



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان  
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com  
WWW. **Ghaemiyeh** .org  
WWW. **Ghaemiyeh** .net  
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

أَصْحَابُ الْأَطْرَافِ

الْمَدِينَةِ الْمَكِّيَّةِ

تَرْجُومَاتُ وَأَقْبَابُ بَعْضِ الْأَكْبَادِ وَالْمَقَاتِلِ  
مُسْتَعْرَابِيٍّ وَبَنِيهَا وَمَقَاتِلِيٍّ وَتَوْضِيحِ

أَيُّدِي الْمُسْتَظَلِّينَ

السِّيَرَاتِ الْحَسَنِيَّةِ وَالسِّيَرَاتِ  
الْبِشْرِيَّةِ

بِأَمْرِ الْمَوْلَانِ

٥

النَّسَبُ وَالنَّسَبِيَّةُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# ايصال الطالب الي المكاسب

كاتب:

آية الله العظمى السيد محمد الحسيني الشيرازي

نشرت في الطباعة:

اعلمي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

5	الفهرس .....
9	ايصال الطالب الي المكاسب المجلد 5 .....
9	هوية الكتاب .....
10	اشارة .....
11	[مقدمة المؤلف] .....
12	كتاب البيع .....
12	[في معنى البيع] .....
12	[البيع لغة] .....
18	[تعريف الفقهاء و المناقشة فيها] .....
18	اشارة .....
22	فالأولى تعريفه بأنه «إنشاء تملك عين بمال» .....
22	اشارة .....
22	نعم يبقى عليه امور: .....
22	منها: انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت، .....
23	و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه .....
24	و منها: انه يشمل التملك بالمعاطاة .....
24	و منها: صدقه على الشراء، .....
25	و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوضة، .....
30	بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد .....
31	و يظهر من بعض من قارب عصرنا: استعماله فى معانى أخر غير ما ذكر .....
31	احدها: التملك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، .....
32	الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، .....
32	الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول، .....

33	[المناقشة في هذه الاستعمالات]
37	[البيع ونحوه اسم للصحيح أو للأعم].....
37	اشارة .....
43	الكلام في المعاطاة .....
45	[حكم المعاطاة و أقوال العلماء في ذلك] .....
71	فالأقوال في المعاطاة- على ما يساعد، ظواهر كلماتهم- ستة: .....
71	اللزوم مطلقا .....
72	و اللزوم بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة لفظا .....
72	و الملك غير اللازم، .....
72	وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، .....
73	و إباحة ما لا يتوقف على الملك .....
73	و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا .....
73	و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة .....
74	[الأقوى حصول الملك] .....
74	اشارة .....
76	[الاستدلال بالسيرة] .....
76	[الاستدلال بآية أحل الله البيع] .....
79	[الاستدلال بآية التجارة] .....
79	[الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشة فيه] .....
82	[المناقشة في دلالة الآيتين] .....
84	[المناقشة في دلالة السيرة] .....
86	[الأولى في الاستدلال على المختار] .....
86	اشارة .....
87	[دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة] .....
87	اشارة .....

- 96 ..... [المناقشة في ما ادعاه كاشف الغطاء]
- 107 ..... [هل المعاطة لازمة أم جائزة]
- 136 ..... و ينبغي التنبه على امور:
- 136 ..... الأول: الظاهر ان المعاطة قبل اللزوم- على القول بافادتها الملك- بيع ..
- 151 ..... الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطة وهو حصول التعاطى فعلا من الطرفين ..
- 156 ..... الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاطة الفعلية ..
- 160 ..... الرابع: أن أصل المعاطة وهي إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه: ..
- 160 ..... أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر ..
- 162 ..... ثانيها: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه ..
- 163 ..... ثالثها: ان يقصد الأول إباحة ماله بعوض ..
- 164 ..... ورابعها أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى ..
- 184 ..... الخامس: في حكم جريان المعاطة في غير البيع من العقود و عدمه. ....
- 193 ..... السادس: في ملزمات المعاطة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة. ....
- 212 ..... السابع: أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطة يباعا بعد التلف او معاوضة مستقلة. ....
- 234 ..... مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع. ....
- 234 ..... [اعتبار اللفظ في العقود و كفاية الإشارة أو الكتابة مع العجز عن التلفظ]. ....
- 237 ..... ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ ..
- 256 ..... اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب و القبول ..
- 256 ..... اشارة ..
- 265 ..... فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول ثم اختلفا في تعيين الموجب و القابل ..
- 266 ..... مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد ..
- 271 ..... مسألة المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية ..
- 273 ..... مسألة الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول ..
- 301 ..... و من جملة شروط العقد الموالة بين ايجابه و قبوله ..
- 309 ..... و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التمييز في العقد ..

334 ..... ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول ..

334 ..... اشارة ..

336 ..... ومن جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال ..

340 ..... فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا فى شروط الصيغة ..

344 ..... تفصيل محتوى الكتاب ..

350 ..... تعريف مركز ..



بطاقة تعريف: الحسيني الشيرازي، محمد، 1380 - 1305، شارح

عنوان واسم المؤلف: ايسال الطالب الي المكاسب: شرح واف بغرض الكتاب، تعرض لحل مشكلاته و ابدأ مقاصد في ايجاز و توضيح/  
محمد الحسيني الشيرازي

تفاصيل المنشور: تهران : مؤسسة كتابسراي اعلمي ، 1385.

خصائص المظهر: ج 16

شابك : 964-94017-6-8(دوره)؛ 964-7860-59-5(ج. 1)؛ 964-7860-58-7(ج. 2)؛ 964-7860-57-9(ج. 3)؛  
964-7860-56-0(ج. 4)؛ 964-7860-54-4(ج. 6)؛ 964-7860-53-6(ج. 7)؛ 964-7860-55-2(ج. 8)؛  
964-7860-52-8(ج. 9)؛ 964-7860-51-X(ج. 10)؛ 964-7860-50-1(ج. 11)؛ 964-7860-49-8(ج. 12)؛  
964-7860-45-X(ج. 13)؛ 964-7860-47-1(ج. 15)؛

لسان : العربية

ملحوظة : الفهرسة على أساس المعلومات فيپا

ملحوظة : هذا الكتاب هو وصف "المكاسب مرتضي بن محمد امين انصاري" يكون

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضي بن محمدامين، 1281 - 1214ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضي بن محمدامين، 1281 - 1214ق. المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/190BP/الف8م 1337021385

تصنيف ديوي: 297/372

رقم البليوغرافيا الوطنية: م 85-16816

ص: 1

اشارة

## [مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين.

وبعد: فهذا هو القسم الاول من كتاب البيع و الجزء الخامس من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفذ آية الله الانصاري قدس سره.

كتبته تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به في يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون الا من اتى الله بقلب سليم.

كربلاء المقدسة

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

ص: 2

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على اعدائهم الى يوم الدين،

## كتاب البيع

### [في معنى البيع]

### [البيع لغة]

وهو في الاصل - كما عن المصباح -: مبادلة مال بمال و الظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها. وعليه

---

(الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على اعدائهم الى يوم الدين.) لعل التخصيص في فاتحة الكتب للعنة الى يوم الدين ان اللعنة بمعنى الطرد عن الرحمة او العقاب ابدية، اما من باب دخول الغاية في المغتيا، واما ان المراد دوام اللعنة الى يوم الجزاء، اما يوم الجزاء فان كل انسان يجزى بما عمل فلا مورد للدعاء عليهم بعد ذلك، واما هذا كناية عن الدوام كقوله «خالدين فيها ما دامت السموات والارض» فان ما دامت السماء كناية عن الابدية. كعدد سبعين الذي هو كناية عن الكثرة في قوله سبحانه «ان تستغفر لهم سبعين مرة».

(كتاب البيع) يذكر فيه احكام البيع. فهو من اضافة العام الى الخاص فان لكل حكم من الاحكام كتابا (وهو في الاصل) عند اهل العرف و اللغة (- كما عن المصباح -: مبادلة مال بمال) بأن يعطى احد الشخصين شيئا في مقابل ان يأخذ من الشخص الاخر شيئا آخر، كأن يعطى الفرس بمقابل مائة دينار.

(و الظاهر) من العرف لدى اطلاقهم البيع - بضميمة اصالة عدم النقل المفيدة لكونه كذلك لغة وفي لسان الشرع - (: اختصاص المعوض بالعين فلا يعم) البيع (ابدال المنافع بغيرها) كما لو بدل منفعة هذه الجارية بدينار فانه لا يسمى ييعا (وعليه) اي على كون البيع المبادلة لعين بشيء آخر

استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع.

نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها، بل يظهر ذلك، من كثير من الاخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدير، وبيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها، و كاخبار بيع الارض الخراجية و شرائها

---

(استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع).

(نعم ربما يستعمل) البيع (فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها) اى نقل غير العين، كالشيخ فى المبسوط حيث استعمل لفظ البيع فى نقل خدمة العبد (بل يظهر ذلك) اى استعمال البيع فى نقل غير العين (من كثير من الاخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدير) المدير- بصيغة المفعول-: هو العبد الذى يديره مولاه، بان يقول له: انت حر دبر وفاتى. كخبر السكونى عن على - عليه السلام- قال «باع رسول الله- صلى الله عليه وآله وسلم- خدمة المدير ولم يبع رقبته» (و بيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها) كخبر إسحاق بن عمار عن العبد الصالح- عليه السلام- قال «سألته عن رجل فى يده دار ليست له، ولم تزل فى يده و يد آبائه من قبله، قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم، و لا يدرون لمن هى؟ فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال-ع-:

ما احب ان يبيع ما ليس له. قلت: فانه ليس يعرف صاحبها، و لا يدري لمن هى و لا اظن يجيى لهارب ابداء، قال- عليه السلام-: ما احب ان يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكتها او مكانها فى يده؟ فيقول: ابيعك سكتها و تكون فى يدك كما هى فى يدي. قال عليه السلام: نعم يبيعها على هذا» (و كاخبار بيع الارض الخراجية و شرائها) مع انها لا تباع عينها لانها ملك لجميع المسلمين.

و المراد بالارض الخراجية: المفتوحة عنوة، كما تقدم الكلام فيه فى المكاسب المحرمة و قد تقدم بعض الاخبار الدالة على ذلك فى المكاسب المحرمة، بل و هناك اخبار اخر دالة على ذلك كخبر ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام:

ص: 4

و الظاهر: انها مسامحة فى التعبير، كما ان لفظ الاجارة، تستعمل عرفا، فى نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة:

و اما المعوض فلا اشكال فى جواز كونها منفعة، كما فى غير موضع من القواعد، و عن التذكرة و جامع المقاصد، و لا يبعد عدم الخلاف فيه، نعم نسب الى بعض الاعيان الخلاف فيه و لعله لما اشتهر فى كلامهم من ان البيع نقل الاعيان.

---

عن الرجل يريد ان يتزوج المرأة فينظر الى شعرها؟ فقال عليه السلام: «نعم انما يريد ان يشتريها باغلى الثمن»

(و الظاهر: انها مسامحة فى التعبير) و مجاز و ليس بحقيقة. لما نرى من تبادل غير هذه المعانى من لفظ البيع، و التبادر آية الحقيقة، كما ان تبادل الغير آية المجاز. (كما ان لفظ الاجارة) الموضوعة لنقل المنفعة (تستعمل) احيانا (عرفا) مجازا (فى نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة) فيما اذا اجر البستان او كما لو اجر الدار فان ماء بئرها أيضا ينقل بالاجارة. و هذا اما مجاز و اما ان العرف لا يعتبر ذلك الا من قبيل المنافع، اذ عين البستان عبارة عن الارض و الشجر لا الفواكه و الحطب هذا تمام الكلام فى العوض و انه يلزم ان يكون عينا.

(و اما المعوض فلا اشكال فى جواز كونها منفعة) كما لو اشترى الدار بمقابل انتفاع البائع من دابته (كما فى غير موضع من القواعد، و عن التذكرة و جامع المقاصد، و لا يبعد عدم الخلاف فيه.) لانهم بين ساكت و بين من صرح بالجواز (نعم نسب الى بعض الاعيان) كالوحيد البهبهاني رحمه الله (الخلاف فيه) و انه لا يصح كون عوض البيع منفعة (و لعله) اى الاشكال (لما اشتهر فى كلامهم: من ان البيع نقل الاعيان) و من المعلوم ان المنفعة ليست عينا

و الظاهر ارادتهم المبيع، نظير قولهم: ان الاجارة لنقل المنافع.

و اما عمل الحر، فان قلنا: انه، قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال و الا ففيه اشكال، من حيث احتمال اعتبار كون العوضين- في البيع- مالا قبل المعاوضة، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

و اما الحقوق

(و) لكن (الظاهر ارادتهم) بالاعيان (المبيع) اى المثلن، لا- الثمن (نظير قولهم: ان الاجارة لنقل المنافع) و مرادهم العين الموجرة لا الاجرة.

(و اما عمل الحر) فهل يصح بيعه أم لا بأن يقول لانسان حر خياط:

اشترت عملي الخياطى فى هذا اليوم بدينار- مثلا- (فان قلنا: انه) اى العمل (قبل المعاوضة عليه من الاموال) لاطلاق المال على العمل التقديرى (فلا اشكال) فى صحة بيعه لانه مال، اما عمل العبد فالظاهر انه يصدق المال عليه و انه ملك للسيد (و الا) يصدق على عمل الحر المال (ففيه اشكال، من حيث احتمال اعتبار كون العوضين) المثلن و الثمن (- فى البيع- مالا قبل المعاوضة، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.) حيث قال: مبادلة مال بمال.

ثم ان كونه مالا او ليس بمال انما ينفع فى جعله ثمنا، اما جعله مثلنا فقد عرفت انه متوقف على صدق العين عليه.

ثم ان قول المصنف: «(قبل المعاوضة)» لاجراء بعد المعاوضة، لانه مال حينئذ قطعاً، مثلا لو استاجر زيد عمل عمرو فى هذا اليوم بدينار حتى صار عمل عمرو لزيد، صح لزيد ان يجعل هذا العمل الذى له، عوضا فى المبيع، كان يشتري سلعة من خالد و يجعل الثمن عمل عمرو الذى يستحقه عليه

(و اما الحقوق). الحق يطلق على العين، و على المال، و على ما ليس بمال و لا عين، كحق الشفعة او حق المضاجعة- مثلا- و حيث تقدم

فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية، فلا اشكال و كذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار لان البيع تمليك الغير و لا ينتقض بيع الدين على من هو عليه لانه لا مانع من كونه تمليكا.

الكلام فى العين و المال ننقل الكلام فى الحقوق الاخر فى انها هل تكون مثمنا او ثمنا أم لا كحق الشفعة و حق الخيار (فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة و الولاية) و الحيابة فان لكل انسان ان يجوز من البحر مثلا ما يشاء و هذا الحق غير قابل بان يعوض بالمال كأن يأخذ زيد دينارا فى مقابل ان يعطى هذا الحق لعمر و حتى لا يكون لزيد حق الحيابة بعد ذلك (فلا اشكال) فى عدم صحة جعل مثل هذا الحق ثمنا و لا مثمنا لان مقوم البيع المقابلة بالمال (و كذا لو) قبل المعاوضة بالمال و لكنه (لم تقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار) كما لو صح اسقاطه فى مقابل المال و ذلك كحق الخيار، فانه غير قابل لان ينقل الى غير ذى الخيار بالمال، و لكنه قابل للاسقاط بإزاء مال يأخذه من الطرف الاخر او الشخص الثالث فيسقط خياره، و انما نقول بوضوح عدم صحة جريان البيع على هذا الحق (لان البيع تمليك العين) فاذا كان الحق غير قابل للانتقال لم يكن معنى لتمليك الغير (و لا ينتقض) ما ذكرناه من انه كلما لم يصح الانتقال لم يصح البيع (بييع الدين على من هو عليه) كما لو طلبت من زيد دينارا فانه يصح ان ابيعه بزيد المدين بقلم مثلا.

و وجه الانتقاض من انه كيف تقولون بصحة بيع الدين على من هو عليه، مع انه لا يصح الانتقال، لان الدين على زيد فى ذمة زيد فاذا بعناه له لم ينتقل شيء إليه.

و وجه عدم الانتقاض (لانه لا مانع من كونه تمليكا) اى كون بيع الدين على من هو عليه (تمليكا) اى انه نقل. لاني انقل دينارى الذى لى بذمة زيد الى زيد



فيسقط، ولذا جعل الشهيد في قواعد الابرء مرددا بين الاسقاط و التملك

و الحاصل انه يعقل ان يكون الانسان مالكا لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط و لا يعقل ان يتسلط على نفسه، و السر ان مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا- يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فانه نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج الى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه

---

(فيسقط) لانه لا معنى لان يملك زيد في ذمة نفسه (ولذا) الذي ذكرنا من معقولة تملك المدين الدين الذي هو انتقال (جعل الشهيد) الاول (في قواعد الابرء) كما لو طلبت دينارا من زيد فأبرأته (مرددا بين الاسقاط) لما في ذمته (و التملك) فان من كلام الشهيد يعرف انه يعقل تملك الدين للمدين.

(و الحاصل) من جواب النقص (انه يعقل ان يكون) الانسان (مالكا لما في ذمته فيؤثر تملكه) اي تملك الدائن دينه للمدين (السقوط) فلا يكون في ذمة المدين شي ء بعد ان ملكه الدائن

(و) ان قلت: اذا صححتم ان يملك الانسان لما في ذمته، يلزمكم ان تصححوا سلطة الانسان على نفسه، لكن الثاني بديهى البطلان، فكذا الاول. قلت:

بينهما فرق لانه (لا يعقل ان يتسلط) الانسان (على نفسه)، و يعقل ان يملك الانسان ما في ذمته (و السر) في الفرق (ان مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها) المتسلط و المتسلط عليه (بشخص واحد) يكون هو المتسلط و هو المتسلط عليه (بخلاف الملك فانه نسبة بين المالك و المملوك) فهو نسبة بين صاحب الذمة و الدينار الذي في ذمته (و لا يحتاج الى من يملك عليه) حتى يكون زيد المدين مالكا و مملوكا عليه- مسلطا و مسلطا على نفسه- (حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه) فانه اذا احتاج الى مملوك عليه استحال

و اما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه، فهي و ان قبلت النقل وقوبلت بالمال فى الصلح الا ان فى جواز وقوعها عوضا للبيع اشكالا من اخذ المال فى عوضى المبايعة لغة و عرفا، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين، و لما يصح ان يكون اجرة فى الاجارة فى حصر الثمن فى المال

## [تعريف الفقهاء و المناقشة فيها]

### اشارة

ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشرعية

لانه كان كالمسلط و المسلط عليه (فافهم) لان نسبة المالك الى الملك كنسبة المسلط الى المسلط عليه، فاذا قلت: انه لا يمكن ان يتسلط الانسان على نفسه، لزم ان تقولوا بانه لا يمكن ان يملك الانسان لشيء فى ذمته فالتفكيك بينهما لا وجه له.

(و اما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه) كحق المضاجعة بالنسبة الى الضررة (فهي و ان قبلت النقل وقوبلت بالمال فى الصلح) فلا اشكال فيه من هاتين الجهتين (الا ان فى جواز وقوعها) اى هذه الحقوق (عوضا للبيع اشكالا)، لان الثمن يجب ان يكون مالا و نشك فى صدق المال على الحق و هذا مراده بقوله: (من اخذ المال فى عوضى المبايعة) اى يجب ان يكون العوض و المعوض مالا (لغة و عرفا)، لان البيع لغة «مبادلة مال بمال» و عرفا انه مقابلة مال بمال (مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين، و) عند التعرض (لما يصح ان يكون اجرة فى الاجارة فى حصر الثمن فى المال) فاخذهم المال فى التعريف و فى الشروط دليل على انه لا يمكن غير المال و من المعلوم ان مثل حق التعجير و ما اشبهه لا يسمى مالا.

(ثم الظاهر) من مراجعة اللغة و الشرع حيث لا نجد ان الشارع غير المفهوم اللغوى (ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشرعية) بان يكون

بل هو باق على معناه العرفى كما سنوضحه إن شاء الله تعالى. الا ان الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه:

ففى المبسوط و التذكرة و غيرهما: انتقال عين من شخص الى غيره بعوض، مقدر، على وجه التراضى.

و حيث ان فى هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب و القبول الدالين على الانتقال.

و حيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا، او

---

المتشرعون احدثوا اصطلاحا جديدا فى معنى البيع حتى اذا قالوا هذه اللفظة فهم منها معنى جديد غير المعنى اللغوى (بل هو باق على معناه العرفى) اللغوى الذى كان متداولا فى زمان الشارع و قبل زمان الشارع (كما سنوضحه إن شاء الله تعالى. الا ان الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه: و من جراء هذا الاختلاف يكون بعض الافراد داخلا او خارجا مما يوجب اختلاف الحكم أيضا.

(ففى المبسوط و التذكرة و غيرهما: انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر،) اى لا يكون مجهولا (على وجه التراضى). اذ لولا الرضا لم يكن نقل و انتقال.

(و حيث ان فى هذا التعريف مسامحة واضحة) فان البيع هو النقل و الانتقال لا الانتقال فقط (عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب و القبول الدالين على الانتقال) مقابل الايجاب و القبول فى النكاح و نحوه مما ليس فيه انتقال.

(و حيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا) و قد كان هذا التعريف مفيدا لان البيع لفظ حيث عرف بانه ايجاب و قبول (او) اللفظ

بشروط قصد المعنى، و الا لم يعقل انشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد الى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة.

ويرد عليه مع ان النقل ليس مرادفا للبيع و لذا صرح في التذكرة بان ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات و ان المعاطاة عنده بيع، مع خلوها عن الصيغة: ان النقل بالصيغة- أيضا- لا يعقل انشاؤه

---

(بشروط قصد المعنى) اذ لا ربط للفظ في البيع اصلا (و الا) فلو كان اللفظ دخل في تعريف البيع (لم يعقل انشاؤه) اى البيع (باللفظ) فان اللفظ لا يعقل ان ينشأ باللفظ مع انا نرى صحة قولهم «انشأ البيع بالايجاب و القبول» (عدل جامع المقاصد الى تعريفه ب) ان البيع هو (نقل العين بالصيغة المخصوصة) اى بعت و اشترت.

(و يرد عليه- مع ان النقل ليس مرادفا للبيع) مع وضوح انه يشترط ترادف المعرف و المعرف، و الا لم يعقل ان يكون احدهما مبينا للآخر، و اما النقل فليس مرادفا للبيع لانه اعم من البيع فالصلح و الهبة و ما اشبهه توجب النقل أيضا. و ليست بيعا، (و لذا) الذي ذكرنا من ان النقل ليس مرادفا للبيع (صرح في التذكرة بان ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت) فلا يصح ان يقول «نقلت» و يريد البيع (و جعله من الكنايات) لانه من باب ذكر اللازم و إرادة الملزوم فان لازم البيع النقل كما ان لازم البخل ظرافة المطبخ (و) مع (ان المعاطاة عنده) اى عند جامع المقاصد (بيع مع خلوها عن الصيغة) فليزيم ان لا يكون تعريف البيع جامعا لان المعاطاة بيع و الحال انه لا يشملها التعريف الذي ذكره بقوله «نقل العين بالصيغة المخصوصة» (-: ان النقل بالصيغة) هذا فاعل قوله «يرد» (أيضا) كتعريف البيع بانه الايجاب و القبول (لا يعقل انشاؤه

بالصيغة ولا يندفع هذا بان المراد:

ان البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل لا انه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بعت: نقلت بالصيغة لانه ان اريد بالصيغة خصوص «بعت» لزم الدور

---

بالصيغة) فيرد على تعريف جامع المقاصد ما ورد على تعريف غيره الذي عرّفه بانه الايجاب و القبول (و لا يندفع هذا) الاشكال (بان المراد ان البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة) فليس «بالصيغة» في تعريف الكركي جزء من تعريف البيع حتى تقولوا: ان الصيغة لا تنشأ بالصيغة بل معرف البيع في كلامه انه «النقل» و انما هو قسم خاص من النقل و هو النقل بالصيغة و من المعلوم ان النقل يمكن انشاؤه بالصيغة (فجعله) اي البيع (مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا انه) اي الصيغة (مأخوذ في مفهومه) اي مفهوم البيع (حتى يكون مدلول بعت: نقلت بالصيغة) و يلزم منه المحذور المتقدم اعنى انه لا يعقل انشاؤه بالصيغة، و انما قلنا «لا يندفع هذا» لانه يسلم ان قول الكركي «بصيغة مخصوصة» يراد به المعرف «للتقل» لا- انه جزء من «المعرّف» لكن في ذلك أيضا اشكالا (لانه ان اريد بالصيغة) في المعرف «للتقل» (خصوص «بعت» لزم الدور) فكانه قال «البيع» هو النقل بلفظ بعت و من المعلوم ان «مادة كلمة» اذا كانت في المعرف و المعرف لزم الدور،

ص: 12

لان المقصود معرفة مادة «بعت». و ان اريد بها ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل.

**فالأولى تعريفه بانه «إنشاء تمليك عين بمال».**

**اشارة**

و لا يرد عليه شيء مما تقدم.

**نعم يبقى عليه امور:**

**منها: انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت،**

و الا لم يكن مرادفا له.

و يرده: انه الحق كما سيجيء.

---

فاذا قلت «الانسان حيوان انساني» كان دورا لتوقف المعرف على المعرف و المعرف على المعرف (، لان المقصود معرفة مادة «بعت»). اي «البيع» فلا يمكن ان تقع صيغة «بعت» معرفة لمادتها (و ان اريد بها) اي بالصيغة في كلام الكركي (ما يشمل ملكت) فكانه قال «البيع نقل العين ب «بعت او «ملك» او «ما اشبه» (وجب الاقتصار) في تعريف البيع (على مجرد التمليك و النقل) بان يقول الكركي «البيع هو النقل» و لا يزيد على التعريف بقوله «بصيغة مخصوصة» اذ على هذا لا صيغة مخصوصة لجواز اجراء البيع بكل صيغة ك «نقلت» و «ملك» و «بعت» و ما اشبه و حيث ان التعريفات المذكورة غير تامة.

(فالأولى تعريفه بانه «إنشاء تمليك عين بمال». و لا يرد عليه شيء مما تقدم) من الاشكالات الواردة على تلك التعريفات.

(نعم يبقى عليه امور): من الاشكال.

(منها: انه) اي هذا التعريف (موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت، و الا لم يكن مرادفا له) اي للبيع- الذي هو المعرف بالفتح-

(و يرده: انه الحق) و انه يجوز الايجاب بلفظ ملكت (كما سيجيء) عن قريب.

## و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لان الانسان لا يملك مالا على نفسه.

وفيه- مع ما عرفت، و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه، و رجوعه الى سقوطه عنه، نظير تملك ما هو مسا و لما فى ذمته، و سقوطه بالتهاتر-: انه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الالفاظ، و لذا قال فخر الدين: معنى بعت- فى لغة العرب- ملكت غيرى فاذا لم يعقل ملكية ما فى ذمة نفسه لم يعقل شي ء مما يساويها، فلا يعقل البيع

---

(و منها: انه لا يشمل بيع الدين من هو عليه كان الانسان لا يملك مالا على نفسه) و لا على ذمته شيئا فليس بيع الدين عليه «تمليكا».

(و فيه- مع ما عرفت) من قولنا «لانه لا مانع من كونه تمليكا» (و ستعرف من تعقل تملك) الانسان (ما على نفسه، و رجوعه) اى ان مرجع التمليك (الى سقوطه) الى المملوك (عنه) اى عن المالك (، نظير تملك ما هو مساو لما فى ذمته، و سقوطه بالتهاتر) كما اذا طلب زيد من عمرو دينار و طلب عمرو من زيد دينارا أيضا فان زيدا مثلا- يملك دينار عمرو و الذي عنده و يسقط عن ذمة فلا يطلبه عمرو بعد ذلك، و هكذا بالنسبة الى عمرو (- انه) متعلق ب «فيه» (لو لم يعقل التمليك) للدين الذي فى ذمته (لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الالفاظ،) و الحاصل، التلازم بين الامرين فيصح التمليك- كما بين فى الاشكال- فلا وجه له (ولذا) الذي ذكرنا من التلازم بين البيع و التمليك (قال فخر الدين: ان معنى بعت- فى لغة العرب ملكت غيرى، فاذا لم يعقل ملكية) الانسان ل (ما فى ذمة نفسه) للدائن (لم يعقل شي ء مما يساويها، فلا يعقل البيع) أيضا.

## و منها: انه يشمل التمليك بالمعاطاة

مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست بيعا.

وفيه: ما سيجيء من كون المعاطاة بيعا، وان مراد النافين نفى صحته.

## و منها: صدقه على الشراء،

فان المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

وفيه: ان التمليك فيه ضمنى وانما حقيقته التملك بعوض، ولذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت، تقدم على الايجاب او تأخر، وبه يظهر اندفاع الايراد بانتفاضه بمستأجر العين بعين

---

(و منها: انه) الى هذا التعريف (يشمل التمليك بالمعاطاة) لانها إنشاء تمليك عين بمال (مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست بيعا) وانما تفيد الملك المستقر الذي هو نتيجة البيع بالتصرف او التلف.

(وفيه: ما سيجيء من كون المعاطاة بيعا، وان مراد النافين) الذين ينفون كونها بيعا (نفى صحته) فهي بيع غير صحيح لا انها ليست بيعا.

(وفيه ان التمليك فيه) اى فى الشراء (ضمنى وانما حقيقته) اى حقيقة الشراء (التملك) و الظاهر من التعريف كون التمليك ابتدائيا لا ضمنيا فلا يشمل التعريف الشراء (ولذا) الذي ذكرنا من ان الشراء تملك لا تمليك (لا يجوز الشراء بلفظ ملكت، تقدم على الايجاب او تأخر،) و عدم جوازه لانه ليس مألوفاً عند الناس فلم يمضه الشارع لان الشارع انما امضى المألوف من العقد لانصراف: أحل الله البيع، الى البيع المتعارف (وبه) اى بالجواب عن هذا الاشكال (يظهر اندفاع الايراد) على التعريف المذكور (بانتفاضه بمستأجر العين بعين) كما لو استجر الدار بمائة دينار، فان المستأجر ينشئ تمليك عين المائة بمال هى السكنى فى الدار.



حيث ان الاستيجار يتضمن تملك العين بمال اعنى المنفعة.

### و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوضة.

وفيه: ان حقيقة الصلح- و لو تعلق بالعين، ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الاصلى هو التسالم، و لذا لا يتعدى بنفسه الى المال.

نعم هو متضمن للتملك اذا تعلق بعين، لا انه نفسه. و الذي يدل على هذا، ان الصلح قد يتعلق بالمال عينا

---

و وجه الاشكال ما بينه بقوله: (حيث ان الاستيجار يتضمن تملك العين) التي هي الاجرة (بمال اعنى المنفعة) اى منفعة الدار و وجه الاندفاع ان التملك ضمنى و انما مصب الاجارة قبول منفعة الدار- من طرف المستاجر-.

(و منها: انتقاض طرده) اى ليس التعريف مانعا للاغيار (بالصلح على العين بمال) كما لو صالح زيد عن داره بالف دينار (و بالهبة المعوضة) كما لو وهب زيد داره بعوض الف دينار فانها إنشاء تملك عين بمال مع انها ليسا بيعا.

(وفيه: ان حقيقة الصلح- و لو تعلق بالعين) فى مقابل ما لو تعلق باسقاط حق او غيره (ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الاصلى هو التسالم) و انما يفيد احيانا فائدة البيع كما يفيد سائر الفوائد فى سائر الموارد (و لذا) الذي ذكرنا من انه ليس هو التملك (لا- يتعدى بنفسه الى المال) فلا يقال صالحتك المال، و التملك يتعدى بنفسه الى المال، فيقال ملكتك المال، و لو كان الصلح بمعنى التملك لكان اللازم ان يتعدى بنفسه.

(نعم هو) اى الصلح (متضمن للتملك اذا تعلق بعين، لا انه نفسه) اى نفس التملك (و الذي يدل على هذا) الذي ذكرناه من انه ليس تملك ابتداء- (ان الصلح قد يتعلق بالمال عينا) كصالحتك عن هذه المائة

او منفعة فيفيد التمليك، وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية، و هو مجرد التسليط، وقد يتعلق بالحقوق فيفيد فائدة الاسقاط او الانتقال، وقد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين كما في قول احد المشركين لصاحبه: صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك. فيفيد مجرد التقرير، فلو كان حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا، و هو واضح البطلان فلم يبق الا ان يكون مفهومه معنى آخر، و هو التسالم، فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه، فالصلح على العين بعوض تسالم عليه، و هو

---

(او منفعة) كصالحتك على سكنى هذه الدار (فيفيد التمليك) للعين او المنفعة (وقد يتعلق بالانتفاع) كصالحتك لانتفاعك بهذه الدار (فيفيد فائدة العارية، و هو مجرد التسليط) بدون ان تكون فائدة الدار ملكا له (وقد يتعلق بالحقوق) كما لو قال صالحتك عن حقي في المضاجعة (فيفيد فائدة الاسقاط) لحقها (أو الانتقال) الى الضرة مثلا (وقد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين كما في قول احد المشركين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك) وهذا خلاف مقتضى الشركة المطلقة التي تقتضى التشارك في الربح و الخسارة (فيفيد مجرد التقرير) لما بنيا عليه (فلو كان حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا) بين هذه الامور (و هو واضح البطلان) لانا لا نجد في الجميع الا معنى واحدا هو التسالم لكن متعلق التسالم قد يكون هذا وقد يكون ذاك من الامور الخمسة المذكورة (فلم يبق) بعد ان لم يكن مشتركا لفظيا (الا ان يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة) اي الفوائد الخمسة (بحسب ما يقتضيه متعلقه)، اي الشيء الذي انصب الصلح عليه (فالصلح على العين بعوض تسالم عليه، و هو) اي هذا التسالم

يتضمن التملك، لا- ان مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التملك، و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقراراً، بخلاف طلب التملك.

و اما الهبة المعوضة، و المراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابلة بين المالكين و الا لم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون تملك الاخر للاخر مع ان ظاهرهم: عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب له الهبة

---

(يتضمن التملك، لا ان مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته) عند تعلقه بذلك (هو إنشاء التملك، و من هنا) الذي هو تسالم (لم يكن طلبه من الخصم اقراراً، بخلاف طلب التملك) فانه لو اختصم زيد و عمرو فى مال فقال زيد هيا بنا نصلح لم يكن ذلك اقراراً منه بان المال لعمرو و بخلاف ما لو قال له ملكنى فانه اقرار بان المال لعمرو و الا لم يكن معنى لطلب تملكه.

(و اما الهبة المعوضة، و المراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض) كأن يقول: اهبك هذا الشئ فى مقابل الشئ الفلانى الذي لك. و هذا يقال الهبة المعوضة بمعنى ان يهب له ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب- فانه يطلق عليه أيضاً الهبة المعوضة (فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابلة بين المالكين) بان يخرج احد المالكين الى ملك الاخر وقت خروج مال الاخر الى ملك الاول (و الا لم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون تملك الاخر ل) العوض (الاخر) بان يملك زيد دون ان يملك عمرو، و انما نقول لم يعقل لانه اذا كان الامر مقابلة بين المالكين كيف يمكن ان يصير احدهما دون الاخر (مع ان ظاهرهم: عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب له الهبة) فانك اذا وهبت ديناراً لزيد فى مقابل قلمه لم تملك قلمه بمجرد هبتك

بل غاية الامر ان المتهم لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع فى هبته.

فالظاهر ان التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض غير المشترط فيها فى كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا، لا ان حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض غير المشترط فى ضمن الهبة الاولى.

فقد تحقق مما ذكرنا: ان حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع.

فلو قال: ملكتك كذا بكذا كان بيعا و لا يصح صلحا، و لا هبة معوضة، و ان قصدهما. اذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية

---

بل يحتاج تملكك للقلم الى ان يهبك هو القلم (بل غاية الامر ان المتهم) كزيد فى المثال (لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع فى هبته). بخيار تخلف الشرط- مثلا- (فالظاهر ان التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض غير المشترط فيها) كما لو اعطاه زيد دينارا هبة، فاعطى لزيد قلما مثلا (فى كونه) اى العوض (تمليكا مستقلا يقصد به و وقوعه عوضا، لا ان حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين) حتى يكون كالبيع من مقابلة مال بمال (كما يتضح ذلك، بملاحظة التعويض غير المشترط فى ضمن الهبة الاولى) فكما ان المال لا يقابل بالمال فى غير المشترط كذلك لا يقابل المال بالمال فى المشترط.

(فقد تحقق مما ذكرنا: ان حقيقة تمليك العين بالعوض ليست الا البيع) و المراد بما ذكرنا، دفع الاشكالات المتقدمة (فلو قال: ملكتك كذا بكذا كان بيعا) و ان لم يأت بلفظ البيع لما تقدم من التساوى بين البيع و التمليك (و لا يصح صلحا، و لا هبة معوضة و ان قصدهما) اذ القصد بدون اللفظ لا ينفع فى تحقق العقد (اذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية) بين المالين

ليس صلحا ولا هبة، فلا يقعان به نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الالفاظ الصريحة، توجه تحققهما مع قصدهما

فما قيل - من ان البيع هو الاصل فى تملك الاعيان بالعرض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة - محل تأمل، بل منع لما عرفت من ان تملك الاعيان بالعرض هو البيع لا غير نعم لو أتى بلفظ التملك بالعرض و احتمال إرادة غير حقيقته كان مقتضى الاصل اللفظى حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع لكن الظاهر ان الاصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم

---

(ليس صلحا ولا هبة، فلا يقعان به) اى بلفظ التملك (نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الالفاظ الصريحة: توجه تحققهما مع قصدهما) من لفظ التملك.

(فما قيل) فى وجه عدم تحقق الصلح و الهبة بلفظ التملك (من ان البيع هو الاصل فى تملك الاعيان بالعرض) و ان كان يصح الصلح و الهبة أيضا (فيقدم) الاصل (على الصلح و الهبة المعوضة) لدى اطلاق لفظ التملك (- محل تأمل، بل منع. لما عرفت من ان تملك الاعيان بالعرض هو البيع لا - غير) لا - انه مقدم على غيره (نعم لو أتى بلفظ التملك بالعرض) كما لو قال: ملكتك القلم بعوض درهم (و احتمال إرادة غير حقيقته) اين غير حقيقة التملك (كان مقتضى الاصل اللفظى) اى أصالة الحقيقة فى اللفظ المستعمل الذى لم يدر هل انه اريد به الحقيقة او المجاز (حمله على المعنى الحقيقى) الذى هو البيع (فيحكم بالبيع) و يرتب اثر البيع على المعاملة المذكورة لا الصلح و الهبة (لكن الظاهر: ان الاصل بهذا المعنى) اى، أصالة الحقيقة (ليس مراد القائل المتقدم) لانه يرى التملك حقيقة فى البيع و الصلح و الهبة، و انما يقدم البيع للانصراف، فمراده من الاصل: الانصراف

وسيجي ء توضيحه فى مسألة المعاظة فى غير البيع إن شاء الله تعالى

### بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد

ويمكن اخراجه بان مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة لا معاوضة للعين بهما و لذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة و لا الغرر المنفى فيها و لا ذكر العوض و لا العلم به

---

بخلاف ما ذكرناه من ان التمليك حقيقية فى البيع فقط مجاز فيما عداه، فمرادنا بالاصل اصالة الحقيقة (وسيجي ء توضيحه فى مسألة المعاظة فى غير البيع إن شاء الله تعالى) كما لو صالح صلحا معاطايا- مثلا-

(بقى القرض داخلا- فى ظاهر الحد) اى تعريفنا للبيع بأنه إنشاء تمليك عين بمال لان المقرض ينشئ تمليك عينه بمقابل المثل او القيمة الذى يسترده من المقرض (ويمكن اخراجه) من الحد (بان مفهومه) اى مفهوم القرض (ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة) لا تمليكا مجانيا، (لا معاوضة للعيب بهما) اين بالمثل و القيمة (و لذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة) و انما يجرى فيه ربا القرض و بينهما فرق كما حقق فى باب الربا (و لا الغرر المنفى فيها) اى فى المعاوضة الذى اشار إليه النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقول الامام عليه السلام «نهى النبي عن بيع الغرر» و ان جرى فيه مطلق الغرر فى الجملة لما ورد من انه «نهى النبي (ص) عن الغرر»- كما فى مستدرك الوسائل و كتب الفتوى- (و لا ذكر العوض، و لا العلم به) بخلاف المعاملة فانه يشترط فيها ذكر العوض، و العلم به (فتأمل) لعله اشارة الى ان القرض ليس معاوضة اصلا و انما رد لفرد توسعى من الشىء ء فى طول رد العين و لذا يقول المقرض: رددت ماله. فلا حاجة لاخراج القرض من التعريف المذكور بهذا التكلف.

ثم ان ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعث» وغيره من المشتقات.

**و يظهر من بعض من قارب عصرنا: استعماله في معانى آخر غير ما ذكر**

**احدها: التمليك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري.**

وإليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد «التعقب بالقبول» في تعريف البيع المصطلح. ولعله لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ بل وصحته السلب عن المجرد ولهذا لا يقال: باع فلان ماله الا بعد ان يكون قد اشتراه غيره

---

(ثم ان ما ذكرنا) من الحد للبيع (تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعث» وغيره من المشتقات.) كباع وبيع وبع و ما اشبه.

(و يظهر من بعض من قارب عصرنا) وهو صاحب المقاييس (: استعماله في معانى آخر) «1»

(احدها: التمليك المذكور) اى التمليك بعوض (لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري) فالبيع إنشاء تمليك عين بمال متعقبا بتملك المشتري (وإليه نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد «التعقب بالقبول») مأخوذا (في تعريف البيع المصطلح) لدى المشرعة (ولعله) اى هذا الاشتراط (لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ) اى لفظ البيع فاذا قال القائل: بعث كتابي، كان المتبادر منه انه باعه و ان المشتري قبل ذلك (بل وصحته السلب عن المجرد) عن القبول فاذا انشأ زيد البيع ولم يقبل خالد، صح ان يقال انه ليس ببيع (ولهذا لا يقال: باع فلان ماله الا بعد ان يكون قد اشتراه غيره) فان هذا يدل

---

(1) وفي نسخة: استعماله في معانى آخر غير ما ذكر ..

و يستفاد من قول القائل: بعت مالى: انه اشتراه غيره، لا انه اوجب البيع فقط.

## الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال،

كما يظهر من المبسوط، و غيره.

## الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول.

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد قال: بل الظاهر اتفقهم على إرادة هذا المعنى فى عناوين ابواب- المعاملات حتى الاجارة و شبهها

---

على اشتراط القبول فى صدق البيع (و) كذلك (يستفاد من قول القائل: بعت مالى: انه اشتراه غيره، لا انه اوجب البيع فقط) و لا يخفى ان مقصود الشيخ رحمه الله من نقل كلام من قارب عصره، بيان انه لا ينحصر تعريف البيع الذى ذكره رحمه الله- بما ذكره هذا المقارب للعصر من معانى اخر للبيع، اذ بناء على ما ذكره هذا المقارب للعصر يكون البيع مشتركا بين ما ذكره الشيخ و بين هذه المعانى فلا يكون تعريف الشيخ بانه إنشاء تملك عين بمال المعنى الوحيد للبيع كما لا يخفى-

(الثانى) من معانى البيع (الأثر الحاصل من الايجاب و القبول، و هو الانتقال كما يظهر من المبسوط، و غيره) و الظاهر ان المراد بالانتقال المعنى القائم بالطرفين نقلا و انتقالا لا الانتقال فقط لأن الأثر هو الفعل و الانفعال لا الانفعال وحده.

(الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول. و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد) لان العقد عبارة عن الايجاب و القبول (بل الظاهر) «1» من كلماتهم فى تعريف البيع (اتفاقهم على إرادة هذا المعنى) الثالث (فى عناوين ابواب المعاملات حتى الاجارة و شبهها) كالرهن و المزارعة فان

---

(1) و فى نسخة: قال: بل الظاهر.



### [المناقشة في هذه الاستعمالات]

اقول: اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول، فالظاهر انه ليس مقابلا للاول و انما هو فرد انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الايجاب المثمر، اذ لا ثمرة في الايجاب المجرد فقول المخبر: بعت

---

مرادهم العقد اى الايجاب و القبول (التي ليست هي في الاصل اسما لاحد طرفى العقد) لان بعض عناوين المعاملات اسم لاحد طرفى العقد، كالبيع و الضمان و الخلع، فانها اسامى للايجاب فقط، و بعضها اسم لطرفى العقد كالشركة و المزارعة و المساقاة و بعضها اسم عين لا يرتبط بالايجاب و لا مجموع العقد، كالوديعة و العارية و الصدقة.

و لا يخفى ان الاجارة من قبيل الثالث- على ما قالوا- فانها في اللغة نفس الاجرة فاذا صح استعمال اسم العين- كالاجارة- في العقد كان استعمال ما هو موضوع لاحد طرفى العقد في مجموع العقد- كالبيع- اولى لوجود علاقة الكل و الجزء في مثل البيع دون مثل الاجارة فاستعمال الاجارة في العقد ابعد من مثل استعمال البيع في العقد.

(اقول) يرد على المعانى الثلاثة التي ذكرها المقاييس ما لا- يخفى (اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول، فالظاهر انه ليس مقابلا للاول) اى المعنى الذي ذكرناه من انه إنشاء تمليك عين بمال (و انما هو) اى الايجاب المتعقب (فرد) من افراد البيع (انصرف إليه اللفظ) اى لفظ البيع (في مقام قيام القرينة على إرادة الايجاب المثمر) و انما انصرف لفظ البيع إليه (اذ لا ثمرة في الايجاب المجرد) و هذا كانصرف الانسان الى العاقل لعدم الفائدة في الانسان المجنون لا ان الانسان موضوع للعاقل فقط (فقول المخبر: بعت،

انما اراد الايجاب المفيد، فالقيد مستفاد من الخارج، لا ان البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول، وكذلك لفظ النقل و الابدال و التمليك و شبهها مع انه لم يقل احد بان تعقيب القبول له دخل في معناها، نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل اذ التأثير لا ينفك عن الاثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الايجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار

---

انما اراد الايجاب المفيد) بتعقيب القبول (فالقيد مستفاد من الخارج) الذي هو قرينة ان المتكلم اراد المثمر (لا ان البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول) كما قال صاحب المقاييس (و كذلك لفظ النقل و الابدال و التمليك و شبهها) كالتبديل (مع انه لم يقل احد بان تعقب القبول له دخل في معناها) و اى فرق بين هذه الالفاظ و بين البيع (نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج) اذ لو لا القبول لا يكون انتقال خارجي (لا في نظر الناقل) «1»، فان الناقل يرى انه حيث اوجد المؤثر وجد الاثر سواء اعتبر العقلاء وجوده أيضا بمعنى التأثير في الخارج- أو لا اذ لا تلازم بين نظر الناقل و بين الخارج و حيث كان هنا محل ان يقال كيف يمكن ان يحصل الاثر في نظر الناقل دون الخارج اجاب بقوله: (فالبيع و ما يساويه معنى) من النقل و ما اشبهه، وقوله: «معنى» اى ما هو بمعنى البيع (من قبيل الايجاب و الوجوب) من الامور الاعتبارية التي يمكن اختلاف الانظار فيها فزيد اذا أمر عمرا كان معتبرا للوجوب، و ان لم يعتبر العقلاء كونه واجبا لعدم حق لزيد في الايجاب (لا الكسر و الانكسار) من الامور الخارجية التي لا يمكن اختلاف الانظار فيها، بل اما ان يحصل الانكسار بنظر الكل او لا يحصل بنظر الكل و منه يظهر انه من الممكن تحقق الانتقال بنظر البائع الناقل لانه اوجد المؤثر الاعتباري فلا بد ان يوجد

---

(1) و في نسخة اخرى: اذ التأثير لا ينفك عن الاثر.

كما تخيله بعض فتأمل.

و منه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح، فضلا عن ان يجعل احد معانيه.

و اما البيع - بمعنى الاثر و هو الانتقال - فلم يوجد فى اللغة و لا فى العرف، و انما وقع فى تعريف جماعة تبعاً للمبسوط. و قد يوجه بان المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول اعنى المبيعية و هو تكلف حسن

---

الاثر الاعتبارى بنظره مع عدم تحقق الانتقال بنظر العقلاء - اى فى الخارج - (كما تخيله بعض) من ان البيع كالكسر و الانكسار (فتأمل) اذ حتى بنظر الناقل لم يحصل النقل، اذ الناقل لا يرى النقل ما لم يلحق القبول بما اوجبه من الايجاب.

(و منه) اى مما ذكرناه من ان القبول ليس له مدخلية فى معنى البيع (يظهر ضعف أخذ القيد المذكور) اى قيد التعقب بالقبول (فى معنى البيع المصطلح) الذى هو إنشاء تملك عين بمال (فضلا عن ان يجعل احد معانيه) اى معانى البيع كما صنعه من قارب عصرنا. و الحاصل انه ليس قيذا، فكيف بكونه معنى مستقلا.

(و اما البيع - بمعنى الاثر) الذى جعله هذا المقارب للعصر معنى ثانيا للبيع (و هو الانتقال - فلم يوجد فى اللغة و لا فى العرف) بان يطلق لفظ البيع و يراد به الانتقال (و انما وقع فى تعريف جماعة) للبيع (تبعاً للمبسوط و قد يوجه) هذا المعنى (بان المراد بالبيع المحدود) الذى عرف بانه الانتقال (المصدر من المبنى للمفعول) اى المجهول (اعن المبيعية) فى مقابل المصدر المبنى للفاعل اى البائعية (و هو تكلف) اذ ليس البيع بهذا المعنى عند الاطلاق. و لكنه (حسن) اذ هو الوجه الوحيد لتصحيح هذا التعريف.

و اما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثانى - رحمه الله - بان طلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية. و الظاهر ان السبب هو الاثر الحاصل فى نظر الشارع لانه المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت من انه حاصل بنفس إنشاء الموجب، من دون توقف على شيء، كحصول وجوب الضرب فى نظر الأمر بمجرد الأمر، و ان لم يصر واجبا فى الخارج فى نظر غيره. و الى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم: لزم البيع، او وجب، أو لا يبيع بينها، او اقاله فى البيع

(و اما البيع بمعنى العقد) و هو ثالث المعانى التى ذكرها المقارب للعصر (فقد صرح الشهيد الثانى - رحمه الله - بان اطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية) فالبيع اسم للمسبب وضع على السبب (و الظاهر ان السبب هو الاثر الحاصل فى نظر الشارع لانه المسبب عن العقد) فالبيع - هو المؤثر ذلك المؤثر - وضع للذى يسبب ذلك الاثر و هو السبب اى العقد (لا) ان المسبب (النقل الحاصل من فعل الموجب، لما عرفت) فى قولنا قبل اسطر: «لا فى نظر الناقل» (من انه حاصل بنفس إنشاء الموجب، من دون توقف على شيء،) آخر - اعنى اعتبار العقلاء - اذ المنشئ يرى حصول الأثر عند انشائه سواء اعتبره الشرع و العقلاء أم لا (كحصول وجوب الضرب فى نظر الأمر) الذى يقول «اضرب» (بمجرد الأمر، و ان لم يصر واجبا فى الخارج فى نظر غيره).

فان الوجوب امر اعتبارى يمكن ان يكون بنظر و لا - يكون بنظر كسائر الامور الاعتبارية (و الى هذا) اى معنى الاثر فى نظر الشارع (نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم: لزم البيع، او وجب، أو لا يبيع بينها، او اقاله فى البيع) فانه ليس المراد العقد، و الا حصل العقد بينهما، بل المراد الاثر فى نظر الشارع اى تم الاثر فى نظره، او لا اثر، او اقاله فى الاثر ...

و نحو ذلك. و الحاصل: ان البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب و القبول فإضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية و لذا يقال:

انعقد البيع، و لا ينعقد البيع.

## [البيع و نحوه اسم للصحيح أو للأعم]

### اشارة

ثم ان الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك: على ان عقد البيع و غيره من العقود، حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد

(و نحو ذلك) من سائر امثال هذه الجمل (و الحاصل) اي حاصل كلام الشهيد بملاحظة التوجيه الذي ذكرناه من انه من باب علاقة السببية (ان البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النقل) فقولهم: البيع عقد مركب من ايجاب و قبول، يراد بالبيع النقل في نظر الشارع المسبب عن العقد و يطلق البيع على العقد بعلاقة السببية و لا- يراد بذلك النقل في نظر الموجب. فالبيع (بمعنى) النقل الذي هو (اسم المصدر) الحاصل من المصدر كالغسل الذي هو حاصل من الاغتسال (مع اعتبار تحققه) اي النقل (في نظر الشارع، المتوقف) هذا النقل (على تحقق الايجاب و القبول) في الخارج (فإضافة العقد الى البيع) في قوله: «عقد البيع» (بهذا المعنى) الذي ذكرناه و هو النقل (ليست بيانية) بل من قبيل: «عقد النقل» في قبيل: «عقد تملك المنفعة» بمعنى الاجارة-، «و عقد تملك المنتقل إليه مجاناً»- بمعنى الهبة- و هكذا .. (و لذا يقال) اي لذا الذي ذكرناه من ان الاضافة ليست بيانية (انعقد البيع) حيث يؤتى بالفعل الدال على الزمان (و لا ينعقد البيع) و لو كان العقد نفس البيع كان من قبيل: «باع البيع» مما كان المضاف إليه تأكيداً لا انه مفيد لمعنى جديد.

ثم ان الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك: على ان عقد البيع و غيره من العقود، حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد) و المراد ب

لوجود خواص الحقيقة و المجاز، كالتبادر و صحة السلب. قال: و من ثم حمل الاقرار به عليه

و لو ادعى «1» إرادة الفاسد لم يسمع اجماعا.

و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد، لقبيل تفسيره بأحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة

---

«عقد البيع» مدلول المركب الاضافى - اى اضافة العقد الى البيع-، و الظاهر: ان مراده «العقد» اى المضاف- اذ ليس للاضافة صحيح و فاسد- او «البيع» اى المضاف إليه، و انما نقول بانه حقيقة فى الصحيح و مجاز فى الفاسد (لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر) الى الصحيح (و صحة السلب) عن الفاسد فيهما، و من المعلوم ان التبادر علامة الحقيقة و صحة السلب علامة المجاز (قال) الشهيد (و من ثم) و انه حقيقة فى الصحيح (حمل الاقرار به) اى بالبيع (عليه) اى على الصحيح فان قال: بعث الكتاب لزيد ثم ادعى ان البيع كان فاسدا لم يسمع منه لان الاقرار انما يؤخذ بظاهره و لو لم يكن الظاهر من البيع الصحيح لم يحمل اقراره على البيع الصحيح.

(و لو «1» ادعى إرادة الفاسد لم يسمع اجماعا) فانه من قبيل ان يقول:

لزيد عندى اسد ثم يدعى: ان مراده كان رجلا شجاعا مربوطا بزيد، حيث لا يسمع هذا التفسير منه.

(و لو كان) البيع (مشتركا بين الصحيح و الفاسد، لقبيل تفسيره بأحدهما) كأن يفسر بالفاسد المقتضى لعدم امكان مطالبته بشي ء (كغيره من الالفاظ المشتركة) حيث انه اذا اقر باللفظ المشترك قبل تفسيره باحد معانيه، سواء أ كانت تلك المعانى من قبيل افراد الكلى، كما لو اعترفت بان لزيد عليه سيفا ثم فسره بالهندي، او من قبيل المشترك اللفظى، كما لو اعترف بان لزيد عليه عينا ثم فسرها بالذهب- مثلا-

---

(1) و فى نسخة: حتى لو ادعى

و انقسامه الى الصحيح و الفاسد اعم من الحقيقة انتهى

وقال الشهيد الاول فى قواعدہ: الماهيات الجعلية كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد الا الحج لوجوب المضى فيه. و ظاهره

(و) ان قلت: ان العقد ينقسم الى الصحيح و الفاسد، فيقال:

العقد اما صحيح او فاسد، و من المعلوم ان الانقسام علامة كون المقسم حقيقة فى كل الاقسام، اذ لا يصح تقسيم الشيء الى نفسه و الى غيره. فلا يقال:

الانسان اما انسان و اما بقر نعم يقال: الانسان اما افريقى او اسوى. و الحاصل ان البيع ينقسم الى الصحيح و الفاسد و التقسيم علامة الحقيقة.

قلت: (انقسامه الى الصحيح و الفاسد اعم من الحقيقة) اذ اللفظ يقسم الى المعنى الحقيقى و المجازى، فيقال: الاسد اما مفترس او رجل شجاع، نعم هذا يحتاج الى القرينة لكنها موجودة فى المقام لما نشاهده من صحة السلب من الفاسد (انتهى) كلام المسالك.

(وقال الشهيد الاول فى قواعدہ) فى بيان كون العقود مجازا فى الفاسد- كما ذكره المسالك بالنسبة الى البيع- (الماهيات الجعلية) اى التى جعلها الشارع فى مقابل الماهيات العرفية التى امضاها الشارع كالمعاملات (كالصلاة و الصوم و سائر العقود) «و سائر» عطف على «الماهيات» لا على «الصلاة» اذ العقود ليست من الماهيات الجعلية كما لا يخفى (لا تطلق على الفاسد) فالصلاة الفاسدة لا تسمى صلاة- الا مجازا- و كذلك الرهن الفاسد لا يسمى رهنا- الا مجازا- (الا الحج) فان فاسده أيضا يسمى حجا (لوجوب المضى فيه) اذ لو لم يكن الفاسد حجا لم يجب المضى فيه و اتمامه، فان الانسان ليس بمكلف باتيان غير الحج. فوجوب المضى علامة انه حج و إن كان فاسدا (و ظاهره)

و يشكل ما ذكره بان وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو «احل الله البيع» و اطلاقات ادلة سائر العقود فى مقام الشك فى اعتبار شيء فيها مع ان سيرة علماء الاسلام التمسك بها فى هذه المقامات.

نعم يمكن ان يقال: ان البيع و شبهه فى العرف اذا استعمل فى الحاصل من لمصدر الذي يراد

---

اى ظاهر القواعد من قوله: «لا- تطلق» (إرادة الاطلاق الحقيقى) يعنى ان العبادة و المعاملة لا تطلق- اطلاقا على سبيل الحقيقة- على الفاسد، لا- انه يريد عدم الاطلاق حتى اطلاقا مجازيا لوضوح ان هذه الالفاظ تطلق على الفاسد اطلاقا من باب المشابهة فى الهيكل الصحيح.

(و يشكل ما ذكره)- الشهيد الاول و الثانى- (بان وضعها) اى وضع الفاظ العبادات و المعاملات (لصحيح) فقط (يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو «أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ» و اطلاقات ادلة سائر العقود) كدليل «الرهن» و «الاجارة» و غيرهما (فى مقام الشك فى اعتبار شيء فيها) اى فى صحة تلك العقود، مثلا لو شككنا فى انه هل تعتبر العربية فى صيغة البيع كان اللازم ان لا نتمسك ب «احل الله البيع» فى عدم اعتبارها، اذ معنى البيع على قول الشهيد «البيع الصحيح» و المفروض انا نشك فى ان صيغة البيع الفارسية صحيحة أم لا؟ (مع ان سيرة علماء الاسلام التمسك بها) اى بادلة، العقود (فى هذه المقامات) اى مقامات الشك فى ان الشيء الفلانى هل يعتبر فى العقد أم لا؟

(نعم يمكن ان يقال) فى وجه تصحيح كلام الشهيدين (ان البيع و شبهه فى العرف اذا استعمل فى الحاصل من المصدر الذي يراد) ذلك



من قول القائل: «بعت» عند إنشاء لا يستعمل حقيقة الا فيما كان صحيحا مؤثرا و لو فى نظرهم ثم اذا كان مؤثرا فى نظر الشارع كان بيعا عنده و الا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للاثر و مجاز فى غيره الا ان الافادة و ثبوت الفائدة مختلف فى نظر العرف و الشرع. و

---

الحاصل (من قول القائل «1»: «بعت عند الانشاء) فان الانسان اذا قال: «بعت الكتاب بدرهم» كان الحاصل من كلامه اثرا هو عبارة عن النقل (لا يستعمل حقيقة) اى استعمالا حقيقيا (الا فيما كان صحيحا و مؤثرا) للنقل و الانتقال (و لو فى نظرهم) اى نظر العرف- سواء وافقه نظر الشرع أم لا- (ثم اذا كان مؤثرا فى نظر الشرع) أيضا (كان بيعا عنده) اى عند الشرع (و الا كان صورة بيع) لا تفيد النقل و الانتقال (نظير بيع الهازل عند العرف) الذى لا يفيد اثر النقل و الانتقال (فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للاثر و مجاز فى غيره) اى الذى لا يفيد الاثر- كما ذكره الشهيدان- (الا ان، الافادة) اى افادة البيع للاثر (و ثبوت الفائدة) اى ترتب النقل و الانتقال (مختلف فى نظر العرف و الشرع) فالعرف يرى الصحة احيانا فيما لا يراه الشرع كالبيع الربوي الذى يراه العرف العادى- مقابل العرف المشرعى- صحيحا و لا يراه الشرع صحيحا.

(و) ان قلت: يبقى فى المقام انه كيف يتمسك العلماء باطلاق ادلة البيع

---

(1) نسخة بدل

ص: 32

اما وجه تمسك العلماء بإطلاق ادلة البيع ونحوه، فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، او على المصدر الذي يراد من لفظ بعت، فيستدل بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثرا في نظر الشارع أيضا فتأمل

---

فيما شك في شرط او جزء، مع ان مقتضى وضعه للصحيح عدم امكان التمسك، قلت: (اما وجه تمسك العلماء بإطلاق ادلة البيع ونحوه) كالرهن والاجارة وسائر ادلة العقود (فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف) لان المخاطب هو العرف فمثل «احل الله البيع» يراد به البيع الذي يفهم العرف- مثلا- (حمل لفظ البيع وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف) فمعنى الآية: احل الله البيع المؤثر عند العرف (او على المصدر الذي يراد من لفظ بعت) والفرق بين هذا وسابقه ان المراد ب «ما هو الصحيح المؤثر» اسم المصدر وب «على المصدر» المصدر، والمراد ان «البيع» في الآية اما «كالغسل» أو «كالإغتسال» (فيستدل بإطلاق الحكم بحله) اي اطلاق الحلية في الآية، اي حل هذا البيع المؤثر عند العرف المشكوك في صحته شرعا- للشك في جزء او شرط- (أو بوجوب الوفاء) في قوله سبحانه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (على كونه مؤثرا في نظر الشارع أيضا) كما هو مؤثر في نظر العرف. والحاصل عدم المناقاة بين «كون البيع موضوعا للصحيح» و بين «التمسك بالإطلاق» بتقريب ان البيع موضوع للصحيح عرفا، فاذا كان هناك بيع صحيح عرفا فشك في صحته شرعا تمسك بالإطلاق فيحكم بصحته شرعا أيضا (فتأمل) فان العرف مرجع في المفاهيم

فان للكلام محلا آخر.

## الكلام فى المعاطاة

[الكلام فى حقيقة المعاطاة وصورها]

اعلم ان المعاطاة على ما فسرہ جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذہ من الآخر و هو يتصور على وجهين.

احدهما: ان يبيع كل منها للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تملكه.

الثانى: ان يتعاطيا على وجه التملك.

وربما يذكر وجهان آخران.

احدهما: ان يقع النقل من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة بل يعطى شيئا ليتناول شيئا يدفعه الآخر إليه

---

الكلية لا فى المصاديق الجزئية (فان للكلام محلا آخر) و هو باب الصحيح و الاعم من الاصول.

(الكلام فى المعاطاة) مصدر باب المفاعلة من عاى يعاى. (اعلم ان المعاطاة على ما فسرہ جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذہ من الآخر) كأن يعطى زيد ديناراً للعمرو فى مقابل ما يأخذہ من عمرو من الكتاب (و هو يتصور على وجهين)

(احدهما: ان يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تملكه) بان لا يقصد التملك بل مع الغرض عن التملك.

(الثانى ان يتعاطيا) اى يعطى كل منهما للآخر (على وجه التملك) بان يملك هذا ذاك، و ذاك هذا.

(وربما يذكر وجهان آخران) فى المعاطاة.

(احدهما: ان يقع النقل من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة) التى هى الوجه الاول (بل يعطى شيئا ليتناول) و يأخذ (شيئا يدفعه الآخر)

و الثاني: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

ويرد الاول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الاباحه، أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة.

و الثاني: بما تقدم فى تعريف البيع من ان التمليك بالعرض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن الشاة مدة وغير ذلك، كون التمليك المطلق اعم من البيع

---

إليه) و النقل اعم من الملك.

(و الثاني: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع) فهنا أربعة أوجه «الاباحه»، «البيع»، «النقل المطلق»، «الملك المطلق»، و حيث ان كاشف الغطاء- رحمه الله- جعل المعاطاة معاملة مستقلة لا ترتبط بالإباحة و لا البيع اخترع هذين الوجهين.

(ويرد الاول) و هو النقل المطلق (بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الاباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة) اذ لا بد للجنس من التلون بفصل اذا اريد وجوده خارجا وربما لا يتلفظ الدافع بشي ء من هذه الامور، لكنه يقصده قلبا لا محالة، و عليه فلا يمكن تحقق النقل المطلق.

(و) يرد (الثانى: بما تقدم فى تعريف البيع من ان التمليك بالعرض على وجه المبادلة) بين العوض و المعوض (هو مفهوم البيع لا غير) فالتمليك المطلق هو البيع لا- انه وجه جديد (نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود- كبيع لبن الشاة مدة وغير ذلك ..- كون التمليك المطلق اعم من البيع) و انه نافذ بدليل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .. و: تجارة عن

ص: 35

ثم ان المعروف بين علمائنا في حكمها: انها مفيدة لباحة التصرف و يحصل الملك بتلف احدى العينين.

وعن المفيد و بعض العامة: القول بكونها لازمة كالبيع.

وعن العلامة- رحمه الله- في النهاية: احتمال كونها بيعا فاسدا، في عدم افادتها لباحة التصرف.

و لا بد أولا من ملاحظة ان النزاع في المعاطاة المقصود بها الاباحة او في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصة و العامة هو: المعنى الثانى و حيث ان الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف

---

تراض، لكنك عرفت الاشكال فيه و انه لا بد ان ينوى الدافع احد العنوانات الخاصة فهذا كله تمام الكلام فى موضوع المعاطاة

(ثم ان المعروف بين علمائنا فى حكمها انها مفيدة لباحة التصرف) من الجانبين (و يحصل الملك) للجانبين (بتلف احدى العينين) فبمجرد ان تلف الثمن- مثلا- انتقل الثمن الى البائع و المثلن الى المشتري.

(وعن المفيد و بعض العامة: القول بكونها) اى المعاطاة (لازمة كالبيع) بالصيغة

(وعن العلامة- رحمه الله- فى النهاية: احتمال كونها بيعا فاسدا فى عدم افادتها لباحة التصرف) فلاقوال ثلاثة: «الاباحة» و «البيع» و «لا شيء».

(و لا بد أولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة) اى ما قصد الدافع الاباحة (او فى المقصود بها التمليك؟. الظاهر من الخاصة و العامة هو: المعنى الثانى) اى المقصود بها التمليك، فاذا قصد المتعاطيان التمليك بعض يقول: بافادتها الملك، و بعض بافادتها الاباحة، و بعض بعدم افادتها لشيء اصلا (و حيث ان الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف)

و حصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطين

نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى العينين. وحق ذلك في شرحه على القواعد وعلقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه، لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، ورجح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزل

---

لاحد العوضين (و حصوله) أي الملك (بعده) أي بعد التلف (لا يجمع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطين) إذ لو نفذ قصد الملك لزم أن ينفذ من الأول ولو لم ينفذ قصد الملك لم يوجب التلف الملك إذ لا دليل على أن التلف من المملكات.

(نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم) حيث قالوا: المعاطاة تفيد الإباحة (على الملك الجائز المتزلزل، وأنه) أي الملك (يلزم بذهاب إحدى العينين) أي يكون الملك لازماً إذا تلف أحد العوضين (و حقق) الكركي (ذلك) القول بأن مرادهم الملك المتزلزل (في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه، لكن بعض المعاصرين) وهو صاحب الجواهر (لما استبعد هذا الوجه) بأن يريد الفقهاء بالإباحة الملك المتزلزل، لأن الإباحة في مقابل الملك فكيف يمكن إطلاق أحدهما على الآخر بدون القرينة (التجأ إلى جعل محل النزاع) في المعاطاة (هي المعاطاة المقصود بها الإباحة) خلافاً لما تقدم من الذي قلنا: بأن مقصودهم ما يريد به الملك (و رجح بقاء الإباحة في كلامهم) أي قولهم: أن المعاطاة تفيد الإباحة (على ظاهرها المقابل للملك) لا كما صنع المحقق الكركي (و نزل) هذا

حكم قدماء الاصحاب بالإباحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محل النزاع فى المعاطاة بقصد التمليك، قائلا: ان القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب و كبرائهم.

و الانصاف ان ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الاباحة بالملك المترلزل بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل: الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الحلى فى السرائر، و ابن زهرة فى الغنية، و الحلبي فى الكافى، و العلامة فى التذكرة و غيرها، بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم

---

المعاصر (حكم قدماء الاصحاب بالإباحة) اى افادة المعاطاة الاباحة (على هذا الوجه) اى فيما اذا اراد المتعاملان الاباحة لا ما اذا اراد الملك (و طعن على من جعل محل النزاع) فى ان المعاطاة تقيد الاباحة أو الملك (فى المعاطاة بقصد التمليك قائلا: ان القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد) المتعاطيين (الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب و كبرائهم) اذ كيف يمكن ان يقع ما لا يقصده المتعاملان؟

و الحاصل ان الاصحاب قالوا: «المعاطاة تقيد الاباحة» فالكركى قال:

مرادهم «المعاطاة المقصود بها الملك تقيد الملك المترلزل»، و صاحب الجواهر قال: مرادهم «المعاطاة المراد بها الاباحة تقيد الاباحة».

(و الانصاف ان ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الاباحة بالملك المترلزل بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الاصحاب) اى كيفيتهم لسوق الكلام و القرائن المحفوفة (مثل: الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و الحلبي فى السرائر و ابن زهرة فى الغنية، و الحلبي فى الكافى، و العلامة فى التذكرة و غيرها) من سائر كتبه (بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم

الملك كما ستعرف، الا ان جعل محل النزاع ما اذا قصد الاباحة دون التمليك، ابعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى

ولنتقل أولا- كلمات جماعة من ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل، كما صنعه المحقق الكركى و أبعديّة جعل محل الكلام فى كلمات قدمائنا الاعلام، ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التمليك.

فتقول- وبالله التوفيق-: قال فى الخلاف: «اذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب

---

الملك) بل الاباحة (كما ستعرف، الا ان جعل محل النزاع ما اذا قصد الاباحة دون التمليك) كما صنعه الجواهر (ابعد منه) اى من كلام الكركى (بل لا يكاد يوجد فى كلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى) اى ما اذا قصد المتعاملان الاباحة.

ولنتقل أولا- كلمات جماعة) من الفقهاء (ممن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه) اى من هذا النقل (بعد) بضم الباء مقابل قرب (تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل، كما صنعه المحقق الكركى و أبعديّة جعل محل الكلام فى كلمات قدمائنا الاعلام، ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون) ان يقصدا (التمليك) كما ذكره الجواهر.

(فتقول- وبالله التوفيق-: قال فى الخلاف: اذا دفع) المشتري (قطعة) من النقود (الى البقلى) بائع البقل (او الشارب) بائع الماء، قال ابن مالك:

«و مع فاعل وفعال فعل فى نسب اغنى عن اليا فقبل»



فقال: اعطنى بها بقلأ أو ماء، فاعطاه فانه لا يكون بيعا، و كذلك سائر المحقرات و انما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فى ما أخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه

وفائدة ذلك ان البقلأ اذا اراد ان يسترجع البقلأ او اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك، لان الملك لم يحصل لهما وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة: يكون بيعا صحيحا و ان لم يحصل الايجاب و القبول و قال ذلك فى المحقرات دون غيرها. دليلنا: ان العقد حكم شرعى

---

فالمراد: المنسوب الى الشرب. (فقال: اعطنى بها بقلأ أو ماء، فاعطاه، فانه لا يكون بيعا و كذلك سائر المحقرات) مما ليست بأمر كبير كالدار و البستان و ما اشبه ...

