تمهيد المطالب

في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الثامن



الحاج الشيخ علي المروجي القزويني



تمهيد المطالب
في شرح المكاسب

الجزء الثامن

الحاج الشيخ علي المروجي القزويني

سرشناسه	:	مروجی، علی، -
عنوان	:	تمهید المطالب فی شرح المکاسب کتاب البیع الجزء الثامن
تکرار نام پدید آور	:	تألیف علی المروجی القزوینی
مشخصات نشر	:	تهران: نشرصادق، ۱۴۳۸ هـ ، ۱۳۹۵
مشخصات ظاهری	:	۵۷۶ ص .
شابک	:	۲۵۰۰۰۰ ریال ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۵۲۱۵-۵۱-۹
وضعیت فهرست نویسی	:	فیپا
یادداشت	:	عربی
یادداشت	:	کتابنامه به صورت زیرنویس
یادداشت	:	اثر حاضر شرح کتاب المکاسب شیخ انصاری می‌باشد
موضوع	:	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المکاسب- نقد و تفسیر
موضوع	:	معاملات (فقه)
موضوع	:	خرید و فروش (فقه)
موضوع	:	کسب و کار حرام
موضوع	:	فقه جعفری قرن ۱۳
شناسه افزوده	:	انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. المکاسب. شرح
رده کنگره	:	۱۳۹۵،A ۷۰۲۸ م ۸ الف / ۱۹۰/۱ Bp
رده دیویی	:	۲۹۷ / ۳۷۲
شمارهٔ مدرک	:	۴۱۲۲۴۴۸

تمهیدالمطالب فی شرح المکاسب کتاب البیع (الجزء الثامن)

المؤلف: الشیخ علی المروجی القزوینی

الطبعة: الاولی- ۱۳۹۵ هـ.ش- ۲۰۱۷م

المطبعة: اعلائی

عدد النسخ: ۱۰۰۰ نسخة

عدد الصفحات: ۵۷۶ صفحه

ردمک:۹-۵۱-۵۲۱۵-۶۰۰-۹۷۸

الناشر: موسسة الصادق للطباعة و النشر

مراکز التوزیع:

ایران- تهران- شارع ناصرخسرو- زقاق حاج نایب - سوق المجیدی

۰۲۱-۳۳۹۳٤٦٤٤

ایران- قم- شارع معلم- مجمع ناشران رقم B٤٠

۰۹۱۲٤۱۰۲۰۹٦

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين وبعد:

نحن ما زلنا في أيام حزن وألم لفقد استاذي الكبير آية الله العظمى المرحوم السيد تقي الطباطبائي القمي قدس سره، واعلم أن الموت حق ونحن إما يفارقنا من نحب أو سنفارق من نحب لكن كان لرحيل السيد بالغ الأثر وشعوري باللوعة ومرارة الفقد شديدة عليّ لا لأني صحبته أكثر من أربعين عاماً منذ أوائل أيامنا في قم وحتى أواخر ساعاته التي قضيتها معه في النجف، أيضا ساعة ارتحاله، بل لأن شعوري معه كان شعور من لازال أبوه حياً وعماده ومتكأه للأيام والليالي بعد الله كان هو رحمه الله، إذ تكفلني علمياً وصنع مني انساناً شغوفا بالعلم وحبب إليّ طريق أهل البيت عليهم السلام قولاً وفعلاً وكان مضافاً الى قوة حجته وبيانه في كمال التدين والاحتياط والورع خاتمته جوار الأمير عليه السلام بعد إتمامه زيارات الائمة الميامين عليهم السلام في سامراء والكاظمين وكربلاء والنجف يكشف عن باطنه الطاهر وعمق ولائه وحسينيته وذوبانه في الولاية ويكفي من كمال تورعه وتدينه أن أعرض عن المرجعية وطوى كشحاً عنها مخافة الله مع شدة ما تهيأت له من أمورها ومقدماتها.

أنا لم أعد شيئا لهذا اليوم الذي أرى فيه رحيل استاذي الكبير، لأُنسي بقربه بل كنت أراه بعيداً، فطبع الانسان أن تشغله الشواغل أو ربما تكون أمنية قلبية في أن يطول عمر أستاذي لحبي الشديد له لكن ما أسرع ما تقطع الدنيا حبل الأمنيات ويكون ما قضىٰ الله هو الجاري الحتمي وننكفأ نحن لإجترار الغصص وندعو الله ان يصبرنا على فقده وعزائي، أنه الان يرفل في النعيم مع محمد وآل محمد

فرحم الله أستاذي الكبير واسكنه فسيح جناته وارتأيت وأنا أطبع الجزء الثامن من كتاب تمهيد المطالب في شرح المكاسب ان أهدي لسيدي الأستاذ المرحوم آية الله العظمى السيد تقي الطباطبائي القمي قدس سره جهد هذا العمل وهو أقل من حقه عليّ لكن الهدايا على قدر مهديها والعذر عند كرام الناس مقبول.

عصمنا الله من الزلل وتقبل منا هذا العمل وعفا عن كل خطل وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين

وقد ألحقت قصيدة للعلامة الشيخ منصور الجشي كان نظّمها وألقاها في الفاتحة التي أعدّت لسيدنا الاستاذ في النجف الأشرف حضرها كبار العلماء والمراجع ألحقتها تخليداً لذكرى رحيله ويقول فيها:

طـود ولكـن قمـة الأطـواد ... وركيـزة محفوفـة بـسداد

علـم وللأعـلام فينـا سـدة ... تعـدادها سـند وآي سـناد

بوجودهـا عـز وفخـر كلـما ... شرعـت ببحـث نـير الـرواد

ان العلـوم منارهـا بمعلـم ... سـبر العلـوم بحلـة لمـراد

فـاذا غـاب عـالم عـن رؤانـا ... غـاب عنـا تواصـل الإرشـاد

ورحيـل القمـي هـم ولكـن ... برحيـل القمـي هـد العـماد

هـد ركـن وللفقيـه رواسي ... حين هدت تدكـدكت للمهـاد

فمبـاني المنهـاج سر لطـه ... مـن علـوم لـصادق الامجـاد

قـر عـين الخـوئي لمـا رآه ... ومـشيرا بمـسلك الاجتهـاد

هكـذا حجـة الفقيـه تبـدت ... بـرؤاه في حجـة الانقيـاد

وعطايـاه للـدروس تربـى ... حجـج للعلـوم نـور الفـؤاد

كعـلي المروجـي ارتـضاه ... مـن سـناه بمـنهج الاطـواد

والتلاميـذ لا تعـد حـضورا ... علـى الـذكر نـير للرشـاد

وشـعار الآل الكـرام غنـي ... اذ تبنـاه سـار في الأوراد

نـازع للبـاس لمـا تـسامى ... عـن معانيـه معلنـا للحـداد

وتـراه بيـوم عاشـور نـدا ... ولمـن حـاربوه بالارتـداد

والحمد لله رب العالمين اولاً وآخراً وظاهراً وباطناً

وصلى الله على محمد وآله الطيبين الأطهار

وينبغي التنبيه على أُمور [١]:

الأوّل [٢]: الظاهر أنّ المعاطاة قبل اللّزوم [٣] على القول بإفادتها [٤]

---

[١] إلى هنا بيّن شيخنا الأنصاريّ ﷺ الأقوال في المعاطاة، وأدلّة صحّتها ولزومها، وأنّها بيع لازم. ومن هنا شرع في ذكر أُمور فيها لتتميم الفائدة.

[٢] يقع الكلام في الأمر الأوّل في نواحي شتّى.

الناحية الأُولى: في أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بناءً على أنّها تفيد الملكيّة من أوّل الأمر، هل هي بيع بحيث يعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع اللفظيّ أم هي معاوضة مستقلّة برأسها؟ وهل يلحقها أحكام البيع من الخيارات وحكم تلف المبيع قبل القبض ونحوهما أم لا؟

الناحية الثانية: في أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة، هل هي بيع، أم ليست بيعاً ولا محكومة بأحكامه.

الناحية الثالثة: في أنّه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ والإعطاء التمليك والتملّك، ولم تحصل الملكيّة في الخارج، ولكن حكم الشارع بجواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة، فهل يعتبر فيها شروط البيع أم لا؟

أمّا الناحية الأُولى، فأشار إليها شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله: «**الظاهر...**».

[٣] الذي يحصل بتصرّف أحد المتعاطيين فيما انتقل إليه، أو بتلف أحد العوضين.

[٤] أي على القول بإفادة المعاطاة الملك في مقابل القول بأنّها تفيد الإباحة.

الملك بيع [١]، بل [٢] الظاهر من كلام المحقّق الثاني في جامع المقاصد أنّه [٣] ممّا لا كلام فيه حتّى عند القائلين بكونها [٤] فاسدة، كالعلّامة [٥] في النهاية، ودلّ على ذلك [٦] تمسّكهم [٧] له بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ

---

[١] أي أنّها ـ بناءً على هذا القول ـ بيع، وليست معاوضة مستقلّة. هذا تمام الكلام في الناحية الأُولى.

[٢] استدراك عمّا ذكره بقوله: «الظاهر...». **وملخّصه**: أنّه ﷺ ادّعى أوّلاً أنّ الظاهر من الأدلّة أنّ المعاطاة بيع، وحيث إنّ الظاهر لا ينفي احتمال عدم كونها بيعاً، وكونها معاوضة مستقلّة، ولذا قد ترقى عنه. وقال: إنّه يظهر من كلام المحقّق أنّ كونه بيعاً من المسلّمات عند الفقهاء بحيث يحصل القطع به.

[٣] أي كون المعاطاة بيعاً من المسلّمات عند الفقهاء.

[٤] أي بكون المعاطاة فاسدة، فإنّهم أيضاً يقولون: إنّها بيع، غاية الأمر بيع فاسد لا يترتّب عليه النقل والانتقال.

[٥] حيث إنّه يقول: إنّ المعاطاة فاسدة، ومع ذلك هي بيع.

[٦] أي على كون المعاطاة بيعاً.

[٧] أي تمسّك الفقهاء لكون المعاطاة صحيحةً بقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾، وهو دليل على كونها من مصاديق البيع أمر مسلّم عندهم؛ إذ لا معنى للتمسّك بالكبرى إلّا بعد مسلّميّة ثبوت الصغرى، فلو لم تكن المعاطاة بيعاً لكانت أجنبيّة عن ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾، ولا معنى للتمسّك لإثبات صحّتها بالآية الشريفة، كما أنّه لا يصحّ لإثبات صحّة الهبة بها. هذا تمام الكلام في الناحية الأُولى. **فتلخّص فيها**: أنّ الظاهر أنّه لا شبهة في كون المعاطاة بيعاً عرفاً فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط، ويجري عليها ما يجري على البيع من الأحكام.

الْبَيْعَ ﴾. وأمّا على القول بإفادتها [١] للإباحة، فالظاهر أنّه [٢] بيع عرفيّ لم يؤثّر شرعاً إلّا الإباحة،

---

[١] أي على القول بإفادة المعاطاة للإباحة. ومن هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ في بيان الناحية الثانية من الأمر الأوّل.

[٢] أي المعاطاة بيع عرفاً. هذا على تقدير أن يكون المقصود بالمعاطاة الملك، إلّا أنّها لا تؤثّر في الملك، بل تفيد الإباحة. وتذكير الضمير يكون باعتبار خبره، وهو قوله: «بيع».

«التحقيق»

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: وأمّا على القول بإفادة المعاطاة للإباحة فالظاهر أنّها بيع عرفيّ، فقد أورد عليه السيّد اليزديّ ﷺ بأنّه إن أراد المصنّف أنّ المعاطاة بيع حتّى مع ملاحظة كون أثرها الإباحة فهو ممنوع، وإن أراد أنّه بيع عند العرف مع قطع النظر عن تصرّف الشارع فهو أيضاً ممنوع؛ لأنّه لا يعقل صدق البيع على ما لا يفيد إلّا الإباحة، فإذا لاحظ أهل العرف أنّ الشارع لم يحكم في المعاطاة بالملكيّة، بل حكم بمجرّد الإباحة يقولون: إنّه لم يمض هذه المعاملة ولا يطلقون عليها البيع؛ إذ ليس البيع عندهم إلّا ما كان مؤثّراً في الملكيّة.

وأجاب عنه الأستاذ الأعظم: بأنّه يمكن تقريب ما أفاده شيخنا الأنصاريّ ﷺ بوجهين:

الوجه الأوّل: أنّا قد ذكرنا مراراً أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفيّ، فتكون مشمولة للعمومات الدالّة على صحّة البيع ولزومه، وتفيد الملكيّة من أوّل الأمر، إلّا أنّه قام الإجماع على أنّ الشارع لم يمضها على النحو الذي قصده المتعاطيان بمجرّد حصول التعاطي الخارجيّ، فلا تفيد الملك من أوّل الأمر،

بل أمضاها بعد تحقّق شيء ما من التصرّف وغيره وحكم بإباحة التصرّف قبل حصول ما هو شرط لكونها مملّكة، إلّا أنّ عدم إمضاء الشارع مملكيّة المعاطاة في زمان خاصّ، وحكمه بإباحة التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة لا يخرج المعاطاة عن كونها بيعاً عرفاً وشرعاً، كما أنّ حكمه بتوقّف حصول الملكيّة على القبض في الصرف والسلم لا يخرجهما عن حقيقة البيع.

الوجه الثاني: أنّ مقصود المتعاطيين من التعاطي ليس إلّا إيجاد البيع، وحيث إنّه فاقد للصيغة فيحكم بفساده، كما يحكم بفساد سائر المعاملات الفاقدة لشروطها، ولكن قام الإجماع على جواز التصرّف للآخذ فيما أخذه بخصوص المعاطاة دون سائر المعاملات الفاسدة، أي أنّ المتعاطيين وإن قصدا التمليك والتملّك بالمعاطاة إلّا أنّهما لم يؤثّرا شرعاً في حصولهما، بل حكم الشارع بجواز التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة. وحيث إنّ الإجماع القائم على الجواز دليل لبّيّ، فيقتصر فيه بالمقدار المتيقّن، وهو أن تكون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع إلّا الصيغة، والعمدة هو الوجه الأوّل، وأمّا الوجه الثاني فهو لا يوجب صدق البيع عليه عرفاً.

فنفي [١] البيع عنها في كلامهم ومعاقد إجماعاتهم هو [٢] البيع المفيد شرعاً اللزوم زيادة على الملك. هذا [٣] على ما اخترناه سابقاً من أنّ مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملّك والبيع.

---

[١] أي نفي البيع عن المعاطاة في كلمات الفقهاء، حيث إنّهم قالوا: إنّ المعاطاة ليست ببيع وإن وقع في بعض الكلمات، إلّا أنّ المراد من ذلك نفي البيع المفيد للملك اللازم لا نفي أصل البيع حتّى لو كان مفيداً للإباحة.

قال الشهيديّ: إنّ إضافة النفي إلى البيع في قوله: «نفي البيع» من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، يعني فالبيع المنفي عنها في كلمات الفقهاء هو البيع المفيد للزوم.

أقول: إنّ قوله: «فنفي البيع...» في الحقيقة جواب عن سؤال مقدّر، وحاصل السؤال هو: أنّكم كيف تدّعون أنّ المعاطاة بيع عرفيّ مع أنّ الفقهاء قد ادّعوا الإجماع على نفي البيع عن المعاطاة، فإنّهم أيضاً من أهل العرف؟

وملخّص الجواب عنه: أنّ المنفي في كلماتهم ومعاقد إجماعاتهم لزوم البيع ونفي حصول الملكيّة بها لا صدق البيع على المعاطاة. إذن فالإشكال غير وارد.

[٢] خبر لقوله: «فنفي...» أي أنّ المنفي في كلمات الفقهاء هو البيع المفيد للملك اللازم، فإنّهم ينفون صدق البيع المفيد للملك اللازم على المعاطاة، وأمّا نفي صدق البيع على المعاطاة المفيد للإباحة فلا يفهم من كلامهم.

وبعبارة واضحة: أنّه لو استفيد من كلامهم نفي البيع عن المعاطاة المفيدة للإباحة، فالتنافي بين كلامهم وبين دعوى أنّها بيع عرفيّ تامّ، ولكنّ الأمر ليس كذلك، كما عرفت.

[٣] أي هذا الذي ذكرناه ـ من أنّ المعاطاة بيع، سواء كانت مفيدة للملك

وأمّا على ما احتمله بعضهم [١]، بل [٢] استظهره من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرّد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها [٣] بيعاً عرفاً ولا شرعاً، وعلى هذا [٤] فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرط [٥]

أو الإباحة ـ مبنيّ على مختارنا في المعاطاة.

[١] وهو صاحب الجواهر ﷺ.

[٢] وهو ترقّ عمّا ذكره بقوله: «احتمله»، حيث احتمل أنّ محلّ الكلام في المعاطاة هو ما إذا قصد المتعاطيان الإباحة من المعاطاة، ثمّ استظهر ذلك من كلمات القوم، وقال: إنّه يظهر من كلماتهم أنّ محلّ كلامهم المعاطاة المقصود بها الإباحة. وهذا إشارة إلى الناحية الثانية، وهي ما إذا كان المقصود بالمعاطاة مجرّد الإباحة.

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّه لا إشكال في عدم كون المعاطاة بيعاً في هذه الصورة.

[٣] أي في عدم كون المعاطاة بيعاً عرفاً ولا شرعاً، أمّا عدم كون المعاطاة بيعاً عرفاً فلتقوّم البيع بقصد التمليك والتملّك، فمع قصد الإباحة يكون عدم صدق البيع على المعاطاة لأجل انتفاء ما يقوم البيع به، فعدم صدق البيع عليها يكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

وأمّا عدم كون المعاطاة بيعاً شرعاً فلعدم قيام دليل يدلّ على أنّ الشارع جعل هذا التعاطي بيعاً مع قصد المتعاطيين الإباحة.

[٤] أي بناءً على أنّ مورد كلمات الفقهاء هي المعاطاة المقصود بها الإباحة.

[٥] كما إذا شكّ في شرطيّة تقديم إعطاء المثمن على إعطاء الثمن، أو في معلوميّة العوضين، أو عدم كونهما ربويّين؛ أو في وجوب التقابض في

فيها من [١] الرجوع إلى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه الإباحة العوضيّة [٢] من خصوص [٣] أو عموم [٤]، وحيث إنّ المناسب لهذا القول [٥] التمسّك في مشروعيّته [٦] بعموم: «النّاس مسلّطون على أموالهم» كان

الصرف والسلم ونحوها.

[١] أي لا بدّ من الرجوع إلى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه المعاطاة المفيدة للإباحة عند الشكّ في شرطيّة شيء لهذه المعاطاة.

[٢] وهي تقابل الإباحة المجّانيّة التي لم يقع العوض في مقابلها.

[٣] أي الدليل الوارد في خصوص مورد الإباحة العوضيّة بحيث لا تشمل سائر الموارد، كالسيرة القائمة بين المتشرّعة على صحّة الإباحة بالعوض، وجواز تصرّف كلّ منهما فيما أباحه الآخر، وحيث إنّ هذه السيرة دليل لبّي تختصّ بموردها، وهي الإباحة بالعوض، ولا تشمل غيرها كالإباحة المجّانيّة.

[٤] بأن كان الدليل الدالّ على صحّة الإباحة بالعوض دليلاً لفظيّاً يعمّ المورد وغيره، كحديث: «النّاس مسلّطون على أموالهم»، فإنّه لا يختصّ بمورد الإباحة بالعوض، بل يشمل الإباحة المجّانيّة وغيرها.

[٥] أي القول بأنّ مورد الكلام هي المعاطاة المقصود بها الإباحة. ووجه المناسبة هو أنّ هذا الحديث يدلّ على سلطنة النّاس على أموالهم بأن يتصرّفوا فيها كيف شاؤوا، وإباحة أموالهم للآخرين إنّما هي من أفراد السلطنة على أموالهم، فله أن يعطي ماله للآخر بقصد أن يباح له التصرّف فيما أخذه؛ لأنّه إباحة ممّن بيده الأمر والسلطنة.

[٦] أي في مشروعيّة التعاطي المقصود به الإباحة.

مقتضى القاعدة [١] هو نفي شرطيّة غير ما ثبتت شرطيّته، كما [٢] أنّه لو تمسّك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس [٣].

والحاصل: أنّ المرجع على هذا [٤] عند الشكّ في شروطها [٥] هي أدلّة هذه المعاملة [٦]،

---

[١] وهي قاعدة السلطنة، فإنّ مقتضاها نفي ما يشكّ في شرطيّته في المعاطاة المقصود بها الإباحة، وعلى هذا فلا يعتبر في المعاطاة المقصود بها الإباحة أيّ شرط من شروط البيع، وحينئذٍ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بإزاء دينار واحد لم يلزم منه الربا.

[٢] يعني إذا قلنا بعدم جواز الاستدلال بعموم حديث السلطنة وتمسّكنا لإثبات هذه الإباحة المعوّضة الحاصلة بالمعاطاة بالسيرة.

[٣] أي عكس التمسّك بقاعدة «النّاس مسلّطون على أموالهم»، بأن يجب الاقتصار على القدر المعلوم من المعاطاة المفيدة للإباحة، وهو ما كانت واجدة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة.

وملخّص الفرق بين الدليلين هو: أنّ نتيجة التمسّك بقاعدة السلطنة نفي اعتبار أيّ شرط يشكّ في اعتباره في صحّة المعاطاة المفيدة للإباحة المعوّضة، ونتيجة التمسّك بالسيرة اعتبار أيّ شرط يشكّ في اعتباره؛ لأنّ السيرة ليست لها إطلاق كي يتمسّك بإطلاقها لنفي اعتبار كلّ شرط مشكوك فيه، بل لا بدّ من الاقتصار فيها على القدر المتيقّن، فتكون نتيجة التمسّك بالسيرة عكس نتيجة التمسّك بحديث السلطنة.

[٤] أي على تقدير أنّ المقصود من المعاطاة الإباحة.

[٥] أي في شروط المعاطاة المقصود بها الإباحة.

[٦] أي أدلّة المعاطاة المقصود بها الإباحة من عموم حديث السلطنة والسيرة،

سواء اعتبرت [١] في البيع أم لا.

فلابدّ لنا أن نرجع إلى عموم الحديث على تقدير تماميّة الاستدلال به لنفي ما شكّ في شرطيّته، وإلى السيرة على تقدير عدم تماميّة الاستدلال به، فإذا تمسّكنا بعموم الحديث تكون نتيجته نفي اعتبار الشرط المشكوك في صحّة المعاطاة المقصود بها الإباحة وفي لزومها، حتّى لو كان الشرط المشكوك اعتباره في المعاطاة معتبراً في البيع.

وإذا تمسّكنا بالسيره تكون نتيجته الاقتصار على القدر المتيقّن، وهو صحّة المعاطاة الجامعة لجميع الشروط حتّى الشرط المحتمل اعتباره فيها حتّى لو لم يكن الشرط المشكوك اعتباره في المعاطاة معتبراً في البيع، فيدلّ حديث السلطنة على عدم مانعيّة الربا عن صحّة المعاطاة وإن كان مانعاً من صحّة البيع، وتدلّ السيرة على اعتبار أداء الثمن قبل أخذ المثمن، وإن لم يكن هذا الشرط معتبراً في البيع.

[٢] أي سواء اعتبرت الشروط المشكوك اعتبارها في المعاطاة في البيع اللفظيّ أم لا.

«التحقيق»

في المعاطاة المقصود بها الإباحة، وجواز التمسّك لإثباتها بعموم الحديث والسيرة، وعدم جوازه.

تارة: نبحث عن جواز الاستدلال بعموم «النّاس مسلّطون على أموالهم».

وأُخرى: عن جواز استدلال بالسيرة.

أمّا الأوّل: فقال السيّد اليزدي ﷺ: إنّ جواز الاستدلال بالحديث مبنيّ على كونه

مشرّعاً، كما هو الأقوى.

وأمّا بناءً على ما اختاره المصنّف ﷺ من أنّه دالّ على السلطنة بالأنحاء المشروعة فقط فلا يصحّ الاستدلال به. وهذا الإشكال موجود في كلام الأُستاذ الأعظم[1] وسيّدنا الأُستاذ أيضاً، حيث قالا: إنّ المقصود من دليل السلطنة إنّما هو بيان استقلال المالك في التصرّف في أمواله في الجهات المشروعة، وعليه فدليل السلطنة لا يتكفّل بإثبات السطنة للمالك على أيّ تصرّف، سواء ثبتت مشروعيّته مع قطع النظر عن دليل السلطنة أم لا.

