

اصطلاح الطب

الى المكاسب

شرح وافى بفيض الكتاب . يعمد لكل مشكل
وابداء مقاصده . في إيجاز وتوضيح

تأليف

أبي عبد الله المصطفى

الحاج الشيخ محمد بن الحسين بن أبي القاسم

« دام ظله »

الجزء الخامس

مؤسسة دار الكتب

طهران

آية الله المجاهد
الحاج الشيخ محمد الحسيني الشيرازي
دام ظلّه

الجزء الخامس

ايصال الطالب الى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابداء مقاصده في ايجاز وتوضيح .

القسم الاول من كتاب البيع

مشورات الأعلیٰ طهران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد وآله الطاهرين و
لعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين .
و بعد : فهذا هو القسم الاول من كتاب البيع والـجـزء
الخامس بن اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ
الفدآية الله الانصارى قدس سره .
كتبه تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به فى يوم لا ينفع فيه
مال ولا بنون الا من اتى الله بقلب سليم .

محمد بن المهدي الحسينى
الشيرازى

كربلاء المقدسة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ،
ولعنة الله على اعدائهم الى يوم الدين ، كتاب البيع وهو فى الاصل - كما عن
المصباح - : مبادلة مال بمال والظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال
المنافع بغيرها . وعليه

(الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين ، و
لعنة الله على اعدائهم الى يوم الدين .) لعل التخصيص فى فاتحة الكتب
للعنة الى يوم الدين ان اللعنة بمعنى الطرد عن الرحمة او العقاب ابدية ،
اما من باب دخول الغاية فى المغى ، 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 ((خالد بن فيها ما دامت
السموات والارض)) فان ما دامت السماء كناية عن الابدية . كعد سبعين
الذى هو كناية عن الكثرة فى 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 فى الاصل) عند اهل العرف واللغة
(- كما عن المصباح - : مبادلة مال بمال) بأن يعطى احد الشخصين
شيئا فى مقابل ان يأخذ من الشخص الاخر شيئا آخر ، كأن يعطى الفرس بمقابل
مائة دينار .

(والظاهر) من العرف لدى اطلاقهم البيع - بضميمة اصالة عدم النقل المفيدة
لكونه كذلك لغة وفى لسان الشرع - (: اختصاص المعوض بالعين فلا يعم)
البيع (ابدال المنافع بغيرها) كما لو بدل منفعة هذه الجارية بدینار فانه
لا يسمى بيعا (وعليه) اى على كون البيع المبادلة لعين بشئ 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 المدبر ، وبيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها ، وكاخبار بيع الارض الخراجية وشرائها
(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 المدبر) المدبر - بصيغة المفعول - : هو العبد الذى يدبره مولاه ، بان يقول له : انت حر دبر وفاتى • كخبر السكونى عن على - عليه السلام - قال ((باع رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - خدمة المدبر ولم يبيع رقبته)) (وبيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها) كخبر اسحق بن عمار عن العبد الصالح - عليه السلام - قال ((سألته عن رجل فى يده دار ليست له ، ولم تزل فى يده ويدآبائه من قبله ، قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم ، ولا يدرون لمن هى ؟ فيبيعها ويأخذ ثمنها ؟ قال - ع - : ما احب ان يبيع ما ليس له • قلت : فانه ليس يعرف صاحبها ، ولا يدري لمن هى ولا اظن يجئ لها رب ابدا ، قال - عليه السلام - : ما احب ان يبيع ما ليس له • قلت : فيبيع سكتها او مكانها فى يده ؟ فيقول : ابيعك سكتاى وتكون فى يدك كما هى فى يدى • قال عليه السلام : نعم يبيعها على هذا)) (وكاخبار بيع الارض الخراجية وشرائها) مع انها لا تباع عينها لانها ملك لجميع المسلمين •

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

والظاهر : انها مسامحة في التعبير ، كما ان لفظ الاجارة ، تستعمل عرفا ، في نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة ؛
واما المعوض فلا اشكال في جواز كونها منفعة ، كما في غير موضع من القواعد ، وعن التذكرة وجامع المقاصد ، ولا يبعد عدم الخلاف فيه ، نعم نسب الى بعض الاعيان الخلاف فيه ولعله لما اشتهر في 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))

(والظاهر : انها مسامحة في التعبير) ومجاز وليس بحقيقة . لما نرى من تبادل غير هذه المعاني من لفظ البيع ، والتبادل آية الحقيقة ، كما ان تبادل الغير آية المجاز . (كما ان لفظ الاجارة) الموضوعة لنقل المنفعة (تستعمل) احيانا (عرفا) مجازا (في نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة) فيما اذا آجر البستان او كما لو آجر الدار فان ماء بئرها ايضا ينقل بالاجارة . وهذا اما مجاز واما ان العرف لا يعتبر ذلك الا من قبيل المنافع ، اذ عين البستان عبارة عن الارض والشجر لا الفواكه والحطب هذا تمام الكلام في العوض وانه يلزم ان يكون عينا .

(واما المعوض فلا اشكال في جواز كونها منفعة) كما لو اشترى الدار بمقابل انتفاع البائع من دابته (كما في غير موضع من القواعد ، وعن التذكرة وجامع المقاصد ، ولا يبعد عدم الخلاف فيه .) لانهم بين ساكت وبين من صرح بالجواز (نعم نسب الى بعض الاعيان) كالوحيد البهيهاني رحمه الله (الخلاف فيه) وانه لا يصح كون عوض البيع منفعة (ولعله) اي الاشكال (لما اشتهر في كلامهم : من ان البيع نقل الاعيان) ومن المعلوم ان المنفعة ليست عينا

والظاهر ارادتهم المبيع ، نظير قولهم : ان الاجارة لنقل المنافع .

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

واما الحقوق

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

(واما عمل الحر) فهل يصح بيعه ام لا بأن يقول لانسان حر خياط :
اشتريت عملك الخياطى فى هذا اليوم بدينار - مثلا - (فان قلنا : انه) اى
العمل (قبل المعاوضة عليه من الاموال) لا طلاق المال على العمل التقديرى
(فلا اشكال) فى صحة بيعه لانه مال ، اما عمل العبد فالظاهر انه يصدق المال
عليه وانه ملك للسيد (والا) يصدق على عمل الحر المال (ففيه اشكال ، من
حيث احتمال اعتبار كون العوضين) المثلن والثمن (- فى البيع - مالا قبل
المعاوضة ، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح) حيث قال : مبادلة مال بمال .
ثم ان كونه ما لا او ليس بمال انما ينفع فى جعله ثمنا ، اما جعله ثمنا فقد
عرفت انه متوقف على صدق العين عليه .

ثم ان قول المصنف : ((قبل المعاوضة)) لاخراج 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 ، عوضاً فى
المبيع ، كان يشتري سلعة من خالد و يجعل الثمن عمل عمرو الذى يستحقه عليه
(واما الحقوق) . الحق يطلق على العين ، وعلى المال ، وعلى ما
ليس بمال ولا عين ، كحق الشفعة او حق المضاجعة - مثلا - وحيث تقدم

فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية، فلا اشكال وكذا الولم تقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار لان البيع تمليك الغير ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه لانه لا مانع من كونه تمليكا .

الكلام في العين والمال ننقل الكلام في الحقوق الاخرى في انها هل تكون مضمنا او ثمنا ام لا كحق الشفعة وحق الخيار (فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية) والحياسة فان لكل انسان ان يحوز من البحر مثلا ما يشاء وهذا الحق غير قابل بان يعوض بالمال كأن يأخذ زيد دينارا في مقابل ان يعطى هذا الحق لعمرو حتى لا يكون لزيد حق الحياة بعد ذلك (فلا اشكال) في عدم صحة جعل مثل هذا الحق ثمنا ولا مضمنا لان مقوم البيع المقابلة بالمال (وكذا الو) قبل المعاوضة بالمال ولكنه (لم تقبل النقل كحق الشفعة وحق الخيار) كما لوصح اسقاطه في مقابل المال وذلك كحق الخيار، فانه غير قابل لان ينقل الى غير ذي الخيار بالمال، ولكنه قابل للاسقاط بازاء مال يأخذه من الطرف الاخر او الشخص الثالث فيسقط خياره ، وانما نقول بوضوح عدم صحة جريان البيع على هذا الحق (لان البيع تمليك العين) فاذا كان الحق غير قابل للانتقال لم يكن معنى لتمليك الغير (ولا ينتقض) ما ذكرناه من انه كلما لم يصح الانتقال لم يصح البيع (ببيع الدين على من هو عليه) كما لو طلبت من زيد دينارا فانه يصح ان ابيعه بزيد المدين بقلم مثلا .

ووجه الانتقاض من انه كيف تقولون بصحة بيع الدين على من هو عليه ، مع انه لا يصح الانتقال ، لان الدين على زيد في ذمة زيد فاذا بعناه له لم ينتقل شيء اليه .

ووجه 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 قواعده الأبراء مرددا بين الأسقاط والتملك والحاصل انه يعقل ان يكون الانسان مالكا لما في ذمته فيوثر تملكها لسقوط ولا يعقل ان يتسلط على نفسه، والسر ان مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فانه نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج الى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه

(فيسقط) لانه لا معنى لان يملك زيد في ذمة نفسه (ولذا) الذي ذكرنا من معقولة تملك المديون الدين الذي هو انتقال (جعل الشهيد) الاول (في قواعده الأبراء) كما لو طلبت دينارا من زيد فابريته (مرددا بين الأسقاط) لما في ذمته (والتملك) فان من كلام الشهيد يعرف انه يعقل تملك الدين للمديون •

(والحاصل) من جواب النقض (انه يعقل ان يكون) الانسان (مالكا لما في ذمته فيوثر تملكه) اي تملك الدائن دينه للمديون (السقوط) فلا يكون في ذمة المديون شيء بعد ان ملكه الدائن

(و) ان قلت: اذا صح حتم ان يملك الانسان لما في ذمته، يلزمكم ان تصحوا سلطة الانسان على نفسه، لكن الثاني بديهى البطلان، فكذا الاول • قلت : بينهما فرق لانه (لا يعقل ان يتسلط) الانسان (على نفسه)، ويعقل ان يملك الانسان ما في ذمته (والسر) في الفرق (ان مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها) المتسلط والمتسلط عليه (بشخص واحد) يكون هو المتسلط و هو المتسلط عليه (بخلاف الملك فانه نسبة بين المالك والمملوك) فهو نسبة بين صاحب الذمة والدينار الذي في ذمته (ولا يحتاج الى من يملك عليه) حتى يكون زيد المديون مالكا ومملوكا عليه – مسلطا ومسلطا على نفسه – (حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه) فانه اذا احتاج الى مملوك عليها ستحال

فافهم •

واما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه ، فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال فى الصلح الا ان فى جواز وقوعها عوضا للبيع اشكالا من اخذ المال فى عوض المبايعة لغة وعرفا ، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين ، ولما يصح ان يكون اجرة فى الاجارة فى حصر الثمن فى المال ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية

لانه كان كالمسلط والمسلط عليه (فافهم) لان نسبة المالك الى الملك كنسبة المسلط الى المسلط عليه ، فاذا قلتم : 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 •

(واما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه) كحق المضاجعة بالنسبة الى الضر (فهي وان 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 وهذا مراده بقوله : (من اخذ المال فى عوض المبايعة) اى يجب ان يكون العوض والمعوض مالا (لغة وعرفا ،) لان البيع لغة ((مبادلة مال بمال)) وعرفا 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 وفى الشروط دليل على انه لا يمكن غير المال ومن المعلوم ان مثل حق التعجير وما اشبه لا يسمى مالا •

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

بل هو باق على معناه العرفي كما سنوضحه انشاء الله تعالى ١٠ الا ان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه :

ففي المبسوط والتذكرة وغيرهما : انتقال عين من شخص الى غيره بعوض ، مقدر ، على وجه التراضي .

وحيث ان في هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال .

وحيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا ، او

المتشرعون احدثوا اصطلاحا جديدا في معنى البيع حتى اذا قالوا هذه اللفظة فهم منها معنى جديد غير المعنى اللغوي (بل هو باق على معناه العرفي) اللغوي الذي كان متداولا في زمان الشارع وقبل زمان الشارع (كما سنوضحه انشاء الله تعالى ١٠ الا ان الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه) ومن جراء هذا الاختلاف يكون بعض الافراد داخلا او خارجا مما يوجب اختلاف الحكم ايضا .

(ففي المبسوط والتذكرة وغيرهما : انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر ، اى لا يكون مجهولا (على وجه التراضي) . اذ لولا الرضا لم يكن نقل وانتقال .

(وحيث ان في هذا التعريف مسامحة واضحة) فان البيع هو النقل والانتقال لا الانتقال فقط (عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال) مقابل الايجاب والقبول في النكاح ونحوه مما ليس فيـه انتقال .

(وحيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا) وقد كان هذا التعريف مفيدا لان البيع لفظ حيث عرف بانها ايجاب وقبول (او) اللفظ

بشرط قصد المعنى ، والا لم يعقل انشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد الى تعريفه
بنقل العين بالصيغة المخصوصة .

و يرد عليه مع ان النقل ليس مرادفا للبيع ولذا صرح في التذكرة بان
ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت وجعله من الكنايات وان المعاطاة عنده بيع ، مع
خلوها عن الصيغة : ان النقل بالصيغة - ايضا - لا يعقل انشاؤه



(بشرط قصد المعنى) اذ لا ربط لللفظ في البيع اصلا (والا) 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 بـ) ان البيع هو (نقل العين
بالصيغة المخصوصة) اى بعت واشتريت .

(و يرد عليه - مع ان النقل ليس مرادفا للبيع) مع وضوح انه يشترط
ترادف المعرف والمُعَرَّف ، والا لم يعقل ان يكون احدهما مبينا للآخر ، واما
النقل فليس مرادفا للبيع لانه اعم من البيع فالصلح والهبة وما شبه توجب النقل
ايضا . وليست بيعا ، (ولذا) الذى ذكرنا من ان النقل ليس مرادفا للبيع
(صرح في التذكرة بان ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت) فلا يصح ان يقول (نقلت)
ويريد البيع (وجعله من الكنايات) لانه من باب ذكر اللانم و ارادة 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) فليزم ان لا يكون تعريف
البيع جامعا لان المعاطاة بيع والحال انه لا يشملها التعريف الذى ذكره
بقوله (نقل العين بالصيغة المخصوصة) (- : ان النقل بالصيغة) هذا
فاعل قوله (يرد) (ايضا) كتعريف البيع بانه الايجاب والقبول (لا يعقل انشاؤه

بالصيغة ولا يندفع هذا بان المراد :

ان البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغة ، فجعله مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل لانه مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول بعث : نقلت بالصيغة لانه ان اريد بالصيغة خصوص ((بعث)) لزم الدور

بالصيغة) فيرد على تعريف جامع المقاصد ماورد على تعريف غيره الذى عرفه بانه الايجاب والقبول (ولا يندفع هذا) الاشكال (بان المراد ان البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغة) فليس ((بالصيغة)) فى تعريف الكركى جزء من تعريف البيع حتى تقولوا : ان الصيغة لاتنشأ بالصيغة بل معرف البيع فى كلامانه ((النقل)) وانما هو قسم خاص من النقل وهو النقل بالصيغة و من المعلوم ان النقل يمكن انشاؤه بالصيغة (فجعله) اى البيع (مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل ، لانه) اى الصيغة (مأخوذ فى مفهومه) اى مفهوم البيع (حتى يكون مدلول بعث : نقلت بالصيغة) ويلزم منه المحذور المتقدم اعنى انه لا يعقل انشاؤه بالصيغة ، وانما قلنا ((لا يندفع هذا)) لانه يسلم ان قول الكركى ((بصيغة مخصوصة)) يراد به المعرف ((للنقل)) لا انه جزء من ((المعرف)) لكن فى ذلك ايضا اشكالا (لانه ان اريد بالصيغة فى المعرف ((للنقل)) خصوص ((بعث)) لزم الدور) فكانه قال ((البيع)) هو النقل بلفظ بعث ومن المعلوم ان ((مادة كلمة)) اذا كانت فى المعرف والمعرف لزم الدور ،

لان المقصود معرفة مادة ((بعت)) وان اريد بها ما يشمل ملكت وجب
الاقتصار على مجرد التمليك والنقل .

فالاولى تعريفه بانه ((انشاء تمليك عين بمال)) . ولا يرد عليه شئ مما تقدم .
نعم يبقى عليه امور :

منها : انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت ، والا لم يكن مراد فاه .
ويرده : انه الحق كما سيجئ .

فاذا قلت ((الانسان حيوان انساني)) كان دوراً لتوقف المعرف على
المعرف والمعرف على المعرف لان المقصود معرفة مادة ((بعت)) . اى ((البيع))
فلا يمكن ان تقع صيغة ((بعت)) معرفة لمادتها (وان اريد بها) اى بالصيغة
فى كلام الكركى (ما يشمل ملكت) فكانه قال ((البيع نقل العين ب ((بعت
او ((ملكت)) او ((ما اشبه)) (وجب الاقتصار) فى تعريف البيع (على
مجرد التمليك والنقل) بان يقول الكركى ((البيع هو النقل)) ولا يزيد على
التعريف بقوله ((بصيغة محصورة)) اذ على هذا لا صيغة مخصوصة لجواز
اجراء البيع بكل صيغة كـ ((نقلت)) و ((ملكت)) و ((بعت)) وما اشبه
وحيث ان التعريفات المذكورة غير تامة .

(فالاولى تعريفه بانه ((انشاء تمليك عين بمال)) . ولا يرد عليه شئ مما
تقدم) من الاشكالات الواردة على تلك التعريفات .
(نعم يبقى عليه امور :) من الاشكال .

(منها : انه) اى هذا التعريف (موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت ،
والالم يكن مراد فاه) اى للبيع — الذى هو المعرف بالفتح — .
(ويرده : انه الحق) وانه يجوز الايجاب بلفظ ملكت (كما سيجئ) عن قريب .

ومنها : انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه لان الانسان لا يملك ما لا على نفسه .
وفيه - مع ما عرفت ، وستعرف من تعقل تملك ما على نفسه ، ورجوعه الى سقوطه عنه ، نظير تملك ما هو مساول ما في ذمته ، وسقوطه بالتهاتر - : انه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة وعرفا معنى غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الالفاظ ، ولذا قال فخر الدين : معنى بيعت - في لغة العرب - ملكت غيرى فاذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شئ مما يساويها ، فلا يعقل البيع

(ومنها : انه لا يشمل بيع الدين من هو عليه كان الانسان لا يملك ما لا على نفسه) ولا على ذمته شيئا فليس بيع الدين عليه ((تمليكا)) .
(وفيه - مع ما عرفت) من قولنا ((لانه لا مانع من كونه تمليكا)) (وستعرف من تعقل تملك) الانسان (ما على نفسه ، ورجوعه) اى ان مرجع التمليك (الى سقوطه) اى المملوك (عنه) اى عن المالك (، نظير تملك ما هو مساول ما فى ذمته ، وسقوطه بالتهاتر) كما اذا طلب زيد من عمرو دينارا وطلب عمرو من زيد دينارا ايضا فان زيدا مثلا - يملك دينار عمرو الذى عنده ويسقط عن ذمة فلا يطلبه عمرو بعد ذلك ، وهكذا بالنسبة الى عمرو (- انه) متعلق بـ ((فيه)) (لو لم يعقل التمليك) للدين الذى فى ذمته (لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة وعرفا معنى غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الالفاظ ،) والحاصل ، التلازم بين الامرين فيصح التمليك - كما بين فى الاشكال - فلا وجه لـ (ولذا) الذى ذكرنا من التلازم بين البيع والتمليك (قال فخر الدين : ان معنى بيعت - فى لغة العرب ملكت غيرى ، فاذا لم يعقل ملكية الانسان لـ (ما فى ذمة نفسه) للدائن (لم يعقل شئ مما يساويها ، فلا يعقل البيع ايضا .

ومنها : انه يشمل التمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع

على انها ليست بيعا .

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

ومنها : صدقه على الشراء ، فان المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض

المبيع .

وفيه : ان التمليك فيه ضمنى وانما حقيقته التمليك بعوض ، ولذا لا

يجوز الشراء بلفظ ملكت ، تقدم على الايجاب او تأخر ، وبه يظهر اندفاع الايراد

بانتقاضه بمستاجر العين بعين

(ومنها : انه) اى هذا التعريف (يشمل التمليك بالمعاطاة) لانها انشاء

تمليك عين بمال (مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست بيعا) وانما

تفيد الملك المستقر الذى هو نتيجة البيع بالتصرف او التلف .

(وفيه : ما سيجئ من كون المعاطاة بيعا ، وان مراد النافين) الذين

ينفون كونها بيعا (نفى صحته) فهى بيع غير صحيح لا انها ليست بيعا .

(وفيه ان التمليك فيه) اى فى الشراء (ضمنى وانما حقيقته) اى حقيقته

الشراء (التملك) والظاهر من التعريف كون التمليك ابتداءيا لا ضميا فلا

يشمل التعريف الشراء (ولذا) الذى ذكرنا من ان الشراء تملك لا تمليك (لا

يجوز الشراء بلفظ ملكت ، تقدم على الايجاب او تأخر ،) وعدم جوازه لانه

ليس مألوفاً عند الناس فلم يعضه الشارع لان الشارع انما مضى المألوف من العقد

لانصراف : أحل الله البيع ، الى البيع المتعارف (وبه) اى بالجواب عن هذا

الاشكال (يظهر اندفاع الايراد) على التعريف المذكور (بانتقاضه بمستاجر

العين بعين) كما لو استجر الدار بمائة دينار ، فان المستاجر ينشئ تمليك

عين المائة بمال هى السكنى فى الدار .

حيث ان الاستيجار يتضمن تملك العين بمال اعنى المنفعة .

ومنها : انتقاض طرده بالصلح على العين بمال ، وبالهبة المعوضة .

وفيه : ان حقيقة الصلح — ولو تعلق بالعين ، ليس هو التملك على وجه المقابلة والمعاوضة ، بل معناه الاصلى هو التسالم، ولذا لا يتعدى بنفسه الى المال .

نعم هو متضمن للتملك اذا تعلق بعين ، لانه نفسه، والذي يدل على هذا، ان الصلح قد يتعلق بالمال عينا

ووجه الاشكال ما بينه بقوله : (حيث ان الاستيجار يتضمن تملك العين) التى هى الاجرة (بمال اعنى المنفعة) اى منفعة الدار ووجه الاندفاع ان التملك ضمنى وانما مصب الاجارة قبول منفعة الدار — من طرف المستاجر — .

(ومنها : انتقاض طرده) اى ليس التعريف مانعا للاختيار (بالصلح على العين بمال) كما لو صالح زيد عن داره بالف دينار (وبالهبة المعوضة) كما لو وهب زيد داره بعوض الف دينار فانها انشاء تملك عين بمال مع انهما ليسا بيعا .

(وفيه : ان حقيقة الصلح — ولو تعلق بالعين) فى مقابل مالو تعلق باسقاط حق او غيره (ليس هو التملك على وجه المقابلة والمعاوضة ، بل معناه الاصلى هو التسالم) وانما يفيد احيانا فائدة البيع كما يفيد سائر الفوائد فى سائر الموارد (ولذا) الذى ذكرنا من انه ليس هو التملك (لا يتعدى بنفسه الى المال) فلا يقال صالحتك المال ، والتملك يتعدى بنفسه الى المال، فيقال ملكتك المال ، ولو كان الصلح بمعنى التملك لكان اللازم ان يتعدى بنفسه . (نعم هو) اى الصلح (متضمن للتملك اذا تعلق بعين ، لانه نفسه) اى

نفس التملك (والذي يدل على هذا) الذى ذكرناه من انه ليس تملكاً — ابتداءً — (ان الصلح قد يتعلق بالمال عينا) كصالحتك عن هذه المائة

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

(او منفعة) كصالحتك على سكنى هذه الدار (فيفيد التمليك) للعين او المنفعة (وقد يتعلق بالانتفاع) كصالحتك لا نتفاعك بهذه الدار (فيفيد فائدة العارية ، وهو مجرد التسليط) بدون ان تكون فائدة الدار ملكا له (وقد يتعلق بالحقوق كما لو قال صالحتك عن حقى فى المضاجعة (فيفيد فائدة الاسقاط) لحقها (او الانتقال) الى الضرة مثلا (وقد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين كما فى قول احد الشركين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك والخسران عليك) وهذا خلاف مقتضى الشركة المطلقة التى تقتضى التشارك فى الربح و الخسارة (فيفيد مجرد التقرير) لما بنىا عليه (فلو كان حقيقة الصلح هى عين كل من هذه المعادلات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا) بين هذه الامور (وهو واضح البطلان) لانا لا نجد فى 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 وهو التسالم فيفيد فى كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة) اى الفوائد الخمسة (بحسب ما يقتضيه متعلقه ، اى الشئ الذى انصب الصلح عليه (فالصلح على العين بعوض تسالم عليه ، وهو) اى هذا التسالم

يتضمن التملك ، لا ان مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام وحقيقته هو انشاء التملك ، ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا ، بخلاف طلب التملك .
 واما الهبة المعوضة ، والمراد بها هنا : ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تملك بعوض على جهة المقابلة بين المالين والالم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون تملك الاخر للآخر مع ان ظاهرهم : عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب له الهبة

(يتضمن التملك ، لا ان مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام وحقيقته) عند تعلقه بذلك (هو انشاء التملك ، ومن هنا) الذى هو تسالم (لم يكن طلبه من الخصم اقرارا ، بخلاف طلب التملك) فانه لو اختصم زيد وعمر فى مال فقال زيد هيا بنا نصلح لم يكن ذلك اقرارا منه بان المال لعمر وبخلاف ما لو قال له ملكنى فانه اقرار بان المال لعمر والا لم يكن معنى لطلب تملكه .

(واما الهبة المعوضة ، والمراد بها هنا : ما اشترط فيها العوض) كأن يقول : اهبك هذا الشئ فى مقابل الشئ الفلانى الذى لك . وهذا يقال الهبة المعوضة بمعنى ان يهب له ثم يهب الموهوب له شيئا للواهب - فانه يطلق عليه ايضا الهبة المعوضة (فليست انشاء تملك بعوض على جهة المقابلة بين المالين) بان يخرج احد المالين الى ملك الاخر وقت خروج مال الاخر الى ملك الاول (والالم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون تملك الاخر) العوض (الاخر) بان يملك زيد دون ان يملك عمرو ، وانما نقول لم يعقل لانه اذا كان الامر مقابلة بين المالين كيف يمكن ان يصير احدهما دون الاخر (مع ان ظاهرهم : عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب له الهبة) فانك اذا وهبت دينارا لزيد فى مقابل قلعه لم تملك قلعه بمجرد هبتك

بل غاية الامران المتهب لولم 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 والمقابلة مقصودت 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 ولا يصح صلحا ، ولا هبة معوضة ، وان
 قصدهما . اذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية

بل يحتاج تملكك للقلم الى ان يهبك هو القلم (بل غاية الامران المتهب) 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 وقوعه عوضا ، لا ان حقيقة المعاوضة والمقابلة 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)
 والمراد بما ذكرنا ، دفع الاشكالات المتقدمة (فلو قال : ملكتك كذا بكذا
 كان بيعا) وان لم يأت بلفظ البيع لما تقدم من التساوى بين البيع والتمليك
 (ولا يصح صلحا ، ولا هبة معوضة وان 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 بالعوض فيقدم على
الصلح والهبة المعوضة - محل تأمل ، بل منع لما عرفت من ان تملك الاعيان
بالعوض هو البيع لا غير نعم لو اتى بلفظ التملك بالعوض واحتمل ارادة 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 والهبة بلفظ التملك (من ان
البيع هو الاصل فى تملك الاعيان بالعوض) وان كان يصح الصلح والهبة
ايضا (فيقدم) الاصل (على الصلح والهبة المعوضة) لادى اطلاق لفظ التملك
(- محل تأمل ، بل منع . لما عرفت من ان تملك الاعيان بالعوض هو البيع لا
غير) لانه مقدم على غيره (نعم لو اتى بلفظ التملك بالعوض) كما لو قال : ملكتك
القلم بعوض درهم . (واحتمل ارادة غير حقيقته) اين غير حقيقة التملك
(كان مقتضى الاصل اللفظى) اى اصاله الحقيقة فى اللفظ المستعمل الذى
لم يدر هل انه اريد به الحقيقة او المجاز (حمله على المعنى
الحقيقى) الذى هو البيع (فيحكم بالبيع) ويرتب اثر البيع على المعاملة
المذكورة لا الصلح والهبة (لكن الظاهر : ان الاصل بهذا المعنى) اى ،
اصالة الحقيقة (ليس مراد القائل المتقدم) لانه يرى التملك حقيقة فى البيع
والصلح والهبة ، وانما يقدم البيع للانصراف ، فمراده من الاصل : الانصراف

وسيجئ توضيحه في مسألة المعاظة في غير البيع انشاء الله تعالى
 بقى القرض داخلا في ظاهر الحد ويمكن اخراجه بان مفهومه ليس نفس
 المعاوضة بل هو تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة لا معاوضة للعين بهما
 ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة ولا الغرر المنفى فيها ولا ذكر العوض ولا
 العلم به

بخلاف ما ذكرناه من ان التمليك حقيقية في البيع فقط مجاز فيما عداه ، فمرادنا
 بالاصل اصالة الحقيقة (و سيجئ توضيحه في مسألة المعاظة في غير البيع
 انشاء الله تعالى) كما لو صالح صلحا معاطاتيا - مثلا -

(بقى القرض داخلا في ظاهر الحد) اى تعريفنا للبيع بأنه انشاء 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 والقيمة (ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة
 وانما يجرى فيه ربا القرض وبينهما فرق كما حقق فى باب الربا) ولا الغرر المنفى
 فيها (اى فى المعاوضة الذى اشار اليه النبى صلى الله عليه وآله وسلم بقول
 الامام عليه السلام (نهى النبى عن بيع الغرر)) وان جرى فيه مطلق الغرر فى الجملة
 لما ورد من انه (نهى النبى (ص) عن الغرر) - كما فى مستدرك الوسائل وكسب
 الفتوى - (ولا ذكر العوض ، ولا العلم به) بخلاف المعاملة فانه يشترط فيها ذكر
 العوض ، والعلم به (فتأمل) لعلها اشارة الى ان القرض ليس معاوضة اصلا وانما رد لغرد
 توسعى من الشئ فى طول رد العين ولذا يقول المقرض : ردت ماله . فلاحاجة لاخراج
 القرض من التعريف المذكور بهذا التكلف .

ثم ان ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ فى صيغة ((بعت)) وغيره من المشتقات .

ويظهر من بعض من قارب عصرنا : استعماله فى معانى آخر غير ما ذكر احدها : التمليك المذكور ، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري . واليه نظر بعض مشايخنا ، حيث أخذ قيد ((التعقب بالقبول)) فى 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 فى صيغة ((بعت)) وغيره من المشتقات) كبايع وبييع وبع وما اشبهه .
(ويظهر من بعض من قارب عصرنا) وهو صاحب المقاييس (: استعماله فى معانى آخر (١)

(احدها : التمليك المذكور) اى التمليك بعوض (لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري) فالبيع انشاء تمليك عين بمال متعقبا بتملك المشتري (واليه نظر بعض مشايخنا ، حيث أخذ قيد ((التعقب بالقبول)) مأخوذا (فى تعريف البيع المصطلح) لدى المشرعة (ولعله) اى هذا الاشتراط (لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ) اى لفظ البيع فاذا قال القائل : بعت كتابى ، كان المتبادر منه انه باعه وان 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

(١) وفى نسخة : استعماله فى معانى آخر غير ما ذكر . .

ويستفاد من قول القائل : بعث مالى : انه اشتراه غيره ، لانه اوجب البيع فقط .

الثانى : الاثر الحاصل من الايجاب والقبول ، وهو الانتقال ، كما يظهر من المبسوط ، وغيره .

الثالث : نفس العقد المركب من الايجاب والقبول . واليه ينظر من عرف البيع بالعقد قال : بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى فى عناوين ابواب — المعاملات حتى الاجارة وشبهها

على اشتراط القبول فى صدق البيع (و) كذلك (يستفاد من قول القائل : بعث مالى : انه اشتراه غيره ، لا انه اوجب البيع فقط) ولا 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 معاني آخر للبيع ، اذ بناء على ما ذكره هذا المقارب للعصر يكون البيع مشتركا بين ما ذكره الشيخ وبين هذه المعاني فلا يكون تعريف الشيخ بانه انشاء تمليك عين بمال المعنى الوحيد للبيع كما لا يخفى —

(الثانى) من معاني البيع (الاثر الحاصل من الايجاب والقبول ، وهو الانتقال كما يظهر من المبسوط ، وغيره) والظاهر ان المراد بالانتقال المعنى القائم بالطرفين نقلا وانتقالا لا الانتقال فقط لان الاثر هو الفعل والانفعال لا الانفعال وحده .

(الثالث : نفس العقد المركب من الايجاب والقبول . واليه ينظر من عرف البيع بالعقد) لان العقد عبارة عن الايجاب والقبول (بل الظاهر) (١) من كلماتهم فى تعريف البيع (اتفاقهم على ارادة هذا المعنى) الثالث (فى عناوين ابواب المعاملات حتى الاجارة وشبهها) كالرهن والمزارعة فان

التي ليست هي في الاصل اسما لاحد طرفي العقد

اقول : اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول ، فالظاهر انه ليس مقابلا للاول وانما هو فرد انصرف اليه اللفظ في مقام قيام القرينة على ارادة الايجاب المشرء اذ لا ثمة في الايجاب المجرد فقول المخبر : بعست

مرادهم العقد اى الايجاب والقبول (التي ليست هي في الاصل اسما لاحد طرفي العقد) لان بعض عناوين المعاملات اسم لاحد طرفي العقد ، كالبيع والضمان والخلع، فانها اسامى للايجاب فقط ، وبعضها اسم لطرفي العقد كالشركة والمزارعة والمساقاة. وبعضها اسم عين لا يرتبط بالايجاب ولا مجموع العقد ، كالوديعة والعارية والصدقة .

ولا 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 طرفي العقد في مجموع العقد - كالبيع - اولى لوجود علاقة الكل والجزء في مثل البيع دون مثل الاجارة فاستعمال الاجارة في العقد ابعد من مثل استعمال البيع في العقد .

(اقول) يرد على المعاني الثلاثة التي ذكرها المقابيس ما لا يخفى (اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول ، فالظاهر انه ليس مقابلا للاول) اى المعنى الذى ذكرناه من انه انشاء تطليق عين بمال (وانما هو) اى الايجاب المتعقب (فرد) من افراد البيع (انصرف اليه اللفظ) لفظ البيع (في مقام قيام القرينة على ارادة الايجاب المشرء) وانما انصرف لفظ البيع اليه (اذ لا ثمة في الايجاب المجرد) وهذا كانصرف الانسان الى العاقل لعدم الفائدة في الانسان المجنون لا ان الانسان موضوع للعاقل فقط (فقول المخبر : بعست ،

.....
انما اراد الايجاب المفيد ، فالقيد مستفاد من الخارج ، لا ان البيع مستعمل
فى الايجاب المتعقب للقبول ، وكذلك لفظ النقل والابدال والتعليك وشبهها
مع انه لم يقل احد بان تعقيب القبول له دخل فى معناها ، نعم تحقق القبول
شرط للانتقال فى الخارج لافى نظر الناقل اذ التأثير لا ينفك عن الاثر فالبيع وما
يساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب لا الكسروا الانكسار

انما اراد الايجاب المفيد (بتعقيب القبول) فالقيد مستفاد من الخارج (
الذى هو قرينة ان المتكلم اراد المشر (لان البيع مستعمل فى الايجاب
المتعقب للقبول) كما قال صاحب المقاييس (وكذلك لفظ النقل والابدال والتعليك
وشبهها) كالتبديل (مع انه لم يقل احد بان تعقب القبول له دخل فى معناها)
واى فرق بين هذه الالفاظ وبين البيع (نعم تحقق القبول شرط للانتقال
فى الخارج) اذ لولا القبول لا يكون انتقال خارجى (لا فى نظر الناقل) (١) ،
فان الناقل يرى انه حيث اوجد المؤثر وجد الاثر سواء اعتبر العقل وجود ما يضا
- بمعنى التأثير فى الخارج - اولا اذ لا تلازم بين نظر الناقل وبين الخارج
وحيث كان هنا محل ان يقال كيف يمكن ان يحصل الاثر فى نظر الناقل دون الخارج
اجاب بقوله : (فالبيع وما يساويه معنى) من النقل وما اشبه ، وقوله : (معنى)
اى ما هو بمعنى البيع (من قبيل الايجاب والوجوب) من الامور الاعتبارية التى
يمكن اختلاف الانظار فيها فزيد اذا امر عمر اكان معتبرا للوجوب ، وان لم
يعتبر العقل كونه واجبا لعدم حق لزيد فى الايجاب (لا الكسروا الانكسار)
من الامور الخارجية التى لا يمكن اختلاف الانظار فيها ، بل اما ان يحصل
الانكسار بنظر الكل اولا يحصل بنظر الكل ومنه يظهر انه من الممكن تحقق
الانتقال بنظر البائع الناقل لانه اوجد المؤثر الاعتبارى فلا بد ان يوجد

(١) وفى نسخة اخرى : اذ التأثير لا ينفك عن الاثر .

كما تخيله بعض فتاامل .

ومنه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح ، فضلا عن

ان يجعل احد معانيه .

واما البيع — بمعنى الاثر وهو الانتقال — فلم يوجد فى اللغة ولا فى العرف، و

انما وقع فى تعريف جماعة تبعا للمبسوط . وقد يوجه بان المراد بالبيع المحدود

المصدر من المبنى للمفعول اعنى المبيعية وهو تكلف حسن

الاثر الاعتبارى بنظره مع عدم تحقق الانتقال بنظر العقلاء — اى فى الخارج —

(كما تخيله بعض) من ان البيع كالكسر والانكسار (فتأمل) اذ حتى بنظر

الناقل لم يحصل النقل ، اذ الناقل لا يرى النقل مالم يلحق القبول بمـ

اوجهه من الايجاب .

(ومنه) 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 انشاء تمليك عين بمال (فضلا عن ان يجعل احد معانيه

اى معانى البيع كما صنعه من قارب عصرنا . والحاصل انه ليس قيـدا ، فكيف

بكونه معنى مستقلا .

(واما البيع — بمعنى الاثر) الذى جعله هذا المقارب للعصر معنى ثانيا

للبيع (وهو الانتقال — فلم يوجد فى اللغة ولا فى العرف) بان يطلق لفظ

البيع ويراد به الانتقال (وانما وقع فى تعريف جماعة) للبيع (تبعا للمبسوط وقد

يوجه) هذا المعنى (بان المراد بالبيع المحدود) الذى عرف بانما الانتقال

(المصدر من المبنى للمفعول) اى المجهول (اعن المبيعية) فى مقابل

المصدر المبنى للفاعل اى البايعية (وهو تكلف) اذ ليس البيع بهذا المعنى

عند الاطلاق . ولكنه (حسن) اذ هو الوجه الوحيد لتصحيح هذا التعريف .

واما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشاهد الثانى - رحمه الله - بان
 طلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية . والظاهر ان السبب هو الاثر الحاصل فى
 نظر الشارع لانه المسبب عن العقد ، لا النقل الحاصل من فعل الموجب ،
 لما عرفت من انه حاصل بنفس انشاء الموجب ، من دون توقف على شىء ،
 كحصول وجوب الضرب فى نظر الامر بمجرد الامر ، وان لم يصر واجبا فى
 الخارج فى نظر غيره . والى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص والفتاوى
 من قولهم : لزم البيع ، او وجب ، اولا بيع بينها ، او اقاله فى البيع

واما البيع بمعنى العقد (وهو ثالث المعانى التى ذكرها المقارب للعصر
) فقد صرح الشاهد الثانى - رحمه الله - بان اطلاقه عليه مجاز لعلاقة
 السببية (فالبيع اسم للمسبب وضع على السبب) والظاهر ان السبب هو
 الاثر الحاصل فى نظر الشارع لانه المسبب عن العقد (فالبيع - هو المؤثر ذلك
 المؤثر - وضع للذى يسبب ذلك الاثر وهو السبب اى العقد (لا) ان المسبب
 (النقل الحاصل من فعل الموجب ، لما عرفت) فى قولنا قبل اسطر : ((لافى
 نظر الناقل)) (من انه حاصل بنفس انشاء الموجب ، من دون توقف على شىء ،)
 آخر - اعنى اعتبار العقلاء - اذ المنشىء يرى حصول الأثر عند انشاءه سواء
 اعتبره الشرع والعقلاء ام لا (كحصول وجوب الضرب فى نظر الامر) الذى يقول
 ((اضرب)) (بمجرد الامر ، وان لم يصر واجبا فى الخارج فى نظر غيره)
 فان الوجوب امر اعتبارى يمكن ان يكون بنظر ولا يكون بنظر كسائر الامور
 الاعتبارية (والى هذا) اى معنى الاثر فى نظر الشارع (نظر جميع ما ورد
 فى النصوص والفتاوى من قولهم : لزم البيع ، او وجب ، اولا بيع بينها ، او اقاله
 فى البيع) فانه ليس المراد العقد ، والا حصل العقد بينهما ، بل المراد
 الاثر فى نظر الشارع اى تم الاثر فى نظره ، اولا اثر . او اقاله فى الاثر ..

ونحو ذلك • والحاصل : ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب والقبول فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية ولذا يقال : انعقد البيع ، ولا ينعقد البيع •

ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك : على ان عقد البيع وغيره

من العقود ، حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد

(ونحو ذلك) من سائر امثال هذه الجمل (والحاصل) اى حاصل كلام الشهيد بملاحظة التوجيه الذى ذكرناه من انه من باب علاقة السببية (ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل) فقولهم : البيع عقد مركب من ايجاب و قبول ، يراد بالبيع النقل فى نظر الشارع المسبب عن العقد و يطلق البيع على العقد بعلاقة السببية ولا يراد بذلك النقل فى نظر الموجب • فالبيع (بمعنى) النقل الذى هو (اسم المصدر) الحاصل من المصدر كالغسل الذى هو حاصل من الاغتسال (مع اعتبار تحققه) اى النقل (فى نظر الشارع ، المتوقف) هذا النقل (على تحقق الايجاب والقبول) فى الخارج (فاضافة العقد الى البيع) فى قوله : ((عقد البيع)) (بهذا المعنى) الذى ذكرناه وهو النقل (ليست بيانية) بل من قبيل : ((عقد النقل)) فى قبال : ((عقد تملك المنفعة)) — بمعنى الاجارة — ، ((وعقد تملك المنتقل اليه مجانا)) — بمعنى الهبة — وهكذا • • (ولذا يقال) اى لذا الذى ذكرناه من ان الاضافة ليست بيانية (انعقد البيع) حيث يؤتى بالفعل الدال على الزمان (ولا ينعقد البيع) و لو كان العقد نفس البيع كان من قبيل : ((باع البيع)) مما كان المضاف اليه تأكيداً لا انه مفيد لمعنى جديد •

(ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك : على ان عقد

البيع وغيره من العقود ، حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد) والمراد بـ

لوجود خواص الحقيقة والمجاز ، كالتبادر و صفة السلب . قال : ومن ثم حمل الاقرار به عليه

ولو ادعى (١) ارادة الفاسد لم يسمع اجماعا .

ولو كان مشتركا بين الصحيح والفاسد ، لقبل 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 وفاسد — او ((البيع)) اى المضاف اليه ، وانما نقول بانه حقيقة فى الصحيح ومجاز فى الفاسد (لوجود خواص الحقيقة والمجاز كالتبادر) الى الصحيح (وصفة السلب) — عن الفاسد فيهما ، ومن المعلوم ان التبادر علامة الحقيقة وصفة السلب علامة المجاز (قال) الشهيد (ومن ثم) وانه حقيقة فى الصحيح (حمل الأقرار 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 ولو لم يكن الظاهر من البيع الصحيح لم يحل اقراره على البيع الصحيح .

(ولو (١) ادعى ارادة 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 .

(ولو كان) البيع (مشتركا بين الصحيح والفاسد ، لقبل تفسيره بأحدهما) كأن يفسر بالفاسد المقضى لعدم امكان مطالبة بشئ (كغيره من الالفاظ المشتركة) حيث انه اذا اقر باللفظ المشترك قبل تفسيره باحد معانيه ، سواء أكانت تلك المعانى من قبيل افراد الكلى ، كما لو اعترفت بان لزيد عليه سيقا ثم فسره بالهندي ، او من قبيل المشترك اللفظى ، كما لو اعترف بان لزيد عليه عينا ثم فسرها بالذهب — مثلا —

(١) وفى نسخة : حتى لو ادعى

وانقسامه الى الصحيح والفاسد اعم من الحقيقة انتهى
وقال الشهيد الاول فى قواعد: الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم و
سائر العقود لا تطلق على الفاسد الا الحج لوجوب المضى فيه . وظاهره

(و) ان قلت : ان العقد ينقسم الى الصحيح والفاسد ، فيقال :
العقد اما صحيح او فاسد ، ومن المعلوم ان الانقسام علامة كون المقسم
حقيقة فى كل الاقسام ، اذ لا يصح تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره . فلا يقال :
الانسان اما انسان واما بقر . نعم يقال : الانسان اما افريقى او آسوى . و
الحاصل ان البيع ينقسم الى الصحيح والفاسد والتقسيم علامة الحقيقة .
قلت : (انقسامه الى الصحيح والفاسد اعم من الحقيقة) اذ اللفظ يقسم الى
المعنى الحقيقى والمجازى ، 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 قواعد) 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 والصوم وسائر العقود) (وسائر) عطف على (الماهيات) لا على
(الصلاة) اذ العقود ليست من الماهيات الجعلية كما لا يخفى لا تطلق على الفاسد
فالصلاة الفاسدة لا تتسمى صلاة - الا مجازا - وكذلك الرهن الفاسد لا يسمى
رهنا - الا مجازا - (الا الحج) فان فاسده ايضا يسمى حجا (لوجوب المضى
فيه) اذ لو لم يكن الفاسد حجا لم يجب المضى فيه واتمامه ، فان الانسان ليس
بمكلف باتيان غير الحج . فوجوب المضى علامة انه حج وان كان فاسدا (وظاهره)

ارادة الاطلاق الحقيقى

ويشكل ما ذكرناه بان وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو ((احل الله البيع)) واطلاقات ادلة سائر العقود فى مقام الشك فى اعتبار ر شئ فيها مع ان سيرة علماء الاسلام التمسك بها فى هذه المقامات .
نعم يمكن ان يقال : ان البيع وشبهه فى العرف اذا استعمل فى الخاصل من لمصدر الذى يراد

اى ظاهر القواعد من قوله : ((لا تطلق)) (ارادة الاطلاق الحقيقى) يعنى ان العبادة والمعاملة لا تطلق - اطلاقا على سبيل الحقيقة - على الفاسد ، لانه يريد عدم الاطلاق حتى اطلاقا مجازيا لوضوح ان هذه الالفاظ تطلق على الفاسد اطلاقا من باب المشابهة فى الهيكل الصحيح .
(ويشكل ما ذكرناه) - الشهيد الاول والثانى - (بان وضعها) اى وضع الفاظ العبادات والمعاملات (للصحيح) فقط (يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو ((احل الله البيع)) واطلاقات ادلة سائر العقود (كدليل ((الرهن)) و ((الاجارة)) وغيرهما (فى مقام الشك فى اعتبار شئ فيها) اى فى صحة تلك العقود ، مثلا لو شكنا فى انه هل تعتبر العريية فى صيغة البيع كان اللازم ان لا نتمسك ب ((احل الله البيع)) فى عدم اعتبارها ، اذ معنى البيع على قول الشهيد ((البيع الصحيح)) والمفروض اننا نشك فى ان صيغة البيع الفارسية صحيحة ام لا ؟ (مع ان سيرة علماء الاسلام التمسك بها) اى بادلة ، العقود (فى هذه المقامات) اى مقامات الشك فى ان الشئ الفلانى هل يعتبر فى العقد ام لا ؟

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

من قول القائل : ((بعت)) عند انشاء لا يستعمل حقيقة الا فيما كان صحيحا مؤثرا ولو فى نظرهم ثم اذا كان مؤثرا فى نظر الشارع كان بيعا عنده والا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل ((بعت)) عند العرف والشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للآثر ومجاز فى غيره الا ان الافادة وثبوت الفائدة مختلف فى نظر العرف والشرع .

الحاصل (من قول (القائل) (١) : 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 ومؤثرا للنقل والانتقال (ولو فى نظرهم) اى نظر العرف - سواء وافقه نظر الشرع ام لا - (ثم اذا كان مؤثرا فى نظر الشرع) ايضا (كان بيعا عنده) اى عند الشرع (والا كان صورة بيع) لاتفيد النقل والانتقال (نظير بيع الهازل عند العرف) الذى لا يفيد اثر النقل والانتقال (فالبيع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل ((بعت)) عند العرف والشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للآثر ومجاز فى غيره) اى الذى لا يفيد الآثر - كما ذكره الشهيدان - (الا ان ، الافادة) اى افادة البيع للآثر (وثبوت الفائدة) اى ترتب النقل والانتقال (مختلف فى نظر العرف والشرع) فالعرف يرى الصحة احيانا فيما لا يراه الشرع كالبيع الربوى الذى يراه العرف العادى - مقابل العرف المتشرعى - صحيحا ولا يراه الشرع صحيحا .

(و) ان قلت : يبقى فى المقام انه كيف يتمسك العلماء باطلاق ادلالتا لبيع

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

فيما شك في شرط أو جزء، مع ان مقتضى وضعه للصحيح عدم امكان التمسك، قلت: (اما وجه تمسك العلماء باطلاق ادلة البيع ونحوه) كالرهن والاجارة و سائر ادلة العقود (فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف) لان المخاطب هو العرف فمثل ((احل الله البيع)) يراد به البيع الذي يفهم العرف مثلاً - (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 بيعت) والفرق بين هذا وسابقه ان المراد ب ((ما هو الصحيح المؤثر)) اسم المصدر وب ((على المصدر)) المصدر، والمراد أن ((البيع)) في الآية اما ((كالغسل)) أو ((كالاغتسال)) (فيستدل باطلاق الحكم بحله) اي اطلاق الحلية في الآية، اي حل هذا البيع المؤثر عند العرف المشكوك في صحته شرعا - للشك في جزء أو شرط - (أو بوجوب الوفاء) في قوله سبحانه : ((أوفوا بالعقود)) (على كونه مؤثرا في نظر الشارع ايضا) كما هو مؤثر في نظر العرف . والحاصل عدم المناقاة بين ((كون البيع موضوعا للصحيح)) وبين ((التمسك بالاطلاق)) بتقريب ان البيع موضوع للصحيح عرفا ، فاذا كان هناك بيع صحيح عرفا فشك في صحته شرعا تمسك بالاطلاق فيحكم بصحته شرعا ايضا (فتأمل) فان العرف مرجع في الفاهيم

فان للكلام محلا آخر .

الكلام فى المعاطاة

اعلم ان المعاطاة على ما فسرہ جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر وهو 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 ولا تصريح بالاباحة المزبورة بل

يعطى شيئا ليتناول شيئا يدفعه الآخر اليه

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

(الكلام فى المعاطاة) مصدر باب المفاعلة من عا طى يعا طى . (اعلم

ان المعاطاة على ما فسرہ جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من

الآخر كأن يعطى زيد دينارا لعمرو فى مقابل ما يأخذه من عمرو من الكتاب

(وهو 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 ، وذاك هذا .

(وربما يذكر وجهان آخران) فى المعاطاة .

(احدهما : ان يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالاباحة المزبورة)

التي هى الوجه الاول (بل يعطى شيئا ليتناول) ويأخذ (شيئا يدفعه الآخر

والثاني : ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع .

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

والثاني : بما تقدم في تعريف البيع من ان التملك بالعوض على وجه
المبادلة هو مفهوم البيع لا غير نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود
كبيع لبن الشاة مدة وغير ذلك ، ككون التملك المطلق اعم من البيع

اليه) والنقل اعم من الملك .

(والثاني : ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع) فهنا أربعة اوجه

((الا باحة)) ، ((البيع)) ، ((النقل المطلق)) ، ((الملك المطلق)) ، وحيث
ان كاشف الغطاء — رحمه الله — جعل المعاطاة معاملة مستقلة لا ترتبط بالا باحة
ولا البيع اخترع هذين الوجهين .

(ويرد الاول) وهو النقل المطلق (بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من

عناوين البيع أو الا باحة 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 بشئ من هذه الامور ، لكنه يقصده قلبا لا محالة ، وعليه فلا يمكن
تحقق النقل المطلق .

(و) يرد (الثاني : بما تقدم في تعريف البيع من ان التملك بالعوض على

وجه المبادلة) بين العوض والمعوض (هو مفهوم البيع لا غير)
فالتملك المطلق هو البيع لا انه وجه جديد (نعم يظهر من
غير واحد منهم في بعض العقود — كبيع لبن الشاة مدة وغير ذلك . . — ككون
التملك المطلق اعم من البيع) وانه نافذ بدليل : اوفوا بالعقود . . و: تجارة عن

ثم ان المعروف بين علمائنا فى حكمها: انها مفيدة لا باحة التصرف ويحصل الملك بتلف احدى العينين .

وعن المفيد وبعض العامة : القول بكونها لازمة كالبيع .

وعن العلامة - رحمه الله - فى النهاية : احتمال كونها بيعا فاسدا، فى عدم افادتها لا باحة التصرف .

ولا بد اولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة اوفى المقصود بها التمليك ؟ الظاهر من الخاصة والعامة هو : المعنى الثانى وحيث ان الحكم بالا باحة بدون الملك قبل التلف

تراضى لكنك عرفت الاشكال فيه وانه لا بد ان ينوى الدافع احد العنوانات الخاصة فهذا كله تمام الكلام فى موضوع المعاطاة

(ثم ان المعروف بين علمائنا فى حكمها انها مفيدة لا باحة التصرف) من الجانبين (ويحصل الملك) للجانبين (بتلف احدى العينين) فبمجرد ان تلف الثمن - مثلا - انتقل الثمن الى البائع والمشتري الى المشتري .

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

(وعن العلامة - رحمه الله - فى النهاية : احتمال كونها بيعا فاسدا فى عدم افادتها لا باحة التصرف) فلا قول ثلاثة : ((الاباحة)) و ((البيع)) و ((لا شئ)) .

(ولا بد اولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة) اى ما قصد الدافع الاباحة (اوفى المقصود بها التمليك ؟ . الظاهر من الخاصة والعامة هو : المعنى الثانى) اى المقصود بها التمليك ، فاذا قصد المتعاطيان التمليك بعض يقول : بافادتها الملك ، وبعض بافادتها الاباحة ، وبعض بعدم افادتها لشيء اصلا (وحيث ان الحكم بالا باحة بدون الملك قبل التلف)

وحصوله بعده لا يجا مع ظاهرا قصد التملك من المتعاطين
نزل المحقق الكركي الاباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل ، وانه
يلزم بذهاب احدى العينين ، وحقق ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على
الارشاد بما لا مزيد عليه ، لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ
الى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة ورجح بقاء الاباحة
في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك ، ونزل

لاحد العوضين (وحصوله) اى الملك (بعده) اى بعد التلف (لا يجا مع
ظاهرا قصد التملك من المتعاطين) اذ لو نفذ قصد الملك لزم ان ينفذ من الاول و
لو لم ينفذ قصد الملك لم يوجب التلف الملك اذ لا دليل على ان التلف من
المملكات .

(نزل المحقق الكركي الاباحة في كلامهم) حيث قالوا : المعاطاة تفيد
الاباحة (على الملك الجائز المتزلزل ، وانه) اى الملك (يلزم بذهاب احدى
العينين) اى يكون الملك لازما اذا تلف احد العوضين (وحقق) الكركي
(ذلك) القول بان مرادهم الملك المتزلزل (في شرحه على القواعد و تعليقه
على الارشاد بما لا مزيد عليه ، لكن بعض المعاصرين) وهو صاحب الجواهر
(لما استبعد هذا الوجه) بان يريد الفقهاء بالاباحة الملك المتزلزل ، لان
الاباحة في مقابل الملك فكيف يمكن اطلاق احدهما على الاخر بدون القرينة
(التجأ الى جعل محل النزاع) في المعاطاة (هي المعاطاة المقصود بها
الاباحة) خلافا لما تقدم من الذى قلنا : بان مقصودهم ما اريد به الملك (و
رجح بقاء الاباحة في كلامهم) اى قولهم : ان المعاطاة تفيد الاباحة
(على ظاهرها المقابل للملك) لا كما صنع المحقق الكركي (ونزل) هذا

حكم قدماء الاصحاب بالا باحة على هذا الوجه ، وطعن على من جعل محل النزاع فى المعاطاة بقصد التملك ، قائلا : ان القول بالا باحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب وكبرائهم .
والانصاف ان ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الا باحة بالملك المتزلزل بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل : الشيخ فى المبسوط والخلاف والحلى فى السرائر ، وابن زهرة فى الغنية ، والحلى فى الكافى ، والعلامة فى التذكرة وغيرها ، بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم

المعاصر (حكم قدماء الاصحاب بالا باحة) اى افادة المعاطاة الا باحة (على هذا الوجه) اى فيما اذا اراد المتعاملان الا باحة لا ما اذا اراد الملك (وطعن على من جعل محل النزاع) فى ان المعاطاة تفيد الا باحة أو الملك (فى المعاطاة بقصد التملك قائلا : ان القول بالا باحة الخالية عن الملك مع قصد المتعاطيين (الملك مما لا ينسب الى اصغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب وكبرائهم) اذ كيف يمكن ان يقع مالا يقصده المتعاملان ؟

والحاصل ان الاصحاب قالوا : ((المعاطاة تفيد الا باحة)) فالكركى قال : مرادهم ((المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الملك المتزلزل)) ، وصاحب الجواهر قال : مرادهم ((المعاطاة المراد بها الا باحة تفيد الا باحة)) .
(والانصاف ان ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الا باحة بالملك المتزلزل بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الاصحاب) اى كيفيتهم لسوق الكلام والقرائن المحفوفة (مثل : الشيخ فى المبسوط والخلاف ، والحلى فى السرائر وابن زهرة فى الغنية ، والحلى فى الكافى ، والعلامة فى التذكرة وغيرها) من سائر كتبه (بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم

((ومع فاعل وفعال فعل
في نسبا غنى عن اليا قبل))

فقال : اعطنى بها بطلا أو ماء ، فاعطاه فانه لا يكون بيعا ، وكذلك سائر المحقرات وانما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فى ما أخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه

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

فالمراد : المنسوب الى الشرب . (فقال : اعطنى بها بطلا أو ماء ، فاعطاه ، فانه لا يكون بيعا وكذلك سائر المحقرات) مما ليست بأمر كبيرة كالسداد والبستان وما اشبه . . .

(وانما يكون اباحة له) اى للآخذ (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 البقلى اذا اراد ان يسترجع البقل 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 والانتقال (وبه) اى بعدم الملك بل الاباحة (قال الشافعى وقال ابو حنيفة : يكون بيعا صحيحا وان لم يحصل الايجاب والقبول) اللفظيين ، (وقال ذلك) اى كونه بيعا صحيحا (فى المحقرات) كالماء والبقل (دون غيرها) كالدار والبستان .

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

ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت .

واما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها . انتهى .

ولا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك وفي ان محل الخلاف بينه وبين ابي حنيفة ما لو قصد البيع لا الاباحة المجردة . كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنفية حيث انه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال : و ينعقد بالايجاب والقبول والتعاطى . وايضا فتمسكه بان العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيعية

فان الشارع يلزم ان يبين ماذا يفيد اللزوم ، وما هو موضوع ((او فو بال عقود)) (ولا دلالة في الشرع على وجوده) اى الموضوع للحكم الشرعى (هنا) فى المعاطاة (فيجب ان لا يثبت) اذ عدم الدليل دليل العدم فى امثال هذه المقامات .

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

(ولا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك) بالمعاطاة (وفى ان محل الخلاف بينه وبين ابي حنيفة ما لو قصد) المتعاملان (البيع لا الاباحة المجردة) فالذى يقول بان كلام الاصحاب ((حصول الملك المتزلزل)) والذى يقول ان كلامهم فيما ((لو قصد الاباحة)) خلاف هذا الكلام من الشيخ (كما يظهر ايضا) كون محل الكلام ما لو قصد الملك - لا الاباحة - (من بعض كتب الحنفية حيث انه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال : وينعقد بالايجاب والقبول والتعاطى) ومعلوم ان المراد بالتعاطى هو المراد بالايجاب والقبول - لا الاباحة - (وايضا فتمسكه) اى الشيخ (بان العقد حكم شرعى يدل) هذا الكلام (على عدم انتفاء قصد البيعية) اى التمليك - لا

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

وقال في السرائر - بعد ذكر اعتبار الايجاب والقبول واعتبار تقدم الاول على الثاني - ما لفظه : فاذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب فقال : اعطنى فانه لا يكون بيعا ولا عقدا ، لان الايجاب والقبول ما حصل ، وكذلك سائر المحقرات

الاباحة - فيما اذا كان تعاط (والا) بان كان قصد التملك مفقودا فى المعاطاة (لكان الاولى بل المتعين التعليل به) اى بعدم قصد التملك .
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 واقراره ياتى بعد وجود اصل القصد (اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة وعرفا لا معنى للتمسك) على انتفائه (بتوقيفية الاسباب الشرعية) وانه لا سبب شرعى فى المقام (كما لا يخفى) فان الانتفاء ينسب الى السابق من علتين فعدم القصد سبب اول وعدم امضاء الشارع سبب ثان فاذا لم يكن السبب الاول لم يكن معنى للتعليل بالسبب الثانى .