(و انما يكون إباحة له) اى للاخذ (فيتصرف كل منهما فى ما أخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه) اى من دون ان يكون ما اخذه ملكا له.

(وفائدة ذلك) الذى ذكرنا من الاباحة دون الملك (ان البقلأ اذا اراد ان يسترجع البقلأ او اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته، كان لهما ذلك) الاسترجاع (لان الملك لم يحصل لهما) حتى يلتزم كل منهما بما التزم به من النقل و الانتقال (وبه) اى بعدم الملك بل الاباحة (قال الشافعى وقال ابو حنيفة: يكون بيعا صحيحا و ان لم يحصل الايجاب و القبول) اللفظيين، (وقال ذلك) اى كونه بيعا صحيحا (فى المحقرات) كالماء و البقلأ (دون غيرها) كالدار و البستان.

(دليلنا) على ان التعاطى يفيد الاباحة لا الملك (ان العقد حكم شرعى)

و لا دلالة فى الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت.

و اما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى.

و لا يخفى صراحة هذا الكلام فى عدم حصول الملك و فى ان محل الخلاف بينه و بين ابى حنيفة ما لو قصد البيع لا الاباحة المجردة كما يظهر أيضا من بعض كتب الحنفية حيث انه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال: و ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى. و أيضا فتمسكه بان العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيعية

---

فان الشارع يلزم ان يبين ما ذا يفيد اللزوم، و ما هو موضوع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (و لا دلالة فى الشرع على وجوده) اى الموضوع للحكم الشرعى (هنا) فى المعاطاة (فيجب ان لا يثبت) اذ عدم الدليل دليل العدم فى امثال هذه المقامات.

(و اما الاباحة بذلك) اى حصول الاباحة للتصرف بسبب المعاطاة (فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها) اى فى الاباحة و الاجماع حجة (انتهى) كلام الشيخ.

(و لا يخفى صراحة هذا الكلام فى عدم حصول الملك) بالمعاطاة (و فى ان محل الخلاف بينه و بين ابى حنيفة ما لو قصد المتعاملان (البيع لا الاباحة المجردة) فالذى يقول بان كلام الاصحاب «حصول الملك المترلزل» و الذى يقول ان كلامهم فيما «لو قصد الاباحة» خلاف هذا الكلام من الشيخ (كما يظهر أيضا) كون محل الكلام ما لو قصدا الملك- لا الاباحة- (من بعض كتب الحنفية حيث انه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال: و ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى) و معلوم ان المراد بالتعاطى هو المراد بالايجاب و القبول لا الإباحة- (و أيضا فتمسكه) اى الشيخ (بان العقد حكم شرعى يدل) هذا الكلام (على عدم انتفاء قصد البيعية) اى التمليك- لا

و الا لكان الاولى بل المتعين التعليل به اذ مع انتفاع حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسك بتوقيفية الاسباب الشرعية كما لا يخفى.

وقال فى السرائر- بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول و اعتبار تقدم الاول على الثانى- ما لفظه: فاذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب فقال: اعطنى فانه لا يكون بيعا و لا عقدا، لان الايجاب و القبول ما حصلا، و كذلك سائر المحقرات

الاباحة- فيما اذا كان تعاط (و الا) بان كان قصد التمليك مفقودا فى المعاطاة (لكان الاولى بل المتعين التعليل به) اى بعدم قصد التمليك.

الا ترى انك اذا وضعت يدك على متاع لزيد لا بقصد انه يكون ملكا لك يقولون:

ان وضع يدك لا يسبب الملك لانه لم تقصد لا لانه لم يقره الشارع، اذ الكلام فى اقرار الشارع و اقراره يأتى بعد وجود اصل القصد (اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسك) على انتفائه (بتوقيفية الاسباب الشرعية) و انه لا سبب شرعى فى المقام (كما لا يخفى) فان الانتفاء ينسب الى السابق من العلتين فعدم القصد سبب اول و عدم امضاء الشارع سبب ثان فاذا لم يكن السبب الاول لم يكن معنى للتعليل بالسبب الثانى.

(وقال) الحللى (فى السرائر- بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول و اعتبار تقدم الاول على الثانى-) اى يجب ان يكون الايجاب قبل القبول فلا يصح ان يقول المشتري «قبلت» ثم يقول البائع «بعث» (ما لفظه: فاذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب فقال اعطنى فانه لا يكون بيعا) حتى يشملها:

«احل الله البيع» (و لا عقدا) حتى يشملها: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (لان الايجاب و القبول ما حصلا، و كذلك) الحال فى (سائر المحقرات) بل

وسائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان او غير ذلك. و انما يكون إباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه او دخل فى ملكه و لكل منهما ان يرجع فيما بذله، لان الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة، لانه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما، صار الى كل واحد منهما و انما ذلك على جهة الاباحة، انتهى.

فان تعليله عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على انه ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك. مع ان ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا. و لا ينافى ذلك

---

(و سائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان او غير ذلك. و انما يكون) هذا التعاطى (إباحة له) اى لكل واحد من الثمن و المثلن للطرف المقابل (فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه) بسبب التعاطى (او دخل فى ملكه) بعد التعاطى (و لكل منهما ان يرجع فيما بذله لان الملك لم يحصل لهما) حتى يكون كل منهما ملتزما بما فعله من الاخذ و الاعطاء (و ليس ذلك) التعاطى (من العقود الفاسدة، لانه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما) فليس التعاطى عقدا مطلقا- لا صحيحا و لا فاسدا (و انما ذلك) التصرف (على جهة الاباحة انتهى) كلام السرائر.

(فان تعليله) اى السرائر (عدم الملك) لهما (بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على انه ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك) كما قاله صاحب الجواهر- بان كلامهم فيما لو لم يقصد التمليك- (مع ان ذكره) اى هذا الكلام- و هو الايجاب و القبول- (فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا) من انه فيما اذا قصدا الملك (و لا ينافى ذلك) اى كون كلامه فى صورة قصدهما

قوله: وليس هذا من العقود الفاسدة ... الخ كما لا يخفى.

وقال فى الغنية- بعد ذكر الايجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة لها- ما هذا لفظه: و اعتبرنا حصول الايجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الايجاب من البائع، بان يقول:

بعينه بالف، فيقول: بعتك بالف. فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشتري بعد ذلك اشتريت او قبلت حتى ينعقد و احترازا أيضا

---

الملك (قوله: و ليس هذا من العقود الفاسدة ... الخ) وجه توهم المنافاة. انه لو قصد الملك فاللازم ان يكون عقدا فاسدا اذا لم يكن عقدا صحيحا (كما لا يخفى) اذ الامر دائر بين عقد صحيح او عقد فاسد أو الاباحة و السرائر انما نفى ذلك ليثبت الاباحة.

(وقال فى الغنية- بعد ذكر الايجاب و القبول فى عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة لها-) كالاحتراز عن المعاملة التى لا تراضى فيها، او كان احد المعوضين فيها مجهولا (ما هذا لفظه: و اعتبرنا حصول الايجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الايجاب من البائع بان يقول) المشتري (بعينه بالف. فيقول) البائع (بعتك بالف. فانه لا ينعقد بذلك) البيع (بل لا بد ان يقول المشتري بعد ذلك) القول من البائع (اشتريت أو قبلت، حتى ينعقد) البيع (و احترازا أيضا) عطف على

عن القول بانعقاده بالمعاطة نحو: ان يدفع الى البقلى قطعة ويقول: اعطنى بقلا فيعطيه، فان ذلك ليس ببيع وانما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الاجماع المشار إليه. و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحة ما عداه دليل. ولما ذكرنا نهى - صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع المنابذة و الملاسة و عن بيع الحصاة، على التأويل الاخر

---

«تحرزا» (عن القول بانعقاده بالمعاطة نحو: ان يدفع الى البقلى قطعة ويقول: اعطنى بقلا، فيعطيه، فان ذلك) التعاطى (ليس ببيع وانما هو إباحة للتصرف) و (يدل على ما قلناه الاجماع المشار إليه) فى أوّل كلامنا (و أيضا فما اعتبرناه) من الشرائط (مجمع على صحة العقد به و ليس على صحة ما عداه دليل) فالاصل العدم (ولما ذكرنا) من لزوم الايجاب و القبول فى البيع (نهى) النبى (- صلى الله عليه وآله وسلم - عن بيع المنابذة و الملاسة و عن بيع الحصاة).

المنابذة: هى ان ينبذ كل من البائع و المشتري الجنس الى الاخر بدون اختيار الاخر له و معرفة حسنه و عدم حسنه، كأن ينبذ هذا ثوبا الى ذاك و ينبذ ذاك ثوبا آخر الى هذا، و يكون هذا النبذ: ايجاب البيع و قبوله.

و الملاسة: هى ان يكون اللمس ايجابا للبيع كان يلمس زيد ثوب عمر و فيكون ذلك اللمس ايجابا، و بالعكس.

و بيع الحصاة: ان يكون رمى الحصاة الى و المبيع ايجابا.

و فى هذه الثلاثة اقوال آخر اظهرها ما ذكرناه.

(على التأويل الاخر) مقابل التأويل الاول: و هو ان يجرى اللفظ و يكون

و معنى ذلك ان يجعل اللبس بشي ء و النبذ له و القاء الحصاة بيعا موجبا انتهى فان دلالة هذا الكلام على ان المفروض قصد المتعاطيين التمليك من وجوه متعددة، منها: ظهور ادلته الثلاثة في ذلك

اللمس و النبذ و القاء الحصاة موجبا للتعين، كأن يقول: بعتك ثوبا بدينار، ثم يرمى إليه الحصاة ليعين الكلى في الثوب الذي اصابته الحصاة.

و انما قال على التأويل الاخر، اذ في التأويل الاول يكون لفظ الايجاب و القبول في البين بخلاف التأويل الاخر الذي لا لفظ فيه.

و التأويل الاول و إن كان باطلا أيضا لدى «الغنية» الا ان كلامه الآن في العقد الخالي عن اللفظ، و لذا خصص الباطل بالتأويل الآخر.

ثم انه انما سمي تأويلا- لان إرادة المتبايعين للعقد و النقل و الانتقال تؤل و تنتهي الى الايجاب و القبول الصحيح او البيع بالمنازعة و الملامسة و الحصاة، و لا يراد بالتأويل معناه المعروف.

(و) كيف كان ف (معنى ذلك) الذي ذكرناه من اقسام البيع الثلاثة على التأويل الاخر (ان يجعل اللبس بشي ء و النبذ له و القاء الحصاة بيعا موجبا.

انتهى) كلام «الغنية».

(فان دلالة هذا الكلام على ان المفروض) في كلام «الغنية» (قصد المتعاطيين التمليك) لا الاباحة- كما قاله صاحب الجواهر- (من وجوه متعددة منها: ظهور ادلته الثلاثة) اى قوله «فان ذلك ليس ببيع» و قوله «و أيضا فما اعتبرناه مجمع» و قوله «لما ذكرنا» فانها صريحة في ان قصد المتعاطيين التمليك لكن لا يقع التمليك للمحاذير الثلاثة، لا ان المتعاطيين لم يقصدوا التمليك (فى ذلك) الذي ذكرناه من ان يريد من اذا قصد المتعاطيان

و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد.

وقال فى الكافى - بعد ذكر انه يشترط فى صحة البيع امور ثمانية- ما لفظه: واشترط الايجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع- الى ان قال:- فان اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و ان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضى، دون عقد البيع، و يصح معه الرجوع و هو فى الظهور قريب من عبارة «الغنية».

وقال المحقق- رحمه الله- فى الشرائع: و لا يكفى

---

التمليك. (و منها: احترازه) بقيد الايجاب و القبول (عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء) احترازا (بنحو واحد) و من المعلوم ان الاستدعاء انما هو بالنسبة الى التمليك، فالمعاطاة أيضا كذلك.

(وقال فى الكافى - بعد ذكرانه يشترط فى صحة البيع امور ثمانية- ما لفظه: واشترط الايجاب و القبول لخروجه) اى خروج التعامل (من دونهما) اى دون الايجاب و القبول (عن حكم البيع- الى ان قال:- فان اختل شرط من هذه) الشروط الثمانية (لم ينعقد البيع و لم يستحق) كل من المشتري و البائع (التسليم) للثمن او المثل (و ان جاز التصرف) فى كل منهما (مع اخلال بعضها) اى بعض الشروط الثمانية (ل) وجود (التراضى دون) ان يكون هناك (عقد البيع) موجودا (و يصح معه) اى مع التراضى فقط بدون العقد (الرجوع) من، البائع الى سلعته و من المشتري الى ثمنه، لان التراضى ليس عقدا لازم الوفاء به. (و هو فى الظهور) لقصد الكافى ما اذا قصد المتبايعان التمليك- (قريب من عبارة «الغنية»).

(وقال المحقق- رحمه الله- فى الشرائع: و لا يكفى) فى انعقاد المعاملة



التقايض من غير لفظ و ان حصل من الامارات ما دل على إرادة البيع انتهى.

و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاملات لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على انه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

وقال في التذكرة- في حكم الصيغة-: الاشهر عندنا انه لا بد منها فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقيقير مثل اعطنى بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه فيقول له: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه، و به قال الشافعى لاصالة بقاء الملك

---

(التقايض) اى القبض و الاقباض (من غير لفظ و ان حصل من الامارات) و القرائن اللفظية و الحالية (ما دل على إرادة البيع. انتهى) كلام «الشرائع».

(و ذكر كلمة الوصل) اى قوله «و ان حصل» (ليس لتعميم المعاملات لما لم يقصد به البيع) حتى يقال: «فقسم من المعاطاة لا يقصد فيها البيع» (بل للتنبيه على انه لا- عبرة بقصد البيع من الفعل) و التعاطى المجرد عن اللفظ فانه من المعلوم ان «كلمة الوصل» قد تستعمل لتعميم كما لو قال: «اكرم زيدا و ان اهانك» اى سواء اهانك أم لا، و قد تستعمل للتنبيه المجرد.

(وقال فى التذكرة- فى حكم الصيغة-: الاشهر عندنا انه لا بد) فى العقد (منها) اى من صيغة الايجاب و القبول (فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقيقير مثل) ان يقول المشتري: (اعطنى بهذا الدينار ثوبا، فيعطيه ما يرضيه) من الثياب (فيقول له) البائع: (خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه) المشتري بالدينار (و به قال الشافعى).

و انما نقول بعدم كفاية الفعل (لاصالة بقاء الملك) فانا نشك فى انه خرج الثمن و المثلثن عن ملك مالكهما بمجرد التعاطى و التراضى أم لا؟ فالاصل

وقصور الافعال عن الدلالة على المقاصد.

وعن بعض الحنفية وابن شريح فى الجليل.

وقال احمد ينعقد مطلقا. ونحوه قال مالك، فانه قال: ينعقد بما يقصده الناس بيعا. انتهى

ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل مالك موافقا ل احمد فى الانعقاد، من جهة انه قال: ينعقد بما يقصده الناس بيعا.

وقال الشهيد فى قواعده- بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلى مقام

---

بقاء كل ملك على ملك مالكة الاول (و) ل (قصور الافعال عن الدلالة على، المقاصد) لان الفعل ذو وجوه: التمليك والاباحة والاعارة و الوديعة والقرض وغيرها- كما لا يخفى-.

(وعن بعض الحنفية وابن شريح فى الجليل) اى انه لا ينعقد البيع فى الامور العظيمة بمجرد التعاطى، اما الامور الحقيرة فينعقد البيع فيها بالتعاطى

(وقال احمد) ابن حنبل (ينعقد) بالتعاطى (مطلقا) فى الجليل والحقير (و نحوه قال مالك، فانه قال: ينعقد) البيع (بما يقصده الناس بيعا انتهى) كلام العلامة.

(ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه) متعددة (ادونها:

جعل مالك موافقا ل احمد فى الانعقاد، من جهة انه) اى مالك (قال ينعقد بما يقصده الناس بيعا) و من المعلوم ان قصد الناس الملك لا الاباحة- كما قال فى الجواهر-.

(وقال الشهيد فى قواعده- بعد قوله، قد يقوم السبب الفعلى مقام

السبب القولى، وذكر امثلة لذلك ما لفظه:- واما المعاطاة فى المبايعات، فهى تقيد الاباحة لا الملك و ان كان فى الحقيير - عندنا-

و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى هذا كله مع ان الواقع فى ايدى الناس هى المعاطاة بقصد التمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس، مع انهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس ثم انك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد

---

السبب القولى، وذكر امثلة لذلك) كالهبة بالاعطاء القائمة مقام الهبة باللفظ.

و ما اشبه (ما لفظه:- واما المعاطاة فى المبايعات فهى تقيد الاباحة لا الملك و ان كان فى الحقيير - عندنا-) انتهى كلام القواعد.

(و دلالتها) اى هذه العبارة (على قصد المتعاطيين للملك) لا الاباحة (مما لا يخفى) فلا وجه لكلام صاحب الجواهر من ان كلام الفقهاء فى المعاطاة المراد بها الاباحة. (هذا كله مع ان الواقع فى ايدى الناس) فى المعاطاة التى يوقعونها (هى المعاطاة بقصد التمليك) كما لا يخفى لمن راجع المتعارف (و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس) بان يأتوا بهذا الكلام الطويل حول المعاطاة التى يراد بها الاباحة مما لا خارج لها اطلاقا الا فى بعض الاحيان النادرة (مع انهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس) لقرينة امثلتهم و غيرها (ثم انك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك) من المعاطاة (بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد) لانهم صرحوا بافادة المعاطاة

و مع ذلك كله، فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد: انهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل. فقال: المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع وان لم يكن كالعقد فى اللزوم، خلافا لظاهر عبارة المفيد. ولا يقول احد بانها بيع فاسد سوى المصنف فى النهاية، وقد رجع عنه فى كتبه المتأخرة. وقوله تعالى: الا- ان تكون تجارة عن تراض، عام الا- ما أخرجه الدليل. و ما يوجد فى عبارة جمع من متأخرى الاصحاب من انها تقييد الاباحة و تلزم بذهاب احدى العينين يريدون به عدم اللزوم فى أول الامر

الاباحة. (و مع ذلك كله، فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد: انهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل) و ان المعاطاة تقييد ذلك (فقال: المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع وان لم يكن كالعقد فى اللزوم، خلافا لظاهر عبارة المفيد) الذى يقول بانها بيع لازم (و لا يقول أحد بانها بيع فاسد) حتى لا يترتب عليها حتى الاباحة (سوى المصنف) اى العلامة (فى النهاية، وقد رجع عنه) اى عن كونه بيعا فاسدا (فى كتبه المتأخرة) عن النهاية (وقوله تعالى: الا- ان تكون تجارة عن تراض، عام) شامل للمعاطاة وغيرها (الا ما أخرجه الدليل) كبيع الكالى بالكالى و ما اشبهه، مما هو تجارة عن تراض و مع ذلك باطل لوجود دليل خاص على بطلانه، وليس مما أخرجه الدليل للمعاطاة فهى باقية تحت عموم «تجارة عن تراض» (و ما يوجد فى عبارة جمع من متأخرى الاصحاب من انها تقييد الاباحة و تلزم بذهاب احدى العينين) اى تلف الثمن او المثل (يريدون به) اى بالإباحة بتأويلها ب «الكلام» (عدم اللزوم فى أول الامر) حين المعاطاة، لا انهم يريدون الاباحة حقيقة

وبالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة من أصل الملك إذ المقصود للمتعاظين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً ولم يجز التصرف وكافة الأصحاب على خلافه. وأيضاً فإن الإباحة المحضنة لا تقتضى الملك أصلاً ورأساً فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده. وإنما الأفعال،

---

(وبالذهاب) أى فقد إحدى العينين (يتحقق اللزوم)

وإنما أولنا كلامهم «الإباحة» إلى «الملك المترزّل» (لامتناع إرادة) الأصحاب من لفظ «الإباحة» الموجودة فى كلامهم (الإباحة المجردة من أصل الملك) أى إباحة بلا ملك، بل مرادهم إباحة التصرفات مع أنه ملك مترزّل (إذ المقصود للمتعاظين الملك، فإذا لم يحصل) الملك إطلاقاً - لا ملكاً لازماً و لا ملكاً مترزلاً - (كان بيعاً فاسداً ولم يجز التصرف) أصلاً، لا أنه يجوز التصرف لأنه مباح (و كافة الأصحاب على خلافه) أى خلاف البيع الفاسد، فإن أحداً منهم لا يقول بالمعاملة الفاسدة (و أيضاً) يدل على أن مرادهم بالإباحة الملك المترزّل (فإن الإباحة المحضنة لا تقتضى الملك أصلاً) و لو بعد فقد إحدى العينين (ورأساً) أى إطلاقاً (فكيف) يقولون بأنه (يتحقق ملك شخص) كالبائع مثلاً للثمن (بذهاب مال آخر فى يده)، كذهاب الثمن فى يد البائع، أى لا وجه لأن نقول: إن البائع يملك الثمن بذهاب هذا الثمن - الذى هو مال للمشتري فى يد البائع، و يصح أن يقال، فى مقام الاستبعاد: أنه كيف يملك المشتري المثل بذهاب ثمنه فى يد البائع (و) إن قلت: مقتضى ما ذكرتم أن يكون، البيع لازماً، فلما ذا تقولون أنه ملك مترزّل، قلت: (إنما الأفعال) كالمعاطاة

لما لم تكن دلالتها على المراد فى الصراحة كالأقوال لأنها تدل بالقرائن، منعوا لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكنا و مع تلف احدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم و يكفى تلف بعض احدى العينين لامتناع التراد فى الباقي اذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر انتهى.

و نحوه المحكى منه فى تعليقه على الارشاد و زاد فيه: ان مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه

---

- فى المقام- (لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول) الذى دللته بالصراحة (لأنها) اى الافعال (تدل بالقرائن) مثل الاعطاء يدل بالقرينة على انه بيع، و الا- فالاعطاء يمكن ان يكون هبة و غيرها (منعوا من لزوم العقد بها) اى بالافعال (فيجوز) لكل من البائع و المشتري (التراد) فيرد كل جنس صاحبه ليأخذ جنسه (ما دام) التراد (ممكنا و مع تلف احدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم) و يكون الملك المتزلزل ملكا لازما (و يكفى) فى افادة اللزوم (تلف بعض احدى العينين لامتناع التراد فى الباقي) كأن يتلف دينار من الثمن الذى هو مائة دينار- مثلا-، و معنى امتناع التراد انه لا يتمكن البائع- فى المثال- ان يرد عين مائة دينار التى اخذها من المشتري (اذ هو) اى تراد البعض (موجب لتبعض الصفقة و الضرر) يعنى فى بعض الموارد، و الا فليس جميع الموارد كذلك كما لا يخفى (انتهى) كلام الكركى فى جامع المقاصد.

(و نحوه المحكى منه فى تعليقه على الارشاد و زاد فيه: ان مقصود المتعاطيين) من التعامل (إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع) فان المتبايعين يريدان ان يباح لكل منهما التصرف إباحة مترتبة على الملك لا إباحة مترتبة على الهبة أو ما اشبهه (فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه) من ترتب

و الا لوجب ان لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد اذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل. و عليه يتفرع  
النماء و جواز و طى الجارية و من منع فقد اغرب انتهى.

و الآذي يقوى فى النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها و انهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة على فرض قصد  
المتعاطين التملك و ان الاباحة لم يحصل بانثائها

---

الملك المتزلزل على المعاطاة (و الا) يحصل مقصودهما (لوجب ان لا تحصل إباحة بالكلية) اى اطلاقا- خلافا لما نسب الى المشهور  
من انهم يقولون بالإباحة المطلقة- (بل يتعين الحكم بالفساد) للمعاملة و انه لا يترتب عليه إباحة و لا ملك (اذ المقصود) للمتعاطين (غير  
واقع فلو وقع غيره) اى الاباحة المطلقة- لا- المترتبة على الملك- (لوقع بغير قصد) منهما، لانهما لم يقصداه (و هو باطل) اذ الامور  
المتوقفة على القصد لا تكون الا بالقصد، و ان شئت قلت: «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» (و عليه) اى على الملك (يتفرع النماء و  
جواز و طى الجارية) فان قلنا بالملك كان النماء للمشتري و جاز له الوطي، و ان لم نقل بالملك فلا ملك و لا إباحة، فليس له نماء و لا  
يجوز له و طى الجارية (و من منع) مما ذكرناه، بل قال بعدم الملك (فقد أغرب) اى اتى بشي ء غريب (انتهى) كلام الكركى رحمه الله.

(و الآذي يقوى فى النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها) فمرادهم المعاطاة المراد بها الملك- لا الاباحة- كما قال الجواهر (و انهم  
يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة) اى ان المعاطاة تقيّد الاباحة (على فرض قصد المتعاطين التملك) لا ان المعاطاة  
تقيّد الملك المتزلزل- كما قال الكركى- (و ان الاباحة لم تحصل بانثائها) اى إنشاء الاباحة

ابتداء بل انما حصلت- كما اعترف به فى المسالك- من استلزام اعطاء كل منهما سلعته مسلطاً عليها، الاذن فى التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمة.

و حاصله ان المقصود هو الملك، فاذا لم يحصل فلا منشأ لباحة التصرف اذ الاباحة إن كانت من المالك فالمفروض انه لم يصدر منه الا التمليك وإن كانت من الشارع فليس عليها دليل ولم يشعر كلامهم بالاستناد الى نص فى ذلك مع ان الغاء الشارع للاثر المقصود

---

(ابتداء) لانهما لم ينشأ الا الملك (بل انما حصلت) الاباحة (- كما اعترفت به فى المسالك- من استلزام اعطاء كل منهما سلعته) فى حالكون المعطى (مسلطاً) الطرف الاخر (عليها، الاذن فى التصرف فيه) «الاذن» مفعول «استلزم» (بوجوه التصرفات) حتى المتلفة منها (فلا يرد عليهم) اى على المشهور القائلين بهذا القول (عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمة).

(و حاصله) اى حاصل الايراد (ان المقصود) للمتعاطين (هو الملك، فاذا لم يحصل) لعدم وجود الايجاب والقبول (فلا منشأ لباحة التصرف) و انما لا يكون منشأ لباحة (اذ الاباحة إن كانت من المالك) و ان المالك اباح (فالمفروض انه لم يصدر منه) اى من المالك (الا التمليك) لانه قصد الملك (و إن كانت) الاباحة (من الشارع فليس عليها) اى على الاباحة الشرعية (دليل ولم يشعر كلامهم بالاستناد الى نص فى ذلك) بان يدل نص على انه متى ما تعاطيا افاد التعاطى الاباحة الشرعية (مع) ان الاباحة الشرعية يرد عليه (ان الغاء الشارع للاثر المقصود)



و ترتيب غيره بعيد جدا، مع ان التأمل فى كلامهم يعطى إرادة الاباحة المالكية لا الشرعية.

و يؤيد إرادة الملك ان ظاهر اطلاقهم إباحة التصرف، شمولها للتصرفات التى لا تصح الا من المالك كالوطى و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات- كما اذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار او من الواهب الذى يجوز له الرجوع- بعيد.

---

الذى هو الملك (و ترتيب غيره) الذى هو الاباحة (بعيد جدا) فان المعروف من سيرة الشارع انه او كل الامور القصدية- من هذا القبيل- الى اصحاب القصد، لا انه تصرف فيها على خلاف رغبة اصحابه (مع ان التأمل فى كلامهم يعطى) و يفيد (إرادة الاباحة المالكية لا) الاباحة (الشرعية) فالقول بالإباحة الشرعية خلاف ظاهر كلماتهم.

(و يؤيد إرادة) المشهور (الملك) المتزلزل من الاباحة، لا الاباحة الاصطلاحية- و هذا الكلام من تنمة الاشكال من قبل الكركى على من يقول بإرادة الفقهاء الاباحة المصطلحة- (ان ظاهر اطلاقهم) ب (إباحة التصرف، شمولها) اى الاباحة (للتصرفات التى لا تصح الا من المالك كالوطى و العتق و البيع لنفسه) لا- عن المالك، فانه ورد: لا- و طى الا- فى ملك، و لا عتق الا فى ملك، و لا بيع الا فى ملك (و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات- كما اذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار او من الواهب الذى يجوز له الرجوع-) فان الهبة الى ذى الرحم، و الى الزوجة، و مع الشرط، و ما اشبه لا يصح فيها الرجوع (بعيد) خبر قولهم: التزامهم.

وسيجيء ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول مستلزم لتاسيس قواعد جديدة لكن الانصاف ان القول بالتزامهم لهذه الامور اهون من توجيه كلماتهم فان هذه الامور لا استبعاد فى التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية ولم يساعد عليها

و الحاصل من هذا الاشكال: انكم اما تقولون بانه لا يجوز ان يتصرف المتعاطيان مثل هذه التصرفات فى السلعة، او تقولون بصحة هذه التصرفات. و الاول خلاف اطلاق الفقهاء انه يجوز كل تصرف فى السلعة، و الثانى لا يخلو: اما ان تقولون بسبق الملك عليها- و هذا هو المطلوب- و اما ان تقولون بتقارنها مع الملك- كتصرف ذى الخيار- حيث ان البائع للامة بخيار له اذ وطأها كان الوطي تصرفا و اخذا بالخيار حيث انها بمجرد الوطي تكون ملكا له، اى ترجع الى ملكه، و هذا بعيد جدا، يحتاج الى دليل قوى و حيث وجد الدليل فى باب الهبة و الخيار نقول بذلك و لكن لا دليل هنا على ان التصرف مملك و لذا لا نقول به (وسيجيء ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول) اى الاباحة المجردة عن الملك (مستلزم لتاسيس قواعد جديدة) فى الفقه. و الحاصل ان اللازم ان نقول بافادة المعاطاة الملك لا الاباحة، هذا حاصل الاشكال الذى يوجه الى كلام الشيخ الذى يقول بان مراد الفقهاء الاباحة، لا الملك المتزلزل (لكن الانصاف ان القول بالتزامهم) اى الفقهاء (لهذه الامور) و الاشكالات التى ترد على القول بالاباحة (اهون من توجيه كلماتهم) بصرفها عن ظاهرها الى الملك المتزلزل (فان هذه الامور) و الاشكالات، الواردة على القول بالاباحة (لا استبعاد فى التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية) فى المعاطاة (و لم يساعد عليها) اى على

دليل معتبر واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع ان المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد، المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فى خمس او زكاة، و كوطى الجارية و صرح الشيخ فى المبسوط بان الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الايجاب و القبول، و لا يحل وطئها.

و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك انه قد صرح الشيخ فى المبسوط، و الحلّى فى السرائر، كظاهر العلامة فى

---

الملكية (دليل معتبر) من ناحية (و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة) اى المالكية من ناحية اخرى - هذا أولا- (مع ان المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد، المنع عما) اى عن التصرف الذى (يتوقف على الملك كإخراجه) اى اخراج ما اخذه بالمعاطاة (فى خمس او زكاة، و كوطى الجارية) ثانيا. و الحاصل انا نقول بالإباحة، و نرد اشكال: انه كيف يمكن التصرف المالكى فى السلعة؟ بانه لا مانع منه اذ دل الدليل، أولا، و بانه لا نسلم بجواز مثل هذا التصرف، كما قاله الشهيد، ثانيا.

(و) يؤيد عدم جواز التصرف المالكى فى السلعة التى اخذت بالمعاطاة انه (صرح الشيخ فى المبسوط بان الجارية لا تملك بالهدية العارية) اى الفاقدة (عن الايجاب و القبول، و لا يحل وطئها) لانها لم تدخل فى ملك الموهوب له.

(و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك) فى المعاملة المعاطاتية (انه قد صرح الشيخ فى المبسوط، و الحلّى فى السرائر، كظاهر العلامة فى

القواعد: بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنى وطى الجارية.

ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالإباحة المجردة فى المعاطاة قال بانها ليست بيعا حقيقية كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد اجماع الغنية

---

القواعد: بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول) الواسطة فى ايصال الهدية، و انما يكون هذا الكلام منهم مؤيدا، لا-دليل لان كلامهم فى الهدية، لا فى البيع، نعم هو مؤيد لان البابين من واد واحد، من هذا الحيث (نعم يفيد ذلك) الاهداء الخالى عن الايجاب و القبول (إباحة التصرف) من الموهوب له فى الموهوب (لكن الشيخ استثنى وطى الجارية) فلا يجوز هذا التصرف

(ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالإباحة المجردة فى المعاطاة قال بانها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة) كعبارة التذكرة وغيرها (و معقد اجماع الغنية) اى اللفظ الذى ادعى عليه الاجماع، فان الاجماع قد يكون منصبا على جملة خاصة فتسمى تلك الجملة معقدا، وقد يكون الاجماع فى قول آخر فلا يكون له معقد، مثلا قد يقول الفقيه: «تلزم الصيغة فى البيع اجماعا» فان «لزوم الصيغة» معقد الاجماع، وقد يقول: «لم يشترط فلان الصيغة فى البيع، و الذى يظهر لى اشتراطها دليلنا على ذلك الاجماع» فان الاجماع فى المثال لا معقد له، اى ليس هناك لفظ خاص حتى يرجع فى

و ما ابعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانى من إرادة نفى اللزوم، و كلاهما خلاف الظاهر.

و يدفع الثانى تصريح بعضهم بان شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار، فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد بان الايجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة.

---

مورد الشك إليه (و ما ابعد ما بينه) اى بين كون المعاطاة ليست مفيدة للملك و انها ليست بيعا حقيقة (و بين توجيه المحقق الثانى من إرادة الاصحاب (نفى اللزوم) و انها بيع حقيقة و تقييد الملك المترزل (و كلاهما خلاف الظاهر) من الاصحاب.

(و يدفع الثانى) اى كلام المحقق (تصريح بعضهم بانه شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار، فكل بيع عنده) اى عند هذا القائل (لازم من غير جهة الخيارات) فكيف يقول المحقق: ان المعاطاة بيع غير لازم و يلزم من غير جهة مسقطات الخيار، اذ لزوم المعاطاة عنده بالتصرف المتلف فى احد العوضين (و تصريح غير واحد بان الايجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة) فلا ينعقد البيع بدون الايجاب و القبول، فكيف ينسب المحقق إليهم انهم يقولون بان انعقاد البيع و لكنه مترزل؟

و الظاهر ان قوله «بالصيغة» متعلق بقوله «الايجاب و القبول» و الا لم يكن هذا الكلام ردا على من يقول بالانعقاد بالمعاطاة، اذ لو قلنا «ان الانعقاد بالصيغة مشروط بالايجاب و القبول» كان لازمه ان الانعقاد يمكن بغير الايجاب و القبول، فتأمل.

و اما الاول فان قلنا بان البيع عند المتشعبة حقيقة في الصحيح و لو بناء على ما قدمناه في آخر تعريف البيع من ان البيع في العرف: اسم للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع او المتشعبة من حيث انهم متشعبة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا في الانتقال كان بيعا حقيقيا، و الا- كان بيعا صوريا نظير بيع الهازل في نظر العرف فيصح على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة او فسر به بالعقد، لانهم في

(و اما الاول) اي انها ليست بيعا و لا مفيدة للملك (فان قلنا بان البيع عند المتشعبة حقيقة في الصحيح) المفيد للاثر (و لو بناء على ما قدمناه في آخر تعريف البيع) قبل بحث المعاطاة في بيان كلام الشهيد (من ان البيع في العرف: اسم للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع او المتشعبة من حيث انهم متشعبة و متدينون بالشرع) حيث يصح الانتساب الى الشرع (صحيحا مؤثرا في الانتقال كان بيعا حقيقيا، و الا) يكن مؤثرا (كان بيعا صوريا نظير بيع الهازل في نظر العرف) و انه بيع صوري و ليس بيعا حقيقيا (فيصح على ذلك) التقدير، و هذا جواب الشرط الذي هو قوله «فان قلنا» (نفي البيعية على وجه الحقيقة) اي المعاطات ليست بيعا حقيقيا (في كلام كل من اعتبر في صحته) اي صحة البيع (الصيغة) اذ لا صيغة في المعاطاة فلا بيع حقيقة (او فسر به بالعقد) اي فسر البيع بالعقد، اذ لا عقد في المعاطات، فلا بيع حقيقة، و «او» عطف على «من اعتبر». و انما قلنا انه بناء على كون البيع حقيقة في الصحيح يصح نفي البيعية عن المعاطاة (لانهم في

مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع.

اذا عرفت ما ذكرنا

## فالأقوال فى المعاطاة - على ما يساعد، ظواهر كلماتهم - ستة:

### اللزوم مطلقا

كما هو ظاهر المفيد و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله- فى التذكرة: الأشهر عندنا انه لا بدّ من الصيغة

---

مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع) و من المعلوم ان المؤثر فى النقل ليس الا بيعا صحيحا. ثم ان قوله:

«فان قلنا بان البيع» له عدل مطوى فى الكلام لم يذكره لوضوحه، و هو هكذا: و ان قلنا بان البيع حقيقة فى الاعم فلا يصح نفى البيعة.

و الحاصل من قوله: «ثم ان المعروف» .. الى هنا، ان فى المعاطاة قولين: افراطى و تفریطى، الاول: انها ليست بيعا، و الثانى انها بيع يفيد الملك المترلز، و كلاهما غير تام، اما الثانى: فلان المشهور يقولون بان المعاطاة تقيّد الاباحة لا الملك، و اما الاول فان قلنا بان البيع حقيقة فى الصحيح، و قلنا: بان البيع يحتاج الى الصيغة يصح قوله بانها ليست بيعا و ان قلنا بان البيع حقيقة فى الاعم، لا يصح قوله

(اذا عرفت ما ذكرنا) من توجيه كل من المحقق و الجواهر لكلام المشهور، و مما ذكرناه فى بيان كلام المشهور (ف) اعلم ان (الأقوال فى المعاطاة- على ما يساعده ظواهر كلماتهم- ستة):

الاول (اللزوم مطلقا) كسائر انواع البيع (كما هو ظاهر المفيد، و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة- رحمه الله- فى التذكرة:

الأشهر عندنا انه لا بدّ من الصيغة) مما يدل على ان غير الأشهر عدم الاحتياج الى الصيغة

## و اللزوم بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة لفظا

حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى بعض متأخري المحدثين لكن فى عدّ هذا من الاقوال فى المعاطاة تاملا.

### و الملك غير اللازم،

ذهب إليه المحقق الثانى ونسبه الى كل من قال بالإباحة وفى النسبة ما عرفت.

### و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك،

كما هو ظاهر عبائر كثير بل

---

(و) الثانى (اللزوم بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة لفظا) كما يقول: نرضى بهذا التبادل، او نعامل هذه المعاملة- بدون الايجاب و القبول- فى قبال ان لا يقولا لفظا اصلا كما لو وضع النقد و اخذ الجنس فى حضور صاحب الجنس (حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى بعض متأخري المحدثين لكن) لا يخفى ان (فى عدّ هذا من الاقوال فى المعاطاة تاملا) اذ جماعة اعتبروا فى المعاطاة خلوها من اللفظ اطلاقا، و عليه فليس هذا من الاقوال فى المعاطاة لخروجه موضوعا عنها.

(و) الثالث (الملك غير اللازم، ذهب إليه المحقق الثانى ونسبه الى كل من قال بالإباحة) الذين هم المشهور، مدعى ان مرادهم بالإباحة الملك المتزلزل (و فى النسبة ما عرفت) من انها خلاف ظواهر كلماتهم بل صريح بعضهم ينفىها.

(و) الرابع (عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك) كالوطى و العتق و البيع و ما اشبه (كما هو ظاهر عبائر كثير بل



ذكر فى المسالك ان كل من قال بالإباحة يسوّغ جميع التصرفات.

### و إباحة ما لا يتوقف على الملك

و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى اهداء الجارية من دون ايجاب و قبول

### و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا

نسب الى ظاهر النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها.

### و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة

و ان قصد

---

ذكر فى المسالك ان كل من قال بالإباحة يسوّغ (جميع التصرفات) حتى المتوقفة على الملك.

(و) الخامس (إباحة ما لا يتوقف على الملك) من التصرفات كالأستعمال و نحوه .. لا الوطي و العتق و نحوهما .. (و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد) الاول (على القواعد و) هذا القول (هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى اهداء الجارية من دون ايجاب و قبول) حيث اباح كل تصرف باستثناء وطي الجارية، اذ لو جاز كل تصرف كالقول الرابع - لجاز وطيها أيضا.

(و) السادس (القول بعدم إباحة التصرف مطلقا) حتى غير التصرفات المستلزمة للملك فلا يجوز استخدام الجارية - مثلا - فضلا عن وطيها (نسب) هذا القول (الى ظاهر النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها) اى غير النهاية من سائر كتبه.

(و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة و ان قصد

ص: 64

المتعاطيان بها التملك، بل لم نجد قائلًا به الى زمان المحقق الثاني الذي قال به ولم يقتصر على ذلك حتى نسبه الى الاصحاب.

نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه: الاقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزم انتهي ولذا نسب ذلك إليه في المسالك لكن قوله بعد ذلك ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد ظاهر في ان مراده مجرد الانتفاع اذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

## [الأقوى حصول الملك]

### إشارة

و اما قوله و الاقوى ... الخ، فهو إشارة الى خلاف

---

المتعاطيان بها) اي بالمعاطاة (التمليك، بل لم نجد قائلًا به) اي بالملك (الى زمان المحقق الثاني) الكركي (الذي قال به ولم يقتصر على ذلك) القول لنفسه (حتى نسبه الى الاصحاب).

(نعم ربما يوهمه) اي الملك (ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه:

الاقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما) البائع و المشتري (فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزم) و ظاهر قوله «غير لازمة» الملك غير اللازم، لا الاباحة (ولذا نسب ذلك) القول بالملك (إليه) اي الى السرائر (في المسالك، لكن قوله) اي السرائر (بعد ذلك) الكلام المتقدم (ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد) الذي لا يجوز لكل منهما التصرف فيما قبضه (ظاهر في ان مراده) اي السرائر - من كلامه المتقدم - (مجرد الانتفاع) لا الملك (اذ لا معنى لهذه العبارة): و لا يحرم .. الخ (بعد الحكم بالملك) الظاهر من عبارته السابقة.

(و اما قوله) اي السرائر (و الاقوى ... الخ، فهو إشارة الى خلاف

المفيد و العامة القائلين باللزوم و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و اطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا، و كذا اللزوم و يؤيد ما ذكرنا، بل يدل عليه: ان الظاهر من عبارة السرائر فى الهبة توقفها على الايجاب و القبول ثم قال و هل يستغنى عن الايجاب و القبول فى هدية الاطعمة؟ الاقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى.

---

المفيد و العامة القائلين باللزوم) فى المعاظة، فكلامه ردّ لمن قال باللزوم، و لمن قال بالمعاوضة الفاسدة، و الوسط بينهما الاباحة فقط (و) اما ما نجده فى عبارة السرائر من (اطلاق المعاوضة عليها) اى على المعاظة، الظاهر فى الملك، اذ لا معاوضة فى الاباحة، فانما هو (باعتبار ما قصده المتعاطيان) من المعاوضة (و اطلاق الفسخ على الردّ) فى كلام السرائر- مع ان ظاهر الفسخ الملك- (بهذا الاعتبار) اى باعتبار ما قصده المتعاطيان (أيضا و كذا اللزوم) فى قوله «لزم» الظاهر فى انها معاوضة فان لفظ اللزوم باعتبار قصد المتعاطيين.

(و يؤيد ما ذكرنا) من ان السرائر لا يقول بالملك فى المعاظة (بل يدل عليه: ان الظاهر من عبارة السرائر فى الهبة توقفها على الايجاب و القبول) و من المعلوم ان الهبة لو كانت متوقفة عليهما كان توقف البيع بطريق اولى- و لذا اضرب المصنف بقوله: بل يدل عليه- (ثم قال) السرائر فى الهبة: (و هل يستغنى عن الايجاب و القبول فى هدية الاطعمة؟) كناء حلواء و ما اشبه من المحقرات، المتعارف اهداؤها بدون ايجاب و قبول (الاقرب عدمه، نعم يباح التصرف) فيها (بشاهد الحال) فان حال الاهداء شاهد بان المالك اباح التصرف (انتهى)

و صرح بذلك أيضا في الهدية فاذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع.

### [الاستدلال بالسيرة]

و ذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني الى حصول الملك و لا يخلو من قوة للسيرة المستمرة على معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطي و الايضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك

### [الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و يدل عليه عموم قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ.

كلام السرائر. (و صرح بذلك) التوقف على الايجاب و القبول (أيضا في الهدية) و الهبة اعم من الهدية، و لذا يقال: وهبت حقك، و لا يقال: اهديت حقك (فاذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاة) التي هي ادون من البيع (فكيف يقول بها) اي بصحة المعاطات (في البيع) الذي مبناه على الدقة شرعا و عرفا.

(و ذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني الى حصول الملك) بالمعاطاة (و لا يخلو) هذا القول (من قوة للسيرة المستمرة) من المتشريعة على المعاطاة و ترتيب اثر الملك عليها، فان بناء المتشريعة (على معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطي و الايضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك) كالهبة و الهدية و التخميس و التزكية و الحجج الحاصل بالاستطاعة به و التمهير، و من المعلوم ان هذه السيرة متصلة بزمان المعصوم و لم يرد عنه عليه السلام، فهي حجة.

(و يدل عليه) اي على الملك أيضا (عموم قوله تعالى: احل الله البيع) و المراد بالعموم الاطلاق- فان احدهما يطلق على الاخر

حيث انه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع بل قد يقال بان الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي لكنه، محل تامل.

و اما منع صدق البيع عليه فمكابرة

---

بمعناها اللغوي- (حيث انه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع) فيما يسمى في العرف ببيع، و من المعلوم ان حلية جميع التصرفات حتى التي تتوقف على الملك تلازم الملك، و ان شئت قلت: ان المعاطاة بيع عرفا فيشملها قوله تعالى: احل الله البيع، و انما قال المصنف «حيث انه .. الخ» لبيان ان الآية انما تدل على الملك على الحكم التكليفي المستلزم للحكم الوضعي اى الملك، فدلالة الآية على الملك بالالتزام (بل قد يقال بان الآية دالة عرفا بالمطابقة) فالدلالة المطابقة- عرفا- لا لغة، اذ الدلالة المطابقة اللغوية ان يقال:

«البيع يوجب الملك» (على صحة البيع) فان معنى «الحلية» عرفا «الصحة» (لا مجرد الحكم التكليفي) اى الحلية المستلزمة للصحة حتى تكون الدلالة التزامية (لكنه محل تامل) بسبب قوله سبحانه «و حرم الربا» فالحرمة فى الربا تكليفية و الحلية فى البيع أيضا تكليفية لكن قد يقال: ان الحرمة فى الربا أيضا وضعية لان المعاملة الربوية فاسدة، و فيه ان الظاهر من الحرمة و الحلية التكليف لا الوضع، و فى الربا أيضا نقول بالفساد لدليل خارج.

(و اما منع صدق البيع عليه) اى على التعاطى بدون الصيغة (فمكابرة) و تشكيل القياس هكذا: «المعاطاة بيع، و كل بيع حلال.

و اما دعوى الاجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا، كابن زهرة فى الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التى هى احدى العقود و لذا صرح فى الغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع.

و دعوى- ان البيع الفاسد عندهم ليس بيعا-

---

ثم: الحلية مستلزمة للملك، فكلما يستلزم الحلية يستلزم الملك»، فقول المصنف أو لا «حيث انه ..» بيان للقياس الثانى و «قوله: و اما منع» بيان للقياس الاول.

(و اما دعوى الاجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا، كابن زهرة فى الغنية ف) ليس منافيا لما ذكرناه اذ (مرادهم بالبيع) المنفى عن المعاطاة (المعاملة اللازمة التى هى احدى العقود) لا انها ليست بيعا اطلاقا (و لذا صرح فى الغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع) فيدل هذا الكلام ان البيع عبارة عن المعاملة اللازمة حتى جعل الايجاب و القبول شرطا له، و الا فلو كانت المعاملة التى فيها الايجاب و القبول بيعا، لم يعقل ان يكون الايجاب و القبول شرطا، فان الشىء لا يكون شرطا لنفسه و الحاصل ان جعل اللفظ من شرائط صحة البيع لا من مقومات حقيقته- فى كلام السيد- يشهد على ان مراده بالبيع المعاملة لا مطلق البيع، فلا يكون كلامه دالا على عدم صدق البيع على المعاطاة فالمراد بالبيع المنفى لا حقيقة البيع الصحيح لا حقيقة البيع.

(و) ان قلت: على هذا يلزم ان يكون البيع الفاسد بيعا، مع انه ليس يبيع- عندهم- قلت: (دعوى- ان البيع الفاسد عندهم ليس بيعا-

قد عرفت الحال فيها.

## [الاستدلال بآية التجارة]

و مما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**.

## [الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشة فيه]

و اما قوله عليه السلام: **الناس مسلطون على اموالهم**

قد عرفت الحال فيها) قبيل الكلام فى المعاطاة، فى شرح كلام الشهيد رحمه الله، وقوله «عندهم» متعلق ب «ليس بيعا».

(و مما ذكر) فى وجه التمسك لصحة المعاطاة و ايجابها الملك، بآية: **احلّ الله البيع** (يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً** عن تراض) فان المعاطاة تجارة عرفا، و التجارة حيث استشت عن **«لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»** جائزة الاكل، و الاكل عبارة عن كل تصرف يسمى فى العرف اكلا، كعتق العبد و وطى الجارية و الهدية و الهبة، فمعنى الآية: لا تصرفوا التصرفات المالكية فى الاموال الا اذا انتقلت إليكم تلك الاموال بالتجارة فيجوز تلك التصرفات. و هذا الجواز يلزم الملك فاذا ضمنا ذلك الى ما هو معلوم لدى العرف من ان «المعاطاة تجارة» ثبت المطلوب.

(و اما قوله عليه السلام: **الناس مسلطون على اموالهم**) لا يخفى ان المشهور على الالسنة «الناس مسلطون على انفسهم و اموالهم» و هذا ليس بحديث و انما استفيد تسلط الناس على انفسهم من قوله تعالى:

**«النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم»** و من قوله صلى الله عليه و آله:

**«الست اولى بكم من انفسكم»** مما يدل على انه للانسان ولاية على نفسه لكن النبي اولى، فاذا تعارض امر النبي و إرادة الشخص قدم امر النبي لكونه اولى،

وهذا يدل على ان للانسان الاختيار التام و الحرية الكاملة فى التصرفات فى نفسه الا اذا كان ذلك التصرف محرما شرعا، بدليل، كأن يقتل الانسان نفسه او يقطع عضوا من اعضائه او يذهب قوة من قواه كأن يعمى نفسه او يعمل عملا موجبا للذلة، و يدل على الاول قوله تعالى: و لا تقتلوا انفسكم. و على الثانى انه مثله و يشملها قوله صلى الله عليه و آله: اياكم و المثلة. و على الثالث قوله صلى الله عليه و آله: لا ضرر و لا ضرار، اما الاضرار القليل كالفصد و الحجامة و اللطم و التطبير و ما اشبه فهى جائزة اما نصا و اما لانه لا دليل على كلية حرمة الاضرار بالنفس بدليل تعبد النبي و الائمة الطاهرين- صلوات الله عليهم- حتى كانت تتورم أقدامهم، و حتى كان الامام كالثن البالى، و حتى ابيض عين يعقوب من الحزن، و من المعلوم ان مثل هذه الاضرار لو كانت محرمة لم تسقط الحرمة بالتعارض مع الاستحباب، بل بدون الاستحباب كقصة يعقوب و يوسف- عليهما السلام- و من المعلوم ان النبي لا يتغلب عاطفته لفراق ولده حتى يأتى بالمعصية! و كون البكاء كان غير مقدور له يبطله عتاب الله اياه- كما ورد فى الاحاديث و الكلام طويل ليس هنا محله. و على الرابع قوله صلى الله عليه و آله: ليس للمؤمن ان يذل نفسه (فلا- دلالة فيه على المدعى) اى كون المعاطاة، موجبة للملك، وجه توهم الدلالة: ان الانسان اذا كان مسلطا على ماله، جاز له ان يعطيه معاطاة فى قبال ثمن يأخذه معاطاة، و انما قلنا لا يدل: لانه دال على ان الانسان مسلط على ماله لا انه مسلط على حكمه فليس للانسان ان يشرع تشريعا جديدا فى ماله، مثلا



لان عمومه باعتبار انواع السلطنة فهو انما يجدى فيما اذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا فى حقه أم لا؟ اما اذا قطعنا بان سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه ماضية شرعا، لكن شك فى ان هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه؟ فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة فى الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على اموالهم.

---

ليس له ان يقول: كلما عطست صار مالى وقفا، او كلما حركت يدي صار مالى منذورا للامام، فكذلك ليس له ان يقول: كلما اعطيت مالى مقابل شيء آخذه كان مالى لمن اخذه معاطاة (لان عمومه) اى عموم الناس مسلطون (باعتبار انواع السلطنة) كسلطنة الانسان على اعطاء ماله تمليكا و عارية و اجارة و رهنا و هبة ... و ما اشبهه (فهو انما يجدى فيما اذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا فى حقه أم لا-؟) و الحاصل انه عام بالنسبة الى كل نوع نوع كما لو فرضنا الشك فى انه هل له ان يعطى ماله فى مقابل تأمين حياته- كما هو المعتاد الآن- أم لا؟ (اما اذا، قطعنا بان سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه ماضية شرعا، لكن شك فى ان هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه؟) بان الشك فى سببية السبب لا فى اصل المسبب (فلا يجوز) اى لا- يصح (الاستدلال على سببية المعاطاة فى الشريعة للتمليك) متعلق ب «سببية» (بعموم تسلط الناس على اموالهم) اذ ليس فى «الناس» عمومان بل عموم واحد، و لا يخفى ان هذا الكلام لو ارجع الى ما تقدم من «ان الناس مسلطون على اموالهم

و منه يظهر أيضا عدم جواز التمسك به لما سيجي ء من شروط الصيغة

### [المناقشة في دلالة الآيتين]

و كيف كان ففى الآيتين مع السيرة كفاية

اللهم الا ان يقال: انهما لا تدلان على الملك و انما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطي و العتق و الايضاء

---

لا على احكامهم» كان له وجه، و الا فلا وجه لان نقول بان له عموما، من جهة لا من جهة اخرى.

(و منه) اى من عدم صحة التمسك لكون المعاطاة موجبة للملك، بالناس مسلطون (يظهر أيضا عدم جواز التمسك به) اى بالناس مسلطون (لما سيجي ء من شروط الصيغة) فلو شك فى انه هل تشترط العربية فى الصيغة أم لا- مثلا-؟ لا يصح التمسك بالناس مسلطون، لعدم الاشتراط، لما عرفت من ان هذه القاعدة انما تقيد العموم بالنسبة الى انواع السلطة لا بالنسبة الى سببية بعض الاسباب المشكوك فيها (و كيف كان) سواء صحت هذه القاعدة دليلا على التمليك أم لا (ففى الآيتين مع السيرة كفاية) بل كل واحد من الآيتين، بل حتى السيرة وحدها، كاف فى الافادة.

(اللهم الا ان يقال: انهما لا تدلان على الملك و انما تدلان حتى إباحة جميع التصرفات حتى) (المتوقفة على الملك كالبيع و الوطي و العتق و الايضاء) لان آية «احل الله البيع» دلت على الحلية، لا الملك، و آية «الا ان تكون تجارة» دلت على جواز الاكل، و جواز الاكل غير الملك (و) ان قلت: حلية هذه التصرفات المستفادة من

وإباحة هذه التصرفات انما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة فى سائر المقامات من الاجماع وعدم القول بالانفكاك دون المقام الآذني لا يعلم ذلك منهم حيث قد اطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات وصرح فى المسالك بان من اجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرفات غاية الامر انه لا بد من التزامهم بان التصرف المتوقع على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فان الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقعها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار

الآيتين تلازم الملك كما سبق تقريره، قلت: (إباحة هذه التصرفات انما يستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة) تلك الملازمة (فى سائر المقامات) التى دل الدليل فيها على صحة هذه التصرفات (من الاجماع) بيان «الحاصلة» (وعدم القول بالانفكاك) بين الملك و بين جواز هذه التصرفات (دون المقام) اى المعاطاة (الآذني لا يعلم ذلك) التلازم بين جواز التصرفات و بين الملك (منهم حيث) نراهم (قد اطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات) «إباحة» مفعول «اطلق» (وصرح فى المسالك بان من اجاز المعاطاة سوّغ) و جوّز (جميع التصرفات) حتى المتوقفة على الملك، ان قلت: فكيف يمكن ان يقال بان التصرف متوقف على الملك، و يقال بان هذه التصرفات جائزة، فيما ليس بملك قلت: (غاية الامر انه لا بد من التزامهم بان التصرف المتوقع على الملك) كالوطى و العتق (يكشف عن سبق الملك عليه) اى على ذلك، التصرف (آنا ما) جمعا بين الدليلين: دليل انه ليس بملك و دليل لا و طى الا فى ملك - مثلا- (فان الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقعها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار) الآنامائى

من الملك و لا يتوقف على الالتزام بالملك من اول الامر فيقال ان مرجع هذه الاباحة أيضا الى التمليك.

### [المناقشة في دلالة السيرة]

اما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

(من الملك و لا يتوقف) الجمع (على الالتزام بالملك من اول الامر) حين المعاطاة (فيقال) نتيجة لهذا الجمع (ان مرجع هذه الاباحة) المعاطاتية (أيضا الى التمليك) لان الاباحة منتهية الى الملك السابق على الوطي مثلا.

(و) ان قلت: فما ذا تقولون في الارث، و هل تلتزمون بان ملك المبيح يدخل بموت المباح له في ملك وراثه، او تقولون انه قبل موت المباح له آنا ما يدخل المال في ملك المباح له ثم ينتقل منه الى وراثه و من المعلوم ان كليهما خلاف القواعد و لا دليل عليه.

قلت: (اما ثبوت السيرة و استمرارها) قديما و حديثا (على التوريث فهي كسائر سيراتهم) اي بعض المتشعبة (الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم) كعدم اعتنائهم بمسائل الصلاة خصوصا الشك و السهو، و عدم تفقهم في مسائل المعاملة و دخولهم في وظائف الظلمة بلا ضرورة و لا اجبار (كما لا يخفى) و عليه فمقتضى القاعدة- عند من لا يرى المعاطاة مملكا ان يقول بان المال يرجع الى المالك و الثمن الى المشتري فيما اذا مات المشتري قبل التصرف، ثم انك قد عرفت انا جمعنا بين عدم كون المعاطاة

ودعوى: انه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها و قد صرح الشيخ- رحمه الله- بالآخر فى معاطة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك

---

مملكة و بين جواز هذه التصرفات كالوطى بالملك آنا مآ، و هناك احتمال انه ليس يجوز التصرفات المالكية اصلا.

(و) لكن هذا الاحتمال ليس فى محله اذ (دعوى: انه لم يعلم من القائل بالإباحة) فى المعاطة (جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر) عدم الجواز (من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى) لان هذه الامور يجب ان تكون من مال الانسان، و الحال ان المأخوذ بالمعاطة ليس مالا للآخذ (و عدم جواز وطى الجارية الماخوذة بها) اى المعاطة لانه لا وطى الا فى ملك (وقد صرح الشيخ- رحمه الله- بالآخر) اى بعدم جواز وطى الجارية الماخوذة بالمعاطة (فى معاطة الهدايا) و حيث لا يجوز هذه الامور (فيتوجه التمسك حينئذ) اى حين لم يجز هذه الامور- بمقتضى القاعدة الاولى- (بعموم الآية) اى آية: احل الله البيع (على جوازها) اى جواز هذه الامور (فيثبت الملك) لتتلازم بين جواز هذه الامور و بين الملك.

و الحاصل انه تلازم بين الجواز و الملك و بين عدم الملك و عدم الجواز و لذا لما لم يقل الشيخ و الشهيد بالملك لم يقولا بالجواز، و عليه فمن

- مدفوعة بانه و ان لم يثبت ذلك الا انه لم يثبت ان كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أوّل الامر فيجوز للفقهاء حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أوّل الامر.

## [الأولى في الاستدلال على المختار]

### إشارة

فالأولى حينئذ التمسك في المطلب.

اجاز هذه الامور قال بالملك (- مدفوعة بانه و ان لم يثبت ذلك) اى لم يثبت ان من يقول بالإباحة يقول بجواز هذه التصرفات (الا انه لم يثبت ان كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أوّل الامر)، عند المعاطاة، مقابل الملك أنا ما قبل التصرفات المالكية كالتعق - مثلا- (فيجوز للفقهاء حينئذ) اى حين لم يكن تلازم بين الملك من الاول و بين، إباحة جميع التصرفات (التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أوّل الامر) و هو الملك أنا ما.

و حيث تقدم أولا ان الآية لا تدل على الملك بالمطابقة، لان حل التصرف ليس عبارة عن الملك، و لا تدل على الملك بالالتزام لان حل التصرف ليس يلازم الملك من أوّل الامر لا مكان القول بالملك أنا ما، فلا دلالة فى الآية على الملك، و كذلك لا حجية للسيرة، كما عرفت من عدم معلومية كونها سيرة صحيحة فيبقى كلام المصنف القائل بان المعاطاة تفيد الملك- تبعا للمحقق الثانى - خاليا عن الدليل، و لذا رجع عن كلامه الاول و قال بدلالة الآية على الملك بالمطابقة بقوله:

(فالأولى حينئذ التمسك في المطلب) اى اثبات افادة المعاطاة

بان المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا هذا مع امكان اثبات صحة المعاطاة فى الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها و تميمه فى البيع بالاجماع المركب.

هذا مع ان ما ذكر من ان للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقع عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه

### [دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة]

#### اشارة

ولذا

الملك (بان المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا) و انه يوجب الملك، (و هذا) وجه لاثبات افادة المعاطاة الملك، و هناك وجه آخر اشار إليه بقوله: (مع امكان اثبات صحة المعاطاة فى الهبة و الاجارة ببعض اطلاقاتها) الشاملة لما اذا كانت هناك صيغة أم لم تكن صيغة (و تميمه) اى كون المعاطاة مفيدا للملك (فى البيع بالاجماع المركب) فان كل من قال بافادة المعاطاة لما يفيد اللفظ قال بذلك فى الهبة و البيع و من لم يقل به لم يقل به فى الهبة و البيع، لكن ثبت فى الهبة بالدليل فيثبت فى الجميع أيضا.

(هذا مع) ان القول بعدم افادة المعاطاة الملك و الالتجاء الى الملك آنا ما غير تام ف (ان ما ذكر من ان للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقع عليه) كالتق و الوطي و ما اشبه (لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه) اذ يكون الملك حينئذ بلا سبب و لا دليل اما عدم الدليل فواضح و اما عدم السبب فإن كان السبب التعاطى فاللازم ان يكون الملك حال التعاطى و إن كان السبب التصرف فالمفروض ان الملك قبل التصرف و المتأخر لا يؤثر فى المتقدم (ولذا) الذي ذكرناه من ان المعاطاة تفيد الملك لا الاباحة و انها ان افادت الاباحة لزم من ذلك

ص: 78

ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، منها ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود.

و منها: ان يكون إرادة التصرف من المملكات فيملك العين او المنفعة بإرادة التصرف بهما او معه دفعة و ان لم يخطر ببال المالك الاول الاذن فى شيء من هذه التصرفات لانه قاصد للنقل من حين الدفع و انه لا سلطان له بعد ذلك

---

محاذير (ذكر بعض الاساطين) هو الشيخ جعفر صاحب كشف الغطاء (فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد) لافادة المعاظة الاباحة (ان القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة)- و من المستبعد جدا ان تكون القواعد السابقة التى بنا عليها الفقهاء منذ قرون كلها تكون باطلة و خلاف الظواهر و الادلة

(منها: ان العقود و ما قام مقامها) كالايقاعات (لا تتبع القصود) اذ قصد المتعاطين الملك، فحصلت الاباحة، و من المشهور عندهم ان العقود تتبع القصود، لانها امور بيد العاقد، وليست من الامور التكوينية التى لا مدخلة لقصد الانسان فيها.

(و منها: ان يكون إرادة التصرف من المملكات) بناء على الملك آنا ما (فيملك العين او المنفعة بإرادة التصرف بهما) اى بالعين و المنفعة (او معه) اى مع التصرف (دفعة) و فورا (و ان لم يخطر ببال المالك الاول) المنتقل عنه المال (الاذن فى شيء من هذه التصرفات) اى كالوطى و العتق و الهبة و ما اشبهه (لانه قاصد للنقل من حين الدفع) لا من حين التصرف (و انه لا سلطان له بعد ذلك) فان البائع



بخلاف من قال اعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك.

و منها: ان الاخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاسمة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا تتعلق بما فى اليد.

---

يقصد انه بالبيع ينتقل المال الى المشتري و انه لا سلطة له على السلعة بعد ان باعها، ان قلت: فليكن هذا من قبيل من قال: «اعتق عبدك عنى» فانه حين العتق يملك القائل العبد أنا ما ثم يعتقه عنه، و فى ما نحن فيه اذا اعطاه العبد معاطاة و اراد المشتري عتق العبد يملك العبد لنفسه أنا ما ثم يعتقه، قلت: المعاطاة (بخلاف من قال: اعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك) فان القائل يوكل الفاعل فى تملكه العبد و المال عند إرادة العتق و الصدقة، و ليس المعاطاة كذلك، اذ بمجرد المعاطاة يقطع كل واحد منهما صلته عن الثمن و المثل.

(و منها: ان الاخماس و الزكوات و الاستطاعة) للحج (و الديون) للناس (و النفقات) للزوجة و الاقربين (و حق المقاسمة) للسلطان فى الاراضى المفتوحة عنوة (و الشفعة) فى الدار المشتركة التى باعها احد الشريكين لاجنبى مما لشريكه الحق فى اخذها بنفس القيمة التى باعها بها (و المواريث) فيما اذا مات ورثة الوارث (و الربا) الذى يعطى اكثر مما يأخذ قرضا (و الوصايا) كما لو اوصى بان يعطى لزيد الف دينار و (تتعلق بما فى اليد) اى ما هو ملك للانسان، فلو قلنا: بان المعاطاة لا تقيد الملك بل الاباحة، لزم احد امرين: اما ان نقول بعدم جريان هذه الامور فى الماخوذ بالمعاطاة، و هو خلاف المقطوع، و اما ان نقول بجريانها فيلزم اجراء ما هو حكم الملك فيما ليس بملك ...

ص: 80

فكيف يتعلق الخمس و الزكاة بما ليس بماله مما اخذه معاطاة؟

و كيف يجب عليه الحج بسبب الاستطاعة الحاصلة بمال المعاطاة؟

و كيف يجب عليه وفاء دينه عن مال الناس الذي اخذه معاطاة، و الحال انه مباح له التصرف فيه لا انه ماله و ملكه؟

و كيف يتعلق عليه اعطاء نفقة زوجته و والده من الماخوذ بالمعاطاة الذي ليس بملك له؟

و كيف يعطى حق السلطان من مال انتقل إليه بالمعاطاة، و الحال انه ليس بمال المنتقل إليه؟

و كيف يتعلق حق الشفعة للشريك بدار لم تنتقل الى المشتري بالمعاطاة؟ لان المعاطاة اباحت تصرف الاجنبي فى الدار، و لم تملكه اياها، فاذا صح للشريك ان يأخذ بالشفعة لزم وقوع الشفعة على المال الذي لم ينتقل عن المالك، لان الدار بعد ملك للبايع المعاطاتي.

و كيف يرث الولد من والده المال الذي انتقل إليه بالمعاطاة، و الحال ان المال لم يصير ملكا للاب بل هو باق فى ملك البائع؟

و كيف انه يحرم ان يعطى الانسان المال الذي انتقل إليه بالمعاطاة فى مقابل الزيادة، و الحال ان الربا فى الملك، و هذا المال ليس بملك له؟، مثلا اخذ زيد من الشعير معاطاة ثم باعها بوزنة و نصف فانه يلزم عدم حرمة ذلك، اذ ليست الوزنة ملكا له، و الربا انما يأتى فى الملك.

و كيف يتمكن ان يوصى الانسان بمال ليس له مما اخذه بالمعاطاة؟

ثم لا يخفى ان فى بعض العبارات السابقة- كالمقاسمة و الربا و ما

مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه او عدم العلم به فينفى بالاصل فتكون متعلقة بغير الاملاك.

وان صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك.

---

اشبه ..- احتمالا آخر فى تفسير مراد كاشف الغطاء.

و كيف كان، فهذا المال المنتقل إليه معاطاة لا يجرى عليه الاحكام المذكورة (مع العلم) من المنتقل إليه (ببقاء مقابله) خلافا لصورة علمه بذهاب المقابل، حيث عرفت ان تلف احد المالين يوجب ملكية الطرف الاخر للمال (و عدم التصرف) من المنتقل إليه (فيه) اى فى المال، فان التصرف من احد الجانبين يوجب الملك- كما تقدم- عند القائلين بالإباحة (او عدم العلم) من المنتقل إليه (به) اى بتصرف الطرف فى ماله (فينفى) التصرف (بالاصل) لاصالة عدم التصرف، و اصالة عدم الانتقال (فتكون) هذه الامور التى ذكرناها (متعلقة بغير الاملاك) و قد عرفت ان هذه الامور كالارث و الوصايا و سائر ما ذكر انما تتعلق بالاملاك، لا باموال الناس المباحة لهذا الشخص الذى يريد التصرف.

(و) أيضا لانزم القول بالإباحة (ان صفة الغنى و الفقر تترتب عليه) اى على ما ليس بملك (كذلك) اى فى صورة العلم بعدم تلف المال المقابل، او عدم العلم بالتلف، فانك اذا اشتريت قالب ثلج بدينار و سقط الثلج عن المالية يلزم ان تكون فقيرا حينئذ- اذا لم يكن لك مال آخر- و الحال ان الدينار بعد لك، و انت لا تكون فقيرا اذا كان لك دينار، و بالعكس يلزم ان يكون البائع للثلج غنيا، و الحال ان

ص: 82

فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك.

و منها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا الى غرابة استناد الملك الى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الاخر و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع الى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.

---

الدينار ليس له، لانه بعد باق على ملك مالكة (فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك) بالنسبة الى بائع الثلج، كما يصير ما من الاملاك ليس بحكم الاملاك بالنسبة اليك.

(و منها: كون التصرف من جانب مملكا من جانب آخر) فيكون تصرف زيد فى الثمن مملكا لعمر و المثل (مضافا الى غرابة استناد الملك الى التصرف) فانه لم يرد فى الشريعة دليل على ان التصرف يوجب الملك فكيف بتصرف انسان لملك انسان آخر.

(و منها: جعل التلف السماوى من جانب) كما لو تلف المثل بصاعقة مثلا (مملكا للجانب الاخر) لان القائلين بالإباحة يقولون: بان تلف احد الشئيين سواء كان التلف سماويا او اختياريا مملك للجانبين (و)، جعل (التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين) فلو اعطى دارا بالف لزم ان تكون الدار فى قبال الألف و الألف فى قبال الدار، مع ان مقتضى القاعدة ان يكون تلف المال مقابلا لضمان المثل فيما يكون مثليا و ضمان القيمة فيما يكون قيما، و المسمى لا شان له بعد عدم انعقاد البيع (و) على هذا ف (لا رجوع) لمن تلف داره- مثلا- و هو المنتقل عنه (الى قيمة المثل) كالفين مثلا (حتى يكون له الرجوع بالتفاوت) بين

و مع حصوله فى يد الغاصب او تلفه فيها فالقول بانه المطالب لانه تملك بالغصب او التلف فى يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيد جدا مع ان فى التلف القهرى ان ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه

---

المسمى و بين المثل - كألف فى المثل -.

ثم انه لو غصب الماخوذ بالمعاطة غاصب و اتلفه يأتى الكلام فى انه هل صار ملكا للآخذ حتى يكون هو المطالب او انه لم يملك لانه لم يتلفه بل باق على ملك المنتقل عنه حتى يكون هو المطالب - و كلاهما خلاف القواعد -، و الى هذا اشار بقوله: (و مع حصوله) اى الماخوذ بالمعاطة (فى) يد الغاصب (او تلفه) اى الماخوذ بالمعاطة (فيها) اى فى يد الغاصب (فالقول بانه) اى الاخذ بالمعاطة (المطالب) - بصيغة اسم الفاعل - للمال عن الغاصب (لانه) اى الاخذ بالمعاطة (تملك) المال (ب) سبب (الغصب) لانه من انحاء التصرف، و قد سبق ان التصرف موجب للملك (او) لانه تملك بسبب (التلف فى يد الغاصب) و التلف تصرف (غريب) خبر «فالقول» و وجه الغرابة ان غصب الغاصب او اتلافه يكون مملكا للمال، و مثل هذا غير مألوف من الشريعة (و القول بعدم الملك) بان بقى المال على ملك المنتقل عنه حتى يكون هو المطالب عن الغاصب (بعيد جدا) اذ اى ربط للمال بالمنتقل عنه بعد ان اعطاه و اخذ ثمنه، حتى يقال له: خذ مالك او بدله من الغاصب (مع ان فى التلف القهرى) للمال فى يد المنتقل إليه الاخذ بالمعاطة (ان ملك التالف قبل التلف) آنا ما (فعجيب) اذ لا سبب للملك (و معه)

بعيد لعدم قابليته وبعده ملك معدوم ومع عدم الدخل فى الملك يكون ملك الاخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطين.