والعمدة أنّ الحديث ضعيف السند، وإلّا فهو بحسب الدلالة يدلّ على أنّ الشخص يتمكّن أن يبيح ماله للآخر، ويصلح لأن يكون مشرّعاً، ويستفاد من إطلاق سلطنة الناس على أموالهم جواز هذه الإباحة المعوّضة، سواء كانت واجدة لشرائط البيع أم لا؛ إذ المفروض أنّ مقتضى إطلاق الحديث نفي ما يشكّ اعتباره في ثبوت الإباحة المعوّضة، فإذا شككنا في إباحة جنس ربوي بمثله مع التفاضل بينهما يحكم بجواز إباحته بمقتضى إطلاق الحديث؛ إذ المفروض أنّ المعاطاة المذكورة ليست ببيع حتّى تتوقّف مشروعيّتها على رعاية شرائط البيع فيها من عدم كونها ربويّةً وبطلانها مع التفاضل بين الجنسين. هذا كلّه في الاستدلال بالحديث، وقد ثبت عدم تماميّة الاستدلال به لأجل ضعف السند.

وأمّا الثاني: فهي التمسّك بالسيرة، فقال شيخنا الأنصاريّ: لو اعتمدنا على السيرة تعيّن الاقتصار في مشروعيّة الإباحة المعوّضة على ما إذا روعي فيها شرائط البيع من معلوميّة العوضين، ومساواتهما فيما كانا ربويّين، وغير ذلك؛ لأنّ السيرة

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٥٧.

دليل لبّي لا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن منها، إلّا أنّ السيرة غير قائمة على صحّة المعاطاة المقصود بها الإباحة؛ لأنّ المعاطاة المتداولة بين الناس هي المقصود بها التمليك دون الإباحة، بل لا بدّ هنا أن يرجع إلى دليل كلّ تصرّف يشكّ في جوازه وعدمه، ولا يرجع في شيء من تلك الموارد إلى أدلّة حرمة التصرّف في مال الغير؛ لأنّ حرمته مرتفعة بإذن المالك. إذن فالمقتضي للإباحة موجود، ولا يعتبر فيه أيّ شرط من شرائط البيع لعدم صدق البيع عليها.

وأمّا على المختار من أنّ الكلام [١] فيما لو قصد به البيع، فهل يشترط فيه [٢] شروط البيع مطلقاً [٣] أم لا، كذلك [٤] أم [٥] يبتني على القول بإفادتها للملك. والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحة وجوه:

يشهد للأوّل [٦]

---

[١] أي محلّ الكلام في الصحّة واللّزوم في المعاطاة التي قصد بها البيع والتمليك والتملّك.

[٢] أي في المعاطاة التي قصد بها البيع، وتذكير الضمير باعتبار لفظ الموصول.

[٣] أي سواء أفادت الملك أو الإباحة.

[٤] أي أم لا تشترط فيها شروط البيع مطلقاً، سواء كانت مفيدة للملك أو الإباحة.

[٥] أي اعتبار شروط البيع في المعاطاة يبتني على القول بإفادتها للملك وعدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة يبتني على القول بإفادتها الإباحة. إذن فلا بدّ من التفصيل في المعاطاة بين القول بإفادتها الملك والالتزام باعتبار شروط البيع فيها في هذه الصورة عدا الصيغة، وبين القول بإفادتها الإباحة والالتزام بعدم اعتبار شروط البيع فيها في هذه الصورة.

[٦] أي يشهد للقول الأوّل وهو اعتبار شروط البيع في المعاطاة عدا الصيغة. وملخّص كلامه أنّه يمكن إثبات القول الأوّل لوجوه:

الوجه الأوّل: هو صدق البيع على المعاطاة عرفاً؛ بحيث تكون من مصاديقه، ومع صدق البيع عليها يعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع لشمول أدلّة شرائط البيع لها، فإنّ ما دلّ على معلوميّة العوضين في البيع مثلاً يدلّ على معلوميّة العوضين في المعاطاة أيضاً، بعد كونها مصداقاً للبيع.

كونها [١] بيعاً عرفاً، فيشترط [٢] فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع. ويؤيّده [٣] أنّ محلّ النزاع بين العامّة والخاصّة في المعاطاة هو أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط [٤] أم لا ؟

---

[١] فاعل لقوله: «يشهد» أي كون المعاطاة من أفراد البيع عند العرف.

[٢] كلمة «الفاء» للنتيجة، أي إذا ثبت أنّ المعاطاة من أفراد البيع فيعتبر في المعاطاة جميع الشرائط التي قام الدليل على اعتبارها في البيع اللفظيّ، أي جميع الأدلّة الدالّة على اعتبار شرائط في البيع تشمل المعاطاة أيضاً، وتدلّ على اشتراط المعاطاة بها، كالقبض في بيع الصرف، ومعلوميّة العوضين، وتساويهما في المكيل والموزون مع وحدة الجنس.

والأنسب أن يقال: يشترط في المعاطاة جميع ما اشترط في البيع.

[٣] أي يؤيّد القول الأوّل، وهو أنّه يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع عدا الصيغة، وهذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه التي استدلّ بها على القول الأوّل، وإنّما عبّر عن هذا الوجه بالتأييد دون الشهادة أو الدلالة؛ لأنّه استدلال بما صنعه الفقهاء من تفريع بحث المعاطاة على بحث ألفاظ العقود، وهو قابل للنقاش، بأن يقال: إنّ فعل الفقهاء لا يعدّ من الأدلّة الفقهيّة. نعم، يصلح للتأييد.

[٤] أي كما أنّ سائر الشرائط معتبرة بلا نزاع بينهم، فهل الصيغة أيضاً معتبرة في البيع أم لا ؟ فإذا قلنا باعتبار الصيغة في البيع تكون المعاطاة باطلة، وإذا قلنا بعدم اعتبارها فيه تكون المعاطاة صحيحة. وأمّا وجه التأييد فهو أنّ المستفاد من كلامهم أنّ محلّ النزاع بين العامّة والخاصّة خصوص الصيغة فإنّ بعضهم يقولون باعتبارها في البيع، وبعضهم يقولون بعدم اعتبارها. فإنّ جعلهم النزاع في خصوص الصيغة دون الشرائط يؤيّد أنّ اعتبار سائر شرائط البيع في

كما يفصح [١] عنه عنوان [٢] المسألة في كتب كثير من العامّة والخاصّة، فما [٣] انتفى فيه غير الصيغة من [٤] شروط البيع خارج عن هذا العنوان [٥]،

المعاطاة أمر مسلّم فيما بينهم.

[١] أي يكشف عن كون محلّ النزاع في المعاطاة بين العامّة والخاصّة خصوص اعتبار الصيغة في البيع وعدمه اختصاص محلّ النزاع في كلماتهم بخصوص الصيغة، فإنّه ممّا يدلّ على أنّ اعتبار سائر الشرائط في المعاطاة أمر مسلّم عند الفريقين، وإنّما النزاع فيما بينهم في اعتبار خصوص الصيغة في البيع وعدمه.

[٢] فاعل لقوله: «يفصح» أي عنوان مسألة المعاطاة في كتب كثير منهم بهذا العنوان ـ وهو أنّ الصيغة معتبرة في البيع أم لا ـ ممّا يدلّ على أنّ اعتبار سائر الشرائط أمر مفروغ عنه عندهم، وإنّما النزاع في خصوص اعتبار الصيغة فيه وعدمه، فمن يقول باعتبارها يقول ببطلان البيع الفاقد للصيغة، أعني به المعاطاة، ومَن يقول بعدم اعتبارها فيه يقول بصحّة المعاطاة.

[٣] أي إذا ثبت أنّ عنوان البحث في المعاطاة الجامعة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة، فالمعاطاة التي انتفى فيها شرط من شروط البيع عدا الصيغة خارج عن محلّ الكلام؛ لأنّ محلّ كلامهم صحّة المعاطاة الجامعة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة وبطلانها.

[٤] بيان لغير الصيغة كالفاقد لشرائط العوضين أو المتعاقدين.

[٥] أي عن المعاطاة التي هي محلّ الكلام بين الفقهاء؛ لما عرفت من أنّ العنوان الذي هو محلّ الكلام فيما بينهم هي المعاطاة الواجدة لسائر الشرائط؛ بأن كانت فاقدة للصيغة فقط، وأمّا ما كانت فاقدة لسائر الشرائط فهي خارجة عن

وإن فرض [١] مشاركاً له في الحكم، ولذا [٢] ادّعى في الحدائق أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحّة [٣] المعاطاة المذكورة إذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، وأنّها [٤] تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض، ومقابل المشهور في كلامه [٥] قول العلّامة في

محلّ كلامهم.

[١] أي وإن فرض كون المعاطاة الفاقدة لسائر الشروط مشاركة للمعاطاة الجامعة لسائر الشروط عدا الصيغة في الحكم، وهو كونها مفيدة للإباحة أو الملك المتزلزل، وعدم كونها مفيدة للملك اللازم، فكما أنّ المعاطاة الفاقدة للشرائط تفيد الإباحة فقط أو الملك المتزلزل، كذلك الواجدة لسائر الشرائط تفيد الإباحة أو الملك المتزلزل، إلّا أنّه لم يكن هذا الاشتراط كاشفاً عن دخول المعاطاة الفاقدة لسائر الشرائط في هذا العنوان في المعاطاة الواجدة لسائر الشرائط عدا الصيغة، حتّى يقال بعدم اعتبار شرائط البيع القوليّ في المعاطاة، بل الاشتراك في الحكم حكم تعبّديّ من قِبل الشارع مع تعدّد الموضوع، فإنّ الفاقد لسائر الشروط خارج عمّا هو محلّ الكلام من المعاطاة، وهي الواجد لجميع شرائط البيع عدا الصيغة.

[٢] أي لأجل ما ذكرنا من أنّ الفقهاء يعتبرون في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع اللفظي عدا الصيغة.

[٣] خبر لقوله: «أنّ المشهور».

[٤] أي أنّ المعاطاة الواجدة لجميع شرائط البيع ما عدا صيغة البيع تفيد إباحة تصرّف كلّ من المتعاطيين في العوض الذي أخذه من صاحبه.

[٥] أي في كلام صاحب الحدائق.

النهاية [١] بفساد المعاطاة، كما صرّح [٢] به بعد ذلك [٣]، فلا يكون كلامه [٤] موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع [٥]

---

[١] الجار متعلّق بقول العلّامة، وهو مقول قول العلّامة، أي مقابل قول المشهور القائل بصحّة المعاطاة قول العلّامة بفسادها في النهاية.

[٢] أي كما صرّح صاحب الحدائق ﷺ بأنّ العلّامة قائل بفساد المعاطاة في مقابل المشهور.

[٣] أي بعد ما ذكره من أنّ المشهور قائلون بصحّة المعاطاة الجامعة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة.

[٤] أي لا يكون كلام صاحب الحدائق ﷺ موهماً لثبوت الخلاف بين المشهور وبين العلّامة في اشتراط صحّة المعاطاة بكونها مستجمعة لشرائط البيع، بأن يقول المشهور بصحّة المعاطاة ولو كانت فاقدة لبعض شرائط البيع، ويقول العلّامة بفساد المعاطاة المذكورة، بل الظاهر من كلام صاحب الحدائق أنّ المشهور يقولون بصحّة المعاطاة الجامعة لشرائط البيع عدا الصيغة، والعلّامة يقول بفساد هذه المعاطاة الجامعة لشرائط البيع، فالتقابل بين المشهور والعلّامة ليس في أنّ صحّة المعاطاة مشروطة بكونها جامعة للشرائط أم لا، فإنّ ذلك متّفق عليه بين الطرفين، بل التقابل بينهما في صحّة المعاطاة الجامعة للشرائط وفسادها، فالمشهور يقولون بصحّتها والعلّامة يقول ببطلانها.

وملخّص الكلام: أنّ مورد النزاع بين المشهور والعلّامة المعاطاة الجامعة لشرائط البيع، فإنّ المشهور يقولون بصحّتها والعلّامة يقول ببطلانها، وأمّا المعاطاة الفاقدة لشرائط البيع ففاسدة عند الطرفين.

[٥] الجار متعلّق بقوله «في اشتراط»، أي ليس اشتراط صحّة المعاطاة بكونها

شرائط البيع، ويشهد للثاني [١] أنّ البيع في النصّ [٢] والفتوى [٣] ظاهر فيما حكم [٤] فيه باللزوم، وثبت [٥] له الخيار في قولهم: الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا[١] ونحوه [٦].

جامعة لشرائط البيع محلّ خلاف بين العلّامة والمشهور، وعبارة الحدائق أيضاً لا توهم ذلك. هذا تمام الكلام في الوجه الأوّل، وهو اشتراط المعاطاة بجميع شرائط البيع إلّا الصيغة.

[١] أي يشهد للوجه الثاني، وهو عدم اعتبار شرائط البيع في المعاطاة المقصود بها التمليك مطلقاً، سواء أفادت الملكيّة أو الإباحة.

[٢] كقوله: «أقاله البيع»، و«نهى النبيّ عن بيع الغرر»، فإنّ الظاهر من البيع المأخوذ في موضوع الإقالة هو البيع المفيد للملك لزوماً، فلا يشمل المعاطاة، وكذا البيع المأخوذ في موضوع النهي عن بيع الغرر.

[٣] كقول الفقهاء: الأصل في البيع اللّزوم، والبيع هو العقد الدالّ على نقل العين، والبيع هو تمليك عين بعوض، فإنّ البيع الموجود في هذه الكلمات من الفقهاء ظاهر في البيع اللازم.

[٤] ماضٍ مجهول، أي ظاهر في البيع الذي حكم فيه شرعاً بأنّه لازم.

[٥] أي ظاهر فيما ثبت الخيار فيه لمن يصدر عنه البيع والشراء بمقتضى قولهم: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ**...» الدالّ على خيار المجلس فيه.

[٦] أي في مثل قولهم: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ**...» من الأدلّة الدالّة على سائر الخيارات، كخيار العيب، وخيار الغبن. **والحاصل**: أنّ البيع لا بدّ فيه من أن يكون لازماً وثبت فيه الخيار، وأمّا المعاطاة فليست كذلك، فلا تكون بيعاً فلا تشترط

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

أمّا على القول بالإباحة، فواضح [١]؛ لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول [٢] بيعاً في نظر الشارع والمتشرّعة؛ إذ [٣] لا نقل فيها عند [٤] الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه [٥] في مقام فنحمله [٦] على الجري [٧] على ما هو بيع باعتقاد العرف

بشروطه، كما أشار إليه الشيخ الأنصاريّ بقوله: أمّا على القول بالإباحة فواضح.

[١] أي أمّا على القول بالإباحة في المعاطاة فعدم صدق البيع عليها واضح.

[٢] أي على القول بالإباحة في المعاطاة.

[٣] تعليل لما ذكره من عدم كون المعاطاة بيعاً على القول بالإباحة فيها، أي إنّما قلنا بعدم كون المعاطاة بيعاً على القول بالإباحة فيها؛ لأنّه لا نقل في المعاطاة على القول بالإباحة فيها؛ إذ المفروض أنّها تفيد الإباحة، ولا توجب نقل العين، والحال أنّ النقل من مقوّمات صدق البيع[١].

[٤] فإذا لم تفد المعاطاة النقل عند الشارع لا تفيده عند المتشرّعة أيضاً، فلا يصدق البيع على المعاطاة عند الشارع والمتشرّعة.

[٥] أي إذا ثبت إطلاق الشارع البيع على المعاطاة أحياناً في مورد مع عدم صدق البيع عليها حقيقةً عند الشارع والمتشرّعة.

[٦] أي نحمل إطلاق الشارع البيع على المعاطاة بلحاظ أنّه بيع باعتقاد العرف العقلائيّ بما هم عقلاء لا بما هم متشرّعة.

[٧] أي على حمل الشارع المعاطاة على أنّها من مصاديق البيع العرفيّ.

---

(١) إلّا أنّك قد عرفت سابقاً أنّ النقل غير معتبر في مفهوم البيع، ولذا لا يتحقّق في بيع الكلّي في الذمّة، وبيع الدين على مَن هو عليه.

لاشتماله [١] على النقل في نظرهم، وقد تقدّم سابقاً ـ في تصحيح دعوى الإجماع [٢] على عدم كون المعاطاة بيعاً ـ بيان [٣] ذلك. وأمّا على القول [٤]

---

[١] أي لاشتمال التعاطي على النقل في نظرهم فيصدق البيع عليها عرفاً، فإطلاق الشارع البيع على المعاطاة إنّما يكون باعتبار أنّها تفيد النقل عرفاً، فيكون إطلاق البيع في كلمات الشارع على المعاطاة بهذا الاعتبار، ويكون الإطلاق في هذه الموارد دليلاً على أنّ المعاطاة يترتّب عليها جميع ما يترتّب على البيع من الشرائط والأحكام، وإن لم يصدق عليها عنوان البيع عند الشارع والمتشرّعة.

[٢] الذي ادّعاه ابن زهرة في الغنية على عدم كون المعاطاة بيعاً.

[٣] فاعل لقوله: «تقدّم» يعني تقدّم أنّ المراد من البيع في معقد إجماع ابن زهرة على نفي البيع عن المعاطاة هو البيع الشرعيّ المحكوم عليه شرعاً باللزوم والخيار، وحيث إنّ المعاطاة ليس فيها لزوم ولا خيار فلا يصدق البيع عليها شرعاً، وإطلاق الشارع عليها عنوان البيع بلحاظ أنّها يصدق عليها البيع عرفاً. هذا تمام الكلام في القول بالإباحة في المعاطاة.

[٤] أي أمّا على القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك فلا يطلق عليها البيع لوجوه:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «فلأنّ المطلق ينصرف...».

وملخّصه: أنّ إطلاق البيع في كلمات الفقهاء الذين يقولون: **الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ** ينصرف إلى البيع اللازم، وحيث إنّ المعاطاة لا تفيد الملك اللازم، فلا تشملها هذه الفتوى التي هي مطابقة للنصّ الوارد عن المعصوم عليه السلام.

والحاصل: إنّ الفقهاء أرادوا من البيع في فتاواهم هو البيع المفيد للملك اللازم، والمعاطاة وإن كانت مفيدة للملك، إلّا أنّها لا تفيد الملك اللازم، فلا يشملها عنوان البيع، فلا يعتبر فيها جميع شرائط البيع.

بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم في قولهم [١]: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ»، وقولهم [٢]: «إنّ الأصل في البيع اللّزوم، والخيار [٣] إنّما ثبت لدليل»، و«أنّ [٤] البيع بقول مطلق من العقود اللّازمة»، وقولهم [٥]:

---

[١] الجار متعلّق بقوله: «المطلق»، أي إطلاق البيع في كلمات الفقهاء حيث قالوا: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ**» ينصرف إلى البيع المفيد للملك اللازم؛ لأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد الغالب، وهو المفيد للزوم، ولا يشمل ما يفيد الملك غير اللازم.

[٢] أي أنّ إطلاق البيع في قول الفقهاء أنّ الأصل في البيع اللّزوم ينصرف إلى البيع المفيد للملك اللازم، ولا يشمل المعاطاة؛ لعدم إفادتها الملك اللازم، بل تفيد الملك المتزلزل، فلا تكون عرفاً من مصاديق البيع، ولا يكون الأصل فيها اللّزوم، فلا يعتبر فيها ما يشترط في البيع من الشرائط، وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ لعدم صدق البيع على المعاطاة، فيترتّب عليه عدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة حتّى على القول بالملك فيها.

[٣] الخيار مبتدأ، وخبره قوله: «ثبت»، أي الأصل في البيع اللّزوم، والخيار في البيع إنّما ثبت لدليل خاصّ يرفع اليد به عن مقتضى الأصل الأوّليّ.

[٤] عطف على «وقولهم: ...» أي قول الفقهاء: «إنّ البيع ...» أي البيع إذا أُطلق في كلمات الفقهاء فهو يكون من العقود اللّازمة ويعدّ منها، فلا يشمل المعاطاة، وهذا هو الوجه الثالث من الوجوه التي ذكرها الشيخ الأنصاريّ ﷺ لعدم صدق البيع على المعاطاة.

[٥] أي قول الفقهاء: البيع هو العقد الدالّ على نقل العين ـ مثلاً ـ منصرف إلى البيع الدالّ على الملك اللازم، فيكون مراد الفقهاء من البيع هو الدالّ على الملك

«البيع هو العقد الدالّ على كذا»، ونحو ذلك [٢١].

وبالجملة [٢]: فلا يبقى للمتأمّل شكٌّ في أنّ إطلاق البيع في النصّ والفتوى يراد به [٣] ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار [٤] أو بتقايل.

اللازم لا المعاطاة المفيدة للملك الجائز.

والحاصل: أنّ مراد الفقهاء من البيع في هذه الموارد الأربعة من البيع هو المفيد للملك اللازم.

[١] من الموارد التي استعمل فيها عنوان البيع في كلمات الفقهاء، فإنّ جميعها منصرف إلى الملك اللازم كقولهم: الإقالة في البيع كذا، فإنّ البيع في هذا المثال أيضاً ينصرف إلى المفيد للملك اللازم، فلا يشمل المعاطاة.

[٢] أي خلاصة ما سبق أنّ إطلاق البيع المذكور في النصّ والفتوى ينصرف إلى ما يفيد الملك اللازم، ولا يشمل المعاطاة.

[٣] أي يراد بإطلاق البيع خصوص البيع اللازم الذي لا يجوز فسخه إلّا بخيار ثابت في الشريعة أو بإقالة.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «بفسخ»، أي لا يجوز فسخه إلّا بسبب عقد الفسخ أو بإقالة. قال الشهيديّ: ما ذكره المصنّف هنا من الجزم بانصراف إطلاق البيع في النصّ والفتوى إلى البيع اللازم منافٍ لما سيأتي ذكره ـ بعد سطر في وجه تفصيل آخر في أصل المسألة بين الشرائط بقوله: «ويمكن الفرق...» ـ من تسليم الإطلاق وعدم الانصراف في النصوص، ودعوى الانصراف في الفتاوى، ومنافٍ أيضاً لتقوية الوجه الأوّل فيما بعد بقوله: «والأقوى اعتبارها...» لابتنائها على عدم الانصراف في النصّ والفتوى معاً، أو في خصوص الأوّل، ومنافٍ أيضاً لما ذكره بعد نقل كلام الشهيد من أنّ مورد

ووجه الثالث [١] ما تقدّم.

للثاني [٢] على القول

الأدلّة الدالّة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع المعاطاتي العرفيّ ؛ لندرة البيع العقديّ اللّفظيّ ، فإنّه مع دلالته على منع الانصراف يستفاد منه عدم إمكان دعوى الانصراف ، والأمر كذلك ؛ إذ لا منشأ للانصراف إلى البيع اللازم إلّا الأكمليّة ، وهي لا تكون سبباً للانصراف ، والموجب له إنّما غلبة الاستعمال أو غلبة الوجود ، وكلاهما موجودان في المعاطاة ، فينبغي الانصراف إليها .

أقول : قد حقّق في محلّه أنّ غلبة الوجود لا توجب الانصراف .

[١] أي وجه القول الثالث من الأقوال في المعاطاة المقصود بها التمليك ، وهو القول بالتفصيل بين القول بإفادة المعاطاة الملك وبين القول بإفادتها الإباحة ، فعلى القول بإفادتها الملك يشترط في المعاطاة شروط البيع ، وعلى القول بإفادتها الإباحة لا يشترط فيها شروط البيع . والدليل على هذا التفصيل مركّب من الدليل على الاحتمال الأوّل على القول بالملك في المعاطاة ، ومن الدليل على الاحتمال الثاني على القول بالإباحة في المعاطاة .

وملخّصه : إنّما قلنا باعتبار شروط البيع في المعاطاة على القول بإفادتها الملك ؛ لأنّها يصدق عنوان البيع عليها بناءً على هذا القول ، وإن لم يكن لازماً فيترتّب عليها آثار البيع ، وهذا دليل القول الأوّل ، وقلنا بعدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة على القول بالإباحة فيها ؛ لأنّه لا يصدق عليها عنوان البيع ، فعدم جريان شروط البيع فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، وهو دليل القول الثاني .

[٢] أي ما تقدّم في وجه القول الثاني ، وهو القول بعدم اعتبار الشروط في المعاطاة مطلقاً وإن أفادت الملك .

بالإباحة [١] من [٢] سلب البيع عنه، وللأوّل [٣] على القول بالملك من [٤] صدق البيع عليه [٥] حينئذٍ [٦] وإن [٧] لم يكن لازماً. ويمكن [٨]

---

[١] إنّما قيّده بالقول بالإباحة مع أنّ وجه القول الثاني سلب البيع عن المعاطاة حتّى على القول بالملك في المعاطاة؛ لأنّه مع القول بالملك فيها كان سلب البيع عنها محلّ خلاف؛ لوجود القول بصدق البيع عليها على القول بإفادتها الملك الجائز. وأمّا على القول بالإباحة فسلب البيع عنها أمر مسلّم، فيصلح أن يكون دليلاً على عدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة.

[٢] بيان للموصول في قوله: «ما تقدّم للثاني».

[٣] أي وجه القول الثالث ما تقدّم في وجه القول الأوّل، وهو القول باعتبار شروط البيع في المعاطاة على القول بالملك فيها.