(وقال) الحلى (فى السرائر - بعد ذكر اعتبار الايجاب والقبول واعتبار تقدم الاول على الثانى -) اى يجب ان يكون الايجاب قبل القبول فلا يصح ان يقول المشتري ((قبلت)) ثم يقول البائع ((بعت)) (ما لفظه : فاذا دفع قطعة الى البقلى او الشارب فقال اعطنى فانه لا يكون بيعا) حتى يشمل : ((احل الله البيع)) (ولا عقدا) حتى يشمل : ((افوا بالعقود)) (لان الايجاب والقبول ما حصل ، وكذلك) الحال فى (سائر المحقرات) بل

وسائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب والحيوان أو غير ذلك . وانما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه او دخل في ملكه ولكل 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 وانما ذلك على جهة الاباحة ، انتهى .

فان تعليله عدم الملك بعدم حصول الايجاب والقبول يدل على انه ليس المفروض ما لو لم يقصد التمليك . مع ان ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا . ولا ينافي ذلك

(وسائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب والحيوان أو غير ذلك . وانما يكون) هذا التعاطي (اباحة له) اى لكل واحد من الثمن والمئمن للطرف المقابل (فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه) بسبب التعاطي (او دخل في ملكه) بعد التعاطي (ولكل منهما ان يرجع فيما بذله لان الملك لم يحصل لهما) حتى يكون كل منهما ملتزما بما فعله من الاخذ والاعطاء (وليس ذلك) التعاطي (من العقود الفاسدة ، لانه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما) فليس التعاطي عقدا _ مطلقا _ لا صحيحا ولا فاسدا (وانما ذلك) التصرف (على جهة الاباحة انتهى) كلام السرائر .

(فان تعليله) اى السرائر (عدم الملك) لهما (بعدم حصول الايجاب والقبول 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 _ وهو الايجاب والقبول _ (في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا من انه فيما اذا قصدا الملك (ولا ينافي ذلك) اى كون كلامه في صورة قصدهما

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

وقال في الغنية — بعد ذكر الايجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى ومعلومية العوضين ، وبعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة لها — ما هذا لفظه : واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البائع ، بان يقول : بعنيه بالف ، فيقول : بعتك بالف . فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشتري بعد ذلك اشتريت او قبلت حتى ينعقد واحترازا ايضا

الملك (قوله : وليس 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 او الاباحة والسرائر انما نفى ذلك ليثبت الاباحة .

(وقال في الغنية — بعد ذكر الايجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى ومعلومية العوضين ، وبعد بيان الاحتراز لكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة لها —) كلاحتراز عن المعاملة التي لا تراضى فيها ، او كان احد المعوضين فيها مجهولا (ما هذا لفظه : واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب 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 او قبلت ، حتى ينعقد) البيع (واحترازا ايضا) عطف على

عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو : ان يدفع الى البقلى قطعة ويقول : اعطنى بقلا فيعطيه ، فان ذلك ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف . يدل على ما قلناه الاجماع المشار اليه . وايضا فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به وليس على صحة ما عداه دليل . ولما ذكرنا نهى — صلى الله عليه وآله وسلم — عن بيع المنابذة والملاسة وعن بيع الحصة ، على التأويل الاخر

((تحرزا)) (عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو : ان يدفع الى البقلى قطعة ويقول : اعطنى بقلا ، فيعطيه ، فان ذلك) التعاطى (ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف) (ويدل على ما قلناه الاجماع المشار اليه) فى اول كلامنا (وايضا فما اعتبرناه) من الشرائط (مجمع على صحة العقد به وليس على صحة ما عداه دليل) فالاصل عدم (ولما ذكرنا) من لزوم الايجاب والقبول فى البيع (نهى) النبى (— صلى الله عليه وآله وسلم — عن بيع المنابذة والملاسة وعن بيع الحصة) .

المنابذة : هى ان ينبذ كل من البائع والمشتري الجنس الى الاخر بدون اختيار الاخر له ومعرفة حسنه وعدم حسنه ، كأن ينبذ هذا ثوبا الى ذاك وينبذ ذاك ثوبا آخر الى هذا ، ويكون هذا النبذ : ايجاب البيع وقبوله .
والملاسة : هى ان يكون للمس ايجابا للبيع كان يلمس زيد ثوب عمرو فيكون ذلك للمس ايجابا ، وبالعكس .

وبيع الحصة : ان يكون رضى الحصة الى والمبيع ايجابا .

وفى هذه الثلاثة اقوال اخر اظهرها ما ذكرناه .

(على التأويل الاخر) مقابل التأويل الاول : وهو ان يجرى اللفظ ويكون

ومعنى ذلك ان يجعل للمس بشئ والنبدله والقاء الحصاة بيعا موجبا لانتهاى
فان دلالة هذا الكلام على ان المفروض قصد المتعاطيين التملك من وجوه
متعددة ، منها : ظهور ادلته الثلاثة فى ذلك

اللمس والنبد والقاء الحصاة موجبا للتعين ، كأن يقول : بعثك ثوبا بدينار ، ثم
يرمى اليه الحصاة ليعين الكلى فى الثوب الذى اصابته الحصاة .
وانما قال على التأويل الاخر ، اذ فى التأويل الاول يكون لفظ الايجاب و
القبول فى البين بخلاف التأويل الاخر الذى لا لفظ فيه .
والتأويل الاول وان كان باطلا ايضا لدى ((الغنية)) الا ان كلامه الان فى
العقد الخالى عن اللفظ ، ولذا خصص الباطل بالتأويل الآخر .
ثم انه انما سمي تأويلا لان ارادة المتبايعين للعقد والنقل والانتقال تؤل
وتنتهى الى الايجاب والقبول الصحيح او البيع بالمنازمة والملامسة والحصاة ،
ولا يراد بالتأويل معناه المعروف .

(و) كيف كان فـ (معنى ذلك) الذى ذكرناه من اقسام البيع الثلاثة على
التأويل الاخر (ان يجعل للمس بشئ والنبدله والقاء الحصاة بيعا موجبا .
انتهى) كلام ((الغنية)) .

(فان دلالة هذا الكلام على ان المفروض) فى كلام ((الغنية)) (قصد
المتعاطيين التملك) لا الاباحة - كما قاله صاحب الجواهر - (من وجوه
متعددة منها : ظهور ادلته الثلاثة) اى قوله ((فان ذلك ليس ببيع)) وقوله
((وايضا فما اعتبرناه مجمع)) وقوله ((لما ذكرنا)) فانها صريحة فى ان قصد
المتعاطيين التملك لكن لا يقع التملك للمحاذير الثلاثة ، لان المتعاطيين
لم يقصدا التملك (فى ذلك) الذى ذكرناه من ان يريد ما اذا قصد المتعاطيان

ومنها : احترازه عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد .

وقال في الكافي - بعد ذكرانه يشترط في صحة البيع امور ثمانية - ما لفظه : واشترط الايجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع - الى ان قال :- فان اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم وان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضى ، دون عقد البيع ، ويصح معه الرجوع وهو في الظهور قريب من عبارة ((الغنية)) .

وقال المحقق - رحمه الله - في الشرائع : ولا يكفي

التمليك . (ومنها : احترازه) بقيد الايجاب والقبول (عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء) احترازا (بنحو واحد) ومن المعلوم ان الاستدعاء انما هو بالنسبة الى التملك ، فالمعاطاة ايضا كذلك .

(وقال في الكافي - بعد ذكرانه يشترط في صحة البيع امور ثمانية - ما لفظه : واشترط الايجاب والقبول لخروجه) اى خروج التعامل (من دونهما) اى دون الايجاب والقبول (عن حكم البيع - الى ان قال :- فان اختلف شرط من هذه) الشروط الثمانية (لم ينعقد البيع ولم يستحق كل من المشتري والبائع (التسليم) للثمن او المثل (وان جاز التصرف) في كل منهما (مع اخلال بعضها) اى بعض الشرائط الثمانية (-) وجود (التراضى دون) ان يكون هناك (عقد البيع) موجودا (ويصح معه) اى مع التراضى فقط بدون العقد (الرجوع) من ، البائع الى سلعته ومن المشتري الى ثمنه ، لان التراضى ليس عقدا لازم الوفاء به . (وهو في الظهور) لقصد الكافي ما اذا قصد المتبايعان التملك - (قريب من عبارة ((الغنية))) .

(وقال المحقق - رحمه الله - في الشرائع : ولا يكفي) في انعقاد المعاملة

التقايض من غير لفظ وان حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع انتهى .
 وذكر 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 - : الا شهر عندنا انه لا بد منها فلا يكفى
 التعاطى في الجليل والحقير مثل اعطى بهذا الدينار ثوبا ، فيعطيه ما
 يرضيه فيقول له : خذ هذا الثوب بدينار فياخذه . وبه قال الشافعي
 لاصالة بقاء الملك

(التقايض) اي القبض والاقباض (من غير لفظ وان حصل من الامارات) والقرائن
 اللفظية والحالية (ما دل على ارادة البيع . انتهى) كلام ((الشرائع)) .
 (وذكر كلمة الوصل) اي قوله ((وان 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) والتعاطى المجرد عن اللفظ
 فانه من المعلوم ان ((كلمة الوصل)) قد تستعمل للتعميم كما لو قال : ((اكرم
 زيدا وان اهانك)) اي سواء اهانك ام لا ، وقد تستعمل للتنبيه المجرد .
 (وقال في التذكرة - في حكم الصيغة - : الا شهر عندنا انه لا بد) في
 العقد (منها) اي من صيغة الايجاب والقبول (فلا يكفى التعاطى في الجليل
 والحقير مثل) ان يقول المشتري : (اعطنى بهذا الدينار ثوبا ، فيعطيه
 ما يرضيه) من الثياب (فيقول له) البائع : (خذ هذا الثوب بدينار فياخذه)
 المشتري بالدينار (وبه قال الشافعي) .

وانما نقول بعدم كفاية الفعل (لاصالة بقاء الملك) فانا نشك في انه خرج
 الثمن والمثمن عن ملك مالهما بمجرد التعاطى والتراضى أم لا ؟ فالاصل

.....
 وقصور الافعال عن الدلالة على المقاصد .

وعن بعض الحنفية وابن شريح فى الجليل .

وقال احمد ينعتقد مطلقا . ونحوه قال مالك ، فانه قال : ينعتقد بما يقصده

الناس بيعا . انتهى

ودلالته على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه ، أدونها : جعل

مالك موافقا لاحمد فى الانعقاد ، من جهة انه قال : ينعتقد بما

يقصده الناس بيعا .

وقال الشهيد فى قواعدہ — بعد قوله : قد يقوم السبب الفعلى مقام

بقاء كل ملك على ملك مالكة الاول (و) لـ (قصور الافعال عن الدلالة على ،

المقاصد) لان الفعل ذو وجوه : التعليك والاباحة والاعارة والوديعة والقرض و

غيرها — كما لا يخفى — .

(وعن بعض الحنفية وابن شريح فى الجليل) اى انه لا ينعتقد البيع فى

الامور العظيمة بمجرد التعاطى ، اما الامور الحقيرة فينعتقد البيع فيها بالتعاطى

(وقال احمد) ابن حنبل (ينعتقد) بالتعاطى (مطلقا) فى الجليل

والحقير (ونحوه قال مالك ، فانه قال : ينعتقد) البيع (بما يقصده الناس بيعا

انتهى) كلام العلامة .

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

جعل مالك موافقا لاحمد فى الانعقاد ، من جهة انه (اى مالك

(قال ينعتقد بما يقصده الناس بيعا) ومن المعلوم ان قصد الناس الملك لا

الاباحة — كما قال فى الجواهر — .

(وقال الشهيد فى قواعدہ — بعد قوله ، قد يقوم السبب الفعلى مقام

السبب القولى ، وذكر امثلة لذلك ما لفظه - : واما المعاطاة فى المبيعات ، فهى تفيد الاباحة لا الملك وان كان فى الحقيق - عندنا -

ودلالتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى هذا كله مع ان الواقع فى ايدى الناس هى المعاطاة بقصد التمليك ويبعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة 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 والسرائر والتذكرة والقواعد

السبب القولى ، وذكر امثلة لذلك) كالهبة بالاعطاء القائمة مقام الهبة باللفظ . وما اشبه (ما لفظه - : واما المعاطاة فى المبيعات فهى تفيد الاباحة لا الملك وان كان فى الحقيق - عندنا -) انتهى كلام القواعد .

(ودلالتها) 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 (ويبعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة 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) لقريئة امثلتهم وغيرها (ثم انك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك) من المعاطاة (بل صراحة بعضها كالخلاف والسرائر والتذكرة والقواعد) لانهم صرحوا بافادة المعاطاة

ومع ذلك كله ، فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد : انهم أرادوا
 بالاباحة الملك المتزلزل . فقال : المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع و ان
 لم يكن كالعقد في اللزوم ، خلافا لظاهر عبارة المفيد . ولا يقول احد بانها
 بيع فاسد سوى المصنف في النهاية ، وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة . وقوله
 تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض ، عام الا ما أخرجه الدليل . وما يوجد
 في عبارة جمع من متأخري الاصحاب من انها تفيد الاباحة وتلزم بذهاب
 احدى العينين يريدون به عدم اللزوم في اول الامر

الاباحة . (ومع ذلك كله ، فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد : انهم
 أرادوا بالاباحة الملك المتزلزل) وان المعاطاة تفيد ذلك (فقال : المعروف
 بين الاصحاب ان المعاطاة بيع وان لم يكن كالعقد في اللزوم ، خلافا لظاهر
 عبارة المفيد) الذي يقول بانها بيع لازم (ولا يقول أحد بانها بيع فاسد) حتى
 لا يترتب عليها حتى الاباحة (سوى المصنف) اى العلامة (في النهاية ، وقد
 رجع عنه) اى عن كونه بيعا فاسدا (في كتبه المتأخرة) عن النهاية (وقوله
 تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض ، عام) شامل للمعاطاة وغيرها (الا ما
 أخرجه الدليل) كبيع الكالى بالكالى وما اشبهه ، مما هو تجارة عن تراض ومع
 ذلك باطل لوجود دليل خاص على بطلانه ، وليس مما أخرجه الدليل المعاطاة
 فهي باقية تحت عموم ((تجارة عن تراض)) (وما يوجد في عبارة جمع من متأخري
 الاصحاب من انها تفيد الاباحة وتلزم بذهاب احدى العينين) اى تلف الثمن
 او الثمن (يريدون به) اى بالاباحة بتأويلها بـ ((الكلام)) (عدم اللزوم
 في اول الامر) حين المعاطاة ، لا انهم يريدون الاباحة حقيقة

وبالذهاب يتحقق اللزوم ، لا متناع ارادة الاباحة المجردة من اصل الملك اذ المقصود للمتعاطين انما هو الملك ، فاذا لم يحصل كان بيعا فاسدا ولم يجز التصرف وكافة الاصحاب على خلافه . وايضا فان الاباحة المحضة لا تقتضى الملك اصلا وراسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده . وانما الافعال ،

(وبالذهاب) اى فقد احدى العينين (يتحقق اللزوم)

وانما اولنا كلامهم ((الاباحة)) الى ((الملك المتزلزل)) (لا متناع ارادة) الاصحاب من لفظ ((الاباحة)) الموجودة فى كلامهم (الاباحة المجردة من اصل الملك) اى اباحة بلا ملك ، بل مرادهم اباحة التصرفات مع انه ملك متزلزل (اذ المقصود للمتعاطين الملك ، فاذا لم يحصل) الملك اطلاقا - لا ملكا لازما ولا ملكا متزلزلا - (كان بيعا فاسدا ولم يجز التصرف) اصلا ، لانه يجوز التصرف لانه مباح (وكافة الاصحاب على خلافه) اى خلاف البيع الفاسد ، فان احدا منهم لا يقول بالمعاملة الفاسدة (وايضا) يدل على ان مرادهم بالاباحة الملك المتزلزل (فان الاباحة المحضة لا تقتضى الملك اصلا) ولو بعد فقد احدى العينين (وراسا) اى اطلاقا (فكيف) يقولون بانه (يتحقق ملك شخص) كالبائع مثلا للثمن (بذهاب مال آخر فى يده) ، كذهاب الثمن فى يد البائع ، اى لا وجه لان نقول : ان البائع يملك الثمن بذهاب هذا الثمن - الذى هو مال للمشتري فى يد البائع ، ويصح ان يقال ، فى مقام الاستبعاد : انه كيف يملك المشتري الثمن بذهاب ثمنه فى يد البائع (و) ان قلت : مقتضى ما ذكرتم ان يكون ، البيع لازما ، فلماذا تقولون انه ملك متزلزل ، قلت : (انما الافعال) كالمعاطاة

لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة كالأقوال لأنها تدل بالقرائن، منعوا لزوم العقد بها، فيجوز التراد مادام ممكنا ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق للزوم ويكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر انتهى .

ونحوه المحكى منه في تعليقه على الإرشاد وزاد فيه : أن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه

— في المقام — (لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول) الذي دلالاته بالصراحة (لأنها) أي الأفعال (تدل بالقرائن) مثل الإعطاء يدل بالقرينة على أنه بيع ، والأفعال إعطاء يمكن أن يكون هبة و غيرها (منعوا من لزوم العقد بها) أي بالأفعال (فيجوز) لكل من البائع والمشتري (التراد) فيرد كل جنس صاحبه ليأخذ جنسه (مادام) التراد (ممكنا ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق للزوم) ويكون الملك المتزلزل ملكا لازما (ويكفي) في إفادة اللزوم (تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي) كأن يتلف دينار من الثمن الذي هو مائة دينار مثلا — ، ومعنى امتناع التراد أنه لا يتمكن البائع — في المثال — أن يرد عين مائة دينار التي أخذها من المشتري (إذ هو) أي تراد البعض (موجب لتبعض الصفقة والضرر) يعني في بعض الموارد ، والأفليس جميع الموارد كذلك كما لا يخفى (انتهى) كلام الكركي في جامع المقاصد .

(ونحوه المحكى منه في تعليقه على الإرشاد وزاد فيه : أن مقصود المتعاطيين) من التعامل (إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع) فإن المتبايعين يريدان أن يباح لكل منهما التصرف بإباحة مترتبة على الملك لا إباحة مترتبة على الهبة أو ما أشبه (فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه) من ترتب

والا لوجب ان لا تحصل اباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد اذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد وهو باطل، وعليه يتفرع النماء وجواز وطى الجارية ومن منع فقد اغرب انتهى .

والذى يقوى فى النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها وانهم يحكمون بالاباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة على فرض قصد المتعاطيين التمليك و ان الاباحة لم يحصل بانشاءها

الملك المتزلزل على المعاطاة (والا) يحصل مقصودهما (لوجب ان لا تحصل اباحة بالكلية) اى اطلاقا - خلافا لما نسب الى المشهور من انهم يقولون بالاباحة المطلقة - (بل يتعين الحكم بالفساد) للمعاملة وانه لا يترتب عليه اباحة ولا ملك (اذ المقصود للمتعاطيين) غير واقع فلو وقع غيره (اى الاباحة المطلقة - لا المترتبة على الملك - (لوقع بغير قصد) منهما ، لانهما لم يقصداه (وهو باطل) اذ الامور المتوقفة على القصد لا تكون الا بالقصد ، وان شئت قلت : (ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع) (و عليه) اى على الملك (يتفرع النماء و جواز وطى الجارية) فان قلنا بالملك كان النماء للمشتري وجاز له الوطى ، وان لم نقل بالملك فلا ملك ولا اباحة ، فليس له نماء ولا يجوز له وطى الجارية (ومن منع) مما ذكرناه ، بل قال بعدم الملك (فقد اغرب) اى اتى بشئ غريب (انتهى) كلام الكركى رحمه الله .

(والذى يقوى فى النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها) فمرادهم المعاطاة المراد بها الملك - لا الاباحة - كما قال الجواهر (وانهم يحكمون بالاباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة) اى ان المعاطاة تفيد الاباحة على فرض قصد المتعاطيين التمليك (لان المعاطاة تفيد الملك المتزلزل - كما قال الكركى - (وان الاباحة لم تحصل بانشاءها) اى انشاء الاباحة

.....
ابتداءً 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 •

وحاصله ان المقصود هو الملك ، فاذا لم يحصل فلا منشاء لاباحة
التصرف اذ الاباحة انكانت من المالك فالمفروض انه لم يصدر منه الا التملك
وانكانت من الشارع فليس عليها دليل ولم يشعر كلامهم بالاستناد الى
نص فى ذلك مع ان الغاء الشارع للآثر المقصود

(ابتداء) لانهما لم ينشئا 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) •

(وحاصله) اى حاصل الايراد (ان المقصود) للمتعاطيين (هو
الملك ، فاذا لم يحصل) لعدم وجود الايجاب والقبول (فلا منشاء لاباحة
التصرف) وانما لا يكون منشأ لاباحة (اذ الاباحة انكانت من المالك) وان
المالك اباح (فالمفروض انه لم يصدر منه) اى من المالك (الا التملك)
لانه قصد الملك (وانكانت) 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 للآثر المقصود)

وترتيب غيره بعيد جدا ، مع ان التأمل فى كلامهم يعطى ارادة الاباحه
المالكية لا الشرعية .

ويؤيد ارادة الملك ان ظاهر اطلاقهم اباحه التصرف ، شمولها
للتصرفات التى لاتصح الا من المالك كالوطى والعنق والبيع لنفسه والتزامهم
حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات — كما اذا وقعت هذه التصرفات من
ذى الخيار او من الواهب الذى يجوز له الرجوع — بعيد .

الذى هو الملك (وترتيب غيره) الذى هو الاباحه (بعيد جدا) فان
المعروف من سيرة الشارع انه اوكل الامور القصديه — من هذا القبيل —
الى اصحاب القصد ، لانه تصرف فيها على خلاف رغبة اصحابه (مع ان
التأمل فى كلامهم يعطى) ويفيد (ارادة الاباحه المالكية لا) الاباحه
(الشرعية) فالقول بالاباحه الشرعية خلاف ظاهر كلماتهم .

(ويؤيد ارادة) المشهور (الملك) المتزلزل من الاباحه ، لا الاباحه
الاصلاحية — وهذا الكلام من تنمة الاشكال من قبل الكركى على من
يقول بارادة الفقهاء الاباحه المصطلحه — (ان ظاهر اطلاقهم) (بل اباحه
التصرف ، شمولها) اى الاباحه (للتصرفات التى لا تصح الا من المالك
كالوطى والعنق والبيع لنفسه) لاعن المالك ، فانه ورد : لا وطى الا فى
ملك ، ولا عنق الا فى ملك ، ولا بيع الا فى ملك (والتزامهم 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 ، والى
الزوجة ، ومع الشرط ، وما اشبه لا يصح فيها الرجوع (بعيد) خبر
قولهم : التزامهم .

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

والحاصل من هذا الاشكال : انكم اما تقولون بانه لا يجوز ان يتصرف المتعاطيان مثل هذه التصرفات في السلعة ، او تقولون بصحة هذه التصرفات . والاول خلاف اطلاق الفقهاء انه يجوز كل تصرف في السلعة ، والثاني لا يخلو : اما ان تقولون بسبق الملك عليها — وهذا هو المطلوب — واما ان تقولون بتقارنها مع الملك — كتصرف ذي الخيار — حيث ان البائع للامة بخيار له اذ وطأها كان الوطى تصرفا واخذا بالخيار حيث انها بمجرد الوطى تكون ملكا له ، اى ترجع الى ملكه ، وهذا بعيد جدا ، يحتاج الى دليل قوى وحيث وجد الدليل فى باب الهبة والخيار نقول بذلك و لكن لا دليل هنا على ان التصرف مملك ولذا لا نقول به (وسيجي ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول) اى الاباحة المجردة عن الملك (مستلزم لتأسيس قواعد جديدة) فى الفقه . والحاصل 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) والاشكالات التى ترد على القول بالاباحة (اهون من توجيه كلماتهم) بصرفها عن ظاهرها الى الملك المتزلزل (فان هذه الامور) والاشكالات ، الواردة على القول بالاباحة (لا استبعاد فى التزامها اذا اقتضى الاصل عدم الملكية) فى المعاطاة (ولم 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 ، وكوطى الجارية وصرح الشيخ فى المبسوط بان الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الايجاب والقبول ، ولا يحل وطئها .
ومما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم
الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التملك انه قد صرح الشيخ فى المبسوط ، والحلى فى السرائر ، كظاهر العلامة فى

الملكية (دليل معتبر) من ناحية (واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة) اى المالكية من ناحية اخرى - هذا اولا - (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 . والحاصل انا نقول بالاباحة ، ونرد اشكال : انه كيف يمكن التصرف المالكى فى السلعة ؟ بانه لا مانع منه ان دل الدليل ، اولا ، وبانه 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 والقبول ، ولا يحل وطئها) لانها لم تدخل فى ملك الموهوب له .

(ومما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التملك) فى المعاملة المعاطاتية (انه قد صرح الشيخ فى المبسوط ، والحلى فى السرائر ، كظاهر العلامة فى

القواعد : بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب والقبول
ولو من الرسول نعم يفيد ذلك اباحة التصرف لكن الشيخ
استثنى وطى الجارية .

ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالا باحة المجردة فى
المعاطاة قال بانها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العباءر
المتقدمة ومعقد اجماع الغنية

القواعد : بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدون الايجاب والقبول ولو
من الرسول (الواسطة فى اىصال الهدية ، وانما يكون هذا الكلام منهم
مؤيدا ، لا دليلا ، 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 والقبول (اباحة التصرف) من الموهوب له
فى الموهوب (لكن الشيخ استثنى وطى الجارية) فلا يجوز هذا التصرف
(ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالا باحة المجردة فى
المعاطاة قال بانها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العباءر المتقدمة
كعبارة التذكرة وغيرها (ومعقد 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 ((لـ لزوم
الصيغة)) معقد الاجماع ، وقد يقول : ((لم يشترط فلان الصيغة فى
البيع ، والذى يظهر لى اشتراطها دليلنا على ذلك الاجماع)) فان
الاجماع فى المثال لا معقد له ، اى ليس هناك لفظ خاص حتى يرجع فى

وما ابعدا ما بينه وبين توجيه المحقق الثانى من ارادة نفى اللزوم ،
وكلاهما خلاف الظاهر .

ويدفع الثانى تصريح بعضهم بان شرط لزوم البيع منحصر فى
مסקطات الخيار ، فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات وتصريح غير
واحد بان الايجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة .

مورد الشك اليه (وما ابعدا ما بينه) اى بين كون المعاطاة ليست مفيدة
للملك وانها ليست بيعا حقيقة (وبين توجيه المحقق الثانى من ارادة)
الاصحاب (نفى اللزوم) وانها بيع حقيقة وتفيد الملك المتزلزل (وكلاهما
خلاف الظاهر) من الاصحاب .

(ويدفع 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 ويلزم من غير جهة مسقطات الخيار ، اذ لزوم المعاطاة عنده
بالتصرف المتلف فى احد العوضين (وتصريح غير واحد بان الايجاب
والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة) فلا ينعقد البيع
بدون الايجاب والقبول ، فكيف ينسب المحقق اليهم انهم يقولون بان انعقاد
البيع ولكنه متزلزل ؟

والظاهر ان قوله ((بالصيغة)) متعلق بقوله ((الايجاب والقبول))
والا لم يكن هذا الكلام ردا على من يقول بالانعقاد بالمعاطاة ، اذ لو
قلنا ((ان الانعقاد بالصيغة مشروط بالايجاب والقبول)) كان لازمه
ان الانعقاد يمكن بغير الايجاب والقبول ، فتأمل .

.....
 واما الاول فان قلنا بان البيع عند المشرعة حقيقة فى الصحيح ولو بناءً
 على ما قدمناه فى آخر تعريف البيع من ان البيع فى العرف : اسم للمؤثر
 منه فى النقل ، فان كان فى نظر الشارع او المشرعة من حيث انهم مـشـرعة
 ومتدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا ، والا كان
 بيعا صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصح على ذلك نفى البيعية
 على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة او فسره بالعقد ،
 لانهم فى

(واما الاول) اى انها ليست بيعا ولا مفيدة للملك (فان قلنا بان
 البيع عند المشرعة حقيقة فى الصحيح) المفيد للآخر (ولو بناءً على ما
 قدمناه فى آخر تعريف البيع) قبل بحث المعاطاة فى بيان كلام الشهيد
 (من ان البيع فى العرف : اسم للمؤثر منه فى النقل ، فان كان فى نظر
 الشارع او المشرعة من حيث انهم مـشـرعة ومتدينون بالشرع) حيث يصح
 الانتساب الى الشرع (صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا ، والا)
 يكن مؤثرا (كان بيعا صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف) وانه بيع
 صورى وليس بيعا حقيقيا (فيصح على ذلك) التقدير ، وهذا جواب الشرط
 الذى هو قوله ((فان قلنا)) (نفى البيعية على وجه الحقيقة) اى
 المعاطات ليست بيعا حقيقيا (فى كلام كل من اعتبر فى صحته) اى صحة
 البيع (الصيغة) اذ لا صيغة فى المعاطاة فلا بيع حقيقة (او فسره
 بالعقد) اى فسر البيع بالعقد ، اذ لا عقد فى المعاطات ، فلا بيع
 حقيقة ، و ((او)) عطف على ((من اعتبر)) . وانما قلنا انه بناءً على كون
 البيع حقيقة فى الصحيح يصح نفى البيعية عن المعاطاة (لانهم فى

مقام تعريف البيع بصدق بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع .
 اذا عرفت ما ذكرنا فالاقرار في المعاطاة - على ما يساعده ،
 ظواهر كلماتهم - ستة :

اللزوم مطلقا كما هو ظاهر المفيد ويكفي في وجود القائل به قول العلامة
 - رحمه الله - في التذكرة : الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة

مقام تعريف البيع بصدق بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع (و
 من المعلوم ان المؤثر في النقل ليس الا بيعا صحيحا . ثم ان قوله :
 ((فان قلنا بان البيع)) له عدل مطوى في الكلام لم يذكره لوضوحه ،
 وهو هكذا : وان قلنا بان البيع حقيقة في الاعم فلا يصح نفي البيعية .
 والحاصل من قوله : ((ثم ان المعروف)) . الى هنا ، ان في المعاطاة
 قولين : افراطى وتفريطى ، الاول : انها ليست بيعا ، والثانى انها بيع يفيد
 الملك المتزلزل ، وكلاهما غير تام ، اما الثانى : فلان المشهور يقولون بان
 المعاطاة تفيد الاباحة لا الملك ، واما الاول فان قلنا بان البيع حقيقة في
 الصحيح ، وقلنا : بان البيع يحتاج الى الصيغة يصح قوله بانها ليست بيعا
 وان قلنا بان البيع حقيقة في الاعم ، لا يصح قوله

(اذا عرفت ما ذكرنا) من توجيه كل من المحقق والجواهر لكلام
 المشهور ، ومما ذكرناه في بيان كلام المشهور (ف) اعلم ان (الاقوال
 في المعاطاة - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - ستة) :

الاول (اللزوم مطلقا) كسائر انواع البيع (كما هو ظاهر المفيد ،
 ويكفي في وجود القائل به قول العلامة - رحمه الله - في التذكرة :
 الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة) مما يدل على ان غير الاشهر عدم
 الاحتياج الى الصيغة

و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى او المعاملة لفظا حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى بعض متأخرى المحدثين لكن فى عدّ هذا من الاقوال فى المعاطاة تاملا .

و الملك غير اللازم ، ذهب اليه المحقق الثانى و نسبته الى كل من قال بالا باحة وفى النسبة ما عرفت .
و عدم الملك مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، كما هو ظاهر عبائر كثير بل

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

(و) الثالث (الملك غير اللازم ، ذهب اليه المحقق الثانى و نسبته الى كل من قال بالا باحة) الذين هم المشهور ، مدعى ان مرادهم بالا باحة الملك المتزلزل (وفى النسبة ما عرفت) من انها خلاف ظواهر كلماتهم بل صريح بعضهم ينفىها .

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

ذكر في المسالك ان كل من قال بالاباحة يسوّغ جميع التصرفات •
 و اباحة مالا يتوقف على الملك وهو الظاهر من الكلام المتقدم عن
 حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى اهداء
 الجارية من دون ايجاب وقبول
 والقول بعدم اباحة التصرف مطلقا نسب الى ظاهر النهاية ، لكن
 ثبت رجوعه عنه فى غيرها •

والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وان قصد

ذكر في المسالك ان كل من قال بالاباحة يسوّغ (ويجوّز) جميع التصرفات
 حتى المتوقفة على الملك •

(و) الخامس (اباحة مالا يتوقف على الملك) من التصرفات كالاستعمال
 ونحوه •• لا الوطى والعرق ونحوهما •• (وهو الظاهر من
 الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد) الاول (على القواعد) هذا القول
 (هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى اهداء الجارية من دون ايجاب
 وقبول) حيث اباح كل تصرف باستثناء وطى الجارية ، اذ لو جاز كل تصرف
 - كالقول الرابع - لجاز وطئها ايضا •

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

(والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة وان قصد

المتعاطيان بها التملك ، بل لم نجد قائلًا به الى زمان المحقق الثانى الذى 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 لزمت انتهى ولذا نسب ذلك الى معنى المسالك لكن قوله بعد ذلك ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه ، بخلاف البيع لفاسد ظاهر فى ان مراده مجرد الانتفاع اذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك .
واما قوله والاقوى . . . الخ ، فهو اشارة الى خلاف

المتعاطيان بها) اى بالمعاطاة (التملك ، بل لم نجد قائلًا به) اى بالملك (الى زمان المحقق الثانى) الكركى (الذى قال به ولم يقتصر على ذلك) القول لنفسه (حتى نسبه الى الاصحاب) .

(نعم ربما يوهمه) اى الملك (ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه : الاقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما) البائع والمشتري (فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمت) وظاهر قوله ((غير لازمة)) الملك غير اللازم ، لا الاباحة (ولذا نسب ذلك) القول بالملك (اليه) اى الى السرائر (فى المسالك ، لكن قوله) اى السرائر (بعد ذلك) الكلام المتقدم (ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه ، بخلاف البيع لفاسد) الذى لا يجوز لكل منهما التصرف فيما قبضه (ظاهر فى ان مراده) اى السرائر — من كلامه المتقدم — (مجرد الانتفاع) لا الملك (اذ لا معنى لهذه العبارة) : ولا يحرم . . . الخ (بعد الحكم بالملك) الظاهر من عبارته السابقة .

(واما قوله) اى السرائر (والاقوى . . . الخ ، فهو اشارة الى خلاف

المفيد والعامة القائلين باللزم و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ماقصده المتعاطيان و اطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار ايضا ، وكذا اللزوم ويؤيد ما ذكرنا ، بل يدل عليه : ان الظاهر من عبارة السرائر في الهبة توقفها على الايجاب والقبول ثم قال وهل يستغنى عن الايجاب والقبول في هدية الاطعمة ؟ الاقرب عدمه ، نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى .

المفيد والعامة القائلين باللزم) في المعاطاة ، فكلامه ردّ لمن قال باللزوم ، ولمن قال بالمعاوضة الفاسدة ، والوسط بينهما الاباحة فقط (و) اما ما نجده في عبارة السرائر من (اطلاق المعاوضة عليها) اى على المعاطاة ، الظاهر في الملك ، اذ لا معاوضة في الاباحة ، فانما هو (باعتبار ما قصده المتعاطيان) من المعاوضة (و اطلاق الفسخ على الردّ) في كلام السرائر - مع ان ظاهر الفسخ الملك - (بهذا الاعتبار) اى باعتبار ما قصد للمتعاطيان (ايضا وكذا اللزوم) في قوله (لزمت) الظاهر في انها معاوضة فان لفظ اللزوم باعتبار قصد المتعاطيين .

(ويؤيد ما ذكرنا) من ان السرائر لا يقول بالملك في المعاطاة (بل يدل عليه : ان الظاهر من عبارة السرائر في الهبة توقفها على الايجاب والقبول) ومن المعلوم ان الهبة لو كانت متوقفة عليهما كان توقف البيع بطريق اولى - ولذا ضرب المصنف بقوله : بل يدل عليه - (ثم قال) السرائر في الهبة : (وهل يستغنى عن الايجاب والقبول في هدية الاطعمة ؟) كائنا حلوا وما اشبه من المحقرات ، المتعارف اهداؤها بدون ايجاب وقبول (الاقرب عدمه ، نعم يباح التصرف) فيها (بشاهد الحال) فان حال الاهداء شاهد بان المالك اباح التصرف (انتهى)

وشرح بذلك ايضا في الهدية فاذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع .

وذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني الى حصول الملك ولا يخلو من قوة للسيرة المستمرة على معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق والبيع والوطى والاىصاء وتوريثه وغير ذلك من آثار الملك ويدل عليه عموم قوله تعالى : احل الله البيع .

كلام السرائر . (وشرح بذلك) التوقف على الايجاب والقبول (ايضا فى الهدية) والهبة اعم من الهدية ، ولذا يقال : وهبت حقك ، ولا يقال : اهديت حقك (فاذا لم يقل فى الهبة بصحة المعاطاة) التى هى ادون من البيع (فكيف يقول بها) اى بصحة المعاطات (فى البيع) الذى مبناه على الدقة شرعا وعرفا .

(وذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني الى حصول الملك) بالمعاطاة (ولا يخلو) هذا القول (من قوة للسيرة المستمرة) من المشرعة على المعاطاة وترتيب اثر الملك عليها ، فان بناء المشرعة (على معاملة الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملك فى التصرف فيه بالعتق والبيع والوطى و الاىصاء و توريثه وغير ذلك من آثار الملك) كالهبة والهدية والتخسيس و التزكية والحج الحاصل بالاستطاعة به والتمهير ، ومن المعلوم ان هذه السيرة متصلة بزمان المعصوم ولم يرد رد عنه عليه السلام ، فهى حجة . (ويدل عليه) اى على الملك ايضا (عموم قوله تعالى : احل الله البيع) والمراد بالعموم الاطلاق — فان احدهما يطلق على الآخر

.....
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 تأمل .

واما منع صدق البيع عليه فمكابرة

بمعناها اللغوية - (حيث انه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع) فيما يسمى في العرف بيعا ، ومن المعلوم ان حلية جميع التصرفات حتى التي تتوقف على الملك تلازم الملك ، وان شئت قلت : ان المعاطاة بيع عرفا فيشملها قوله تعالى : احل الله البيع ، وانما قال المصنف ((حيث انه ٠٠ 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 - لالغة ، 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 تأمل) بسبب قوله سبحانه ((وحرم الربا)) فالحرمة فى الربا تكليفية والحلية فى البيع ايضا تكليفية لكن قد يقال : ان الحرمة فى الربا ايضا وضعية لان المعاملة الربوية فاسدة ، وفيه ان الظاهر من الحرمة والحلية التكليف لا الوضع ، وفى الربا ايضا نقول بالفساد لدليل خارج .

(واما منع صدق البيع عليه) اى على التعاطى بدون الصيغة (فمكابرة) وتشكيل القياس هكذا : ((المعاطاة بيع ، وكل بيع حلال .

.....
 واما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا ،
 كابن زهرة في الغنية فرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هي احدى
 العقود ولذا صرح في الغنية بكون الايجاب والقبول من شرائط صحة
 البيع .

ودعوى - ان البيع الفاسد عندهم ليس بيعا -

ثم : الحلية مستلزمة للملك ، فكلما يستلزم الحلية يستلزم الملك)) ، فقول
 المصنف اولا ((حيث انه ٠٠)) بيان للقياس الثانى و((قوله : واما منع))
 بيان للقياس الاول .

(واما دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا ،
 كابن زهرة في الغنية فـ) ليس منافيا لما ذكرناه اذ (مرادهم بالبيع)
 المنفى عن المعاطاة (المعاملة اللازمة التي هي احدى العقود) لانها
 ليست بيعا اطلاقا (ولذا صرح في الغنية بكون الايجاب والقبول من
 شرائط صحة البيع) فيدل هذا الكلام ان البيع عبارة عن المعاملة
 اللازمة حتى جعل الايجاب والقبول شرطاه والا فلو كانت المعاملة التي فيها
 الايجاب والقبول بيعا ، لم يعقل ان يكون الايجاب والقبول شرطا ، فان
 الشئ لا يكون شرطا لنفسه والحاصل ان جعل اللفظ من شرائط صحة البيع لا
 من مقومات حقيقته - في كلام السيد - يشهد على ان مراده بالبيع المعاملة
 لا مطلق البيع ، فلا يكون كلامه دالا على عدم صدق البيع على المعاطاة فالمراد
 بالبيع المنفى لاحقيقة البيع الصحيح لاحقيقة البيع .

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

.....

قد عرفت الحال فيها .

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى : ألا ان تكون تجارة عن

تراض .

واما قوله عليه السلام : الناس مسلطون على اموالهم

قد عرفت الحال فيها (قبيل الكلام فى المعاطاة ، فى شرح كلام

الشهيد رحمه الله ، وقوله ((عندهم)) متعلق بـ ((ليس ببيعاً)) .

(ومما ذكر) فى وجه التمسك لصحة المعاطاة وايجابها الملك ،

بآية : احلّ الله البيع (يظهر وجه التمسك بقوله تعالى : ألا ان تكون

تجارة عن تراض) فان المعاطاة تجارة عرفاً ، والتجارة حيث استثنت عن

((لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل)) جائزة الاكل ، والاكل عبارة عن كل

تصرف يسمى فى العرف اكلًا ، كعتق العبد ووطى الجارية والهدية و

الهبة ، فمعنى الآية : لا تتصرفوا التصرفات المالكية فى الاموال الا اذا

انتقلت اليكم تلك الاموال بالتجارة فيجوز تلك التصرفات . وهذا الجواز

يلزم الملك فاذا ضمنا ذلك الى ما هو معلوم لدى العرف من ان

((المعاطاة تجارة)) ثبت المطلوب .

(واما قوله عليه السلام : الناس مسلطون على اموالهم) لا يخفى ان

المشهور على الالسنّة ((الناس مسلطون على انفسهم واورالهم)) وهذا

ليس بحديث وانما استفيد تسلط الناس على انفسهم من قوله تعالى :

((النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم)) ومن قوله صلى الله عليه وآله :

((الست اولى بكم من انفسكم)) مما يدل على انه للانسان ولاية على نفسه لكن النبى

اولى ، فاذا تعارض امر النبى وارادة الشخص قدم امر النبى لكونه اولى ،

فلا دلالة فيه على المدعى

وهذا يدل على ان للانسان الاختيار التام والحرية الكاملة في التصرفات في 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 ، ويدل على الاول قوله تعالى : ولا تقتلوا انفسكم . وعلى الثاني انه مثله ويشملها قوله صلى الله عليه واله : اياكم والمثلة . وعلى الثالث قوله صلى الله عليه واله : لا ضرر ولا ضرار ، اما الاضرار القليل كالفصد والحجامة واللطم والتطبير وما اشبه فهي جائزة اما نصا واما لانه لا دليل على كلية حرمة الاضرار بالنفس بدليل تعبد النبي والائمة الطاهرين — صلوات الله عليهم — حتى كانت تتورم اقداهم ، وحتى كان الامام كالشنّ البالي ، وحتى ابيض عين يعقوب من الحزن ، ومن المعلوم ان مثل هذه الاضرار لو كانت محرمة لم تسقط الحرمة بالتعارض مع الاستحباب ، بل بدون الاستحباب كقصة يعقوب ويوسف — عليهما السلام — ومن المعلوم ان النبي لا يتغلب عاطفته لفراق ولده حتى ياتي بالمعصية ! وكون البكاء كان غير مقدور له يبطله عتاب الله اياه — كما ورد في الاحاديث والكلام طويل ليس هنا محله . وعلى الرابع قوله صلى الله عليه واله : ليس للمؤمن ان يذل نفسه (فلا دلالة فيه على المدعى) اي كون المعاطاة ، موجبة للملك ، وجه توهم الدلالة : ان الانسان اذا كان مسلطا على ماله ، جاز له ان يعطيه معاطاة في قبال ثمن يأخذه معاطاة ، وانما قلنا لا يدل : لانه دال على ان الانسان مسلط على ماله لا انه مسلط على حكمه فليس للانسان ان يشرع تشريعا جديدا في ماله ، مثلاً

لان عمومه باعتبار انواع السلطنة فهو انما يجدى فيما اذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضية شرعا فى حقه ام 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 ام 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 يدى صار مالى مندورا للامام ، فكذلك ليس له ان يقول : كلما اعطيت مالى مقابل شئ آخذه كان مالى لمن اخذه معاطاة (لان عمومته) اى عموم الناس مسلطون (باعتبار انواع السلطنة) كسلطنة الانسان على اعطاء ماله تمليكا وعارية واجارة ورهنا وهبة . . . وما اشبه (فهو انما يجدى فيما اذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضية شرعا فى حقه ام لا ؟) والحاصل 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 الان - ام 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 ام 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 بـ (سببية) (بعموم تسلط الناس على اموالهم) اذ ليس فى (الناس) عموما بل عموم واحد ، ولا يخفى ان هذا الكلام لو ارجع الى ما تقدم من (ان الناس مسلطون على اموالهم

ومنه يظهر ايضا عدم جواز التمسك به لما سيجئ من شروط الصيغة وكيف كان ففى الايتين مع السيرة كفاية

اللهم الا ان يقال : انهما لا تدلان على الملك وانما تدلان على اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع والوطى والعق والايضاء

لا على احكامهم)) كان له وجه ، والا فلا وجه لان نقول بان له عموما ، من جهة لا من جهة اخرى .

(ومنه) اى من عدم صحة التمسك لكون المعاطاة موجبة للملك ، بالناس مسلطون (يظهر ايضا عدم جواز التمسك به) اى بالناس مسلطون (لما سيجئ من شروط الصيغة) فلو شك فى انه هل تشتط العربية فى الصيغة ام لا - مثلا - ؟ لا يصح التمسك بالناس مسلطون ، لعدم الاشتراط ، لما عرفت من ان هذه القاعدة انما تفيد العموم بالنسبة الى انواع السلطة لا بالنسبة الى سببية بعض الاسباب المشكوك فيها (وكيف كان) سواء صحت هذه القاعدة دليلا على التملك ام لا (ففى الايتين مع السيرة كفاية) بل كل واحد من الايتين ، بل حتى السيرة وحدها ، كاف فى الافادة .

(اللهم الا ان يقال : انهما لا تدلان على الملك وانما تدلان حتى اباحة جميع التصرفات حتى) التصرفات (المتوقفة على الملك كالبيع والوطى والعق والايضاء) لان آية ((احل الله البيع)) دلت على الحلية ، لا الملك ، وآية ((الا ان تكون تجارة)) دلت على جواز الاكل ، وجواز الاكل غير الملك (و) ان قلت : حلية هذه التصرفات المستفادة من

واباحة هذه التصرفات انما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة فى سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم حيث قد اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات وصرح فى المسالك بان من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الامر انه لا بد من التزامهم بان التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فان الجمع بين اباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار

الايتين تلازم الملك كما سبق تقريره ، قلت : (اباحة 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 وبين جواز هذه التصرفات (دون المقام) اى المعاطاة (الذى لا يعلم ذلك) التلازم بين جواز التصرفات وبين الملك (منهم حيث) نراهم (قد اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات) ((اباحة)) مفعول ((اطلق)) (وصرح فى المسالك بان من اجاز المعاطاة سوغ) وجوز (جميع التصرفات) حتى المتوقفة على الملك ، ان قلت : فكيف يمكن ان يقال بان التصرف متوقف على الملك ، ويقال بان هذه التصرفات جائزة ، فيما ليس بملك قلت : (غاية الامر انه لا بد من التزامهم بان التصرف المتوقف على الملك) كالوطى والعنق (يكشف عن سبق الملك عليه) اى على ذلك ، التصرف (آنا ما) جمعا بين الدليلين : دليل انه ليس بملك ودليل لاوطى الا فى ملك - مثلا - فان الجمع بين اباحة هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار) الا نأمائى

من الملك ولا يتوقف على الالتزام بالملك من اول الامر فيقال ان مرجع هذه الاباحة ايضا الى التملك .

اما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى .

(من الملك ولا يتوقف) الجمع (على الالتزام بالملك من اول الامر) حين المعاطاة (فيقال) نتيجة لهذا الجمع (ان مرجع هذه الاباحة) المعاطاتية (ايضا الى التملك) لان الاباحة منتبهة الى الملك السابق على الوطى مثلا .

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

قلت : (اما ثبوت السيرة واستمرارها) قديما وحديثا (على التوريث فهي كسائر سيراتهم) اي بعض المتشعبة (الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم) كعدم اعتنائهم بمسائل الصلاة خصوصا الشك والسهو ، وعدم تفقهم في مسائل المعاملة ودخولهم في وظائف الظلمة بلا ضرورة ولا اجبار (كما لا يخفى) وعليه فمقتضى القاعدة - عند من لا يرى المعاطاة مملكا - ان يقول بان المال يرجع الى المالك والتمن الى المشتري فيما اذا مات المشتري قبل التصرف ، ثم انك قد عرفت انا جمعنا بين عدم كون المعاطاة

ودعوى : انه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس والزكاة وثمن الهدى وعدم جواز وطى الجارية المأخوذه بها وقد صرح الشيخ - رحمه الله - بالاخير فى معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مملكة وبين جواز هذه التصرفات كالوطى بالملك أنا ما ، وهناك احتمال انه ليس يجوز التصرفات المالكية اصلا .

(و) لكن هذا الاحتمال ليس فى محله ان (دعوى : انه لم يعلم من القائل بالاباحة) فى المعاطاة (جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر) عدم الجواز (من المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس والزكاة وثمن الهدى) لان هذه الامور يجب ان تكون من مال الانسان ، والحال ان المأخوذ بالمعاطاة ليس مالا للآخذ (وعدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها) اى المعاطاة لانه لا وطى الا فى ملك (وقد صرح الشيخ - رحمه الله - بالاخير) اى بعدم جواز وطى الجارية المأخوذة بالمعاطاة (فى معاطاة الهدايا) وحيث لا يجوز هذه الامور (فيتوجه التمسك حينئذ) اى حين لم يجز هذه الامور - بعقضى القاعدة الاولى - (بعموم الآية) اى آية : احل الله البيع (على جوازها) اى جواز هذه الامور (فيثبت الملك) للتلازم بين جواز هذه الامور وبين الملك .

والحاصل انه تلازم بين الجواز والملك وبين عدم الملك وعدم الجواز و لذا لما لم يقل الشيخ والشهيد بالملك لم يقولوا بالجواز ، وعليه فممن

— مدفوعه بانه وان لم يثبت ذلك الا انه لم يثبت ان كل من قال بأباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من اول الامر فيجوز للفقهاء حينئذ التزام اباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من اول الامر .

فالاولى حينئذ التمسك في المطلب .

اجاز هذه الامور قال بالملك (— مدفوعة بانه وان لم يثبت ذلك) اى لم يثبت ان من يقول بالا باحة يقول بجواز هذه التصرفات (الا انه لم يثبت ان كل من قال بأباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من اول الامر) ، عند المعاطاة ، مقابل الملك آناما قبل التصرفات المألكية كالعقود مثلا — (فيجوز للفقهاء حينئذ) اى حين لم يكن تلازم بين الملك من الاول وبين ، اباحة جميع التصرفات (التزام اباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من اول الامر) وهو الملك آناما .

وحيث تقدم اولا ان الآية لا تدل على الملك بالمطابقة ، لان حمل التصرف ليس عبارة عن الملك ، ولا تدل على الملك بالالتزام لان حمل التصرف ليس يلزم الملك من اول الامر لا مكان القول بالملك آناما ، فلا دلالة في الآية على الملك ، وكذلك لا حجية للسيرة ، كما عرفت من عدم معلومية كونها سيرة صحيحة فيبقى كلام المصنف القائل بان المعاطاة تفيد الملك — تبعا للمحقق الثاني — خاليا عن الدليل ، ولذا رجع عن كلامه الاول وقال بدلالة الآية على الملك بالمطابقة بقوله :

(فالاولى حينئذ التمسك في المطلب) اى اثبات افادة المعاطاة

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

هذا مع ان ما ذكر من ان للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه ولذا

الملك (بان المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا) وانه يوجب الملك ، (وهذا) وجه لاثبات افادة المعاطاة الملك ، وهناك وجه آخر اشار اليه بقوله : (مع امكان اثبات صحة المعاطاة فى الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتها) الشاملة لما اذا كانت هناك صيغة ام لم تكن صيغة (وتتميمه) اى كون المعاطاة مفيدا للملك (فى البيع بالاجماع المركب) فان كل من قال بافادة المعاطاة لما يفيد اللفظ قال بذلك فى الهبة والبيع ومن لم يقل به لم يقل به فى الهبة والبيع ، لكن ثبت فى الهبة بالدليل فيثبت فى الجميع ايضا .

(هذا مع) ان القول بعدم افادة المعاطاة الملك والالتجاء الى الملك آنا غير تام فـ (ان ما ذكر من ان للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه) كالتق والوطى وما اشبه (لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه) اذ يكون الملك حينئذ بلا سبب ولا دليل اما عدم الدليل فواضح واما عدم السبب فان كان السبب التعاطى فاللازم ان يكون الملك حال التعاطى وان كان السبب التصرف فالمفروض ان الملك قبل التصرف والمتاخر لا يؤثر فى المتقدم (ولذا) الذى ذكرناه من ان المعاطاة تفيد الملك لا الاباحة وانها ان افادت الاباحة لزم من ذلك

ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التملك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة ، منها ان العقود وما قام مقامها لا تتبع القصور .
ومنها : ان يكون ارادة التصرف من المملكات فيملك العين او المنفعة بارادة التصرف بهما او معه دفعة وان لم يخطر ببال المالك الاول الاذن فى شئ من هذه التصرفات لانه قاصد للنقل من حين الدفع وانه لاسلطان له بعد ذلك

محاذير (ذكر بعض الاساطين) هو الشيخ جعفر صاحب كشف الغطاء (فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد) لافادة المعاطاة الاباحة (ان القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التملك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة) - ومن المستبعد جدا ان تكون القواعد السابقة التى بنا عليها الفقهاء منذ قرون كلها تكون باطلة وخلاف الظواهر والادلة (منها : ان العقود وما قام مقامها) كالايقاعات (لا تتبع القصور) اد قصد المتعاطيين الملك ، فحصلت الاباحة ، ومن المشهور عندهم ان العقود تتبع القصور ، لانها امور بيد العاقد ، وليست من الامور التكوينية التى لا مدخلية لقصد الانسان فيها .

(ومنها : ان يكون ارادة التصرف من المملكات) بناء على الملك آنا (فيملك العين او المنفعة بارادة التصرف بهما) اى بالعين والمنفعة (او معه) اى مع التصرف (دفعة) وفورا (وان لم يخطر ببال المالك الاول) المنتقل عنه المال (الاذن فى شئ من هذه التصرفات) اى كالوطى والعق والهبه وما اشبه (لانه قاصد للنقل من حين الدفع) لا من حين التصرف (وانه لاسلطان له بعد ذلك) فان البائع

بخلاف من قال اعتق عبدك عنى وتصدق بمالى عنك .

ومنها : ان الاخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقوق
المقاسمة والشفعة والمواريث والربا والوصايا تتعلق بما فى اليد .

يقصد انه بالبيع ينتقل المال الى المشتري وانه 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 آنا ما ثم يعتقه عنه ، وفى مانحن
فيه اذا اعطاه العبد معاطاة واراد المشتري عتق العبد يملك العبد
لنفسه آنا ما ثم يعتقه ، قلت : المعاطاة (بخلاف من قال : اعتق عبدك
عنى وتصدق بمالى عنك) فان القائل يوكل الفاعل فى تمليك العبد و
المال عند ارادة العتق والصدقة ، وليس المعاطاة كذلك ، اذ بمجرد
المعاطاة يقطع كل واحد منهما صلته عن الثمن والمعلن .

(ومنها : ان الاخماس والزكوات والاستطاعة) للحج (والديون)
للناس (والنفقات) للزوجة والاقربين (وحقوق المقاسمة) للسلطان فى
الاراضى المفتوحة عنوة (والشفعة) فى الدار المشتركة التى باعها احد
الشريكين لاجنبى مما لشريكه الحق فى اخذها بنفس القيمة التى باعها
بها (والمواريث) فيما اذا مات ورثة الوارث (والربا) الذى يعطى اكثر
مما ياخذ قرضا (والوصايا) كما لو اوصى بان يعطى لزيد الف دينار و
(تتعلق بما فى اليد) اى ما هو ملك للانسان ، فلو قلنا : بان المعاطاة
لاتفيد الملك بل الاباحة ، لزم احد امرين : اما ان نقول بعدم جريان هذه
الامور فى الماخوذ بالمعاطاة ، وهو خلاف المقطوع ، واما ان نقول بجريانها
فيلزم اجراء ما هو حكم الملك فيما ليس بملك . . .

كيف يتعلق الخمس والزكاة بما ليس بماله مما اخذه معاطاة؟
 وكيف يجب عليه الحج بسبب الاستطاعة الحاصلة بمال المعاطاة؟
 وكيف يجب عليه وفاء دينه عن مال الناس الذى اخذه معاطاة، والحال
 انه مباح له التصرف فيه لا انه ماله وملكه ؟
 وكيف يتعلق عليه اعطاء نفقة زوجته ووالده من الماخوذ بالمعاطاة
 الذى ليس بملك له ؟
 وكيف يعطى حق السلطان من مال انتقل اليه بالمعاطاة ، والحال
 انه ليس بمال المنتقل اليه ؟
 وكيف يتعلق حق الشفعة للشريك بدار لم تنتقل الى المشتري
 بالمعاطاة؟ لان المعاطاة باحت تصرف الاجنبى فى الدار، ولم تملكه
 اياها ، فاذا صح للشريك ان ياخذ بالشفعة لزم وقوع الشفعة على المال
 الذى لم ينتقل عن المالك ، لان الدار بعد ملك للبائع المعاطاتى .
 وكيف يرث الولد من والده المال الذى انتقل اليه بالمعاطاة، والحال
 ان المال لم يصير ملكا للاب بل هو باق فى ملك البائع؟
 وكيف انه يحرم ان يعطى الانسان المال الذى انتقل اليه بالمعاطاة
 فى مقابل الزيادة ، والحال ان الربا فى الملك ، وهذا المال ليس بملك
 له ؟ ، مثلا اخذ زيد وزنة من الشعير معاطاة ثم باعها بوزنة ونصف
 فانه يلزم عدم حرمة ذلك ، اذ ليست الوزنة ملكا له ، والربا انما يأتى فى
 الملك .

وكيف يتمكن ان يوصى الانسان بمال ليس له مما اخذه بالمعاطاة ؟
 ثم لا يخفى ان فى بعض العبارات السابقة — كالمقاسمة والربا وما

مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه او عدم العلم به
فينفى بالاصل فتكون متعلقة بغير الاملاك .
و ان صفة الغنى والفقر تترتب عليه كذلك .

اشبهه . - احتمالا آخر فى تفسير مراد كاشف الغطاء .

وكيف كان ، فهذا المال المنتقل اليه معاطاة لا يجرى عليه
الاحكام المذكورة (مع العلم) من المنتقل اليه (بقاء مقابله) خلافا
لصورة علمه بذهاب المقابل ، حيث عرفت ان تلف احد المالين يوجب
ملكية الطرف الاخر للمال (وعدم التصرف) من المنتقل اليه (فيه) اى فى
المال ، فان التصرف من احد الجانبين يوجب الملك - كما تقدم - عند
القائلين بالاباحة (او عدم العلم) من المنتقل اليه (به) اى بتصرف
الطرف فى ماله (فينفى) التصرف (بالاصل) لصالحة عدم التصرف ،
وصالحة عدم الانتقال (فتكون) هذه الامور التى ذكرناها (متعلقة بغير
الاملاك) وقد عرفت ان هذه الامور كالارث والوصايا وسائر ما ذكر انما
تتعلق بالاملاك ، لا باموال الناس المباحة لهذا الشخص الذى يريد
التصرف .

(و) ايضا لازم القول بالاباحة (ان صفة الغنى والفقر 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 بدينا ر
وسقط الثلج عن المالية يلزم ان تكون فقيرا حينئذ - اذا لم يكن لك مال
آخر - والحال ان الدينار بعد لك ، وانت لا تكون فقيرا اذا كان لك
دينار ، وبالعكس يلزم ان يكون البائع للثلج غنيا ، والحال ان

فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك .

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

ومنها : جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الاخر والتلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين ولا رجوع الى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت .

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

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

(ومنها : جعل التلف السماوى من جانب) كما لو تلف المثمن بصاغة مثلا (مملكا للجانب الاخر) لان القائلين بالاباحة يقولون : بان تلف احد الشيئين سواء كان التلف سماويا او اختياريا ملك للجانبين (و) ، جعل (التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين) فلو اعطى دارا بالف لزم ان تكون الدار فى قبالة الف و الف فى قبالة الدار ، مع ان مقتضى القاعدة ان يكون تلف المال مقابلا لضمان المثل فيما يكون مثليا وضمان القيمة فيما يكون قيما ، والمسمى لا شان له بعد ، عدم انعقاد البيع (و) على هذا ف (لارجوع) لمن تلف داره — مثلا — وهو المنتقل عنه (الى قيمة المثل) كالفين مثلا (حتى يكون له الرجوع بالتفاوت) بين

ومع حصوله فى يد الغاصب او تلفه فيها فالقول بانها المطالب لانه تملك بالغصب او التلف فى يد الغاصب غريب والقول بعدم التملك بعيد جدا مع ان فى التلف القهرى ان ملك التالف قبـل التلف فعجيب ومعه

المسمى وبين المثل — كالف فى المثال — .

ثم انه لو غصب الماخوذ بالمعاطاة غاصب و اتلفه يأتى الكلام فى انه هل صار ملكا للاخذ حتى يكون هو المطالب او انه لم يملك لانه لم يتلفه بل باق على ملك المنتقل عنه حتى يكون هو المطالب — وكلاهما خلاف القواعد — ، والى هذا اشار بقوله : (ومع حصوله) اى الماخوذا بالمعاطاة (فى) يد الغاصب (او تلفه) اى الماخوذ بالمعاطاة (فيها) اى فى يد الغاصب (فالقول بانه) اى الاخذ بالمعاطاة (المطالب) — بصيغة اسم الفاعل — للمال عن الغاصب (لانه) اى الاخذ بالمعاطاة (تملك) المال (بـ) سبب (الغصب) لانه من انحاء التصرف ، وقد سبق ان التصرف موجب للملك (او) لانه تملك بسبب (التلف فى يد الغاصب) والتلف تصرف (غريب) خبر ((فالقول)) ووجه الغرابة ان غصب الغاصب او اتلافه يكون ملكا للمال ، ومثل هذا غير مألوف من الشريعة (والقول بعدم الملك) بان بقى المال على ملك المنتقل عنه حتى يكون هو المطالب عن الغاصب (بعيد جدا) اذ اى ربط للمال بالمنتقل عنه بعـد ان اعطاء واخذ ثمنه ، حتى يقال له :خذ مالك او بدله من الغاصب (مع ان فى التلف القهرى) للمال فى يد المنتقل اليه الاخذ بالمعاطاة (ان ملك التالف قبل التلف) آثاما (فعجيب) اذ لا سبب للملك (ومعه)

بعيد لعدم قابليته وبعده ملك معدوم ومع عدم الدخلى فى الملك يكون ملك الاخر بغير عوض ، ونفى الملك مخالف للسيرة وبناء المعاطيين .
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 و شئ متوسط بين الوجود (وبعده)
اى ان قلنا : ان الآخذ ملك المال المعطياتى 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 اليه (يكون ملك الاخر بغير عوض) وكيف يمكن ان يقال ان الملك المعطياتى بغير عوض ؟ (و) ان قلت : نقول بانه لم يملك المنتقل عنه المال الذى تلف ، و لا يملك الطرف الاخر المال الذى هو عوض، قلت : (فى الملك) لا لهذا ولا ذاك (مخالف للسيرة) اذ سيرة المشرعة : المعاملة مع المالكين المبدلين بالمعاطاة معاملة الملك (و) مخالف — (بناء المعاطيين) وقد سبق : ان العقود تتبع القصد .

(ومنها : ان التصرف) لاحت الطرفين فى المال المنتقل اليه (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

وان اوقفناه عليها كان الواطى للجارية من غيرها واطيا بالشبهة
والجاني عليه والمتلف له جانيا على مال الغير ومتلفا له .
ومنها : ان النماء الحاصل قبل التصرف ان جعلنا حدوثة مملكاله ،
دون العين فبعيد او معها فذلك وكلاهما مناف لظاهر
الاكثر و

حال التصرف - (وان اوقفناه) اى النقل (عليها) اى على النية
(كان) اللازم ان يكون (الواطى للجارية من غيرها) اى بدون نية
التملك (واطيا بالشبهة) ولا يقول بذلك احد ، (والجاني عليه) اى
على الماخوذ بالمعاطاة (والمتلف له) جانيا على مال الغير ومتلفاله (لا
جانيا على مال نفسه ، فاللازم ان يعطى الدية للجناية او التلف
للمنتقل عنه ، وهذا ما لا يقول به احد .

(ومنها : ان النماء الحاصل قبل التصرف) من المنتقل اليه ، كما
لو اشترى البستان بالمعاطاة ، وقبل ان يتصرف فيه اعطى الثمر (ان
جعلنا حدوثة) اى النماء (مملكاله) اى للنماء (دون العين) اما
العين فلانه لم يتصرف فيها ، واما النماء فلانه حدث فى ملكه (فبعيد)
لان العين اذا لم تصر ملكا للمشتري فالنماء تابع للعين (او معها) اى
مع العين (فذلك) بعيد ، اذا لم يتصرف فى العين حتى تكون مملكاله
وقد سبق ان القائلين بالاباحة يقولون بان التصرف ملك دون غيره (و
كلاهما مناف لظاهر الاكثر) فان كون حدوث النماء ملكا للنماء وحده ،
او ملكا للنماء وللعين ، خلاف ظاهر اكثر الفقهاء ، لان الظاهر منهم
حصر الملك فى التصرف (و) ان قلت : نقول بانه لم يملك النماء ولا

شمول الاذن له خفى .

ومنها: قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى : ان اذن المالك فيه اذن فى التملك فيرجع الى كون المتصرف فى تملك نفسه موجبا قابلا وذلك جار فى القبض بل هو اولى منه لاقتترانه بقصد التملك دونه انتهى .

والمقصود من ذلك كله استبعاد هذا

العين - قبل التصرف - وانما يجوز لها لتصرف فى العين والنماء باحة من المالك وقبل 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 اليه فى النماء ؟

(ومنها : قصر التملك) اى حصر المشهور تملك 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 التملك) لنفسه (فيرجع الى كون المتصرف فى تملك نفسه موجبا قابلا) موجبا من طرف المالك قابلا من طرف نفسه (وذلك) المناط فى حصول الملك بالتصرف (جار فى القبض) اى قبض المال من المالك ، فاذا قلت بان التصرف مملك لأذن المالك فى التملك ، لم لا تقولون بان القبض مملك لأذن المالك فى التملك ؟ (بل هو اولى منه اى يكون القبض مملكا اولى من كون التصرف مملكا (لاقتترانه) اى القبض (بقصد) المالك (التملك) لان المالك يعطى بقصد التملك (دونه) اى دون التصرف ، فانه ليس مقتربا بقصد المالك التملك (انتهى) كلام شارح القواعد .

(والمقصود من ذلك كله) مما ذكره بعض الاساطين (استبعاد هذا)

القول لان الوجوه المذكورة تنهض فى مقابل الاصول والعمومات اذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء .
اما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصد ، ففيها :

اولا : ان المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود ولا من القائم مقامها شرعا فان تبعية العقد للقصد وعدم انفكاكه عنهما هما ————
لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعتل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه .

القول) اى افادة المعاطاة الاباحة دون الملك ، لأنها أدلة لامتناع القول المذكور(لان الوجوه المذكورة تنهض فى مقابل الاصول والعمومات) 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 — رحمه الله عليه — وذلك لوجود الاشكال فى الوجوه التى ذكرها :
(اما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها) من الايقاعات (للقصد ،
ففيها :)

(اولا : ان المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود ، ولا من القائم مقامها) اى مقام العقود (شرعا) .
ثم بين المصنف — رحمه الله — الوجه فى تبعية العقد للقصد بقوله : (فان تبعية العقد للقصد وعدم انفكاكه) اى العقد (عنه) اى عن القصد (انما هو لاجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه) فان معنى : ان العقد الفلانى صحيح ، انه يترتب عليه الاثر المقصود (فلا يعقل حينئذ) اى حين كانت الصحة بمعنى ترتب الاثر (مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه) اى 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 المبيعات .

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

وثانيا

وكيف كان فالمعاطاة — على هذا القول — خارجة موضوعا عن قولهم ((العقود تتبع القصد)) لأنها ليست بعقد اصلا .

ان قلت: لماذا لا تجزون قاعدة ((العقود تتبع القصد)) 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) كالملك فى بيع المعاطاة (عليها ، كما نبه عليه الشهيد فى كلامه المتقدم ، من ان السبب الفعلى لا يقوم مقام السبب القولى فى) المعاملات و (المبيعات) حيث قال: واما المعاطاة ففى المبيعات فهى لا تفيد الا الاباحة لا الملك — فان ذكره لهذه الجملة بعد قوله ((قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى)) أستثناء منه — فكأنه قال: السبب الفعلى يقوم مقام السبب القولى الا فى المعاملات والمبيعات .

(نعم اذا دل الدليل على ترتب اثر عليه) اى على المبيعات الفعلية — بتأويل ((ما ذكرناه)) ليستقيم ارجاع ضمير المذكور اليه — (حكم به) اى ، بترتب ذلك الاثر (وان لم يكن مقصودا) للمتعاملين .

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

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

وتوهم ان دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بانه لم يذكر هذا الوجه الابعضهم معطوفا على الوجه الاول وهو اقدمهما على الضمان فلاحظ المسالك

(ان تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير) من ذلك (انهم اطبقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسدا يؤثر فى ضمان كل من العوضين القيمة) لا المثل ، فاذا اشترى شاة بدينار ثم ظهر فساد العقد فانه يضمن الشاة بقيمتها الواقعية سواء كانت دينارا او اقل او اكثر، لا القيمة المسماة (لأفادة 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 - .

(وتوهم ان) ذلك الضمان ليس مقتضى العقد ، فلا يقاس بما نحن فيه حيث ان الاباحة مقتضى المعاطاة - والحال 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 (الابعضهم معطوفا على الوجه الاول) اى اقتضاء العقد الفاسد ذلك الضمان (وهو اقدمهما على الضمان فلاحظ المسالك) والحاصل ان تخلف العقد عن القصد شئ ممكن فلتكن المعاطاة

وكذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة المبرورة به غير مفسد عند اكثر القداماء
وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك
مع اجازته على قول كثير .

وترك ذكر الاجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على
قول نسبه في المسالك وكشف اللثام الى المشهور .

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

كذلك فانهما وان قصدا التمليك لكن يمكن ان تفيد الاباحة (وكذا
الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة المبرورة به غير مفسد عند اكثر القداماء) ،
فلوعقد بشرط كذا كان القصد المعاملة المبرورة به فاذا فسد الشرط تخلف
العقد عن القصد .

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

(وترك ذكر الاجل) والمدة (في العقد المقصود به الانقطاع) في
باب النكاح (يجعله دائما) مع ان مقصودهما الانقطاع (على قول نسبه
في المسالك وكشف اللثام الى المشهور) فالعقد لم يتبع القصد .

(نعم الفرق بين العقود وما 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

وفيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للاصل .

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

للعائد (وفيما نحن فيه) من قولنا : المعاطاة لا تؤثر الملك — الذى هو مقصود للمتعاطين — (عدم الترتب مطابق للاصل) اذ الاصل عدم الملك . (واما ما ذكره) كاشف الغطاء (من لزوم كون ارادة التصرف مملكا) بناءً على قول المشهور القائلين بالاباحة ، فاذا اراد ان يتصرف بمثل الوطى و العتق تكون الارادة مملكة ، حتى لا يلزم الوطى فى غير الملك ، بعدما وردانه : لا وطى الا فى الملك (ف) لا يرد على هذا ما أورده كاشف الغطاء من انه : كيف يمكن ان تكون الارادة 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 وآله وسلم — : لا تبع ما ليس عندك ، و : لا عتق الا فى ملك ، و : لا وطى الا فى ملك ، وما اشبه ذلك (فيكون) تصرف القابض بالمعاطاة فى السلعة (كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما) بان باع بيعا خياريا ، أو وهب هبة لها 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 الشئ آنا ما ثم يكون تصرفه بهذه التصرفات واقعا فى ملكه جمعا بين دليل : لا عتق الا فى ملك ، وبين دليل : جواز هذا التصرف

.....
 واما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات ٠٠ الى آخر ما ذكره ، فهو
 استبعاد محض و دفعها بمخالفتها للسيرة رجوع اليها مع ان تعلق
 الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى ^{المانع} عن استحقاق الزكاة
 لا يتوقفان على الملك .
 واما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه .

(وأما ما ذكره) كاشف الغطاء — من الاشكال على القول بالاباحة —
 (من تعلق الاخماس والزكوات ٠٠ الى آخر ما ذكره ، فهو استبعاد محض)
 و الاستبعاد لا يصادم الدليل ، و اى مانع من تعلق هذه الامور بالشئ
 الذى يجوز ان يتصرف الانسان فيه كل تصرف و ان لم يكن ملكا ؟
 (و دفعها) اى هذه الامور (بمخالفتها للسيرة) بان يقال : ان القول
 بالاباحة المستلزمة لهذه المحاذير مخالف للسيرة ، فالسيرة تمنع هذا ،
 القول (رجوع اليها) اى الى السيرة ، وقد عرفت ان امثال هذه السيرات
 الناشئة من قلة المبالاة بالدين لاحجية 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 ، واما ان
 ليستغنى الانسان بماله كما لو كان فى يده و وقف يكفيه .
 (واما كون التصرف) من جانب (مملكا للجانب الآخر) مما استبعده
 كاشف الغطاء (فقد ظهر جوابه) حيث انه مقتضى الجمع بين اصاله عدم
 الملك — قبل التصرف — و بين دليل جواز تصرف مالكي كالموطى ، فانه
 يقتضى القول بكون التصرف مملكا او انه يملك قبله آنا ما .

واما 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 وبين عموم : على اليد ما اخذت ، وبين اصاله عدم الملك ^{لا} فى الزمان المتيقن بوقوعه فيه .

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

(واما كون التلف مملكا للجانبين) من تلف عنده المال والطرف الاخر فان ثبت باجماع او سيرة — كما هو الظاهر — كان وجهه كون (كل من المالين مضمونا بعوضه) المسمى (فيكون تلفه) أى تلف كل من المالين (فى يد كل منهما ، من ماله ، مضمونا بعوضه) الجعلى ، لا المثل او القيمة ، وقوله ((من ماله)) متعلق بـ ((يكون)) أى 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 ، ولا 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 (وبين عموم : على اليد ما اخذت) الذى يدل على ان كل منهما ضامن لما اخذه (وبين اصاله عدم الملك الا فى الزمان المتيقن بوقوعه) أى الملك (فيه) أى فى ذلك الزمان ، وهو آنا ما قبل التلف .

(توضيحه) أى توضيح هذا الجمع (ان الاجماع لما دل على عدم ضمانه أى ضمان التالف فى يد كل من المتعاطيين (بمثله) فى المثل (او قيمته) فى القيمي (حكم بكون التلف من مال ذى اليد) وان 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 ازمته امكن 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 و يلزم منه تخصيص قاعدة ضمان الشئ بمثله فاللازم - 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 اليه آنا ما ثم تلفه من مالكة كذلك ما نحن فيه (من الاجماع و ابقاء عموم على اليد المقتضى لضمان المثل او القيمة - وتحفظا على عمومه) يقتضى دخول المال فى ملك القابض آنا 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 ازمته امكن تقديره) وهو آن قبل التلف ، وانما نقدر ملكية ذى اليد للسلعة التالفة فى آخر ازمته امكن تقديره (رعاية لاصالة عدم حدوث الملكية قبل) اى قبل الان الاخير (كما يقدر ملكية المبيع للبائع) فيما اذا تلف القبض (و) يقدر (فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد) الذى كان يقتضى ملكية كل من الطرفين للمال اليه •

واما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر - على القول
بالاباحة - ان لكل منهما المطالبة مادام باقيا ، فاذا تلف فظاهرا لاقهم
التعليك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام اجماع كان تلفه من
مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله ،

واما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض ان القائل
بالاباحة لا يقول بانتقال النماء الى الآخذ بل حكمه حكم اصله ويحتمل ان
يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة

(واما ما ذكره) كاشف الغطاء (من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة)
وان ايها المطالب ، المالك الاول او المنتقل اليه المال الى آخر ما
تقدم - (فالظاهر - على القول بالاباحة - ان لكل منهما) اى من
المتعاطين (المطالبة) للمال من الغاصب (مادام) المال (باقيا ، فاذا
تلف) المال فى يد الغاصب (فظاهرا لاقهم التعليك بالتلف) ((
التعليك)) مفعول ((اطلاقهم)) فانهم قالوا : ((التلف موجب للملك)) و
هذا الكلام لما اذا تلف فى يد المنتقل اليه بسببه او بسبب الغاصب
او بتلف سماوى (تلفه من مال المغصوب منه) المنتقل اليه (نعم لو قام
اجماع) على ان التلف من مال المنتقل عنه (كان تلفه من مال المالك)
الاول (لو لم يتلف عوضه قبله) والا . فلو تلف عوضه قبله ، انتقل الى
ملك المنتقل اليه ، لما تقدم من ان تلف احد الشيئين يوجب الملك لكل
منهما .

(واما ما ذكره) كاشف الغطاء (من حكم النماء) وانه لمن ؟ . .
(فظاهر المحكى عن بعض ان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء الى
الآخذ بل حكمه) اى حكم النماء (حكم اصله) فى انه مباح للمنتقل اليه
الا اذا تلف او تصرف فيه (ويحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة

ثم انك بملاحظة ما ذكرنا تقد ر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه
— رحمه الله — لم يذكرها للاعتداد .

والانصاف انها استبعادات في محلها .

وبالجملة ، فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحققة
الى زمان المحقق الثاني وبالاتفاق المدعى في الغنية والقواعد هنا وفي
المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب والقبول مشكل .

ورفع اليد عن عموم ادلة البيع والهبة ونحوهما المعتضدة

لان معنى الاباحة تمليك النماء — بالدلالة العرفية — .

(ثم انك بملاحظة ما ذكرنا) من اجوبة ايرادات كاشف الغطاء — رحمة
الله عليه — (تقد ر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه — رحمه الله — لم
يذكرها للاعتداد) والاستدلال .

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

(وبالجملة ، فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد) هذا الاصل
(بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني) الذي خرج عن الشهرة وقال
بالملك المتزلزل (وبالاتفاق المدعى في الغنية والقواعد هنا) في باب
المعاطاة (وفي المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب والقبول) كما
تقدم نقل كلامه (مشكل) خبر ((فالخروج)) .

(ورفع اليد عن عموم ادلة البيع) كأحل الله البيع ، وتجارة عن تراض ،
الشامل هذا العموم للمعاطاة (والهبة ونحوهما) كالاجارة والرهن ، في
الاجارة والرهن بالمعاطاة (المعتضدة تلك الادلة العامة الشاملة

بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى
بناءً على تأويله للكلمات القائلين بالا باحة اشكل .

فالقول الثانى لا يخلو عن قوة .

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

للمعاطاة (بالسيرة القطعية) فانهم يعاملون ، بالسلع المعاطاتية معاملة
السلعة التى انتقلت اليهم بالعقد (المستمرة) من الازمنة القديمة (وبدعوى
الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى) وانما ادعى الاتفاق مع ان ظاهر
كلمات المشهور الا باحة (بناءً على تأويله للكلمات القائلين بالا باحة) بان
مرادهم الملك المتزلزل (اشكل) .

ومع 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 التراضى لفظاً) غير عقد ، كما لو قال
(اعط الكتاب وخذ ديناراً) مثلاً — كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد
الثانى ، وقواه جماعة من متأخري المحدثين — او هى غير لازمة مطلقاً)
سواء كان الدال عليها لفظاً اولاً (فيجوز لكل منهما الرجوع فى ماله — كما
عليه اكثر القائلين بالملك ، بل كلهم عدا من عرفت —) من المفيد وبعض
معاصرى الشهيد واتباعه (وجوه) .

او فقها بالقواعد هو الاول بناءً على اصاله اللزوم في الملك للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الاصلى .

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

(او فقها بالقواعد هو الاول) اى اللزوم مطلقا (بناءً على اصاله اللزوم في الملك) اى ان كل ملك لازم الا اذا دل الدليل على جواز بطلاله كما كان هناك خيار او نحوه ، وذلك الاصل انما نشأ بما ذكره المصنف رحمه الله - بقوله : (للشك في زواله) اى الملك (بمجرد رجوع مالكة الاصلى) فالاصل بقاءه ، وعليه فكلما علمنا بتزلزل الملك خرجنا عن الاصل المذكور وكلما لم نعلم اخرجنا الملك حتى يعرف المخرج .

(ودعوى) انه لاصحة لأصاله اللزوم في الملك ل (ان الثابت هو الملك) في الجملة اى (المشترك بين المتزلزل والمستقر ، والمفروض انتفاء الفرد الاول) اى المتزلزل (بعد الرجوع) من المالك الاصلى (والفرد الثانى) ، اى المستقر (كان مشكوك الحدوث من اول 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 الاول) لاننا 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 الثانى من

بأن انقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته
وانما هو باعتبار حكم الشارع عليه فى بعض المقامات بالزوال برجوع
المالك الاصلى .

ومنشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة
الملك فجواز الرجوع وعدمه من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات
المأخوذة فى المسبب

استصحاب الكلى الذى اشكل جماعة فيه لأن المحقق بقاؤه غير معلوم
الحدوث والمعلوم حدوثه لا يعلم صلوحه للبقاء كما ذكروا ذلك مفصلا فى
الاصول ، لكن لا يخفى انه من النوع الثانى من القسم الثانى ، وقد ذكروا
جريان الاستصحاب فيموتفصيل الكلام فى محله (بأن انقسام الملك الى المتزلزل
والمستقر ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته) كاختلاف الانسان والفرس حيث
يقسم الحيوان اليهما (وانما هو باعتبار حكم الشارع عليه فى بعض المقامات)
كما لو كان هناك خيار (بالزوال برجوع المالك الاصلى) فهو كالنكاح الذى
يطرأ عليه الطلاق او الفسخ والذى لا يطرأ عليه فانه ليس لاختلاف فى
حقيقة النكاح الذى طرأ عليه والذى لم يطرأ عليه ، بل لحكم الشارع بان
الطلاق لو طرأ زال النكاح .

(ومنشأ هذا الاختلاف) فى باب الملك (اختلاف حقيقة لسبب المملك)
فبعض اقسام السبب المملك شديد التأثير بحيث لا يزول كالعقد المطلق ،
وبعض اقسامه ضعيف التأثير كالبيع الخيارى (لا اختلاف حقيقة الملك) اى
العلاقة والآخر المترتب على السبب حتى لا يصح الاستصحاب (فجواز الرجوع
وعدمه من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات مأخوذة فى المسبب)
اى العلاقة والآخر ، وحيث علمنا وجود المسبب وشككنا فى زواله نستصحب

و يدل عليه — مع انه يكفى فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك او من لوازم السبب المملك ومع ان المحسوس بالوجدان ان انشاء 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 فان كان الاول كان اللزوم التفصيل بين اقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه او عدم قصده و هو

بقائه (ويدل عليه) اى على ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية المربوطة بالسبب لا المسبب (— مع انه يكفى 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 ام لا (ومع ان المحسوس بالوجدان ان انشاء الملك فى الهبة اللازمة) كالهبة المعوضة (وغيرها —) مما ليس فيها احد اسباب اللزوم — كالعوض او كونها لذى رحم وما اشبه — (ان اللزوم) فاعل ((يدل عليه)) (والجواز لو كانا من خصوصيات الملك) الداخلين فى حقيقته كالناطقية والناهقية الداخلتين فى حقيقة الانسان والعمار (فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك) اى اصل ((الملك)) الموجود فى اللزوم والجواز (باحدى الخصوصيتين بجعل المالك) بان ينشأ المالك الملك تارة هكذا ٠٠ وتارة هكذا ٠٠ (او بحكم الشارع) بدون ربط بالمالك (فان كان الاول) اى بجعل المالك (كان اللزوم التفصيل بين اقسام التملك المختلفة بحسب قصد المملك (الرجوع وقصد عدمه) اى عدم الرجوع (او عدم قصده) من باب المهية لا بشرط (وهو) اى التفصيل

بديهي البطلان ، اذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع وعدمه وان كان الثانى
لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل فى العقود
لما تقدم ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد وان امكن القول بالتخلف
هنا فى مسألة المعاطاة بناء على ما ذكرنا سابقا - انتصارا للقائل بعدم
الملك - من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطين
لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك

(بديهي البطلان ، اذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع وعدمه) فاذا باع
المالك شيئا بالعقد وقصد الرجوع لم يؤثر قصده فى جواز الرجوع ولو باع
بيعا خياريا وقصد عدم الرجوع لم يسقط قصده جواز رجوعه (وان كان الثانى)
اى بجعل الشارع (لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ)
فيكون المالك قصد الرجوع وابطله الشارع ، او قصد عدم الرجوع وقال الشارع
لا رجوع لك (وهو) 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) وان
امكن القول بالتخلف هنا (بين العقد والقصد) فى مسألة المعاطاة
بناء على ما ذكرنا سابقا - انتصارا للقائل بعدم) افادة المعاطاة (الملك
- من منع وجوب امضاء) الشارع (للمعاملات الفعلية) بالتعاطى مقابل
المعاملات اللفظية بالعقد (على طبق قصود المتعاطين ، لكن الكلام)
الآن ليس فى ان المعاطاة تفيد الملك من جهة قاعدة العقود تتبع القصد
بل (فى قاعدة اللزوم فى الملك) وانه هل ان الملك الاصل فيه اللزوم او
الجواز ، وقد عرفت ان مقتضى الاستصحاب اللزوم فى باب العقود اللفظية

تشمل العقود ايضا .

وبالجملة فلا اشكال في اصاله للزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا وكذا لو شك في ان الواقع في الخارج هو العقد اللازم او الجائز كالصلح من دون عوض والهبة نعم لو تداعيا

ونجى الاستصحاب ايضا في باب العقود الفعلية ، لعدم الفصل بين الامرين .
والحاصل انا قد نتمسك لاثبات اللزوم في المعاطاة بـ ((قاعدة العقود تتبع القصد)) لكن هذا غير تام لما عرفت من انها ليست جارية في المعاملات الفعلية ، وقد نتمسك بقاعدة ((استصحاب الملك)) الثابتة في المعاملات اللفظية بناء على عدم الفرق بين المعاملات اللفظية والفعلية من جهة جريان استصحاب اللزوم ، وكيف كان فالقاعدة المذكورة (تشمل العقود ايضا) كما تشمل سائر اقسام الملك التي لم تحصل بالعقد كما لو حصلت بالارث وما اشبهه .

(وبالجملة فلا اشكال في اصاله للزوم في كل عقد شك في لزومه شرعا)
سواء كان عقدا لفظيا او فعليا ، بان كان الشك في الشبهة المفهومية ، بان قرر الشارع هذا العقد لازما ام لا ؟ فان استصحاب الملك يكفي في القول بلزومه (وكذا لو شك في ان) العقد (الواقع في الخارج هو العقد اللازم او الجائز) بسبب الشبهة المصداقية بعد ان علمنا ان العقد الفلاني لازم والعقد الفلاني جائز ، لكن شكنا ان ما اوقعناه هل كان من قسم اللازم او من قسم الجائز (كالصلح من دون عوض والهبة) فالصلح لازم والهبة جائزة (نعم) لا تجرى اصاله للزوم في الشبهة المصداقية (لو تداعيا) بان قال احدهما : صالحته فهو لازم ، وقال الاخر : بل هبة

احتمل التحالف فى الجملة •

ويدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر عموم قوله عليه السلام : الناس
مسلطون على اموالهم ، فان مقتضى السلطنة ان لا يخرج عن ملكه بغير اختياره
فجواز 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 حررا
الدعوى فى الخصوصية اى قال احد هما : صلح ، وقال الاخر : هبة ، اما لو حررا
الدعوى بحيث صار احد هما مدعى والاخر مدعى عليه • بان قال احد هما : الملك
باق بعد الفسخ ، وقال الاخر : لا بقاء للملك بعد الفسخ ، فان المسألة حينئذ
مسئلة المدعى و المنكر فيلزم على المدعى الاثبات بالبينة وعلى المنكر
الحلف — اذا لم تكن له بينة — •

(ويدل 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 وصار ملكا لكل واحد منهما و
(مقتضى السلطنة ان لا يخرج عن ملكه بغير اختياره ، فجواز 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 •
والحاصل ، اخراج البائع لملك المشتري — مثلا — خلاف سلطنة
المشتري فمنعه ((الناس مسلطون)) الشامل للمشتري (فاندفع ما ربما

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

ولما ذكرنا تمسك المحقق في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بان فائدة الملك السلطنة، ونحوه العلامة في موضع آخر، ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام : لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه . حيث دل

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

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

(ولما ذكرنا) من قاعدة ((الناس مسلطون)) (تمسك المحقق في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض) وانه لا يحق للمقرض ان يسترد ما اقترضه (بان فائدة الملك السلطنة) فالمال بعد القرض ملك للمقرض فله سلطان عليه ، فلا سلطان للمقرض على الاسترجاع (ونحوه العلامة في موضع آخر) غير باب القرض (ومنه) اى من صحة التمسك بقاعدة ((الناس مسلطون)) للزوم المعاطاة بعد فسخ احد الطرفين (يظهر جواز التمسك للزوم (بقوله عليه السلام : لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه) فان السلعة صارت مالا للمشتري فلا تحل للبائع الا عن طيب نفس المشتري (حيث دل

على انحصار سبب حلّ مال الغير او جزء سببه فى رضا المالك فلا يحل بغير
 رضاه و توهم تغلق الحلّ بمال الغير وكونه مال الغير بعد الرجوع اول
 الكلام مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم حيث يشمل
 التملك ايضا فلا يحل التصرف فيه ولا تملكه الا بطيب نفس المالك .
 ويمكن الاستدلال ايضا بقوله تعالى : ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
 الا ان تكون تجارة عن تراض ولا ريب

على انحصار سبب حلّ مال الغير او جزء سببه فى رضا المالك (السببية
 الكاملة فى الاباحة ، وجزء السبب فى التملك فان جزءا من السبب الرضا و
 الجزء الآخر العقد قولاً او فعلاً (فلا يحل) المال الذى انتقل الى شخص
 بالمعاطاة (بغير رضاه و توهم تعلق الحلّ) المنفى ، فى قوله (لا يحل)
 (بمال الغير) لانه عليه السلام قال : (لا يحل مال امرء) (وكونه اى هذا
 البشئ بعد الفسخ (مال الغير بعد الرجوع اول الكلام) مثلا البائع اذا
 استرد 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 (التملك ايضا) فالسلعة
 كانت ملكا للمشتري فلا يحل التصرف فيها ولو بالتملك من البائع الا برضا
 المشتري (فلا يحل التصرف فيه) تصرفا غير مملك (ولا تملكه الا بطيب نفس
 المالك) الذى هو المشتري . (ويمكن الاستدلال) للزوم المعاطاة (ايضا
 بقوله تعالى : ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
 تراض) 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 ولا عن تراض فلا يجوز اكل المال و التوهم المتقدم في السابق جارها لآن حصر مجوز اكل المال في التجارة انما يراد به اكله على ان يكون ملكا للآكل لا لغيره .

و يمكن التمسك ايضا بالجملة المستثنى منها حيث ان اكل المال ونقله عن ماله بغير رضى المالك اكل وتصرف بالبطل عرفا .

نعم بعد اذن المالك الحقيقي — وهو الشارع — وحكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك

ان الرجوع ليست تجارة ولا عن تراض فلا يجوز (للبائع — مثلا —) (اكل المال) الذى هو للمشتري الآن (والتوهم المتقدم في السابق) ببيان انه بعد الرجوع ليس المال للمشتري — مثلا — (جارها) فى هذه الآيه ، وجوابه واضح مما تقدم (لآن حصر مجوز اكل المال فى التجارة انما يراد به) اى بالحصر ، المنع عن (اكله على ان يكون ملكا للآكل) — بصيغة اسم الفاعل — (لا لغيره) اى لغير الآكل ، 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)) .

(ويمكن التمسك) للزوم المعاطاة (ايضا بالجملة المستثنى منها) اى قوله سبحانه ((لا تأكلوا اموالكم)) (حيث ان اكل المال ونقله عن ماله) الذى هو المشتري — مثلا — فيما اذا اراد البائع معاطاة الرجوع (بغير رضى المالك اكل و تصرف بالبطل عرفا) فيقال : انه تصرف فى اموال الناس . (نعم) قد يجوز التصرف بدون اذن المالك فيما اذا اذن الشارع فانه (بعد اذن المالك الحقيقي — وهو الشارع — وحكمه بالتسلط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك) كما فى الخيارات التى جعلها الشارع ،

يخرج عن البطلان ولذا كان اكل المارة من الثمر الممرور بها اكلا بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي وكذا الاخذ بالشفعة والفسخ بالخيار وغير ذلك من النواقل القهرية هذا كله مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع مثل قوله عليه السلام: البيعان بالخيار مالم يفترقا .

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

خيار الحيوان والمجلس — مثلا — (يخرج) الاكل (عن البطلان) فلا يقال ان الفاسخ اكل مال غيره بالبطلان ، بل ليس هذا من اكل مال الناس اصلا (ولذا) الذى ذكرناه من انه مع اجازة الشارع ليس اكلا بالباطل (كان اكل المارة) اى الجماعة التى تمر ، او النفس المارة (من الثمر الممرور بها) مع وجود الشرائط المذكورة فى كتب الفقه — (اكلا بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي) الذى هو الله سبحانه (وكذا الاخذ بالشفعة والفسخ بالخيار وغير ذلك من النواقل القهرية) بدون رضى المالك (هذا كله) يدل على لزوم المعاطاة (مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع) الشامل للمعاطاة عرفا (مثل قوله عليه السلام : البيعان بالخيار مالم يفترقا) فاذا افترقا وجب البيع .

(وقد يستدل ايضا) للزوم المعاطاة (بعموم قوله تعالى : اوفوا بالعقود ، بناء على ان العقد) ليس خاصا باللفظ فقط ، بل (هو مطلق العهد) ومن المعلوم ان فى المعاطاة عهدا من الطرفين بالتبادل (كما فى صحيحة عبد الله بن سنان) حيث فسر العقد بالعهد (او العهد المشدد كما عن بعض اهل اللغة) والمعاطاة ايضا عهد مشدد لان الشدة

وكيف كان فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة وكذلك قوله عليه السلام :
المؤمنون عند شروطهم ، فان الشرط فى اللغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان
بغير اللفظ

والحاصل ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك وفى خصوص البيع مما
لا ينكر الا ان الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل
ادعاء صريحا بعض الاساطين فى شرح القواعد ، ويعضده الشهره
المحققه بل لم يوجد به

فى مقابل العهد الجائز كما فى الهبة وما شبهه ، لافى مقابل العهد الذى
ليس فيه لفظ (وكيف كان) معنى العقد ((العهد)) مطلقا ، او ((العهد
المشدد)) (فلا يختص) العقد (باللفظ فيشمل المعاطاة) ايضا (وكذلك)
يشمل المعاطاة (قوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ، فان الشرط فى
اللغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ) نعم لوقيل : 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 .

(والحاصل ، ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك وفى خصوص البيع مما
لا ينكر) فاذا ضمنا ذلك الى ان المعاطاة تفيد الملك وانها بيع تم
المطلوب وهو افادة المعاطاة اللزوم (الا ان الظاهر فيما نحن
فيه) من المعاطاة (قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاء) اى ،
الاجماع (صريحا بعض الاساطين) الشيخ جعفر كاشف الغطاء - رحمه
الله - (فى شرح القواعد ، ويعضده الشهره المحققه بل لم يوجد به) اى

قائل الى زمان بعض متأخري المتأخرين .

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

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

باللزم (قائل الى زمان بعض متأخري المتأخرين) هو المحقق الكركي .

(ف) ان قلت : كيف وقد نسب اللزوم الى المفيد ؟ قلت : (ان العبارة ،
المحكية عن المفيد فى المقنعة لا تدل على هذا القول) اى افادة المعاطاة
للزوم (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
الاثنين فيما يملكان التبائع له) اى المعاملة عليه (اذا عرفاه) اى الجنس —
احترازا عن الجنس المجهول حيث لا يجوز بيعه — (جميعا) البائع والمشتري
(وتراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالابدان) اشارة الى وجود الخيار ما
داما فى المجلس (انتهى) و وجه الاستدلال بهذا الكلام انه لم يذكر اجراء
العقد .

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

والشيخ انه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا ، وهو نص في عدم اللزوم ولا يقدح كونه ظاهرا في عدم الملكية الذي لا نقول به .

وعن جامع المقاصد : يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع نعم قول العلامة في التذكرة ان الاشهر عندنا انه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة ولو كان المخالف شاذا لعبر بالمشهور وكذلك نسبته في المختلف الى الاكثر وفي التحرير : ان الاقوى ان ،

والشيخ انه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص) هذا (وقد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها) اي المعاطاة (بيعا ، وهو) اي الكلام (نص في عدم اللزوم) لانه اما ان يريد انه ليس ببيع حقيقة او يريد انه ليس يفيد الملك ، وعلى كلا التقديرين يدل على انه ليس بلازم (ولا يقدح كونه) اي الكلام الغنية (ظاهرا في عدم الملكية الذي لا نقول به) اذ المقصود بيان عدم قول احد من العلماء باللزوم .

(وعن جامع المقاصد : يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع) فالمعاطاة التي ليس لها لفظ لا لزوم لها .

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

المعاطاة غير لازمة .

ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم واكثرهم الى انها ليست مملكة ، وانما تفيد 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)) ايضا له قوة .

(ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها) اى لزوم المعاطاة (مع ذهاب كثيرهم او اكثرهم الى انها ليست مملكة ، وانما تفيد 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 نتمكن 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 - ان اصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل .

وكيف كان، فتحصيل الـ اجماع على وجه استكشاف قول الامام من قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا وان كان هذا لا يقدح فى الـ اجماع 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 احسنوما 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 رأسا) كالمشهور) فالقول بالملك اللازم قول ثالث) وهو خلاف الـ اجماع المركب (فتأمل) حيث ان هناك قولاً بالملك اللازم ايضا كما حكى عن المفيد وغيره .

(وكيف كان ، فتحصيل الـ اجماع على وجه استكشاف قول الامام من قول غيره من العلماء) بسبب الحدس (كما هو طريق المتأخرين) فى حجية الـ اجماع فى مقابل حجية الـ اجماع لطفا او دخولا او ما اشبه (مشكل لما ذكرنا) من عدم الاستكشاف (وان كان هذا) الاشكال (لا يقدح فى الـ اجماع 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 لا ظهر الواقع - لطفا .

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

.....
 خلافه) (فى غاية الحسن والمثانة والامعاء وان لم يكن محققا على وجميعا
 القطع الا ان المظنون قويا تحققة على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على انشاء
 التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلا او وجد ولكن لم ينشاء التمليك به بل كان
 من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقاضى .

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

خلافه) انتهى كلام المسالك (فى غاية الحسن والمثانة والامعاء) الذى
 اشار اليه المسالك (وان لم يكن محققا على وجه يوجب القطع) بوجوده (الا
 ان المظنون قويا تحققة على عدم اللزوم مع عدم) وجود (لفظ دال على انشاء
 التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلا) كما لو وضع درهما بازاء الخباز وأخذ خمسة
 اقراص (او وجد) اللفظ (ولكن لم ينشاء التمليك به بل كان) اللفظ (من
 جملة القرائن على قصد التمليك بالتقاضى) كما لو قال : بكم تبيع الخبز
 فقال : كل خبز بعشرة ، فاعطى عشرة واخذ خبزا .

(وقد يظهر ذلك) الذى ذكرنا من عدم افادة المعاطاة للزوم ، 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 والتجار) لكن لا يخفى عدم دلالة
 مثل هذه الاخبار ، اذ التعارف لهذا القسم لا ينافى التعارف للتعاطى ايضا
 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 ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العين .
نعم ، الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة ولغير واحد من الاخبار - كما سيجئ انشاء الله تعالى فى شروط الصيغة - .
بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاة تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التصرف واخرى 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)) . وما اشبه .
(نعم ، يكتفون بالتعاطى فى المحقرات ولا 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: لماذا لا تقبل والجنس بعد موجود ؟ ، لكن لا يخفى ان مثل ذلك جار ايضا حتى فى صورة اجراء العقد و ابرام الامر .
(نعم ، الاكتفاء فى اللزوم) فى التعاطى (بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة) المستمرة بين المسلمين (ولغير واحد من الاخبار - كما سيجئ انشاء الله تعالى فى شروط الصيغة -) لكن لا يخفى وجود السيرة فى مطلق المعاطاة ولو بدون لفظ - كما تقدم - فتخصيصها بما اذا كان هناك لفظ محل نظر .
(بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاة تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التصرف) اصلا (و) تارة (اخرى على عدم افادتها)

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

اى المعاطاة (اللزوم) وان افادت الاباحة ، بل الملك (جمعا بينه) اى بين هذا الخبر (وبين ما دل على صحة مطلق البيع) فالمعاطاة لانها بيع ، تكون صحيحة مفيدة للملك ، ولأنها لا كلام فيها ولا لفظ ، فلانفيد اللزوم ، للخبر الآتى الذى يدير اللزوم مدار الكلام (كما صنعه) اى هذا الجمع (فى الرياض) والخبر (هو قوله عليه السلام : انما يحلل الكلام ويحرم الكلام . . . ، وتوضيح 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 والنسبة عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن نجيج قال : قلت لابي عبد الله - عليه السلام - الرجل يجيئنى ويقول : اشتري 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 - : ليس) الأمر (ان شاء اخذ) الثوب من الأمور بعد ما اشتراه من السوق (وان شاء ترك) ولم يشتره حتى يبقى الثوب للآمر ؟ (قلت : بلى ، قال عليه السلام : لا بأس ، انما يحلل الكلام و

يحرم الكلام ٠٠ وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات اخر- مجردة عن قوله عليه السلام : انما يحلل ٠٠ الخ - كلها تدل على انه لا بأس بهذه المواعد والمقاول ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه .
ونقول ان هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتل جوها .

الاول ان يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم والتحليل بمعنى ان تحريم شئ وتحليله لا يكون الا بالنطق به فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال .

يحرم الكلام ٠٠) الى آخر الخبر (وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات ، اخر - مجردة عن قوله عليه السلام : انما يحلل ٠٠ الخ - كلها تدل على انه لا بأس بهذه المواعد والمقاول) مشتقة من القول ، لانه مجرد قول وليس بيعا وعقدأ (ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه) اما اذا اوجب فليس فى الايجاب فائدة بل البيع باطل كما ذكرنا ذلك فى الفضولى اما الحرمة التكليفية فلا ، اذ الاوامر والنواهى المتعلقة بالمعاملات ظاهرة فى الوضع كما حقق فى محله .

(ونقول ان هذه الفقرة) : انما يحلل ٠٠ الخ (مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتل جوها) :

(الاول : ان يراد من الكلام فى المقامين) يحلل الكلام ويحرم الكلام ، (اللفظ الدال على التحريم والتحليل بمعنى ان تحريم شئ وتحليله لا يكون الا بالنطق به) اى باللفظ (فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون) المدلول عليه (بالاقوال) مثلا النكاح المحلل ، والطلاق المحرم ، انما يتأتيان باللفظ ، لا بان يقصدا الزوجية او يقصدا فسخ الزوجية ، ولا بان يقصدا الزوجية ويفعلما ما يدل على

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

قصد هما ، فالمراد : اللفظ مؤثر دون القصد و الفعل .

(الثانى : 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 داخل ، فيقال ((اللفظ غلط)) مثلا (لا) ان يراد بالكلام ، فى الفقرتين (مجرد اللفظ اعنى الصوت) و الفرق بين هذا المعنى وبين المعنى الاول ، ان ((الاول)) يقول : ((المعاملة تحتاج الى اللفظ ، ولا يكتفى فيها بالقصد)) و هذا يقول : ((اللفظ يختلف تحليلا و تحريما باعتبار اختلاف المضمون)) (ويكون 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 ايضا (بقولها : تمتعت نفسى بكذا) الى الاجل المعلوم (فاعدا) اللفظ (الاخير موجب لتحريمه) اى عدم افادته التحليل (و الاخير محلل ، وعلى 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 ينبغي له ان يسمى بذرا ولا برا فانما يحرم الكلام ولكن يقول لصاحب الارض : ازرع ارضك ولك منها كذا وكذا نصف او ثلث او ما كان من شرط ولا يسمى بذرا ولا بقرا الخبر .

الثالث : ان يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محظورا و 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 ينبغي له) اى للزارع (ان يسمى بذرا ولا بقرا فانما يحرم الكلام و لكن يقول لصاحب الارض : ازرع ارضك و لك منها كذا وكذا) كنصف الثلث (نصف او ثلث او ما كان من شرط) اى المقدار الذى يتبانى ان عليه (ولا يسمى بذرا ولا بقرا الخبر) فقول الزارع : ((ثلثان لى فى مقابل البذر و البقر و ثلث بيننا)) محرم ، وقوله : ((ثلثان ونصف 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 كلاما غير الكلام فى الفقرة الاخرى — كما عرفت — (و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجود موعده فيكون وجوده) اى وجود هذا الكلام الواحد (محللا و محظورا و بالعكس) اى وجود موعده محظورا و عدمه محللا كالظهار فان وجود محرم

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

الرابع: ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة والمواعدة ومن الكلام المحرم ايجاب البيع وايقاعه .

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

وعدمه محلل (او باعتبار محله غير محله فيحلل في محله ويحرم 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 - وعليه فاذا قال المزارع ((الثلثان والنصف لي)) محلل في مكان لم يذكر البذر والبقر ، و محرم في مكان ذكرهما .

(الرابع : ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة والمواعدة) في نفس محل السؤال (ومن الكلام المحرم ايجاب البيع وايقاعه) فلا يكون الحديث عاما وانما يكون خاصا بمورد السؤال .

(ثم ان الظاهر عدم ارادة المعنى الاول) وهو كون اللفظ فقط محرما و محللا (- لانه مع لزوم تخصيص الاكثر) كالمهدايا والضيافات ، والامور الاخر التي توجب تحليل الحرام وتحريم الحلال كالارث ، والوطى بالنسبة الى بنت الزوجة ، وانقلاب الخمر خلا ، و غليان العصير و ذهاب ثلثيه ، والجلل و وطى حيوان مأكول اللحم ، واستبراء المرأة الحامل ، وايقاب الغلام بالنسبة الى اخته و بنته و امه ، الى غيرها من الاسباب المحرمة والمحللة التي لا تعد . . (حيث ان ظاهره) اي 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 والتحريم فى هذا الحكم اصلا فكيف يعلل به .

وكذا ، 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 ٠٠ الخ)) (بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال) الذى سأل 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 للآمر (بما اذا لم يوجب) الوسيط (البيع على الرجل) الأمر (قبل شراء المتاع من مالكة) فالمحلل والمحرم : بيع الوسيط قبل اشترائه وعدم بيعه ، فان باع قبل الاشتراء كان حراما والا كان حلالا (ولا دخل لاشتراط النطق فى التحليل والتحريم فى هذا الحكم) اى الحكم بالحرمة قبل الاشتراء من مالكة والحلية بعد الاشتراء (اصلا فكيف يعلل) هذا الحكم (به) اى بقوله ((انما يحلل)) .

وكذا ، 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 الوجوده قبل شراء العين التى يريد ها الرجل لانه بيع ما ليس عنده .

ولا يحلل الا عدمه اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل الا التواعد بالمبايعه وهو غير مؤثر .

فحاصل الرواية ان سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منصرفى الكلام عدما و وجودا .

او المعنى الرابع وهوان المقاوله و المراضاه مع المشتري الثانى قبل اشترا

مقام السؤال (مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما) فان المقاوله - المحلله - والبيع - المحرم - امران ، لانهما امر واحد .

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

(فحاصل الرواية) على هذا المعنى الثانى (ان سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة) التى يريد الامر عقد ها مع الوسيط (منحصر فى الكلام عدما) للتحليل (و وجودا) للتحريم .

(او المعنى الرابع) عطف على قوله ((فتعين المعنى الثالث)) (وهو : ان المقاوله و المراضاه مع المشتري الثانى) و هو الامر للوسيط (قبل اشترا)

العين محلل للمعاملة و ايجاب البيع معه محرم لها .

وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل

كما هو المقصود في مسألة المعاطاة .

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت ،

بان المراد بالكلام هو ايجاب البيع بان يقال : ان حصر المحلل والمحرم في

الكلام لا يتأتى الا مع انحصار ايجاب البيع في الكلام اذ لو وقع بغير الكلام لم

ينحصر المحلل والمحرم في الكلام

الوسيط (العين محلل للمعاملة) بمعنى انه لم يحدث شئ منهى عنه - وهو

بيع ما ليس عنده - (و ايجاب) الوسيط (البيع معه) اي مع المشتري الثاني (محرم

لها)

(وعلى كلا المعنيين) الثالث و الرابع (يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار

الكلام في التحليل) في المعاطاة حتى انه يدل على انه لو يكن كلام لم يجز

التصرف في ما اخذ بالمعاطاة (كما هو المقصود في مسألة المعاطاة) هذا كله

فيما اذا اريد الاستدلال بجمله ((انما يحلل الكلام)) وحدها .

(نعم) يمكن الاستدلال بجمله ((انما يحلل)) بضميمة ((السؤال و

الجواب)) في كلام السائل والا مام بان يقال : (يمكن استظهار اعتبار الكلام في

ايجاب البيع بوجه آخر) وهذا الاستدلال انما هو (بعد ما عرفت بان المراد

بالكلام هو ايجاب البيع) وجه الاستظهار (بان يقال : ان حصر المحلل والمحرم

في الكلام لا يتأتى) ولا يصح (الا مع انحصار ايجاب البيع في الكلام) حتى ان غير

الكلام - كالمعاطاة - لا يفيد التحليل (اذ لو وقع) الحل (بغير الكلام لم ينحصر

المحلل والمحرم في الكلام) فتحصل ان هذا الحديث يمكن الاستدلال به

على (عدم افادة المعاطاة 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 .

وكيف 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 والجواب -)) فيدل على ان غير الكلام لا يوجب البيع (الا ان يقال :) بان هذا الاستظهار ايضا 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 (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 الاضافيه - كما قرر فى موضعه - .

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

كما يشعر بقوله - عليه السلام - في رواية اخرى واردة في هذا الحكم ايضا وهى رواية يحيى بن الحجاج عن ابي عبدالله - عليه السلام - عن رجل قال لى : اشترلى هذا الثوب او هذه الدابة وبعتها ابك فيها كذا وكذا قال - عليه السلام - : لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها فان الظاهر ان المراد من مواجهة البيع ليس مجرد اعطاء العين للمشتري .

و يشعر به ايضا

الحلية في الكلام (كما يشعر به قوله - عليه السلام - في رواية اخرى واردة في هذا الحكم) اى حكم من يريد اشتراء شئ ليبيعه لمن امره بذلك (ايضا) كالرواية المتقدمة (وهى رواية يحيى بن حجاج عن ابي عبد الله - عليه السلام - : عن رجل قال لى : اشترلى هذا الثوب او هذه الدابة وبعتها اربك عنها كذا وكذا) مقدارا من المال (قال - عليه السلام - : لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه البيع) اى من الأمر (قبل ان تستوجبها) من مالها (او تشتريها) التردد اما من الراوى و اما من الامام عليه السلام ، ولعل الفرق بناء على كون 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 وان يراد من قوله عليه السلام ((لا تواجهه)) لا تجرى العقد ، فيكون مفاد هذا الحديث كمفاد الحديث السابق القائل بانه يحلل الكلام ويحرم الكلام .

(ويشعر به ايضا) اى يكون ايجاب البيع باللفظ ، وان الكلام محلل ومحرم

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 المرافضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة . فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح انه لا يكره ذلك في المعاولة 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) يباع مفعول مطلق تأكيدى نحو ((مشى مشيا)) وما اشبه . (فيقول : ابيعك بده دوازده) يعنى ((بعشرة ، اثني عشر)) والمراد اخذ ربح اثنين فوق كل عشرة فاذا كان شراؤه مائة باعه بمائة وعشرين (فقال عليه السلام : لا بأس انما هذه المرافضة) يعنى التراضى والمعاولة ، ومفهومه انه ليس ببيع ، ولو كان بيعا لم يجز (فاذا جمع البيع) اى عزمه (جعله جملة واحدة) اى قال - مثلا - : بعثك هذه السلعة بمائة وعشرين ، اى فى قبال ان يقول : كل عشرة بمائتى عشر (فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح انه لا يكره ذلك) اى قول ((ابيعك بده دوازده)) (فى المعاولة التي قبل العقد ، وانما يكره حين العقد) و كأن المصنف اراد استفادة اشعار الرواية بالاحتياج الى اللفظ من هذه العبارة .

و وجه الاشعار ان قوله ((جعله جملة واحدة)) الاشكال فيما اذا لم يجعله جملة واحدة ، مع ان القصد والتعاطى حاصلان ، اذ لو كفى التعاطى لم يضر هذه العبارة ((اى : بده دوازده)) حتى حين العقد بعد حصول التعاطى .

و فى صحيحة ابن سنان : لا بأس بان تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه
ثم تشتري له نحو الذى طلب ثم توجهه على نفسك ثم تبيعه منه بعد .
و ينبغى التنبيه على امور :

الاول : الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم - على القول بافادتها الملك -
بيع بل الظاهر من كلام المحقق الثانى 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 تقاولة و تراوضه (ثم تشتري له نحو الذى
طلب) مما قاوت معه (ثم توجهه على نفسك) اى تشتريه (ثم تبيعه منه بعد)
اى بعد ان اشتريته لنفسك .

وجه الاستظهار من هذه الرواية ، باحتياج العقد الى اللفظ ، انه
لو كان المراد المعاطاة ، لم يكن وجه لقوله (ثم تبيعه) اذ التعاطى
قبل الاشتراء غير ممكن فان السلعة بيد مالكةا فالمراد ان اللفظ المحتاج
اليه فى العقد لا يصح ان يقع قبل اشتراء الوسيط ، وانما تصح المقابلة ، فاذا
اشتري جاء باللفظ للعقد .

(و) اذ تم مبحث المعاطاة ، وانما بقى انهاء تفيد الملك اللازم ، او الملك
المتزلزل ، او الاباحة المجردة ، او لا تفيد شيئا فـ (ينبغى التنبيه على امور)
ملحقة بهذا المبحث :

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

القائلين بكونها فاسدة كالعلامة فى النهاية .

ودل على ذلك تمسكهم بقوله تعالى : احل الله البيع .

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

هذا على ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطيين فى المعاطاة التملك والبيع

واما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من ان محل

القائلين بكونها) معاملة (فاسدة كالعلامة فى النهاية) وستأتى فائدة كونها
 بيعا أولا .

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

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

(واما 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 ومعاد اجماعهم هو البيع المفيد شرعا للزوم زيادة

على الملك) يعنى مرادهم انها ليست بيعا مملكا مفيدا للزوم اما لانه بيع مملك

متزلزل ، واما لانه بيع لم يفد الا الاباحة .

(هذا) اى كونه بيعا على كل تقدير سواء افاد الملك المستقرا او

المتزلزل او صرف الاباحة (على ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطيين

فى المعاطاة التملك والبيع) كما هو الظاهر من كلمات الفقهاء ، وعليه

حسرت السيرة فى قبال قول الجواهر الذى نزل كلامهم على صورة ما ارادوا

الاباحة .

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

المعاطاة اذا كانت تفيد الاباحة فهى بيع عرفى لا شرعى

١٢٩.....

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

وعلى هذا فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع الى
الدالة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص او عموم .
وحيث ان المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيتها

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

(وعلى هذا) الذى ذكره من كون الكلام فيما اذا قصدا 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 تشتترط بتقديم
اعطاء المثلث على اعطاء الثمن او تشتترط بتعدد المعطى والقابل ام يكفى
وكالة شخص عنها – مثلا بـمعنى انا شكنا فى انه اذا فقدت المعاطاة هذا
الشرط هل تنفع فى الاباحة ام لا ؟ (من الرجوع الى الدالة 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 الفاقدة لذلك الشرط ، واذا كان الدليل خاصا لا يشمل الا ذات ،
الشرط ، ولو من جهة اجمال فى الدليل ، نقول بعدم الاباحة
اذا كانت المعاطاة بدون ذلك الشرط المشكوك فيه .

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

بعموم ((الناس مسلطون على اموالهم)) كان مقتضى القاعدة هو نفى شرطية غير ما ثبت شرطيته كما انه لو تمسك لها بالسيرة ، كان مقتضى القاعدة العكس والحاصل ان المرجع على هذا عند الشك فى شروطها هى ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت فى البيع ام لا .

واما على المختار من ان الكلام فيما قصد به البيع هل يشترط فيه شروط البيع مطلقا ام لا

العوضى المفيد للاباحة (بعموم ((الناس مسلطون على اموالهم)) كان مقتضى القاعدة هو نفى 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 فى اعتباره ، لانه لاعموم للسيرة ، فانه دليل لتي فاللازم الاخذ بالقدر المتيقن ، وهو المعاطاة الواجدة لجميع الشرائط المتيقنة و المشكوكه .

(والحاصل ان المرجع على هذا) الذى ذكره الجواهر ، من كون الكلام فى المعاطاة المقصود بها الاباحة (عند الشك فى شروطها) اى شروط المعاطاة (هى ادلة هذه المعاطاة) الموجبة للاباحة ، والمقصود بها الاباحة (سواء اعتبرت) تلك الشرائط المشكوكه (فى البيع ام لا) اذ ليست هذه المعاطاة - على هذا القول - ببيعا حتى يأتى فيها الشرائط المعتبرة فى البيع .

(واما على المختار) عندنا (من ان الكلام فيما قصد به البيع) من جانب المتعاقدين فـ (هل يشترط فيه شروط البيع) باستثناء الصيغة فقط (ام لا)

كذلك أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة
وجوه .

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

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

يشترط فيه شروط البيع (كذلك) مطلقا (ام يبتنى على القول بإفادتها
للملك) فيشترط فيه شروط البيع (والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة) فلا
يشترط بشروط البيع (وجوه) واحتمالات .

(يشهد للاول) الذي هو الاشتراط مطلقا (كونها بيعا عرفا فيشترط
فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع) اى يتأتى فيه كل ما دل - وانما
فسرنا ((يشترط)) بـ ((يتأتى)) لان ((يشترط)) انما يتعلق بـ ((الشرط))
لا بـ ((ما دل)) ولو قال : ((فيشترط فيها جميع ما اشترط في البيع)) كان
اوجه .

(ويؤيده) اى الاشتراط (ان محل النزاع بين العامة والخاصة فى
المعاطاة : هو ان الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط) المعتبرة فيه
(ام 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 الذى ذكرناه، وعلى هذا (فما) اى فالبيع الذى
انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان وان فرض ،

مشاركاً له في الحكم ولذا ادعى في الحقائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة اذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة وانها تفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار اليه من العوض ومقابل المشهور في كلام مقول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع .

مشاركاً له) اي 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 الاباحة ، والملك المتزلزل (ولذا) الذي ذكرناه من لزوم اشتمال المعاطاة على جميع الشروط باستثناء الصيغة (ادعى في الحقائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة) اي التي لا تفيد اللزوم — فليس معنى قولهم : ((بعدم اللزوم)) عدم الصحة راساً (اذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة وانها) اي المعاطاة (تفيد) عند استكمال الشرائط (اباحة تصرف كل منهما . فيما صار اليه من العوض) فان عبارة منص في ان كلامهم في الجامع للشرائط .

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

ويشهد للثانوان البيع في النص والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم وثبت له الخيار في قولهم البيعان بالخيار مالم يفترقا ونحوه .
اما على القول بالاباحة فواضح ، لان المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع والمتشعبة ، اذ لا نقل فيها عند الشارع .

المعاطاة بالشروط خلاف)) حتى يكون هناك من يقول بالصحة ولو بدون الشرائط .

(ويشهد للثاني) اي عدم اشتراط المعاطاة بشروط البيع (ان البيع في النص والفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم وثبت له) اي لمباشر البيع (الخيار) مادام في المجلس (في قولهم البيعان بالخيار مالم يفترقا ونحوه) اي نحو هذا الحديث مما دل على الخيار للعيب ونحوه ، ومن المعلوم ان المعاطاة ليست كذلك لانها — اما غير مفيدة للملك اصلا — على قول من يقول بالاباحة — واما غير لازمة — على قول من يقول بالملك المتزلزل — وعليه فالشروط المذكورة للبيع لا ربط لها بالمعاطاة ، لان المعاطاة ليست بيعا . وان شئت قلت : ان البيع مافيه لزوم او خيار ، والمعاطاة ليس فية لزوم ولا خيار ، لانها على الاباحة لا ملك فكيف باللزوم وعلى الملك فهو متزلزله من اصلها لان الخيار اوجب تزلزلها .

(اما) كون المعاطاة ليست بيعا — حتى يأتي فيها شروط البيع — على القول بالاباحة فواضح ، لان المعاطاة ليست على هذا القول بيعا في نظر الشارع والمتشعبة ، اذ لا نقل فيها) اي في المعاطاة ، فانها على الاباحة لا توجب نقل العين — والنقل من مقومات البيع — (عند الشارع و المتشعبة) تتبع للشارع وان شئت قلت : البيع يوجب النقل والمعاطاة

.....