ومنها: ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقف على النية فهو بعيد.

اى مع التلف بان يقال: انه يملك حين التلف (بعيد) وجه البعد (لعدم قابليته) اى قابلية المال حال التلف للملكية، لان الملكية علاقة بين الوجودين لا- بين موجود وشيء متوسط بين العدم والوجود (وبعده) اى ان قلنا: ان الآخذ ملك المال المعطاتي بعد التلف (ملك معدوم) والمعدوم لا يملك- كما هو واضح- (و) ان قلت: انه لا يملك الآخذ المال المعدوم لا قبل الانعدام ولا مع الانعدام ولا بعد الانعدام، وانما تلف هذا المال بسبب دخول مقابله فى ملك الطرف الاخر، قلت: (مع عدم الدخول) لهذا التالف (فى الملك) للمنتقل إليه (يكون ملك الاخر بغير عوض) وكيف يمكن ان يقال ان الملك المعطاتي بغير عوض؟

(و) ان قلت: نقول بانه لم يملك المنتقل عنه المال الذي تلف، ولا يملك الطرف الاخر المال الذي هو عوض، قلت: (فى الملك) لا لهذا ولا ذاك (مخالف للسيرة) اذ سيرة المشرعة: المعاملة مع المالكين المبدلين بالمعاطاة معاملة الملك (و) مخالف ل (بناء المتعاطين) وقد سبق: ان العقود تتبع القصد.

(ومنها: ان التصرف) لاحد الطرفين فى المال المنتقل إليه (ان جعلناه من النواقل القهرية، فلا يتوقف على النية) اى نية التملك (فهو بعيد) اذ كيف يمكن ان ينتقل مال زيد الى خالد بدون نية احدهما للملكية

و ان اوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطيا بالشبهة و الجانى عليه و المتلف له جانيا على مال الغير و متلفا له.

و منها: ان النماء الحاصل قبل التصرف ان جعلنا حدوثه مملكا له، دون العين فبعيد او معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الاكثر و

---

- حال التصرف- (و ان اوقفناه) اى النقل (عليها) اى على النية (كان) اللازم ان يكون (الواطئ للجارية من غيرها) اى بدون نية التملك (واطيا بالشبهة) و لا يقول بذلك احد، (و الجانى عليه) اى على الماخوذ بالمعاطاة (و المتلف له جانيا على مال الغير و متلفا له) لا جانيا على مال نفسه، فاللازم ان يعطى الدية للجناية او التلف للمنتقل عنه، و هذا ما لا يقول به احد.

(و منها: ان النماء الحاصل قبل التصرف) من المنتقل إليه، كما لو اشترى البستان بالمعاطاة، و قبل ان يتصرف فيه اعطى الثمر (ان جعلنا حدوثه) اى النماء (مملكا له) اى للنماء (دون العين) اما العين فلانه لم يتصرف فيها، و اما النماء فلانه حدث فى ملكه (فبعيد) لان العين اذا لم تصر ملكا للمشتري فالنماء تابع للعين (او معها) اى مع العين (فكذلك) بعيد، اذا لم يتصرف فى العين حتى تكون ملكا له و قد سبق ان القائلين بالإباحة يقولون بان التصرف مملك دون غيره (و كلاهما مناف لظاهر الاكثر) فان كون حدوث النماء ملكا للنماء وحده، او مملكا للنماء و للعين، خلاف ظاهر اكثر الفقهاء، لان الظاهر منهم حصر الملك فى التصرف (و) ان قلت: نقول بانه لم يملك النماء و لا

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 5، ص: 87

و منها: قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه الى: ان اذن المالك فيه اذن فى التمليك فيرجع الى كون المتصرف فى تمليك نفسه موجبا قابلا و ذلك جار فى القبض بل هو اولى منه لاقتترانه بقصد التمليك دونه انتهى.

### [المناقشة في ما ادعاه كاشف الغطاء]

و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا

العين- قبل التصرف- و انما يجوز له التصرف فى العين و النماء بإباحة من المالك و قبل التصرف كلاهما باق على ملك المالك الاول، قلت: (شمول الاذن له) اى للنماء (خفى) اذ الاذن انما كان بالنسبة الى العين دون النماء، فكيف يجوز ان يتصرف المنتقل إليه فى النماء؟

(و منها: قصر التمليك) اى حصر المشهور تمليك المأخوذ بالمعاطاة (على التصرف) فيه (مع الاستناد) اى استنادهم (فيه) اى فى كون التصرف مملكا (الى: ان اذن المالك فيه) اى فى التصرف (اذن فى التمليك) لنفسه (فيرجع الى كون المتصرف فى تمليك نفسه موجبا قابلا-) موجبا من طرف المالك قابلا- من طرف نفسه (و ذلك) المناط فى حصول الملك بالتصرف (جار فى القبض) اى قبض المال من المالك، فاذا قلت بان التصرف مملك لأذن المالك فى التمليك، لم لا تقولون بان القبض مملك لأذن المالك فى التمليك؟ (بل هو اولى منه) اى يكون القبض مملكا اولى من كون التصرف مملكا (لاقتترانه) اى القبض (بقصد) المالك (التمليك) لان المالك يعطى بقصد التمليك (دونه) اى دون التصرف، فانه ليس مقترنا بقصد المالك التمليك (انتهى) كلام شارح القواعد.

(و المقصود من ذلك كله) مما ذكره بعض الاساطين (استبعاد هذا



القول لا- ان الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول و العمومات اذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء.

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

أولاً: ان المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعاً فان تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه انما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه.

---

القول) اى افادة المعاطاة الاباحة دون الملك، لا- أنها أدلة لامتناع القول المذكور (لا ان الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول و العمومات) الدالة على عدم افادة المعاطاة الملك (اذ ليس فيها) اى فى الوجوه المذكورة (تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء) كما ذكره كاشف الغطاء- رحمة الله عليه- و ذلك لوجود الاشكال فى الوجوه التى ذكرها:

(اما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها) من الايقاعات (للمقصود، ففيها):

(أولاً: ان المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود، و لا من القائم مقامها) اى مقام العقود (شرعاً).

ثم بين المصنف- رحمه الله- الوجه فى تبعية العقد للقصد بقوله: (فان تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه) اى العقد (عنه) اى عن القصد (انما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه) فإن معنى: أن العقد الفلاني صحيح، أنه يترتب عليه الأثر المقصود (فلا يعقل حينئذ) اى حين كانت الصحة بمعنى ترتب الاثر (مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه) الى على العقد.

اما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الاثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم، من ان السبب الفعلى لا يقوم مقام السبب القولى فى المبايعات.

نعم اذا دل الدليل على ترتب اثر عليه حكم به وان لم يكن مقصودا.

و ثانيا

---

و كيف كان فالمعاطاة- على هذا القول- خارجة موضوعا عن قولهم «العقود تتبع القصود» لأنها ليست بعقد اصلا.

ان قلت: لما ذا لا تجرون قاعدة «العقود تتبع القصود» فى المعاطاة، أليست هى معاملة فعلية فتشملها «القاعدة» قلت: (اما المعاملات، الفعلية) اى التى تكون بالتعاطى (التى لم يدل على صحتها دليل) خاص (فلا يحكم بترتب الاثر المقصود) كالمملك فى بيع المعاطاة (عليها، كما نبه عليه الشهيد فى كلامه المتقدم، من ان السبب الفعلى لا يقوم مقام السبب القولى فى) المعاملات و (المبايعات) حيث قال: و اما المعاطاة فى المبايعات فهى لا تفيد الا الاباحة لا المملك- فان ذكره لهذه الجملة بعد قوله «قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى» استثناء منه- فكأنه قال: السبب الفعلى يقوم مقام السبب القولى الا فى المعاملات و المبايعات.

(نعم اذا دل الدليل على ترتب اثر عليه) اى على المبايعات الفعلية بتأويل «ما ذكرناه» ليستقيم ارجاع ضمير المذكور إليه- (حكم به) اى، بترتب ذلك الاثر (وان لم يكن مقصودا) للمتعاملين.

(و ثانيا) يرد على قوله: كيف يتخلف العقد عن مقصود المتعاقدين

ص: 89

ان تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير فانهم اطبقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع أنهما لم يقصدا الاضمان كل منهما بالآخر.

و توهم ان دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بانه لم يذكر هذا الوجه الا بعضهم معطوفا على الوجه الاول و هو اقدمهما على الضمان فلاحظ المسالك

---

(ان تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير ف) من ذلك (انهم اطبقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسدا يؤثر ضمان كل من العوضين القيمة) لا- المثل، فاذا اشترى شاة بدينار ثم ظهر فساد العقد فانه يضمن الشاة بقيمتها الواقعية سواء كان دينارا او اقل او اكثر، لا القيمة المسماة (لإفادة العقد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه) للقاعدة المشهورة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (مع انهما) اى المتبايعان (لم يقصدا الاضمان كل منهما) اى من العوضين (بالآخر) فارادا تبديل الدينار بشاة- فى المثال-.

(و توهم ان) ذلك الضمان ليس مقتضى العقد، فلا يقاس بما نحن فيه حيث ان الاباحة مقتضى المعاطاة- و الحال انهما لم يريدوا الاباحة التى هى مقتضى المعاطاة- بل (دليلهم على ذلك) الضمان (قاعدة اليد) لأن: على اليد ما أخذت، تقتضى ان يضمن الانسان ما أخذه بدون عقد صحيح (مدفوع بانه لم يذكر هذا الوجه) اى اقتضاء قاعدة: على اليد الضمان (الا بعضهم معطوفا على الوجه الاول) اى اقتضاء العقد الفاسد ذلك الضمان (و هو اقدمهما على الضمان فلاحظ المسالك) و الحاصل ان تخلف العقد عن القصد شي ء ممكن فلتكن المعاطاة

و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة الا مقرونة به غير مفسد عند اكثر القدماء

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير.

و ترك ذكر الاجل فى العقد المقصود به الانتقاع يجعله دائما على قول نسبة فى المسالك و كشف اللثام الى المشهور.

نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه ان التخلف عن القصد يحتاج الدليل المخرج عن ادلة صحة العقود

---

كذلك فانهما و ان قصدا التمليك لكن يمكن ان تقيد الاباحة (و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة الا مقرونة به غير مفسد عند اكثر الدماء)، فلو عقد بشرط كذا كان القصد المعاملة المقرونة به فاذا فسد الشرط تخلف العقد عن القصد.

(و بيع ما يملك و ما لا يملك) كبيع الشاة و الخنزير، فانه يفسد بالنسبة الى الخنزير دون الشاة مع ان القصد كان بيع الاثنين لا الواحد (و بيع الغاصب لنفسه) كما لو غصب من زيد داره و باعها لنفسه (يقع للمالك)، الذي هو زيد مثلا (مع اجازته) معاملة الغاصب (على قول كثير) فالعقد لم يتبع قصد العاقد.

(و ترك ذكر الاجل) و المدة (فى العقد المقصود به الانتقاع) فى باب النكاح (يجعله دائما) مع ان مقصودهما الانتقاع (على قول نسبة فى المسالك و كشف اللثام الى المشهور) فالعقد لم يتبع القصد.

(نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه) من المعاطاة المفيدة للاباحة (ان التخلف عن المقصود يحتاج الى الدليل المخرج عن ادلة صحة العقود) لان معنى صحة العقد- كما تقدم- تأثيره الاثر المقصود

و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للاصل.

و اما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الاصل و دليل جواز التصرف المطلق و ادلة توقف بعض التصرفات على الملك فيكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطى و البيع و العتق و شبهها

---

للعاقد (و فيما نحن فيه) من قولنا: المعاطاة لا تؤثر الملك- الّذي هو مقصود للمتعايطين- (عدم الترتب مطابق للاصل) اذ الاصل عدم الملك.

(و اما ما ذكره) كاشف الغطاء (من لزوم كون إرادة التصرف مملكا) بناء على قول المشهور القائلين بالإباحة، فاذا اراد ان يتصرف بمثل الوطى و العتق تكون الإرادة مملكة، حتى لا يلزم الوطى فى غير الملك، بعد ما ورد انه: لا وصى الا فى الملك (ف) لا يرد على هذا ما أورده كاشف الغطاء من انه: كيف يمكن ان تكون الإرادة مملكة (لا بأس بالتزامه اذا كان) هذا القول (مقتضى الجمع بين الاصل) الدال على انه لا تؤثر المعاطاة الملك (و دليل جواز التصرف المطلق) الشامل لمثل الوطى و العتق- كاطلاقات ادلة حل البيع و التجارة عن تراض- (و) بين (ادلة توقف بعض التصرفات على الملك) كقوله- صلى الله عليه و آله و سلم-: لا تبع ما ليس عندك، و: لا عتق الا فى ملك، و: لا وصى الا فى ملك، و ما اشبه ذلك (فيكون) تصرف القابض بالمعاطاة فى السلعة (كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما) بان باع بيعا خياريا، أو وهب هبة له الخيار فى ارجاع المال الى نفسه، ثم تصرف فى المال (بالوطى و البيع و العتق و شبهها) من التصرفات المتوقفة على الملك، فان المشهور التزموا على انه يملك الشيء آنا ما ثم يكون تصرفه بهذه التصرفات واقعا فى ملكه جمعا بين دليل: لا عتق الا فى ملك، و بين دليل: جواز هذا التصرف

و اما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوات .. الى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسيرة رجوع إليها مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك.

و اما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه.

---

(و أما ما ذكره) كاشف الغطاء- من الاشكال على القول بالإباحة- (من تعلق الاخماس و الزكوات .. الى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض) و الاستبعاد لا يصادم الدليل، و اى مانع من تعلق هذه الامور بالشيء الذي يجوز ان يتصرف الانسان فيه كل تصرف و ان لم يكن ملكا؟

(و دفعها) اى هذه الامور (بمخالفتها للسيرة) بان يقال: ان القول بالإباحة المستلزمة لهذه المحاذير مخالف للسيرة، فالسيرة تمنع هذا، القول (رجوع إليها) اى الى السيرة، وقد عرفت ان امثال هذه السيرات الناشئة من قلة المبالاة بالدين لا حجية فيها (مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة) حيث قال كاشف الغطاء: كيف يمكن تعلق الاستطاعة و تحقق الغنى بالمال المنتقل بالمعاطاة- على القول بأنها لا تفيد الملك- (لا يتوقفان على الملك) لا مكان ان يستطيع الانسان بمال غيره كما فى صورة البذل، و امكان ان ليستغنى الانسان بما ليس ملكه كما لو كان فى يده وقف يكفيه.

(و اما كون التصرف) من جانب (مملكا للجانب الآخر) مما استبعده كاشف الغطاء (فقد ظهر جوابه) حيث انه مقتضى الجمع بين اصالة عدم الملك- قبل التصرف- و بين دليل جواز تصرف مالكي كالوطى، فانه يقتضى القول بكون التصرف مملكا او انه يملك قبله أنا ما.

و اما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت باجماع او سيرة- كما هو الظاهر- كان كل من المالين مضمونا بعوضه فيكون تلفه فى يد كل منهما من ماله، مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع لان هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع و بين عموم: على اليد ما اخذت، و بين اصالة عدم الملك الا فى الزمان المتيقن بوقوعه فيه.

توضيحه ان الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله او قيمته حكم بكون التلف من مال ذى اليد

---

(و اما كون التلف مملكا للجانبين) من تلف عنده المال و الطرف الاخر فان ثبت باجماع او سيرة- كما هو الظاهر- كان وجهه كون (كل من المالين مضمونا بعوضه) المسمى (فيكون تلفه) اى تلف كل من المالين (فى يد كل منهما، من ماله، مضمونا بعوضه) الجعلى، لا المثل او القيمة، وقوله «من ماله» متعلق ب «يكون» اى يكون التلف من مال من تلف الجنس فى يده، لا من مال المنتقل عنه (نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع) حيث يكون التلف من مال البائع، و لا يضمن للمشتري بالمثل او القيمة (لأن هذا) الذى ذكرناه من كون المال مضمونا بعوضه المسمى (هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع) الدال على كون التلف مملكا من الجانبين (و بين عموم: على اليد ما اخذت) الذى يدل على ان كل منهما ضامن لما اخذه (و بين اصالة عدم الملك الا فى الزمان المتيقن بوقوعه) اى الملك (فيه) اى فى ذلك الزمان، و هو آنا ما قبل التلف.

(توضيحه) اى توضيح هذا الجمع (ان الاجماع لما دل على عدم ضمانه) اى ضمان التالف فى يد كل من المتعاطيين (بمثله) فى المثلى (او قيمته) فى القيمى (حكم بكون التلف من مال ذى اليد) و ان ضرره عليه، لا ان

رعاية لعموم: على اليد ما اخذت فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة فى ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه فاذا قدر التلف من مال ذى اليد فلا بد من ان يقدر فى آخر ازمنا امكان تقديره رعاية لاصالة عدم حدوث الملكية قبله كما يقدر ملكية المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد.

التلف من مال المالك الاول (رعاية لعموم: على اليد ما اخذت) اذ لو قلنا ببقاء كل من المالكين فى ملك مالكة الاصلى - حين التلف - لزم اما الحكم بضمان المثل او القيمة - وهو خلاف الاجماع، او ضمان المسمى ويلزم منه تخصيص قاعدة ضمان الشيء بمثله فاللزام - حفظا لعموم على اليد - ان نقول بان المال لذى اليد حتى يكون التلف منه (فذلك الاجماع مع العموم المذكور) لقاعدة اليد (بمنزلة الرواية الواردة فى ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه) فكما ان كونه من مال البائع يقتضى رجوع المال إليه أنا ما ثم تلفه من مالكة كذلك ما نحن فيه «من الاجماع وابقاء عموم على اليد المقتضى لضمان المثل او القيمة - و تحفظا على عمومه» يقتضى دخول المال فى ملك القابض أنا ما ثم تلفه عليه ليكون ضمانه بالمسمى لا بالمثل (فاذا قدر التلف) فى قاعدة: التلف قبل القبض (من مال ذى اليد فلا بد من ان يقدر فى آخر ازمنا امكان تقديره) وهو أن قبل التلف، وانما تقدر ملكية ذى اليد للسلعة التالفة فى آخر ازمنا امكان تقديره (رعاية لاصالة عدم حدوث الملكية قبل) اى قبل الآن الاخير (كما يقدر ملكية المبيع للبائع) فيما اذا تلف القبض (و) يقدر (فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد) الذي كان يقتضى ملكية كل من الطرفين للمال إليه.



و اما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر- على القول بالإباحة- ان لكل منهما المطالبة ما دام باقيا، فاذا تلف فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

و اما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض ان القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء الى الآخذ بل حكمه حكم اصله و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة

---

(و اما ما ذكره) كاشف الغطاء (من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة) و ان ايهما المطالب، المالك الاول او المنتقل إليه المال- الى آخر ما تقدم- (فالظاهر- على القول بالإباحة- ان لكل منهما) اى من المتعاطين (المطالبة) للمال من الغاصب (ما دام) المال (باقيا، فاذا تلف) المال فى يد الغاصب (فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف) «التمليك» مفعول «اطلاقهم» فانهم قالوا: «التلف موجب للملك» و هذا الكلام لما اذا تلف فى يد المنتقل إليه بسببه او بسبب الغاصب او بتلف سماوى (تلفه من مال المغصوب منه) المنتقل إليه (نعم لو قام اجماع) على ان التلف من مال المنتقل عنه (كان تلفه من مال المالك) الاول (لو لم يتلف عوضه قبله) و الا فلو تلف عوضه قبله، انتقل الى ملك المنتقل إليه، لما تقدم من ان تلف احد الشئيين يوجب الملك لكل منهما.

(و اما ما ذكره) كاشف الغطاء (من حكم النماء) و انه لمن؟ ..

(فظاهر المحكى عن بعض ان القائل بالإباحة لا- يقول بانتقال النماء الى الآخذ بل حكمه) اى حكم النماء (حكم اصله) فى انه مباح للمنتقل إليه الا اذا تلف او تصرف فيه (و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة)

ثم انك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه رحمه الله- لم يذكرها للاعتماد.

والانصاف انها استبعادات في محلها.

وبالجملة، فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني و بالاتفاق المدعى في الغنية و القواعد هنا و في المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول مشكل.

ورفع اليد عن عموم ادلة البيع و الهبة و نحوهما المعتضدة

---

لان معنى الاباحة تملك النماء- بالدلالة العرفية-

(ثم انك بملاحظة ما ذكرنا) من اجوبة ايرادات كاشف الغطاء- رحمة الله عليه- (تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه- رحمه الله- لم يذكرها للاعتماد) و الاستدلال.

(و الانصاف انها استبعادات في محلها) فالقول بالملك المتزلزل كما ذكره المحقق الثاني هو الاقوى.

(و بالجملة، فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد) هذا الاصل (بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني) الذي خرج عن الشهرة و قال بالملك المتزلزل (و بالاتفاق المدعى في الغنية و القواعد هنا) في باب المعاطاة (و في المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول) كما تقدم نقل كلامه (مشكل) خبر «فالخروج».

(ورفع اليد عن عموم ادلة البيع) كأحل الله البيع، و تجارة عن تراض، الشامل هذا العموم للمعاطاة (و الهبة و نحوهما) كالاجارة و الرهن، في الاجارة و الرهن بالمعاطاة (المعتضدة) تلك الادلة العامة الشاملة

بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى بناء على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة اشكل .

فالقول الثانى لا يخلو عن قوة.

### [هل المعاطاة لازمة أم جائزة]

وعليه فهل هى لازمة ابتداءً مطلقاً- كما حكى عن ظاهر المفيد، رحمه الله او بشرط كون الدال على التراضي لفظاً- كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى، وقواه جماعة من متأخرى المحدثين- او هى غير لازمة مطلقاً فيجوز لكل منهما الرجوع فى ماله- كما عليه اكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت- وجوه.

---

للمعاطاة (بالسيرة القطعية) فانهم يعاملون، بالسلع المعاطاتية معاملة السلعة التى انتقلت إليهم بالعقد (المستمرة) من الازمنة القديمة (و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى) و انما ادعى الاتفاق مع ان ظاهر كلمات المشهور الاباحه (بناء على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة) بان مرادهم الملك المتزلزل (اشكل).

و مع ذلك (فالقول الثانى) اى الملك المتزلزل (لا يخلو عن قوة).

(وعليه) اى على القول بالملك (فهل هى) اى المعاطاة (لازمة ابتداءً مطلقاً- كما حكى عن ظاهر المفيد، رحمه الله) حتى تكون كالبيع بالعقد (او بشرط كون الدال على التراضي لفظاً) غير عقد، كما لو قال «اعط الكتاب و خذ ديناراً» مثلاً (-) كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى، وقواه جماعة من متأخرى المحدثين- او هى غير لازمة مطلقاً) سواء كان الدال عليها لفظ أو لا (فيجوز لكل منهما الرجوع فى ماله- كما عليه اكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت-) من المفيد و بعض معاصرى الشهيد و اتباعه (وجوه).

أوقفها بالقواعد هو الأول بناء على أصالة اللزوم في الملك للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي.

ودعوى ان الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الامر فلا ينفع الاستصحاب بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول مدفوعة مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب فتأمل.

---

(أوقفها بالقواعد هو الأول) أي اللزوم مطلقا (بناء على أصالة اللزوم في الملك) أي ان كل ملك لازم الا اذا دل الدليل على جواز ابطاله كما كان هناك خيار او نحوه، وذلك الاصل انما نشأ بما ذكره المصنف رحمه الله - بقوله: (للك في زواله) أي الملك (بمجرد رجوع مالكة الأصلي) فالاصل بقاءه، وعليه فكلما علمنا بتزلزل الملك خرجنا عن الاصل المذكور و كلما لم نعلم اجرينا الملك حتى يعرف المخرج.

(ودعوى) انه لا صحة لأصالة اللزوم في الملك ل (ان الثابت هو الملك) في الجملة أي (المشترك بين المتزلزل والمستقر، والمفروض انتفاء الفرد الأول) أي المتزلزل (بعد الرجوع) من المالك الأصلي (و الفرد الثاني)، أي المستقر (كان مشكوك الحدوث من أول الامر) و من المعلوم ان شرط الاستصحاب اليقين السابق (فلا ينفع الاستصحاب) في بقاء الملك بعد الشك في زواله (بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول) لانا نشك في زوال علقته فالاصل بقاءها (مدفوعة) خبر الدعوى (مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب) لأنه علم اجمالا حصول العلقه و لم يعلم زوالها (فتأمل) لانه من قبيل القسم الثاني من

بأن انقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته و انما هو باعتبار حكم الشاعر عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الاصلى.

و منشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع و عدمه من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب

---

استصحاب الكلى الذي اشكل جماعة فيه لأن المحقق بقاؤه غير معلوم الحدوث و المعلوم حدوثه لا يعلم صلوحه للبقاء كما ذكروا ذلك مفصلاً في الاصول، لكن لا يخفى انه من النوع الثاني من القسم الثاني، وقد ذكروا جريان الاستصحاب فيه و تفصيل الكلام في محله (بأن انقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته) كاختلاف الانسان و الفرس حيث يقسم الحيوان إليهما (و انما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات) كما لو كان هناك خيار (بالزوال برجوع المالك الاصلى) فهو كالنكاح الذي يطراً عليه الطلاق او الفسخ و الذي لا- يطراً عليه فانه ليس لاختلاف في حقيقة النكاح الذي طراً عليه و الذي لم يطراً عليه، بل لحكم الشارع بان الطلاق لو طراً زال النكاح.

(و منشأ هذا الاختلاف) في باب الملك (اختلاف حقيقة السبب المملك) فبعض اقسام السبب المملك شديد التأثير بحيث لا يزول كالعقد المطلق، و بعض اقسامه ضعيف التأثير كالبيع الخيارى (لا اختلاف حقيقة الملك) اى العلقه و الأثر المترتب على السبب حتى لا يصح الاستصحاب (فجواز الرجوع و عدمه من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب) اى العلقه و الأثر، و حيث علمنا وجود المسبب و شككنا في زواله نستصحب

ويدل عليه- مع انه يكفي فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك و مع ان المحسوس بالوجدان ان إنشاء الملك فى الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد- ان اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك او بحكم الشارع فإن كان الاول كان اللازم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه او عدم قصده و هو

بقائه (ويدل عليه) اى على ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية المربوبة بالسبب لا المسبب (- مع انه يكفي فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك) لأن هذا الشك لا يزيدنا شيئاً، لبقاء الشك فى ان الملك زال أم لا (و مع ان المحسوس بالوجدان ان إنشاء الملك فى الهبة اللازمة) كالهبة المعوضة (و غيرها-) مما ليس فيها احد اسباب اللزوم- كالعوض او كونها لذى رحم و ما اشبهه- (ان اللزوم) فاعل «يدل عليه» (و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك) الداخلين فى حقيقته كالناطقية و الناهقية الداخلتين فى حقيقة الانسان و الحمار (فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك) اى اصل «الملك» الموجود فى اللازم و الجائز (باحدى الخصوصيتين بجعل المالك) بان ينشأ المالك الملك تارة هكذا .. و تارة هكذا .. (او بحكم الشارع) بدون ربط بالمالك (فإن كان الاول) اى بجعل المالك (كان اللازم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد) المملك (الرجوع و قصد عدمه) اى عدم الرجوع (او عدم قصده) من باب الماهية لا بشرط (و هو) اى التفصيل

بديهى البطلان، اذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه و إن كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشى و هو باطل فى العقود لما تقدم ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد و ان امكن القول بالتخلف هنا فى مسألة المعاظة بناء على ما ذكرنا سابقا- انتصارا للقائل بعدم الملك- من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطين لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك

(بديهى البطلان، اذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه) فاذا باع المالك شيئا بالعقد و قصد الرجوع لم يؤثر قصده فى جواز الرجوع و لو باع بيعا خياريا و قصد عدم الرجوع لم يسقط قصده جواز رجوعه (و إن كان الثانى) اى يجعل الشارع (لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشى) فيكون المالك قصد الرجوع و ابطله الشارع، او قصد عدم الرجوع و قال الشارع لا رجوع لك (و هو) اى امضاء الشارع على غير قصد العاقد (باطل فى العقود لما تقدم) من (ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد) فلا دليل على ان العقد لا يتبع القصد بامضاء الشارع على خلاف قصد العاقد (و ان امكن القول بالتخلف هنا) بين العقد و القصد (فى مسألة المعاظة بناء على ما ذكرنا سابقا- انتصارا للقائل بعدم) افادة المعاظة (الملك من منع وجوب امضاء) الشارع (المعاملات الفعلية) بالتعاطى مقابل المعاملات اللفظية بالعقد (على طبق قصد المتعاطين، لكن الكلام) الآن ليس فى ان المعاظة تقيد الملك من جهة قاعدة العقود تتبع القصد بل (فى قاعدة اللزوم فى الملك) و انه هل ان الملك الاصل فيه اللزوم او الجواز، و قد عرفت ان مقتضى الاستصحاب اللزوم فى باب العقود اللفظية

وبالجملـة فلا اشكال فى اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعا و كذا لو شك فى ان الواقع فى الخارج هو العقد اللازم او الجائز كالصلح من دون عوض و الهبة نعم لو تداعيا

---

و نجرى الاستصحاب أيضا فى باب العقود الفعلية، لعدم الفصل بين الامرين.

و الحاصل انا قد نتمسك لاثبات اللزوم فى المعاطاة ب «قاعدة العقود تتبع القصد» لكن هذا غير تام لما عرفت من انها ليست جارية فى المعاملات الفعلية، و قد نتمسك بقاعدة «استصحاب الملك» الثابتة فى المعاملات اللفظية بناء على عدم الفرق بين المعاملات اللفظية و الفعلية من جهة جريان استصحاب اللزوم، و كيف كان فالقاعدة المذكورة (تشمل العقود أيضا) كما تشمل سائر اقسام الملك التى لم تحصل بالعقد كما لو حصلت بالارث و ما اشبهه.

(و بالجملـة فلا اشكال فى اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعا) سواء كان عقدا لفظيا او فعليا، بان كان الشك فى الشبهة المفهومية، بان قرر الشارع هذا العقد لازما أم لا؟ فان استصحاب الملك يكفى فى القول بلزومه (و كذا لو شك فى ان) العقد (الواقع فى الخارج هو العقد اللازم او الجائز) بسبب الشبهة المصدقية بعد ان علمنا ان العقد الفلانى لازم و العقد الفلانى جائز، لكن شككنا ان ما اوقعناه هل كان من قسم اللازم او من قسم الجائز (كالصلح من دون عوض و الهبة) فالصلح لازم و الهبة جائزة (نعم) لا تجرى اصالة اللزوم فى الشبهة المصدقية (لو تداعيا) بان قال احدهما: صالحته فهو لازم، و قال الاخر: بل هبة



احتمل التحالف فى الجملة.

و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر عموم قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم، فان مقتضى السلطنة ان لا يخرج عن ملكه بغير اختياره فجاوز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة

فاندفع ما ربما

---

فلا يحكم الحاكم بالصلح اتباعا لقاعدة اصالة اللزوم، بل (احتمل التحالف) بان يحلف كل واحد على طبق ما ادعاه (فى الجملة) فيما اذا حرّرا الدعوى فى الخصوصية اى قال احدهما: صلح، وقال الاخر: هبة، اما لو حررا الدعوى بحيث صار احدهما مدعيا و الاخر مدعى عليه. بان قال احدهما: الملك باق بعد الفسخ، وقال الاخر: لا بقاء للملك بعد الفسخ، فان المسألة حينئذ مسئلة المدعى و المنكر فيلزم على المدعى الاثبات بالبينة و على المنكر الحلف- اذا لم تكن له بينة-.

(و يدل على اللزوم) فى المعاطاة (مضافا الى ما ذكر) من اصالة اللزوم- التى قدمنا تقريرها- (عموم قوله عليه السلام: الناس مسلطون على اموالهم، فان) المال انتقل بالمعاطاة و صار ملكا لكل واحد منهما و (مقتضى السلطنة ان لا يخرج عن ملكه بغير اختياره، فجاوز تملكه عنه) بالفسخ (بالرجوع) من المالك الاول (فيه) اى فى المال (من دون رضاه) اذ مع الرضا يبطل الملك حتى فى العقود اللازمة قطعا- لأنه من التقايل (مناف للسلطنة المطلقة) المقتضية لبقاء الملك حتى بعد رجوع الطرف.

و الحاصل، اخراج البائع لملك المشتري- مثلا- خلاف سلطنة المشتري فمنعه «الناس مسلطون» الشامل للمشتري (فاندفع ما ربما

ص: 104

يتوهم من ان غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الاصلى.

ولما ذكرنا تمسك المحقق فى الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بان فائدة الملك السلطنة. و نحوه العلامة فى موضع آخر. و منه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه. حيث دل

---

يتوهم من ان غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه) كسلطنة المشتري- فى المثال- (و لا نسلم ملكيته له) اى السلعة للمشتري- مثلا- (بعد رجوع المالك الاصلى) كالبائع- مثلا-.

وجه الاندفاع، انا لا نتكلم فى ان المشتري مسلط بعد الرجوع أم لا، بل كلامنا فى انه هل البائع مسلط على ملك المشتري حتى يتمكن من اخراجه عن ملكه أم لا؟ و من المعلوم ان قاعدة سلطنة المشتري تمنع تسلط البائع و عليه فلا يتمكن البائع من اخراج ملك المشتري، فليس الملك- بعد رجوع، البائع- خارجا عن ملك المشتري.

(و لما ذكرنا) من قاعدة «الناس مسلطون» (تمسك المحقق فى الشرائع على لزوم القرض بعد القبض) و انه لا يحق للمقرض ان يسترد ما اقرضه (بان فائدة الملك السلطنة) فالمال بعد القرض ملك للمقرض فله سلطان عليه، فلا سلطان للمقرض على الاسترجاع (و نحوه العلامة فى موضع آخر) غير باب القرض (و منه) اى من صحة التمسك بقاعدة «الناس مسلطون» للزوم المعاطاة بعد فسخ احد الطرفين (يظهر جواز التمسك) للزوم (بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه) فان السلعة صارت مالا للمشتري فلا تحل للبائع إلا عن طيب نفس المشتري (حيث دل

على انحصار سبب حلّ مال الغير او جزء سببه فى رضا المالك فلا يحل بغير رضاه و توهم تعلق الحلّ بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع اول الكلام مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم حيث يشمل التملك أيضا فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه الا بطيب نفس المالك.

و يمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ لَا رِيبٍ**

على انحصار سبب حلّ مال الغير او جزء سببه فى رضا المالك) السببية الكاملة فى الاباحة، و جزء السبب فى التملك فان جزءا من السبب الرضا و الجزء الآخر العقد قولاً- او فعلاً- (فلا يحل) المال الذي انتقل الى شخص بالمعاطة (بغير رضاه و توهم تعلق الحلّ) المنفى، فى قوله «لا يحل» (بمال الغير) لانه عليه السلام قال: «لا يحل مال امرئ» (و كونه) اى هذا الشيء بعد الفسخ (مال الغير بعد الرجوع اول الكلام) مثلا البائع اذا استردّ السلعة فكونها مال المشتري بعد رجوع البائع اول الكلام لان القائل بالاباحة يقول بانها ليست ماله، بعد ان رجع البائع الى السلعة (مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال) فى قوله «لا يحل» (يفيد العموم) لجميع التصرفات (حيث يشمل) العموم (التمليك أيضا) فالسلعة كانت ملكا للمشتري فلا يحل التصرف فيها و لو بالتمليك من البائع الا برضا المشتري (فلا يحل التصرف فيه) تصرفا غير مملك (و لا تملكه الا بطيب نفس المالك) الذي هو المشتري. (و يمكن الاستدلال) للزوم المعاطة (أيضا بقوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**) فالمال اذا كان للمشتري، لا يجوز اكله للبائع الا بتجارة عن تراض و صرف الرجوع ليس تجارة عن تراض (و) ذلك لانه (لا ريب

ان الرجوع ليست تجارة و لا عن تراض فلا يجوز اكل المال و التوهم المتقدم فى السابق جار هنا لأن حصر مجوز اكل المال فى التجارة  
انما يراد به اكله على ان يكون ملكا للاكل لا لغيره.

و يمكن التمسك أيضا بالجملة المستثنى منها حيث ان اكل المال و نقله عن مالكة بغير رضى المالك اكل و تصرف بالباطل عرفا.

نعم بعد اذن المالك الحقيقى - و هو الشارع - و حكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك

---

ان الرجوع ليست تجارة و لا عن تراض فلا يجوز) للبائع - مثلا - (اكل المال) الذى هو للمشتري الآن (و التوهم المتقدم فى السابق) بيان  
انه بعد الرجوع ليس المال للمشتري - مثلا - (جار هنا) فى هذه الآية، و جوابه واضح مما تقدم (لأن حصر مجوز اكل المال فى التجارة انما  
يراد به) اى بالحصر، المنع عن (اكله على ان يكون ملكا للاكل) - بصيغة اسم الفاعل - (لا لغيره) اى لغير الأكل، فاذا لم يعلم البائع انه  
صار ملكا له بالرجوع لم يجز له اكله اذ لا تجارة عن تراض، هذا فيما اذا استدل للمطلب بالمستثنى اى قوله سبحانه «الا ان تكون تجارة عن  
تراض».

(و يمكن التمسك) للزوم المعاطاة (أيضا بالجملة المستثنى منها) اى قوله سبحانه «لا تأكلوا اموالكم» (حيث ان اكل المال و نقله عن  
مالكة) الذى هو المشتري - مثلا - فيما اذا اراد البائع معاطاة الرجوع (بغير رضى المالك اكل و تصرف بالباطل عرفا) فيقال: انه تصرف فى  
اموال الناس.

(نعم) قد يجوز التصرف بدون اذن المالك فيما اذا اذن الشارع فانه (بعد اذن المالك الحقيقى - و هو الشارع - و حكمه بالتسلط على فسخ  
المعاملة من دون رضى المالك) كما فى الخيارات التى جعلها الشارع،

يخرج عن البطلان و لذا كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها اكلا بالباطل لو لا اذن المالك الحقيقي و كذا الاخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من النواقل القهرية هذا كله مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع مثل قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

وقد يستدل أيضا بعموم قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، بناء على ان العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان او العهد المشدد كما عن بعض اهل اللغة.

---

كخيار الحيوان و المجلس - مثلا- (يخرج) الاكل (عن البطلان) فلا يقال ان الفاسخ اكل مال غيره بالبطلان، بل ليس هذا من اكل مال الناس اصلا (ولذا) الذي ذكرناه من انه مع اجازة الشارع ليس اكلا بالباطل (كان اكل المارة) اي الجماعة التي تمر، او النفس المارة (من الثمرة الممرور بها) مع وجود الشرائط- المذكورة في كتب الفقه- (اكلا بالباطل لو لا اذن المالك الحقيقي) الذي هو الله سبحانه (و كذا الاخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير ذلك من النواقل القهرية) بدون رضی المالك (هذا كله) يدل على لزوم المعاطاة (مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع) الشامل للمعاطاة عرفا (مثل قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا) فاذا افترقا وجب البيع.

(وقد يستدل أيضا) للزوم المعاطاة (بعموم قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، بناء على ان العقد) ليس خاصا باللفظ فقط، بل (هو مطلق العهد) و من المعلوم ان في المعاطاة عهدا من الطرفين بالتبادل (كما في صحيحة عبد الله بن سنان) حيث فسر العقد بالعهد (او العهد المشدد كما عن بعض اهل اللغة) و المعاطاة أيضا عهد مشدد لان الشدة

و كيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة و كذلك قوله عليه السلام:

المؤمنون عند شروطهم، فان الشرط فى اللغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ

و الحاصل ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع مما لا ينكر الا ان الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صريحا بعض الاساطين فى شرح القواعد، و يعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به

---

فى مقابل العهد الجائز كما فى الهبة و ما اشبهه، لا فى مقابل العهد الذى ليس فيه لفظ (و كيف كان) معنى العقد «العهد» مطلقا، او «العهد المشدد» (فلا يختص) العقد (باللفظ فيشمل المعاطاة) أيضا (و كذلك) يشمل المعاطاة (قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم، فان الشرط فى اللغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ) نعم لو قيل: ان الظاهر من الشرط الالتزام فى ضمن التزام لم يشمل العقد حتى باللفظ، الا اذا كان التزاما فى ضمن التزام آخر اللهم الا ان يقال انه يفهم لزوم العقد من هذا الحديث بطريق اولى، اذ لو كان الالتزام فى ضمن الالتزام لازم الوفاء كان اصل الالتزام لازم الوفاء بطريق اولى.

(و الحاصل، ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع مما لا ينكر) فاذا ضمنا ذلك الى ان المعاطاة تقيد الملك و انها بيع تم المطلوب و هو افادة المعاطاة للزوم (الا- ان الظاهر فيما نحن فيه) من المعاطاة (قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه) اى، الاجماع (صريحا بعض الاساطين) الشيخ جعفر كاشف الغطاء- رحمه الله- (فى شرح القواعد، و يعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به) اى

قائل الى زمان بعض متأخرى المتأخرين.

فان العبارة المحكية عن المفيد فى المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فان المحكى عنه انه قال: ينعقد البيع على تراض بين الاثنى فيما يملكان التابع له اذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا بالابدان، انتهى.

و يقوى إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم و كانه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد

---

باللزوم (قائل الى زمان بعض متأخرى المتأخرين) هو المحقق الكركى.

(ف) ان قلت: كيف و قد نسب اللزوم الى المفيد؟ قلت: (ان العبارة، المحكية عن المفيد فى المقنعة لا تدل على هذا القول) اى افادة المعاطاة اللزوم (كما عن المختلف الاعتراف به) اى بان كلام المفيد لا يدل على اللزوم (فان المحكى عنه) اى عن المفيد (انه قال: ينعقد البيع على تراض بين الاثنى فيما يملكان التابع له) اى المعاملة عليه (اذا عرفاه) اى الجنس - احترازا عن الجنس المجهول حيث لا يجوز بيعه - (جميعا) البائع و المشتري (و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالابدان) اشارة الى وجود الخيار ما دام فى المجلس (انتهى) و وجه الاستدلال بهذا الكلام انه لم يذكر اجراء العقد.

(و يقوى إرادة) المفيد (بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم) لا انه يريد ان كل ما يلزم فى البيع هو ما ذكره، حتى يدل على عدم اشتراط اللفظ (و كانه لذلك) الذى ذكرنا من إرادة المفيد شرط العقد (حكى كاشف الرموز عن المفيد

ص: 110

و الشيخ انه لا بد فى البيع عندهما من لفظ مخصوص وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا، و هو نص فى عدم اللزوم و لا يقدر كونه ظاهرا فى عدم الملكية الذى لا نقول به.

و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ فى العقود اللازمة بالاجماع

نعم قول العلامة فى التذكرة ان الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به فى المسألة و لو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور و كذلك نسبته فى المختلف الى الاكثر و فى التحرير: ان الاقوى ان،

---

و الشيخ انه لا بد فى البيع عندهما من لفظ مخصوص) هذا (وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها) اى المعاطاة (بيعا، و هو) اى الكلام (نص فى عدم اللزوم) لانه اما ان يريد انه ليس ببيع حقيقة او يريد انه ليس يفيد الملك، و على كلا التقديرين يدل على انه ليس بلازم (و لا يقدر كونه) اى الكلام الغنية (ظاهرا فى عدم الملكية الذى لا نقول به) اذ المقصود بيان عدم قول احد من العلماء باللزوم.

(و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ فى العقود اللازمة بالاجماع) فالمعاطاة التى ليس لها لفظ لا لزوم لها.

(نعم قول العلامة فى التذكرة «ان الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة» يدل على وجود الخلاف المعتد به فى المسألة) لان «الاشهر» فى مقابل «غير الاشهر» (و لو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور) اذ «الاشهر» تفضيل فيدل على ان للطرف الآخر أيضا شهرة، بخلاف «المشهور» فان فى مقابله الشاذ، و لذا كثيرا ما يعبر الفقهاء بقولهم «الاشهر بل المشهور» (و كذلك نسبته فى المختلف الى الاكثر) فان ظاهره ان القائل باللزوم أيضا كثير (و فى التحرير: ان الاقوى ان



ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكة، وانما تقييد الاباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا اذ القول باللزوم فرع الملكية ولم يقل بها الا بعض من تأخر عن المحقق الثانى، وهذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور لان قول الاكثر بعدم الملك سالبة بانتفاء الموضوع

---

المعاطاة غير لازمة) مما يدل على «ان اللزوم» أيضا له قوة.

(ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها) اى لزوم المعاطاة (مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكة، وانما تقييد الاباحة) فقط (لم يكن هذا الاتفاق كاشفا) عن وجود الاجماع على عدم اللزوم على تقدير القول بالملك (اذ القول باللزوم فرع الملكية) اى بافادة المعاطاة الملك (ولم يقل بها) اى بالملكية (الا بعض من تأخر عن المحقق الثانى، وهذا) اى، عدم القول بالملكية الا عن نادر (مما يوهن حصول القطع بل) حصول (الظن من الاتفاق المذكور) فلا يحصل لنا قطع بوجود الاجماع (لأن قول الاكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع) فانهم لا- يقولون باللزوم، من باب عدم قولهم بالملك- اصلا- فاذا دل الدليل على الملك، لم يكن دليل على انهم لا يقولون باللزوم على فرض الملك مثلا اذا قام الاتفاق على انه: ليس عالم موجودا فى الدار، لكن كان هذا الاتفاق من باب اتفاقهم على عدم وجود انسان فى الدار- اطلاقا- فاذا وجدنا نحن انسانا فى الدار، لا تتمكن ان ننسب الاجماع على عدم وجود العالم، لانهم انما كانوا يقولون بعدم وجود العالم، لظنهم عدم وجود انسان، اما اذا علموا بوجود الانسان، لا دليل على انهم باقون على رأيهم بعدم وجود العالم .. والحاصل، ان الاجماع

نعم يمكن ان يقال- بعد ثبوت الاتفاق المذكور- أن اصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل.

و كيف كان، فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام من قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا و إن كان هذا لا يقدح فى الاجماع على طريق القدماء كما بين فى الاصول.

و بالجملة، فما ذكره فى المسالك من قوله- بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ فى اللزوم- «ما حسنه و ما امتن دليله ان لم يكن اجماع على

---

التقييدى ليس بحجة اذا قام الدليل على وجود الموضوع.

(نعم يمكن ان يقال- بعد ثبوت الاتفاق المذكور-) اى الاتفاق على عدم لزوم المعاطاة (ان اصحابنا بين قائل بالملك الجائز) كالمحقق الثانى و من تبعه (و بين قائل بعدم الملك راسا) كالمشهور (فالقول بالملك اللازم قول ثالث) و هو خلاف الاجماع المركب (فتأمل) حيث ان هناك قولاً بالملك اللازم أيضا كما حكى عن المفيد وغيره.

(و كيف كان، فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام من قول غيره من العلماء) بسبب الحدس (كما هو طريق المتأخرين) فى حجية الاجماع فى مقابل حجية الاجماع لطفاً او دخولا او ما اشبهه (مشكل لما ذكرنا) من عدم الاستكشاف (و إن كان هذا) الاشكال (لا يقدح فى الاجماع على طريق القدماء كما بين فى الاصول) لانهم اذا اتفقوا على انه لا يوجب الملك اللازم فالامام فيهم- دخولا- او لو كان هذا مخالفا للواقع لاظهر الواقع- لطفاً.

(و بالجملة، فما ذكره فى المسالك من قوله- بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ فى اللزوم-: ما احسنه و ما امتن دليله ان لم يكن اجماع على

خلافه» فى غاية الحسن و المتانة و الاجماع و ان لم يكن محققا على وجه يوجب القطع الا ان المظنون قويا تحققة على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلا او وجد و لكن لم ينشأ التمليك به بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض.

وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين اهل السوق و التجار بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع، بمجرد

---

خلافه) انتهى كلام المسالك (فى غاية الحسن و المتانة و الاجماع) الذى اشار إليه المسالك (و ان لم يكن محققا على وجه يوجب القطع) بوجوده (الا ان المظنون قويا تحققة على عدم اللزوم مع عدم) وجود (لفظ دال على إنشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلا) كما لو وضع درهما يازاء الخباز و أخذ خمسة اقراص (او وجد) اللفظ (و لكن لم ينشأ التمليك به بل كان) اللفظ (من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض) كما لو قال: بكم تباع الخبز فقال: كل خبز بعشرة، فاعطى عشرة و اخذ خبزا.

(وقد يظهر ذلك) الذى ذكرنا من عدم افادة المعاطاة اللزوم، بل اللفظ هو الموجب للزوم البيع (من غير واحد من الاخبار) الآتية بعضها (بل يظهر منها) اى من الاخبار (ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد، التعاطى كان متعارفا بين اهل السوق و التجار) لكن لا يخفى عدم دلالة مثل هذه الاخبار، اذ التعارف لهذا القسم لا ينافى التعارف للتعاطى أيضا كما نشاهد القسمين فى الاسواق فى الحال الحاضر (بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد

التراضى نعم ربما يكتفون بالمصافقة فيقول البائع: بارك الله لك، او ما ادى هذا المعنى بالفارسية. نعم يكتفون بالتعاطى فى المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العين.

نعم، الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة و لغير واحد من الاخبار- كما سيجيء إن شاء الله تعالى فى شروط الصيغة-.

بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطة تارة على عدم افادة المعاطة إباحة التصرف و اخرى على عدم افادتها.

---

التراضى) «بمجرد» متعلق بقوله «عدم الاكتفاء».

(نعم، ربما يكتفون) فى الامور الخطيرة (بالمصافقة) اى صفق البائع يده على يد المشتري (فيقول البائع: بارك الله لك، او ما ادى هذا المعنى بالفارسية) نحو «خدا مبارك نمايد» .. و ما اشبه.

(نعم، يكتفون بالتعاطى فى المحقرات و لا- يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها) بل نظرهم الى جواز الرجوع مهما لم يريدوا المتاع (بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العين) فيقال للممتنع: لما ذا لا- تقبل و الجنس بعد موجود؟، لكن لا يخفى ان مثل ذلك جار أيضا حتى فى صورة اجراء العقد و ابرام الامر.

(نعم، الاكتفاء فى اللزوم) فى التعاطى (بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة) المستمرة بين المسلمين (و لغير واحد من الاخبار- كما سيجيء إن شاء الله تعالى فى شروط الصيغة-) لكن لا يخفى وجود السيرة فى مطلق المعاطة و لو بدون لفظ- كما تقدم- فتخصيصها بما اذا كان هناك لفظ محل نظر.

(بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطة تارة على عدم افادة المعاطة إباحة التصرف) اصلا (و) تارة (اخرى على عدم افادتها)

اللزوم جمعاً بينه وبين ما دل على صحة مطلق البيع كما صنعه فى الرياض، وهو قوله عليه السلام: انما يحلل الكلام ويحرم الكلام...، و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الاسلام فى باب بيع ما ليس عنده والشيخ فى باب النقد والنسية عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن نجيح قال: قلت لابي عبد الله- عليه السلام الرجل يجيئنى ويقول: اشتر لي هذا الثوب واربحك كذا وكذا فقال- عليه السلام:- أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك قلت: بلى، قال عليه السلام:

لا بأس، انما يحلل الكلام و

---

اي المعاطاة (اللزوم) و ان افادت الاباحة، بل الملك (جمعاً بينه) اى بين هذا الخبر (وبين ما دل على صحة مطلق البيع) فالمعاطاة لانها بيع، تكون صحيحة مفيدة للملك، و لأنها لا كلام فيها و لا لفظ، فلا تفيد اللزوم، للخبر الآتى الذى يدير اللزوم مدار الكلام (كما صنعه) اى هذا الجمع (فى الرياض، و) الخبر (هو قوله عليه السلام: انما يحلل الكلام ويحرم الكلام...،

و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الاسلام)، الكلينى (فى باب بيع ما ليس عنده) بأن يبيع الانسان ما ليس له (والشيخ فى باب النقد والنسية عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن نجيح قال: قلت لابي عبد الله- عليه السلام- الرجل يجيئنى ويقول: اشتر لي هذا الثوب واربحك كذا وكذا) بمعنى ان يشتري الواسطة الثوب من السوق ثم يعطيه للآمر فيعطيه الأمر زيادة على مقدار الذى اشترى (فقال- عليه السلام:- أليس) الأمر (ان شاء اخذ) الثوب من المأمور بعد ما اشتراه من السوق (و ان شاء ترك) و لم يشتريه حتى يبقى الثوب للآمر؟ (قلت: بلى، قال عليه السلام: لا بأس، انما يحلل الكلام و

يحرم الكلام .. وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات اخر- مجردة عن قوله عليه السلام: انما يحلل .. الخ- كلها تدل على انه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه.

ونقول ان هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها.

الاول ان يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بمعنى ان تحريم شي ء و تحليله لا يكون الا بالنطق به فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال.

---

يحرم الكلام ..) الى آخر الخبر (وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات، اخر- مجردة عن قوله عليه السلام: انما يحلل .. الخ- كلها تدل على انه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله) مشتقة من القول، لانه مجرد قول و ليس بيعا و عقدا (ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه) اما اذا اوجب فليس فى الايجاب فائدة بل البيع باطل كما ذكروا ذلك فى الفضولى اما الحرمة التكليفية فلا، اذ الاوامر و النواهي المتعلقة بالمعاملات ظاهرة فى الوضع كما حقق فى محله.

(ونقول ان هذه الفقرة): انما يحلل .. الخ (مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها):

(الاول: ان يراد من الكلام فى المقامين) يحلل الكلام و يحرم الكلام، (اللفظ الدال على التحريم و التحليل بمعنى ان تحريم شي ء و تحليله لا- يكون الا بالنطق به) اى باللفظ (فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون) المدلول عليه (بالاقوال) مثلا النكاح المحلل، و الطلاق المحرم، انما يتأتيان باللفظ، لا بان يقصدا الزوجية او يقصدا فسخ الزوجية، و لا بان يقصدا الزوجية و يفعل ما يدل على

الثاني: ان يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه- كما فى قولك: هذا الكلام صحيح او فاسد- لا مجرد اللفظ اعنى الصوت و يكون المراد ان المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى حلا و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام، فالمقصود الواحد و هو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها: ملكتك بضعى، او سلطتك عليه او آجرتك نفسى، او احللتها لك و بقولها: متعت نفسى بكذا فما عدا الاخير موجب لتحريمه و الاخير محلل، و على هذا المعنى.

---

قصدهما، فالمراد: اللفظ مؤثر دون القصد و الفعل.

(الثاني: ان يراد بالكلام) فى الفقرتين (اللفظ مع مضمونه- كما فى قولك: هذا الكلام صحيح او فاسد-) تريد اللفظ مع المضمون، اذ الصحة و الفساد من صفات المعنى، اما اذا كان نفس اللفظ ذا خلل، فيقال «اللفظ غلط» مثلا (لا) ان يراد بالكلام، فى الفقرتين (مجرد اللفظ اعنى الصوت) و الفرق بين هذا المعنى و بين المعنى الاول، ان «الاول» يقول:

«المعاملة تحتاج الى اللفظ، و لا يكتفى فيها بالقصد» و هذا يقول:

«اللفظ يختلف تحليلا و تحريما باعتبار اختلاف المضمون» (و يكون المراد) من يحلل الكلام و يحرم الكلام (ان المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى حلا- و حرمة باختلاف المضامين المؤداة) تلك المضامين (بالكلام، فالمقصود الواحد و هو التسليط على البضع مدة معينة) مثلا (يتأتى بقولها: ملكتك بضعى، او سلطتك عليه، او آجرتك نفسى، او احللتها لك) فان معنى الجميع التسليط (و) يتأتى أيضا (بقولها: متعت نفسى بكذا) الى الاجل المعلوم (فما عدا) اللفظ (الاخير موجب لتحريمه) اى عدم افادته التحليل (و الاخير محلل، و على هذا المعنى) اى كون كلام محللا و كلام آخر غير

ورد قوله عليه السلام: انما يحرم الكلام، فى عدة من روايات المزارعة، منها ما فى التهذيب عن ابن محبوب عن ابي الربيع الشامى عن ابي عبد الله عليه السلام، عن الرجل يزرع ارضا فيشترط عليه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال، عليه السلام: لا ينبغى له ان يسمى بذرا و لا بقرا فانما يحرم الكلام و لكن يقول لصاحب الارض: ازرع ارضك و لك منها كذا و كذا نصف او ثلث او ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا الخبر.

الثالث: ان يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محرما او بالعكس

---

مفيد للتحليل - مع وحدة المضمون فيهما- (ورد قوله عليه السلام: انما يحرم الكلام، فى عدة من روايات المزارعة، منها ما فى التهذيب عن ابن محبوب عن ابي الربيع الشامى عن ابي عبد الله عليه السلام، عن الرجل يزرع ارضا فيشترط عليه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟) يعنى و الثلث الآخر من الحاصل لهما الزارع و مالك الارض (قال عليه السلام: لا ينبغى له) اى للزارع (ان يسمى بذرا و لا بقرا فانما يحرم الكلام و لكن يقول لصاحب الارض: ازرع ارضك و لك منها كذا و كذا) كنصف الثلث (نصف او ثلث او ما كان من شرط) اى المقدار الذى يتبانيان عليه (و لا يسمى بذرا و لا بقرا الخبر) فقول الزارع: «ثلثان لى فى مقابل البذر و البقر و ثلث بيننا» محرم، وقوله: «ثلثان و نصف ثلث لى و نصف ثلث لك» محلل، مع ان المضمون فى كليهما واحد.

(الثالث: ان يراد بالكلام فى الفقرتين) يحلل الكلام و يحرم الكلام (الكلام الواحد) بخلاف «الكلام» على المعنى الثانى فانه يراد بالكلام فى كل فقرة كلا ما غير الكلام فى الفقرة الاخرى- كما عرفت- (و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده) اى وجود هذا الكلام الواحد (محللا و عدمه محرما او بالعكس) اى وجوده محرما و عدمه محللا كالظهار فان وجوده محرم



او باعتبار محله و غير محله فيحلل في محله و يحرم في غير محله و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

الرابع: ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة و المواعدة و من الكلام المحرم ايجاب البيع و ايقاعه.

ثم ان الظاهر عدم إرادة المعنى الاول- لانه مع لزوم تخصيص الاكثر حيث ان ظاهره حصر اسباب التحليل و

---

و عدمه محلل (او باعتبار محله و غير محله فيحلل في محله و يحرم في غير محله) ككون الايجاب قبل القبول فانه محلل و كونه بعد القبول فانه محرم (و يحتمل هذا الوجه) الثالث (الروايات الواردة في المزارعة) بان يراد «الكلام الواحد» لا «الكلامان»- كما في المعنى الثاني- و عليه فاذا قال المزارع «الثلاثان و النصف لى» محلل في مكان لم يذكر البذر و البقر، و و محرم في مكان ذكرهما.

(الرابع: ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة و المواعدة) في نفس محل السؤال (و من الكلام المحرم ايجاب البيع و ايقاعه) فلا يكون الحديث عاما و انما يكون خاصا بمورد السؤال.

(ثم ان الظاهر عدم إرادة المعنى الاول) و هو كون اللفظ فقط محرما و محلا (- لانه مع لزوم تخصيص الاكثر) كالهدايا و الضيافات، و الامور الاخر التي توجب تحليل الحرام و تحريم الحلال كالارث، و الوطي بالنسبة الى بنت الزوجة، و انقلاب الخمر خلا، و غليان العصير و ذهاب ثلثيه، و الجلل و وطى حيوان مأكول اللحم، و استبراء المرأة الحامل، و ايقاب الغلام بالنسبة الى اخته و بنته و أمه، الى غيرها من الاسباب المحرمة و المحللة التي لا تعد .. (حيث ان ظاهره) اى ظاهر الحديث (حصر اسباب التحليل و

التحريم فى الشريعة فى اللفظ- يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له لان ظاهر الحكم- كما يستفاد من عدة روايات آخر- تخصيص الجواز بما اذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة ولا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم اصلا فكيف يعلل به.

و كذا، المعنى الثانى اذ ليس هنا

---

التحريم فى الشريعة فى اللفظ-) وقوله «لانه» علة لقوله «الظاهر» وقوله «حيث» علة لقوله «لزوم» (يوجب عدم ارتباطه) اى ارتباط قوله «انما يحلل .. الخ» (بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال) الذى سأله السائل بانه يشتري المتاع لغيره (مع كون) اى «انما يحلل» (كالتعليل له) اى للحكم.

وقد بين المصنف- رحمه الله- وجه عدم الارتباط بين هذه العلة وبين الحكم- بناء على المعنى الاول- بقوله: (لأن ظاهر الحكم) فى مورد هذا السؤال (كما يستفاد من عدة روايات آخر- تخصيص الجواز) باشتراء الوسيط للامر (بما اذا لم يوجب) الوسيط (البيع على الرجل) الامر (قبل شراء المتاع من مالكة) فالمحلل و المحرم: بيع الوسيط قبل اشتراؤه و عدم بيعه، فان باع قبل الاشتراء كان حراما و الا كان حلالا- (ولا- دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم) اى الحكم بالحرمة قبل الاشتراء من مالكة و الحلية بعد الاشتراء (اصلا فكيف يعلل) هذا الحكم (به) اى بقوله «انما يحلل».

(و كذا، المعنى الثانى) لا يرتبط بالسؤال اصلا (اذ ليس هنا) فى

مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما.

فتعين المعنى الثالث و هو: ان الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التي يريد بها الرجل لانه بيع ما ليس عنده.

و لا يحلل الا عدمه اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل الا التواعد بالمبايعة و هو غير مؤثر.

فحاصل الرواية ان سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدما و وجودا.

او المعنى الرابع و هو ان المقاوله و المراضاة مع المشتري الثانى قبل اشتراء

---

مقام السؤال (مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما) فان المقاوله- المحللة- و البيع- المحرم- امران، لا انهما امر واحد.

(فتعين المعنى الثالث و هو: ان الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التي يريد بها الرجل) الامر، من الشخص الوسيط (لانه بيع ما ليس عنده) و قد ورد في الحديث: «لا تبع ما ليس عندك» فيما اذا كان شخصا، لا ما اذا كليا (و لا يحلل الا عدمه اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل الا التواعد بالمبايعة و هو غير مؤثر) في الاثر المقصود فلا يكون حراما، فانه لم يبيع ما ليس عنده حتى يحرم.

(فحاصل الرواية) على هذا المعنى الثانى (ان سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة) التي يريد الامر عقدها مع الوسيط (منحصر في الكلام عدما) للتحليل (و وجودا) للتحريم.

(او المعنى الرابع) عطف على قوله «فتعين المعنى الثالث» (و هو: ان المقاوله و المراضاة مع المشتري الثانى) و هو الامر للوسيط (قبل اشتراء)

العين محلل للمعاملة و ايجاب البيع معه محرم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام فى التحليل كما هو المقصود فى مسألة المعاظة.

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت، بان المراد بالكلام هو ايجاب البيع بان يقال: ان حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى الا مع انحصار ايجاب البيع فى الكلام اذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام

---

الوسيط (العين محلل للمعاملة) بمعنى انه لم يحدث شي ء منهى عنه- و هو بيع ما ليس عنده- (و ايجاب) الوسيط (البيع معه) اى مع المشتري الثانى (محرم لها)

(و على كلا المعنيين) الثالث و الرابع (يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام فى التحليل) فى المعاظة حتى انه يدل على انه لو يكن كلام لم يجز التصرف فى ما اخذ بالمعاظة (كما هو المقصود فى مسألة المعاظة) هذا كله فيما اذا اريد الاستدلال بجملة «انما يحلل الكلام» وحدها.

(نعم) يمكن الاستدلال بجملة «انما يحلل» بضميمة «السؤال و الجواب» فى كلام السائل و الامام بان يقال: (يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر) و هذا الاستدلال انما هو (بعد ما عرفت بان المراد بالكلام هو ايجاب البيع) و وجه الاستظهار (بان يقال: ان حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى) و لا يصح (الا مع انحصار ايجاب البيع فى الكلام) حتى ان غير الكلام- كالمعاظة- لا يفيد التحليل (اذ لو وقع) الحل (بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام). فتحصل ان هذا الحديث يمكن الاستدلال به على «عدم افادة المعاظة حلية التصرف» من جهتين، الاولى: قوله:

الا ان يقال: ان وجه انحصار ايجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية هو عدم امكان المعاطاة فى خصوص المورد اذ المفروض ان المبيع عند مالكة الاول فتأمل.

و كيف كان فلا تخلو الرواية عن اشعار او ظهور

---

«انما يحلل الكلام» وفيه انه ليس المراد منه القاعدة عامة- كما تقدم-، الثانية «ان ايجاب البيع منحصر فى الكلام» وهذا يستفاد من «انما يحلل - بضميمة ما سبقه من السؤال و الجواب-» فيدل على ان غير الكلام لا يوجب البيع (الا ان يقال: بان هذا الاستظهار أيضا غير تام اذ السبب الناقل - فى مورد الرواية، معقولة، اذ لا سلعة بيد «الوسيط» حتى يعطيها للآمر فيبقى السبب يجب ان يكون امرا معقولا، اما المعاطاة فغير المحلل فى الكلام. فالرواية تدل على صحة المعاطاة لكن فى هذا المورد الخاص، الذى يكون عدم المعاطاة من باب السالبة بانتفاء الموضوع ف (ان وجه انحصار ايجاب البيع فى الكلام فى مورد الرواية) الذى هو بيع ما ليس عنده (هو عدم امكان المعاطاة فى خصوص المورد اذ المفروض) فى السؤال و الجواب (ان المبيع عند مالكة الاول) فلا يمكن التعاطى بين الوسيط و الأمر على المبيع (فتأمل) فان كون الحصر اضافيا بالنسبة الى مورد السؤال خلاف الظاهر اذ ظاهر الحصر دائما- كونه حقيقيا الا ان تقدم قرينة على الإضافة- كما قرر فى موضعه-.

(و كيف كان فلا تخلو الرواية عن اشعار او ظهور) فى انحصار سبب

كما يشعر به قوله- عليه السلام- فى رواية اخرى واردة فى هذا الحكم أيضا و هى رواية يحيى بن الحجاج عن ابى عبد الله- عليه السلام-: عن رجل قال لى: اشتر لى هذا الثوب او هذه الدابة و بعنيها ابحك فيها كذا و كذا قال- عليه السلام-: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها. فان الظاهر ان المراد من مواجهة البيع ليس مجرد اعطاء العين للمشتري.

و يشعر به أيضا

الحلية فى الكلام (كما يشعر به قوله- عليه السلام- فى رواية اخرى واردة فى هذا الحكم) اى حكم من يريد اشتراء شىء لبيعه لمن امره بذلك (أيضا) كالرواية المتقدمة (و هى رواية يحيى بن حجاج عن ابى عبد الله- عليه السلام-: عن رجل قال لى: اشتر لى هذا الثوب او هذه الدابة و بعنيها اربحك عنها كذا و كذا) مقداراً من المال (قال- عليه السلام-: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع) اى من الأمر (قبل ان تستوجبها) من مالها (او تشتريها) التردد اما من الراوى و اما من الامام عليه السلام، و لعل الفرق بناء على كونه من الامام ان الاستيجاب اعم من الشراء، اى قبل ان تأخذ السلعة من صاحبها، او تشتري السلعة منه (فان الظاهر ان المراد من مواجهة البيع) فى قوله عليه السلام «لا تواجهه» (ليس مجرد اعطاء العين للمشتري) اى المعاطاة، لانه غير ممكن، فان الجنس بيد مالكة فكيف يمكن ان يعطيه الوسيط للأمر، فلا بد و ان يراد من قوله عليه السلام «لا تواجهه» لا تجرى العقد، فيكون مفاد هذا الحديث كمفاد الحديث السابق القائل بانه يحلل الكلام و يحرم الكلام.

(و يشعر به أيضا) اى يكون ايجاب البيع باللفظ، و ان الكلام محلل و محرم

رواية العلاء- الواردة في نسبة الربح الى اصل المال- قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد ان يبيع بيعا فيقول: ابيعك بده دوازده فقال عليه السلام: لا بأس انما هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة.

فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح انه لا يكره ذلك في المقابلة التي قبل العقد، وانما يكره حين العقد.

---

(رواية العلاء- الواردة في نسبة الربح الى اصل المال- قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام، الرجل يريد ان يبيع بيعا) بيعا مفعول مطلق تأكيدى نحو «مشى مشيا» و ما اشبهه .. (فيقول: ابيعك بده دوازده) يعنى «بعشرة، اثني عشر» و المراد اخذ ربح اثنين فوق كل عشرة فاذا كان شراؤه مائة باعه بمائة وعشرين (فقال عليه السلام: لا بأس انما هذه، المراوضة) يعنى التراضي والمقابلة، و مفهومه انه ليس ببيع، ولو كان بيعا لم يجز (فاذا جمع البيع) اى عزمه (جعله جملة واحدة) اى قال- مثلا:-

بعتك هذه السلعة بمائة وعشرين، اى فى قبال ان يقول: كل عشرة باثني عشر (فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح انه لا يكره ذلك) اى قول «ابيعك بده دوازده» (فى المقابلة التي قبل العقد، وانما يكره حين العقد) و كأن المصنف اراد استفادة اشعار الرواية بالاحتياج الى اللفظ من هذه العبارة.

ووجه الاشعار ان قوله «جعله جملة واحدة» الاشكال فيما اذا لم يجعله جملة واحدة، مع ان القصد و التعاطى حاصلان، اذ لو كفى التعاطى لم يضر هذه العبارة «اى: ده دوازده» حتى حين العقد بعد حصول التعاطى.

وفى صحيحة ابن سنان: لا بأس بان تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجهه على نفسك ثم تبيعه منه بعد.

**و ينبغي التنبيه على امور:**

**الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم - على القول بافادتها الملك - بيع**

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني فى جامع المقاصد انه مما لا كلام فيه حتى عند

(وفى صحيحة ابن سنان: لا- بأس بان تبيع الرجل المتاع) فى حالكونه (ليس عندك) بان (تساومه) اى تقاوله و تراوضه (ثم تشتري له نحو الذي طلب) مما قاوت معه (ثم توجهه على نفسك) اى تشتريه (ثم تبيعه منه بعد) اى بعد ان اشتريته لنفسك.

ووجه الاستظهار من هذه الرواية، باحتياج العقد الى اللفظ، انه لو كان المراد المعاطاة، لم يكن وجه لقوله «ثم تبيعه» اذ التعاطى قبل الاثراء غير ممكن فان السلعة بيد مالكيها فالمراد ان اللفظ المحتاج إليه فى العقد لا يصح ان يقع قبل ائراء الوسيط، و انما تصح المقاوله، فاذا اشترى جاء باللفظ للعقد.

(و) اذ تم مبحث المعاطاة، و انما بقى انها هل تقيد الملك اللزوم، او الملك المتزلزل، او الاباحة المجردة، او لا تقيد شيئاً ف (ينبغي التنبيه على امور) ملحقة بهذا المبحث:

(الاول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم) بتصرف احد الطرفين فيما انتقل إليه (- على القول بافادتها الملك-) فى مقابل القول بافادتها الاباحة (بيع) خبر «ان» (بل الظاهر من كلام المحقق الثاني فى جامع المقاصد انه) اى كونها قبل اللزوم بيعا (مما لا كلام فيه حتى عند



القائلين بكونها فاسدة كالعلامة فى النهاية.

و دل على ذلك تمسكهم بقوله تعالى: احل الله البيع.

و اما على القول بافادتها للاباحة فالظاهر انها بيع عرفى لم تؤثر شرعا الا الاباحة، فنفى البيع عنها فى كلامهم و معاقد اجماعهم هو البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطيين فى المعاطاة التمليك و البيع و اما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من ان محل

---

القائلين بكونها) معاملة (فاسدة كالعلامة فى النهاية) و ستأتى فائدة كونها بيعا أو لا.

(و دل على ذلك) اى كونها بيعا (تمسكهم) للمعاطاة (بقوله تعالى:

احل الله البيع) اذ لو لم تكن بيعا- عندهم- لم يكن للآية ربط بها.

