قوله: «كلّ من المتخالفين بقوله: «أحد المتخالفين» كما هو ظاهر عند المتدبّر - (مستنداً إلى فعل

الآخر، كالصراحة والعربية والماضوية والترتيب.

و أما الموالاة والتنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنَّ اختلافها يوجب فساد المجموع؛ لأنَّ بالإخلال «الاخلال - خ د» بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الإنشاء، يفسد عبارة من يراها شروطاً؛ فإنَّ الموجب إذا علّق مثلاً أو لم يبقَ على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا، تعقيب هذا الإيجاب

الآخر، كالصراحة) في العقد بأن اعتبرها أحدهما و لم يعتبرها الآخر (و) كذا (العربية) بأن اعتبرها البائع مثلاً و لا يعتبرها المشتري (و) كذا (الماضوية والترتيب) بأن يعتبر أحدهما تقديم الإيجاب و لا يعتبره الثاني.

(و أما) في الشروط التي يوجب الإخلال بها فساد العقد عند كلا المتعاقدين مثل اعتبار (الموالاة) و عدم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول، (و التنجيز) في العقد بعدم تعليقه على شرط، (و) كذا (بقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنَّ اختلافها) بين المتعاقدين، - والأولى تبديل «اختلافها» بـ «إخلالها» (يوجب فساد المجموع) من الإيجاب و القبول عندهما معاً؛ (لأنَّ بالإخلال «الاخلال - خ د» بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الإنشاء، يفسد عبارة من يراها شروطاً)؛ و حينئذٍ لا يكون قابلاً لانضمام الجزء الآخر إليه؛ (فإنَّ الموجب إذا علّق مثلاً) إيجابه على شرطٍ لاعتقاده جواز انقضاء (أو لم يبقَ على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول) بأن نام أو جنَّ أو لم يستمع إلى كلام القابل (باعتقاد مشروعية ذلك) أي الإيجاب التعليقي، أو الذي لم يبقَ على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول (لم يجز من القائل ببطلان هذا، تعقيب هذا الإيجاب

بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالة بزعم صحّة ذلك، فإنّه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالة، فتأمّل.

بالقبول، وكذا القابل إذا لم يقبل) بعد الإيجاب (إلا بعد فوات الموالة) و فصل طويل (بزعم صحّة ذلك، فإنّه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالة، فتأمّل) لعلّه إشارة إلى أنّ الإكتفاء بهذا الإيجاب مشكّل من جهة أخرى وهي كونه مؤخّراً عن القبول سيّما إذا كان بلفظ «قبلت» أو «رضيت» وقد تقدّم ص ٣٠٠ أنّ القبول الذي يجوز تقديمه عند بعضٍ إنّما هو إذا كان بلفظ «إشتريت» أو «ابتعت»، و يُحتمل أن يكون الأمر بالتأمّل إشارةً إلى أنّه بناءً على أنّ الإمارات حجّه من باب الموضوعيّة وأنها موجبة لحدوث مصلحة في مؤدّاها موجبة لتشريع الحكم على طبقها، لا فرق بين النوع الأوّل من الشروط كالعربيّة والماضيّة، وبين النوع الثاني منها كالموالة والتنجيز فإنّ المخالف من المتعاقدين يترتّب على هذا العقد في كلا القسمين الحكم بالصّحة والسببيّة مطلقاً فتدبر جيّداً.

مسألة: [في أحكام المقبوض بعقد البيع الفاسد]

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه و كان مضموناً عليه.

أما عدم الملك؛ فلأنه مقتضى فرض الفساد.

و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه - و هو أحد الأمور المتفرعة على

القبض بالعقد الفاسد - فهو المعروف، و ادعى الشيخ في باب الرهن و في

موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً،

(مسألة) في أحكام المقبوض بعقد البيع الفاسد، الأول: (لو قبض) المشتري

(ما ابتاعه) مثل الكتاب و المأكولات و الأدوات (بالعقد الفاسد) بانياً على سببية ذلك

العقد للملك بتخيّل صحته، يتفرّع عليه أمور: الأول: أنه (لم يملكه) القابض شرعاً،

(و) الثاني: (كان مضموناً عليه) كما سيأتي بيانه، و الثالث: أنه يجب عليه ردّه إلى

مالكه فوراً مع بقاءه و إلا فمثله إن كان مثلياً، و قيمته إن كان قيميّاً، الرابع: أنه يضمن منافعه

المستوفاة بل غير المستوفاة أيضاً و سيأتي الكلام في جميعها، و المقصود بالبحث فعلاً

هو الأولان.

فـ (أما عدم الملك؛ فلأنه مقتضى فرض الفساد) للعقد؛ لأنّ معنى الفساد هو

عدم ترتّب الأثر الشرعي، عليه كالملكية فهو أي المبيع باقٍ على ملك مالكه،

وكذلك الحال في الثمن، و في الجواهر ج ٢٢ ص ٢٥٦: «بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه

عليه ... الخ».

(و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه) و من كيسه و إن كان بغير اختياره

أعني غير الإتلاف (- و هو أحد الأمور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد - فهو

المعروف) بين الفقهاء (و ادعى الشيخ) الطوسي في المبسوط ج ٢ ص ٢٠٤ (في باب

الرهن و في موضع من البيع) فيه أيضاً ج ٢ ص ١٠٥ (الإجماع عليه صريحاً،

و تبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد.
 و في السرائر: أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب في
 الضمان. و في موضع آخر نسبته إلى أصحابنا.
 و يدل عليه: النبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

وتبعه في ذلك) أي دعوى الإجماع صريحاً (فقيه عصره) الشيخ جعفر كاشف الغطاء
 (في شرح القواعد) المخطوط.

(و) قال ابن إدريس (في السرائر) ج ٢ ص ٢٨٥: «أن البيع الفاسد يجري
 عند المحصلين) من الأصحاب (مجري الغصب في الضمان، و) قال (في موضع
 آخر) من السرائر ج ٢ ص ٣٢٦ (نسبه) أي الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد (إلى
 أصحابنا) الإمامية - كثرهم الله، و هو ظاهر في الإجماع و إن لم يكن صريحاً، و بالجملة
 فنقلوا الإجماع على الضمان متظافراً.

(و يدل عليه) بعد الإجماع بقسميه المنقول و المحصل - كما في الجواهر ج ٢٢
 ص ٢٥٧، الحديث (النبوي المشهور) عند الفريقين و المعمول به عند فقهاءنا، المتقدم
 في ص ٢١٣ بقوله عليه السلام: «: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(١). و هو و إن كان سنده
 في غاية الضعف لكون الراوي عنه عليه السلام هو سمرة بن جندب بن هلال اللعين المعادي له و
 لأهل بيته عليهم السلام وقصة ضرره على الصحابي في حديث «لا ضرر» و وقوفه في وجهه عليه السلام،
 و افتراءه الأكاذيب عليه و شجّه ناقتة، و حثّ الناس على قتال سيد الشهداء عليه السلام

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٧، الودیعة عن عوالي اللثالي، ج ١، ص ٢٢٤، ح ١٠٦ و
 ص ٣٨٩ ح ٢٢ و مسند أحمد بن حنبل، ج ٥، ص ٨؛ و سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٨٠٢ و السنن
 الكبرى للبيهقي، ج ٦، ص ٩٥.

و الخدشة في دلالة: بأن كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدل على الضمان، ضعيفة جداً؛ فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: «عليه دين»؛

معروفة^(١). إلا أن ضعفَ السند منجبرٌ بعمل المشهور به كما أشار إليه الشيخ رحمه الله بناءً على الإنجبار بعمل المشهور.

(و) أما (الخدشة في دلالة: بأن كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي) وهو وجوب الردّ و حرمة التصرف في المأخوذ - كما ذكره الشيخ الطوسي في غصب المبسوط ج ٣ ص ٥٩، والعلامة في التذكرة أيضاً في الغصب ج ٢ في آخر ص ٣٨٢، وفي لقطة المختلف ج ٦ ص ٨٧ - (ف) على فرض ظهورها في الحكم التكليفي (لا يدل على الضمان) الذي هو حكم وضعي، فهذه الخدشة (ضعيفة جداً؛ فإن هذا الظهور للفظ «على» مسلم لكنه (إنما هو إذا أسند الظرف) المستفاد من حرف الإستعلاء (إلى فعلٍ من أفعال المكلفين) كالصلاة كما في قوله تعالى: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾^(٢)، وكالصوم في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾^(٣)، وكالحجّ في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾^(٤) وبالجمله فلفظة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي إذا أسند الظرف إلى فعل من الأفعال (لا) ما إذا أسند (إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: «عليه دين») وكما في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمُؤَدِّهِ

(١) راجع قاموس الرجال، ج ٥، ص ٣١٢، للعالم المحقق الشيخ محمد تقي الشوشتری رحمه الله؛

شرح نهج البلاغة، لابن أبي الحديد، ج ٤، ص ٧٧.

(٢) البقرة: ٢٣٨.

(٣) البقرة: ١٨٣.

(٤) آل عمران: ٩٧.

فإنَّ لفظة «على» حينئذٍ لمجرّد الإستقرار في العهدة، عيناً كان أو ديناً.

و من هنا كان المتّجّه صحّة الإستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة؛ لعدم التمييز «التميّز - خ د» و الشعور. و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله ﷺ في الأمة

رَزَقْنَهُنَّ وَكَسَوْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ^(١) (فإنَّ لفظة «على» حينئذٍ لمجرّد الإستقرار في العهدة)، فيصحّ هنا الإستدلال بها على الضمان (عيناً كان) ذلك المال كما إذا كانت العين المأخوذة بالعقد الفاسد باقيةً لم تُتلف (أو ديناً) أي كلياً في الذمّة كما إذا تلفت العين، فالمراد من الموصول في قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت» هو المال المأخوذ، فيستفاد من لفظة «على» الحكم الوضعي و هو الضمان - بناءً على استقلال الأحكام الوضعية في الجعل و عدم انتزاعها من التكليف - .

(و من هنا) أي من ظهور لفظة «على» في الضمان إذا أسند إلى المال كما في النبوي؛ (كان المتّجّه صحّة الإستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون) أيضاً (إذا لم يكن يدهما ضعيفةً) بحيث لم يصدق الأخذ، (لعدم التمييز «التميّز - خ د») في الطفل، (و) عدم (الشعور) في المجنون فالضمان الذي هو حكم وضعي موجود مع عدم كونهما مكلّفين بالحكم التكليفي أعني وجوب الأداء بل المكلّف به هو الولي؛ وأمّا مع ضعف اليد فالحديث قاصر عن إثبات الضمان إذ لا يصدق حينئذٍ «على اليد ما أخذت» لعدم صدق الأخذ.

(و يدلّ على الحكم المذكور) و هو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد (أيضاً): مضافاً إلى الإجماع و حديث «على اليد» (قوله) أي الإمام الصادق (عليه السلام) في الأمة

المبتاعة إذا وُجدت مسروقة، بعد أن أولدها المشتري: إنه «يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة»، فإنَّ ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولي.

المبتاعة إذا وُجدت) مستحقةً لغير البائع أو (مسروقة، بعد أن أولدها المشتري) أو استخدمها ثم ظفر بها مالكةا و تبين كونها مسروقةً): «إنَّه يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل) أي المشتري الذي استولد الجارية مع العجلة (ولده بالقيمة)» لأنَّ حرَّ تبعاً لوالده و لا يكون عبداً حتَّى يأخذه مالك الأمة، و المقصود من القيمة أنَّه يُفرض الولد عبداً بخصوصياته و يُجعل له قيمة؛ (فإنَّ ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري) إذ هو حرٌّ لانهقاده من نطفة حرٍّ فهو تابع لوالده في الحرية فلا يكون عبداً حتَّى يُعدَّ منفعةً، ففي الواقع لم يستوفه المشتري و ذهب من كيسه، ف ضمان هذا الولد بالقيمة هنا - على المشتري - (يستلزم ضمان الأصل بطريق أولي) لأنَّ إثبات اليد على المنافع تابع لإثبات اليد على العين، و حيث أنَّ الشارع حكم بضمان اليد على ما هو تابع، ف ضمانها على المتبوع يكون بطريق أولى قطعاً، و هذا الحكم وارد في عدة روايات منها صحيحة جميل بن درَّاج عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمَّ يجيء مستحقَّ الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحقَّ و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد، و يرجع على من باعه بضمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه» (١). و بمضمونها مرسله جميل و قد عبَّر فيها بالسرقة كما عبَّر الشيخ عليه السلام، عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جاريةً فأولدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بقيمته» (٢).

(١) الوسائل، ج ١٤، ص ٥٩٢، نكاح العبيد و الإماء، ح ٣.

(٢) نفس المصدر، ح ٥.

و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا كالمتلف، فافهم.

ثم إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة:

(و) إن قلت مورد الرواية ضمان الإتلاف لا التلف غير الاختياري بنفسه؛ لأن استيلاذ الجارية بالوطني من قبيل إتلاف النماء فيدخل في قاعدة: «مَنْ أُلْفَ مَالٌ الْغَيْرِ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» فلا يكون المقام نظيراً لمورد حديث استيلاذ الأمة المسروقة، قلت: نعم (ليس استيلاذها) بالوطني (من قبيل إتلاف) المشتري (النماء) حتّى يدخل في قاعدة «مَنْ أُلْفَ» لأنّ الإتلاف إفناء الموجود و لا يكون ضامناً في صورة التلف بنفسه، لكنه يشبه الإتلاف (بل من قبيل إحداث) المشتري (نمائها غير قابل للملك) بحكم الشارع، (فهو) أي هذا النماء (كالتالف) غير الاختياري (لا كالمتلف) بالاختيار، فيكون مورد الرواية نظير المقام و شبهه أعني المقبوض بالعقد الفاسد، (فافهم) لعلّه إشارة إلى إمكان دعوى صدق الإتلاف عرفاً على مورد الرواية فلا يصحّ الاستدلال بها على المقام، أو أنّه إشارة الى الفرق بين المقام و بين مورد الرواية؛ لأنّ تسلّط المشتري على المبيع في البيع الفاسد حصل من تسليط المالك، و في مورد الرواية حصل من تسليط السارق، فالضمان في موردها لا يستلزم الضمان فيما نحن فيه، و لعلّه إشارة إلى أنّ الولد في مورد الرواية لا يكون ملكاً لصاحب الأمة شرعاً و لا يصدق عليه التلف و لا الإتلاف و إنّما يكون المشتري ضامناً لقيّمته بسبب حكم تعبّدي، و لذا لا يكون ضامناً لآثار منافع الأمة الفاتنة على المالك من حين الشراء إلى زمان ردّها - لعدم كونه غاصباً - كما لم يتعرّض لها في الروايات الدالّة على ضمان قيمة الولد، ف ضمانها المستفاد منها لا يدلّ على ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد فيما نحن فيه.

(ثم إن هذه المسألة) أي المقبوض بالبيع الفاسد (من جزئيات) و صغريات (القاعدة المعروفة) المتفق عليها كما في الرياض، و المجمع عليها كما في جامع المقاصد

«كُلُّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ، وَ مَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» وَ هَذِهِ الْقَاعِدَةُ أَصْلًا وَ عَكْسًا وَ إِنْ لَمْ أَجِدْهَا بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ فِي كَلَامٍ مِنْ تَقَدَّمَ عَلَى الْعَلَامَةِ، إِلَّا أَنَّهَا تَظْهَرُ مِنْ كَلِمَاتِ الشَّيْخِ رحمته الله فِي الْمَبْسُوطِ، فَإِنَّهُ عَلَّلَ الضَّمَانَ فِي غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ: بِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مَضمُونًا عَلَيْهِ.

على ما في غاية الآمال ج ٥ ص ٧٦ للفاضل المامقاني، وَ هِيَ («كُلُّ عَقْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ، وَ) كَلٌّ (مَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ لَا يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ») إِذِ الْمُشْتَرِي إِنَّمَا دَخَلَ فِي الْمَعَامَلَةِ بِعنوان كونه ضامنًا لما يأخذه (وَ هَذِهِ الْقَاعِدَةُ أَصْلًا وَ عَكْسًا) وَ الْمُرَادُ الْعَكْسُ اللَّغَوِي لَا الْعَكْسُ الْمُنَظَّفِي كَمَا لَا يَخْفَى، سواءَ الْعَكْسُ الْمُسْتَوِي أَوْ عَكْسُ النَقِيضِ ^(١)، وَ قَدْ عَبَّرَ فِي بَيْعِ الْجَوَاهِرِ ج ٢٢ ص ٢٥٩ بـ «المفهوم» بِدَلِّ الْعَكْسِ، وَ فِي إِجَارَتِهِ ج ٢٧ ص ٢٥٢ بـ «السَّالِبَةُ» - (وَ إِنْ لَمْ أَجِدْهَا بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ فِي كَلَامٍ مِنْ تَقَدَّمَ عَلَى الْعَلَامَةِ) رحمته الله، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رَهْنِ التَّذَكُّرَةِ ج ٢ ص ٣٢: «إِذَا فَسَدَ الرِّهْنُ وَقَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَهُ بِحُكْمِ أَنَّهُ رَهْنٌ، وَ كَلٌّ عَقْدٌ كَانَ صَحِيحَهُ غَيْرَ مَضمُونٍ فَفَاسِدُهُ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَ كَلٌّ عَقْدٌ كَانَ صَحِيحَهُ مَضمُونًا فَفَاسِدُهُ مِثْلُهُ أَمَّا الْأَوَّلُ - كَذَا فِي التَّذَكُّرَةِ وَ الصَّحِيحِ «الثَّانِي» - فَلَا نَّ الصَّحِيحَ إِذَا أَوْجَبَ الضَّمَانَ فَالْفَاسِدُ أَوْلَى بِاقْتِضَائِهِ، أَمَّا الثَّانِي - وَ الصَّحِيحُ الْأَوَّلُ - فَلَا نَّ مَنْ أَثْبَتَ الْيَدَ عَلَيْهِ أَثْبَتَهُ عَنْ إِذْنِ الْمَالِكِ، وَ لَمْ يَلْتَزِمْ بِالْعَقْدِ ضَمَانًا... الخ» (إِلَّا أَنَّهَا) أَي هَذِهِ الْقَاعِدَةُ (تَظْهَرُ مِنْ كَلِمَاتِ الشَّيْخِ) الطُّوسِي رحمته الله فِي الْمَبْسُوطِ، فَإِنَّهُ عَلَّلَ الضَّمَانَ فِي غَيْرِ وَاحِدٍ وَ فِي كَثِيرٍ (مِنَ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ: بِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مَضمُونًا عَلَيْهِ) ^(٢) بِمَعْنَى أَنَّهُ أَخَذَهُ فِي قِبَالِ ضَمَانِهِ.

(١) رَاجِعْ هَدَى الطَّالِبِ لِسَيِّدِنَا الْأَسْتَاذِ الْمُرُوجِّ رحمته الله، ج ٣، ص ٥٧.

(٢) رَاجِعْ الْمَبْسُوطَ، ج ٢، ص ١٢٦ الْبَيُوعِ وَ ج ٣، ص ٥٨، ٦٥، ٦٨، ٨٥، ٨٩، الْغَصْبِ وَ ص ٢٤٣ الْإِجَارَاتِ.

و حاصله: أَنَّ قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوضٍ واقعي أو جعلي موجب للضمان، و هذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة الَّتِي تضمن بصحتها.

و ذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أَنَّ صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف يُضمن بفاسده؟، و هذا يدلُّ على العكس المذكور.
و لم أجد من تأمل فيها، عدا الشهيد في المسالك فيما

(و حاصله) أي حاصل هذا التعليل للضمان - في كثير من العقود الفاسدة - (: أَنَّ قبض المال) و وضع اليد عليه (مُقَدِّماً على) التعهّد بالبدل و (ضمانه بعوضٍ واقعي) كما في المقبوض بالسوم و في حال مقدّمات المعاملة (أو) عوض (جعلي) مسمّى من قِبَل المتعاملين كما في العقود المعاوضيّة الصحيحة كالبيع (موجب للضمان، و هذا المعنى) أي الإقدام و الدخول بانياً على الضمان (يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة الَّتِي تضمن بصحتها) كالبيع و الصلح المتضمّن للعوض و الهبة المشروطة فيها العوض كما سيأتي.

(و) كذلك يظهر من كلام شيخ الطائفة في رهن المبسوط ج ٢ ص ٢٠٤، عكس القاعدة و هو «كلّ ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده»؛ فإنّه (ذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أَنَّ صحيحه لا يوجب الضمان، فكيف يُضمن بفاسده؟، و هذا) الكلام (يدلُّ على العكس المذكور) كما ذكرنا، فقد تحصّل من كلام الشيخ رحمه الله إستظهار أصل القاعدة و عكسها، وإن كان التعبير فيه مغايراً لتعبير العلامة و من تأخّر عنه.

(و لم أجد) من الفقهاء (من تأمل فيها) أي استشكل في قاعدة «ما يُضمن بصحيحه ... الخ» (عدا الشهيد) الثاني (في المسالك) ج ٦ ص ١٠٩ و ص ١١٠ (فيما

لو فسد عقد السبق فهل «في أنه - خ د» يستحق السابق أجره المثل أم لا؟
و كيف كان، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً، ثم بيان المدرك فيها.

فنقول و من الله الاستعانة: إنَّ المراد بـ «العقد»

لو فسد عقد السبق فهل «في أنه - خ د» يستحق السابق من المتسابقين بالخیل و نحوها (أجرة المثل أم لا؟) مع أنَّ مقتضى القاعدة الإستحقاق فإنَّه من مصاديق «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» فنقل إله مختار العلامة و جماعة من المتأخرين بوجود أجرة المثل في عقد السبق الفاسد مستدلين بقاعدة «ما يضمن»، ثم قال: «وقاعدة أنَّ كلَّ ما كان صحيحه موجباً للمسمى ففساده موجبٌ لأجرة المثل لا دليل عليها كليَّةً، بل النزاع واقع في بعض مواردھا، فكلَّ ما لا إجماع، و لا دليل صالح يدلُّ ثبوت شيءٍ فالأصل يخالف مدَّعي القاعدة»، هذا ولكنَّه يظهر من مواضع من المسالك و كذا بيع شرح اللمعة تسليمه للقاعدة و كليَّتها^(١).

(و كيف كان) سواء وجدت هذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة أم لا؟ و سواء تمّ تأمل الشهيد في عمومها أم لا؟ (فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً) و تشخيص مواردھا و خصوصياتھا (ثم بيان المدرك فيها) فإنَّ القاعدة بهذا اللفظ و العنوان لم ترد في رواية و دليل.

(فنقول و من الله الاستعانة: إنَّ المراد بـ «العقد») الَّذي هو المصداق لِـ «ما» الموصولة في قولهم «كلَّ ما يضمن، و كلَّ ما لا يضمن»، هو كلَّ ما يشتمل على المعاوضة

(١) راجع المسالك ج ٥، ص ١٣٩ في حكمه بعدم ضمان المستعير إذا كان محرماً؛ و شرح اللمعة، ج ٣، ص ٢٦٥ في المسألة الخامسة، في اشتراط العلم بالثمن.

أعمّ من الجائز و اللازم، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة و الخلع.

و المراد بالضمان في الجملتين: هو كون دَرَكَ المضمون عليه، بمعنى كون خسارته و دَرَكَه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصانٌ فيه؛ لوجوب تداركه منه.

و المبادلة بين شخصين (أعمّ من الجائز) كالهبة المشروط فيها العوض (و اللازم) كالبيع و الإجارة، (بل) أعمّ (ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة) الّتي قوامها بالجاعل، و ليس الطرف الآخر و هو العامل معلوماً أصلاً، بل هو كلّ من اشتغل بالعمل، فلذا يجوز له بعد الشروع فيه رفعُ اليد عن إتمامه فهو بالإيقاع أشبه، (و) كذلك (الخلع) فإنّه عبارة عن بذل مال كالصداق أو غيره من الزوجة ليُطلّقها الزوج سواء قَبِلَ الزوج البذلَ و الطلاق أم لا.