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 فلأن المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار وقولهم: ان الاصل فى البيع اللزوم والخيار انما ثبت لدليل وان البيع بقول مطلق من العقود اللازمة وقولهم : البيع هو العقد الدال على كذا و نحو 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 لانه بيع بنظره (وقد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك) اى بيان ان المراد من البيع فى كلام المتشرعة - حيث ينفون البيع عن المعاطاة هو البيع الصحيح المحكوم عليه باللزوم .
(واما على القول بالملك) اى بان المعاطاة تفيد الملك (فلأن المطلق) اى اذا اطلق ((البيع)) ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار ((فى)) متعلق بـ ((المطلق)) (وقولهم: ان الاصل فى البيع اللزوم ، و الخيار انما ثبت لدليل) قوله : ((والخيار)) 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 والا 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 و نحو ذلك) من عبائهم التى ذكروا فيها لفظ ((البيع))

و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى ان اطلاق البيع فى النص والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه ، الا بفسخ عقده بخيار او بتقايل .

و وجه الثالث ما تقدم للثانى على القول بالاباحة من سلب البيع عنه و للاول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ وان لم يكن لازما .
ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص فيحمل

و الحاصل ان ((المعاطاة لا تفيد اللزوم)) و ((البيع لازم)) فلا يشترط فى المعاطاة شروط البيع لانها غيره .

(و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى ان اطلاق) لفظ (البيع فى النص والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه ، الا بفسخ عقده بخيار او بتقايل) و المعاطاة ليست كذلك ، اذ قد عرفت انها تفيد الملك المتزلزل ، 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 للاباحة فلا يشترط فيها شروط البيع (ما تقدم للثانى) اى فى وجه القول الثانى (على القول بالاباحة من سلب البيع عنه) اى عما افاد الاباحة ، و اذ لم تكن المعاطاة المفيدة للاباحة بيعا لم تكن مشروطة بشروط البيع (وللاول) اى فى وجه القول الاول (على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ) اى 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 متزلزلا .

(و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص) متعلق بـ ((ثبت)) اى كان الشارع اعتبره بالنص عليه (فيحمل

على البيع العرفي وان لم يقد عند الشارع الا الاباحة ، وبين ما ثبت بالاجماع على اعتباره في البيع بناء على انصراف البيع في كلمات المجمعين الى العقد اللازم .
والاحتمال الاول لا يخلو عن قوة ، لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك كما عرفت عن جامع المقاصد .

واما على القول بالاباحة فلانها لم يثبت الا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر ايضا .

ثم

على البيع العرفي) فاذا حدث البيع العرفي ، كان محال ذلك الشرط فيعتبر مثل ذلك في المعاطاة لصدق البيع العرفي عليها (وان لم يقد) ذلك البيع العرفي (عند الشارع الا الاباحة ، وبين ما ثبت بالاجماع على اعتباره) بان دل الاجماع على ذلك الشرط (في البيع) فانه لا يشترط في المعاطاة — بناء على القول بانها لا تفيد الملك اللازم — (بناء على انصراف البيع في كلمات المجمعين الى العقد اللازم) فاذا لم تكن المعاطاة توجب للزوم لم يكن ذلك الشرط معتبرا فيها .

(والاحتمال الاول) و هو انه يشترط في 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 .

(واما على القول بالاباحة فلانها) اي الاباحة (لم يثبت الا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط) دون الفاقدة لسائر شرائط البيع (فلا تشمل) الاباحة المعاطاة . (الفاقدة للشرط الآخر) غير الصيغة (ايضا) علاوة على فقدائها للصيغة .

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

انه حكى عن الشهيد ره في حواشيه على القواعد انه بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثن الهدى الابد تلف العين — يعني العين الاخرى — ذكر انه يجوز ان يكون الثمن و المثن في المعاطاة مجهولين لانها ليست عقدا وكذا جهالة الاجل و انه لو اشترى امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى و حكى عنه في باب الصرف ايضا انه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين .

اقول : حكمه — قدس سره — بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة وعدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم افادتها للملك ، الا ان حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف

فـ (انه حكى عن الشهيد ره في حواشيه على القواعد انه — بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثن الهدى) لان هذه الامور لا تكون الا في الملك (الا بعد تلف العين ، يعني العين الاخرى) المقابلة لهذا الشيء الذي يراد اعطائه خمسا او زكاة او هديا (— ذكر انه يجوز ان يكون الثمن و المثن في المعاطاة مجهولين لانها) اي المعاطاة ، (ليست عقدا) والجهالة انما تضر العقد ، دون غير العقد (وكذا جهالة الاجل) و المدة في النسبة و السلف مثلا) ، و انه لو اشترى امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن) لانه لا وطى الا في ملك (انتهى . و حكى عنه في باب الصرف ايضا : انه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين) مع ان التقابض شرط في النقدين اذا كان عقدا .

(اقول : حكمه — قدس سره — بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة وعدم جواز نكاح) اي وطى (المأخوذ بها) اي بالمعاطاة (صريح في) ان رأيه (عدم افادتها للملك ، الا ان حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف) من المعلومية و القبض

معللاً بان المعاطاة ليست عقداً يحتمل ان يكون باعتبار عدم الملك حيث ان المفيد للملك منحصر فى العقد وان يكون باعتبار عدم اللزوم حيث ان الشرائط المذكورة شرائط للبيع العقدى اللازم .

والاقوى اعتبارها وان قلنا بالا باحة لانها بيع عرفى وان لم يفد شرعا الا باحة ومورد الادلة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لا خصوص العقدى بل تقييدها بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب ولم اعرف من ان الاصل فى المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد وعدم تأثيرها شيئا

فى المجلس، (معللاً بان المعاطاة ليست عقداً يحتمل ان يكون) هذا التعليل (باعتبار عدم الملك) اصلاً (حيث ان المفيد للملك) فى نظره (منحصر فى العقد وان يكون باعتبار عدم اللزوم) وان افادت المعاطاة الملك (حيث ان الشرائط المذكورة) المعلوماتية والقبض (شرائط للبيع العقدى اللازم) وحيث ان المعاطاة لا تفيد اللزوم لا تشترط بهذه الشروط .

(و) لكن (الاقوى اعتبارها) اى الشروط المذكورة (وان قلنا بالا باحة لانها بيع عرفى وان لم يفد شرعا الا الا باحة) ان قلت: اذا لم تكن بيعاً عند الشارع فكيف تقولون باعتبار الشرائط فيها؟ قلت: (مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لا خصوص البيع (العقدى) وذلك لان موضوعات الاحكام منزلة منزلة العرفى، الا اذا دل الدليل على تصرف الشارع فى الموضوع زيادة او نقيصة (بل تقييدها) اى تقييد تلك الشروط (بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب)، واللفظ انما يحمل على الغالب (ولما عرفت) هذا عطف على قوله ((لانها بيع عرفى)) وعلة ثانية لاحتياج المعاطاة الى الشروط (من ان الاصل فى المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد، وعدم تأثيره شيئا)، اصلاً حتى الا باحة، لانهما

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

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها ايضا وان خصصنا الحكم بالبيع بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لانها معاوضة عرفية وان لم يفد الملك بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي ، حيث قال : ان المعاطاة 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 والعدم) اي ، ان المعاطاة التي اختلفوا فيها في انها تفيد اللزوم ام لا خرجت عن اصل الفساد (وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة) فان اصل الفساد لا يشمل هذه المعاطاة (وبقى الباقي) وهى المعاطاة الفاعدة للشروط فانها باقية على اصالة الفساد .

(و بما ذكرنا) من ان المعاطاة بيع عرفي (يظهر وجه تحريم الربا فيها ايضا وان خصصنا الحكم) بالتحريم للربا (بالبيع) لما عرفت من ان المعاطاة بيع وقوله ((وان)) وصلية (بل الظاهر التحريم) للربا فى المعاطاة (حتى عند من لا يراها) اي المعاطاة (مفيدة للملك) ووجه التحريم حتى على الاباحة (لانها معاوضة عرفية وان لم يفد الملك) فمادل على حرمة الربا فى المعاوضة شامل لها (بل معاوضة شرعية كما اعترف بها) اي بكونها معاوضة شرعية (الشهيد رحمه الله فى موضع من الحواشي ، حيث قال : ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة او لازمة انتهى .) فيشملها قوله سبحانه ((احل الله البيع و حرم الربا)) .

.....
 واما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور
 لانها جائزة عندهم فلا معنى للخيار وان قلنا بافادة الملك فيمكن القول
 بثبوت الخيار فيه مطلقا بناءً على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتى ، عند
 تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة الا ان اثره يظهر
 بعد اللزوم

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

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

وعلى هذا فيصح اسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم ، ويحتمل ان
يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجرى لاختصاص ادلتها بما وضع
على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة
الى الرد دون الارش فتجرى لعموم ادلتها .
واما حكم الخيار بعد اللزوم

(وعلى هذا) اى وجود الخيار من اول وقت المعاطاة (فيصح اسقاطه
والمصالحة عليه قبل اللزوم) لانه حق والحق قابل للاسقاط كما هو قابل
للمصالحة (ويحتمل 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 مساغ للخيار فيها (وبين غيرها) اى
سائر الخيارات التى تجرى فى البيع وغير البيع (كخيار الغبن والعيب
بالنسبة الى الرد دون الارش) اذ الارش خلاف الاصل فيقتصر فيه على
موضع اليقين وهو البيع .

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

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

فسيأتى بعد ذكر الملزمات .

الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة وهو حصول التعاطى فعلا من الطرفين فالملك او الاباحة فى كل منهما بالاعطاء فلو حصل الاعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب اباحة الآخر او ملكيته فلا يتحقق المعاوضة ولا الاباحة رأسا لان كلاهما ملك او مباح فى مقابل ملكه الاخر او اباحته الا ان الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين - تبعا للشهيد فى الدروس جعله من المعاطاة ولا ريب انه لا يصدق معنى المعاطاة لكن هذا لا يقدح

(فسيأتى بعد ذكر الملزمات) للمعاطاة .

(الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين) بان يعطى هذه السلعة ويعطى ذاك الثمن (فالملك والاباحة) على الاختلاف فيما توجه المعاطاة (فى كل منهما) اى الطرفين (بالاعطاء) الفعلى (فلو حصل الاعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب اباحة الآخر او ملكيته) بان لم يعط الآخذ فى مقابل ما اخذه كما لو اخذ المشتري السلعة من الدكان و لم يعط الثمن - مثلا - وقوله ((ملكيته)) من المصدر المضاف الى المفعول اى ((مملوكيته)) (فلا يتحقق المعاوضة) المملكة بين الجانبين (ولا الاباحة رأسا) اى اصلا (لان كلاهما) اى من العوض والمعوض (ملك او مباح فى مقابل ملكه الاخر او اباحته) فللبائع الثمن فى مقابل كون المشتري يملك او يباح له الثمن 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 وهذا الباب لا يصدق المعاطاة لغة على اعطاء طرف واحد فقط (لا يقدح فى جريان حكمها) اى المعاطاة (عليه) اى على اعطاء طرف واحد فقط ،

في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلى فيكون اقباض احد العوضين من ما لكه تمليكا لمعوض او مبيحا له به واخذ الاخر له تملكا بالمعوض او اباحة له بازائه فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه — على القول بالملك والبيع اشتراء و اخذ مبيعا للثمن به فيحصل الايجاب والقبول الفعليان يفعل واحد في زمان واحد

(في 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 (فيكون اقباض احد العوضين من مالكة) او وكيله — مثلا — (تمليكا له) اى لاحد العوضين (بعوض او مبيحا) ذلك المالك له) اى لاحد العوضين (به) اى بالمعوض الاخر (واخذ الاخر له) كاعطاء البائع واخذ المشتري (تمليكا له) اى لاحد العوضين (بالمعوض) الاخر (او اباحة له) اى يأخذ بعنوان انه مباح له (بأزائه) اى بمقابل العوض .

ثم ان قوله ((تمليكا)) الخ خبر ((فيكون)) (وليس حلالا) — كما لا يخفى (فلو كان المعطى) بصيغة المفعول (هو الثمن) كأن دفع المشتري الى البائع دينارا ، ولم يأخذ السلعة (كان دفعه) من المشتري (— على القول بالملك) اى بايجاب المعاظة البيع (والبيع) اى على القول بـ — ان المعاظة بيع (اشتراء) خبر ((كان)) اى ان المشتري بهذا الدفع يكون شاريا للسلعة من البائع (واخذه) اى اخذ البائع هذا الثمن (يبيعا للثمن به) اى بمقابل هذا الثمن (فيحصل الايجاب والقبول الفعليان بفعل واحد) هو ((الاخذ من البائع والاعطاء من المشتري)) (فى زمان واحد) فى مقابل ماذا 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 .
 واما على القول بالاباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها فى الاباحة .
 اللهم الا ان يدعى السيرة عليها كقيامها على المعاطاة ، الحقيقة

(ثم صحة هذا) النحو من المعاطاة ذات الطرف الواحد (على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة) كما تصح النسيئة والسلف 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 احل الله البيع و تجارة عن تراض و افوا بالعقود منتهى الامران احدهما مع اللفظ والاخر بدون لفظ .

(واما) الصحة (على القول بالاباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها) اى بالمعاطاة (لا دليل على تأثيرها فى الاباحة) فان دليل المعاطاة لا يشمل طرفا واحدا ، وقد فرض عدم شمول ادلة الملك ايضا 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 الخبز ليأخذ خبزا بدون ان يعطيه الثمن او يعطى درهما ليرسل له الخبز مثلا وهكذا فى بعض الاجناس الاخر .

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن واخذ الثمن من غير صدق اعطاء اصلا فضلا عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس في المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك وكذا غير الماء من سائر المحقرات كالخضرىات ونحوها .
ومن هذا القبيل دخول الحمام ووضع الاجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته .

(وربما يدعى انعقاد المعاطاة ب) بامر ليس فيه اخذ واعطاء اصلا — حتى من جانب واحد — كما لو كان (مجرد ايصال الثمن واخذ الثمن من غير صدق اعطاء اصلا) ولو من جانب واحد (فضلا عن) صدق (التعاطى) كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس في المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك وكذا غير الماء من سائر المحقرات كالخضرىات ونحوها) فى مقابل بيع الدار والبستان وما اشبه وكثير من المعاملات الغربية الان تجرى على هذا النمط اذ يضع المال فى محل خاص فيخرج الحاجة التى يريد ها ، بل يصرف المحل المال ويرد البقية بسبب الكهرباء التلقائية المعبر عنها ((بالاتوماتيكية)) بل من هذا القبيل اذا صار غير المحقرات ايضا كذلك كالدور التى تبنيها الشركات فاذا وضع الثمن فى مكان خاص خرج للطالب حجة الملك الى واضع المال — نعم لاسيرة عند المسلمين على ذلك — .

(ومن هذا القبيل) وان لم يكن من باب البيع (دخول الحمام ووضع الاجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته) او وضع المال فى محل معد للنداء التلفونى وما اشبه ذلك مما هو الان كثير جدا ويكون من قبيل الاجارة .

فالمعيار فى المعاطاة وصول العوضين او احدهما مع الرضا بالتصرف
 و يظهر ذلك من المحقق الاردبيلى ايضا فى مسألة المعاطاة وسيأتى
 توضيح ذلك فى مقامه انشاء الله تعالى .
 ثم انه لو قلنا بان اللفظ غير المعتبر فى العقد كالفعل فى انعقاد
 المعاطاة ، امكن خلو المعاطاة من الاعطاء والاىصال رأسا فيتقاولان
 على مبادلة شئ بشئ من غير اىصال ولا يبعد صحته مع صدق البيع
 عليه بناء على الملك .

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

(ويظهر ذلك) اى انه يكفى وصول احد الطرفين فى صدق المعاطاة ،
 (من المحقق الاردبيلى ايضا فى مسألة المعاطاة وسيأتى توضيح ذلك فى
 مقامه انشاء الله تعالى) .

(ثم انه لو قلنا بان اللفظ غير المعتبر) شرعا كصورة تقديم القبول على
 الايجاب او اللفظ غير العربى - اذا شرطنا العربيه - (فى العقد) اى فى
 عقد البيع (كالفعل) اى التعاطى (فى انعقاد المعاطاة امكن خلو
 المعاطاة من الاعطاء والاىصال رأسا) بان يكون هناك لفظ مجرد بدون
 كونه جامعا لشرائط العقد ، حتى يكون بيعا بالصيغة ، ولا كونه اعطاء وايصالا
 حتى يكون معاطاة فعلية (فـ) مثلا (يتقاولان على مبادلة شئ بشئ من
 غير اىصال) للمال (ولا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك) اى
 افادة المعاطاة للملك وليس هذا من بيع الكالى بالكالى الباطل اذ هو
 فيما اذا كان السلعة والمال نسيئة وهذا نقد منتهى الامر لم يسلم
 الطرفان فى المجلس .

.....
 واما على القول بالا باحة فلاشكال المتقدم هنا أكد

الثالث : تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية مع كون احدى
 العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح
 فان صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بخلاف .
 واما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن فى
 العوضيّة فاذا اعطى الحنطة فى مقابل اللحم قاصدا ان

(واما على القول بـ) افادة المعاطاة (الا باحة فلاشكال المتقدم) فى
 قولنا (ثم صحت هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا) الخ (هنا
 أكد) لان فى السابق كان ايصال للمال و هنا لا ايصال اصلا (الثالث
 تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما
 تعارف جعله ثمنا كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح) بخلاف ،
 المعاملات القولية فانها لا تحتاج الى التمييز بذلك بل التمييز يقع باللفظ ،
 فان البائع هو الذى يقول : بعت و المشتري هو الذى يقول اشتريت ، او قبلت
 اللهم الا اذا قلنا فيما اذا لم يقصدا البايعة والمشتريّة وضح ان يقول
 كل منهما بعت اذا البيع لخرقوا لشراء بمعنى واحد ثم انما نحتاج الى تمييز البائع من
 المشتري لاجل بعض الخيارات كخيار الحيوان على المشهور من عدم
 جريانه بالنسبة الى البائع . وكيف كان (فان صاحب الثمن هو المشتري
 ما لم يصرح بخلاف) كان يقول : بعتك الدينار بهذه الشاة فيقول صاحبها
 قبلت .

(واما مع كون العوضين من غيرها) او كانا النقدين (فالثمن ما قصدا
 قيامه مقام الثمن فى العوضيّة فاذا اعطى الحنطة فى 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 الاكون احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن فى العوضيۃ او لوحظ القيمة فى كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقابلة 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 (واذا انعكس) بان قصد ان هذا المقدار من اللحم يسوى درهما (انعكس الصدق) فيكون اللحم ثمنا ، وكذا فيما اذا اعطى عشرة دراهم فى مقابل دينار فان قصد كون الدينار كالخبز – الذى يسوى بعشرة دراهم – كان الدينار مثمنا ، وان 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 فى كونه كالاول الذى ذكرناه او كالاتى اى الذى 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 (الاكون احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن فى العوضيۃ) فكان كل واحد منهما مثمنا – لانه مقتضى كونهما سلعة – (و لوحظ القيمة فى كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم) ايضا (فتعاطيا) بعنوان مقابلة درهم بدرهم (من غير سبق مقابلة تدل على كون احدهما بالخصوص

بائعا ففى كونه بيعا و شراء بالنسبة الى كل منهما بناء على ان البيع لغة — كما عرفت مبادلة مال بمال و الاشتراء ترك شئ و الاخذ بغيره كما عن بعض اهل اللغة — فيصدق على صاحب اللحم انه باعه بحنطة و انما اشترى الحنطة فيحنت 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 معاملته واحدة مصداقا لهما باعتبارين او كونه بيعا .

بائعا) و الاخر مشتريا (ففى كونه بيعا 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 الاشتراء ترك شئ 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 (فيحنت 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 بايعا فقط او مشتريا فقط ، اما الاحكام الشاملة لهما كقوله عليه السلام : ((البيعان بالخيار ما لم يفترا)) و ما اشبه فيعلمهما (فلا يعم) الاحكام الخاصة باحدهما (من كان فى معاملته واحدة مصداقا لهما) اى للبائع و المشتري (باعتبارين) فباعتبارانه معطى للحم بايع و باعتبارانه اخذ للحنطة مشتري (او كونه) عطف على قوله ((ففى كونه بيعا و شراء)) (بيعا

بالنسبة الى من يعطى اولا لصدق الموجب عليه و شراءا بالنسبة الى
الآخذ لكونه قابلا عرفا او كونها معاواة مصالحة لانها بمعنى التسالم على
شئ ولذا حملوا الرواية الواردة فى قول احد الشريكين لصاحبه : لك ما
عندك ولى ما عندى ، على الصلح او كونها معاواة مستقلة لا يدخل تحت
العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوة ، لصدق تعريف
البائع لغة وعرفا على الدافع أولا دون الاخر وصدق المشتري على الاخذ
أولا دون الاخر فتدبر .

بالنسبة الى من يعطى اولا لصدق الموجب عليه عرفا (وشراءا بالنسبة الى
الآخذ) اولا (لكونه قابلا عرفا) فيما اذا اعطى احدهما اولا - لا اذا تحقق
الآخذ والاعطاء فى آن واحد - (او كونها معاواة مصالحة) لا معاواة بيع
لانها بمعنى التسالم على شئ ولذا (الذى كان التصالح بمعنى التسالم
(حملوا الرواية الواردة فى قول احد الشريكين لصاحبه : لك ما عندك ولى
ما عندى ، على الصلح) لاعلى البيع (او كونها معاواة مستقلة) جديدة
لا بيعا ولا صلحا (لا يدخل تحت العناوين المتعارفة) فيشملة قوله تعالى :
((اوفوا بالعقود)) او ((تجارة عن تراض منكم)) (وجوه) اربعة (لا يخلو ثانيها)
اي كونه بيعا الى من يعطى اولا (عن قوة ، لصدق تعريف البائع لغة وعرفا
على الدافع اولا دون الاخر) الدافع ثانيا (وصدق المشتري على الاخذ اولا
دون الاخر فتدبر) بانه :

اولا لا يتحقق فى صورة المعاواة العرفية بان اعطى كل منهما فى
آن اخذه من الاخر .

وثانيا الصدق العرفى محل اشكال بعد ان لم يكن احدهما ثمنا ولا
قصدا ذلك لان الثمن يعطى اولا وثانيا ارايت ان مشتري الخبز قد

الرابع: ان اصل المعاطاة وهى اعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور

بحسب قصد المتعاطين على وجوه :

احدها : ان يقصد كل منهما تسليم ماله بمال الآخر فيكون الآخر فى اخذه قابلا ومتملكا بازاء ما يدفعه ، فلا يكون فى دفعه العوض انشاء تسليم بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة وبهذا الوجه

يعطى الثمن أولا ثم يأخذ الخبز فدعوى الصدق العرفى فضلا عن الشرعى محل اشكال .

(الرابع: ان اصل المعاطاة وهى اعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه) تسعة ، حاصلة من ضرب ابدال كل من التملك والاباحة ونفس العين بالآخر ، مثلا قد يكون ابدال تسليم بتسليم او تسليم باباحة ، او تسليم بعين ، وكذلك قل بالنسبة الى الاباحة ونفس العين .

(احدها: ان يقصد كل منهما تسليم ماله بمال الآخر فيكون الآخر فى اخذه قابلا ومتملكا بازاء ما يدفعه ، فلا يكون فى دفعه العوض انشاء تسليم) جديد — بخلاف صورة كون التسليم فى مقابل التسليم — (بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها وعليه (دفع العين الثانية) من الشخص الآخر (خارج عن حقيقة المعاطاة فـ) النتيجة انه (لومات الآخذ) كعمرو (قبل دفع ماله) الذى هو الدينار (مات بعد تمام المعاطاة وبهذا الوجه) اى وجه حصول المعاطاة بطرف

صَحَّحْنَا سَابِقًا عَدَمَ تَوَقُّفِ الْمَعَاطَاةِ عَلَى قَبْضِ كِلَا الْعُوضَيْنِ فَيَكُونُ اِطْلَاقُ الْمَعَاطَاةِ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ حَصُولُ الْمَعَامَلَةِ فِيهِ بِالْعَطَاءِ دُونَ الْقَوْلِ لِأَمِنْ حَيْثُ كَوْنُهَا مُتَقَوِّمَةٌ بِالْعَطَاءِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ .
وَمِثْلُهُ فِي هَذَا الْإِطْلَاقِ لَفْظُ الْمَصَالِحَةِ وَالْمَسَاقَاةِ وَالْمَزَارَعَةِ وَالْمَوَاجِرَةِ وَغَيْرِهَا .

وَبِهَذَا الْإِطْلَاقِ يَسْتَعْمَلُ الْمَعَاطَاةَ فِي الرِّهْنِ وَالْقَرْضِ وَالْهَبَةِ وَرَبَّمَا يَسْتَعْمَلُ فِي الْمَعَامَلَةِ الْحَاصِلَةِ

وَاحِدٌ (صَحَّحْنَا سَابِقًا) فِي الْأَمْرِ الثَّانِي (عَدَمَ تَوَقُّفِ الْمَعَاطَاةِ عَلَى قَبْضِ كِلَا الْعُوضَيْنِ) بَلْ يَكْفِي قَبْضُ أَحَدِهِمَا (فَيَكُونُ اِطْلَاقُ الْمَعَاطَاةِ عَلَيْهِ) مَعَ أَنَّ الْمَعَاطَاةَ مُصَدَّرٌ بِأَبِ الْمَفَاعِلَةِ الظَّاهِرَةِ فِي كَوْنِهَا بَيْنَ اثْنَيْنِ — كَمَا تَقْدُمُ — (مِنْ حَيْثُ حَصُولُ الْمَعَامَلَةِ فِيهِ بِالْعَطَاءِ دُونَ) حَصُولِ الْمَعَامَلَةِ بِـ (الْقَوْلِ) وَ (الْلَفْظِ) لِأَمِنْ حَيْثُ كَوْنُهَا مُتَقَوِّمَةٌ بِالْعَطَاءِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا طَرَفَيْنِ فِيهَا .
(وَمِثْلُهُ) أَيْ لَفْظُ الْمَعَاطَاةِ فِي الْمَقَامِ (فِي هَذَا الْإِطْلَاقِ) عَلَى مَا كَانَ لَهُ جَانِبٌ وَاحِدٌ (لَفْظُ الْمَصَالِحَةِ وَالْمَسَاقَاةِ وَالْمَزَارَعَةِ وَالْمَوَاجِرَةِ وَغَيْرِهَا) حَيْثُ أَنَّ الْمَوْجُودَ لَفْظُ ((الْصِّلَحِ)) وَ((السَّقَى)) وَ((الزَّرَاعَةِ)) وَ((الْإِجَارَةِ)) لَا أَنَّ الْأَمْرَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، إِذَا أَحَدُهُمَا مُوجِبٌ وَالْآخَرُ قَابِلٌ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَفْعَلُ عَيْنٌ مَا يَفْعَلُهُ الْآخَرُ — كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ — فَانَّهُ يَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ .

(وَبِهَذَا الْإِطْلَاقِ) أَيْ وَجُودِ الْمَبْدِءِ الْعَطَائِيِّ لِأَكُونَ الْأَمْرَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ (يَسْتَعْمَلُ الْمَعَاطَاةَ فِي الرِّهْنِ وَالْقَرْضِ وَالْهَبَةِ) فَيُقَالُ ((الرِّهْنُ الْمَعَاطَاتِي)) مِثْلًا مَعَ أَنَّهُ لَا يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَنْسَهُ رَهْنًا، بَلِ الْبَرَاهَنُ مُتَقَدِّمٌ بِالرِّهْنِ وَالْقَبُولِ (وَرَبَّمَا يَسْتَعْمَلُ لَفْظَ الْمَعَاطَاةِ) فِي الْمَعَامَلَةِ الْحَاصِلَةِ

بالفعل ولو لم يكن عطاء وفي صحته تأمل .

ثانيها : ان يقصد كل منهما تملك الاخر ماله بازاء تملك ماله ايـاه
فالمقابلة بين التملكين لا الملكين و المعاملة متقومه بالعطاء من الطرفين
فلومات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة وهذا بعيد عن معنى البيع
وقريب الى الهبة المعوضة ، لكون كل من المالكين خاليا عن العوض لكن
اجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل ، اذ لو لم يملكه الثاني هنا

بالفعل) كأن اخذ زيد مال عمرو ، واخذ عمرو مال زيد (ولو لم يكن عطاء) من
المالك والحاصل ان ((المعاطاة)) قد يصدق بدون ((التعاطى)) وقد
يصدق بدون ((العطاء)) اصلا (وفي صحته تأمل) لانه لا انشاء تملك قولاً و
لا فعلاً ، اما قولاً فواضح ، واما فعلاً فلان المالك لم يعط شيئاً واما اخذ
الطرف ماله .

(ثانيها : ان يقصد كل منهما تملك الاخر ماله بازاء تملك) الاخر
(ماله ايـاه) فيملك محمداً داره علياً في مقابل تملك علي الف دينار لمحمد
(فالمقابلة بين التملكين لا الملكين) اي الفعل يقع في مقابل الفعل لا ان
العين تقع في مقابل العين (و المعاملة متقومه بالعطاء من الطرفين فلو
مات الثاني قبل الدفع) و التملك (لم يتحقق المعاطاة) — بمعناها
اللغوي — اذ العطاء و التملك صار من جانب واحد (وهذا) القسم اي
المقابلة بين التملكين (بعيد عن معنى البيع) اذ المقابلة في البيع بين
العوضين ، لا الفعلين (وقريب الى الهبة المعوضة ، لكون كل من المالكين
خالياً عن العوض) قوله ((لكون)) علة لقوله ((بعيد)) ، (لكن اجراء حكم
الهبة المعوضة عليه) ايضاً (مشكل ، اذ لو لم يملكه الثاني هنا) في باب

لم يتحقق التملك من الاول لانه انما ملكه بازاء تملكه فما لم يتحقق تملك الثانى لم يتحقق تملكه الا ان يكون تملك الاخر له ملحوظا عند تملك الاول على نحو الداعى لا العوض فلا يقدر تخلفه .
فالاولى ان يقال :انها مصالحة و تسالم على امر معين او معاوضة مستقلة ثالثها :ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض

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

(فالاولى ان يقال :انها) اى التملك فى مقابل التملك (مصالحة و تسالم على امر معين) و الصلح جائز بين المسلمين سواء افاد فائدة احدى المعاملات المعروفة ام لا (او معاوضة مستقلة) و نقول بصحة مثل هذه المعاولات لاطلاق ادلة تجارة عن تراض و اوفوا بالعقود و امثال ذلك .
(ثالثها :ان يقصد الاول) كمحمد (اباحة ماله) الدار (بعوض) هو

فيقبل الآخر باخذه اياه فيكون الصادر من الاول الاباحة بالعوض ومن
 الثاني بقبوله لها التملك كما لو صرح ابحت لك كذا بدرهم رابعها ان
 يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة اخرى فيكون اباحة بازاء اباحة او اباحة
 لداعى اباحة على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من امكان تصوّره على نحو
 الدّاعى وعلى نحو العوضية .

وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين الاخيرين على فرض قصد
 المتعاطين لهما .

الف دينار (فيقبل الآخر) كعلى (باخذه اياه) المال (فيكون الصادر من
 الاول الاباحة بالعوض) الصادر (من الثاني بقبوله لها التملك) اى يصدر
 من الثاني تملك الف دينار فى ضمن قبوله للاباحة ، فمعنى قبول على دار
 محمد تملكه لالف دينار فقوله ((التملك)) خبر ((يكون)) اى ((يكون الصادر من
 الثاني التملك بضمن قبوله للاباحة من الاول)) (كما لو صرح) الاول بقوله
 (ابحت لك كذا بدرهم) فقال الثاني قبلت (رابعها ان يقصد كل منهما
 الاباحة بازاء اباحة اخرى فيكون اباحة بازاء اباحة) كما لو قال ابحت دارى
 فى قبال اباحتك دنانيرك (او اباحة لداعى اباحة) كما لو اباحة الدار
 وكان داعيه فى هذه الاباحة ان يبيع له دنانيره (على ما تقدم نظيره) اى
 نظير الاباحة فى قبال اباحة ، او فى الداعى الاباحة (فى الوجه الثاني من
 امكان تصوّره على نحو الدّاعى وعلى نحو العوضية) اما سائر الوجوه التسعة
 فتعرف من هذه الوجوه فلاحاجة الى تفصيل الكلام حولها .

(وكيف كان فالاشكال فى حكم القسمين الاخيرين) الثالث والرابع (على
 فرض قصد المتعاطين لهما) قوله ((فالاشكال)) مبتدء حذف خبره اى ((واقع))

ومنشأ الاشكال: اولا الاشكال في صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بان يقول: ابحت لك كل تصرف من دون ان يملكها العين، وثانيا الاشكال في صحة الاباحة بالعرض الراجعة الى عقد مركب من اباحة وتمليك . فنقول: اما اباحة 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 وانما 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

(ومنشأ الاشكال : اولا الاشكال في صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف) كالوطى والهبة والعق و ما اشبه (بان يقول : ابحت لك كل تصرف من دون ان يملكه العين) وقد تقدم هذا الاشكال فى اول المعاطاة .

(وثانيا : الاشكال فى صحة الاباحة بالعرض الراجعة الى عقد مركب من اباحة و تمليك ،) اذ يبيح الاول ماله بازاء تمليك الثانى اياه (فنقول : اما) الاشكال الاول اى (اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر انه لا يجوز اذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد اذن المالك) فانه لاحق للمالك الى هذا المقدار وانما حقه فى حدود الشرع، والمقدار الذى اجازه لاكثر من ذلك (فان اذن المالك ليس مشرعا) بان يبيح مالا يبيحه الشرع (وانما 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 يبيع 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
انشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة او فى نقله ولا الى نفسه
ثم بيعه وتعليكه بنفسه هذه الاباحة فيكون انشاء تملك له ويكون بيع
المخاطب بمنزلة قبوله ، كما صرح فى التذكرة بان قول الرجل لملك
العبد : اعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لتملكه واعتاق المولى عنه
جواب لذلك

(القواعد) لان مفهوم المبادلة : خروج البذل 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 الجائز 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
انشاء توكيل له) اى للطرف (فى بيع ماله) اى مال المبيع (له) اى للطرف ،
(ثم نقل الثمن) الذى يكون للمبيع (الى نفسه بالهبة او انشاء توكيل
للطرف (فى نقله) اى نقل مال المبيع (اولا الى نفسه) بالهبة (ثم بيعه)
حتى يدخل الثمن فى ملك الطرف راسا (او) يقصد (تملك له) اى للطرف
(بنفسه هذه الاباحة فيكون) ما بصورة الاباحة (انشاء تملك له) اى يكون بيع
المخاطب بمنزلة قبوله ، (اى قبول ذلك التملك) كما صرح فى التذكرة بان
قول الرجل لملك العبد : اعتق عبدك عنى بكذا (اى بمقابل ان اعطيك
لا عوض عبدك) استدعاء (من الرجل القائل (لتملكه) اى تملك المالك
العبد للرجل (واعتاق المولى عنه) اى عن المستدعى جواب لذلك

.....
 الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق انما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع ولا شك ان المقصود في ما نحن فيه ليس الاذن في نقل المال الى نفسه اولا ولا في نقل الثمن اليه ثانيا ولا قصد التملك بالا باحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تملك ضمى مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان مقصودا ولو اجمالا في مسألة اعتق عبدك عنى

(الاستدعاء) فهو استيجاب وايجاب (فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء) بـ (الجواب) الى المعتق (ويقدر وقوعه) اى الملك للعبد (قبل العتق انما فيكون هذا) الاعطاء وعتق المخاطب (بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع) وانما لا يحتاج لما نرى من صحة ذلك شرعا هذا غاية تقرب الوجه الاول حيث قلنا ((نعم يصح ذلك باحد وجهين)) (ولا شك) فى عدم جريانه فى مقامنا الذى هو اباحة جبيع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بالمعاطاة التى تفيد الاباحة اذ (ان المقصود فى ما نحن فيه ليس الاذن فى نقل المال الى نفسه اولا) فان معنى ابحت لك ، ليس ((انك انقل المال الى نفسك)) (ولا فى نقل الثمن اليه) اى الى نفسه (ثانيا) بان يبيع السلعة للمالك ثم ينقل ثمنها الى نفسه ، و لا قصد التملك بالا باحة المذكورة) فانحين قال : ((ابحت لك)) لم يقصد ((ملكك اياه)) (ولا قصد المخاطب) الاخذ للمال (التمليك عند البيع) فيكون الاباحة نقلا ، وبيع المخاطب تملكا — مثل اعتق العبد عنى — (حتى يتحقق تملك ضمى مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان) التملك الضمنى (مقصودا ولو اجمالا فى مسألة اعتق عبدك عنى) كما تقدم وجه كونه تملكا اجماليا

ولذا عدّ الخاصة والعامة من الاصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرفوها بانها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا او شرعا عليه فمثلوا للعقلى بقوله تعالى واسئلوا القرية وللشريع بهذا المثال ومن المعلوم — بحكم الفرض ان المقصود فيما نحن فيه ليس الامجرد الاباحة .

الثاني — ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند ارادة البيع

(ولذا) الذى ذكرنا انه مقصود اجمالى فى ((اعتق عبدك عنى)) (عدّ الخاصة والعامة من الاصوليين دلالة هذا الكلام) اى اعتق عبدك عنى (على التملك 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 فساد شرعا (فمثلوا للعقلى بقوله تعالى واسئلوا القرية) حيث ان القرية ليست اهلا للتوجيه الكلام فاللازم ان يراد ((اسئل اهل القرية)) (وللشريع بهذا المثال) اى اعتق عبدك عنى حيث انه لا يصح عتق الانسان الا فى مال نفسه فمعنى ((اعتق عبدك عنى)) اعتقه بعد ان تجعله ملكا لى (ومن المعلوم بحكم الفرض) اى ان الاباحة مفروض المسئلة (ان المقصود فيما نحن فيه ليس الامجرد الاباحة) فمن اين يكون ((ابحت لك)) مثل ((اعتق عبدك عنى)) حتى يفيد تملك المخاطب للمال لنفسه ولا ، ثم يبيعه ، او يبعها ولا ثم تملك الثمن لنفسه .

(الثاني — ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون) ذلك الدليل (كاشفا عن ثبوت الملك له عند ارادة البيع

آنأماً فيقع البيع فى ملكه او يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص انأماً لا يقبل غير العتق فانه حينئذ يقال بالملك المقدر انأماً للجمع بين الادلة وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه اذ المفروض انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة

آنأماً فيقع البيع فى ملكه) قوله ((بمجرد الاباحة)) لا يريد به وقت الاباحة حتى يناقض مع قوله ((عند ارادة البيع)) بل المراد ((بصرف الاباحة)) بدون قصد المعطى الملك، (او يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع — بلا فصل بعد البيع) الى المباح له بان يقع البيع للمبيع وينتقل الثمن اليه ثم ينتقل الثمن الداخلى فى ملك المبيع الى ملك المباح له (فيكون ذلك) الذى ذكر من دخول ((المثمن قبل البيع آنأماً فى ملك المباح له))، او دخول ((الثمن)) بعد البيع فى ملك المباح له، بعد كونه آنأماً دخل فى ملك المبيع (شبه دخول العمودين فى ملك الشخص) الاب، و الابن (انأماً لا يقبل غير العتق) وذلك جمعا بين دليل لا عتق الا فى ملك، وبين دليل ان الانسان لا يملك العمودين — الاباء والاولاد — (فانه حينئذ) حين ورد دليل صحة ملك العمودين وعتقهما (يقال بالملك المقدر انأماً) ومعنى ((المقدر)) انه ليس حقيقا حتى يثبت بالنسبة اليه ما يثبت لسائر الاملاك (للمجمع بين الادلة) كما عرفت (وهذا الوجه) اى الجمع بين الادلة المقضية للملك انأماً (مفقود فيما نحن فيه) اى دخول المباح فى ملك المباح له انأماً قبل البيع او دخول ثمنه بعد البيع (اذ المفروض انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة) اى اباحة التصرف، بجميع انواع التصرف حتى البيع .

.....
 واثبات صحته بعموم مثل ((الناس مسلطون على اموالهم)) يتوقف على
 عدم مخالفة مؤداها لقواعد اخر مثل توقف انتقال الثمن الى الشخص على
 كون المثلن مالاله و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على
 التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الاذن فى مطلق التصرف .
 ولاجل ما ذكرنا صرح المشهور — بل قيل لم يوجد خلاف — :
 فى انه لو دفع الى غيره مالا ، وقال : اشتر به لنفسك طعاما ، من غير
 قصد الاذن فى اقتراض المال قبل الشراء

(واثبات 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
 ونحوه (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 مالاله) لما تقدم من انه لا يعقل ان
 يخرج المثلن من كيس شخص ليدخل ثمنه فى كيس شخص اخر (وتوقف صحة
 العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة) اذ لا عتق الا
 فى ملك ولا وطى الا بالملك او التحليل او النكاح دوا ما وانقطاعا وليس فى
 الاباحة احد المذكورات فـ (لا) يصح الوطى (بمجرد الاذن فى مطلق
 التصرف) و من المعلوم ان هذه القواعد مقدمة على ((الناس مسلطون)) .
 (ولاجل ما ذكرنا) من ان ((الناس مسلطون)) لا يفى باجازه التصرف
 المملك و ما اشبه (صرح المشهور — بل قيل لم يوجد خلاف — : فى انه لو
 دفع الى غيره مالا وقال : اشتر به لنفسك طعاما ، من غير قصد الاذن) من
 المعطى (فى اقتراض المال قبل الشراء) حتى يكون المال للآخذ فيكون

أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح كما صرح به فسى
مواضع من القواعد وعلّله في بعضها بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير وهو كذا
فان مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة قد خول العوض في ملك من خرج العوض
عن ملكه والا لم يكن عوضا وبدلا .
ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيد
اباحة التصرف .

الطعام له (أو اقتراض الطعام) بعد الشراء (أو استيفاء الدين منه) أي دينه
الذي عليه من صاحب الطعام بان اشترى الطعام لنفسه ، وجعل المال
الذي اقترضه من المالك ، اداءً لذلك الدين (بعد الشراء لم يصح)
اشترى الطعام لنفسه من مال المالك (كما صرح به) أي بعدم الصحة (في
مواضع من القواعد وعلّله في بعضها) أي بعض تلك المواضع (بأنه لا يعقل
شراء شيء لنفسه بمال الغير) بان يخرج الثمن من كيس المعطى ليدخل
الطعام في كيس الآخذ (وهو كذلك) أي ما ذكره القواعد من التعليل
صحيح (فان مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من
خرج المعوض عن ملكه والا لم يكن عوضا وبدلا) ومثله ما لو كانت الاطراف ،
اربعة ، كما لو اعطى زيد لعمر دينارا في مقابل ان يعطى خالد لبكر
طعاما ، وربما قيل بالصحة في الفرضين لان المقصود التبادل بين الشيئين
وهو حاصل وان لم يحصل التبادل بين محل المالين الذين هما كيس
البائع وكيس المشتري — وقد تقدم الكلام حول هذا المبحث اجمالا —

(ولما ذكرنا) من ان الاباحة لا تفيد جميع التصرفات (حكم الشيخ وغيره
بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيدا باحة التصرف) أي تصرف الموهوب له

لكن لا يجوز وطى الجارية مع ان الاباحة المتحققه من الواهب تعم جميع التصرفات وعرفت ايضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس والزكاة و ثمن الهدى ولا وطى الجارية مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة .

و دعوى ان الملك التقديرى هنا ايضا 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 والبيع على الملك

(لكن لا يجوز وطى الجارية) الموهوبة (مع ان الاباحة المتحققه من الواهب تعم جميع التصرفات) فلو كانت موثرة لجاز الوطى ايضا (وعرفت ايضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس والزكاة و ثمن الهدى ولا وطى الجارية) لان هذه الامور تتوقف على الملك ولا ملك مع المعاطاة (مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة) الشاملة لهذه الامور فيدل كلام الشهيد انه لا اثر لمثل هذه الاباحة .

(ودعوى ان الملك التقديرى) اى تقديرنا للملك انا ما ، ليصح الامر المتوقف على الملك (هنا) فى باب المعاطاة (ايضا) 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 وما اشبه (و بين ادلة توقف مثل العتق والبيع على الملك) ف دليل 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 نقول ان العبد يكون مال الآخذ — انا ما — حين ارادة عتقه فيعتق من قبل

نظير الجمع بين الادلة في الملك التقديرى .

مد فوعه بان عموم ((الناس مسلطون على اموالهم)) انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه

الآخذ (نظير الجمع بين الادلة) دليل لاعتق الا فى ملك و دليل ان الانسان لا يملك العمودين و دليل انه يعتق العمودان بمجرد شرائهما
— مثلا — .

(مدفوعة) خبر ((دعوى)) (ب) الفرق بين الادلة الخاصة الموجودة فى مسألة عتق العمودين ، وبين 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 الاعدم الاخذ بعموم ((الناس مسلطون)) ، وعدم الاخذ بهذا العموم لا محذور فيه لانه :

اولا — 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 فـ (ان عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم) كما سبق مثلا الانسان مسلط ان يبيع داره ، وليس مسلطا ان يوقع صيغة البيع على نحو تقديم القبول على الايجاب — لو قلنا باشتراط تقديم الايجاب على القبول — وكذلك تسلط الناس على انفسهم المستفاد من قوله تعالى ((النبی اولی بالمؤمنین من انفسهم)) انما يكون تسلط فى نطاق الشرع فلا يحق للمرء ان توهب نفسها لرجل — مثلا — لان الهبة لم يجعلها الشارع مبيحا للبضع وهكذا اذا (فمقتضاه) اى مقتضى تسلط الناس على اموالهم

امضاء الشارع لباحة المالك كل تصرف جائز شرعا فالاباحة وان كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فى الشريعة .
 ومن المعلوم ان بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل الدال على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض فلا يشمل العموم فى ((الناس مسلطون على اموالهم)) حتى يثبت التنافى بينه وبين الادلة الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى انا ما .
 وبالجمله 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 — (فالاباحة) من المالك (وان كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فى الشريعة) كالتصرف والاكل والاهداء وما اشبهه بالنسبة الى المال المباح له كان يأكل الطعام ويتصرف اللباس باللبس ويوقد بالحطب وما اشبهه .

(ومن 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 (والنقل) الذى يقول لا يبيع 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 وبين العموم المذكور (وبين الادلة الدالة على توقف البيع على الملك) كقوله عليه السلام لا يبيع الا فى ملك (فيجمع) اى حتى يجمع (بينهما) اى بين العموم وبين دليل توقف البيع على الملك (بالتزام الملك التقديرى انا ما) .
 (وبالجمله دليل عدم جواز بيع ملك الغير او عتقه لنفسه) مقابل عتقه

حاكم على عموم ((الناس مسلطون على أموالهم)) الدال على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد اذا نذر عتق عبده لغيره او لنفسه فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث امكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى آنا .

عن المالك (حاكم على عموم ((الناس مسلطون)) على أموالهم الدال على امضاء) الشارع (الاباحة المطلقة من المالك - على اطلاقها -) من (على) ، متعلق بـ ((امضاء)) والحكومة هنا (نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد) فيما (اذا نذر عتق عبده لغيره له) اى للغير (اولنفسه) اى لنفس الناذر كان ينذر زيد عتق عبدا بكرر لبكر او عن نفسه فان النذر باطل فلا يتوهم الجمع بينهما) اى بين دليل : ((فبندرك)) و دليل ((لانذر الا فى ملك)) (بالملك القهرى للناذر) آنا ، بل دليل ((لانذر الا فى ملك)) يدل على تخصيص ((يوفون بالنذر)) بما اذا كان متعلق النذر مملوكا للناذر (نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين) بأن لم يكن احد الدليلين حاكما على الدليل الآخر (بحيث امكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى آنا) كما لو كان هناك دليل خاص يدل على جواز الاباحة المطلقة حتى المتوقعة على الملك ، فالجمع بين دليل يقول : ((لاوطى الا فى ملك)) وبين دليل يقول ((يصح كل تصرف حتى الوطى)) ان الأمة تكون آنا للمباح له ثم يطأها ، لكن ليس فى المقام دليل يدل على أنه يصح كل تصرف ، وانما الدليل هو : ((الناس مسلطون على أموالهم))

فتأمل .

واما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع والعق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتهه ، فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت

(فتأمل) فانه لو كان هناك ايضا 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 ، وان لم يكن — لأحدهما ترجيح ، يلزم القول بالتساقط فى صورة التعارض، ومزجحات التراحم فى صورة التراحم ، فلامجال للقول بالملك آنا ما .

(و) ان قلت : فكيف التزمتم بالملك التقديرى فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب ، او اعتهه ، حيث جمعتم بين ((صحة الهبة)) المقتضية لكون العبد للموهوب له ، وبين ((لا بيع الا فى ملك)) المقتضى لعدم صحة بيع الواهب بيع عبد الموهوب له ، وبين ((ما دل على صحة بيع الواهب)) لما وهبه ، قلت (اما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع والعق) اى الآن الذى يعقبه البيع والعق (فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب) هبة جائزة (او اعتهه ، فليس ملكا تقديريا) و هو ما يكون فى حكم الملك ، وليس بملك حقيقة ، ومعنى كونه فى حكم الملك ، ترتب آثار الملك عليه اذ اقسام الملك ثلاثة :

الملك الحقيقى المطلق الذى فيه مقتضى البقاء .

و الملك الحقيقى الآئى الذى لا اقتضاء للبقاء فيه .

و الملك التقديرى و يسمى بالملك الحكمى و هو ليس بملك اصلا وانما 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 ببناء على الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع وليس كذلك فيما نحن فيه .

و بالجملة ، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمنى المذكور اولافى اعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد ولا على الملك المذكور ثانيا فى شراء من ينعتق عليه ، لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط ودليل 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 الاب اصلا ، وانما يقدر بانه صار ملكا له مقدمة لانعتاقه عليه (بل هو) اى ملك الواهب للموهب — قبل ان يعتقه ، آنا 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 (وليس كذلك فيما نحن فيه) الذى هو اباحة التصرفات فى المعاطاة .

(وبالجملة ، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمنى المذكور اولافى اعتق عبدك عنى) الذى كان معناه : ملكنى عبدك ثم اعتقه (لتوقفه) ، اى التملك الضمنى (على القصد) ولا يقصد مبيع التصرفات التملك (ولا على الملك) الآنى (المذكور ثانيا فى شراء من ينعتق عليه ، لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط) اى : الناس مسلطون على اموالهم .

(ودليل توقف العتق على الملك) اى لاعتق الافى ملك (و) توقفه على

عدم حكومة الثاني على الاول ولا على التملك الضمنى المذكور ثالثا فى بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن فى بيع ماله لغيره سواء صرح بذلك كما لو قال : بيع مالى لنفسك ، او اشتر بمالى لنفسك ، ام 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 الا فى ملك (على الاول) الناس مسلطون . وقد عرفت حكومة لا عتق على الناس مسلطون (ولا على التملك 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 اليهما (لعدم تحقق سبب الملك هنا) اى فى المعاطاة (سابقا) على التصرف المالكى كالوطى و ما اشبهه (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 آنا 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 : بيع مالى لنفسك ، او اشتر بمالى لنفسك ، ام ادخله) اى : ادخل الاذن (فى عموم قوله : ابحت لك كل تصرف) وكذا بالنسبة الى الوطى والعتق وسائر التصرفات المتوقفة على الملك (فاذا باع المباح له على هذا الوجه) الذى ذكرنا من انه لاحق 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 الذى يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمهما الله فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب بمشيئا وانه يملك الثمن بدفعه اليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء .

لنفسه غير مؤثر) اذ المهم فى باب البيع العوضان لا الشخصان ولذا اذا باعه المتاع ثم تبين لدى البائع ان المشتري كان وكىلا لم يضر ذلك فقولوه : ((بعثك الكتاب بدرهم)) يراد بالخطاب اى ((الكاف)) كونه طرف البيع لا كونه من ينتقل المال اليه (او) بيعا (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 والا بطل (هذا ، ولكن الذى يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد رحمه الله فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن) فيما اذا علم المشتري ان البائع غاصب ومع ذلك اشترى منه واعطاه الثمن (والاذن) الضمنى (فى اتلافه) للثمن اذ المشتري باعطائه الثمن للبائع يكون آذنا فى اتلافه (يوجب جواز شراء الغاصب به) اى بالثمن (شيئا) لنفسه (وانه يملك) الغاصب (المتن بدفعه اليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء) لأن تسليطه يتضمن اذنه فى كل ما يفعل .

وعلى ما ذكره القطب والشهيد يقتضى ان يكون ما نحن فيه ايضا كذلك فاذا اباح المعاطاتى للطرف كل تصرف فى ما اعطاه كان اللازم صحة تصرف الطرف فيه بالبيع ونحوه اذاى فرق بين المشتري المبيع للغاصب ماله وبين المشتري المبيع لطرف المعاطاة ماله .

ويظهر ايضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة ان له وطى الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع ومقتضى ذلك ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله - وان لم يكن على وجه الملكية - يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل وسيأتى توضيحه فى مسألة الفضولى انشاء الله تعالى،

(ويظهر ايضا) صحة البيع لنفسه بمال الناس (من محكى المختلف حيث استظهر) - بصيغة المجهول (من كلامه) اى كلام المختلف (فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة 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 (ومقتضى ذلك) الذى ذكره القطب والشهيد والعلامة (ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله - وان لم يكن) التسليط (على وجه الملكية - يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك) من المسلّط كالوطى والبيع وما أشبه (فتأمل) للفرق بيت ما نحن فيه من اباحة جميع التصرفات وبين الامثلة المذكورة فان من يسلّط الغاصب على ماله يكون قد اعرض عن ماله فيصح ملكية الغاصب له . واذا كان ملكا له جاز ان يتصرف فيه بانواع التصرفات من الوطى والبيع وغيرهما ، ويكون حال المال حينئذ حال المال الذى يعرض عنه المالك فيلقيه فى الشارع فانه يجوز لكل احد تملكه والتصرف فيه بالتصرفات المالكية ، وهذا بخلاف ما نحن فيه فان المبيع لم يعرض عن ماله وانما اباح للطرف التصرف فى ماله والاباحة لا تجوز التصرفات المالكية (وسيأتى توضيحه فى مسألة الفضولى انشاء الله تعالى) وهل ان تسليط الغاصب يوجب جواز تصرف الغاصب ام لا ؟

وأما الكلام فى صحة الأباحة بالعوض سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها فمحصّله : أن هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر ، بل كلاهما ملك للمبيح إلا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً مع التأمل فى صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع

وأما الكلام فى صحة الإباحة بالعوض) هذا عطف على ما تقدم — بعد ذكر الوجوه الأربعة — على قوله ((اما إباحة جميع التصرفات)) حيث ذكر هناك أن الأشكال يقع فى مقامين ٠٠٠ الخ (سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة على الملك) كالوطى والعنق والبيع (أم خصصنا الإباحة بغيرها) من سائر أنواع التصرفات (فمحصّله : أن هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العوض الآخر ، بل كلاهما ملك للمبيح) اذ يبقى الثمن فى ملكية المشتري والمثل فى ملكية البائع ، فانهما لم يفعلوا إلا الإباحة ، والإباحة لا تخرج من ملكية المبيح ، فيما كان إباحة فى مقابل إباحة ، وكذلك فيما اذا أباح فى مقابل الملك فكلاهما ملك للمبيح ، أما ماله فواضح وأما مال الطرف فلأنه ملكه إياه (إلا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الأمر فيه) أى فى هذا التصرف المستند الى الإباحة المعوّضة (من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً) اذ لم نجد فى الشريعة معاوضة مركبة من إباحتين أو إباحة وتمليك ، وكذلك ليست فى المعاملات العرفية معاملة هكذا (مع التأمل فى صدق التجارة عليها) فلا يشمل : تجارة عن تراض ، لأن التجارة ظاهرة فى التمليك لا الأباحة (فضلاً عن) صدق (البيع) حتى يشمل (أحل الله البيع) اذ ليس

.....
 الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبتله لغة لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على انه لا يشترط فيه لفظ الصلح ، كما يستفاد من بعض الاخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين : لك ما عندك ولى ما عندي ، ونحوه ما ورد في مصالحه الزوجين و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون على اموالهم و المؤمنون عند شروطهم وعلى تقدير الصحة ففى لزومها مطلقا لعموم : ((المؤمنون عند شروطهم)) ، او من طرف المباح له

بييع قطعاً (الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبتله) اى للصلح (لغة ، لأنه) اى الصلح (فى معنى التسالم على أمر) والاباحة فى مقابل الاباحة تسالم كما لا يخفى (بناءً 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 عندي ، و نحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين) ففى الصحيح عن الباقر والصادق — عليهما السلام — انهما قالالا — فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام ، عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندي ، فقال عليه السلام — : ((لا بأس بذلك اذا تراضيا)) (. ولو كانت) الاباحة المعوضة — التى هى محل الكلام — (معاملة مستقلة) لا بيعا ولا 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) اذا الشرط لا يجب ان يكون فى ضمن معاملة ، على ما سيأتى من بعض الاقوال (وعلى 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 .

واما حكم الاباحة بالاباحة فلا شكال فيه ايضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه

والاقوى فيها ايضا الصحة واللزوم للعموم والجواز من الطرفين لأصالة التسلط

لعمرو ماله بعبوض اعطاء عمرو لزيد دينارا - مثلا - فعمرو لا يتمكن من الرجوع فى ديناره ، وانما يكون لازما من طرفه دون طرف المبيع (حيث انه) اى المباح له (يخرج ماله عن ملكه) فانه يعطيه لزيد عوضا (دون المبيع حيث ان ماله باق على ملكه) لفرض ان المبيع اباح فقط ، ولم يملك (فهو) اى المبيع (مسلط عليه) لا يخرج عن تحت نفوذه (او جوازها مطلقا) من طرف المبيع و المباح له (وجوه اقواها اولها) اى اللزوم مطلقا ، لانها معاملة مستقلة فيشملها عموم : الناس مسلطون . (ثم اوسطها) هذا كله حكم الاباحة فى مقابل الملك (واما حكم الاباحة بالاباحة) بأن اباح احدهما للآخر فى مقابل ان اباح الآخر له (فلا شكال فيه ايضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه) اى الاباحة فى مقابل الملك من انه لا معهودية لمثل هذه المعاملة فى الشريعة فلا يشملها دليل المعاوضات من : تجارة عن تراض ، وافوا بالعقود ، واحل الله البيع و ما اشبه .

(والاقوى فيها ايضا الصحة) لانهما معاملة عرفية فيشملها الدليل المتقدم (واللزوم) وذلك (للعموم) المتقدم نحو : ((المؤمنون عند شروطهم)) (والجواز من الطرفين) لا من احدهما فقط - كما كان هذا الاحتمال فى السابق - (لأصالة التسلط) فان المبيع قبل الاباحة المعوضة بالاباحة كان مسلطا على ماله

الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود وعدمه .
اعلم انه ذكر المحقق الثانى (ره) فى جامع المقاصد على - ما حكى عنه -
ان فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة وكذا فى
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 شكنا فى انه هل سقط تسلطه ام لا ، كان الاستصحاب مقتضيا
لبقاء التسلط اللهم الا ان يقال انه لا مورد للاستصحاب بعد الشك فى بقاء
الموضوع ، بل يقال بأن : المؤمنون عند شروطهم ، لا يدع مجالا للاستصحاب .
(الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود وعدمه)
اي وعدم الجريان .

(اعلم انه ذكر المحقق الثانى (ره) فى جامع المقاصد - على ما حكى
عنه - ان فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة وكذا
فى الهبة) كما لو اعطاه مالا بازاء السكنى فى داره بدون ان يلفظا بشئ
وكذلك فى المثال الآتى أو اعطاه شيئا و دلت القرائن على ارادته الهبة
له (وذلك لأنه اذا امره بعمل على عوض معين فعمله) بدون اجراء صيغة
الاجارة (استحق) العامل (الأجرة ولو كانت هذه اجارة فاسدة) من جهة
عدم اجراء صيغة الاجارة ، وقلنا بعدم صحة المعاطاة فى الاجارة (لم يجز
له العمل) فيما اذا كان تصرفا فى مال المستأجر كما لو اعطاه ثوبه ليخيطه
فان تصرف الاجير فى الثوب لا يجوز لأنه ليس تصرفا باجارة ولا اذن من غير
جهة الاجارة فلا يجوز التصرف (ولم يستحق اجرة مع علمه بالفساد) اذ
الاجارة فاسدة فلا جرة مسمى ، وحيث انه علم بعدم الاجارة فلا اجرة مثل

وظاهرهم الجواز بذلك وكذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف ولو كانت هبة فاسدة لم يجز بل منع من مطلق التصرف وهو ملحوظ وجيه انتهى .