(و اما على القول بافادتها للاباحة فالظاهر انها) اى المعاطاة (بيع عرفى) لا شرعى (لم تؤثر شرعا الا الاباحة، فنفى البيع عنها) بقولهم: انها ليست بيعا (فى كلامهم و معاقد اجماعهم هو البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك) يعنى مرادهم انها ليست بيعا مملكا مفيدا للزوم اما لانه بيع مملك متزلزل، و اما لانه بيع لم يفد الا الاباحة.

(هذا) اى كونه بيعا على كل تقدير سواء افاد الملك المستقر او المتزلزل او صرف الاباحة (على ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطيين فى المعاطاة التمليك و البيع) كما هو الظاهر من كلمات الفقهاء، و عليه جرت السيرة فى قبال قول الجواهر الذى نزل كلامهم على صورة ما اراد الاباحة.

(و اما على ما احتمله بعضهم) كالجواهر (بل استظهره من ان محل

الكلام هو ما اذا قصدنا مجرد الاباحة فلا اشكال فى عدم كونها بيعا عرفا ولا شرعا.

وعلى هذا فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الادلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص او عموم.

و حيث ان المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته

---

الكلام هو ما اذا قصدنا) اى المتعاطيان (مجرد الاباحة فلا اشكال فى عدم كونها) اى المعاطاة (بيعا) لا (عرفا ولا شرعا) لأن المتعاطيين لم يقصدا البيع و لم يدل دليل على ان الشارع جعل هذا التعاطى بيعا على خلاف رغبة المتعاطيين وقصدهم.

(وعلى هذا) الذى ذكره من كون الكلام فيما اذا قصدنا الاباحة- لا الملك- (فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها) اى فى المعاطاة المقصود بها الاباحة- كما اذا شكنا فى ان المعاطاة المفيدة للاباحة تشترط بتقديم اعطاء المثلن على اعطاء الثمن او تشترط بتعدد المعطى و القابل أم يكفى وكالة شخص عنها- مثلا- بمعنى انا شكنا فى انه اذا فقدت المعاطاة هذا الشرط هل تنفع فى الاباحة أم لا؟ (من الرجوع الى الادلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص او عموم) فاذا كان الدليل عاما يشمل ذات الشرط- المشكوك فيه- وغير ذات الشرط، نقول بصحة المعاطاة، العوضية الفائدة لذلك الشرط، و اذا كان الدليل خاصا لا يشمل الا ذات، الشرط، و لو من جهة اجمال فى الدليل، نقول بعدم الاباحة اذا كانت المعاطاة بدون ذلك الشرط المشكوك فيه.

(و حيث ان المناسب لهذا القول) الذى يقول بان كلام الفقهاء فى المعاطاة المراد بها الاباحة (التمسك فى مشروعيته) اى مشروعية التعاطى

بعموم «الناس مسلطون على اموالهم» كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته كما انه لو تمسك لها بالسيرة، كان مقتضى القاعدة العكس

و الحاصل ان المرجع على هذا عند الشك في شروطها هي ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع أم لا .

و اما على المختار من ان الكلام فيما قصد به البيع هل يشترط فيه شروط البيع مطلقا أم لا

---

العوضى المفيد للإباحة (بعموم «الناس مسلطون على اموالهم» كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته) فكل شرط شك فيه، كان الاصل عدمه، لان «الناس مسلطون» عام يشمل الفاقد للشرط (كما انه لو تمسك لها) اى للمشروعية (بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس) وانه يجب مراعاة كل شرط شك في اعتباره، لانه لا عموم للسيرة، فانه دليل لبي فاللازم الاخذ بالقدر المتيقن، و هو المعاطاة الواجدة لجميع الشرائط المتيقنة و المشكوكة.

(و الحاصل ان المرجع على هذا) الذي ذكره الجواهر، من كون الكلام في المعاطاة المقصود بها الاباحة (عند الشك في شروطها) اى شروط المعاطاة (هى ادلة هذه المعاطاة) الموجبة للإباحة، و المقصود بها الاباحة (سواء اعتبرت) تلك الشرائط المشكوكة (في البيع أم لا) اذ ليست هذه المعاطاة- على هذا القول- يباع حتى يأتى فيها الشرائط المعتمدة في البيع.

(و اما على المختار) عندنا (من ان الكلام فيما قصد به البيع) من جانب المتعاقدين ف (هل يشترط فيه شروط البيع) باستثناء الصيغة فقط (أم لا)

كذلك أم بيتنى على القول بافادتها للملك و القول بعدم افادتها الا الاباحة وجوه.

يشهد للاول كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه فى البيع.

ويؤيده ان محل النزاع بين العامة و الخاصة فى المعاطاة: هو ان الصيغة معتبرة فى البيع كسائر الشرائط أم لا كما يفصح عنه عنوان المسألة فى كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و ان فرض

---

يشترط فيه شروط البيع (كذلك) مطلقا (أم بيتنى على القول بافادتها للملك) فيشترط فيه شروط البيع (و القول بعدم افادتها الا الاباحة) فلا يشترط بشروط البيع (وجوه) و احتمالات.

(يشهد للاول) الذي هو الاشتراط مطلقا (كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه فى البيع) اى يتأتى فيه كل ما دل- و انما فسرنا «يشترط» ب «يتأتى» لان «يشترط» انما يتعلق ب «الشرط» لا ب «ما دل» و لو قال: «يشترط فيها جميع ما اشترط فى البيع» كان اوجه.

(ويؤيده) اى الاشتراط (ان محل النزاع بين العامة و الخاصة فى المعاطاة: هو ان الصيغة معتبرة فى البيع كسائر الشرائط) المعتبرة فيه (أم لا) يعتبر الصيغة (كما يفصح عنه) اى يدل على كون النزاع فى الجامع للشرائط- باستثناء الصيغة- (عنوان المسألة فى كتب كثير من العامة و الخاصة) بهذا العنوان الذي ذكرناه، و على هذا (فما) اى فالبيع الذي (انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و ان فرض،

مشاركاً له في الحكم و لذا ادعى في الحدائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة اذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة و انها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض و مقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

---

مشاركاً له) اى لهذا العنوان- الذي هو تجمع سائر الشرائط- باستثناء الصيغة- (في الحكم) بان يقال: «ما انتفى فيه الشروط» و «ما كان واجداً للشروط باستثناء الصيغة» كلاهما يفيد الإباحة، او الملك المتزلزل (ولذا) الذي ذكرناه من لزوم اشتمال المعاطاة على جميع الشروط باستثناء الصيغة (ادعى في الحدائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة) اى التي لا تفيد اللزوم- فليس معنى قولهم:

«بعدم اللزوم» عدم الصحة راساً (اذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة و انها) اى المعاطاة (تفيد) عند استكمال الشرائط (إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض) فان عبارته نص في ان كلامهم في الجامع للشرائط.

(و مقابل المشهور في كلامه) اى كلام الحدائق (قوله العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة- كما صرح به) اى صرح الحدائق بان قول العلامة مقابل المشهور (بعد ذلك) الكلام المتقدم منه (فلا يكون كلامه موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع)، يعنى ان قول الحدائق: «المشهور كذا» يريد به مقابل قول العلامة الذي يقول بالفساد، حتى مع استجماع الشرائط، لا مقابل انه «في اشتراط

و يشهد للثانى ان البيع فى النص و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم و ثبت له الخيار فى قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه.

اما على القول بالإباحة فواضح، لان المعاطاة ليست على هذا القول بيعا فى نظر الشارع و المتشعبة، اذ لا نقل فيها عند الشارع.

---

المعاطاة بالشروط خلاف» حتى يكون هناك من يقول بالصحة و لو بدون الشروط.

(و يشهد للثانى) اى عدم اشتراط المعاطاة بشروط البيع (ان البيع فى النص و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم و ثبت له) اى لمباشر البيع (الخيار) ما دام فى المجلس (فى قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه) اى نحو هذا الحديث مما دل على الخيار للعيب و نحوه، و من المعلوم ان المعاطاة ليست كذلك لانها- اما غير مفيدة للملك اصلا- على قول من يقول بالإباحة- و اما غير لازمة- على قول من يقول بالملك المتزلزل- و عليه فالشروط المذكورة للبيع لا ربط لها بالمعاطاة، لان المعاطاة ليست بيعا.

وان شئت قلت: ان البيع ما فيه لزوم او خيار، و المعاطاة ليس فيه لزوم و لا خيار، لانها على الاباحة لا ملك فكيف باللزوم و على الملك فهو متزلزل من اصلها لا ان الخيار اوجب تزلزلها.

(اما) كون المعاطاة ليست بيعا- حتى يأتى فيها شروط البيع- (على القول بالإباحة فواضح، لان المعاطاة ليست على هذا القول بيعا فى نظر الشارع و المتشعبة، اذ لا نقل فيها) اى فى المعاطاة، فانها على الاباحة لا توجب نقل العين- و النقل من مقومات البيع- (عند الشارع و المتشعبة) تتبع للشارع و ان شئت قلت: البيع يوجب النقل و المعاطاة

فاذا ثبت اطلاق الشارع عليه فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل فى نظرهم وقد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك.

واما على القول بالملك فلأنّ المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار وقولهم: ان الاصل فى البيع اللزوم و الخيار انما ثبت لدليل

وان البيع بقول مطلق من العقود اللازمة وقولهم: البيع هو العقد الدال على كذا ونحو كذلك.

---

لا توجب النقل» فالمعاطاة ليست ببيع (فاذا ثبت اطلاق الشارع) لفظ البيع (عليه) اى على التعاطى (فنحمله على الجرى) اى جرى الشارع فى كلامه (على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله) اى التعاطى (على النقل فى نظرهم) فالشارع اطلق لفظ البيع عليه جريا على اصطلاح العرف لا انه بيع بنظره (وقد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك) اى بيان ان المراد من البيع فى كلام المشرعة حيث ينفون البيع عن المعاطاة هو البيع الصحيح المحكوم عليه باللزوم.

(واما على القول بالملك) اى بان المعاطاة تفيد الملك (فلأنّ المطلق) اى اذا اطلق «البيع» (ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار) «فى» متعلق ب «المطلق» (وقولهم: ان الاصل فى البيع اللزوم، و الخيار انما ثبت لدليل) قوله: «و الخيار» مبتدأ خبره «انما ثبت» وهذا من تنمة «قولهم» فان المشهور يقولون: ان الاصل فى كل بيع ان يكون لازما فاذا قام الدليل على الخيار قلنا به و الا كان الاصل عدم الخيار.

(و قولهم (ان البيع بقول مطلق من العقود اللازمة) «بقول مطلق» يراد به فى مقابل «البيع المقيد» بخيار ونحوه (وقولهم: البيع هو العقد الدال على كذا ونحو ذلك) من عبارتهم التى ذكروا فيها لفظ «البيع»

و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك في ان اطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه، الا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل.

و وجه الثالث ما تقدم للثاني على القول بالإباحة من سلب البيع عنه و للاول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ و ان لم يكن لازما.

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

---

و الحاصل ان «المعاطاة لا تفيد اللزوم» و «البيع لازم» فلا يشترط في المعاطاة شروط البيع لانها غيره.

(و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك في ان اطلاق) لفظ (البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه، الا بفسخ عقده بخيار او بتقاييل) و المعاطاة ليست كذلك، اذ قد عرفت انها تفيد الملك المترزل، فليست المعاطاة بيعا حتى تكون مشروطة فيها بشروط البيع.

(و وجه الثالث) و هو التفصيل بين القول بافادة المعاطاة للملك فيشترط فيها شروط البيع و بين افادتها للإباحة فلا يشترط فيها شروط البيع (ما تقدم للثاني) اي في وجه القول الثاني (على القول بالإباحة من سلب البيع عنه) اي عما افاد الاباحه، و اذ لم تكن المعاطاة المفيدة للإباحة بيعا لم تكن مشروطه بشروط البيع (و للاول) اي في وجه القول الاول (على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ) اي حين كانت مفيدة للملك و اذا صدق البيع على المعاطاة كانت مشروطة بشروط البيع (و ان لم يكن) هذا التعاطى المفيد للملك (لازما) بل افاد ملكا مترزلا.

(و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النص) متعلق ب «ثبت» اي كان الشارع اعتبره بالنص عليه (فيحمل



على البيع العرفى وان لم يفد عند الشارع الا- الاباحة، و بين ما ثبت بالاجماع على اعتباره فى البيع بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين الى العقد اللازم.

و الاحتمال الاول لا يخلو عن قوة، لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك كما عرفت عن جامع المقاصد.

و اما على القول بالإباحة فلانها لم يثبت الا فى المعاملة الفائدة للصيغة فقط فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضا.

ثم

---

على البيع العرفى) فاذا حدث البيع العرفى، كان محلا لذلك الشرط فيعتبر مثل ذلك فى المعاطاة لصدق البيع العرفى عليها (وان لم يفد) ذلك البيع العرفى (عند الشارع الا- الاباحة، و بين ما ثبت بالاجماع على اعتباره) بان دل الاجماع على ذلك الشرط (فى البيع) فانه لا يشترط فى المعاطاة- بناء على القول بانها لا تقيد الملك اللازم- (بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين الى العقد اللازم) فاذا لم تكن المعاطاة توجب اللزوم لم يكن ذلك الشرط معتبرا فيها.

(و الاحتمال الاول) و هو انه يشترط فى المعاطاة جميع شروط البيع (لا يخلو عن قوة، لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك كما عرفت عن جامع المقاصد) حيث قال بافادة المعاطاة الملك المتزلزل.

(و اما على القول بالإباحة فلانها) اى الاباحة (لم يثبت الا فى المعاملة الفاقدة للصيغة فقط) دون الفاقدة لسائر شرائط البيع (فلا تشمل) الاباحة المعاطاة (الفاقدة للشرط الآخر) غير الصيغة (أيضا) علاوة على فقدها للصيغة.

(ثم) يظهر من بعض الفقهاء اعتبار وجود سائر الشرائط فى المعاطاة

انه حكى عن الشهيد ره فى حواشيه على القواعد انه بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى الا بعد تلف العين يعنى العين الاخرى- ذكر انه يجوز ان يكون الثمن و المثلن فى المعاطة مجهولين لانها ليست عقدا و كذا جهالة الاجل و انه لو اشترى امة بالمعاطة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى و حكى عنه فى باب الصرف أيضا انه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطة النقدين.

اقول: حكمه- قدس سره- بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطة فى الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح فى عدم افادتها للملك، الا ان حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف

---

ف (انه حكى عن الشهيد ره فى حواشيه على القواعد انه- بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى) لان هذه الامور لا تكون الا فى الملك (الا بعد تلف العين، يعنى العين الاخرى) المقابلة لهذا الشىء الذى يراد اعطائه خمسا او زكاة او هديا (- ذكرانه يجوز ان يكون الثمن و المثلن فى المعاطة مجهولين لانها) اى المعاطة، (ليست عقدا) و الجهالة انما تضر العقد، دون غير العقد (و كذا جهالة الاجل) و المدة فى النسبة و السلف مثلا (، و انه لو اشترى امة بالمعاطة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن) لانه لا وطى الا فى ملك (انتهى). و حكى عنه فى باب الصرف أيضا: انه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطة النقدين) مع ان التقابض شرط فى النقدين اذا كان عقدا.

(اقول: حكمه- قدس سره- بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطة فى الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح) اى وطى (المأخوذ بها) اى بالمعاطة (صريح فى) ان رأيه (عدم افادتها للملك، الا ان حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف) من المعلوماتية و القبض

معللاً بان المعاطاة ليست عقداً يحتمل ان يكون باعتبار عدم الملك حيث ان المفيد للملك منحصر في العقد و ان يكون باعتبار عدم اللزوم حيث ان الشرائط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم.

و الاقوى اعتبارها و ان قلنا بالإباحة لانها بيع عرفي و ان لم يفد شرعا بالإباحة و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب و لما عرفت من ان الاصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد و عدم تأثيرها شيئاً

---

في المجلس، (معللاً بان المعاطاة ليست عقداً يحتمل ان يكون) هذا التعليل (باعتبار عدم الملك) اصلاً (حيث ان المفيد للملك) في نظره (منحصر في العقد و ان يكون باعتبار عدم اللزوم) و ان افادت المعاطاة الملك (حيث ان الشرائط المذكورة) المعلوماتية و القبض (شرائط للبيع العقدي اللازم) و حيث ان المعاطاة لا تقييد اللزوم لا تشترط بهذه الشروط.

(و) لكن (الاقوى اعتبارها) اي الشروط المذكورة (و ان قلنا بالإباحة لانها بيع عرفي و ان لم يفد شرعا الا بالإباحة و) ان قلت: اذا لم تكن يباعا عند الشارع فكيف تقولون باعتبار الشرائط فيها؟ قلت: (مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص) البيع (العقدي) و ذلك لان موضوعات الاحكام منزلة منزلة العرفي، الا اذا دل الدليل على تصرف الشارع في الموضوع زيادة او نقيصة (بل تقييدها) اي تقييد تلك الشروط (بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب،) و اللفظ انما يحمل على الغالب (و لما عرفت) هذا عطف على قوله «لانها بيع عرفي» و علة ثانية لاحتياج المعاطاة الى الشروط (من ان الاصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد، و عدم تأثيره شيئاً،) اصلاً حتى الإباحة، لانهما

خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء، من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة وبقى الباقي.

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضا و ان خصصنا الحكم بالبيع بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لانها معاوضة عرفية و ان لم يفد الملك بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد رحمه الله فى موضع من الحواشى، حيث قال: ان المعاظة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهى.

---

نويا الملك، فاذا لم يقع ما قصدا، كيف يقع ما لم يقصدا (خرج) من اصل الفساد (ما هو محل الخلاف بين العلماء، من حيث اللزوم و العدم) اى، ان المعاظة التى اختلفوا فيها فى انها تقيد اللزوم أم لا خرجت عن اصل الفساد (و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة) فان اصل الفساد لا يشمل هذه المعاظة (وبقى الباقي) و هى المعاظة الفاقدة للشروط فانها باقية على اصالة الفساد.

(وبما ذكرنا) من ان المعاظة بيع عرفى (يظهر وجه تحريم الربا فيها أيضا و ان خصصنا الحكم) بالتحريم للربا (بالبيع) لما عرفت من ان المعاظة بيع و قوله «و ان» وصلية (بل الظاهر التحريم) للربا فى المعاظة (حتى عند من لا يراها) اى المعاظة (مفيدة للملك) و وجه التحريم حتى على الاباحة (لانها معاوضة عرفية و ان لم يفد الملك) فما دل على حرمة الربا فى المعاظة شامل لها (بل معاوضة شرعية كما اعترف بها) اى بكونها معاوضة شرعية (الشهيد رحمه الله فى موضع من الحواشى، حيث قال: ان المعاظة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهى.) فيشملها قوله سبحانه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا».

و اما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور لانها جائزة عندهم فلا معنى للخيار و ان قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتي، عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة إلا ان اثره يظهر بعد اللزوم

---

اللهم الا ان يقال: ان الظاهر من الآية بقربنة المقابلة كون الربا المحرم فى المعاملة المعهودة.

(و اما حكم جريان الخيار فيها) اى فى المعاطاة بناء على انها تقييد الاباحة او الملك المتزلزل (قبل اللزوم) بتلف الطرف الاخر كما لو اعطى دينارا و اخذ سلعة، ثم اتلف ذلك الطرف الدينار، فانه يلزم التعاطى، و حينئذ لا بانس بالقول بجريان الخيار فى السلعة اذا ظهرت معيبة- مثلا-، لان المعاطاة بتلف الدينار صارت لازمة- و اما قبل تلف الدينار فلا معنى لجريان الخيار اذ التعاطى جائز (فيمكن نفيه) اى الخيار (على المشهور) القائلين بافادة المعاطاة الإباحة (، لأنها جائزة عندهم فلا معنى للخيار و إن قلنا بإفادة) المعاطاة (الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا) سواء افادت الملك المستقر او المتزلزل اما الملك المستقر فواضح و اما المتزلزل (بناء على صيرورتها) اى المعاطات (بيعا بعد اللزوم كما سيأتي، عند تعرض، الملزمات) للمعاطاة (ف) ان قلت: كيف و لا معنى للخيار و الملك متزلزل بنفسه؟ قلت: (الخيار موجود من زمان المعاطاة إلا ان اثره يظهر بعد اللزوم) فان من الممكن ان يكون موضع شىء مقدما على اثره كما فى خيار الشرط الذى يشترط اذا لم يعطه المال رأس السنة كان له الخيار.

و على هذا فيصح اسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم، و يحتمل ان يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجرى لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة الى الرد دون الارش فتجرى لعموم ادلتها.

و اما حكم الخيار بعد اللزوم

---

(و على هذا) اى وجود الخيار من اوّل وقت المعاطاة (فيصح اسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم) لانه حق و الحق قابل للاسقاط كما هو قابل للمصالحة (و يحتمل ان يفصل) فى مسألة جريان الخيار فى المعاطاة، (بين الخيارات المختصة بالبيع) كخيار المجلس (فلا تجرى لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار) اذ المنصرف من دليل الخيار انه انما جعل لاجل تمكن ذى الخيار من التخلص عن البيع اللازم، فاذا قلنا بان المعاطاة ليست لازمة فلا مساع للخيار فيها (و بين غيرها) اى سائر الخيارات التى تجرى فى البيع و غير البيع (كخيار الغبن و العيب بالنسبة الى الرد دون الارش) اذ الارش خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين و هو البيع.

و انما كان الارش خلاف الاصل لان المتعاملين انما اجريا البيع بان يكون المثلن الحاصل مقابل للثلن الخاص فاسترداد بعض الثمن مع بقاء المثلن من قبيل الجمع بين العوض و المعوّض لكن لا يخفى ما فى هذا الكلام فان عكسه و هو بقاء كل الثمن لدى البائع مع ان الجنس لا يسوى الا ببعضه كل للمال بالباطل و محل الكلام باب الخيارات (فتجرى) هذه الخيارات التى لا تخص البيع (لعموم ادلتها) فتشمل المعاطاة أيضا.

(و اما حكم الخيار بعد اللزوم) للمعاطاة بتلف احد الطرفين - مثلا -

### الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطاة و هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين

فالملك او الاباحة فى كل منهما بالاعطاء فلو حصل الاعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر او ملكيته فلا يتحقق المعاوضة و لا الاباحة رأسا لان كلا منهما ملك او مباح فى مقابل ملكه الاخر او اباحته الا ان الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين- تبعا للشهيد فى الدروس جعله من المعاطاة و لا ريب انه لا يصدق معنى المعاطاة لكن هذا لا يقدر

---

(فسيأتى بعد ذكر الملزمات) للمعاطاة.

(الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين) بان يعطى هذه السلعة و يعطى ذاك الثمن (فالملك او الاباحة) على الاختلاف فيما توجه المعاطاة (فى كل منهما) اى الطرفين (بالاعطاء) الفعلى (فلو حصل الاعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر او ملكيته) بان لم يعط الآخذ فى مقابل ما اخذه كما لو اخذ المشتري السلعة من الدكان و لم يعط الثمن- مثلا- و قوله «ملكته» من المصدر المضاف الى المفعول اى «مملوكيته» (فلا يتحقق المعاوضة) المملكة بين الجانبين (و لا الاباحة رأسا) اى اصلا (لان كلا منهما) اى من العوض و المعوض (ملك او مباح فى مقابل ملكه الاخر او اباحته) فللبائع الثمن فى مقابل كون المشتري يملك او يباح له المثلن فاذا لم يحصل احد الطرفين لم يحصل الطرف الاخر، هذا هو مقتضى المعاطاة (الا ان الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين- تبعا للشهيد) الاول (فى الدروس جعله من المعاطاة) اى جعل ما يكون الاعطاء من طرف جانب واحد فقط (و) اقول:

(لا ريب انه لا يصدق معنى المعاطاة) اذ المعاطاة مصدر باب المفاعلة و هذا الباب لا يصدق المعاطاة لغة على اعطاء طرف واحد فقط، (لا يقدر فى جريان حكمها) اى المعاطاة (عليه) اى على اعطاء طرف واحد فقط،

فى جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلى فىكون اقباض احد العوضين من مالكة تمليكا له بعوض او مبيحا له به و اخذ الاخر له تملكيا بالعوض او اباحة له يازاته فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه- على القول بالملك و البيع اشتراء و اخذه بيعا للمثمن به فىحصل الايجاب و القبول الفعليان بفعل واحد فى زمان واحد

(فى جريان حكمها) اى المعاظة (عليه) اى على اعطاء طرف واحد دون الطرف الاخر (بناء على عموم الحكم) اى حكم المعاظة- من ملك او اباحة (لكل بيع فعلى) فى مقابل البيع القولى (فىكون اقباض احد العوضين من مالكة) او وكيله- مثلا- (تمليكا له) اى لاحد العوضين (بعوض او مبيحا) ذلك المالك (له) اى لاحد العوضين (به) اى بالعوض الاخر (و اخذ الاخر له) كاعطاء البائع و اخذ المشتري (تمليكا له) اى لاحد العوضين (بالعوض) الاخر (او اباحة له) اى يأخذ بعنوان انه مباح له (يازاته) اى بمقابل العوض.

ثم ان قوله «تمليكا» الخ خبر «فىكون» (و ليس حالا)- كما لا يخفى (فلو كان المعطى) بصيغة المفعول (هو الثمن) كأن دفع المشتري الى البائع ديناراً، و لم يأخذ السلعة (كان دفعه) من المشتري (- على القول بالملك) اى بايجاب المعاظة البيع (و البيع) اى على القول بان المعاظة بيع (اشتراء) خبر «كان» اى ان المشتري بهذا الدفع يكون شاريا للسلعة من البائع (و اخذه) اى اخذ البائع هذا للثمن (بيعا للمثمن به) اى بمقابل هذا الثمن (فىحصل الايجاب و القبول الفعليان بفعل واحد) هو «الاخذ من البائع و الاعطاء من المشتري» (فى زمان واحد) فى مقابل ما ذا كان اعطاء للطرفين فانه يكون فى زمانين زمان الاخذ و زمان الاعطاء.



ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة اذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين.

و اما على القول بالإباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها فى الإباحة.

اللهم الا ان يدعى السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقية

---

(ثم صحة هذا) النحو من المعاطاة ذات الطرف الواحد (على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة) كما تصح النسيئة و السلف مع ان الاعطاء يكون من جانب واحد- فيما اذا كان بالصيغة- كذلك تصحان فيما اذا كان الاعطاء من جانب واحد، بدون الصيغة (اذ يدل عليها) اى على المعاطاة- حينئذ- (ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين) مثل **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَأَوْفُوا بِالعُقُودِ** منتهى الامر ان احدهما مع اللفظ و الاخر بدون لفظ.

(و اما) الصّحة (على القول بالإباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها) اى بالمعاطاة (لا دليل على تأثيرها فى الإباحة) فان دليل المعاطاة لا يشمل طرفا واحدا، وقد فرض عدم شمول ادلة الملك أيضا فلا دليل على صحة المعاطاة ذات الطرف الواحد.

(اللهم الا ان يدعى السيرة عليها) اى على المعاطاة ذات الطرف، الواحد (كقيامها) اى السيرة (على المعاطاة الحقيقية) فان المتعارف ان يذهب المشتري الى دكان الخباز ليأخذ خبزا بدون ان يعطيه الثمن او يعطى درهما ليرسل له الخبز مثلا و هكذا فى بعض الاجناس الاخر.

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن و اخذ المثلمن من غير صدق اعطاء اصلا فضلا عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفللس فى المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من سائر المحقرات كالخضرىات و نحوها.

و من هذا القبيل دخول الحمام و وضع الاجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته.

---

(وربما يدعى انعقاد المعاطاة ب) بامر ليس فيه اخذ و اعطاء اصلا حتى من جانب واحد- كما لو كان (مجرد ايصال الثمن و اخذ المثلمن من غير صدق اعطاء اصلا) و لو من جانب واحد (فضلا عن) صدق (التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفللس فى المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من سائر المحقرات كالخضرىات و نحوها) فى مقابل بيع الدار و البستان و ما اشبهه و كثير من المعاملات الغربية الآن تجرى على هذا النمط اذ يضع المال فى محل خاص فيخرج الحاجة التى يريدھا، بل يصرف المحل المال و يرد البقية بسبب الكهرياء التلقائية المعبر عنها «بالاوتوماتيكية» بل من هذا القبيل اذا صار غير المحقرات أيضا كذلك كالدور التى تبنيها الشركات فاذا وضع الثمن فى مكان خاص خرج للطالب حجة الملك الى واضع المال- نعم لا سيرة عند المسلمين على ذلك-.

(و من هذا القبيل) و ان لم يكن من باب البيع (دخول الحمام و وضع الاجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته) او وضع المال فى محل معد للنداء التلفونى و ما اشبه ذلك مما هو الآن كثير جدا و يكون من قبيل الاجارة.

فالمعيار فى المعاطاة وصول العوضين او احدهما مع الرضا بالتصرف و يظهر ذلك من المحقق الاردبيلى أيضا فى مسألة المعاطاة و سيأتى توضيح ذلك فى مقامه إن شاء الله تعالى.

ثم انه لو قلنا بان اللفظ غير المعتبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاة، امكن خلو المعاطاة من الاعطاء و الايصال رأسا فيتناولان على مبادلة شي ء بشي ء من غير ايصال. و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك.

---

(فالمعيار فى المعاطاة وصول العوضين او احدهما) و الوصول لا يلزم ان يكون الى الطرف بل الى جهته كدكانه و ما اشبه كما عرفت فى الامثلة المتقدمة.

(و يظهر ذلك) اى انه يكفى وصول احد الطرفين فى صدق المعاطاة، (من المحقق الاردبيلى أيضا فى مسألة المعاطاة و سيأتى توضيح ذلك فى مقامه إن شاء الله تعالى).

(ثم انه لو قلنا بان اللفظ غير المعتبر) شرعا كصورة تقديم القبول على الايجاب او اللفظ غير العربى - اذا شرطنا العربية- (فى العقد) اى فى عقد البيع (كالفعل) اى التعاطى (فى انعقاد المعاطاة امكن خلو المعاطاة من الاعطاء و الايصال رأسا) بان يكون هناك لفظ مجرد بدون كونه جامعا لشرائط العقد، حتى يكون بيعا بالصيغة، و لا كونه اعطاء او ايصالا حتى يكون معاطاة فعلية، (ف) مثلا (يتناولان على مبادلة شي ء بشي ء من غير ايصال) للمال (و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك) اى افادة المعاطاة للملك و ليس هذا من بيع الكالى بالكالى الباطل اذ هو فيما اذا كان السلعة و المال نسيئة و هذا نقد منتهى الامر لم يسلم الطرفان فى المجلس.

و اما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد

### الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية

مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدينير و الفلوس المسكوكة و واضح فان صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف.

و اما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية فاذا اعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا ان

---

(و اما على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة فالاشكال المتقدم) في قولنا «ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا» الخ (هنا أكد) لان في السابق كان ايصال للمال و هنا لا ايصال اصلا (الثالث تمييز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدينير و الفلوس المسكوكة و واضح) بخلاف، المعاملات القولية فانها لا تحتاج الى التمييز بذلك بل التمييز يقع باللفظ، فان البائع هو الذي يقول: بعت و المشتري هو الذي يقول اشتريت، او قبلت

اللهم الا اذا قلنا فيما اذا لم يقصدا البائعية و المشتريية و صح ان يقول كل منهما بعت اذ البيع لغة و الشراء بمعنى واحد ثم انه انما نحتاج الى تمييز البائع من المشتري لاجل بعض الخيارات كخيار الحيوان على المشهور من عدم جريانه بالنسبة الى البائع. و كيف كان (فان صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف) كان يقول: بعتك الدينار بهذه الشاة فيقول صاحبها قبلت.

(و اما مع كون العوضين من غيرها) او كانا النقدين (فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية فاذا اعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا ان

هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم، فيصدق عرفا انه اشترى اللحم بالحنطة و اذا انعكس انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدينار و الدرهم هو الثمن، و صاحبه هو المشتري و لو لم يلاحظ الا كون احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن فى العوضية او لوحظ القيمة فى كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقابولة تدل على كون احدهما بالخصوص

هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم، فيصدق عرفا انه اشترى اللحم بالحنطة) فيكون اللحم مثمنا و الحنطة ثمنا (و اذا انعكس) بان قصد ان هذا المقدار من اللحم يسوى درهما (انعكس الصدق) فيكون اللحم ثمنا، و كذا فيما اذا اعطى عشرة دراهم فى مقابل دينار فان قصد كون الدينار كالحب- الذي يسوى بعشرة دراهم- كان الدينار مثمنا، و ان قصد كون الدينار كذلك كان الدينار ثمنا (فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدينار و الدرهم هو الثمن، و صاحبه هو المشتري) هذا فيما اذا قصدا البدلية و لو لاحظ احدهما دون الاخر ففى كونه كالاول الذي ذكرناه او كالاتي اى الذي لم يلاحظ احدهما او كونه بالنسبة الى الملاحظ بيعا و شراء و بالنسبة الى غير الملاحظ معاملة مستقلة احتمالات (و لو لم يلاحظ)- بصيغة المجهول- فى المعاطاة (الا كون احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن فى العوضية) فكان كل واحد منهما مثمنا- لانه مقتضى كونهما سلعة- (او لوحظ القيمة فى كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم) أيضا (فتعاطيا) بعنوان مقابلة درهم بدرهم (من غير سبق مقابولة تدل على كون احدهما بالخصوص

بائعاً ففى كونه بيعاً و شراء بالنسبة الى كل منهما بناء على ان البيع لغة- كما عرفت- مبادلة مال بمال و الاشترء ترك شىء و الاخذ بغيره- كما عن بعض اهل اللغة- فيصدق على صاحب اللحم انه باعه بحنطة و انا اشترى الحنطة فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة

نعم لا يترتب عليهما احكام البائع و المشتري، لانصرافهما فى ادلة تلك الاحكام الى من اختص بصفة البيع و الشراء فلا يعم من كان فى معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين او كونه بيعاً.

بائعا) و الاخر مشترياً (ففى كونه بيعاً و شراء بالنسبة الى كل منهما) فكل واحد بائع باعتبار و مشتري باعتبار آخر (بناء على ان البيع لغة- كما عرفت-) فى اول مبحث البيع (مبادلة مال بمال و الاشترء ترك شىء و الاخذ بغيره- كما عن بعض اهل اللغة-) فيصدق هذان التعريفان على كل من صاحب اللحم و صاحب الحنطة (فيصدق على صاحب اللحم ان باعه بحنطة و انه اشترى الحنطة) باللحم (فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة) لانه بائع و مشتري فى حال واحد بل تكون عليه كفارتان لو حلف مرتين مرة على عدم بيع اللحم و مرة على عدم شراء الحنطة.

(نعم لا يترتب عليهما) اى صاحبى اللحم و الحنطة (احكام البائع و لا المشتري، لانصرافهما فى ادلة تلك الاحكام الى من اختص بصفة البيع و الشراء) بان كان بايعاً فقط او مشترياً فقط، اما الاحكام الشاملة لهما كقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و ما اشبه فيعمهما (فلا- يعم) الاحكام الخاصة باحدهما (من كان فى معاملة واحدة مصداقاً لهما) اى للبائع و المشتري (باعتبارين) فباعتبار انه معطى للحم بايع و باعتبار انه اخذ للحنطة مشتري (او كونه) عطف على قوله «ففى كونه بيعاً و شراء» (بيعا

بالنسبة الى من يعطى أولاً لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبة الى الآخذ لكونه قابلاً عرفاً او كونها معاطاة مصالحة لانها بمعنى التسالم على شيء و لذا حملوا الرواية الواردة في قول احد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى، على الصلح او كونها معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوة، لصدق تعريف البائع لغة و عرفاً على الدافع أولاً دون الاخر و صدق المشتري على الاخذ أولاً دون الاخر فتدبر.

---

بالنسبة الى من يعطى أولاً لصدق الموجب عليه) عرفاً (و شراء بالنسبة الى الاخذ) أو لا (لكونه قابلاً عرفاً) فيما اذا اعطى احدهما أولاً- لا اذا تحقق الاخذ و الاعطاء فى آن واحد- (او كونها معاطاة مصالحة) لا معاطاة بيع (لانها بمعنى التسالم على شيء و لذا) الآذى كان التصالح بمعنى التسالم (حملوا الرواية الواردة فى قول احد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى، على الصلح) لا على البيع (او كونها معاوضة مستقلة) جديدة لا يبيعا و لا صلحا (لا يدخل تحت العناوين المتعارفة) فيشملة قوله تعالى:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» او «تجارة عن تراض منكم» (وجوه) أربعة (لا يخلو ثانيها) اى كونه يبيعا الى من يعطى أولاً (عن قوة، لصدق تعريف البائع لغة و عرفاً على الدافع أولاً دون الاخر) الدافع ثانيا (و صدق المشتري على الاخذ أولاً دون الاخر فتدبر) بانه:

أولاً لا يتحقق فى صورة المعاطاة العرفية بان اعطى كل منهما فى آن اخذه من الاخر.

و ثانيا الصدق العرفى محل اشكال بعد ان لم يكن احدهما ثمناً و لا قصداً ذلك لان الثمن يعطى أولاً و ثانياً رأيت ان مشتري الخبز قد

**الرابع: أن أصل المعاطاة و هي إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه:**

**أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر**

فيكون الآخر في أخذه قابلاً- و متملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه

---

يعطى الثمن أولاً ثم يأخذ الخبز فدعوى الصديق العرفي فضلاً عن الشرعي محل اشكال.

(الرابع: ان اصل المعاطاة و هي اعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه) تسعة، حاصلة من ضرب ابدال كل من التملك و الاباحة و نفس العين بالآخر، مثلاً قد يكون ابدال تملك بتملك او تملك باباحة، او تملك بعين، و كذلك قل بالنسبة الى الاباحة و نفس العين.

(احدها: ان يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلاً و متملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك) جديد- بخلاف صورة كون التملك في مقابل التملك- (بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها) و عليه (فدفع العين الثانية) من الشخص الآخر (خارج عن حقيقة المعاطاة ف) النتيجة انه (لو مات الآخذ) كعمرو (قبل دفع ماله) الذي هو الدينار (مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه) اي وجه حصول المعاطاة بطرف

ص: 151



صَحَّحْنَا سَابِقًا عَدَمَ تَوَقُّفِ الْمَعَاوَةِ عَلَى قَبْضِ كِلَا الْعُضْوَيْنِ فَيَكُونُ اِطْلَاقُ الْمَعَاوَةِ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ حَصُولُ الْمَعَاوَةِ فِيهِ بِالْعَطَاءِ دُونَ الْقَوْلِ لَا مِنْ حَيْثُ كَوْنِهَا مَتَّقَوْمَةً بِالْعَطَاءِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ.

وَمِثْلُهُ فِي هَذَا الْاِطْلَاقِ لَفْظِ الْمَصَالِحَةِ وَالْمَسَاقَاةِ وَالْمِزَارَعَةِ وَالْمُؤَاجِرَةِ وَغَيْرِهَا.

وَبِهَذَا الْاِطْلَاقِ يَسْتَعْمَلُ الْمَعَاوَةَ فِي الرَّهْنِ وَالْقَرْضِ وَالْهَبَةِ وَرَبْمَا يَسْتَعْمَلُ فِي الْمَعَاوَةِ الْحَاصِلَةِ

---

وَاحِدٍ (صَحَّحْنَا سَابِقًا) فِي الْأَمْرِ الثَّانِي (عَدَمَ تَوَقُّفِ الْمَعَاوَةِ عَلَى قَبْضِ كِلَا الْعُضْوَيْنِ) بَلْ يَكْفِي قَبْضَ أَحَدِهِمَا (فَيَكُونُ اِطْلَاقُ الْمَعَاوَةِ عَلَيْهِ) مَعَ أَنَّ الْمَعَاوَةَ مَصْدَرٌ بَابِ الْمَفَاعَلَةِ الظَّاهِرَةُ فِي كَوْنِهَا بَيْنَ اثْنَيْنِ - كَمَا تَقْدُمُ - (مِنْ حَيْثُ حَصُولُ الْمَعَاوَةِ فِيهِ بِالْعَطَاءِ دُونَ) حَصُولِ الْمَعَاوَةِ ب (الْقَوْلِ) وَاللَّفْظِ (لَا مِنْ حَيْثُ كَوْنِهَا مَتَّقَوْمَةً بِالْعَطَاءِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا طَرْفَيْنِ فِيهَا.

(وَمِثْلُهُ) أَي لَفْظِ الْمَعَاوَةِ فِي الْمَقَامِ (فِي هَذَا الْاِطْلَاقِ) عَلَى مَا كَانَ لَهُ جَانِبٌ وَاحِدٌ (لَفْظِ الْمَصَالِحَةِ وَالْمَسَاقَاةِ وَالْمِزَارَعَةِ وَالْمُؤَاجِرَةِ وَغَيْرِهَا) حَيْثُ أَنَّ الْمَوْجُودَ لَفْظَ «الْصَلْحِ» وَ«السَّقْيِ» وَ«الزَّرَاعَةِ» وَ«الْإِجَارَةِ» لَا أَنَّ الْأَمْرَ مِنَ الطَّرْفَيْنِ، إِذْ أَحَدُهُمَا مُوجِبٌ وَالْآخَرُ قَابِلٌ لَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَفْعَلُ عَيْنَ مَا يَفْعَلُهُ الْآخَرُ - كَمَا فِي الْمِضَارِبَةِ - فَانَّهُ يَضْرِبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ.

(وَبِهَذَا الْاِطْلَاقِ) أَي وَجُودِ الْمَبْدَأِ الْعَطَائِيِّ لَا - كَوْنِ الْأَمْرِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ (يَسْتَعْمَلُ الْمَعَاوَةَ فِي الرَّهْنِ وَالْقَرْضِ وَالْهَبَةِ) فَيُقَالُ «الرَّهْنُ الْمَعَاوَاتِي» مِثْلًا - مَعَ أَنَّهُ لَا - يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَنْسَهُ رَهْنًا، بَلِ الرَّاهِنُ مُتَقَدِّمٌ بِالرَّهْنِ وَالْقَبُولُ (وَرَبْمَا يَسْتَعْمَلُ) لَفْظَ الْمَعَاوَةِ (فِي الْمَعَاوَةِ الْحَاصِلَةِ)

بالفعل و لو لم يكن عطاء وفي صحته تأمل.

### ثانيها: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله اياه

فالمقابلة بين التملكين لا الملكين و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاظة و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب الى الهبة المعوضة، لكون كل من المالين خاليا عن العوض لكن اجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل، اذ لو لم يملكه الثاني هنا

---

بالفعل) كأن اخذ زيد مال عمرو، و اخذ عمرو مال زيد (و لو لم يكن عطاء) من المالك و الحاصل ان «المعاظة» قد يصدق بدون «التعاطي» و قد يصدق بدون «العطاء» اصلا (و في صحته تأمل) لانه لا إنشاء تملك قولا و لا فعلا، اما قولا فواضح، و اما فعلا فلان المالك لم يعط شيئا و انما اخذ الطرف ماله.

(ثانيها: ان يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك) الآخر (ماله اياه) فيملك محمدا داره عليا في مقابل تملك علي الف دينار لمحمد (فالمقابلة بين التملكين لا الملكين) اى الفعل يقع في مقابل الفعل لا ان العين تقع في مقابل العين (و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين فلو مات الثاني قبل الدفع) و التملك (لم يتحقق المعاظة)- بمعناها اللغوي- اذ العطاء و التملك صار من جانب واحد (و هذا) القسم اى المقابلة بين التملكين (بعيد عن معنى البيع) اذ المقابلة في البيع بين العوضين، لا الفعلين (و قريب الى الهبة المعوضة، لكون كل من المالين خاليا عن العوض) قوله «لكون» علة لقوله «بعيد»، (لكن اجراء حكم الهبة المعوضة عليه) أيضا (مشكل، اذ لو لم يملكه الثاني هنا) في باب

لم يتحقق التمليك من الاول لانه انما ملكه بإزاء تمليكه فما لم يتحقق تمليك الثانى لم يتحقق تملكه الا ان يكون تمليك الاخر له ملحوظا عند تمليك الاول على نحو الداعى لا العوض فلا يقدح تخلفه.

فالاولى ان يقال: انها مصالحة و تسالم على امر معين او معاوضة مستقلة

### ثالثها: ان يقصد الأول إباحة ماله بعوض

التمليك (لم يتحقق التمليك من الاول) و الهبة المعوضة ليست كذلك اذ تتحقق الهبة و ان لم يتحقق العوض (لانه انما ملكه بإزاء تمليكه) فمحمد انما ملك عليا بإزاء ملك على اياه (فما لم يتحقق تمليك الثانى لم يتحقق تملكه) اى تملك الثانى لان التمليك فى مقابل التمليك (الا ان يكون تمليك الاخر) كعلي (له) للاول كمحمد- فى المثال- (ملحوظا عند تمليك الاول) كمحمد (على نحو الداعى لا العوض) كما لو كان داعى محمد فى تمليك على ان يملكه على الف دينار بان كان تمليك محمد له بلا مقابل و حينئذ يمكن ان يقال: انه من قبيل الهبة المعوضة (ف) حينئذ الذى كان بنحو الداعى (لا يقدح تخلفه) فى تمليك عليّ للدار- مثلا- كما قرر فى سائر مباحث تخلف الداعى كما لو اشترى الخبز بداعى وجود الضيف ثم تبين ذهابهم او اشترى الدواء بداعى سقيه المريض ثم تبين شفائه قبل ذلك.

(فالاولى ان يقال: انها) اى التمليك فى مقابل التمليك (مصالحة و تسالم على امر معين) و الصلح جائز بين المسلمين سواء افاد فائدة احدى المعاملات المعروفة أم لا (او معاوضة مستقلة) و نقول بصحة مثل هذه المعاوضات لاطلاق ادلة تجارة عن تراضى و أوفوا بالعقود و امثال ذلك.

(ثالثها: ان يقصد الاول) كمحمد (إباحة ماله) الدار (بعوض) هو

فيقبل الاخر باخذه اياه فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعض و من الثانى بقبوله لها التمليك كما لو صرح ابحت لك كذا بدرهم

### رابعها أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى

فيكون إباحة بإزاء إباحة او إباحة لداعى إباحة على ما تقدم نظيره فى الوجه الثانى من امكان تصوّره على نحو الدّاعى و على نحو العوضيّة.

و كيف كان فالاشكال فى حكم القسمين الاخيرين على فرض قصد المتعاطين لهما.

---

الف دينار (فيقبل الاخر) كعلى (باخذه اياه) المال (فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعض و) الصادر (من الثانى بقبوله لها التمليك) اى يصدر من الثانى تمليك الف دينار فى ضمن قبوله للاباحة، فمعنى قبول على دار محمد تمليكه لالف دينار فقوله «التمليك» خبر «يكون» اى «يكون الصادر من الثانى التمليك بضمن قبوله للاباحة من الاول» (كما لو صرح) الاول بقوله (ابحت لك كذا بدرهم) فقال الثانى قبلت (رابعها ان يقصد كل منهما الاباحة بإزاء إباحة اخرى فيكون إباحة بإزاء إباحة) كما لو قال ابحت دارى فى قبال اباحتك دنانيرك (او إباحة لداعى إباحة) كما لو إباحة الدار و كان داعيه فى هذه الاباحة ان يبيح له دنانيره (على ما تقدم نظيره) اى نظير الاباحة فى قبال إباحة، او فى الداعى الاباحة (فى الوجه الثانى من امكان تصوّره على نحو الدّاعى و على نحو العوضيّة) اما سائر الوجوه التسعة فتعرف من هذه الوجوه فلا حاجة الى تفصيل الكلام حولها.

(و كيف كان فالاشكال فى حكم القسمين الاخيرين) الثالث و الرابع (على فرض قصد المتعاطين لهما) قوله «فالاشكال» مبتدأ حذف خبره اى «واقع»

و منشأ الاشكال: أوّلا الاشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بان يقول: ابحت لك كل تصرف من دون ان يملكه العين، و ثانيا الاشكال في صحة الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من إباحة و تمليك.

فنقول: اما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر انه لا يجوز اذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد اذن المالك فان اذن المالك ليس مشرعا و انما يمضى فيما يجوز شرعا فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بان يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول، كما صرح به العلامة في

---

(و منشأ الاشكال: أوّلا الاشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف) كالوطى و الهبة و العتق و ما اشبهه (بان يقول:

ابحت لك كل تصرف من دون ان يملكه العين) وقد تقدم هذا الاشكال في أوّل المعاطاة.

(و ثانيا: الاشكال في صحة الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من إباحة و تمليك،) اذ يبيح الاول ماله بإزاء تمليك الثانى اياه (فنقول: اما) الاشكال الاول اى (إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر انه لا يجوز اذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد اذن المالك) فانه لا حق للمالك الى هذا المقدار و انما حقه فى حدود الشرع، و المقدار الذى اجازة لا اكثر من ذلك (فان اذن المالك ليس مشرعا) بان يبيح ما لا يبيحه الشرع (و انما يمضى) اذن المالك (فيما يجوز شرعا) فيكون اذنه فى عتق عبده عن نفس المعتق كاذنه فى قطع يد عبده، فكما لا يجوز الثانى كذلك لا يجوز الاول فان الشارع لم يأذن فى ايهما (فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه) كان يبيح زيد مال عمرو لنفسه (بان يملك) البائع (الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول، كما صرح به العلامة فى

القواعد فكيف يجوز للمالك ان يأذن فيه.

نعم يصح ذلك باحد وجهين، كلاهما فى المقام مفقود.

احدهما ان يقصد المبيع بقوله: ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك إنشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة او فى نقله أولا الى نفسه ثم بيعه او تمليكا له بنفس هذه الاباحة فيكون إنشاء تمليك له ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرح فى التذكرة بان قول الرجل لمالك العبد: اعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لتمليكه و اعتاق المولى عنه جواب لذلك

القواعد) لان مفهوم المبادلة: خروج البديل عن ملك من يدخل المبدل فى ملكه (فكيف يجوز للمالك) اى كيف يعقل للمالك (ان يأذن فيه) وهل هو الا اذن بالمستحيل، وكذلك بالنسبة الى غير الجائر شرعا وان جاز عقلا.

(نعم يصح ذلك) البيع لمال المالك ليدخل الثمن فى كيس البائع (باحد وجهين، كلاهما فى المقام مفقود) اى مقام اباحة جميع التصرفات.

(احدهما ان يقصد المبيع بقوله: ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك إنشاء توكيل له) اى للطرف (فى بيع ماله) اى مال المبيع (له) اى للطرف، (ثم نقل الثمن) الذى يكون للمبيع (الى نفسه بالهبة او) إنشاء توكيل للطرف (فى نقله) اى نقل مال المبيع (أولا الى نفسه) بالهبة (ثم بيعه) حتى يدخل الثمن فى ملك الطرف راسا (او) يقصد (تمليكا له) اى للطرف (بنفس هذه الاباحة فيكون) ما بصورة الاباحة (إنشاء تمليك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله)، اى قبول ذلك التمليك (كما صرح فى التذكرة بان قول الرجل لمالك العبد: اعتق عبدك عنى بكذا) اى بمقابل ان اعطيك لا عوض عبدك (استدعاء) من الرجل القائل (لتمليكه) اى تمليك المالك العبد للرجل (و اعتاق المولى عنه) اى عن المستدعى (جواب لذلك

الاستدعاء فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدّر وقوعه قبل العتق انا ما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع و لا- شك ان المقصود في ما نحن فيه ليس الاذن في نقل المال الى نفسه أولا و لا في نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التمليك بالإباحة المذكورة و لا قصد المخاطب التمليك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو اجمالا في مسألة اعتق عبدك عنى

الاستدعاء) فهو استيجاب و ايجاب (فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و) ب (الجواب) الى المعتق (و يقدر وقوعه) اى الملك للعبد (قبل العتق انا ما فيكون هذا) الاعطاء و عتق المخاطب (بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع) و انما لا يحتاج لما نرى من صحة ذلك شرعا هذا غاية تقريب الوجه الاول حيث قلنا «نعم يصح ذلك باحد وجهين» (و لا شك) فى عدم جريانه فى مقامنا الذى هو إباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك بالمعاطاة التى تفيد الإباحة اذ (ان المقصود فى ما نحن فيه ليس الاذن فى نقل المال الى نفسه أولا) فان معنى ابحت لك، ليس «انك انقل المال الى نفسك» (و لا فى نقل الثمن إليه) اى الى نفسه (ثانيا) بان يبيع السلعة للمالك ثم ينقل ثمنها الى نفسه (، و لا قصد التمليك بالإباحة المذكورة) فانه حين قال: «ابحت لك» لم يقصد «ملكته اياه» (و لا قصد المخاطب) الاخذ للمال (التمليك عند البيع) فيكون الإباحة نقلا، و بيع المخاطب تملكا- مثل اعتق العبد عنى - (حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان) التمليك الضمنى (مقصودا و لو اجمالا فى مسألة اعتق عبدك عنى) كما تقدم وجه كونه تمليكا اجماليا

ولذا عدّ الخاصة و العامة من الاصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها بانها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا او شرعا عليه فمثلوا للعقلى بقوله تعالى و اسألوا القرية و للشرعى بهذا المثال و من المعلوم- بحكم الفرض ان المقصود فيما نحن فيه ليس الا مجرد الاباحة.

الثانى- ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع

---

(ولذا) الذي ذكرنا انه مقصود اجمالى فى «اعتق عبدك عنى» (عدّ الخاصة و العامة من الاصوليين دلالة هذا الكلام) اى اعتق عبدك عنى (على التمليك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها بانها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا او شرعا عليه) اى على تلك الدلالة حتى انه لو لم تكن تلك الدلالة لزم بطلان الكلام عقلا، او فساده شرعا (فمثلوا للعقلى بقوله تعالى و اسألوا القرية) حيث ان القرية ليست اهلا للتوجيه الكلام فاللازم ان يراد «اسئل اهل القرية» (و للشرعى بهذا المثال) اى اعتق عبدك عنى» حيث انه لا يصح عتق الانسان الا فى مال نفسه فمعنى «اعتق عبدك عنى» اعتقه بعد ان جعله ملكا لى (و من المعلوم بحكم الفرض) اى ان الاباحة مفروض المسألة (ان المقصود فيما نحن فيه ليس الا- مجرد الاباحة) فمن اين يكون «ابحت لك» مثل «اعتق عبدك عنى» حتى يفيد تمليك المخاطب للمال لنفسه أولا، ثم يبيعه، او يبيعه أولا ثم تمليك الثمن لنفسه.

(الثانى- ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون) ذلك الدليل (كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع



آنا ما فيقع البيع في ملكه او يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص انا ما لا يقبل غير العتق فانه حينئذ يقال بالملك المقدر انا ما للجمع بين الادلة و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه اذ المفروض انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة

آنا ما فيقع البيع في ملكه) قوله «بمجرد الاباحة» لا يريد به وقت الاباحة حتى يناقض مع قوله «عند إرادة البيع» بل المراد «بصرف الاباحة» بدون قصد المعطى الملك، (او يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع) الى المباح له بان يقع البيع للمبيح و ينتقل الثمن إليه ثم ينتقل الثمن الداخلى في ملك المبيح الى ملك المباح له (فيكون ذلك) الذي ذكر من دخول «المشمن قبل البيع آنا ما في ملك المباح له»، او دخول «الثمن» بعد البيع في ملك المباح له، بعد كونه آنا ما دخل في ملك المبيح (شبه دخول العمودين في ملك الشخص) الأب، و الابن (انا ما لا يقبل غير العتق) و ذلك جمعا بين دليل لا عتق الا في ملك، و بين دليل ان الانسان لا يملك العمودين- الاباء و الاولاد- (فانه حينئذ) حين ورد دليل صحة ملك العمودين و عتقهما (يقال بالملك المقدر انا ما) و معنى «المقدر» انه ليس حقيقا حتى يثبت بالنسبة إليه ما يثبت لسائر الاملاك (للجمع بين الادلة) كما عرفت (و هذا الوجه) اى الجمع بين الادلة المقضية للملك انا ما (مفقود فيما نحن فيه) اى دخول المباح في ملك المباح له انا ما قبل البيع او دخول ثمنه بعد البيع (اذ المفروض انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة) اى إباحة التصرف، بجميع انواع التصرف حتى البيع.

و اثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون على اموالهم» يتوقف على عدم مخالفة مؤداها لقواعد اخر مثل توقف انتقال الثمن الى الشخص على كون المثلن مالا له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطي على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الاذن فى مطلق التصرف.

و لاجل ما ذكرنا صرح المشهور- بل قيل لم يوجد خلاف:-

فى انه لو دفع الى غيره مالا، و قال: اشتر به لنفسك طعاما، من غير قصد الاذن فى اقتراض المال قبل الشراء

---

(و اثبات صحته) اى صحة عموم الاباحة (بعموم مثل «الناس مسلطون على اموالهم») بان يقال المالك كان مسلطا على ماله فاذا اباحه للطرف بقول مطلق- جاز للطرف ان يتصرف فيه بكل انواع التصرف حتى البيع و نحوه (يتوقف على عدم مخالفة مؤداها) اى مؤدى قاعدة الناس مسلطون (لقواعد اخر) مما هى مقدمة على «الناس مسلطون» (مثل توقف انتقال الثمن الى الشخص على كون المثلن مالا له) لما تقدم من انه لا يعقل ان يخرج المثلن من كيس شخص ليدخل ثمنه فى كيس شخص اخر (و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطي على التحليل بصيغة خاصة) اذ لا عتق الا فى ملك و لا وطي الا بالملك او التحليل او النكاح دواما و انقطاعا و ليس فى الاباحة احد المذكورات ف (لا) يصح الوطي (بمجرد الاذن فى مطلق التصرف) و من المعلوم ان هذه القواعد مقدمة على «الناس مسلطون».

(و لاجل ما ذكرنا) من ان «الناس مسلطون» لا يفى باجازة التصرف المملك و ما اشبه (صرح المشهور- بل قيل لم يوجد خلاف:- فى انه لو دفع الى غيره مالا و قال: اشتر به لنفسك طعاما، من غير قصد الاذن) من المعطى (فى اقتراض المال قبل الشراء) حتى يكون المال للاخذ فيكون

او اقتراض الطعام او استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح كما صرح به فى مواضع من القواعد و علّله فى بعضها بانه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير و هو كذلك فان مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و الا لم يكن عوضا و بدلا .

و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف.

---

الطعام له (او اقتراض الطعام) بعد الشراء (او استيفاء الدين منه) اى دينه الذى عليه من صاحب الطعام بان اشترى الطعام لنفسه، و جعل المال الذى اقترضه من المالك، اداء لذلك الدين (بعد الشراء لم يصح) اشتراء الطعام لنفسه من مال المالك (كما صرح به) اى بعدم الصحة (فى مواضع من القواعد و علّله فى بعضها) اى بعض تلك المواضع (بانه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير) بان يخرج الثمن من كيس المعطى ليدخل الطعام فى كيس الآخذ (و هو كذلك) اى ما ذكره القواعد من التعليل صحيح (فان مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و الا لم يكن عوضا و بدلا) و مثله ما لو كانت الاطراف، أربعة، كما لو اعطى زيد لعمر ديناراً فى مقابل ان يعطى خالد لبكر طعاماً، و ربما قيل بالصحة فى الفرضين لان المقصود التبادل بين الشئيين و هو حاصل و ان لم يحصل التبادل بين محل المالين الذين هما كيس البائع و كيس المشتري - و قد تقدم الكلام حول هذا المبحث اجمالاً -

(و لما ذكرنا) من ان الاباحة لا تفيد جميع التصرفات (حكم الشيخ و غيره بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف) اى تصرف الموهوب له

لكن لا يجوز و طى الجارية مع ان الاباحة المتحققة من الواهب تعم جميع التصرفات و عرفت أيضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا و طى الجارية مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة.

و دعوى ان الملك التقديرى هنا أيضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص بل يكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم «الناس مسلطون على اموالهم» الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة و بين ادلة توقف مثل العتق و البيع على الملك

---

(لكن لا يجوز و طى الجارية) الموهوبة (مع ان الاباحة المتحققة من الواهب تعم جميع التصرفات) فلو كانت مؤثرة لجاز الوطى أيضا (و عرفت أيضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و لا و طى الجارية) لان هذه الامور تتوقف على الملك و لا ملك مع المعاطاة (مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة) الشاملة لهذه الامور فيدل كلام الشهيد انه لا اثر لمثل هذه الاباحة.

(و دعوى ان الملك التقديرى) اى تقديرنا للملك أنا ما، ليصح الامر المتوقف على الملك (هنا) فى باب المعاطاة (أيضا) كباب اعتق عبدك عنى و باب عتق العمودين (لا يتوقف على دلالة دليل خاص) يدل على الملك التقديرى (بل يكفى الدلالة) الاقتضائية (بمجرد الجمع بين عموم «الناس مسلطون على اموالهم» الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة) الشاملة للوطى و العتق و ما اشبه (و بين ادلة توقف مثل العتق و البيع على الملك) فدليل السلطنة تقول ان المعطى له سلطة على مثل هذه الاباحة و دليل «لا عتق» يقول لا يصح ان يعتق الاخذ مال المعطى فالجمع بينهما بان تقول ان العبد يكون مال الآخذ- أنا ما- حين إرادة عتقه فيعتق من قبل

نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديرى.

مدفوعة بان عموم «الناس مسلطون على اموالهم» انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه

الآخذ (نظير الجمع بين الأدلة) دليل لا عتق الا فى ملك و دليل ان الانسان لا يملك العمودين و دليل انه يعتق العمودان بمجرد شرائهما  
مثلا-.

(مدفوعة) خبر «دعوى» (ب) الفرق بين الأدلة الخاصة الموجودة فى مسألة عتق العمودين، و بين مسألة المعاطاة اذ لو نقل هناك بالملك  
التقديرى لزم اسقاط دليل عن الدلالة، بخلاف ما نحن فيه فانه اذا لم نقل بالملك التقديرى لا يلزم منه الا عدم الآخذ بعموم «الناس  
مسلطون»، و عدم الآخذ بهذا العموم لا محذور فيه لانه:

أولا- لا دلالة فيه اذ الظاهر منه ان عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم.

و ثانيا على تقدير الدلالة لزم تخصيصه ف (ان عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على  
احكامهم) كما سبق مثلا الانسان مسلط ان يبيع داره، و ليس مسلطا ان يوقع صيغة البيع على نحو تقديم القبول على الايجاب- لو قلنا  
باشترط تقديم الايجاب على القبول- و كذلك تسلط الناس على انفسهم المستفاد من قوله تعالى «النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم» انما  
يكون تسلط فى نطاق الشرع فلا- يحق للمرأة ان توهب نفسها لرجل- مثلا- لان الهبة لم يجعلها الشارع مبيحا للبضع و هكذا. اذا  
(فمقتضاه) اى مقتضى تسلط الناس على اموالهم

ص: 164

امضاء الشارع لباحة المالك كل تصرف جائز شرعا فالباحة وإن كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

و من المعلوم ان بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدال على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض فلا يشمل العموم فى «الناس مسلطون على اموالهم» حتى يثبت التنافى بينه و بين الادلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى انا ما.

و بالجمله دليل عدم جواز بيع ملك الغير او عتقه لنفسه

---

(امضاء الشارع لباحة المالك كل تصرف جائز شرعا) لا التصرف الذى ليس بجائز شرعا- كالوطى بدون الملك او العتق بدون الملك، او ما اشبهه- (فالباحة) من المالك (وإن كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فى الشريعة) كالتصرف و الاكل و الاهداء و ما اشبهه بالنسبة الى المال المباح له كان يأكل الطعام و يتصرف باللباس باللبس و يوقد بالحطب و ما اشبهه.

(و من المعلوم ان بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل) الذى يقول بان البدل يلزم ان يدخل فى ملك من خرج المبدل من ملكه (و النقل) الذى يقول لا- بيع الا- فى ملك (الدال على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض فلا يشمل) اى لا يشمل «بيع الانسان مال غيره لنفسه» (العموم فى «الناس مسلطون على اموالهم» حتى يثبت التنافى بينه) اى بين العموم المذكور (و بين الادلة الدالة على توقف البيع على الملك) كقوله عليه السلام لا بيع الا فى ملك (فيجمع) اى حتى يجمع (بينهما) اى بين العموم و بين دليل توقف البيع على الملك (بالتزام الملك التقديرى انا ما).

(و بالجمله دليل عدم جواز بيع ملك الغير او عتقه لنفسه) مقابل عتقه

حاكم على عموم «الناس مسلطون على اموالهم» الدال على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالندر و العهد اذا نذر عتق عبد غيره له او لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر نعم لو كان هناك تعارض و تزام من الطرفين بحيث امكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري أنا ما.

عن المالك (حاكم على عموم «الناس مسلطون» على اموالهم الدال على امضاء) الشارع (الاباحة المطلقة من المالك- على اطلاقها-) من «على»، متعلق ب «امضاء» و الحكومة هنا (نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالندر و العهد) فيما (اذا نذر عتق عبد غيره له) اي للغير (او لنفسه) اي لنفس الناذر كان ينذر زيد عتق عبد بكر لبكر او عن نفسه فان النذر باطل (فلا يتوهم الجمع بينهما) اي بين دليل: «ف بنذرك» و دليل «لا نذر الا في ملك» (بالملك القهري للناذر) أنا ما، بل دليل «لا نذر الا في ملك» يدل على تخصيص «يوفون بالندر» بما اذا كان متعلق النذر مملوكا للناذر (نعم لو كان هناك تعارض و تزام من الطرفين) بأن لم يكن احد الدليلين حاكما على الدليل الآخر (بحيث امكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري أنا ما) كما لو كان هناك دليل خاص يدل على جواز الاباحة المطلقة حتى المتوقفة على الملك، فالجمع بين دليل يقول:

«لا وطى الا في ملك» و بين دليل يقول «يصح كل تصرف حتى الوطي» ان الأمة تكون أنا ما للمباح له ثم يطأها، لكن ليس فى المقام دليل يدل على أنه يصح كل تصرف، و انما الدليل هو: «الناس مسلطون على اموالهم»

و اما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع و العتق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه، فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت

(فتأمل) فانه لو كان هناك أيضا دليل خاص لا يمكن الجمع المذكور لأنه اذا كان هناك بينهما عموم من وجه فان كان لاحدهما ترجيح على الاخر فى مورد الاجتماع- يلزم القول بتقديم ذى المرجح، و ان لم يكن لأحدهما ترجيح، يلزم القول بالتساقط فى صورة التعارض، و مرجحات التزاحم فى صورة التزاحم، فلا مجال للقول بالملك أنا ما.

(و) ان قلت: فكيف التزتم بالملك التقديرى فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب، او عتقه، حيث جمعتم بين «صحة الهبة» المقتضية لكون العبد للموهوب له، و بين «لا- بيع الآ فى ملك» المقتضى لعدم صحة بيع الواهب بيع عبد الموهوب له، و بين «ما دلّ على صحة بيع الواهب» لما وهبه، قلت (اما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع و العتق) اى الآن الآذى يعقبه البيع و العتق (فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب) هبة جائزة (او اعتقه، فليس ملكا تقديريا) و هو ما يكون فى حكم الملك، و ليس بملك حقيقة، و معنى كونه فى حكم الملك، ترتب آثار الملك عليه اذ اقسام الملك ثلاثة:

الملك الحقيقى المطلق الذى فيه مقتضى البقاء.

و الملك الحقيقى الآنى الذى لا اقتضاء للبقاء فيه.

و الملك التقديرى و يسمى بالملك الحكمى و هو ليس بملك اصلا و انما فيه آثار الملك (نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت) حيث يقدر



او شراء العبد المعتقد عليه بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله فى الآن المتصل بناء على الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه.

و بالجمله، فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمنى المذكور او لا فى اعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد و لا على الملك المذكور ثانيا فى شراء من ينعق عليه، لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك و

---

ملك الميت للدية- فيما اذا قتل - ثم ينتقل المال من الميت الى ورثته، فأن الميت لا يملك، لكنه يحكم على الدية بحكم مال الميت (او شراء العبد المعتقد عليه) فى مسألة العمودين حيث ان الولد لا يملك الأب اصلا، و انما يقدر بانه صار ملكا له مقدمة لانعتاقه عليه (بل هو) اى ملك الواهب للموهب قبل ان يعتقه، أنا ما- (ملك حقيقى حاصل) للواهب (قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله) اى قبل ان يبيعه الواهب (فى الآن المتصل) بالبيع او بالعتق (بناء على الاكتفاء بمثل هذا) الملك الآنى (فى الرجوع) اى رجوع الواهب فيما وهبه (و ليس كذلك فيما نحن فيه) الذى هو إباحة التصرفات فى المعاطاة.

(و بالجمله، فما نحن فيه لا- ينطبق على التمليك الضمنى المذكور أولا فى اعتق عبدك عنى) الذى كان معناه: ملكنى عبدك ثم اعتقه (لتوقفه)، اى التمليك الضمنى (على القصد) و لا يقصد مبيح التصرفات التمليك (و لا على الملك) الآنى (المذكور ثانيا فى شراء من ينعق عليه، لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط) اى: الناس مسلطون على اموالهم.

(و دليل توقف العتق على الملك) اى لا عتق الا فى ملك (و) توقفه على

عدم حكومة الثاني على الاول ولا على التمليك الضمنى المذكور ثالثا فى بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق الا-الحكم ببطلان الأذن فى بيع ماله لغيره سواء صرح بذلك كما لو قال: بع مالى لنفسك، او اشتر بمالى لنفسك، أم ادخله فى عموم قوله:

ابحت لك كل تصرف فاذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك اما لازما بناء على ان قصد البائع

---

(عدم حكومة الثاني) لا-عتق الآ فى ملك (على الاول) الناس مسلطون. وقد عرفت حكومة لا عتق على الناس مسلطون (و لا على التمليك الضمنى المذكور ثالثا فى بيع الواهب و ذى الخيار) ما انتقل عنهما بالهبة و البيع الخيارى حيث ان البيع لا يكون الا بعد انتقال المال إليهما (لعدم تحقق سبب الملك هنا) اى فى المعاطة (سابقا) على التصرف المالكى كالوطى و ما اشبه (بحيث يكشف البيع) اى بيع المباح له (عنه) اى عن ذلك السبب لما سبق من انه لا دليل على صحة مثل هذه الاباحة العامة حتى اذا تصرف المباح له تصرفا متوقفا على الملك. نقول: بان دليل الاباحة العامة يقتضى دخول المباح فى ملك المباح له أنا ثم وطيه او عتقه او بيعه مثلا، فمراد المصنف رحمه الله من قوله «عدم تحقق سبب الملك» عدم تحقق ما يقتضى ملك المباح له- من دليل عام على الاباحة- (فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن) من المالك (فى بيع ماله لغيره سواء صرح بذلك) اى: بالاذن (كما لو قال: بع مالى لنفسك، او اشتر بمالى لنفسك، أم ادخله) اى: ادخل الاذن (فى عموم قوله: ابحت لك كل تصرف) و كذا بالنسبة الى الوطى و العتق و سائر التصرفات المتوقفة على الملك (فاذا باع المباح له على هذا الوجه) الذى ذكرنا من انه لا حق له (وقع البيع للمالك) لا لنفسه (اما) بيعا (لازما بناء على ان قصد البائع

لنفسه غير مؤثر او موقوفا على الاجازة بناء على ان المالك لم ينو تملك الثمن

هذا ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين و الشهيد رحمهما الله فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً و انه يملك المثلن بدفعه إليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء.

---

لنفسه غير مؤثر) اذ المهم فى باب البيع العوضان لا الشخصان و لذا اذا باعه المتاع ثم تبين لدى البائع ان المشتري كان وكيلا لم يضر ذلك فقوله:

«بعتك الكتاب بدرهم» يراد بالخطاب اى «الكاف» كونه طرف البيع لا كونه من ينتقل المال إليه (او) ييعا (موقوفا على الاجازة بناء على ان المالك لم ينو تملك الثمن) فكيف يدخل فى ملك الانسان ما لم ينوه- فى الأمور الاختيارية- فهو من قبيل الفضولى، ان اجاز المالك صح و الا بطل

(هذا، و لكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين و الشهيد رحمه الله فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن) فيما اذا علم المشتري ان البائع غاصب و مع ذلك اشترى منه و اعطاه الثمن (و الاذن) الضمنى (فى اتلافه) للثلن اذ المشتري باعطائه الثمن للبائع يكون آذنا فى اتلافه (يوجب جواز شراء الغاصب به) اى بالثلن (شيئاً) لنفسه (و انه يملك) الغاصب (المثلن بدفعه إليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء) لأن تسليطه يتضمن اذنه فى كل ما يفعل.