[٤] بيان للموصول، أي ما تقدّم من صدق البيع على المعاطاة.

[٥] أي على البيع المعاطاتيّ.

[٦] أي حينما كانت المعاطاة مفيدة للملك.

[٧] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن لم يكن الملك الحاصل من المعاطاة لازماً.

[٨] هذا قول رابع في المسألة.

وملخّصه: أنّه يمكن الفرق بين الشروط التي ثبت اعتبارها في البيع بدليل لفظيّ، كالبلوغ والعقل والاختيار ومعلوميّة العوضين، وبين الشروط التي ثبت اعتبارها بدليل لبّيّ، فإنّ ما هو من القبيل الأوّل ـ بأن ثبت شروط البيع بدليل لفظيّ ـ كان معتبراً في المعاطاة المقصود بها الملك أيضاً، وما هو من القبيل الثاني ـ بأن ثبت اعتبارها بدليل لبّيّ كالإجماع ـ لم يكن معتبراً في المعاطاة، فيختصّ بالبيع اللّفظيّ.

الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من [١] النصّ، فيحمل [٢] على البيع العرفيّ وإن لم [٣] يفد عند الشارع إلّا الإباحة وبين ما ثبت [٤] بالإجماع على اعتباره في البيع بناءً [٥] على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

والاحتمال الأوّل [٦] لا يخلو عن قوّة؛ لكونها [٧]

---

[١] الجار متعلّق بقوله: «ثبت»، أي ثبت اعتبار الشرط من النصّ.

[٢] أي يحمل البيع ـالذي ثبت اعتبار الشروط فيه بدليل لفظيّـ على البيع العرفيّ الذي يشمل المعاطاة وإن كانت مفيدة للإباحة، فيتمسّك بإطلاق أدلّة الشروط المعتبرة في البيع، ويقال باعتبارها في مطلق البيع العرفيّ حتّى المعاطاة المفيدة للإباحة.

[٣] كلمة «إن» وصليّة، أي يحمل البيع الذي ثبت اعتبار الشروط فيه بدليل لفظيّ على البيع العرفيّ الشامل للمعاطاة حتّى لو لم تكن مفيدة إلّا الإباحة الشرعيّة.

[٤] أي يمكن الفرق بين الشروط التي ثبت اعتبارها في البيع بالإجماع.

[٥] هذا إشارة إلى أنّ هذا التفصيل ليس من ناحية أنّ الإجماع دليل لبّيّ يقتصر فيه بالمقدار المتيقّن، كي يقال: إنّ الإجماع قائم على العنوان فيؤخذ بإطلاقه، بل من ناحية أنّ الإجماع متصيّد من فتاوى الأصحاب، ومن البيّن أنّ المتبادر من فتاواهم هو العقد اللّفظيّ اللازم دون المعاطاة المترتّب عليها الملكيّة الجائزة.

[٦] وهو أن يشترط في المعاطاة شروط البيع مطلقاً.

[٧] أي لكون المعاطاة بيعاً بحسب الظاهر المتفاهم العرفيّ على القول بكونها مفيدة للملك.

بيعاً ظاهراً على القول بالملك ،كما عرفت من جامع المقاصد [١]. وأمّا على القول بالإباحة [٢] فلأنّها [٣] لم تثبت إلّا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط ، فلا تشمل [٤] الفاقدة للشرط الآخر أيضاً.

ثمّ إنّه حُكي عن الشهيد [٥] في حواشيه على القواعد أنّه [٦] بعد ما منع من إخراج المأخوذبالمعاطاة في الخمس والزكاة

---

[١] حيث حكى الشيخ عنه في أوائل المعاطاة أنّ المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم.

[٢] غرض المصنّف ﷺ بيان أنّ شروط البيع تعتبر في حصول الإباحة في المعاطاة أيضاً ، كما أنّ المعاطاة الفاقدة لشروط البيع لا تفيد الملك ، كذلك لا تفيد الإباحة.

[٣] أي الإباحة لم تثبت إلّا في المعاطاة الجامعة لجميع شروط البيع اللفظيّ عدا الصيغة.

[٤] أي لا تثبت الإباحة في المعاطاة الفاقدة لشرط آخر من شرائط البيع أيضاً ، كمعلوميّة العوضين مثلاً ، مضافاً إلى كونها فاقدة للصيغة ، ولا تشمل أدلّة المعاطاة للمعاطاة الفاقدة لشرط آخر ، فإنّها لا تفيد الإباحة.

[٥] إلى هنا بيّن أنّه يعتبر في المعاطاة جميع ما يشترط في البيع ، ومن هنا أراد أن يقول : إنّ المسألة ليست مورد وفاق ، فإنّ الشهيد مخالف في اعتبار شرائط البيع في المعاطاة.

[٦] أي أنّ الشهيد ذكر أوّلاً منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس ، ثمّ ذكر عدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة.

وإنّما منع أداء الخمس والزكاة وثمن الهدي بالمال المأخوذ بالمعاطاة ؛

وثمن الهدي [١] إلّا بعد تلف العين ـ يعني العين الأُخرى [٢] ـ ذكر [٣] أنّه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين؛ لأنّها [٤] ليست عقداً، وكذا [٥] جهالة الأجل،

لأنّ هذه المذكورات لا بدّ أن تكون في الملك، والمأخوذ بالمعاطاة ليس ملكاً لمن وجب عليه الخمس أو الزكاة أو الهدي كي يجوز أداؤه في الخمس والزكاة، وكذا أن يجوز أن يؤدّي ثمن الهدي بالمأخوذ بالمعاطاة.

[١] وهو الخامس من واجبات حجّ التمتّع، الهدي من الإبل أو البقر أو الغنم الذي يذبح أو ينحر يوم العيد في منى، ومن المعلوم أنّ الثمن الذي يشترى به الهدي لا بدّ أن يكون ملكاً للحاجّ، فلا يجوز اشتراؤه بالمأخوذ بالمعاطاة؛ لعدم كونه ملكاً للمتعاطي.

[٢] وهي التي وقعت في مقابل ما يعطى في الخمس أو الزكاة أو ثمن الهدي، أي لا يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمن الهدي إلّا بعد تلف العين التي هي بيد المتعاطي الآخر، فإنّ تلفه يوجب أن يكون المأخوذ بالمعاطاة ملكاً للآخذ، فيجوز له أن يخرجه في الخمس والزكاة وثمن الهدي.

[٣] أي ذكر الشهيد أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة لا يعتبر فيها معلوميّة العوضين وإن اعتبرت في البيع، فإنّ مجهوليّة الثمن والمثمن تبطل البيع.

[٤] أي إنّما جاز كون العوضين مجهولين في المعاطاة؛ لأنّ المعاطاة ليست عقداً، والجهالة إنّما تضرّ بالعقد دون غيره.

[٥] أي كما يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين كذلك يجوز أن تكون المدّة مجهولةً في المعاطاة كما في النسيئة والسلف.

وأنّه[١] لو اشترى أمةبالمعاطاة لم يجز له[٢]نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى.

وحكي عنه في باب الصرف أيضاً[٣] أنّه لا يعتبر[٤] التقابض في المجلس في معاطاة النقدين.

---

[١] عطف على قوله: «وأنّه يجوز» أي ذكر الشهيد أنّه لو اشترى...

[٢] أي لم يجز للمتعاطي نكاح الأمة المشتراة بالمعاطاة؛ لأنّها لا تفيد الملك على الفرض ولا وطئ إلّا في الملك. وهذا كلّه قبل تلف ثمن الأمة، وأمّا بعد تلفه تكون الأمة ملكاً للمتعاطي فيجوز وطؤها.

[٣] أي كما حكى عن الشهيد أنّه قال في مبحث منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة بعدم اشتراط المعاطاة بشروط البيع، كذلك حكي عنه في باب الصرف أيضاً أنّه قال: بأنّه لا يشترط في المعاطاة شروط البيع، حيث إنّه قال في باب الصرف: أنّه لا يعتبر التقابض في المجلس في النقدين في المعاطاة، فلو باع الدرهم والدينار بالمعاطاة فلا تتوقّف إباحة التصرّف فيهما على التقابض في المجلس، بل يكفي مجرّد إعطاء أحدهما وقبض الآخر، مع أنّه لا شبهة في توقّف حصول الملك في بيع الصرف على التقابض في مجلس العقد، وهذا الذي ذكرناه من عدم اعتبار التقابض في المجلس في النقدين في المعاطاة ممّا يكشف عن عدم كونها بيعاً.

[٤] مؤوّل بالمصدر، ونائب فاعل لقوله: «حكي»، أي حكي عن الشهيد عدم اعتبار التقابض في المجلس...؛ لأنّ التقابض في المجلس شرط في النقدين إذا كان الواقع في المجلس عقداً، والمعاطاة ليست بعقد.

خلاصة ما يستفاد من كلام الشهيد مطلبان:

الأوّل: أنّ المعاطاة لا تفيد الملك.

الثاني: أنّ الشرائط المعتبرة في البيع لا تجري في المعاطاة.

وملخّص كلام الشهيد إلى هنا: أنّه منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة فيما يتوقّف على الملك كأداء الخمس والزكاة وشراء الهدي به؛ وذلك لتوقّف هذه التصرّفات على الملك، والمفروض أنّه منتفٍ في المعاطاة على القول بالإباحة فيها. ثمّ ذكر مسائل يظهر منها عدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة. وغرض الشيخ من نقل هذا الكلام عن الشهيد التنبيه على أنّ اعتبار شروط البيع في المعاطاة ليس مورد وفاق عند الفقهاء؛ لكون الشهيد مخالفاً في المسألة؛ لأنّه يقول بعدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة.

وأمّا المسائل التي ذكرها الشهيد فهي أربع:

الأُولى: ما أشار إليه بقوله: «إنّه يجوز أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين»، وهذا الذي ذكره يدلّ على أنّ المعاطاة مفيدة للإباحة وليست ببيع؛ لأنّها لو كانت بيعاً اعتبر فيها العلم بالعوضين ولا يجوز جهالة الثمن والمثمن فيها، فيفهم من كلامه هذا عدم اعتبار شروط البيع التي منها العلم بالعوضين في المعاطاة.

الثانية: ما أشار إليه بقوله: «وكذا جهالة الأجل»، أي قال الشهيد يجوز جهالة الأجل في المعاطاة، فلو اشترى زيد من عمرو شيئاً معاطاةً لم تتوقّف إباحة التصرّف فيه على تسمية الأجل، والحال أنّه يعتبر في بيع النسيئة تعيين الأجل، فيستفاد من هذا الكلام أنّ الشهيد لا يقول باعتبار تعيين الأجل الذي هو معتبر في البيع اللّفظيّ في المعاطاة وهو يكشف عن عدم كون المعاطاة بيعاً عنده.

أقول: حكمه [١] ﷺ بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة

الثالثة: ما أشار إليه بقوله: «وإنّه لو اشترى أمة بالمعاطاة»، أي لا يجوز وطئ الأمة المشتراة بالمعاطاة لأنّه ممّا يتوقّف على الملك وهو غير حاصل بالمعاطاة؛ لأنّ المفروض أنّها لا تفيد إلّا الإباحة، والحال أنّه يجوز وطؤها بالبيع، وهذا ممّا يكشف عن عدم صدق البيع على المعاطاة، ومعه لا يعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشرائط.

الرابعة: ما أشار إليه بقوله: «بأنّه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين»، وهذا الذي ذكره ممّا يدلّ على عدم كون المعاطاة بيعاً؛ لأنّها لو كانت بيعاً لكان التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف والسلم معتبراً في حصول إباحة التصرّف، والحال لا يتوقّف إباحة التصرّف في الصرف والسلم في المعاطاة على التقابض، بل يكفي إعطاء أحدهما وأخذ الآخر.

والحاصل: هذا الذي ذكره الشهيد ممّا يكشف عن عدم كون المعاطاة بيعاً، فلا يعتبر فيها ما يعتبر في البيع من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

[١] أي حكم الشهيد ﷺ.

وملخّصه: أنّ حكم الشهيد بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة، وكذا حكمه بجواز وطئ الأمة المأخوذة بالمعاطاة صريح في أنّ المعاطاة لا تفيد الملك؛ إذ مع إفادتها الملك ولو ملكاً جائزاً لما كان وجه للمنع المذكور، فلو لم تفد الملكيّة لما صدق عليها عنوان البيع.

وبالنتيجة: أنّه لا يعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشرائط، وأيضاً ذكر أنّه لا يعتبر في المعاطاة معلوميّة العوضين، وهذا الذي ذكره يشهد بأنّه لا يعتبر في المعاطاة ما يعتبر في البيع؛ إذ من الواضح اعتبار معلوميّة

في الصدقات الواجبة [١] وعدم [٢] جواز نكاح المأخوذ بها صريح [٣] في عدم إفادتها للملك.

إلّا [٤] أنّ حكمه ﷺ بعدم

العوضين في البيع.

[١] كالخمس والزكاة، حيث قال: لا يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة.

[٢] أي حكم الشهيد بعدم جواز وطئ الأمة المأخوذة بالمعاطاة.

[٣] خبر لقوله: «حكمه»، أي حكم الشهيد بعدم جواز التصرّف في المذكورات صريح في عدم إفادة المعاطاة للملك؛ إذ لو أفادت الملك لجازت التصرّفات المذكورة بلا إشكال، فعدم إفادتها الملك يدلّ بمدلوله الالتزاميّ على عدم صدق البيع عليها؛ إذ لو صدق البيع عليها لكانت مفيدة للملك قطعاً.

وملخّص الكلام: أنّ ما ذكره الشهيد يكون مخالفاً لما أفاده الشيخ من اعتبار شروط البيع في المعاطاة.

[٤] من هنا أراد شيخنا الأنصاريّ ﷺ أن يوجّه كلام الشهيد بحيث لا يعدّ مخالفاً لجريان شروط البيع في المعاطاة.

وملخّصه: أنّ حكم الشهيد بعدم اعتبار الشروط المذكورة في المعاطاة وإن كان ظاهراً في أنّ الشهيد يمنع من جريان شروط البيع في المعاطاة، إلّا أنّ التعليل الذي ذكره لحكمه بعدم اعتبار الشروط المذكورة يكون قرينة على أنّه ليس مخالفاً في المسألة، فإنّ النزاع بين الشيخ والشهيد لفظيّ؛ لأنّ الشهيد إنّما يقول بعدم اعتبار الشروط المذكورة في المعاطاة؛ لأنّه

اعتبار الشروط المذكورة للبيع [١] والصرف [٢] معلّلاً [٣] بـأنّ المـعاطاة ليست عقداً يحتمل [٤] أن يكون [٥] باعتبار عدم الملك حيث [٦]

لا يرى المعاطاة المفيدة للإباحة بيعاً، ولو التزم ببيعيّتها لما منع من اعـتبار الشروط المذكورة فيها، والشيخ إنّما يقول باعتبار شرائط البيع في المعاطاة؛ لأنّه يرى المعاطاة بيعاً عرفيّاً، فلو لم يلتزم هو أيضاً بكون المعاطاة المفيدة للإباحة بيعاً لمنع من اعتبار الشروط المذكورة في المعاطاة، وأنت إذا تأمّلت فيما ذكرنا تعلم أنّ مخالفة الشهيد في المسألة مبنائيّة، ولا يكون هو مخالفاً لجريان شروط البيع في المعاطاة على تقدير صدق البيع عليها.

[١] كمعلوميّة العوضين، ومعلوميّة الأجل في النسيئة.

[٢] كالتقابض في المجلس في بيع النقدين، فإنّه لا يكون معتبراً في المعاطاة.

[٣] حال لقوله: «حكمه»، أي علّل الشهيد حكمه بعدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة بأنّ المعاطاة ليست عقداً مملّكاً.

[٤] خبر لقوله: «أنّ حكمه...»، أي حكم الشهيد بعدم اعتبار شروط البيع في المعاطاة ـ معلّلاً بأنّها ليست عقداً ـ يحتمل أن يكون معناه أنّه لا يعتبر شروط البيع فيها؛ لأنّها لا تفيد الملك، فيكون معنى كلامه أنّه لا يعتبر شروط البيع في المعاطاة؛ لأنّها ليست مملّكة، فإذا لم تكن مملّكة لا يصدق عليها البيع كي يعتبر فيها ما يعتبر في البيع.

[٥] أي أن يكون عدم اعتبار الشروط المذكورة في المعاطاة باعتبار عدم إفادتها للملك.

[٦] أي الوجه في عدم الملك في المعاطاة أنّ المفيد للملك منحصر في العقد، فإذا لم تكن المعاطاة عقداً فلا تفيد الملك، فإذا لم تفد الملك لا يصدق عليها

إنّ المفيد للملك منحصر في العقد ، وأن يكون [١] باعتبار عدم اللّزوم حيث إنّ الشروط المذكورة شرائط للبيع العقديّ اللّازم [٢].

عنوان البيع ، وإذا لم يصدق عليها عنوان البيع فعدم اعتبار شروط البيع فيها يكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، فيكون مراد الشهيد من عدم كون المعاطاة عقداً عدم كونها مملّكاً من باب ذكر السبب وإرادة المسبّب .

[١] أي حكم الشهيد بعدم اعتبار الشروط المذكورة يحتمل أن يكون باعتبار عدم كونها مفيدة للملك اللازم . بدعوى : أنّ الشرائط المذكورة إنّما هي من شرائط ما يفيد ملكاً لازماً ، كالبيع اللّفظيّ ، وأمّا ما لا يفيد ملكاً بل يفيد إباحة أو يفيد ملكاً غير لازم ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في البيع من الشرائط .

[٢] وهو لا ينطبق على المعاطاة التي تكون عقداً جائزاً ، فلا يعتبر فيها ما يكون من شرائط العقد اللازم .

وملخّص ما ذكره هو : أنّ قوله : « إنّ المعاطاة ليست عقداً » إذا كان معناه أنّ المعاطاة ليست مملّكة لأنّ المملّك منحصر في العقد ، فيكون إنكاره اعتبار شرائط البيع في المعاطاة لأجل عدم صدق العقد عليها فلو صدق العقد عليها لاعتبر فيها أيضاً ما اعتبر في البيع .

إذن ليس الشهيد مخالفاً في المسألة ، وإذا كان معناه أنّ المعاطاة مملّكة جائزة ، فعدم اعتبار شرائط البيع فيها إنّما هو باعتبار أنّ الشرائط المذكورة من شرائط العقد اللازم ، والمعاطاة على هذا وإن كانت من مصاديق العقد ، إلّا أنّها لا تكون عقداً لازماً ، فلا يعتبر فيها شرائط البيع ، وعلى كلا الاحتمالين يكون حكم الشهيد بعدم اعتبار شرائط البيع في المعاطاة من باب السالبة بانتفاء الموضوع ، فإنّ الموضوع على الاحتمال الأوّل العقد المملّك ،

والأقوى [١] اعتبارها وإن [٢] قلنا بالإباحة؛ لأنّها [٣] بيع عرفيّ وإن [٤] لم تفد شرعاً إلّا الإباحة، ومورد [٤] الأدلّة الدالّة على اعتبار

والمعاطاة مبيحة، وعلى الاحتمال الثاني العقد المملّك اللازم، والمعاطاة مملّكة جائزة، فعلى كلا الاحتمالين يكون نفيه اعتبار شرائط البيع عنها من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وأمّا على تقدير قبوله أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة، أو أنّ المفيدة للملكيّة الجائزة بيع، فهو لا ينكر اعتبار شرائط البيع في المعاطاة.

هذا تمام الكلام في توضيح كلام الشهيديّ وتوجيهه.

[١] هذا مختار الشيخ في المسألة، واعتراض على ما ذكره الشهيد واختاره، أي الأقوى اعتبار شروط البيع في المعاطاة.

[٢] كلمة «إن» وصليّة، أي سواء قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الملك أو الإباحة.

[٣] واستدلّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ على اعتبار شروط البيع في المعاطاة بوجهين:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «لأنّها بيع عرفيّ...»، أي إنّما قلنا: باعتبار شروط البيع في المعاطاة؛ لأنّها بيع عرفيّ حتّى لو قلنا بأنّها مفيدة للإباحة فقط.

[٤] كلمة «إن» وصليّة، أي حتّى وإن لم تفد المعاطاة شرعاً إلّا الإباحة.

[٥] من هنا شرع في بيان وجه اعتبار شروط البيع في المعاطاة، وفي ردّ ما ذكره الشهيد بأنّ المعاطاة ليست عقداً.

وملخّصه: أنّ عدم صدق العقد على المعاطاة لا يقدح في اعتبار شروط البيع فيها؛ إذ مورد الأدلّة الدالّة على اعتبار تلك الشروط المتقدّمة وموضوعها هو البيع العرفيّ لا العقد، كما زعمه الشهيد، فإذا صدق عليها

تلك الشروط [١] هو البيع العرفيّ، لا خصوص [٢] العقديّ، بل تقييدها [٣] بالبيع العقدي تقييد [٤] بغير الغالب،

البيع العرفيّ، فالأدلّة الدالّة على اعتبار الشروط المذكورة في البيع تدلّ على اعتبارها في المعاطاة أيضاً، إنّما قلنا مورد الأدلّة الدالّة على اعتبار الشروط في البيع إنّما هو البيع العرفيّ؛ لأنّ المعاملات أُمور عرفيّة قد أمضاها الشارع، فكلّ عنوان ورد في لسان الأدلّة من عناوين المعاملات يحمل على ما يتعارف عند العرف إلّا أن يدلّ الدليل على تصرّف الشارع في الموضوع زيادة أو نقيصة.

[١] كمعلوميّة العوض والمعوض، ومعلوميّة الأجل في بيع النسيئة والتقابض في بيع الصرف والسلم.

[٢] أي ليس مورد الأدلّة المذكورة خصوص العقد كي يقال انّه لا يصدق على المعاطاة، فلا تشملها الأدلّة الدالّة على اعتبار تلك الشروط.

[٣] أي تقييد أدلّة شروط البيع بالبيع العقديّ، واختصاصها به بأن يقال: إنّ الأدلّة الدالّة على اعتبار الشروط المذكورة تدلّ على اعتبارها في خصوص البيع العقديّ، ولا تشمل المعاطاة.

[٤] أي تقييد لإطلاق الأدلّة الدالّة على اعتبار الشروط المذكورة بفرد نادر؛ لأنّ الغالب الواقع في الخارج هو البيع المعاطاتي، ووقوع البيع اللّفظيّ في الخارج نادر جدّاً، وحمل المطلق على الفرد النادر أمر مستهجن عرفاً. إذن فمقتضى إطلاقات أدلّة اعتبار شرائط البيع يعمّ البيع المعاطاتيّ والبيع القوليّ. وقد ذكرنا آنفاً إنّ الشيخ استدلّ على اعتبار شروط البيع في المعاطاة بوجهين.

إلى هنا بيّن الوجه الأوّل، ومن هنا أراد أن يبيّن **الوجه الثاني**، وأشار إليه

ولما [١] عرفت من أنّ الأصل [٢] في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد [٣] وعدم [٤] تأثيره [٥] شيئاً خرج [٦] ما هو محلّ الخلاف

بقوله: «ولما عرفت»، **وملخّصه**: أنّ مقتضى الأصل العمليّ وهو أصالة عدم النقل والانتقال في كلّ معاملة شكّ في كونها سبباً للنقل والانتقال هو الفساد، وعدم حصول النقل والانتقال، وإنّما خرج عن مقتضى الأصل المذكور المعاملة المعاطاتيّة الجامعة لجميع شروط البيع اللّفظيّ عدا الإيجاب والقبول، وتكون النتيجة اعتبار جميع الشروط المعتبرة في البيع في المعاطاة.

[١] وقد أشار إليه شيخنا الأنصاريّ ﷺ في موارد عند مناقشته في استبعادات كاشف الغطاء، ونحن نذكر مورداً منها، حيث قال: «فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيّة...».

[٢] أي استصحاب عدم حصول النقل والانتقال بالمعاطاة المعبّر عنه بأصالة الفساد في المعاملات.

[٣] خبر لقوله: «أنّ الأصل»، أي مقتضى الأصل فساد المعاطاة.

[٤] عطف تفسير لقوله: «الفساد»، أي عدم تأثير المعاطاة حتّى في الإباحة؛ إذ ما قصده المتعاطيان من المعاطاة الملك، والمفروض أنّه لم يحصل، ولم يقصدا منها الإباحة، فكيف يقع ما لم يقصداه؟!

[٥] والأوْلى تأنيث الضمير، أي الأصل عدم تأثير المعاطاة شيئاً حتّى في الإباحة.

[٦] أي خرج عن تحت أصالة الفساد المعاملة التي هي مورد اتّفاق بين العلماء من حيث إفادتها الملك ومورد خلاف بينهم من حيث إفادتها الملك اللازم أو الملك الجائز، ومن حيث اعتبار الصيغة في اللّزوم وعدمه.