وفيه : ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة — على مذهب المحقق الثاني — الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر وملك الأمر العمل المعين على المأمور ولم نجد من صرح به في المعاطاة

له لأنه اقدم على ضرر نفسه لعدم الأذن من مالك الثوب في العمل حتى يستحق عليه اجرة المثل اما اذا لم يعلم الاجير بالفساد استحق اجرة المثل لأن عمل المسلم محترم ولأنه مغرور فيرجع الى من غره (وظاهرهم الجواز بذلك) اي جواز عمل الاجير بذلك الامر، فيدل على انهم يقولون بالمعاطاة في الاجارة (وكذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف من الموهوب له) ولو كانت هبة فاسدة لم يجز) لأنه — مال الغير فيدل اجازتهم الاتلاف على قولهم بجريان المعاطاة في الهبة (بل) لو كانت فاسدة (منع) الآخذ (من مطلق التصرف) لأن التصرف في مال الغير لا يجوز ثم قال جامع المقاصد (وهو) اي كلام هذا البعض الذي نسب الى ظاهر الفقهاء اجازتهم لجريان المعاطاة في الاجارة والهبة (ملحظ) اي ملاحظة (وجيه) وهذا منه موافقة على جريان المعاطاة (انتهى) كلام المقاصد .

(وفيه : ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة — على مذهب المحقق الثاني —) القائل بافادة المعاطاة الملك — كما تقدم في مسألة المعاطاة في البيع — (الحكم بملك المأمور) في الاجارة المعاطاتية (الاجر المعين على الأمر) الذي امره بخياطة ثوبه — مثلاً — (وملك الأمر العمل المعين على المأمور ، و) هذا بالاضافة الى انه (لم نجد من صرح به في المعاطاة)

واما قوله : لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر ، لأن
فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل سيما اذا لم يكن العمل تصرفا في
عين من اموال المستأجر .

وقوله : لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع لان الظاهر ثبوت اجرة
المثل لانه لم يقصد التبرع وانما قصد عوضا لم يسلم له .

في الاجارة ينافي 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 .

(واما قوله : لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر ، لأن فساد
المعاملة لا يوجب منعه عن العمل) لوجود الاذن ، والا مر على نحو تعدد
المطلوب فانه يريد خياطة الثوب ويريد ان يكون ذلك بالاجارة ، نعم في
صورة التقييد لا يجوز العمل لكن الغالب خلاف التقييد (سيما اذا لم يكن
العمل تصرفا في عين عن اموال المستأجر) كما لو استأجره لحفر بئر في الارض
المباحة فانه وان بطلت الاجارة وكانت على وجه التقييد جاز للأجير العمل .
(و قوله : لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع) بل يستحق الاجرة
(لأن الظاهر ثبوت اجرة المثل لأنه) أمره بذلك و (لم يقصد التبرع وانما
قصد عوضا) مسمى (لم يسلم له) وكلما انتفى المسمى جاء المثل ، نعم في
صورة التقييد بأن قال : اريد ذلك بالاجارة دون سواها ، لاحق للأجير في
أجرة المثل اذ مع علمه بالفساد لا يكون منبعثا عن أمر المستأجر حتى يكون
على المستأجر اجرته .

وأما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها إلا إذا قلنا في المعاطات بالاباحة فان جماعة كالشيخ والحلى والعلامة صرحوا بأن اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملك لكن المحقق الثانى ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للاباحة المجردة

(وأما مسألة الهبة) التى ذكر البعض ان اجازتهم للاتلاف دليل على قولهم بجريان المعاطاة فيها (فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها) اذ جواز الاتلاف اعم من الملك ، فان كلا من الملك والاباحة 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 .

والحاصل ان المحقق يقول بان الهبة المعاطاتية تفيد الملك ، ويستدل لذلك بان الفقهاء قالوا بجواز اتلاف الموهوب بالهبة المعاطاتية ، ومن المعلوم ان هذا الاستدلال ليس بتام ، لأن قولهم بجواز الاتلاف يمكن ان يكون مستنداً لانهم يرون كون الهبة المعاطاتية تفيد الاباحة ، (إلا اذا قلنا فى المعاطاة بالاباحة) فان قلنا ان المعاطاة تفيد الاباحة تمكناً ان نستدل لذلك بفتواهم انه يجوز اتلاف الموهوب بالمعاطاة (فان جماعة كالشيخ والحلى والعلامة صرحوا بأن اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة دون الملك) فهم انما يقولون بجواز الاتلاف لانه اباحة ، لا أنه ملك - كما يريد المحقق الثانى - (لكن المحقق الثانى ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها) اى يجوز المعاطاة (مفيداً للاباحة المجردة)

وتوقف الملك فى الهبة على الايجاب والقبول كاد ان يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك وما ذكرنا يظهر المنع فى قوله : بل مطلق التصرف .
هذا ولكن الأظهر — بناءً على جريان المعاطاة فى البيع — جريانها فى غيره من الاجارة والهبة لكون الفعل مفيدا للتمليك فيهما و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره حيث قال فى باب الرهن : ان الخلاف

عن الملك (وتوقف الملك فى الهبة على الايجاب والقبول 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 — والاباحة لا يفتى بها جامع المقاصد بل يقول بالملك — كما عرفت — .
(وما ذكرنا) من انه لو كانت هبة فاسدة لم يمنع الاتلاف بل يجوز الاتلاف لوجود الاباحة — وان لم تكن هبة صحيحة — (يظهر المنع فى قوله : بل مطلق التصرف) حيث قال : انه لو كانت هبة فاسدة يمنع مطلق التصرف فى الموهوب — ولو 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 (ولكن الأظهر — بناءً على جريان المعاطاة فى البيع — جريانها فى غيره) اى غير البيع مطلقا (من الاجارة والهبة) وغيرهما (لكون الفعل) — مقابل اللفظ — مفيدا للتمليك فيهما (اى فى الاجارة والهبة) و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره) فان قلنا بالمعاطاة فى البيع لزم ان نقول بالمعاطاة فى غيره (حيث قال فى باب الرهن الخلاف : ان الخلاف

بالاكْتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب 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 والاول غير مقصود هنا .

بالاكْتفاء فيه) اى فى التعامل (بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب) 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 ايضا (انتهى) .

(لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد بان البيع ثبت فيه حكم
المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا) فى باب الرهن فانه لاجماع 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 بـ ((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 .

(والاول) اى الإباحة (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، ولا من جانب المقرض الذى يأخذ الوثيقة اذ لا معنى

واما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن خصوصا بملاحظة انه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها الى اللزوم ليحصل به الوثيقة فى بعض الاحيان

وان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ وكان هذا .

لأن تكون الدار - مثلا - مباحة التصرف للمقرض اذ الراهن والمرتهن كلاهما ممنوعان عن التصرف .

(واما الجواز) اى ان يحصل الرهن ، لكن يكون رهنا جائزا - بحيث يتمكن صاحب المال من استرجاعه - كما فى المعاطاتى البيعى الذى يحصل الملك لكنه ملك جائز (فكذلك) غير مقصود هنا فى باب الرهن (لأنه) اى ، الجواز (ينافى الوثوق الذى 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 واذا كان الرهن جائزا لم تكن وثيقة لأن صاحب الوثيقة يأخذها متى ما شاء (خصوصا بملاحظة انه لا يتصور هنا) فى باب الرهن (ما يوجب رجوعها الى اللزوم) كما كان كذلك فى البيع المعاطاتى حيث قلنا بان تصرف احد الطرفين او تلف احد الشئيين يوجب لزوم المعاطاة اذ لا تلف ولا تصرف هنا بحيث يوجب اللزوم (ليحصل به الوثيقة فى بعض الاحيان) حتى يقال بتصور مفهوم الرهن فى الجملة .

(وان جعلناها) اى المعاطاة فى باب الرهن (مفيدة للزوم) ليرتفع المحذور المتقدم (كان مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ) فالقول باللزوم باطل لأنه خلاف الاجماع (وكان هذا) الذى ذكرناه

هو الذى دعى المحقق الثانى الى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الاجارة والهبة والقرض والاستشكال 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 ولذا جوز بعضهم الايجاب بلفظ الامر كخذه ، و الجملة الخبرية امكن ان يقول بافادة المعاطاة فى الرهن اللزوم لأطلاق بعض ادلة الرهن ولم يقم هنا اجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات .

من الاشكال فى جريان المعاطاة فى الرهن (هو الذى دعى المحقق الثانى الى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الاجارة والهبة والقرض والاستشكال 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 وما اشبه (فلا يشمل الرهن) الذى هو جائز من طرف الآخذ للوثيقة (ولذا جوز بعضهم الايجاب بلفظ الامر) فى باب الرهن ، وان 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 بأفادة المعاطاة فى) باب (الرهن اللزوم ، لأطلاق بعض ادلة الرهن) الشاملة للرهن المعاطاتى كقوله سبحانه ((فرهان مقبوضة)) اذ الرهن المعاطاتى يسمى رهنا - عرفا - (ولم يقم هنا) فى باب الرهن (اجماع على عدم اللزوم) فى ما اذا كان بالمعاطاة (كما قام) الاجماع على عدم اللزوم (فى المعاوضات) والحاصل ان المقضى موجود

ولاجل 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 والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع فتأمل .
نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ - فى باب وقف المساجد - من الذكري
تبعاً للشيخ
ثم ان الملزم للمعاطاة فيما تجرى

والمانع مفقود فيلزم ان يحكم بصحة المعاطاة فى الرهن .
(ولاجل ما ذكرنا فى الرهن) من الاشكال الذى حاصله ان
(الاباحة) لا معنى لها ، و((الجواز)) يناهى كونه وقفاً (يمنع من جريان
المعاطاة فى الوقف بأن يكتفى فيه بالاقباض) مع وجود القرينة على ارادة
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 جائزاً قلت: (الجواز غير معروف فى الوقف
من الشارع) اذ الوارد من الشرع كون الوقف مفيداً لبقاء العين ، وتسبيل
المنفعة اما ان يكون هناك وقف جائز فليس بمعروف (فتأمل) لأن الوقف
الجائز وارد فى الشريعة ايضاً و هو ما اذا اشترط الرجوع كما هو مذكور فى
كتاب الوقف

(نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ - فى باب وقف المساجد - من
الذكري) للشهيد (تبعاً للشيخ) بأن يبنى مسجداً ثم يسلمه الى المصلين
بدون ان يجرى صيغة الوقف و ذلك لشمول قوله صلى الله عليه وآله وسلم
(الوقوف وحسب 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 سنبينه بعد هذا الامر .
السادس : فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول
بالاباحة .

اعلم : ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية
المتقدمة

واما على القول بالاباحة ، فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس على
اموالهم واصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة

(فيه من العقود الأخر) ((من)) بيان ((ما)) وذلك مثل المزارعة والمساقاة 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 سنبينه) اى ما يلزم البيع (بعد هذا الامر) فى
الأمر السادس .

(السادس : فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بـ) افادة
المعاطاة (الملك) المتزلزل (و القول بالاباحة) اما على القول بافادتها
الملك اللازم فلا كلام فيه .

(اعلم : ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية
المتقدمة) وهى : الاصل وان فائدة الملك السلطة ، والناس مسلطون ، و
تجارة عن تراض ، ولا يحل مال امرء ، ولا تأكلوا اموالكم بينكم ، و المؤمنون عند
شروطهم ، و اوفوا بالعقود .

(واما على القول بالاباحة ، فالأصل عدم اللزوم لقاعدة تسلط الناس على
اموالهم) فالمبيع انما اعطى المال اباحة فهو مسلط على ماله (واصالة
سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة) فانا اذا شككنا ان سلطنته قطعت

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 في بعض العباير اما على القول بالاباحه فواضح لأن تلفه
من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه
وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا

بالاباحه ام بقيت كان مقتضى الاستصحاب البقاء ، ولا يخفى ان الأصل الاول
اجتهادى وهو : ((الناس مسلطون على اموالهم)) والاصل الثانى عملى
(وهى) اى استصحاب السلطنة (حاكمه 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 بقاءها
من باب الشك فى المقتضى ولا يجرى الاصل فيه ، واما وجه حكمة استصحاب
السلطة على استصحاب الاباحه فهو ان الشك فى الاباحه مسبب عن الشك فى
بقاء السلطة فاذا استصحاب السلطة 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 العباير
اما على القول بالاباحه فواضح) وجه كون تلفهما ملزما (لأن تلفه من مال
مالكه) المبيع (ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه) فاذا اعطى
محمد عليا كتابا فى مقابل دينار . فتلقا ، ذهب الدينار من على و الكتاب
من محمد ، ولا وجه لضمان احدهما مال الآخر .

(وتوهم جريان قاعدة الضمان باليدهنا) فان على اليد ما اخذت حتى

مندفع بما سيجئ •

واما على القول بالملك فلما عرفت من اصاله اللزوم و المتيقن — من مخالفتها جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التراد امتنع ولم 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 فالمشتري الآخذ للسلعة ضامن لها (مندفع بما سيجئ) من انه اذا كان اليد بحق لا تجرى هذه القاعدة فان الضمان اما شرعى كاللقطة أو مالكي وكلاهما مفقود فى المقام •

(وأما على القول بـ) افادة المعاطاة (الملك فـ) واضح ايضا وجه كون تلفهما ملزما (لما عرفت من اصاله اللزوم) للمعاطاة — بالادلة 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) وينتج الاستصحاب جواز تراد القيمة — مثلا — واما نقول بالفرق بين الجواز هنا و الجواز فى باب الخيار (لان ذلك الجواز) فى باب الخيار (من عوارض العقد) والعقد باق بعد التلف ايضا فيمكن الأخذ بذلك الجواز و بطل 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 بالتراذ ، 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 بشئ واحد ، وهنا يتقوم بشئين فاذا انتفى احدهما بان تلف احد العوضين لم يمكن التراد (هذا) كله فيما اذا ثبت ان الجواز فى المقام متعلق — بالتراذ — الذى تعذر بتلف احدى العينين واذا شك فى ذلك فالاصل ايضا 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 تلف احدى العينين — كالجواز فى الهبة — (او تراذ العينين) حتى لا يبقى الجواز اذا تلفت احدى العينين ، فكيف بصورة تلفهما (يمنع من استصحابه) اى استصحاب الجواز (فان المتيقن تعلقه) اى الجواز (بالتراذ ، اذ لا دليل فى مقابلة اصالة اللزوم) للمعاطاة (على ثبوت ازيد)

من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقاءهما ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين او بعضها على القول بالملك واما على القول بالاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا - وفقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك - اصاله عدم اللزوم لأصاله سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها وفيه انها معارضة بأصاله براءة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته والتمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله بعد القطع بأن هذه اليد

من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق ذلك التراد (الامع بقاءهما) فان الاصل اللزوم - كما عرفت بالادلة الثمانية - والخارج عن هذا الاصل باجماع - صورة ما كان تراد العينين فيبقى غير صورة تراد العينين داخلا فى اصاله اللزوم (ومنه) 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) وانه يحكم اصل اللزوم (واما على القول ب) افادة المعاطاة (الاباحة) فقد استوجه بعض مشايخنا - وفقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك - اصاله عدم اللزوم (فى صورة تلف احدى العينين او بعضها (لأصاله سلطنة مالك العين الموجودة و) بقاء (ملكه لها) فاذا اعطى محمد عليا كتابا بدينار و تلف الدينار كان لمحمد استرداد كتابه الموجود ، وعليه يكون ضامنا لدينار على حيث اتلفه بدون ان يعطى شيئا لعل فى مقابل ديناره (وفيه انها) اى اصاله سلطنة مالك العين الموجودة (معارضة باصاله براءة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته) لأن مقتضى ذلك الأصل اشتغال الذمة ومقتضى هذا الاصل براءة الذمة فيتعارضان (و) ان قلت فليسقط الاصلان ويتمسك 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 العيــــن
 الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع انما الكلام فى الضمان اذا
 اراد الرجوع وليس هذا من مقتضيات اليد قطعاً ولكن يمكن ان يقال : ان
 اصاله بقاء السلطنة حاكمة على اصاله عدم الضمان بالمثل او القيمة مع ان
 ضمان التالف ببده معلوم الا ان الكلام فى ان البديل هو البديل الحقيقى
 — اعنى المثل او القيمة — او البديل 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 لاشك فى ان عمرو لا يكون ضامنا للسلعة لأن مقابلها فى
 يد عمرو فعلاً — 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 قطعاً) اذ لو كان من مقتضيات اليد كان اللازم
 ان يكون موجوداً سواء اراد الرجوع او لم يرد الرجوع .
 (ولكن يمكن ان يقال) بحكومة اصل الضمان على اصل البرائة وينتج
 ذلك عدم لزوم المعاطاة حتى مع تلف احدى العينين (: ان اصاله بقاء
 السلطنة) لمن اتلف مال الغير على مال نفسه الموجود فى يد الغير (حاكمة
 على اصاله عدم الضمان) لأن الشك فى الضمان مسبب عن الشك فى السلطنة
 فاذا جرت اصاله السلطنة لم يكن مجال لأصل عدم الضمان (بالمثل) فى
 المثلى (او القيمة) فى القيمى (مع ان ضمان التالف ببده معلوم) فلا يجرى
 اصاله عدم الضمان (الا ان الكلام فى ان البديل هو البديل الحقيقى — اعنى
 المثل او القيمة — او البديل الجعلى) اى الذى جعله المتعاطيان (اعنى

العين الموجودة فلا اصل .

هذا مضافا الى ما قد يقال من ان عموم ((الناس مسلطون على اموالهم)) يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه وعلى المال التالف بأخذه بدله الحقيقي وهو المثل او القيمة ، فتدبر .
ولو كان احد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطيين

العين الموجودة) لدى طرف المعاوضة (فلاصل) لعدم الضمان حتى يعارض اصالة الضمان والحاصل ان اصالة عدم الضمان لا تجري لامرين :
الاول : لحكومة اصالة السلطنة عليها . الثاني : لأنها معارضة بالعلم الاجمالي بالضمان .

(هذا) لتقريب بقاء حق الفسخ فيما اذا كانت احدي 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 لدى زيد وبقى كتاب زيد لدى عمرو سالما — (بأخذه) فلزيد اخذ كتابه من عمرو (و) السلطنة لعمرو (على المال التالف) كالدینار الذي تلف عند زيد (بأخذ بدله الحقيقي) مقابل البديل الجعلي 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)) للدینار والتالف 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 والظاهر انه فى حكم التلف ، لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف .
والظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة ، فانهم
ولو نقل العينان او احداها بعقد لازم فهو كالتلف

محمد كتابا لعلى فى مقابل الدينار الذى يطلبه على من محمد (فعلى القول بـ) افادة المعاطاة (الملك يملكه) اى الدينار (من فى ذمته) كمحمد — فى المثال — (فيسقط عنه والظاهر 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 (ويحتمل العود) لأن الشك فى العود مسبب عن الشك فى حق محمد لاسترجاع كتابه ، فاذا كان مقتضى اصاله السلطنة حق استرجاع محمد لكتابه كان محكما على اصاله عدم العود فاذا ارجع محمد كتابه عاد الدينار الى ذمته فتشغل به لعلى (و هو) اى احتمال العود (ضعيف) لأنه لا دليل له من الشرع و لا شبه له .

(والظاهر ان الحكم كذلك) اى كالمملك فى انه لا يعود الدين فيما اذا كان احد العوضين ديناً (على القول بـ) افادة المعاطاة (الاباحة ، فانهم) فانه فرق بين الاباحة والمملك اذ الناس مسلطون يجرى على تقدير الاباحة دون تقدير المملك فاللازم الفرق فى الدين بين القول بالمملك والقول بالاباحة .

(ولو نقل) الطرفان (العينين او احداها بعقد لازم) كأن باع على الكتاب ، و اشترى محمد بالدينار سلعة (فهو) اى العقد اللازم (كالتلف)

على القول بالملك لا متناع التراد . وكذا على القول بالاباحة اذا قلنا باباحة التصرفات الناقلة . ولو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لأمكانه فيستصحب وعدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان . اوجودهما ذلك اذ لم يثبت فى مقابلة اصالة للزوم 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 متناع التراد) اذ العقد اللازم كالتلف موجب لعد مقدرة المالك الاول على استرداد الملك فان الامتناع الشرعى كالا متناع العقلى (وكذا على القول بالاباحة اذا قلنا باباحة التصرفات الناقلة) كما لو أخذ المشتري المال بالمعاطاة ، وكان المال مباحا له ، ثم باعه من شخص ، اما لو قلنا بعد ما باحة التصرفات الناقلة فليس للمشتري المعاطاتى نقل العين فلا موضوع لهذه المسألة (ولو) نقل المعاطاتى العين بعقد لازم وبعد ذلك عادت العين لفسخ) اقالة او عيبا او غير ذلك (ففى جواز التراد) بين المتعاطيين (على القول ب) افادة المعاطاة (الملك لأمكانه) اى امكن التراد قبل نقله للعين فاذا شك فى انه بعد ان نقل العين واسترجعها هل يبقى حق التراد ام لا (فيستصحب) جواز التراد (وعدمه) 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 وعدمه (اوجودهما ذلك) اى عدم جواز التراد (اذ لم يثبت فى مقابلة اصالة للزوم) التابعة للملك — حيث قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك — (جواز التراد بقول مطلق) سواء قبل خروج المال عن الملك المتعاطيين او بعد (بل المتيقن منه) اى من الخروج عن اصل اللزوم (غير ذلك) المورد اى غير مورد خروج مال

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب وكذا على القول بالا باحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ الى ملك الثاني فلا د ليل على زواله بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق اصاله بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع بانتفائها

عن ملكها (فالموضوع غير محرز في الاستصحاب) فلا يجري استصحاب جواز التراد .
انما يتمسك بعد الخروج عن ملكهما باصاله للزوم (وكذا) اى الوجود عدم جواز التراد — بعد الخروج عن ملكهما — (على القول ب) افادة المعاطاة (الا باحة لان التصرف الناقل) عن المتعاطيين (يكشف عن سبق الملك) على النقل (للمتصرف) ملكا آنا ما — كما سبق — (فيرجع) المال (بالفسخ الى ملك الثاني) اى الناقل ، لا الى ملك الاول الذى هو طرف الناقل — مثلا اعطى محمد عليا كتابا بالمعاطاة ، وقلنا بافاداة المعاطاة الا باحة ، 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 آنا ما — فاذا فسخ البيع رجع الى ملكه الى ملك محمد ، اذ لا د ليل على رجوعه الى ملك الاول (فلا د ليل على زواله) اى زوال ملك على للكتاب (بل الحكم) بعدم جواز الرجوع (هنا) على القول بالا باحة (اولى منه) اى من الحكم (على القول بالملك) اى بافاداة المعاطاة الملك (لعدم تحقق جواز التراد) للمتعاطيين (فى السابق) على النقل (هنا) فى باب الا باحة (حتى يستصحب) هذا الحكم بالتراد بعدم النقل (بل المحقق) قبل النقل (اصاله بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع) ذلك الاصل (بانتفائها) اى انتفاء سلطنة المالك الاول بالنقل والحاصل على الملك ، كان الكتاب لعلى ، وكان لمحمد الحق فى الاسترداد ، فاذا نقله على ثم عاد الى ملكه استصحبنا بقاء حق محمد فى الاسترداد ، اما على الا باحة كان الكتاب لمحمد — فى يد على فاذا نقله على ثم رجع الكتاب اليه ، لم يكن — سابقا حق استرداد حتى

نعم لو قلنا بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول وان 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 اليه بفسخ

يستحب - اذ في السابق كان الكتاب لمحمد ، لان محمد اكان يحق له الاسترداد .
 (نعم) يمكن ان نقول بعود الملك الى المالك الاول - اي محمدا في المثال - على القول بالاباحة ، بتقريب ان الكتاب كان لمحمد - في يد علي - وصار ملكا لعلي من جهة انه نقله ، فاذا فسخ النقل انفسخ ملكية علي ايضا ، فالكتاب عاد الى محمد فانه (لو قلنا بأن الكاشف عن الملك) اي الذي يكشف عن كون الكتاب صار ملكا لعلي - المباح له - (و هو العقد الناقل) الذي اجراه علي مع الحسن المشتري منه (فاذا فرضنا ارتفاعه) اي العقد (بالفسخ) الذي جرى بين علي و الحسن (عاد الملك الى المالك الاول) الذي هو محمد (وان 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 وفسخ 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 اليه) اي الى مالكة الاول ، (بفسخ) بأن اشترى بالدينار محمد شيئا ثم فسخ بأن عاد الدينار الى محمد ، وصار الى ملك علي ، اما اذا تلف الدينار ، فتدخل المسألة فيما

وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفي فيه اباحة التصرف والاتلاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة ففى الامر الرابع

لكن الوجهين ضعيفان بل الاقوى رجوعه بالفسخ الى البائع .

تقدم من انه اذا تلف احد العوضين فهل هناك حق التراد ام لا .
(وكذا) عطف على قوله ((نعم لو قلنا)) ((لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك) للمباح له بان قلنا : ان يبيع علي الكتاب لا يتوقف على سبق ملكه له — آنا ما — (بل يكفي فيه) اى فى بيعه (اباحة التصرف والاتلاف) لعلى وان 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 — الذى ذكرناه بقولنا : وكذا لو قلنا — ايضا 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 على من الحسن ، والوجهان هما ما ذكرناهما بقولنا : ((نعم لو قلنا)) و ((وكذا لو قلنا)) (ضعيفان) لما عرفت سابقا (بل الاقوى رجوعه) اى المال — كالكتاب — (بالفسخ الى البائع) المباح له — كعلي — لا الى طرف البائع الذى كان الكتاب له اولا ، كمحمد — فى المثال — هذا كله فيما اذا كان على نقل الكتاب بالعقد اللازم ، كما لو باعه مثلا .

ولو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه الى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب .
وكذا على القول بالاباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك

نعم لو كان غير معاوضة ، كالهبه و قلنا بان التصرف في مثله .

(ولو 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 في هبتك لانى اريد ارجاع الكتاب واعطائك الدينار (ولا رجوعه بنفسه الى عينه) بان يرجع محمد الى الكتاب الذى عند الموهوب له (فالتراد غير متحقق) فانه وان تمكن من ارجاع الدينار لكنه لا يتمكن من استرجاع الكتاب (وتحصيله) 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 اجواز ذلك لمحمد . بان يسترجع الكتاب من الموهوب له بدون استرجاع علي اياه .
(وكذا) التراد غير متحقق (على القول بالاباحة) فيما اذا كان نقل العين نقلا جائزا (لكون المعاوضة) الجائزة التى اجراها علي على الكتاب (كاشفة عن سبق الملك) فان الكتاب وان كان مباحا لعلي لكن لما وهبه او اجرى عليه معاوضة جائزة صار الكتاب ملكا له — آنا ما — كما تقدم ، فالاباحة انتهت ، وعليه ليس الكتاب بعد المعاوضة الجائزة ملكا لمحمد حتى يقال بانه يحق له الرجوع فيه .

(نعم لو كان) النقل الجائز الذى اجراه علي على الكتاب (غير معاوضة كالهبة) فانها ليست معاوضة وانما ايقاع (و قلنا بان التصرف مثله)

لا يكشف عن سبق الملك اذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحد وانتقال المعوض الى الاخر بل الهبة ناقلة للملك من ملك المالك الى المتبهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى اوعودها الى مالکها بهذا النحو من العود

ای مثل ما ليس بمعاوضة وكان جائزا، لا مثل تحرير العبد الذى هو لازم و ليس بجائز (لا يكشف عن سبق الملك) الآتى لعلی (اذ لا عوض فيه) ای فی النقل غير المعاوضی (حتى لا يعقل كون العوض مالا لواحد) كعلي (و انتقال المعوض من الاخر) كانتقال الكتاب من محمد — والحاصل ان الهبة التى تسبب عدم المعقولية — وهى ان يدخل العوض فى كيس من لا يخرج المعوض من كيسه — مفقودة فى المقام ، اذ الهبة لا عوض لها حتى يقال كيف يدخل العوض فى كيس علي بينما يخرج المعوض من كيس محمد (بل الهبة ناقلة للملك) ای الكتاب (من ملك المالك) الذى هو محمد (السى المتبهب) الذى هو الحسن ، والنقل انما اجراه علي (فيتحقق) مربوط بـ ((نعم)) (حكم جواز للرجوع) الى الكتاب (بالنسبة الى المالك) فللمالك ان يرجع الى الكتاب بان يفسخ الهبة و يأخذ الكتاب من الحسن (لا الواهب) الذى 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 — الذى هو بدل الدينار — من الحسن (اوعودها) ای العین الاخرى (الى مالکها) الذى هو ((علي)) (بهذا النحو من العود) بان كان محمد ايضا 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 كبيعته و سائر تصرفاته الناقلة .
ولو اجاز المالك الثانى نفذ بغير اشكال و ينعكس الحكم

و محمد يسترد الكتاب من الحسن (اذ لو عاد) اى العين الاخرى -
كالدینار - 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 الذى
عند علي العباس فضولا - بدون اجازته علي - (فاجاز المالك الاول) الذى
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 الفضولي (رجوعا) عن معاملته المعاطاتية - السابقة - (كبيعته)
اى بيع محمد الكتاب (وسائر 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 الذى باعه من
على معاطاة .

(ولو) باع العباس كتاب علي فضولة ثم (اجاز المالك الثانى) الذى هو
علي (نفذ) الفضولى (بغير اشكال) لأنه كان مالكا له فنفذ اجازته (و ينعكس
الحكم) الذى ذكرناه بقولنا فى المالك الاول : ((لم يبعد)) و فى المالك

اشكالا ووضوحاً على القول بالاباح قول كل منهما رد مقبل اجازة الآخر، ولو رجع الاول فأجاز الثاني فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرجوع ويحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ ويلغو الاجازة وان جعلناها ناقلة

الثاني : ((نفذ بغير اشكال)) (اشكالا) بالنسبة الى ((على)) (ووضوحاً) بالنسبة الى ((محمد)) (على القول بالاباح) فلو باع الفضولي الكتاب الذي ابيح لعلي - بالمعاطات - فجاز محمد ((نفذ بلا اشكال)) ولو اجاز علي ((لم يبعد نقوذ اجازته)) (ولكل منهما) اي من محمد و علي في مثال بيع العباس للكتاب فضولة (رده) اي رد المتعامل الفضولي (قبل اجازة الآخر) اما بعد الاجازة - على تقدير صحة الاجازة - فلا مورد للرد ان نفذت الفضولية بعد لحوق الاجازة بها (ولو 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 - ولو كان متأخراً عن رد محمد ، زمانا - لحقت المعاملة الفضولية في حين المعاملة فلا ينفع ردّ محمد ولو كان الرد سابقاً على الاجازة (ويحتمل عدمه) اي عدم لغوية رجوع محمد ، وانما يلغو اجازة علي (لأنه رجوع) من محمد (قبل تصرف الآخر) اي علي (فيفسد ويلغو الاجازة) من علي ، بعد ان ردّها محمد ، وقوله : ((ويلغو)) عطف بيان ليفسد ، وفي بعض النسخ : ((فينفذ الرجوع ويلغو الاجازة)) (وان جعلناها) اي الاجازة (ناقلة) من حين الاجازة - على الاختلاف الآتي في باب الفضولي من أن الاجازة كاشفة

لغت الاجازة قطعاً •

ولو امتزجت العينان او احداهما سقط الرجوع على القول بالملك ،
لامتناع التراد ويحتمل الشركة وهو ضعيف اما على القول بالاباحة ،
فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير ، فيصير المالك شريكاً مع
مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقاً له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف
ولو تصرف في العين

او ناقلة - وقوله : ((وان جعلناها)) عطف على قوله : ((فان جعلنا الاجازة))
(لغت الاجازة) من علي (قطعاً) لأن ردّ محمد سابق وقد بطلت الفضولية
بردّه فلا موقع لاجازة علي •

(ولو امتزجت العينان او احداهما) كما لو باع الدهن بالدهن بس
معاطاة فامتزجا ، او امتزج الدهن فقط - مثلاً - (سقط الرجوع على القول
به) افادة المعاطاة (الملك ، لامتناع التراد) لأن الممتزج غير ممكن رده ،
(ويحتمل الشركة) بين صاحب الدهن - مثلاً - والشخص الذي امتزج ماله
بالدهن ، فيصح التراد (وهو ضعيف) لأن القدر المتيقن من مورد الرجوع
- على القول بالملك - بقاء كل من العينين سالماً - كما تقدم - (أما على
القول به) افادة المعاطاة (الاباحة ، فالاصل بقاء التسلط) لصاحب
الدهن الذي اباحه للمشتري (على ماله الممتزج بمال الغير ، فيصير المالك)
للدّهْن في المثال (شريكاً مع مالك الممتزج به) مثلاً : امتزج بالدهن العسل
فصاحب الدهن يكون شريكاً مع صاحب العسل (نعم لو كان المزج) بحيث يكون
(ملحقاً 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 (ولو تصرف) احد المتعاطيين (في العين

تصرفا مغيرا للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالا باحة و
على القول بالملك ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد .
و منشأ الاشكال ان الموضوع في الاستصحاب عرفي او حقيقي .
ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة
نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالاسقاط ابتداء
او في 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 في العرف اتلافا
(فلا لزوم على القول بـ) افادة المعاطاة (الا باحة) لاستصحاب بقا
سلطته و حقه على المال المتغير (وعلى القول بالملك ففي اللزوم) للمعاطاة
بسبب تغيير الصورة (وجهان مبنيان على جريان استصحاب التراد) فاذا
قلنا بالاستصحاب لا نقول باللزوم . وان لم نقل بالاستصحاب لزم القول باللزوم
(و منشأ الاشكال) و الاحتمالين (ان الموضوع في الاستصحاب عرفي)
و عليه فالحنطة نفس الطحين عرفا فلا لزوم (او حقيقي) و عليه فالحنطة غير
الطحين فالمعاطاة لازمة .

(ثم انك قد عرفت مما ذكرنا) من ان المعاطاة اما تفيد الملك
المتزلزل او الا باحة (انه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ
في العقود اللازمة) لأنها ليست كالعقود اللازمة (حتى يورث بالموت)
فاذا مات المعاطاتي ورثه وارثه في فسخ المعاطاة التي اجراها (ويسقط
بالاسقاط ابتداء) كان يقول المتعاطي : اسقطت حق في الرجوع (او في
ضمن المعاملة) بان يعاملا معاملة اخرى و يشترطا في ضمن تلك المعاملة
سقوط حقها في الرجوع في المعاطات (بل هو) اي الرجوع في المعاطاة

على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع فى اباحة الطعام بحيث ينافى الحكم فيه بالرضى الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجوز له التصرف .

فلومات احد المالكين لم يجوز لوارثه الرجوع على القول به الملك للاصل لأن من له واليه الرجوع هو المالك الاصلى ولا يجرى الاستصحاب . ولو جن احد هما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين

(على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة) الجائزة الذى هو استرجاع ملكك الغير (على القول بالاباحة نظير الرجوع فى اباحة الطعام) كما اذا اباح زيد لعمره طعامه ثم قال : رجعت فيه ، بل (بحيث ينافى الحكم فيه) اى ، فى كونه مباحا (بالرضى الباطنى بحيث لو علم كراهة الملك باطنا لم يجزله التصرف) فانه لا يحل مال امرأ الا بطيب نفسه واذا كان المأخوذ حياء كالمأخوذ غصبا .

(فلومات احد المالكين لم يجوز لوارثه الرجوع) فى ما اعطاه الطرف (على القول به) افادة المعاطاة (الملك للاصل) فان حق الرجوع شئ لم يعلم ثبوته لوارثه (لأن من له واليه الرجوع) اى له ان يرجع فيما اعطاه له (هو المالك الاصل) والوارث ليس بمالك اصيل (ولا 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 بالاباحة فالمالك للمعطى ، وكل ما كان للمعطى ينتقل الى وارثه ولا دليل على ان المورث يوجب نقل المال من الميت الى المعطى له .

(ولو جن احد هما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين) :

السابع: ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاظة بيعاً بعد التلف او معاوضة مستقلة .

قال :يحتمل الاول لأن المعاوضات محصورة و ليست احداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل و يحتمل الثاني لأطباقهم على انها ليست يبعاً حال وقوعها فكيف يصير بيعاً بعد التلف و تظهر الفائدة

القول بالملك و القول بالا باحة ، اما على الاباحة فلأنمملك للمجنون ولادليل على ان الجنون ينقل الملكية الى المعطى له ، و من المعلوم ان حق التصرف في الملك للولي ، و اما على القول بالملك فلأن اسقاط الجنون لحق المجنون في الارجاع خلاف الأصل فاذا ثبت الحق بالاستصحاب قام الولي مقامه في هذا الحق (السابع: ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين) واحتمالين (في صيرورة المعاظة بيعاً بعد التلف) حتى يجري عليها احكام البيع (او معاوضة مستقلة) ليست بالمعاملات المتعارضة ، و القاعدة في مثل هذه المعاوضة ان لا تجرى عليها احكام المعاوضة المتعارضة ، و انما تجرى الاحكام الكلية نحو : اوفوا بالعقود . و تجارة عن تراض ، و المؤمنون عند شروطهم . و ما اشبه .

(قال) الشهيد (: يحتمل الاول) و كونها بيعاً (لأن المعاوضات محصورة) في الامور التي ذكرت في الكتب الفقهية (وليست) المعاظة (احداها) فلا بد وان تكون بيعاً (و كونها معاوضة) مستقلة (برأسها) يحتاج الى دليل (ولا دليل على ذلك) . (و يحتمل الثاني) و انها معاوضة مستقلة (لأطباقهم) اي اتفاق الفقهاء (على انها ليست بيعاً حال وقوعها) اي حال التعاطي (فكيف يصير بيعاً بعد التلف) اذ لا دليل على ان التلف يصنع المعاظة بصيغة البيع (و تظهر الفائدة) في كونها بيعاً

فى ترتب الاحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن او بعضه وعلى تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطاة 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 والرجوع الى الثمن مثلا او قيمته ، وان لم يكن بيعا لم يكن له الخيار ، اذ لا دليل على ان كل مبادلة طرفها الحيوان يجرى فيها الخيار ، وكذلك خيار المجلس فيما لو تلف فى المجلس . وهكذا (وعلى تقدير ثبوته) اى ثبوت خيار الحيوان فى المعاطاة لكونها بيعا (فهل الثلاثة الايام التى هى ايام الخيار (من حين المعاطاة) حتى اذا كان التلف فى اليوم الثانى لم يكن له الخيار الا فى يوم وبعض يوم ولو كان التلف بعد الثلاثة سقط الخيار لانقضاء الثلاثة (او من حين اللزوم) المحقق بتلف الثمن او بعضه فى اى وقت حصل التلف (كل) من كون الخيار من حين التلف ، او من وقت المعاطات (محتمل) اما احتمال كونه من حين المعاطاة ، لأنه وقت الانتقال ، والخيار يثبت من وقت النقل والانتقال . واما احتمال كونه من حين اللزوم فلأن الخيار انما يرفع اللزوم والمعاطاة قبلالم تكن لازمة حتى تحتاج الى الخيار ، بالاضافة الى ان المعاطاة قبل اللزوم لم تكن بيعا وخيار الحيوان انما هو فى البيع .

(ويشكل الاول) اى كونه من حين المعاطاة (بقولهم : انها ليست

بيعا) فكيف يثبت الخيار فيما ليس ببيع .

.....

ويشكل الثاني بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها .

اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناءً على أنها ليست لازمة وإنما يتم على قول المفيد ومن تبعه وأما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتفٍ انتهى

والظاهر أن هذا تفريع على القول بالاباحة في المعاطاة .

وأما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل

(و) يشكل (الثاني) أي كونه من حين اللزوم (بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها) حتى يكون مبداء الخيار، ومبداء الخيار إنما هو من حين المعاوضة .

(اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه) فيتحقق بالتلف السبب فيكون ذلك وقت المعاوضة ومبداء الخيار (والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا) في المعاطاة أصلاً، (بناءً على أنها ليست لازمة) وما لا لزوم له لا خيار فيه (وإنما يتم) خيار الحيوان في المعاطاة (على قول المفيد ومن تبعه) من أن المعاطاة معاملة لازمة — كما تقدم — (وأما خيار العيب والغبن) في المعاطاة (فيثبتان على التقديرين) أي تقدير كون المعاطاة بيعاً أو معاملة مستقلة لأنهما ليسا خاصين بالبيع (كما أن خيار المجلس منتفٍ) لأن مجلس المعاطاة لا لزوم له حتى يثبت الخيار وحال التلف ليس بمجلس المعاملة حتى يثبت الخيار (انتهى) كلام الشهيد .

(والظاهر) من سياق كلام الشهيد (أن هذا) الكلام كله (تفريع على

القول بالاباحة في المعاطاة) .

(وأما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل) كما قاله المحقق الثاني

فينبغي الكلام فى كونها معاوضة مستقلة او بيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم اذ الظاهر انه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال فى ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثانى فاذا لزم صار بيعا لازما فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لولا الخيار، وقد تقدم ان الجواز هنا لا يرد به ثبوت الخيار

(فينبغى الكلام فى كونها معاوضة مستقلة او بيعا متزلزلا قبل اللزوم) الذى يتحقق بالتلف (حتى يتبعه حكمها) اى حكم المعاطاة (بعد اللزوم) و الحاصل ، انه لو قلنا بافاداة المعاطاة الاباحة صح ان يقال انها بعد التلف بيع او معاوضة مستقلة ، واما لو قلنا بافاداة المعاطاة الملك المتزلزل فلا مجال لأن يقال انها بعد اللزوم بيع او معاوضة مستقلة ، اذ الملك المتزلزل المتحقق قبل التلف هو نفس البيع فلامعنى لاحتمال كونها بيعا بعد اللزوم ، وقد ذكر سبب قوله ((فيلغى)) بقوله : (اذ الظاهر انه) التعامل المعاطاتى (عند القائلين بالملك المتزلزل بيع) فلاوجه لاحتمال كونها بيعا بعد اللزوم (بل لا اشكال فى ذلك) اى فى كونها بيعا — عند القائل بالملك المتزلزل — (عندهم على ما تقدم من المحقق الثانى) وعليه (فاذا لزم) بتلف احد الطرفين (صار بيعا لازما) بعد ان كان بيعا جائزا (فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله) الضمير عائد الى ((ما)) و مصداق ((ما)) ((الحكم)) اى سوى الحكم الذى استفيد من دليل ذلك الحكم (ثبوته للبيع العقدى الذى مبناه) اى مبنى ذلك البيع (على اللزوم لولا الخيار) و ليس المعاطاة مما بنى على اللزوم لولا الخيار لما (قد تقدم ان الجواز هنا) فى باب المعاطاة (لا يرد به ثبوت الخيار) بل الجواز ذاتى للمعاطاة كالجواز فى الهبة ، ثم انه لا يخفى ان بعض المحشىـن

وكيف كان فلا قوى انها — على القول بالا باحة — :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 .

والمحكى عن حواشى الشهيد ره ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة اولاً زمة، والظاهر انه اراد التفريع على مذهبه من الاباحة

صححوا عبارة المتن بما هو خلاف الظاهر من غير حاجة اليه — فراجع حواشى الشهيد ((ره)) وغيره — كما ان استظهار المصنف ما ذكره محل مناقشه .

(وكيف كان فلا قوى انها) اى المعاطاة (— على القول بالا باحة بيع عرفى لم يصححه الشارع ولم يمضه الا بعد تلف احدى العينين) اما انه بيع عرفى فلاننا نرى العرف يحكمون عليها بأنها بيع واما ان الشارع لم يمضه وان الامضاء بعد التلف فلما تقدم من الدليل على ذلك (او ما فى حكمه) اى ما فى حكم التلف كالنقل اللازم وما اشبهه — مما قد سبق — (وبعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما) اى الحكم الذى (اختص دليله) اى دليل ذلك الحكم (بالبيع الواقع صحيحا من اول الامر) كخيار المجلس وما اشبهه .

(و) الظاهر ان (المحكى عن حواشى الشهيد ره) من (ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة اولاً زمة ، والظاهر انما اراد التفريع على مذهبه من الاباحة) يعنى ان المعاطاة بناء على القول بالا باحة معاوضة جائزة اولاً زمة

وكونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العيينين مباحا عوضا عن
الآخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد
ان يقول بالاباحة اللازمة فافهم .

الثامن : لا اشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة - التى هى معركة
الآراء - بين الخاصة والعامة - بما اذا تحقق انشاء التملك او الاباحة
بالفعل و هو قبض العيينين اما اذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم
فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشئ زائد على الانشاء اللفظى كما قويناه

(وكونها معاوضة) اباحية (قبل اللزوم) الحاصل بالتلف (من جهة كون كل
من العيينين مباحا عوضا عن الآخرى) ((من)) متعلق بـ ((معاوضة)) لكن
لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك) لما عرفت سابقا من ان لزوم
امر لا يلازم الملك بل المعاوضة لازمة من باب : المؤمنون عند شروطهم . وما
اشبه (كما لا يخفى فلا بد ان يقول) الشهيد (بالاباحة اللازمة فافهم) فان
القول بالاباحة اللازمة غير مألوف عندهم بل قد عرفت سابقا ان المعاطاة
اما اباحة او ملك ، وبعد التلف ملك .

(الثامن : لا اشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة - التى هى معركة
الآراء) ومصب الافكار (بين الخاصة والعامة - بما اذا تحقق انشاء
التمليك او الاباحة بالفعل) خارجا (و هو قبض العيينين) سواء كان
القبض اصيلا او وكيفا (اما اذا حصل) التعاطى (بالقول) فقط (غير
الجامع لشرائط اللزوم) كما اذا اجرى اللفظ غير العربى ، او قدم القبول
على الايجاب ، او ما اشبه ، مما قلنا باعتباره فى عقد البيع .
(فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم) فى البيع (بشئ زائد على الانشاء
اللفظى - كما قويناه سابقا) فالمعتبر فى العقد لفظ دال على الانشاء

بناءً على التخليص 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 القولي الى حكم المعاطاة مطلقا او بشرط تحقق قبض العين
معه اولا يتحقق به مطلقا .

نعم اذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق

فقط (بناءً على التخليص بذلك اي 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 المعاطاة
الفعلية كالبيع في جميع الامور (فلا اشكال في صيرورة المعاملة بذلك) اي
باللفظ غير الواحد لجميع الشرائط (عقدا لازما) لوجود الانشاء باللفظ
فيه — وقد عرفت ان المعتبر هذا فقط —

(وان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ) في انعقاد
البيع كالعربية و تقديم الايجاب والموالة و ما اشبهه (فهل يرجع ذلك
الانشاء القولي) الذي لم يقارنه التعاطي ولا شرائط العقد اللفظي (الى
حكم المعاطاة مطلقا او بشرط تحقق قبض العين معه) فاذا كان لفظ وقبض
كان في حكم المعاطاة (اولا يتحقق به) اي بالانشاء (مطلقا) سواء قبض
العين ام لا .

(نعم اذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقق بعده) اي بعد الانشاء
اللفظي بان انشاء اولا باللفظ ، ثم لما اراد اعطاء العين لم يعطها اداء
لما عليه وانما انشاء المعاطاة الفعلية (تحقق

المعاطاة فالانشاء القولى السابق كالعدم لا عبرة به ولا 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 والشهيد الثانيتين قال المحقق فى صيغ عقود انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه وعلم التراضى منهما كان معاطاة .

المعاطاة) بهذا الانشاء الفعلى المتأخر لا بالانشاء اللفظى . المتقدم (فالانشاء القولى السابق) على الاعطاء (كالعدم) اى كعدم الانشاء (لا عبرة به) لانه ليس جامعا للشرائط حتى يكون عقدا ولا 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 انشاء (نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط) حيث ان هذا القبض ليس انشاء مستقلا بل من آثار الانشاء السابق .

(ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول) اى رجوع ذلك الانشاء القولى الناقل للشرائط وللتعاطى الى حكم المعاطات (تبعا لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق والشهيد الثانيتين قال المحقق فى) كتاب (صيغ عقود) على ما حكى عنه - بعد ذكر الشروط المعتبرة فى الصيغة (انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه) من الشرائط المقررة فى البيع (وعلم التراضى منهما) بالتبادل (كان معاطاة) واطلاقه شامل لما اذا اقترن بالتعاطى ام 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 والعلامة بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان 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 والشهيد (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 والعلامة) حيث قالوا : (بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان) الشئ المقبوض (مضمونا عليه) اى على القابض (هو الوجه الاخير) وان الانشاء القولى الفاقد للشرائط ، غير المقترن بالقبض لا يفيد بيعا ولا معاطاة (لان مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة) كالعربية ، وتقدير الايجاب على القبول وغيرهما (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 والمتعاقدين او ما يشمل هذا وغيره كما هو
الظاهر .

وكيف كان فالصورة الاولى داخله قطعاً ، ولا يخفى ان الحكم فيها
بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة وربما يجمع بين هذا الكلام وما تقدم
من المحقق والشهيد الثانيين فيقال : ان موضوع المسألة — فى عدم

وقبل شروط العوضين (و) شروط (المتعاقدين) مثل شرط كون العوض مالا
ملوكاً ، وكون العاقدين بالغين عاقلين — الى غيرها — (او) مرادهم
بالعقد الفاسد ما يشمل هذا) اى اختلال شروط الصيغة (وغيره) اى ما
كان مختللاً للشروط من جهة المتعاقدين او العوضين (— كما هو الظاهر)
اى كون مرادهم الاعم من اختلال شروط الصيغة او العوضين والمتعاقدين
(وكيف كان) سواء كان مرادهم خصوص اختلال شروط الصيغة ، او الاعم
منه و من اختلال شروط العوضين والمتعاقدين (فالصورة الاولى) اى ما
كان مختلاً لشروط الصيغة (داخله) فى قولهم : (لو قبض ما ابتاعه بالعقد
الفاسد ١٠٠ الخ) (قطعاً ، ولا يخفى ان الحكم فيها) اى فى الصورة الاولى
(بالضمان) لما قبضه (مناف لجريان حكم المعاطات) اذ لو كان محكوماً
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
والحاصل انه يجمع بين دعواه الاتفاق على ان المقبوض بالعقد الفاسد يوجب
الضمان ، وبين فتوى المحقق والشهيد 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 وأكلا للمال بالباطل لأنحصار وجه
 الحل في كون المعاملة بيعا او تجارة عن تراض او هبة او نحوها من وجوه
 الرضا بأكل المال من غير عوض والا ولان قد انتفيا بمقتضى الفرض وكذا
 البواقي للقطع — من جهة زعمهما صحة المعاملة — بعدم الرضا بالتصرف
 مع عدم بذل شئ في المقابل فالرضا المقدم كالعدم فان تراضيا بالعوضين
 بعد العلم بالفساد

جواز التصرف بالعقد الفاسد — مما ادعى عليه الاتفاق (ما اذا علم عدم
 الرضا لا بزعم صحة المعاملة) بان كان الرضا على نحو التقييد (فاذا انتفت الصحة انتفى
 الاذن) في التصرف (لترتبه) اي الاذن (على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا
 بغير اذن و اكلا للمال بالباطل) فان الاذن المعاملى قد انتفى والاذن
 غير المعاملى ليس بموجود (لأنحصار 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) كالهدية والضيافة وما شبه (و
 الا ولان) اي البيع والتجارة (قد انتفيا بمقتضى الفرض) لأن المفروض فساد
 المعاملة (وكذا البواقي) اي الهبة و نحوها (للقطع — من جهة زعمهما
 صحة المعاملة — بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شئ في المقابل) ،
 ((بعدم)) متعلق بـ : القطع ، يعنى انا نقطع انهما لا يرضيان بان يكون مالها
 بلا بدل ، اذ انهما يزعمان ان المعاملة صحيحة وان كل مال بازاؤه بدل ،
 (فالرضا المقدم) الذى كان موجودا بالتعامل (كالعدم) اذ لم يتحقق
 بسبب بطلان المعاملة (فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد)

واستمر رضاها فلا كلام في صحة المعاملة ، ورجعت الى المعاطاة كما اذا علم الرضا من اول الامر باباحتهما التصرف بأى وجه اتفق سواء صحّت المعاملة او فسدت فان ذلك ليس من البيع الفاسد في شئ .

اقول : المفروض ان الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن الا انشاء واحد هو التملك ومن المعلوم ان هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن ، الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك .

للمعاملة (واستمر رضاها) الى زمان القبض بان كان قبضا عن انشاء رضى معاطاتي (فلا كلام في صحة المعاملة ، ورجعت الى المعاطاة) وذلك مثل المعاطاة الابتدائية (كما اذا علم الرضا من اول الامر باباحتهما التصرف بأى وجه اتفق سواء صحّت المعاملة او فسدت) بان كان مقصودهما الوصول الى العوضين من كون مدخلية المعاملة في نظرهما الا طريقا الى التوصل المذكور (فان ذلك) الرضا (ليس من البيع الفاسد في شئ) هذا غاية تقريب صحة التصرف بعد فساد المعاملة ، وحيث ان هذا التقريب اشتمل على صحة التصرف اولا : من جهة حصول المعاطاة بالتراضى الجديد حيث قال : ((فان تراضيا)) وثانيا : من جهة حصول المعاطاة بالتراضى الضمنى حال العقد حيث قال ((كما اذا علم الرضا)) اجاب المصنف عن الامرين فاجاب عن الثانى بقوله : ((المفروض)) واجاب عن الاول بقوله : ((ومنه يعلم))

(اقول : المفروض ان الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن الا انشاء واحد هو التملك) العقدى (ومن المعلوم ان هذا المقدار) من التملك (لا يوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك) اذ الاذن والرضا كان مقيدا لان التملك كان على نحو التعدد في المطلوب فان من

والموجود بعده ان كان انشاء آخر فى ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ انما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط مع انك قد عرفت ان ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانيين حصول المعاوضة والمرضاة بنفس الاشارة المفهومة بقصد البيع وبنفس الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما ومنه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة

يعامل معاملة لا يريد شيئين، ولا ينشاء انشائين حتى اذا فقد الانشاء المقيد بقى الانشاء المطلق (الموجود بعده) اى بعد التملك (ان كان انشاء آخر فى ضمن التقابض) بان تقولون: بان الانشاء المعطاتى لم يحصل فى ضمن العقد الفاسد وانما حصل فى ضمن التقابض - فأثر (خرج عن محل الكلام) الذى هو حصول الانشاء بالعقد (لأن المعاطاة حينئذ) اى حين كون انشائها بالتقابض (انما تحصل به) اى بالانشاء الجديد حال التقابض (لا بالعقد الفاقد للشرائط) وهذا خلاف كلام المصحح للمعاطاة بالعقد الفاسد فكيف يمكن ان ينسب هذا الكلام الى المصحح (مع انك قد عرفت ان ظاهر كلام الشهيد والمحقق الثانيين حصول المعاوضة والمرضاة بنفس الاشارة المفهومة بقصد البيع وبنفس الصيغة الخالية من الشرائط) فكيف يجمع بين كلامهما بالصحة وكلام المشهور بالفساد، بان كلامهم فى ما اذا لم يكن رضى، وكلامهما فيما اذا حدث الرضا بعد ذلك، اذ كلامهما فيما اذا كان الرضا بنفس العقد (لا بالتقابض الحاصل بعدهما) اى بعد الاشارة وبعد الصيغة الفاقدة للشرائط (ومنه) اى ما ذكرنا من ان كلامهما فى حصول الرضا بنفس العقد - لا بامر جديد - (يعلم فساد ما ذكره) الذى اراد الجمع بين الكلام المشهور وبين كلامهما (من حصول المعاطاة

بتراض جديد بعد العقد غير مبنى على صحة العقد .

ثم ان ما ذكره من التراضى الجديد - بعد العلم بالفساد - مع اختصاصه بما اذا علما بالفساد دون غيره من الصور - مع ان كلام الجميع مطلق - يرد عليه ان هذا التراضى ان كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد فان كان لاعلى وجه المعاطاة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر فى ماله من دون ملاحظة رضى صاحبه بتصرفه فى ماله فهذا ليس من المعاطاة بل هى اباحة مجانية من الطرفين تبقى مادام 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 التراضى الحاصل بالاشارة حال العقد ، لانه تراض جديد .

(ثم ان ما ذكره) الجامع (من التراضى الجديد - بعد العلم بالفساد) العقد (مع اختصاصه) اى هذا التراضى 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 التراضى ان كان تراضيا آخر) غير التراضى العقدى (حادثا بعد العقد فان كان) التراضى (لاعلى وجه المعاطاة 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 ابتدائيا ، لا رضا معاوضيا (فهذا ليس من المعاطاة بل هى اباحة مجانية من الطرفين) هذا اباح لذاك ماله ، وذاك اباح لهذا ماله (تبقى) هذه الاباحة المجانية (مادام العلم بالرضا) فاذا انتفى العلم بالرضا انتفت (ولا 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 وان كان على وجه المعاطاة فهذا ليس الا التراضى السابق على ملكية كل منهما لمال الآخر وليس ترضيا جديدا بناء على ان المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفت 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 ام لا ، لا يجوز له التصرف بعد ذلك ، وانما 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 وعلم من شاهد الحال ان زيدا راضيا بان يتصرف في داره ثم حدثت بينهما عداوة فانه اذا شك في بقاء الاذن وعدمه لا يجوز له ان يتصرف فانه لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه ، والمفروض انه شك في طيب نفس زيد (ولا يترتب عليه) اي على هذا النحو من الاباحة والاذن (اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احدى العينين ، او جواز التصرف الى حين العلم بالرجوع) فلا يمكن تصحيح قول المعاطاتى ، بمثل هذا الاذن الاباحى (وان كان على وجه المعاطاة) هذا شق لقوله : ((فان كان لا على وجه المعاطاة)) (فهذا ليس الا التراضى السابق على ملكية كل منهما المال الآخر) ((على)) متعلق بـ ((التراضى)) (وليس ترضيا جديدا) ان لارضى جديد بالملك بعد العقد الفاسد (بناء على ان المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفت من كلام المشهور) على ما استظهرناه سابقا خلافا لمن نسب اليهم من ان مرادهم الاباحة (خصوصا المحقق الثاني) الذى كان كلامه صريحا فى

.....
 فلا يجوز له ان يريد بقوله المتقدم — عن صيغ العقود — ان الصيغة الفاقدة
 للشرائط مع التراضى تدخل فى المعاطاة، التراضى 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 والحاصل ان الرضا بالتصرف اللاحق لا يلزم الملك وانما يلزم
 الملك الرضى العقدى السابق و ذلك لان الرضا اللاحق ليس على الوجه
 المعاوضة فالرضا المعاوضى المعطياتى ليس بموجود الا حين العقد الفاسد
 (ف) ان المحقق الذى يقول بالتمليك (لا يجوز له ان يريد بقوله المتقدم —
 عن صيغة العقود —) ((عن)) متعلق بـ ((المتقدم)) (ان الصيغة الفاقدة
 للشرائط مع التراضى تدخل فى المعاطاة) هذا مفعول قوله : لقوله ((
)) للتراضى الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة) فتحصل ان
 الجامع قال بوجود الرضا — اللاحق على العقد الفاسد — والشيخ اشكل
 عليه بانه ان اراد الرضا لا على وجه المعاطاة ، فانه لا يترتب عليه اثر
 المعاطاة ، والحال ظاهر الشهيد والمحقق ان الرضا يؤثر اثر المعاطاة
 وان اراد الرضا على وجه المعاطاة فانه لا رضى معطياتى بعد العقد
 الفاسد وانما هو مقارن بالعقد فقط .

١ 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 لو ندمما بعد العقد و ودا لولم
 يعقدا ذلك العقد (او) قهرا (على احدهما) بان لم يرض احدهما

واجبارا على العمل بمقتضى العقد فلا اشكال فى حرمة التصرف فى المقبوض على هذا الوجه وكذا اذا وقع على وجه الرضا الناشى عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا او تشريعا كما فى كل قبض وقع على هذا الوجه لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة فى الرضا ينتفى بانتفائها فى الواقع كما فى 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 (فى حرمة التصرف فى القبض على هذا الوجه) الكرهى اذ المفروض ان العقد فاسد و الرضا ليس يحاصل (وكذا اذا وقع) التقابض (على وجه الرضا الناشى عن بناء كل منهما على ملكية الآخر) بان كان الرضا مقيدا والا لم يكن راضيا (اعتقادا) بان العقد صحيح (او تشريعا) كالغاصب الذى يقبض ما اشتراه و يعطى ما باعه ، فان قبضه واقباضه انما يكون على وجه الرضا الناشى من بناء ملكية الطرف تشريعا — بحيث انه لولا ذلك التشريع لم يكن راضيا فيما اذا ندم على المعاملة — (كما فى كل قبض وقع على هذا الوجه) اى وجه الرضا المقيد (لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما قبضه جهة تقييدية مأخوذة فى الرضا) فالرضا مقيد بكون المال مستحقا للغير (ينتفى) الرضا (بانتفائها) اى بانتفاء هذه الجهة التقييدية (فى الواقع) متعلق ((بانتفائها)) (كما فى 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 ايضا .