و على ما ذكره القطب و الشهيد يقتضى ان يكون ما نحن فيه أيضا كذلك فاذا اباح المعاطاتى للطرف كل تصرف فى ما اعطاه كان اللازم صحة تصرف الطرف فيه بالبيع و نحوه اذا اى فرق بين المشتري المبيح للغاصب ماله و بين المشتري المبيح لطرف المعاطاة ماله.

و يظهر أيضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغبوبة ان له وطى الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع و مقتضى ذلك ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله- و ان لم يكن على وجه الملكية- يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل و سيأتي توضيحه فى مسألة الفضولى إن شاء الله تعالى.

(و يظهر أيضا) صحة البيع لنفسه بمال الناس (من محكى المختلف حيث استظهر)- بصيغة المجهول (من كلامه) اى كلام المختلف (فيما لو اشترى جارية بعين مغبوبة ان له) اى للمشتري (وطى الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع) كلام العلامة فاذا كان التسليط من البائع لجاريته يقتضى جواز وطئها، كان التسليط من المبيع فى المعاطاة يجوز وطى المباح له للجارية (و مقتضى ذلك) الذى ذكره القطب و الشهيد و العلامة (ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله- و ان لم يكن) التسليط (على وجه الملكية- يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك) من المسلّط كالوطى و البيع و ما أشبهه (فتأمل) للفرق بين ما نحن فيه من إباحة جميع التصرفات و بين الأمثلة المذكورة فان من يسلّط الغاصب على ماله يكون قد اعرض عن ماله فيصح ملكية الغاصب له. و اذا كان ملكا له جاز ان يتصرف فيه بانواع التصرفات من الوطى و البيع و غيرهما، و يكون حال المال حينئذ حال المال الذى يعرض عنه المالك فيلقيه فى الشارع فانه يجوز لكل احد تملكه و التصرف فيه بالتصرفات المالكية، و هذا بخلاف ما نحن فيه فان المبيع لم يعرض عن ماله و انما اباح للطرف التصرف فى ماله و الاباحة لا تجوز التصرفات المالكية (و سيأتي توضيحه فى مسألة الفضولى إن شاء الله تعالى) و هل ان تسليط الغاصب يوجب جواز تصرف الغاصب أم لا؟

و أما الكلام فى صحة الإباحة بالعرض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها فمحصّله: ان هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العرض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح إلا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل فى صدق التجارة عليها فضلا عن البيع

(و أما الكلام فى صحة الإباحة بالعرض) هذا عطف على ما تقدم- بعد ذكر الوجوه الأربعة- على قوله «اما إباحة جميع التصرفات» حيث ذكر هناك ان الاشكال يقع فى مقامين ... الخ (سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك) كالوطى و العتق و البيع (أم خصصنا الإباحة بغيرها) من سائر انواع التصرفات (فمحصّله: ان هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العرض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح) اذ يبقى الثمن فى ملكية المشتري و المضمن فى ملكية البائع، فانهما لم يفعلوا إلا الإباحة، و الإباحة لا- تخرج من ملكية المبيح، فيما كان إباحة فى مقابل إباحة، و كذلك فيما اذا اباح فى مقابل الملك فكلاهما ملك للمبيح، اما ماله فواضح و اما مال الطرف فلانه ملكه اياه (الّا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه) اى فى هذا التصرف المستند الى الإباحة المعوّضة (من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا) اذ لم نجد فى الشريعة معاوضة مركبة من اباحتين او إباحة و تمليك، و كذلك ليست فى المعاملات العرفية معاملة هكذا (مع التأمل فى صدق التجارة عليها) فلا يشملها: تجارة عن تراض، لأن التجارة ظاهرة فى التمليك لا الإباحة (فضلا عن) صدق (البيع) حتى يشملها «احل الله البيع» اذ ليس

الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبته له لغة لأنه فى معنى التسالم على أمر بناء على انه لا يشترط فيه لفظ الصلح، كما يستفاد من بعض الاخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين: لك ما عندك ولى ما عندى، ونحوه ما ورد فى مصالحة الزوجين و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون على اموالهم و المؤمنون عند شروطهم و على تقدير الصحة ففى لزومها مطلقا لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، او من طرف المباح له

بيع قطعاً (الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبته له) اى للصلح (لغة، لأنه) اى الصلح (فى معنى التسالم على أمر) و الاباحة فى مقابل الاباحة تسالم كما لا يخفى (بناء على انه لا يشترط فيه) اى فى الصلح (لفظ الصلح، كما يستفاد) عدم الاشتراط (من بعض الاخبار الدالة على صحته) اى الصلح (بقول المتصالحين: لك ما عندك ولى ما عندى، ونحوه ما ورد فى مصالحة الزوجين) ففى الصحيح عن الباقر و الصادق -عليهما السلام- انهما قالوا- فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى، فقال عليه السلام:- «لا بأس بذلك اذا تراضيا» (و لو كانت) الاباحة المعوضة- التى هى محل الكلام- (معاملة مستقلة) لا يباع و لا صلحا و قلنا بأنه لا يشترط ان تكون المعاملة مألوفة فى زمان الشارع، بل كلما صح عند العرف يصح عند الشرع (كفى فيها) صحته (عموم: الناس مسلطون على اموالهم، و المؤمنون عند شروطهم) اذ الشرط لا يجب ان يكون فى ضمن معاملة، على ما سيأتى من بعض الاقوال (و على تقدير الصحة) لهذه الاباحة المعوضة (ففى لزومها مطلقا) فلا يصح لأحدهما رفع اليد عن اباحته (لعموم:

«المؤمنون عند شروطهم»، او من طرف المباح له) فيما اذا اباح زيد

حيث انه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع حيث ان ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه او جوازها مطلقا وجوه اقواها اولها ثم اوسطها.

و اما حكم الاباحة بالإباحة فالاشكال فيه أيضا يظهر مما ذكرنا في سابقه

و الاقوى فيها أيضا الصحة و اللزوم للعموم او الجواز من الطرفين لأصالة التسلّط

لعمرو ماله بعوض اعطاء عمرو لزيد ديناراً- مثلاً- فعمرو لا يتمكن من الرجوع في ديناراه، و انما يكون لازماً من طرفه دون طرف المبيع (حيث انه) اى المباح له (يخرج ماله عن ملكه) فانه يعطيه لزيد عوضاً (دون المبيع حيث ان ماله باق على ملكه) الفرض ان المبيع اباح فقط، و لم يملك (فهو) اى المبيع (مسلط عليه) لا يخرج عن تحت نفوذه (او جوازها مطلقاً) من طرف المبيع و المباح له (وجوه اقواها اولها) اى اللزوم مطلقاً، لانها معاملة مستقلة فيشملها عموم: الناس مسلطون .. (ثم اوسطها) هذا كله حكم الاباحة في مقابل الملك

(و اما حكم الاباحة بالإباحة) بأن اباح احدهما للآخر في مقابل ان اباح الآخر له (فالاشكال فيه أيضا يظهر مما ذكرنا في سابقه) اى الاباحة في مقابل الملك من انه لا معهودية لمثل هذه المعاملة في الشريعة فلا يشملها دليل المعاوضات من: تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و ما اشبهه.

(و الاقوى فيها أيضا الصحة) لانهما معاملة عرفية فيشملها الدليل المتقدم (و اللزوم) و ذلك (لعموم) المتقدم نحو: «المؤمنون عند شروطهم» (او الجواز من الطرفين) لا- من احدهما فقط- كما كان هذا الاحتمال في السابق- (لاصالة التسلّط) فان المبيع قبل الاباحة المعوضة بالإباحة كان مسلطاً على ماله

## الخامس: في حكم جريان المعاظة في غير البيع من العقود و عدمه.

اعلم انه ذكر المحقق الثاني (ره) في جامع المقاصد على - ما حكى عنه- ان في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاظة في الاجارة وكذا في الهبة وذلك لأنه اذا امره بعمل على عوض معين فعمله استحق الاجرة ولو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق اجرة مع علمه بالفساد

---

فاذا شككنا في انه هل سقط تسلطه أم لا، كان الاستصحاب مقتضيا لبقاء التسلط اللهم الآ ان يقال انه لا مورد للاستصحاب بعد الشك في بقاء الموضوع، بل يقال بأن: المؤمنون عند شروطهم، لا يدع مجالاً للاستصحاب.

(الخامس: في حكم جريان المعاظة في غير البيع من العقود و عدمه) اي و عدم الجريان.

(اعلم انه ذكر المحقق الثاني «ره» في جامع المقاصد- على ما حكى عنه- ان في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاظة في الاجارة وكذا في الهبة) كما لو اعطاه مالا يازاء السكنى في داره بدون ان يلفظا بشي ء و كذلك في المثل الآتي أو اعطاه شيئا و دلت القرائن على ارادته الهبة له (و ذلك لأنه اذا امره بعمل على عوض معين فعمله) بدون اجراء صيغة الاجارة (استحق) العامل (الأجرة و لو كانت هذه اجارة فاسدة) من جهة عدم اجراء صيغة الاجارة، و قلنا بعدم صحة المعاظة في الاجارة (لم يجز له العمل) فيما اذا كان تصرفا في مال المستأجر كما لو اعطاه ثوبه ليخيطه فان تصرف الاجير في الثوب لا يجوز لأنه ليس تصرفا باجارة و لا اذن من غير جهة الاجارة فلا يجوز التصرف (و لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد) اذ الاجارة فاسدة فلا اجرة مسمى، و حيث انه علم بعدم الاجارة فلا اجرة مثل



و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز بل منع من مطلق التصرف و هو ملحظ وجيه انتهى.

وفيه: ان معنى جريان المعاطاة فى الاجارة- على مذهب المحقق الثانى- الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الأمر العمل المعين على المأمور و لم نجد من صرح به فى المعاطاة

---

له لأنه اقدم على ضرر نفسه لعدم الأذن من مالك الثوب فى العمل حتى يستحق عليه اجرة المثل اما اذا لم يعلم الاجير بالفساد استحق اجرة المثل لأن عمل المسلم محترم و لانه مغرور فيرجع الى من غره (و ظاهرهم الجواز بذلك) اى جواز عمل الاجير بذلك الامر، فيدل على انهم يقولون بالمعاطاة فى الاجارة (و كذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف) من الموهوب له (و لو كانت هبة فاسدة لم يجز) لانه مال الغير فيدل اجازتهم الاتلاف على قولهم بجريان المعاطاة فى الهبة (بل) لو كانت فاسدة (منع) الآخذ (من مطلق التصرف) لأن التصرف فى مال الغير لا يجوز ثم قال جامع المقاصد (و هو) اى كلام هذا البعض الذى نسب الى ظاهر الفقهاء اجازتهم لجريان المعاطاة فى الاجارة و الهبة (ملحظ) اى ملاحظة (وجيه) و هذا منه موافقة على جريان المعاطاة (انتهى) كلام المقاصد.

(وفيه: ان معنى جريان المعاطاة فى الاجارة- على مذهب المحقق الثانى-) القائل بافادة المعاطاة الملك- كما تقدم فى مسألة المعاطاة فى البيع- (الحكم بملك المأمور) فى الاجارة المعاطاتية (الاجر المعين على الأمر) الذى امره بخياطة ثوبه- مثلاً- (و ملك الأمر العمل المعين على المأمور، و) هذا بالإضافة الى انه (لم نجد من صرح به فى المعاطاة)

و اما قوله: لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر، لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل سيّما اذا لم يكن العمل تصرفا فى عين من اموال المستأجر.

وقوله: لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع لان الظاهر ثبوت اجرة المثل لانه لم يقصد التبرع و انما قصد عوضا لم يسلم له.

---

فى الاجارة ينافى ظاهر قوله (و ظاهرهم الجواز بذلك) لأن معناه ان الامر مجوز للعمل لا أنه موجب له اللهم الا أن يقال ان المحقق يقول بالملك و ان الجواز يراد به مقابل الفساد الجواز مقابل اللزوم.

(و اما قوله: لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر، لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل) لوجود الاذن، و الامر على نحو تعدد المطلوب فانه يريد خياطة الثوب و يريد ان يكون ذلك بالاجارة، نعم فى صورة التقييد لا يجوز العمل لكن الغالب خلاف التقييد (سيّما اذا لم يكن العمل تصرفا فى عين عن اموال المستأجر) كما لو استأجره لحفر بئر فى الارض المباحة فانه و ان بطلت الإجارة و كانت على وجه التقييد جاز للأجير العمل.

(وقوله: لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع) بل يستحق الاجرة (لأن الظاهر ثبوت أجره المثل لأنه) أمره بذلك و (لم يقصد التبرع و انما قصد عوضا) مسمى (لم يسلم له) و كلما انتفى المسمى جاء المثل، نعم فى صورة التقييد بأن قال: اريد ذلك بالاجارة دون سواها، لا حق للأجير فى أجره المثل اذ مع علمه بالفساد لا يكون منبعثا عن أمر المستأجر حتى يكون على المستأجر اجرته.

و اما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها إلا اذا قلنا فى المعاطات بالإباحة فان جماعة كالشيخ و الحلى و العلامة صرحوا بان اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملك لكن المحقق الثانى ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدا للإباحة المجردة

---

(و أما مسألة الهبة) التى ذكر البعض ان اجازتهم للاتلاف دليل على قولهم بجرىان المعاطاة فيها (فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها) اذ جواز الاتلاف اعم من الملك، فان كلا من الملك و الاباحة يقتضى جواز الاتلاف، فاستدلال من يقول بالملك- فى الهبة المعاطاتية- كالمحقق الثانى، بقولهم انه يجوز الاتلاف، استدلال بالأعم على الاخص، لأن الاتلاف اعم من الملك.

و الحاصل ان المحقق يقول بان الهبة المعاطاتية تفيد الملك، و يستدل لذلك بان الفقهاء قالوا بجواز اتلاف الموهوب بالهبة المعاطاتية، و من المعلوم ان هذا الاستدلال ليس بتمام، لأن قولهم بجواز الاتلاف يمكن ان يكون مستندا لانهم يرون كون الهبة المعاطاتية تفيد الاباحة، (الآ اذا قلنا فى المعاطاة بالإباحة) فان قلنا ان المعاطاة تفيد الاباحة تمكنا ان نستدل لذلك بفتواهم انه يجوز اتلاف الموهوب بالمعاطاة (فان جماعة كالشيخ و الحلى و العلامة صرحوا بان اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملك) فهم انما يقولون بجواز الاتلاف لانه إباحة، لا أنه ملك كما يريد المحقق الثانى- (لكن المحقق الثانى ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها) اى يجوز المعاطاة (مفيدا للإباحة المجردة)

و توقف الملك فى الهبة على الايجاب و القبول كاد ان يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك و مما ذكرنا يظهر المنع فى قوله: بل مطلق التصرف.

هذا و لكن الأظهر- بناء على جريان المعاطاة فى البيع- جريانها فى غيره من الاجارة و الهبة لكون الفعل مفيدا للتمليك فيهما و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال فى باب الرهن: ان الخلاف

---

عن الملك (و توقف الملك فى الهبة على الايجاب و القبول كاد ان يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك) فكيف يمكن ان نقول بجريان المعاطاة فيها.

نعم نقول بأن المعاطاة تفيد الاباحة- لا الهبة الشرعية- و الاباحة لا يفتى بها جامع المقاصد بل يقول بالملك- كما عرفت-.

(و مما ذكرنا) من انه لو كانت هبة فاسدة لم يمنع الاتلاف بل يجوز الاتلاف لوجود الاباحة- و ان لم تكن هبة صحيحة- (يظهر المنع فى قوله:

بل مطلق التصرف) حيث قال: انه لو كانت هبة فاسدة يمنع مطلق التصرف فى الموهوب- و لو لم يكن تصرفا متلفا- وجه الظهور، انه على تقدير الاباحة لم يمنع مطلق التصرف كما لا يمنع الاتلاف الذى هو اهم من التصرف غير المتلف

(هذا) تمام الكلام حول ما ذكره جامع المقاصد (و لكن الأظهر- بناء على جريان المعاطاة فى البيع- جريانها فى غيره) اى غير البيع مطلقا (من الاجارة و الهبة) و غيرهما (لكون الفعل)- مقابل اللفظ- (مفيد للتمليك فيهما) اى فى الاجارة و الهبة (و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره) فان قلنا بالمعاطاة فى البيع لزم ان نقول بالمعاطاة فى غيره (حيث قال فى باب الرهن الخلاف: ان الخلاف

بالاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الايجاب عليه المذكور فى البيع آت هنا انتهى.

لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد بان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا.

ولعل وجه الاشكال عدم تأتى المعاطاة- بالاجماع- فى الرهن على النحو الذى اجروها فى البيع لانها هناك اما مفيدة للإباحة او الملكية الجائزة على الخلاف و الاول غير مقصود هنا.

---

بالاكتفاء فيه) اى فى التعامل (بالمعاطاة و الاستيجاب و الايجاب) بان يقول المشتري بعنى، فيقول البائع: بعتك، (عليه) اى على الاستيجاب بان يكون الايجاب مؤخرا و واقعا على الاستيجاب (المذكور) ذلك الخلاف (فى البيع آت هنا) فى باب الرهن أيضا (انتهى).

(لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد بان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا) فى باب الرهن فانه لا اجماع فيمكن الفرق بالقول بصحة المعاطاة فى باب البيع دون الرهن.

(ولعل وجه الاشكال) الذى ذكره جامع المقاصد (عدم تأتى المعاطاة بالاجماع فى الرهن على النحو الذى اجروها) اى المعاطاة (فى البيع) قوله «بالاجماع» متعلق ب «عدم تأتى» (لانها هناك) اى المعاطات (مفيدة للإباحة او الملكية الجائزة على الخلاف) الذى عرفته، اما القول بالملكية اللازمة فقد تقدم انه غير مشهور بينهم.

(و الاول) اى الاباحة (غير مقصود هنا) فى باب الرهن اذ لا معنى للإباحة هنا لا من جانب المقرض بأن يكون المال الذى اقترضه مباحا له، فان القرض يكون ملكا للمقرض، و لا من جانب المقرض الذى يأخذ الوثيقة اذ لا معنى

و اما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن خصوصا بملاحظة انه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها الى اللزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الاحيان

و ان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ و كان هذا.

---

لأن تكون الدار- مثلا- مباحة التصرف للمقرض اذ الراهن و المرتهن كلاهما ممنوعان عن التصرف.

(و اما الجواز) اي ان يحصل الرهن، لكن يكون رهنا جائزا- بحيث يتمكن صاحب المال من استرجاعه- كما في المعاطاتي البيعي الذي يحصل الملك لكنه ملك جائز (فكذلك) غير مقصود هنا في باب الرهن (لأنه) اي، الجواز (ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن) اذ معنى الرهن: ان يكون وثيقة بيد المقرض حتى اذا لم يتمكن من تحصيل ماله باع الوثيقة و استوفى دينه منها و اذا كان الرهن جائزا لم تكن وثيقة لأن صاحب الوثيقة يأخذها متى ما شاء (خصوصا بملاحظة انه لا يتصور هنا) في باب الرهن (ما يوجب رجوعها الى اللزوم) كما كان كذلك في البيع المعاطاتي حيث قلنا بان تصرف احد الطرفين او تلف احد الشئتين يوجب لزوم المعاطاة اذ لا تلف و لا تصرف هنا بحيث يوجب اللزوم (ليحصل به الوثيقة في بعض الاحيان) حتى يقال بتصور مفهوم الرهن في الجملة.

(و ان جعلناها) اي المعاطاة في باب الرهن (مفيدة للزوم) ليرتفع المحذور المتقدم (كان مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ) فالقول باللزوم باطل لأنه خلاف الاجماع (و كان هذا) الذي ذكرناه

هو الذي دعى المحقق الثاني الى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الاجارة و الهبة و القرض و الاستشكال فى الرهن.

نعم من لا يبالى مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ او حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا يشمل الرهن و لذا جوز بعضهم الايجاب بلفظ الامر كخذه، و الجملة الخبرية امكن ان يقول بافادة المعاطاة فى الرهن اللزوم لإطلاق بعض ادلة الرهن و لم يتم هنا اجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات.

---

من الاشكال فى جريان المعاطاة فى الرهن (هو الذي دعى المحقق الثاني الى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الاجارة و الهبة و القرض و الاستشكال فى الرهن) لأنه لا محذور فى الثلاثة مثل المحذور فى باب الرهن.

(نعم من لا- يبالى مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ) «من» بيان «ما» (او حمل تلك العقود)- فى كلامهم- التى قالوا انها تحتاج الى اللفظ (على اللازمة من الطرفين) كالبيع و ما اشبهه (فلا يشمل الرهن) الذي هو جائز من طرف الآخذ للوثيقة (و لذا جوز بعضهم الايجاب بلفظ الامر) فى باب الرهن، و ان لم يجوز ذلك فى باب العقود اللازمة من الطرفين- كالبيع- (كخذه، و الجملة الخبرية) كأن يقول: «يأخذ دارى صاحب المال». (امكن) خبر قوله: «نعم من لا يبالى» (ان يقول بافادة المعاطاة فى) باب (الرهن اللزوم، لإطلاق بعض ادلة الرهن) الشاملة للرهن المعاطاتى كقوله سبحانه «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» اذ الرهن المعاطاتى يسمى رهنًا- عرفًا- (و لم يتم هنا) فى باب الرهن (اجماع على عدم اللزوم) فى ما اذا كان بالمعاطاة (كما قام) الاجماع على عدم اللزوم (فى المعاوضات) و الحاصل ان المقتضى موجود

و لاجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف بأن يكتفى فيه بالاقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع فتأمل.

نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ- فى باب وقف المساجد- من الذكرى تبعا للشيخ

ثم ان الملزم للمعاطاة فيما تجرى

---

و المانع مفقود فيلزم ان يحكم بصحة المعاطاة فى الرهن.

(و لاجل ما ذكرنا فى الرهن) من الاشكال الذى حاصله ان «الاباحة» لا معنى لها، و «الجواز» ينافى كونه وقفا (يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف بأن يكتفى فيه بالاقباض) مع وجود القرينة على إرادة الوقف (لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ) بل قد تقدم دعوى الاجماع على ذلك (و) ان قلت: اللزوم متوقف على اللفظ فليكن الوقف بلا لفظ جائزا قلت: (الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع) اذ الوارد من الشرع كون الوقف مفيدا لبقاء العين، و تسبيل المنفعة اما ان يكون هناك وقف جائز فليس بمعروف (فتأمل) لأن الوقف الجائز وارد فى الشريعة أيضا و هو ما اذا اشترط الرجوع كما هو مذكور فى كتاب الوقف

(نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ- فى باب وقف المساجد- من الذكرى) للشهيد (تبعا للشيخ) بأن يبنى مسجدا ثم يسلمه الى المصلين بدون ان يجرى صيغة الوقف و ذلك لشمول قوله صلى الله عليه و آله و سلم «الوقوف و حسب ما وقفها اهلها» له.

(ثم ان الملزم للمعاطاة) اى ما يوجب لزومها (فيما تجرى) للمعاطاة



فيه من العقود الاخر هو الملزم فى باب البيع كما سنينه بعد هذا الامر.

### السادس: فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة.

اعلم: ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة

و اما على القول بالإباحة، فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس على اموالهم و اصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة

---

(فيه من العقود الأخر) «من» بيان «ما» و ذلك مثل المزارعة و المساقاة و الرهن و الاجارة وغيرها- فيما اذا كانت لازمة بدون النظر الى انها اجريت بصورة المعاطاة- وقوله «الاخر» يراد بها ما يقابل البيع (هو الملزم فى باب البيع كما سنينه) اى ما يلزم البيع (بعد هذا الامر) فى الأمر السادس.

(السادس: فى ملزمات المعاطاة على كل من القول ب) افادة المعاطاة (الملك) المترلزل (و القول بالإباحة) اما على القول بافادتها الملك اللازم فلا كلام فيه.

(اعلم: ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة) و هى: الاصل و ان فائدة الملك السلطنة، و الناس مسلطون، و تجارة عن تراض، و لا يحل مال امرئ، و لا تأكلوا أموالكم بينكم، و المؤمنون عند شروطهم، و أوفوا بالعقود.

---

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 5، ص: 184

(و اما على القول بالإباحة، فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس على اموالهم) فالمبيح انما اعطى المال إباحة فهو مسلط على ماله (و اصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة) فانا اذا شككنا ان سلطنته قطعت

ص: 184

و هي حاكمة على اصاله بقاء الاباحه الثابته قبل رجوع المالك لو سلم جريانها

اذا عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضين ملزم اجماعا على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر اما على القول بالاباحه فواضح لأن تلفه من مال مالكة و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه

و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا

بالاباحه أم بقيت كان مقتضى الاستصحاب البقاء، و لا يخفى ان الأصل الاول اجتهادى و هو: «الناس مسلطون على اموالهم» و الاصل الثانى عملى (وهى) اى استصحاب السلطنة (حاكمة على اصاله بقاء الاباحه الثابته قبل رجوع المالك لو سلم جريانها) بأن كانت الاباحه مطلقة ثم شك فى ارتفاعها اما اذا كانت الاباحه محدودة من اول الامر، فالشك فى بقائها من باب الشك فى المقتضى و لا يجرى الاصل فيه، و اما وجه حكومة استصحاب السلطنة على استصحاب الاباحه فهو ان الشك فى الاباحه مسبب عن الشك فى بقاء السلطنة فاذا استصحاب السلطنة كان محكما كما ان استصحاب الكرية محكمة بالنسبة الى استصحاب النجاسة فى اليد التى غسلت فيه.

(اذا عرفت هذا) الذى ذكرناه من مقتضى الأصل (فاعلم ان تلف العوضين ملزم) للمعاطاة (اجماعا على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر اما على القول بالاباحه فواضح) وجه كون تلفهما ملزما (لأن تلفه من مال مالكة) المبيح (و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه) فاذا اعطى محمد عليا كتابا فى مقابل دينار. فتلفا، ذهب الدينار من على و الكتاب من محمد، و لا وجه لضمان احدهما مال الآخر.

(و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا) فان على اليد ما اخذت حتى

و اما على القول بالملك فلما عرفت من اصاله اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التراد امتنع و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف لان ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين فلا مانع من بقاءه

---

تؤدى فالمشترى الآخذ للسلعة ضامن لها (مندفع بما سيجي ء) من انه اذا كان اليد بحق لا تجرى هذه القاعدة فان الضمان اما شرعى كاللقطة أو مالكى و كلاهما مفقود فى المقام.

(و أما على القول ب) افادة المعاطاة (الملك ف) واضح أيضا وجه كون تلفهما ملزما (لما عرفت من اصاله اللزوم) للمعاطاة- بالأدلة الثمانية المتقدمة- (و المتيقن من مخالفتها) اى مخالفة الاصل (جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التراد) لأنه مع التلف لا يعقل التراد (امتنع) التراد و تبقى اصاله اللزوم سالمة (و) ان قلت فليكن ما نحن فيه مثل باب الخيار فكما ان تلف العين لا يسقط خيار من له الخيار كذلك تلف العين فى باب المعاطاة لا يسقط جواز التراد منتهى الأمر حيث لا يمكن رد العين يرد بدلها، قلت (لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة) المعاطاتية (على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب) هذا الجواز (بعد التلف) و ينتج الاستصحاب جواز تراد القيمة- مثلا- و انما نقول بالفرق بين الجواز هنا و الجواز فى باب الخيار (لان ذلك الجواز) فى باب الخيار (من عوارض العقد) و العقد باق بعد التلف أيضا فيمكن الآخذ بذلك الجواز و ابطال العقد (لا) عوارض (العوضين) كما فى باب المعاطاة فان محل الجواز العوضين فاذا تلفا ذهب محل الجواز (فلا مانع من بقاءه) اى جواز الخيارى بعد التلف، اذ محل الجواز و هو العقد

بل لا- دليل على ارتفاعه بعد تلفها بخلاف ما نحن فيه فان الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبة هذا مع ان الشك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرجوع فى العين او تراد العينين يمنع من استصحابه فان المتيقن تعلقه بالتراد، اذ لا دليل فى مقابل اصالة اللزوم على ثبوت ازيد

باق (بل لا دليل على ارتفاعه) اى جواز (بعد تلفها) اى تلف العين (بخلاف ما نحن فيه) اى الجواز فى المعاطاة (فان الجواز فيه) اى فيما نحن فيه (هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز) كما فى باب الهبة لا يبقى متعلق الجواز (بل الجواز هنا) اضيق من الجواز فى الهبة لأنه (يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبة) فالجواز فى الهبة يتقوم بشي ء واحد، و هنا يتقوم بشيئين فاذا انتفى باحدهما بان تلف احد العوضين لم يمكن التراد (هذا) كله فيما اذا ثبت ان الجواز فى المقام متعلق- بالتراد- الذى تعذر بتلف احدى العينين و اذا شك فى ذلك فالاصل أيضا عدم بقاء الجواز (مع ان الشك فى ان متعلق الجواز) فى باب المعاطاة (هل هو اصل المعاملة) حتى يبقى الجواز بعد تلف العينين- كالجواز الخيارى- (او الرجوع فى العين) حتى يبقى الجواز بعد تلفت احدى العينين- كالجواز فى الهبة- (او تراد العينين) حتى لا يبقى الجواز اذا تلفت احدى العينين، فكيف بصورة تلفهما (يمنع من استصحابه) اى استصحاب الجواز (فان المتيقن تعلقه) اى الجواز (بالتراد، اذ لا دليل فى مقابلة اصالة اللزوم) للمعاطاة (على ثبوت ازيد

من جواز تراد العينين الآذي لا- يتحقق الا- مع بقائهما و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها على القول بالملك و اما على القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا- وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك- اصالة عدم اللزوم لأصالة سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها و فيه انها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته و التمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله بعد القطع بأن هذه اليد

من جواز تراد العينين الآذي لا- يتحقق) ذلك التراد (الا- مع بقائهما) فان الاصل اللزوم- كما عرفت بالأدلة الثمانية- و الخارج عن هذا الأصل باجماع- صورة امكان تراد العينين فيبقى غير صورة تراد العينين داخلا فى اصالة اللزوم (و منه) اى مما ذكرنا فى مسألة تلف كلتا العينين (يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها) اى بعض احدى العينين (على القول ب) افادة المعاطاة (الملك) و انه يحكم الاصل اللزوم (و اما على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا- وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك- اصالة عدم اللزوم) فى صورة تلف احد العينين او بعضها (لأصالة سلطنة مالك العين الموجودة و) بقاء (ملكه لها) فاذا اعطى محمد عليا كتابا بدينار و تلف الدينار كان لمحمد استرداد كتابه الموجود، و عليه يكون ضامنا لدينار على حيث اتلفه بدون ان يعطى شيئا لعلى فى مقابل ديناره (و فيه انها) اى اصالة سلطنة مالك العين الموجودة (معارضة باصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته) لأن مقتضى ذلك الأصل اشتغال الذمة و مقتضى هذا الاصل براءة الذمة فيتعارضان (و) ان قلت فليسقط الاصلان و يتمسك للاشتغال بالدليل الاجتهادى. قلت (التمسك بعموم على اليد هنا) لاشتغال الذمة (فى غير محله بعد القطع بأن هذه اليد

قبل تلف العين لم تكن يد ضمان بل ولا بعده اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع انما الكلام فى الضمان اذا اراد الرجوع وليس هذا من مقتضيات اليد قطعا ولكن يمكن ان يقال: ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل او القيمة مع ان ضمان التالف ببذله معلوم الا ان الكلام فى ان البذل هو البذل الحقيقى اعنى المثل او القيمة- او البذل الجعلى اعنى

---

قبل تلف العين لم تكن يد ضمان) وعلى اليد انما يأتى فى اليد الضمانية (بل ولا بعده) اى بعد التلف (اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع) كما لو تلف سلعة زيد فى يد عمرو فلم يرد عمرو الرجوع فى ديناره فانه لا شك فى ان عمرو لا يكون ضامنا للسلعة لأن مقابلها فى يد عمرو فعلا- وهو الدينار- (انما الكلام فى الضمان) اى ضمان ما تلف فى يده (اذا اراد) من تلف فى يده (الرجوع) الى ماله (وليس هذا) الضمان (من مقتضيات اليد قطعا) اذ لو كان من مقتضيات اليد كان اللازم ان يكون موجودا سواء اراد الرجوع او لم يرد الرجوع.

(ولكن يمكن ان يقال) بحكومة اصل الضمان على اصل البراءة وينتج ذلك عدم لزوم المعاطاة حتى مع تلف احدى العينين ف (: ان اصالة بقاء السلطنة) لمن اتلف مال الغير على مال نفسه الموجود فى يد الغير (حاكمة على اصالة عدم الضمان) لأن الشك فى الضمان مسبب عن الشك فى السلطنة فاذا جرت اصالة السلطنة لم يكن مجال لأصل عدم الضمان (بالمثل) فى المثلى (او القيمة) فى القيمى (مع ان ضمان التالف ببذله معلوم) فلا يجرى اصالة عدم الضمان (الا ان الكلام فى ان البذل هو البذل الحقيقى - اعنى المثل او القيمة- او البذل الجعلى) اى الذى جعله المتعاطيان (اعنى

هذا مضافا الى ما قد يقال من ان عموم «الناس مسلطون على اموالهم» يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل او القيمة، فتدبر.

ولو كان احد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطيين

---

العين الموجودة) لدى طرف المعاظة (فلا اصل) لعدم الضمان حتى يعارض اصالة الضمان والحاصل ان اصالة عدم الضمان لا تجرى لامرين:

الاول: لحكومة اصالة السلطنة عليها. الثاني: لأنها معارضة بالعلم الاجمالي بالضمان.

(هذا) لتقريب بقاء حق الفسخ فيما اذا كانت احدى العينين باقية (مضافا الى ما قد يقال من ان عموم «الناس مسلطون على اموالهم» يدل على السلطنة) لزيد صاحب الكتاب - مثلا - (على المال الموجود) وهو الكتاب - فيما اذا تلف دينار عمرو ولدى زيد وبقي كتاب زيد لدى عمرو سالما (بأخذه) فلزيد اخذ كتابه من عمرو (و) السلطنة لعمرو (على المال التالف) كالدينار الذي تلف عند زيد (بأخذ بدله الحقيقي) مقابل البديل الجعلى الذي هو الكتاب (وهو البديل او القيمة فتدبر) اذ «الناس مسلطون على اموالهم» ظاهر في كون المال موجودا، فاذا تلف الدينار لا يصدق عليه المال حتى يقال لشمول: «الناس مسلطون» للدينار التالف ولذا لم يعد الفقهاء الناس مسلطون من ادلة الضمان في سائر الموارد، اللهم الا ان يقال: ان مقتضى الناس مسلطون تسلط صاحب الكتاب على رد كتابه ومقتضى هذا التسلط تسلط صاحب الدينار على رد مثل ديناره او قيمته.

(ولو كان احد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطيين) كما لو اعطى

فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه و الظاهر انه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف.

و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم

و لو نقل العينان او احدهما بعقد لازم فهو كالتلف

---

محمد كتابا لعلى فى مقابل الدينار الذى يطلبه على من محمد (فعلى القول ب) افادة المعاطاة (الملك يملكه) اى الدينار (من فى ذمته) كمحمد- فى المثال- (يسقط عنه و الظاهر انه) اى السقوط لما فى الذمة (فى حكم التلف، لأن الساقط) عن الذمة (لا يعود) بحكم الاصل فانه اذا شك فى انه يعود الى ذمته ما سقط عنه كان اصل عدم العود محكما (و يحتمل العود) لأن الشك فى العود مسبب عن الشك فى حق محمد لاسترجاع كتابه، فاذا كان مقتضى أصالة السلطنة حق استرجاع محمد لكتابه كان محكما على اصالة عدم العود فاذا ارجع محمد كتابه عاد الدينار الى ذمته فتشتغل به لعلى (و هو) اى احتمال العود (ضعيف) لأنه لا دليل له من الشرع و لا شبه له.

(و الظاهر ان الحكم كذلك) اى كالمملك فى انه لا يعود الدين فيما اذا كان احد العوضين دينا (على القول ب) افادة المعاطاة (الإباحة، فافهم) فانه فرق بين الإباحة و الملك اذ الناس مسلطون يجرى على تقدير الإباحة دون تقدير الملك فاللازم الفرق فى الدين بين القول بالملك و القول بالإباحة.

(و لو نقل) الطرفان (العينين او احدهما بعقد لازم) كأن باع على الكتاب، و اشترى محمد بالدينار سلعة (فهو) اى العقد اللازم (كالتلف)



على القول بالملك لا امتناع التراد. وكذا على القول بالإباحة اذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. ولو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان اجودهما ذلك اذ لم يثبت فى مقابلة اصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق بل المتيقن منه غير ذلك

---

للعين فى انه لا يمكن الرجوع فى المعاطاة- على التفصيل المتقدم- (على القول ب) افادة المعاطاة (الملك لا امتناع التراد) اذ العقد اللازم كالتلف موجب لعدم قدرة المالك الاول على استرداد الملك فان الامتناع الشرعى كالامتناع العقلى (و كذا على القول بالإباحة اذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة) كما لو أخذ المشتري المال بالمعاطاة، و كان المال مباحا له، ثم باعه من شخص، اما لو قلنا بعدم إباحة التصرفات الناقلة فليس للمشتري المعاطاتى نقل العين فلا موضوع لهذه المسألة (و لو) نقل المعاطاتى العين بعقد لازم و بعد ذلك (عادت العين لفسخ) اقالة او عيبا او غير ذلك (ففى جواز التراد) بين المتعاطيين (على القول ب) افادة المعاطاة (الملك لإمكانه) اى امكان التراد قبل نقله للعين فاذا شك فى انه بعد ان نقل العين و استرجعها هل يبقى حق التراد أم لا (فيستصحب) جواز التراد (و عدمه) اى عدم جواز التراد (لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة) فاذا خرج العين تبدل الموضوع فلا مجال للاستصحاب (وجهان) اى الجواز و عدمه (اجودهما ذلك) اى عدم جواز التراد (اذ لم يثبت فى مقابلة اصالة اللزوم) التابعة للملك- حيث قلنا بأن المعاطاة تقيد الملك (جواز التراد بقول مطلق) سواء قبل خروج المال عن الملك المتعاطيين او بعد (بل المتيقن عنه) اى من الخروج عن اصل اللزوم (غير ذلك) المورد اى غير مورد خروج مال

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب و كذا على القول بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ الى ملك الثانى فلا- دليل على زواله بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد فى السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق اصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع بانتفائها

عن ملكها (فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب) فلا يجرى استصحاب جواز التراد و انما يتمسك بعد الخروج عن ملكهما باصالة اللزوم (و كذا) اى ال-جود عدم جواز التراد- بعد الخروج عن ملكهما- (على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة لان التصرف الناقل) عن المتعاطيين (يكشف عن سبق الملك) على النقل (للمتصرف) ملكا آنا مّا- كما سبق- (فيرجع) المال (بالفسخ الى ملك الثانى) اى الناقل، لا- الى ملك الاول الذى هو طرف الناقل- مثلا اعطى محمد عليا كتابا بالمعاطاة، و قلنا بافادة المعاطاة الاباحة، ثم نقل على الكتاب الى الحسن ثم فسخت المعاملة، فان الكتاب يرجع الى على لا الى محمد، اذ وقت بيع على الكتاب صار الكتاب ملكا له

انا ما- فاذا فسخ البيع رجع الى ملكه الى ملك محمد، اذ لا دليل على رجوعه الى ملك الاول (فلا دليل على زواله) اى زوال ملك على للكتاب (بل الحكم) بعدم جواز الرجوع (هنا) على القول بالإباحة (اولى منه) اى من الحكم (على القول بالملك) اى بافادة المعاطاة الملك (لعدم تحقق جواز التراد) للمتعاطيين (فى السابق) على النقل (هنا) فى باب الاباحة (حتى يستصحب) هذا الحكم بالتراد بعد النقل (بل المحقق) قبل النقل (اصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع) ذلك الاصل (بانتفائها) اى انتفاء سلطنة المالك الاول بالنقل و الحاصل على الملك، كان الكتاب لعلى، و كان لمحمد الحق فى الاسترداد، فاذا نقله على ثم عاد الى ملكه استصحبنا بقاء حق محمد فى الاسترداد، اما على الاباحة كان الكتاب لمحمد- فى يد على- فاذا نقله على ثم رجع الكتاب إليه، لم يكن- سابقا حق استرداد حتى

نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول و ان كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الاول او عائدا إليه بفسخ

---

يستحب- اذ في السابق كان الكتاب لمحمد، لا ان محمدا كان يحق له الاسترداد.

(نعم) يمكن ان نقول بعود الملك الى المالك الاول- اى محمدا في المثال- على القول بالإباحة، بتقريب ان الكتاب كان لمحمد- في يد علي- و صار ملكا لعلي من جهة انه نقله، فاذا فسخ النقل انفسخ ملكية علي أيضا، فالكتاب عاد الى محمد فانه (لو قلنا بان الكاشف عن الملك) اى الذي يكشف عن كون الكتاب صار ملكا لعلي- المباح له- (و هو العقد الناقل) الذي اجراه علي مع الحسن المشتري منه (فاذا فرضنا ارتفاعه) اى العقد (بالفسخ) الذي جرى بين علي و الحسن (عاد الملك الى المالك الاول) الذي هو محمد (و ان كان) الملك (مباحا لغيره) الذي هو علي فكما كان قبل بيع علي مباحا لعلي كذلك بعد ان فسخ البيع (ما لم يسترد) على المباح له- (عوضه) فما لم يأخذ علي ديناره من محمد كان الكتاب مباحا له سواء قبل ان يبيعه من الحسن او بعد ان باعه و فسخ البيع (كان) جواب «لو» (مقتضى قاعدة السلطنة) لمحمد- في المثال- (جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر) كالدينار في المثال (باقيا على ملك مالكة الاول) الذي هو علي بأن لم يتصرف فيه محمد (او عائدا إليه) اي الى مالكة الاول، (بفسخ) بأن اشترى بالدينار محمد شيئا ثم فسخ بأن عاد الدينار الى محمد، و صار الى ملك علي، اما اذا تلف الدينار، فتدخل المسألة فيما

و كذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفي فيه إباحة التصرف و الاتلاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الامر الرابع

لكن الوجهين ضعيفان بل الاقوى رجوعه بالفسخ الى البائع.

تقدم من انه اذا تلف احد العوضين فهل هناك حق التراد أم لا.

(و كذا) عطف على قوله «نعم لو قلنا» (لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك) للمباح له بان قلنا: ان بيع علي الكتاب لا يتوقف على سبق ملكه له- أنا ما- (بل يكفي فيه) اى فى بيعه (إباحة التصرف و الاتلاف) لعلى و ان كان الملك لمحمد (و) قلنا بان عليا (يملك الثمن) للكتاب (بالبيع) بان يعطى علي كتاب محمد و يأخذ ثمنه لنفسه (كما تقدم استظهاره عن جماعة فى الامر الرابع) من انه يجوز خروج المال عن كيس شخص ليدخل الثمن فى كيس غيره، فانه على هذا الاحتمال- الذي ذكرناه بقولنا: و كذا لو قلنا- أيضا يصح التراد اذا رجع المال الى المباح له بالفسخ لأنه لم يحدث ملك للمباح له اصلا حتى يمنع التراد.

(لكن الوجهين) اللذين ذكرناهما لصحة رجوع المال الى المالك الاول، كمحمد، بعد انفساخ بيع علي من الحسن، و الوجهان هما ما ذكرناهما بقولنا: «نعم لو قلنا» و «و كذا لو قلنا» (ضعيفان) لما عرفت سابقا (بل الاقوى رجوعه) اى المال- كالكتاب- (بالفسخ الى البائع) المباح له- كعلي- الا- الى طرف البائع الذي كان الكتاب له أولا، كمحمد- فى المثال- هذا كله فيما اذا كان علي نقل الكتاب بالعقد اللازم، كما لو باعه مثلا.

و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه و لا رجوعه بنفسه الى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب.

و كذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك

نعم لو كان غير معاوضة، كالهبة و قلنا بان التصرف فى مثله.

---

(و لو كان الناقل عقدا جائزا) كما لو وهب علي الكتاب هبة جائزة (لم يكن لمالك العين الباقية) كمحمد الذي صار مالكا للدينار (الزام الناقل) اي علي (بالرجوع فيه) بان يقول له ارجع فى هبتك لانى اريد ارجاع الكتاب و اعطائك الدينار (و لا رجوعه بنفسه الى عينه) بان يرجع محمد الى الكتاب الذي عند الموهوب له (فالتراد غير متحقق) فانه و ان تمكن من ارجاع الدينار لكنه لا يتمكن من استرجاع الكتاب (و تحصيله) اي تحصيل ما يحقق التراد (غير واجب) على علي بأن يسترجع الكتاب من عند الموهوب له و ذلك لأنه لا دليل على وجوب ذلك على علي كما لا دليل على جواز ذلك لمحمد بان يسترجع الكتاب من الموهوب له بدون استرجاع علي اياه.

(و كذا) التراد غير متحقق (على القول بالإباحة) فيما اذا كان نقل العين نقلا جائزا (لكون المعاوضة) الجائزة التي اجراها علي على الكتاب (كاشفة عن سبق الملك) فان الكتاب و ان كان مباحا لعلي لكن لما وهبه او اجرى عليه معاوضة جائزة صار الكتاب ملكا له- أنا ما- كما تقدم، فالإباحة انتهت، و عليه ليس الكتاب بعد المعاوضة الجائزة ملكا لمحمد حتى يقال بانه يحق له الرجوع فيه.

(نعم لو كان) النقل الجائز الذي اجراه على علي الكتاب (غير معاوضة كالهبة) فانها ليست معاوضة و انما ايقاع (و قلنا بان التصرف مثله)

لا يكشف عن سبق الملك اذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض ما لا لواحد و انتقال المعوض الى الاخر بل الهبة ناقلة للملك من ملك المالك الى المتهم فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى او عودها الى مالکها بهذا النحو من العود

ای مثل ما ليس بمعاوضة و كان جائزا، لا مثل تحرير العبد الذي هو لازم و ليس بجائز (لا يكشف عن سبق الملك) الا نى لعلی (اذ لا عوض فيه) ای فی النقل غير المعاضی (حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحد) كعلی (و انتقال المعوض من الاخر) كانتقال الكتاب من محمد- و الحاصل ان الجهة التي تسبب عدم المعقولية- و هي ان يدخل العوض فی كيس من لا يخرج المعوض من كيسه- مفقودة فی المقام، اذ الهبة لا عوض لها حتى يقال كيف يدخل العوض فی كيس علي بينما يخرج المعوض من كيس محمد (بل الهبة ناقلة للملك) ای الكتاب (من ملك المالك) الذي هو محمد (الى المتهم) الذي هو الحسن، و النقل انما اجراه علي (فيتحقق) مربوط ب «نعم» (حكم جواز للرجوع) الى الكتاب (بالنسبة الى المالك) فللمالك ان يرجع الى الكتاب بان يفسخ الهبة و يأخذ الكتاب من الحسن (لا الواهب) الذي هو علي اذ ليس المال لعلی حتى يكون له الرجوع، لفرض ان الكتاب كان مباحا لعلی لا انه ملك له (اتجه) جواب «نعم» (الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى) كالدينار، بان يرد محمد الدينار لعلی و يأخذ الكتاب- الذي هو بدل الدينار- من الحسن (او عودها) ای العين الاخرى (الى مالکها) الذي هو «علي» (بهذا النحو من العود) بان كان محمد أيضا واهبا الدينار للحسين، فعلي يسترد الدينار من الحسين

اذ لو عاد بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

ولو باع العين ثالث فضولا فاجاز المالك الاول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقلة.

ولو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال و ينعكس الحكم

و محمد يسترد الكتاب من الحسن (اذ لو عاد) اى العين الاخرى- كالدينار- الى علي (بوجه آخر) بان اشترى علي الدينار من الحسين مثلا- (كان حكمه حكم التلف) فلا يحق لمحمد ان يسترد الكتاب من الحسن، اذ لا يمكن لعلي ان يسترد ديناره من الحسين، فانه اشتراه منه قبل ذلك، وقد عرفت ان محمدا يحق له استرجاع الكتاب فيما اذا تمكن علي من استرجاع الدينار.

(ولو باع العين) المعاطاتية (ثالث فضولا) كما لو باع الكتاب الذي عند علي العباس فضولا- بدون اجازته علي- (فاجاز المالك الاول) الذي هو محمد (على القول بالملك) اى بافادة المعاطاة الملك- بأن افادت المعاطاة ملك علي للكتاب ملكا جائزا- (لم يبعد كون اجازته) اى اجازته محمد للبيع الفضولى (رجوعا) عن معاملته المعاطاتية- السابقة- (كبيعه) اى يبيع محمد الكتاب (و سائر تصرفاته الناقلة) كالهبة المعوضة و ما اشبهه، اذ المعاطاة ملك جائز، فاذا باع محمد او اجرى عليه معاملة ناقلة او اجاز معا معاملة فضولية وقعت على الكتاب كان ذلك رجوعا منه الى الكتاب الذي باعه من علي معاطاة.

(ولو) باع العباس كتاب علي فضولة ثم (اجاز المالك الثاني) الذي هو علي (نقذ) الفضولى (بغير اشكال) لأنه كان مالكا له فنقذ اجازته (و ينعكس الحكم) الذي ذكرناه بقولنا فى المالك الاول: «لم يبعد» و فى المالك

اشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة و لكل منهما رده قبل اجازة الآخر، و لو رجع الاول فأجاز الثاني فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغو الاجازة و ان جعلناها ناقلة

الثاني: «نفذ بغير اشكال» (اشكالاً) بالنسبة الى «علي» (و وضوحاً) بالنسبة الى «محمد» (على القول بالإباحة) فلو باع الفضولي الكتاب الذي ابيع لعلي - بالمعاطات - فاجاز محمد «نفذ بلا اشكال» و لو اجاز علي «لم يبعد تقوذ اجازته» (و لكل منهما) اي من محمد و علي في مثال بيع العباس للكتاب فضولة (رده) اي رد المتعامل الفضولي (قبل اجازة الآخر) اما بعد الاجازة - علي تقدير صحة الاجازة - فلا مورد للرد اذ نفذت الفضولية بعد لحوق الاجازة بها (و لو رجع الاول) اي محمد في الكتاب الذي باعه عباس - من عند علي - فضولية (فأجاز الثاني) اي علي للمعاملة الفضولية (فان جعلنا الاجازة كاشفة) عن صحة البيع في محله (لغى الرجوع) الذي اجراه محمد، اذ الاجازة من علي - و لو كان متأخراً عن رد محمد، زماناً - لحقت المعاملة الفضولية في حين المعاملة فلا ينفع ردّ محمد و لو كان الرد سابقاً على الاجارة (و يحتمل عدمه) اي عدم لغوية رجوع محمد، و انما يلغوا اجازة علي (لأنه رجوع) من محمد (قبل تصرف الآخر) اي علي (يفسد و يلغو الاجازة) من علي، بعد ان ردّها محمد، و قوله: «و يلغو» عطف بيان ليفسد، و في بعض النسخ:

«فينفذ الرجوع و يلغو الاجازة» (و ان جعلناها) اي الاجازة (ناقلة) من حين الاجازة - علي الاختلاف الآتي في باب الفضولي من ان الاجازة كاشفة



ولو امتزجت العينان او احدهما سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف اما على القول بالإباحة، فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف و لو تصرف في العين

---

او ناقلة- و قوله: «و ان جعلناها» عطف على قوله: «فان جعلنا الاجازة» (لغت الاجازة) من علي (قطعا) لأن ردّ محمد سابق و قد بطلت الفضولية برده فلا موقع لاجازة على.

(و لو امتزجت العينان او احدهما) كما لو باع الدهن بالدبس معاطاة فامتزجا، او امتزج الدهن فقط- مثلا- (سقط الرجوع على القول به) افادة المعاطاة (الملك، لامتناع التراد) لأن الممتزج غير ممكن رده، (و يحتمل الشركة) بين صاحب الدهن- مثلا- و الشخص الذي امتزج ماله بالدهن، فيصح التراد (و هو ضعيف) لأن القدر المتيقن من مورد الرجوع على القول بالملك- بقاء كل من العينين سالما- كما تقدم- (أما على القول به) افادة المعاطاة (الإباحة، فالاصل بقاء التسلط) لصاحب الدهن الذي اباحه للمشتري (على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك) للدهن في المثال (شريكا مع مالك الممتزج به) مثلا: امتزج بالدهن العسل فصاحب الدهن يكون شريكا مع صاحب العسل (نعم لو كان المزج) بحيث يكون (ملحقا له) اي للمال الممزوج (بالاتلاف) كما لو امتزج سكره بماء كر بحيث لم يظهر طعم الحلاوة في الماء (جرى عليه) اي على المال الممتزج (حكم التلف) فلا يصح الرجوع (و لو تصرف) احد المتعاطيين (في العين

تصرفا مغيرا للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالإباحة و على القول بالملك ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد.

و منشأ الاشكال ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى او حقيقى.

ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداءً او فى ضمن المعاملة بل هو.

---

تصرفا مغيرا للصورة) العرفية (كطحن الحنطة و فصل الثوب) اما التصرف المغير للصورة النوعية كحرق الخشب و ما اشبهه، فهذا يعد فى العرف اتالفا (فلا لزوم على القول ب) افادة المعاطاة (الإباحة) لاستصحاب بقاء سلطته و حقه على المال المتغير (و على القول بالملك ففي اللزوم) للمعاطاة بسبب تغيير الصورة (وجهان مبنيان على جريان استصحاب التراد) فاذا قلنا بالاستصحاب لا نقول باللزوم. و ان لم نقل بالاستصحاب لزم القول باللزوم

(و منشأ الاشكال) و الاحتمالين (ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى) و عليه فالحنطة نفس الطحين عرفا فلا لزوم (او حقيقى) و عليه فالحنطة غير الطحين فالمعاطاة لازمة.

(ثم انك قد عرفت مما ذكرنا) من ان المعاطاة اما تفيد الملك المتزلزل او الاباحة (انه ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة) لأنها ليست كالعقود اللازمة (حتى يورث بالموت) فاذا مات المعطاتي ورثه وارثه فى فسخ المعاطاة التى اجراها (و يسقط بالاسقاط ابتداءً) كان يقول المتعاطى: اسقطت حقى فى الرجوع (او فى ضمن المعاملة) بان يعاملا معاملة اخرى و يشترطا فى ضمن تلك المعاملة سقوط حقها فى الرجوع فى المعاطات (بل هو) اى الرجوع فى المعاطاة

على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة و على القول بالإباحة نظير الرجوع فى إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضى الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف.

فلو مات احد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول به الملك للاصل لأن من له وإليه الرجوع هو المالك الاصلى ولا- يجرى الاستصحاب.

ولو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين

---

(على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة) الجائزة الذى هو استرجاع لملك الغير (و على القول بالإباحة نظير الرجوع فى إباحة الطعام) كما اذا اباح زيد لعمرو طعامه ثم قال: رجعت فيه، بل (بحيث يناط الحكم فيه) اى، فى كونه مباحا (بالرضى الباطنى بحيث لو علم كراهة الملك باطنا لم يجز له التصرف) فانه لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه و اذا كان المأخوذ حياء كالمأخوذ غصبا.

(فلو مات احد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع) فى ما اعطاه الطرف (على القول به) افادة المعاطاة (الملك للاصل) فان حق الرجوع شىء لم يعلم ثبوته لوارثه (لأن من له وإليه الرجوع) اى له ان يرجع فيما اعطاه له (هو المالك الاصل) و الوارث ليس بمالك اصلى (و لا يجرى الاستصحاب) اى استصحاب بقاء الحق، لأن الوارث قبلا لم يكن له حق حتى يستصحب، و المالك الذى كان له الحق لم يبق بل مات. اما على القول بالإباحة فالمال للمعطى، و كل ما كان للمعطى ينتقل الى وارثه و لا دليل على ان الموت يوجب نقل المال من الميت الى المعطى له.

(ولو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين):

## السابع: أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاظة بيعا بعد التلف او معاوضة مستقلة.

قال: يحتمل الاول لأن المعاوضات محصورة و ليست احداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل و يحتمل الثاني لإطباقهم على انها ليست بيعا حال وقوعها فكيف يصير بيعا بعد التلف و تظهر الفائدة

القول بالملك و القول بالإباحة، اما على الإباحة فلأنه ملك للمجنون و لا دليل على ان الجنون ينقل الملكية الى المعطى له، و من المعلوم ان حق التصرف في الملك للولى، و اما على القول بالملك فلأن اسقاط الجنون لحق المجنون فى الارجاع خلاف الأصل فاذا ثبت الحق بالاستصحاب قام الولى مقامه فى هذا الحق (السابع: ان الشهيد الثاني ذكر فى المسالك وجهين) و احتمالين (فى صيرورة المعاظة بيعا بعد التلف) حتى يجرى عليها احكام البيع (او معاوضة مستقلة) ليست بالمعاملات المتعارفة، و القاعدة فى مثل هذه المعاوضة ان لا تجرى عليها احكام المعاوضة المتعارفة، و انما تجرى الاحكام الكلية نحو: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. وَتِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ،** و المؤمنون عند شروطهم. و ما اشبه.

(قال) الشهيد (: يحتمل الاول) و كونها بيعا (لأن المعاوضات محصورة) فى الامور التى ذكرت فى الكتب الفقهية (و ليست) المعاظة (احداها) فلا بد و ان تكون بيعا (و كونها معاوضة) مستقلة (برأسها يحتاج الى دليل) و لا دليل على ذلك. (و يحتمل الثاني) و انها معاوضة مستقلة (لإطباقهم) اى اتفاق الفقهاء (على انها ليست بيعا حال وقوعها) اى حال التعاطى (فكيف يصير بيعا بعد التلف) اذ لا دليل على ان التلف يصبغ المعاظة بصبغة البيع (و تظهر الفائدة) فى كونها بيعا

فى ترتب الاحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن او بعضه و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاظة او من حين اللزوم كل محتمل.

و يشكل الاول بقولهم: انها ليست بيعا.

او معاملة مستقلة (فى ترتب الاحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن) فى ضمن ثلاثة ايام (او بعضه) اى بعض الثمن، فانه ان كان بيعا كان للمشتري الخيار فى رد الحيوان و الرجوع الى الثمن مثلا او قيمته، و ان لم يكن بيعا لم يكن له الخيار، اذ لا دليل على ان كل مبادلة طرفها الحيوان يجرى فيها الخيار، و كذلك خيار المجلس فيما لو تلف فى المجلس. و هكذا (و على تقدير ثبوته) اى ثبوت خيار الحيوان فى المعاظة لكونها بيعا (فهل الثلاثة) الايام التى هى ايام الخيار (من حين المعاظة) حتى اذا كان التلف فى اليوم الثانى لم يكن له الخيار الا فى يوم و بعض يوم و لو كان التلف بعد الثلاثة سقط الخيار لانقضاء الثلاثة (او من حين اللزوم) المحقق بتلف الثمن او بعضه فى اى وقت حصل التلف (كلّ) من كون الخيار من حين التلف، او من وقت المعاظت (محتمل) اما احتمال كونه من حين المعاظة، لأنه وقت الانتقال، و الخيار يثبت من وقت النقل و الانتقال. و اما احتمال كونه من حين اللزوم فلأن الخيار انما يرفع اللزوم و المعاظة قبلا لم تكن لازمة حتى تحتاج الى الخيار، بالإضافة الى ان المعاظة قبل اللزوم لم تكن بيعا و خيار الحيوان انما هو فى البيع.

(و يشكل الاول) اى كونه من حين المعاظة (بقولهم: انها ليست بيعا) فكيف يثبت الخيار فيما ليس ببيع.

و يشكل الثانى بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها.

اللهم ألا ان يجعل المعاظة جزء السبب و التلف تمامه و الاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة و انما يتم على قول المفيد و من تبعه و اما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما ان خيار المجلس منتف انتهى

و الظاهر ان هذا تفريع على القول بالإباحة فى المعاظة.

و اما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل

---

(و) يشكل (الثانى) اى كونه من حين اللزوم (بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها) حتى يكون مبدأ الخيار، و مبدأ الخيار انما هو من حين المعاوضة.

(اللهم ألا ان يجعل المعاظة جزء السبب و التلف تمامه) فيتحقق بالتلف السبب فيكون ذلك وقت المعاوضة و مبدأ الخيار (و الاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا) فى المعاظة اصلا، (بناء على انها ليست لازمة) و ما لا لزوم له لا خيار فيه (و انما يتم) خيار الحيوان فى المعاظة (على قول المفيد و من تبعه) من ان المعاظة معاملة لازمة- كما تقدم- (و اما خيار العيب و الغبن) فى المعاظة (فيثبتان على التقديرين) اى تقدير كون المعاظة بيعا او معاملة مستقلة لأنهما ليسا خاصين بالبيع (كما ان خيار المجلس منتف) لأن مجلس المعاظة لا لزوم له حتى يثبت الخيار و حال التلف ليس بمجلس المعاملة حتى يثبت الخيار (انتهى) كلام الشهيد.

(و الظاهر) من سياق كلام الشهيد (ان هذا) الكلام كله (تفريع على القول بالإباحة فى المعاظة).

(و اما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل) كما قاله المحقق الثانى

فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة او يبيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم اذ الظاهر انه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال في ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني فاذا لزم صار يبيعا لازما فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار، وقد تقدم ان الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار

(فينبغي الكلام في كونها معاوضة مستقلة او يبيعا متزلزلا قبل اللزوم) الذي يتحقق بالتلف (حتى يتبعه حكمها) اي حكم المعاظة (بعد اللزوم) و الحاصل، انه لو قلنا بافادة المعاظة الاباحة صح ان يقال انها بعد التلف بيع او معاوضة مستقلة، و اما لو قلنا بافادة المعاظة الملك المتزلزل فلا- مجال لأن يقال انها بعد اللزوم بيع او معاوضة مستقلة، اذ الملك المتزلزل المتحقق قبل التلف هو نفس البيع فلا معنى لاحتمال كونها يبيعا بعد اللزوم، وقد ذكر سبب قوله «يلغى» بقوله: (اذ الظاهر انه) التعامل المعاطاتي (عند القائلين بالملك المتزلزل بيع) فلا وجه لاحتمال كونها يبيعا بعد اللزوم (بل لا اشكال في ذلك) اي في كونها يبيعا- عند القائل بالملك المتزلزل- (عندهم على ما تقدم من المحقق الثاني) و عليه (فاذا لزم) بتلف احد الطرفين (صار يبيعا لازما) بعد ان كان يبيعا جائزا (فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله) الضمير عائد الى «ما» و مصداق «ما» «الحكم» اي سوى الحكم الذي استفيد من دليل ذلك الحكم (ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه) اي مبنى ذلك البيع (على اللزوم لو لا الخيار، و) ليس المعاظة مما بنى على اللزوم لو لا الخيار لما (قد تقدم ان الجواز هنا) في باب المعاظة (لا يراد به ثبوت الخيار) بل الجواز ذاتي للمعاظة كالجواز في الهبة، ثم انه لا يخفى ان بعض المحشين

و كيف كان فالاقوى انها- على القول بالإباحة-: بيع عرفى لم يصححه الشارع ولم يمضه الا بعد تلف احدى العينين او ما فى حكمه و بعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من اول الامر.

و المحكى عن حواشى الشهيد ره ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه من الاباحة

---

صححوا عبارة المتن بما هو خلاف الظاهر من غير حاجة إليه- فراجع حواشى الشهيد «ره» و غيره- كما ان استظهار المصنف ما ذكره محل مناقشه.

(و كيف كان فالاقوى انها) اى المعاطاة (- على القول بالإباحة بيع عرفى لم يصححه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف احدى العينين) اما انه بيع عرفى فلانا نرى العرف يحكمون عليها بأنها بيع و اما ان الشارع لم يمضه و ان الامضاء بعد التلف فلما تقدم من الدليل على ذلك (او ما فى حكمه) اى ما فى حكم التلف كالتنقل اللازم و ما اشبهه- مما قد سبق- (و بعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما) اى الحكم الذى (اختص دليله) اى دليل ذلك الحكم (بالبيع الواقع صحيحا من اول الامر) كخيار المجلس و ما اشبهه.

(و الظاهر ان) (المحكى عن حواشى الشهيد ره) من (ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة، و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه من الاباحة) يعنى ان المعاطاة بناء على القول بالإباحة معاوضة جائزة او لازمة



و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد ان يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

الثامن: لا اشكال في تحقق المعاظة المصطلحة- التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة- بما اذا تحقق إنشاء التمليك او الاباحة بالفعل و هو قبض العينين اما اذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشي ء زائد على الانشاء اللفظي كما قويناه

---

(و كونها معاوضة) اباحية (قبل اللزوم) الحاصل بالتلف (من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى) «من» متعلق ب «معاوضة» (لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك) لما عرفت سابقا من ان لزوم امر لا يلزم الملك بل المعاوضة لازمة من باب: المؤمنون عند شروطهم .. و ما اشبهه (كما لا يخفى فلا بد ان يقول) الشهيد (بالإباحة اللازمة فافهم) فان القول بالإباحة اللازمة غير مألوف عندهم بل قد عرفت سابقا ان المعاظة اما إباحة او ملك، و بعد التلف ملك.

(الثامن: لا اشكال في تحقق المعاظة المصطلحة- التي هي معركة الآراء) و مصب الافكار (بين الخاصة و العامة- بما اذا تحقق إنشاء التمليك او الاباحة بالفعل) خارجا (و هو قبض العينين) سواء كان القابض اصيلا او وكيلا (اما اذا حصل) التعاطي (بالقول) فقط (غير الجامع لشرائط اللزوم) كما اذا اجريا اللفظ غير العربي، او قدم القبول على الايجاب، او ما اشبهه، مما قلنا باعتباره في عقد البيع.

(فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم) في البيع (بشي ء زائد على الانشاء اللفظي - كما قويناه سابقا) فالمعتبر في العقد لفظ دال على الانشاء

بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا اشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما.

وان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ فهل يرجع ذلك الانشاء القولى الى حكم المعاظة مطلقا او بشرط تحقق قبض العين معه أو لا يتحقق به مطلقا.

نعم اذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق

---

فقط (بناء على التخليص بذلك) اى بانشاء اللفظ (من اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ) حتى انه لو لم يكن الاتفاق المذكور لقلنا بعدم الاحتياج الى اللفظ مطلقا، بل قد عرفت سابقا ان الترجيح مع هذا القول فان الاتفاق محصله غير حاصل و منقوله غير مقبول، فالاقوى ان المعاظة الفعلية كالبيع فى جميع الامور (فلا اشكال فى صيرورة المعاملة بذلك) اى باللفظ غير الواجد لجميع الشرائط (عقدا لازما) لوجود الانشاء باللفظ فيه- وقد عرفت ان المعتبر هذا فقط-

(وان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ) فى انعقاد البيع كالعربية و تقديم الايجاب و الموالاة و ما اشبه (فهل يرجع ذلك الانشاء القولى) الذى لم يقارنه التعاطى و لا شرائط العقد اللفظى (الى حكم المعاظة مطلقا او بشرط تحقق قبض العين معه) فاذا كان لفظ و قبض كان فى حكم المعاظة (او لا يتحقق به) اى بالانشاء (مطلقا) سواء قبض العين أم لا.

(نعم اذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده) اى بعد الانشاء اللفظى بان إنشاء أولا باللفظ، ثم لما اراد اعطاء العين لم يعطها اداء لما عليه و انما انشأ المعاظة الفعلية (تحقق

المعاطاة فالانشاء القولى السابق كالعدم لا عبرة به و لا بوقوع القبض بعده خاليا عن قصد الانشاء بل بانيا على كونه حقا لازما لكونه من آثار الانشاء القولى السابق نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط.

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانين قال المحقق فى صيغ عقوده انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منهما كان معاطاة.

---

المعاطاة) بهذا الانشاء الفعلى المتأخر لا بالإنشاء اللفظى المتقدم (فالانشاء القولى السابق) على الاعطاء (كالعدم) اى كعدم الانشاء (لا عبرة به) لانه ليس جامعا للشرائط حتى يكون عقدا و لا مقترنا بالتعاطى حتى يكون المعاطاة (ولا) عبرة (بوقوع القبض بعده) اى بعد ذلك الانشاء (عن مقصد الانشاء بل) كان القبض (بانيا على كونه حقا لازما لكونه من آثار الانشاء القولى السابق) فهو وفاء لا إنشاء (نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط) حيث ان هذا القبض ليس إنشاء مستقلا بل من آثار الانشاء السابق.

(ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول) اى رجوع ذلك الانشاء القولى الناقل للشرائط و للتعاطى الى حكم المعاطات (تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانين قال المحقق فى) كتاب (صيغ عقوده) على ما حكى عنه- بعد ذكر الشروط المعتمدة فى الصيغة (انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه) من الشرائط المقررة فى البيع (و علم التراضي منهما) بالتبادل (كان معاطاة) و اطلاقه شامل لما اذا اقترن بالتعاطى أم لا.

وفى الروضة فى مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق انها تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح و ظاهر الكلامين صورة وقوع الانشاء بعد القبض بل يكون القبض من آثاره.

و ظاهر كثير كصريح جماعة منهم المحقق و العلامة بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضمونا عليه هو الوجه الاخير لان مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط، الصيغة كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة

---

(وفى الروضة فى مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق) فى مسألة اجراء الصيغة، قال: (انها) اى الاشارة (تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح) فاذا كانت الاشارة مفيدة للمعاطاة كانت الصيغة غير الجامعة للشرائط مفيدة للمعاطاة بطريق اولى (و ظاهر الكلامين) من المحقق و الشهيد (صورة وقوع الانشاء) باللفظ (بعد القبض بل يكون القبض من آثاره) اى آثار الانشاء اللفظى السابق، هذا.

(و) لكن (ظاهر كثير) من الفقهاء (كصريح جماعة منهم المحقق و العلامة) حيث قالوا: (بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان) الشئ المقبوض (مضمونا عليه) اى على القابض (هو الوجه الاخير) و ان الانشاء القولى الفاقد للشرائط، غير المقترن بالقبض لا يفيد بيعا و لا معاطاة (لان مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة) كالعربية، و تقديم الايجاب على القبول و غيرهما (كما ربما يشهد به) اى بكون مرادهم اختلال شروط الصيغة (ذكر) المشهور (هذا الكلام) اى قولهم: «ما ابتاعه بالعقد الفاسد» (بعد شروط الصيغة و

وقبل شروط العوضين و المتعاقدين او ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر.

وكيف كان فالصورة الاولى داخلية قطعاً، ولا يخفى ان الحكم فيها بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة وربما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين فيقال: ان موضوع المسألة- في عدم

---

وقبل شروط العوضين و) شروط (المتعاقدين) مثل شرط كون العوض مالا مملوكا، و كون العاقدين بالغين عاقلين- الى غيرها- (او) مرادهم بالعقد الفاسد (ما يشمل هذا) اى اختلال شروط الصيغة (وغيره) اى ما كان مختلا للشروط من جهة المتعاقدين او العوضين (- كما هو الظاهر) اى كون مرادهم الاعم من اختلال شروط الصيغة او العوضين و المتعاقدين

(وكيف كان) سواء كان مرادهم خصوص اختلال شروط الصيغة، او الاعم منه و من اختلال شروط العوضين و المتعاقدين (فالصورة الاولى) اى ما كان مختلا لشروط الصيغة (داخلية) فى قولهم: «لوقبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد .. الخ» (قطعاً، ولا يخفى ان الحكم فيها) اى فى الصورة الاولى (بالضمان) لما قبضه (مناف لجريان حكم المعاطات) اذ لو كان محكوما بحكم المعاطاة لم يكن ضمان (و) لكن (بما يجمع بين هذا الكلام) اى قولهم المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان (و) بين (ما تقدم من المحقق الشهيد الثانيين) حيث قالوا ان المقبوض بالعقد الفاسد فى حكم المعاطاة و الحاصل انه يجمع بين دعواه الاتفاق على ان المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان، و بين فتوى المحقق و الشهيد بأن المقبوض بالعقد الفاسد معاطاة- مما معناه عدم الضمان- (فيقال: ان موضوع المسألة فى عدم

جواز التصرف بالعقد الفاسد- ما اذا علم عدم الرضا الا بزعم صحة المعاملة فاذا انتفت الصحة انتفى الاذن لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير اذن و أكلا- للمال بالباطل لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعا او تجارة عن تراض او هبة او نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض و الا و لان قد انتفيا بمقتضى الفرض و كذا البواقي للقطع- من جهة زعمهما صحة المعاملة- بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شي ء في المقابل فالرضا المقدم كالعدم فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد

---

جواز التصرف بالعقد الفاسد-) مما ادعى عليه الاتفاق (ما اذا علم عدم الرضا الا بزعم صحة المعاملة) بان كان الرضا على نحو التقييد (فاذا انتفت الصحة انتفى الاذن) في التصرف (لترتبه) اى الاذن (على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير اذن و اكلا للمال بالباطل) فان الاذن المعاملى قد انتفى و الاذن غير المعاملى ليس بموجود (لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيعا او تجارة عن تراض) غير البيع كسائر انحاء التجارة (او هبة او نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض) كالهديّة و الضيافة و ما اشبه (و الاولان) اى البيع و التجارة (قد انتفيا بمقتضى الفرض) لأن المفروض فساد المعاملة (و كذا البواقي) اى الهبة و نحوها (للقطع- من جهة زعمهما صحة المعاملة- بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شي ء في المقابل)، «بعدم» متعلق ب: القطع، يعنى انا تقطع انهما لا يرضيان بان يكون مالها بلا بدل، اذ انهما يزعمان ان المعاملة صحيحة و ان كل مال يازائه بدل، (فالرضا المقدم) الذي كان موجودا بالتعامل (كالعدم) اذ لم يتحقق بسبب بطلان المعاملة (فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد)

و استمر رضاهما فلا كلام فى صحة المعاملة، و رجعت الى المعاطاة كما اذا علم الرضا من اول الامر باباحتهما التصرف باى وجه اتفق سواء صحت المعاملة او فسدت فان ذلك ليس من البيع الفاسد فى شىء.