(و المراد بالضمان في الجملتين) في الأصل و العكس (: هو كون دَرَكَ المال (المضمون) و تلافي خسارة تلفه (عليه) أي على الضامن و مِن كيسه، (بمعنى كون خسارته) «المضمون» (و دَرَكَه في ماله الأصلي) أي المال الّذي كان يملكه قبل العقد، في مقابل المال الفعلي الّذي دخل في ملكه و حَصَلَه بالعقد، مثلاً إذا باع زيد ثوباً من عمرو بألف تومان، فالثوب هو المال الأصلي لزيد و الألف تومان ماله الفعلي الحاصل له بالبيع، و الحال في المشتري و هو عمرو بالعكس فإنّ الألف تومان ماله الأصلي و الثوب ماله الفعلي (فإذا تلف) المضمون في يد الضامن، و هو الثمن بالنسبة إلى البائع، و المبيع بالنسبة إلى المشتري (وقع نقصانٌ فيه) أي في ماله الأصلي (لوجوب تداركه منه) أي تدارك الضامن المضمونَ من ماله الأصلي، فلو تلف المبيع في يد المشتري يجب عليه ردّ الثمن المسمّى إلى البائع إن كان البيع صحيحاً، و كذا بدله من المثل أو قيمه إن

و أما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يُتلف مملوكاً له - كما يتوهم - ،
فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إِنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله.

كان فاسداً، وهكذا الحال في البائع إذا تلف الثمن في يده فيجب عليه ردّ المبيع بعينه في البيع الصحيح و يبدله في الفاسد.

(و أما) الضمان بمعنى (مجرد كون تلفه) أي تلف المضمون - كالمبيع في يد المشتري - يقع (في ملكه) أي ملك الضامن (بحيث يُتلف) المضمون (مملوكاً له) «الضامن» (- كما يتوهم - ، فليس هذا معنى للضمان أصلاً) لا لغةً ولا إصطلاحاً في العرف، (فلا يقال: إِنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله) التي في يده أو لما حصله بمعاملة أو نماء ملكٍ ونحو ذلك.

أقول: والمتوهم هو سلطان العلماء في حاشيته على قول الشارح «كلّ عقد يُضمن بصحيحه» في شرح اللعة ج ١ ص ٣٢٢ طبع عبدالرحيم، قال: أي كما يُضمن المشتري مثلاً بصحيحه لو فات «المبيع» في يده بمعنى أنّه يذهب من ماله و يلزم عليه إيصال الثمن إلى البائع، كذلك المشتري يضمن بفاسده و يلزم عليه ردّ المبيع (أي بدله) و إيصاله إلى البائع مع نمائه، وكذا في سائر العقود اللازمة فيعتبر ما قلنا في حقّ الموجر والمستأجر و أمثالهما انتهى.

هذا ولكنّ المحقق المامقاني في غاية الآمال ج ٥ ص ٨٤ نسب هذا التفسير للضمان إلى العالم الجليل الشيخ عليّ في حواشي الروضة «شرح اللعة» و نقل تمام كلامه، إلّا أنّي لم أعر عليه هناك - و قد نظرت تمام الحواشي - و يحتمل أنّه أراد الشيخ عليّ بن الشيخ محمّد ابن الشيخ حسن - صاحب معالم الأصول - ابن الشيخ زين الدين «الشهيد الثاني»؛ فإنّ له كتاباً مبسوطاً في مجلّدين باسم «الزّهرات الزّوية في الروضة البهيّة»، وله كتاب باسم «الدرّ المنثور من الخبر المأثور» ذكر ترجمة نفسه فيه و هذا غير

ثمّ تداركه من ماله، تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح.

و أخرى بأداء عوضه الواقعي، و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه.

«الدرّ المنشور» في التفسير للسيوطي (١).

(ثمّ) إنّّه قد يُتَوَهّم اختلاف معنى الضمان في جملتي «ما يضمن بصحيحه» و «ما يضمن بفاسده» ففي الأوّل الضمان في العقد الصحيح يكون بالبدل المسمّى المجعول من قبَل المتعاملين، ولكن في العقد الفاسد يكون بالبدل الواقعي من المثل في المثلي أو القيمة في القيمي، فأشار الشيخ رحمه الله إلى جواب هذا التوهم: بأنّ الضمان في جميع الموارد بمعنى واحد، و هو وجوب تدارك المضمون من ماله الأصلي، غاية الأمر أنّ (تداركه من ماله، تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي) من المتعاملين و هو المسمّى (الذي تراضى هو) أي الضامن (و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع) فيتدارك المال المضمون بدفع الضامن ذلك العوضَ إلى الطرف المقابل (كما في المضمون بسبب العقد الصحيح) فيدفع البائع عين المبيع إلى المشتري و يتخلّص عن الضمان، وكذلك يدفع المشتري عين الثمن إلى البائع و يتخلّص عن الضمان.

(و) تارةً (أخرى) يكون التدارك (بأداء عوضه الواقعي، و هو المثل أو القيمة) كما في المضمون بسبب العقد الفاسد إذا تلف عين المال، وأمّا مع بقائه فيجب ردّ عينه إلى مالكة (و إن لم يتراضيا عليه) أي على هذا التدارك.

(١) راجع الذريعة إلى تصانيف الشيعة، ج ١٢، ص ٦٧ و ج ٨، ص ٧٦.

و ثالثةً بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنّ هذا هو التدارك حقيقةً، و لذا لو اشترط ضمان العارية لزِم غرامة مثلها أو قيمتها.

(و ثالثةً) يكون التدارك (بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم) و هو الشهيد الثاني في المسالك ج ٦ ص ٦٣ و المحقق الكركي في جامع المقاصد ج ٩ ص ١٧٨ (في بعض المقامات مثل تلف) مال (الموهوب بشرط التعويض) في يد المتهب (قبل دفع العوض) إلى الواهب، مثلاً إذا وهب زيد كتاباً لعمرو في مقابل قلمٍ، و دفع الكتاب إليه لكنّه لم يقبض القلم و تلف الكتاب في يد عمرو فهل يجب على عمرو أن يدفع نفس القلم أو ما هو الأقلّ قيمةً منه و من المثل و القيمة فرجّح الشهيد في المسالك، الأقلّ.

أقول: و فيه أنّه قد سلّط الواهب و هو زيد المتهب على إتلاف الكتاب بهذا العوض الخاصّ و هو موجود، فيجب عليه أن يدفعه عوضاً عن الكتاب سواء كان أقلّ قيمةً أو أكثر.

(فإذا ثبت هذا) و هو أنّ المراد من الضمان هو تدارك المضمون إمّا بالعوض المسمّى أو بالواقعي أو الأقلّ منهما (فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق) أي من غير تقييد بنوع خاصّ كأن يقال: «هو ضامن» (هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي)؛ فإنّه المنصرف إليه الإطلاق؛ (لأنّ هذا هو التدارك حقيقةً) بنظر العرف (و لذا لو اشترط) المالك (ضماناً العارية) على المستعير (لزم غرامة مثلها أو قيمتها) فإن كانت قيمته

و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات - من المغصوبات و غيرها - عدا لفظ «الضمان» بقولٍ مطلق.

و أمّا تداركه بغيره، فلا بدّ من ثبوته من طريقٍ آخر، مثل تواطئهما عليه بعقدٍ صحيحٍ يُمضيه الشارع.

فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى

كالحيوان و الفرش المعمول باليد = دست بافت، يجب دفع قيمتها، وإن كانت مثليّةً كالحبوبات يجب دفع مثلها، (و لم يرد) تفسير مخصوص (في أخبار ضمان المضمونات - من المغصوبات و غيرها -) كالعارية المضمونة، أو التالفة بالتعدّي أو التفريط (عدا لفظ «الضمان» بقولٍ مطلق) كما في رواية حمّاد بن عيسى عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام: «... لأنّ الغصب كلّهُ مردود»^(١)، و مثل ما ورد في التوقيع في الوديعة مع التفريط في الحفظ، بقوله عليه السلام: «هو ضامنٌ لها إن شاء الله»^(٢).

(و أمّا تداركه بغيره) أي تدارك المضمون بغير العوض الواقعي من المثل أو القيمة كعوض معيّن خاصّ (ف) لا يستفاد من نفس دليل الضمان بل (لابدّ من ثبوته من طريقٍ آخر، مثل تواطئهما) و توافقهما مع الرضا (عليه بعقدٍ صحيحٍ يُمضيه الشارع) كالصلح مثلاً.

و على ما ذكرنا (فاحتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى) المجعول من قَبيلهما في نفس العقد الفاسد

(١) الوسائل، ج ١٧، ص ٣٠٩، الغصب.

(٢) الوسائل، ج ١٣، ص ٢٢٩، الوديعة.

- نظير الضمان في العقد الصحيح - ضعيف في الغاية، لا لأن ضمانه بالمسمى يُخرجه عن فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية - نظير المعاطاة على القول بالإباحة - بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان وأن التدارك بالمسمى في الصحيح لإمضاء الشارع ماتواطئاً على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك

(- نظير الضمان في العقد الصحيح -) كما احتمله الشيخ كاشف الغطاء في شرح القواعد على ما أفاده المحقق المامقاني في غاية الآمال ج ٥ ص ٩٠ (ضعيف في الغاية، لا لأن ضمانه بالمسمى يُخرجه عن فرض الفساد)؛ يعني ليس وجه ضعف هذا الإحتمال هو أن الضمان بالعوض المسمى في العقد الفاسد يُخرج العقد من فرض كونه فاسداً ويجعله صحيحاً، بتوهم أن تعيين المسمى ملازم لصحة العقد لا محالة؛ (إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين) المجعولين (على ملك مالكة) الأصلي (و إن كان عند تلف أحدهما يتعين) العوض (الآخر) الموجود (للعوضية - نظير المعاطاة على القول بالإباحة -) فكما لا يحصل الملك للمتعاطيين على القول بإفادتها الإباحة، و مع ذلك لو تلف أحدهما يتعين العوض الآخر للعوضية و يصير ملكاً لمن في يده كما تقدّم ص ٢٠٨ فكذلك نقول فيما نحن فيه، (بل) الوجه في ضعف الإحتمال المذكور (لأجل ما عرفت من معنى الضمان) و مفهومه، من أن الضمان بقول مطلق هو التدارك بالعوض الواقعي من المثل أو القيمة، (و أن التدارك بالمسمى في) العقد (الصحيح) إنما هو (لإمضاء الشارع ماتواطئاً على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك) التغاير

تفكيراً في العبارة: فافهم.

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفرادها مثل

البيع والصلح والإجارة ونحوها؛

(تفكيراً في العبارة) المذكورة في القاعدة بين معنى جملة «ما يضمن بصحيحه» وبين جملة «يضمن بفاسده» **(فافهم)** لعلّه إشارة إلى أنّ نفس إمضاء الشارع ما توطأنا على عوضيّته، و عدم إمضاءه للعقد الفاسد يوجب التفكير في معنى الضمان فإنّه في الأول بمعنى التدارك بالعوض المسمّى ولو بقريئة توطأتهما وإمضاء الشارع له، وفي الثاني بمعنى التدارك بالعوض الواقعي ولو بقريئة انصراف لفظ الضمان في ذلك عرفاً.

هذا تمام الكلام في معنى الضمان الوارد في القاعدة، **(ثمّ)** يقع الكلام فيما هو المراد من **(العموم في العقود)** المدلول عليه بكلمة «كلّ» في قولهم: «كلّ عقد يضمن» أو كلمة «ما» الموصولة في قولهم: «ما يضمن...» التي هو أيضاً مفيد للعموم، فإنّ العقد عنوان مشير إلى المعاملة القائمة بطرفين سواء تضمّن معاوضة كالبيع والإجارة أم لا كالهبة والعارية والوديعة في أكثر أصنافها، وله احتملات ثلاثة: الأول: أن يكون المراد بالعقد، بحسب الأنواع كالبيع والإجارة والصلح والهبة، الثاني: بحسب الأصناف كبيع الصرف والسلم والحيوان والثمار، الثالث: بحسب الأفراد وهي أشخاص العقود الكثيرة الواقعة في الخارج بإنشاء المتعاقدين.

والشيخ رحمه الله أراد هنا بيان أنّ المراد من العقد في القاعدة المذكورة أصلاً وعكساً، هو الصنف من كلّ نوع دون نفس الأنواع، ولا الأفراد، فالمراد كلّ صنف من أنواع العقود الذي يضمن بصحيحه وفاسده كما سيوضح لك ذلك فقال: **(ليس)** المراد من العقود **(باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفرادها مثل البيع والصلح والإجارة ونحوها)؛**

لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان، وإنَّما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يُضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لا يوجب الضمان؛ لأنَّه قد لا يفيد إلاَّ فائدة الهبة الغير المعوّضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضاً، ولا يلتفت إلى أنَّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يُضمن بفاسده، وكذا الكلام في الهبة المعوّضة،

و الوجه في عدم كون المراد من العموم في العقود هو خصوص الأنواع (لجواز كون نوع) من هذه الأنواع المختلفة (لا يقتضي به) حسب (نوعه الضمان) كالصلح والهبة والعارية، (وإنَّما المقتضي له بعضُ أصنافه) فقط - مثل خصوص الصلح المشتمل على العوض - (ف) القاعدة تجري في هذا الصنف؛ لأنَّ (الفرد الفاسد من ذلك الصنف يُضمن به) كما يُضمن بصحيح هذا الصنف، (دون الفرد الفاسد) والصحيح (من غير ذلك الصنف) كالصلح المحاباتي الذي يكون كالهبة لا يشتمل على العوض - ولهذا قال ﷺ: (مثلاً الصلحُ بنفسه) بحسب النوع (لا يوجب الضمان؛ لأنَّه قد لا يفيد إلاَّ فائدة الهبة الغير المعوّضة) أي الهبة المجانيّة، (أو) لا يفيد إلاَّ (الإبراء) الذي هو إفراغ الذمّة بدون العوض، (فالموجب للضمان) إنَّما (هو) الصنف (المشتمل على المعاوضة) من الصلح (فالفرد الفاسدُ من هذا القسم موجب للضمان أيضاً) كما يجاب الفرد الصحيح منه، له (و لا يلتفت إلى أنَّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو) - و بعنوانه المطلق - (لا يوجب ضماناً فلا يُضمن بفاسده) أيضاً (و كذا الكلام في الهبة) فإنَّ صنف (المعوّضة) منها يوجب الضمان بصحيحه و فاسده، و أمّا نوع الهبة بعنوانها المطلق لا يوجب الضمان لا بصحيحه و لا بفاسده،

وكذا عارية الذهب والفضة.

نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المُحَرَّم: أنَّ صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يُضمن بفاسدها. ولعل المراد عارية غير الذهب والفضة، وغير المشروط ضمانها.

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه؛

(وكذا) الحال في العارية، فإنَّ الصنف الخاصَّ منها هي (عارية الذهب والفضة)، وكذا خصوص العارية المضمونة، توجب الضمان بصحيحها وفاسدها لكونه مشمولاً للقاعدة مع أنَّ نوع العارية - بعنوانه المطلق - لا يوجب الضمان لا صحيحها ولا فاسدها.

(نعم، ذكروا) أي بعض الفقهاء كالشَّهيد الثاني وغيره كما سيأتي (في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المُحَرَّم) من المحلّ - في حال الإحرام - (أنَّ صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يُضمن بفاسدها. ولعل المراد) من عدم الضمان هو (عارية غير الذهب والفضة، وغير المشروط ضمانها) أي بحسب نوع العارية لا الصنف كما تقدّم، ولا يخفى أن مسألة استعارة المُحَرَّم للصيد، خلافية، فقال المحقّق في الشرائع ج ٢ ص ٢٠٢ بالضمان وكذا صاحب الجواهر في ج ٢٧ ص ١٦٤؛ وذلك لعدم جواز أخذ المُحَرَّم الصيد فهو ضامن لمالكه المحلّ كما في العارية المضمونة، ولكن قال الشَّهيد الثاني في المسالك ج ٥ ص ١٣٩ بعدم الضمان وكذا الشَّيخ المحدث البحراني في الحقائق ج ٢١ ص ٤٨٩ والسَّيّد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٥٦ و سيأتي الكلام فيه ٤٢٧.

(ثم) يقع الكلام في موضوع آخر وهو أن (المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه) أي بمقتضى نفس العقد وطبعه كما في البيع، فهل يقتصر عليه، أم يكفي في وجوب الضمان كونه بمقتضى الشرط؟ كشرط الضمان في عقد العارية والوديعة - حتى بدون التفريط والتعدي - فإنه مشمول لقوله ﷺ: «المؤمنون عند

فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكالاً؛ كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأنَّ صحيحه يضمن به ولو لأجل الشرط، أم لا؟؛ و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة.

شروطهم»^(١)، (فلو اقتضاه) «الضمان» (الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي) تحقق هذا (الضمان) العارضي (بالفاسد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكالاً؛ كما لو استأجر إجارة فاسدة) لاختلال بعض الشروط فيها، (و اشترط) الموجد (فيها ضمان العين) المستأجرة على المستأجر، كما إذا أجرة زيد سيارته لعمرو، و شرط عليه أن يكون ضامناً لها - حتى بدون التعدي و التفريط - كما هو ضامن لأداء مال الإجارة، (و قلنا بصحة هذا الشرط) - العارضي - بدليل قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» المتقدم آنفاً، (فهل يضمن) المستأجر العين (بهذا الفاسد لأنَّ صحيحه) أي صحيح عقد الإجارة المشروطة (يضمن به ولو لأجل الشرط، أم لا؟) يكون ضامناً للعين؛ لعدم شمول القاعدة إلا ما كان الضمان بمقتضى طبع العقد؟ (و كذا الكلام) و الإشكال (في الفرد الفاسد من العارية المضمونة) مع أنه لا إشكال في ضمان العين بسبب الشرط في العارية إذا كانت صحيحة، مع أن عقد العارية بطبعه لا يوجب الضمان لأنَّ يد المستعير يد أمانية كما في الإجارة بالنسبة إلى العين، في صورة عدم التعدي و التفريط.

(١) الوسائل، ج ١٥، ص ٣٠ المهور؛ التهذيب، ج ٧، ص ٤٢٩ ح ٤٦٠.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً، تبعاً لظاهر المسالك. و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل؛ بناءً على أنها هبة مشروطة لا معاوضة.

و ربّما يُحتمل في العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود يُضمن به لو كان صحيحاً يُضمن به مع الفساد.

(و يظهر من) السيّد عليّ الطباطبائي في (الرياض) ج ١ ص ٦٢٥ (اختيار الضمان بفاسدها) أي بفاسد العارية المضمونة (مطلقاً) أي حتّى فيما نشأ الضمان من الشرط كالمقام، (تبعاً لظاهر) كلام الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٥ ص ١٤١ و ١٤٢ (و يمكن جعل الهبة المعوضة) أيضاً (من هذا القبيل) فيقال بالضمان فيها إذا كانت فاسدة باختلال شرط من شروط الصحة، وذلك إستناداً إلى القاعدة أيضاً؛ فإنّ صحيحها موجب للضمان ولو بمعونة الشرط (بناءً على أنها هبة مشروطة لا عقد) (معاوضة) مستقلة، وأمّا إذا كانت معاوضةً فاقتضاؤها للضمان في الفاسد والصحيح، يكون بمقتضى ذات العقد لا بسبب الشرط.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله رجع إلى تمام البحث المتقدّم و هو تحقيق أنّ العموم في القاعدة هل هو باعتبار النوع أو الصنف أو الأفراد، وقد رجّح الصنف واستشكل في النوع، و بقي التعرّض لاحتمال إرادة الأفراد، وكان الأولى ذكر هذا التتميم هناك (و) بالجملة (ربّما يُحتمل في العبارة) أي عبارة «كلّ ما يُضمن ... الخ» (أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود يُضمن به لو كان صحيحاً يُضمن به مع الفساد) و هذا الإحتمال المذكور في الجواهر ج ٢٧ ص ٢٤٧، و حاصله أنّ الشهيد الثاني في المسالك ج ٥ ص ١٨٤ جعل المدار في عموم القاعدة باعتبار أشخاص العقود و أفرادها فكلّ فرد من افراد العقود إن اقتضى الضمان على فرض صحّته، اقتضاه على فرض فسادها أيضاً، وإن لم يقتض هذا

و يترتب «و رتب - خ د» عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لأجرة كما اختاره الشهيدان، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد.

الفرد الضمان على تقدير صحته، لم يقتضه على تقدير فساده أيضاً (و يترتب عليه) كذا في بعض النسخ وفي الأكثر «و رتب» أي على هذا الاحتمال (عدم الضمان في) بعض أفراد الإجارة وهو (ما لو استأجر) أحد شخصاً على عمل كالبنية والخياطة (بشرط أن لأجرة) على عمله وقبل الأجير - المسكين - هذا الشرط (كما اختاره) «عدم الأجرة» (الشهيدان) الشهيد الأول في حواشيه على القواعد (المخطوط) كما نقله المحقق الكركي في جامع المقاصد ج ٧ ص ١٢٠ والشهيد الثاني في المسالك ج ٥ ص ١٨٤ واستحسنه.

و وجه صاحب الجواهر ج ٢٧ ص ٢٤٧ هذه الفتوى بكونها من مصاديق قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» بتقريب أن عبارة «كل ما لا يضمن» عنوان مشير إلى أشخاص العقود وأفرادها الصادرة في الخارج، فكل فرد من أفراد العقود لا يقتضي الضمان لو كان صحيحاً كالهبة فهو لا يقتضي الضمان إذا كان فاسداً، والإجارة الفاقدة للأجرة باطلة شرعاً لأن حقيقة الإجارة هي تملك المنفعة بعوض فخلوها عن الأجرة منافٍ لحقيقتها، لكن هذه الإجارة مشمولة لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه» لأنه لو كانت صحيحة لم تكن مُضمَّنة فكذا على تقدير فسادها، وكذلك الحال في فرع ثانٍ نظير هذا، وهو ما أضافه المحقق الكركي في جامع المقاصد ج ٧ ص ١٢٠ و ١٢١ بقوله (أو باع بلا ثمن) فإنه أيضاً منافٍ لحقيقة البيع الذي هو «مبادلة عين بمال» فيكون هذا البيع باطلاً إلا أنه لا يوجب الضمان إذ لو كان صحيحاً لم يكن مُضمَّناً فكذلك جال فساد، (كما هو) أي عدم الضمان في مسألة البيع (أحد وجهي العلامة في القواعد) ج ١ ص ١٣٤، والوجه الآخر في كلامه، الضمان لأن نوع البيع الصحيح يوجب

و يُضَعَّف: بأنَّ الموضوع هو العقد الَّذي يوجد «وُجد - خ د» له بالفعل صحيح و فاسد، لا ما يُفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً، فالمتعین بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع؛ لأنَّ البيع الصحيح يُضمن به. نَعَمْ، ما ذكره بعضهم

الضمان فكذا فاسده، فيندرج في أصل القاعدة لا في عكسها.

(و يُضَعَّف) كون المراد من العموم للعقود هو الأشخاص و الأفراد (بأنَّ الموضوع) في القاعدة المبحوث عنها (هو العقد الَّذي يُوجد «وُجد - خ د» له) في الخارج قسماً (بالفعل) أحدهما (صحيح و) الآخر (فاسد)، و يكون الفاسد تابعاً للصحيح في الضمان (لا ما) يكون هناك فرد واحد (يُفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً) إذن لا وجه لإرادة الشخص من العقد ضرورة عدم تحمّل الفرد و الشخص الواحد - الموجود خارجاً - للإتصاف - بالفعل - بوصفين متقابلين هما الصّحة و الفساد بل ما يوجد في الخارج إمّا صحيح و إمّا فاسد فقط، و على هذا فلا بدّ و أن يكون الإستغراق و العموم إمّا بحسب النوع، أو بحسب الصنف، و قد تقدّم الإشكال في إرادة النوع فتعيّن إرادة الصنف لا محالة، و على هذا (فالمتعین بمقتضى هذه القاعدة) هو (الضمان في مسألة البيع) بلا ثمنٍ الَّذي هو باطل و فاسد؛ (لأنَّ البيع الصحيح) بصنف البيع و نوعه (يُضمن به) فكذا فاسده، و كذلك الحال في مسألة الإجارة بلا أجر، فإنّها فاسدة إذ حقيقة الإجارة كما تقدّم آنفاً ص ٤٠٢ هو «تمليك المنفعة بعوضٍ معلوم» فخلّوها عن الأجرة موجب لفسادها، و صحيح الإجارة مضمّنةً فكذا فاسدها.

ثمّ استدرك الشيخ رحمه الله على قوله: «فالمتعین ... الضمان في مسألة البيع ... الخ» و قال: (نَعَمْ، ما ذكره بعضهم) و هو الشهيد الثاني صريحاً من كلامه الآتي ص ٤٠٨ عند الكلام في مدرك القاعدة و كذا سيأتي استفادته من كلام الشيخ الطوسي،

من التعليل لهذه القاعدة بأنه أقدم على العين مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع، لكنّ الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها.