بين العلماء من حيث اللّزوم والعدم، وهو [١] المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة وبقي الباقي [٢].

---

[١] أي ما خرج عن تحت أصالة الفساد، ويكون صحيحاً بالاتّفاق، وإنّما الخلاف في إفادته الملك اللازم أو الجائز هي المعاملة الجامعة لجميع شرائط البيع عدا الصيغة، فهي تكون صحيحة فقط، وهذا الذي ذكرناه دليل ثانٍ على أنّه يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع القوليّ من الشرائط عدا الصيغة.

[٢] والمراد منه المعاملة الفاقدة لبعض شرائط البيع، فإنّه يبقى تحت أصالة الفساد.

«التحقيق»

في الأمر الأوّل من الأُمور التي قال فيها شيخنا الأنصاريّ ﷺ بعد الفراغ من بيان صحّة البيع المعاطاتيّ ولزومه: «وينبغي التنبيه على أُمور»، وهو أنّه هل يعتبر في البيع المعاطاتيّ ما يعتبر في البيع اللفظيّ من الشروط؟

يقع الكلام في مواضع:

الأوّل: في المعاطاة المقصود بها الإباحة.

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّ المتعاطيين إذا قصدا مجرّد الإباحة من المعاطاة فلا إشكال في عدم صدق البيع عليها، وعلى هذا فلو شككنا في اعتبار شرط في المعاطاة بالإضافة إلى الشروط التي هي معتبرة فيها فمقتضى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه المعاطاة المفيدة للإباحة نفي شرطيّة غير ما ثبت شرطيّته، والمناسب للقول بالإباحة في المعاطاة أن يتمسّك في صحّتها بحديث السلطنة الدالّ على السلطنة المطلقة للمالك على أمواله.

وملخّص الكلام: أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة لمّا لم تكن بيعاً لم تكن

شرائط البيع معتبرة فيها، فإذا شكّ في اعتبار شرط فيها كان المرجع فيه دليل مشروعيّة الإباحة المعوّضة، وحيث إنّ المناسب لهذا القول قوله ﷺ: «**النّاس مسلّطون على أموالهم**» فيتمسّك به لإثبات الإباحة، سواء كانت واجدة لشرائط البيع أم لا، فإنّ مقتضى إطلاق الحديث الدالّ على السلطنة المطلقة للملّاك جواز الإباحة المعوّضة حتّى فيما كانت فاقدة لشرائط البيع، فإذا شكّ في جواز إباحة جنس ربويّ بمثله مع التفاضل بينهما، فمقتضى إطلاق سلطنة الملاك على أموالهم جواز هذه الإباحة المعوّضة، ولا دليل على حرمتها؛ إذ المفروض أنّها ليست بيعاً حتّى تتوقّف على رعاية شرائط البيع فيها. هذا كلّه لو تمسّكنا بالأدلّة اللفظيّة من عموم أو خصوص. وأمّا إذا تمسّكنا بالسيرة، وقلنا إنّها قامت على إفادة المعاطاة الإباحة المعوّضة، وحيث إنّها دليل لبّيّ فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن من مورد إمضاء الشارع، وهو ما إذا كانت واجدة لجميع شرائط البيع.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم ﷺ بما ملخّصه: أنّ حديث السلطنة لا يتكفّل لإثبات السلطنة للمالك على أيّ تصرّف، سواء ثبتت مشروعيّته أم لا، بل يتكفّل لإثبات سلطنته في الجهات المشروعة. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّه مرسل.

وأمّا السيرة فهي لا تدلّ على إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك، فالمتعيّن التمسّك بأدلّة نفوذ إذن المالك، فإنّ مقتضى إطلاقها إباحة التصرّف مطلقاً.

وبعبارة أُخرى: يمكن التمسّك بمفهوم قوله: «**وَلَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ مَالُ أَخِيهِ، إِلّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[1].

(١) وسائل الشيعة: كتاب الصلاة، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الحديث ٥٣.

وبموثّقة سماعة: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ، إِلّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ»[1].

لكن دعوى قيام السيرة المتشرعيّة على إباحة التصرّف في المأخوذ بالمعاطاة حتّى المتوقّفة على الملك غير بعيدة.

الموضع الثاني: فيما إذا قصد المتعاطيان بالأخذ والإعطاء التمليك، إلّا أنّه لم يترتّب عليها ما قصداه، بل حكم الشارع بحصول الإباحة بها.

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفيّ وإن ترتّب عليه الإباحة الشرعيّة، وحينئذٍ فيعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشروط. وهذا الذي ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ ـ من صدق البيع على المعاطاة المفيدة للإباحة إذا قصد المتعاطيان التمليك فيها ـ قرّبه الأُستاذ الأعظم لكي يرتفع التنافي بين كونها بيعاً وبين عدم إفادتها الملك بوجهين:

الوجه الأوّل: أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفيّ مشمولة للعمومات الدالّة على صحّة البيع ولزومه، وعليه فلا بدّ من أن نلتزم أنّ المعاطاة في هذا الفرض تفيد ما قصده المتعاطيان منه، وهو الملك، إلّا أنّه قام إجماع تعبّدي أنّ الشارع لم يمضِ ما قصده المتعاطيان، بل حكم بإباحة التصرّف، وأنّ ذلك لا يخرجها عن كونها بيعاً عرفاً وشرعاً، وحكمه بتوقّف حصول الملك على التلف يكون نظير حكمه بتوقّف الملك على القبض في بيع الصرف والسلم، فإذا صدق عليه البيع يكون مشروطاً بشروطه عدا الصيغة.

الثاني: أنّ غرض المتعاطيين من التمليك الحاصل بالمعاطاة إنّما هو إيجاد البيع، وحيث إنّه فاقد للصيغة فيحكم بفساده كسائر المعاملات الفاقدة لشروطها.

---

(١) وسائل الشيعة: كتاب الصلاة، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الحديث ١.

هذا من ناحية.

ومن ناحية أُخرى: قام الإجماع على جواز تصرّف الآخذ فيما أخذه بالمعاطاة ولم يقم دليل على ذلك في سائر المعاملات الفاسدة.

ومن ناحية ثالثة: اقتضت الضرورة الشرعيّة حرمة التصرّف في مال غيره بدون إذنه، فالجمع بين هذه الأُمور يقتضي جواز التصرّف في المورد المتيقّن، وهو البيع الجامع للشرائط؛ لأنّ الإجماع دليل لبّيّ فيقتصر فيه على المقدار المتيقّن، وهو أن تكون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع.

الموضع الثالث: فيما إذا قصد المتعاطيان التمليك والتملّك من المعاطاة، وهي أفادت الملكيّة من أوّل الأمر، ولا شبهة في صدق البيع على المعاطاة في هذا الفرض، ويعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط.

ربما يقال: إنّ المعتبر في المعاطاة هي الشروط التي ثبت اعتبارها بدليل لفظيّ، فإنّه إذا شككنا في اعتبار شرط من شرائط البيع في المعاطاة يتمسّك بإطلاق دليله، ويحكم باعتباره في المعاطاة أيضاً بعد صدق البيع عليه. وهذا بخلاف الشروط التي ثبت اعتبارها في البيع اللفظيّ بدليل لبّيّ كالإجماع في البيع اللفظيّ، فلا يشمل المعاطاة، فلا مانع من تعليقها على أمر متوقّع الحصول. وهذا التفصيل ليس لأجل أنّ الإجماع دليل لبّيّ يقتصر فيه على المقدار المتيقّن، بل من ناحية أنّ الإجماع متصيّد من فتاوى الأصحاب، وهو يكون كالدليل اللفظيّ، إلّا أنّ المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظيّ اللازم دون المعاطاة، ولكنّه لا مجال للتفصيل المذكور؛ لما ذكرنا من أنّ المعاطاة بيع تكون مشمولة للإطلاقات أو العمومات الدالّة على صحّة البيع ولزومه، فبعد كونها من مصاديق البيع يعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط.

وبما ذكرنا [١] يظهر وجه تحريم الربا فيه [٢] أيضاً وإن [٣] خصّصنا

---

[١] يعني بما ذكرنا في وجه اعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً، سواء كان المقصود بها الملك أو الإباحة ـ من أنّ موردها البيع العرفيّ والمعاطاة بيع عرفاً ـ يظهر وجه تحريم الربا في المعاطاة أيضاً حتّى على القول بالإباحة، وإن خصّصنا حكم حرمة الربا بالبيع فضلاً عن تعميمه لمطلق المعاوضة الشاملة للإباحة المعوّضة أيضاً. هذا ما ذكره الشهيديّ في توضيح العبارة.

وقال الأُستاذ الأعظم[1] في ذيل عبارة الشيخ: أقول: ملخّص كلامه: إنّه إذا حكمنا بكون المعاطاة بيعاً عرفيّاً، وإن لم تفد الإباحة الشرعيّة حرم فيها الربا، وكذلك إذا قلنا بأنّها ليست بيعاً؛ لأنّها حينئذٍ معاوضة مستقلّة شرعيّة، سواء كانت جائزة أم كانت لازمة، كما اعترف به الشهيد في موضع من الحواشي، بل يمكن الحكم بحرمة الربا في المعاطاة إذا قصد منها المتعاطيان الإباحة لا الملك، فإنّ ذلك أيضاً معاوضة عرفاً.

أقول: إنّ ما ذكره من الحكم بحرمة الربا في المعاطاة فيما إذا قصد منها الإباحة مشكل، ولذا أمر ﷺ بالتأمّل في المقام.

[٢] والأنسب فيها ـ كما في بعض النسخ ـ أي يظهر وجه تحريم الربا في المعاطاة أيضاً كتحريمه في البيع القوليّ، ووجه تحريم الربا هو أنّ مورد حرمة الربا البيع العرفيّ، والمعاطاة بيع عرفاً فتشمله ما دلّ على حرمة البيع الربويّ.

[٣] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن خصّصنا الحكم، وهو حرمة الربا بالبيع فضلاً عن تعميمه لمطلق المعاوضة الشاملة للإباحة المعوّضة أيضاً؛ لأنّ البيع يصدق عرفاً على المعاطاة أيضاً، وهذه العبارة تدلّ على أنّ المسألة محلّ خلاف،

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٦.

الحكم بالبيع ، بل [١] الظاهر التحريم حتّى عند من

ولا يرى الكلّ اختصاص حرمة الربا بالبيع ، فإنّ بعض الفقهاء يقول بحرمة الربا في كلّ معاوضة .

قال المحقّق المامقاني : اعلم أنّه قد وقع الخلاف في ثبوت الربا في كلّ معاوضة واختصاصه بالبيع ، فالمحكيّ عن السيّد والشيخ والقاضي وابن المنوح وفخر المحقّقين والشهيدين وابن العبّاس والقطيفي والمحقّق الأردبيليّ ﷺ هو الأوّل . وهذا هو الذي صرّح به المحقّق ﷺ في كتاب الغصب حيث قال : « ولا تظنّنّ أنّ الربا يختصّ بالبيع ، بل هو ثابت في كلّ معاوضة ربويّين متّفقي الجنس » ، انتهى .

وعن المحقّق الأردبيليّ في آيات الأحكام نسبة هذا القول ـ أعني القول بثبوته في كلّ معاوضة ـ إلى الأكثر ، وذهب ابن إدريس إلى الثاني ، أي اختصاصه بالبيع .

قال في السرائر : « ولا يكون الربا المنهي عنه المحرّم إلّا فيما يكال أو يوزن ، وأمّا ما عداهما من جميع المبيعات فلا ربا فيها بحال ؛ لأنّ حقيقة الربا في عرف الشرع هو بيع المثل من المكيل أو الموزون بالمثل متفاضلاً ، نقداً أو نسيئة » ، انتهى .

ووافقه العلّامة في قواعده ، حيث قال : « وإنّما يثبت في بيع أحد المتساويين جنساً بالآخر » .

[١] هذا إعراض عمّا يوهمه الكلام السابق ، حيث إنّه يوهم أنّ جريان حرمة الربا في المعاطاة مبنيّ على صدق البيع على المعاطاة ، وهو قد أعرض عن هذا الكلام السابق ، وقال : بل الظاهر هو تحريم الربا في المعاطاة مطلقاً حتّى عند مَن يراها مفيدة للإباحة ؛ إذ لا شبهة في أنّ موضوع حرمة الربا هو المعاوضة

لا يراها [١] مفيدة للملك؛ لأنّها [٢] معاوضة عرفيّة وإن لم تفد [٣] الملك، بل [٤] معاوضة شرعيّة كما اعترف بها الشهيد ﷺ في موضع من الحواشي، حيث قال: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة أو [٦] لازمة، انتهى. ولو قلنا بأنّ المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً [٧]

العرفيّة، وما يقصد المتبايعان منه النقل والانتقال.

[١] أي لا يرى المعاطاة بيعاً مفيداً للملك.

[٢] أي إنّما قلنا بجريان حرمة الربا في المعاطاة حتّى على مسلك من لا يراها بيعاً مفيداً للملك؛ لأنّ المعاطاة معاوضة عرفاً. فتشمله الأدلّة الدالّة على حرمة الربا في كلّ معاوضة عرفيّة، ولا يضرّه عدم صدق البيع عليها.

[٣] أي وإن لم تفد المعاطاة الملك بل تفيد الإباحة.

[٤] ترقّ عمّا ذكره آنفاً من كون المعاطاة معاوضة عرفيّة، أي مضافاً إلى صدق المعاوضة العرفيّة على المعاطاة هي معاوضة شرعيّة أيضاً بمعنى أنّها بلحاظ تأثيرها في الإباحة معاوضة شرعيّة مستقلّة، وإن لم يصدق عليها البيع، ويحرم الربا فيها أيضاً؛ لأنّ موضوع حرمة الربا ليس خصوص البيع، بل مطلق ما يقصد المتبايعان منه النقل والانتقال.

[٥] اعترف الشهيد بكون المعاطاة معاوضة شرعيّة مستقلّة.

[٦] كلمة «أو» للتنويع لا للترديد، أي المعاطاة أيضاً على نوعين كالعقود اللفظيّة: قسم منها لازم وقسم منها جائز. ويستفاد من قوله: جائزة أو لازمة أنّه ﷺ اعترف بكون المعاطاة معاوضة شرعيّة حيث إنّهما من لوازم الحكم الشرعيّ.

[٧] كما لا يبعد جريان الربا في المعاطاة المقصود بها الملك كذلك لا يبعد جريان الربا في المعاطاة التي قصد المتعاطيان منها الإباحة.

جريان الربا ، لكونها [١] معاوضة عرفاً ، فتأمّل [٢]. وأمّا حكم جريان الخيار فيها [٣] قبل [٤] اللّزوم [٥] فيمكن نفيه [٦] على المشهور ؛ لأنّها [٧]

---

[١] أي إنّما قلنا بجريان الربا في المعاطاة المقصود بها الإباحة ، لكونها معاوضة عرفيّة فتشملها الأدلّة الدالّة على حرمة الربا في المعاوضة .

[٢] لعلّه إشارة إلى أنّ تحريم الربا لا يشمل المعاطاة المقصود بها الإباحة حتّى بناءً على تعميم أدلّة حرمة الربا لمطلق المعاوضات ؛ لأنّه يكون الظاهر منها إرادة المعاوضة بين المالين لا بين الإباحتين ، أو إشارة إلى أنّ تحريم الربا إنّما يجري في خصوص المعاوضات المقصود بها الملك .

[٣] أي في المعاطاة . إلى هنا كان المصنّف في مقام بيان جريان تحريم الربا وعدمه في المعاطاة ، ومن هنا أراد أن يبيّن جريان الخيار في المعاطاة وعدمه ، فيقع الكلام فيها في جهات أربع ذكر المصنّف جهتين منها وترك الباقي .

[٤] التقييد بما قبل اللّزوم إنّما هو لأجل تعرّضه لحكم جريان الخيار فيما بعد اللّزوم في التنبيه السابع .

[٥] أي قبل اللّزوم الحاصل بتلف إحدى العينين ، أي هل يجري الخيار في المعاطاة المقصود بها الملك التي لا تؤثّر إلّا في الإباحة .

[٦] أي يمكن نفي جريان الخيار في المعاطاة بناءً على المشهور القائلين بإفادة المعاطاة الإباحة المجرّدة .

[٧] أي إنّما قلنا بعدم جريان الخيار في المعاطاة على مبنى المشهور ؛ لأنّ المعاطاة تفيد الإباحة المجرّدة عند المشهور ، فلا معنى لجعل الخيار فيها ؛ لأنّ الفرض من جعل الخيار تمكّن كلّ من المتعاطيين من الرجوع ، وهو

إباحة [١] عندهم، فلا معنى للخيار [٢].

حاصل في المقام لجواز رجوع المبيح ما دامت العين باقية.

وإن شئت فقل: إنّ حقّ الخيار عبارة عن حقّ إقرار العقد وإزالته، وهو حاصل على القول بالإباحة في المعاطاة، فيكون جعله مرّة ثانية لغواً؛ لأنّه جعل لما هو حاصل بالوجدان.

[١] وفي بعض النسخ: «جائزة»، والأنسب ما في المتن، وذلك بقرينة جعلها مقابلة للملك بقوله: «وإن قلنا بإفادة الملك»، فإنّه يشمل الملكيّة الجائزة أيضاً، فعلى بعض النسخ يكون معنى العبارة: أنّ المعاطاة تفيد ملكاً جائزاً عند المشهور، وهو ليس كذلك **أوّلاً**؛ لأنّه نسب إلى القدماء أنّ المشهور عندهم أنّ المعاطاة تفيد الإباحة لاالملك الجائز.

وثانياً: أنّ مقتضى المقابلة مع الملك أنّ ما هو يقابله الإباحة لا الملك الجائز؛ لأنّه قسمه لا قسيمه.

[٢] لما عرفت من أنّ جعله يكون لغواً.

قال الأُستاذ الأعظم[١]: لا بدّ وأن يعلم أنّه وقع الاشتباه في موضعين من عبارة المصنّف:

الأوّل: أنّه حكم بعدم جريان الخيار في المعاطاة قبل لزومها، وعلّل ذلك بأنّ المعاطاة معاملة جائزة عند الأصحاب، فلا معنى لجريان الخيار فيها، وجه الاشتباه هو أنّ الخيار لا ينافي جواز المعاطاة، وإنّما ينافي الإباحة.

وفيه: أوّلاً: أنّ الغرض الأصليّ من جعل الخيار رفع اللزوم لا رفع الجواز. وثانياً: أنّه مع اعترافه بأنّه وجد في بعض النسخ الصحيحة لفظ «إباحة»

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٦١.

بدل «كلمة جائزة» فكيف نسب الاشتباه إلى عبارة المصنّف ؟!

الثاني: إنّ المصنّف حكم بثبوت الخيار في المعاطاة بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللّزوم. وجه الاشتباه هو أنّ المعاطاة المفيدة للملك بيع من الأوّل، غاية الأمر أنّه جائز.

وفيه: أنّه يستفاد من كلامه أنّ الذي ذكره هو من أحد الأقوال في المسألة، حيث قال: بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللّزوم، لا أنّه مختاره كي يرد الإشكال عليه.

«التحقيق»

في جريان الخيار في المعاطاة

يقع الكلام هنا في جهات شتّى:

الجهة الأُولى: هل يجري الخيار في المعاطاة المقصود بها الملك التي لا تؤثّر إلّا في الإباحة ؟

قد فصّل شيخنا الأنصاريّ ﷺ بين المعاطاة المفيدة للإباحة بالقول بعدم جريان شيء من الخيارات فيها؛ لجواز رجوع المبيح ما دامت العين باقية، فلا معنى للخيار الذي هو حقّ إقرار العقد وإزالته، وبين المعاطاة المفيدة للملك الجائز.

وملخّص كلامه في الجهة الأُولى هو: أنّ المعاطاة على القول بالإباحة فيها ليست من العقود لكي يثبت فيها الخيار، بل هي تفيد إباحة خالصة، ويجوز لكلّ من المتعاطيين التصرّف فيما أخذه من صاحبه.

أفاد الأُستاذ الأعظم[1] أنّه لا شبهة في صدق البيع على المعاطاة عرفاً، غاية الأمر

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٦٤.

أنّه قام الإجماع على عدم تأثيرها في الملكيّة عند الشارع إلى زمن معيّن ، وهو التلف مثلاً ، ولا يمنع ذلك من صدق البيع عليها ، وإذن فتكون مشمولة للعمومات الدالّة على صحّة البيع ، فيحكم بكونها بيعاً في نظر الشارع ، فحصول الملكيّة في المقام يتوقّف على التلف ، كما أنّ حصول الملكيّة في بيع الصرف والسلم يتوقّف على القبض ، وعليه فإنّ المقصود من ثبوت الخيار في العقد هو تسلّط ذي الخيار على فسخه فسخاً فعليّاً ، فلا تكون المعاطاة بناءً على الإباحة مشمولة لأدلّة الخيارات ؛ إذ الثابت بالفعل لكلّ من المتعاطيين ليس إلّا إباحة التصرّف فيما أخذه من صاحبه وهي ترتفع بعدم رضا المالك بلا احتياج إلى فسخ المعاطاة بالخيار المصطلح ، إلّا أن يتوهّم أنّ الإباحة في المعاطاة إباحة شرعيّة باقية ما لم يحكم الشارع برفعها ، ولكنّ هذا التوهّم فاسد ؛ لأنّ الإباحة هنا إنّما ثبتت بالإجماع ، والمتيقّن منه إنّما هو بقاء الباذل في إذنه السابق ، فلا يشمل صورة رجوعه عن إذنه ، فتكون الإباحة مالكيّة .

وعلى الجملة : أنّه لو كان الغرض من جعل الخيار في العقد ترتّب الأثر الفعليّ عليه لم يجز ذلك في المعاطاة المقصود بها الملك التي تفيد الإباحة ، ولكنّه بديهيّ البطلان ؛ ضرورة اجتماع الخيارات العديدة في البيع وغيره من العقود .

وإن كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد تمكّن ذي الخيار من إلغاء ما هو مؤثّر في النقل والانتقال ، فلا شبهة في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة ، فإذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطيين كان لكلّ منهما أن يرفع تلك القابليّة برفع موضوعها لكي لا تلحق بها الملكيّة ، وإذن فيكفي في صحّة جعل الخيار في المعاطاة التمكّن من إلغائها عن قابليّة التأثير في الملكيّة . ولنا أن نناقش في موضعين من كلامه :

الأوّل : فيما ذكره (دام ظلّه) من أنّه لا شبهة في صدق البيع على المعاطاة عرفاً ،

نهاية الأمر أنّه قام الإجماع على عدم تأثيرها في الملكيّة عند الشارع إلى زمن معيّن.

الثاني: في قوله: إنّ الإباحة هنا مالكيّة؛ لأنّ الإباحة هنا ثبتت بالإجماع.

أمّا الأوّل فنقول: إنّ ما ذكره دام ظلّه يتمّ على مبنى صاحب الكفاية من حصول الملك بالمعاطاة بشرط التصرّف والتلف، كما أنّه يتوقّف في الصرف والسلف على القبض. وأمّا على القول بحصول الإباحة بالمعاطاة وحصول الملك بنفس التصرّف أو التلف فلا يتمّ ما ذكره؛ لعدم صدق البيع عليها شرعاً، ولا يجدي كونها بيعاً عرفيّاً بعد كشف الشارع عن حالها بأنّها ليست ببيع واقعاً، فلا تشمل الأدلّة المثبتة للخيار المختصّة بالبيع كأدلّة خيار المجلس، وأمّا الأدلّة التي تدلّ على ثبوت الخيار في غير البيع أيضاً ـ كدليل خيار العيب الذي هو عبارة عن الشرط الضمنيّ الساري في الإجارة والرهن والقرض وغيرها ـ فلا قصور فيها من حيث مقام الإثبات، وإنّما القصور في مقام الثبوت؛ إذ لا معنى لجعل الخيار في الإباحة؛ إذ لا سبب معامليّ هنا كي يملك ذو الخيار إزالته وحلّه، والحكم الشرعيّ غير قابل للحلّ.

وأمّا الثاني، فإنّ الإباحة المالكيّة من الأُمور الإنشائيّة التي يتوقّف تحقّقها في الخارج على القصد والإنشاء، والإباحة الإنشائيّة غير معقولة في المعاطاة المقصود بها التسبّب في الملكيّة، إذ القصد في إنشاء المعاطاة نقل العين عن ملك مالكه، وفي إنشاء الإباحة بقاؤها في ملكه، وهما لا يجتمعان في إنشاء واحد؛ لاستحالة اعتبار بقاء العين في الملك وخروجها في آن واحد، ومجرّد ثبوت الإباحة بالإجماع لا يكون دليلاً على كونها إباحة مالكيّة، بل يكون دليلاً على الإباحة الشرعيّة بعد استحالة الإباحة المالكيّة، فحينئذٍ حصول الإباحة لم يكن بإذن الباذل كي يرتفع برجوعه عن إذنه، فلا مجال للقول بأنّ المتيقّن منه إنّما هو بقاء الباذل في إذنه

السابق ، فلا يشمل صورة رجوعه عن إذنه ؛ إذ الإباحة الشرعيّة لا ترتفع إلّا بحكم الشارع على رفعها ، فإنّ رجوع الباذل وعدمه أجنبيّ عنها .