اقول: المفروض ان الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن الا إنشاء واحدا هو التمليك و من المعلوم ان هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن، الحاصل فى ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك.

---

للمعاملة (و استمر رضاهما) الى زمان القبض بان كان قبضا عن إنشاء رضى معاطاتي (فلا كلام فى صحة المعاملة، و رجعت الى المعاطاة) و ذلك مثل المعاطاة الابتدائية (كما اذا علم الرضا من اول الامر باباحتهما التصرف باى وجه اتفق سواء صحت المعاملة او فسدت) بان كان مقصودهما الوصول الى العوضين من كون مدخلية المعاملة فى نظرهما الا طريقا الى التوصل المذكور (فان ذلك) الرضا (ليس من البيع الفاسد فى شىء) هذا غاية تقريب صحة التصرف بعد فساد المعاملة، و حيث ان هذا التقريب اشتمل على صحة التصرف أولا: من جهة حصول المعاطاة بالتراضى الجديد حيث قال: «فان تراضيا» و ثانيا: من جهة حصول المعاطاة بالتراضى الضمنى حال العقد حيث قال «كما اذا علم الرضا» اجاب المصنف عن الامرين فاجاب عن الثانى بقوله: «المفروض» و اجاب عن الاول بقوله: «و منه يعلم»

(اقول: المفروض ان الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن الا إنشاء واحدا هو التمليك) العقدى (و من المعلوم ان هذا المقدار) من التمليك (لا يوجب بقاء الاذن الحاصل فى ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك) اذ الاذن و الرضا كان مقيدا لا ان التمليك كان على نحو التعدد فى المطلوب فان من

والموجود بعده ان كان إنشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطة حينئذ انما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط مع انك قد عرفت ان ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الاشارة المفهومة بقصد البيع و بنفس الصيغة الخالية و عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما و منه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطة

---

يعامل معاملة لا يريد شيئين، و لا ينشأ إنشاءين حتى اذا فقد الانشاء المقيد بقى الانشاء المطلق (الموجود بعده) اى بعد التمليك (ان كان إنشاء آخر في ضمن التقابض) بان تقولون: بان الانشاء المعطاتي لم يحصل في ضمن العقد الفاسد و انما حصل في ضمن التقابض - فأثر (خرج عن محل الكلام) الذي هو حصول الانشاء بالعقد (لأن المعاطة حينئذ) اى حين كون انشائها بالتقابض (انما تحصل به) اى بالانشاء الجديد حال التقابض (لا بالعقد الفاقد للشرائط) و هذا خلاف كلام المصحح للمعاطة بالعقد الفاسد فكيف يمكن ان ينسب هذا الكلام الى المصحح (مع انك قد عرفت ان ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الاشارة المفهومة بقصد البيع و بنفس الصيغة الخالية من الشرائط) فكيف يجمع بين كلامهما بالصحة و كلام المشهور بالفساد، بان كلامهم في ما اذا لم يكن رضی، و كلامهما فيما اذا حدث الرضا بعد ذلك، اذ كلامهما فيما اذا كان الرضا بنفس العقد (لا بالتقابض الحاصل بعدهما) اى بعد الاشارة و بعد الصيغة الفاقدة للشرائط (و منه) اى مما ذكرنا من ان كلامهما في حصول الرضا بنفس العقد - لا بأمر جديد - (يعلم فساد ما ذكره) الذي اراد الجمع بين الكلام المشهور و بين كلامهما (من حصول المعاطة



بتراض جديد بعد العقد غير مبنى على صحة العقد.

ثم ان ما ذكره من التراضي الجديد- بعد العلم بالفساد- مع اختصاصه بما اذا علما بالفساد دون غيره من الصور- مع ان كلام الجميع مطلق- يرد عليه ان هذا التراضي إن كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد فان كان لا على وجه المعاطة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضى صاحبه بتصرفه في ماله فهذا ليس من المعاطة بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا ولا يكفى.

---

بتراض جديد بعد العقد) اى تراض (غير مبنى على صحة العقد) وهذا جواب قوله: «فان تراضيا»، وانما يعلم ذلك، لانك علمت ان كلامهما فى التراضي الحاصل بالاشارة حال العقد، لانه تراض جديد.

(ثم ان ما ذكره) الجامع (من التراضي الجديد- بعد العلم بالفساد) العقد (مع اختصاصه) اى هذا التراضي المتوقف على العلم بالفساد (بما اذا علما بالفساد دون غيره من الصور) بان قطعاً بعدم الفساد، او شكاً فيه، او ظناً، او وهماً له (- مع ان كلام الجميع مطلق-) شامل لصورة العلم بالفساد وغيره (يرد عليه ان هذه التراضي إن كان تراضيا آخر) غير التراضي العقدى (حادثاً بعد العقد فان كان) التراضي (لا على وجه المعاطة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر فى ماله من دون ملاحظة رضى صاحبه بتصرفه فى ماله) كان رضى محمد بتصرف على فى الكتاب من دون ملاحظة رضى على بتصرف محمد فى الدينار- وكذا العكس- حتى يكون الرضا ابتدائياً، لا رضا معاوضياً (فهذا ليس من المعاطة بل هي إباحة مجانية من الطرفين) هذا اباح لذلك ماله، وذاك اباح لهذا ماله (تبقى) هذه الاباحة المجانية (ما دام العلم بالرضا) فاذا انتفى العلم بالرضا انتفت (و لا يكفى

فيه عدم العلم بالرجوع لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال ولا يترتب عليه اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احدى العينين او جواز التصرف الى حين العلم بالرجوع وإن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس الا التراضي السابق على ملكية كل منهما لمال الآخر وليس ترضيا جديدا بناء على ان المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفته من كلام المشهور خصوصا المحقق الثاني

فيه) اي في جواز التصرف المستند الى هذه الاباحة المجانية (عدم العلم بالرجوع) فاذا شك في ان صاحبه رجع في اذنه أم لا، لا يجوز له التصرف بعد ذلك، و انما لا يكفي عدم العلم بالرجوع (لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال) لا يحق للمأذون ان يتصرف في المال بعد الشك كما اذا كان صديقا لزيد و علم من شاهد الحال ان زيدا راض بان يتصرف في داره ثم حدثت بينهما عداوة فانه اذا شك في بقاء الاذن وعدمه لا يجوز له ان يتصرف فانه لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه، و المفروض انه شك في طيب نفس زيد (و لا يترتب عليه) اي على هذا النحو من الاباحة و الاذن (اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احدى العينين، او جواز التصرف الى حين العلم بالرجوع) فلا يمكن تصحيح قول المعاطاتي، بمثل هذا الاذن الاباحي (وإن كان على وجه المعاطاة) هذا شق لقوله: «فإن كان لا على وجه المعاطاة» (فهذا ليس الا التراضي السابق على ملكية كل منهما المال الآخر) «على» متعلق ب «التراضي» (و ليس ترضيا جديدا) اذ لا رضى جديد بالملك بعد العقد الفاسد (بناء على ان المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفته من كلام المشهور) على ما استظهرناه سابقا خلافا لمن نسب إليهم من ان، مرادهم الاباحة (خصوصا المحقق الثاني) الذي كان كلامه صريحا في

فلا يجوز له ان يريد بقوله المتقدم- عن صيغ العقود- ان الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل فى المعاظة التراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على الوجه المعاوضة.

و تفصيل الكلام ان المتعاملين بالعقد الفاقد بعض الشرائط اما ان يقع تقابضهما بغير رضى من كل منهما فى تصرف الاخر بل حصل قهرا عليهما أو على احدهما

---

التمليك و الحاصل ان الرضا بالتصرف اللاحق لا يلائم الملك و انما يلائم الملك الرضى العقدى السابق و ذلك لان الرضا اللاحق ليس على الوجه المعاوضة فالرضا المعاوضى المعاطى ليس بموجود الا حين العقد الفاسد (ف) ان المحقق الذى يقول بالتمليك (لا يجوز له ان يريد بقوله المتقدم- عن صيغة العقود-) «عن» متعلق ب «المتقدم» (ان الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل فى المعاظة) هذا مفعول قوله: لقوله « (للتراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة) فتحصل ان الجامع قال بوجود الرضا- اللاحق على العقد الفاسد- و الشيخ اشكل عليه بانه ان اراد الرضا لا على وجه المعاظة، فانه لا يترتب عليه اثر المعاظة، و الحال ظاهر الشهيد و المحقق ان الرضا يؤثر اثر المعاظة و ان اراد الرضا على وجه المعاظة فانه لا رضى معاطى بعد العقد الفاسد و انما هو مقارن بالعقد فقط.

(و تفصيل الكلام ان المتعاملين بالعقد الفاقد) ذلك العقد (بعض الشرائط اما ان يقع تقابضهما) للمالين (بغير رضى كل منهما فى تصرف الآخر بل حصل) التقابض (قهرا عليهما) كما لوند ندما بعد العقد و ودا لو لم يعقدا ذلك العقد (او) قهرا (على احدهما) بان لم يرض احدهما

واجبارا على العمل بمقتضى العقد فلا اشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه وكذا اذا وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا او تشريعا كما في كل قبض وقع على هذا الوجه لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع كما في نظائره.

بالتقابض لانه ندم على ما فعل (واجبارا على العمل بمقتضى العقد) حتى انه لو لم يكن عقد سابقا لم يعقد حالا (فلا اشكال) حينئذ سواء كان الكره من كليهما او من احدهما (في حرمة التصرف في القبوض على هذا الوجه) الكرهى اذ المفروض ان العقد فاسد و الرضا ليس بحاصل (وكذا اذا وقع) التقابض (على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر) بان كان الرضا مقيدا و الا لم يكن راضيا (اعتقادا) بان العقد صحيح (او تشريعا) كالغاصب الذي يقبض ما اشتراه و يعطى ما باعه، فان قبضه و اقباضه انما يكون على وجه الرضا الناشئ من بناء ملكية الطرف تشريعا- بحيث انه لو لا ذلك التشريع لم يكن راضيا فيما اذا ندم على المعاملة- (كما في كل قبض وقع على هذا الوجه) اى وجه الرضا المقيد (لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا) فالرضا مقيد بكون المال مستحقا للغير (ينتفى) الرضا (بانتفائها) اى بانتفاء هذه الجهة التقييدية (في الواقع) متعلق «بانتفائها» (كما في نظائره) اى نظائر هذا المقام مما كان الرضا مقيدا بقيد فرضى الشخص بناء على ذلك القيد فانه اذا لم يكن القيد فى الواقع انتفى الرضا أيضا.

و هذان الوجهان مما لا اشكال فيه فى حرمة التصرف فى العوضين كما انه لا اشكال فى الجواز اذا عرضنا عن اثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد و اما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا- قصد لانشاء تمليك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها كان الرضا أيضا موجودا و كان المقصود الاصلى من المعاملة التصرف و اوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه انه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك

---

(و هذان الوجهان) اى كون التقابض بغير الرضا و التقابض بالرضا المقيّد بالجهة المذكورة (مما لا اشكال فيه فى حرمة التصرف فى العوضين) فيما اذا تحقق احد الوجهين (كما انه لا اشكال فى الجواز) اى جواز التصرف فى العوضين (اذا عرضنا عن اثر العقد) بان لم يكن التقابض مستندا الى اثر العقد (و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون) التقابض الحالى (معاطاة صحيحة عقب عقد فاسد) فلا اثر للعقد الفاسد اصلا (و اما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه) اى ابتناء الرضا (على استحقاقه) اى التقابض (بالعقد السابق) كالقسم الاول (و لا قصد لانشاء تمليك) جديد كالقسم الثانى (بل وقع) التقابض (مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة) بسبب العقد (بحيث لولاها) اى الملكية (كان الرضا أيضا موجودا) لأن الطرفين احتاجا الى الملكين فرضيا رضيا مطلقا سواء قارن الملك أم لا، فلم يكن الرضا على وجه التقييد (و كان المقصود الاصلى من المعاملة التصرف) فى المالىن (و اوقعا العقد الفاسد وسيلة له) اى للتصرف (و يكشف عنه) اى عن ان مقصودهما التصرف (انه لو سئل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك) فيقال للبائع - مثلا-: هب ان الملك لم يحصل لك، فهل ترضى

او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا. فادخال هذا فى المعاطاة يتوقف على امرين:

الاول كفاية هذا الرضا المركوز فى النفس بل الرضا الشأنى لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا فى نظره.

وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره الى هذا و لعله لصدق طيب النفس على هذا الامر المركوز فى النفس.

---

انت بتصرف المشتري فى متاعك؟ (او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا) و اظهر الرضا بالتصرف (فادخال هذا) القسم و هو الرضا المطلق (فى المعاطاة يتوقف على امرين) قوله: «فادخال» جواب «و اما ان وقع»

(الاول كفاية هذا) القسم من (الرضا المركوز فى النفس بل الرضا الشأنى) الذى ليس فعلا مركوزا- و انما كان بحيث لو التفت رضى- و انما قلنا انه شأنى (لأن الموجود بالفعل) فى نفس المتعاطى (هو رضاه من حيث كونه مالكا فى نظره) اى نظر نفسه فان البائع انما يرضى بتصرف المشتري من حيث كونه مالكا لا من حيث ان البائع هو المالك و انما رضى تصرف المشتري من باب الاباحة له.

(وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك) الرضا المركوز فى النفس (و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره) عن المحقق الثانى بقوله ان الصيغة الفاقدة للشرايط مع التراضى تدخل فى المعاطاة (الى هذا) الذى ذكرناه من الرضا الارتكازى، و لعل المراد من الكلام المتقدم، ما تقدم من الجامع من انه اذا علم من الرضا اول الامر باباحتها التصرف باى وجه اتفق (لصدق طيب النفس على هذا الامر) اى الرضا (المركوز فى النفس) فيشملة المستثنى فى قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه، بل يشمله أيضا قوله

الثانى: انه لا- يشترط فى المعاطاة إنشاء الاباحة او التملك بالقبض، بل و لا بمطلق الفعل بل يكفى وصول كل من العوضين الى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله او بعده على الوجه المذكور.

وفيه اشكال من ان ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو العقد الفعلى كما ينبى عنه قول العلامة فى رد «كفاية المعاطاة فى البيع» ان الافعال قاصره عن افادة المقاصد و كذا استدلال المحقق الثانى على عدم لزومها بان الافعال ليست كالاقوال فى صراحة الدلالة و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله فى

---

تعالى: تجارة عن تراض، اذا قلنا بصدق التجارة على ذلك.

(الثانى: انه لا يشترط فى المعاطاة إنشاء الاباحة او التملك بالقبض، بل و لا) يشترط (بمطلق الفعل) الصادر من الطرفين (بل يكفى وصول كل من العوضين الى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله) اى قبل وصول العوضين (او بعده على الوجه المذكور) و قد حصل فيما نحن الوصول، و الرضا فهو داخل فى المعاطاة.

(وفيه) اى فى هذا الثانى (اشكال من) جهة (ان ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو العقد الفعلى) فما لا فعل فيه لا يكون معاطاة (كما ينبى عنه) اى عن اعتبار العقد الفعلى فى المعاطاة (قول العلامة فى رد «كفاية المعاطاة فى البيع» ان الافعال قاصرة عن افادة المقاصد) فالظاهر منه ان الكلام فيما اذا كان هناك فعل (و كذا استدلال المحقق الثانى على عدم لزومها) اى لزوم المعاطاة (بان الافعال ليست كالاقوال، فى صراحة الدلالة) فان ظاهره ان يكون هناك فعل، فما ليس فيه فعل ليس محل كلامهم فى المعاطاة (و كذا ما تقدم من الشهيد) الاول (رحمه الله فى

قواعده من ان الفعل فى المعاطاة، لا يقوم مقام القول و انما يفيد الاباحة الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى ان محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم ان البيع بالايجاب و القبول و بالتعاطى.

و من ان الظاهر ان عنوان التعاطى فى كلامهم لمجرد الدلالة على الرضا و ان عمدة الدليل على ذلك هى السيرة- و لذا تعدوا الى ما ذا لم يحصل الا قبض احد العوضين و السيرة موجودة فى المقام.

---

قواعده من ان الفعل فى المعاطاة، لا يقوم مقام القول و انما يفيد الاباحة) فانه انما يكون فى مقام كان فيه فعل (الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى ان محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض) فالثانى الذى هو كفاية الوصول و الرضا بدون الفعل غير تام (و كذا كلمات العامة) ظاهرة فى اشتراط الفعل فى صدق المعاطاة (فقد ذكر بعضهم ان البيع ينقصد بالايجاب و القبول و بالتعاطى) و من المعلوم ان التعاطى فعل، هذا كله وجه الاشكال فى صدق المعاطاة بمجرد الوصول و الرضا (و من ان الظاهر) هذا وجه عدم الاشكال، و شق آخر لقوله: «من ان ظاهر محل النزاع» (ان عنوان التعاطى فى كلامهم) انما هو (لمجرد الدلالة على الرضا) من التعاطى لا ان للتعاطى و التقابض موضوعية، فاذا حصل الرضا بدون التعاطى كفى فى صدق المعاطاة (و ان عمدة الدليل على ذلك) التعاطى (هى السيرة- و لذا تعدوا) اى الفقهاء من صورة التعاطى من الجانبين (الى ما ذا لم يحصل الا قبض احد العوضين-) فانه لا تعاطى فيه، و انما تعدوا للملاك (و السيرة موجودة فى المقام) اى المقام الذى فيه وصول و رضى، و ان لم يكن تعاط و قوله: «و السيرة» مربوط بقوله: «هى



فان بناء الناس على اخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها مع عدم حضورهم و يضعون الفلوس فى الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فى كوز الحمامى فالمعيار فى المعاطاة وصول المالىن او احدهما مع التراضى بالتصرف و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة

---

السيرة» و قوله: «و لذا .. الخ» جملة معترضة (فان بناء الناس على اخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها) اى ارباب هذه الجزئيات (مع عدم حضورهم) اى عدم حضور ارباب الدكاكين (و يضعون الفلوس فى الموضع المعد له) اى المعد للفس (و) كذا بنى الناس (على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فى كوز الحمامى) فان ذلك كله يكشف عن وجود السيرة بكفاية الرضا و اذا كفى الوصول بدون الفعل اذا اقترن الوصول بالرضا (فالمعيار فى المعاطاة وصول المالىن او احدهما مع التراضى) من الجانبين (بالتصرف) و بهذا يتم «الثانى» أيضا و (و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة) لانه يصدق طيب النفس الذى هو معيار الحلية اما الملكية فمشكل لما عرفت سابقا.

[اعتبار اللفظ في العقود و كفاية الإشارة أو الكتابة مع العجز عن التلفظ]

قد عرفت ان اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه الاجماع و تحققت فيه الشهرة العظيمة مع الاشارة إليه في بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة اما مع العجز عنه كالاخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه و كذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه كما قيل لأن الوجوب بمعنى الاشتراط

---

(مقدمة) لمبحث شروط العوضين و البائعين و شروط العقد.

(في خصوص الفاظ عقد البيع) اي خصوصياتها من حيث الهيئة و المادة (قد عرفت ان اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه الاجماع) وإن كان محل مناقشة كبرى و صغرى (و تحققت فيه الشهرة العظيمة مع الاشارة إليه) اي الى اعتبار اللفظ (في بعض النصوص) و هو قوله عليه السلام يحلل الكلام و يحرم الكلام (لكن هذا) الاعتبار للفظ (يختص بصورة القدرة) على اللفظ (اما مع العجز عنه كالاخرس) و من لا يقدر على التكلم لآفة عارضة (فمع عدم القدرة على التوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ) حتى في النكاح (وقيام الاشارة مقامه) اي مقام اللفظ (و كذا مع القدرة على التوكيل) فانه تكفى اشارة الاخرس و ان قدر على ان يوكل غيره في اجراء لفظ العقد (لا لأصالة عدم وجوبه) اي التوكيل (كما قيل) اي استدل لعدم اشتراط اللفظ في الاخرس على التوكيل، باصالة عدم وجوب اللفظ بالنسبة إليه لكن هذا الاصل غير تام (لأن الوجوب) للفظ (بمعنى الاشتراط) اذ معنى الوجوب و الحرمة في الاجزاء و الشروط في باب المركبات و العقود، هو

كما في ما نحن فيه هو الاصل بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الاخرس فان حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع ان الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثم لو قلنا بان الاصل في المعاطاة للزوم- بعد القول بإفادتها للملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتابعين على مباشرة اللفظ.

الاشتراط و الفساد بدون وجود الشرط و الجزء، فان الاوامر و النواهي في المركبات و في العقود تفيد الوضع، كما حقق في محله (كما في ما نحن فيه) من العقد للاخرس (هو الاصل) لاصالة الفساد بدون اللفظ، اذ كلما شك في تحقق العقد كان الاصل عدمه، كالاخرس اذا و كل كان عقده صحيحا قطعاً اما اذا اشار و شك في ان اشارته تكفي أم لا، فالاصل عدم حصول النقل و الانتقال (بل) انما نقول بعدم اعتبار توكيل الاخرس مع القدرة عليه (لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الاخرس) فاذا لم يعتبر اللفظ في الطلاق الذي هو من باب الفروج التي احرز من الشارع كمال الاهمية لها فعدم الاعتبار في البيع و نحوه بطريق اولي (ف) ان قلت: لعل عدم اعتبار اللفظ في الطلاق انما هو في صورة عدم قدرة الاخرس على التوكيل، قلت:

(ان حمله) اى النص (على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر) اذ الغالب تمكن الاخرس من التوكيل، فلا وجه لمثل هذا الحمل (مع ان الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب) اى عدم وجوب التوكيل حتى في صورة تمكنه من التوكيل.

(ثم لو قلنا بان الاصل في المعاطاة للزوم- بعد القول بإفادتها للملكية-) بان لم نقل بانها تفيد الاباحة، و لا الملك المترزل (فالقدر المخرج) من اللزوم (صورة قدرة المتابعين على مباشرة اللفظ) ففي هذه

و الظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها فى الطلاق مع ان الظاهر عدم الخلاف فيه واما مع القدرة على الاشارة فقد رجح بعض الاشارة و لعله لأنها اصرح فى الانشاء من الكتابة و فى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس

---

الصورة لا لزوم، اما اذا لم يقدر على اللفظ فهو باق تحت اصل اللزوم، و ان كانا قدرا على التوكيل.

وقوله: «ثم» .. السخ انما يريد بذلك تايد كون الاخرس يحتاج الى التوكيل و ان قدر عليه فان الاجماع على احتياج العقود اللازمة الى اللفظ منتفى فى مثل الاخرس اذ المشهور ذكروا كفاية اشارته حتى مع القدرة على التوكيل.

(و الظاهر أيضا) من اطلاق النص اى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه الشامل لكل ما يصدق عليه انه عقد (كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة) كما لو كان هناك حائل يمنع عن مشاهدة الاشارة، او كانت الاشارة معرض خطر - مثلا- او ما اشبه ذلك، فانه يصدق على الكتابة العقد عرفا بالإضافة الى ما ذكره رحمه الله- من قوله (لفحوى ما ورد من النص على جوازها) اى الكتابة (فى) باب (الطلاق) فانه اذا جاز الطلاق بالكتابة مع اهمية الطلاق فبالاولى جازت الكتابة فى مثل البيع الذى هو اقل اهمية من الطلاق (مع ان الظاهر عدم الخلاف فيه) و انه يتأتى بالكتابة فى صورة العجز عن الاشارة (و اما مع القدرة على الاشارة) فهل تكفى الكتابة أم لا؟ (فقد رجح بعض الاشارة) على الكتابة (و لعله لأنها) اى الاشارة (اصرح فى الانشاء من الكتابة، و فى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس) بتقديم الكتابة على

## ثم الكلام فى الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ

تارة يقع فى مواد الالفاظ من حيث افادة المعنى بالصراحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية

الاشارة (وإليه) اى العكس (ذهب الحلّى هناك) فى باب الطلاق و ما ورد من الكتابة فى باب الطلاق فكخبر يونس فى رجل اخرس كتب فى الارض بطلاق امرأته، قال عليه السلام: اذا فعل ذلك فى قبل الطهر بشهود و فهم عنه كما يفهم عن مثله و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنة» و كصحيح. ابى، بصير، قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة، فيصمت و لا يتكلم؟ قال عليه السلام اخرس؟ قلت: نعم قال: يعلم منه بغض لا مرأته و كراهته لها؟ قلت: نعم، يجوز ان يطلق عنه وليه؟ قال عليه السلام: لا، و لكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: اصلحك الله، لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟

قال: بالذى يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها او بغضه لها.

و لا يخفى ان الرواية الثانية دلت على تقديم الكتابة على الاشارة اللهم الا ان يناقش بان الطلاق يحتاج الى الكتابة فلذا قدم على الاشارة فليس المناط معلوما حتى يتعدى منه الى البيع بان يقال ان الكتابة فى البيع أيضا مقدمة على الاشارة.

(ثم الكلام فى الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ تارة يقع فى مواد الفاظ) كمادة «ب ي ع» و «م ل ك» (من حيث افادة المعنى) البيعى (بالصراحة) مما لا يحتمل الخلاف (و الظهور) ما يحتمله (و الحقيقة و المجاز و الكناية) و هى قسم من المجاز الذى كانت علاقته التلازم بذكر اللازم و إرادة اللزوم مثل «كثير الرماد» و «مهزول الفصيل» و «جبان الكلب» كناية عن

و من حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة.

و اخرى فى هيئة كل من الايجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية و كونه بالماضى.

و ثالثة فى هيئة تركيب الايجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة.

اما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات قال فى التذكرة: الرابع من شروط الصيغة التصريح فلا يقع بالكناية مع النية مثل قوله ادخلته فى ملك، او جعلته لك، او خذه منى او سلطتك عليه بكذا عملا باصالة بقاء الملك

---

الكرم و هكذا (و من حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة) و هل انه يشترط ان يكون بلغة العرب أم يكفى سائر اللغات

(و اخرى فى هيئة كل من الايجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية) لا بالجملة الاسميّة نحو: «البيع صادر منى» (و كونه بالماضى) كبعث لا ابيع.

(و ثالثة: فى هيئة تركيب الايجاب و القبول من حيث الترتيب) بتقديم الايجاب على القبول (و الموالاة) بالتتابع بان لا يكون فصل معتد به بين الايجاب و القبول.

(اما الكلام من حيث المادة فالمشهور) بين الفقهاء (عدم وقوع العقد بالكنايات) سواء كانت كناية قريبة أم بعيدة (قال فى التذكرة: «الرابع من شروط الصيغة التصريح) بالصيغة (فلا يقع) العقد (بالكناية مع النية) اما بدون النية فلا اشكال فى عدم الوقوع (مثل قوله: ادخلته فى ملك، او جعلته لك، او خذه منى او سلطتك عليه بكذا) من المال، و انما نقول بعدم وقوع العقد بالكناية (عملا باصالة بقاء الملك) فى سلطة مالكة ما لم يخرج بلفظ صريح

و لأن المخاطب لا يدري بم خوطب.

وزاد في غاية المراد على الأمثلة مثل قوله: اعطيتكه بكذا او تسلط عليه بكذا وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد.

و المراد بالتصريح كما يظهر من جماعة من الخاصة و العامة في باب الطلاق و غيره ما كان موضوعا بعنوان ذلك العقد لغة او شرعا و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد- بحسب الوضع- فيفيد إرادة نفسه بالقرائن و هي.

---

(و لأن المخاطب لا يدري بم خوطب) فلا يقبل العقد، و اذا لم يكم قبول لم يكن بيع.

(و زاد) على العلامة (في غاية المراد على الأمثلة) المذكورة (مثل قوله:

اعطيتكه بكذا او تسلط عليه بكذا) من الثمن (وربما يبدل) هذا الشرط- اى عدم كونه كناية- (باشتراط الحقيقة) في قبال المجاز (في صيغة فلا ينعقد) البيع (بالمجازات، حتى صرح بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد) في عدم الانعقاد، فالمجاز القريب مثل قوله: هذا لك، فان كونه له لازم ان يكون ادخله البائع في ملكه، و المجاز البعيد مثل قوله: لا يتصرف احد في مالك، و يشير الى السلعة.

(و المراد بالتصريح كما ظهر من جماعة من الخاصة و العامة في باب الطلاق و غيره- كان) من الالفاظ (موضوعا بعنوان ذلك العقد) الذي يريدون اجرائه: كعقد البيع و الرهن و الاجارة، و ما اشبه (لغة او شرعا و) المراد (من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد- بحسب الوضع-) اى ان اللفظ له لازم وضعى فى مقابل اللازم العقلى (فيفيد) اللازم المأتى به (إرادة نفسه) اى نفس العقد، افادة (بالقرائن) الحالية و المقالية (و هي) اى القرائن

على قسمين عندهم جلية و خفية.

والآذي يظهر من النصوص المتفرقة فى ابواب العقود اللازمة و الفتاوى المتعرضة لصيغها فى البيع بقول مطلق و فى بعض انواعه و فى غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به فى المعنى المقصود فلا- فرق بين قوله بعث و ملكت، و بين قوله: نقلت الى ملكك او جعلته ملكا لك بكذا او هذا هو الذى قواه جماعة من متأخري المتأخرين.

---

(على قسمين عندهم جلية) بحيث اذا كانت ظهرت إرادة الملزوم ظهورا واضحا (و خفية) ليست بتلك المنزلة الظاهرة.

(و الآذي يظهر من النصوص المتفرقة فى ابواب العقود اللازمة) مقابل العقود الجائزة التى يصح فسخها (و) يظهر من (الفتاوى المتعرضة لصيغها) اى صيغ العقود اللازمة (فى البيع بقول مطلق) اى مطلق اقسام البيع كالنقد و السلم و النسيئة (و فى بعض انواعه) كالسلم فقط. او المرابحة- مثلا- (و فى غير البيع من العقود اللازمة) كالأجارة مثل (هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به) عند العقلاء (فى المعنى المقصود) لدى العاقدين و «فى» متعلق ب «ظهور» (فلا- فرق) فى صحة اجراء العقد (بين قوله: بعث و ملكت، و بين قوله: نقلت الى ملكك او جعلته ملكا لك بكذا) من الثمن و الا و لان حقيقة، و الآخر ان كناية، لكن لما كان الظهور موجودا فيهما كفايا فى اجراء البيع بهما (و هذا) الآذي ذكرنا من كفاية الظهور و لو كان مجازا و كناية (هو الذى قواه جماعة من متأخري المتأخرين) و قد اراد المصنف من قوله:

«و الفتاوى» رد من نسب الى المشهور عدم تجويزهم بالكناية كما ان المراد من النصوص ما ورد من النصوص بذكر الالفاظ للمعاملة فان بعض الالفاظ الواردة فيها حقيقة، و بعض الالفاظ مجاز كما لا يخفى لمن راجعها.



و حكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق. على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز انه حكى عن شيخه المحقق: ان عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص و انه اختاره أيضا.

و حكى عن الشهيد فى حواشيه: انه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل:

اسلمت إليك و عاوضتك و حكاه فى المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، بل هو ظاهر العلامة فى التحرير حيث قال: ان الايجاب اللفظ الدال على النقل مثل: بعتك او، ملكتك او ما يقوم مقامها و نحوه المحكى عن التبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام فاذا كان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملك او

---

(و حكى عن جماعة ممن تقدمهم) اى تقدم متأخرى المتأخرين (كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز انه حكى عن شيخه المحقق: ان عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص و انه) اى كاشف الرموز (اختاره) اى مقالة المحقق (أيضا).

(و حكى عن الشهيد فى حواشيه: انه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل اسلمت إليك) المال بكذا من الثمن (و عاوضتك) و ما اشبه (و حكاه فى المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، بل هو) اى الاكتفاء بكل لفظ له ظهور و إن كان مجازا (ظاهر العلامة فى التحرير حيث قال: ان الايجاب) هو (اللفظ الدال على النقل مثل: بعتك او ملكتك او ما يقوم مقامها) فان المجاز أيضا يدل على النقل و يقوم مقام اللفظين (و نحوه المحكى عن التبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام) ابن العلامة.

(فاذا كان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل) كما ذكره العلامة و غيره- فيما تقدم من عبارتهم- (فكيف لا ينعقد بمثل: نقلته الى ملكك، او

جعلته ملكا لك بكذا بل قد يدعى انه ظاهر كل من اطلق اعتبار الايجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و اتباعه و قد حكى عن الاكثر تجويز البيع حالا بلفظ السلم و صرح جماعة أيضا فى بيع لتولية بانعقاده، بقوله: وليتك العقد، او وليتك السلعة و التشريك فى المبيع بلفظ شركتك و عن المسالك فى مسألة تقبيل احد الشريكين فى النخل حصة صاحبه بشي ء معلوم من الثمرة

---

جعلته ملكا لك بكذا) من الثمن؟، أ ليس اللفظان دالين على النقل (بل قد يدعى انه) اى ان اللفظ الدال على النقل كاف فى الايجاب (ظاهر كل من اطلق اعتبار الايجاب و القبول فيه) اى فى العقد (من دون ذكر لفظ خاص) يعنى لم يذكر لفظا خاصا للايجاب، فان الاطلاق شامل لكل لفظ له ظهور فى النقل و إن كان مجازا (كالشيخ و اتباعه) الذين اطلقوا و لم يذكر لفظا خاصا (و قد حكى عن الاكثر تجويز البيع حالا) نقدا (بلفظ السلم) كأن يقول: اسملتك المال فى مقابل دينار، مع ان السلم انما هو فى مقابل النسيئة، بأن يعطى الثمن و يؤجل المثل، فهو مجاز بالنسبة الى الحال (و صرح جماعة أيضا فى بيع التولية) بان لم يأخذ البائع ربحا و لم يخسر خسارة، و انما اعطى السلعة بنفس الثمن الذى اشتراها به كما لو اشترى المال بالف فاعطاه بالف أيضا (بانعقاده) اى بيع التولية (بقوله: وليتك العقد او وليتك السلعة) مع ان وليتك ليس لفظا حقيقة للبيع و انما له ظهور فيه- مجازا- (و التشريك فى المبيع) بان يبيعه بعض المال، لاكله (بلفظ: شركتك) مع انه ليس حقيقة فى البيع، و انما هو مجاز ظاهر (و عن المسالك فى مسألة تقبيل احد الشريكين فى النخل حصة صاحبه بشي ء معلوم من الثمرة) كما لو كان شريكان فى نخيل فقال احدهما لآخر آخذ منك الف رطل من التمر

ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التقييل مع انه لا يخرج عن البيع او الصلح او معاملة الثالثة لازمة هذا ما حضرني من كلماتهم فى البيع. واما فى غيره فظاهر جماعة فى القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله: تصرف فيه، او انتفع به و عليك رد عوضه او خذه بمثله و اسلفتك و غير ذلك مما عدوا مثله فى البيع من الكنايات مع ان القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الاجارة.

---

مقابل حصتى، سواء زادت عن الحصاة او نقصت (ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك) التعامل (بلفظ التقييل مع انه) اى هذا القسم من التقييل (لا يخرج عن البيع او الصلح او معاملة الثالثة لازمة) تلك المعاملة الثالثة عند جماعة و لفظه الصريح: بعث او صالحت، او ما اشبهه، لا قبلت، فانه مجاز له ظهور فيظهر من الشهيد عدم اعتبار كون اللفظ الصريح حقيقة فى الانعقاد (هذا ما حضرني من كلماتهم فى) باب (البيع) و قد رأيتها دالة على كفاية المجاز، و عدم اعتبار الحقيقة.

(و اما فى غيره) اى غير البيع (فظاهر جماعة فى القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه) اى جوزوا وقوع القرض (بقوله: تصرف فيه، او انتفع به و عليك رد عوضه) بدون الايتان بمادة «(ق ر ض)» (او خذه بمثله و اسلفتك) اى اعطيتك المال فى مقابل بدل تعطينى بعد ذلك (و غير ذلك مما عدوا مثله) اى مثل ذلك اللفظ (فى) باب (البيع، من الكنايات) التى قال جماعة بعدم صحة وقوع البيع بها (مع ان القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الاجارة) اى بمثل كون البيع لازما، و من ذلك يتبين ان العقود اللازمة لا تتوقف على الالفاظ الصريحة.

و حكى عن جماعة فى الرهن ان ايجابه يؤدى بكل لفظ يدل عليه مثل قوله: هذه وثيقة عندك و عن الدروس تجويزه بقوله: خذه او امسكه بمالك.

و حكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان- الذي هو من العقود اللازمة- بلفظ تعهدت المال او تقلدته و شبه ذلك.

وقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد

و تردد جماعة فى انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة.

---

(و حكى عن جماعة فى الرهن ان ايجابه يؤدى بكل لفظ يدل عليه مثل قوله: هذه وثيقة عندك) مع العلم ان مثل هذا اللفظ ليس صريحاً فى الرهن (و عن الدروس تجويزه بقوله: خذه او امسكه بمالك) اى فى مقابل ان تعطى مالك.

(و حكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان- الذي هو من العقود اللازمة-) كما ان الرهن أيضاً كان من العقود اللازمة (بلفظ: تعهدت المال و تقلدته) اى جعلته قلادة فى عنقى (و شبه ذلك) من الالفاظ التى ليست صريحة فى الضمان.

(و لقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية) كأن يقول اعرتك الدار سنة بمبلغ مائة دينار (معللين) الجواز (بتحقق القصد) للاجارة، و العقود تتبع القصد.

(و تردد جماعة فى انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة) كان يقول: بعتك منفعة هذه الدار سنة بمائة دينار، و من المعلوم انه لو كانت العقود اللازمة لا بدلها من الفاظ خاصة لم يكن وجه للتردد.

وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الارض للمزارعة، وعن مجمع البرهان كما في غيره انه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا.

وعن المشهور جوازها بلفظ ازرع وقد جوز جماعة الوقف بلفظ: حرمت او تصدقت مع القرينة الدالة على إرادة الوقف مثل ان لا يباع ولا يورث، مع عدم الخلاف- كما عن غير واحد- على انهما من الكنايات، و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع انه ليس صريحا فيه.

و مع هذه الكلمات كيف يجوز ان يستند الى العلماء او اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع.

---

(وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الارض) من المزارع (للمزارعة، وعن مجمع الرهان كما في غيره انه لا خلاف في جوازها) اي المزارعة (بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا) فلا يصح ان يقول:

ازارعك، بلفظ المضارع- مثلا-

(وعن المشهور جوازها بلفظ ازرع) بان يقوله صاحب الارض للزارع (وقد جوز جماعة بلفظ: حرمت) عينها (او تصدقت) مع القرينة (الدالة على إرادة الوقف مثل) ان يقول: بعقب «حرمت» و «تصدقت» (ان لا- يباع و لا يورث، مع عدم الخلاف- كما غير واحد-) اي دعوى عدم الخلاف (على انهما) اي حرمت و تصدقت (من الكنايات، و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع) كان تقول الزوجة متعتك نفسى بمبلغ كذا (مع انه) اي لفظا لتمتع (ليس صريحا فيه) اي فى النكاح الدائم، بل هو كناية عنه.

(و مع هذه الكلمات) التى نقلناها منهم فى مختلف ابواب العقود اللازمة (كيف يجوز ان يستند الى العلماء او اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع

له وانه لا يجوز بالالفاظ المجازية خصوصا مع تميمها بالقرينة كما تقدم عن بعض المحققين.

ولعله لما عرفت- من تنافى ما اشتهر بينهم: من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية فى العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فى اكثرها بالالفاظ غير الموضوعية لذلك العقد جمع المحقق الثانى- على ما حكى عنه- فى باب السلم و النكاح بين كلماتهم، بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة

---

له) اى للعقد مثل: «ره ن» و «ن ك ح» و «زرع» و «ض م ن» مثلا- فى ابواب العقود اللازمة (وانه لا- يجوز) الإيقاع للعقد (بالالفاظ المجازية خصوصا مع تميمها) اى تلك الالفاظ المجازية (بالقرينة) المعينة للقصد (كما تقدم) هذه النسبة الى العلماء (عن بعض المحققين)

هذا (ولعله لما عرفت- من تنافى ما اشتهر بينهم: من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية فى العقود اللازمة، مع) شق ثان ل: «ما اشتهر» اى التنافى بين ما اشتهر و بين (ما عرفت منهم) فى الكلمات التى نقلناها (من الاكتفاء فى اكثرها) اى اكثر العقود اللازمة (بالالفاظ غير الموضوعية لذلك العقد) كالنكاح بلفظ التمتع، و التمتع لم يوضع للنكاح الدائم، و هكذا (جمع المحقق الثانى- على ما حكى عنه- فى باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة) التى منعوها فى باب العقود اللازمة (على المجازات البعيدة) فما ذكروا من لزوم كون العقود اللازمة بالالفاظ المتعارفة يراد بذلك الاعم من الالفاظ الحقيقية، او المجازية القريبة مثلا «عقد النكاح» لفظ «نكح» حقيقة فيه، و لفظ «تمتع» مجاز قريب، و لفظ «انتفع بى»- فيما اذا قالته الزوجة- مجاز بعيد، فمنعهم عن الالفاظ غير

و هو جمع حسن و لعل الأولى ان يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه او مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر ليرجع الافادة بالاخرة الى الوضع اذ لا يعقل الفرق فى الوضع الذى هو مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع او افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على إرادة المطلب

المتعارفة يراد به مثل «انتفع بى» لا مثل «تمتع» (و هو) اى جمع المحقق الثانى (جمع حسن) اذ لا محيص فى رفع المنافاة عن كلماتهم، الا بهذا الجمع (و لعل الاولى) فى الجمع بين الكلامين (ان يراد باعتبار الحقائق فى العقود) اى بقولهم يعتبر ان يكون اللفظ الذى يؤتى به فى العقد حقيقة، لا مجازا (اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية) فى مقابل الدلالة العقلية كالدخان على النار و الطبيعية كالنبض على حالة البدن، و فى مقابل اللفظية غير الوضعية كدلالة «اح» على وجود لافظ (سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له) اى للعقد (بنفسه) نحو بعت فى الدلالة على البيع (او مستعملا فيه مجازا) نحو «هذا مالك» (بقرينة لفظ موضوع آخر) يدل ذلك اللفظ الثانى على إرادة البيع من اللفظ الاول (ليرجع الافادة بالاخرة) سواء باللفظ الاول الموضوع حقيقة، او اللفظ الثانى الذى هو قرينة (الى الوضع) و انما قلنا ان هذا الجمع احسن من الجمع الذى ذكره المحقق الثانى (اذ لا يعقل الفرق) بين المجاز الجائز استعماله و بين الحقيقة (فى الوضع الذى هو مناط الصراحة) اى المناطق فى العقد ان يكون اللفظ صريحا فى افادة العقد (بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع) بان يكون حقيقة (او افادته له) اى للمطلب (بضميمة لفظ آخر) و هو القرينة (يدل بالوضع على إرادة المطلب) العقدى

من ذلك اللفظ وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال او سبق مقال خارج عن العقد فان الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال في إنشاء المقاصد و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال او اقتران حال تدل على إرادة البيع جزما

(من ذلك اللفظ) الاول، مثلا كل واحد من «الرجل الشجاع» و «اسد يرمى» واضح في إرادة الانسان الشجاع لكن الاول يفيد بحكم الوضع، و الثانى يفيد بضميمة لفظ آخر، و هو «يرمى» و يرمى يدل بالوضع أيضا، لا بالعقل او بالطبع (و هذا) المجاز الذي يدل بضميمة لفظ موضوع آخر (بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال) كما لو كان السوق موضوعا للبيع فجاء المشتري و قال- مشيرا الى الثمن- هذا لك، فقال البائع- مشيرا الى المثلن- و هذا لك «مثلا» (او سبق مقال خارج عن العقد) كما لو تعاملنا و تقاولنا، ثم قال «هذا لك» (فان الاعتماد عليه) اى على اللفظ الدال بحال او مقال (فى متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جدا) لكنه لا يجوز لانه (رجوع عما بنى عليه) اى بنى الفقهاء عليه (من عدم العبرة بغير الاقوال فى إنشاء المقاصد) فانه اعتماد على حال او قرينة سابقة لا ربط لها بالعقد- و إن كانت تلك القرينة لفظا- و ما بنى عليه الفقهاء يدل بالإنّ على ان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه يراد بها العقود اللفظية (و لذا) الذي ذكرنا من بنائهم على عدم العبرة بالاقوال (لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال او اقتران حال تدل على إرادة) المتعاطين (البيع) دلالة (جزما) فانهم يقولون ان المعاطاة ليس بيعا كما سبق تفصيل الكلام فيه-.



و مما ذكرنا يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على القرينة الحالية المعينة.

وكذا المشترك المعنوى و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة بقوله قدس سره: لان المخاطب لا يدري بم خوطب اذ ليس المراد ان المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية بل المراد ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ

---

(و مما ذكرنا) من عدم صحة الاعتماد على القرينة الحالية و المقالية- السابقة على العقد- (يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى) فى مقام العقد (اتكالا على القرينة المعينة) فى افادة العقد.

(و كذا) الاقتصار على (المشترك المعنوى) اعتمادا على القرينة الحالية و المشترك اللفظى هو الذى وضع اللفظ- فيه- تارة لهذا المعنى و اخرى لمعنى آخر، و المعنوى هو الذى وضع اللفظ فيه، لمعنى شامل لكلا- المعنيين مثلا اذا قلنا ان «الامر» وضع تارة للوجوب، و تارة للاستحباب كان مشتركا لفظيا، و ان قلنا انه وضع للطرف الراجح- الشامل لهما- كان مشتركا معنويا (و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا) من عدم جواز الاعتماد على القرائن الحالية و المقالية، (الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة) على عدم صحة المجاز (بقوله قدس سره: لان المخاطب لا يدري بم خوطب) و انما ينطبق كلامنا على كلام التذكرة (اذ ليس المراد) من «لا يدري» (ان المخاطب لا يفهم منها) اى من الكناية المستعملة فى العقد «المطلب» و لو فهما (بالقرائن الخارجية) عن العقد مقالية او الحالية- اذ من الواضح ان المخاطب يفهم المطلب بالكناية المحفوفة بالقرينة- (بل المراد) من «لا يدري» فى كلام التذكرة (ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ) الذى

ما لم يقصد الملزوم لان اللازم الاعم- كما هو الغالب بل المطرد فى الكنايات- لا تدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجتمع من الملزوم الخاص فالخطاب فى نفسه محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب و انما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم و المفروض- على ما تقرر فى مسألة المعاطاة ان النية بنفسها او مع انكشافها بغير الاقوال لا تؤثر فى النقل و الانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التفاهم به

انشائه و قصده المكتنى (ما لم يقصد الملزوم) مثلا «هذا ملكك» لا يدل على «العقد» ما لم يقصد المتكلم «التمليك» فعلا (لان اللازم الاعم) من الملزوم فان كون الشيء ملكا للطرف اعم من كونه تمليكا له فعلا او كونه ملكا له سابقا مثلا- (-) كما هو الغالب بل المطرد فى الكنايات-) اى الغالب و المطرد كون الكناية تتأتى باللازم الاعم (لا تدل على الملزوم) بذاته، مثلا جبان الكلب لا يدل على كثرة الضيف، لان جبن الكلب اعم (ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجتمع من الملزوم الخاص) كخصوص جبن الكلب المجتمع مع الضيافة- التى هى ملزوم خاص لجبن الكلب- (ف) مراد العلامة من قوله «ره» «لا- يدري» كون (الخطاب فى نفسه) مع قطع النظر عن القرينة (محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب) هل بالعقد او بغيره (و انما يفهم) المخاطب (المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم) سواء كانت تلك القرائن حالية او مقالية (و المفروض- على ما تقرر فى مسألة المعاطاة- ان النية) للبيع (بنفسها او مع انكشافها بغير الاقوال) اى الحال او المقال السابق- عند المقابلة- (لا تؤثر فى النقل و الانتقال) لان العقد- حسب الفهم العرفى- ما كان باللفظ (فلم يحصل هنا) فيما اذا كانت القرينة حالية او مقالية- خارجة عن العقد- (عقد لفظى يقع التفاهم به) و انما صار

لكن هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكره من امثلة الكناية ثم انه ربما يدعى ان العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال اسباب شرعية توقيفية- كما حكى عن الايضاح من ان كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتى بعضها.

و اما ما ذكره الفخر قدس سره فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة، شرعا

---

الاعتماد على النية (لكن هذا الوجه) الذي ذكرناه من عدم صحة الاعتماد على القرينة غير اللفظية- و لذا لا يصح المجاز فى العقد- (لا يجرى فى جميع ما ذكره من امثلة الكناية) اذ بعضها تعتمد على القرينة اللفظية، و مع ذلك قالوا بعدم صحة العقد بها (ثم انه ربما يدعى ان العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال اسباب شرعية) اخترعها الشارع او امضاها (توقيفية) متوقفة على ان نعلم تقرير الشارع لها (-) كما حكى عن الايضاح) حيث قال (من ان كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة) و علم ذلك (بالاستقراء) و التتبع فى الروايات (فلا بد من الاقتصار على المتيقن) فاذا شك فى انه هل يصح العقد بالعربية أم لا- مثلا- لزم الاجراء بالعربية اذ العقد العربى صحيح قطعا، و يشك فى ما عداه فالاصل عدم تصحيح الشارع له (و هو) اى «ما ربما يدعى» (كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء) الظاهرة فى ان صيغة العقود ليست توقيفية (فضلا عن الروايات المتكثرة الآتى بعضها) مما يدل على انعقاد العقد بكل لفظ دال على المقصود.

(و اما ما ذكره الفخر قدس سره) المؤيد للدعاء المتقدم (فلعل المراد فيه) اى فى كلامه (من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة، شرعا) ليس خصوص

هي اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة، معبرا عنها في كلام الشارع- بالنكاح او الزوجية او المتعة فلا بد من اشتمال عقدها على هذه العناوين فلا يجوز بلفظ الهبة او البيع او الاجارة او نحو ذلك

وهكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الاخر كالبيع و الاجارة و نحوهما

صيغة خاصة نحو «بعت» مثلا مقابل «ابيعك» و الحاصل ليس المراد هيئة خاصة، بل المراد المادة فالخصوصية (هي اشتمالها) اي صيغة العقد، فلا بد ان تشتمل الصيغة (على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به) اي بذلك العنوان (في كلام الشارع) مثلا لفظ «النكاح» المعبر في كلام الشارع في باب الزواج، لا يصح التعدى عنه الى «الاجارة» فلا يصح ان يقال في عقد النكاح «آجرتك» و انما اللازم الاتيان بمادة النكاح (فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة، معبرا عنها) اي عن تلك العلاقة (في كلام الشارع- بالنكاح او الزوجية او المتعة) في قوله سبحانه: «فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» و قوله: «رَوْجُنَّاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ» و قوله «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» مثلا (فلا بد من اشتمال عقدها) اي العقد الذي نريد ان يؤثر العلاقة المذكورة (على هذه العناوين) الثلاثة (فلا يجوز) احداث العلاقة- اي لا يصح- (بلفظ الهبة او البيع او الاجارة او نحو ذلك) كالصلح و الرهن.

(وهكذا الكلام في العقود المنشئة) بصيغة اسم الفاعل، او اسم المفعول (للمقاصد الاخر) غير النكاح (كالبيع و الاجارة و نحوهما) فلا تصح الاجارة، بلفظ «هبة المنفعة» و لا يصح البيع بلفظ «الصلح» و هكذا

فخصوصية اللفظ من حيث اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع او ما يراد فيها لغة او عرفا لانها بهذه العنوانات موارد  
للاحكام الشرعية التي لا تحصى

وعلى هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع اذ لو وقع بانشاء غيرها فإن كانت لا مع قصد تلك العناوين.

كما لو لم تقصد المرأة الالهة نفسها او اجارة نفسها مدة الاستمتاع لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة

---

(فخصوصية اللفظ) التي اعتبرها فخر المحققين، هي (من حيث اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة) و المذكورة (في لسان الشارع او ما يراد فيها لغة او عرفا) مثل «فروختن» في الفارسية المرادفة للبيع، او مثل «الشراء» المرادف للبيع شرعا كما قال سبحانه: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ» (لانها بهذه العنوانات) المذكورة في الشرع، او ما يرادفها (موارد للاحكام الشرعية التي لا تحصى) فالبيع- مثلا- بعنوان «ب ي ع» مورد «اللزوم» و «السلم» و «النسيئة» و خيار العيب و المجلس و الصرف و الربا الى غيرها من الامور المذكورة في كتاب «البيع» و هكذا بالنسبة الى «النكاح» و احكامه و «الطلاق» و مسانله، الى غير ذلك.

(وعلى هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع) بان يكون العقد بتلك المادة (اذ لو وقع بانشاء غيرها) اى غير تلك العناوين (فإن كانت) صيغة العقد (لا مع قصد تلك العناوين) كما لو قالت المرأة «وهبت نفسى لك» و لم تقصد النكاح.

(كما لو لم تقصد المرأة الالهة نفسها) كهبة الاموال (او اجارة نفسها مدة الاستمتاع) في العقد المنقطع (لم يترتب عليه) اى على ما انشئه من المعنى (الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة) في الهبة

او المنقطعة و إن كانت بقصد هذه العناوين دخلت فى الكناية التى عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال فما ذكره الفخر مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده و إليه يشير أيضا ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه

(او المنقطعة) فى الاجارة، من حلية البضع مطلقا و النفقة و الارث فى الدائم الى غيرها (و إن كانت بقصد هذه العناوين) بان قالت و هبت و قصدت النكاح (دخلت فى الكناية) بذكر اللزوم و إرادة الملزوم فان حلية البضع من لوازمها كون المرأة تحت اختيار الزوج مثل كون السلعة تحت اختيار الموهوب له (التى عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال) فانك اذا قلت «فلان جبان الكلب» لم تقد «كونه كريما» بالقول و انما افادته بالانتقال العقلى الحادث بسبب القول فحال «جبان الكلب» حال العلم الذى يوضع على الفرسخ لافادة مقدار المسافة (فما ذكره الفخر) من ان كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة (مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده) العلامة «ره» من عدم صحة الكناية فى العقود، و ليس كلام الفخر مؤيدا لما ادعاه المدعى من كون النقل و الانتقال اسباب شرعية توقيفية (و إليه) اى ما استفدناه من كلام العلامة و فخر المحققين (يشير أيضا ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر) غير اللفظ الدائر فى لسان الشارع (ليس من جنسه) اى من جنس لفظ الشارع و الحاصل يعتبر وجود مادة «لفظ الشارع» فى العقد مثلا الشارع قال «زوجناكها» فاللازم وجود مادة «زوج» فى العقد، اما جنس آخر كمادة «وه ب» فلا يصح به العقد.

و ما عن المسالك من انه يجب الاقتصار فى العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هى المأثورة فى كلام الشارع.

وعن كنز العرفان فى باب النكاح انه حكم شرعى حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظى المتلقى من النص ثم ذكر لايجاب النكاح الفاظا ثلاثة و عللها بورودها فى القرآن و لا يخفى ان تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه من توفيقية العقود و انها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط

---

(و) كذلك أيضا يشير الى ما ذكرناه (ما عن المسالك من انه يجب الاقتصار فى العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة) كون تلك الألفاظ للعقود الفلانية (و مراده بالمنقولة شرعا) ليس التوقيف الذى ذكره المدعى بل (هى المأثورة فى كلام الشارع) كما عرفت.

(و عن كنز العرفان فى باب النكاح انه) اى النكاح (حكم شرعى حادث) بمعنى ان الشارع يحكم بحدوث علاقة بين الرجل و المرأة (فلا بد له من دليل يدل على حصوله) اى حصول هذا الحكم الحادث (و هو العقد اللفظى المتلقى من النص) اى لفظ «النكاح» و «الزواج» و «المتعة» مثلا- (ثم ذكر لايجاب النكاح الفاظ ثلاثة و عللها) اى جواز هذه الالفاظ الثلاثة المتقدمة- (بورودها فى القرآن) قال تعالى «زوجناكها» و «انكحوا الايامى» و «فما استمتعتم» (و لا يخفى ان تعليله هذا) اى قوله «بورودها فى القرآن» (كالصريح فيما ذكرناه من توفيقية العقود) اى لزوم اتباع العناوين الموجودة فى الشرع (وانها) اى العناوين (متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن) من الذى ورد فى الشرع (و من هذا الضابط)

تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة فى باب العقود المذكورة من غيره.

وان الاجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة او السكنى - مثلا- لا يبعد جوازه و هكذا.

## اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب و القبول

### اشارة

منها لفظ «بعت» فى الايجاب و لا خلاف فيه فتوى و نصا و هو و إن كان من الاضداد بالنسبة الى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله فى

---

و هو لزوم اتباع العناوين الشرعية فى إنشاء العقود (تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة فى باب العقود المذكورة) كلفظ «ن ك ح» و «ر ه ن» و «ب ي ع» فى النكاح و الرهن و الاجارة و هكذا (من غيره) متعلق ب «تميز».

(و) بذلك تعرف (ان الاجارة بلفظ العارية غير جائزة) لعدم الورد شرعا و لا معهود لغة (و بلفظ بيع المنفعة او السكنى) كان يقول صاحب الدار للمستأجر بعتك منفعة هذه الدار سنة، بمائة دينار، او يقول بعتك سكنى هذه الدار الخ (- مثلا- لا يبعد جوازه) لوروده فى بعض الاخبار و العبارات (و هكذا) بالنسبة الى سائر اقسام العقود و الايقاعات (اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب و القبول) فى باب البيع (منها لفظ «بعت» فى الايجاب).

اما استعماله فى القبول بمقتضى ان «البيع موضوع لكل من البيع و الشراء» فسيأتى الكلام فيه (و لا خلاف) فيه نصا و فتوى (و هو) اى لفظ «البيع» (و إن كان من الاضداد) اى يستعمل فى معنيين متقابلين ككثير من الالفاظ الاخر، كالقرء و نحوه (بالنسبة الى البيع و الشراء) فان باع يستعمل فى البائع و فى المشتري على حد سواء (لكن كثرة استعماله فى



و منها لفظ شريت فلا اشكال فى وقوع البيع به لوضعه له كما يظهر من المحكى عن بعض اهل اللغة بل قيل لم يستعمل فى القرآن الكريم الا فى البيع.

وعن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع و باعه كاشتره فهما ضد و عنه أيضا كل من ترك شيئاً و يتمسك بغيره فقد اشتره و ربما يستشكل فيه بقلة

---

وقوع البيع) مقابل الشراء وصلت الى حدّ (تعينه) و تغنيه عن القرينة المعيّنة فاذا قال صاحب السلعة بعت تبادر معنى «البيع» منه و ترتب عليه احكام البيع، لا احكام الشراء، و ان قلنا بجواز تقديم القبول على الايجاب فلا اشكال فى وقوع البيع به كما ربما توهم من ان لفظ «بى ع» مشترك، و لا يجوز استعمال المشترك فى العقود و الايقاعات.

(و منها لفظ شريت فلا اشكال فى وقوع البيع به) فيقول الموجب «شريتك الكتاب بدينار» فيقول القابل «قبلت» (لوضعه) اى شريت (له) اى للبيع (كما يظهر من المحكى عن بعض اهل اللغة) فهو حقيقة فى البيع (بل قيل لم يستعمل) الشراء (فى القرآن الكريم الا فى البيع) كقوله سبحانه: «وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ».

(و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع) ثم قال (و باعه كاشتره) بمعنى واحد (فهما ضد) اى كل واحد منهما يدل على معنيين متقابلين (و عنه) اى القاموس (أيضا كل من ترك شيئاً) كالبائع الذى يترك السلعة (و يتمسك بغيره) كالثمن (فقد اشتره) و هذا التعريف صادق على البائع و على المشتري على حذاء سواء- (و ربما يستشكل فيه) اى فى جواز استعمال «الشراء» فى ايجاب البيع كان يقول البائع «شريت هذا الكتاب بدينار» (بقلة

استعماله عرفاً في البيع و كونه محتاجاً الى القرينة المعينة و عدم نقل الايجاب به في الاخبار و كلام القدماء و لا يخلو من وجهه.

و منها لفظ ملكت بالتشديد و الاكثر على وقوع البيع به بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق حيث قال انه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث و ملكت و يدل عليه ما سبق في تعريف البيع من ان التمليك بالعرض - المنحل الى مبادلة العين بالمال - هو المرادف للبيع لغة و عرفاً

---

استعماله عرفاً في البيع) فيحتاج الى القرينة و يكون من قبيل المجاز الممنوع استعماله في العقود (و كونه محتاجاً الى القرينة المعينة) كما هو الحال في كل مشترك لفظي (و عدم نقل الايجاب به) اي بلفظ الشراء (في الاخبار و كلام القدماء) و قد عرفت لزوم ان تكون المادة مستعملة في الاخبار (و لا يخلو) هذا الاشكال (من وجه) و ان كان الاوجه خلافه اذ قلة الاستعمال لا تمنع عن صحة الاستعمال، و الاحتياج الى القرينة ليس بمانع بعد كونه حقيقة كاحتياج لفظ «البيع» أيضاً الى القرينة، منتهى الامر ان القرينة في البيع «الشهرة» و في الشراء القرائن الحالية او المقالية، و الايجاب به في الاخبار لا يحتاج إليه بل يكفي وروده في القرآن و اللغة و كلام غير واحد من الفقهاء، فالاقوى الكفاية.

(و منها لفظ ملكت بالتشديد) اما التخفيف فهو بمعنى التملك (و الاكثر على وقوع البيع به) فيصح ان يجعل ايجاباً للبيع (بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق) على كونه ايجاباً للبيع (حيث قال انه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث و ملكت) فانه يدل على الاتفاق على صحة لفظ «ملكيت» في ايجاب البيع (و يدل عليه) اي جواز «ملكيت» في الايجاب (ما سبق في تعريف البيع من ان التمليك بالعرض - المنحل الى مبادلة العين بالمال - هو المرادف للبيع لغة و عرفاً) حيث انه ليس هناك مورد يكون فيه «تمليك بعوض» الا و هو

كما صرح به فخر الدين حيث قال: ان معنى «بعت» فى لغة العرب: ملكت غيرى و ما قيل من ان التملك يستعمل فى الهبة- بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها

فيه ان الهبة انما تفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التملك فهى مشتركة بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها فان اتصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع و ان تجرد اقتضى تجريده الملكية المجانية

---

كما تقدم- من اعتبار الالفاظ الواردة فى الشرع و اللغة، و مراد فاتها (كما صرح به فخر الدين حيث قال: ان معنى «بعت» فى لغة العرب: ملكت غيرى) فالبيع هو التملك، و انما قيد المصنف بقوله «المنحل» الخ، لوضوح ان «التملك» اعم من البيع، اما «التملك المنحل» اى الذى ذكره فيه لفظ العوضين- كما لو قال ملكت الكتاب بدينار- فليس هو الا البيع (و ما قيل من ان التملك يستعمل فى الهبة- بحيث لا يتبادر عند الاطلاق) للفظ «التملك» (غيرها) اى غير الهبة، فاذا قيل ملك زيد ماله لعمرى، كان الظاهر منه انه وهب ماله لعمرى (فيه ان الهبة انما تفهم) من «التملك» (من تجريد اللفظ عن العوض) بان قال «ملك» دون ما لو قال «ملك بعوض» (لا) ان الهبة مستفادة (من مادة التملك) اى «م ل ك» (فهى) اى مادة التملك (مشتركة بين ما يتضمن المقابلة) نحو ملكتك الكتاب بدينار (و بين المجرد عنها) اى عن المقابلة، نحو ملكتك الكتاب (فان اتصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركب) من التملك و العوض (بمقتضى الوضع التركيبى) لا- بمقتضى ذى القرينة و القرينة- حتى يكون مجازا- (البيع و ان تجرد) الكلام عن ذكر العوض (اقتضى تجريده الملكية المجانية) اى الهبة.

وقد عرفت سابقا ان تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي فلو اراد منه الهبة المعوضة او قصد المصالحة بنى على صحة العقد بلفظ غيره مع النية ويشهد لما ذكرنا قول فخر الدين فى شرح الارشاد: ان معنى بعت فى لغة العرب ملكت غيرى.

و اما الايجاب باشتريت ففى مفتاح الكرامة انه قد يقال بصحته- كما هو الموجود، فى بعض نسخ التذكرة و المنقول عنها فى نسختين من تعليق الارشاد.

القول: وقد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعت و ملكت شبههما او ما يقوم مقامهما

---

(وقد عرفت سابقا) عند تعريفنا للبيع (ان تعريف البيع بذلك) اى بالتمليك بعوض (تعريف بمفهومه) اى بمفهوم التمليك (الحقيقى) لا ان التمليك ليس معنى للبيع الا مجازا (فلو اراد) المتكلم (منه) اى من التمليك (الهبة المعوضة او قصد المصالحة) بان قال ملكتك الكتاب بدينار، و اراد «وهبتك او صالحتك» (بنى على صحة العقد) اى عقد الهبة و المصالحة (بلفظ غيره مع النية) لان «التمليك» ليس للهبة و لا للمصالحة (ويشهد لما ذكرنا) من ان التمليك حقيقة فى البيع (قول فخر الدين فى شرح الارشاد: ان معنى بعت فى لغة العرب ملكت غيرى) فانه صريح فى كون التمليك معنى حقيقيا للبيع.

(و اما الايجاب باشتريت) بان يقول اشتريت الكتاب منك بدينار، فيقول صاحب الدينار قبلت (ففى مفتاح الكرامة انه قد يقال بصحته- كما هو الموجود فى بعض نسخ التذكرة و المنقول عنها) اى عن التذكرة (فى نسختين من تعليق الارشاد) انتهى كلام مفتاح الكرامة.

(القول: وقد يستظهر ذلك) اى جواز الايجاب بلفظ اشتريت (من عبارة كل من عطف على بعت و ملكت شبههما) بان قال ايجاب البيع ببعث و ملكت و شبههما (او) عطف قوله (و ما يقوم مقامها) و انما يشمل كلامهم لنحو

اذ إرادة خصوص لفظ اشترت من هذا بعيد جدا و حمله على إرادة ما يقوم مقامها فى اللغات الاخر للعاجز عن العربية ابعده فتعين إرادة ما يراد فيها لغة او عرفا فيشمل شريت و اشترت لكن الاشكال المتقدم فى شريت اولى بالجريان هنا لان شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشترت و دفع الاشكال

«اشترت» (اذ إرادة خصوص لفظ اشترت من هذا) اى من «شبههما» و «ما يقوم مقامها» (بعيد جدا) اذ لو كان لفظ واحد لجيء به، و لا داعى للاتيان بلفظ كلى لا مصداق له الا واحد، فان المتعارف ان يؤتى باللفظ الكلى فيما اذا كان هناك افراد متعددة (و حمله) اى حمل لفظ «شبههما» و «ما يقوم مقامها» (على إرادة ما يقوم مقامها فى اللغات الاخر) كالفارسية و الهندية و التركية (للعاجزين العربية) او مطلقا (بعده) اذ الظاهر كون الكلام فى لغة العرب (فتعين إرادة) العاطف «للسبه» و «ما يقوم» (ما يراد فيها) اى يرادف بعث و ملكت (لغة او عرفا فيشمل شريت و اشترت) هذا غاية ما يقال فى تصحيح البيع بلفظ الاشترت (لكن الاشكال المتقدم فى شريت) من عدم تعارف جعله ايجابا للبيع (اولى بالجريان هنا) فى اشترت (لان شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع بل لم يستعمل) شريت (فيه) اى فى القرآن الحكيم (الا فيه) اى فى البيع (بخلاف اشترت) فانه لم يستعمل فى القرآن الكريم فى معنى البيع، و قد عرفت سابقا توقيفية الصنع (و دفع الاشكال) اى الاعتماد، و هذا اشكال آخر على الايجاب بلفظ «اشترت» و حاصله انه غير ظاهر فى كونه ايجابا.

و ان قلت: يظهر كونه للايجاب بقريئة تقديمه، قلت: هذا لا يصح اذ

فى تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول و اما لغلبة ذلك.

غير صحيح لان الاعتماد على القرينة غير اللفظية فى تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه الا ان يدعى ان ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالة على خصوص العقد و تميزه عما عداه من

---

الاعتماد حينئذ يكون على قرينة غير لفظية و قد سبق منع الاعتماد على القرائن غير اللفظية فقوله «و الاشكال» مبتدأ خبره «غير صحيح» فان الاعتماد (فى تعيين المراد منه) اى من لفظ اشترت (بقرينة) اى على قرينة (تقديمه) اى تقديم لفظ اشترت (الدال) ذلك التقديم (على كونه ايجابا) لا قبولا (اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول) فاذا تقدم «اشترت» عرف انه ايجاب.

(و اما لغلبة ذلك) التقديم و ان صحَّ التأخير كما فى الاستيجاب و الايجاب بان يقول المشتري يعنى الكتاب بدينار فيقول البائع بعتك - و قوله «اما» بيان لوجه قرينة التقديم لكونه ايجابا- (غير صحيح) خبر قوله «و الاتكال» (لان الاعتماد على القرينة غير اللفظية فى تعيين المراد من الالفاظ العقود) «من» متعلق ب «المراد» (قد عرفت ما فيه) اذ قد سبق ان العقد بجميع شئونه يلزم ان يكون لفظيا حتى يكون صريحا (الا ان يدعى) ان الاعتماد على التقديم فى تعيين الايجاب لا يضر بالصراحة اذ (ان ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة) فى العقد (مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالة على خصوص العقد و تميزه) اى العقد (عما عداه من) سائر العقود مثلا لا يأتى بلفظ «الصلح» و يريد «البيع» او بلفظ «الاجارة» و يريد «المتعة» و هكذا، و الحاصل

و اما تمييز ايجاب عقد معين عن قبوله الراجح الى تميز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام او غلبته او نحوهما. و فيه اشكال.

و اما القبول فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشتريت و شريت و ابتعت و تملك و ملكت مخففا و اما بعت فلم ينقل الا من الجامع مع ان المحكى عن جماعة من اهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء

---

يلزم ان يكون العقد صريحا في مفاده، (و اما تميز ايجاب عقد معين عن قبوله) بان يعلم «اشتريت» المقدم «ايجاب» لا انه «قبول» (الراجح الى تمييز البائع عن المشتري) اذ المقدم هو البائع (فلا يعتبر فيه) اى فى التمييز (الصراحة بل يكفي استفادة المراد) و انه بائع او مشتر (ولو بقرينة المقام) اى مقام التقديم- اذا قلنا بجواز تقديم الايجاب- (او غلبته) اى غلبة المقام- اذا قلنا باغلبية تقديم الايجاب- (او نحوهما) من سائر القرائن المقامية غير المربوطة باللفظ (و) لكن لا يخفى ما (فيه) اى فى «الا ان يدعى» من (اشكال) اذ الكلام السابق الذى اشترط الصراحة كان مفاده الصراحة فى كل شيء مربوط بالعقد سواء من جهة مفاده او من جهة تميز البائع عن المشتري او غيرهما.