ثمّ إنّ لفظة «الباء» في «بصحيحه» و «بفاسده»، إمّا بمعنى «في»، بأن يراد كلّ ما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده، وإمّا

(من التعليل لهذه القاعدة: «بأنّه أقدم على العين مضمونة عليه» لا يجري في هذا الفرع) وكذا لا يجري في مسألة الإجارة بلا أجر، (لكنّ الكلام) فعلاً (في معنى القاعدة) وتفسير مفرداتها (لا في) ما جعلوه (مدركها)، وهذا الإستدراك إشارة إلى ما ذكر في مسألتي البيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، من أنّ القول بالضمان فيهما إنّما هو على تقدير صدق عنواني البيع والإجارة عرفاً على المثاليين، وأمّا إذا قيل بالتجوّز في الصيغة فيهما ببيان أن قوله: بعثك بلا ثمن، إنشاء للهبة بهذه الصيغة مجازاً ولا يكون إنشاء للبيع أصلاً كما أنّ قوله: إستأجرتك بلا أجر طلب للهبة بعمله وقبول الأجير قبول للإهداء، وكذا قوله: آجرتك الدار بلا أجر، إنشاء للعارية مجازاً بهذا اللفظ فالمسألتان أجنبيّتان عن المقام؛ لصحّة الهبة والعارية ولا ضمان أصلاً^(١). هذا تمام الكلام في إثبات كون العموم في العقود من باب الإستغراق بحسب الصنف دون النوع والأفراد.

(ثمّ) إنّ هنا بحثاً خامساً في قاعدة «ما يضمن» وهو (إنّ لفظة «الباء» في «بصحيحه» و «بفاسده»، إمّا) ظرفيّة (بمعنى «في») كما في قوله تعالى: ﴿إِلَّا آل لُوطَ نَجَّيْنَاهُمْ بِسَحَرٍ﴾^(٢) أي في سحر، (بأن يراد) من القاعدة (كلّ ما تحقّق الضمان في صحيحه تحقّق في فاسده) أيضاً (و إمّا) سببيّة كما في قوله تعالى: ﴿فَكَلَّا أَخَذْنَا

(١) راجع هدى الطالب، ج ٣، ص ٩٦.

(٢) القمر: ٣٤.

لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة؛ فإنَّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السَّلَم و الصَّرْف، بل مطلق البيع، حيث إنَّ المبيع قبل القبض مضمونٌ على البائع، بمعنى أنَّ دَرَكه عليه، و يتداركه برَدَ الثمن؛ فتأمل.

يَذَنِّهُ^(١) ولكن لا السببية التامة بل (المطلق السببية) أعم من التامة و الناقصة (الشامل للناقصة) فلا يختص الضمان بالسببية التامة، و بالجملة فالباء للسبب الَّذي قد ينفك عن المسبب (لا العلة التامة) للضمان و ذلك (فإنَّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في) بيع (السَّلَم) بالنسبة إلى قبض الثمن بيد البائع (و) بيع (الصَّرْف) فإنه ما لم يتقابض النقدان لم يكن ضمان، أصلاً (بل مطلق البيع، حيث إنَّ المبيع قبل القبض مضمونٌ على البائع) فيكون تلفه من كيسه (بمعنى أنَّ دَرَكه عليه) لا على المشتري (و يتداركه) أي يتدارك البائع المبيع التالف (برَدَ) نفس (الثمن) إلى المشتري إن كان باقياً، و إلا فمثله أو قيمته، (فتأمل) لعلَّه إشارة إلى أنَّ الضمان الَّذي بمعنى تدارك مال الغير، أجنبي عن كون تلف المبيع قبل القبض من مال البائع لأنَّه بالتلف ينسخ البيع و بالطبع يتلف المبيع من مال مالكه و هو البائع و هذا ليس من الضمان في شيء لأنَّ التالف ملكه، لا أنَّ عليه تداركه، فقلوه: «بل مطلق البيع» من جعل عقد مطلق البيع مُضمناً غير صحيح، و بالجملة فتلف المبيع قبل القبض في عهدة البائع لا ينافي كون العقد سبباً تاماً لضمان المشتري في غير بيع السَّلَم و الصرف، نعم العقد فيهما سبب ناقص للضمان لأنَّ القبض أيضاً دخیل فيه فقبله لا يكون ضمان على المشتري، فالعقد جزء السبب له و الجزء الآخر القبض.

و كذا الإجارة و النكاح و الخلع؛ فإنَّ المال في ذلك كله مضمونٌ على مَنْ انتقل عنه إلى أن يتسلَّمه من انتقل إليه.

و أمَّا العقد الفاسد، فلا يكون علةً تامَّةً أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً؛ إمَّا لأنَّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الَّذي هو سببٌ للضمان، و إمَّا لأنَّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ و لذا

(و كذا) الحال في (الإجارة و النكاح و الخلع؛ فإنَّ المال في ذلك كله) غير مضمون على المنتقل إليه بل هو (مضمونٌ على مَنْ انتقل عنه إلى أن) يتحقَّق القبض (و يتسلَّمه من انتقل إليه) ففي الإجارة لو تلفت الأجرة في يد المؤجر - في إجارة الأعمال - كان تلفه من كيسه لا من مال الأجير العامل، و كذلك في النكاح لو تلف المهر في يد الزوج، و كذا لو تلف عوض الخلع في يد الزوجة، فالقبض في هذه الموارد يكون جزء السبب للضمان، و العقد جزئه الآخر، و بالنتيجة فالعقد سبب للضمان لكنَّه ناقص و ليس بعلة تامَّة له.

(و أمَّا) سببُ (العقد الفاسد) للضمان (فلا يكون) العقد (علةً تامَّةً) له و لا في مورد واحد (أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان) في جميع الموارد (إلى القبض، فقبله لا ضمان) فالسبب إمَّا هو القبض و العقد الفاسد لا دخل له في الضمان و بحكم العدم (فجعل) العقد (الفاسد سبباً) غير صحيح إلَّا بأحد توجيهين: الأول: (إمَّا لأنَّه) الموجب (و المنشأ للقبض على وجه الضمان الَّذي هو سببٌ للضمان) ففي الحقيقة إمَّا أُطلق على الفاسد «السبب» لأجل أنَّه سبب للسبب، و بقياس المساواة سبب السبب سببٌ، (و) (التوجيه الثاني) (إمَّا لأنَّه) أي العقد الفاسد في الحقيقة هو (سبب الحكم بالضمان) لكنَّه مشروط (بشرط) و هو (القبض؛ و لذا) أي و لأجل اشتراط العقد

علل الضمان الشيخ وغيره بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه. و لا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه. والغرض من ذلك كله: دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان و يقال: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»؟

و قد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم

الفاسد للضمان بحصول القبض (علل الضمان الشيخ) الطوسي في موارد من المبسوط كما تقدّم ص ٣٠٩ (و) كذا (غيره) كالشاهد الثاني في المسالك ج ٣ ص ١٥٤ و ج ٤ ص ٥٤، فعلموا الضمان في العقد الفاسد (بدخوله على أن تكون العين) المقبوضة (مضمونة عليه)، والمراد من الدخول هو الإقدام على الضمان (و لا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد) الذي صار موجباً للقبض (فهو سبب لضمان ما يقبضه؛ والغرض من ذلك كله) أي من توجهه سببية العقد الفاسد بالوجهين المتقدمين هو (دفع ما يتوهم) في المقام من أمرين: الأول: أن جعل «الباء» للسببية في العقد الصحيح أمر معقول بخلاف الفاسد؛ لعدم تأثير العقد في ضمان المتعاقدين أصلاً. (أن سبب الضمان في الفاسد) في الحقيقة (هو القبض) فهو المؤثر التام في الضمان (لا العقد الفاسد)، فإنه لا دخل فيه (فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان و يقال: «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»؟) و قد رد الشيخ هذا التوهم بأن العقد صار سبباً للقبض الذي هو السبب في الضمان، فالعقد سبب السبب، أو لأن العقد سبب ناقص للضمان؛ إذ هو مشروط بالقبض لا أن تمام السبب هو القبض كما زعمه المتوهم.

(و) الأمر الثاني أنه (قد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم

توقّف الضمان في الفاسد إلى القبض، فلا بدّ من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه. ثمّ إنّ المدرك لهذه الكلّية على ما ذكره في المسالك - في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل - هو: إقدام الآخذ على الضمان؛ ثمّ أضاف إلى ذلك قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي».

توقّف الضمان في الفاسد إلى القبض، حيث جعل العقد فيها هو السبب من دون تعرّض للقبض (فلا بدّ من تخصيص القاعدة) في العقد الفاسد (بإجماع ونحوه) و يقال بإخراج صورة عدم القبض عن كليّة القاعدة بسبب الإجماع، ونحوه مثل مفهوم «ما أخذت» في حديث «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» الظاهر في إناطة الضمان بالقبض، هذا تمام الكلام في تفسير مفردات ألفاظ القاعدة.

(ثمّ إنّ المدرك) والمستند (لهذه الكلّية) في القاعدة المبحوث عنها بقولهم: «كلّ ما يضمن ... الخ» (على ما ذكره) الشهيد الثاني (في المسالك) ج ٤ ص ٥٦ - (في مسألة الرهن المشروط) من قبّل الراهن والمرتهن (بكون المرهون مبيعاً) بطبعه (بعد انقضاء الأجل) للذين من دون الإحتياج إلى إجراء صيغة البيع بإيجاب الراهن المالك وقبول المرتهن، فقال الشهيد عليه السلام أنّ المدرك - (هو: إقدام الآخذ) لعين المرهونة و هو المرتهن (على الضمان)، مثلاً إذا رهن زيد داره عند عمرو بدين، و شرطاً كونها مبيعاً في مقابل الدين إذا حلّ الأجل و لم يؤدّ زيد دينه، فقال الشهيد: إنّ البيع باطل؛ لأنّه فاقد لشرط التنجيز و معلق على حلول الأجل مع عدم وفاء الذين فهو مشمول في الضمان؛ لقاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»، (ثمّ أضاف) الشهيد لمستند كليّة القاعدة (إلى ذلك) أي الإقدام على الضمان (قوله عليه السلام): (في الحديث المتقدّم ص ٢١٣ و ص ٣٨٣ عن سمرة بن جندب) «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^(١).

(١) مستدرک الوسائل، ج ١٤، ص ٧ الوديعه؛ العوالي، ج ١، ص ٢٢٤، راجع لباقي مداركها

و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط، حيث علّل الضمان في موارد كثيرة - من البيع و الإجارة الفاسدين - : بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يُسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.

و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل؛ لأنهما إنّما أقدما و تراضيا و تواطئاً بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاصّ، لا الضمان بالمثل أو القيمة،

(و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ) الطوسي (في المبسوط) ج ٣ ص ٥٨ و ٦٥ (حيث علّل) كما تقدّم ص ٣٨٨ (الضمان في موارد كثيرة - من البيع و الإجارة الفاسدين -) و كذا في غيرهما من العقود الفاسدة^(١) : (بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بـ) (العرض (المسمى، فإذا لم يُسلم له المسمى) لبطلان العقد (رجع) المضمون (إلى المثل أو القيمة) أي إلى البديل الواقعي.

(و هذا الوجه) وهو الاستدلال على الضمان في قاعدة «كلُّ ما يُضمن» بالإقدام (لا يخلو عن تأمل) و إشكال؛ لوجهين: الأوّل: عدم كون العقد الفاسد من صغريات قاعدة الإقدام، و الثاني: منع الملازمة بين الإقدام و الضمان الشرعي، أمّا الوجه الأوّل فـ (لأنهما) أي المتعاقدين (إنّما أقدما و تراضيا و تواطئاً بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاصّ) مجعول من قبّلهما و هو العرض المسمى (لا الضمان بالمثل أو القيمة) و علّله أكثر بكثير من المسمى و يقال بالفارسيّة: «چه خواستيم، چه شد» و قال شعاعهم: بيجاره خر آرزوی دُم کرد نایافته دُم دو گوش گم کرد

(١) قد أشرنا إلى مواضعها في تعلیقة ص ٣٠٩.

و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوّم بخصوصية أخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعيّ تابعٌ لدليله و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كلّه، مع أنّ مورد هذا التعليل أعظم من وجهٍ من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً

(و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص) المجعول، فأقدامها يكون كالعدم، و لا دليل على الضمان بالبدل أعني المثل أو القيمة، (و) إن قلت: إنّ الإقدام على الضمان بالمسمّى وإن كان منتفياً من جهة فساد العقد، لكنّ انتفائه لا يوجب انتفاء إقدامهما على الضمان المطلق؛ ضرورة اعترافهما بعدم تواطئهما على أخذ العوض مجاناً، و يقال بالفارسيّة: «عاشق چشم و ابروی همدیگر نبودند»، و من المعلوم إنصراف الضمان المطلق إلى البدل الواقعي و هو المثل أو القيمة، قلت: (مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية) المجعولة من قِبَلهما (حتى يتقوّم بخصوصية أخرى)، فانتفاء خصوص العوض المسمّى موجب لنفي أصل الضمان؛ لأنّ الجنس لا يبقى بعد ارتفاع فصله المقوّم له، (فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت) فرضاً (ف) هو (حكم شرعيّ تابعٌ لدليله) إن كان هناك دليل يدلّ عليه (و ليس) هذا الضمان الجديد (ممّا أقدم عليه المتعاقدان) فالمقام، من موارد ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

(هذا كلّه) في الوجه الأوّل، و أمّا الوجه الثاني فأشار إليه الشيخ رحمه الله بقوله: (مع أنّ مورد هذا التعليل) و هو الإقدام غير ملازم للضمان في جميع الموارد بل هو (أعظم من وجهٍ من المطلب) أي الضمان؛ (إذ قد يكون الإقدام) من المتعاقدين (موجوداً

و لا ضمان، كما قبل القبض، و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «أجرتك بلا أجر».

نعم قوى الشهيدين في الأخير عدم الضمان؛ و استشكل العلامة في مثال

البيع

و لا ضمان شرعاً على المُقدم (كما قبل القبض) بالنسبة إلى المشتري، فإنه قد أقدم على ضمان المبيع - وإن لم يقبضه بعد - لكنه لا يحكم الشارع بضمانه، (و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان) شرعاً (كما إذا شرط) المشتري (في عقد البيع ضمان المبيع على البائع) حتى (إذا تلف في يد المشتري) و بعد قبضه، فإن هذا الشرط موجب لفساد العقد، و يكون المشتري ضامناً للمبيع شرعاً مع أنه لم يُقدم على الضمان، (و كما إذا قال) البائع (: «بعتك بلا ثمن» أو) قال المؤجر للعامل (: «أجرتك بلا أجر») فإنه لا إقدام هنا في هذين الموردين، و مع ذلك يكون المشتري في المثال الأول، و المؤجر في المثال الثاني ضامناً بحكم الشارع.

(نعم) هذا الإشكال غير وارد على من يقول بعدم الضمان في الموردين فإنه (قوى الشهيدين في الأخير) - بالخاء الموحدة من فوق - و هو مسألة الإجارة، و أظن أن الأصح «في الأجير» بالجيم و الإشتباه من النسخ و بالجملة هذا الإشكال غير وارد على من يقول بعدم الضمان في الموردين، فإنه الإشتباه من النسخ، و بالجملة فقوى الشهيد الأول في حواشيه على القواعد (المخطوط) و الشهيد الثاني في المسالك ج ٥ ص ١٨٤، كما تقدم ص ٣٢٠ و وجه صاحب الجواهر أيضاً في ج ٢٧ ص ٢٤٧ (عدم الضمان) للأجرة لهذا الأجير المسكين، (و) كذلك (استشكل العلامة في مثال البيع) بلا ثمن

في باب السِّلَم.

و بالجمله فـدليل الإقدام مع أنَّه مطلبٌ يحتاج إلى دليل لم نحصله،
منقوض طرداً و عكساً.

و أما خبر اليد فـدلالتُه و إن كانت ظاهرة، و سنده منجبراً، إلا أنَّ مورده
مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع، و الأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

(في باب السِّلَم) من القواعد ج ١ ص ١٣٤ كما تقدّم ص ٣٢١.

(و بالجمله فـدليل الإقدام مع أنَّه مطلبٌ يحتاج إلى دليل) لإثبات كون
الإقدام موجباً للضمان شرعاً و أنّه ملازمٌ له في جميع الموارد - و (لم نحصله) فمع ذلك،
(منقوض طرداً) أي غير مانع عن الأغيار، (و عكساً) أي غير جامع للأفراد، أما الأول
فلوجود الضمان في البيع بلا ثمنٍ، و الإجارة بلا أجرة مع أنّه لا إقدام، و أما الثاني فلعدم
وجود ضمان المشتري للمبيع غير المقبوض شرعاً مع أنّه أقدم على الضمان، فلم يكن
الضمان دائراً مدار الإقدام.

(و أما خبر) على (اليد) ما أخذت حتى تؤدّي المتقدّم ص ٢١٣ و ٣٨٣ مع
مداركه عن النبي ﷺ، (فـدلالتُه و إن كانت ظاهرة) على الضمان في كلّ ما أخذه
الإنسان بالعقد الفاسد أو الصحيح لما تقدّم ص ٣٨٤ من أنّ استناد الظرف إلى مالٍ ظاهر
في الحكم الوضعي و هو الإستقرار في العهدة، لا الحكم التكليفي (و سنده منجبراً)
أيضاً بعمل المشهور كما عرفت ص ٣٨٣، فيمكن الإستدلال بها على قاعدة «ما يضمن»،
(إلا أنَّ مورده مختص بالأعيان) فقط لأنّها هي التي تصلح للأخذ باليد (فلا يشمل
المنافع) فيما إذا استوفاه المستأجر كسكنى الدار و ركوب الحمار، (و) كذلك
(الأعمال المضمونة) فيما إذا عمل الأجير (في الإجارة الفاسدة) كالبناية و الطبابة و
الخياطة و الخطابة لأهل المنبر حيث إنّها غير قابلة للأخذ باليد، سواء كانت في إجارة

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُسْتَدَلَّ عَلَى الضَّمَانِ فِيهَا: بِمَا دَلَّ عَلَى احْتِرَامِ مَالِ الْمُسْلِمِ،

الأعيان كالدار والحمار، أو في إجارة الإنسان للعمل كالبنائة والخيطة.

أقول: الظاهر أَنَّ الأخذ باليد كناية عن التسلُّط والإستيلاء على الشيء كما هو المراد في قوله تعالى: ﴿يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾^(١) كما يقال لمن عَمَلَ عملاً: عاشت يدك = دستت درد نكند، مع أَنَّهُ فعله بغير يد من أعضائه، كما يُعَبَّرُ عن التصرّف بالأكل كقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢)، فيشمل المنافع أيضاً.

(اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُسْتَدَلَّ عَلَى الضَّمَانِ فِيهَا) أي في المنافع والأعمال، أو في قاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» - التي تشمل ضمانَ المنافع والأعمال أيضاً كالأعيان - **(بما دلّ)** من الأخبار **(على)** قاعدة **(إحترام مال المسلم)** وحرمة التصرّف فيه إذ المال يشمل المنافع كالأعيان، وهي مصطادة من طوائف أربع من الروايات، الأولى ما دلّ على احترام مال المسلم وحرمة التصرّف فيه، وهي عدّة روايات منها ما رواه الحسين بن زيد عن الإمام الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله - في حديث المناهي - قال: «من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه ... حتّى يلق الله يوم القيامة مطوقاً إلّا أن يتوب ويرجع»^(٣). ومنها: ما رواه الصدوق بسنده عن محمد بن عثمان العمري عليه السلام عن الحجة صاحب الزمان - أرواحنا فداءه - في حديث قال: «لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»^(٤).

(١) الفتح : ١٠ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) الوسائل، ج ١٧، ص ٣٠٩، الفصّب .

(٤) الوسائل، ج ١٧، ص ٣٠٩، الفصّب و تمام الحديث ج ٦، ص ٣٧٧، الأنفال ؛ اكمال الدين،

ص ٢٨٧ .

وأنه لا يحل «مال امريء - خ د» إلا عن طيب نفسه، وأن حرمة ماله كحرمة دمه،

ومنها: صحيحة أبي اسامة زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام: «أن رسول الله ﷺ وقف بمنى حتى قضى مناسكها في حجة الوداع ... - إلى أن قال: - فإن دماكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقونه فيستلكنكم عن أعمالكم»^(١). وروي مضمون هذا الحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام في دعائم الاسلام^(٢).

(و) الطائفة الثانية: ما دلّ على (أنه لا يحل «مال امريء - خ د» إلا عن طيب

نفسه) وقد تقدّم بعض منها في ج ٣ ص ٢٩١ من شرحنا، ومنها ذيل صحيحة الشحام المتقدمة آنفاً حيث قال عليه السلام: «ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امريء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه».

ومنها: موثقة سماعة - كما في الفقيه وهو واقفي ثقة^(٣) - عن أبي عبدالله عليه السلام - في حديث - إن رسول الله ﷺ قال: «من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه»، ورواه الكافي بسنده عن زيد الشحام وهي صحيحة هناك^(٤).

(و) الطائفة الثالثة التي دلّت على قاعدة «احترام مال المسلم» هي ما دلّ على

(أن حرمة ماله كحرمة دمه) فكما أن دمه لا يكون هدراً ووجب الضمان فكذلك احترام ماله.

ومنها: ما رواه ابوذر عليه السلام عن النبي ﷺ في حديث طويل: «يا أباذر، سباب المؤمن

(١) الوسائل، ج ١٩، ص ٣، قصاص النفس، ح ٣.

(٢) مستدرک الوسائل، ج ١٧، ص ٨٧، الغصب؛ دعائم الاسلام، ج ٢، ص ٤٨٤.

(٣) جامع الرواة، ج ١، ص ٣٨٤.

(٤) الوسائل، ج ٣، ص ٤٢٤، مكان المصلى؛ الفقيه، ج ٢، ص ٢٣٠؛ الكافي، ج ٧، ص ٢٧٣.

و أنه لا يصلح «لا يصحّ - خ د» ذهاب حقّ أحد.

فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه من معاصي الله، و حرمة ماله كحرمة دمه»^(١).
و منها: موثقة أبي بصير - بعبد الله بن بكير فإنه فطحى ثقة^(٢) - عن أبي جعفر عليه السلام
قال: قال رسول الله ﷺ: «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة
ماله كحرمة دمه»^(٣).

(و) الطائفة الرابعة: ما دلّ على (أنّه لا يصلح «لا يصحّ - خ د» ذهاب حقّ

أحد) كصحيحة الحلبي و محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته هل تجوز
شهادة أهل ملّة من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة
غيرهم، إنّّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد»^(٤)، و كموتقة سماعة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام
عن شهادة أهل الذمّة؟ فقال: لا تجوز إلّا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت
شهادتهم على الوصيّة، لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد»^(٥)، قال الشيخ السعدي
(بالفارسية):

بِتَرَى مال مسلمان و چو مالت ببرند بانگ و فریاد برآری که مسلمانان نیست
خانه پرگندم و یک جو نفرستاده به گور غم مرگت چو غم برگ زمستانی نیست^(٦)

(١) الوسائل، ج ٨، ص ٥٩٩، أحكام العشرة، ح ٩.

(٢) جامع الرواة، ج ١، ص ٤٧٣.

(٣) الوسائل، ج ٨، ص ٦١٠، أحكام العشرة.

(٤) الوسائل، ج ١٣، ص ٣٩٠، أحكام الوصايا، ح ٣.

(٥) نفس المصدر، ح ٥.

(٦) راجع کتاب «از هر چمن گلی»، ص ١٠٠، للشارح.

مضافاً إلى أدلة نفي الضرر، فكل عمل وقع من عاملٍ لأحدٍ بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتي الإحترام و نفي الضرر.

هذا كله، (مضافاً إلى) روايات و (أدلة نفي الضرر) و الضرر في الإسلام، فإنّها تدلّ على قاعدة «ما يضمن» حيث إنّ تلف مال شخص عند آخر، بدون إذنه و رضاه بلا إعطاء عوضه، يوجب تضرّره و الإضرار به سواء كان عيناً، أو عملاً محترماً كالخياطة، أو منفعةً و نماءً لماله كسكنى داره و ركوب سيّارته و حماره، و عاتقه، كما هو مرسوم في الهند.

فمنها: مقطوعة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - : «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لا ضرر و لا ضرار على مؤمن»^(١)، أو «في الإسلام»^(٢).