وهذان الوجهان مما لا اشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين كما انه لا اشكال في الجواز اذا اعرضنا عن اثر العقد وتقابضا بقصد انشاء التملك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد واما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق ولا قصد لانشاء تملك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها كان الرضا ايضا موجودا وكان المقصود الاصلى من المعاملة التصرف ووقع العقد الفاسد وسيلة له ويكشف عنه انه لو سئل كل منهما من رضاء بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك

(وهذان الوجهان) اى كون التقابض بغير الرضا والتقابض بالرضا المعقيد بالجهة المذكورة (مما لا اشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين) فيما اذا تحقق احد الوجهين (كما انه لا اشكال في الجواز) اى جواز التصرف فى العوضين (اذا اعرضنا عن اثر العقد) بان لم يكن التقابض مستندا الى اثر العقد (وتقابضا بقصد انشاء التملك ليكون) التقابض الحالى (معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد) فلا اثر للعقد الفاسد اصلا (واما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه) اى ابتناء الرضا (على استحقاقه) اى التقابض (بالعقد السابق) كالقسم الاول (ولا قصد لانشاء تملك) جديد كالقسم الثانى (بل وقع) التقابض (مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة) بسبب العقد (بحيث لولاها) اى الملكية (كان الرضا ايضا موجودا) لأن الطرفين احتاجا الى الملكين فرضيا رضا مطلقا سواء قارن الملك ام لا ، فلم يكن الرضا على وجه التقييد (وكان المقصود الاصلى من المعاملة التصرف) فى المالين (ووقع العقد الفاسد وسيلة له) اى للتصرف (ويكشف عنه) اى عن ان مقصودهما التصرف (انه لو سئل كل منهما من رضاء بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك) فيقال للبائع — مثلا — : هب ان الملك لم يحصل لك ، فهل ترضى

او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا- فادخل هذا فى
المعاطاء يتوقف على امرين :

الاول كفاية هذا الرضا المركز فى النفس بل الرضا الشأنى لأن الموجود
بالفعل هو رضاء من حيث كونه مالكا فى نظره .

وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم
ذكره الى هذا ولعله لصدق طيب النفس على هذا الامر المركز فى النفس .

انت بتصرف المشتري فى متاعك ؟ (او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك
كان راضيا) واطهر الرضا بالتصرف (فادخل هذا) القسم و هو الرضا المطلق
(فى المعاطاء يتوقف على امرين) قوله : ((فادخل)) جواب ((واما ان وقع))
(الاول كفاية هذا) القسم من (الرضا المركز فى النفس بل الرضا الشأنى)
الذى ليس فعلا مركزا — وانما كان بحيث لو التفت رضى — وانما قلنا انه شأنى
(لأن الموجود بالفعل) فى نفس المتعاطى (هو رضاء 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 وانما رضى تصرف المشتري من باب
الاباحة له .

(وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك) الرضا المركز فى النفس
(ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره) عن المحقق الثانى بقوله ان الصيغة
الفاقة للشرائط مع التراضى تدخل فى المعاطاء (الى هذا) الذى ذكرناه
من الرضا الارتكازى ، ولعل المراد من الكلام المتقدم ، ما تقدم من الجامع من
انه اذا علم من الرضا اول الامر باباحتهما التصرف باى وجه اتفق (لصدق
طيب النفس على هذا الامر) اى الرضا (المركز فى النفس) فيشملة المستثنى
فى قوله عليه السلام : لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه ، بل يشمله ايضا قوله

الثانى :انه لا يشترط فى المعاطاة انشاء الاباحة او التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل بل يكفى وصول كل من العوضين الى المالك الآخر والرضا بالتصرف قبله او بعده على الوجه المذكور .

وفيه اشكال من ان ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلى كما ينبئ عنه قول العلامة فى رد ((كفاية المعاطاة فى البيع)) ان الافعال قاصره عن افادة المقاصد وكذا استدلال المحقق الثانى على عدم لزومها بان الافعال ليست كالاقوال فى صراحة الدلالة وكذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله فى

تعالى : تجارة عن تراض، اذا قلنا بصدق التجارة على ذلك .

(الثانى :انه لا يشترط فى المعاطاة انشاء الاباحة او التملك بالقبض ، بل ولا) يشترط (بمطلق الفعل) الصادر من الطرفين (بل يكفى وصول كل من العوضين الى المالك الآخر والرضا بالتصرف قبله) اى قبل وصول العوضين (او بعده على الوجه المذكور) وقد حصل فيما نحن الوصول ، والرضا فهو داخل فى المعاطاة .

(وفيه) اى فى هذا الثانى (اشكال من) جهة (ان ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلى) فما لافعل فيه لا يكون معاطاة (كما ينبئ 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 (وكذا 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 (وكذا ما تقدم من الشهيد) الاول (رحمه الله فى

قواعده من ان الفعل فى المعاظة ، لا يقوم مقام القول وانما يفيد الاباحة الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى ان محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقاضى وكذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم ان البيع بالايجاب والقبول وبالتعاطى .

ومن ان الظاهر ان عنوان التعاطى فى كلامهم لمجرد الدلالة على الرضا وان عمدة الدليل على ذلك هى السيرة — ولذا تعدوا الى ما ذالم يحصل الا قبض احد العوضين والسيرة موجودة فى المقام .

قواعده من ان الفعل فى المعاظة ، لا يقوم مقام القول وانما يفيد الاباحة فانه انما يكون فى مقام كان فيه فعل (الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة فى ان محل الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقاضى) فالثانى الذى هو كفاية الوصول والرضا بدون الفعل غير تام (وكذا كلمات العامة) ظاهرة فى اشتراط الفعل فى صدق المعاظة (فقد ذكر بعضهم ان البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطى) ومن المعلوم ان التعاطى فعل ، هذا كله وجه الاشكال فى صدق المعاظة بمجرد الوصول والرضا (ومن ان الظاهر هذا وجه عدم الاشكال ، وشق آخر لقوله : ((من ان ظاهر محل النزاع)) (ان عنوان التعاطى فى كلامهم) انما هو (لمجرد الدلالة على الرضا) من التعاطى لان للتعاطى والتقاضى موضوعية ، فاذا حصل الرضا بدون التعاطى كفى فى صدق المعاظة (وان عمدة الدليل على ذلك) التعاطى (هى السيرة — ولذا تعدوا) اى الفقهاء من صورة التعاطى من الجانبين (الى ما ذالم يحصل الا قبض احد العوضين —) فانه لا تعاطى فيه ، وانما تعدوا للملاك (والسيرة موجودة فى المقام) اى المقام الذى فيه وصول ورضى ، وان لم يكن تعاطى وقوله : ((والسيرة)) مربوط بقوله : ((هى

..... فان بناء الناس على اخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين
اربابها مع عدم حضورهم و يضعون الفلوس في الموضع المعد له وعلى دخول
الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي فالمعيار في
المعاطاة وصول المالين او احدهما مع التراضى بالتصرف وهذا ليس ببعيد
على القول بالاباحة

(السيرة)) وقوله: ((ولذا ٠٠ الخ)) جملة معترضة (فان بناء الناس على اخذ
الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها) اي ارباب هذه
الجزئيات (مع عدم حضورهم) اي عدم حضور ارباب الدكاكين (ويضعون
الفلوس في الموضع المعد له) اي المعد للفلس (و) كذا بنى الناس (على
دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي) فان ذلك
كله يكشف عن وجود السيرة بكفاية الرضا واذا كفي الوصول بدون الفعل اذا
اقترن الوصول بالرضا (فالمعيار في المعاطاة وصول المالين او احدهما
مع التراضى) من الجانبين (بالتصرف) وبهذا يتم ((الثاني)) ايضا (وهذا
ليس ببعيد على القول بالاباحة) لانه يصدق طيب النفس الذي هو معيار الحلية
اما الملكية فمشكل لما عرفت سابقا .

مقدمة

فى خصوص الفاظ عقد البيع .

قد عرفت ان اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع العقود مما نقل عليه
الاجماع وتحقت فيه الشهرة العظيمة مع الاشارة اليه فى بعض النصوص
لكن هذا يختص بصورة القدرة اما مع العجز عنه كالاخرس فمع عدم القدرة على
التوكيل لاشكال ولا خلاف فى عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه وكذا
مع القدرة على التوكيل لأصاله عدم وجوبه كما قيل لأن الوجوب بمعنى
الاشتراط

(مقدمة) لمبحث شروط العوضين والباعين وشروط العقد .

(فى خصوص الفاظ عقد البيع) اى خصوصياتها من حيث الهيئة والمادة
(قد عرفت ان اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع العقود مما نقل عليه
الاجماع) وان كان محل مناقشة كبرى وصغرى (وتحققت فيه الشهرة العظيمة
مع الاشارة اليه) اى الى اعتبار اللفظ (فى بعض النصوص) وهو قوله عليه
السلام يحلل الكلام ويحرم الكلام (لكن هذا) الاعتبار للفظ (يختص بصورة
القدرة) على اللفظ (اما مع العجز عنه كالاخرس) ومن لا يقدر على التكلم
لآفة عارضة (فمع عدم القدرة على التوكيل لاشكال ولا خلاف فى عدم اعتبار
اللفظ) حتى فى النكاح (وقيام الاشارة مقامه) اى مقام اللفظ (وكذا مع القدرة
على التوكيل) فانه تكفى اشارة الاخرس وان قدر على ان يوكل غيره فى اجراء
لفظ العقد (لا لأصاله عدم وجوبه) اى التوكيل (كما قيل) اى استدل لعدم
اشتراط اللفظ فى الاخرس على التوكيل ، بأصاله عدم وجوب اللفظ بالنسبة
اليه لكن هذا الاصل غير تام (لأن الوجوب) للفظ (بمعنى الاشتراط) ان
معنى الوجوب والحرمة فى الاجزاء والشرائط فى باب المركبات والعقود ، هو

كما فى ما نحن فيه هو الاصل بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس فان حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع ان الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب .

ثم لو قلنا بان الاصل فى المعاطاة اللزوم - بعد القول بأفادتها للملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتابعين على مباشرة اللفظ .

الاشتراط والفساد بدون وجود الشرط والجزء ، فان الاوامر والنواهي فى المركبات وفى العقود تفيد الوضع ، كما حقق فى محله (كما فى ما نحن فيه) من العقد للاخرس (هو الاصل) لاصالة الفساد بدون اللفظ ، اذ كلما شك فى تحقق العقد كان الاصل عدمه ، كالاخرس اذا وكل كان عقده صحيحا قطعاً اما اذا اشار وشك فى ان اشارته تكفى ام لا ، فالاصل عدم حصول النقل والانتقال (بل) انما نقول بعدم اعتبار توكيل الاخرس مع القدرة عليه (لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس) فاذا لم يعتبر اللفظ فى الطلاق الذى هو من باب الفروج التى احرز من الشارع كمال الاهمية لها فعدم الاعتبار فى البيع ونحوه بطريق اولى (فـ) ان قلت : لعل عدم اعتبار اللفظ فى الطلاق انما هو فى صورة عدم قدرة الاخرس على التوكيل ، قلت : (ان حملته) 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 فى عدم الوجوب) اى عدم وجوب التوكيل حتى فى صورة تمكنه من التوكيل .

(ثم لو قلنا بان الاصل فى المعاطاة اللزوم - بعد القول بأفادتها للملكية -) بان لم نقل بانها تفيد الاباحة ، ولا الملك المتزلزل (فالقدر المخرج) من اللزوم (صورة قدرة المتابعين على مباشرة اللفظ) ففى هذه

و الظاهر ايضا 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 ولعله لأنها اصرح فى الانشاء من الكتابة وفى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس

الصورة للزوم ، اما اذا لم يقدر على اللفظ فهو باق تحت اصل للزوم ، وان كانا قدرا على التوكيل .

وقوله : ((ثم)) . الخ انما يريد بذلك تايد كون الاخرس يحتاج الى التوكيل وان قدر عليه فان الاجماع على احتياج العقود اللازمة الى اللفظ منتفى فى مثل الاخرس اذ المشهور ذكرها كفاية اشارته حتى مع القدرة على التوكيل .

(والظاهر ايضا) من اطلاق النص اى : ((اوفوا بالعقود)) ونحوه 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 بالاضافة 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) وانه يتأتى بالكتابة فى صورة العجز عن الاشارة (واما مع القدرة على الاشارة) فهل تكفى الكتابة ام لا ؟ (فقد رجح بعض الاشارة) على الكتابة (ولعله لأنها) اى الاشارة (اصرح فى الانشاء من الكتابة ، وفى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس) بتقديم الكتابة على

واليه ذهب الحلى هناك .

ثم الكلام فى الخصوصيات المعتمدة فى اللفظ تارة يقع فى مواد الالفاظ من حيث افادة المعنى بالصراحة والظهور والحقيقة والمجاز والكناية

الاشارة (واليه) اى العكس (ذهب الحلى هناك) فى باب الطلاق و ماورد من الكتابة فى باب الطلاق فكخبريونس 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 ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة)) وكصحيح . ابى ، بصيره ، قال : سئلت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة ، فيصمت ولا يتكلم ؟ قال عليه السلام اخرس ؟ قلت : نعم قال : يعلم منه بغض لأمراته و كراهته لها ؟ قلت : نعم ، يجوز ان يطلق عنه وليه ؟ قال عليه السلام : لا ، ولكن يكتب و يشهد على ذلك ، قلت : اصلحك الله ، لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال : بالذى يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها او بغضه لها .
ولا 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 ايضا مقدمة على الاشارة .

(ثم الكلام فى الخصوصيات المعتمدة فى اللفظ تارة يقع فى مواد الفاظ)
كمادة ((بى ع)) و ((م ل ك)) (من حيث افادة المعنى) البيعى
(بالصراحة) مما لا يحتمل الخلاف (والظهور) ما يحتمله (والحقيقة) والمجاز و
الكناية) وهى قسم من المجاز الذى كانت علاقته التلازم بذكر اللازم و ارادة
اللزوم مثل ((كثير الرماد)) و ((مهزول الفصيل)) و ((جبان الكلب)) كناية عن

ومن حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة .

واخرى فى هيئة كل من الايجاب والقبول من حيث اعتبار كونه بالجملة

الفعلية وكونه بالماضى .

وثالثة فى هيئة تركيب الايجاب والقبول من حيث الترتيب والموالة .

اما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات قال فى

التذكرة : الرابع من شروط الصيغة التصريح فلايقع بالكناية مع النية مثل قوله

ادخلته فى ملكك ، او جعلته لك ، او خذ ه منى او سلطتك عليه بكذا عملا

باصالة بقاء الملك

الكرم وهكذا (ومن حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة) وهل انه يشترط

ان يكون بلغة العرب ام يكفى سائر اللغات

(واخرى فى هيئة كل من الايجاب والقبول من حيث اعتبار كونه بالجملة

الفعلية) لا بالجملة الاسمية نحو : ((البيع صادر منى)) (وكونه بالماضى) كعبت

لا ابيع .

(وثالثة : فى هيئة تركيب الايجاب والقبول من حيث الترتيب) بتقديم

الايجاب على القبول (والموالة) بالتتابع بان لا يكون فصل معتد به بين

الايجاب والقبول .

(اما الكلام من حيث المادة فالمشهور) بين الفقهاء (عدم وقوع العقد

بالكنايات) سواء كانت كناية قريبة ام بعيدة (قال فى التذكرة : ((الرابع من

شروط الصيغة التصريح) بالصيغة (فلايقع) العقد (بالكناية مع النية) اما

بدون النية فلا اشكال فى عدم الوقوع (مثل قوله : ادخلته فى ملكك ، او جعلته

لك ، او خذ ه منى او سلطتك عليه بكذا) من المال ، وانما نقول بعدم وقوع

العقد بالكناية (عملا باصالة بقاء الملك) فى سلطة مالكه مالم يخرج بلفظ صريح

.....

ولأن المخاطب لا يدري بم خوطب .

و زاد فى غاية المراد على الأمثلة مثل قوله : اعطيتك بكذا او تسلط عليه بكذا وربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة فى الصيغة فلا ينعقد بالمجازات ، حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد .
والمراد بالتصريح كما يظهر من جماعة من الخاصة والعامة فى باب الطلاق وغيره — ما كان موضوعا بعنوان ذلك العقد لغا و شرعا ومن الكناية ما افاد لازم ذلك العقد — بحسب الوضع — فيفيد ارادة نفسه بالقرائن وهى .

(ولأن المخاطب لا يدري بم خوطب) فلا يقبل العقد ، واذا لم يكم قبول لم يكن بيع .

(وزاد) على العلامة (فى غاية المراد على الأمثلة) المذكورة (مثل قوله : اعطيتك بكذا او تسلط عليه بكذا) من الثمن (وربما يبدل) هذا الشرط أى عدم كونه كناية — (باشتراط الحقيقة) فى قبال المجاز (فى صيغة فلا ينعقد) البيع (بالمجازات ، حتى صرح بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد) فى عدم الانعقاد ، فالمجاز القريب مثل قوله : هذا لك ، فان كونه له لازم ان يكون ادخله البائع فى ملكه ، والمجاز البعيد مثل قوله : لا يتصرف احد فى مالك ، ويشير الى السلعة .

(والمراد بالتصريح كما ظهر من جماعة من الخاصة والعامة فى باب الطلاق وغيره — كان) من الالفاظ (موضوعا بعنوان ذلك العقد) الذى ، يريدون اجرائه : كعقد البيع والرهن والاجارة ، وما اشبه (لغة او شرعا و) المراد (من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد — بحسب الوضع —) أى ان اللفظ له لازم وضعى فى مقابل اللازم العقلى (فيفيد) اللازم المأتى به (ارادة نفسه) أى نفس العقد ، افادة (بالقرائن الحالية والمقالية) وهى (أى القرائن

على قسمين عند هم جلية وخفية •

والذى يظهر من النصوص المتفرقة فى ابواب العقود اللازمة والفتاوى المتعرضة لصيغها فى البيع بقول مطلق وفى بعض انواعه وفى غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به فى المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعت وملك، وبين قوله : نقلت الى ملك او جعلته ملكا لك بكذ لو هذا هو الذى قواه جماعتم متأخري المتأخريين •

(على قسمين عند هم جلية) بحيث اذا كانت ظهرت ارادة الملزوم ظهورا واضحا (وخفية) ليست بتلك المنزلة الظاهرة •

(والذى 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 والسلم والنسيئة (وفى بعض انواعه) كالسلم فقط • او المراجعة - مشحلا - (و) فى غير البيع من العقود اللازمة) كالاجارة مثل (هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به) عند العقلاء (فى المعنى المقصود) لدى العقادين ((فى)) متعلق ب ((الظهور)) (فلا فرق) فى صحة اجراء العقد (بين قوله : بعت وملك، وبين قوله : نقلت الى ملك او جعلته ملكا لك بكذا) من الثمن والا لان حقيقة، والآخرا كناية، لكن لما كان الظهور موجودا فيهما كفايا فى اجراء البيع بهما (وهذا) الذى ذكرنا من كفاية الظهور ولو كان مجازا وكناية (هو الذى قواه جماعة من متأخري المتأخريين) وقد اراد المصنف من قوله : ((والفتاوى)) رد من نسب الى المشهور عدم تجويزهم بالكناية كما ان المراد من النصوص ماورد من النصوص بذكر الالفاظ للمعاملة فان بعض الالفاظ الواردة فيها حقيقة، وبعض الالفاظ مجاز كما لا يخفى لمن راجعها •

وحكى 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 وانه اختاره ايضا .

وحكى عن الشهيد فى حواشيه : انه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل : اسلمت اليك وعاوضتك وحكاه 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 مقامهما ونحوه المحكى عن التبصرة والارشاد و شرحه لفخر الاسلام فاذا كان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملكك 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 وانه) اى كاشف الرموز (اختاره) اى مقالة المحقق (ايضا) .

(وحكى عن الشهيد فى حواشيه : انه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل اسلمت اليك) المال بكذا من الثمن (وعاوضتك) وما اشبه (وحكاه فى المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين ، بل هو) اى الاكتفاء بكل لفظ له ظهور وان كان مجازا (ظاهر العلامة فى التحرير حيث قال : ان الايجاب) هو (اللفظ الدال على النقل مثل : بعتك او ملكتك او ما يقوم مقامهما) فان المجاز ايضا يدل على النقل و يقوم مقام اللفظين (ونحوه المحكى عن التبصرة والارشاد و شرحه لفخر الاسلام ابن العلامة .

(فاذا كان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل) كما ذكره العلامة وغيره — 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
تجوز البيع حالا بلفظ السلم و صرح جماعة ايضا فى بيع لتولية بانهقاده ،
بقوله : وليتك العقد ، او وليتك السلعة و التشريك فى المبيع بلفظ شركتك و عن
المسالك فى مسألة تقبيل احد الشريكين فى النخل حصه صاحبه بشئ معلوم من الثمرة

جعلته ملكا لك بكذا) من الثمن ؟ ، اليس 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 ان كان مجازا (كالشيخ و اتباعه) الذين اطلقوا ولم
يذكر لفظا خاصا (وقد حكى عن الاكثر تجوز البيع حالا) نقدا (بلفظ
السلم) كأن يقول : اسلمتك المال فى مقابل دينار ، مع ان السلم انما هو فى
مقابل النسئة ، بأن يعطى الثمن و يؤجل المثلن ، فهو مجاز بالنسبة الى
الحال (و صرح جماعة ايضا 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 ايضا (بانهقاده) 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 ، لا كله (بلفظ : شركتك)
مع انه ليس حقيقة فى البيع ، و انما هو مجاز ظاهر (و عن المسالك فى مسألة تقبيل
احد الشريكين فى النخل حصه صاحبه بشئ معلوم من الثمرة) كما لو
كان شريكان فى نخيل فقال احدهما لآخر آخذ منك الف رطل من التمر

ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل مع انه لا يخرج عن البيع او الصلح او معاملة ثالثة لازمة هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع .

واما في غيره فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله : تصرف فيه ، او انتفع به وعليك رد عوضه او خذه بمثله و اسلفتك وغير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات مع ان القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع والاجارة .

مقابل حصتي ، سواء زادت عن الحصة او نقصت (ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك) التعامل (بلفظ التقبيل مع انه) اي هذا القسم من التقبيل (لا يخرج عن البيع او الصلح او معاملة ثالثة لازمة) تلك المعاملة الثالثة عند جماعة و لفظه الصريح : بعثت او صالحته ، او ما شبهه ، لا قبلت ، فانه مجاز له ظهور فيظهر من الشهيد عدم اعتبار كون اللفظ الصريح حقيقة في الانعقاد (هذا ما حضرني من كلماتهم في) باب (البيع) وقد رأيتها دالة على كفاية المجاز ، وعدم اعتبار الحقيقة .

(واما في غيره) اي غير البيع (فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه) اي جوزوا وقوع القرض (بقوله : تصرف فيه ، او انتفع به وعليك رد عوضه) بدون الاتيان بمادة ((قرض)) (او خذه بمثله و اسلفتك) اي اعطيتك المال في مقابل بدل تعطيني بعد ذلك (وغير ذلك مما عدوا مثله) اي مثل ذلك اللفظ (في) باب (البيع ، من الكنايات) التي قال جماعة بعدم صحة وقوع البيع بها (مع ان القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع والاجارة) اي بمثل كون البيع لازما . ومن ذلك يتبين ان العقود اللازمة لا تتوقف على الالفاظ الصريحة .

وحكى عن جماعة في الرهن ان ايجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله : هذه وثيقة عندك وعن الدروس تجويزه بقوله : خذها وامسكه بمالك .

وحكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان — الذى هو من العقود اللازمة — بلفظ تعهدت المال او تقلدته وشبه ذلك .
وقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد
و تردد جماعة في انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة .

(وحكى عن جماعة في الرهن ان ايجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله : هذه وثيقة عندك) مع العلم ان مثل هذا اللفظ ليس صريحا في الرهن (وعن الدروس تجويزه بقوله : خذها او امسكه بمالك) اى فى مقابل ان تعطى مالك .

(وحكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان — الذى هو من العقود اللازمة —) كما ان الرهن ايضا كان من العقود اللازمة (بلفظ : تعهدت المال و تقلدته) اى جعلته قلادة فى عنقى (وشبه ذلك) من الالفاظ التى ليست صريحة فى الضمان .

(ولقد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية)
كأن يقول اعرتك الدار سنة بمبلغ مائة دينار (معللين) الجواز (بتحقيق القصد)
للإجارة ، والعقود تتبع القصد .

(و تردد جماعة فى انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة) كان يقول : بعثك منفعة هذه الدار سنة بمائة دينار ، ومن المعلوم انه لو كانت العقود اللازمة لا بد لها من الفاظ خاصة لم يكن وجه للتردد .

وقد ذكر جماعة جواز المزاغة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزاغة، 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 ارادة الوقف مثل ان لا يباع ولا يورث، مع عدم الخلاف — كما عن غير واحد — على انها من الكنايات، وجوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع انه ليس صريحا فيه .
ومع هذه الكلمات كيف يجوز ان يستند الى العلماء او اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع .

(وقد ذكر جماعة جواز المزاغة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض) من المزارع (للمزاغة ، وعن مجمع الرهان كما في غيره انه لا خلاف في جوازها) اي المزاغة (بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا) فلا يصح ان يقول: ازارعك ، بلفظ المضارع — مثلا —

(وعن المشهور جوازها بلفظ ازرع) بان يقوله صاحب الأرض للمزارع (وقد جوز جماعة بلفظ: حرمت) عينها (او تصدقت) مع القرينة (الدالة على ارادة الوقف مثل) ان يقول : بعقب (حرمت) و (تصدقت) (ان لا يباع ولا يورث ، مع عدم الخلاف — كما عن غير واحد —) اي دعوى عدم الخلاف (على انها) اي حرمت و تصدقت (من الكنايات ، وجوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع) كان تقول الزوجة متعتك نفسى بمبلغ كذا (مع انه) اي لفظ التمتع (ليس صريحا فيه) اي في النكاح الدائم ، بل هو كناية عنه .

(ومع هذه الكلمات) التي نقلناها منهم في 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 .

و لعله 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 الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثانى - على ما حكى عنه فى باب السلم والنكاح بين كلماتهم ، يحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة

له) اى للعقد مثل : ((رهن)) و ((نكاح)) و ((زرع)) و ((ضم ن)) مثلا فى ابواب العقود اللازمة (وانه لا يجوز) الايقاع للعقد (بالالفاظ المجازية خصوصا مع تميمها) اى تلك الالفاظ المجازية (بالقرينة) المعينة للفصد (كما تقدم) هذه النسبة الى العلماء (عن بعض المحققين)

هذا و لعله لما عرفت - من تنافى ما اشتهر بينهم : من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية فى العقود اللازمة ، مع شق ثان لـ : ((ما اشتهر)) اى التنافى بين ما اشتهروا بين (ما عرفت منهم) فى الكلمات التى نقلناها (من الاكتفاء فى اكثرها) اى اكثر العقود اللازمة (بالالفاظ غير الموضوعة لذلك العقد) كالنكاح بلفظ التمتع ، والتمتع لم يوضع للنكاح الدائم ، وهكذا (جمع المحقق الثانى - على ما حكى عنه - فى باب السلم والنكاح بين كلماتهم يحمل المجازات الممنوعة) التى منعوها فى باب العقود اللازمة (على المجازات البعيدة) فما ذكرنا من لزوم كون العقود اللازمة بالالفاظ المتعارفة يراد بذلك الاعم من الالفاظ الحقيقية ، او المجازية القريبة مثلا ((عقد النكاح)) لفظ ((نكح)) حقيقة فيه ، ولفظ ((تمتع)) مجاز قريب ، ولفظ ((انتفع بى)) - فيما اذا قالته الزوجة - مجاز بعيد ، فمنعهم عن الالفاظ غير

وهو جمع حسن ولعل لاولى ان يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء 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 ارادة المطلب

المتعارفة يراد به مثل ((انتفع بى)) لا مثل ((تمتع)) (وهو) اى جمع المحقق الثانى (جمع حسن) اذ لا محيص فى رفع المنافاة عن كلماتهم ، الا بهذا الجمع (ولعل 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 والطبيعية كالنبض على حالة البدن ، و فى مقابل اللفظية غير الوضعية كدلالة ((اح)) على وجود لافظ (سواء كان اللفظ الدال على انشاء 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 ارادة 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 المناط 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) وهو القرينة (يدل بالوضع على ارادة المطلب) العقدى

من ذلك اللفظ وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالة على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد فان الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال في انشاء المقاصد ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال واقتتران حال تدل على ارادة البيع جزما

(من ذلك اللفظ) الاول، مثلا كل واحد من ((الرجل الشجاع)) و ((اسد يرمى)) واضح في ارادة الانسان الشجاع لكن الاول يفيد بحكم الوضع، و الثاني يفيد بضميمة لفظ آخر، وهو ((يرمى)) ويرمى يدل بالوضع ايضا، لا بالعقل او بالطبع (وهذا) المجاز الذي يدل بضميمة لفظ موضوع آخر (بخلاف اللفظ الذي يكون دلالة على المطلب لمقارنة حال) كما لو كان السوق موضوعا للبيع فجاء المشتري وقال - مشيرا الى الثمن - هذا لك، فقال البائع - مشيرا الى الثمن - وهذا لك ((مثلا)) (او سبق مقال خارج عن العقد) كما لو تعاملوا وتقاولا، ثم قالا ((هذا لك)) (فان الاعتماد عليه) اى على اللفظ الدال بحال او مقال (في متفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة جدا) لكنه لا يجوز لانه (رجوع عما بنى عليه) اى بنى الفقهاء عليه (من عدم العبرة بغير الاقوال في انشاء المقاصد) فانه اعتماد على حال او قرينة سابقة لا ربط لها بالعقد - وان كانت تلك القرينة لفظا - وما بنى عليه الفقهاء يدل بالان على ان ((افوا بالعقود)) ونحوه يراد بها العقود اللفظية (ولذا) الذي ذكرنا من بنائهم على عدم العبرة بالاقوال (لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال واقتتران حال تدل على ارادة المتعاطيين (البيع) دلالة (جزما) فانهم يقولون ان المعاطاة ليس بيعا - كما سبق تفصيل الكلام فيه -

ومما ذكرنا يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على

القرينة الحالية المعينة .

وكذا المشترك المعنوى ويمكن 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 ولولا القرائن الخارجية بل المراد ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ

(ومما ذكرنا) من عدم صحة الاعتماد على القرينة الحالية والمقالية —

السابقة على العقد — (يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى)
فى مقام العقد (اتكالا على القرينة المعينة) فى افادة العقد .

(وكذا) الاقتصار على (المشترك المعنوى) اعتمادا على القرينة الحالية والمشارك اللفظى هو الذى وضع اللفظ — فيه — تارة لهذا المعنى واخرى لمعنى آخر ، والمعنوى هو الذى وضع اللفظ فيه ، لمعنى شامل لكلا المعنيين مثلا اذا قلنا ان ((الامر)) وضع تارة للوجوب ، وتارة للاستحباب كان مشتركا لفظيا ، وان قلنا انه وضع للطرف الراجح — الشامل لهما — كان مشتركا معنويا (ويمكن ان ينطبق على ما ذكرنا) من عدم جواز الاعتماد على القرائن الحالية والمقالية ، (الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة) على عدم صحة المجاز (بقوله قدس سره : لان المخاطب لا يدري بم خوطب) وانما ينطبق كلامنا على كلام التذكرة (اذ ليس المراد) من ((لا يدري)) (ان المخاطب لا يفهم منها) اى من الكناية المستعملة فى العقد ((المطلب)) ولو فهما (بالقرائن الخارجية) عن العقد مقالية او حالية — 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 لل لازم الاعم — كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات — لا تدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع من الملزوم الخاص فالخطاب في نفسه محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب و انما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم والمفروض — على ما تقرر في مسألة المعاطاة — ان النية بنفسها او مع انكشافها بغير الاقوال لا تؤثر في النقل والانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به

انشائه وقصد المكنى (ما لم يقصد الملزوم) مثلا ((هذا ملكك)) لا يدل على ((العقد)) ما لم يقصد المتكلم ((التملك)) فعلا (لان لل لازم الاعم) من الملزوم — فان كون الشيء ملكا للطرف اعم من كونه تملكا له فعلا او كونه ملكا له سابقا مثلا — (— كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات —) اي الغالب والمطرود 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 المجامع من الملزوم الخاص) كخصوص جبن الكلب المجامع مع الضيافة — التي هي ملزوم خاص لجبن الكلب — (ف) مراد العلامة من قوله ((ره)) ((لا يدري)) كون (الخطاب في نفسه) مع قطع النظر عن القرينة (محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب) هل بالعقد او بغيره (وانما يفهم) المخاطب (المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم) سواء كانت تلك القرائن حالية او مقالية (والمفروض — على ما تقرر في مسألة المعاطاة — ان النية) للبيع (بنفسها او مع انكشافها بغير الاقوال) اي الحال او المقال السابق — عند المقالة — (لا تؤثر في النقل والانتقال) لان العقد — حسب الفهم العرفي — ما كان باللفظ (فلم يحصل هنا) فيما اذا كانت القرينة حالية او مقالية — خارجة عن العقد — (عقد لفظي يقع التفاهم به) وانما صار

.....
 لكن هذا الوجه لا يجرى في جميع ما ذكروه من امثلة الكناية. ثم انه ربما يدعى
 ان العقود المؤثرة في النقل والانتقال اسباب شرعية توقيفية – كما حكى
 عن الايضاح من ان كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء
 فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى
 العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتى بعضها .

واما ما ذكره الفخر قدس سره فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة

في الصيغة، شرعا

الاعتماد على النية (لكن هذا الوجه) الذى ذكرناه من عدم صحة الاعتماد
 على القرينة غير اللفظية – ولذا لا يصح المجاز في العقد – (لا يجرى فى
 جميع ما ذكروه من امثلة الكناية) اذ بعضها تعتمد على القرينة اللفظية ، ومع
 ذلك قالوا بعدم صحة العقد بها (ثم انه ربما يدعى ان العقود المؤثرة فى
 النقل والانتقال اسباب شرعية) اخترعها الشارع او امضاها (توقيفية) متوقفه
 على ان نعلم تقرير الشارع لها (– كما حكى عن الايضاح) حيث قال (من ان
 كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة) وعلم ذلك (بالاستقراء) والتتبع
 فى الروايات (فلا بد من الاقتصار على المتيقن) فاذا شك فى انه هل يصح
 العقد بالعربية ام لا – مثلا – لزوم الاجراء بالعربية اذ العقد العربى صحيح
 قطعاً ، ويشك فى ما عداه فالاصل عدم تصحيح الشارع له (وهو) 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 .

(واما ما ذكره الفخر قدس سره) المؤيد للدعاء المتقدم (فلعل المراد

فيه) اى فى كلامه (من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة ، شرعا) ليس خصوص

هى اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به فى كلام الشارع فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة ، معبرا عنها فى 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 و هكذا الكلام فى العقود المنشأة للمقاصد الاخر كالبيع والاجارة و نحوهما

صيغة خاصة نحو ((بعت)) مثلا مقابل ((ابيعك)) والحاصل ليس المراد هيئة خاصة ، بل المراد المادة فالخصوصية (هى اشتمالها) اى صيغة العقد ، فلا بد ان تشتمل الصيغة (على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به) اى بذلك العنوان (فى كلام الشارع) مثلا لفظ ((النكاح)) المعبر فى كلام الشارع فى باب الزواج ، لا يصح التعدى عنه الى ((الاجارة)) فلا يصح ان يقال فى عقد النكاح ((آجرتك)) وانما اللازم الاتيان بمادة النكاح (فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة ، معبرا عنها) اى عن تلك العلاقة (فى كلام الشارع — بالنكاح او الزوجية او المتعة) فى قوله سبحانه : ((فانكجوهم باذن اهلهم)) وقوله : ((زوجناهم بحورعين)) وقوله ((فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن)) مثلا (فلا بد من اشتمال عقدها) اى العقد الذى نريد ان يؤثر العلاقة المذكورة (على هذه العناوين) الثلاثة (فلا يجوز) احداث العلاقة — اى لا يصح — (بلفظ الهبة او البيع او الاجارة او نحو ذلك) كالصلح والرهن .

(وهكذا الكلام فى العقود المنشئة بصيغة اسم الفاعل ، او اسم المفعول) للمقاصد الاخر (غير النكاح) كالبيع والاجارة ونحوهما (فلا تصح الاجارة ، بلفظ ((هبة المنفعة)) ولا يصح البيع بلفظ ((الصلح)) وهكذا

فخصوصية اللفظ من حيث اشتغالها على هذه العنوانات الدائرة فى لسان الشارع او ما يراد فيها لغة او عرفا لانها بهذه العنوانات موارد للاحكام الشرعية التى لا تحصى

وعلى هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين الدائرة فى لسان الشارع اذ لو وقع بانشاء غيرها فان كانت لامع قصد تلك العناوين .
كما لو لم تقصد المرأة الالهة نفسها او اجارة نفسها مدة الاستمتاع لم يترتب عليه الاثار المحمولة فى الشريعة على الزوجية الدائمة

(فخصوصية اللفظ) التى اعتبرها فخر المحققين ، هى (من حيث اشتغالها على هذه العنوانات الدائرة) والمذكورة (فى لسان الشارع او ما يراد فيها لغة او عرفا) مثل ((فروختن)) فى الفارسية المرادفة للبيع ، او مثل ((الشراء)) المرادف للبيع شرعا كما قال سبحانه : ((ومن الناس من يشترى نفسه ابتغاء مرضات الله)) (لانها بهذه العنوانات) المذكورة فى الشرع ، او ما يراد فيها (موارد للاحكام الشرعية التى لا تحصى) فالبيع - مثلا - بعنوان ((ب ي ع)) مورد ((اللزوم)) و ((السلم)) و ((النسيئة)) وخيار العيب والمجلس والصرف والربا الى غيرها من الامور المذكورة فى كتاب ((البيع)) وهكذا بالنسبة الى ((النكاح)) واحكامه و ((الطلاق)) ومائله ، الى غير ذلك .

(وعلى هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين الدائرة فى لسان الشارع) بان يكون العقد بتلك المادة (اذ لو وقع بانشاء غيرها) اى غير تلك العناوين (فان كانت) صيغة العقد (لامع قصد تلك العناوين) كما لو قالت المرأة ((وهبت نفسى لك)) ولم تقصد النكاح .

(كما لو لم تقصد المرأة الالهة نفسها) كهبة الاموال (او اجارة نفسها مدة الاستمتاع) فى العقد المنقطع (لم يترتب عليه) اى على ما انشئه من المعنى (الاثار المحمولة فى الشريعة على الزوجية الدائمة) فى الهبة

او المنقطعة وان كانت بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقتوال فما ذكره الفخر مؤيد لما ذكرناه واستفدناه من كلام والده واليه يشير ايضا ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه

(او المنقطعة) في الاجارة، من حلية البضع مطلقا و النفقة و الارث في الدائم الى غيرها (وان كانت بقصد هذه العناوين) بان قالت وهبت وقصدت النكاح (دخلت في الكناية) بذكر اللازم و ارادة الملزوم فان حلية البضع من لوازمها كون المرأة تحت اختيار الزوج مثل كون السلعة تحت اختيار الموهوب له (التي عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقتوال) فانك اذا قلت ((فلان جبان الكلب)) لم تغد ((كونه كريما)) بالقول وانما افادته بالانتقال العقلي الحادث بسبب القول فحال ((جبان الكلب)) حال العلم الذي يوضع على الفرسخ لا فادة مقدار المسافة (فما ذكره الفخر) من ان كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة (مؤيد لما ذكرناه واستفدناه من كلام والده) العلامة ((ره)) من عدم صحة الكناية في العقود ، وليس كلام الفخر مؤيدا لما ادعاه المدعى من كون النقل و الانتقال اسباب شرعية توقيفية (واليه) اي ما استفدناه من كلام العلامة و فخر المحققين (يشير ايضا ما عن جامع المقاصد من ان العقود متلقة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر) غير اللفظ الدائر في لسان الشارع (ليس من جنسه) اي من جنس لفظ الشارع والحاصل يعتبر وجود مادة ((لفظ الشارع)) في العقد مثلا الشارع قال ((زوجناكها)) فاللازم وجود مادة ((زوج)) في العقد ، اما جنس آخر كمادة ((وهب)) فلا يصح به العقد .

وما عن المسالك من انه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هي المأثورة في كلام الشارع .

وعن كنز العرفان في باب النكاح انه حكم شرعى حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله وهو العقد اللفظي المتلقى من النص ثم ذكر لا يجاب النكاح الفاظا ثلاثة وعللها بورودها في القرآن ولا يخفى ان تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه من توقيفية العقود وانها متلقاة من الشارع وجوب الاقتصار على المتيقن ومن هذا الضابط

(و) كذلك ايضا يشير الى ما ذكرناه (ماعن المسالك من انه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة) كون تلك الالفاظ للعقود الفلانية (و مراده بالمنقولة شرعا) ليس التوقيف الذى ذكره المدعى بل (هي المأثورة في كلام الشارع) كما عرفت .

(وعن كنز العرفان في باب النكاح انه) اى النكاح (حكم شرعى حادث) بمعنى ان الشارع يحكم بحدوث علاقة بين الرجل والمرأة (فلا بد له من دليل يدل على حصوله) اى حصول هذا الحكم الحادث (وهو العقد اللفظي المتلقى من النص) اى لفظ ((النكاح)) و ((الزواج)) و ((المتعة)) مثلا ثم ذكر لا يجاب النكاح الفاظا ثلاثة وعللها (اى جواز هذه الالفاظ الثلاثة — المقدمة — (بورودها في القرآن) قال تعالى ((زوجناكم)) و ((انكحوا الايامى)) و ((فما استمتعتم)) (ولا يخفى ان تعليله هذا) اى قوله ((بورودها في القرآن)) (كالصريح فيما ذكرناه من توقيفية العقود) اى لزوم اتباع العناوين الموجودة في الشرع (وانها) اى العناوين (متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن) من الذى ورد في الشرع (ومن هذا الضابط)

تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة في باب العقود المذكورة من غيره .

وان الاجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة او السكنى — مثلا — لا يبعد جوازه وهكذا اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب والقبول منها لفظ ((بعت)) في الايجاب ولا خلاف فيه فتوى ونصا وهو وان كان من الاضداد بالنسبة الى البيع والشراء لكن كثرة استعماله في

وهو لزوم اتباع العناوين الشرعية في انشاء العقود (تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة في باب العقود المذكورة) كلفظ ((ن ك ح)) و ((ر ه ن)) و ((ب ي ع)) في النكاح والرهن والاجارة وهكذا (من غيره) متعلق بـ ((تميز)) .

(و) بذلك تعرف ان الاجارة بلفظ العارية غير جائزة) لعدم الورود شرعا ولا معهود لغة (و بلفظ بيع المنفعة او السكنى) كان يقول صاحب الدار للمستأجر بعثك منفعة هذه الدار سنة بمائة دينار او يقول بعثك سكنى هذه الدار الخ (— مثلا — لا يبعد جوازه) لوروده في بعض الاخبار والعبارات (وهكذا) بالنسبة الى سائر اقسام العقود والايقات (اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب والقبول) في باب البيع (منها لفظ ((بعت)) في الايجاب) .

اما استعماله في القبول بمقتضى ان ((البيع موضوع لكل من البيع و الشراء)) فسيأتى الكلام فيه (ولا خلاف) فيه نصا و فتوى (وهو) اي لفظ ((البيع)) (وان كان من الاضداد) اي يستعمل في معنيين متقابلين لكثير من الالفاظ الاخر ، كالقرء ونحوه (بالنسبة الى البيع والشراء) فان باع يستعمل في البائع و في المشتري على حد سواء (لكن كثرة استعماله في

وقوع البيع تعيينه

ومنها 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 شراء يشريه ملكه بالبيع و باعه كاشتره فهما ضد وعنه ايضا
 كل من ترك شيئا و يتمسك بغيره فقد اشتره وربما يستشكل فيه بقلة

وقوع البيع (مقابل الشراء وصلت الى حدّ (تعيينه) وتغنيه عن القرينة المعينة فاذا قال
 صاحب السلعة بعث تبادر معنى ((البيع)) منه و ترتب عليه احكام البيع ، لا
 احكام الشراء ، وان قلنا بجواز تقديم القبول على الايجاب فلا اشكال فى
 وقوع البيع به كما ربما توهم من ان لفظ ((ب ي ع)) مشترك ، ولا يجوز
 استعمال المشترك فى العقود والايقاعات .

(ومنها 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 : ((ومن
 الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله)) .

(وعن القاموس شراء يشريه ملكه بالبيع) ثم قال (وباعه كاشتره) بمعنى
 واحد (فهما ضد) اى كل واحد منهما يدل على معنيين متقابلين (وعنه)
 اى القاموس (ايضا كل من ترك شيئا) كالبائع الذى يترك السلعة (ويتمسك
 بغيره) كالثمن (فقد اشتره) وهذا التعريف صادق على البائع وعلى المشتري
 — على حداء سواء — (وربما يستشكل فيه) اى فى جواز استعمال ((الشراء))
 فى ايجاب البيع كان يقول البائع ((شريت هذا الكتاب بدينار)) (بقلّة

استعماله عرفاً فی البیع وكونه محتاجاً الى القرينة المعينة وعدم نقل الایجاب به فی الاخبار وکلام القدماء ولا یخلو من وجه .

ومنها لفظ ملک بالتشديد و الاكثر على وقوع البیع به بل ظاهر نکت الارشاد الاتفاق حيث قال انه لا يقع البیع بغير اللفظ المتفق عليه کعبت و ملک و يدل عليه ما سبق فی تعريف البیع من ان التمليك بالعوض -- المنحل الى مبادلة العين بالمال -- هو المرادف للبیع لغة وعرفاً

استعماله عرفاً فی البیع) فيحتاج الى القرينة و يكون من قبيل المجاز المنوع استعماله فی العقود (وكونه محتاجاً الى القرينة المعينة) كما هو الحال فی كل مشترك لفظی (وعدم نقل الایجاب به) ای بلفظ الشراء (فی الاخبار وکلام القدماء) وقد عرفت لزوم ان تكون المادة مستعملة فی الاخبار (ولا یخلو) هذا الاشكال (من وجه) وان كان الواجه خلافه ان قلة الاستعمال لا تمنع عن صحة الاستعمال ، والاحتیاج الى القرينة ليس بمانع بعد كونه حقيقة كاحتیاج لفظ ((البیع)) ایضاً الى القرينة ، منتهى الامر ان القرينة فی البیع ((الشهرة)) وفی الشراء القرائن الحالية او المقالية ، والایجاب به فی الاخبار لا یحتاج اليه بل یكفی وروده فی القرآن واللغة وکلام غیر واحد من الفقهاء ، فالأقوى الكفاية . (ومنها لفظ ملک بالتشديد) اما التخفيف فهو بمعنى التملك (والاكثر على وقوع البیع به) فیصح ان يجعل ایجاباً للبیع (بل ظاهر نکت الارشاد الاتفاق) على كونه ایجاباً للبیع (حيث قال انه لا يقع البیع بغير اللفظ المتفق عليه کعبت و ملک) فانه يدل على الاتفاق على صحة لفظ ((ملک)) فی ایجاب البیع (ویدل عليه) ای جواز ((ملک)) فی الایجاب (ما سبق فی تعريف البیع من ان التمليك بالعوض -- المنحل الى مبادلة العين بالمال -- هو المرادف للبیع لغة وعرفاً) حيث انه ليس هناك مورد يكون فيه ((تمليك بعوض)) الا وهو

كما صرح به فخر الدين حيث قال : ان معنى ((بعت)) فى لغة العرب : ملكت غيرى
وما قيل من ان التملك يستعمل فى الهبة — بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها
فيه ان الهبة انما تفهم من تجريد اللفظ عن العوض لان مادة التملك
فهى مشتركة بين ما يتضمن المقابلة وبين المجرد عنها فان اتصل بالكلام ذكر
العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع وان تجرد اقتضى
تجريده الملكية المجانية

كما تقدم — من اعتبار الالفاظ الواردة فى الشرع واللغة ، ومراد فاتها (كما صرح
به فخر الدين حيث قال : ان معنى ((بعت)) فى لغة العرب : ملكت غيرى) فالبيع هو
التملك ، وانما قيد المصنف بقوله ((المنحل)) الخ ، لوضح ان ((التملك))
اعم من البيع ، اما ((التملك المنحل)) اى الذى ذكره فيه لفظ العوضين — كما
لو قال ملكت الكتاب بدینار — فليس هو الا البيع (وما قيل من ان التملك
يستعمل فى الهبة — بحيث لا يتبادر عند الاطلاق) للفظ ((التملك)) (غيرها)
اى غير الهبة ، فاذا قيل ملك زيد ماله لعمرو ، كان الظاهر منه انه وهب ماله
لعمرو (فيه ان الهبة انما تفهم) من ((التملك)) (من تجريد اللفظ عن
العوض) بان قال ((ملك)) دون ماله قال ((ملك بعوض)) (لا) ان الهبة
مستفادة (من مادة التملك) اى ((مل ك)) (فهى) اى مادة التملك (مشتركة
بين ما يتضمن المقابلة) نحو ملكتك الكتاب بدینار (وبين المجرد عنها) اى عن
المقابلة ، نحو ملكتك الكتاب (فان اتصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع
المركب) من التملك والعوض (بمقتضى الوضع التركيبى) لا بمقتضى ذى القرينة
والقرينة — حتى يكون مجازا — (البيع وان تجرد) الكلام عن ذكر العوض
اقتضى تجريده الملكية المجانية (اى الهبة)

وقد عرفت سابقا ان تعريف البيع بذ لك تعريف بمفهومه الحقيقي فلواراد منه الهبة المعوضة او قصد المصالحة بنى على صحة العقد بلفظ غيره مع النية ويشهد لما ذكرنا قول فخرالدين في شرح الارشاد: ان معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى . واما الايجاب باشتريت ففي مفتاح الكرامة انه قد يقال بصحته — كما هو الموجود — في بعض نسخ التذكرة والمنقول عنها في نسختين من تعليق الارشاد . اقول: وقد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعت وملكتم شبيههما او ما يقوم مقامهما

(وقد عرفت سابقا) عند تعريفنا للبيع (ان تعريف البيع بذلك) اى بالتملك بعوض (تعريف بمفهومه) اى بمفهوم التملك (الحقيقي) لا ان التملك ليس معنى للبيع الامجازا (فلواراد) المتكلم (منه) اى من التملك (الهبة المعوضة او قصد المصالحة) بان قال ملكتك الكتاب بدينار، واراد (وهبتك وصالحتك) (بنى على صحة العقد) اى عقد الهبة والمصالحة (بلفظ غيره مع النية) لان ((التملك)) ليس للهبة ولا للمصالحة (ويشهد لما ذكرنا) من ان التملك حقيقة في البيع (قول فخرالدين في شرح الارشاد : ان معنى بعت في لغة العرب ملكت غيرى) فانه صريح في كون التملك معنى حقيقيا للبيع . (واما الايجاب باشتريت) بان يقول اشتريت الكتاب منك بدينار، فيقول صاحب الدينار قبلت (ففي مفتاح الكرامة انه قد يقال بصحته — كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة والمنقول عنها) اى عن التذكرة (في نسختين من تعليق الارشاد) انتهى كلام مفتاح الكرامة .

(اقول : وقد يستظهر ذلك) اى جواز الايجاب بلفظ اشتريت (من عبارة كل من عطف على بعت وملكتم شبيههما) بان قال ايجاب البيع ببعتم وملكتم وشبههما (او) عطف قوله (وما يقوم مقامهما) وانما يشمل كلامهم لنحو

اذ ارادة خصوص لفظ اشتریت من هذا بعيد جدا وحمله على ارادة ما يقوم مقامها في اللغات الاخر للعاجز عن العربية ابعد فتعين ارادة ما يراد فيها لغة او عرفا فيشمل شريت واشتریت لكن الاشكال المتقدم في شريت اولى بالجريان هنا لان شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشتریت ودفع الاشكال

((اشتریت)) (اذ ارادة خصوص لفظ اشتریت من هذا) اى من ((شبههما)) و ((ما يقوم مقامهما)) (بعيد جدا) اذ لو كان لفظ واحد لجئ به ، ولا داعى للتيان بلفظ كلى لا مصداق له الا واحد ، فان المتعارف ان يؤتى باللفظ الكلى فيما اذا كان هناك افراد متعددة (وحمله) اى حمل لفظ ((شبههما)) و ((ما يقوم مقامهما)) (على ارادة ما يقوم مقامها في اللغات الاخر) كالفارسية والهندية والتركية (للعاجز عن العربية) او مطلقا (ابعد) اذ الظاهر كون الكلام في لغة العرب (فتعين ارادة) العاطف ((للشبه)) و ((ما يقوم)) (ما يراد فيها) اى يراد ف بعت و ملكت (لغة او عرفا فيشمل شريت واشتریت) هذا غاية ما يقال في تصحيح البيع بلفظ الاشتراء (لكن الاشكال المتقدم في شريت من عدم تعارف جعله ايجابا للبيع (اولى بالجريان هنا) في اشتریت) لان شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع بل لم يستعمل (شريت) فيه) اى في القرآن الحكيم (الا فيه) اى في البيع (بخلاف اشتریت) فانه لم يستعمل في القرآن الكريم في معنى البيع ، وقد عرفت سابقا توقيفيا لصنع (ودفع الاشكال) اى الاعتماد ، وهذا اشكال آخر على الايجاب بلفظ ((اشتریت)) وحاصله انه غير ظاهر في 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 واما لغلطه 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 قرينه غير لفظية وقد سبق منع الاعتماد على القرائن غير اللفظية فقله ((والا شكال)) مبتدأ خبره ((غير صحيح)) فان الاعتماد (فى تعيين المراد منه) اى من لفظ اشتريت (بقرينة) اى على قرينة (تقديمه) اى تقديم لفظ اشتريت (الدال) ذلك التقديم (على كونه ايجابا) لا قبولا (اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول) فاذا تقدم ((اشتريت)) عرف انه ايجاب .

(واما الغلبة ذلك) التقديم وان صح التأخير كما فى الاستيجاب و الايجاب بان يقول المشتري يعنى الكتاب بدينار فيقول البائع بعثك — و قوله ((اما)) بيان لوجه قرينة التقديم لكونه ايجابا — (غير صحيح) خبر قوله ((والا تكال)) لان الاعتماد على القرينة غير اللفظية فى تعيين المراد من الالفاظ العقود ((من)) متعلق بـ ((المراد)) (قد عرفت ما فيه) اذ قد سبق ان العقد بجميع شؤنه 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)) وهكذا هو الحاصل

واما تمييز ايجاب عقد معين عن قبوله الراجع الى تمييز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة بل يكفي استفادة المراد ولو بقرينة المقام او غلبته او نحوهما . وفيه اشكال .

واما القبول فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وشريت وابتعت وملكيت وملكيت مخففا واما بعت فلم ينقل الا من الجامع مع ان المحكى عن جماعة من اهل اللغة اشتراكه بين البيع والشراء

يلزم ان يكون العقد صريحا في مفاده ، (واما تمييز ايجاب عقد معين عن قبوله) بان يعلم ((اشتريت)) المقدم ((ايجاب)) لانه ((قبول)) (الراجع الى تمييز البائع عن المشتري) اذ المقدم هو البائع (فلا يعتبر فيه) اي في التمييز (الصراحة بل يكفي استفادة المراد) وانه باع او مشتري (ولو بقرينة المقام) اي مقام التقديم - اذ اقلنا بجواز تقديم الايجاب - (او غلبته) اي غلبا المقام - اذ اقلنا باغلبية تقديم الايجاب - (او نحوهما) من سائر القرائن المقامية غير المربوطة باللفظ (و) لكن لا يخفى ما (فيه) اي في ((الا ان يدعى)) من (اشكال) اذ الكلام السابق الذي اشترط الصراحة كان مفاده الصراحة في كل شيء مربوط بالعقد سواء من جهة مفاده او من جهة تمييز البائع عن المشتري او غيرهما .

(واما القبول) للعقد (فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وشريت وابتعت وملكيت وملكيت مخففا) اي لا من باب التفعيل وانما لا اشكال في هذه الالفاظ لوضعها لغة واستعمالها عرفا ، وبعضها واردة في القرآن الحكيم ، والسنة المطهرة (واما بعت) بان يقول البائع ((بعتك الكتاب بدینار)) فيقول المشتري ((بعت)) لان البيع حقيقة في كل واحد من البيع والشراء (فلم ينقل الا من الجامع مع) انه يؤيده (ان المحكى عن جماعة من اهل اللغة اشتراكه بين البيع والشراء) فيصح ان يقوله المشتري

.....

• ولعل الاشكال فيه كاشكال 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 وابتعت ممكن وسيأتى توضيح ذلك في اشتراط تقديم

الايجاب •

ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ وشبههما

وجهان

(ولعل 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 والمطاوعة لا يعقل الابتداء بها

(والابتداء بنحو اشترت وابتعت ممكن) اذ يصح افادة البدلية من جانب

المشتري قبل ان يعقدها البائع ، ومن المعلوم ان ما لا يحتمل امرين —

كـ ((قبلت)) اصل بالنسبة الى ما يحتمل امرين نحو ((اشترت)) ((وسيأتى توضيح

ذلك في اشتراط تقديم الايجاب) على القبول •

(ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ وشبههما)

كأن يقول المشتري امضيت واجزت وانفذت واجريت (وجهان) من انها

دالات على القبول فتصح ، ومن انها ليست مماورد في الشريعة وقد عرفت

لزوم ورود الالفاظ في الشريعة ، فلا تصح •

فرع

لو اوتعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول ثم اختلفا فى تعيين الموجب والقابل اما بناءً على جواز تقديم القبول واما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف .
ثم عدم ترتب الاثار المختصة بكل من البيع والاشترأ على واحد منهما

(فرع)

على الالفاظ المشتركة (لو اوتعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول) كأن قال: ((بعت)) (ثم اختلفا فى تعيين الموجب والقابل) مما كان له اثر شرعى كما لو باع الحيوان بالصوف فان كان صاحب الحيوان بائعاً كان للمشتري خيار الحيوان والا كان البيع لازماً — بناءً على المشهور من اختصاص خيار الحيوان بالمشتري (اما بناءً على جواز تقديم القبول) وكان تقدم احدهما على الاخر واضحاً (واما من جهة اختلافهما فى المتقدم) وقلنا بعدم جواز تقديم القبول ، اما لو كان المتقدم معلوماً انه زيد مثلاً ، وقلنا بعدم جواز تقديم القبول فلا اشكال فى عدم صحة الاختلاف ، لان المتقدم ان نوى كونه بائعاً فلا اشكال وان نوى كونه مشترياً فالمعاملة باطلة ، (فلا يبعد الحكم بالتحالف) اذ ليست المسئلة هنا من باب المدعى والمنكر ، بل من باب الدعويين ، ولا يقال ((المدعى من اذا ترك ترك)) والاخذ للحيوان هو الذى يكون كذلك ، لانه الذى يريد رد الحيوان فى ضمن الثلاثة ايام ، لانه يقال هذا المقياس ليس كلياً كما حقق فى باب القضاء .

(ثم) اذا تحالف يوجب عدم ترتب الاثار المختصة بكل من البيع والاشترأ على واحد منهما (كما هو مقتضى التحالف فى موارد الدعويين ، ولا يضر ذلك

مسألة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانى ان اعتبار العربىة فى العقد للتأسى كما فى جامع المقاصد ولان عدم صحته بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق اولى وفى الوجهين ما لا يخفى واضعف 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 وفسخا انفسخ العقد ، لان ايهما كان هو المشتري يكون فسخه موجبا لابطال البىع ، والمسألة تحتاج الى تطويل خارج عن شأن الشرح والله سبحانه العالم .

((مسألة)) فى اعتبار العربىة فى العقد (المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد الثانى) صاحب جامع المقاصد والروضة ، (اعتبار العربىة فى العقد للتأسى) بالرسول صلى الله عليه وآله وسلم والائمة لقوله سبحانه ((ولكم برسول الله اسوة حسنة)) فاذا اجرينا العقد بالعربىة كفى قطعاً ، بخلاف ما اذا اجريناه بغير العربىة فاذا شك فى الانعقاد كان الاصل عدمه (كما فى جامع المقاصد) فانه استدلل للعربىة بالتأسى (ولان عدم صحته بالعربى غير الماضى) كما لو قال ((ابيعك)) (يستلزم عدم صحته بغير العربى) كالفارسى (بطريق اولى) لان العربىة اهم من الماضوية (وفى الوجهين ما لا يخفى) اذ يرد على الوجه الاول ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والائمة انما كان لسانهم العربى ولا اطلاق لادلة التأسى على وجوبه فى كل شئ ، وعلى الوجه الثانى انه لا اولوية للعربىة على الماضوية (واضعف منهما منع صدق العقد على

غير العربى مع التمكن من العربى فالاقوى صحتا بغير العربى
وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة بناءً على اشتراط
العربى الاقوى ذلك بناءً على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار
على المتيقن من اسباب النقل وكذا اللحن فى الاعراب وحكى عن فخر الدين
الفرق بين ما لو قال بعثك - بفتح الباء - وبين ما لو قال زوجتك - بـ
زوجتك فصح الاول دون

غير العربى مع التمكن من العربى) لان المنع باطل قطعاً فان العقد هو
ابرام امرسواء كان بالعربى او بغيره (فالاقوى صحته بغير العربى) فى
باب البيع وسائر العقود والايقاعات .