وإن قلنا [١] بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه [٢] مطلقاً؛ بناءً [٣] على صيرورتها بيعاً بعد اللّزوم، كما سيأتي [٤] عند تعرّض

---

[١] من هنا شرع في بيان الجهة الثانية، وهي أنّ المعاطاة المقصود بها الملك التي تفيد الملكيّة الجائزة هل يثبت فيها الخيار مطلقاً، أو لا يثبت فيها الخيار مطلقاً، أم يفصّل بين الخيارات الثابتة بدليل خاصّ، فيحكم بعدم ثبوتها في المعاطاة كخياري المجلس والحيوان؛ لأنّ أدلّتها مختصّة بالمعاملة التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار، والمفروض أنّ المعاطاة ليست كذلك؛ لأنّها ليست لازمة؛ إذ المفروض أنّها تفيد الملك الجائز. إذن فلا تشملها أدلّة الخيار، وبين الخيارات الثابتة بدليل عام كخيار الغبن ونحوه؛ لأنّ أدلّتها غير مختصّة بالمعاملات التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار فتشمل المعاطاة أيضاً؟

أي إن لم نقل بمقالة المشهور القائلين بإفادة المعاطاة الإباحة، بل قلنا بإفادتها الملك.

[٢] أي ثبوت الخيار في التعاطي مطلقاً، من غير فرق بين أقسام الخيار من الحيوان والعيب والغبن والشرط.

[٣] أي القول بثبوت الخيار مبنيّ على صيرورة المعاطاة بيعاً بعد لزومها بتلف إحدى العينين.

[٤] أي سيأتي تفصيله عند التعرّض لملزمات المعاطاة في التنبيه السابع.

إن قلت: إنّ الخيار الموجود من زمن حدوث المعاطاة لا أثر له على تقدير إفادتها الملك المتزلزل فيكون جعله لغواً.

قلت: إنّ محذور اللغويّة يندفع بترتّب أثر عليه ولو في الجملة، وهو ما أشار إليه المصنّف بقوله: «إلّا أنّ أثره يظهر بعد أن تكون لازمة بسبب تلف إحدى العينين، وهذا المقدار من الأثر يكفي لرفع اللغويّة. إذن لا مانع من

الملزمات، فالخيار موجود من زمن [١] المعاطاة إلّا أنّ أثره [٢] يظهر بعد اللّزوم.

وجود الخيار من زمن حدوث المعاطاة.

[١] أي لا يوجد الخيار من حين حدوث المعاطاة.

[٢] أي أثر الخيار يظهر بعد لزوم المعاطاة بسبب تلف إحدى العينين.

«التحقيق»

يستفاد من ظاهر كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ أنّه التزم بثبوت الخيار في المعاطاة المفيدة للملكيّة الجائزة من أوّل الأمر، لكن أثره يظهر بعد اللّزوم بأحد أسبابه من التصرّف والتلف فيصحّ إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللّزوم، ورجع عنه في آخر كلامه وقال: يحتمل أن يفصّل بين الخيارات..

وأورد على ما ذهب إليه بوجوه:

الأوّل: ما أفاده سيّدنا الأُستاذ(دام ظلّه) من أنّ مورد أدلّة الخيار العقد الذي يشمله دليل اللّزوم بمعنى أنّ دليل الخيار مخصّص لدليل وجوب الوفاء، فالعقد الذي لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء لا يشمله دليل الخيار، وحيث إنّ العقود الجائزة غير مشمولة لدليل ﴿**أَوْفُوا**﴾ فلا يثبت فيها الخيار.

ويمكن الجواب عنه: بأنّه لا وجه لاختصاص أدلّة الخيار بما ذكره(دام ظلّه) فإنّه بلا دليل، فإنّ كون دليل الخيار مخصّصاً لدليل وجوب الوفاء في العقد اللازم لا يوجب اختصاص دليل الخيار به، فإنّ قوله: «**الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ**» وغيره يدلّ على جعل الخيار في البيع، سواء كان لازماً أو جائزاً.

الثاني: أنّ الخيار في العقد الجائز من قبيل تحصيل الحاصل؛ وذلك لحصول

السلطنة على فسخه دائماً.

والجواب عنه بوجهين:

الأوّل: ما أفاده المحقّق الأصبهانيّ[١] بأنّ شبهة تحصيل الحاصل المحال عقلاً إنّما تتوجه إذا أُريد بشرط الخيار إيجاد الموجود بنفس العقد، وأمّا إيجاد فرد آخر مماثل للموجود فليس من تحصيل الحاصل المحال.

الثاني: ما أفاده الأُستاذ الأعظم[٢] بأنّ توهّم جعل الخيار في المعاطاة يوجب اللغويّة، وتحصيل الحاصل فاسد؛ لأنّه إنّما تلزم اللغويّة فيما إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر، مع أنّ النسبة بينهما عموم من وجه؛ إذ قد يسقط خيار المعاطاة ويبقى الخيار المصطلح كما إذا تلف إحدى العينين في المجلس فإنّه حينئذٍ يرتفع خيار المعاطاة ويبقى خيار المجلس، وقد يسقط الخيار المصطلح ويبقى خيار المعاطاة، كما إذا تفرّقا عن مجلس العقد قبل تحقّق الملزم سقط خيار المجلس، وبقي خيار المعاطاة.

ويرد عليه:

أوّلاً: أنّه (دام ظلّه) عدّ اللغويّة وتحصيل الحاصل محذوراً واحداً، والحال أنّهما محذوران مستقلّان.

وثانياً: أنّه يمكن أن يقال: إنّ جواز المعاطاة حكم شرعيّ ـ كما هو مفروض كلامه ـ وهو عبارة عن سلطنة المتعاطيين على فسخ المعاطاة دائماً، ولا يكون قابلاً للإسقاط، وبتحقّق أسباب اللّزوم ينتهي أمدها، فإنّها مجعولة إلى مجيئ سبب اللّزوم

(١) الحاشية: ٤٨.

(٢) مصباح الفقاهة: ١: ١٦٣.

فهذا لا يصدق عليه السقوط.

الثالث: أنّ جعل الخيار في الملك الجائز لغو؛ لأنّ الغرض من شرط الخيار السلطنة على حلّ العقد، وهو بالفرد المماثل حاصل.

وفيه: أنّ جعل الخيار في المقام يترتّب عليه أثر، وهو إمكان المصالحة عليه وبقاؤه مع التصرّف والتلف.

الرابع: أنّه يستلزم اجتماع المثلين.

وفيه: أنّا بيّنّا سابقاً في معنى الملك والحقّ بأنّهما ليسا من الأعراض المقوليّة ليمتنع فيهما اجتماع المثلين، بل أنّهما من الأُمور الاعتباريّة التي لا مانع من تعدّد الاعتبار فيها، فاجتماع المثلين في الأُمور الاعتباريّة لا بأس به مع اشتمال كلّ منهما على أثر يختصّ به، وقد عرفت أنّ جعل الخيار هنا يترتّب عليه أثر.

وعلى هذا [١] فيصحّ إسقاطه [٢] والمصالحة عليه [٣] قبل اللّزوم، ويحتمل أن يفصّل بين الخيارات المختصّة بالبيع [٤]، فلا تجري [٥]؛ لاختصاص [٦] أدلّتها بما وضع على اللّزوم من غير جهة الخيار، وبين غيرها [٧]، كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الردّ [٨]

---

[١] أي على تقدير وجود حقّ الخيار من زمان تحقّق المعاطاة.

[٢] أي إسقاط حقّ الخيار الثابت في زمان المعاطاة قبل أن تكون المعاطاة لازمة بسبب تلف إحدى العينين، فلا يرد عليه إشكال إسقاط ما لم يجب؛ لأنّه موجود على الفرض، وإن لم يترتّب عليه أثر فعلاً.

[٣] أي المصالحة على الخيار؛ لأنّه حقّ قابل للمصالحة عليه والإسقاط.

[٤] كخيار المجلس والحيوان.

[٥] أي لا تجري الخيارات المختصّة بالبيع في المعاطاة.

[٦] أي إنّما لا تجري الخيارات المختصّة بالبيع في المعاطاة؛ لاختصاص أدلّة الخيارات المختصّة بالبيع بالعقد الذي يكون هو بحسب طبعه ووضعه الأوّليّ لازماً، وإنّما يأتي الجواز من ناحية الخيار فقط، كقوله: «**الْبَيِّعانِ بِالْخِيارِ**»، وصاحب الحيوان المشترى بالخيار إلى ثلاثة أيّام.

[٧] أي بين الخيارات غير المختصّة بالبيع من الخيارات التي تجري في البيع وغيره.

[٨] **توضيحه**: أنّ المشتري لو وجد عيباً في المبيع فهو مخيّر بين ردّ المبيع إلى بائعه وفسخ العقد، وبين أن يمضي العقد ويأخذ الأرش من البائع، وعليه فالآخذ بالمعاطاة لو رأى عيباً فيما أخذه فله الردّ فقط أو الإمضاء، وليس هو مخيّراً بين الردّ والأرش؛ لأنّ خيار العيب الثابت في المعاطاة إنّما ثبت بهذا المقدار، فأدلّة خيار العيب تشمل المعاطاة بالنسبة إلى الردّ فقط. وأمّا الأرش

دون الأرش [١]، فتجري [٢] لعموم أدلّتها. وأمّا حكم الخيار بعد اللّزوم [٣] فسيأتي بعد ذكر الملزمات [٤] إن شاء الله.

الأمر الثاني [٥]: إنّ المتيقّن من مورد [٥] المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً [٧]

فإنّه حكم تعبّدي ثبت في خصوص البيع اللازم في حدّ نفسه، ولا يشمل دليله المعاطاة المفيدة للملك المتزلزل.

[١] لاختصاص دليله بالبيع، كما عرفت.

[٢] أي تجري الخيارات غير المختصّة بالبيع في المعاطاة؛ لأنّ أدلّة الخيارات المذكورة ليست مختصّة بالبيع اللّفظيّ المفيد للّزوم، بل يشمل المعاطاة أيضاً.

[٣] أي بعد لزوم المعاطاة بسبب عروض التلف على أحد العينين وغيره من ملزمات المعاطاة.

[٤] أي بعد ذكر ملزمات المعاطاة في التنبيه السابع.

[٥] من الأُمور التي قال شيخنا الأنصاريّ: «ينبغي التنبيه على أُمور»، وغرضه ﷺ من التنبيه على هذا الأمر ما يتحقّق به المعاطاة، وأنّها تتحقّق بالتعاطي من الطرفين، أم تتحقّق بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر؟

[٦] أي مورد تحقّق الأخذ والإعطاء من الطرفين، كما يقتضيه مفهوم المفاعلة، فحيث إنّ المعاطاة مصدر باب المفاعلة فهي تتحقّق بالإعطاء من الطرفين بأن يعطي أحدهما الكتاب مثلاً، ويعطي طرفه الآخر الثمن.

[٧] التقييد بهذا القيد لإخراج ما إذا حصل الإعطاء من أحدهما فعلاً ومن الآخر في المستقبل، حيث إنّ الإعطاء في المستقبل ليس محقّقاً للإنشاء بناءً على

من [١] الطرفين ، فالملك [٢] أو الإباحة في كلّ منهما [٣] بالإعطاء ، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل [٤]

هذا ، بل يكون من لوازم وجوب الوفاء بالعقد ، كتسليم أحد العوضين في البيع اللّفظيّ .

[١] الجار متعلّق بقوله : « حصول ... » أي بأن يعطي كلّ واحد من المتعاطيين ما عنده للآخر منهما .

[٢] أي الملك الحاصل من المعاطاة على القول بالملك فيها ، أو الإباحة الحاصلة من المعاطاة على القول بالإباحة فيها .

[٣] أي حصول الملك أو الإباحة في كلّ من العوضين يكون بالإعطاء والأخذ من الطرفين ؛ لأنّ المعاطاة من باب المفاعلة ، وهي تقتضي أن يكون الإعطاء من الطرفين ، فإذا حصل ذلك فيحصل الملك أو الإباحة للطرفين ؛ لأنّه يصدق عليها البيع بلا شبهة ، فتشملها أدلّة صحّة البيع ولزومه . وهذا ممّا لا شبهة فيه ، وإنّما الكلام فيما لو تحقّق الإعطاء من طرف فقط ، فهل يصدق عليه مفهوم البيع أم لا ؟

قال المصنّف : إنّه لا يصدق عليه عنوانه ، سواء كان من جانب البائع أو من جانب المشتري .

[٤] جواب للشرط . وتوضيح كلامه : أنّ تحقّق المعاطاة التي هي مصداق للمعاوضة البيعيّة على قول وللإباحة المعوّضة على قول آخر يتوقّف على تحقّق التعاطي من الطرفين ، فينتقل كلّ من المالين إلى الآخر ، ويقوم كلّ منهما مقام الآخر في وصف الملكيّة أو الإباحة بتحقّق التعاطي من الطرفين ، وأمّا إذا لم يحصل ما يوجب قيام كلّ من المالين مقام الآخر ، وهو التعاطي من

مـا يـوجب [١] إبـاحة الآخـر أو مـلكيّته ، فـلا يـتحقّق المـعاوضة [٢] ، ولا الإباحة [٣] رأساً ؛ لأنّ [٤] كلّاً منهما ملك أو مباح في

الطرفين ، بل حصل الإعطاء من جانب والأخـذ مـن الجـانب الآخـر يـبقى الطرف الآخر ملكاً لمالكه الأوّل ، فلا تتحقّق المعاوضة .

[١] أي لم يحصل ما يكون سبباً لإباحة المال الآخر أو ملكيّته للمعطي بالإعطاء من جانب واحد ؛ لأنّ السبب الوحيد للنقل والانتقال وقيام كلّ من المـالين مقام الآخر منحصر بالتعاطي من الطرفين ، وهـو لم يـتحقّق عـلى الفـرض ، فيترتّب على عـدم تـحقّقه عـدم تـحقّق المـعاوضة المـالكيّة ، ولا الإبـاحة التعبّديّة .

[٢] أي لا تتحقّق المعاوضة بالإعطاء من جانب واحد بناءً على القول بالملك في المعاطاة .

[٣] أي لا تحقّق الإباحة المجرّدة بناءً على القول بالإباحة في المعاطاة .

[٤] أي إنّما قلنا بعدم تحقّق المعاوضة ولا الإباحة بسبب الإعـطاء مـن جـانب واحد ؛ لأنّ المعاوضة البيعيّة وكذا الإباحة المعوّضة لا بدّ في تحقّقهما مـن قيام كلّ من المالين مقام الآخر ؛ بأن يخرج المعوض عن ملك البائع ، ويدخل في ملك المشتري ، ويخرج الثمن من مـلك المشـتري ويـدخل فـي مـلك البائع ، أو صار المعوّض مباحاً للمشتري ، والثمن مباحاً للبائع ، فإنّ كلّاً من العوضين يكون ملكاً أو مباحاً للآخر في مقابل أن يكون العوض الآخر ملكاً أو مـباحاً للأوّل . وهـذا المـعنى إنّـما يـتحقّق بـحصول التـعاطي الفـعليّ مـن المتعاطيين ، وتتحقّق المعاوضة بحصول التعاطيّ . وأمّا الإعطاء مـن طـرف واحد فقط فهو تمليك أو إباحة بلا عوض ، فلا تتحقّق المعاوضة به ؛ لأنّه لم

مقابل ملكليّة [١] الآخر أو إباحته، إلّا [٢] أنّ الظاهر من جماعة من متأخّري المتأخّرين تبعاً للشهيد في الدورس جعله [٣] من المعاطاة، ولا ريب [٤] أنّه لا يصدق معنى المعاطاة [٥]،

يقم كلّ من العوضين مقام الآخر بالإعطاء من طرف واحد.

[١] أي مقابل ملكيّة الآخر للآخر على القول بإفادة المعاطاة الملك أو في مقابل مباحيّة الآخر للآخر على القول بإفادتها الإباحة. قال الشهيديّ: «إنّ الإباحة هنا من المصدر المبنيّ للمفعول بمعنى المباحيّة».

والحاصل: أنّ المعاطاة عبارة عن تمليك كلّ من المتعاطيين ماله للآخر بإعطائه إلى الآخر. وهذا إنّما يتحقّق بالتعاطي من الطرفين، وبهذا التعاطي تتحقّق المعاوضة. وأمّا لو كان الإعطاء من طرف واحد فهو تمليك أو إباحة بلا عوض، ولا تتحقّق المعاوضة به. هذا تمام الكلام في القسم الرابع من أقسام المعاطاة.

[٢] استثناء عمّا ذكره من عدم كون الإعطاء من جانب واحد موجباً للملك ولا الإباحة؛ لعدم صدق المعاطاة عليه، وشروع في بيان القسم الثاني من أقسام المعاطاة، وهو إعطاء أحد المتعاطيين وأخذ الآخر.

وملخّص الاستثناء هو إنّا وإن ذكرنا عدم كون الإعطاء من جانب واحد معاطاة، إلّا أنّ الظاهر من جماعة أنّه يصدق عليه أيضاً عنوان المعاطاة.

[٣] خبر لقوله: إنّ الظاهر، أي يظهر من كلمات جماعة جعل الإعطاء من طرف واحد أيضاً من مصاديق المعاطاة.

[٤] هذا إشكال من شيخنا الأنصاريّ ﷺ على الجماعة القائلين بأنّ الإعطاء من طرف واحد أيضاً من مصاديق المعاطاة.

[٥] أي لا يصدق معنى المعاطاة على الإعطاء من طرف واحد؛ لأنّها مصدر باب

لكنّ هذا[١] لا يقدح في جريان حكمها[٢] عليه؛ بناءً[٣] على عموم الحكم لكلّ بيع فعليّ، فيكون[٤] إقباض أحد العوضين من مالكه[٥] تمليكاً له[٦] بعوض أو[٧]

المفاعلة، وهي تقتضي صدور الفعل من الاثنين كالمضاربة، فلا تصدق على ما صدر من جانب واحد من الإعطاء. إذن فالإعطاء من جانب واحد خارج عن المعاطاة موضوعاً.

[١] أي هذا الذي ذكرناه من عدم صدق المعاطاة على حصول الإعطاء من جانب واحد وخروجها عنها موضوعاً لا يمنع من جريان حكم المعاطاة على الإعطاء من جانب واحد.

[٢] أي حكم المعاطاة على الإعطاء من جانب واحد.

[٣] أي عدم القدح في جريان حكم المعاطاة على الإعطاء من طرف واحد مبنيّ على شمول حكم المعاطاة لكلّ ما صدق عليه عنوان البيع الفعليّ في مقابل البيع اللّفظيّ، فبناءً عليه يكون الإعطاء من طرف واحد بيعاً عرفاً، فيترتّب عليه النقل والانتقال أو الإباحة، فيكون داخلاً في المعاطاة حكماً، وإن كان خارجاً عنها موضوعاً؛ لعدم صدق التعاطي عليه.

[٤] أي بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعليّ، وصدق البيع الفعليّ على الإعطاء من طرف واحد يكون إعطاء البائع أحد العوضين، كالكتاب.

[٥] أي من مالك أحد العوضين.

[٦] أي تمليكاً لأحد العوضين في مقابل عوض آخر، كدينار.

[٧] أي أو يكون إعطاء أحد العوضين من مالكه مبيحاً له للآخذ في مقابل العوض الذي يأخذه من الآخر.

مبيحاً له [١] به ، وأخذ [٢] الآخر تملّكاً له بالعوض ، أو إباحة [٣] له بإزائه ، فلو كان المعطى [٤] هو الثمن كان [٥] دفعه على القول بالملك [٦] والبيع اشتراء [٧] ، وأخذه [٨] بيعاً للمثمن به ، فيحصل الإيجاب والقبول الفعليّان بفعل واحد [٩]

---

[١] أي مبيحاً لأحد العوضين في مقابل العوض الذي لم يعطه بعد .

[٢] أي يكون أخذ المشتري لما أعطاه البائع تملّكاً له في مقابل العوض الذي يعطيه الآخذ المشتري إلى المعطي البائع فيكون الأخذ بمنزلة القبول القوليّ ، والإعطاء بمنزلة الإيجاب القوليّ .

[٣] أي يكون أخذ الآخر أحد العوضين سبباً لإباحة ما أخذه بإزاء العوض الذي سيعطيه .

[٤] بصيغة اسم المفعول ، وفي هذا الفرض يكون من قبيل تقديم القبول على الإيجاب بأن دفع المشتري الثمن ولم يأخذ المثمن .

[٥] جواب الشرط ، أي كان دفع الثمن اشتراء .

[٦] أي على القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك ، وأنّها من مصاديق البيع .

[٧] خبر لقوله : « كان » أي كان دفع المشتري الثمن اشتراء .

[٨] أي كان أخذ البائع الثمن بيعاً للمثمن الذي لم يعطه بعد بإزاء الثمن الذي أخذه .

[٩] وهو إعطاء المشتري الثمن ، فإنّ إعطاء الثمن بعنوان أنّه إعطاء من المشتري قبول ، وباعتبار أخذ البائع له إيجاب ، فيكون الفعل الواحد باعتبارٍ مصداقاً للقبول ، وباعتبارٍ آخر مصداقاً للإيجاب .

قال الشهيديّ : « إنّ الإعطاء لمّا كان ـ من جهة أنّه أُخذ في مفهومه الأخذ

في زمان واحد [١]. ثمّ صحّة هذا [٢] على القول بكون المعاطاة بيعاً مملّكاً واضحة؛ إذ [٣] يدلّ عليها ما دلّ على صحّة المعاطاة من الطرفين، وأمّا على

بحيث لا إعطاء بدون الأخذ ـ منحلّاً إلى أمرين:

أحدهما: الدفع والآخر الأخذ فيصحّ نسبة الإيجاب والقبول إليه، أمّا الأوّل فبلحاظ جزئه الأوّل، وأمّا الثاني فبلحاظ جزئه الثاني، فالإيراد عليه ـ بأنّه ليس هنا فعل واحد يتحقّق به الإيجاب والقبول معاً؛ لأنّ المراد منه إمّا الأخذ فقد حصل به الإيجاب دون القبول، كما هو قضيّة قول المصنّف بأنّ الاشتراء يعني القبول إنّما يحصل بالدفع، وإمّا الدفع فكان الأمر بالعكس ـ ناشٍ من عدم الوصول إلى حقيقة الإعطاء.

[١] وهو زمان الدفع. وهذا بخلاف ما إذا كان التعاطي من الطرفين، فإنّ الإيجاب والقبول يتحقّقان في زمانين: زمان الأخذ، وزمان الإعطاء.

[٢] أي صحّة هذا القسم من المعاطاة، وهو حصول الإعطاء من جانب واحد فقط.

[٣] تعليل لصحّة هذا القسم من المعاطاة، أي إنّما قلنا بصحّة هذا القسم من المعاطاة، أي الإعطاء من جانب واحد وكونه موجباً للنقل والانتقال؛ لأنّه تدلّ على صحّة المعاطاة الحاصلة بفعل واحد الأدلّة الدالّة على صحّة المعاطاة من الطرفين، فإنّ قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ بإطلاقه يدلّ على صحّة المعاطاة، سواء حصلت من الطرفين أو من طرف واحد، والوجه في ذلك أنّ عنوان المعاطاة لم يرد في آية ولا في رواية، ولا أنّه معقد للإجماع التعبّديّ لكي يحفظ على هذا العنوان، ويؤخذ منه بالمقدار المتيقّن، بل العبرة فيه صدق البيع عليه، فإن صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعاً، وإلّا فلا. ومن الواضح أنّ الإعطاء من أحد المتعاطيين مع قصد التمليك يعدّ

القول بالإباحة [١] فيشكل [٢] بأنّه بعد عدم حصول الملك بها [٣] لا دليل على تأثيرها [٤] في الإباحة.

اللّهمّ [٥] إلّا أن يدّعى قيام السيرة عليها كقيامها [٦] على المعاطاة

إيجاباً عرفاً، ويكون الأخذ الخارجيّ من الطرف الآخر قبولاً له، وإذا صدق عليه البيع عرفاً فتشمله العمومات الدالّة على صحّة البيع.

[١] أي على القول بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة.

[٢] أي يشكل الالتزام بصحّة المعاطاة المذكورة.

أقول: لا إشكال فيه بعد ما عرفت من عدم ورود المعاطاة في آية ولا رواية، بل المعيار بالصدق العرفيّ وشمول الدليل، والمفروض أنّ المتعاطيين قصدا التمليك والتملّك، ولكن لم يحصل في الخارج إلّا الإباحة إلى زمن حصول الملك بأحد أسبابه، ومن الواضح أنّ تأخير الملكيّة لا يخرجها عن كونها بيعاً، كما هو كذلك في بيع الصرف والسلف. مع أنّ الملكيّة فيهما أيضاً تتأخّر إلى زمان حصول القبض.