(ف) الحاصل أنّه يستفاد من قاعدتي «إحترام مال المسلم» و «نفي الضرر عنه أنّ (كلّ عملٍ وقع من عاملٍ لأحدٍ بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه) - لأنّ العامل تبرّع بعمله عن دون أمرٍ، كما إذا فصلّ الخياط قماشه و خاط قميصاً له بلا إطلاع مالكة - (فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتي الإحترام و نفي الضرر) حيث إنّّه لم يعمله مجاناً = و عاشقاً لعينه و حاجبيه، بل أراد العوض و الأجرة - حتّى و إن كانت الإجارة فاسدة، قال الشاعر الفارسي:

فريب تربيت باغبان مخور ای گل که آب می دهد، اما گلاب می خواهد

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٦٤، الخيار، ح ٥، راجع ح ٣ و ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٧، منه ص ٣٧٦، موانع الإرث، مرسلّة الصدوق في المقنع.

ثُمَّ إِنَّهُ لَا يَبْعَدُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُ الشَّيْخِ وَمَنْ تَبِعَهُ مِنَ الْإِسْتِدْلَالِ عَلَى الضَّمَانِ بِالْإِقْدَامِ وَالدَّخُولِ عَلَيْهِ: بَيَانُ أَنَّ الْعَيْنَ وَالْمَنْفَعَةَ اللَّذَيْنِ تَسْلُمُهُمَا الشَّخْصُ لَمْ يَتَسَلَّمْهُمَا مَجَانًّا وَتَبَرَّعًا حَتَّى لَا يَقْضِيَ احْتِرَامُهُمَا بِتَدَارُكِهِمَا بِالْعَوْضِ، كَمَا فِي الْعَمَلِ الْمَتَّبَعِ بِهِ وَالْعَيْنِ الْمَدْفُوعَةُ مَجَانًّا أَوْ أَمَانَةً، فَلَيْسَ دَلِيلُ الْإِقْدَامِ دَلِيلًا مُسْتَقْلَلًا، بَلْ هُوَ بَيَانٌ لِعَدَمِ الْمَانِعِ عَنْ مَقْتَضَى «الْيَدِ» فِي الْأُمُوالِ وَاحْتِرَامِ الْأَعْمَالِ.

(ثُمَّ إِنَّهُ) أَرَادَ الْمُصَنِّفُ ﷺ بَعْدَ الْإِشْكَالِ عَلَى اسْتِدْلَالِ الشَّيْخِ الطُّوسِيِّ وَالشَّهِيدِ الثَّانِي لِلضَّمَانِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ بِقَاعِدَةِ «الْإِقْدَامِ»، أَرَادَ دَفْعَ الْإِشْكَالِ وَتَوْجِيهَ ذَلِكَ الْإِسْتِدْلَالَ فَقَالَ: نَعَمْ (لَا يَبْعَدُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُ الشَّيْخِ وَمَنْ تَبِعَهُ) كَابِنُ إِدْرِيسَ فِي السَّرَائِرِ، ج ٢، ص ٤٨٨، وَالمَحْقُوقُ الْكُرْكِيُّ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ ج ٦ ص ٢١٦، حَيْثُ قَالَا بِأَنَّ الْبَائِعَ دَخَلَ عَلَى أَنْ يَقْبُضَ الثَّمَنَ الْمُسَمًّى فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ إِلَى الْمَبِيعِ أَوْ بَدَلِهِ، وَبِالْجُمْلَةِ، فَلَا يَبْعَدُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُمْ (مَنْ الْإِسْتِدْلَالُ عَلَى الضَّمَانِ بِالْإِقْدَامِ وَالدَّخُولِ عَلَيْهِ: بَيَانُ أَنَّ الْعَيْنَ) وَهُوَ الْمَبِيعُ الَّذِي قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ، (وَالْمَنْفَعَةُ) كَسَكْنَى الدَّارِ أَوْ خِيَاطَةَ الثَّوْبِ (اللَّذَيْنِ تَسْلُمُهُمَا الشَّخْصُ لَمْ يَتَسَلَّمْهُمَا مَجَانًّا وَتَبَرَّعًا حَتَّى لَا يَقْضِيَ) وَلَا يُوجِبُ (احْتِرَامُهُمَا بِتَدَارُكِهِمَا بِالْعَوْضِ - كَمَا فِي الْعَمَلِ الْمَتَّبَعِ بِهِ وَالْعَيْنِ الْمَدْفُوعَةُ مَجَانًّا) كَمَا فِي الْهَبَةِ الْمَجَانِّيَّةِ، (أَوْ أَمَانَةً) مَالِكِيَّةٌ كَمَا فِي الْعَارِيَةِ وَالدَّوْعِيَّةِ بَلْ قَبَضَهُمَا - أَيِ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ - بَانِيًّا عَلَى دَفْعِ الْعَوْضِ إِلَى مَالِكِهِمَا، فَيَدُّهُ مُوجِبَةٌ لِلضَّمَانِ بِقَاعِدَةِ «الْيَدِ»، وَ عَلَى هَذَا (فَلَيْسَ دَلِيلُ الْإِقْدَامِ) فِي نَظَرِهِمْ (دَلِيلًا مُسْتَقْلَلًا) لِلضَّمَانِ (بَلْ هُوَ بَيَانٌ لِعَدَمِ الْمَانِعِ عَنْ مَقْتَضَى) قَاعِدَةِ «الْيَدِ» فِي الْأُمُوالِ (وَالْإِقْدَامِ) (احْتِرَامِ الْأَعْمَالِ) إِذْنُ فَالْإِقْدَامُ مَتَمُّ لِحَصُولِ الضَّمَانِ بِالْقَبْضِ بِ«الْيَدِ»، لَا أَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى حُدُودِ الضَّمَانِ.

نَعَمْ، في المسالك ذَكَرَ كَلَامَ من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص و الإعتراض.

و يبقى الكلام حينئذٍ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره، كالسَبَق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ و المحقق

(نَعَمْ) ما ذكرناه من التوجيه من جَعَلَ الإقدام بياناً لعدم المانع و متمماً لمقتضى قاعدتي «اليد» و «الاحترام»، لا يلائم كلامَ الشهيد الثاني، حيث إنَّه (في المسالك) ج ٣ ص ١٥٤ في شروط المتعاقدين و ج ٤ ص ٥٦ أحكام الرهن (ذَكَرَ كَلَامَ من) قاعدتي (الإقدام و) قاعدة (اليد دليلاً مستقلاً، فيبقى عليه) حينئذٍ (ما ذكر سابقاً من النقص) ص ٤١٢ بقولنا: فدلّيل الإقدام منقوض طرداً و عكساً - وقد أوضحناه هناك في الشرح - (و الإعتراض) السابق ص ٤٠٩ بقولنا: لأنَّهما - أي المتعاقدان - إنّما أقدما و تراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ - و هو الضمان بالمسمّى - لا الضمان بالمثل أو القيمة، و المفروض عدم إمضاء الشارع لهذا الضمان الخاصّ، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتّى يتقوّم بخصوصيّة أخرى.

و هذا التوجيه المتقدمّ لكلام الشيخ الطوسي للضمان، إنّما يجري بالنسبة إلى العين و المنافع الذّين ترجع منافعهما إلى القابض (و يبقى الكلام) في دليل الضمان (حينئذٍ) أي حين كون الإقدام متمماً لدليل قاعدة «اليد» و لا يكون دليلاً مستقلاً للضمان، (في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره) أيضاً (كالسَبَق في المسابقة الفاسدة) على الخيل و السيّارة فيما إذا عُيِّنَ مالٌ بعنوان السَبَق كآلف تومان للسابق و تبين بعد المسابقة فساد العقد، ففي المسألة قولان: (حيث حكم الشيخ) الطوسي في المبسوط ج ٦ ص ٣٠٢ (و المحقق) الحلّي في

و غيرهما بعدم استحقاق السابق أجرة المثل، خلافاً لآخرين؛ و وجهه: أنَّ عمل العامل لم يَعدْ نفعه إلى الآخر، و لم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال - الَّتِي منها الأعمال - لا يَقضي بضمان الشخص له، و وجوب عوضه عليه؛ لأنَّه ليس كالمستوفي له؛ و لذا كانت شرعِيَّته على خلاف القاعدة، حيث إنَّه بذل مالٍ في مقابل عمل لا ينفع

الشرائع ج ٢ ص ٢٨٦ في المسألة الخامسة من الفصل الرابع من السبق (و غيرهما) كالشهيد الثاني في المسالك ج ٦ ص ١٠٩، و المقدَّس الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان ج ١٠ ص ١٨٧، و المحقِّق السبزواري في كفاية الأحكام ص ١٣٩، فحكموا (بعدم استحقاق السابق أجرة المثل، خلافاً لآخرين) من الفقهاء كالعلامة في القواعد ج ١ ص ٢٦٣ الإجارة، و في التذكرة ج ٢ ص ٣٥٧ و في التحرير ج ١ ص ٢٦٢، و كذلك ولده فخرالدين في الإيضاح ج ٢ ص ٣٦٨، و المحقِّق الثاني في جامع المقاصد ج ٨ ص ٣٣٧، فحكم هؤلاء بالضمان بأجرة المثل بمقتضى «كلَّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(و وجهه) أي وجه حكم الشيخ و المحقِّق و غيرهما بعدم استحقاق السابق أجرة المثل (أنَّ عمل العامل لم يَعدْ نفعه إلى الآخر) و هو المسبوق الَّذِي يبذل الأجرة (و لم يقع بأمره أيضاً) ليجب أمره الضمان، لقاعدة الإحترام فهي لا تجري هنا كما لا تجري قاعدة اليد و الإستيفاء، إذن؛ (فاحترام الأموال - الَّتِي منها الأعمال - لا يَقضي) هنا (بضمان الشخص له) أي للسابق (و وجوب عوضه) أي عوض العمل (عليه) أي على الآخر و هو المسبوق - و الجملة عطف تفسيري - (لأنَّه ليس كالمستوفي له؛ و لذا) أي و لأجل عدم المقتضي للضمان؛ (كانت شرعِيَّته) أي شرعيَّة عقد السبق (على خلاف القاعدة، حيث إنَّه بذل مالٍ في مقابل عمل لا ينفع

البازل، و تمام الكلام في بابه.

ثُمَّ إِنَّهُ لَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الضَّمَانِ فِي الْفَاسِدِ، بَيْنَ جَهْلِ الدَّافِعِ بِالْفَسَادِ
و بَيْنَ عِلْمِهِ مَعَ جَهْلِ الْقَابِضِ.
و تَوْهَمُ: أَنَّ الدَّافِعَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ هُوَ الَّذِي سَلَّطَهُ عَلَيْهِ وَ الْمَفْرُوضُ أَنَّ
الْقَابِضَ جَاهِلٌ.

البازل، و تمام الكلام في بابه) و هو كتاب المسابقة إذا تبين فساده بعد العمل.

(ثُمَّ إِنَّهُ لَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنَ الضَّمَانِ فِي) المقبوض بالعقد (الفاسد) سواء
كان مدرك الضمان لـ «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» هو «الاقدام» أم «اليد»
أم «احترام مال المسلم»، أم غيرها، ممّا تقدّم ص ٤١٣ (بين جهل الدافع) لماله كالبائع
بالنسبة إلى المبيع (بالفساد، و بين علمه) به (مع جهل القابض) كالمشتري، بأن يعلم
البائع ببطان البيع، و المشتري جاهل به.

(و تَوْهَمُ: أَنَّ الدَّافِعَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ) الثانية (هو الَّذِي سَلَّطَهُ عَلَيْهِ) أي
سلّط الدافع القابض على ماله مع أنّه يعلم ببطان العقد (و الْمَفْرُوضُ أَنَّ الْقَابِضَ
جَاهِلٌ) به، فالمالك الدافع هو الَّذِي أُذِنَ لِلْقَابِضِ عَلَى إِتْلَافِ مَالِهِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى مِلْكِهِ،
فَكَأَنَّهُ أَلْقَى مَالَهُ فِي الْبَحْرِ = و يقال بالفارسيّة «خودش كرد كه نفرين به خودش باد» أو
قال شاعرهم:

خود کرده را تدبیر نیست آه ازین کارهای خود کرده

و بالنتيجة: فلا يكون القابض كالمشتري، و المستأجر للدار و المرتهن في الرهن
ضامناً لما أخذه، و اختار هذا التّوهم - أعني عدم الضمان - المقدّس الأردبيلي في مجمع
الفائدة و البرهان ج ٨ ص ١٩٢ و احتمله الشهيد الثاني في المسالك ج ٣ ص ١٥٤ لكنّه
قوّى الضمان.

مدفوع: بإطلاق النص و الفتوى، و ليس الجاهل مغروراً؛ لأنه أقدم على الضمان قاصداً، و تسليط الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكيّة؛ لأنه دَفَعه على أنه ملك

و بالجملة: فهذا التوهم (مدفوع بإطلاق النص) و هو حديث «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» (و) كذا بإطلاق (الفتوى) من الفقهاء الدالّين على الضمان. فإن قلت: الدافع قد غَرَّ القابض؛ حيث إنّه عالم بعدم استحقاقه للقبض، فهو لا يكون مؤظفاً بدفع ماله إلى القابض، و قد قرّر عندهم «أنّ المغرور يرجع على مَنْ غَرّه» فليس عليه ضمان فهو نظير ضيفٍ قدّم مضيّفه طعاماً له بعنوان أنّه ملكه ثمّ تبين عدم كونه مالكاً.

قلنا (و ليس الجاهل) بالبطان (مغروراً؛ لأنه أقدم) بالمعاملة (على الضمان قاصداً) لدفع البذل المسمّى - لا مجاناً - و قد تبين أنّ الشارع لم يمض المسمّى فيجب عليه دفع البذل الواقعي من المثل أو القيمة.

قال الشارح: لا يخفى أنّ ما أفاده هنا بقوله: «أقدم على الضمان قاصداً» هو الذي تأمل فيه فيما تقدّم ص ٤٠٩: بأنّ إقدامه كان على ضمانٍ خاصٍّ لا الضمان بالمثل أو القيمة و المفروض عدم إمضاء الشارع له، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية، فراجع، و على هذا فالظاهر هو عدم ضمان القابض من جهة الغرور، كما اختاره المحقّق الأردبيلي و احتمله الشهيد الثاني و لا يشمل إطلاق قاعدة «على اليد» و لا إطلاق الفتوى لتقييدهما بقاعدة «الغرور».

(و) إن قلت: إنّ الدافع لماله إلى الغير - مع علمه بفساد العقد - قد أسقط احترام ماله لتسليطه إياه عليه من دون أن يكون مستحقاً له.

قلت: (تسليط الدافع العالم) الغير على ماله (لا يجعلها أمانة مالكيّة) حتّى لا يثبت ضمان، كما في الوديعة و العارية غير المضمونة؛ (لأنّه دَفَعه على أنه ملك

المدفوع إليه، لا أنه أمانة عنده أو عارية؛ ولذا لا يجوز له التصرف فيه و الإنتفاع به، و سيأتي تنقّة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري. هذا كله في أصل الكليّة المذكورة. و أمّا عكسها، و هو: أنّ ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه: أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان موره ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة،

المدفوع إليه) ولو بدعةً (لا أنه أمانة) مالكيّة عنده أو عارية؛ ولذا لا يجوز له) أي للمدفع إليه (التصرف فيه) شرعاً بالإتلاف و النقل - لو كان عالماً بالفساد، (و) كذا لا يجوز له (الإنتفاع به) و استيفاء نمائه، فلذا يكون ضامناً له كالأصل كما يجيء ص ٤٥٦ و لو كان عاريةً لجاز الإنتفاع به قطعاً، ثم لا يخفى أنّه مع الحكم بالضمان في صورة جهل القابض بالفساد، ففي صورة علمه يكون ضامناً بطريق أولى سواء كان الدافع عالماً به أو جاهلاً، (و سيأتي تنقّة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري) بكون البائع غاصباً، و يسمّى في الإصطلاح الفارسي بـ «مال خرب» أي من يشتري مال الغصب و السرقة عالماً، و هو شريك في المعصية و الضمان شرعاً و عرفاً. (هذا كله) تمام الكلام (في أصل الكليّة المذكورة) لقاعدة كلّ «ما يُضمن بصحيحه يضمن بفاسده» (و أمّا عكسها) - قد تقدّم ص ٣٨٨ أنّ المراد بالعكس، اللغوي لا المنطقي - (و هو: أنّ ما لا يُضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه: أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان موره) و مصبّه، أي نفس ما تعلّق به العقد كالعين في الرهن و الوكالة و كالإنتفاع في العارية، أو كلّ عقد لا يفيد ضمان متعلّق متعلّقة كالعين المستأجرة في عقد الإجارة، على ما سيأتي الكلام فيه بعد أسطر، (ففاسده لا يفيد ضماناً) أيضاً (كما في عقد الرهن) بالنسبة إلى ضمان العين المرهونة (و) كذلك الحال في عقد (الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة) إذ لو لم يُشترط الضمان

بل المضمونة - بناءً على أنَّ المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه،
لابأمرٍ خارجٍ عنه، كالشرط الواقع في مثنه - وغير ذلك من العقود اللازمة
والجائزة.

ثمَّ إنَّ مقتضى ذلك عدمُ ضمان العين المستأجرة فاسداً؛ لأنَّ صحيح
الإجارة غير مفيدٍ ل ضمانها، كما صرَّح به في القواعد و التحرير و حكي

في العارية لم تكن العين مضمونةً على المستعير، (بل المضمونة) أيضاً لا توجب
الضمان عند النقص أو التلف (- بناءً على) ما تقدّم الكلام فيه ص ٣٩٩ من (أنَّ المراد
بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لابأمرٍ خارجٍ عنه) أي عن حقيقته و
ماهيته (كالشرط الواقع في مثنه -) مثل شرط الضمان في العارية و الوديعة و الوكالة
(و غير ذلك من العقود اللازمة والجائزة) نعم، لو قلنا: بأنَّ العبرة، بشخص الصحيح و
فرده لا بطبيعته، فحيث أنَّ العارية المشروطة بالضمان توجب صحيحه الضمان، كان
اللازم القول بإيجاب فاسدها له أيضاً.

(ثمَّ إنَّ مقتضى ذلك) أي تفسيرُ عدم الضمان بأنَّ كلَّ عقد لا يوجب صحيحه
ضمان مورده ففاسده لا يوجب ضماناً، هو (عدمُ ضمان العين المستأجرة فاسداً؛
لأنَّ صحيح الإجارة غير مفيدٍ ل ضمانها) فإذا أجر زيد حماره أو سيارته لعمرو و
كانت الإجارة فاسدة، لم يضمن عمرو الحمار أو السيَّارة إذا تلفا أو نقصا بغير التعدي و
التفريط، كما هو الحال في الإجارة الصحيحة، و في المثل البائر «يموت الحمار على
كروته»، نعم، إنَّما يضمن المستأجر الأجرة فيهما ففي صحيحها أجرة المسمَّى و في
الفاصلة أجرة المثل - وهذا بمقتضى أصل القاعدة -.

(كما صرَّح به) أي بعدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة العلامة (في القواعد)

ج ١ ص ٢٣٤ في الإجارة (و التحرير) ج ١ ص ٢٥٢ (و حكي) في مفتاح الكرامة ج ٧

عن التذكرة وإطلاق الباقي، إلا أنَّ صريح الرياض الحكم بالضمان، و حكى فيها عن بعض نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب؛ و الظاهر أنَّ المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة.

و ما أبعد ما بينه وبين ما عن جامع المقاصد؛ حيث قال في باب الغصب:

ص ٢٥٢ (عن التذكرة) أيضاً ج ٢ ص ٣١٨ (و) حكى المفتاح (إطلاق الباقي) - في المفتاح «الباقيين» - من الفقهاء؛ حيث لم يقيّدوا عدم ضمان العين في الإجارة بما إذا كانت صحيحة، كابن حمزة في الوسيلة ص ٢٦٧، والمحقق في الشرائع ج ٢ ص ٢١٠ الإجارة، والشهيدان في اللمعة و شرحها ج ٤ ص ٣٣١، فالظاهر من إطلاقهم عدم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة أيضاً كالصحيحة كما هو الحال في الوكالة والرهن.

هذا (إلا أنَّ صريح) السيّد عليّ الطباطبائي في (الرياض) ج ٢ ص ٨ (الحكم بالضمان، و حكى فيها) أي في الرياض - و تأنيث الضمير باعتبار معناه - (عن بعض نسبته) أي الضمان (إلى المفهوم من كلمات الأصحاب)؛ حيث قال: «و العين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً، كما تُسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، و لعلّه لعموم الخبر «بضمان ما أخذته اليد» انتهى (و الظاهر أنَّ المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة) و البرهان ج ١٠ ص ٥٠؛ حيث قال - بعد الحكم بعدم جواز التصرف في العين المستأجرة مع العلم بفساد الإجارة، و عدم استحقاق الأجرة أيضاً قال: «بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل أيضاً» انتهى.

(و ما أبعد ما بينه) أي بين ما ذكره المقدّس الأردبيلي من أنَّ المفهوم من كلامهم ضمان العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة (و بين ما) حكاه المفتاح ج ٦ ص ٢١٧ (عن جامع المقاصد) للمحقق الكركي ج ٦ ص ٢١٦ (حيث قال في باب الغصب:

إِنَّ الَّذِي يُلَوِّحُ مِنْ كَلَامِهِمْ هُوَ عَدَمُ ضَمَانِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ فَاسِداً بِاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ؛ وَ الَّذِي يَنْسَاقُ إِلَيْهِ النَّظَرُ هُوَ الضَّمَانُ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِيهِ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ غَضِبَ فَيُضْمَنُهُ. ثُمَّ قَالَ: إِلَّا أَنْ كُونَ الْإِجَارَةُ الْفَاسِدَةُ لَا يُضْمَنُ بِهَا كَمَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهَا مَنْافٍ لِذَلِكَ، فَيَقَالُ: إِنَّهُ دَخَلَ عَلَى عَدَمِ الضَّمَانِ بِهَذَا الْإِسْتِيلَاءِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا، وَ الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ مِنَ الضَّمَانِ، فَلَا تَكُونُ الْعَيْنُ بِذَلِكَ مَظْمُونَةً، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَكَانَ الْمَرْتَهَنُ ضَامِناً مَعَ فُسَادِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ اسْتِيلَاءَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ وَ هُوَ بَاطِلٌ؛ انْتَهَى.

إِنَّ الَّذِي يُلَوِّحُ مِنْ كَلَامِهِمْ) أَيِ الْفُقَهَاءِ (هُوَ عَدَمُ ضَمَانِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ فَاسِداً بِاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ) - حَتَّى مَعَ عِلْمِهِ بِفُسَادِ الْإِجَارَةِ - (وَ الَّذِي يَنْسَاقُ إِلَيْهِ النَّظَرُ هُوَ الضَّمَانُ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِيهِ) كَذَا فِي النُّسخِ، وَ الْمُنَاسِبُ «فِيهَا» (حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ غَضِبَ فَيُضْمَنُهُ) بِعُمُومِ حَدِيثِ «عَلَى الْيَدِ» بِالْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ (ثُمَّ قَالَ) أَيِ الْمُحَقِّقِ الْكُرْكِيِّ (: إِلَّا أَنْ كُونَ الْإِجَارَةُ الْفَاسِدَةُ لَا يُضْمَنُ بِهَا) لِلْعَيْنِ (كَمَا لَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهَا مَنْافٍ لِذَلِكَ) أَيِ لِلضَّمَانِ، (فَيَقَالُ: إِنَّهُ) أَيِ الْمُسْتَأْجِرِ الْمُتَلَفِّ لِلْعَيْنِ بِالْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ (دَخَلَ) فِي الْمَعَامَلَةِ وَ أَقْدَمَ عَلَيْهَا (عَلَى عَدَمِ الضَّمَانِ بِهَذَا الْإِسْتِيلَاءِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا) فَيَقَعُ التَّعَارُضُ فِي هَذَا الْمَوْرِدِ بَيْنَ حَدِيثِ «عَلَى الْيَدِ» وَ بَيْنَ قَاعِدَةِ «مَا لَا يُضْمَنُ» فَيَتَسَاقَطَانِ فَيَرْجِعُ إِلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ (وَ الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ مِنَ الضَّمَانِ، فَلَا تَكُونُ الْعَيْنُ بِذَلِكَ مَظْمُونَةً، وَلَوْلَا ذَلِكَ) أَيِ إِنْطِبَاقِ قَاعِدَةِ «مَا لَا يُضْمَنُ» عَلَى الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ (لَكَانَ الْمَرْتَهَنُ ضَامِناً) أَيْضاً لِلْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ (مَعَ فُسَادِ الرَّهْنِ) لَوْحِدَةِ الْمَالِكِ فِيهِمَا (لِأَنَّ اسْتِيلَاءَهُ) عَلَيْهَا (بِغَيْرِ حَقٍّ وَ هُوَ) أَيِ ضَمَانِ الْمَرْتَهَنِ (بَاطِلٌ؛ انْتَهَى)

و لعلّ الحكم بالضمان في المسألة: إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يُضمن» لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، و حيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك، لم يكن فيه ضمان، و أمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الإنتفاع فيه، والمفروض عدم الإستحقاق، فيده عليها يد عدوانٍ موجبة للضمان.