نعم وقع الاشكال فى باب النكاح والطلاق لمسألة الفروج كما فصل
الكلام حوله فى كتابهما (وهل يعتبر عدم اللحن) اى ان لا يقر الصيغة غلطاً
(من حيث المادة) كان يقول ((عبت)) مكان ((بعث)) او يبدل ((العين))
(همزة)) مثلاً (والهيئة) كان يفتح الباء من ((بعث)) بناءً على اشتراط
العربى) اذ لو لم نقل باشتراط العربى لم يكن وجه للاشكال فى الملحون
اذ الملحون الدال ، حكمه حكم الفارسى فتأمل (الاقوى ذلك) الاعتبار لعدم
اللحن (بناءً على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من
اسباب النقل) وهذا الدليل آت فى غير الملحون ، فكما ان المتيقن العربى
كذلك المتيقن غير الملحون (وكذا اللحن فى الاعراب) المتيقن انعقاد العقد
بالصحيح فيلزم ان لا يكون ملحوناً ، كان يقول ((بعثك الكتاب)) برفع الكتاب او
بفتح ((التاء)) مثلاً (وحكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعثك - بفتح
الباء - الذى هو لحن فى هيئة الكلمة (وبين ما لو قال جوزك بدل زوجتك)
الذى هو لحن فى مادة الكلمة (فصح الاول) وانه يقع به العقد (دون

.....
 الثانى الامع العجز عن التعلم والتوكيل ولعله لعدم معنى صحيح فى الاول الا
 البيع بخلاف التجويز فانه له معنى آخر فاستعماله فى التزويج غير جائز ومنه
 يظهر ان اللغات المحرفة لا بأس بها اذا لم يتغير بها المعنى ثم هل المعتبر
 عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول كالثمن والمثن ام تكفى عربية الصيغة
 الداله على انشاء الايجاب والقبول حتى لو قال : بعثك اين كتاب را بده
 درهم كفى والاقوى هو الاول لان غير العربى كالمعدوم فكانه لم يذكر فى الكلام

.....
 الثانى) فلا يقع به العقد (الامع العجز عن التعلم والتوكيل) فانه يصح مع
 العجز (ولعله) اى لعسل 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 وبين اللحن فى المادة ، لانه
 يريد خصوص ((جوزت)) حتى اذا قال العاقد ((وزجت)) يقول بالصحة ، لانه
 لا معنى له الا ((الزواج)) (ومنه) اى ما 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 والقبول كالثمن والمثن) وسائر
 المتعلقة كزمان التسليم فى السلم والشرط وغيرها (ام تكفى عربية الصيغة
 الداله على انشاء الايجاب والقبول حتى لو قال : بعثك اين كتاب را بده
 درهم كفى) احتمالا لان (والاقوى هو الاول لان غير العربى) على هذا القول
 (كالمعدوم) فكانه ذكر البيع بدون المتعلق (فكانه لم يذكر فى الكلام) هذا
 بناء على لزوم ذكر المتعلقة حتى انه اذا قال البائع ((بعثك)) وقال
 المشتري ((قبلت)) لم يصح .

نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب فى القبول واكتفى بانفهامها ولو 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 ((بيع)) وانا 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 (واكتفى بانفهامها) اى المتعلقات (ولو من غير اللفظ) كما لو اخذ السلعة بيده واعطاها 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) ((بيع)) الماضى (وبيع) المضارع (وانا بائع) اسم الفاعل (او يكفى مجرد علمه بان هذا اللفظ يستعمل فى لغة العرب لانشاء البيع) وان لم يفرق بين الالفاظ الثلاثة (الظاهر هو الاول) ولزوم عرفانه (لان عربية الكلام ليست باقتضاء نفي الكلام) فان قال انسان ((بيع)) واراد ((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 ((بيع)) لم يقصد المعنى تفصيلا فيكون حاله حال ما لو

فلا يقال انه تكلم وادى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا ميز بين معنى بعث وابعع و اوجدت البيع وغيرها بل على هذا لا تكفى معرفة ان بعث مرادف لقوله ((فروختم)) حتى يعرف ان الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم فيميز بين بعثك و بعث بالضم و بعث بالفتح فلا ينبغي ترك الاحتياط وان كان في تعيينه نظر

قال بعث مريدا الامر بالخروج — مثلا — (فلا يقال) عرفا (انه تكلم وادى المطلب على طبق لسان العرب الا اذا ميز بين معنى بعث و ابيع و اوجدت البيع) اي الماضي و المضارع و المصدر (وغيرها) من سائر المشتقات كهذا مبيع — في اسم المفعول — وانا بائع في اسم الفاعل ، وهكذا (بل على هذا) الذي ذكرنا من لزوم كونه مفرقا و عارفا باللغة تفصيلا (لا تكفى) في اجراء العقد (معرفة) ان بعث مرادف لقوله ((فروختم)) بدون معرفة التفاصيل بين اللفظين (حتى يعرف ان الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم فـ) اللازم ان يميز بين بعثك) بكاف الخطاب بعد الفاعل (وبعث بالضم) بدون الخطاب (وبعث بالفتح) وانه خطاب لا انشاء (فلا ينبغي ترك الاحتياط) في معرفة تفاصيل الصيغة (وان كان في تعيينه) اي لزوم هذه المعرفة (نظر) لانه فرق بين ((عدم المعرفة اصلا)) بان يستعمل ((بعث)) في الامر بالخروج — مثلا — وبين 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 وان لم يكن عارفا لمعانيه فكيف بمعنى يعرف معانيه اجمالا كما لو علم اجمالا بان ((سلام عليكم)) تحية ولم يعلم تفاصيل المعنى ، وقاله بقصد التحية يقال عرفا انه سَلَّمَ باللغة العربية .

والحاصل انه لا دليل على اكثر من التلفظ بقصد المعنى اما كون ذلك

ولذا نص بعض على عدمه .

مسألة المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية بل في التذكيرة
الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيعك او اشتر منى ولعله لصراحته في الانشاء اذ
المستقبل اشبه بالوعد والامر استدعاء لا ايجاب مع ان قصد الانشاء فـى
المستقبل خلاف المتعارف وعن القاضى فى الكامل والمهذب عدم اعتبارها
ولعله لاطلاق البيع والتجارة وعموم العقود

المعنى مفهوما عنده من اللفظ تفصيلا او اجمالا فلا دليل على اعتبار المعرفة
التفصيلية (ولذا) الذى ذكرناه من التطرف فى اشتراط المعرفة التفصيلية
(نص بعض على عدمه) اى عدم لزوم المعرفة تفصيلا .

(مسألة) فى اعتبار ماضوية العقد (المشهور كما عن غير واحد: اشتراط
الماضوية) فى صيغة العقد بان يقول ((بعت)) فلا يصح ان يقول ((ابيع)) او
((انا باع)) او ما شبهه بل فى التذكيرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيعك او
اشتر منى (بلفظ الامر (ولعله) اى اشترط الماضوية (لصراحته) اى الماضى
(فى الانشاء) وهو معتبر فى العقد (اذ المستقبل اشبه بالوعد) وان كان يصح
استعماله فى الانشاء، لكنه ليس بصريح، وقد عرفت سابقا لزوم الصراحة (والامر)
كاشتر منى (استدعاء) وطلب من المشتري ان يشتريه (لا ايجاب) فلا يصح به
ان قصد الامر، وان قصد الانشاء كان مجازا، وهو ممنوع فى العقد - كما سبق -
(مع ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف) فيكون غير صريح وان اتى
بقرينة تدل على المراد (وعن القاضى فى الكامل والمهذب عدم اعتبارها) اى
الماضوية فى الصيغة (ولعله لاطلاق البيع) فى قوله سبحانه ((احل الله البيع))
فانه يقال انه باع ماله - وان كان اتى بلفظ المضارع - (والتجارة) فى قوله: الا ان
تكون تجارة عن تراض (وعوم العقود) فى اوفوا بالعقود - فان كل ذلك

وما دل فى بيع الابق واللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع وفحوى ما دل عليه فى النكاح ولا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فى الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام فتأمل .

صادق فى ما اذا أتى بلفظ المضارع او ما شبهه - (و) - (ما دل فى بيع الابق واللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع) كصححة رفاة قال :سئلت ابا الحسن موسى عليه السلام قلت له :ايصلح لى ان اشترى من القوم الجارية الابقة واعطيهم الثمن واطلبها انا؟ قال عليه السلام :لا يصلح شرائها الا ان تشتري منهم معها ثوبا او متاعا فتقول لهم اشترى منكم جاريتم فلانة بكذا وكذا درهما فان ذلك جائز ونحوها غيرها .

وكمؤتفة سماعة عن ابي عبد الله عليه السلام ،قال :سئلته عن اللبن يشتري وهو فى الضرع؟ قال عليه السلام :لا الا ان يحلب فى سكرجة فتقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى السكرجة وما فى ضرعها بثمن مسمى ،الخبر فان الاول بلفظ ((المضارع)) والثانى بلفظ ((الامر)) ،ومراد المصنف من ((لفظ المضارع)) انما هو بالنسبة الى الاول (وفحوى ما دل عليه فى النكاح) فان جاز غير الماضى فى النكاح الذى هو اهم - لمكان الفرج - جاز فى البيع الذى هو ليس بتلك الاهمية ،كخبر ابن ابي نصر ،قال :((اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه ،الحديث وكذا ماورد فى بيع ورق المصحف ،قال عليه السلام :قل اشترى منك هذا بكذا وكذا ،الى غيرهما من الروايات (ولا يخلو هذا) اى عدم اشتراط الماضوية (من قوة لو فرض صراحة المضارع) وغيره (فى الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام) ليخرج من كونه لفظا ،اذ قد عرفت الاشكال فى كون العقد ولو ببعض اجزائه غير اللفظ (فتأمل) فانه كيف يمكن الفتوى بذلك مع

مسألة الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول وبه صرح فى
 الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة - كما عن الايضاح - وجامع المقاصد و
 لعله للاصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كاطلاق
 البيع والتجارة فى الكتاب والسنة 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 وغيره وكبرى لانه محتمل الاستناد الى الوجوه المذكورة، والاجماع
 المحتمل الاستناد ليس بحجة .

(مسألة) فى تقديم الايجاب (الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على
 القبول وبه) اى باللزم (صرح فى الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة - كما
 عن الايضاح -) ايضا نقل قوله باللزم (و) كذا عن (جامع المقاصد ولعله
 للاصل) اى ان المعتاد فى البيوع تقديم الايجاب (بعد حمل آية وجوب
 الوفاء) فى قوله سبحانه ((اوفوا بالعقود)) (على العقود المتعارفة) فلا يقال ان
 اطلاق الاية شامل لصورة تقديم القبول ايضا (كاطلاق) آية (البيع والتجارة
 (احل الله البيع)) و ((تجارة عن تراض)) فان الاطلاق فيهما محمول على
 المتعارف - وهو ما كان ايجابه مقدما على قبوله - (فى الكتاب والسنة) فانه
 ورد فى السنة روايات اطلق فيها حلية البيع والتجارة ، وقوله ((آية)) المراد
 بها المثال ، اى ((اية و رواية)) للائم قوله ((والسنة)) فهو من قبيل قول
 الشاعر : ((علفتها تبنا و ماءً بارداً)) اى سقيتها ماءً (و زاد بعضهم) فى
 الاستدلال على لزوم تقديم الايجاب - زيادة على الاصل الذى ذكرناه -
 (ان القبول فرع الايجاب) لانه قبول لامر ، فاذا لم يكن امر سابق ، لا معنى
 للقبول (فلا يتقدم عليه) اذ هو حينئذ فرع بدون اصل (وانه) اى القبول

تابع له فلا يصح تقدمه عليه وحكى 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 وان
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) والالزم الخلف، اذ معنى التابع
البعدي (وحكى 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) وانه صحيح
(فيؤخذ به) ومن المعلوم ان هذا ليس دعوى لاجماع تقديم الايجاب، بل
دعوى للاجماع على ان ما قدم فيه الايجاب كان صحيحا — ولا يخفى الفرق
بينهما — (فراجع) كتاب الخلاف ليظهر لك الحق (خلافا للشيخ فى المبسوط
فى باب النكاح) فانه اجاز تقديم القبول (وان 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) ومن 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 بعثتها 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 وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالاخبار مثل خبر ابان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم

(بعنيها فقال) البائع (بعثتها، 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 (للعومات السليمة عما يصلح لتخصيصها) فان احل الله البيع وتجارة عن تراض ووفوا بالعقود و غيرها شاملة لما كان القبول مقدما، 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 وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى ان قال - فاذا قالت نعم فهي امرأتك وانت اولى الناس بها .

ورواية سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين - كما قيل - المشتعلة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها والتحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت و رضيت واما ان يكون بطريق الامر والاستيجاب

القبول (على الايجاب) بقوله للمرأة اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - الى ان قال - فاذا قالت نعم فهي امرأتك وانت اولى الناس بها) فاذا جاز تقديم القبول على الايجاب في باب النكاح الذي له اهمية - لمكان البضع - كان جوازه في باب البيع اولى .

(ورواية سهل الساعدي المشهور في كتب الفريقين - كما قيل -) بانه مشهور في كتبهم (المشتعلة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها) و الرواية هي ان امرأة انت النبي صلى الله عليه وآله ، وقالت يا رسول الله انى وهبت لك نفسى وقامت قياما طويلا فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : هل عندك من شئ تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندى الا ازارى هذا ، فقال صلى الله عليه وآله : ان اعطيتها ازارك حبست بلا ازار التمس ولو خاتما من حديد ، فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل معك من القرآن شئ ؟ قال : نعم سورة كذا و سورة كذا سور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله زوجتك بما معك من القرآن ، ونحوها الصحيح عن ابى جعفر عليه السلام (و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت و رضيت واما ان يكون بطريق الامر والاستيجاب) اى طلب الايجاب - و هو عطف بيان للامر .

.....
 نحو بعنى ، فيقول المخاطب بعثك واما ان يكون بلفظ اشتريت و ملكت مخففا
 و ابتعت ، فان كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه و فاقا لمن عرفت فسى
 صدر المسألة بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة انه لا خلاف فى
 عدم جواز تقديم لفظ ((قبلت)) وهو المحكى عن نهاية الاحكام و كشف اللثام فى
 باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين ايضا بل المحكى
 هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه و يدل عليه مضافا الى ما ذكر و السى
 كونه خلاف المتعارف من العقد ان القبول الذى هو واحد 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
 بعثك) و غير الامر نحو الاستفهام مثل هل تبيعنى فيقول بعثك (واما ان يكون
 بلفظ اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت ، فان 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)) وهو 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 ايضا 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 تشمل لان الأدلة — كأوفوا بالعقود — منصرفة الى العقود المتعارفة
 (ان القبول) فاعل ((يدل)) الذى هو واحد ركنى عقد المعاوضة فرع الايجاب
 لان مطابقة ، و المطابقة 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 الذى هو ركن للعقد مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال الرضا بشئ لا يستلزم تحققه فى الماضى فقد يرضى الانسان بالامر المستقبل بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن انشاء نقل ماله - فى الحال - الى الموجب على وجه العوضيه لان المشتري ناقل كالبائع وهذا لا يتحقق الا مع تأخر الرضا عن الايجاب اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل فى الحال فان من رضى بمعاوضة ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل ماله فى الحال الى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التى انشأها الموجب سابقا فانه يرفع - بهذا - الرضا يده من ماله وينقله الى غيره على وجه العوضيه

القبول الذى هو ركن للعقد مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال) يصح تقدم (الرضا بشئ لا يستلزم تحققه) اى تحقق ذلك الشئ (فى الماضى) وانما لا يستلزم (فقد يرضى الانسان بالامر المستقبل) قوله ((فقد)) علة لقوله ((لا يستلزم)) (بل المراد منه) اى من القبول - الذى قلنا لا يمكن تقدمه على الايجاب - (الرضا بالايجاب على وجه يتضمن) هذا الرضا (انشاء نقل ماله - فى الحال -) قبل الايجاب (الى الموجب على وجه العوضيه) وعلل كون المشتري ينقل ماله فى الحال بقوله (لان المشتري ناقل كالبائع) بالاضافه الى ان مقابل لمال البائع (وهذا) اى النقل فى الحال (لا يتحقق الا مع تأخر الرضا عن الايجاب اذ مع تقدمه) اى الرضا ، على الايجاب (لا يتحقق النقل فى الحال) وانما لا يتحقق النقل فى الحال (فان من رضى بمعاوضة ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل ماله فى الحال الى الموجب) بل رضى بنقل ماله الى الموجب بعد ايجابه - لافى الحال - (بخلاف من رضى بالمعاوضة التى انشأها الموجب سابقا) بان كان القبول بعد الايجاب (فانه يرفع - بهذا الرضا -) المتأخر (يده من ماله وينقله الى غيره على وجه العوضيه) والحاصل ((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 لموهو ان تبعية القبول للايجاب ليس تبعية اللفظ للفظ ولا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه و انما هو انما على سبيل الفرض و التنزيل بان يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقى اليه 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)) والالزم الخلف ، و لا يخفى ما فى الادلة الثلاثة ، اذا اجماع غير حجة لانه محتمل الاستناد على تقدير وجوده ، و كونه خلاف المتعارف ليس بحيث يوجب انصراف الدليل فإى فرق بين ان يقول ((زوجنى)) و بين ان يقول ((انى اقبل زواجك)) ، و عدم المعقوليته غير تام ، اذ اى مانع من ان ينشئ المشتري نقل ماله فى الحال فى مقابل النقل الذى يحدثه البائع بعد ذلك فقله ((القبول رضى الخ)) غير تام (و) كيف كان ف (من هنا) الذى ذكرنا ان القبول يتضمن انشاء 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 (ولا القصد للقصد) كتبعية قصد القرية لقصد الفعل القربى (حتى يمتنع تقديمه) والا لم يكن تابعا (وانما هو) اى كونه تبعا ، 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 اليه من الموجب و) يجعل (الموجب متناولا) و معطيا (كما يقول السائل فى مقام الانشاء : انا راض بما تعطينى و قابل) اى اقبل (لما تمنحنى ف) على كل حال (هو متناول

قدم انشاء ما واخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ قبلت و رضيت ان لم
يقم اجماع على خلافه انتهى ، و وجه الفساد ما عرفت سابقا من ان الرضا بما
يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بازاء مال صاحبه ليس فيه انشاء
نقل من القابل في الحال بل هو رضى منه بالانتقال في الاستقبال و ليس
المراد ان اصل الرضا بشئ تابع لتحقيقه في الخارج اولا

قدم انشاء) اى انشاء التناول (و اخر) عن الايجاب (فعلى هذا) الذى
ذكرناه من انه على سبيل الفرض و التنزيل (يصح تقديم القبول و لو بلفظ
قبلت و رضيت ان لم يقم اجماع على خلافه انتهى) .

و الحاصل : انه لو كان هناك محذور شرعى من تقديم القبول لنزول القول
بعدم جوازه والا فلا محذور عقلى فى ذلك (و وجه الفساد) لكلام هذا
المحقق (ما عرفت سابقا من ان) القبول يتضمن امرين :

الاول : الرضا بما يفعله الموجب و هذا يمكن ان يقدم ويمكن ان يؤخر .

الثانى : نقل القابل مال نفسه الى الموجب نقلا هو كالافعال 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 (بازاء مال صاحبه) اى المشتري
(ليس فيه انشاء 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 (وليس المراد) من الاشكال
(ان اصل الرضا بشئ تابع لتحقيقه) اى تحقق ذلك الشئ (فى الخارج اولا

قبل الرضا به حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال بل المراد
الرضا الذى يعد قبولا وركنا فى العقد .

وما ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الامر كما لو قال
بمعنى 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 الشئ 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 الشئ - كالبيع - (الى توضيحه) اى توضيح عدم
التابعة لتحقيق (بما ذكره من المثال) بقوله كما يقول السائل فى مقام
الانشاء، الخ (بل المراد) اى مرادنا من الاشكال فى عدم صحة تقديم
القبول (الرضا الذى يعد قبولا وركنا فى العقد) المشتمل ذلك الرضا على
امرين: الرضا بفعل البائع، وانشاء نقل المشتري ماله انفعالا لنقل البائع
وقد عرفت ان الانفعال لا يعقل قبل الفعل .

(وما ذكرنا) من ان الرضا لا يعقل تقديمه لانه مشتمل على الانفعال
(يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الامر) كما يمتنع تقديم القبول
بلفظ ((قبلت)) (كما لو قال) المشتري (بمعنى هذا بدرهم فقال) البائع
(بعثك) وجه المنع (لان غاية الامر) اى غاية المطلب (دلالة طلب) المشتري
(المعاوضة) بقوله ((بمعنى)) (على الرضا بها) اى بالمعاوضة (لكن لم يتحقق
بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية) التى يجريها البائع (نقل) من المشتري

فى الحال للدرهم الى البائع كما لا يخفى .

واما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة فموهون بما ستعرف من مصير الاكثر على خلافه واما فحوى جوازه فى النكاح ففيها بعد الاغماض عن حكم الاصل بناءً على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الامر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبی صلى الله عليه وآله وسلم ويؤيده انه لولا ميلزم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول

(فى الحال) اى حال قوله ((بغنى)) (للدهرم) الثمن (الى البائع كما لا يخفى) فوجه المنع فى تقديم ((قبلت)) آت هنا فى تقديم ((بغنى)) .
(واما ما يظهر من المبسوط هنا) فى تقديم القبول بلفظ الامر (على الصحة) للعقد (به) اى بالقبول المقدم بلفظ ((بغنى)) (فموهون بما ستعرف من مصير الاكثر على خلافه) وانهم لا يجوزون تقديم القبول بلفظ ((الامر)) (واما 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 ايضا (بناءً على منع دلالة رواية سهل) المتقدمة (على كون لفظ الامر) المتقدم على الايجاب (هو القبول) للنكاح (لاحتمال تحقق القبول) من الصحابى (بعد ايجاب النبی صلى الله عليه وآله وسلم) لنكاحها له (ويؤيده) اى كون القبول كان بعد الايجاب من النبی صلى الله عليه وآله وسلم ، (انه لولا) وجود قبول متأخر - بان كان امر الصحابى قبولا - (يلزم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول) اذ صار بين قول الصحابى زوجها يا رسول الله وبين قول زوجته يا رسول الله (كلمات - كما لا يخفى - وحيث ان الفصل الطويل بين الايجاب والقبول ضار كان اللازم ان نقول ، ان الصحابى اجزى لفظ القبول بعد ايجاب النبی 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 بعثك صح والا قوى عندى انه لا يصح حتى يقول

الله عليه وآله وسلم للنكاح (منع الفحوى) والا لولية ، 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 الذى هو من اشد المحرمات ، بخلاف التضييق فى باب البيع اذ لا يلزم منه الا الضمان الذى امره سهل (و) اما رواية ابان الدالة على جواز تقديم القبول ، ففيه انه لا يمكن الاعتماد عليها لـ (قصور دلالة رواية ابان) على جواز تقديم القبول (من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة ((نعم)) فى الايجاب) للنكاح ، ومن المعلوم ان ((نعم)) ليس ايجابا فاللازم ان نقول ان مراد الامام عليه السلام : ((ايجابها)) ركن عن ايجابها بـ ((نعم)) لا ان نعم ايجاب ، واذا كان قوله عليه السلام كناية كان اللازم ان نقول ان مراد الامام : ((ان رضيت واجرى النكاح الشرعى)) هذا ولكن انت خير بعدم وجه لهذه المناقشات ، اذ اى دليل على عدم جواز الفصل الطويل ، واى دليل على عدم كفاية ((نعم)) واى وجه لانكار الفحوى ، واى مانع من اشتمال القبول المتقدم على الرضا والانشاء لنقل الثمن فى مقابل نقل الثمن المستقبل ، والله الموفق .

(ثم اعلم ان فى صحة تقديم القبول بلفظ الامر اختلافا كثيرا بين كلمات الاصحاب) فهل انه يعقد به البيع ام لا ؟ (فقال فى المبسوط ان قال بعنيها بالف فقال) البائع (بعثك صح) عند قوم (والا قوى عندى انه لا يصح حتى يقول

المشتري بعد ذلك: اشترت واختار ذلك في الخلاف وصرح به في الغنية فقال واعتبرنا حصول الايجاب من البائع والقبول من المشتري حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري وهو ان يقول بعنيه بالف فيقول بعثك فانه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت او قبلت وصرح به في السرائر والوسيلة وعن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم اتفقي وحكى الاجماع عن ظاهر الغنية ايضا او صريحها وعن المسالك المشهور بل قيل ان هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الايجاب والقبول ومع ذلك فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الامر في البيع ونسبنا لينا

المشتري بعد ذلك: اشترت) ليكون القبول متأخرا (واختار ذلك) اي عندم الصحة (في الخلاف وصرح به) السيد ابن زهرة (في الغنية فقال واعتبرنا حصول الايجاب من البائع والقبول من المشتري حذرا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري وهو) مثل (ان يقول بعنيه بالف فيقول) البائع (بعثك فانه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشترت او قبلت وصرح به) اي بعدم الانعقاد (في السرائر والوسيلة وعن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم) بعدم الانعقاد في صورة الاستدعاء والايجاب (اتفقي و حكى الاجماع عن ظاهر الغنية ايضا او صريحها) الاجماع ظاهراً، كان يقول ((عندنا)) و صريحا كان يقول بالاجماع — مثلاً — (وعن المسالك المشهور) اي عدم الانعقاد (بل قيل ان هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الايجاب والقبول) اذ لا قبول في صورة الاستدعاء والايجاب (ومع ذلك) الذي رأيت من الاقوال ودعاوى الشهرة والاجماع على عدم الانعقاد (فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الامر) اي تقديم القبول (في باب (البيع ونسبه السينا) بان قال ((عندنا)) الظاهر في الاتفاق من

مشعرا — بقرينة السياق — الى عدم الخلاف فيه بيننا فقال اذا تعاقدنا فان تقدم الايجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح وكذا اذا تقدم الايجاب على القبول فى البيع صح بلاخلاف

واما تأخر الايجاب وسبق القبول فان كان فى النكاح فقال الزوج زوجنيها فقال زوجتكها صح وان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي قال زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول وتأخر الايجاب وان كان هذا فى البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صح عندنا وعند قوم من المخالفين وقال قوم منهم

الخاصة (مشعرا — بقرينة السياق — الى عدم الخلاف فيه بيننا) وقرينة 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 وهى المراءة (زوجتك فقال) الزوج (قبلت التزويج صح وكذا اذا تقدم الايجاب على القبول فى البيع صح بلاخلاف) بان قال البائع : بعته ، فقال المشتري : قبلت .

(واما ان تأخر الايجاب وسبق القبول فان كان فى النكاح فقال الزوج) لولى الزوجة (زوجنيها فقال) لولى (زوجتكها صح وان لم يعد الزوج القبول) بان لم يقل بعد قول لولى ((زوجتكها)) ، قبلت ، وقوله ((لم يعد)) من اعاد يعيد (بلاخلاف) 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 وتأخر الايجاب وان كان هذا) التقديم للقبول على الايجاب (فى البيع فقال) المشتري (بعنيها فقال) البائع (بعتكها) اى السلعة (صح عندنا وعند قوم من المخالفين وقال قوم منهم

لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى وحكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب - بقول مطلق - و تمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج الا ان المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب .

و ذكر العلامة (قده) الاستيجاب و الايجاب وجعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول - كالمعاطاة -

لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى) كلام المبسوط (وحكى جواز التقديم) للقبول في باب البيع (بهذا اللفظ) اي بلفظ الامر (عن القاضي في 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 - ايضا - (و تمسك له) اي لجواز التقديم (في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول) للتزويج (بطلب التزويج) فان الاستدلال بهذه الرواية لباب البيع يدل على ان مثله في باب البيع، بتقديم القبول بلفظ الامر، كاف في الانعقاد (الا ان المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب) فانه يدل على عدم التلازم بين القول بجواز تقديم القبول، وبين القول بصحة الاستيجاب و الايجاب، وقوله ((الا)) استثناء عن قوله ((بل يمكن)) .

٢ (و) كذلك العلامة فانه تردد في اعتبار تقديم القبول، مع انه جزم بعدم صحة الاستيجاب و الايجاب فانه (ذكر العلامة (قده) الاستيجاب و الايجاب وجعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول - كالمعاطاة -) فكما ان المعاطات لا ايجاب و قبول فيها، قال الاستيجاب و الايجاب ايضا 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 بناءً على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول ثم ان هذا كله بناءً 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 (وجزم بعدم كفايته) اي الاستيجاب و الايجاب (مع انه تردد في كفاية تقديم القبول) على الايجاب .

(وكيف كان) اقوال الفقهاء (فقد عرفت ان الاقوى المنع) عن القبول بلفظ الامر - المتقدم - (في البيع لما عرفت) من ان القبول يتضمن رضی و انشاءً و الرضا وان تحقق في المتقدم لكن الانشاء لا يتحقق .

نعم يصح القول بذلك في النكاح لكان الروايات المتقدمة (بل لو قلنا بكفاية التقديم) للقبول (بلفظ قبلت يمكن المنع هنا) في لفظ الامر (بناءً على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول) اذ الامر في قبال الماضي (ثم ان هذا كله) الذي نذكره من عدم الانعقاد بتقديم القبول سواء بلفظ قبلت او بلفظ الامر (بناءً على المذهب المشهور بين الاصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك) قوله ((وعدم كفاية)) اعم من قوله ((وعدم القول)) لان الاول يعتبر مطلق اللفظ ولو لم يكن بصورة الصيغة ، والثاني يعتبر صورة الصيغة وان لم تكن مشتملة على شرائط العقد من الايجاب والقبول والعربية والماضوية وما اشبه .

(واما على ما قويناه سابقا - في المعاطاة - من ان البيع العرفي موجب

.....

للملك وان الاصل فى الملك اللزوم فاللازم لحكم باللزوم فى كل مورد لم يقيم اجماع على عدم اللزوم وهو ما اذا اخلت المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا وكان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها للزوم وما فى غير ذلك فالاصل للزوم وقد عرفت ان القبول على وجه مطلب البيع قد صرح فى المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا وحكى عن الكامل ايضا فتأمل وان كان التقدير بلفظ اشترت او ابتعت او تملك او ملكت هذا بكذا فالاقوى جوازه لانه انشاء ملكيته بازاء ماله عوضا ففى الحقيقة انشاء المعاوضة كالبايع الا ان البائع ينشئ ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه والمشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه مال نفسه

للملك وان الاصل فى الملك اللزوم) فالبيع العرفى ملك لازم (فاللازم الحكم باللزوم فى كل مورد لم يقيم اجماع على عدم اللزوم وهو) اى المورد الذى قام الاجماع على عدم اللزوم (ما اذا اخلت المعاملة عن الانشاء باللفظ رأسا) كالمعاوضة العملية (او كان اللفظ المنشأ به لمعاملة مما قام الاجماع على عدم افادتها للزوم) كالكتابات مثلا (وما فى غير ذلك) المورد ين بأن كان لفظ ولم يقيم اجماع على عدم افادة ذلك اللفظ للزوم (فالاصل للزوم) حيث (قد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع) بصيغة الامر (قد صرح فى المبسوط بصحته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا وحكى عن الكامل) للقاضى (ايضا) فاللازم ان نقول بكفاية ذلك فى افادة الملك اللازم (فتأمل) لان كلام المبسوط والكامل لا يضر بالاجماع الذى صرح به جماعة من عدم صحة الاستيجاب، والايجاب فهو لفظ قام الاجماع على عدم افادتها للزوم هذا كله فيما اذا كان القبول المتقدم بلفظ ((قبلت)) او بلفظ ((بعت)) (والتقدير بلفظ اشترت او ابتعت او تملك او ملكت) بالتخفيف (هذا بكذا) من الثمن (فالاقوى جوازه لانه انشاء ملكيته) اى المشتري (للمبيع بازاء ماله) الذى هو الثمن (عوضا، ففى الحقيقة) هذا (انشاء المعاوضة) اى المشتري (كالبائع الا ان البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه) اى المشتري (والمشتري ينشئ ملكية مال صاحبه) اى البائع (لنفسه بازاء

ففى الحقيقة كل منهما يخرج ماله الى صاحبه ويدخل مال صاحبه فى ملكه
الا ان الادخال فى الايجاب مفهوم من ذكر العوض فى القبول مفهوم من
نفس الفعل والاخراج بالعكس وحينئذ فليس فى حقيقة الاشتراء - من حيث
هو - معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الايجاب وانشاء انتقال
مال البائع الى نفسه اذا وقع عقيب نقله له اليه يوجب تحقق المطاوعة و
مفهوم القبول اطلق عليه القبول وهذا المعنى مفقود فى الايجاب المتأخر
لان المشتري انما ينقل ماله الى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله

والفرق اعتبارى (فى الحقيقة كل منهما) البائع والمشتري (يخرج
ماله الى صاحبه ويدخل مال صاحبه فى ملكه الا ان الادخال) لمال المشتري
(فى الايجاب مفهوم من ذكر العوض) لان قول البائع ((بعثك الكتاب بدينار
يكون قوله)) (بدينار)) منهما بان البائع ادخل الدينار فى ملك نفسه (وفى
القبول مفهوم من نفس الفعل) اى ((قبلت)) فانه يفهم ادخال الكتاب فى
ملك المشتري (والاخراج بالعكس) ففى الايجاب مفهوم من ((بعث)) وفى
القبول مفهوم من ذكر العوض اى قول المشتري ((بدينار)) (وحيئذ) الذى
كل منهما يدخل ويخرج (فليس فى حقيقة الاشتراء - من حيث هو -)
اشتراء (معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه) اى الاشتراء (عقيب الايجاب
وانشاء انتقال مال البائع الى نفسه) اى نفس المشتري وقوله ((وانشاء))
مبتدء خبره ((يوجب)) وقوله ((اطلق جواب)) ((لما)) (اذا وقع عقيب نقله) اى
البائع (له) اى للمال (اليه) اى الى المشتري (يوجب تحقق المطاوعة ومفهوم
القبول) لان البائع نقل ، والمشتري قبل (اطلق عليه) اى على الاشتراء
(القبول وهذا المعنى) اى تحقق المطاوعة ومفهوم القبول (مفقود فى الايجاب
المأخر لان المشتري انما ينقل ماله الى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله

عوضاً والبائع انما ينشئ انتقال الثمن اليه كذلك لا بمدلول الصيغة وقد صرح في النهاية والمسالك على ما حكى بان اشترت ليس قبولا حقيقة وانما هو بدل وان الاصل في القبول: قبلت لأن القبول — في الحقيقة — لا يمكن الا ابتداء به ولفظ اشترت يجوز الابتداء به ومراد هما: انه بنفسه لا يكون قبولا فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تملك البائع كما ان رضى بالبيع ليس فيه انشاء لنقل ماله — الى

عوضاً) لان المشتري ينقل الثمن ابتداءً (والبائع انما ينشئ انتقال الثمن اليه) الى نفسه (كذلك) التزاما (لا بمدلول الصيغة) للبيع اذا مدلولها نقل الثمن فلا مطاوعة في طرف البائع، ولا نقل صريح في طرف المشتري (وقد صرح في النهاية والمسالك على ما حكى) بما يدل على ان ((الاشتراء)) ليس في مفهومه القبول وهذا يؤيد كلامنا المتقدم وهو قولنا ((فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول)) فانهما قالا (بان اشترت ليس قبولا حقيقة وانما هو بدل) عن القبول (وان الاصل في القبول: قبلت) ثم استدلا على كون اشترت بدلا، وليس قبولا، بقولهما: ((لأن القبول — في الحقيقة — لا يمكن الا ابتداء به) اذ هو انفعال ومطاوعة، ومن المعلوم ان الانفعال يقع بعد الفعل، والمطاوعة انما تكون بعد التأثير) ولفظ اشترت يجوز الابتداء به (اذا لا اشتراء معناه المبادلة من جانب المشتري وذلك قابل للابتداء به كما ان البيع مبادلة من جانب البائع فيجوز الابتداء به (مراد هما) اي النهاية والمسالك (انه) اي اشترت (بنفسه لا يكون قبولا) بدون قرينة (فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه اذا وقع عقيب تملك البائع) والحاصل ان ((قبلت)) نص في القبول و((اشترت)) انما يكون للقبول اذا كانت هناك قرينة (كما ان رضى بالبيع ليس فيه انشاء لنقل ماله — الى

.....
 البائع الا اذا وقع متأخرا ولذا منعنا من تقديمه فكل من رضيت واشتريت
 بالنسبة الى افادة نقل المال و مطاوعة البيع - عند التقدم والمتأخر
 - متعاكسان

فان قلت : ان الاجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله واشتريت
 حتى يقع قبولا لان انشاء مالكيته لمال الغير اذا وقع عقيب تملك الغير له
 يتحقق فيه معنى الانتقال وقبول الاثر ، فيكون اشتريت متأخرا التزاما بالاثـر .

البائع الا اذا وقع متأخرا) عن البيع ، فاشتريت مثل رضيت ، وليس مثل قبلت
 (ولذا) الذي ذكرنا من انه ليس نصا وانما يكون دالا بقريته التأخير (منعنا
 من تقديمه) على البيع (فكل من رضيت واشتريت بالنسبة الى افادة نقل
 المال و مطاوعة البيع - عند التقدم والمتأخر - متعاكسان) فاذا تقدم
 ((اشتريت)) كان نقلا لا مطاوعة واذا تأخر كان مطاوعة للبيع الذي تقدم عليه
 واذا تقدم ((رضيت)) كان مطاوعة ورضى بما سيصدر من البائع ، ولم يكن
 نقلا . واذا تأخر كان نقلا فرضيت عكس اشتريت ففي الصورة التي احدهما
 للنقل يكون الاخر للمطاوعة . (فان قلت) كيف تقولون بجواز تقدم ((اشتريت))
 والحال انه اذا تقدم يكون ((العقد)) ايجابا بلاقبول . اذا ((بعث)) للمتأخر
 ليس قبولا ، و ((اشتريت)) المتقدم ليس قبولا ومن الواضح ان من اركان العقد
 القبول اذا (ان الاجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله
 اشتريت) عن ((البيع)) (حتى يقع) اشتريت (قبولا) وانما يكون ((اشتريت))
 قبولا ، اذا تأخر (لان انشاء مالكيته لمال الغير) اي مالكية المشتري لمال
 البائع (اذا وقع عقيب تملك الغير له) بأن قال ((اشتريت)) عقيب قول البائع
 ((بعث)) (يتحقق فيه) اي في اشتريت المتأخر (معنى الانتقال) ومعنى
 (قبول الاثر ، فيكون اشتريت) في حال كونه (متأخرا) عن البيع (التزاما بالاثـر

عقيب انشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فان مجرد انشاء 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 .

و اما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة و قبول الاثر فلا فقد تبين من جميع ذلك ان انشاء القبول لا بد ان يكون جامعا لتضمن انشاء النقل و للرضا بانشاء البائع تقدم او تأخر ولا يعتبر

عقيب انشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم) على ((بعث)) فلا يتحقق القبول — الذى هو شرط فى العقد اجماعا — (فان مجرد انشاء المشتري (المالكية لمال) هو مال البائع (لا يوجب تحقق مفهوم القبول) فان التملك لا يلزم القبول (كما لو نوى تملك المباحات او اللقطة فانه) تملك (ولا قبول فيه راسا) وعلى هذا — فاللازم رفع اليد اما عن اشتراط العقد بالقبول و اما عن جواز تقدم ((اشتريت)) (قلت) لانسلم اشتراط العقد بالقبول — بمعنى المطوعة — ولا اجماع على ذلك — فان (المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب) فاذا تحقق الرضا تحقق القبول — المجمع على اعتباره فى العقد — .

(و اما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة و — قبول الاثر — فلا) اجماع على ذلك وكيف كان (فقد تبين من جميع ذلك) الذى ذكرنا من الادلة على اشتراط العقد — بالقبول (ان انشاء القبول لا بد ان يكون جامعا) لا مرين : (لتضمن انشاء النقل) من المشتري للثمن الى البائع (وللرضا بانشاء البائع) سواء (تقدم) هذا النوع من القبول (او تأخر) عن البيع (ولا يعتبر)

انشاء انتقال نقل البائع فقد حصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشتريت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد — بالاستيجاب والايجاب .

وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل اشتريت وكذا السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب والقبول واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب وكذا ظاهر اطلاق الحلبي — في الكافي حيث

في القبول (انشاء انتقال نقل البائع) حتى يقال بان الانتقال لا بد من تأخير فليصح تقديم ((اشتريت)) على ((بعث)) (فقد تحصل مما ذكرناه) من الفرق بين ((اشتريت)) و ((قبلت)) (صحة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشتريت) لا ما اذا كان بلفظ ((قبلت)) (وفاقا لمن عرفت) (بل هو) اي جواز تقديم القبول بلفظ اشتريت (ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف) حيث قال : ((لان ما عداه — اي الاستيجاب والايجاب — مجمع على صحته)) فان لفظ ((ما)) الموصولة يشمل تقديم ((اشتريت)) ايضا (حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد — بالاستيجاب والايجاب) الذي ظاهره عدم المنع عن تقديم لفظ ((اشتريت)) .

(وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه اي الاستيجاب والايجاب (و) بين (المنع عن تقديم مثل اشتريت) فلا يدل منع الشيخ (الاستيجاب) على منعه عن تقديم ((اشتريت)) (وكذا) مثل الشيخ (السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب والقبول واحترز بذلك) الاعتبار (عن انعقاده بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب) مما يدل على صحة تقديم ((اشتريت)) عنده والاخرجه ايضا (وكذا ظاهر اطلاق الحلبي — في الكافي حيث) انه

لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد .

والحاصل ان المصريح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلبي وابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب مع انه يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والايجاب بان ما عداه مجمع على صحته وليس على صحته دليل ولعمري ان مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول وقد نبهنا على امثال ذلك في موارد ها .

ذكر شروط انعقاد العقد و (لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد) و لو كان تقديم الايجاب شرط عنده لذكره في عداد الشروط .

(والحاصل ان المصريح بذلك) اي بلزوم تقديم الايجاب - مطلقا - فيما وجدت من القدماء الحلبي وابن حمزة فقط (فمن التعجب بعد ذلك) الذي رأيت من ان المصريح بذلك فقط نفران ، واطلاق غيرهما دال على جواز التقديم (حكاية الاجماع عن الخلاف على) اشتراط تقديم الايجاب (ففى الانعقاد) مع انه لم يزد على الاستدلال (على اشتراط تقديم الايجاب) لعدم كفاية الاستيجاب والايجاب (اي موضع استدلاله) (عدم كفاية الاستيجاب) و دليله هو (بان ما عداه) اي ما عدا الاستيجاب والايجاب (مجمع على صحته وعلى صحته) اي الاستيجاب والايجاب (دليل) ومن المعلوم ان هذا الدليل لا يكفي للمنع عن تقديم القبول اذا كان بلفظ (اشترت) (ولعمري ان مثل هذا) الاجماع الذي لا يوافقه الا نفران فقط (مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول وقد نبهنا على امثال ذلك) الاجماع الذي ليس بمشهور فكيف بمجمع عليه (في موارد ها) اي موارد الاجماع ، خصوصا في كتاب الرسائل في باب الاجماع فراجع .

نعم يشكل الامر بان المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه فى المسألة الآتية وهو الوصل بين الايجاب و القبول فالحكم لا يخلو عن شوب الاشكال .

ثم ان ما ذكرنا جار فى كل قبول يؤدى بانشاء مستقل كالاجارة التى يؤدى قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا او ملكك والنكاح الذى يؤدى 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 والوفاء بالعقد عليه (ولا فرق بين المتعارف هنا) فى باب تقديم الايجاب (وبينه) اى بين المتعارف (فى المسألة الآتية وهو الوصل) اى الموالاة (بين الايجاب والقبول) فكما ان هناك نقول بالموالاة المتعارفة ، كذلك يلزم ان نقول بتقديم الايجاب هنا لكونه المتعارف ايضا (فالحكم) بصحة تقديم القبول (لا يخلو عن شرب الاشكال) اللهم الا ان يفرق بين - المسألتين ببعض النصوص الواردة فى هذه المسألة الداله على تقديم القبول ، وهذا هو الاقرب .

(ثم ان ما ذكرنا) من الاشكال فى جواز تقديم القبول (جاز فى كل قبول يؤدى بانشاء مستقل) بان كان القبول انشاء لا مر ، لا مجرد قبول فعل الموجب - (كالاجارة التى يؤدى قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا) كالدار - مثلاً - (او ملكك) بالتخفيف حيث ان المستأجر يأخذ شيئاً و يعطى شيئاً (والنكاح الذى يؤدى قبولها) اى قبول صيغة النكاح (بلفظ نكحت و تزوجت) يقولهما الزوج بعد ايجاب الزوجة او قبل ايجابها ، فان الزوج يعطى شيئاً فى قبال اخذه لشيء .

و اما مالا انشاء في قبوله الا قبلت او ما يتضمنه كارتھنت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه اذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في 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 عند فيقول: رهننت والتحقيق عدم لجواز لان اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتھن ولا يخفى انه لا يصدق الارتھان على قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن

(و اما مالا انشاء في قبوله الا قبلت او ما يتضمنه) اي يتضمن القبول (كارتھنت) يقوله من يأخذ الوثيقة (فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه) بدون ورود الاشكال الذي كان يرد في باب البيع وما اشبهه ، (اذ لا التزام في قبوله) اي قبول مالا انشاء فيه - (لشيء كما كان في قبول البيع التزاما بنقل ماله الى البائع) فان المشتري - في باب البيع - يفعل امرين: (القبول و الاعطاء)) اما في باب الرهن - مثلا - فلا يفعل اخذ الوثيقة الا القبول (بل لا ينشئ به) اي بالقبول فيما لا انشاء في قبوله الا قبلت (معنى غير الرضا بفعل الموجب وقد تقدم ان الرضا يجوز تعلقه بامر مترقب) في المستقبل (كما يجوز تعلقه بامر محقق) في الماضي (فيجوز ان يقول اخذ الرهن) رضيت برهنك هذا (الشيء - كالدار مثلا -) عند فيقول (معطى الرهن) رهننت) وكذا في سائر الاشياء المماثلة للرهن . مما لا يزيد قبوله على مجرد انشاء القبول (والتحقيق عدم الجواز) هنا ايضا ، فلا يصح تقديم القبول (لان اعتبار القبول فيه) اي في الرهن (من جهة تحقق عنوان المرتھن) فان الرهن قائم بالراهن والمرتھن فاذا لم يتحقق عنوان المرتھن لم يتحقق الرهن ، وعنوان المرتھن انما ينطبق على آخذ الوثيقة اذ قبل الرهن (ولا يخفى انه لا يعد الارتھان) اي هذا العنوان - (على قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن) و تحقق الرهن متوقف على انشاء الراهن

لأن الإيجاب انشاء للفعل والقبول انشاء للانفعال وكذا القول فى الهبة و
القرض فانه لا يحصل من انشاء القبول فيهما التزام بشئ وانما يحصل به
الرضا بفعل الموجب ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التملك
بغير عوض .

واما المصالحة المشتمة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها
جائزا من الطرفين

فاللزام كون القبول بعد الإيجاب - ايضا كباب البيع - وانما قلنا انه لا يصدق
عنوان ((الارتهان)) الا بعد القبول الذى هو بعد الإيجاب (لأن الإيجاب
انشاء للفعل والقبول انشاء للانفعال) فالانفعال يتوقف على الفعل وعليهما
يتوقف العنوان ، وقوله ((لان)) علة لقوله ((لا يصدق)) .

(وكذا) مثل الرهن (القول فى الهبة والقرض) فانهما ليسا كالبيع فانه
لا يحصل من انشاء القبول فيهما التزام بشئ زائدا على مجرد الرضا (وانما
يحصل به) اى بالقبول فيهما (الرضا بفعل الموجب) فيمكن القول بجواز
تقديم القبول فيهما وان لم نقل بذلك فى باب البيع (ونحوها) اى الرهن
والهبة والقرض (قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التملك) نحوان يقول
الداين للمدين صالحتك لما بذمتك ، او ان يقول مالك العارية للمستعير
صالحتك عما فى يدك ، اذا كان اسقاطا و تمليك (بغير عوض) اذا الصلح
- كما قد عرفت فى بعض المباحث السابقة - تفيد فائدة جميع العقود .

(واما المصالحة المشتمة 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 اليهما على وجه سواء وليس الالتزام الحاصل من احدهما امرا مغايرا للالتزام الحاصل من الاخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة وعرفا ثم لما انعقد الاجتماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام الحاصل من الاخر بلفظ القبول اذ لو قال ايضا صالحتك كان ايجابا آخر فيلزم تركيب العقد من ايجابين و تحقق من جميع ذلك

صاحب الدار وصاحب الدينار - فى المثال - (وكان نسبتها) اى المصالحة (اليهما) اى الى الطرفين (على وجه سواء وليس الالتزام الحاصل من احدهما امر مغايرا للالتزام الحاصل من الاخر) فكل واحد منهما يلتزم باعطاء شئ واخذ شئ (كان البادى) والاول (منهما) بتلفظ لفظ الصلح (موجبا لصدق الموجب عليه) اى على البادى (لغة وعرفا) فالصلح خارج عن موضوع الكلام اذ موضوع البحث - فى انه هل يصح تقديم القبول ام لا - انما هو فيما اذا كان القبول مغاير للايجاب، وهنا يصلح ان يكون كل طرف موجبا كما يصلح ان يكون قابلا، فلا يتصور تقديم القبول، ولا 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 الاجتماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام الحاصل من الاخر) اى الثانى منهما فى التلفظ (بلفظ القبول) فيقول زيد - مثلا - ((صالحتك)) ويقول خالد ((قبلت)) (اذ لو قال ايضا صالحتك كان ايجابا آخر) لاقبولا (فيلزم تركيب العقد من ايجابين و تحقق من جميع ذلك) الذى ذكرنا من ان العقد يحتاج الى القبول، ولذا لا يصح تكرار

ان تقديم القبول فى الصلح ايضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت .

وقد عرفت ان قبلت ورضيت مع التقديم لا يدل على انشاء لنقل العوض فى الحال فتلخص مما ذكرنا ان القبول فى العقود على اقسام ، لانه اما ان يكون التزاما بشئ من القابل كنقل مال عنه او زوجية .

واما ان لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب والاول على قسمين لان الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل

صالحتك ، فى باب الصلح (ان تقديم القبول فى الصلح ايضا غير جائز اذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت ورضيت) وشبههما كامضية وانفذت .

(وقد عرفت) سابقا (ان قبلت ورضيت مع التقديم) على الايجاب (لا يدل على انشاء لنقل العوض فى الحال) ونقل العوض فى الحال هو المحقق للعقد ، والا كان اخباراً عن امر مستقبل ، والاخبار مقابل الانشاء ، وبهذا كله تحقق ان ((البيع)) و ((الرهن)) و ((الصلح)) كلها من واد واحد من حيث عدم صحة تقديم القبول فيها على الايجاب ، والفروق 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 بشئ من القابل) بالاضافة الى كونه قبولا ورضى بما اوجبه الموجب (كنقل مال عنه) اى عن القابل ، فى باب المشتري (او زوجية) من القابل فان الزوج بالاضافة 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 والهبة والقرض والاول) وهو ما كان قبولا وزيادة (على قسمين لان الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل

من الموجب كالمصالحة او متغيرا كالاقتراض والثانى ايضا على قسمين لانه
اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهاى والاتهاب والاقتراض .
واما ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة والعارية و
شبههما وتقديم القبول على الايجاب لا يكون الا فى القسم الثانى من كل من القسمين
ثم ان مغايرة الالتزام فى قبول البيع للالتزام ايجابه

من الموجب كالمصالحة) فان كل طرف يعطى شيئا فى مقابل شئ فكل منهما
يصالح شيئا فى مقابل مصالحه طرفه شيئا (او متغيرا كالاقتراض) فان عمل
المشتري ليس مثل عمل البائع (والثانى) وهو ما لا يكون فيه الرضى بالايجاب
(ايضا على قسمين لانه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة) وقبول الاثر من المؤثر
والانفعال عن الفعل (كالارتهاى والاتهاب والاقتراض) وقد سبق تفصيل
ذلك .

(واما ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة والعارية
وشبههما) والفرق بين الارتهاى وقبول الوكالة واضح فان الارتهاى مطاوع
للرهن، ولا يكون الا بعده كالانكسار الذى لا يكون الا بعد الكسر .
اما قبول الوكالة فليس الا رضى سواء كانت الوكالة قبلا او بعدا (وتقديم
القبول على الايجاب لا يكون) جائزا وصحيحا (الا فى القسم الثانى من كل من
القسمين) اى كالاقتراض وقبول الوكالة، وهذا مع الغرض عن وجود الاجماع
المدعى على عدم جواز تقديم القبول .

(ثم) حيث ذكرنا الفرق بين المصالحة والاقتراض كان للقائل ان يقول
بعدم الفرق بينهما، لان الاقتراض ايضا كالبيع فلا فرق بينه وبين المصالحة
ولذا اجاب عنه بقوله: (ان مغايرة الالتزام فى قبول البيع للالتزام ايجابه) اى

اعتبار عرفى فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا وكل من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمى بايعا وبعبارة اخرى كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع وكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري والافكل منهما — فى الحقيقة — يملك ماله غيره بازاء مال غيره ويملك مال غيره بازاء ماله ومن جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله ذكره الشيخ فى المبسوط فى باب الخلع ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثانى و الشيخ المقداد .

التزام المشتري لالتزام البائع (اعتبار عرفى) لان 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 الثمن (وكل من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمى بايعا) فان البائع ينقل الثمن على ان يكون عوضه ثمن من المشتري (وبعبارة اخرى كل من ملك ماله) — (غيره بعوض فهو البائع) بان ابتداء فى املاك ماله (وكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري) بان ابتداء فى تملك مال الغير (والا ف) لافرق فى الحقيقة بين البائع والمشتري اذ (كل منهما — فى الحقيقة —) والواقع (يملك ماله غيره بازاء مال غيره و يملك مال غيره بازاء ماله) ((يملك)) الاول بالتشديد، والثانى بالتخفيف هذا تمام الكلام فى اشتراط تقديم الايجاب على القبول (ومن جملة شروط العقد الموالاة) اى التابع من ((والى)) ((يوالى)) (بين ايجابه و قبوله) سواء كان القبول مقدما او مؤخرا (ذكره الشيخ فى المبسوط فى باب الخلع ثم العلامة والشهيدان والمحقق الثانى و الشيخ المقداد) ثم سائر الفقهاء .

قال الشهيد في القواعد: المولاة معتبرة في العقد ونحوه وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فقال بعض العامة لا يضر قول الزوج - بعد الإيجاب - الحمد لله والصلاة على رسول الله: قبلت نكاحها ومنه الفورية في استتابة المرتد فيعتبر في الحال وقيل إلى ثلاثة أيام ومنه السكوت في أثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها خلالها

(قال الشهيد في القواعد: المولاة معتبرة في العقد ونحوه) أي نحو العقد كالصلاة والأذان وغيرهما (وهي) أي المولاة (مأخوذة) أي الأصل في اعتبار هذا الشرط (من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه) في باب الإقرار قطعا فلو قال له على الف ثم قال بعد ساعة العشرة، لم يقبل منه بخلاف ما لو أوصله، وفي سائر الأبواب لغة، فإنه يقبح بالخطيب أن يقول ((إن الإنسان لفي خسر)) ثم يقول بعد ساعة ((إلا المؤمن)) مثلا (فقال بعض العامة لا يضر قول الزوج - بعد الإيجاب - من الزوجة، بأن قالت الزوجة: ((زوجتك نفسى بمائة)) فيقول الزوج (الحمد لله والصلاة على رسول الله: قبلت نكاحها) مثلا فقد فصل بين الإيجاب والقبول بالتحديد والتولية (ومنه) أي من نحو العقد المعتبر فيه الفورية فالضمير في ((منه)) عائد إلى قوله ((ونحوه)) (الفورية في استتابة المرتد) الملى (فيعتبر) في قبول توبته أن يتوب (في الحال وقيل إلى ثلاثة أيام) فلا يضر التأخير إلى هذا المقدار (ومنه السكوت في أثناء الأذان فإن كان كثيرا أبطله) كما لو قال ((الله أكبر)) ثم بعد ربع ساعة قال ((أشهد أن لا إله إلا الله)) (ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة) في الصلاة (أو قراءة غيرها) أي غير القراءة كالترديدات الأربع واذكار الركوع والسجود ونحوهما (خلالها) أي خلال القراءة .

وكذا التشهد ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع فان تعمدوا
اونسوا حتى ركع فلامعة واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة
ومنه الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى انه تكرر والموالاة في سنة
التعريف، فلو رجع في اثناء المدة استوفت ليتوالى انتهى .

اقول : حاصله ان الامر المتدرج شيئاً فشيئاً اذا كان له صورة اتصالية

في العرف

(وكذا) السكوت الطويل في اثناء (التشهد) او السلام (ومنه تحريم
المأمومين في) صلاة (الجمعة قبل الركوع) للامام (فان تعمدوا) التأخير
(اونسوا) التكبير (حتى ركع) الامام (فلامعة) لهم (واعتبر بعض العامة
تحريمهم معه قبل الفاتحة) فلا يجوز تأخيرهم حتى في اثناء الفاتحة (ومنه
الموالاة في التعريف) للضالة سنة (بحيث لا ينسى انه تكرر) اي لا ينسى
السامعين انه تكرر للتعريف السابق فانه اذا عرف متاعاً في هذا اليوم ، ثم
عرفه بعد شهر لم يعرف الناس انه تكرر للتعريف السابق (والموالاة في سنة
التعريف ، فلو رجع في اثناء المدة) اي اثناء مدة السنة (استوفت) السنة
(ليتوالى) فهناك في تعريف اللقطة نوعان من الموالاة الاول
الموالاة في التعريف بحيث يكون التعريف الثاني بعد التعريف
الاول ، وهكذا الثاني الموالاة في شهور السنة فلا يصح التعريف في كل سنة
شهرًا بان يعرف اثنتي عشرة سنة ولو متفرقة في ضمن سنوات ، بل اللازم ان
تكون الاشهر في سنة واحدة و الى النوع الاول اشار بقوله : ومنه الموالاة و
الى النوع الثاني اشار بقوله والموالاة الخ (انتهى) كلام الشهيد ((ره)) .
(اقول : حاصله ان الامر المتدرج شيئاً فشيئاً اذا كان له صورة اتصالية
في 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 والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية ولذا لا يصدق المعاقدة اذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة او ازيد وانضباط ذلك انما يكون بالعرف فهو في كل امر بحسبه فيجوز الفصل بين الايجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما ويجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف

العرفية الا بالموالاة (فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع) اى الحكم المعلق ذلك الحكم على ذلك الامر المتدرج (من اعتبار صورته الاتصالية) بأن يسميه العرف بذلك الامر ، مثلاً يسميه العرف ((فاتحة الكتاب)) التى هى موضوع للوجوب وهكذا فى سائر الامور التى يعتبر فيها الموالاة (فالعقد المركب من الايجاب والقبول القائم) ذلك العقد (بنفس المتعاقدين) انما هو (بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض) وعليه (فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية) فلا يكون عقداً (ولذا لا يصدق المعاقدة اذا كان الفصل) بين الايجاب والقبول (مفرطاً فى الطول كسنة او ازيد) او اقل من ذلك كشهر ونحوه (وانضباط ذلك) الفصل الطويل (انما يكون بالعرف) وحسب رؤيته انه هل تحقق الفصل الطويل ام لا (فهو) اى التوالى - وعدم الفصل الطويل (فى كل امر بحسبه اى بحسب ذلك الامر عند العرف) فيجوز الفصل بين الايجاب والقبول بما (اى بقدر) لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما ويجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف) مثلاً بين ((بعثك الكتاب بدرهم)) و ((قبلت ذلك)) يجوز فصل عشر دقائق ، بينما لا يجوز بين ((بعثك)) و ((الكتاب)) الفصل دقيقتين ، ثم لا يجوز الفصل بين ((ب)) و ((ع)) من ((بعثك)) الا مقدار عشرين ثانية ، وهكذا

كما في الاذان والقراءة وما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم فـ في
المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود
و باطلاق كلمات الاصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك .

اما لو كان منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد
و اما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى

منه

(كما في الاذان والقراءة) ايضا كذلك ، لا يجوز الفصل بين فصول الاذان و
آيات الحمد باكثر من المتعارف (وما ذكره) الشهيد من اشتراط المولاة في
العقد (حسن لو كان حكم الملك) اي الحكم بالملكية التابعة للمعاملة
(و اللزوم) للمعاملة (في المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا) فانه على هذا -
لولا المولاة لا يكون عقد ، ولو لم يكن عقد ، لم يتحقق الملكية و اللزوم (كما هو)
اي اناطة الملك و اللزوم بصدق العقد (مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود
و باطلاق كلمات الاصحاب في اعتبار العقد في 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)
في قوله سبحانه : احل الله البيع ، و تجارة عن تراض منكم (فلا يضره صدق
العقد) فلا يشترط بالتوالي ، لان صدق العقد كان منوطا بالتوالي بين
الايجاب و القبول ، اما صدق التجارة فلا ينافي بالمولاة فانه اذا قال البائع
لزيد بعثك الكتاب بدينار فقال زيد - بعد سنة - قبلت ، واعطى البائع و
اخذ المشتري ، صدق انه تجارة عن تراض .