[٣] أي بعد عدم حصول الملك بسبب المعاطاة الحاصلة من طرف واحد.

[٤] أي على تأثير المعاطاة في الإباحة إذا كان الإعطاء من جانب واحد؛ إذ على هذا الفرض لا يكون المعاطاة بيعاً، فلا تشملها أدلّة البيع، فيكون التصرّف في مال الغير بطيب نفسه حراماً، فلا يكون مباحاً لعدم دليل على الإباحة.

[٥] استدراك عمّا ذكره من الإشكال على المعاطاة بسبب الإعطاء من طرف واحد. **وملخّصه:** إمكان دعوى قيام السيرة على صحّة المعاطاة بإعطاء واحد.

[٦] أي كما قامت السيرة على صحّة المعاطاة الحقيقيّة، وهي المعاطاة التي يكون الإعطاء فيها من الطرفين، كما هو مقتضى كونها من باب المفاعلة، كذلك

الحقيقيّة ، وربّما يدّعى [١] انعقاد المعاطاة بمجرّد إيصال الثمن وأخذ المثمن من غير صدق إعطاء أصلاً فضلاً عن التعاطي ، كما [٢] تعارف أخذ الماء مع غيبة السقّاء ووضع الفلس [٣] في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك [٤] ، وكذا [٥] غير الماء من المحقّرات [٦] كالخضريات ونحوها . ومن هذا القبيل [٧] دخول الحمّام ، ووضع الأجرة في كوز صاحب

يدّعى قيام السيرة على صحّة المعاطاة من طرف واحد أيضاً ، فيكون القسم الثاني من المعاطاة حكمه كالقسم الأوّل منها .

[١] هذا إشارة إلى القسم الثالث من أقسام المعاطاة ، وهو عدم اعتبار الإعطاء أصلاً لا من الطرفين ولا من طرف واحد في تحقّق المعاطاة ، بل تتحقّق هي بمجرّد إيصال المال إلى الآخر بوضع المال في المكان المعدّ له .

[٢] من هنا شرع في ذكر المثال للمعاطاة التي ليس فيها التعاطي من الطرفين ، ولا الإعطاء من طرف واحد ، أي المثال المتعارف بين الناس أخذ الماء .

[٣] وهو قطعة مضروبة من النحاس يتعامل بها ، وجمعه فلوس .

[٤] أي برضا السقاء بأخذ الماء ، ووضع الفلس في المكان الذي أعدّه لوضع الفلس فيه .

[٥] أي كذلك تعارف بين الناس أخذ غير الماء من الأشياء المحقّرة ، كالخضروات مع غيبة صاحبها ، ووضع الفلس في المكان الذي أعدّه صاحب الخضروات ـ مثلاً ـ لوضع الفلس فيها .

[٦] هذا إشارة إلى أنّ هذا القسم من المعاطاة تصحّ في الأشياء المحقّرة فقط دون الأشياء الخطيرة ، مثل الدور والبساتين ، فلا تصحّ المعاطاة بهذا المعنى فيها .

[٧] أي من قبيل انعقاد المعاطاة بمجرد الإيصال من دون تحقّق الإعطاء .

الحمّام مع غيبته، فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا بالتصرّف [١]. ويظهر ذلك [٢] من المحقّق الأردبيليّ أيضاً [٣] في مسألة المعاطاة، وسيأتي توضيح ذلك [٤] في مقامه إن شاء الله تعالى.

---

[١] من دون حاجة إلى الإعطاء.

[٢] أي يظهر انعقاد المعاطاة بمجرّد إيصال الثمن وأخذ المثمن.

[٣] أي أنّه أيضاً كغيره من الفقهاء يقول بكفاية مجرّد إيصال الثمن، وأخذ المثمن في تحقّق المعاطاة.

[٤] أي سيأتي توضيح انعقاد المعاطاة بمجرّد أخذ المثمن، وإيصال الثمن في التنبيه الثامن.

ربما يقال: إنّ الأمثلة المذكورة يصدق عليها البيع وإن لم يصدق عليها المعاطاة ولا الإعطاء والأخذ، وذلك لما عرفت آنفاً أنّ عنوان المعاطاة لم يرد في أيّة آية ولا رواية ولا في معقد إجماع كي يدور الأمر مدار هذا العنوان، بل العبرة بالصدق العرفيّ، فأيّ فعل كان قابلاً لإبراز ما في النفس من اعتبار الملكيّة بالصدق عليه البيع، فتشمله أدلّته.

أقول: لنا أن نتعرّض للأمثلة المذكورة ونجيب عنها فنقول: أمّا المثال الأوّل وهو أخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلس في المكان المعدّ له فلا يصدق عليه البيع، بل إنّما هو معاملة مستقلّة.

إن شئت فسمّها بالإباحة بالعوض فإنّها تشملها ﴿تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ والسيرة القطعيّة، والشاهد على ذلك أنّ هذه المعاملة غرريّة غالباً؛ لأنّ شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص والحالات اختلافاً فاحشاً، ومن الواضح أنّ مثل هذا الاختلاف يوجب غرريّة البيع، ولم يلتزم أحد

ببطلانها، والحال أنّ الغرر في البيع مبطل، ومن هذا نستكشف أنّ هذه المعاملة ليست بيعاً فلا يشملها دليل الغرر لاختصاصه بالبيع.

وأمّا المثال الثاني: وهو أخذ الخضروات من دكاكين الخضّارين وجعل عوضها في صندوقهم.

أفاد الأُستاذ الأعظم[1] بأنّ هذا من مصاديق البيع المعاطاتيّ، غاية الأمر أنّ إيجابه ليس بمباشرة المالك، بل إنّما هو بمباشرة وكيله؛ وذلك لأنّ الخضّار وأمثالهم من سائر أصناف التجّار إنّما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاكينهم في بيع أمتعتهم بالقيمة المتعارفة، ووضع أثمانها في الموضع المعدّ للنقود، فكلّ من يأخذ متاعاً من دكاكين هؤلاء الكاسبين فهو ينشئ البيع بأخذه هذا من قبل المالك ويقبله عن نفسه بوضع ثمن ذلك المتاع في المكان المعدّ له.

وفيه: أنّ الوكالة من الأُمور التي تتحقّق بالإنشاء عن قصد، والآخذ في المقام ربّما يكون غافلاً عن أنّ أخذه هذا إنشاء البيع من قِبل المالك، وعليه فلا يتمّ ما ذكره إلّا أن يقال: إنّ مجرّد أخذه إنشاء البيع من قِبل مالكه، ووضع الثمن في المكان المعدّ له قبول له من قِبل نفسه، وهذا أمر ارتكازيّ لا يغفل عنه الآخذ للخضروات وغيره.

إن قلت: إنّ المالك لم يوكل شخصاً معيّناً.

قلت: إنّ تعيين الوكيل يعتبر في الوكالات الشخصيّة دون الوكالات النوعيّة، فإنّ تعيين عنوان كلّي ينطبق على أشخاص معيّنين يكفي في

(١) مصباح الفقاهة: ١٦٩.

الوكالة ، فإنّه كتوكيل شخص معيّن ، كما إذا قال : كلّ مَن وضع الثمن في المكان المعدّ له فهو وكيلي في البيع من قبلي والشراء من قِبل نفسه فهو من قبيل أنّ علماء البلد وكيل في بيع كتبي . نعم ، لو قال : إنّي وكّلت أحداً من أهل بلدي في بيع كتبي لكانت الولاية باطلة ، فإنّه يكون كتوكيل شخص غير معلوم .

والحقّ أنّ أخذ الخضروات أيضاً كسابقه معاملة مستقلّة تشمله آية التجارة والسيرة القطعيّة .

وأمّا المثال الثالث وهو دخول الحمّام ووضع الأُجرة في كوز الحماميّ مع غيبته (فيرد عليه) بأنّه ليس بيعاً ؛ لما عرفت في الجواب عن المثال الأوّل بأنّ الماء الذي يستعمله الوارد على الحمّام غير معلوم المقدار ، وإذن فلا يصحّ بيعه لكونه غرريّاً ، وكذا لا يكون إجارة معاطاتيّة ؛ لأنّه يشترط في الإجارة إمكان الانتفاع من العين المستأجرة مع بقاء عينها ، ومن الواضح أنّ الماء المستعمل في الحمّام لا تبقى عينه .

وربّما يجاب عن هذا بأنّ العين المستأجرة إنّما هي نفس الحمّام ، والمياه المستعملة فيه منفعة له ، ولكنّه غير صحيح ؛ لأنّ نفس الحمّام وسائر أسبابه من شرائط الانتفاع من المياه ، وأمّا العقد الإجاريّ فإنّما تعلّق بالمياه كما أنّ وجود الجلّ من شرائط الانتفاع من الفرس .

أضف إلى ذلك : أنّ من أركان الإجارة هو تعيين المدّة فيها ، وهو في المقام غير معلوم لأنّ المغتسلين يختلفون بحسب الحالات ، فإنّه يتوقّف فيها بعضهم ساعة ، وبعضهم ساعتين ، وإذن فلا يكون ما نحن فيه من قبيل الإجارة .

ثمّ [١] إنّه لو قلنا: بأنّ اللفظ غير المعتبر [٢] في العقد كالفعل [٣] في انعقاد المعاطاة أمكن [٤] خلوّ المعاطاة من الإعطاء والإيصال رأساً، فيتقاولان [٥] على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال، ولا يبعد صحّته [٦] مع صدق البيع عليه [٧]

---

[١] من هنا شرع في بيان القسم الرابع من أقسام المعاطاة، وهو إنشاء البيع باللفظ الفاقد لشرائط صيغة البيع من دون إعطاء العوضين أو أحدهما أو إيصاله، وقد حكم شيخنا الأنصاريّ ﷺ بصحّة هذا القسم من المعاطاة بناءً على إفادتها الملك وبطلانه بناءً على إفادتها الإباحة.

[٢] أي الصيغة الفاقدة لبعض شرائطها.

[٣] أي لو قلنا إنّ المعاطاة كما تنعقد بالفعل كالتعاطي أو الإعطاء كذلك تنعقد بإنشاء البيع باللفظ الفاقد لشرائط الصيغة، كما إذا أنشأ البيع بالصيغة غير العربيّة مع القول باشتراط العربيّة فيها.

[٤] جواب لقوله: «لو قلنا».

[٥] قال الشهيديّ: «فينشئان مبادلة شيء بشيء بالقول غير الجامع لشرائط الاعتبار والتأثير في الملك اللازم. ولكن إنّ المقاولة من مقدّمات البيع، وهو يقع بعدها».

[٦] أي صحّة هذا القسم من المعاطاة.

[٧] أي مع صدق البيع على إنشاء البيع باللفظ غير المعتبر في العقد وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطاة؛ لما عرفت من أنّ العنوان المأخوذ في الأدلّة الموجب للنقل والانتقال، هو عنوان البيع، وأمّا عنوان المعاطاة فلم يرد في آية ولا رواية، فالمعيار في صحّة المعاملة بصدق عنوان البيع أو العقد أو

بناءً [١] على الملك، وأمّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدّم [٢] هنا آكد [٣].

الأمر الثالث [٤]:

التجارة، لا بعنوان المعاطاة كي يناقش في صدقها في مثل المقام.

[١] أي بناءً على القول بالملك في هذا القسم من المعاطاة.

[٢] أي فيما إذا حصل المعاطاة من جانب واحد، وعلى القول بالإباحة فيها حيث قال: وأمّا على القول بالإباحة فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة.

[٣] وجه الآكديّة هو أنّ عمدة الدليل على صحّة المعاطاة السيرة العقلائيّة، والقدر المتيقّن منها أنّ تتحقّق المعاطاة بإعطاء كلّ واحد من العوضين، وفي مورد إعطاء أحد العوضين تحقّقها مشكوك. وأمّا تحقّقها في مثل المقام فهو معلوم العدم.

وملخّص الكلام: عدم قيام السيرة على إباحة التصرّف هنا معلوم. وهذا بخلاف الإعطاء من طرف واحد فإنّ قيام السيرة على الإباحة في الفرض المذكور إمّا معلوم أو غير معلوم عدمها، فيكون الإشكال المتقدّم هنا، أي فيما كانت المعاطاة خالية عن الأخذ والإعطاء آكد من الإشكال المتقدّم فيما إذا كان الإعطاء من جانب واحد محقّقاً.

ولكنّ الحقّ في المقام أن يقال: إنّ اللفظ الفاقد لبعض شرائط الصيغة يعدّ كالعدم، ولا يترتّب عليه أي أثر، وعلى تقدير كونه مصداقاً للمقاولة، وهي تكشف عن التباني على البيع، ولا يصدق عليه عنوان البيع كي تشمله أدلّة صحّة البيع.

[٤] أي الأمر الثالث من الأُمور التي قال الشيخ: وينبغي التنبيه على أُمور.

تميّز البائع عن المشتري في المعاطاة [١] الفعليّة [٢] مع كون [٣] أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، كالدراهم والدنانير، والفلوس المسكوكة

---

[١] قال الشهيديّ: تخصيص هذا التنبيه بالمعاطاة لوضوح التمييز بينهما في البيع اللّفظيّ، حيث إنّ قائل: «بعت» بائع وإن تأخّر وقائل: «اشتريت» مثلاً مشتر وإن تقدّم.

[٢] تقييد المعاطاة بالفعليّة مع أنّ المعاطاة عبارة أُخرى عن المعاملات الفعليّة لإخراج ما يكون في حكم المعاطاة وإن كان المبرز ـ بالكسر ـ لفظاً، كما تقدّم في الصورة الرابعة من التنبيه الثاني، وهو أن يتحقّق المعاطاة بمجرّد الكلام والمقاولة باللفظ الفاقد لبعض شرائط الصيغة، من دون تحقّق الإعطاء لأحد العوضين.

والوجه في إخراجه هو أنّ المعاملة المنشأة باللفظ الملحون وإن كانت من أقسام المعاطاة؛ لأنّ سبب النقل والانتقال لا يكون الصيغة الملحونة، بل يكون نفس التعاطي إلّا أنّ المقاولة والإنشاء باللفظ الفاقد لبعض شرائط الصيغة يميّز ان البائع والمشتري، فكان البادي هو البائع والآخر هو المشتري، فلا يحتاج إلى بيان ضابطة لتمييزها.

[٣] أي تمييز البائع عن المشتري فيما إذا كان المتعارف في المعاملات جعل أحد العوضين ثمناً واضح.

توضيحه: أنّ المعاملات الواقعة بين الناس على قسمين:

قد يكون المتعارف فيما بينهم أنّهم يجعلون أحد العوضين من النقود، كما هو المتعارف في زماننا هذا.

وقد يكون المتعارف فيما بينهم جعل كلا العوضين من غير النقود، كما كان هو المتعارف في الزمان السابق في البلاد الصغيرة، لا سيّما في القرى،

واضح [١]، فإنّ [٢] صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف [٣]. وأمّا مع كون [٤] العوضين من غيرها [٥] فالثمن [٦] ما قصدا قيامه مقام

فعلى الأوّل يكون التمييز بين البائع والمشتري أمراً واضحاً. والذي يعطي المتاع يسمّى بائعاً، والذي يعطي النقد يسمّى مشترياً؛ لقيام السيرة العقلائيّة على ذلك، وأمّا على الثاني فسيجيئ بيانه، فانتظر.

[١] خبر لقوله: «تمييز البائع».

[٢] كلمة «الفاء» للتفصيل، وهي تفصيل لما ذكره من أنّ تمييز البائع عن المشتري يكون واضحاً.

[٣] أي ما لم يصرّح صاحب الثمن بأنّه هو البائع بأن يقول: «بعتك الدينار بهذه الشاة»، فيقول صاحب الشاة: «قبلت»، فإنّ صاحب الثمن في هذه الصورة هو البائع.

[٤] هذا إشارة إلى القسم الثاني من المعاملات، وهو ما إذا كان المتعارف بين الناس أن يجعل كلا العوضين من غير النقود، أي من غير الدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة، بأن كان كلا العوضين متاعاً، كما إذا كان أحد العوضين حنطة والعوض الآخر سكّراً، أوكان كلاهما نقداً، كالمعاطاة في بيع الصرف، فالبائع مَن كان قصده من المعاملة حفظ ماليّة ماله في ضمن أيّ متاع كان، وكان غرضه من المعاملة تحصيل الربح، والمشتري مَن كان قصده من المعاملة رفع حاجته.

[٥] أي من غير الدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة.

[٦] جواب لقوله: «وأمّا» أي أمّا مع كون العوضين متاعاً أو نقداً، فالثمن عبارة عمّا كان المقصود منه أن يكون هذا عوضاً عن المثمن بأن أعطاه المالك بعنوان أنّه عوض عمّا أخذه، وأنّ ما أخذه يساوي ثمنه بمقدار ما أعطاه،

المثمن في العوضيّة ، فإذا [١] أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة يسوي درهماً هو [٢] ثمن اللحم فيصدق [٣] عرفاً أنّه اشترى اللحم بالحنطة ، وإذا انعكس [٤] انعكس الصدق [٥] فيكون المدفوع بنيّة البدليّة [٦] عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه [٧] هو المشتري ولو لم [٨] يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نيّة قيام

فيكون الملحوظ فيما أعطاه هو الماليّة الخالصة ليقوم مقام النقود ، ويعنون بعنوان الثمنيّة .

[١] توضيح لما ذكره بقوله : « فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن في العوضيّة» ، أي إذا أعطى الحنطة في مقابل اللّحم الذي أخذه من الطرف الآخر ، وهو يساوي درهماً بقصد أنّ هذا المقدار من الحنطة التي يسوى درهماً هو ثمن اللّحم ، فيعطى بقصد أنّ هذه الحنطة يقوم مقام اللّحم في كونها يسوى درهماً .

[٢] أي قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة هو ثمن اللّحم .

[٣] جواب لقوله : « فإذا أعطى . . . » ، أي يصدق عرفاً أنّ الذي أعطى الحنطة بإزاء اللّحم اشترى اللّحم بإزاء الحنطة .

[٤] أي بأن قصدا أنّ هذا المقدار من اللّحم يسوى درهماً .

[٥] أي يكون اللّحم ثمناً والحنطة مثمناً .

[٦] أي نتيجة ما ذكرناه هو أنّ كلّ شيء يدفع بعنوان أنّه يقوم مقام الدرهم والدينار هو ثمن ، ويفهم من هذا الكلام أنّ الأصل في الثمن هو النقود ، وكلّ شيء يعطى بعنوان أنّه يقوم مقام النقود فهو ثمن .

[٧] أي صاحب المدفوع بنيّة البدليّة من الدراهم والدنانير هو المشتري .

[٨] أي هذا كلّه فيما إذا قصد المتعاطيان بدليّة أحدهما للآخر وقيامه مقام الثمن

أحدهما مقام الثمن في العوضيّة [١] أو لوحظ القيمة في كليهما [٢] بأن لوحظ كون المقدار من اللّحم بدرهم ، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً [٣].

في البدليّة . وأمّا إذا لم يقصدا بدليّة أحد العوضين عن الثمن ، بل قصدا مجرّد بدليّة أحدهما عن الآخر بأن لا يكون الإعطاء مجّاناً ، وكان الغرض تحصيل الربح والمنافع مع حفظ ماليّة ماله في ضمن أيّ متاع كان ، أو كان نظر كليهما رفع الاحتياج ، ففي المسألة وجوه ، كما سيأتي .

[١] كي يكون مالكه مشترياً ، بل كان غرضهما مجرّد كون أحدهما بدلاً عن الآخر ورفع الاحتياج .

[٢] أي في كلا العوضين بأن كان الغرض حفظ الماليّة في ضمن أيّ متاع كان .

[٣] إذ مع سبق المقاولة على التعاطي يكون سبقها قرينة على أنّ أحدهما بالخصوص بائع والآخر مشتر .

وملخّص كلامه : أنّه إذا كان كلا العوضين عرضاً أو نقداً ـ من غير سبق مقاولة تدلّ على كون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً ، وكان الغرض لكلّ من المتبايعين هو تحصيل الربح مع حفظ ماليّة ماله في ضمن أيّ متاع كان ، أو كان نظر كليهما إلى رفع الحاجة ، كتبديل كتاب بكتاب ـ ففي المسألة وجوه أربعة ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ ، فانتظر .

وزبدة الكلام : أنّ العوضين لو كانا من غير النقدين تارة يقوّم أحد المتاعين بنقد دون الآخر بأن قصد المتعاطيان أنّ الحنطة التي تساوي درهماً في مقابل اللّحم ، فيكون المشتري هو الذي قوّم متاعه بدرهم وهو صاحب الحنطة ، وهذه الصورة كلّها واضحة .

وأُخرى : أن لا يقوّم شيء من المتاعين بالنقدين بأن يقع التبادل بين

ففي كونه [١] بيعاً وشراء بالنسبة إلى كلّ منهما بناءً [٢] على أنّ البيع لغة

المتاعين بالأصالة كتبديل كتاب بكتاب.

وثالثة: أن يقوّم كلا المتاعين كأن يقوّم الحنطة بدرهم واللّحم أيضاً بدرهم، ويكون موضوع الصور الأربع اللاّتي ذكرها ما إذا لا يقوّم شيء من المتاعين بالنقدين، وما إذا قوّم كلاهما بهما. وأمّا إذا قوّم أحد المتاعين بنقد دون الآخر، فالأمر فيه واضح كما عرفت آنفاً.

[١] أي في كون التعاطي في الصورتين المذكورتين، وهي صورة كون الغرض لكلّ من المتعاملين هو تحصيل الربح مع حفظ ماليّة ماله في ضمن أيّ متاع كان، وهي ما أشار إليه المصنّف بقوله: «لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر».

وصورة كون نظر كليهما إلى رفع الاحتياج. وأشار إليه بقوله: «أو حفظ القيمة في كليهما»، وهذا الذي ذكره إشارة إلى الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة.

وملخّصه: أن يكون التعاطي المذكور بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ من المتبايعين؛ لأنّ البيع مبادلة مال بمال، كما في المصباح، والشراء ترك شيء والتمسّك بغيره كما في القاموس، ولا شبهة في تحقّق هذين العنوانين بفعل كلّ واحد من المتعاملين؛ لأنّ كلّ واحد منهما بائع باعتبار؛ لأنّ البيع مبادلة مال بمال، فإنّ كلّاً منهما بادل ماله بمال آخر ومشترٍ باعتبار آخر؛ لأنّ الاشتراء ترك شيء والأخذ بغيره، فإنّ كلّاً منهما ترك شيئاً وأخذ غيره.

[٢] أي كون التعاطي بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ من المتعاطيين ـ بأن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً ـ مبنيّ على أمرين: كون البيع في اللّغة عبارة عن مبادلة مال بمال، كما في تعريف المصباح، وكون الشراء بمعنى ترك شيء والأخذ

كما عرفت مبادلة مال بمال ، والاشتراء [١] ترك شيء والأخذ بغيره ـ كما عن بعض أهل اللغة ـ فيصدق [٢] على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة ، وأنّه اشترى الحنطة فيحنث [٣] لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة .

بغيره ، كما في القاموس . أمّا صدق البيع فلأنّ مالك الحنطة بادل ماله بإزاء مال آخر وهو اللحم ، وكذلك مالك اللّحم بادل ماله بإزاء مال آخر وهو الحنطة ، وأمّا صدق الشراء فلأنّ كلّاً من مالك الحنطة ومالك اللّحم ترك شيئاً وأخذ غيره .

[١] أي بناءً على أنّ الاشتراء عبارة عن ترك شيء والأخذ بغيره ، كما حكى عن القاموس .

[٢] أي نتيجة كون التعاطي بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ من المتعاطيين أنّه يصدق في المثال السابق على مالك اللّحم أنّه بائع ومشتر ، أمّا بائع فباعتبار أنّه باع اللّحم بإزاء الحنطة ، وأمّا أنّه مشترٍ فلأنّه اشترى الحنطة بإزاء اللّحم ، وكذلك يصدق على مالك الحنطة أنّه باعها بإزاء اللّحم واشترى اللّحم بإزاء الحنطة ، فيصدق عليه أنّه بائع باعتبار بيعه الحنطة ، ومشترٍ باعتبار شرائه الحنطة .