و إمّا

و لعلّ الحكم بالضمان في المسألة) كصريح الرياض و في كلام المقدّس الأردبيلي على ما تقدّم ص ٤٢٤ لأحد وجهين ذكرهما في الجواهر ج ٢٧ ص ٢٥٢ - الإجارة - و تتطرّف فيهما في آخر كلامه و هما (إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يُضمن» لأنّ المراد بالمضمون) الذي لا يكون القابض ضامناً له هو خصوص (مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة) هو (المنفعة) لا العين لأنّ المعاوضة وقعت بين المنفعة و الأجرة (فالعين يُرجع في حكمها) من الضمان أو عدمه («إلى القواعد») سواء في الإجارة الصحيحة أو الفاسدة من قاعدة «اليد» و «احترام مال المسلم» و «نفي الضرر في الإسلام» على ما تقدّم ص ٣٢٩ (و حيث كانت) العين (في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك) لتسليمه إيّاها بطيب نفسه (لم يكن فيه ضمان) كذا في النسخ، و المناسب «فيها» (و أمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الإنتفاع فيه) بمنافعها: كركوب الحمار أو السّيارة و شرب لبن البقرة، (والمفروض عدم الإستحقاق) واقعاً بحكم الشرع لفساد العقد (فَيَدُهُ عليها) - المناسب تأنيث الضمير - (يدُ عدوانٍ موجبة للضمان).

(و) الوجه الثاني (إمّا) لخروج المسألة عن قاعدة «ما لا يُضمن» من باب

لأنَّ قاعدة «ما لا يُضمن»، معارضة هنا بقاعدة «اليد».

و الأقوى: عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة، و لا متخصّصة.

ثمَّ إنَّه يشكل إطراد القاعدة في موارد: منها: الصيد الَّذي استعاره المُحرَّم من المُجَلِّ؛

التخصيص و الخروج عن الحكم؛ (لأنَّ قاعدة «ما لا يُضمن») قد خصّصَ عمومُه بحديث «على اليد» لأنَّه دليل لفظي و هو أظهر دلالةً على الضمان، و القاعدة دليل لبيّ و (معارضة هنا) أي في الإجارة المفسدة بالنسبة إلى العين (بقاعدة «اليد») و لا يخفى قصور عبارة الشيخ رحمه الله عن تأدية مراده كما هو معلوم و قد أوضحناه ان شاء الله .

هذا كلّه (و) لكنَّ (الأقوى: عدم الضمان) كما اختاره العلامة في كتبه و هو ظاهر الشرائع و الوسيلة، و شرح اللعة كما تقدّم ص ٤٢٤؛ لأنَّ قاعدة «ما لا يضمن» أيضاً دليل اجتهادي مؤيدٌ بأصالة البرائة، (فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة) حكماً كما كان هو مقتضى الوجه الثاني (و لا متخصّصة) موضوعاً كما كان هو مقتضى الوجه الأوّل بل هي باقيةٌ على عمومها، و جارية في العين المستأجرة بالإجارة الفاسدة كالصحيحة.

ثمَّ إنَّه يشكل إطراد القاعدة) أي إجراءاتها (في موارد: منها ما تقدّم ص ٤٠٠ فيما إذا شرط المؤجر في الإجارة ضمان العين المستأجرة، و قلنا بعدم صحّة هذا الشرط و بفساد الإجارة.

و (منها: الصيد الَّذي استعاره المُحرَّم من المُجَلِّ) في خارج الحرم - كما تقدّمت الإشارة إليه ص ٣٩٩ - و أمّا داخل الحرم فالمُجَلِّ أيضاً يحرم عليه الصيد فيه،

بناءً على فساد العارية، فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة والفساد.

إلا أن يقال: إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب

فمفروض المسألة أن يكونا في الخارج وصاد المجل حيواناً برياً أو طائراً واستعاره المحرم منه، حيث إنه يجب عليه إرساله وإطلاق سبيله، فإن أرسله فلا خلاف في ضمانه القيمة لمالكه المجل وهذا خارج عن مورد الكلام لكونه إتلافاً عمدياً - ولو كان مأذوناً من قبل الشارع - فهو خارج موضوعاً فلا ينتقض به قاعدة «ما لا يضمن» لأنها مختصة بالتلف، ولكن إن أمسك الصيد المحرم المستعير وتلف في يده بموت أو طار الطير، فهذا مورد الخلاف بين الفقهاء في الضمان وعدمه فمن قال بالضمان لم يجز القاعدة هنا (بناءً على فساد العارية) - ويظهر من هذا أن في فساد العارية أيضاً خلافاً - (فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني) في المسالك ج ٥ ص ١٣٩ (في الضمان على تقديري) القول بـ (الصحة والفساد) لعقد العارية هنا - ووجه الفساد هو النهي في الروايات عن استعارة المحرم للصيد^(١) ووجه الصحة أن النهي في المعاملات ناظر إلى الحكم التكليفي وهو الحرمة ولا يدل على الحكم الوضعي وهو الفساد كالتحريم عن البيع وقت نداء صلاة الجمعة، وقد تقدمت الإشارة إلى المسألة فيما تقدم ص ٣٩٩ من شرحنا.

(إلا أن يقال) في توجيه ضمان القيمة على المحرم ما أفاده صاحب الجواهر

ج ٢٧ ص ١٦٥ من (إن وجه ضمانه - بعد البناء على) ما هو المشهور من (أنه يجب

(١) راجع الوسائل، ج ٩، ص ٢٣١، كفارات الصيد.

على المحرم إرساله و أداء قيمته - : أنَّ المستقرَّ عليه قهراً بعد العارية هي القيمة، لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الَّذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلِّ عقد، لا بسبب التلف.

و يشكل إطراد القاعدة أيضاً: في البيع «المبيع - خ د» فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها؛ فإنَّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنَّها مضمونة في

على المحرم إرساله و أداء قيمته - : أنَّ المستقرَّ عليه قهراً) بحكم الشارع (بعد قبول (العارية هي القيمة، لا العين)؛ لأنَّه لا يجوز له دفع الصيد نفسه إلى المعير المُحلَّ - كما هو المشهور بين الفقهاء - (فوجوب دفع القيمة ثابت) على المحرم (قبل التلف) أيضاً (بسبب وجوب الإتلاف) بالإرسال (الَّذي هو سبب لضمان ملك الغير) قطعاً (في كلِّ عقد) لعموم قوله ﷺ : «من أ تلف مالَ الغير فهو له ضامن»^(١) (لا بسبب التلف) فالمقام خارجٌ موضوعاً عن تحت قاعدة «كلَّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده؛ لأنَّ موضوعه التلف لا الإتلاف.

(و يشكل إطراد القاعدة أيضاً: في) مورد ثالث و هو (البيع «المبيع - خ د» فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها) المشتري، كما إذا آجر داراً قابلة للسكنى لكنه لم يسكن فيها و تبين بعد شهر مثلاً أنَّ البيع كان باطلاً؛ (فإنَّ هذه المنافع) الفائتة (غير مضمونة) على المشتري (في العقد الصحيح) فلو أقاله البائع أو انفسح البيع بخراب الدار مثلاً لا يكون المشتري ضامناً لها بل عليه تسليم الدار نفسها للبائع و يستردَّ تمام الثمن، (مع أنَّها) أي المنافع غير المستوفاة (مضمونة) على المشتري (في

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار الواردة في الرهن و العارية و الإجارة كما سيجيء في تعليقه ص ٤٥٦ .

العقد الفاسد.

إلا أن يقال: إنَّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد. وفيه نظر؛ لأنَّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح؛ لأنَّ الثمن إنَّما هو بإزاء العين دون المنافع.

و يمكن نقض القاعدة أيضاً: بحمل المبيع فاسداً على ما صرح به في المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير: من كونه مضموناً على

العقد الفاسد) فإذا لم يسكن الدار و تبين بعد شهر فساد البيع فعليه دفع أجرة هذه المدة إلى البائع مع الدار، و يسترد الثمن، فهذا الحكم منافٍ لقاعدة «كل ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفاسده».

(إلا أن يقال) في توجيه الإشكال (إنَّ ضمان العين يستتبع) و يوجب (ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد) جميعاً، ففي البيع الصحيح أيضاً إذا انفسح بإقالة و نحوها يكون المشتري ضامناً لمنافع المبيع و إن لم يستوفها، فالمسألة داخلية في أصل القاعدة أعني «كل ما يضمن بصحيحه يُضمن بفاسده لا في عكسها».

(و فيه نظر؛ لأنَّ نفس المنفعة) للمبيع (غير مضمونة) على المشتري (بشيء في العقد الصحيح؛ لأنَّ الثمن إنَّما هو بإزاء العين دون المنافع) فمنافع المبيع تكون للمشتري مجاناً و بلا عوض، كما أنَّ منافع الثمن تكون للبائع أيضاً مجاناً، و إن فرض فسخ البيع بعد مدة من الزمن.

(و يمكن نقض القاعدة) أي قاعدة «ما لا يُضمن» (أيضاً) في مورد رابع و هو (حمل المبيع فاسداً) فيما إذا اشترى حيواناً حاملاً كشاة، أو أمة و تبين فساد العقد، فإنَّه يجب على المشتري ردَّ الحيوان مع ولدها إلى البائع و يسترد الثمن، ولو تلف الولد فعليه القيمة، بناءً (على ما صرح به) الشيخ الطوسي (في المبسوط) ج ٣ ص ٦٥، (و) المحقق الحلِّي في (الشرائع) ج ٣ ص ٢١٥، (و) العلامة في (التذكرة) ج ١ ص ٤٩٦ و ج ٢ ص ٣٩٧، (و التحرير) ج ٢ ص ١٣٧ (من كونه) أي الحمل (مضموناً على

المشتري، خلافاً للشهيدين و المحقق الثاني و بعض آخر تبعاً للعلامة في القواعد، مع أنَّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنَّه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع، و حينئذٍ لا نقض على القاعدة.

المشتري، خلافاً للشهيدين) في شرح اللمعة ج ٧ ص ٢٤ و ٢٥، و الدروس ج ٣ ص ١٠٨، و المسالك ج ١٢ ص ١٥٥ (و) خلافاً (للمحقق الثاني) الكركي في جامع المقاصد ج ٦ ص ٢٢٠، (و بعض آخر تبعاً للعلامة في القواعد)، كالمقدس الأردبيلي في مجمع الفائدة و البرهان ج ١٠ ص ٢٠٢ فعلى مختار الجماعة الثانية لا يتجّه النقض على قاعدة «ما لا يضمن» ولكن على ما اختاره الجماعة الأولى يتجّه النقض عليها لقولهم بضمان الحمل على المشتري في البيع الفاسد (مع أنَّ الحمل غير مضمون) عليه (في البيع الصحيح؛ بناءً على أنَّه للبائع) و عدم دخوله في المبيع أعني أمّه و بقاءه على ملك البائع - إلّا مع شرط الدخول - فلو تلف بغير تعدٍّ أو تفریط لا يكون المشتري ضامناً، فانتقض قاعدة «كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده». (و عن) الشهيد الأوّل في (الدروس) ج ٣ ص ١٠٨ (توجيه كلام العلامة) في التذكرة و التحرير بالضمان (بما إذا اشترط) المشتري على مالك الحيوان (الدخول) أي دخول الحمل (في البيع) كذا في النسخ، و في المصدر «المبيع»، و عليه فالمشتري يضمن الحيوان بالضمان المعاوضي بسبب الشرط بمعنى أنّه يقع مقدار من الثمن في مقابل الأمّ و مقدار منه في مقابل الحمل، فإذا تبين بطلان البيع كان ضمان الحمل بمقتضى الشرط لا بمقتضى ذات العقد، و من المعلوم أنَّ مورد قاعدة «ما لا يضمن» هو اقتضاء نفس العقد للضمان و عدمه، لا لأمر خارج عن حقيقته كالشرط، كما تقدّم ص ٣٩٩، و على هذا فيخرج مورد حكم العلامة بالضمان عن موضوع القاعدة أصلاً و عكساً (و حينئذٍ لا نقض على القاعدة).

و يمكن النقض أيضاً: بالشركة الفاسدة؛ بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان.

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة، على ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط، هي: الأولوية، وحاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟

(و يمكن النقض أيضاً) في موردٍ خامس و هو النقض (بالشركة الفاسدة) بتقريب أنها توجب الضمان و حرمة التصرف في المال المشترك خلافاً للشركة الصحيحة فإنها غير مضمّنة، فانتقض قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، لكن هذا النقض (بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها) أي بالشركة الفاسدة في المال المشترك لا انتفاء الإذن فيها بالتصرف من قبل الشريك الآخر، (فأخذ المال المشترك حينئذٍ) أي حين انتفاء الإذن (عدواناً موجب للضمان)، وأما بناءً على بقاء الإذن في التصرف في المال المشترك في الشركة الفاسدة كما في الصحيحة فلا نقض، إذ الصحيحة و الفاسدة سيان حينئذٍ، و الوجه في التردد في بقاء الإذن و عدمه، هو الشك في أن تقييد الإذن بالشركة هل هو بنحو وحدة المطلوب أم تعدّده؟ بمعنى أن الأذن في التصرف مقيد بكونه شريكاً شرعاً كما هو الظاهر أم غير مقيد به؟ فحتى في فرض بطلان الشركة أيضاً هو مأذون في التصرف، فعلى الأول و هو التقييد ينتقض القاعدة و على الثاني لا ينتقض.

(ثم) يقع الكلام في جهة أخرى و هو (إن مبنى هذه القضية السالبة) أي «كلّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و مدركها و الدليل عليها ما هو؟ فـ (على ما تقدّم) ص ٣١٠ في صدر المسألة (من كلام الشيخ) الطوسي (في) وجه الضمان في الرهن الفاسد من (المبسوط) ج ٢ ص ٢٠٤ فالمبنى و المدرك (هي: الأولوية، و حاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟) و يقال بالفارسيّة:

و توضيحه: أَنَّ الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاقد الذي هو بمنزلة عدم لا يؤثر في الضمان؛ لأنَّ أثر الضمان إمَّا من الإقدام على الضمان، و المفروض عدمه، و إلا لضمن بصحيحه، و إمَّا من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنَّها لا تؤثر شيئاً.

و وجه الأولوية: أَنَّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان، أمكن أن يقال:

جایی که عقاب پر بریزد از پشه لاغری چه خیزد

(و توضيحه) أي توضيح انتفاء الضمان في الرهن الفاسد - و غيره التي لا يُضمن بصحيحها - (أَنَّ الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إمضاء الشارع له) أي لعدم الاقتضاء فإنَّ المرتهن غير ضامن للعين المرهونة إذا تلفت بغير تعدٍّ أو تفريط (فالفاقد الذي هو بمنزلة عدم لا يؤثر في الضمان) بطريق أولى؛ (لأنَّ أثر الضمان) و المقتضي له - فإضافة الأثر إلى الضمان بيانية - إنَّما هو أحد وجهين: ١ - (إمَّا من الإقدام على الضمان) من قِبَل المتعاملين كما في العقود المضئنة كالبيع، حيث يجعل كلُّ منهما ماله مضموناً في مقابل المال الآخر، (و المفروض عدمه) أي عدم الإقدام في الرهن و نحوه كالعارية و الوديعة، (و إلا) أي و إن كان هناك إقدام (لَضْمَنَ بصحيحه) أيضاً، و الوجه الثاني للضمان، ٢ - (و إمَّا من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة) كما حَكَمَ به في قبول عارية المُحرِّم الصيد على ما تقدَّم ص ٤٢٧ (و المفروض أنَّها) أي المعاملة الفاسدة (لا تؤثر شيئاً) في نظر الشارع و لا يوجب ضماناً.

(و وجه الأولوية) لعدم الضمان في العقد الفاسد الذي لا ضمان في صحيحه كالرهن هو (أَنَّ الصحيح) حتَّى فيما (إذا كان مفيداً للضمان)، كالبيع (أمكن أن يقال:

إِنَّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريره: من أنه أقدم على ضمان خاص، والشارع لم يمضه، فارتفع أصل الضمان.

لكن يחדشها: أنه يجوز أن تكون صحة الرهن والإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً، مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا أولوية.

إِنَّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد) منه (لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريره) ص ٤٠٩ من الإشكال والتأمل في الاستدلال على الضمان في الفاسد الذي يضمن بصحيحه كالبيع، بقاعدة «الإقدام» - كما في المسالك - أو الدخول في المعاملة على أن يكون المال مضموناً عليه - كما في كلام المبسوط: (من أنه) إتماً (أقدم على ضمان خاص) وهو المسمى المجعول لا الضمان بالمثل أو القيمة، (والشارع لم يمضه، فارتفع أصل الضمان) لأن مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية، فهذا يدل بالأولوية القطعية على انتفاء الضمان بمثل الرهن الفاسد الذي لا ضمان بصحيحه؛ وذلك لانتفاء كلٍّ من الإقدام ومن امضاء الشارع له بخلاف البيع الفاسد حيث إنه مصداق لمفهوم البيع المتقوم بالمعاوضة فيترقب منه الضمان، ومع ذلك لم يترتب عليه الضمان، فإذا كان هذا حال البيع الفاسد، فكيف حال الرهن أي العقد الفاسد الذي لا يضمن بصحيحه، فإنه أخرى وأنسب بعدم الضمان.

هذا و (لكن يחדشها) - أي هذه الأولوية (أنه يجوز أن تكون صحة الرهن والإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن والمستأجر على العين) مجاناً من قبيل المالك و (شرعاً، مؤثرة) - خبر لتكون - (في رفع الضمان) عن القابض وهذا (بخلاف) العقد (الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين) شرعاً و من قبيل المالك، كالبيع (فلا أولوية).

ثم رجع الشيخ رحمه الله إلى إتمام ما ذكره قبل الخدشة: من الاستدلال على عدم

فإن قلت: إنَّ الفاسد و إن لم يكن له دخلٌ في الضمان، إلا أنَّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقي الباقي.

قلت: ما خَرَجَ به المقبوض بصحاح تلك العقود يَخْرُجُ به المقبوض بفاسدها، و هي: عموم ما دلَّ على أنَّ مَنْ لم يُضْمَنْه المالك، سواء مَلَكَه إِيَّاه بغير عوض، أو سَلَطَه على الإنتفاع به، أو استأَمَنَه عليه لحفظه، أو دَفَعَه إليه لاستيفاء حقِّه.

الضمان في العقود الفاسدة بكونها لغواً غير مؤثرة شيئاً، فقال: (فإن قلت): سلَّمنا (إنَّ الفاسد و إن لم يكن له دخلٌ في الضمان، إلا أنَّ مقتضى عموم) حديث «على اليد» ما أخذت حتَّى تودِّي المتقدِّم ص ٢١٣ و ٣٨٣ (هو الضمان) في جميع العقود و الموارد (خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض) كالرهن الصحيح (و بقي الباقي) تحت عموم «على اليد» و منه المقبوض بالعقود الفاسدة حتَّى مثل الرهن و العارية.

(قلت) قد ثبت الملازمة في عدم الضمان بين العقد الصحيح غير المُضَمَّن كالرهن و بين فاسده؛ و ذلك لأنَّ (ما خَرَجَ به المقبوض بصحاح تلك العقود يَخْرُجُ به المقبوض بفاسدها، و هي) كذا في النسخ، و المناسب «و هو» (عموم ما دلَّ) من الروايات ^(١) (على أنَّ مَنْ لم يُضْمَنْه المالك، سواء مَلَكَه) عين مَالِه (إِيَّاه بغير عوض) كالهبة (أو سَلَطَه على الإنتفاع به) كالعارية (أو استأَمَنَه عليه لحفظه) كالوديعة، (أو دَفَعَه إليه لاستيفاء حقِّه) أي حقَّ القابض كالدار و الحمار في الإجارة

(١) راجع الوسائل، ج ١٣، ص ٢٣، الوديعة ج ١ و ٢ و ٣ و ٩ و ١٠، ص ٢٢٨، ح ٥، و ص ٢٣٧

أو العمل فيه بلا أجره أو معها، أو غير ذلك، فهو غير ضامن.
 أمّا في غير التملك بلا عوض - أعني الهبة - فالدليل المخصّص لقاعدة
 الضمان عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل
 «ليس لك أن تتّهمه».

(أو العمل فيه بلا أجره أو معها) كالثوب للخياط والسيارة للميكانيكي ليصلّحها، (أو
 غير ذلك) كدفع المال إل الوكيل لبيعه، أو إلى العامل في المضاربة ليتعامل في التجارة به،
 (فهو غير ضامن) للعين إذا تلفت أو نقصت من غير تعدّي أو تفريط لأنّ يده أمانة.
 و تفصيل ذلك (أمّا في غير) المورد الأوّل و هو (التملك بلا عوض - أعني
 الهبة -) من الموارد المذكورة بعده (فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان) «بالبعد»
 (عموم ما دلّ) من الأخبار (على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن، بل
 «ليس لك أن تتّهمه») فمنها صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «صاحب الوديعة
 والبضاعة مؤتمنان، و قال: ليس على مستعير عارية ضماناً و صاحب العارية و الوديعة
 مؤتمن»^(١).

و منها: موثقة محمد بن مسلم - بأبان بن عثمان فإنّه ناووسي ثقة - عن أبي جعفر
 عليه السلام قال: «سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تُسرق، فقال: إن كان أميناً فلا
 غُرم عليه»^(٢). و منها ما رواه مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: سمعته يقول:
 «لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سُرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً»^(٣).
 و منها: صحيحة عبدالله بن سنان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العارية؟ قال: «لا
 غُرم على مستعير عارية»^(٤).

و أما في الهبة الفاسدة، فيمكن الإستدلال على خروجها من عموم «اليد»
بفحوى ما دلّ على خروج صور «مورد - خ د» الإستئمان؛ فإنّ استئمان المالك
لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له،

و منها: صحيحة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يضمن الصائغ والا القصار
و الحائك إلّا أن يكونوا متّهمين»^(١).

و أما ما عبّر بقوله: «ليس لك أن تتهم» فهو ما رواه مسعدة بن زياد، عن جعفر بن
محمّد عن أبيه عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن
الخانن وقد جرّبت»^(٢)، وكذا ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس لك
أن تأتمن من خانك، ولا تتهم من ائتمنت»^(٣).

إلى غير ذلك من النصوص الواردة في الودعيّ المرتهن، والمستعير، والأجير على
العمل في العين، والمستأجر للعين وغيرها المتفرقة في أبواب الفقه، ومقتضى ترك
الإستفصال، عدم الفرق بين كون الإستيمان في العقد الصحيح أو الفاسد، هذا ومع ذلك
كلّه قال الشهيد عليه السلام في هداية الطالب ص ٢١٨ في شرح قول الشيخ: «عموم ما دلّ على
أنّ من لم يضمنه المالك» قال: «لم نعر بهذا الدليل ... الخ».

(و أما وجه عدم الضمان (في الهبة الفاسدة، فيمكن الإستدلال على
خروجها من عموم) قاعدة «اليد» بفحوى ما دلّ على خروج صور «مورد - خ د»
الإستئمان) على العين؛ (فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم
ضمانه له) مع بقاءه على ملك ماله، كما في العارية والوديعة والإجارة على العمل في

(١) الوسائل، ج ١٣، ص ٢٧٤، الإجارة، ح ١١.

(٢ و ٣) الوسائل، ج ١٣، ص ٢٢٩، الوديعة، ح ١٠ و ٩.

اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى، و التقييد بالمجانئة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات؛ فإنه عين التضمين.

فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أَنَّ مَنْ دَفَعَ المالك إليه ملكه على وجه لا يُضْمَنُهُ بعوضٍ واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان.