(و اما القبول) للعقد (فلا ينبغي الاشكال فى وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشتريت و شريت و ابتعت و تملك و ملكت مخففا) اى لا من باب التفعيل و انما لا اشكال فى هذه الالفاظ لوضعها لغة و استعمالها عرفا، و بعضها واردة فى القرآن الحكيم، و السنة المطهرة (و اما بعت) بان يقول البائع «بعتك الكتاب بدينار» فيقول المشتري «بعت» لان البيع حقيقة فى كل واحد من البيع و الشراء (فلم ينقل الا من الجامع مع) انه يؤيده (ان المحكى عن جماعة من اهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء) فيصح ان يقوله المشتري

و لعل الاشكال فيه كالاشكل اشترت في الايجاب.

واعلم ان المحكى عن نهاية الاحكام والمسالك ان الاصل في القبول «قبلت» وغيره بدل لان القبول على الحقيقة ما لا يمكن به الابتداء و الابتداء بنحو اشترت و ابتعت ممكن و سيأتى توضيح ذلك في اشترت تقديم الايجاب.

ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانتقاد وشبهها وجهان

---

(و لعل الاشكال فيه كاشكال اشترت في الايجاب) بانه اعتماد على القرينة المقامية وهو لا يجوز في العقود، لكن مقتضى القاعدة الصحة فيه كالصحة في الايجاب بلفظ «اشترت».

(واعلم ان المحكى عن نهاية الاحكام والمسالك ان الاصل في القبول «قبلت» وغيره) كرضيت ونحوه (بدل) عنه (لان القبول على الحقيقة) اى قبولاً حقيقياً (ما لا يمكن به الابتداء) فانه مطاوعة و المطاوعة لا يعقل الابتداء بها (و الابتداء بنحو اشترت و ابتعت ممكن) اذ يصح افادة البدلية من جانب المشتري قبل ان يعقدها البائع، و من المعلوم ان ما لا يحتمل امرين ك «قبلت» اصل بالنسبة الى ما يحتمل امرين نحو «اشترت» (و سيأتى توضيح ذلك في اشترت تقديم الايجاب) على القبول.

(ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانتقاد وشبهها) كأن يقول المشتري امضيت واجزت و انفذت و اجرئت (وجهان) من انها دالات على القبول فتصح، و من انها ليست مما ورد في الشريعة وقد عرفت لزوم ورود الالفاظ في الشريعة، فلا تصح.

ص: 255



## فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول ثم اختلفا فى تعيين الموجب و القابل

اما بناء على جواز تقديم القبول و اما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف.

ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الاثراء على واحد منهما

(فرع) على الالفاظ المشتركة (لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول) كأن قالوا: «بعث» (ثم اختلفا فى تعيين الموجب و القابل) مما كان له اثر شرعى كما لو باع الحيوان بالصوف فإن كان صاحب الحيوان بائعا كان للمشتري خيار الحيوان و الا كان البيع لازما- بناء على المشهور من اختصاص خيار الحيوان بالمشتري (اما بناء على جواز تقديم القبول) و كان تقدم احدهما على الاخر واضحا (و اما من جهة اختلافهما فى المتقدم) و قلنا بعدم جواز تقديم القبول، اما لو كان المتقدم معلوما انه زيد مثلا، و قلنا بعدم جواز تقديم القبول فلا اشكال فى عدم صحة الاختلاف، لان المتقدم ان نوى كونه بائعا فلا اشكال و ان نوى كونه مشتريا فالمعاملة باطلة، (فلا يبعد الحكم بالتحالف) اذ ليست المسألة هنا من باب المدعى و المنكر، بل من باب الدعويين، و لا يقال «المدعى من اذا ترك ترك» و الاخذ للحيوان هو الذي يكون كذلك، لانه الذي يريد رد الحيوان فى ضمن الثلاثة ايام، لانه يقال هذا المقياس ليس كليا كما حقق فى باب القضاء.

(ثم) اذا تحالفوا يجب (عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الاثراء على واحد منهما) كما هو مقتضى التحالف فى موارد الدعويين، و لا يضر ذلك

## مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية فى العقد

للتأسى كما فى جامع المقاصد و لان عدم صحته بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق اولى و فى الوجهين ما لا يخفى و اضعف منهما منع صدق العقد على

---

بالعلم الاجمالى، لانه من قبيل درهمى الودعى.

نعم لو تبدل بالعلم التفصيلى لزم الاخذ به كما لو كان العوضان حيوانين و فسخا انفسخ العقد، لان ايهما كان هو المشتري يكون فسخه موجبا لابطال البيع، و المسألة تحتاج الى تطويل خارج عن شأن الشرح و الله سبحانه العالم.

«مسألة» فى اعتبار العربية فى العقد (المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان) صاحب جامع المقاصد و الروضة، (اعتبار العربية فى العقد للتأسى) بالرسول صلى الله عليه و آله و سلم و الائمة لقوله سبحانه «و لكم برسول الله اسوة حسنة» فاذا اجرينا العقد بالعربية كفى قطعاً، بخلاف ما اذا اجريناه بغير العربية فاذا شك فى الانعقاد كان الاصل عدمه (كما فى جامع المقاصد) فانه استدلل للعربية بالتأسى (و لان عدم صحته بالعربى غير الماضى) كما لو قال «ايبعك» (يستلزم عدم صحته بغير العربى) كالفارسى (بطريق اولى) لان العربية اهم من الماضوية (و فى الوجهين ما لا يخفى) اذ يرد على الوجه الاول ان الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و الائمة انما كان لسانهم العربى و لا اطلاق لادلة التأسى على وجوبه فى كل شىء، و على الوجه الثانى انه لا اولوية للعربية على الماضوية (و اضعف منهما منع صدق العقد على

غير العربي مع التمكن من العربي فالاقوى صحته بغير العربي و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربي الاقوى ذلك بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل و كذا اللحن فى الاعراب و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك- بفتح الباء- و بين ما لو قال زوجتك بدل زوجتك فصحح الاول دون

---

غير العربي مع التمكن من العربي) لان المنع باطل قطعاً فان العقد هو ابرام امر سواء كان بالعربي او بغيره (فالاقوى صحته بغير العربي) فى باب البيع و سائر العقود و الايقاعات.

نعم وقع الاشكال فى باب النكاح و الطلاق لمسألة الفروج كما فصل الكلام حوله فى كتابهما (و هل يعتبر عدم اللحن) اى ان لا يقرأ الصيغة غلطا (من حيث المادة) كان يقول «عبت» مكان «بعث» او يبذل «العين» «همزة» مثلا (و الهيئة) كان يفتح الباء من «بعث» (بناء على اشتراط العربي) اذ لو لم نقل باشتراط العربي لم يكن وجه للاشكال فى الملحون اذ الملحون الدال، حكمه حكم الفارسى فتأمل (الاقوى ذلك) الاعتبار لعدم اللحن (بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل) و هذا الدليل آت فى غير الملحون، فكما ان المتيقن العربي كذلك المتيقن غير الملحون (و كذا اللحن فى الاعراب) المتيقن انعقاد العقد بالصحيح فيلزم ان لا يكون ملحونا، كان يقول «بعتك الكتاب» برفع الكتاب او بفتح «التاء» مثلا (و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك- بفتح الباء-) الذي هو لحن فى هيئة الكلمة (و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك) الذي هو لحن فى مادة الكلمة (فصحح الاول) و انه يقع به العقد (دون)

الثانى الا- مع العجز عن التعلم و التوكيل و لعله لعدم معنى صحيح فى الاول الا البيع بخلاف التجويز فانه له معنى آخر فاستعماله فى التزويج غير جائز و منه يظهر ان اللغات المحرفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثلثن أم تكفى عربية الصيغة الدالة على إنشاء الايجاب و القبول حتى لو قال: بين اين كتاب را بدل درهم كفى و الاقوى هو الاول لان غير العربى كالمعدوم فكانه لم يذكر فى الكلام

الثانى) فلا يقع به العقد (الا مع العجز عن التعلم و التوكيل) فانه يصح مع العجز (و لعله) اى لعل وجه الفرق (لعدم معنى صحيح فى الاول) بعثك بفتح الباء- (الا البيع) فيؤخذ به (بخلاف التجويز) فى «جوزتك» (فانه له معنى آخر) غير النكاح (فاستعماله فى التزويج غير جائز) لكن الظاهر ان الفخر يريد الفرق بين اللحن فى الهيئة و بين اللحن فى المادة، لا انه يريد خصوص «جوزت» حتى اذا قال العاقد «زوجت» يقول بالصحة، لانه لا معنى له الا «الزواج» (و منه) اى مما ذكرنا فى وجه كلام الفخر بقولنا «لعله» (يظهر ان اللغات المحرفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى) بان لم يكن من قبيل «زوج» و «جوز» (ثم هل المعتبر) على القول باشتراط العربية (عربية جميع اجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثلثن) و سائر المتعلقات كزمان التسليم فى السلم و الشرط و غيرها (أم تكفى عربية الصيغة الدالة على إنشاء الايجاب و القبول حتى لو قال: بعثك اين كتاب را بده درهم كفى) احتمالا لان (و الاقوى هو الاول لان غير العربى) على هذا القول (كالمعدوم) فكانه ذكر البيع بدون المتعلق (فكانه لم يذكر فى الكلام) هذا بناء على لزوم ذكر المتعلقات حتى انه اذا قال البائع «بعثك» و قال المشتري «قبلت» لم يصح.

نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب في القبول و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثانى لكن الشهيد «ره» فى غاية المراد فى مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب.

ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ بان يكون مفرقا بين معنى «بعت» و ابيع و انا بائع او يكفى مجرد علمه بان هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع الظاهر هو الاول لان عربية الكلام ليست باقتضاء نفي الكلام بل بقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب

---

(نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب) ذكر المتعلقات (فى القبول) بلا اشكال (و اكتفى بانفهامها) اى المتعلقات (و لو من غير اللفظ) كما لو اخذ السلعة بيده و اعطاها المشتري قائلا بعثك (صح الوجه الثانى) بان يأتى بالفارسية- مثلا- سائر المتعلقات لان كونها كالمعدوم حينئذ غير ضائر (لكن الشهيد «ره» فى غاية المراد فى مسألة تقديم القبول) على الايجاب (نص على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب) بمعنى لزوم ذكر المتعلقات.

(ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ) الذى يتلفظ به فى العقد (بان يكون مفرقا بين معنى) «بعت» الماضى (و ابيع) المضارع (و انا بائع) اسم الفاعل (او يكفى مجرد علمه بان هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع) و ان لم يفرق بين الالفاظ الثلاثة (الظاهر هو الاول) و لزوم عرفانه (لان عربية الكلام ليست باقتضاء نفي الكلام) فان قال انسان «بعت» و اراد «الامر بالخروج» مثلا، لم يكن تكلم بالعربية (بل بقصد المتكلم منه) اى من اللفظ العربى (المعنى الذى وضع له عند العرب) فاذا لم يعرف معنى «بعت» لم يقصد المعنى تفصيلا فيكون حاله حال ما لو

فلا- يقال انه تكلم و اذى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا ميز بين معنى بعت و ابيع و اوجدت البيع و غيرها بل على هذا لا تكفى معرفة ان بعت مرادف لقوله «فروختم» حتى يعرف ان الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم فيميز بين بعتك و بعت بالضم و بعت بالفتح فلا ينبغى ترك الاحتياط و إن كان فى تعيينه نظر

قال بعت مريدا الامر بالخروج- مثلا- (فلا يقال) عرفا (انه تكلم و اذى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا اميز بين معنى بعت و ابيع و اوجدت البيع) اى الماضى و المضارع و المصدر (و غيرها) من سائر المشتقات كهذا مبيع- فى اسم المفعول- و انا بائع فى اسم الفاعل، و هكذا (بل على هذا) الذى ذكرنا من لزوم كونه مفرقا و عارفا باللغة تفصيلا (لا تكفى) فى اجراء العقد (معرفة ان بعت مرادف لقوله «فروختم») بدون معرفة التفاصيل بين اللفظين (حتى يعرف ان الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم ف) اللزوم ان (يميز بين بعتك) بكاف الخطاب بعد الفاعل (و بعت بالضم) بدون الخطاب (و بعت بالفتح) و انه خطاب لا إنشاء (فلا ينبغى ترك الاحتياط) فى معرفة تفاصيل الصيغة (و إن كان فى تعيينه) اى لزوم هذه المعرفة (نظر) لانه فرق بين «عدم المعرفة اصلا» بان يستعمل «بعت» فى الامر بالخروج- مثلا- و بين المعرفة اجمالا، فان من كان قاصدا للمعنى و اجرى اللفظ يقال عرفا انه تكلم بالعربية الا ترى انه من يقرأ القرآن يقال انه يقرأ العربية و ان لم يكن عارفا لمعانيه فكيف بمعنى يعرف معانيه اجمالا كما لو علم اجمالا بان «سلام عليكم» تحية و لم يعلم تفاصيل المعنى، و قاله بقصد التحية يقال عرفا انه سلم باللغة العربية.

و الحاصل انه لا دليل على اكثر من التلطف بقصد المعنى اما كون ذلك

ولذا نص بعض على عدمه.

### مسألة المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية

بل فى التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيحك او اشتر منى و لعله لصراحته فى الانشاء اذ المستقبل اشبه بالوعد و الامر استدعاء لا ايجاب مع ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف و عن القاضى فى الكامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لاطلاق البيع و التجارة و عموم العقود

المعنى مفهوما عنده من اللفظ تفصيلا او اجمالا فلا دليل على اعتبار المعرفة التفصيلية (و لذا) الذى ذكرناه من التطرف فى اشتراط المعرفة التفصيلية (نص بعض على عدمه) اى عدم لزوم المعرفة تفصيلا.

(مسألة) فى اعتبار ماضوية صيغة العقد (المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية) فى صيغة العقد بان يقول «بعت» فلا يصح ان يقول «ابيع» او «انا بائع» او ما اشبه (بل فى التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيحك او اشتر منى) بلفظ الامر (و لعله) اى اشترط الماضوية (لصراحته) اى الماضى (فى الانشاء) و هو معتبر فى العقد (اذ المستقبل اشبه بالوعد) و إن كان يصح استعماله فى الانشاء، لكنه ليس بصريح، و قد عرفت سابقا لزوم الصراحة (و الامر) كاشتر منى (استدعاء) و طلب من المشتري ان يشتريه (لا ايجاب) فلا يصح به ان قصد الامر، و ان قصد الانشاء كان مجازا، و هو ممنوع فى العقد- كما سبق- (مع ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف) فيكون غير صريح و ان اتى بقرينة تدل على المراد (و عن القاضى فى الكامل و المهذب عدم اعتبارها) اى الماضوية فى الصيغة (و لعله لاطلاق البيع) فى قوله سبحانه «احل الله البيع» فانه يقال انه باع ماله- و إن كان اتى بلفظ المضارع- (و التجارة) فى قوله: الا ان تكون تجارة عن تراض (و عموم العقود) فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- فان كل ذلك

و ما دل فى بيع الآبق و اللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع و فحوى ما دل عليه فى النكاح و لا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فى الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام فتأمل.

صاڢق فى ما اذا أتى بلفظ المضارع او ما اشبهه - (و) - (ما دل فى بيع الآبق و اللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع) كصحيحة رفاعة قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لى ان اشترى من القوم الجارية الآبقة و اعطيهم الثمن و اطلبها انا؟ قال عليه السلام: لا يصلح شرائها الا ان تشتري منهم معها ثوبا او متاعا فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز و نحوها غيرها.

و كموثقة سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع؟ قال عليه السلام: لا الا ان يحلب فى سكرجة فتقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى السكرجة و ما فى ضروعها بثمان مسمى، الخبر فان الاول بلفظ «المضارع» و الثانى بلفظ «الامر»، و مراد المصنف من «لفظ المضارع» انما هو بالنسبة الى الاول (و فحوى ما دل عليه فى النكاح) فان جاز غير الماضى فى النكاح الذى هو اهم - لمكان الفرج - جاز فى البيع الذى هو ليس بتلك الهمية، كخبر ابن ابي نصر، قال: «اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه، الحديث و كذا ما ورد فى بيع ورق المصحف، قال عليه السلام: قل اشترى منك هذا بكذا و كذا، الى غيرهما من الروايات (و لا يخلو هذا) اى عدم اشتراط الماضوية (من قوة لو فرض صراحة المضارع) و غيره (فى الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام) ليخرج من كونه لفظا، اذ قد عرفت الاشكال فى كون العقد و لو ببعض اجزائه غير اللفظ (فتأمل) فانه كيف يمكن الفتوى بذلك مع



وبه صرح فى الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة- كما عن الايضاح- و جامع المقاصد و لعله للاصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كاطلاق البيع و التجارة فى الكتاب و السنة و زاد بعضهم ان القبول فرع الايجاب فلا يتقدم عليه و انه

دعوى العلامة الاجماع، لكن لا يخفى ما فى الاجماع المدعى صغرى لمخالفة القاضى و غيره و كبرى لانه محتمل الاستناد الى الوجوه المذكورة، و الاجماع المحتمل الاستناد ليس بحجة.

(مسألة) فى تقديم الايجاب (الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول و به) اى باللزوم (صرح فى الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة- كما عن الايضاح-) أيضا نقل قوله باللزوم (و) كذا عن (جامع المقاصد و لعله للاصل) اى ان المعتاد فى البيوع تقديم الايجاب (بعد حمل آية وجوب الوفاء) فى قوله سبحانه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (على العقود المتعارفة) فلا يقال ان اطلاق الآية شامل لصورة تقديم القبول أيضا (كإطلاق) آية (البيع و التجارة) «احل الله البيع» و «تجارة عن تراض» فان الاطلاق فيهما محمول على المتعارف- و هو ما كان ايجابه مقدما على قبوله- (فى الكتاب و السنة) فانه ورد فى السنة روايات اطلق فيها حلية البيع و التجارة، و قوله «آية» المراد بها المثال، اى «آية و رواية» للاثم قوله «و السنة» فهو من قبيل قول الشاعر: «علفتها تبنا و ماء باردا» اى سقيتها ماء (و زاد بعضهم) فى الاستدلال على لزوم تقديم الايجاب- زيادة على الاصل الذى ذكرناه- (ان القبول فرع الايجاب) لانه قبول الامر، فاذا لم يكن امر سابق، لا معنى للقبول (فلا يتقدم عليه) اذ هو حينئذ فرع بدون اصل (و انه) اى القبول

تابع له فلا يصح تقدمه عليه و حكى فى غاية المراد عن الخلاف الاجماع عليه و ليس فى الخلاف فى هذه المسألة الا ان البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ به فراجع خلافا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح و ان وافق الخلاف فى البيع الا انه عدل عنه فى باب النكاح بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحته بين الامامية حيث انه بعد ما ذكر ان تقديم القبول بلفظ الامر فى النكاح «بان يقول زوجنى فلانة» جائز بلا خلاف قال اما البيع فانه اذا قال

---

(تابع له) اى للايجاب (فلا يصح تقدمه عليه) و إلا لزم الخلف، اذ معنى التابع البعدية (و حكى عن غاية المراد) انه حكى (عن الخلاف الاجماع عليه) اى على لزوم تقديم الايجاب (و) الحال انه (ليس فى الخلاف فى هذه المسألة) اى مسألة تقديم الايجاب (الا ان البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه) و انه صحيح (فيؤخذ به) و من المعلوم ان هذا ليس دعوى لاجماع تقديم الايجاب، بل دعوى للاجماع على ان ما قدم فيه الايجاب كان صحيحا- و لا يخفى الفرق بينهما- (فراجع) كتاب الخلاف ليظهر لك الحق (خلافا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح) فانه اجاز تقديم القبول (و ان وافق) الشيخ فى المبسوط، كتاب (الخلاف) فى لزوم تقديم الايجاب (فى) كتاب (البيع) منه (الا انه) اى الشيخ (عدل عنه) اى عما ذكره فى باب البيع من المبسوط- من لزوم تقديم الايجاب (فى باب النكاح) من المبسوط، و اجاز تقديم القبول (بل ظاهر كلامه) اى كلام الشيخ فى نكاح المبسوط (عدم الخلاف فى صحته) اى تقديم القبول (بين الامامية) و من المعلوم انه لو جاز تقديم القبول فى باب النكاح جاز فى البيع بطريق اولى (حيث انه بعد ما ذكر ان تقديم القبول بلفظ الامر فى النكاح «بان يقول زوجنى فلانة» جائز بلا خلاف، قال اما البيع فانه اذا قال) المشتري

بعنيها فقال بعتكها صح عندنا وعند قوم من المخالفين وقال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى.

وكيف كان فنسبة القول الاول الى المبسوط مستند الى كلامه في باب البيع واما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق في الشرائع والعلامة في التحرير والشهيدان في بعض كتبهما وجماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالاخبار مثل خبر ابان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم

---

(بعنيها فقال) البائع (بعتكها، صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى) فان ظاهر قوله «عندنا» وانه قابل ذلك باختلاف المخالفين في الصحة والعدم ان المسألة غير مختلف فيها عند الامامية.

(وكيف كان فنسبة القول الاول) اي عدم جواز تقديم القبول (الى المبسوط مستند الى كلامه في باب البيع واما في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم) للقبول على الايجاب (ك) صراحة كلام (المحقق في الشرائع والعلامة في التحرير والشهيدان في بعض كتبهما وجماعة ممن تأخر عنهما) فانهم اجازوا تقديم القبول (للمعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها) فان أحلَّ اللهُ البَيْعَ وَتِجَارَةَ عَنْ تَرَاضٍ وَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وغيرها شاملة لما كان القبول مقديما، ولا مخصص لهذه العمومات يدل على اشتراط تقديم الايجاب (و) يدل على جواز التقديم في باب البيع (فحوى جوازه) اي جواز التقديم (في النكاح الثابت) ذلك الجواز (بالاخبار مثل خبر ابان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم

القبول بقوله للمرأة اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى ان قال- فاذا قالت نعم فهي امرأتك و انت اولى الناس بها.

و رواية سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين- كما قيل- المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجيتها و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت و رضيت و اما ان يكون بطريق الامر و الاستيجاب

---

القبول) على الايجاب (بقوله للمرأة اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم- الى ان قال- فاذا قالت نعم فهي امرأتك و انت اولى الناس بها) فاذا جاز تقديم القبول على الايجاب في باب النكاح الذي له اهمية- لمكان البضع- كان جوازه في باب البيع اولى.

(و رواية سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين- كما قيل-) بانه مشهور في كتبهم (المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجيتها) و الرواية هي ان امرأة انت النبي صلى الله عليه وآله، و قالت يا رسول الله انى و هبت لك نفسى و قامت قياما طويلا فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجيتها ان لم يكن لك بها حاجة؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل عندك من شيء تصدقها اياه؟ فقال: ما عندي الا ازارى هذا، فقال صلى الله عليه وآله ان اعطيتها ازارك حبست بلا ازار التمس و لو خاتما من حديد، فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: هل معك من القرآن شيء؟ قال:

نعم سورة كذا و سورة كذا سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله زوجتك بما معك من القرآن، و نحوها الصحيح عن ابي جعفر عليه السلام (و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت و رضيت و اما ان يكون بطريق الامر و الاستيجاب) اى طلب الايجاب- و هو عطف بيان للامر.

نحو بعنى، فيقول المخاطب بعتك و اما ان يكون بلفظ اشترى و ملكت مخففا و ابتعت، فإن كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لمن عرفت فى صدر المسألة بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة انه لا خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ «قبلت» و هو المحكى عن نهاية الاحكام و كشف اللثام فى باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضا بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر و الى كونه خلاف المتعارف من العقد ان القبول الذى هو احد ركنى عقد المعاوضة فرع الايجاب فلا يعقل تقدمه عليه و ليس المراد من هذا

نعم قد يكون الاستيجاب بغير الامر، فالامر (نحو بعنى، فيقول المخاطب بعتك) و غير الامر نحو الاستفهام مثل هل تبينى فيقول بعتك (و اما ان يكون بلفظ اشترى و ملكت مخففا و ابتعت، فإن كان) القبول (بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه) على الايجاب (وفاقا لمن عرفت فى صدر المسألة) كالخلاف و الوسيلة و التحرير و غيرها (بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة انه لا خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ «قبلت» و هو المحكى عن نهاية الاحكام و كشف اللثام فى باب النكاح) حيث ادعى عدم الخلاف (و قد اعترف به) اى بعدم الخلاف (غير واحد من متأخري المتأخرين أيضا بل المحكى هناك) فى باب النكاح (عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه و يدل عليه) اى على عدم الجواز (مضافا الى ما ذكر) من الاجماع (و الى كونه خلاف المتعارف من العقد) فالادلة لا تشملها لان الادلة- ك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- منصرفة الى العقود المتعارفة (ان القبول) فاعل «يدل» (الذي هو احد ركنى عقد المعاوضة فرع الايجاب) لان مطاوعة، و المطاوعة لا تكون الا بعد الفعل اذ لا يفعل الانفعال بدون الفعل (فلا يعقل تقدمه) اى الفرع (عليه) اى على الاصل (و ليس المراد من هذا

القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال الرضا بشي ء لا يستلزم تحققه في الماضي فقد يرضى الانسان بالامر المستقبل بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله- في الحال- الى الموجب على وجه العوضية لان المشتري ناقل كالبائع وهذا لا يتحقق الا مع تأخر الرضا عن الايجاب اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال فان من رضى بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل ماله في الحال الى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التي انشأها الموجب سابقا فانه يرفع- بهذا الرضا يده من ماله وينقله الى غيره على وجه العوضية

---

القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال) يصح تقدم (الرضا بشي ء لا يستلزم تحققه) اى تحقق ذلك الشي ء (في الماضي) و انما لا يستلزم (فقد يرضى الانسان بالامر المستقبل) قوله «فقد» علة لقوله «لا يستلزم» (بل المراد منه) اى من القبول- الذي قلنا لا يمكن تقدمه على الايجاب- (الرضا بالايجاب على وجه يتضمن) هذا الرضا (إنشاء نقل ماله- في الحال-) قبل الايجاب (الى الموجب على وجه العوضية) و علل كون المشتري ينقل ماله في الحال بقوله (لان المشتري ناقل كالبائع) بالإضافة الى انه قابل لمال البائع (وهذا) اى النقل في الحال (لا يتحقق الا مع تاخر الرضا عن الايجاب اذ مع تقدمه) الى الرضا، على الايجاب (لا يتحقق النقل في الحال) و انما لا يتحقق النقل في الحال (فان من رضى بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل ماله في الحال الى الموجب) بل رضى بنقل ماله الى الموجب بعد ايجابه- لا- في الحال- (بخلاف من رضى بالمعاوضة التي انشأها الموجب سابقا) بان كان القبول بعد الايجاب (فانه يرفع- بهذا الرضا-) المتأخر (يده من ماله و ينقله الى غيره على وجه العوضية) و الحاصل «القبول: رضى بانشاء النقل المتأخر

و من هنا يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين فى رد الدليل المذكور و هو كون القبول فرع الايجاب و تابعا له و هو ان تبعية القبول للايجاب ليس تبعية اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه و انما هو انما على سبيل الفرض و التنزيل بان يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقى إليه من الموجب و الموجب متناولا كما يقول السائل فى مقام الانشاء: انا راض بما تعطينى و قابل لما تمنحنى فهو متناول

---

عن الايجاب» «فلا يعقل تقدم القبول على الايجاب» و الا لزم الخلف، و لا يخفى ما فى الادلة الثلاثة، اذ الاجماع غير حجة لانه محتمل الاستناد على تقدير وجوده، و كونه خلاف المتعارف ليس بحيث يوجب انصراف الدليل فأى فرق بين ان يقول «زوجنى» و بين ان يقول «انى اقبل زواجك»، و عدم المعقولية غير تام، اذ اى مانع من ان ينشئ المشتري نقل ماله فى الحال فى مقابل النقل الذى يحدثه البائع بعد ذلك فقول «القبول رضى الخ» غير تام (و) كيف كان ف (من هنا) الذى ذكرنا ان القبول يتضمن إنشاء النقل (يتضح فساد ما حكى عن بعض المحققين فى رد الدليل المذكور) الذى ذكرناه بقولنا «ان القبول الذى هو احد ركن المعاوضة، الخ» (و) حاصله (هو كون القبول فرع الايجاب و تابعا له و) حاصل رد ذلك المحقق (هو ان تبعية القبول للايجاب ليس تبعية اللفظ للفظ) كالتابع فى اصطلاح النحاة فما يقصد منه تبعية اللفظ للفظ (و لا القصد للقصد) كتبعية قصد القرية لقصد الفعل القربى (حتى يمتنع تقديمه) و الا لم يكن تابعا (و انما هو) اى كونه تابعا، فى باب قبول البيع و نحوه (انما هو على سبيل الفرض و التنزيل) و معنى الفرض و التنزيل (بان يجعل القابل نفسه متناولا) و آخذا (لما يلقى إليه من الموجب و) يجعل (الموجب متناولا) و معطيا (كما يقول السائل فى مقام الانشاء: انا راض بما تعطينى و قابل) اى قابل (لما تمنحنى ف) على كل حال (هو متناول

قدم إنشاءه اواخر فعلى هذا يصح تقديم القبول ولو بلفظ قبلت ورضيت ان لم يتم اجماع على خلافه انتهى، ووجه الفساد ما عرفت سابقا من ان الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بآزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقل من القابل فى الحال بل هو رضى منه بالانتقال فى الاستقبال وليس المراد ان اصل الرضا بشي ء تابع لتحقيقه فى الخارج أولا

---

قدم إنشاءه اى إنشاء التناول (اواخر) عن الايجاب (فعلى هذا) الذى ذكرناه من انه على سبيل الفرض و التنزيل (يصح تقديم القبول ولو بلفظ قبلت ورضيت ان لم يتم اجماع على خلافه انتهى).

و الحاصل: انه لو كان هناك محذور شرعى من تقديم القبول لزم القول بعدم جوازه و الا فلا محذور عقلى فى ذلك (ووجه الفساد) لكلام هذا المحقق (ما عرفت سابقا من ان) القبول يتضمن امرين:

الاول: الرضا بما يفعله الموجب و هذا يمكن ان يقدم و يمكن ان يؤخر.

الثانى: نقل القابل مال نفسه الى الموجب نقلا هو كالتفعل لنقل الموجب، و من المعلوم ان النقل الانفعالى لا يعقل ان يقدم على نقل الموجب الذى هو فعل، و عليه ف (الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل) اى بعد القبول (من نقل ماله) اى مال الموجب (بآزاء مال صاحبه) اى المشتري (ليس فيه إنشاء نقل من القابل فى الحال بل هو) اى الرضا بما يصدر من الموجب (رضى منه) اى من القابل (بالانتقال فى الاستقبال) فليس الكلام و وجه الاشكال فى تقديم القبول من جهة «الرضا» حتى يقول ذلك المحقق انه يمكن ان يقدم على الايجاب، كما يمكن ان يؤخر (و ليس المراد) من الاشكال (ان اصل الرضا بشي ء تابع لتحقيقه) اى تحقق ذلك الشئ ء (فى الخارج أولا



قبل الرضا به حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال بل المراد الرضا الذي بعد قبولا وركنا في العقد.

و مما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الامر كما لو قال بعنى هذا بدرهم فقال بعثك لان غاية الامر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل

---

قبل الرضا به) اى بذلك الشيء ء مثلا الرضا من المشتري بالبيع تابع لتحقيق البيع من البائع ولا يستلزم ذلك ان يكون المرضى به متحققا فعلا قبل الرضا به (حتى يحتاج) اثبات ان الرضا ليس بتابع لتحقيق الشيء ء- كالببيع- (الى توضيحه) اى توضيح عدم التابعة للتحقق (بما ذكره من المثال) بقوله كما يقول السائل في مقام الانشاء، الخ (بل المراد) اى مرادنا من الاشكال في عدم صحة تقديم القبول (الرضا الذي يعد قبولا وركنا في العقد) المشتمل ذلك الرضا على امرين: الرضا بفعل البائع، وإنشاء نقل المشتري ماله انفعالا لنقل البائع وقد عرفت ان الانفعال لا يعقل قبل الفعل.

(و مما ذكرنا) من ان الرضا لا يعقل تقديمه لانه مشتمل على الانفعال (يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الامر) كما يمتنع تقديم القبول بلفظ «قبلت» (كما لو قال) المشتري (بعنى هذا بدرهم فقال) البائع (بعثك) وجه المنع (لان غاية الامر) اى غاية المطلب (دلالة طلب) المشتري (المعاوضة) بقوله «بعنى» (على الرضا بها) اى بالمعاوضة (لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية) التي يجريها البائع (نقل) من المشتري

فى الحال للدرهم الى البائع كما لا يخفى.

و اما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الاكثر على خلافه و اما فحوى جوازه فى النكاح ففيها بعد الاغماض عن حكم الاصل بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الامر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبي صلى الله عليه و آله و سلم و يؤيده انه لولا يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول

---

(فى الحال) اى حال قوله «بعنى» (للدراهم) الثمن (الى البائع كما لا يخفى) فوجه المنع فى تقديم «قبلت» آت هنا فى تقديم «بعنى».

(و اما ما يظهر من المبسوط هنا) فى تقديم القبول بلفظ الامر (على الصحة) للعقد (به) اى بالقبول المقدم بلفظ «بعنى» (فموهون بما ستعرف من مصير الاكثر على خلافه) و انهم لا يجوزون تقديم القبول بلفظ «الامر» (و اما فحوى جوازه) اى تقديم القبول بلفظ الامر (فى النكاح) لانه اذا جاز فى النكاح جاز فى البيع بطريق اولى (ففيها) اى الفحوى (بعد الاغماض عن حكم الاصل) الذى هو نكاح، بان نقول انه لا يجوز فى النكاح أيضا (بناء على منع دلالة رواية سهل) المتقدمة (على كون لفظ الامر) المتقدم على الايجاب (هو القبول) للنكاح (لاحتمال تحقق القبول) من الصحابى (بعد ايجاب النبي صلى الله عليه و آله و سلم) لنكاحها له (و يؤيده) اى كون القبول كان بعد الايجاب من النبي صلى الله عليه و آله و سلم، (انه لو لا-) وجود قبول متأخر- بان كان امر الصحابى قبولا- (يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول) اذ صار بين قول الصحابى زوجنيها يا رسول الله و بين قول زوجتكها كلمات- كما لا يخفى- و حيث ان الفصل الطويل بين الايجاب و القبول ضار كان اللازم ان نقول، ان الصحابى اجرى لفظ القبول بعد ايجاب النبي صلى

منع الفحوى وقصور دلالة رواية ابان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة «نعم» فى الايجاب.

ثم اعلم ان فى صحة تقديم القبول بلفظ الامر اختلافا كثيرا بين كلمات الاصحاب فقال فى المبسوط ان قال بعنيها بالف فقال بعنك صح و الاقوى عندى انه لا يصح حتى يقول

---

اللّه عليه وآله وسلم للنكاح (منع الفحوى) و الاولوية، وقوله «منع» مربوط بقوله «ففيها» اذ من الممكن ان يكون الشارع وسع فى باب النكاح بما لم يوسع مثله فى باب البيع فانه لو ضيق فى باب النكاح لزم كثرة السفاح الذي هو من اشد المحرمات، بخلاف التضييق فى باب البيع اذ لا يلزم منه الا الضمان الذي امره سهل (و) اما رواية ابان الدالة على جواز تقديم القبول، ففيه انه لا يمكن الاعتماد عليها ل (قصور دلالة رواية ابان) على جواز تقديم القبول (من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة «نعم» فى الايجاب) للنكاح، و من المعلوم ان «نعم» ليس ايجابا فاللازم ان نقول ان مراد الامام عليه السلام:

«ايجابها» ركن عن ايجابها ب «نعم» لا ان نعم ايجاب، و اذا كان قوله عليه السلام كناية كان اللازم ان نقول ان مراد الامام: «ان رضيت و اجرى النكاح الشرعى» هذا و لكن انت خير بعدم وجه لهذه المناقشات، اذ اى دليل على عدم جواز الفصل الطويل، و اى دليل على عدم كفاية «نعم» و اى وجه لإنكار الفحوى، و اى مانع من اشتمال القبول المتقدم على الرضا و الانشاء لنقل الثمن فى مقابل نقل المثلثن المستقبل، و اللّه الموفق.

(ثم اعلم ان فى صحة تقديم القبول بلفظ الامر اختلافا كثيرا بين كلمات الاصحاب) فهل انه يعقد به البيع أم لا؟ (فقال فى المبسوط ان قال بعنيها بالف فقال) البائع (بعنك صح) عند قوم (و الاقوى عندى انه لا يصح حتى يقول

المشترى بعد ذلك: اشترى واختار ذلك فى الخلاف وصرح به فى الغنية فقال واعتبرنا حصول الايجاب من البائع والقبول من المشتري حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو ان يقول بعنيه بالف فيقول بعتك فانه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترى او قبلت وصرح به فى السرائر والوسيلة وعن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الايجاب والقبول ومع ذلك فقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الامر فى البيع ونسبه إلينا

---

المشترى بعد ذلك: اشترى) ليكون القبول متأخرا (و اختار ذلك) اى عدم الصحة (فى الخلاف وصرح به) السيد ابن زهرة (فى الغنية فقال واعتبرنا حصول الايجاب من البائع والقبول من المشتري حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو) مثل (ان يقول بعنيه بالف فيقول) البائع (بعتك فانه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترى او قبلت وصرح به) اى بعدم الانعقاد (فى السرائر والوسيلة وعن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم) بعدم الانعقاد فى صورة الاستدعاء و الايجاب (اتفاقي و حكى الاجماع عن ظاهر الغنية أيضا او صريحها) الاجماع ظاهرا، كان يقول «عندنا» و صريحا كان يقول بالاجماع- مثلا- (و عن المسالك المشهور) اى عدم الانعقاد (بل قيل ان هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الايجاب والقبول) اذ لا قبول فى صورة الاستدعاء و الايجاب (و مع ذلك) الذى رأته من الاقوال و دعاوى الشهرة و الاجماع على عدم الانعقاد (فقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الامر) اى تقديم القبول (فى) باب (البيع ونسبه إلينا) بان قال «عندنا» الظاهر فى الاتفاق من

مشعرا- بقرينة السياق- الى عدم الخلاف فيه بيننا فقال اذا تعاقدنا فان تقدم الايجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح و كذا اذا تقدم الايجاب على القبول فى البيع صح بلا خلاف

و اما تأخر الايجاب و سبق القبول فإن كان فى النكاح فقال الزوج زوجنيها فقال زوجتكها صح و ان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي قال زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول و تأخر الايجاب و إن كان هذا فى البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم

---

الخاصة (مشعرا- بقرينة السياق- الى عدم الخلاف فيه بيننا) و قرينة السياق عبارة، عبارة عن انه «ره» قال ذلك فى مقابل كلام العامة، فليس المراد من «عندنا» فى كلامه، عنده فقط بل عند الامامية (فقال اذا تعاقدنا فان تقدم الايجاب على القبول فقال) العاقد و هى المرأة (زوجتك فقال) الزوج (قبلت التزويج صح و كذا اذا تقدم الايجاب على القبول فى البيع صح بلا خلاف) بان قال البائع: بعت، فقال المشتري: قبلت.

(و اما ان تأخر الايجاب و سبق القبول فإن كان فى النكاح فقال الزوج) لولى الزوجة (زوجنيها فقال) لولى (زوجتكها صح و ان لم يعد الزوج القبول) بان لم يقل بعد قول لولى «زوجتكها»، قبلت، وقوله «لم يعد» من اعادة يعيد (بلا خلاف) فى الصحة (لخبر الساعدي قال زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن) اى بان يكون تعليمك لها ما تعرفه من القرآن مهرا لها (فقدم القبول و تأخر الايجاب و إن كان هذا) التقديم للقبول على الايجاب (فى البيع فقال) المشتري (بعنيها فقال) البائع (بعتكها) اى السلعة (صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم

لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضى فى الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب- بقول مطلق- و تمسك له فى النكاح برواية سهل الساعدى المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج الا ان المحقق مع تصريحه فى البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب.

و ذكر العلامة (قدّس سرّه) الاستيجاب و الايجاب و جعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول- كالمعاطاة-

---

لا- يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى) كلام الميسوط (و حكى جواز التقديم) للقبول فى باب البيع (بهذا اللفظ) اى بلفظ الامر (عن القاضى فى الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم) بجواز التقديم بلفظ الامر (الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب- بقول مطلق-) فانه شامل لصورة كون القبول بلفظ الامر أيضا- (و تمسك له) اى لجواز التقديم (فى النكاح برواية سهل الساعدى المعبر فيها عن القبول) للتزويج (بطلب التزويج) فان الاستدلال بهذه الرواية لباب البيع يدل على ان مثله فى باب البيع، بتقديم القبول بلفظ الامر، كاف فى الانعقاد (الا ان المحقق مع تصريحه فى البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب) فانه يدل على عدم التلازم بين القول بجواز تقديم القبول، و بين القول بصحة الاستيجاب و الايجاب، و قوله «الا» استثناء عن قوله «بل يمكن».

(و) كذلك العلامة فانه تردد فى اعتبار تقديم القبول، مع انه جزم بعدم صحة الاستيجاب و الايجاب فانه (ذكر العلامة (قدّس سرّه) الاستيجاب و الايجاب و جعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول- كالمعاطاة-) فكما ان المعاطات لا ايجاب و قبول فيها، قال الاستيجاب و الايجاب أيضا لا ايجاب

و جزم بعدم كفايته مع انه تردد في اعتبار تقديم القبول.

وكيف كان فقد عرفت ان الاقوى المنع في البيع لما عرفت بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول ثم ان هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الاصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك.

واما على ما قويناه سابقا- في المعاطاة- من ان البيع العرفي موجب

---

وقبول فيه، فقولهم في باب البيع «يعتبر فيه الايجاب والقبول» يخرج المعاطاة، والاستيجاب والايجاب (و جزم بعدم كفايته) اى الاستيجاب والايجاب (مع انه تردد في كفاية تقديم القبول) على الايجاب.

(و كيف كان) اقوال الفقهاء (فقد عرفت ان الاقوى المنع) عن القبول بلفظ الامر- المتقدم- (في البيع لما عرفت) من ان القبول يتضمن رضی وإنشاء و الرضا و ان تحقق في المتقدم لكن الانشاء لا يتحقق.

نعم يصح القول بذلك في النكاح لمكان الروايات المتقدمة (بل لو قلنا بكفاية التقديم) للقبول (بلفظ قبلت يمكن المنع هنا) في لفظ الامر (بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول) اذ الامر في قبال الماضى (ثم ان هذا كله) الذي نذكره من عدم الانعقاد بتقديم القبول سواء بلفظ قبلت او بلفظ الامر (بناء على المذهب المشهور بين الاصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك) قوله «و عدم كفاية» اعم من قوله «و عدم القول» لان الاول يعتبر مطلق اللفظ و لو لم يكن بصورة الصيغة، و الثانى يعتبر صورة الصيغة و ان لم تكن مشتملة على شرائط العقد من الايجاب والقبول و العربية و الماضوية و ما اشبهه.

(واما على ما قويناه سابقا- في المعاطاة- من ان البيع العرفي موجب

للملك و ان الاصل فى الملك اللزوم فاللازم الحكم باللزوم فى كل مورد لم يقيم اجماع على عدم اللزوم و هو ما اذا خلت المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا او كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها اللزوم و اما فى غير ذلك فالاصل اللزوم و قد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع قد صرح فى المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكى عن الكامل أيضا فتأمل و إن كان التقديم بلفظ اشترت او ابتعت او تملك او ملكت هذا بكذا فالاقوى جوازه لانه انشأ ملكيته بإزاء ماله عوضا ففى الحقيقة انشأ المعاوضة كالبايع الا ان البائع ينشئ ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه مال نفسه

للملك و ان الاصل فى الملك اللزوم) فالبيع العرفى ملك لازم (فاللازم الحكم باللزوم فى كل مورد لم يقيم اجماع على عدم اللزوم و هو) اى المورد الذى قام الاجماع على عدم اللزوم (ما اذا خلت المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا) كالمعاوضة العملية (او كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها اللزوم) كالكنايات مثلا (و اما فى غير ذلك) الموردان بأن كان لفظ و لم يقيم اجماع على عدم افادة ذلك اللفظ اللزوم (فالاصل اللزوم و) حيث (قد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع) بصيغة الامر (قد صرح فى المبسوط بصحته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكى عن الكامل) للقاضى (أيضا) فاللازم ان نقول بكفاية ذلك فى افادة الملك اللازم (فتأمل) لان كلام المبسوط و الكامل لا يضر بالاجماع الذى صرح به جماعة من عدم صحة الاستيجاب، و الايجاب فهو لفظ قام الاجماع على عدم افادته اللزوم هذا كله فيما اذا كان القبول المتقدم بلفظ «قبلت» او بلفظ «بعتى» (و إن كان التقديم بلفظ اشترت او ابتعت او تملك او ملكت) بالتخفيف (هذا بكذا) من الثمن (فالاقوى جوازه لانه انشأ ملكيته) اى المشتري (للمبيع بإزاء ماله) الذى هو الثمن (عوضا، ففى الحقيقة) هذا (إنشاء المعاوضة) اى المشتري (كالبايع الا ان البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه) اى المشتري (و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه) اى البائع (لنفسه) بإزاء



ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه الا ان الادخال في الايجاب مفهوم من ذكر العوض وفي القبول مفهوم من نفس الفعل و الاخراج بالعكس و حينئذ فليس في حقيقة الاشتراء- من حيث هو- معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الايجاب و إنشاء انتقال مال البائع الى نفسه اذا وقع عقيب نقله له إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول اطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود في الايجاب المتأخر لان المشتري انما ينقل ماله الى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله

و الفرق اعتبارى (ففي الحقيقة كل منهما) البائع و المشتري (يخرج ماله الى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه الا ان الادخال) لمال المشتري (في الايجاب مفهوم من ذكر العوض) لان قول البائع «بعتك الكتاب بدينار يكون قوله «بدينار» منهما بان البائع ادخل الدينار في ملك نفسه (و في القبول مفهوم من نفس الفعل) اى «قبلت» فانه يفهم ادخال الكتاب في ملك المشتري (و الاخراج بالعكس) ففي الايجاب مفهوم من «بعت» و في القبول مفهوم من ذكر العوض اى قول المشتري «بدينار» (و حينئذ) الذي كل منهما يدخل و يخرج (فليس في حقيقة الاشتراء- من حيث هو-) اشتراء (معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه) اى الاشتراء (عقيب الايجاب و إنشاء انتقال مال البائع الى نفسه) اى نفس المشتري وقوله «وإنشاء» مبتدأ خبره «يوجب» وقوله «اطلق جواب» «لما» (اذا وقع عقيب نقله) اى البائع (له) اى للمال (إليه) اى الى المشتري (يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول) لان البائع نقل، و المشتري قبل (اطلق عليه) اى على الاشتراء (القبول و هذا المعنى) اى تحقق المطاوعة و مفهوم القبول (مفقود في الايجاب المتأخر لان المشتري انما ينقل ماله الى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله

عوضا و البائع انما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك لا بمدلول الصيغة وقد صرح فى النهاية و المسالك على ما حكى بان اشترت ليس قبولا حقيقة و انما هو بدل و ان الاصل فى القبول: قبلت لأن القبول- فى الحقيقة- ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشترت يجوز الابتداء به و مرادهما: انه بنفسه لا- يكون قبولا- فلا ينافى ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تملك البائع كما ان رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله- الى

عوضا) لان المشتري ينقل الثمن ابتداءً (و البائع انما ينشئ انتقال الثمن إليه) اى الى نفسه (كذلك) التزاما (لا بعد لول الصيغة) للبيع اذ مدلولها نقل المثلثين فلا مطاوعة فى طرف البائع، و لا نقل صريح فى طرف المشتري (وقد صرح فى النهاية و المسالك على ما حكى) بما يدل على ان «الاشترء» ليس فى مفهومه القبول و هذا يؤيد كلامنا المتقدم و هو قولنا «فليس فى حقيقة الاشترء من حيث هو معنى القبول» فانهما قالا (بان اشترت ليس قبولا حقيقة و انما هو بدل) عن القبول (و ان الاصل فى القبول: قبلت) ثم استدلا على كون اشترت بدلا، و ليس قبولا، بقولهما: (لأن القبول- فى الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به) اذ هو انفعال و مطاوعة، و من المعلوم ان الانفعال يقع بعد الفعل، و المطاوعة انما تكون بعد التأثير (و لفظ اشترت يجوز الابتداء به) اذ الاشترء معناه المبادلة من جانب المشتري و ذلك قابل للابتداء به كما ان البيع مبادلة من جانب البائع فيجوز الابتداء به (و مرادهما) اى النهاية و المسالك (انه) اى اشترت (بنفسه لا يكون قبولا) بدون قرينة (فلا- ينافى ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تملك البائع) و الحاصل ان «قبلت» نص فى القبول و «اشترت» انما يكون للقبول اذا كانت هناك قرينة (كما ان رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله- الى

البائع الا اذا وقع متأخرا ولذا منعنا من تقديمه فكل من رضيت و اشترت بالنسبة الى افادة نقل المال و مطاوعة البيع- عند التقدم و المتأخر متعاكسان

فان قلت: ان الاجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله اشترت حتى يقع قبولا لان إنشاء مالكيته لمال الغير اذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الاثر، فيكون اشترت متأخرا التزاما بالاثـر.

---

البائع الا اذا وقع متأخرا) عن البيع، فاشترت مثل رضيت، و ليس مثل قبلت (ولذا) الذي ذكرنا من انه ليس نصا و انما يكون دالا بقريـنة التأخير (منعنا من تقديمه) على البيع (فكل من رضيت و اشترت بالنسبة الى افادة نقل المال و مطاوعة البيع- عند التقدم و التأخر- متعاكسان) فاذا تقدم «اشترت» كان نقلا لا مطاوعة و اذا تأخر كان مطاوعة للبيع الذي تقدم عليه و اذا تقدم «رضيت» كان مطاوعة و رضى بما سيصدر من البائع، و لم يكن نقلا. و اذا تأخر كان نقلا فرضيت عكس اشترت ففي الصورة التي احدهما للنقل يكون الاخر للمطاوعة. (فان قلت) كيف تقولون بجواز تقدم «اشترت» و الحال انه اذ تقدم يكون «العقد» ايجابا بلا- قبول. اذ «بعث» المتأخر ليس قبولا، و «اشترت» المتقدم ليس قبولا- و من الواضح ان من اركان العقد القبول اذ (ان الاجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله اشترت) عن «البيع» (حتى يقع) اشترت (قبولا-) و انما يكون «اشترت» قبولا، اذا تأخر (لان إنشاء مالكيته لمال الغير) اى مالكية المشتري لمال البائع (اذا وقع عقيب تملك الغير له) بأن قال «اشترت» عقيب قول البائع «بعث» (يتحقق فيه) اى فى اشترت المتأخر (معنى الانتقال و) معنى (قبول الاثر، فيكون اشترت) فى حال كونه (متأخرا) عن البيع (التزاما بالاثـر

عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فان مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول كما لو نوى تملك المباحات او اللقطة فانه لا قبول فيه راسا.

قلت: المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

واما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطابوعة و قبول الاثر فلا- فقد تبين من جميع ذلك ان إنشاء القبول لا بد ان يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل و للرضا بانشاء البائع تقدم او تأخر و لا يعتبر

---

عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم) على «بعت» فلا يتحقق القبول- الآذي هو شرط في العقد اجماعا- (فان مجرد إنشاء المشتري (المالكية لمال) هو مال البائع (لا- يوجب تحقق مفهوم القبول) فان التملك لا يلازم القبول (كما لو نوى تملك المباحات او اللقطة فانه) تملك (و لا قبول فيه راسا) وعلى هذا- فاللازم رفع اليد اما عن اشتراط العقد بالقبول و اما عن جواز تقدم «اشتريت» (قلت) لا نسلم اشتراط العقد بالقبول- بمعنى المطابوعة- و لا اجماع على ذلك- فان (المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب) فاذا تحقق الرضا تحقق القبول- المجمع على اعتباره في العقد-.

(و اما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطابوعة و- قبول الاثر فلا) اجماع على ذلك و كيف كان (فقد تبين من جميع ذلك) الذي ذكرنا من الادلة على اشتراط العقد- بالقبول (ان إنشاء القبول لا بد ان يكون جامعا) لا مرين: (لتضمن إنشاء النقل) من المشتري للثمن الى البائع (و للرضا بانشاء البائع) سواء (تقدم) هذا النوع من القبول (او تأخر) عن البيع (و لا يعتبر)

إنشاء انتقال نقل البائع فقد حصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشترت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد- بالاستيجاب و الايجاب.

وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشترت و كذا السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الايجاب و كذا ظاهر اطلاق الحلبي في الكافي حيث

---

في القبول (إنشاء انتقال نقل البائع) حتى يقال بان الانتقال لا بدّ من تأخيره فلا يصح تقديم «اشترت» على «بعت» (فقد تحصل مما ذكرناه) من الفرق بين «اشترت» و «قبلت» (صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشترت) لا ما اذا كان بلفظ «قبلت» (وفاقا لمن عرفت) (بل هو) اي جواز تقديم القبول بلفظ اشترت (ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف) حيث قال:

«لأن ما عده- اي الاستيجاب و الايجاب- مجمع على صحته» فان لفظ «ما» الموصولة يشمل تقديم «اشترت» أيضا (حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد- بالاستيجاب و الايجاب) الذي ظاهره عدم المنع عن تقديم لفظ «اشترت».

(وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه) اي الاستيجاب و الايجاب (و) بين (المنع عن تقديم مثل اشترت) فلا- يدل منع الشيخ «الاستيجاب» على منعه عن تقديم «اشترت» (و كذا) مثل الشيخ (السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب و القبول و احترز بذلك) الاعتبار (عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الايجاب) مما يدل على صحة تقديم «اشترت» عنده و الا اخرجه أيضا (و كذا ظاهر اطلاق الحلبي- في الكافي حيث) انه

لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل ان المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبي و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب مع انه يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب بان ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمري ان مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول و قد نبهنا على امثال ذلك فى مواردنا.

---

ذكر شروط انعقاد العقد و (لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد) و لو كان تقديم الايجاب شرط عنده لذكره فى عداد الشروط.

(و الحاصل ان المصرح بذلك) اى بلزوم تقديم الايجاب- مطلقا- (فيما وجدت من القدماء الحلبي و ابن حمزة) فقط (فمن التعجب بعد ذلك) الذي رأيت من ان المصرح بذلك فقط نفران، و اطلاق غيرهما دال على جواز التقديم (حكاية الاجماع عن الخلاف على) اشتراط (تقديم الايجاب) فى الانعقاد (مع انه لم يزد على الاستدلال) على اشتراط تقديم الايجاب (لعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب) اى موضع استدلاله «عدم كفاية الاستيجاب» و دليله هو (بان ما عداه) اى ما عدا الاستيجاب و الايجاب (مجمع على صحته و على صحته) اى الاستيجاب و الايجاب (دليل) و من المعلوم ان هذا الدليل لا يكفى للمنع عن تقديم القبول اذا كان بلفظ «اشترت» (و لعمري ان مثل هذا) الاجماع الذي لا يوافق الا نفران فقط (مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول و قد نبهنا على امثال ذلك) الاجماع الذي ليس بمشهور فكيف بمجمع عليه (فى مواردنا) اى موارد الاجماع، خصوصا فى كتاب الرسائل فى باب الاجماع فراجع.

نعم يشكل الامر بان المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية و هو الوصل بين الايجاب و القبول فالحكم لا يخلو عن شوب الاشكال.

ثم ان ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل كالاجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا او ملكت و النكاح الذي يؤدي قبولها بلفظ نكحت و تزوجت.

---

(نعم يشكل الامر) بتقديم القبول (بان المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب) فاللازم تنزيل طلاقات حلية البيع و تجارة عن تراض و الوفاء بالعقود عليه (و لا فرق بين المتعارف هنا) في باب تقديم الايجاب (و بينه) اي بين المتعارف (في المسألة الآتية و هو الوصل) اي الموالاته (بين الايجاب و القبول) فكما ان هناك نقول بالموالاته المتعارفة، كذلك يلزم ان نقول بتقديم الايجاب هنا لكونه المتعارف أيضا (فالحكم) بصحة تقديم القبول (لا يخلو عن شرب الاشكال) اللهم الا ان يفرق بين - المسألتين ببعض النصوص الواردة في هذه المسألة الدالة على تقديم القبول، و هذا هو الاقرب.

(ثم ان ما ذكرنا) من الاشكال في جواز تقديم القبول (جاز في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل) بان كان القبول إنشاء لامر، لا مجرد قبول فعل الموجب - كالاجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا) كالدار - مثلا - (او ملكت) بالتخفيف حيث ان المستأجر يأخذ شيئا و يعطى شيئا (و النكاح الذي يؤدي قبولها) اي قبول صيغة النكاح (بلفظ نكحت و تزوجت) يقولهما الزوج بعد ايجاب الزوجة او قبل ايجابها، فان الزوج يعطى شيئا في قبال اخذه لشيء.

و اما ما لا إنشاء فى قبوله الا قبلت او ما يتضمنه كارتھنت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه اذ لا التزام فى قبوله لشيء كما كان فى قبول البيع التزاما بنقل ماله الى البائع بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب وقد تقدم ان الرضا يجوز تعلقه بامر مترقب كما يجوز تعلقه بامر محقق فيجوز ان يقول رضيت برهنك هذا عندى فيقول: رهنه و التحقيق عدم الجواز لان اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى انه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن

(و اما ما لا إنشاء فى قبوله الا قبلت او ما يتضمنه) اى يتضمن القبول (كارتھنت) يقوله من يأخذ الوثيقة (فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه) بدون ورود الاشكال اللّذي كان يرد فى باب البيع و ما اشبهه، (اذ لا التزام فى قبوله) اى قبول ما لا إنشاء فيه- (لشيء) كما كان فى قبول البيع التزاما بنقل ماله الى البائع) فان المشتري- فى باب البيع- يفعل امرين: «القبول و الاعطاء» اما فى باب الرهن- مثلا- فلا يفعل اخذ الوثيقة الا القبول (بل لا ينشئ به) اى بالقبول فيما لا إنشاء فى قبوله الا قبلت (معنى غير الرضا بفعل الموجب وقد تقدم ان الرضا يجوز تعلقه بامر مترقب) فى المستقبل (كما يجوز تعلقه بامر محقق) فى الماضى (فيجوز ان يقول) آخذ الرهن (رضيت برهنك هذا) الشيء- كالدرا مثلا (عندى فيقول) معطى الرهن (رهنه) و كذا فى سائر الاشياء المماثلة للرهن. مما لا يزيد قبوله على مجرد إنشاء القبول (و التحقيق عدم الجواز) هنا أيضا، فلا يصح تقديم القبول (لان اعتبار القبول فيه) اى فى الرهن (من جهة تحقق عنوان المرتهن) فان الرهن قائم بالراهن و المرتهن فاذا لم يتحقق عنوان المرتهن لم يتحقق الرهن، و عنوان المرتهن انما ينطبق على آخذ الوثيقة اذا قبل الرهن (و لا يخفى انه لا يعد الارتهان) اى هذا العنوان- (على قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن) و تحقق الرهن متوقف على إنشاء الراهن



لأن الايجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال و كذا القول فى الهبة و القرض فانه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشي ء و انما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوها قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التملك بغير عوض.

و اما المصالحة المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين

---

فاللازم كون القبول بعد الايجاب- أيضا كباب البيع- و انما قلنا انه لا يصدق عنوان «الارتهان» الا بعد القبول الذي هو بعد الايجاب (لأن الايجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال) فالانفعال يتوقف على الفعل و عليهما يتوقف العنوان، و قوله «لان» علة لقوله «لا يصدق».

(و كذا) مثل الرهن (القول فى الهبة و القرض) فانهما ليسا كالبيع (فانه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما التزام بشي ء) زائدا على مجرد الرضا (و انما يحصل به) اى بالقبول فيهما (الرضا بفعل الموجب) فيمكن القول بجواز تقديم القبول فيهما و ان لم نقل بذلك فى باب البيع (و نحوها) اى الرهن و الهبة و القرض (قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التملك) نحو ان يقول الدائن للمدين صالحتك لما بدمتك، او ان يقول مالك العارية للمستعير صالحتك عما فى يدك، اذا كان اسقاطا و تملিকা (بغير عوض) اذ الصلح كما قد عرفت فى بعض المباحث السابقة- تفيد فائدة جميع العقود.

(و اما المصالحة المشتملة على المعاوضة) كصلح داره لزيد فى مقابل مائة دينار (ف) لا تنطبق عليها القاعدة المتقدمة فى باب البيع من عدم جواز تقديم القبول لانه (لما كان ابتداء الالتزام بها) اى بالمصالحة (جائزا من الطرفين)

وكان نسبتها إليهما على وجه سواء وليس الالتزام الحاصل من احدهما امرا مغايرا للالتزام الحاصل من الاخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا ثم لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام الحاصل من الاخر بلفظ القبول اذ لو قال أيضا صالحتك كان ايجابا آخر فيلزم تركيب العقد من ايجابين و تحقق من جميع ذلك

---

صاحب الدار و صاحب الدينار- في المثال- (و كان نسبتها) اى المصالحة (إليهما) اى الى الطرفين (على وجه سواء و ليس الالتزام الحاصل من احدهما امر مغايرا للالتزام الحاصل من الاخر) فكل واحد منهما يلتزم باعطاء شيء و اخذ شيء (كان البادى) و الاول (منهما) بتلفظ لفظ الصلح (موجبا لصدق الموجب عليه) اى على البادى (لغة و عرفا) فالصلح خارج عن موضوع الكلام اذ موضوع البحث- فى انه هل يصح تقديم القبول أم لا- انما هو فيما اذا كان القبول مغاير للايجاب، و هنا يصلح ان يكون كل طرف موجبا كما يصلح ان يكون قابلا، فلا يتصور تقديم القبول، و لا يخفى ما فى هذا الكلام من الاشكال.

(ثم) ان قلت: فاذا كان كل طرف يصح ان يكون مصالحا فلم لا يصح ان يقول كل منهما: «صالحتك».

قلت: (لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام الحاصل من الاخر) اى الثانى منهما فى التلفظ (بلفظ القبول) فيقول زيد- مثلا- «صالحتك» و يقول خالد «قبلت» (اذ لو قال أيضا صالحتك كان ايجابا آخر) لا قبولاً (فيلزم تركيب العقد من ايجابين و تحقق من جميع ذلك) الذي ذكرنا من ان العقد يحتاج الى القبول، و لذا لا يصح تكرار

ان تقديم القبول فى الصلح أيضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت.

وقد عرفت ان قبلت ورضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض فى الحال فتلخص مما ذكرنا ان القبول فى العقود على اقسام، لانه اما ان يكون التزاما بشي ء من القابل كنقل مال عنه او زوجية.

واما ان لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب و الاول على قسمين لان الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل

---

صالحتك، فى باب الصلح (ان تقديم القبول فى الصلح أيضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت) وشبههما كامضيت و انفذت.

(وقد عرفت) سابقا (ان قبلت ورضيت مع التقديم) على الايجاب (لا يدل على إنشاء لنقل العوض فى الحال) ونقل العوض فى الحال هو المحقق للعقد، و الا كان اخبارا عن امر مستقبل، و الاخبار مقابل الانشاء، و بهذا كله تحقق ان «البيع» و «الرهن» و «الصلح» كلها من واد واحد من حيث عدم صحة تقديم القبول فيها على الايجاب، و الفروق المذكورة لا تصلح ان تكون فارقة من جهة جواز تقديم القبول (فتلخص مما ذكرنا ان القبول فى العقود على اقسام، لانه اما ان تكون التزاما بشي ء من القابل) بالإضافة الى كونه قبولا ورضى بما اوجبه الموجب (كنقل مال عنه) اى عن القابل، فى باب المشتري (او زوجية) من القابل فان الزوج بالإضافة الى انه يقبل ايجاب الزوجة يجعل نفسه زوجا لها.

(واما ان لا- يكون فيه) اى فى القبول (سوى الرضا بالايجاب) كما عرفت من مثال الرهن و الهبة و القرض (و الاول) و هو ما كان قبولا و زيادة (على قسمين لان الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل

من الموجب كالمصالحة او متغاييرا كالاقتراض و الثانى أيضا على قسمين لانه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض.

و اما ان لا يثبت فيه اعتبارا زيد من الرضا بالايجاب كالوكالة و العارية و شبههما و تقديم القبول على الايجاب لا يكون الا فى القسم الثانى من كل من القسمين ثم ان مغايرة الالتزام فى قبول البيع لالتزام ايجابه

---

من الموجب كالمصالحة) فان كل طرف يعطى شيئا فى مقابل شي ء فكل منهما يصلح شيئا فى مقابل مصالحة طرفه شيئا (او متغاييرا كالاقتراض) فان عمل المشتري ليس مثل عمل البائع (و الثانى) و هو ما لا يكون فيه الارضى بالايجاب (أيضا على قسمين لانه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة) و قبول الاثر من المؤثر و الانفعال عن الفعل (كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض) و قد سبق تفصيل ذلك.

(و اما ان لا يثبت فيه اعتبارا زيد من الرضا بالايجاب كالوكالة و العارية و شبههما) و الفرق بين الارتهان و قبول الوكالة واضح فان الارتهان مطاوع للرهن، و لا يكون الا بعده كالانكسار الذى لا يكون الا بعد الكسر.

اما قبول الوكالة فليس الارضى سواء كانت الوكالة قبلا او بعدا (و تقديم القبول على الايجاب لا يكون) جائزا و صحيحا (الا فى القسم الثانى من كل من القسمين) اى كالاقتراض و قبول الوكالة، و هذا مع الغرض عن وجود الاجماع المدعى على عدم جواز تقديم القبول.

(ثم) حيث ذكرنا الفرق بين المصالحة و الاقتراض كان للقائل ان يقول بعدم الفرق بينهما، لانه الاقتراض أيضا كالبيع فلا فرق بينه و بين المصالحة و لذا اجاب عنه بقوله: (ان مغايرة الالتزام فى قبول البيع لالتزام ايجابه) اى

اعتبار عرفى فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمى بايعا و بعبارة اخرى كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري و إلا فكل منهما- فى الحقيقة- يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و يملك مال غيره بإزاء ماله

### و من جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه و قبوله

ذكره الشيخ فى المبسوط فى باب الخلع ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و الشيخ المقداد.

التزام المشتري لالتزام البائع (اعتبار عرفى) لا ان المغايرة حقيقة واقعية (ف) العرف يرى ان (كل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا) فان المشتري ينقل الثمن عوضا عن المثلث (و كل من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمى بايعا) فان البائع ينقل المثلث على ان يكون عوضه ثمننا من المشتري (و بعبارة اخرى كل من ملك ماله ل (غيره بعوض فهو البائع) بان ابتداء فى املاك ماله (و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري) بان ابتداء فى تملك مال الغير (و الالف) لا فرق فى الحقيقة بين البائع و المشتري اذ (كل منهما- فى الحقيقة-) و الواقع (يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و يملك مال غيره بإزاء ماله) «يملك» الاول بالتشديد، و الثانى بالتخفيف هذا تمام الكلام فى اشتراط تقديم الايجاب على القبول (و من جملة شروط العقد الموالاة) اى التابع من «والى» «يوالى» (بين ايجابه و قبوله) سواء كان القبول مقدا او مؤخرا (ذكره الشيخ فى المبسوط فى باب الخلع ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و الشيخ المقداد) ثم سائر الفقهاء.

قال الشهيد فى القواعد: الموالاة معتبرة فى العقد ونحوه وهى مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فقال بعض العامة لا يضر قول الزوج- بعد الايجاب- الحمد لله و الصلاة على رسول الله:

قبلت نكاحها و منه الفورية فى استتابة المرتد فيعتبر فى الحال و قيل الى ثلاثة ايام و منه السكوت فى اثناء الاذان فان كان كثيرا ابطله و منه السكوت الطويل فى اثناء القراءة او قراءة غيرها خلالها

---

(قال الشهيد فى القواعد: الموالاة معتبرة فى العقد ونحوه) اى نحو العقد كالصلاة و الاذان و غيرهما (وهى) اى الموالاة (مأخوذة) اى الاصل فى اعتبار هذا الشرط (من اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه) فى باب الاقرار قطعاً فلو قال له على الف ثم قال بعد ساعة الا عشرة، لم يقبل منه بخلاف ما لو اوصله، و فى سائر الابواب لغة، فانه يقبح بالخطيب ان يقول «ان الانسان لفى خسر» ثم يقول بعد ساعة «الا المؤمن» مثلاً (فقال بعض العامة لا يضر قول الزوج- بعد الايجاب-) من الزوجة، بان قالت الزوجة: «زوجتك نفسى بمائة» فيقول الزوج (الحمد لله و الصلاة على رسول الله: قبلت نكاحها) مثلاً فقد فصل بين الايجاب و القبول بالتحديد و التصليية (و منه) اى من نحو العقد المعتبر فيه الفورية فالضمير فى «منه» عائد الى قوله «و نحوه» (الفورية فى استتابة المرتد) الملى (فيعتبر) فى قبول توبته ان يتوب (فى الحال و قيل الى ثلاثة ايام) فلا يضر التأخير الى هذا المقدار (و منه السكوت فى اثناء الاذان فان كان كثيرا ابطله) كما لو قال «الله اكبر» ثم بعد ربع ساعة قال «اشهد ان لا اله الا الله» (و منه السكوت الطويل فى اثناء القراءة) فى الصلاة (او قراءة غيرها) اى غير القراءة كالتسبيحات الاربع و اذكار الركوع و السجود و نحوهما (خلالها) اى خلال القراءة.

و كذا التشهد و منه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع فان تعمدوا اونسوا حتى ركع فلا جمعة و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة و منه الموالاة فى التعريف بحيث لا ينسى انه تكرر و الموالاة فى سنة التعريف، فلورجع فى اثناء المدة استونفت ليتوالى انتهى.

اقول: حاصله ان الامر المتدرج شيئاً فشيئاً اذا كان له صورة اتصالية فى العرف

(و كذا) السكوت الطويل فى اثناء (التشهد) او السلام (و منه تحريم المأمومين فى) صلاة (الجمعة قبل الركوع) للامام (فان تعمدوا) التأخير (اونسوا) التكبير (حتى ركع) الامام (فلا جمعة) لهم (و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة) فلا يجوز تأخيرهم حتى فى اثناء الفاتحة (و منه الموالاة فى التعريف) للضالة سنة (بحيث لا ينسى انه تكرر) اى لا ينسى السامعين انه تكرر للتعريف السابق فانه اذا عرف متاعاً فى هذا اليوم، ثم عرفه بعد شهر لم يعرف الناس انه تكرر للتعريف السابق (و الموالاة فى سنة التعريف، فلورجع فى اثناء المدة) اى اثناء مدة السنة (استونفت) السنة (ليتوالى) فهناك فى تعريف اللقطة نوعان من الموالاة الاول الموالاة فى التعريف بحيث يكون التعريف الثانى بعد التعريف الاول، و هكذا الثانى الموالاة فى شهور السنة فلا يصح التعريف فى كل سنة شهراً بان يعرف اثنتى عشرة سنة و لو متفرقة فى ضمن سنوات، بل اللازم ان تكون الاشهر فى سنة واحدة و الى النوع الاول اشارة بقوله: و منه الموالاة و الى النوع الثانى اشارة بقوله و الموالاة الخ (انتهى) كلام الشهيد «ره».

(اقول: حاصله ان الامر المتدرج شيئاً فشيئاً اذا كان له صورة اتصالية فى العرف) بان كان للمجموع وحدة عرفية بحيث لا تتحقق تلك الوحدة

فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية فالعقد المركب من الايجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيقده تخلل الفصل المخل بهيئة الاتصالية و لذا الا يصدق المعاقدة اذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة او ازيد و انضباط ذلك انما يكون بالعرف فهو في كل امر بحسبه فيجوز الفصل بين الايجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما و يجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف

العرفية الا بالموالاة (فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع) اي الحكم المعلق ذلك الحكم على ذلك الامر المتدرج (من اعتبار صورته الاتصالية) بأن يسميه العرف بذلك الامر، مثلاً يسميه العرف «فاتحة الكتاب» التي هي موضوع للوجوب وهكذا في سائر الامور التي يعتبر فيها الموالات (فالعقد المركب من الايجاب و القبول القائم) ذلك العقد (بنفس المتعاقدين) انما هو (بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض) و عليه (فيقده تخلل الفصل المخل بهيئة الاتصالية) فلا يكون عقداً (و لذا لا يصدق المعاقدة اذا كان الفصل) بين الايجاب و القبول (مفرطاً في الطول كسنة او ازيد) او اقل من ذلك كشهر و نحوه (و انضباط ذلك) الفصل الطويل (انما يكون بالعرف) و حسب رؤيته انه هل تحقق الفصل الطويل أم لا (فهو) اي التوالى - و عدم الفصل الطويل (في كل امر بحسبه) اي بحسب ذلك الامر عند العرف (فيجوز الفصل بين الايجاب و القبول بما) اي بمقدار (لا-يجوز بين كلمات كل واحد منهما و يجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف) فمثلاً- بين «بعثك الكتاب بدرهم» و «قبلت ذلك» يجوز فصل عشر دقائق، بينما لا يجوز بين «بعثك» و «الكتاب» الا فصل دقيقتين، ثم لا يجوز الفصل بين «ب» و «ع» من «بعثك» الا مقدار عشر ثمانية، وهكذا



كما فى الاذان والقراءة وما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم فى المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود و بإطلاق كلمات الاصحاب فى اعتبار العقد فى اللزوم بل الملك.