[٣] أي يتفرّع على البحث المذكور ـ وهو صدق البائع والمشتري على كلّ واحد من المتعاطيين ـ أنّه لو حلف شخص على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة فباعه بها ، فقد خالف حلفه ، وحصل الحنث بها ، ويترتّب عليه بالبيع المذكور كفّارتان : كفّارة لبيع اللّحم ، وكفّارة لشراء الحنطة . وهذا شاهد على صدق البيع والشراء على بيع اللّحم بالحنطة ، فيصدق على كلّ من المتعاطيين عنوان البائع وعنوان المشتري ؛ إذ لو لم يصدق عليه العنوانان المذكوران لا يتحقّق الحنثان ، فلا موجب لكفّارتين ، فإنّ تعدّدهما يدلّ على

نعم[١]، لا يترتّب عليهما أحكام البائع ولا المشتري[٢]؛ لانصرافهما[٣] في أدلّة تلك الأحكام إلى[٤] مَن اختصّ بصفة البيع أو الشراء،

أنّ بيع اللحم بالحنطة مصداق لعنوان البيع والشراء، فيصدق على البائع المذكور أنّه بائع باعتبار، ومشترٍ باعتبار آخر.

[١] استدراك عن قوله: «فيصدق»، أي وإن صدق عنوان البائع والمشتري على كلّ من المتعاطين في المثال المذكور، إلّا أنّه لا يترتّب على المتعاطيين الأحكام المختصّة بالبائع، كخيار تخلّف الثمن المختصّ بالبائع.

[٢] أي لا يترتّب على المتعاطيين في المثال المذكور الأحكام المختصّة بالمشتري، كخيار الحيوان الثابت للمشتري، وكذا لا يترتّب على كلّ من المتعاطيين اللّحم والحنطة خيار المجلس الثابت لكلّ من البائع والمشتري.

[٣] أي إنّما قلنا بأنّه لا يترتّب على المتعاطيين فيما إذا أعطى الحنطة بإزاء اللّحم الأحكام المترتّبة على عنوان البائع ولا الأحكام المترتّبة على عنوان المشتري؛ لانصراف عنواني البائع والمشتري في أدلّة الأحكام المترتّبة على عنوان البائع والمشتري إلى مَن كان بائعاً محضاً أو مشترياً محضاً، فلا تثبت تلك الأحكام في معاملة واحدة لمن كان مصداقاً لعنوان البائع والمشتري باعتبارين.

والحاصل: أنّ البائع والمشتري المذكورين في أدلّة الأحكام منصرفة إلى مَن كان بائعاً محضاً أو مشترياً محضاً، ولا يشملان شخصاً واحداً يكون بائعاً باعتبار ومشترياً باعتبار آخر في معاملة واحدة.

[٤] الجار متعلّق بقوله: «لانصرافهما»، أي انصراف البائع إلى مَن كان بائعاً

فلا تعمّ [١] مَن كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين [٢]، أو كونه [٣] بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أوّلاً؛

محضاً أو مَن كان مشترياً محضاً.

[١] أي لا تشمل الأحكام المترتّبة على عنواني البائع والمشتري مَن كان مصداقاً للبائع والمشتري في معاملة واحدة باعتبارين.

[٢] بأن يكون بائعاً باعتبار أنّه باذل اللّحم بالحنطة، ومشترياً باعتبار أنّه ترك اللّحم وأخذ الحنطة. هذا تمام الكلام في الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة التي تعرّض لها شيخنا الأعظم ﷺ.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[١] بأنّ عنوان البائع وعنوان المشتري بالمعنى المزبور العامّ، كما صدق على كلّ منهما في المقام كذلك يصدق على كلّ من المتبايعين في كلّ بيع حتّى فيما إذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً، ولازم ذلك أن لا يختصّ أحد المتبايعين في البيوع المتعارفة بكونه بائعاً، وثانيهما بكونه مشترياً، وهذا بديهيّ البطلان.

[٣] بالجرّ، وهو معطوف على مدخول «في» في قوله: «ففي كونه بيعاً»، أي في كون التعاطي الذي لم يلحظ فيه إلّا كون أحد العوضين بدلاً للآخر من دون قصد قيام أحد العوضين مقام الثمن في العوضيّة. وهذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه الأربعة التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ في المتن. **وملخّصه**: أن يكون التعاطي في هذا الفرض بيعاً بالنسبة إلى مَن يعطي متاعه أوّلاً ـ ففيما إذا أعطى الحنطة بإزاء اللّحم فمعطي الحنطة هو البائع لصدق الموجب عليه ـ وشراءً بالنسبة إلى الأخذ لكونه قابلاً، فعلى هذا يكون تمييز

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٧٤.

لصدق [١] الموجب عليه، وشراء [٢] بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه [٣] قابلاً عرفاً، أو كونها [٤]

البائع عن المشتري بالتقدّم والتأخّر، فالبائع هو السابق في الإعطاء، والمشتري هو الذي يعطي متاعه بعد أخذ المتاع من السابق.

[١] أي إنّما يكون مَن يعطي أوّلاً بائعاً لصدق الموجب عليه عرفاً، والسرّ في صدق الموجب عليه هو أنّ الإعطاء الأوّل هو الإنشاء الأوّل، والإنشاء الأوّل هو إيجاب للمعاملة، فيكون ما صدر منه من الإعطاء الأوّل موجباً.

[٢] عطف على قوله: «بيعاً»، أي في كون التعاطي شراء بالنسبة إلى الآخذ؛ لأنّ الآخذ يعطي متاعه إلى المعطي الأوّل ثانياً أي بعد إعطاء المعطي الأوّل متاعه وبعد أخذ المشتري المتاع منه فهو يكون إنشاءً بعد إنشائه، فيكون الإنشاء الثاني قبولاً للمعاملة عرفاً.

[٣] أي إنّما قلنا: إنّ التعاطي شراء بالنسبة إلى الآخذ؛ لكون الآخذ للمتاع ممّن يعطي أوّلاً قابلاً عرفاً.

وأورد الأُستاذ الأعظم[١] على هذا الوجه الثاني أيضاً بأنّ هذا الوجه وإن كان صحيحاً في الجملة، إلّا أنّه لا يتمّ في جميع الموارد؛ لأنّه جاز تقديم القبول على الإيجاب في البيع اللفظيّ، فيكون المعاطاة أيضاً مثله، وعليه فيمكن أن يقصد المعطي أوّلاً في البيع المعاطاتي قبول الإيجاب المتأخّر. إذن فلا دليل على أنّ المعطي أوّلاً بائع والمعطي ثانياً مشترٍ على الإطلاق.

[٤] أي في كون التعاطي الذي لم يلاحظ فيه إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون قصد قيام أحد العوضين مقام الثمن في العوضيّة، وتأنيث الضمير إنّما

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٧٤.

معاطاة مصالحة ؛ لأنّها [١] بمعنى التسالم على شيء ، ولذا [٢] حملوا الرواية [٣] الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه : لك ما عندك

هو باعتبار الخبر .

وملخّص هذا الوجه الثالث هو : أن يكون التعاطي المذكور صلحاً معاطاتيّاً ؛ لأنّ المصالحة بمعنى التسالم ، ومن الواضح أنّ كلّ وحد من المتعاطيين يتسالم على تبديل ماله بمال صاحبه .

[١] أي إنّما كانت المعاطاة المذكورة من مصاديق المصالحة ؛ لأنّ المصالحة في اللغة بمعنى التسالم ، فإنّه ينطبق على التعاطي في المقام ؛ لأنّ كلّ واحد من المتعاطيين يتسالم على تبديل ماله بمال صاحبه .

[٢] أي لأجل كون المصالحة بمعنى التسالم على تبديل ماله بمال صاحبه حمل الفقهاء قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي على الصلح ، وقالوا : إنّ المراد بالتسالم المستفاد من قوله : « لك ما عندك ولي ما عندي » هي المصالحة .

[٣] وهي معتبرة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال : في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه ، ولا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه ، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي ، فقال : **لا بأس بذلك إذا تراضيا ، وطابت أنفسهما** » ، فإنّ هذه الرواية واردة في بيان حكم ما إذا قال أحد الشريكين عند جهله بقدر الطعام الموجود عند الآخر : « لك ما عندك ولي ما عندي » ، وأنّ الإمام عليه السلام حكم بجواز ذلك وتأثيره في ملكيّته لجميع ما عنده إذا رضى الآخر به ، فإنّهما تسالما على أن يكون ما عنده ملكاً له وما عند الآخر ملكاً للآخر ، والإمام حكم بنفوذه إذا تراضيا

ولي ما عندي على الصلح [١]،

به ، والفقهاء حملوا هذا التسالم منهما على المصالحة .

وهذا شاهد على أنّ المصالحة والتسالم بمعنى واحد ، ويكون التعاطي في المقام أيضاً من هذا القبيل ، فيحكم بكونه مصالحة ؛ لأنّ مالك اللّحم مثلاً يعطي اللّحم ويأخذ الحنطة ، وكذا مالك الحنطة يعطي الحنطة ويأخذ اللّحم ، فإنّهما تسالما على أنّ ما عند كلّ واحد من المتعاطيين يكون ملكاً له . وهذا التسالم عبارة أُخرى عن المصالحة .

[١] الجار متعلّق بقوله : « حملوا » ، أي حمل الفقهاء الرواية الدالّة على جواز قوله : « لك ما عندك ... » على جواز الصلح ، وأنّ معنى التسالم على كون ما عندك لك وكون ما عندي لي هو الصلح عليه .

وأورد على هذا الوجه الثالث أيضاً الأُستاذ الأعظم بأنّه إن كان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن ؛ لأنّ مفهوم التسالم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتّى النكاح ، إلّا أنّ المنشأ في كلّ عقد غير ما هو المنشأ في الصلح ، بديهة أنّ كلّ معاملة وإن كانت لا تصدر إلّا من تسالم من الطرفين على تلك المعاملة ، لكنّه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح ، فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين .

نعم ، إنّ نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تتّحد مع نتيجة بعض العقود الأُخر ، وإن كان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحة التي تتميّز عن بقيّة العقود فهو واضح البطلان ؛ ضرورة أنّ التعاطي المذكور بعيد عن مفهوم الصلح وحقيقته ، وأمّا الرواية المزبورة فلا وجه لحملها على الصلح ، بل هي تناسب الهبة المعوّضة .

أو كونها [١] معاوضة مستقلّة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه [٢]. لا يخلو ثانيها [٣] عن قوّة ، لصدق [٤] تعريف البائع لغة وعرفاً على الدافع أوّلاً دون الآخر ، وصدق [٥] المشتري على الآخذ أوّلاً دون الآخر ، فتدبّر [٦].

---

[١] أي كون المعاطاة المذكورة معاملة مستقلّة غير داخلة تحت عناوين المعاملات المتعارفة المعهودة . هذا إشارة إلى الوجه الرابع من الوجوه التي ذكرها الشيخ لمعنى المعاطاة التي لم يلاحظ فيها إلّا كون أحد الشيئين بدلاً عن الآخر من دون قصد قيام أحدهما مقام الثمن في الآخر في العوضيّة .

[٢] مبتدأ مؤخّر وخبره المقدّم قوله : « ففي كونه » ، أي في هذه المسألة وجوه أربعة التي قد عرفت تفصيلها .

[٣] أي ثاني الوجوه الأربعة ، وهو أن يكون بيعاً بالنسبة إلى مَن يعطي أوّلاً وشراء بالنسبة إلى الآخذ .

[٤] تعليل لقوّة هذا الوجه الرابع . **وملخّصه** : أنّ عنوان البائع إنّما يصدق في العرف واللّغة على المعطي الأوّل ولا يصدق على الآخذ الأوّل والمعطي الثاني ، وكذا يصدق المشتري عرفاً ولغة على الآخذ الأوّل دون المعطي الأوّل والآخذ الثاني كما هو شأن البائع .

[٥] أي لصدق المشتري على الآخذ أوّلاً ، وعدم صدقه على الآخذ ثانياً .

[٦] لعلّه إشارة إلى ضعف هذا الوجه ؛ لأنّه لا نسلّم منع تقديم القبول على الإيجاب ، وربّما يكون المتقدّم هو القبول .

أضف إليه : أنّ المعاطاة قد تتحقّق بالتقارن في الأخذ والإعطاء ، وهذا الذي ذكر في الوجه الثاني يختصّ بما إذا تقدّم أحد الإعطاءين .

أضف إليه : إمكان منع أصل المبنى ، فإنّ مجرّد كون التقدّم سبباً لكون المتقدّم إيجاباً أوّل الكلام .

والحقّ أن يقال : إنّ أقوى الوجوه هو القول الأخير ، وهو أن يكون التعاطي المذكور معاملة مستقلّة من دون أن يدخل تحت أحد العناوين المتعارفة في باب المعاملات ، ويدلّ على صحّة هذه المعاملة دليل التجارة بناءً على أنّها تشمل مطلق الكسب ، ودليل وجوب الوفاء بالعقد ، وأمّا سائر الوجوه فإنّها وقعت مورد نقاش من قِبل الأعلام ، وقد عرفت بعضها ، وستعرف بعضها .

« التحقيق »

يقع الكلام في تمييز البائع عن المشتري في نواحٍ شتّى :

الأُولى : أنّه لا ينبغي أن يعدّ هذا الأمر الثالث من تنبيهات المعاطاة ؛ لعدم اختصاصه بها ، فإنّ تمييز البائع من المشتري لا يختصّ بالمعاطاة ؛ إذ المقصود تمييز البائع عن المشتري في كلّ بيع بلا اختصاص له بالبيع المعاطاتي ، فكأنّ المصنّف زعم أنّ تمييز البائع من المشتري في صورة الإنشاء باللفظ واضح ، ولذا خصّ البحث بالمعاطاة لتشابه الفعلين فيها ، إلّا أنّه قد يكون التشابه في الإنشاء باللفظ أيضاً .

الناحية الثانية : أنّ الغرض من هذا الأمر إنّما هو التعرّض لمفهومي البائع والمشتري ، سعة وضيقاً ، لكي يستوضح مقدار صدقهما بأنّهما هل يشملان فيما إذا كان كلا العوضين عرضاً مثلاً أم لا ، فالمقصود بيان الشبهة في الصدق لا في المصداق ؛ إذ هو راجع إلى باب المرافعات ، وأيضاً ليس المقصود تمييز أصل مفهوم البائع عن مفهوم المشتري ، فإنّه أوضح من أن يخفى .

الناحية الثالثة: في تحقيق الأقوال في تمييز البائع عن المشتري، وبيان الحقّ فيه، فنقول: إنّ في المسألة خمسة أقوال:

القول الأول: ما ذكره صاحب الكفاية[1] ﷺ من أنّ المنشئ للتمليك بالعوض بائع، ومنشئ التملّك به مشتر.

وفيه: إنّ المشتري أيضاً ينشئ التمليك، فإنّ ما أنشأه متمّم لسبب الملكيّة، فالتمليك من كلّ منهما يحصل بالإيجاب والقبول.

القول الثاني: ما أفاده الأيروانيّ من أنّ البائع يقال لكلّ مَن بذل خصوصيّات ماله، وأغمض النظر عنها، ولكن أمسك على ماليّته بأخذ البدل، فهو في أخذه البدل لا نظر له إلّا إلى حفظ تموّله. وأمّا المشتري فهو بعكس ذلك، وهو يطلق لكلّ مَن رغب في خصوصيّات الأعيان التي يتلقّاها من المأكولات والمشروبات والملبوسات، فمقصوده أوّلاً وبالذات الأعيان لتحصيل مقاصده بها، وحيث لا تعطى مجّاناً وبلا بدل التجأ إلى إقامة بدلها مقامها ليسدّ به ماليّة العين، فالمأخوذ مقصود له بالأصالة، والدفع مقصود له بالتبع.

نعم، قد تكون خصوصيّات العين مطلوبة ومرغوبة لكلّ من الجانبين، كما في تبديل كتاب بكتاب أو عباء بعباء، والظاهر أنّ المعاملة في مثل هذا خارجة عن حقيقة البيع.

وفيه: أنّ ما ذكره لا يصلح للفرق بينهما على نحو الكلّيّ وإن كان الغالب كما ذكره، فإنّ خصوصيّة الأعيان في بعض الموارد مرغوبة للبائع أيضاً مع أنّه يصدق عليه البيع عرفاً.

---

(١) الحاشية: ١٠.

القول الثالث: ما أفاده المحقّق النائينيّ ﷺ من أنّ البائع هو الذي يفكّ المالين عن طرفي الإضافة ويسدّ كلّ واحد منهما مكان الآخر، والمشتري هو الذي يخلّي البائع مع فعله ويطاوعه.

القول الرابع: ما أفاده المحقّق الأصبهانيّ ﷺ من أنّ البائع ما يصدر منه تسبيب إلى الملك، والمشتري هو الذي يطاوعه.

أقول: إنّ القولين الأخيرين مرجعهما إلى شيء واحد، وهو مطاوعة المشتري ما أوجبه البائع، وهو غير صحيح، فإنّ ما ينشؤه المشتري ليس المطاوعة فقط، بل هو جزء السبب، كما عرفت تحقيقه.

القول الخامس: ما أفاده بعض الأعاظم من الأساتذة(دام ظلّه) بأنّ البائع يملك ماله بعوض أي في مقابل العوض، والمشتري يملك ماله عوضاً عمّا خرج عن ملك البائع.

الناحية الرابعة: في بيان الوجه المختار من الوجوه الأربعة المذكورة في المتن، فنقول: أنّ أقوى الوجوه هو الوجه الأخير، كما عرفته آنفاً، وهو أن تكون المعاملة المذكورة معاوضة مستقلّة من دون أن تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة، ويدلّ على صحّتها دليل التجارة، وهو سليم عن الإشكال بخلاف الوجوه الباقية، فإنّها وقعت مورداً للإشكال.

أمّا الوجه الأوّل ـ وهو أن يكون بيعاً وشراء بالنسبة إلى كلّ من المتبايعين ـ فأورد عليه المحقّق الأصبهانيّ[1] بأنّ كون كلّ منهما بائعين ومشتريين باعتبارين غير معقول في مقام الثبوت فلا يعقل في مقام الإثبات حيث لا يعقل أن يكون تسبيبان

(١) الحاشية: ٣٨.

إلى الملك على وجه البيع حتّى يكون كلّ منهما بائعاً، كما لا يعقل أن يكون كلّ منهما مطاوعاً حقيقة حتّى يكون كلّ منهما مشترياً.

وكذا أورد عليه الأُستاذ الأعظم[١] بأنّ عنوان البائع وعنوان المشتري بالمعنى المزبور العامّ كما يصدق على كلّ منهما في المقام كذلك يصدق على كلّ من المتبايعين في كلّ بيع حتّى فيما إذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً، ولازم ذلك أن لا يختصّ أحد المتبايعين في البيوع المتعارفة بكونه بائعاً والآخر بكونه مشترياً.

ويمكن الجواب عنه: بأنّا نلتزم بصدق عنوان البائع وعنوان المشتري على كلّ من المتبايعين في كلّ بيع، إلّا أنّ التخصيص غير عزيز، فإنّ العموم المذكور خصّص بالسيرة أو بالفهم العرفيّ، فإذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً، والذي يعطي النقد يسمّي مشترياً لقيام السيرة على ذلك، وإذا كان كلا العوضين نقداً، أو كان كلاهما متاعاً، وكان نظر أحد المتعاملين من المبادلة حفظ ماليّة ماله مع كون غرض الآخر في ذلك هو تحصيل الربح، وكان نظر الآخر رفع حاجته، فإنّ الأوّل يسمّى بائعاً، والثاني مشترياً فالصدق العرفيّ قرينة تخصّص العموم المذكور، وقد نبّه (دام ظلّه) على ما ذكرنا قبل سطور، إلّا أنّ العصمة مختصّة بأهلها.

أمّا الوجه الثاني ـ وهو أن يكون بيعاً بالنسبة إلى مَن يعطي متاعاً أوّلاً وشراء بالنسبة إلى الآخذ ـ فأورد عليه الأُستاذ الأعظم[٢] بأنّ ذلك لا يتمّ في جميع الموارد، بداهة أنّه لا شبهة في جواز تقديم القبول على الإيجاب في البيوع اللفظيّة فعليه

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٧٤.

(٢) ١٧٤.

يمكن أن يقصد المعطي أوّلاً في البيع المعاطاتي قبول إيجاب متأخّر.

وأمّا الوجه الثالث وهو أن تكون المعاملة المذكورة صلحاً معاطاتيّاً. **بتقريب**: أنّ المصالحة بمعنى التسالم، فإنّ كلّ واحد من المتبايعين يتسالم على تبديل ماله بمال صاحبه، فيرد عليه أنّ المنشأ في المعاطاة غير المنشأ في الصلح، فإنّ المنشأ في الصلح عبارة عن التسالم الذي يتقوّم به حقيقة الصلح، بخلاف المعاطاة، فإنّ المنشأ فيها ليس التسالم. نعم، إنّ المعاطاة كغيرها من العقود لا تصدر إلّا عن تسالم من الطرفين، لكنّ المنشأ فيها لا يكون نفس التسالم، فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين.

وأمّا الاستشهاد بحمل الأصحاب الرواية الواردة في الشريكين على الصلح فغير صحيح، ونحن نذكر الرواية، لكي ترى أنّها أجنبيّة عن الصلح، بل موردها أشبه بالهبة المعوّضة، ولا أقلّ من احتمالها فتكون مجملة ولا تصلح للاستشهاد، وهي ما رواه محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال: كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. قال: **لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضَيَا، وَطَابَتْ أَنْفُسُهُما**»[1].

بتقريب: أنّ مورد الرواية من قبيل الشركة، فكان الطعام مشتركاً بين الرجلين فإنّ كلّاً منهما تسالما على أن يكون ما عندهما لهما، وأمضى الإمام عليه السلام ذلك بقوله: «**لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا تَرَاضَيَا، وَطَابَتْ أَنْفُسُهُما**» إذا حصل التسالم العقديّ بينهما.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب دلالة الرواية على الصلح، لكنّ الرواية من

(١) وسائل الشيعة: الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١.

حيث الدلالة محلّ كلام بين الأعلام، وقد نقل عن بعض المحدّثين أنّهم حملوا الرواية على الإبراء.

وقال المحقّق الأردبيليّ في شرح الإرشاد: «إنّه ليست فيها صراحة في الصلح، ويظهر من المصنّف أنّه ليس لها ظهور في الصلح حيث عبّر في مقام الاستشهاد بالرواية بقوله: «ولذا حملوا الرواية..»، ومثل هذا التعبير يدلّ على ما ذكره.

وقال بعض المحشّين كالمحقّق الأصبهانيّ والأُستاذ الأعظم أنّ مورد الرواية أشبه بالهبة المعوّضة، أمّا الإبراء فإنّ حمل الرواية عليه بعيد في غاية البعد، فإنّ مورد الرواية ليست ديناً كي يبرء كلّ منهما ذمّة الآخر كما هو واضح، فالأمر دائر بين أن تحمل الرواية على الصلح أو على الهبة، ولا وجه لحملها على الأوّل مع قوّة الاحتمال الثاني.

والحاصل: أنّ الرواية إمّا تحمل على الهبة المعوّضة أو تكون مجملة، فلا وجه لحملها على الصلح.

أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

الأمر الرابع [١]: أنّ أصل المعاطاة وهي [٢] إعطاء كلّ منهما الآخر ماله يتصوّر [٣] بحسب قصد المتعاطيين على [٤] وجوه.

---

[١] أي الأمر الرابع من الأمور التي ذكرها المصنّف، وقال: «ينبغي التنبيه على أُمور»، وفي هذا الأمر يتعرّض إلى أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين.

[٢] أي أصل المعاطاة وأساسها الذي هو عبارة عن إعطاء كلّ من المتعاطيين ماله للآخر.

[٣] خبر لقوله: «إنّ أصل المعاطاة».

[٤] الجار متعلّق بقوله: «يتصوّر»، أي إعطاء كلّ من المتعاطيين ماله للآخر يتصوّر على وجوه أربعة.

قال المحقّق الأصفهانيّ: إنّ وجه التعرّض لخصوص هذه الأقسام الأربعة مع أنّها تزيد على ما ذكر بكثير هو أنّ الغرض التعرّض إلى ما هو مورد الكلام والإشكال دون ما لا كلام فيه ولا إشكال.

وقال المحقّق الأيروانيّ: أنّ الوجوه المتصوّرة في المقام عشرة[١]، وقال الأُستاذ الأعظم: ويحسن بنا قبل التعرّض لحكم تلك الوجوه أن نقدّم ما لا يستغنى عنه، وهو بيان الفارق بين هذا الأمر وبين الأمر الثاني، وحاصله: أنّ جهة البحث في الأمر الثاني إنّما هي متمحّضة في بيان مورد المعاطاة، وبيان ما هو المبرز الخارجيّ لما قصده المتعاطيان، ولذا ذكر المصنّف في طليعة البحث عنه أنّ المتيقّن من مورد المعاطاة التعاطي فعلاً من الطرفين،

---

(١) لاحظ كلامه في حاشيته على المكاسب صفحة ٨٤.