العين أو المستأجر للإنتفاع به، فبطريق أولى (اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً) أي في الهبة الفاسدة (عدم ضمانه بطريق أولى، و التقييد بالمجانئة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات) كالبيع (فإنه عين التضمين).
(فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن) بصيغة المفعول - بفتح الميم - و هو مَنْ جعله المالك أميناً على ماله - من دون تضمينه إياه -، هو خروج العقود الأمانية الصحيحة و فاسدها عن حديث «اليد» و ذلك لِـ (أَنَّ مَنْ دَفَعَ المالك إليه ملكه على وجه لا يُضْمَنُهُ بعوضٍ واقعي - أعني المثل أو القيمة - ولا جعلي، فليس عليه ضمان) فلو تلف لم يلزم عليه تداركُه، ولو نقص فليس عليه نقص قيمته، إذن فستم قاعدة «كلّ ما لا يُضمّن بصحيحه لا يُضمّن بفاسده».

الثاني: من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد

وجوب ردّه فوراً إلى المالك؛ و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة، بل صرح في التذكرة - كما عن جامع المقاصد - أنّ مؤونة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلا به؛

(الثاني: من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد) هو

الحكم التكليفي بـ (وجوب ردّه فوراً إلى المالك) بناءً على القول بعدم جواز التصرف فيه بمجرّد العلم بالفساد؛ لأنّ القبض عن مالكة كان مبنياً على وفائه بالعقد وقد تبين فساده فلم يبق إذن من المالك ولا من الشارع بجواز التصرف فيه، ومنه إيقاؤه في يده - كالمشتري في البيع - والمستأجر في الإجارة - فيجب عليه الردّ فوراً (و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح) أي عدم الخلاف (من) كلام المقدّس الأردبيلي في (مجمع الفائدة) والبرهان ج ٨ ص ١٩٢، حيث قال: إنّ ذلك فتوى العلماء، إلّا أنّ صريح كلامه إنّما هو في صورة علم المشتري بالفساد و طلب المالك للمبيع، فراجع^(١).

(بل صرح العلامة (في التذكرة) ج ١ ص ٤٩٥ الغصب) - كما عن

جامع المقاصد -) ج ٤ ص ٤٣٥ للمحقّق الكركي أيضاً^(٢) (أنّ مؤونة الردّ) في البيع الفاسد (على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلا به) ويفهم من هذا أنّ وجوب الردّ

(١) هذا، وقال الفاضل المامقاني في غاية الآمال، ج ٥، ص ١٢٠ بعد نقل كلام مجمع الفائدة:

فالضمير في قوله: يلوح عائد إلى عدم جواز التصرف، لكنّه خلاف الظاهر في نظري الفاصر.

(٢) لم أعثر على الحاكي عن جامع المقاصد، وقد راجعت مظانّه في مفتاح الكرامة و الجواهر و الحقائق.

و إطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة، إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر.

و يدلّ عليه: أنّ الإمساك آنأماً تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه: «لا يجوز

فوراً أمر مسلم، و يترتب عليه حكم وضعي و هو كون مؤونة الردّ أيضاً عليه، (و إطلاقه) أي إطلاق وجوب الردّ (يشمل ما لو كان في ردّه مؤونة كثيرة) كما إذا اشترى مائة كيلو حنطة من شوشتر و نقله إلى المشهد الرضوي سلام الله عليه (إلا أن يقيد) كون مؤونة الردّ على المشتري (بغيرها) أي بغير المؤونة الكثيرة كما في أكثر البيوع؛ و لا سيما في الأزمنة السابقة التي كان السفر قليلاً و النقل و الانتقال بالأشياء أقلّ، و ذلك (بأدلة نفي الضرر) و الضرر في الإسلام المتقدم ص ٤١٦، فإنّ المفروض أنّ المشتري كان جاهلاً ببطان البيع و قد صرف مؤونة لنقله عن موضع البيع فلو قلنا بكون مؤونة الردّ أيضاً عليه كان متضرراً بكثير و يعبر عنه في الفارسي بـ «قوز بالاى قوز» فمقتضى الجمع بين دليل وجوب الردّ و دليل عدم الضرر هو كون مؤونة الردّ على البائع.

أقول: بل يحتمل أنّ مقتضى دليل عدم الضرر هو جعل المؤونة على البائع حتّى و إن كانت قليلة لجهل المشتري بالبطان حين البيع و انتقال المبيع، فكان يأمل الإنتفاع به فتحمل المشقّة و صرف المال في نقله عن مكان البيع، و الحال قد أمر بإرجاعه و صرف مؤونة أخرى في الرد فهو يقول بلسان حاله و قاله بما قاله الشاعر الفارسي:

اميدوار بُود آدمى به خير كسان مرا به خير تو أميد نيست، شَرّ مرسنان

(و يدلّ عليه) أي على وجوب الردّ (أنّ الإمساك) للمبيع مثلاً للمشتري في فرض فساد البيع ولو (آنأماً تصرّف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه) و أرواحنا فداء: «(لا يجوز) - و في الحديث: «لا يحلّ» -

لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه».

ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً، كفى عموم قوله ﷺ : «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه»؛ حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده.

و أما توهم: أن هذا بإذنه حيث إنّه دَفَعَهُ باختياره، فمندفع: بأنّه إنّما ملّكه إياه عوضاً،

(لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه)^(١) وقد تقدّم ص ٤١٤.

(ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً) بدعوى أنّ التصرّف المأخوذ من الصرف، هو التقلّب و التقليب و التغيير و هي مفقودة في الإمساك فلا يصدق عليه التصرّف، فـ (كفى) حينئذٍ دليلاً على وجوب الردّ فوراً، (عموم قوله ﷺ : «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه»)^(٢) وقد تقدّم ص ١٢٧ و في ج ٣ ص ٢٩٢^(٣) (حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها) إمساكه (كونه في يده)؛ فإنّ تعلق عدم الحلّ بذات الشيء و حذف متعلّقه، يفيد العموم - خصوصاً بملاحظة ورود هذه الجملة في كلامه ﷺ في مقام التعليل لوجوب ردّ الأمانات فهو كقولنا: يجب عليك ردّ كتاب زيد إليه، و لا يحلّ لك إلا بطيب نفسه، أي لا يحلّ لك جميع التصرفات حتّى إيقائه في يدك.

(و أما توهم: أن هذا) الإمساك يكون (بإذنه) أي المالك (حيث إنّه دَفَعَهُ باختياره) إلى المشتري القابض (فمندفع: بأنّه إنّما ملّكه إياه عوضاً) عن الثمن

(١) الوسائل، ج ٦، ص ٣٧٧، الأنفال؛ إكمال الدين، ص ٢٨٧.

(٢) الوسائل، ج ٣، ص ٤٢٤، مكان المصلّي و ج ١٩، ص ٣، قصاص النفس؛ و رواه الكافي، ج ٧، ص ٢٧٣ عن زيد الشحام بسند صحيح.

(٣) راجع ص ٤١٤ لتفصيل ذلك.

فإذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً، [انتفى الإذن]،
والمفروض أنّ كونه على وجه الملكيّة المجانيّة ممّا لم يُنشئها المالك.
و كونه مالاً للمالك و أمانةً في يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه، ولو أُذن له
فهو استيداع جديد، كما أنّه لو ملكه مجاناً كانت هبةً جديدة.
هذا، ولكنّ الذي يظهر من المبسوط: عدم الإثم في إمساكه، «معللاً بأنّه
قَبَضَهُ بإذن ماله - خ د»

(فإذا) فرض فساد البيع و عدم تملّك البائع له و (انتفت صفة العوضيّة) شرعاً عن
المبيع (باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً، [انتفى الإذن]) جملة «انتفى الإذن»
جواب الشرط و هو ساقط في أكثر النسخ - و بعبارة أخرى، إذن المالك في تصرّف القابض
في ماله - و منه إبقاؤه في يده و عدم ردّه -، معلق على كونه عوضاً عمّا أخذه، و حيث
انكشف أنّ ما أخذه، لا يكون ملكاً له فهو لا يأذن في التصرف في ماله الذي بيد المشتري،
(و المفروض أنّ كونه على وجه الملكيّة المجانيّة ممّا لم يُنشئها المالك).

(و) احتمال (كونه) أي المقبوض بالعقد الفاسد - في يد المشتري مثلاً - (مالاً
للمالك و أمانةً في يده) أي يد القابض نظير العارية و الوديعة (أيضاً ممّا لم يؤذن
فيه) من قبل المالك (ولو أُذن له) فرضاً (فهو استيداع جديد) مغاير لما وقع سابقاً من
البيع الفاسد مثلاً (كما أنّه لو ملكه مجاناً كانت هبةً جديدة) كما تقدّم نظيره ص ٢٤٠
في الأمر الثامن من تنبيهات المعاطاة.

(هذا) كلّ (ولكنّ الذي يظهر من) الشيخ الطوسي في (المبسوط)

ج ٢ ص ١٤٩ (عدم الإثم في إمساكه) حيث قال: ... فالتصرّف فيه لا يصحّ، و يلزمه
ردّه على البائع لأنّه ملّكه و لا إثم عليه لأنّه قَبَضَهُ بإذن ماله، انتهى، و في بعض
نسخ المكاسب زيادة: قوله «معللاً بأنّه قَبَضَهُ بإذن ماله - خ د» كما نقلنا كلامه،

وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب، وهو ضعيف، والنسبة غير ثابتة، ولا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

(و كذا) يظهر من كلام ابن إدريس في (السرائر) ج ٢ ص ٢٨٥ و ص ٣٢٦ (ناسباً له إلى الأصحاب) حيث قال: ... فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب، إلا في إرتفاع الإثم بإمساكه، انتهى.

(و هو) أي عدم الإثم في الإمساك (ضعيف) في صورة العلم بفساد المعاملة (والنسبة) إلى الأصحاب كما في السرائر ص ٣٢٦ (غير ثابتة، ولا يبعد إرادة) الشيخ و ابن إدريس (صورة الجهل) أي جهل القابض بفساد المعاملة من البيع و الإجارة و غيرهما (لأنه لا يعاقب) حينئذٍ على الإمساك بل على التصرف فيه أيضاً، و عدم العقاب كاشف عن عدم الإثم؛ لحديث رفع التسعة عن الأمة التي منها «ما لا يعلمون»^(١) و غيره.

أقول: و يحتمل أن يكون عدم الإثم لتوهم القابض الإذن من المالك - حتى مع العلم بفساد المعاملة كما يستظهر من كلمات جماعة من الأصحاب^(٢).

(١) الوسائل، ج ٥، ص ٣٤٥، الخلل.

(٢) راجع حاشية السيّد الطباطبائي اليزدي على المكاسب، ص ٩٥.

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدّم من السرائر من كونه بمنزلة المغصوب: الاتفاق على الحكم.

و يدلّ عليه: عموم قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه»: بناءً على صدق «المال» على المنفعة.

(الثالث) من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: (أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد) إلى المالك - وهذا قيد توضيحي - (كان عليه عوضها) من المثل أو القيمة (على المشهور) بين الأصحاب كما في كلام السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤ ص ٧٤٨، وكذلك الحال في الأجرة في الإجارة الفاسدة، سواء استوفي المستأجر العمل على العين كالخياطة، أو استفاد من العين كسكنى الدار، وركوب الحمار، وثمره الأشجار، (بل ظاهر ما تقدّم) ص ٣٨٣ (من السرائر) في ج ٢ ص ٢٨٥ (من كونه بمنزلة المغصوب: الاتفاق) من العلماء (على الحكم) المذكور؛ حيث قال: إن البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب، و سيجيء في ص ٤٦٠ كلام العلامة أيضاً في التذكرة ج ٢ ص ٣٨١: تصريحه باتفاق علمائنا على ضمان المنافع المستوفاة وغيرها.

(و يدلّ عليه) أي على ضمان المنافع المستوفاة: (عموم قوله ﷺ) كذا في النسخ والأنسب ﷺ كما تقدّم ص ١١٧: «(لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه)»^(١) (بناءً على صدق «المال» على المنفعة) حقيقة، سواء أكانت عيناً أيضاً كثمره الشجرة و لبن الشاة، أو عَرَضاً كسكنى الدار و العمل المحترم كالخياطة،

و لذا يُجعل ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح.

خلافاً للوسيلة، فَنَقَى الضمان، محتجاً بأنَّ «الخراج بالضمان»، كما في النبوي المرسل، و تفسيره: أَنَّ مَنْ ضَمِنَ شَيْئاً وَ تَقَبَّلَهُ لِنَفْسِهِ، فخرجه له، فالبراء للسببية أو المقابلة، فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع و تَقَبَّلَهُ

و ذلك لما تقدّم أول البيع ص ١١ من أنَّ المال عبارة عن كلِّ ما يرغب فيه العقلاء و يُبذل في إزائه شيء، (و لذا) أي و لأجل كون المنفعة مالاً حقيقةً، (يُجعل ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح) و عوضاً في جميع العقود المعاوضة.

و الحكم بضمن المنافع المستوفاة هو المشهور كما ذكرنا (خلافاً للوسيلة) ص ٢٥٥ لابن حمزة الطوسي (فَنَقَى الضمان) فيها (محتجاً) بما روي في كتب العامة، و في عوالي اللآلي عن عايشة عنه عليها السلام (بأنَّ «الخراج بالضمان»، كما في النبوي المرسل)^(١) و المراد من الخراج كلُّ ما يخرج من الشيء كالثمرة للشجرة و اللبن للحيوان = درآمد، (و تفسيره: أَنَّ مَنْ ضَمِنَ شَيْئاً وَ تَقَبَّلَهُ لِنَفْسِهِ، فخرجه له، فالبراء للسببية) كما في قوله تعالى: ﴿سَلَامٌ عَلَيْكُمْ بِمَا صَبَرْتُمْ فَنِعْمَ عُقْبَى الدَّارِ﴾^(٢)، و قوله تعالى: ﴿فَذُوقُوا الْعَذَابَ بِمَا كُنْتُمْ تَكْفُرُونَ﴾^(٣)، فضمن البيع بضمنه المسمى أو ببدله الواقعي من المثل أو القيمة، سبب لمليكة منافعه، (أو) يكون الباء لـ (المقابلة) و هي التي تدخل على العوض كقوله: بعت كتابي بألف تومان فكلُّ من المتابعين يُقدّم على الضمان المعاوضي (فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع) و جَعَلَهُ في عهده، (و تَقَبَّلَهُ

(١) عوالي اللآلي، ج ١، ص ٢١٩، ح ٨٩؛ سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٥٤؛ سنن الترمذي، ج ٣،

ص ٥٨٢.

(٢) الرعد : ٢٤ .

(٣) الأنفال : ٣٥ .

على نفسه بتقبيل البائع و تضمينه إيّاه على أن يكون الخراج له مجّاناً، كان اللازم من ذلك أنّ خراجّه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

و الحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، و مرجّعه إلى أنّ الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة، و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة، مثل قوله عليه السلام في مقام الإستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري:

على نفسه بتقبيل البائع) و تملكه (و تضمينه إيّاه) فإنّما هو (على أن يكون الخراج) و هو النماء و منافع المبيع (له مجّاناً) و ليس له في تقبّل ذلك الضمان قصد القرية و تحصيل الجنّة فـ (كان اللازم من ذلك) الإقدام (أنّ خراجّه له) أي للمشتري مجّاناً حتّى (على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان) للمبيع أيضاً (عليه على هذا التقدير أيضاً) أي تقدير فساد البيع بالمثل أو القيمة كما ذكرنا، كما هو الحال في فرض صحّة البيع.

(و الحاصل: أنّ ضمان العين) على المشتري (لا يجتمع مع) جعل (ضمان الخراج) و المنافع، عليه أيضاً و بعبارة أوضح من عليه غُرم العين فله غُثم منفعه، كما أنّ نفقة الزوجة في مقابل الإستمتاع، (و مرجّعه) أي مرجع عدم الإجماع (إلى أنّ الغنيمة و الفائدة) إنّما هي (بإزاء الغرامة) للعين و يقال بالفارسيّة: آين، به آن، در (و هذا المعنى) و هو كون المنافع المعبر عنه بالخراج بإزاء ضمان العين (مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة، مثل قوله) أي الإمام الصادق عليه السلام (في مقام الإستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري) في موقّعة إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل باع داره من أخيه ببيع الشرط إلى سنة، فقال عليه السلام: «لا بأس بهذا،

«ألا ترى أنها لو أحرقت، كانت من مال المشتري؟»، و نحوه في الرهن، و غيره.
و فيه: أنَّ هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان، حتّى يكون
الخراج بإِذائه.

إن جاء بضمنها إلى سنةٍ ردّها عليه، قلت: فإنّها كانت فيها غلّة - أي منافع - كثيرة فأخذ
الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال: «الغلّة للمشتري، (ألا ترى أنها لو أحرقت، كانت من مال
المشتري؟)»^(١)، و بمضمونها رواية معاوية بن ميسرة^(٢) (و نحوه في الرهن) و هي
موثّقة اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي ابراهيم عليه السلام: الرجل يرهّن الغلام و الدار فتصيبه
الآفة على من يكون؟ قال: على مولاه، إلى أن قال عليه السلام: «أرأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد
و بلغ مأتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له»^(٣).
(و) كذلك ورد هذا الحكم في (غيره) أي غير الرهن كما ورد في الإجارة بأنّه
يجوز لمن استأجر أرضاً، أن يؤجرها بأكثر ممّا استأجرها إذا حفر فيها نهراً أو عمل
عملاً^(٤).

(و فيه) أي فيما أفاده صاحب الوسيلة ما تقدّم ص ٤٠٩ من الإشكال على
استدلال الشيخ الطوسي و الشهيد الثاني للضمان في الفاسد، بالإقدام على الضمان و
دخوله على أن يكون المال مضموناً عليه، و هو (أنّ هذا الضمان) في الفاسد بالمثل أو
القيمة (ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان، حتّى يكون الخراج بإِذائه) بمقتضى

(١) الوسائل، ج ١٢، ص ٣٥٥، الخيار، و الحديث في التهذيب، ج ٧، ص ٢٨ عن من سمع
الإمام عليه السلام؛ و كذا في الكافي، ج ٥، ص ١٧١ ولكن في الفقيه، ج ٣، ص ٢٠٨ رواه اسحاق عن
الإمام بنفسه.

(٢) المصدر المتقدم، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٣، ص ١٢٦، الرهن.

(٤) راجع الوسائل، ج ١٣، ص ٢٦١، الإجارة.

وإنما هو أمرٌ قهريٌّ حَكَمَ به الشارع، كما حكم بضمان المقبوض بالسوم و
المغصوب.

فالمراد بالضمان الَّذِي بإِزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه، و تقبُّله
له مع إمضاء الشارع له.

و ربَّما يُنتَقَض ما ذكرناه في معنى الرواية: بالعارية المضمونة، حيث
إنَّه أقدم على ضمانها، مع أنَّ خراجها ليس له؛ لعدم تملكه للمنفعة، وإنَّما تملك
الإنْتفاع الَّذِي عيَّنه المالك؛ فتأمَّل.

«الخراج بالضمان»، (وإنَّما هو أمرٌ قهريٌّ حَكَمَ به الشارع، كما حكم بضمان
المقبوض بالسوم) و هو ما قَبَّضه المشتري للإختبار بقصد الشراء فإنَّه لو تلف
في يده حَكَم الشارع بالضمان قهراً مع أنه لم يُقدِّم القابض على الضمان بعدُ (و)
كذلك الحال في (المغصوب فالمراد بالضمان الَّذِي بإِزائه الخراج) في
حديث «الضمان بالخراج» هو: (التزام) القابض لـ (الشيء على نفسه، و تقبُّله له
مع إمضاء الشارع له) أي في فرض صحَّة البيع، دون الضمان القهري الَّذِي يثبت
في الفاسد.

(و ربَّما يُنتَقَض ما ذكرناه في معنى الرواية) من كون الضمان في الحديث
هو الضمان الإختياري المُمَضًى من الشارع (بالعارية المضمونة، حيث إنَّه) أي
المستعير (أقدم على ضمانها، مع أنَّ خراجها ليس له) فإنَّ المعروف أنَّ المستعير لم
يملك منافع العارية و إنَّما يملك الإنْتفاع الخاصَّ الَّذِي عيَّنه المالك له؛ (لعدم تملكه
للمنفعة، و إنَّما تملك) حقَّ الإستفادة و (الإنْتفاع الَّذِي عيَّنه المالك) فقط دون جميع
الإنْتفاعات، (فتأمَّل) لعلَّه إشارة إلى عدم الفرق عرفاً بين تملك المنفعة، و تملك الانتفاع
في أنَّ له حقَّ الإستفادة عن العين من غير ضمان.

و الحاصل: أنَّ دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم جَلِّه إلا عن طيب النفس. و ربَّما يُردُّ هذا القول: بما ورد في شراء الجارية المسروقة، من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن، بل عوض كلِّ ما انتفع.

(و الحاصل: أنَّ دلالة الرواية) النبوية «الخراج بالضمان» التي احتجَّ بها ابن حمزة (لا تقصر عن سندها في الوهن) و الضعف، (فلا يترك لأجلها قاعدة) مسلمة مستندة إلى (ضمان مال المسلم و احترامه و عدم جَلِّه إلا عن طيب النفس) كما تقدَّم ص ٤١٣ من جعل هذه الأمور مدركاً لقاعدة «كلِّ ما يضمن». قال الشارح مضافاً إلى قاعدة «اليد» بناءً على شمولها للمنافع أيضاً كما تقدَّم ص ٤٤٤.

(و ربَّما يُردُّ هذا القول) أي قول ابن حمزة بعدم ضمان المنافع المستوفاة (بما ورد في شراء الجارية المسروقة، من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن، بل عوض كلِّ ما انتفع) به، و لعلَّه أراد الشيخ من الرادِّ السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، حيث قال في ج ٤ ص ١٩٨ من بيع الفضولي، إذا لم يُجزَّ المالك البيع: «رجع في عين ماله و نمائه مطلقاً متصلاً أو منفصلاً، و عوض منافعه المستوفاة و غيرها و قيمة التالف من ذلك أو مثله على المشتري...» و في رواياتهم ما يدلُّ عليه ففي رواية زرارة قال قلت: لأبي عبد الله عليه السلام رجل اشترى جاريةً من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم أتاه من يزعم أنَّها له، و أقام على ذلك البيِّنة، قال عليه السلام: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها انتهى^(١). و بمضمونها روايته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام^(٢) و لا يخفى أنَّ ضمان قيمة الولد و اللبن و سائر المنافع

(١) الوسائل، ج ١٤، ص ٢٩٢، الباب ٨٨، نكاح العبيد، ح ٤.

(٢) المصدر، ح ٢.

و فيه: أَنَّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة
أَنَّ مالك العين جَعَلَ خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة
التصَرّف في مال الغير.

و أضعف من ذلك ردّه بصحیحة أبي ولّاد المتضمنة لضمان منفعة
المغصوب المستوفاة؛ ردّاً على أبي حنيفة القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين
ولو بالغصب سقط كراها،

لم يرد في رواية واحدة بل تضمنتها روايات متعددة ألّتي منها صحیحة جميل بن درّاج^(١).
(و فيه) أي يرد على هذا الردّ (أَنَّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين
مالكي العوضين من جهة أَنَّ مالك العين) المباع (جَعَلَ خراجها له) أي للمشتري
(إبّزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان) البائع سارقاً غاصباً فإنّ (فساده من جهة
التصَرّف في مال الغير) وهو المسروق منه، فالمقام أجنبیّ عن أخبار ضمان المنافع
للجارية المسروقة؛ فإنّ بائعها غاصب لها فالفساد هنا من جهة عدم مالکيّته لا من جهة
اختلال شروط صحّة البيع، ولا ملازمة بين الضمان للمنافع في المبيع المغصوب، والمبيع
بيع فاسد مع إذن المالك، إذن يمكن القول بالضمان في مسألة الجارية وبعده في المقام.
(و أضعف من ذلك) أي ردّ قول ابن حمزة بروايات ضمان المنافع المستوفاة من
الجارية المسروقة، (ردّه بصحیحة أبي ولّاد) الآتية في بحث ضمان القيمي في العقد
الفاسد (المتضمنة لضمان) القابض للعين في الإجارة الفاسدة (منفعة المغصوب
المستوفاة) وهي ركوب البغل والسفر به (ردّاً على أبي حنيفة القائل بأنّه إذا
تحقّق ضمان) نفس (العين) وهو البغل (ولو بالغصب سقط كراها) عن الغاصب

كما يظهر من تلك الصحيحة.