(و اما جعل) الشهد (المأخذ في ذلك) المولاة (اعتبارا للاتصال
بين الاستثناء) اي المستثنى (والمستثنى منه) حيث قال - في كلامه المتقدم

فلأنه منشاء الانتقال الى هذه القاعدة فان اكثر الكليات انما يلتفت اليها من التأمل في مورد خاص وقد صرح في القواعد - مكررا - بكون الاصل في هذه القاعدة كذا ويحتمل 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

(وهي مأخوذة) الخ (فلأنه) اي باب الاستثناء (منشاء الانتقال الى هذه القاعدة) اي قاعدة المولات (فان اكثر الكليات) التي يعرفها الانسان (انما يلتفت اليها من التأمل في مورد خاص) مثلا الانتقال الى ((رفع كل فاعل)) و ((كون الضرب كذا)) و ((قاعدة ارخميدس في الماء)) وما اشبه انما كان من بعض الجزئيات - كما لا يخفى - (وقد صرح) الشهيد ((ره)) (في القواعد - مكررا - بكون الاصل في هذه القاعدة كذا) واراد بالاصل المنشأ في الانتقال (ويحتمل بعيدا ان) لا (يكون) مراد الشهيد من قوله ((وهي مأخوذة)) مجرد الاول في الالتفات، بل المراد الموضع الذي يكون الاتصال فيه اقوى فـ (الوجه فيه) اي في كون الاستثناء اصلا، في باب المولاة (ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق) كالوصف والحال والتعويض و المفعول وما اشبه (لخروج المستثنى منه معه) اي من وجود المستثنى - متصلا به - (عن حد الكذب الى الصدق) فانك اذا قلت ((لم يات احد)) وسكت كنت كاذبا فلما الحقته بـ ((الازيد)) صار الكلام صدقا، وهذا بخلاف سائر اللواحق فانك اذا قلت ((ضربت زيدا)) ولم تأت بـ ((في الدار)) او ((بالعصا)) او ما اشبه لم تك كاذبا (فصدقه) اي المستثنى منه (يتوقف عليه) اي على المستثنى (فلذا كان طول الفصل هناك) في 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 والقبول لفظا ولا معنى ، وانما صدق عنوان العقد متوقف على الموالاة (او قراءة) كالحمد ، فان اياتها لا ترتبط بعضها ببعض لفظا او معنى ، وانما 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 مثالا للموالاة (ان المطلوب فى الاسلام الاستمرار فاذا انقطع) الاستمرار بسبب الارتداد (فلا بد من اعادته اى الاسلام (فى اقرب الاوقات) وهو ان بعد الارتداد .

و (اما) الموالاة (فى المسألة) صلاة (الجمعة) التى ذكرها الشهيد (ره)

فلان هيئة الاجتماع فى جميع احوال الصلاة من القيام والركوع والسجود مطلوبة فيقدح الاخلال بها وللتأمل فى هذه الفروع وفى صحة تفريعها على الاصل المذكور مجال .

ثم ان المعيار فى الموالاة موكل الى العرف كما فى الصلاة والقراءة والاذان ونحوها ويظهر من رواية سهل الساعدى المتقدمة فى مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الايجاب والقبول بكلام اجنبى بناءً على ما فهمه الجماعة من ان القبول

(فلان هيئة الاجتماع فى جميع احوال الصلاة من القيام والركوع والسجود) وسائر احوال الصلاة (مطلوبة) عند الشرع (فيقدح الاخلال بها) ولو بتأخير النية ، او يقال ان الموالاة بين تكبيرة الاحرام للمأموم والامام مطلوبة لقوله عليه السلام : انما جعل الامام اماماً ليؤتم به . فالفضل الطويل ضار (و) لا يخفى ان (للتأمل فى هذه الفروع) وانها يشترط فيها الموالاة ام لا — حسب ما ذكره الشهيد (ره) — (وفى صحة تفريعها على الاصل المذكور) اى اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه (مجال) واسع لعدم ارتباط بين ذلك الاصل وهذه الفروع، ثم لا دليل على بعض هذه الفروع ، والله سبحانه العالم .

(ثم ان المعيار فى الموالاة موكل الى العرف كما فى الصلاة) حيث يلزم التتابع فيها والانمحت صورة الصلاة (والقراءة والاذان ونحوها) كاعمال العمرة وغيرها (ويظهر من رواية سهل الساعدى المتقدمة) فى قصة النكاح (فى مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الايجاب والقبول بكلام اجنبى) عن النكاح (بناءً على ما فهمه الجماعة) من الرواية وان القبول كان مقدماً لان القبول كان بعد الايجاب — مباشرة — كما هو محتمل ، فقالوا (ان القبول

فيها قول ذلك الصحابي: زوجنيها والايجاب قوله -ص- بعد فصل طويل :
زوجتكها بما معك من القرآن ولعل هذا موهن آخر للرواية فافهم .
ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة :التنجيز في العقد بان لا يكون معلقا
على شيء بآداة الشرط بان يقصد المتعاقد ان انعقاد المعاملة في صورة وجود
ذلك الشيء لا في غيرها ومن صرح بذلك الشيخ والحلي والعلامة وجميع من
تأخر عنه كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم قدس الله ارواحهم وعن فخر
الدين في شرح الارشاد في باب الوكالة : ان تعليق الوكالة على الشرط لا
يصح عند الامامية ، وكذا غيرها من العقود لازمة كانت او جائزة .

فيها قول ذلك الصحابي :زوجنيها والايجاب قوله) صلى الله عليه وآله وسلم
(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، ومن المعلوم ان هذا المقدار من الفصل المذكور
في الرواية لا يضر الموالاة (ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة) من
العلماء (التنجيز في العقد بان لا يكون) العقد (معلقا على شيء بآداة
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 (ومن صرح بذلك الشيخ والحلي والعلامة و
جميع من تأخر عنه) اي عن العلامة (كالشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم
قدس الله ارواحهم وعن فخر الدين في شرح الارشاد في باب الوكالة ان
تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية ، وكذا غيرها من العقود
لازمة كانت) كالبيع (او جائزة) كالهبة وقوله لا يصح ظاهرة عدم صحة تلك
المعاملة المعلقة لا عدم صحة الشرط .

وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه، و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه والظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد وان لم يتعرض الاكثر في هذا المقام ويدل عليه فحوى فتاويهم ومعاهد الاجماع في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونها من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلما دل على الاذن حتى ان العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة ان يقول الموكل انت وكيلى في يوم الجمعة في ان تبيع عبدى وعلى صحة قوله انت وكيلى ولا تباع عبدى الا في يوم الجمعة مع كون المقصود

المعاملة المعلقة لاعدم صحة الشرط.

(وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه، و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف الاتفاق عليه) هذا (والظاهر) لدى تتبع في كلمات الفقهاء - (عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد وان لم يتعرض الاكثر) لهذا الشرط (في هذا المقام) اى مقام البيع فان تعرضهم له في متفرقات الابواب دال على ان رأيهم عدم الانعقاد في باب البيع (ويدل عليه) اى على عدم الخلاف (فحوى) و اولوية (فتاويهم ومعاهد الاجماع في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونها من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلما دل على الاذن) فاذا كان التنجيز شرط في العقد الجائز كان شرطاً في العقد اللازم بطريق اولى اذ العقد الجائز اخف مؤنة من العقد اللازم (حتى ان العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة ان يقول الموكل) لمن يريد توكله (انت وكيلى في يوم الجمعة في ان تبيع عبدى) حيث علق الوكالة على يوم الجمعة (وعلى صحة قوله انت وكيلى ولا تباع عبدى الا في يوم الجمعة) اذ الوكالة مطلقة، وانما ظرف العمل يوم الجمعة (مع كون المقصود)

واحدًا و فرق بينهما جماعة — بعد الاعتراف بان هذا فى معنى التعليق — بان العقود لما كانت متلقة من الشارع انيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها وان افادت فائدتها فاذا كان الامر كذلك عندهم فى الوكالة فكيف الحال فى البيع وبالجمله فلا شبهة فى اتفاقهم على الحكم و اما الكلام فى وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة فى التذكرة انمناف 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 فرق بينهما جماعة — بعد الاعتراف بان هذا فى معنى التعليق —) اى التسليم ان العبارتين كليهما تعليق لكن احدهما تعليق لفظى والاخر تعليق معنوى (بان العقود لما كانت متلقة من الشارع انيطت بهذه الضوابط) التى من جملتها عدم التعليق (وبطلت) العقود (فيما خرج عنها) اى عن تلك الضوابط فلا ينافى اتحاد المعنى فى العبارتين صحة احدهما دون صحة الاخرى (وان افادت فائدتها) اى وان افادت ((ما خرج)) فائدة ((ما اذا كانت مشمولة للضابطة)) مثلاً ((استأجرتك)) و ((متعتك)) يفيدان معنى واحد ومع 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 (وبالجمله فلا شبهة فى اتفاقهم 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 وهو احد قولى الشافعى واطهرهما عندهم الصحة لان هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لانه لو لم يشأ لم يشتر انتهى .

وتبعه على ذلك الشهيد فى قواعده قال لأن الانتقال بحكم الرضا ولا رضا الامع الجزم والجزم ينافى التعليق ، انتهى . ومقتضى ذلك ان المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول كما صرح به المحقق فى باب الطلاق وذكر المحقق والشهيد الثانى فى الجامع والمسالك فى مسألة —

علق العقد على شرط لم يصح وان شرط المشية) اى مشية المشتري كما لو قال بعثك ان شئت، فقال المشتري: قبلت، وانما لم يصح ولو كان التعليق بالمشية (للجهل بثبوتها) اى مشية المشتري (حال العقد) للجهل بـ (بقاءها) اى المشية (مدته) اى مدة العقد لاحتمال انه شاء اول العقد ولم يشأ اخر العقد بان تبدل رأيه فى الوسط (وهو) اى البطلان وان علق على المشية (احد قولى الشافعى واطهرهما 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 .

(وتبعه على ذلك الشهيد فى قواعده قال لأن الانتقال) للعوضين انما هو (بحكم الرضا) اى ان الرضا يحكم ، ويوجب الانتقال لقوله تعالى : ((الا ان تكون تجارة عن تراض منكم)) (ولا رضا الامع الجزم) اذ لولا الجزم يكون التردد المنافى للرضا (والجزم ينافى التعليق ، انتهى . ومقتضى ذلك) الوجه وهو 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 يكون التعليق على المجهول محذور (المحقق فى باب الطلاق و ذكر المحقق والشهيد الثانى فى الجامع والمسالك فى مسألة

ان كان لى فقد بعته ان التعليق انما ينافى الانشاء فى العقود والايقاعات
حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .

لكن الشهيد فى قواعد ذكر فى الكلام المتقدم ان الجزم ينافى التعليق
لانه بعرضه عدم الحصول ولو 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 ام لا ؟ (ان التعليق انما
ينافى الانشاء فى العقود والايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول
الحصول) كقدوم زيد لا مثل طلوع الشمس .

(لكن الشهيد فى قواعد ذكر فى الكلام المتقدم ان الجزم ينافى التعليق)
مطلقا ولو بامر معلوم الحصول (لانه) اى الشرط (بعرضه) و معرضية (عدم
الحصول) اذ الشرط فى نفسه له وجهان (ولو قدر) و فرض (العلم بحصوله
كالتعليق على الوصف) الذى هو معلوم الحصول ، وانما نقول بان فرض علمنا
بحصول الشرط لا يكفى (لأن الاعتبار بجنس الشرط) والشرط فى نفسه له
وجهان — كما تقدم — (دون انواعه) التى منها معلوم الحصول (فاعتبر)
الشهيد (المعنى العام) فى الشرط و هو كونه ذا وجهين : الحصول والعدم
(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 وانت وكلت خالدا فى بيعه ، فينكر ان يكون المال ماله

ان كان لى فقد بعته .

قلت هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة

وينكر توكيله لخالده فى بيع ماله — ولا يخفى ان قوله : ((فى صورة انكار التوكيل)) لا ربط له بالاشكال والجواب ، وانما هو كالجمله المعترضة (ان كان لى فقد بعته) وحاصل 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 ، وعليه فالضار انما هو بعض انواع التعليق ، لكل تعليق اذا التعليق على ثلاثة اقسام :
الاول : التعليق على امر متوقع لا يعلم حصوله كقوله : ((ان جاء زيد فقد بعته)) .

الثانى : التعليق على امر يحصل قطعاً و هما يعلمان بذلك فيقول : ((ان جاء زيد بعته هذا الشئ)) .

الثالث : ان يكون الشرط واقعاً الآن نحو : ((ان كان لى فقد بعته))
والشهيد يقول : ببطلان القسم الثانى ايضا ، كبطلان القسم الاول والمستشكل يقول : وعلى هذا فاللازم بطلان القسم الثالث ايضا .

(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 وثابت للعاقد — وكلاهما 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

للقوع او مصاحب له لامعلق عليه القوع .

وكذا لو قال فى صورة انكار وكالة التزويج - حيث تدعيه المرأة - ان كانت زوجتى فهى طالق انتهى كلامه وعلل العلامة فى القواعد صحة ((ان كان لى فقد بعته)) بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً

للقوع) اى وقع البيع فقوله : ((ان كان لى فقد بعته)) بمنزله ((لما كان لى فقد بعته)) فالعلة فى البيع كونه للبائع (او مصاحب له) اى للقوع فقوله ((ان كان لى فقد بعته)) بمنزله ((هو لى فبعته)) حيث ان العلة للبيع شئ آخر، و على كلال التقديرين (لا) يكون قوله ((ان كان لى)) (معلق عليه القوع) فالبيع لم يعلق على شئ ، اذ ((الشرط)) اما علة او مصاحب و ليس ((شرطاً)) واقعياً بل هو صورة الشرط فقط وعليه ففرق بين القسم الثانى الذى هو شرط واقعا وبين القسم الثالث الذى هو شرط صورة فقط فلا يلزم من بطلان الثانى بطلان الثالث .

(وكذا) لا تلازم بين بطلان التعليق و بطلان صورة التعليق فى مسألة الطلاق كما (لو قال) الرجل فى صورة ما اذا نسب اليه انه وكل خالد افسى تزويج هند - مثلاً - فقال (فى صورة انكار وكالة التزويج) وانكار التزويج - (حيث تدعيه المرأة -) فيما اذا جاءت الى الحاكم وقالت : ان فلانا وكل فسى زواجى لنفسه وقد زوجت منه فقال الرجل (ان كانت زوجتى فهى طالق) فان الطلاق يقع لو كانت زوجته واقعا - اذ ليست الزوجية امراً متوقفاً فى المستقبل بل انما هو امر حاصل واقع (انتهى كلامه) اى كلام الشهيد ((ره)) وعلل العلامة فى القواعد صحة ((ان كان لى فقد بعته)) (المعلق على شرط وقد كان مقتضى القاعدة بطلانه - لما عرفت من لزوم التنجيز فى العقد -) بانه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً) لانه شرط صورى - و ليس

وكذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه انتهى .
وتفصيل الكلام ان المعلق عليه اما ان يكون معلوم التحقق، واما ان يكون محتمل
التحقق وعلى الوجهين فاما ان يكون تحققاً للمعلوم والمحمّل في الحال والمستقبل
وعلى التقادير فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححاً للعقد ككون الشيء مما يصح
تملكه شرعاً او مما يصح اخراجه عن الملك كغير ام الولد وغير الموقوف عليه ونحوه و

شرطاً حقيقياً .

(وكذا كل شرط علم وجوده فانه لا يوجب شكاً في البيع) وانه هل وقع
ام لا؟ بخلاف الشرط الذي لا يعلم هل يكون ام لا؟ كما لو قال بعثتك ان
جاء زيد (ولا) شكافى (وقوعه) ان الشرط المحقق لا يجعل العقد ذا
احتمالين، احتمال الوقوع واحتمال العدم (انتهى) كلام العلامة .
(وتفصيل الكلام) في باب الشرط (ان المعلق عليهما ما ان يكون معلوم التحقق، واما
ان يكون محتمل التحقق وعلى الوجهين فاما ان يكون تحققه المعلوم او تحققه المحتمل
في الحال والمستقبل) فمعلوم التحقق في الحال نحو ((ان كان لى)) وفسى
المستقبل نحو ((ان طلعت الشمس)) ومحمّل التحقق في الحال نحو ((ان كان
زيد جائياً)) وفي المستقبل نحو ((ان جاء زيد)) (وعلى التقادير) الاربعة
(فاما ان يكون الشرط مصححاً للعقد) بحيث لولا 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
اخرجه عن الملك (كغير ام الولد وغير الموقوف عليه ونحوه) كغير منذور
التصدق بعينه كما لو قال ((ان لم يكن وقفاً فقد بعته)) والفرق ان ((الخنزير))
لا يصح ملكه والوقف الخاص لا يصح اخراجه عن الملك مع انه بذاته ملك (و

كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا أو ممن يجوز العقد معه بان يكون بالغاً . واما ان لا يكون كذلك .

ثم التعليق اما مصرح به ، واما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة وقوله فى القرض والهبة خذ هذا بعوضه او خذه بلا عوض يوم الجمعة فان التملك معلق على تحقق الجمعة فى الحال او فى الاستقبال ولهذا احتمل العلامة فى النهاية 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 بعثك)) فان القلم الذى يريد بيعه — مثلا — ملك وقابل للاخراج عن الملك لكن المشتري ليس قابلا للانتقال اليه (او ممن يجوز العقد معه) بان يصح تملكه لكنه لا يجوز العقد معه (بان يكون بالغاً) فان غير البالغ لا يصح العقد معه وان صح تملكه ، فانه ليس كالعبد . (واما 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 بعثك)) .

(واما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة) فان يوم الجمعة شرط فى هذه الصورة (وقوله فى) بابى (القرض والهبة) (خذ هذا بعوضه) (يوم الجمعة) (او خذه بلا عوض يوم الجمعة) فان يوم الجمعة شرط اذ (التملك معلق على تحقق الجمعة فى الحال او فى الاستقبال) فيما كانت صورته الشرطية ((ان كان هذا اليوم الجمعة)) او ((ان جاء يوم الجمعة)) — ولهذا احتمل العلامة فى النهاية ولده فى الايضاح بطلان بيع الوارث

لمال موروثه بظن موته معللا بان العقد وانكان منجزا فى الصورة الا انه معلق والتقدير ان مات مورثى فقد بعته فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر انه غير قاذح ، وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة و الشهيدين والمحقق الثانى والصيمرى ، وحكى ايضا عن المبسوط والايضاح فى مسألة لوقال ((ان كان لى فقد بعته)) بل لم يوجد فى ذلك خلاف صريح ولذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا وما كان معلوم الحصول فى المستقبل وهو المعبر عنه بالصفة فالظاهر انه داخل فى معقد اتفاقهم على

لمال موروثه بظن موته معللا (بالطلان) بان العقد وانكان منجزا فى الصورة لانه يقول ((بعته هذه الدار التى هى لى)) (الا انه معلق) فى التقدير و الواقع ، (والتقدير ان مات مورثى فقد بعته) فقول المصنف ((ولذا)) بيان ان الشرط قد يكون تقديريا ، وان لم يكن صوريا ، وان حاله كحال الشرط الصورى (فما كان منها) اى من اقسام الشرط (معلوم الحصول حين العقد فالظاهر انه غير قاذح ، وفاقا لمن عرفت كلامه) من الفقهاء (كالمحقق والعلامة و الشهيدين والمحقق الثانى والصيمرى ، وحكى ايضا عن المبسوط والايضاح فى مسألة لوقال ((ان كان لى فقد بعته))) فى حال كون المال له واقعا (بل لم يوجد فى ذلك) اى صحة مثل هذا التعليق (خلاف صريح ولذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه) اى فى التعليق على الشرط المعلوم حصوله (صريحا وما كان معلوم الحصول فى المستقبل) مثل ان طلعت الشمس (وهو المعبر عنه) فى كلام الفقهاء (بالصفة) لان اول هذا الشرط الى الوصف اذ معنى ((ان طلعت الشمس فقد بعته)) ((بعته وقت طلوع الشمس)) فوقت الطلوع صفة للبيع (فالظاهر انه داخل فى معقد اتفاقهم على

عدم الجواز وان كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجرى فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه ونحو 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 ايضا انتهى فان ذيله يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية .

نعم مماثلته للعتق مختصة بهم وما كان منها مشكوك الحصول وليس صحة العقد معلقة فى الواقع عليه

عدم الجواز ، وان كان تعليلهم للمنع (وعدم الجواز) باشتراط الجزم لا يجرى فيه) اذ الشرط هنا مجزوم به فانهما يعلمان طلوع الشمس - مثلاً - (كما اعترف به) اى بكون الوصف مجزوماً به ، وليس كالشرط المجهول حصوله (الشهيد فيما تقدم عنه ونحوه 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) ايضا (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 (وعندنا) معاشر الشيعة (مثل العتق ايضا) لا يصح ان يقول ((اذا جاء رأس الشهر اعتقتك)) بخلافه عندهم فان العامة يصحون العتق المشروط (انتهى) كلام المبسوط (فان ذيله) وهو قوله ((وعندنا مثل العتق)) يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية (بل العامة ايضا قائلون ببطلان مثل هذا الشرط .

(نعم مماثلته) اى الوقف (للعتق مختص بهم) هذا تمام الكلام فى معلوم الحصول فى الحال ، وفى المستقبل (وما كان منها) اى من الشرائط (مشكوك الحصول) (والحال انه) ليس صحة العقد معلقة عليه فى الواقع اى ليس من قبيل

كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم وما كان صحة العقد معلقة عليه كالامثلة المتقدمة فظاهر اطلاق كلامهم يشملها الا ان الشيخ في المبسوط حكى في مسألة ((ان كان لى فقد بعته)) قولا من بعض الناس بالصحة وان الشرط لا يضره مستدلا بانه لم يشترط الا ما يقضيه اطلاق العقد لانه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل اذا كان اذن له في الشراء فاذا اقتضاء

قابلية المبيع للملك، او قابليته للاخراج عن الملك او ما اشبه مما تقدم (كقدوم الحاج) فان صحة العقد ليس معلقا على قدوم الحاج وانما هو شرط يشترط المتعاملان فيما لو قال بعتك اذا جاء الحاج (فهو المتيقن من معقد اتفاقهم) بالبطلان (وما كان) من الشروط (صحة العقد معلقة عليه) فى الواقع (كالامثلة المتقدمة) من الملكية، و الاخراج عن الملك، و قابلية المشتري للملك و قابليته للعقد (فظاهر اطلاق كلامهم) بعدم صحة التعليق (يشمله) فاذا قال ((ان كان هذا شاة لا خنزيرا)) او ((اذا كان طلقا لا وقفا)) او ((اذا كنت ايها المشتري حرا لاعبدا)) او ((اذا كنت ايها المشتري بالغاً لا مراهقا)) - مثلاً - فقد بعتك، لم يصح البيع وان كان الشرط شرطاً فى الواقع (الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة ((ان كان لى فقد بعته)) قولا من بعض الناس بالصحة (مع انه تعليق على شرط صحة العقد المتوقف عليه (و) قال (ان - الشرط لا يضره) اى لا يضر العقد (مستدلا بانه لم يشترط الا ما يقضيه اطلاق العقد) فانه اذا اطلق العقد ، وقال ((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 اقتضاء) اى هذا الشرط

الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن او تسليم
 العثم او ما اشبه ذلك انتهى وهذا الكلام وان 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 فى الواقع وتعليقه ببعض
 مقدماته كالاتزام ببعض غاياته فكما لا يضر الزام بما يقتضى العقد التزامه كذلك
 التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه ومقيدا به وهذا الوجه وان لم ينهض
 لدفع محذور التعليق فى انشاء العقد

(الاطلاق) للعقد (لم يضر اظهاره) لفظا (وشرطه) فى ضمن العقد (كما لو
 شرط فى البيع تسليم الثمن او تسليم العثم او ما اشبه ذلك) مما يقتضيه
 الاطلاق (انتهى) كلام الشيخ (وهذا الكلام وان حكاه) الشيخ (عن بعض
 الناس الا ان الظاهر) من سكوته عليه وعدم مناقشته له (ارتضاؤه) لمو 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 فى الواقع (نحو ان كان لى فقد بعته) (وتعليقه) (اي العقد) (ببعض
 مقدماته) (اي مقدمات العقد ككون المال للبائع) (كالالاتزام ببعض غاياته) مثل
 الزام المشتري بان يدفع الثمن حالا، قوله ((وتعليقه)) مبتدء خبره ((كالالاتزام))
 (فكما لا يضر الاتزام) كالالاتزام البائع للمشتري تسليم الثمن حالا - مثلا - (بما يقتضى)
 اطلاق (العقد التزامه) اذ لولا هذا الشرط فى اللفظ، اقتضاء العقد فى
 نفسه (كذلك) لا يضر (التعليق بما كان الاطلاق) للعقد (معلقا عليه) فى
 الواقع (ومقيدا به) فى الحقيقة (وهذا الوجه) الذى ذكره الشيخ لتصحيح
 التعليق (وان لم ينهض لدفع محذور التعليق فى انشاء العقد) اذ ظاهر
 الشرط انه شرط للانشاء والحال انه شرط للأثر فكون العثم مال البائع فى قوله

لان المعلق على ذلك الشرط - في الواقع - هو ترتب الاثر الشرعى على ذلك العقد دون انشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفة المتكلم فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شئ والمعلق على شئ ليس معلقا فى كلام المتكلم على شئ بل ولا منجزا بل هو خارج عن مدلول الكلام الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له كاف فى عدم الظن بتحقيق الاجماع عليه مع ان ظاهر هذا التوجيه

((ان كان لى فقد بعته)) شرط لترتب الاثر انه شرط للانشاء، فان الاثر لا يحصل الا بكون المثل مال البائع، اما الانشاء فهو يحصل ولو لم يكن المثل مال البائع (لان المعلق على ذلك الشرط) نحو ((ان كان لى)) - فى الواقع - : هو ترتب الاثر الشرعى على ذلك العقد (فلولا الشرط لم يحصل نقل وانتقال (دون انشاء مدلول الكلام) اى مدلول ((بعته)) (الذى) اى الانشاء الذى (هو وظيفة المتكلم) وليس من وظائف الشارع، فالانشاء وظيفة المتكلم وترتيب الاثر وظيفة الشارع (فالمعلق فى كلام المتكلم) الذى هو الانشاء (غير معلق فى الواقع) والحقيقة (على شئ) اذ الانشاء للبيع ليس معلقا على كون المال للمتكلم (والمعلق على شئ) وهو الاثر شرعى الترتب على الانشاء (ليس معلقا فى كلام المتكلم على شئ) لان البائع لم يعلق الاثر الشرعى، وانما علق انشاءه (بل ولا منجزا) فى كلامه، فان الاثر الشرعى وظيفة الشارع فلم يعلقه البائع ولم 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 بتحقيق الاجماع عليه) فلا جماع على بطلان التعليق وكيف ينعقد الاجماع مع مخالفة مثل الشيخ (مع ان ظاهر هذا التوجيه) الذى وجه الشيخ به كلام القائل بجواز التعليق

لعدم قدح التعليق يدل على ان محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم و يؤيد ذلك ان الشهيد فى قواعد جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البايع بعثك ان قبلت ويظهر منه ذلك ايضا فى اواخر القواعد .

ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسألة هو الاجماع وربما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق

(لعدم قدح التعليق) بالمعاملة (يدل على ان محل الكلام) فى جواز التعليق وعدمه ، انما هو (فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه) اما اذا علم وجود المعلق عليه فلا بأس بالتعليق (فلا وجه لتوهم اختصاصه) اى اختصاص محل الكلام (بصورة العلم) بان يقال ان صورة الجهل بوجود الشرط مفروغ عنها فى كونه موجبا للبطلان ، وان محل الخلاف صورة العلم بوجود الشرط ، والحاصل ان محل الكلام صورة الجهل ، اما صورة العلم فلا كلام فى صحته (ويؤيد ذلك) الذى 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 البايع بعثك ان قبلت) فان القبول شرط فى انعقاد البيع ، فاشتراط البايع لهلا بأس به (ويظهر منه) اى من الشهيد (ذلك) الجواز والصحة (ايضا فى اواخر القواعد) فلا جماع فى المسألة حتى يستند اليه فى بطلان التعليق فى صورة العلم .

(ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسألة) اى مسألة عدم صحة التعليق (هو الاجماع) واذا لم يكن اجماع فلا مستند لعدم الجواز (وربما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التجيز) فى العقد و بطلان التعليق (هو عدم قابلية الانشاء للتعليق) لان الانشاء ايجاد والايجاد بين وجود وعدم ، اما ان يكون معلقا

وبطلانه واضح لان المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه وان الكلام في انه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله هذا لك ان جاء زيد وخذ المال قرضا او قرضا اذا اخذته من فلان ونحو ذلك فلا ريب في انه امر متصور واقع في العرف والشرع كثيرا في الاوامر والمعاملات من العقود والايقات ويتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية

فلا يعقل (وبطلانه) اي بطلان ((ان الانشاء ليس قابلا للتعليق)) (واضح) لدى التأمل (لان المراد بالانشاء) الذي قلتم بانه لا يعقل فيه التعليق (ان كان هو مدلول الكلام) ومعناه (فالتعليق غير متصور فيه) اي المدلول يوجد بوجود الكلام فليس له حاله معلقه (الا ان الكلام) اي كلامنا ((في صحة تعليق الانشاء)) (ليس فيه) اي ليس في الانشاء الذي بمعنى مدلول الكلام (و ان الكلام) في عدم صحة تعليق الانشاء - على ما ذكره القائل بالبطلان - (في انه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير) مثلا سواء جاء زيدا (لا فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون) تقدير (آخر) ام لا يصح هذا النحو من التعليق (كقوله هذا لك ان جاء زيد وخذ المال قرضا) في باب القرض (او قرضا) في باب المضاربة (اذا اخذته من فلان ونحو ذلك) من الشرائط (فلا ريب في انه) هذا النحو من التعليق (امر متصور واقع في العرف والشرع كثيرا في الاوامر) كان يقال اضع زيدا ان احترمك وكقوله سبحانه : ((كاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا)) (والمعاملات من العقود والايقات) كقولك بعثك ان جاء زيد ، وزوجته طالق ان فعل كذا ، فتبين ان قول القائل ((لا يعقل التعليق في الانشاء)) ليس بتمام ((ويتلو هذا الوجه)) اي عدم امكان التعليق في الانشاء (في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سببية

العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعلق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك وفيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحقوا للزوم في مثل اوفوا بالعقود لان دليل حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد اوفوا بالعقود الا مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترتب تحقق المعلق

العقد (للاثر الخاص كسببية عقد البيع لان انتقال الملك و سببية النكاح للزوجية وكذلك في الايقاعات كسببية الطلاق للفرقة بل وفي الاحكام كسببية الزنا للجلد - مثلا - ترتب مسببه عليه) في (حال وقوعه) اي وقوع السبب (فتعلق اثره) اي اثر العقد (بشرط من المتعاقدين) كتعلق اثر البيع بشرط طلوع الشمس او قدوم زيد (مخالف لذلك) الاقتضاء والتلازم بين السبب والمسبب (وفيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة) للعقد (و) ادلة (للزوم في مثل اوفوا بالعقود) 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) (وتسلط الناس على اموالهم) في الحديث الوارد بان الناس مسلطون على اموالهم (كاف في اثبات ذلك) التعليق ، اذ حلية البيع ظاهرها الحلية كيف ما وقعاه و سلطنة الناس تقتضي صحة ايقاع المعاملة ولو معلقة بالشرط لان الناس مسلطون على امالهم يبيعونه بلا شرط او بشرط (ان العقد) كما في اوفوا بالعقود (سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله) ان مطلقا او معلقا فلا دلالة لاوفوا بالعقود على كون العقد سبب لوقوع الاثر بعده مباشرة (فليس مفاد اوفوا بالعقود الا) مثل (مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد اذا وقع على وجه التعليق فترتب تحقق المعلق

عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد .

والحاصل انه ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها وان اريد به الاثر الشرعى وهو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى الملك غير المعلق وان كان معلقا فاثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا

(عليه) اى الشرط (في تحقق المعلق) اى العهد (لا يوجب عدم الوفاء بالعهد) فلو قال اعاهدك عدم الحرب من اول السنة الآتية كان مقتضى العهد ذلك لان مقتضاه عدم الحرب بعد التلفظ بالعهد مباشرة وكذلك فى اوفوا بالعقود .

(والحاصل انه) اى المستشكل (ان اريد بالمسبب) للعقد الذى قال بانه يلزم اتصاله بالعقد الذى هو سبب (هو مدلول العقد) اللفظى (فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها) اذ مدلول كل شئ لا يتخلف عنه ، لكن هذا الكلام لا ربط له بما نحن فيه الذى هو عبارة عن صحة العقد المعلق وعدم صحته (وان اريد به) اى بالمسبب (الاثر الشرعى وهو ثبوت الملكية) بان يكون مراده ان الملك يثبت بمجرد التلفظ بلفظ العقد فلا يصح تأخير الملكية بسبب الشرط والتعليق (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 (وان كان) البيع (معلقا فاثره الملكية المعلقة) انما يحصل بعد ذلك الشرط (مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا) فالعقد ليس سببا تاما بل السبب العقد وامور اخر ، فاذا كان

مع ان ما ذكره لايجرى فى مثل قوله بعثك ان شئت او ان قبلت فقال قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه مع ان هذا لايجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال فان العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفا مع ان ما ذكره لايجرى فى غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنه

بعض السبب متأخرا - كالشرط - يكون المسبب الذى هو الملك متأخرا عنهما ومن جملة تخلف الملك عن العقد الفضولى على القول بالنقل والوصية بالنسبة الى ملك الموصى له، والوقف الخاص بالنسبة الى البطون وغيرها (مع ان ما ذكره) من لزوم التخلف فى ما اذا كان البيع معلقا والتخلف غير ممكن فالتعليق غير صحيح (لايجرى فى مثل قوله) اى قول البائع (بعثك ان شئت) بصيغة الخطاب (او ان قبلت) او ان رضيت او ما اشبهه (فقال) المشتري (قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه) اى عن العقد، فلا بطلان، مع ان تعليقاً لكلية لتي ادعاها المستدل من ان كل شرط تعليق والتعليق مستلزم للتخلف الباطل، غير تام اذ ليس كل تعليق مستلزماً للتخلف (مع ان هذا) الاستدلال الذى ذكره لبطلان الشرط من انه مستلزم للتخلف (لايجرى فى الشرط المشكوك التحقق فى الحال) فيما كان فى الواقع موجودا كما لو قال بعثك ان كان زيد فى الدار (فان العقد حينئذ) اى حين شرط الشرط المشكوك (يكون مراعى) بوجوده فى الخارج وعدمه - مراعى ظاهرياً - (لا موقوفا) ومتوقفا على شرط استقبالى (مع ان ما ذكره) من ان التخلف غير جائز فلا يصح التعليق (لايجرى فى غيره) اى غير البيع (من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنها) فهذا الاستدلال لولم فانما يتم فى البيع لا فى مثل

كما لا يخفى و ليس الكلام فى خصوص البيع و ليس هذا الشرط فى كل عقد دليل عليه 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 والوصية ونحوهما (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 ام لا (فى خصوص البيع) فمن يريد منع الشرط فى العقد يلزم عليه ان يأتى بدليل جار فى البيع و غير البيع لبدليل جار فى البيع دون ما سواه (و الحال انه (ليس على هذا الشرط) اى شرط التنجيز فى العقود ، وبطلان التعليق (فى كل عقد دليل عليه) 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 ((وليس الكلام)) و ((وليس على هذا الشرط)) من تنتمى قوله ((مع ان ما ذكره لا يجرى)) (ثم الاضعف) فى كونه دليلا على اشتراط التنجيز فى البيع (من الوجه المتقدم) الذى بينه بقوله ((ويتلو 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 (وليس) 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)) وادلة سائر العقود كاف في التوقيف وبالجملة فاثبات هذا الشرط في العقود مع عموم ادلتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققا او منقولا مشكل .

ثم ان القادح هو تعليق الانشاء واما اذا انشاء من غير تعليق صح العقد وان كان المنشئ مترددا في ترتب الاثر

و((وجوب الوفاء بالعقود)) وادلة سائر العقود كالدليل الدال على صحة الرهن والمزارة والمساقاة والمضاربة وما اشبه (كاف في التوقيف) اى فى ان الشارع اجاز ما يسمى بهذه العقود سواء كان المسمى بدون التعليق او مع التعليق .

والحاصل انا نسلم توقيفية العقود لكن نقول ان الاطلاقات شاملة للعقد المعلق ايضا فلاوجه لقولكم بان القدر المتيقن العقد بدون التعليق اذ القدر المتيقن انما يلزم فى صورة الاجمال فى الدليل لافى صورة الاطلاق (وبالجملة فاثبات هذا الشرط) اى شرط التنجيز (فى العقود مع عموم ادلتها) اى ادلة العقود ، العموم الشامل للمعلق ايضا كشموله للمنجز (ووقوع 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 منقولا مشكل) فالمستند منحصر فى الاجماع ، والاجماع مناقش فيه كبرى وصغرى 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)) (واما اذا انشاء من غير تعليق صح العقد وان كان المنشئ) بصيغة اسم الفاعل (مترددا فى ترتب الاثر

عليه شرعا او عرفا كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم ان المال له او ان المبيع مما يتمول او ان المشتري راض حين الايجاب ام 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 يصح هذا البيع ام لا؟ او لم يعلم هل ان العرف يرون نفوذ هذا البيع ام لا؟ (كمن ينشئ البيع) على مال خاص (وهو لا يعلم ان المال له او ان المبيع ما يتمول) وليس مما يتمول عرفا كبيع الهرة مثلا (او ان المشتري راض حين الايجاب ام لا) ليس براض بناء على اشتراط رضائيهما من اول الايجاب الى اخر القبول (او غير ذلك) من الشرط (مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا او شرعا) ان الشروط العرفية ايضا مما امضاها الشارع غالبا (بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر عليه) اي على العقد (اذا تحقق القصد الى التملك العرفي) ان مقومات البيع حينئذ موجودة والاعتقاد 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 كعدم الزوجية

او الشك فيها فى انشاء الطلاق فانه لا يتحقق القصد اليه منجزاً من دون العلم بالزوجية .

وكذا الرقية فى العتق وحينئذ فاذا مست الحاجة الى شئ 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 ام لا ؟ (فى انشاء الطلاق) وانما نقول بفقد الشرط المقدم (فانه لا يتحقق القصد اليه منجزاً من دون العلم بالزوجية) فمع الشك يفقد القصد المقدم فكيف بما اذا قطع بانها ليست زوجية .

(وكذا الرقية فى العتق) فانه اذا لم يعلم انه عبده سواء شك فى ذلك او قطع بانها ليس عبده لا يتمكن من القصد الى انشاء الحرية (وحينئذ) اى حين اذا لا يمكن الانشاء فى الطلاق و العتق مع الشك (فاذا مست الحاجة الى شئ من ذلك) الطلاق او العتق او نحوهما (للاحتياط) كما لو تزوج امرأة ثم شك فى انها رضية معه ام لا فاراد طلاقها حتى يتخلص من الشبهة و تتمكن المرأة من الزواج بلا شبهة وكذلك لو نذر عتق عبد ثم شك فى انسه عبده ام لا واراد الاحتياط بالعتق (وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء) تعليقاً (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 حر (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 ، وانما يشرط الجاهل حتى يتمكن من قصد الانشاء (بايقاعه) اى لا يوقع الطلاق و العتق

ولا يقدح في تعليق الوكاله واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لان فساد الوكاله بالتعليق لا يوجب ارتفاع الاذن الا ان ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشك في انها محرمة عليه فظهر - حلها وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد قال وكذا الايقاعات كما لو خالع امرأة او طلقها وهو شاك في زوجيتها او ولي نائب الامام قاضيا لا يعلم اهليته وان ظهر اهلام قال ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته فبان

(ولا يقدح فيه تعليق الوكاله واقعا على كون الموكل مالكا للفعل) اي لفعل الطلاق والعق ، اذ لو لم يكن الموكل يملك مورد الوكاله كانت الوكاله باطلة كما لو وكله زيد لبيع دار ليست له ، وانما قلنا لا يقدح (لان فساد الوكاله بالتعليق) الواقعي - وان لم يأت بالشرط في اللفظ - (لا يوجب ارتفاع الاذن) ومن المعلوم ان الاذن كاف في صحة الطلاق والعق اذا كانت زوجة الموكل وكان عبداله (الا ان ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان) في صورة التعليق (فيما لو زوج امرأة يشك في انها محرمة عليه) لرضاع او نسب او مصاهرة ، ام لا ؟ (فظهرت) ، تلك المرأة بعد الزواج (حلها وعلل ذلك) البطلان للزواج (بعدم الجزم حال العقد) ثم (قال) الشهيد (وكذا الايقاعات) باطلة اذا لم يكن هناك جزم - وهذا الكلام من الشهيد مناف لما ذكرناه من صحة الطلاق والعق وان لم يكن جازما - قال (كما لو خالع امرأة او طلقها وهو شاك في زوجيتها) له (او ولي نائب الامام قاضيا لا يعلم اهليته) اذ تولية القاضي من الايقاعات فمع الشك في اهليته لا يصح توليته (وان ظهر) بعد ذلك كونه (اهلا) للقضاء (ثم قال) الشهيد (ويخرج من هذا) الذي ذكرناه من عدم صحة العقد والايقاع مع الشك (بيع مال مورثه لظنه حياته) وان 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 وكذا لو زوج امة ابيه فظهر ميتا انتهى .
والظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بامكان الجزم فيهما دون مثال
الطلاق فانهم و قال فى موضع اخر ولو طلق بحضور خنثيين

البيع كان (ميتا) واما نقول بصحة البيع مع ان البائع لا يجزم يكون المال لنفسه
(لان الجزم) بالبيع (هنا حاصل لكن خصوصية البائع) وانه المورث او الوارث
(غير معلومة و ان قيل) هنا (البطلان) للبيع (امكن) اذ له وجه (لعدم
القصد) من الوارث (الى نقل ملكه) واما قصد نقل ملك مورثه (وكذا لو زوج
امة ابيه فظهر) الاب (ميتا) و ان الامة كانت لنفسه فان له وجهين الصحة
والبطلان لما عرفت (انتهى) كلام الشهيد ((ره)) .

(والظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه) المراد بالطلاق الاعم من
الخلع - لانه ايضا طلاق - والطرفان هما مسألة الزواج و مسألة تولية القاضى
(بامكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق) اذ الطلاق اخذ فى مفهومه ازاله
علقة الزوجية - فاللازم الجزم بالزوجية حتى يتحقق مفهوم الطلاق - بخلاف
الزواج فانه لم يؤخذ فى مفهوم ((عدم المحرمية)) وكذلك لم يؤخذ فى مفهوم
التولية للقاضى ((العدالة)) فمن الممكن جزم الشاك فى المحرمية والعدالة
عند اجراء الزواج والتولية، ولكن الطلاق لا يمكن الجزم به فى حال شك فى انها زوجة ام لا
(فانهم) اذ لا فرق فى عدم امكان الجزم مع الشك، فى كون شئ داخلا فى المفهوم او
شرطا، فان الشاك فى المحرمية لا يتمكن من ان يجزم بالزواج كما ان الشاك فى الزوجية لا
يتمكن من ان يجزم بالطلاق فحشر الشهيد الامثلة الثلاثة فى باب واحد لا بأس به
(و قال فى موضع اخر ولو طلق بحضور خنثيين) فانه يشك فى صحة الطلاق

فظهرها رجلين امكن الصحة وكذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا ويشكلان في العالم بالحكم لعدم قصد هما الى طلاق صحيح انتهى ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول فلواختلفا في المضمون بان اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري والتمن والتمن او توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه اخر لم ينعقد و وجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالايجاب

حينئذ اذ شرط الطلاق حضور رجلين عدلين والخنثى لا يعرف انه رجل ا و انثى (فظهرها) بعد الطلاق كونها (رجلين امكن الصحة) لانه جـازم بالطلاق وانما الشك في الشرط، وقد كان الشرط موجودا واقعا (وكذا) اذا طلق (بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا) ثم قال (و يشكلان) اي صحة الطلاق في موردى الشك في الذكورة وفي العدالة (في العالم بالحكم) بان علم بانه لا يصح الطلاق بحضور غير الرجل وغير العادل (لعدم قصد هما الى طلاق صحيح) فلا يتمش منهما الانشاء (انتهى) كلام الشهيد ((ومن جملة شروط العقد)) المعتبرة فيه (التطابق بين الايجاب و القبول فلواختلفا في المضمون بان اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري) كما لو باع مقيدا بكون المشتري زيدا فبان عمرو (او التمن) كان باع الفرس، لا الحمار (او التمن) كان باع بالف دينار، لا عشرة الاف 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 درهم او سكنى عمرو (لم ينعقد) البيع (و وجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالايجاب) وهنا لارضى للمشتري بالايجاب الصادر من البائع، وانما رضى بشئ اخر، وان شئت قلت: لم ينصب

وحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا فقال اشتريته لنفسى لم ينعقد ولو قال بعته هذا من موكلك فقال الموكل غير المخاطب: قبلت، صح .

وكذا لو قال بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل ولو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن او نصفه لم ينعقد .

وكذا لو قال بعتك العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير ولو قال للاثنيين بعتهما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم

البيع والشراء على شئ واحد فلا معاملة ولا عقد (وحينئذ) اى حين اشترط هذا الشرط (لو قال) البائع للمشتري (بعته من موكلك بكذا فقال) المشتري اشتريته لنفسى لم ينعقد (البيع (ولو قال) البائع (بعته هذا) الشئ كالفرس (من موكلك فقال الموكل) الذى هو (غير المخاطب: قبلت، صح) لان اركان المعاملة تامة فان البيع كان من زيد الموكل فعدم جواب الوكيل لا يضر .

(وكذا لو قال بعتك) خطابا لزيد (فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل) صح ايضا اذا الاعتبار بوحدة البائع والمشتري وقد حصلت اما كون الجواب صادرا من الموكل او الوكيل فليس من مقومات المعاملة (ولو قال بعتك العبد بكذا) دينارا (فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن او) اشتريت نصفه بـ (نصفه) اى نصف الثمن (لم ينعقد) اذ البيع كان للكل والاشتراء للنصف فلم يصب الايجاب والقبول على شئ واحد ولكن يحتمل الصحة هنا اذ هو من قبيل ظهور بعض السلعة للغير وانما يتدارك بالخيار .

(وكذا لو قال بعتك العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير) لم يصح لان الثمن فى القبول غير الثمن فى الايجاب (ولو قال للاثنيين) اى لنفرين (بعتهما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم

يقع ولو قال كل منهما ذلك لا يبعد الجواز ونحوه لو قال البائع بعثك العبد بمأة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين وفيه اشكال

ومن جملة الشروط في العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء فلو كان المشتري في 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 والجنون والاعماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاودة

يقع) لان البائع انما اوقع البيع على المجموع ولم يكن الاشتراء كذلك وانما كان على نصفه وتحتمل هنا الصحة لما تقدم (ولو قال كل منهما) اي من الاثنين (ذلك) اللفظ بان قالوا اشترينا نصفه بنصف الثمن (لا يبعد الجواز) اي الصحة لان الايجاب والقبول انصبا على شئ واحد (ونحوه لو قال البائع بعثك العبد بمأة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين) فانه لا يبعد الجواز (وفيه اشكال) اذ الايجاب كان منصبا على المجموع بما هو مجموع و القبول انصب على كل نصف فلم يتواردا على شئ واحد (ومن جملة الشروط في العقد) وهذا الشرط ليس في الحقيقة راجعا الى العقد كما لا يخفى (ان يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للقبول كان مجنونا ثم افق في حال القبول (او خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب) بان اوجب فاعى عليه وفي حال اغماؤه قال المشتري : قبلت - مثلا - (لم ينعقد) العقد (ثم ان عدم قابليتهما) في وقت الايجاب او القبول (ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والاعماء بل النوم) لان النائم ايضا غير قابل (فوجه الاعتبار) لهذا الشرط (عدم تحقق معنى المعاودة

والمعاهدة حينئذ .

واما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط حقيقة لا ركن فان حقيقة الوصية الايضاء ولذا لومات قبل القبول قام وارثه مقامه ولورد جاز له القبول بعد ذلك وان كان لعدم الاعتبار برضاها فلخروجه ايضا عن مفهوم التعاهد والتعاقد لان المعتبر فيه

والمعاهدة حينئذ) فانه لا يسمى عقدا ما لو كان احد الطرفين حين العقد مجنونا ، اذ العقد انما يتحقق من اول الايجاب الى تمام القبول ومن المعلوم ان المجنون — مثلا — فى نصف العقد موجب لعدم صدق معاهدة العاقل فلا يشملها او فوا بالعقود .

(واما) الاشكال فى ذلك بانه لو اشترط كون الايجاب والقبول فى حال توفر الشروط فيها فكيف تقولون بـ (صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى) مع انه حال القبول ميت (فـ) الجواب عنه انه (هو) اى القبول (شرط حقيقة لا ركن) بخلاف ما نحن فيه اى الايجاب والقبول ، اذ هما ركنان (فان حقيقة الوصية الايضاء) والايضاء يتحقق بالايجاب فقط (ولذا) الذى ذكرنا من انه ايضاء لا معاهدة (لومات) الموصى له (قبل القبول قام وارثه مقامه) وكذلك (لورد) الموصى له الوصية (جاز له القبول بعد ذلك) ولو كان القبول ركننا لم يكن لقيام الوارث وجه وكذلك لم يكن وجه لصحة القبول بعد الرد فتبين انه فرق بين العقد وبين الوصية (وان كان) عدم قابليتهما — وهذا عطف على قوله (ثم ان عدم) — (لعدم الاعتبار برضاها) كما لو كان الموجب حال الايجاب محجورا ، او صار حال القبول محجورا (فـ) لا يصح البيع ايضا (لخروجه ايضا عن مفهوم التعاهد والتعاقد لان المعتبر فيه) اى

— عرفا — رضى كل منهما لما ينشئها آخر حين انشائه كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق — لو فرض — أو مرض موت والإصل في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق .
وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير

في التعاقد (— عرفا — رضى كل منهما لما ينشئها آخر حين انشائه) والرضا لا بد أن يكون موجبا للآثر ومن المعلوم أن رضى المحجور — سواء في حال انشاء نفسه أو في حال انشاء طرفه — لا قيمة له عرفا (كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق — لو فرض —) كما لو كان كافرا حربيا فاجرى الإيجاب وقبل قبول الطرف استرق أو ذميا خرج بين الإيجاب والقبول عن شرائط الذمة — مثلا — (أو مرض موت) بناء على عدم صحة منجزات المريض، فانه في كل ذلك لا تصح المعاملة (والإصل) أي الوجه (في جميع ذلك) الذي ذكرنا من أنه لا يصح البيع حال كون الإيجاب والقبول في حال كون أحد الطرفين خارجا عن القابلية (أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق) بخلاف ما لو قلنا بأن الإلغاء لا يوجب اللغو — لأنه فعل ما من طرفه، فلم يبق إلا أن يأتي قائل بما من طرفه — فانه على هذا إذا أوجب وهو حي أو حر — مثلا — ثم مات قبل القبول أو استرق، كان اللازم القول بالصحة، لأنه على هذا — الإيجاب إذا ثبت دام، لا يرفعه الإلغاء ولا خروج الموجب عن اهلية الإيجاب .

(وكذا) لا يصح البيع (لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض) ثم رضى حال القبول فانه لا يصح إذ المعاقدة المتوقفة على الطرفين لا تصدق مع عدم رضائهما من أول العقد إلى آخره (أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير)

فصحة كل من الايجاب والقبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلم مبنى اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاودة فاذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما او قام ولم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاودة ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره ومقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الايجاب اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكره على خلاف القاعدة لاجل الاجماع.

وعلى هذا (فصحة كل من الايجاب والقبول) انما هى (بكون معناه قائما فى نفس المتكلم) الذى يصح منه الايجاب والقبول (من اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب وبه) اى بهذا القيام من البدو الى الختم (يتم معنى المعاودة) المصححة للمعاملة (فاذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما او قام ولم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاودة) المصححة للمعاملة (ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره ومقتضاه عدم اعتباره) اى الرضا (من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله) اى الرضا (بعده) اى بعد العقد (فضلا عن حصوله بعد الايجاب) حال القبول، وهذا ينافى ما ذكرناه من الاشتراط (اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكره على خلاف القاعدة لاجل الاجماع) ولا يخفى ان فى بعض الاستدلالات السابقة نظر فلا تبعد الصحة فى بعض الامور الصور السابقة والله العالم.

فرع

لواختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا فى شروط الصيغة فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه ام لا؟ وجوه: ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا فى النقل كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز العقد بالفارسية: اردئها: اخيرها: والا لان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية المجتهد

(فرع)

مبنى على شروط الصيغة (لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا) او اجتهادا وتقليدا (فى شروط الصيغة) كالعربية مثلا بان قال احد هما بالاشتراط وقال الاخر بعدم الاشتراط (فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه) فيأتى المشترط للعربية بالعربى وغير المشترط بالفارسية ويصح العقد حتى للمشرط (ام لا وجوه) الاكتفاء مطلقا وعدم الاكتفاء مطلقا (ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا فى النقل) مثلا (كما لو فرضنا) هناك قائل بجواز الفارسية لا يقول بجواز تقديم القبول وقائل بجواز تقديم القبول لا يقول بالفارسية (انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز العقد بالفارسية) فان اجرا عقدا منهما كان باطلا بنظر الكل فمثل هذا العقد باطل بنظر المفضل بخلاف ما اذا كان المحذور تقديم القبول فقط او كونه فارسيا فقط (اردئها) اى الوجوه (اخيرها) فان هذا التفصيل مما لا وجه له اذ بعد كون العقد مركبا من الصحيح بنظر هذا فى جزء و بنظر الاخر فى جزئه الاخر لم يكن وجه للقول ببطلانه لانه لا يطابق بمجموعه نظر احد (و) القولان (الاولان 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
 وكصلاة المقيم بالنسبة الى واجد الماء ام هي احكام عذرية لا يعذر فيها الامن
 اجتهد او قلد فيها . والمسألة محررة فى الاصول . هذا كله اذا كان بطلان
 العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الاخر كالصرحة والعربية و
 الماضوية والترتيب . واما الموالة والتنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة
 الانشاء الى آخر العقد فالظاهر ان اختلافهما يوجب فساد المجموع

فيها) والمراد بالحكم الظاهرى ما وصل اليه نظر المجتهد ، اذ قد تحقق فى
 الاصول انه ليس هنا حكم ظاهرى وحكم واقعى ، وانما الحكم واقعى فقط
 منتهى الامر هناك التنجيز والاعذار (بمنزلة الواقعية الاضطرارية) مما هو صحيح
 فى هذا الحال (فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه
 باطلا بمنزلة اشارة الاخرس و) بمنزلة (ايجاب العاجز عن العربية وكصلاة
 المقيم بالنسبة الى واجد الماء) حيث ان اعمال هؤلاء صحيحة وان لم تكن واقعية
 اولية فكذلك الامور الاجتهادية المخالفة للواقع هي صحيحة وان لم تكن
 صحيحة بالواقعية الاولى (ام هي احكام عذرية لا يعذر فيها الامن اجتهد او
 قلد فيها) فالطرف الاخر الذى ليس اجتهداه او تقليده ذلك لا يصح العمل
 بالنسبة اليه (والمسألة محررة فى الاصول) ولذا نتركها لمحلها (هذا كله اذا
 كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الاخر كالصرحة
 والعربية والماضوية والترتيب) بان اجري احدهما بالكناية او الفارسية او بصيغة
 المستقبل او مقدا القبول ، وكان رأى الاخر بطلان ذلك (واما الموالة والتنجيز
 و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء الى آخر العقد فالظاهر ان
 اختلافهما يوجب فساد المجموع) فاذا كان رأى احدهما عدم اشتراط الموالة .

لان الاخلال بالموالاة او التنجيز او البقاء على صفات صحة الانشاء يفسد عبارة من يراها شروطا. فان الموجب اذا علق مثلا اولم 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 الابد فوات الموالاة - بزعم صحة ذلك - فانه يجب على الموجب اعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالاة فتأمل.

مثلا، ورأى الاخر اشتراطها فاجريا عقلا بلاموالاة كانت باطلة وان قلنا بالصحة في صورة الاختلاف في الشرائط 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) ومعنى لم يجز: عدم الصحة، لاعدام جوازه شرعا (وكذا القابل اذا لم يقبل الابد فوات الموالاة - بزعم صحة ذلك) وان العقد بدون الموالاة صحيح (فانه يجب على الموجب اعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالاة) والا كان العقد بنظره فاسدا (فتأمل) فانه أي فرق بين فوات هذه الشرائط وبين شرط تقديم الايجاب مثلا، ان يمكن ان يقال: ان الموجب اذا اعتقد عدم تأثير الايجاب المتأخر لم يجز له ان يأتي بالايجاب المتأخر، والحاصل ان الشرائط كلها من مساق واحد فاذا قلنا بالصحة مع الاختلاف لزم ان نقول بها في الجميع والا فالبطلان في الجميع.

الى هنا ينتهى الجزء الاول من اجزاء كتاب البيع حسب تجزئتنا. ويبدأ الجزء

.....

التالى بمسألة المقبوض بالعقد الفاسد .

ولله الحمد أولاً و اخيراً و صلى الله على خير رسله و اشرف بريته محمد وعلى
آله الطيبين الطاهرين .

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

كربلاء المقدسة

تفصيل محتوى الكتاب

رقم الصفحة	الموضوع
٣	كتاب البيع
٣	البيع لغة
٤	فى بيان حقيقة البيع
٧	فى وقوع الحقوق مورد البيع
١٠	البيع حقيقة عرفية
١١	فى تعريفات البيع
١٣	فى التعريف المختار للبيع
١٤	فى عكس التعريف وطرده
١٩	ملخص تعريف البيع
٢١	القرض ليس بيعا
٢٢	فى معانى اخر للبيع
٢٤	فى نقض هذه المعانى
٢٩	هل البيع اسم للصحيح او للاعم؟
٣١	عدم جواز التمسك بالاطلاق على الصحيحى
٣٣	فى توجيه كلام الشهيدين فى المقام

الموضوع	رقم الصفحة
(الكلام فى المعاطاة)	
فى تعريف المعاطاة	٣٤
فى الوجوه المحتملة فى المعاطاة	٣٥
فى تحقيق مفاد المعاطاة	٣٧
فى نقل كلمات العلماء فى المقام	٤١
فى ان المشهور قائلون بالاباحة دون الملك	٥٤
فى ان القائل بالاباحة ينفى كون المعاطاة بيعا	٥٩
فى عدم امكان توجيه كلماتهم فى المقام	٦١
فى ان الاقوال فى المعاطاة ستة	٦٢
فى ان المشهور عدم ثبوت الملك	٦٤
فى تأييد افادة المعاطاة للملك	٦٧
فى ان منع صدق اسم البيع على المعاطاة مكابرة	٦٨
فى الاستدلال على افادة المعاطاة للملك	٧٠
فى كلام بعض الاساطين : من استلزام تأسيس قواعد جديدة	٧٩
فى نقض هذا الكلام والرد عليه	٨٨
فى ان الايرادات المذكورة استبعادات محضة	٩٧
فى التمسك باصالة اللزوم فى المقام	٩٩
فى الاستدلال على افادة المعاطاة اللزوم	١٠٢
فى كفاية مطلق اللفظ الدال على الرضا	١١٥
فى تفسير ((انما يحلل الكلام ويحرم الكلام))	١١٧
فى استظهار اعتبار اللفظ فى الايجاب	١٢٥

الموضوع	رقم الصفحة
يشترط في المعاطاة جميع شروط البيع ماعدا الصيغة	١٣١
جريان احكام البيع جميعا في المعاطاة	١٤١
فيما تتحقق به المعاطاة خارجا	١٤٣
المعيار في المعاطاة هو وصول العوضين اليهما	١٤٦
في تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة	١٤٧
في الوجوه المتصورة في المعاطاة	١٥١
في توجيه التصرفات المتوقفة على الملك	١٥٧
في احتمال ان تكون المعاطاة معاملة مستقلة	١٧٣
هل تجرى المعاطاة في غير البيع؟	١٧٥
في ملزمات المعاطاة	١٨٤
فيما اذا وقعت المعاطاة بعقد فاسد	٢١٣
في عدم كفاية الرضا الشأني في المعاملة	٢٢١
(مقدمة)	
في خصوص الفاظ البيع	٢٢٥
في اعتبار اللفظ في البيع	٢٢٥
في كفاية الكتابة عن اللفظ	٢٢٧
في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ	٢٢٨
في عدم وقوع الكناية واعتبار الصراحة	٢٢٩
في الاشكال في استعمال الالفاظ المشتركة	٢٤٠
في الاختلاف في تعيين الموجب عن القابل	٢٥٦

رقم الصفحة	الموضوع
۲۵۷	فی اعتبار العربية فی الصیغة
۲۶۱	فی اعتبار العلم بتفاصيل اللفظ
۲۶۲	فی اعتبار كون اللفظ ماضيا
۲۶۴	فی لزوم تقديم الايجاب على القبول
۲۷۳	فی عدم صحة الاستیجاب و الايجاب
۲۷۵	فی عدم صحة القبول بلفظ الامر
۲۹۳	فی اعتبار الموالاة فی العقد
۳۰۰	فی اعتبار التنجيز فی العقد
۳۰۳	فی عدم صحة التعليق
۳۲۳	فی اعتبار الحزم فی العقد
۳۲۵	فی اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول
۳۲۷	فی اعتبار بقاء المتعاقدين على الشرائط
۳۳۱	فیما اذا اختلف المتعاقدان نظرا او تقليدا
۳۳۵	الفهرست