اما لو كان منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد و اما جعل المأخذ فى ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه

---

(كما فى الاذان والقراءة) أيضا كذلك، لا يجوز الفصل بين فصول الاذان و آيات الحمد باكثر من المتعارف (و ما ذكره) الشهيد من اشتراط الموالاة فى العقد (حسن لو كان حكم الملك) اى الحكم بالملكية التابعة للمعاملة (و اللزوم) للمعاملة (فى المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا) فانه- على هذا- لو لا الموالاة لا يكون عقد، و لو لم يكن عقد، لم يتحقق الملكية و اللزوم (كما هو) اى اناطة الملك و اللزوم بصدق العقد (مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود و بإطلاق كلمات الاصحاب فى اعتبار العقد فى اللزوم) حتى انه لو لم يكن عقد لم يكن لزوم (بل) لم يكن (ملك) اصلا.

(اما لو كان) الملك و اللزوم (منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض) فى قوله سبحانه: احل الله البيع، و تجارة عن تراض منكم (فلا يضره صدق العقد) فلا يشترط بالتوالى، لان صدق العقد كان منوطا بالتوالى بين الايجاب و القبول، اما صدق التجارة فلا يناط بالموالاة فانه اذا قال البائع لزيد بعثك الكتاب بدينار فقال زيد- بعد سنة- قبلت، و اعطى البائع و اخذ المشتري، صدق انه تجارة عن تراض.

(و اما جعل) الشهيد (المأخذ فى ذلك) الموالاة (اعتبار الاتصال بين الاستثناء) اى المستثنى (و المستثنى منه) حيث قال- فى كلامه المتقدم

فلأنه منشأ الانتقال الى هذه القاعدة فان اكثر الكليات انما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص وقد صرح في القواعد- مكررا- بكون الاصل في هذه القاعدة كذا و يحتمل بعيدا ان يكون الوجه فيه ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حد الكذب الى الصدق فصدقه يتوقف عليه فلذا كان طول الفصل هناك اقبح

---

(و هي مأخوذة) الخ (فلأنه) اى باب الاستثناء (منشأ الانتقال الى هذه القاعدة) اى قاعدة الموالاة (فان اكثر الكليات) التى يعرفها الانسان (انما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص) مثلا الانتقال الى «رفع كل فاعل» و «كون الضرب كذا» و «قاعدة ارخميدس فى الماء» و ما اشبه انما كان من بعض الجزئيات- كما لا يخفى- (وقد صرح) الشهيد «ره» (فى القواعد مكررا- بكون الاصل فى هذه القاعدة كذا) و اراد بالاصل المنشأ فى الانتقال (و يتحمل بعيدا ان) لا (يكون) مراد الشهيد من قوله «و هي مأخوذة» مجرد الاول فى الالتفات، بل المراد الموضوع الذى يكون الاتصال فيه اقوى ف (الوجه فيه) اى فى كون الاستثناء اصلا، فى باب الموالاة (ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق) كالوصف و الحال و التميز و المفعول و ما اشبه (لخروج المستثنى منه معه) اى من وجود المستثنى - متصلا به- (عن حد الكذب الى الصدق) فانك اذا قلت «لم يأت احد» و سكت كنت كاذبا فلما الحقته ب «الازيد» صار الكلام صدقا، و هذا بخلاف سائر اللواحق فانك اذا قلت «ضربت زيدا» و لم تأت ب «فى الدار» او «بالعصا» او ما اشبه لم تك كاذبا (فصدقه) اى المستثنى منه (يتوقف عليه) اى على المستثنى (فلذا كان طول الفصل هناك) فى باب الاستثناء (اقبح

فصار اصلا فى اعتبار الموالاة بين اجزاء الكلام ثم تعدى منه الى سائر الامور المرتبطة بالكلام لفظا او معنى او من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقدا او قراءة او اذانا و نحو ذلك.

ثم فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد فان غاية ما يقال فى توجيهه ان المطلوب فى الاسلام الاستمرار فاذا انقطع فلا بد من اعادته فى اقرب الاوقات اما فى مسألة الجمعة

---

فصار) الاستثناء- من هذه الجهة- (اصلا فى اعتبار الموالاة بين اجزاء الكلام ثم تعدى منه الى سائر الامور المرتبطة بالكلام) ارتباطا (لفظا) كالعطف- خصوصا بدل الغلط مثلا- (او معنى) كالوصف (او من حيث صدق عنوان خاص عليه) اى على الارتباط (لكونه عقدا) فانه لا- ربط بين الايجاب و القبول لفظا و لا معنى، و انما صدق عنوان العقد متوقف على الموالاة (او قراءة) كالحمد، فان آياتها لا ترتبط بعضها ببعض لفظا او معنى، و انما صدق عنوان العقد متوقف على ذلك (او اذانا و نحو ذلك) من سائر الامور المنوطة صدقها على الاتصال.

(ثم) لا يخفى ان (فى تطبيق بعضها على ما ذكره) من الموالاة (خفاء كمسألة توبة المرتد) التى جعلها الشهيد «ره» من امثلة الموالاة اذ لا معنى للموالاة هنا (فان غاية ما يقال فى توجيهه) اى توجيه كون توبة المرتد مثلا للموالاة (ان المطلوب فى الاسلام الاستمرار فاذا انقطع) الاستمرار بسبب الارتداد (فلا بد من اعادته) اى الاسلام (فى اقرب الاوقات) و هو ان بعد الارتداد.

و (اما) الموالاة (فى المسألة) صلاة (الجمعة) التى ذكرها الشهيد «ره»

فلان هيئة الاجتماع فى جميع احوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة فيقدح الاخلال بها و للتأمل فى هذه الفروع و فى صحة تفريعها على الاصل المذكور مجال.

ثم ان المعيار فى الموالاتة موكول الى العرف كما فى الصلاة و القراءة و الاذان و نحوها و يظهر من رواية سهل الساعدى المتقدمة فى مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الايجاب و القبول بكلام اجنبى بناء على ما فهمه الجماعة من ان القبول

---

(فلان هيئة الاجتماع فى جميع احوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود) و سائر احوال الصلاة (مطلوبة) عند الشرع (فيقدح الاخلال بها) و لو بتأخير النية، او يقال ان الموالاتة بين تكبيرة الاحرام للمأموم و الامام مطلوبة لقوله عليه السلام: انما جعل الامام اماما ليؤتم به. فالفصل الطويل ضار (و) لا يخفى ان (للتأمل فى هذه الفروع) و انها يشترط فيها الموالاتة أم لا- حسب ما ذكره الشهيد «ره»- (و فى صحة تفريعها على الاصل المذكور) اى اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه (مجال) واسع لعدم ارتباط بين ذلك الاصل و هذه الفروع، ثم لا دليل على بعض هذه الفروع، و الله سبحانه العالم.

(ثم ان المعيار فى الموالاتة موكول الى العرف كما فى الصلاة) حيث يلزم التسابع فيها و الا- انمحت صورة الصلاة (و القراءة و الاذان و نحوها) كاعمال العمرة و غيرها (و يظهر من رواية سهل الساعدى المتقدمة) فى قصة النكاح (فى مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الايجاب و القبول بكلام اجنبى) عن النكاح (بناء على ما فهمه الجماعة) من الرواية و ان القبول كان مقدما لان القبول كان بعد الايجاب- مباشرة- كما هو محتمل، فقالوا (ان القبول

فيها قول ذلك الصحابي: زوجنيها و الايجاب قوله- ص- بعد فصل طويل:

زوجتكها بما معك من القرآن و لعل هذا موهن آخر للرواية فافهم.

### و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد

بان لا يكون معلقا على شيء باداء الشرط بان يقصد المتعاقد ان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء لا في غيرها و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلبي و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم قدس الله ارواحهم و عن فخر الدين في شرح الارشاد في باب الوكالة: ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية، و كذا غيرها من العقود لازمة كانت او جائزة.

فيها قول ذلك الصحابي: زوجنيها و الايجاب قوله) صلى الله عليه و آله و سلم (بعد فصل طويل زوجتكها بما معك من القرآن و) لكن (لعل) الفصل الطويل (هذا) الذي ذكرناه (موهن آخر) غير تقديم القبول (للرواية) المذكورة (فافهم) فقد عرفت انه لا دليل على اشتراط تقديم الايجاب، كما انه لا دليل على الموالاة الا العرف، و من المعلوم ان هذا المقدار من الفصل المذكور في الرواية لا يضر الموالاة (و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة) من العلماء (التنجيز في العقد بان لا يكون) العقد (معلقا على شيء باداء الشرط) كأن يقول البائع «بعتك ان جاء زيد» (بان يقصد المتعاقد ان انعقاد المعاملة في صورة ذلك الشيء) الذي ذكر بصورة الشرط (لا في غيرها) اي غير تلك الصورة (و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلبي و العلامة و جميع من تأخر عنه) اي عن العلامة (كالشهيدين و المحقق الثاني و غيرهم قدس الله ارواحهم و عن فخر الدين في شرح الارشاد في باب الوكالة ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية، و كذا غيرها من العقود لازمة كانت) كالبيع (او جائزة) كالهبة و قوله لا يصح ظاهرة عدم صحة تلك المعاملة المعلقة لا عدم صحة الشرط.

و عن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه، و ظاهر المسالك فى مسألة اشتراط التنجيز فى الوقف الاتفاق عليه و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد و ان لم يتعرض الاكثر فى هذا المقام و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاهد الاجماع فى اشتراط التنجيز فى الوكالة مع كونها من العقود الجائزة التى يكفى فيها كلما دل على الاذن حتى ان العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة ان يقول الموكل انت وكيلى فى يوم الجمعة فى ان تباع عبدى و على صحة قوله انت وكيلى و لا تباع عبدى الا فى يوم الجمعة مع كون المقصود

---

المعاملة المتعلقة لا عدم صحة الشرط.

(و عن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه، و ظاهر المسالك فى مسألة اشتراط التنجيز فى الوقف الاتفاق عليه) هذا (و الظاهر) لدى التبوع فى كلمات الفقهاء- (عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد و ان لم يتعرض الاكثر) لهذا الشرط (فى هذا المقام) اى مقام البيع فان تعرضهم له فى متفرقات الابواب دال على ان رأيهم عدم الانعقاد فى باب البيع (و يدل عليه) اى على عدم الخلاف (فحوى) و اولوية (فتاويهم و معاهد الاجماع فى اشتراط التنجيز فى الوكالة مع كونها من العقود الجائزة التى يكفى فيها كلما دل على الاذن) فاذا كان التنجيز شرط فى العقد الجائز كان شرطاً فى العقد اللازم بطريق اولى اذ العقد الجائز اخف مئونة من العقد اللازم (حتى ان العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة ان يقول الموكل) لمن يريد توكيله (انت وكيلى فى يوم الجمعة فى ان تباع عبدى) حيث علق الوكالة على يوم الجمعة (و على صحة قوله انت وكيلى و لا تباع عبدى الا فى يوم الجمعة) اذ الوكالة مطلقة، و انما ظرف العمل يوم الجمعة (مع كون المقصود)

ص: 301

واحدًا و فرّق بينهما جماعة- بعد الاعتراف بان هذا فى معنى التعليق- بان العقود لما كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و ان افادت فائدتها فاذا كان الامر كذلك عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع و بالجملة فلا شبهة فى اتقاقهم على الحكم

و اما الكلام فى وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة فى التذكرة انه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق قال الخامس من الشروط الجزم فلو

---

من العبارتين (واحدًا) هو البيع يوم الجمعة (و فرّق بينهما جماعة- بعد الاعتراف بان هذا فى معنى التعليق-) اى التسليم ان العبارتين كليهما تعليق لكن احدهما تعليق لفظى و الاخر تعليق معنوى (بان العقود لما كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط) التى من جملة عدم التعليق (و بطلت) العقود (فما خرج عنها) اى عن تلك الضوابط فلا ينافى اتحاد المعنى فى العبارتين صحة احدهما دون صحة الاخرى (و ان افادت فائدتها) اى و ان افادت «ما خرج» فائدة «ما اذا كانت مشمولة للضابطة» مثلاً «استأجرتك» و «متعتك» يفيدان معنى واحد و مع ذلك جاز الثانى- فى باب المتعة- دون الاول (فاذا كان الامر كذلك) مشروطا بعدم التعليق (عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع) الذى هو اهم بالنظر الى كونه عقدا لازما (و بالجملة فلا شبهة فى اتقاقهم على الحكم) الذى هو اشتراط التنجيز.

(و اما الكلام فى وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة فى التذكرة انه مناف للجزم حال الانشاء) و ما لا جزم فيه لا عقد (بل جعل) العلامة (الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق، قال الخامس من الشروط الجزم فلو

علق العقد على شرط لم يصح وان كان الشرط المشية للجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته و هو احد قولى الشافعى و اظهرهما عندهم الصحة لان هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لانه لو لم يشأ لم يشتر انتهى.

و تبعه على ذلك الشهيد فى قواعدہ قال لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا الا مع الجزم و الجزم ينافى التعليق، انتهى. و مقتضى ذلك ان المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول كما صرح به المحقق فى باب الطلاق و ذكر المحقق و الشهيد الثانى فى الجامع و المسالك فى مسألة-

---

علق العقد على شرط لم يصح و ان شرط المشية) اى مشية المشتري كما لو قال بعثك ان شئت، فقال المشتري: قبلت، و انما لم يصح و لو كان التعليق بالمشية (للجهل بثبوتها) اى مشية المشتري (حال العقد و) للجهل ب (بقائها) اى المشية (مدته) اى مدة العقد لاحتمال انه شاء اول العقد و لم يشأ اخر العقد بان تبدل رأيه فى الوسط (و هو) اى البطلان و ان علق على المشية (احد قولى الشافعى و اظهرهما عندهم) اى العامة (الصحة لان هذه)- المشية (صفة يقتضيها اطلاق العقد لانه لو لم يشأ) المشتري (لم يشتر) فالتعليق عليه غير ضار (انتهى) كلام العلامة.

(و تبعه على ذلك الشهيد فى قواعدہ قال لأن الانتقال) للعوذين انما هو (بحكم الرضا) اى ان الرضا يحكم، و يوجب الانتقال لقوله تعالى: «الا- ان تكون تجارة عن تراض منكم» (و لا رضا الا مع الجزم) اذ لو لا الجزم يكون التردد المنافى للرضا (و الجزم ينافى التعليق، انتهى. و مقتضى ذلك) الوجه و هو ان التعليق ينافى الجزم- المعتبر فى البيع- (ان المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول) اذ التعليق على امر معلوم الحصول لا ينافى الجزم (كما صرح به) اى بكون التعليق على المجهول محذور (المحقق فى باب الطلاق و ذكر المحقق و الشهيد الثانى فى الجامع و المسالك فى مسألة



ان كان لى فقد بعته ان التعليق انما ينافى الانشاء فى العقود و الايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

لكن الشهيد فى قواعده ذكر فى الكلام المتقدم ان الجزم ينافى التعليق لانه بعرضة عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد.

ثم قال فان قلت فعلى هذا يبطل قوله فى صورة انكار التوكيل

---

ان كان لى فقد بعته) هل يصح مثل هذا البيع أم لا؟ (ان التعليق انما ينافى الانشاء فى العقود و الايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول) كقدوم زيد لا مثل طلوع الشمس.

(لكن الشهيد فى قواعده ذكر فى الكلام المتقدم ان الجزم ينافى التعليق) مطلقا و لو بامر معلوم الحصول (لانه) اى الشرط (بعرضة) و معرضية (عدم الحصول) اذ الشرط فى نفسه له وجهان (و لو قدر) و فرض (العلم بحصوله كالتعليق على الوصف) الذى هو معلوم الحصول، و انما نقول بان فرض علمنا بحصول الشرط لا يكفى (لأن الاعتبار بجنس الشرط) و الشرط فى نفسه له وجهان - كما تقدم - (دون انواعه) التى منها معلوم الحصول (فاعتبر) الشهيد (المعنى العام) فى الشرط و هو كونه ذا وجهين: الحصول و عدم (دون خصوصيات الافراد) اى افراد الشرط كالفرد الذى نعلم انه يحصل مثلا-.

(ثم قال) الشهيد (فان قلت فعلى هذا) الذى ذكرتم من ان التعليق مبطل للعقد (يبطل قوله) اى العاقد (فى صورة انكار التوكيل) كما لو قيل لزيد المال مالك و انت وكلت خالدا فى بيعه، فينكر أن يكون المال ماله

ان كان لى فقد بعته.

قلت هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة

وينكر توكيله لخالد فى بيع ماله- و لا- يخفى ان قوله: «فى صورة انكار التوكيل» لا- ربط له بالاشكال و الجواب، و انما هو كالجملة المعترضة (ان كان لى فقد بعته) و حاصل الاشكال انه لو كان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه، لزم بطلان العقد بهذه الصورة بان قال البائع: «ان كان لى فقد بعته» فى حال كون المال له، مع بدهة صحة مثل هذا البيع، و عليه فالضار انما هو بعض انواع التعليق، لا كل تعليق اذ التعليق على ثلاثة اقسام:

الاول: التعليق على امر متوقع لا يعلم حصوله كقوله: «ان جاء زيد فقد بعتك».

الثانى: التعليق على امر يحصل قطعا و هما يعلمان بذلك فيقول: «ان جاء زيد بعتك هذا الشيء».

الثالث: ان يكون الشرط واقعا الآن نحو: «ان كان لى فقد بعتك»

و الشهيد يقول: ببطلان القسم الثانى أيضا، كبطلان القسم الاول و المستشكل يقول: و على هذا فاللازم بطلان القسم الثالث أيضا.

شيرازى، سيد محمد حسيني، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 5، ص: 305

(قلت) لا- تلازم بين بطلان القسم الثانى و بطلان القسم الثالث فان (هذا) القسم الثالث ليس تعليقا فى الواقع بل هو صورى محض، لانه (تعليق على واقع) اذ الملك واقع و ثابت للعاقده- و كلاهما يعلمان بذلك- (لا) على امر (متوقع الحصول) فى المستقبل بخلاف القسم الثانى فانه تعليق على امر مستقبل لكنهما يعلمان وقوعه، فحاله حال القسم الاول الذى هو تعليق على امر مستقبل لا يعلمان حصوله (فهو) اى قول البائع: «ان كان لى» (علة

ص: 305

للوقوع او مصاحب له لا معلق عليه الوقوع.

وكذا لو قال في صورة انكار وكالة التزويج- حيث تدعيه المرأة- ان كانت زوجتي فهي طالق انتهى كلامه وعلل العلامة في القواعد صحة «ان كان لي فقد بعته» بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا

---

للوقوع) اي وقع البيع فقوله: «إن كان لي فقد بعته» بمنزله «لما كان لي فقد بعته» فالعلة في البيع كونه للبائع (او مصاحب له) اي للوقوع فقوله «إن كان لي فقد بعته» بمنزله «هو لي فبعته» حيث ان العلة للبيع شيء آخر، وعلى كلا التقديرين (لا-) يكون قوله «ان كان لي» (معلق عليه الوقوع) فالبيع لم يعلق على شيء، اذ «الشرط» اما علة او مصاحب وليس «شرطا» واقعا بل هو صورة الشرط فقط وعليه ففرق بين القسم الثاني الذي هو شرط واقعا وبين القسم الثالث الذي هو شرط صورة فقط فلا يلزم من بطلان الثاني بطلان الثالث.

(وكذا) لا تلازم بين بطلان التعليق و بطلان صورة التعليق في مسألة الطلاق كما (لو قال) الرجل في صورة ما اذا نسب إليه انه وكلّ خالدا في تزويج هند- مثلا- فقال (في صورة انكار وكالة التزويج) و انكار التزويج- (حيث تدعيه المرأة-) فيما اذا جاءت الى الحاكم وقالت: ان فلانا وكل في زواجي لنفسه وقد زوجت منه فقال الرجل (إن كانت زوجتي فهي طالق) فان الطلاق يقع لو كانت زوجته- واقعا- اذ ليست الزوجية امرا متوقعا في المستقبل بل انما هو امر حاصل واقع (انتهى كلامه) اي كلام الشهيد «ره» (وعللّ العلامة في القواعد صحة «إن كان لي فقد بعته») المعلق على شرط وقد كان مقتضى القاعدة بطلانه- لما عرفت من لزوم التنجيز في العقد- (بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا) لانه شرط صوري- وليس

و كذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكاً في البيع و لا وقوفه انتهى.

و تفصيل الكلام ان المعلق عليه اما ان يكون معلوم التحقق، و اما ان يكون محتمل التحقق و على الوجهين فاما ان يكون تحققه المعلوم او المحتمل في الحال او المستقبل و على التقادير فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححاً للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه شرعاً او مما يصح اخراجه عن الملك كغير أم الولد و غير الموقوف عليه و نحوه و

---

شرطاً حقيقياً.

(و كذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكاً في البيع) و انه هل وقع أم لا؟ بخلاف الشرط الذي لا يعلم هل يكون أم لا؟ كما لو قال بعثك ان جاء زيد (و لا) شكاً في (وقوعه) اذ الشرط المحقق لا يجعل العقد ذا احتمالين، احتمال الوقوع و احتمال العدم (انتهى) كلام العلامة.

(و تفصيل الكلام) في باب الشرط (ان المعلق عليه اما ان يكون معلوم التحقق، و اما ان يكون محتمل التحقق و على الوجهين فاما ان يكون تحققه المعلوم او تحققه (المحتمل في الحال او المستقبل) فمعلوم التحقق في الحال نحو «ان كان لي» و في المستقبل نحو «ان طلعت الشمس» و محتمل التحقق في الحال نحو «ان كان زيد جائياً» و في المستقبل نحو «ان جاء زيد» (و على التقادير) الاربعة (فاما ان يكون الشرط مصححاً للعقد) بحيث لو لا هذا الشرط لم يصح العقد (ككون) الشرط كون (الشيء مما- يصح تملكه شرعاً) كقوله «ان لم يكن خنزيراً فقد بعته» (او مما يصح اخراجه عن الملك) بان كان ملكاً لكنه لا يصح اخراجه عن الملك (كغير أم الولد و غير الموقوف عليه و نحوه) كغير منذور التصديق بعينه كما لو قال «ان لم يكن وقفاً فقد بعته» و الفرق ان «الخنزير» لا يصح ملكه و الوقف الخاص لا يصح اخراجه عن الملك مع انه بذاته ملك (و

ص: 307

كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا او ممن يجوز العقد معه بان يكون بالغاً. و اما ان لا يكون كذلك.

ثم التعليق اما مصرح به، و اما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة وقوله فى القرض و الهبة خذ هذا بعوضه او خذ بلا عوض يوم الجمعة فان التمليك معلق على تحقق الجمعة فى الحال او فى الاستقبال و لهذا احتتمل العلامة فى النهاية و ولده فى الايضاح بطلان بيع الوارث

---

كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا) على القول بعدم ملك العبد، فيقول: «ان لم تكن عبدا فقد بعتك» فان القلم الذي يريد بيعه مثلا- ملك و قابل للاخراج عن الملك لكن المشتري ليس قابلا للانتقال إليه (او ممن يجوز العقد معه) بان يصح تملكه لكنه لا يجوز العقد معه (بان يكون بالغاً) فان غير البالغ لا يصح العقد معه و ان صح تملكه، فانه ليس كالعبد.

(و اما ان لا يكون كذلك) اى ليس شرطا مصححا للعقد (ثم التعليق اما مصرح به) بان صاغه فى صورة الشرط كما يقول «ان كان اليوم جمعة فقد بعتك».

(و اما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة) فان يوم الجمعة شرط فى هذه الصورة (وقوله فى) بابى (القرض و الهبة «خذ هذا بعوضه») يوم الجمعة (او خذ بلا عوض يوم الجمعة فان) يوم الجمعة شرط اذ (التمليك معلق على تحقق الجمعة فى الحال او فى الاستقبال) فيما كانت صورته الشرطية «ان كان هذا اليوم الجمعة» او «ان جاء يوم الجمعة» (و لهذا احتتمل العلامة فى النهاية و ولده فى الايضاح بطلان بيع الوارث

لمال موروثه بظن موته معللا بان العقد و إن كان منجزا فى الصورة الا انه معلق و التقدير ان مات مورثى فقد بعثك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر انه غير قادح، وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و الصيمرى، و حكى أيضا عن المبسوط و الايضاح فى مسألة ما لو قال «ان كان لى فقد بعته» بل لم يوجد فى ذلك خلاف صريح و لذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا

و ما كان معلوم الحصول فى المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة فالظاهر انه داخل فى معقد اتقاقهم على

---

لمال موروثه بظن موته معللا) البطلان (بان العقد و إن كان منجزا فى الصورة) لانه يقول «بعثك هذه الدار التى هى لابى» (الا انه معلق) فى التقدير و الواقع، (و التقدير ان مات مورثى فقد بعثك) فقول المصنف «و لذا» بيان ان الشرط قد يكون تقديريا، و ان لم يكن صوريا، و ان حاله كحال الشرط الصورى (فما كان منها) اى من اقسام الشرط (معلوم الحصول حين العقد فالظاهر انه غير قادح، وفاقا لمن عرفت كلامه) من الفقهاء (كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و الصيمرى، و حكى أيضا عن المبسوط و الايضاح فى مسألة ما لو قال «ان كان لى فقد بعته») فى حال كون المال له واقعا (بل لم يوجد فى ذلك) اى صحة مثل هذا التعليق (خلاف صريح و لذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه) اى فى التعليق على الشرط المعلوم حصوله (صريحا و ما كان معلوم الحصول فى المستقبل) مثل ان طلعت الشمس (و هو المعبر عنه) فى كلام الفقهاء (بالصفة) لان اول هذا الشرط الى الوصف اذ معنى «ان طلعت الشمس فقد بعثك» «بعثك وقت طلوع الشمس» فوقت الطلوع صفة للبيع (فالظاهر انه داخل فى معقد اتقاقهم على

عدم الجواز وإن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فانه قال اذا قال الواقف «اذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف لانه مثل البيع والهبة وعندنا مثل العتق أيضا انتهى فان ذيله يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية.

نعم مماثلته للعتق مختصة بهم و ما كان منها مشكوك الحصول و ليس صحة العقد معلقة فى الواقع عليه

---

عدم الجواز، وإن كان تعليلهم للمنع) و عدم الجواز (باشتراط الجزم لا يجرى فيه) اذ الشرط هنا مجزوم به فانهما يعلمان طلوع الشمس -مثلا- (كما اعترف به) اى بكون الوصف مجزوما به، و ليس كالشرط المجهول حصوله (الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانى فيما حكى عنه بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه) اى عدم الجواز (مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة) أيضا (فانه قال اذا قال الواقف «اذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم يصح الوقف بلا خلاف لانه مثل البيع والهبة) فكما لا يصح الشرط فيهما كذلك لا يصح فى الوقف (و عندنا) معاشر الشيعة (مثل العتق أيضا) لا يصح ان يقول «اذا جاء رأس الشهر اعتقتك» بخلافه عندهم فان العامة يصحون العتق المشروط (انتهى) كلام المبسوط (فان ذيله) و هو قوله «و عندنا مثل العتق» (يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية) بل العامة أيضا قائلون ببطلان مثل هذا الشرط.

(نعم مماثلة) اى الوقف (للعق مختص بهم) هذا تمام الكلام فى معلوم الحصول فى الحال، و فى المستقبل (و ما كان منها) اى من الشرائط (مشكوك الحصول و) الحال انه (ليس صحة العقد معلقة عليه فى الواقع) اى ليس من قبيل

كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم و ما كان صحة العقد معلقة عليه كالمثلة المتقدمة فظاهر اطلاق كلامهم يشملهم الا ان الشيخ في المبسوط حكى فى مسألة «إن كان لى فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصحة و ان الشرط لا يضره مستدلاً بانه لم يشترط الا ما يقضيه اطلاق العقد لانه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل اذا كان اذن له فى الشراء فاذا اقتضاه

---

قابلية المبيع للملك، او قابليته للاخراج عن الملك او ما اشبه مما تقدم (كقدوم الحاج) فان صحة العقد ليس معلقاً على قدوم الحاج و انما هو شرط يشترط المتعاملان فيما لو قال بعتك اذا جاء الحاج (فهو المتيقن من معقد اتفاقهم) بالبطلان (و ما كان) من الشروط (صحة العقد معلقة عليه) فى الواقع (كالمثلة المتقدمة) من الملكية، و الاخراج عن الملك، و قابلية المشتري للملك و قابليته للعقد (فظاهر اطلاق كلامهم) بعدم صحة التعليق (يشمله) فاذا قال «إن كان هذا شاة لا خنزيراً» او «اذا كان طلقاً لا وقفاً» او «اذا كنت ايها المشتري حراً لا عبداً» او «اذا كنت ايها المشتري بالغاً لا مراهقاً»- مثلاً- فقد بعتك، لم يصح البيع و ان كان الشرط شرطاً فى الواقع (الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة «إن كان لى فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصحة) مع انه تعليق على شرط صحة العقد المتوقع عليه (و) قال (ان- الشرط لا يضره) اى لا يضرّ العقد (مستدلاً بانه لم يشترط الا ما يقضيه اطلاق العقد) فانه اذا اطلق العقد، و قال «بعتك» كان معناه «ان كان لى هذا المبيع» (لانه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل) اى يصح البيع للوكيل من قبل الموكل (اذا كان اذن) الموكل (له) اى للوكيل (فى الشراء) اى فى البيع (فاذا اقتضاه) اى هذا الشرط



الاطلاق لم يضر اظهاره وشرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن او تسليم المثلث او ما اشبه ذلك انتهى و هذا الكلام و ان حكاه عن بعض الناس الا ان الظاهر ارتضاؤه له و حاصله انه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع و تعليقه ببعض مقدماته كالاتي-لزام ببعض غاياته فكما لا يضر الزام بما يقتضي العقد التزامه كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه و مقيدا به و هذا الوجه و ان لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد

(الاطلاق) للعقد (لم يضر اظهاره) لفظا (و شرطه) في ضمن العقد (كما لو شرط في البيع تسليم الثمن او تسليم المثلث او ما اشبه ذلك) مما يقتضيه الاطلاق (انتهى) كلام الشيخ (و هذا الكلام و ان حكاه) الشيخ (عن بعض الناس الا ان الظاهر) من سكوته عليه و عدم مناقشته له (ارتضاؤه له و حاصله انه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه) كالقبض او فعلية التسليم او ما اشبه (كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو) اي العقد (معلق عليه في الواقع) نحو ان كان لى فقد بعته (و تعليقه) اي العقد (ببعض مقدماته) اي مقدمات العقد ككون المال للبائع (كاللزام ببعض غاياته) مثل الزام المشتري بان يدفع الثمن حالا، قوله «و تعليقه» مبتدأ خبره «كاللزام» (فكما لا يضر الالتزام) كاللزام البائع للمشتري تسليم الثمن حالا - مثلا - (بما يقتضي) اطلاق (العقد التزامه) اذ لو لا هذا الشرط في اللفظ، اقتضاه العقد في نفسه (كذلك) لا يضر (التعليق بما كان الاطلاق) للعقد (معلقا عليه) في الواقع (و مقيدا به) في الحقيقة (و هذا الوجه) الذي ذكره الشيخ لتصحيح التعليق (و ان لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد) اذ ظاهر الشرط انه شرط للانشاء و الحال انه شرط للأثر فكون المثلث مال البائع في قوله

لان المعلق على ذلك الشرط- فى الواقع-: هو ترتب الاثر الشرعى على ذلك العقد دون إنشاء مدلول الكلام الّذى هو وظيفة المتكلم فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء و المعلق على شىء ء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء ء بل و لا منجزا بل هو خارج عن مدلول الكلام الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له كاف فى عدم الظن بتحقق الاجماع عليه مع ان ظاهر هذا التوجيه

---

«إن كان لى فقد بعثك» شرط لترتب الاثر، انه شرط للانشاء، فان الاثر لا يحصل الا بكون المثلث مال البائع، اما الانشاء فهو يحصل ولو لم يكن المثلث مال البائع (لان المعلق على ذلك الشرط) نحو «إن كان لى» (- فى الواقع-:

هو ترتب الاثر الشرعى على ذلك العقد) فلولا الشرط لم يحصل نقل و انتقال (دون إنشاء مدلول الكلام) اى مدلول «بعث» (الّذى) اى الانشاء الّذى (هو وظيفة المتكلم) و ليس من وظائف الشارع، فالانشاء وظيفة المتكلم و ترتيب الاثر وظيفة الشارع (فالمعلق فى كلام المتكلم) الّذى هو الانشاء (غير معلق فى الواقع) و الحقيقة (على شىء ء) اذ الانشاء للبيع ليس معلقا على كون المال للمتكلم (و المعلق على شىء ء) و هو الاثر شرعى الترتب على الانشاء (ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء ء) لان البائع لم يعلق الاثر الشرعى، و انما علق انشائه (بل و لا منجزا) فى كلامه، فان الاثر الشرعى وظيفة الشارع فلم يعلقه البائع و لم ينجزه، اذ هو خارج عن عمله و وظيفة (بل هو) اى الاثر (خارج عن مدلول الكلام) لانه امر واقعى (الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له) اى لكلام هذا القائل بصحة الشرط (كاف فى عدم الظن بتحقق الاجماع عليه) فلا اجماع على بطلان التعليق و كيف ينعقد الاجماع مع مخالفة مثل الشيخ (مع ان ظاهر هذا التوجيه) الّذى وجهه الشيخ به كلام القائل بجواز التعليق

لعدم قدح التعليق يدل على ان محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم و يؤيد ذلك ان الشهيد فى قواعد جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البائع بعثك ان قبلت و يظهر منه ذلك أيضا فى اواخر القواعد.

ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسألة هو الاجماع و ربّما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق

---

(لعدم قدح التعليق) بالمعاملة (يدل على ان محل الكلام) فى جواز التعليق و عدمه، انما هو (فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه) اما اذا علم وجود المعلق عليه فلا بأس بالتعليق (فلا وجه لتوهم اختصاصه) اى اختصاص محلّ الكلام (بصورة العلم) بان يقال ان صورة الجهل بوجود الشرط مفروغ عنها فى كونه موجبا للبطلان، و ان محل الخلاف صورة العلم بوجود الشرط، و الحاصل ان محل الكلام صورة الجهل، اما صورة العلم فلا كلام فى صحته (و يؤيد ذلك) الذي ذكرنا من عدم الاجماع فى التعليق على شرط معلوم الحصول (ان الشهيد فى قواعد جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه) واقعا (كقول البائع بعثك ان قبلت) فان القبول شرط فى انعقاد البيع، فاشترط البائع له لا بأس به (و يظهر منه) اى من الشهيد (ذلك) الجواز و الصحة (أيضا فى اواخر القواعد) فلا اجماع فى المسألة حتى يستند إليه فى بطلان التعليق فى صورة العلم.

ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسألة) اى مسألة عدم صحة التعليق (هو الاجماع) و اذا لم يكن اجماع فلا مستند لعدم الجواز (و ربّما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التنجيز) فى العقد و بطلان التعليق (هو عدم قابلية الانشاء للتعليق) لان الانشاء ايجاد و الايجاد بين وجود و عدم، اما ان يكون معلقا

و بطلانه واضح لان المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه و ان الكلام فى انه كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله هذا لك ان جاء زيد و خذ المال قرضا او قراضا اذا اخذته من فلان و نحو ذلك فلا ريب فى انه امر متصور واقع فى العرف و الشرع كثيرا فى الا و امر و المعاملات من العقود و الايقاعات و يتلو هذا الوجه فى الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية

فلا- يعقل (و بطلانه) اى بطلان «ان الانشاء ليس قابلا للتعليق» (واضح) لدى التأمل (لان المراد بالانشاء) الذى قلتم بانه لا يعقل فيه التعليق (ان كان هو مدلول الكلام) و معناه (فالتعليق غير متصور فيه) اى المدلول يوجد بوجود الكلام فليس له حاله معلقه (الا ان الكلام) اى كلامنا «فى صحة تعليق الانشاء» (ليس فيه) اى ليس فى الانشاء الذى بمعنى مدلول الكلام (و ان الكلام) فى عدم صحة تعليق الانشاء- على ما ذكره القائل بالبطلان- (فى انه كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير) مثلا سواء جاء زيد أم لا (فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون) تقدير (آخر) أم لا يصح هذا النحو من التعليق (كقوله هذا لك ان جاء زيد و خذ المال قرضا) فى باب القرض (او قراضا) فى باب المضاربة (اذا اخذته من فلان و نحو ذلك) من الشرائط (فلا ريب فى انه) هذا النحو من التعليق (امر متصور واقع فى العرف و الشرع كثيرا فى الاوامر) كان يقال اضف زيدا ان احترمك و كقوله سبحانه:

«كاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا» (و المعاملات من العقود و الايقاعات) كقولك بعثك ان جاء زيد، و زوجته طالق ان فعل كذا، فتبين ان قول القائل «لا يعقل التعليق فى الانشاء» ليس بتمام «و يتلو هذا الوجه» اى عدم امكان التعليق فى الانشاء (فى الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية

العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك وفيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة واللزوم فى مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لان دليل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم كاف فى اثبات ذلك ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا مفاد اوفوا بالعهد فى ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترتب تحقق المعلق

العقد) للاثر الخاص كسببية عقد البيع الانتقال الملك و سببية النكاح للزوجية و كذلك فى الايقاعات كسببية الطلاق للفرقة بل و فى الاحكام كسببية الزنا للجلد- مثلا- (ترتب مسببه عليه) فى (حال وقوعه) اى وقوع السبب (فتعليق اثره) اى اثر العقد (بشرط من المتعاقدين) كتعليق اثر البيع بشرط طلوع الشمس او قدوم زيد (مخالف لذلك) الاقتضاء و التلازم بين السبب و المسبب (وفيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة) للعقد (و) ادلة (اللزوم فى مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) حتى يقال بان ظاهر اوفوا لزوم الوفاء بعد العقد مباشرة، مما لازمه كون الاثر بعد العقد متصلا بالعقد (لان دليل حلية البيع) نحو احل الله البيع (و تسلط الناس على اموالهم) فى الحديث الوارد بان الناس مسلطون على اموالهم (كاف فى اثبات ذلك) التعليق، اذ حلية البيع ظاهرها الحلية كيف ما اوقعاه و سلطنة الناس تقتضى صحة ايقاع المعاملة و لو معلقة بالشرط لان الناس مسلطون على مالهم يبيعونه بلا شرط او بشرط (ان العقد) كما فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله) ان مطلقا او معلقا فلا دلالة ل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على كون العقد سبب لوقوع الاثر بعده مباشرة (فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا) مثل (مفاد اوفوا بالعهد فى ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترتب تحقق المعلق

عليه فى تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل انه ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التى لا يعقل خلافها و ان اريد به الاثر الشرعى و هو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك غير المعلق و ان كان معلقا فآثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا

---

عليه) اى الشرط (فى تحقق المعلق) اى العهد (لا يوجب عدم الوفاء بالعهد) فلو قال اعاهدك عدم الحرب من اؤل السنة الآتية كان مقتضى العهد ذلك لا ان مقتضاه عدم الحرب بعد التلفظ بالعهد مباشرة و كذلك فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و الحاصل انه) اى المستشكل (ان اريد بالمسبب) للعقد الذى قال بانه يلزم اتصاله بالعقد الذى هو سبب (هو مدلول العقد) اللفظى (فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التى لا يعقل خلافها) اذ مدلول كل شىء لا يتخلف عنه، لكن هذا الكلام لا ربط له بما نحن فيه الذى هو عبارة عن صحة العقد المعلق و عدم صحته (و ان اريد به) اى بالمسبب (الاثر الشرعى و هو ثبوت الملكية) بان يكون مراده ان الملك يثبت بمجرد التلفظ بلفظ العقد فلا يصح تأخير الملكية بسبب الشرط و التعليق (فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة) الحالية، حتى يقال بانه كيف تخلف الملك عن العقد؟ (بل هو) اى الاثر (مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك غير المعلق) فيكون الاثر بعد اجراء لفظ العقد (و ان كان) البيع (معلقا فآثره الملكية المعلقة) انما يحصل بعد ذلك الشرط (مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا) فالعقد ليس سببا تاما بل السبب العقد و امور اخر، فاذا كان

مع ان ما ذكره لا- يجرى في مثل قوله بعثك ان شئت او ان قبلت فقال قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه مع ان هذا لا يجرى في الشرط المشكوك المتحقق في الحال فان العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفا مع ان ما ذكره لا يجرى في غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنه

بعض السبب متأخرا- كالشرط- يكون المسبب الذي هو الملك متأخرا عنهما و من جملة تخلف الملك عن العقد الفضولى على القول بالنقل و الوصية بالنسبة الى ملك الموصى له، و الوقف الخاص بالنسبة الى البطون و غيرها (مع ان ما ذكره) من لزوم التخلف في ما اذا كان البيع معلقا و التخلف غير ممكن فالتعليق غير صحيح (لا- يجرى في مثل قوله) اى قول البائع (بعثك ان شئت) بصيغة الخطاب (او ان قبلت) او ان رضيت او ما اشبه (فقال) المشتري (قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه) اى عن العقد، فلا بطلان، مع انه تعليق فالكلية التى ادعاها المستدل من ان كل شرط تعليق و التعليق مستلزم للتخلف الباطل، غير تام اذ ليس كل تعليق مستلزم للتخلف (مع ان هذا) الاستدلال الذي ذكره لبطلان الشرط من انه مستلزم للتخلف (لا يجرى في الشرط المشكوك المتحقق في الحال) فيما كان في الواقع موجودا كما لو قال بعثك ان كان زيد في الدار (فان العقد حينئذ) اى حين شرط الشرط المشكوك (يكون مراعى) بوجوده في الخارج و عدمه- مراعى ظاهريا- (لا موقوفا) و متوقفا على شرط استقبالي (مع ان ما ذكره) من ان التخلف غير جائز فلا يصح التعليق (لا يجرى في غيره) اى غير البيع (من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنها) فهذا الاستدلال لو تم فانما يتم في البيع لا في مثل

كما لا يخفى و ليس الكلام فى خصوص البيع و ليس هذا الشرط فى كل عقد دليل على حدة ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك فى ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن و ليس الا العقد العارى عن التعليق اذ فيه ان اطلاق الادلة مثل «حلية البيع» و «تسلط الناس على اموالهم» و «حل التجارة عن تراض»

الوقف و الوصية و نحوهما (كما لا يخفى) فاذا صح تأخير المسبب عن السبب فى تلك العقود فى الجملة فلم لم يجز التأخير فيها بسبب الشرط (و ليس الكلام) فى انه هل يجوز الشرط أم لا (فى خصوص البيع) فمن يريد منع الشرط فى العقد يلزم عليه ان يأتى بدليل جار فى البيع و غير البيع لا بدليل جار فى البيع دون ما سواه (و) الحال انه (ليس على هذا الشرط) اى شرط التنجيز فى العقود، و بطلان التعليق (فى كل عقد دليل على حده) حتى يقال بانه نشترط فى البيع التنجيز بهذا الدليل - اى عدم امكان تخلف المسبب عن السبب و نشترط فى سائر العقود التنجيز بدليل آخر.

ثم لا يخفى ان قوله «و ليس الكلام» و «ليس على هذا الشرط» من تنمة قوله «مع ان ما ذكره لا يجرى» (ثم الاضعف) فى كونه دليلا على اشتراط التنجيز فى البيع (من الوجه المتقدم) الذى بينه بقوله «و يتلو هذا الوجه فى الضعف ما قيل» (التمسك فى ذلك) اى فى اشتراط التنجيز فى العقود (بتوقيفية الاسباب الشرعية الموجبة) تلك التوقيفية (لوجوب الاقتصار فيها) اى فى الاسباب الشرعية (على المتيقن) كونه سببا (و ليس) ذلك المتيقن (الا العقد العارى عن التعليق) فاللازم الاقتصار عليه (اذ فيه ان اطلاق الادلة مثل «حلية البيع» و «تسلط الناس على اموالهم» و «حل التجارة عن تراض»



و«وجوب الوفاء بالعقود» و ادلة سائر العقود كاف في التوقيف و بالجمله فاثبات هذا الشرط في العقود مع عموم ادلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققا او منقولاً مشكل.

ثم ان القادح هو تعليق الانشاء و اما اذا إنشاء من غير تعليق صح العقد و إن كان المنشئ مترددا في ترتب الاثر

---

و«وجوب الوفاء بالعقود» و ادلة سائر العقود) كالدليل الدال على صحة الرهن و المزارعة و المساقاة و المضاربة و ما اشبهه (كاف في التوقيف) اى فى ان الشارع اجاز ما يسمى بهذه العقود سواء كان المسمى بدون التعليق او مع التعليق.

و الحاصل انا نسلم توقيفية العقود لكن نقول ان الاطلاقات شاملة للعقد المعلق أيضا فلا وجه لقولكم بان القدر المتيقن العقد بدون التعليق اذ القدر المتيقن انما يلزم فى صورة الاجمال فى الدليل لا فى صورة الاطلاق (و بالجمله فاثبات هذا الشرط) اى شرط التنجيز (فى العقود مع عموم ادلتها) اى ادلة العقود، العموم الشامل للمعلق أيضا كشموله للمنجز (و وقوع كثير منها) اى من العقود (فى العرف على وجه التعليق) مما يسبب كون الاطلاقات الشرعية- المنزلة على الامور العرفية، لانهم المخاطبون بتلك الاطلاقات- شاملة للعقود ذوات التعليق (بغير الاجماع محققا او منقولاً مشكل) فالمستند منحصر فى الاجماع، و الاجماع مناقش فيه كبرى و صغرى لكونه- بعد وجوده- محتمل الاستناد كما فى قرر الاصول من عدم حجية الاجماع المحتمل الاستناد.

(ثم ان القادح) بالعقد- على القول بقدح التعليق- (هو تعليق الانشاء) كان يقول «بعثك ان جاء زيد» (و اما اذا إنشاء من غير تعليق صح العقد و إن كان المنشئ) بصيغة اسم الفاعل (مترددا فى ترتب الاثر

عليه شرعا او عرفا كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم ان المال له او ان المبيع مما يتمول او ان المشتري راض حين الايجاب أم لا؟ او غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا او شرعا بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه اذا تحقق القصد الى التملك العرفي.

وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد.

نعم ربما يشكل الامر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية

---

عليه شرعا او عرفا) بان لم يعلم هل ان الشارع يصحح هذا البيع أم لا؟ (كمن ينشئ البيع) على مال خاص (و هو لا يعلم ان المال له او ان المبيع ما يتمول) او ليس مما يتمول عرفا كبيع الهرة مثلا (او ان المشتري راض حين الايجاب أم لا) ليس براض بناء على اشتراط رضائتهما من اول الايجاب الى اخر القبول (او غير ذلك) من الشرط (مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا او شرعا) اذ الشروط العرفية أيضا مما امضاها الشارع غالبا (بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه) اى على العقد (اذا تحقق القصد الى التملك العرفي) اذ مقومات البيع حينئذ موجودة و الاعتقاد لا يضر فان المعاملات ليست من الامور الاعتقادية.

(وقد صرح بما ذكرنا) من عدم قدح الاعتقاد بعدم ترتب الاثر (بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن) الزعم المذكور (سببا لارتفاع القصد) فالضار حينئذ عدم القصد لا زعم الفساد.

(نعم ربما يشكل الامر في فقد الشروط المقومة ك) اعتقاد (عدم الزوجية

او الشك فيها فى إنشاء الطلاق فانه لا يتحقق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية.

وكذا الرقية فى العتق وحينئذ فاذا مست الحاجة الى شيء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من ابرازه بصورة التنجيز وان كان فى الواقع معلقاً او يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه

---

او الشك فيها) هل انها زوجة أم لا؟ (فى إنشاء الطلاق) وانما نقول بفقد الشرط المقدم (فانه لا يتحقق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية) فمع الشك يفقد القصد المقدم فكيف بما اذا قطع بانها ليست زوجة.

(وكذا الرقية فى العتق) فانه اذا لم يعلم انه عبده سواء شك فى ذلك او قطع بانه ليس عبده لا يتمكن من القصد الى إنشاء الحرية (و حينئذ) اى حين اذ لا يمكن الانشاء فى الطلاق و العتق مع الشك (فاذا مست الحاجة الى شيء من ذلك) الطلاق او العتق او نحوهما (للاحتياط) كما لو تزوج امرأة ثم شك فى انها رضية معه أم لا فأراد طلاقها حتى يتخلص من الشبهة و تتمكن المرأة من الزواج بلا شبهة و كذلك لو نذر عتق عبد ثم شك فى انه عبده أم لا- و اراد الاحتياط بالعتق (و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء) تعليقا (على ما هو شرط فيه) اى على الزوجية العبدية- فى المثالين- فانهما شرطان فى العتق و الطلاق (فلا بد من ابرازه) اى الطلاق و العتق (بصورة التنجيز) بان يقول فلان طالق و فلان حرّ (وان كان فى الواقع معلقاً) فان الطلاق و العتق معلقان فى الواقع على الزوجية و العبدية له (او يوكل غيره الجاهل بالحال) اى الجاهل بكون الطلاق و العتق للاحتياط، و انما يشرط الجهل حتى يتمكن من قصد الانشاء (بايقاعه) اى لايقاع الطلاق و العتق

و لا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لان فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الاذن الا ان ظاهر الشهيد فى القواعد الجزم بالبطان فيما لو زوج امرأة يشك فى انها محرمة عليه فظهر حلها و علل ذلك بعدم الجزم حال العقد قال و كذا الايقاعات كما لو خالغ امرأة او طلقها و هو شاك فى زوجيتها او ولى نائب الامام قاضيا لا يعلم اهليته و ان ظهر اهلا ثم قال و يخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته فبان

(و لا- يقدح فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل) اى لفعل الطلاق و العتق، اذ لو لم يكن الموكل يملك مورد الوكالة كانت الوكالة باطلة كما لو و كله زيد لبيع دار ليست له، و انما قلنا لا يقدح (لان فساد الوكالة بالتعليق) الواقعى- و ان لم يأت بالشرط فى اللفظ- (لا يوجب ارتفاع الاذن) و من المعلوم ان الاذن كاف فى صحة الطلاق و العتق اذا كانت زوجة الموكل و كان عبدا له (الا ان ظاهر الشهيد فى القواعد الجزم بالبطان) فى صورة التعليق (فيما لو زوج امرأة يشك فى انها محرمة عليه) لرضاع او نسب او مصاهرة، أم لا؟ (فظهرت)، تلك المرأة بعد الزواج (حلها و علل ذلك) البطان للزواج (بعدم الجزم حال العقد) ثم (قال) الشهيد (و كذا الايقاعات) باطلة اذا لم يكن هناك جزم- و هذا الكلام من الشهيد مناف لما ذكرناه من صحة الطلاق و العتق و ان لم يكن جازما- قال (كما لو خالغ امرأة او طلقها و هو شاك فى زوجيتها) له (او ولى نائب الامام قاضيا لا يعلم اهليته) اذ تولية القاضى من الايقاعات فمع الشك فى اهليته لا يصح توليته (و ان ظهر) بعد ذلك كونه (اهلا) للقضاء (ثم قال) الشهيد (و يخرج من هذا) الذى ذكرناه من عدم صحة العقد و الايقاع مع الشك (بيع مال مورثه لظنه حياته) و ان البيع فضولى بالنسبة الى البائع (فبان) انه حين

ميتا لان الجزم هنا حاصل لكن خصوصية البائع غير معلومة و ان قيل بالبطلان امكن لعدم القصد الى نقل ملكه و كذا لو زوج امة ابيه فظهر ميتا انتهى.

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بامكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق فافهم و قال في موضع اخر و لو طلق بحضور خنثيين

---

البيع كان (ميتا) و انما نقول بصحة البيع مع ان البائع لا يجزم بكون المال لنفسه (لان الجزم) بالبيع (هنا حاصل لكن خصوصية البائع) و انه المورث او الوارث (غير معلومة و ان قيل) هنا (البطلان) للبيع (امكن) اذ له وجه (لعدم القصد) من الوارث (الى نقل ملكه) و انما قصد نقل ملك مورثه (و كذا لو زوج امة ابيه فظهر) الأب (ميتا) و ان الامة كانت لنفسه فان له وجهين الصحة و البطلان لما عرفت (انتهى) كلام الشهيد (ره).

(و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه) المراد بالطلاق الاعم من الخلع - لانه أيضا طلاق - و الطرفان هما مسألة الزواج و مسألة تولية القاضى (بامكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق) اذ الطلاق اخذ في مفهومه ازاله علاقة الزوجية - فاللازم الجزم بالزوجية حتى يتحقق مفهوم الطلاق - بخلاف الزواج فانه لم يؤخذ في مفهوم «عدم المحرمية» و كذلك لم يؤخذ في مفهوم التولية للقاضى «العدالة» فمن الممكن جزم الشاك في المحرمية و العدالة عند اجراء الزواج و التولية، و لكن الطلاق لا يمكن الجزم به في حال شكه في انها زوجة أم لا (فافهم) اذ لا فرق في عدم امكان الجزم مع الشك، في كون شيء داخل في المفهوم او شرطا، فان الشاك في المحرمية لا يتمكن من ان يجزم بالزواج كما ان الشاك في الزوجية لا يتمكن من ان يجزم بالطلاق فحشر الشهيد الامثلة الثلاثة في باب واحد لا بأس به (و قال في موضع اخر و لو طلق بحضور خنثيين) فانه يشك في صحة الطلاق

فظهرها رجلين امكن الصحة وكذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصدهما الى طلاق صحيح انتهى

## و من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول

### اشارة

فلو اختلفا في المضمون بان اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري او الثمن او الثمن او توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه اخر لم ينعقد ووجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالايجاب

حينئذ اذ شرط الطلاق حضور رجلين عدلين و الخنثى لا يعرف انه رجل او اثني (فظهرها) بعد الطلاق كونها (رجلين امكن الصحة) لانه جازم بالطلاق و انما الشك في الشرط، و قد كان الشرط موجودا واقعا (و كذا) اذا طلق (بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا) ثم قال (و يشكلان) اي صحة الطلاق في موردى الشك في الذكورة و في العدالة (في العالم بالحكم) بان علم بانه لا يصح الطلاق بحضور غير الرجل و غير العادل (لعدم قصدهما الى طلاق صحيح) فلا يتمش منهما الانشاء (انتهى) كلام الشهيد «و من جملة شروط العقد» المعبرة فيه (التطابق بين الايجاب و القبول فلو اختلفا في المضمون بان اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري) كما لو باع مقيدا بكون المشتري زيدا فبان عمرو (او الثمن) كان باع الفرس، لا الحمار (او الثمن) كان باع بالف دينار، لا عشرة آلاف درهم (او توابع العقد من الشروط) كان باع بشرط سكنى زيد فيها- مثلا- لا سكنى عمرو (فقبل المشتري على وجه اخر) كما لو اشتراه بقيد عمرو او الحمار او الدرهم او سكنى عمرو (لم ينعقد) البيع (و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالايجاب) و هنا لا رضى للمشتري بالايجاب الصادر من البائع، و انما رضى بشي ء اخر، و ان شئت قلت: لم ينصب

و حينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا فقال اشتريته لنفسى لم ينعقد و لو قال بعته هذا من موكلك فقال الموكل غير المخاطب: قبلت، صح.

و كذا لو قال بعته فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل و لو قال بعته العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن او نصفه لم ينعقد.

و كذا لو قال بعته العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير و لو قال للاثنين بعتهما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم

---

البيع و الشراء على شيء واحد فلا معاملة و لا عقد (و حينئذ) اى حين اشترط هذا الشرط (لو قال) البائع للمشتري (بعته من موكلك بكذا فقال) المشتري (اشتريته لنفسى لم ينعقد) البيع (و لو قال) البائع (بعته هذا) الشيء كالفرس (من موكلك فقال الموكل) الذي هو (غير المخاطب: قبلت، صح) لان اركان المعاملة تامة فان البيع كان من زيد الموكل فعدم جواب الوكيل لا يضر.

(و كذا لو قال بعته) خطابا لزيد (فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل) صح أيضا اذ الاعتبار بوحدة البائع و المشتري و قد حصلت اما كون الجواب صادرا من الموكل او الوكيل فليس من مقومات المعاملة (و لو قال بعته العبد بكذا) ديناراً (فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن او) اشتريت نصفه ب (نصفه) اى نصف الثمن (لم ينعقد) اذ البيع كان للكل و الاشتراء للنصف فلم يصب الايجاب و القبول على شيء واحد و لكن يحتمل الصحة هنا اذ هو من قبيل ظهور بعض السلعة للغير و انما يتدارك بالخيار.

(و كذا لو قال بعته العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير) لم يصح لان الثمن فى القبول غير الثمن فى الايجاب (و لو قال للاثنين) اى لثنتين (بعتهما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم

يقع و لو قال كل منهما ذلك لا يبعد الجواز و نحوه لو قال البائع بعثك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين و فيه اشكال

### و من جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال

يجوز لكل واحد منهما الانشاء فلو كان المشتري فى حال ايجاب البائع غير قابل للقبول او خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الاغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة

يقع) لان البائع انما اوقع البيع على المجموع و لم يكن الاشتراء كذلك و انما كان على نصفه و تحتمل هنا الصحة لما تقدم (و لو قال كل منهما) اى من الاثنين (ذلك) اللفظ، بان قالا اشترينا نصفه بنصف الثمن (لا يبعد الجواز) اى الصحة لان الايجاب و القبول انصبا على شي ء واحد (و نحوه لو قال البائع بعثك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين) فانه لا يبعد الجواز (و فيه اشكال) اذ الايجاب كان منصبا على المجموع بما هو مجموع و القبول انصب على كل نصف نصف فلم يتواردا على شي ء واحد (و من جملة الشروط فى العقد) و هذا الشرط ليس فى الحقيقة راجعا الى العقد كما لا يخفى (ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء فلو كان المشتري فى حال ايجاب البائع غير قابل للقبول) كأن كان مجنونا ثم افق فى حال القبول (او خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب) بان اوجب فاغمى عليه و فى حال اغمائه قال المشتري: قبلت- مثلا- (لم ينعقد) العقد (ثم ان عدم قابليتهما) فى وقت الايجاب او القبول (ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الاغماء بل النوم) لان النائم أيضا غير قابل (فوجه الاعتبار) لهذا الشرط (عدم تحقق معنى المعاقدة



و اما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط حقيقة لا ركن فان حقيقة الوصية الايضاء و لذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلك و ان كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه أيضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لان المعترف فيه

---

و المعاهدة حينئذ) فانه لا يسمى عقدا ما لو كان احد الطرفين حين العقد مجنوناً، اذ العقد انما يتحقق من اول الايجاب الى تمام القبول و من المعلوم ان المجنون - مثلاً - فى نصف العقد موجب لعدم صدق معاهدة العاقل فلا يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(و اما) الاشكال فى ذلك بانه لو اشترط كون الايجاب و القبول فى حال توفر الشروط فيها فكيف تقولون ب (صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى) مع انه حال القبول ميت (ف) الجواب عنه انه (هو) اى القبول (شرط حقيقة لا ركن) بخلاف ما نحن فيه اى الايجاب و القبول، اذ هما ركنان (فان حقيقة الوصية الايضاء) و الايضاء يتحقق بالايجاب فقط (ولذا) الذى ذكرنا من انه ايضاء لا معاهدة (لومات) الموصى له (قبل القبول قام وارثه مقامه و) كذلك (لو رد) الموصى له الوصية (جاز له القبول بعد ذلك) و لو كان القبول ركناً لم يكن لقيام الوارث وجه و كذلك لم يكن وجه لصحة القبول بعد الرد فتبين انه فرق بين العقد و بين الوصية (و إن كان) عدم قابليتهما و هذا عطف على قوله «ثم ان عدم» - (لعدم الاعتبار برضاها) كما لو كان الموجب حال الايجاب محجوراً، او صار حال القبول محجوراً (ف) لا يصح البيع أيضا (لخروجه أيضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لان المعترف فيه) اى

- عرفا- رضى كل منهما لما ينشئه الآخر حين انشائه كمن يعرض له الحجر بفلس او سفه او رق- لو فرض- او مرض موت و الاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق.

و كذا لو كان المشتري فى زمان الايجاب غير راض او كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير

---

فى التعاهد (- عرفا- رضى كل منهما لما ينشئه الآخر حين انشائه) و الرضا لا بدّ ان يكون موجبا للاثر و من المعلوم ان رضى المحجور- سواء فى حال إنشاء نفسه او فى حال إنشاء طرفه- لا قيمة له عرفا (كمن يعرض له الحجر بفلس او سفه او رق- لو فرض-) كما لو كان كافرا حربيا فاجرى الايجاب و قبل قبول الطرف استرق او ذميا خرج بين الايجاب و القبول عن شرائط الذمة مثلا- (او مرض موت) بناء على عدم صحة منجزات المريض، فانه فى كل ذلك لا تصح المعاملة (و الاصل) اى الوجه (فى جميع ذلك) الذى ذكرنا من انه لا يصح البيع حال كون ايجاب او القبول فى حال كون احد الطرفين خارجا عن القابلية (ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق) بخلاف ما لو قلنا بان الالغاء لا يوجب اللغوية- لانه فعل ما من طرفه، فلم يبق الا ان يأتى قابل بما من طرفه- فانه على هذا اذا اوجب و هو حي أو حر مثلا- ثم مات قبل القبول او استرق، كان اللازم القول بالصحة، لانه- على هذا- الايجاب اذا ثبت دام، لا يرفعه لا الالغاء و لا خروج الموجب عن اهلية الايجاب.

(و كذا) لا يصح البيع (لو كان المشتري فى زمان الايجاب غير راض) ثم رضى حال القبول فانه لا يصح اذ المعاهدة المتوقعة على الطرفين لا تصدق مع عدم رضائهما من اول العقد الى آخره (او كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير)

فصحة كل من الايجاب و القبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلم من اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب و به يتم معنى المعاقدة فاذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما او قام و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكروه و مقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الايجاب اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكروه على خلاف القاعدة لاجل الاجماع.

و على هذا (فصحة كل من الايجاب و القبول) انما هى (بكون معناه قائما فى نفس المتكلم) الذى يصح منه الايجاب و القبول (من اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب و به) اى بهذا القيام من البدو الى الختم (يتم معنى المعاقدة) المصححة للمعاملة (فاذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما او قام و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة) المصححة للمعاملة (ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكروه و مقتضاه عدم اعتباره) اى الرضا (من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله) اى الرضا (بعده) اى بعد العقد (فضلا عن حصوله بعد الايجاب) حال القبول، و هذا ينافى ما ذكرناه من الاشتراط (اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكروه على خلاف القاعدة لاجل الاجماع) و لا يخفى ان فى بعض الاستدلالات السابقة نظر فلا تبعد الصحة فى بعض الامور الصور السابقة و الله العالم.

## فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا في شروط الصيغة

فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه. ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و جواز العقد بالفارسي. اردئها: اخيرها. و الاولان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية المجتهد

(فرع) مبني على شروط الصيغة (لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا) او اجتهادا و تقليدا (في شروط الصيغة) كالعربية مثلا بان قال احدهما بالاشترط وقال الاخر بعدم الاشتراط (فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه) فيأتي المشتراط للعربية بالعربي وغير المشتراط بالفارسي و يصح العقد حتى للمشتراط (أم لا وجوه) الاكتفاء مطلقا و عدم الاكتفاء مطلقا (ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل) مثلا (كما لو فرضنا) هناك قائل بجواز الفارسية لا يقول بجواز تقديم القبول و قائل بجواز تقديم القبول لا يقول بالفارسية ف (انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و جواز العقد بالفارسي) فان اجرا عقدا منهما كان باطلا بنظر الكل فمثل هذا العقد باطل بنظر المفصل بخلاف ما اذا كان المحذور تقديم القبول فقط، او كونه فارسيا فقط (اردئها) اي الوجوه (اخيرها) فان هذا التفصيل مما لا وجه له اذ بعد كون العقد مركبا من الصحيح بنظر هذا في جزء و بنظر الاخر في جزئه الاخر لم يكن وجه للقول ببطلانه لانه لا يطابق بمجموعه نظر احد (و) القولان (الا و لان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية المجتهد

فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس و ايجاب العاجز عن العربية و كصلاة المتيمم بالنسبة الى واجد الماء أم هي احكام عذرية لا يعذر فيها الا من اجتهد او قلد فيها. و المسألة محررة في الاصول. هذا كله اذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الاخر كالصراحة و العربية و الماضوية و الترتيب. و اما الموالاتة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء الى آخر العقد فالظاهر ان اختلافهما يوجب فساد المجموع

فيها) و المراد بالحكم الظاهري ما وصل إليه نظر المجتهد، اذ قد تحقق في الاصول انه ليس هنا حكم ظاهري و حكم واقعي، و انما الحكم واقعي فقط منتهى الامر هناك التنجيز و الاعذار (بمنزلة الواقعية الاضطرارية) مما هو صحيح في هذا الحال (فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس و) بمنزلة (ايجاب العاجز عن العربية و كصلاة المتيمم بالنسبة الى واجد الماء) حيث ان اعمال هؤلاء صحيحة و ان لم تكن واقعية اولية فكذلك الامور الاجتهادية المخالفة للواقع هي صحيحة و ان لم تكن صحيحة بالواقعية الاولى (أم هي احكام عذرية لا يعذر فيها الا من اجتهدا و قلد فيها) فالطرف الاخر الذي ليس اجتهاده او تقليده ذلك لا يصح العمل بالنسبة إليه (و المسألة محررة في الاصول) و لذا نتركها لمحلها (هذا كله اذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الاخر كالصراحة و العربية و الماضوية و الترتيب) بان اجرى احدهما بالكناية او الفارسية او بصيغة المستقبل او مقدما القبول، و كان رأى الاخر بطلان ذلك (و اما الموالاتة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء الى آخر العقد فالظاهر ان اختلافهما يوجب فساد المجموع) فاذا كان رأى احدهما عدم اشتراط الموالاتة

لان الاخلال بالموالاة او التنجيز او البقاء على صفات صحة الانشاء يفسد عبارة من يراها شروطا. فان الموجب اذا علق مثلا او لم يبق على صفة صحة الانشاء الى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول. وكذا القابل اذا لم يقبل الا بعد فوات الموالاة- بزعم صحة ذلك- فانه يجب على الموجب اعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل.

مثلا، ورأى الاخر اشتراطها فاجريا عقلا بلا موالاة كانت باطلة وان قلنا بالصحة في صورة الاختلاف في الشروط المتقدمة (لان الاخلال بالموالاة او التنجيز او البقاء على صفات صحة الانشاء) كالبلوغ والعقل وما اشبهه (يفسد عبارة من يراها شروطا) فالعقد باطل مطلقا (فان الموجب اذا علق مثلا-) كما لو قال بعثك ان جاء زيد (او لم يبق على صفة صحة الانشاء الى زمان القبول) كما لو نام مثلا قبل ان يقبل المشتري (باعتقاد مشروعية ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا) القسم من العقد (تعقيب هذا الايجاب بالقبول) و معنى لم يجز: عدم الصحة، لا عدم جوازه شرعا (وكذا القابل اذا لم يقبل الا بعد فوات الموالاة- بزعم صحة ذلك-) و ان العقد بدون الموالاة صحيح (فانه يجب على الموجب اعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالاة) و الا كان العقد بنظره فاسدا (فتأمل) فانه أى فرق بين فوات هذه الشروط وبين شرط تقديم الايجاب مثلا، اذ يمكن ان يقال: ان الموجب اذا اعتقد عدم تأثير الايجاب المتأخر لم يجز له ان يأتي بالايجاب المتأخر، و الحاصل ان الشروط كلها من مساق واحد فاذا قلنا بالصحة مع الاختلاف لزم ان نقول بها في الجميع و الا فالبطلان في الجميع.

الى هنا ينتهى الجزء الاول من اجزاء كتاب البيع حسب تجزئتنا. و يبدأ الجزء

التالى بمسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

ولله الحمد أولا و اخيرا و صلى الله على خير رسله و اشرف بريته محمد و على آله الطيبين الطاهرين.

كربلاء المقدسة محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

ص: 334

## تفصيل محتوى الكتاب

الموضوع رقم الصفحة

كتاب البيع 3

البيع لغة 3

فى بيان حقيقة البيع 4

فى وقوع الحقوق مورد البيع 7

البيع حقيقة عرفية 10

فى تعريفات البيع 11

فى التعريف المختار للبيع 13

فى عكس التعريف وطرده 14

ملخص تعريف البيع 19

القرض ليس بيعا 21

فى معانى اخر للبيع 22

فى نقض هذه المعانى 24

هل البيع اسم للصحيح او للاعم؟ 29

عدم جواز التمسك بالإطلاق على الصحيحى 31

فى توجيه كلام الشهيدين فى المقام 33

ص: 335



الموضوع رقم الصفحة

(الكلام فى المعاطاة)

فى تعريف المعاطاة 34

فى الوجوه المحتملة فى المعاطاة 35

فى تحقيق مفاد المعاطاة 37

فى نقل كلمات العلماء فى المقام 41

فى ان المشهور قائلون بالإباحة دون الملك 54

فى ان القائل بالإباحة ينفى كون المعاطاة بيعا 59

فى عدم امكان توجيه كلماتهم فى المقام 61

فى ان الاقوال فى المعاطاة ستة 62

فى ان المشهور عدم ثبوت الملك 64

فى تأييد افادة المعاطاة للملك 67

فى ان منع صدق اسم البيع على المعاطاة مكابرة 68

فى الاستدلال على افادة المعاطاة الملك 70

فى كلام بعض الاساطين: من استلزام تأسيس قواعد جديدة 79

فى نقض هذا الكلام و الرد عليه 88

فى ان الايرادات المذكورة استبعادات محضنة 97

فى التمسك باصالة اللزوم فى المقام 99

فى الاستدلال على افادة المعاطاة اللزوم 102

فى كفاية مطلق اللفظ الدال على الرضا 115

فى تفسير «انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» 117

فى استظهار اعتبار اللفظ فى الایجاب 125

ص: 336

يشترط فى المعاطاة جميع شروط البيع ما عدا الصيغة 131

جريان احكام البيع جميعا فى المعاطاة 141

فيما تتحقق به المعاطاة خارجا 143

المعيار فى المعاطاة هو وصول العوضين اليهما 146

فى تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاة 147

فى الوجوه المتصورة فى المعاطاة 151

فى توجيه التصرفات المتوقعة على الملك 157

فى احتمال ان تكون المعاطاة معاملة مستقلة 173

هل تجرى المعاطاة فى غير البيع؟ 175

فى ملزمات المعاطاة 184

فيما اذا وقعت المعاطاة بعقد فاسد 213

فى عدم كفاية الرضا الشأنى فى المعاملة 221

(مقدمة)

فى خصوص الفاظ البيع 225

فى اعتبار اللفظ فى البيع 225

فى كفاية الكتابة عن اللفظ 227

فى الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ 228

فى عدم وقوع الكناية و اعتبار الصراحة 229

فى الاشكال فى استعمال الالفاظ المشتركة 240

فى الاختلاف فى تعيين الموجب عن القابل 256



فى اعتبار العربية فى الصيغة 257

فى اعتبار العلم بتفاصيل اللفظ 261

فى اعتبار كون اللفظ ماضيا 262

فى لزوم تقديم الايجاب على القبول 264

فى عدم صحة الاستيجاب و الايجاب 273

فى عدم صحة القبول بلفظ الامر 275

فى اعتبار الموالاة فى العقد 293

فى اعتبار التنجيز فى العقد 300

فى عدم صحة التعليق 303

فى اعتبار الجزم فى العقد 323

فى اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول 325

فى اعتبار بقاء المتعاقدين على الشروط 327

فىما اذا اختلف المتعاقدان نظرا او تقليدا 331

الفهرست 335

ص: 338

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم  
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ  
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟  
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟  
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز  
الغمامة  
اصبحان  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