نعم لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول

(كما يظهر) قول أبي حنيفة بعدم ضمان الكراية (من تلك الصحيحة)^(١)؛ حيث إن أبي ولّاد إكترى بغلاً من الكوفة للذهاب إلى قصر بني هبيرة القريب منها لاستيفاء دين من غريم له، لكنّه إطلّع في الطريق على خروج الغريم من القصر إلى النيل - وهو قرية كانت بين الكوفة و بغداد - فتبعه إلى أن ظفّره ببغداد - = سرش راجح كرد - ثمّ رجع إلى الكوفة بعد خمسة عشر يوماً، فأراد التحلّل من صاحب البغل ببذل أجرة أكثر عن الأجرة التي عيّنها أولاً فلم يرض بها صاحب البغل فترافعا إلى أبي حنيفة، فحكم ببراءة ذمّة أبي ولّاد عن الأجرة الزائدة مستنداً بحديث «الخراج بالضمان» فاسترجع المكاري من هذا الحكم الجور، فأعطاه أبي ولّاد أجرة زائدة و تحلّل منه، إلى أن تشرّف للحجّ و زار الإمام الصادق عليه السلام و قصّ عليه القصّة فقال عليه السلام: «في مثل هذا الحكم تحبس السماء مائها و تمنع الأرض بركاتها» و حكم الإمام عليه السلام بضمانه لأجرة البغل في جميع المدة من يوم أخذه إلى رجوعه إلى الكوفة - و ضمان البغل لو تلف - لبطان الإجارة.

و وجه أضعفية هذا الردّ من سابقه، أنّ مورد الصحيحة الغصب المجرّد عن عنوان بيع في البين فليست مرتبطةً بالمقبوض بالبيع الفاسد الذي هو مورد الكلام بين المشهور صاحب الوسيلة، بخلاف مورد الرواية في شراء الجارية المسروقة ببيع فاسد فلها أدنى مناسبة لقول صاحب الوسيلة.

ثمّ استدرك الشيخ عليه السلام على عدم كون روايات الجارية المسروقة و صحيحة أبي ولّاد، ردّاً على قول صاحب الوسيلة فقال (نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول) بعدم الضمان في المنافع المستوفاة حتّى في

«بأنَّ الخراج بالضمان»، انتهضت الصحيحة وما قبلها ردّاً عليه.

هذا كلّه في المنفعة المستوفاة، و أمّا المنفعة الفائتة بغير استيفاء، فالمشهور فيها أيضاً الضمان، وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة، و لعلّه لكون المنافع أموالاً في يد مَنْ بيده العين، فهي مقبوضة في يده؛

المغصوب (ب) حجة (أنَّ الخراج بالضمان) سواء في البيع الفاسد أو في الغصب (انتهضت الصحيحة و ما قبلها) من نصوص الجارية المسروقة (ردّاً عليه) و على أبي حنيفة، ولكن ليس الحال كذلك بل يقول صاحب الوسيلة بعدم ضمان المنافع في البيع الفاسد فقط دون منافع المغصوب و المسروق و المسلوب و المجحود، فكم فرق بينه و بين أبي حنيفة.

(هذا كلّه في المنفعة المستوفاة) من المبيع بالبيع الفاسد كشرب لبن الشاة و ركوب السيارة، (و أمّا المنفعة الفائتة) عند المشتري القابلة للإستيفاء و الإستفادة (بغير استيفاء) سواء أكان عيناً كثمرة الشجرة إذا لم يقتطفها، و لبن الشاة إذا لم يحلبها، أم كانت منافع حكميّة كسكنى الدار و خدمة العبد و الإستمتاع بالجارية فيما إذا لم يستوفها و ذهبت هباءً، (فالمشهور) بين الفقهاء (فيها أيضاً الضمان) كالمنافع المستوفاة (و قد عرفت عبارة) ابن ادريس في (السرائر) ج ٢ ص ٢٨٥ (المتقدمة) في أوّل بحث المقبوض بالمبيع الفاسد ص ٣٨٣ بقوله: «إنَّ البيع الفاسد يجري عند المحصلين مجرى الغصب ... الخ»، و من المعلوم أنَّ المنافع الفائتة للمغصوب مضمونة، فكذا الحكم في المقبوض بالمبيع الفاسد في المقام، نعم الفرق بينهما عدم حرمة الإمساك ما لم يُعلم بفساد البيع، فهذا الكلام من السرائر هو نقل للإجماع بخبر الواحد - لو كان حجةً - (و لعلّه) أي الضمان (لكون المنافع أموالاً) حقيقةً (في يد مَنْ بيده العين) و قد تقدّم ص ٤٤٤ جواز جعلها ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح (فهي مقبوضة في يده) تبعاً

و لذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قُبِض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، و يتحقّق قبض الثمن في السَلَم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً، و كذا الدار المجعول سكنها ثمناً.

مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه في يد غير مالكة مدّة طويلة من غير أجر، منافٍ للإحترام.

لقبض العين فيشمّلها قاعدة «اليد» فتضمن، (و لذا) أي و لأجل كون المنافع أموالاً (يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قُبِض) في الإجارة نفس (العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر) للإستيلاء عليها بسبب الإستيلاء على العين فإذا قُبِض الدار مثلاً فقد قبض سكنها و إن لم يسكن فيها مدّة الإجارة، و كذا إذا قبض السيارة فقد قبض الركوب عليها و إن لم يركب و لم يسافر، (و) كذلك (يتحقّق قبض الثمن) الذي هو معتبر (في السَلَم) في مجلس العقد (بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً) كما إذا اشترى سَلماً مائة كيلو حنطة و جعل ثمنها خدمة الجارية أو العبد، (و كذا) يتحقّق قبض الثمن بقبض (الدار المجعول سكنها ثمناً) في بيع السَلَم، فهذا شاهد على أنّ المنافع تكون مقبوضةً بقبض العين.

(مضافاً) - بعد شمول قاعدة «اليد» للمقام - (إلى أنّه) أي ضمان المنافع الفاتئة الغير المستوفاة في المقبوض بالبيع الفاسد هو (مقتضى) قاعدة («احترام مال المسلم») بعد فرض صدق المال على المنفعة (إذ كونه في يد غير مالكة) و لا سيّما في (مدّة طويلة من غير أجر، منافٍ للإحترام)، نعم، إذا كانت المدّة قصيرة كالיום الواحد في بيع الدار، و الساعة الواحدة في بيع الحمار، إذا ردّ المشتري المبيع بمجرد العلم بالفساد فوراً، لا يُعدّ عرفاً منافياً لأحترامه.

لكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة -: بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت»، ولا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع. وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ.

و دعوى: أنه كناية عن مطلق الإستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكلة.

(لكن) مع ذلك كله (يشكل الحكم) بالضمان الذي هو المشهور بين الفقهاء - (بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة) ولم يكن إطلاق المال عليها بالناية والمسامحة - قال الشارح: هذا التشكيك منافي لما تقدم منه ص ٤٤٤ من صدق المال عليها مستدلاً بجعلها ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح، (بأن مجرد ذلك) أي كون المنافع مالاً حقيقة (لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت»، و) الحال أنه (لا إشكال في عدم شمول صلة الموصول) أعني جملة «أخذت» (للمنافع).

فإن قيل: قد تقدم آنفاً ص ٤٥٢ في مسألتَي الإجارة و بيع السَلَم تحقق القبض للمنفعة بقبض العين، و معه لا وجه لمنع شمول الأخذ لها بوضع اليد على العين، قلنا: فرق بين القبض و بين الأخذ (و حصولها) أي المنافع (في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ) لها، قال الشارح: بل لا إشكال في صدق الأخذ أيضاً عرفاً بالنسبة إلى المنافع بأخذ العين و التسلُّط عليها كما ذكرنا هذا في ص ٤١٣، إلا أن يفرَّق عرفاً في صدق الأخذ بين المنافع المستوفاة و عدمه في المنافع غير المستوفاة فتدبر.

(و دعوى: أنه) أي الأخذ (كناية عن مطلق الإستيلاء) و التسلُّط (الحاصل في المنافع بقبض الأعيان، مشكلة) أقول: لا أرى فيه اشكالاً بعد كونه متعارفاً

و أما «احترام مال المسلم»، فإنما يقتضي عدم جِلِّ التصرّف فيه و إتلافه بلا عوض، و إنّما يتحقّق ذلك في الإستيفاء.

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً - كما عن الإيضاح - أو مع علم البائع بالفساد - كما عن بعض آخر - موافق للأصل السليم.

مضافاً إلى أنّه قد يدعى شمول قاعدة «ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفساده»، «له - خ د».

اصطلاحاً كما ذكرنا ص ٣٢٩: بأنّه المراد من قوله تعالى: ﴿يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ﴾^(١)، وهو المراد من قولهم: عاشت يدك = دستت درد نكند.

(و أمّا) قاعدة («احترام مال المسلم»، فإنما يقتضي عدم جِلِّ التصرّف فيه و إتلافه بلا عوض، و إنّما يتحقّق ذلك في) المنافع المستوفاة، و أمّا إذا لم يتحقّق (الإستيفاء) فلا يصدق الإتلاف و لا عدم الإحترام.

فعلى ما ذكرنا من عدم ثبوت المقتضي للضمان في المنافع غير المستوفاة، (فالحكم بعدم الضمان) فيها (مطلقاً) أي مع علم البائع بفساد البيع و جهله به (كما عن) فخر المحقّقين في (الإيضاح) ج ٢ ص ١٩٤، (أو مع علم البائع بالفساد - كما عن بعض آخر -) و هو من كتب على الشرائع كما سيجيء في ص ٤٥٩ في كلام الشيخ، (موافق) - خبر لقوله: «فالحكم» (لأصل السليم) و هو أصالة البرائة عن الضمان، السليم عمّا يعارضها من دليل إجتهادي أو أصل عملي آخر.

(مضافاً إلى أنّه قد يدعى شمول قاعدة «ما لا يُضمن بصحيحه لا يُضمن بفساده») بناءً على ما تقدّم التنبيه عليه ص ٤٠١ من اختصاص قاعدة «ما يُضمن»

و من المعلوم أنَّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة؛ لأنها له مجاناً و لا يتقسط الثمن عليها، و ضمانها مع الإستيفاء، لأجل الإلتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة؛ لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإلتلاف.

مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع

و «ما لا يُضمن» بمصّب العقد و مورده فقط، و يترتب عليه عدم ضمان العين في الإجارة الفاسدة لأنّ مصّب العقد فيها هو المنفعة و لا يشمل العين، فالعين تندرج في قاعدة «ما لا يُضمن» بصحيحه لا يُضمن بفاسده» (و) نقول في المقام إنّ (من المعلوم أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة؛ لأنها له مجاناً و لا يتقسط الثمن عليها) بأن يجعل مقداراً منه في مقابلها لأنّ الضمان المعاوضي وقع بين المبيع و الثمن، و المنافع ليست طرفاً للمعاوضة و لا تقابل بشيء من الثمن فلا تضمن مع التلف كما أنّ العين المستأجرة لا تضمن لو تلفت في يد المستأجر، ففي الفاسد أيضاً كالمقام لا يوجب ضماناً على المشتري بالنسبة إلى المنافع.

فإن قلت: فعلى هذا لا يكون المشتري ضامناً للمنافع حتّى بالنسبة إلى المنافع المستوفاة، قلنا (و ضمانها مع الإستيفاء) إنّما هو (لأجل) قاعدة («الإلتلاف») فإنّ «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»^(١) (فلا ينافي) ضمانُ المنافع المستوفاة (القاعدة المذكورة) أي «ما لا يضمن ... الخ» (لأنّها بالنسبة إلى التلف) غير الاختياري (لا الإلتلاف) العمدى بالاستيفاء.

(مضافاً إلى) دلالة (الأخبار) المتقدّمة ص ٤٤٩ (الواردة في ضمان المنافع)

(١) قاعدة مصطادة من الروايات المتفرقة في الرهن، و العارية، و الإجارة و غيرها، راجع مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ١٣١.

المستوفاة من الجارية المسروقة المباعة، الساكنة عن ضمان غيرها في مقام البيان.

وكذا صحيحة محمد بن قيس، الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» و سكت عن المنافع الفائتة؛ فإنَّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.

المستوفاة من الجارية المسروقة المباعة^(١)، فإنَّها بكونها (الساكنة عن ضمان غيرها) مع أنَّها (في مقام البيان) تدلّ على عدم الضمان في المنافع الفائتة الغير المستوفاة في المبيع المغصوب - و بطريق أولى تدلّ على عدم الضمان في المبيع بالبيع الفاسد مع إذن المالك - و وجه دلالتها أنَّ السائل بصدد استعلام وظيفته و ما تشتغل ذمّته فسكوته عليه السلام عن الفائتة تدلّ على عدم ضمانها.

(و كذا) الحال في (صحيحة محمد بن قيس) عن أبي جعفر عليه السلام (الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه) و أبوه غائب، فولدت من المشتري غلاماً، ثمَّ قدم سيدها الأول و لم يرض بالبيع، فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: خذ ابنه الذي باع الوليدة حتّى ينفذ لك البيع ... فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة - الأول - أجاز البيع، و نقل الشيخ رحمته الله مضمون الصحيحة و لذا قال: (فقال عليه السلام): «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» و سكت عن المنافع الفائتة) الغير المستوفاة^(٢)؛ فإنَّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين) مغصوبةً أو ملكاً (لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا) و في المقام (بطريق أولى) فإنَّ البائع مالك للمبيع و إن فرض كونه جاهلاً بفساد البيع.

(١) الوسائل، ج ١٤، ص ٥٩١، نكاح العبيد و الإماء، الباب ٨٨.

(٢) المصدر المتقدم، ح ١.

و الإنصاف: أَنَّ للتوقّف في المسألة - كما في المسالك، تبعاً للدروس و التنقيح - مجالاً.

و ربّما يظهر من القواعد في باب الغصب - عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد :- اختصاص الإشكال و التوقّف بصورة علم البائع على ما استظهره السيّد العميد و المحقّق الثاني من عبارة الكتاب؛ و عن الفخر: حمل الإشكال في العبارة

(و الإنصاف: أَنَّ للتوقّف في المسألة) و عدم الحكم لا بالضمان و لا بعدمه (كما في) كلام الشهيد الثاني في (المسالك) ج ٣ ص ١٥٤ (تبعاً للدروس) ج ٣ ص ١٩٣ (و التنقيح) الرائع ج ٢ ص ٣٢ للفاضل المقداد (مجالاً) فيتصالح المشتري مع البائع و يُرضيه بإعطاء شيء بدلاً عن المنافع الفاتنة.

(و ربّما يظهر من) كلام العلامة في كتاب (القواعد) ج ١ ص ٢٠٨ (في باب الغصب - عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد) بقوله: ... و لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد، و يضمّنه و ما يتجدّد من منفعه الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الإستيفاء، و بدونه إشكالٌ انتهى - يظهر -) : اختصاص الإشكال و التوقّف بصورة علم البائع بفساد البيع (على ما استظهره السيّد العميد) في كنز الفوائد في حل مشكلات القواعد ج ١ ص ٦٧٦^(١) (و) كذلك استظهره (المحقّق الثاني) الكركي في جامع المقاصد ج ٦ ص ٣٢٤ (من عبارة الكتاب؛ و) في مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٣٠٥ (عن الفخر) في الإيضاح ج ٢ ص ١٩٤ (حمل الإشكال في العبارة) أي عبارة القواعد

(١) و السيّد هذا، ابن أخت العلامة رحمته الله فشرح كتاب خاله، كما و كتابه هذا غير كتاب كنز الفوائد في شرح إرشاد العلامة للمؤمن الأردبيلي، كما و أنّه غير كنز الفوائد للشيخ الكراجكي فراجع الذريعة ج ١٨ ص ١٦٢.

على مطلق صورة عدم الإستيفاء.

فتحصّل من ذلك كلّهُ: أنّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة:

الأول: الضمان، وكأنّه للأكثر.

الثاني: عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع.

لوالده (على مطلق صورة عدم الإستيفاء) أي في صورة عدم استيفاء المنافع في البيع الفاسد إشكال في الضمان وعدمه سواء علم البائع بالفساد أم لا^(١).

(فتحصّل من ذلك كلّهُ: أنّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة الفاتئة من المبيع بالمبيع الفاسد (خمس).

(الأول: الضمان) أي ضمان المشتري لها بالمثل في المثلي أو القيمة في القيمي (وكأنّه للأكثر) مستدلين بقاعدتي «اليد» و «الإحترام».

(الثاني: عدم الضمان، كما) تقدّم آنفاً (عن الإيضاح) لفخرالدين مستندلاً بقوله: لأنّ مال الغير يجدّد في يده بغير فعلهما ... الخ، و المفروض أنّ المشتري لم يستفد منها فلا تكون في ضمانه.

(الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع) بفساد البيع (كما عن بعض من كتب على الشرائع) إذ المالك حينئذٍ هو الذي سلّط الغير وهو المشتري على منافع ماله

(١) أقول: وهذا الإستظهار من الفخر مبنيّ على إرجاع الضمير في «بدونه» في كلام والده إلى «الإستيفاء» وهذا هو الظاهر في نظري القاصر، وأما استظهار السيّد العميد والمحقّق الكركي فمبنيّ على إرجاعه إلى «الجهل» وهو خلاف الظاهر فتدبّر في عبارة القواعد.

الرابع: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخرالدين.

و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلا أنّ المحكي عن التذكرة مالفظه: إنّ منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت

مجاناً، فلا وجه لضمانه لها و إن طالّت مدّة بقائه في يده، و فيه: أنّ مجرد التسليط غير رافع للضمان؛ لإمكان بناء البائع تشريعاً على صحّة البيع و تضمين المنافع بالعوض، فتسليمه المبيع إلى المشتري إنّما هو بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا يكون مجاناً بل تسليط معاوضي، كما هو ضامن أيضاً لمنافع الثمن الفائتة في يده، غير المستوفاة.

(الرابع: التوقّف في هذه الصورة) أي صورة علم البائع بالفساد، و الضمان في صورة جهله به (كما استظهره) المحقّق الثاني في (جامع المقاصد) ج ٦ ص ٣٢٤ (والسيد العميد) في كنز الفوائد ج ٦ ص ٦٧٦ (من عبارة القواعد) على ما تقدّم في الصفحة السابقة.

(الخامس: التوقّف مطلقاً) سواء علم البائع بفساد البيع أم لا (كما عن الدروس و التنقيح و المسالك) على ما تقدّم ص ٤٥٨، (و محتمل القواعد، كما يظهر من فخرالدين) و أيّدنا استظهاره.

(و قد عرفت أنّ) للقول الخامس و هو (التوقّف) مطلقاً (أقرب إلى الإنصاف، إلا أنّ) نقل الإجماع على ضمان الغاصب لمطلق المنافع يمنع عن التوقف، فإنّ (المحكي عن) العلامة في كتاب الغصب من (التذكرة) ج ٢ ص ٣٨١ (مالفظه: إنّ منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت) الإختياري باستيفاء

و الفوات تحت اليد العادية؛ فلو غصب عبداً أو جاريةً «أو ثوباً - خ د» أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه - سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها - عند علمائنا أجمع.

و لا يبعد أن يراد بـ «اليد العادية»، مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه، خصوصاً مع علمه، سيّما مع جهل البائع به.

و أظهر منه ما في السرائر - في آخر باب الإجارة - :

المتسلّط عليها بسبب التسلّط على عين مال الغير، (و) كذا (الفوات) غير الاختياري (تحت اليد العادية؛ فلو غصب عبداً أو جاريةً «أو ثوباً - خ د») كذا في المصدر و بعض النسخ (أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه - سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت) العين (مدّة في يده لا يستعملها - عند علمائنا أجمع).

(و لا يبعد أن يراد بـ «اليد العادية») ما هو أعمّ من الغصب، (مقابل اليد الحقّة) بالبيع الصحيح أو الإجارة الصحيحة و غيرهما، (فيشمل يد المشتري) بالبيع الفاسد (فيما نحن فيه، خصوصاً مع علمه) بالفساد؛ لاعتقاده حينئذٍ بأنّ استيلائه على المبيع و منافعه إعتداءً على البائع، (سيّما مع جهل البائع به) أي بالفساد.

قال الشارح: إرادة هذا الإحتمال من «اليد العادية» بعيد بالنظر إلى قوله بعده بلافصل: «فلو غصب عبداً ... الخ».

(و أظهر منه) أي من كلام العلامة في ظهور الإجماع بضمان المنافع الفاتئة في المقام، كلام ابن إدريس كـ (ما في السرائر) ج ٢ ص ٤٧٩ - (في آخر باب الإجارة - :

من الإتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله في باب البيع: **إِنَّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه؛ انتهى.**

و على هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة، وإن كان المترائى من ظاهر صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة،

من الإتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع الانضمام إلى (قوله في باب البيع) ج ٢ ص ٣٢٦ (: إِنَّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم عن إمساكه؛ انتهى).

(و على هذا) من نقل الإجماع في المغصوب على الضمان للمنافع الفائتة، وعدّ المبيع بالبيع الفاسد بمنزلة المغصوب (فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّة، وإن كان المترائى من ظاهر صحيحة أبي ولاد)^(١) المتقدم مضمونها ص ٤٥٠ هو (اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة) فقط (من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة) حيث قال عليه السلام : «... أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إيّاه»، فسكوته عليه السلام عن المنافع الأخرى للبغل الفائتة في مدّة ١٥ يوماً التي كان تحت يده يدلّ على عدم ضمانه إيّاه، فإذا لم يكن ضمان لها في المغصوب، فعدمه في المبيع المقبوض بالبيع الفاسد يشهد بطريق أولى.

(١) الوسائل، ج ١٧، ص ٣١٣، الغصب.

إلا أننا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

هذا (إلا أننا لم نجد بذلك) الاختصاص (عاملاً) من الأصحاب (في المغصوب الذي هو موردها) فأعرضوا عن هذا الظهور وقالوا بالضمان فيه وهو من مسلّمات الفقه: «فإنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال»، إذن فيمكن التعديّ منه إلى المقبوض بالبيع الفاسد. «ربّنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا... و اعف عَنَّا و اغفر لنا و ارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين»^(١).

إلى هنا انتهى «الجزء الرابع» من شرح المكاسب المزجيّ،
و يليه إن شاء الله الجزء الخامس،
وأوله: «الكلام في ضمان المثلي بالمثل و في القيمي بالقيمة»

المصادر والمآخذ والكتب المعتمد عليها في الشرح

١. القرآن الكريم، طبع، عثمان طه.
٢. الإحتجاج، لأبي منصور أحمد بن عليّ بن أبي طالب الطبرسي ط: دار النعمان في النجف الأشرف، ١٣٨٦ ق.
٣. الإختصاص، لمحمد بن محمد بن النعمان البغدادي الملقب بالمفيد المتوفى عام ١٤١٣ ق ط: مؤسسة النشر الإسلامي بقم.
٤. الإرشاد، للعلامة الحلي جمال الدين الحسن بن يوسف المتوفى ٧٢٦ ق، ط: مؤسسة النشر الإسلامي بقم، ١٤١٠ ق.
٥. الإستبصار، لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى ٤٦٠ ق، ط: دارالكتب الإسلامية الطبعة ١٣٦٣ ش.
٦. أمالي الصدوق، للشيخ الصدوق محمد بن عليّ بن الحسين بن بابويه القمي المتوفى ٣٨١ ق، ط: مؤسسة الأعلمي بيروت، ١٤٠٠ ق.
٧. أمالي الطوسي، لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي، ط: ١٤١٤ ق.
٨. الإنتصار، للسيد المرتضى علم الهدى عليّ بن الحسين المتوفى ٤٣٦ ق، ط: دارالأضواء بيروت، ١٤٠٥ ق.
٩. أنوار الملوكوت، في شرح فصّ الياقوت للعلامة الحلي الحسن بن يوسف المتوفى ٧٢٦ ق. ط: الشريف الرضي بقم ١٣٦٣ ش.

١٠. الإيضاح، للشيخ أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف الملقب بفخر المحققين ابن العلامة الحلّي المتوفّى ٧٧١ ق، ط: قم ١٣٨٧ ش.
١١. ائصال الطالب، للعلامة السيّد محمد الحسيني الشيرازي الكربلائي المتوفّى ١٤٢٣ ق، ط: ١٣٧٣ ق طهران مؤسسة الأعلمي
١٢. بحار الأنوار، للعلامة المولى محمد باقر المجلسي المتوفّى ١١١١ ق، ط: بيروت مؤسسة الوفاء، ١٤٠٣ ق.
١٣. تحرير الأحكام، للعلامة الحلّي المتوفّى ٧٢٦ ق، ط: الطبع الحجري قم مؤسسة آل البيت.
١٤. تحف العقول: عن آل الرسول ﷺ المترجم لأبي محمد الحسن بن علي بن الحسين بن شعبة البهراني المتوفّى حدود ٣٣٨ ق، ط: الإسلامية ١٣٥٤ ش.
١٥. تذكرة الفقهاء، للعلامة الحلّي الحسن بن يوسف، ط: الحجري المكتبة المرتضوية، قم.
١٦. تنبيه الخواطر، المعروف بمجموعة ورّام لأبي الحسين ورّام بن أبي فراس المالكي، المتوفّى ٦٠٥ ق: ط.
١٧. التنقيح الرائع، مختصر الشرائع للفقهاء مقداد بن عبدالله السيوري المتوفّى ٨٢٦ ق، منشورات مكتبة آية الله المرعشي بقم: ١٤٠٤ ق.
١٨. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة لشيخ الطائفة محمد بن الحسن الطوسي المتوفّى ٤٦٠ ق، ط مكتبة الصدوق ١٤١٥ ق، ١٣٧٣ ش.
١٩. جامع الرواة للمولى محمد بن علي الأردبيلي الغروي من تلامذة الشيخ المجلسي صاحب البحار.
٢٠. جامع المقاصد، في شرح القواعد للشيخ «المحقّق الثاني» الكركي عليّ بن الحسين المتوفّى ٩٤٠ ق، ط، مؤسسة آل البيت، بقم، ١٤٠٨ ق.
٢١. جواهر الكلام، في شرح شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي المتوفّى ١٢٦٦ ق، ط. دارالكتب الإسلامية طهران. ١٣٦٥ ش.

٢٢. حاشية المامقاني، على المكاسب «غاية الآمال» للشيخ محمد حسن بن عبدالله المتوفى ١٣٢٣ق طبع الحجري.
٢٣. حواشي المكاسب المطبوع بمؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين للفاضلين الشيخ محمد حسين أمراللهي و الشيخ محمد رضا الفاكر.
٢٤. حواشي المكاسب إعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم الأنصاري ط، ١٤١٧ق.
٢٥. الحدائق الناضرة، للشيخ يوسف البحراني المتوفى ١١٨٦ق، لمؤسسة النشر الإسلامي.
٢٦. الخلاف لشيخ الطائفة محمد الحسن الطوسي، المطبوع بقم، ١٤٠٧ق، مؤسسة النشر الإسلامي.
٢٧. الدروس الشرعية للشهيد الأول المطبوع لمؤسسة النشر الإسلامي ١٤١٤ق.
٢٨. دعائم الإسلام للقاضي نعمان المصري ط. دارالمعارف بقاهرة ١٣٨٣ق.
٢٩. الذريعة إلى تصانيف الشيعة للعلامة الشيخ آغا بزرك الطهراني النجفي، ط، النجف و طهران.
٣٠. زهر الربيع، للسيد المحدث الخبير الجزائري، المتوفى، ١١١٢، ط، بيروت ١٢٩٢ق.
٣١. الروضة البهية «شرح اللمعة» الطبعة الثالثة ١٣٩٥ق. مع حواشي العالم الفاضل السيد محمد كلانتر.
٣٢. شرائع الإسلام، للمحقق الحلي، جعفر بن الحسن المتوفى ٦٧٢ق. ط: منشورات مؤسسة المعارف الإسلامية ١٤٢٠ق، بقم.
٣٣. شرح الشهيد «هداية الطالب» للميرزا فتاح التبريزي، ط، تبريز ١٣٧٥ق.
٣٤. الغنية للسيد أبوالمكارم «إين زهرة المتوفى» ٥٨٥ق، المطبوع ١٤٠٤ق.
٣٥. الفقيه = من لا يحضره الفقيه للشيخ محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، ط: منشورات مكتبة الصدوق.

٣٦. قاموس الرجال للعلامة المحقق الشيخ محمد تقي الشوشتری المتوفى ١٤١٥ق، المطبوع بمؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرّسين.
٣٧. القواعد و الفوائد للشهيد الأول ط. مكتبة المفيد بقم طبع الأول.
٣٨. قواعد الأحكام، للعلامة الحلّي ط: الحجري منشورات الرضّي بقم.
٣٩. الكافي لثقة الإسلام الكليني المتوفى ٣٢٩ق، ط: دارالكتب الإسلامية، ١٣٧٥ق.
٤٠. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، للعلامة الحلّي، ط ١٤١٣، بقم.
٤١. مجمع البيان في تفسير القرآن للشيخ الطبرسي، ط بيروت، ١٣٧٩ق.
٤٢. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام للشهيد الثاني، زين الدين بن عليّ العاملي، المستشهد ٩٦٥، ط مؤسسة المعارف الإسلامية عام ١٤١٧ق.
٤٣. مستدرك الوسائل للمحدث النوري المتوفى ١٣٢٠ق، ط: مؤسسة آل البيت عليه السلام، ط ١٤١١ق.
٤٤. مصباح الفقاهة للميرزا محمد علي التوحيدى التبريزي، تقارير درس سيّدنا الأستاذ الخوئي رحمته الله.
٤٥. المقنعة، للشيخ المفيد «محمد بن محمد» ط: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٠ق.
٤٦. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة للسيد محمد جواد الحسيني العاملي، المتوفى ١٢٢٦ق، ط، الحجري لمؤسسة آل البيت عليه السلام، بقم.
٤٧. المحاسن للشيخ الجليل الأقدم، أحمد بن محمد بن خالد، المتوفى ٢٧٤ق، ط: دارالكتب الإسلامية، بقم.
٤٨. المقنعة، للشيخ الصدوق، أبي جعفر محمد بن عليّ بن الحسين بن بابويه القمي، المتوفى ٣٨١ق، ط، نشر المؤسسة الإمام الهادي عليه السلام، بقم.
٤٩. منتهى المطلب، للعلامة الحلّي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن عليّ المطهر، المتوفى ٧٢٦، ط: الحجري.
٥٠. نهاية الاحكام، للعلامة الحلّي المتقدم، ط: مؤسسة إسماعيليان، ١٤١٠ق.

٥١. النهاية في مجرّد الفقه و الفتوى لشيخ الطائفة الطوسي، إنتشارات قدس، بقم.

٥٢. نهج البلاغة، جمع الشريف السيّد الرضي، المتوفّى ٤٠٦ ق، ط بيروت، مطبعة عيسى الحلبي.

٥٣. الوافي، للفيض الكاشاني، المتوفّى ١٠٩١ ق، طبع منشورات مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام باصفهان، ١٤٠٦ ق.

٥٤. وسائل الشيعة، للشيخ محمّد الحسن الحرّ العاملي المتوفّى ١١٠٤ ق، ط الإسلامية بطهران، ١٣٨٠ ق، في عشرين مجلد.

٥٥. هدى الطالب إلى شرح المكاسب، لسيّدنا الأستاذ المروّج عليه السلام المتوفّى ذى العقدة ١٤١٩ ق، طبع مؤسسة دارالكتاب ١٤١٩ ق.

وسائر الكتب و الشروح التي جاء التصريح بإسمائها في مواردّها.



« فهرس المواضيع »

٣	الكنى والألقاب و المصدر بـ «ابن» في المكاسب.....
٦	المقدمة: لقسم البيع «الجزء الرابع».....

كتاب البيع

٧	البيع لغةً.....
٨	إختصاص المعوّض بالعين.....
١١	جواز كون العوض منفعةً.....
١٢	جعل عمل الحرّ عوضاً.....
١٣	أقسام الحقّ و ما يقع منها عوضاً.....
١٥	الحقوق القابلة للإنتقال.....
١٦	تعاريف الفقهاء و المناقشة فيها.....
١٩	الأولى في تعريف البيع.....
٢٠	ما يرد على هذا التعريف و ردّه.....
٢٣	حقيقة الصلح.....
٢٦	حقيقة الهبة المعوّضة.....

- ٢٨ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض.
- ٣٠ حقيقة القرض
- ٣١ استعمال البيع في معانٍ آخر
- ٣٤ المناقشة في هذه الإستعمالات
- ٣٧ البيع بمعنى العقد، مجاز
- ٣٩ البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم
- ٤٠ اختيار الشهيدين كونه للصحيح
- ٤١ المناقشة فيما أفاده الشهيذان
- ٤٢ توجيه ما أفاده الشهيذان
- ٤٣ وجه التمسك بإطلاق أدلة البيع و نحوه

الكلام في المعاطاة

- ٤٦ حقيقة المعاطاة و صورها
- ٤٩ حكم المعاطاة
- ٥٠ محلّ النزاع في المعاطاة
- ٥١ تنزيل المحقّق الثاني الإباحة على الملك الجائز
- ٥١ توجيه صاحب الجواهر بأنّ محلّ النزاع هي المعاطاة بقصد الإباحة
- ٥٢ المناقشة في توجيه المحقّق الثاني و صاحب الجواهر
- ٥٥ تأييد أنّ النزاع في المعاطاة بقصد الملك
- ٥٨ الإستشهاد بكلمات الفقهاء على أنّ النزاع فيما قصد الملك
- ٦٥ كلام المحقّق الثاني في أنّ الأصحاب أرادوا بالإباحة الملك الجائز
- ٦٨ كلام المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد
- ٦٩ الأقوى إبقاء ظواهر كلمات الأصحاب على الإباحة

٧١	الإلتزام بحصول الملك مقارناً للتصرف
٧٣	هل المعاطة على القول بالإباحة بيع حقيقة؟
٧٥	الأقوال في المعاطة
٧٨	رأي المشهور في المعاطة
٨١	الأقوى حصول الملك بها للسيرة
٨١	الإستدلال بآية «أحل الله البيع»
٨٣	الإستدلال بآية التجارة
٨٥	الإستدلال بحديث «الناس مسلطون» و المناقشة فيه
٨٥	المناقشة في دلالة الآيتين
٨٧	المناقشة في دلالة السيرة
٨٩	الأولى في الإستدلال على المطلب
٩٠	دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم قواعد جديدة
٩٧	المناقشة فيما ادّعاه كاشف الغطاء
٩٨	موارد تخلف القصد عن العقد
١٠٤	الإستدلال على كون التلف مملّكاً
١٠٧	هل المعاطة مفيدة للملك أو الإباحة
١٠٩	مقتضى القواعد هو القول بالملك اللازم
١١١	ما يدلّ على اللزوم
١١٥	ما يدلّ على اللزوم من الكتاب و السنة
١١٨	الإستدلال على اللزوم بآية التجارة
١٢٥	قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطة
١٢٦	التشكيك في انعقاد الإجماع
١٢٨	عدم كشف هذا الإجماع عن رأي المعصوم لو فرض حصوله

- دعوى السيرة على عدم الإكتفاء بالمعاطاة في البيوع الخطيره ١٣١
- الإستدلال بحديث «إنما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» ١٣٢
- الوجوه المحتملة في معنى الحديث ١٣٤
- المناقشة في الوجه الأوّل والثاني ١٣٧
- تعيّن الوجه الثالث أو الرابع ١٣٩
- عدم دلالة الحديث على اعتبار اللفظ ١٤٠
- إستظهار اعتبار اللفظ من الحديث بوجه آخر ١٤١
- روايات أخر تشعر باعتبار اللفظ ١٤٢

التنبيه على أمور

- الأوّل: الظاهر أنّ المعاطاة بيعٌ حقيقةً قبل اللزوم ١٤٤
- حكم الشك في اعتبار شرط في المعاطاة ١٤٦
- هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع أم لا؟ ١٤٧
- يمكن الحكم بالفرق بين الشروط ١٥٢
- نفي الشهيد اعتبار بعض الشروط في المعاطاة ١٥٤
- المناقشة فيما أفاده الشهيد ١٥٦
- حكم جريان الربا في المعاطاة ١٥٧
- حكم جريان الخيار في المعاطاة ١٥٨
- الأمر الثاني: حكم الإعطاء من جانب واحد ١٦٠
- ربّما يدعى إنعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن والمثمن ١٦٣
- حكم خلّو المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً ١٦٤
- الأمر الثالث: تميّز البائع عن المشتري في المعاطاة ١٦٥
- حالات العوضين في المعاطاة ١٦٦

- الأمر الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ١٧٠
- الإشكال في حكم القسمين الأخيرين من جهتين ١٧٥
- كون ما نحن فيه من قبيل «أعتق عبدك عني» ١٧٧
- كون ما نحن فيه من قبيل «شراء من ينعق عليه» ١٨٠
- إستظهار جماعة صحّة التصرفات المتوقّفة على الملك ١٨٣
- دفع احتمال أن الملك التقديري، مقتضى الجمع بين الأدلّة ١٨٤
- عدم كون ما نحن فيه من قبيل بيع الواهب وعتقه ١٨٧
- إستظهار جماعة جواز التصرف فيما اشترى بعين مغصوبة ١٩٠
- الكلام في صحّة الإباحة بالعوض ١٩٣
- الإستدلال بعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» ١٩٥
- الأمر الخامس: حكم جريان المعاطاة في غير البيع ١٩٧
- كلام المحقّق الثاني في معاطاة الهبة والإجارة ١٩٨
- المناقشة فيما أفاده المحقّق الثاني ١٩٩
- الأظهر جريان المعاطاة في غير البيع أيضاً ٢٠١
- الإشكال في جريان المعاطاة في الرهن ٢٠٣
- حكم جريان المعاطاة في الوقف ٢٠٥
- الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة ٢٠٧
- تلف العوضين ملزماً إجمالاً ٢٠٨
- تأسيس الأصل في المعاطاة من حيث اللزوم والجواز ٢١٠
- التمسك بعموم قاعدة «على اليد» والمناقشة فيه ٢١٢
- حكم ما لو كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحدهما ٢١٥
- حكم نقل العين بنقل لازم ٢١٦
- حكم ما لو عادت العين بفسخ، بعد نقله ٢١٦

- حكم نقل العين بنقل لازم أو جائز، ثم عودها ٢١٩
- لو باع العين شخص ثالث ثم أجزأه أحدهما ٢٢١
- لو امتزجت العينان أو أحدهما ٢٢٣
- لو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة ٢٢٤
- حكم موت أحد المتعاطيين فهل يورث حق الرجوع؟ ٢٢٥
- الأمر السابع: المعاطة بعد التلف، بيع أو معاوضة مستقلة ٢٢٧
- كلام الشهيد الثاني في ذلك ٢٢٧
- الأقوى أن المعاطة بعد التلف بيع عرفي ٢٣٠
- الأمر الثامن: العقد غير الجامع للشرائط معاواة أم لا؟ ٢٣٢
- ظاهر جماعة كونه معاواة ٢٣٤
- ظاهر آخرين عدم كونه معاواة ٢٣٥
- الجمع بين القولين من السيّد العاملي ٢٣٦
- المناقشة في الجمع المذكور ٢٣٨
- تفصيل الكلام في صور المسألة ٢٤٠
- التقابض بغير رضئٍ منهما بالتصرف ٢٤٢
- التقابض برضئٍ ناشئ عن اعتقاد الملكية ٢٤٣
- الرضا بالتصرف مستقلاً عن العقد الفاسد ٢٤٤
- هذه الصورة الأخيرة من المعاواة ٢٤٦

الكلام في عقد البيع

- مقدمة: في خضوص ألفاظ عقد البيع ٢٤٩
- إعتبار اللفظ في العقود ٢٥٠
- كفاية الإشارة والكتابة مع العجز عن التلفظ ٢٥١

٢٥٣	الخصوصيات المعتمدة في الفاظ العقود
٢٥٤	المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية و المجازية
٢٥٦	الظاهر جواز الإنشاء بكلّ لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود
٢٥٧	ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه
٢٥٩	ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه
٢٦٣	تجوز جماعة وقوع الوقف بلفظ «حرّمت» و «تصدّقت»
٢٦٥	جمع المحقّق الكركي بين كلمات الأصحاب، و الجمع الأحسن منه
٢٦٧	الإشكال في الإعتماد على المشترك اللفظي و القرائن الحالية
٢٦٧	رجوع الاستدلال التذكرة إلى ما ذكرنا
٢٦٩	دعوى أنّ العقود أسبابٌ شرعيةٌ توقيفية
٢٧١	فالضابط: إيقاع العقد بالعناوين الدائرة في لسان الشارع
٢٧٢	كلمات الفقهاء في ذلك
٢٧٥	ألفاظ الإيجاب «بعت» و «شريت»
٢٧٦	كلمات اللغويين في ذلك
٢٧٧	الإيجاب بلفظ «ملّكت» بالتشديد و الاستدلال عليه
٢٧٩	الإستشهاد على ذلك بقول فخر الدين
٢٨١	الإيجاب بلفظ «إشتريت»
٢٨٣	ألفاظ القبول ...، و القبول بلفظ «بعت» نقل عن الجامع
٢٨٤	القبول بلفظ الإمضاء، و الإجازة و شبههما
٢٨٥	فرع: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة ثمّ اختلفنا

الكلام في شروط العقد

٢٨٦	المحكّي عن جماعة: اعتبار العربية في العقد، و الأقوى عدمه
-----	--

- ٢٨٧ هل يُعتبر عدم اللحن في العقد؟
- ٢٨٩ إيقاع العقد باللغات المحرّفة.
- ٢٨٩ هل تعتبر عربيّة جميع أجزاء العقد؟
- ٢٩١ هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ؟
- ٢٩٢ مسألة: المشهور اعتبار الماضويّة في العقد.
- ٢٩٥ مسألة: الأشهر كما قيل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول
- ٢٩٧ جواز تقديم القبول عند جماعة
- ٢٩٩ الإستدلال على جواز تقديم القبول
- ٣٠٠ التفصيل بين ألفاظ القبول
- ٣٠١ عدم جواز التقديم بلفظ «قبلت» و شبهه
- ٣٠٤ الإستدلال على عدم جواز التقديم بهذه الألفاظ
- ٣٠٥ عدم جواز التقديم لو كان بلفظ الأمر «بيني»
- ٣٠٦ الإستدلال على جواز التقديم بفحوى جوازه في النكاح
- ٣٠٨ الاختلاف الكثير في جواز التقدم بلفظ الأمر
- ٣١٠ الإستدلال على جواز التقديم في النكاح بخبر سهل الساعدي
- ٣١٣ الأقوى منع التقديم في البيع
- ٣١٥ جواز التقديم بلفظ «إشتريت» و «إيتعت» و نحوهما
- ٣١٦ الإستدلال على جواز التقديم بلفظ «أشتريت»
- ٣١٩ الإشكال على الجواز ورده
- ٣٢٠ ظاهر إطلاق الشيخ جواز التقديم بلفظ «إشتريت»
- ٣٢٣ يشكل الأمر: بأنّ المتعارف هو تقديم الإيجاب
- ٣٢٤ تقديم القبول فيما لا إنشاء في قبوله إلّا «قبلت» و نحوه
- ٣٢٦ لزوم تأخير القبول في المصالحة المشتملة على المعاوضة

- ٣٢٨ تلخيص ما سبق، و بيان أقسام القبول و جواز التقديم في بعضها
- ٣٣٠ من جملة الشروط: الموالاة في العقد
- ٣٣١ ما أفاده الشهيد في قواعده في اعتبار الموالاة في العقد و نحوه
- ٣٣٣ المناقشة فيما أفاده الشهيد
- ٣٣٦ وجه جعل المأخذ في الموالاة، الإستثناء
- ٣٤٠ و من جملة الشروط: التنجيز في العقد، و عدم الخلاف فيه
- ٣٤٢ صور التعليق في العقود و الفرق بينها
- ٣٤٤ الكلام في وجه اشتراط التنجيز
- ٣٤٥ كلمات الفقهاء في وجه اعتبار التنجيز
- ٣٤٧ التعليق على معلوم الحصول حين العقد
- ٣٤٨ تفصيل الكلام في المعلق عليه و صورته
- ٣٥٠ حكم الصُّور المتقدِّمة
- ٣٥٣ ما كانت منها: صحّة العقد متوقِّفةً عليه
- ٣٥٤ نقل كلام الشيخ في المقام و الإستظهار منه
- ٣٥٧ العمدة في اعتبار التنجيز: هو الإجماع
- ٣٥٨ ضعف الوجوه المستدلّ بها في المقام
- ٣٦١ الإشكال على الوجوه التي استدلّ بها على التنجيز
- ٣٦٤ القادح هو تعليق نفس الإنشاء دون ترديد المنشيء
- ٣٦٧ ظاهر الشهيد في القواعد: الإشكال في الشروط المقومة
- ٣٦٨ لو طلق و هو شاك في الزوجية، أو باع مال مورّثه فبان ميتاً
- ٣٧٠ اشتراط التطابق بين الإيجاب و القبول و وجهه
- ٣٧٣ اشتراط أهلية المتعاقدين معاً حين العقد
- ٣٧٦ عدم اشتراط الرضا حين العقد

- فرع: في اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة ٣٧٧
- اختلاف المتعاقدين في الموالاة والتنجيز والأهلية ٣٧٩

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

- مسألة: في احكام المقبوض بالعقد الفاسد: الأول الضمان ٣٨٢
- الإستدلال على الضمان بقاعدة «اليد» و ضعف الخدشة فيه ٣٨٤
- قاعدة «ما يضمن بصحيحه» و عكسها ٣٨٧
- الكلام في معنى قاعدة «ما يضمن» ٣٨٩
- تفسير «العقد» و «الضمان» ٣٩١
- التدراك إمّا بالعوض المسمّى و إمّا بالعوض الواقعي ٣٩٣
- التدراك بغير المسمّى و العوض العواقبي، لابدّ من ثبوته بدليل ٣٩٥
- عموم «العقود» ليس باعتبار الأنواع ٣٩٧
- وجه ضمان المُحرّم المستعير للصيّد ٣٩٩
- المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه ٣٩٩
- احتمال اعتبار شخص «العقد» و تضعيفه ٤٠١
- معنى الباء في «بصحيحه» و «بفاسده» ٤٠٤
- فساد توهم توقّف الضمان على القبض ٤٠٧
- الكلام في مدرك القاعدة ٤٠٨
- الإستدلال بقاعدة الإقدام و الإشكال عليه ٤٠٨
- المناقشة في الإستدلال بقاعدة الإقدام ٤١٠
- المناقشة في الإستدلال بخبر «على اليد» ٤١٢
- الإستدلال بما دلّ على احترام مال المسلم ٤١٣
- الإستدلال بقاعدة نفي الضرر ٤١٥

- ٤١٧ توجيه الإستدلال بقاعدة الإقدام.
- ٤١٨ الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن.
- ٤٢٠ لا فرق في الضمان بين جهل الدافع بالفساد و علمه به .
- ٤٢٢ الكلام في عكس القاعدة .
- ٤٢٣ هل تُضمن العين المستأجرة فاسداً؟
- ٤٢٦ منشأ الحكم بالضمان والأقوى عدم الضمان .
- ٤٢٧ الموارد التي تُؤهم أطراد القاعدة فيها .
- ٤٣٠ احتمال نقض القاعدة بالمبيع فاسداً .
- ٤٣٢ مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية .
- ٤٣٤ المناقشة في الأولوية .
- ٤٣٥ مدرك عكس القاعدة بنظر الشيخ رحمته الله .
- ٤٣٩ الثاني: وجوب ردّ المقبوض بالبيع الفاسد .
- ٤٤٠ الإستدلال على وجوب الردّ و حرمة الإمساك .
- ٤٤٢ ظاهر المبسوط و السرائر عدم الإثم في الإمساك .
- ٤٤٤ الثالث: ضمان المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد والإستدلال عليه . . .
- ٤٤٥ نفي ابن حمزة الضمان بالنبوي: «الخراج بالضمان» .
- ٤٤٧ المناقشة في استدلال ابن حمزه .
- ٤٤٨ المراد بالضمان في النبوي .
- ٤٤٩ إشكال آخر على استدلال ابن حمزه و المناقشة فيه .
- ٤٥٠ ردّ كلام ابن حمزه بصحیحة أبي ولّاد و ضعفه .
- ٤٥٢ حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء .
- ٤٥٥ الإستدلال على الضمان بـ «احترام مال المسلم» .
- ٤٥٩ الإنصاف: التوقّف في المسألة .

٤٥٩	محصل الأقوال في المسألة.....
٤٦٢	لم نجد عاملاً بالضمان في المغصوب.....
٤٦٤	المصادر و المآخذ و الكتب المعتمد عليها في الشرح.....
٤٦٩	فهرس المواضيع.....