أحدها: أن يقصد كلّ منهما [١]

وجهة البحث في الأمر الرابع إنّما هي بيان ما قصده المتعاطيان على وجوه شتّى، وإذن فمرجع البحث في أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث في الأمر الآخر، فلا تنافي بينهما، وعليه فلا وجه لما أورده شيخنا الأُستاذ على المصنّف، وإليك نصّ مقرّره:

أنّ الإيجاب والقبول يتحقّقان بدفع العين أوّلاً من البائع وقبضها من المشتري، وما يدفعه المشتري ثانياً ويقبضه البائع خارجان عن حقيقة المعاوضة، فيلزم أن يكون المعاملة حاصلة دائماً بدفع العين أوّلاً وقبضها، ويكون دفع المشتري دائماً خارجاً عن حقيقة المعاوضة، وعلى هذا فلا وجه لما التزم به في الأمر الثاني من أنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين؛ لأنّ المفروض أنّ الإعطاء الثاني لا أثر له، ولا يتحقّق به إلّا عنوان الوفاء بالمعاطاة.

ووجه عدم المنافاة بين الأمرين أنّه لا تنافي بين الالتزام بأنّ الإيجاب والقبول يحصلان بالإعطاء والقبض أوّلاً، وأنّ دفع العين ثانياً خارج عن حقيقة المعاطاة، بل هو وفاء بالعقد، وبين القول بأنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو ما إذا حصل التعاطي من الطرفين، فإنّ العقد وإن تمّ بالإقباض والقبض أوّلاً، إلّا أنّ المتيقّن منه قبال العقد اللّفظيّ هو ما تعقّبه الإعطاء من الطرف الثاني أيضاً، وإذن فلا تنافي بين الأمرين.

[١] أي أن يقصد كلّ من المتعاطيين أن يملّك ماله بإزاء مال المتعاطي الآخر، غاية الأمر أنّ قصد البائع أصليّ، وقصد المشتري تبعيّ.

تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر[١] في أخذه[٢] قابلاً ومتملّكاً[٣] بإزاء[٤] ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء[٥] تمليك، بل دفع[٦] لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملّكه،

---

[١] أي يكون المتعاطي الآخر ـ الذي هو المشتري ـ بناءً على ما عرفت من كون البادي في الإعطاء بائعاً، والمتأخّر مشترياً.

[٢] أي في أخذ ما ملّكه المعطي الأوّل قابلاً لما ملّكه، فيتحقّق القبول بأخذه مال صاحبه الذي ملّكه، ويصدق بأخذه أنّه قبل التمليك ويصدق عليه عنوان المشتري.

[٣] أي يكون الآخر بسبب أخذه منشئاً لتملّك ما ملّكه صاحبه.

[٤] أي يتملّك مال صاحبه الذي ملّكه في مقابل ما يدفعه إليه من المال فيتحقّق المعاطاة بالإعطاء من طرف فإنّ الإعطاء يكون إيجاباً، وبالأخذ من طرف آخر فإنّه يكون إنشاءً للقبول.

[٥] اسم مؤخّر لقوله: «فلا يكون»، أي لا يكون إنشاء تمليك العوض من قبل الآخذ الذي هو المشتري في دفعه العوض، فإنّ دفع العوض ليس مصداقاً لإنشاء التمليك في المعاطاة؛ إذ المفروض أنّ إنشاء التمليك قد حصل بإعطاء المعطي الأوّل، والقبول قد حصل بأخذ الآخذ له فتحقّقت المعاطاة.

[٦] أي بل كان دفع الآخذ الذي هو المشتري دفعاً لما ألزمه على نفسه من أن يعطي مالاً بإزاء ما تملّكه من المعطي البائع.

والحاصل: أنّ القبول قد تحقّق بقبض العين، ويكون دفع العين الثانية خارجاً عن حقيقة المعاطاة، بل يكون ذلك وفاء لما التزم به في مقابل ما تملّكه.

فيكون الإيجاب [١] والقبول بدفع العين الأُولى وقبضها، فدفع العين الثانية [٢] خارج عن حقيقة المعاطاة [٣]، فلو [٤] مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة، وبهذا الوجه [٥] صحّحنا

---

[١] أي يكون الإيجاب حاصلاً بدفع العين الأُولى من المعطي الأوّل، وقبض العين الأُولى من قِبل الآخذ.

[٢] أي دفع العين الثانية من آخذ العين الأُولى.

[٣] لأنّ المفروض أنّ العقد المعاطاتي قد حصل قبل دفع العين الثانية بمجرّد الإعطاء والأخذ، فإنّ دفع العين الثانية من باب الوفاء بالعقد، لا أنّه إنشاء القبول به.

[٤] أي نتيجة ما ذكرناه من تحقّق البيع المعاطاتي بمجرّد الإعطاء والأخذ، أنّه لو مات الآخذ مالَ المعطي الأوّل قبل دفع عوضه إليه ينتقل ما أخذه إلى وارثه، ويجب على الورثة أداء عوضه إلى المعطي الأوّل؛ لأنّه انتقل إليه بسبب تحقّق المعاطاة.

[٥] أي بأنّ المعاطاة تحصل بإعطاء العين الأُولى من قِبل المعطي الأوّل، وأخذها من قِبل الآخذ، فتتحقّق المعاطاة بالإعطاء والأخذ الواحد، وأنّ الإعطاء الثاني من باب وجوب الوفاء بالعقد لا أنّه متمّم له. وكأنّه جواب عن سؤال مقدّر، وهو كيف تتحقّق المعاطاة بالإعطاء والأخذ الواحد مع أنّها مصدر باب المفاعلة الظاهرة في كونها بين اثنين؟!

وملخّص الجواب عنه: أنّ صدق المعاطاة عليه بلحاظ أنّ المعاملة المذكورة لم تتحقّق باللفظ، بل تحقّقت بالإعطاء والأخذ، وليس معناه أنّ المعاطاة بحسب اللغة قائمة بطرف واحد.

سابقاً [١] عدم [٢] توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين ، فيكون إطلاق المعاطاة عليه [٣] من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول ، لا [٤] من حيث كونها متقوّمة بالعطاء من الطرفين ،

---

[١] أي في الأمر الثاني ، حيث قلنا هناك : « فيحصل الإيجاب والقبول الفعليّان بفعل واحد ... » .

[٢] مفعول لقوله : « صحّحنا » ، أي بيّنّا أنّ البيع المعاطاتي لا يتوقّف على أن يتحقّق القبض والإقباض من كلا المتعاطيين ، بل يتحقّق بالإعطاء والأخذ الواحد ، فإنّه عقد فعليّ في مقابل العقد اللّفظيّ .

[٣] أي على الإعطاء من المعطي الأوّل والأخذ من المعطي الثاني ، أي إنّما سمّي الإعطاء من شخص والأخذ من الآخر معاطاة ـ مع أنّها من باب المفاعلة التي تتقوّم بفعل الاثنين ، وهو إعطاء كلّ منهما ماله للآخر ـ من جهة أنّ المعاملة قد حصلت بالإعطاء لا باللّفظ .

والحاصل : أنّ إطلاق المعاطاة على العطاء من طرف واحد بهذا اللّحاظ ، أي بلحاظ أنّ المعاملة المذكورة لم تتحقّق باللفظ ، بل تحقّقت بالعطاء والفعل .

[٤] أي لا يكون إطلاق المعاطاة من باب صدق هيئة المفاعلة عليه ، ومن حيث كون المعاطاة متقوّمة بالعطاء من الطرفين كي يستشكل بأنّ إطلاق المعاطاة على مجرّد الإعطاء والأخذ من طرف واحد غير تامّ ؛ إذ المفروض أنّها تحقّقت بالعطاء والقبض من طرف واحد ، بل أُطلقت عليه من باب أنّ المعاملة المذكورة تحقّقت بالفعل دون القول .

ومثله [١] في هذا الإطلاق [٢] لفظ [٣] المصالحة والمساقاة والمزارعة والمؤاجرة

والحاصل: أنّ المعاطاة قد تطلق ويراد بها معناها المصطلح الذي تدلّ عليه هيئة المفاعلة، وهو التعاطي بين الاثنين. وقد تطلق ويراد بها المعاملة الفعليّة في مقابل المعاملة اللّفظيّة، فإطلاقها على مجرّد الإعطاء والأخذ إنّما يكون باعتبار الحيثيّة الثانية، وإطلاق مصدر باب المفاعلة على طرف واحد كثير، كما عرفت تفصيلها في أوائل مبحث البيع. إذن فلا يرد عليه الإشكال المتقدّم.

[١] أي مثل إطلاق المعاطاة على العطاء من طرف واحد الذي هو خلاف ظاهر هيئة المفاعلة.

[٢] الذي يشمل حصول المعاملة فيه بالعطاء من طرف واحد.

[٣] مبتدأ مؤخّر لقوله: «ومثله»، وهو خبر مقدّم، أي لفظ المصالحة أيضاً مثل المعاطاة، فكما أنّ المعاطاة تطلق على فعل المعطي الأوّل وأخذه الذي هو فعل لطرف واحد، كذلك المصالحة أيضاً تطلق على الصلح الذي هو فعل لطرف واحد، فإنّ حقيقة المصالحة قائمة بطرف واحد، وهو المنشئ للصلح والآخر قابل له.

والحاصل: أنّ الصلح أيضاً قائم بطرف واحد لا أنّه حاصل من الطرفين حتّى يفعل كلّ واحد منهما عين ما يفعله الآخر كما يكون ذلك في المصافحة، فإنّه يضع كلّ واحد منهما صفحة كفّه في صفحة كفّ الآخر عند الملاقاة، وهكذا الأمر في المساقاة والمزارعة والمؤاجرة، فإنّ هيئة المفاعلة في جميع هذه الصيغ استعملت في إنشاء الإيجاب الذي هو فعل الموجب، وإنّما الآخر يكون قابلاً له.

وغيرها [١]، وبهذا الإطلاق [٢] يستعمل المعاطاة في الرهن [٣] والقرض والهبة. وربّما يستعمل [٤] في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن

---

[١] أي غير هذه الألفاظ التي تكون من باب المفاعلة كالمضاربة.

[٢] أي نظير إطلاق المعاطاة في البيع، وهو إطلاقها على الإعطاء الواحد.

[٣] أي يقال: الرهن المعاطاتيّ، مع أنّه لا يعطي كلّ واحد من الراهن والمرتهن جنسه رهناً، بل الراهن دفع جنسه والمرتهن أخذه منه، فيكون حصول الرهن بخصوص فعل الراهن، وكذا القرض المعاطاتيّ، فإنّه يتحقّق بالإقباض من طرف خصوص المقرض، فالمعاطاة في القرض أُطلقت على خصوص فعل المقرض، وكذا في الهبة، فإنّ الهبة المعاطاتيّة تطلق على فعل الواهب، وليس من المقترض والواهب إلّا القبول بالأخذ.

[٤] أي ربّما تستعمل المعاطاة في المعاملة الحاصلة بالفعل من دون تحقّق الإعطاء من شخص، كما إذا أخذ كلّ من الشخصين ملك الآخر ابتداءً، بناءً منهما على عوضيّة كلّ من المأخوذين عن الآخر، كمَن أخذ البقل من الدكان، ووضع العوض في المكان المعدّ له، أو أخذ الماء من آنية السقاء ووضع عوضه في المكان المعدّ له.

وهذا إشارة إلى قسم ثالث من المعاطاة بأنّها تتحقّق من دون تحقّق إعطاء فيها ولو من طرف واحد، فيكون ملخّص كلامه إلى هنا أنّ المعاطاة تتصوّر على ثلاث صور:

الأُولى: أن يتحقّق التعاطي من الطرفين، وهو المتعارف بين الناس.

الثانية: أن تتحقّق بفعل واحد من الإعطاء والأخذ.

الثالثة: أن تتحقّق من دون وجود إعطاء ولو من طرف واحد.

عطاء [١]، وفي صحّته [٢] تأمّل.

ثانيها [٣]: أن يقصد كلّ منهما [٤] تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إيّاه، فيكون تمليكاً بإزاء تمليك، فالمقابلة [٥]

---

[١] وهو اسم لقوله: «ولو لم يكن» ولا يحتاج إلى الخبر بناءً على أنّ كلمة «يكن» تامّة وخبره محذوف بناءً على أنّها ناقصة.

[٢] أي في صحّة استعمال المعاطاة في المعاملة الحاصلة بمجرّد الفعل دون تحقّق الإعطاء تأمّل. ولعلّ وجه التأمّل في صحّتها انتفاء الإنشاء رأساً؛ إذ ليس فيها إنشاء التمليك قولاً أو فعلاً ولم يوجد منهما إلّا التباني من دون أن يكون هناك أخذ وإعطاء الذي هو أدنى مراتب التجارة.

وملخّص الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة هو: أن يقصد كلّ من المتعاطيين تمليك ماله بمال الآخر، فيكون دفع العين الثانية خارجاً عن حقيقة المعاطاة، بل يكون ذلك وفاءاً لما التزم به بإزاء ما تملّكه. ثمّ قال ﷺ: «وقد يطلق المعاطاة بمجرّد أخذ كلّ واحد منهما مال الآخر من دون تحقّق إعطاء ولو من طرف واحد»، وناقش في صحّة إطلاق المعاطاة عليه.

[٣] أي ثاني الوجوه الأربعة.

[٤] أي أن يقصد كلّ من المتعاطيين تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إيّاه بحيث تكون المعاطاة متقوّمة بالعطاء من الطرفين مع كون التمليك بإزاء التمليك فيقصد كلّ منهما أنّ ما يقع بإزاء تمليك ماله للغير تمليك ماله بإزاء التمليك الأوّل، فالعوض تمليك، والمعوض أيضاً تمليك.

[٥] هذا إشارة إلى الفرق بين هذا الوجه والوجه السابق.

وملخّص الفرق هو: أنّ في الوجه الأوّل تكون المقابلة بين الملكين، فإنّ أحد المتعاطيين قصد فيه تمليك ماله بعوض وقبله الآخر. وأمّا في هذا الوجه

بين التمليكين [١] لا الملكين [٢]، والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطرفين، فلو [٣] مات الثاني قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة، وهذا [٤] بعيد عن معنى

فقد قصد كلا المتعاطيين التمليك بأن يكون تمليك الأوّل مشروطاً بتمليك الثاني بحيث لو لم يملك الثاني لما حصل التمليك الأوّل.

[١] هما فعلان صادران من المتعاطيين، أحدهما: تمليك من المعطي الأوّل الآخذ. وثانيهما: تمليك من الآخذ المعطي الأوّل.

[٢] أي ليست المقابلة بين المملوكين، كما هو حال البيوع المتعارفة التي هي مبادلة مال بمال، بل إنّما هي مبادلة تمليك بتمليك.

والحاصل: أنّ الفعل يقع في مقابل الفعل في المقابلة بين التمليكين لا أنّ العين وقعت في مقابل العين، كما هو المتعارف في البيوع المتعارفة التي هي مقابلة بين الملكين.

[٣] «الفاء» للنتيجة، أي نتيجة ما ذكرنا من تقوّم المعاملة بالعطاء من الطرفين، وعدم تحقّق المعاطاة بحصول التمليك من أحد الطرفين أنّه لو ملّكه الأوّل، ومات الثاني قبل تمليكه عوضه لم يتحقّق المعاطاة بمجرّد تمليك الأوّل له؛ لأنّ المعاطاة تتحقّق إذا كان التمليك من الطرفين، كما هو مقتضى باب المفاعلة.

[٤] أي التمليك بإزاء التمليك لا يصدق عليه مفهوم البيع؛ إذ هو كما عرفت تبديل عين بعوض، والمبيع لا بدّ أن يكون عيناً؛ لما عرفت في أوّل الكتاب من أنّه يعتبر في مفهوم البيع أن يكون المبيع من الأعيان، ولا يصدق البيع فيما إذا كان البيع تمليكاً.

والحاصل: أنّ مفهوم البيع لا يشمل ما إذا كان المبادلة بين الفعلين.

البيع ، وقريب [١] إلى الهبة المعوّضة ؛ لكون [٢] كلّ من المالين خالياً عن العوض ، لكن [٣] إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل ؛

---

[١] أي التمليك بإزاء التمليك قريب إلى الهبة المعوّضة ؛ إذ المفروض أنّ المقابلة قد وقعت بين التمليكين لا بين الملكين ، فتكون كالهبة المعوّضة لأجل وقوع التمليك بإزاء التمليك .

[٢] أي إنّما قلنا بأنّ التمليك بإزاء التمليك قريب إلى الهبة المعوّضة ؛ لأنّ الهبة عبارة عن العطيّة بلا بدل ، فقوامها بالمجانيّة ، وحيث إنّ التمليك بإزاء التمليك أيضاً يكون بلا عوض ، فيكون كالهبة المعوّضة في كونه بلا عوض .

ولا يخفى أنّ المقصود بالعوض هنا هو المال ، وإلّا فالعوض بالمعنى الأعمّ من المال والتمليك موجود حسب الفرض .

[٣] استدرك عمّا ذكره من أنّه قريب إلى الهبة المعوّضة .

وملخّص استدراكه : أنّ إجراء حكم الهبة المعوّضة على التمليك بإزاء التمليك مشكل ؛ لوجود الفرق بين المقام والهبة المعوّضة ؛ إذ المفروض أنّه جعل أحد التمليكين في المقام بإزاء التمليك الآخر ، فالإيجاب المنشأ به التمليك المعوّض يتكفّل إنشاء التمليك العوض أيضاً بالدلالة الالزاميّة ؛ وذلك لعدم انفكاك إنشاء التمليك المعوّض عن إنشاء التمليك العوض ، فيتمّ العقد بقبول الآخر من دون حاجة إلى إنشاء التمليك العوض بالاستقلال ، وهذا بخلاف التمليك في الهبة المعوّضة ، فإنّ إيجاب الواجب يتضمّن إنشاء تمليكه فقط وقبول المتّهب يكون متمّماً للعقد المحقّق للتمليك المعوّض ، وأمّا التمليك العوض فلا يتحقّق إلّا بإنشاء آخر من المتّهب وقبول من الواجب ، وعلى هذا فينفكّ أحد التمليكين في الهبة المعوّضة عن الآخر ، وبهذا يحصل الفرق بين التمليك بإزاء التمليك وبين الهبة المعوّضة .

إذ [١] لو لم يملّكه [٢] الثاني هنا لم يتحقّق التمليك من الأوّل [٣]؛ لأنّه إنّما ملّكه بإزاء تمليكه فما لم يتحقّق تمليك الثاني لم يتحقّق تملّكه [٤]،

---

[١] تعليل لما ذكره من الإشكال في إجراء حكم الهبة عليه.

[٢] الضمير راجع إلى المملّك الأوّل، أي لو لم يملّك المملّك الثاني المملّك الأوّل في مسألة التمليك بإزاء التمليك، وإنّما ملّكه الأوّل فقط.

[٣] لأنّ التمليك الأوّل معلّق على التمليك الثاني فينتفي المعلّق بانتفاء المعلّق عليه.

وتوضيحه: كما في كلام الشهيديّ أنّه لمّا جعل المعاوضة بين التمليكين، ولا معنى للعوضيّة إلّا قيام شيء مقام شيء آخر فلا يعقل العوضيّة والمعوّضيّة قبل تحقّق التمليك من الجانب الآخر، ومجرّد أخذ العين الأُولى من حيث دلالته على قبول هذه المعاوضة لا يجدي بعد عدم تحقّق العوض، فضلاً عن وصف العوضيّة، وهذا بخلاف الهبة المعوّضة؛ لأنّ العوض فيها ليس عوضاً عن الموهوب وعن الهبة؛ لأنّه لا يذكر فيها إلّا على سبيل الالتزام، والإلزام بشيء آخر، كقوله: «وهبتك على أنّ تعطيني ذلك فهذا إلزام بالمكافأة التي قد يتحقّق في الهبة الغير المشروطة فيها العوض، فلا تقتضي العبارة المذكورة كون المال عوضاً عن الموهوب ولا عن الهبة. مضافاً إلى عدم إمكان ذلك، أمّا الأوّل فلأنّ حقيقة الهبة مغايرة لحقيقة التعويض.

وأمّا الثاني فلأنّ الهبة لا تصلح للوقوع بإزاء المال وعوضاً عنه؛ إذ لا بدّ في العوضين من قيام كلّ منهما مقام الآخر والهبة لا تقوم المال بضرورة العرف، وأمّا جعل العطاء بإزاء الهبة فالظاهر أنّه أيضاً منافٍ لحقيقة الهبة ومفهومها، وهذه المنافاة تجري بالأولويّة في جعل المال عوضاً عن الهبة.

[٤] أي لم يتحقّق تملّك الثاني إذا لم يتحقّق تمليك الثاني للأوّل؛ لأنّ تملّك الثاني

إلّا [١] أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأوّل على نحو الداعي لا العوض ، فلا يقدح تخلّفه [٢] ،

موقوف على تمليك الأوّل ، وتمليك الأوّل مشروط بتمليك الثاني ، فإذا لم يتحقّق تمليك الثاني لم يتحقّق تمليك الأوّل ، ويترتّب على عدم تمليكه عدم تملّك الثاني .

[١] استثناء عمّا ذكره من الإشكال في كون التمليك بإزاء التمليك داخلاً في الهبة المعوّضة .

وملخّصه : أنّه يمكن أن يكون هو داخلاً في الهبة المعوّضة بأن لا يكون تمليك الأوّل مشروطاً بتمليك الثاني ، بل يكون قصده تمليك ماله للثاني مطلقاً ، وداعيه عليه هو رجاء تمليك الثاني ماله له ، فإنّ عدم تحقّق تمليك الثاني في هذا الفرض لا يقدح في تحقّق التمليك الأوّل ؛ إذ لم يقصد الأوّل تمليك ماله للآخر بشرط تمليك الآخر ماله له كي يكون تخلّف الثاني وعدم تمليك ماله للأوّل موجباً لانتفاء التمليك الأوّل من باب أنّ المشروط ينتفي بانتفاء شرطه ، بل إنّما كان الأوّل قصد تمليك ماله للثاني مطلقاً وبدون شرط ، غاية الأمر كان داعيه على تمليك ماله هو رجاء تمليك الثاني ماله له ، ومن المعلوم أنّ تخلّف الداعي غير قادح في صحّة المعاملة .

[٢] أي لا يقدح تخلّف الداعي في تحقّق التمليك الأوّل ، وبهذا الاعتبار يكون التلميك بإزاء التمليك داخلاً في الهبة المعوّضة .

وملخّص كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ في الوجه الثاني هو : أنّه ذكر أوّلاً أنّ صدق البيع المعاطاتي على تمليك ماله بإزاء تمليك الآخر ماله مشكل ؛ لأنّه يعتبر في صدق مفهوم البيع أن يكون المبيع من الأعيان ، ومن الواضح أنّ نفس التمليك من الأفعال فلا يقع مبيعاً .

فالأوْلى [١] أن يقال:

ثمّ قال: نعم، إنّه قريب إلى الهبة المعوّضة من جهة أنّ كلّاً من المالين خالٍ عن العوض؛ إذ المفروض أنّ المقابلة قد وقعت بين التمليكين لا بين الملكين كي يكون بيعاً، فتكون كالهبة المعوّضة؛ لأجل وقوع التمليك بإزاء التمليك.

ثمّ ناقش في صدق الهبة المعوّضة على التمليك بإزاء التمليك؛ لأنّ المفروض أنّ حقيقة الهبة حتّى لو كانت معوّضة عبارة عن العطيّة بلا بدل، فقوامها بالمجانيّة بحيث يكون التمليك الأوّل محقّقاً وإن لم يتحقّق التمليك الثاني، وأمّا المقام الذي هو التمليك بإزاء التمليك فلو تخلّف التمليك الثاني لم يتحقّق التمليك الأوّل.

ثمّ أجاب عنه بأنّه يمكن أن يكون المقام أي التمليك بإزاء التمليك داخلاً في الهبة المعوّضة ببيان آخر، وهو: أنّ التمليك الأوّل غير مشروط بالتمليك الثاني، بل إنّه قصد تمليك ماله للثاني مطلقاً، وإنّما داعيه على التمليك رجاء تمليك الثاني ماله له، فلو لم يملّكه الثاني فهو لا يضرّ بالتمليك الأوّل؛ لأنّه يكون من قبيل تخلّف الداعي الذي لا يقدح في صحّة المعاملة التي أوجدها بهذا الداعي.

[١] كلمة «أوْلى» في المقام تعيينيّة؛ لما رأى المصنّف أنّ إدخال التمليك بإزاء التمليك في الهبة المعوّضة بناءً على أن يكون التمليك الثاني داعياً للتمليك الأوّل غير خالٍ عن الإشكال؛ لأنّه خلف كون التمليك بإزاء التمليك، فإنّه ينافي كون التمليك مجّاناً الذي يكون حقيقة الهبة المعوّضة. قال: المتعيّن أن يقال: إنّ المعاطاة بمعنى التمليك بإزاء التمليك إمّا مصالحة فتدخل في باب الصلح، أو معاملة مستقلّة لا تكون داخلة تحت العناوين المعهودة فيشمله دليل إمضاء التجارة والعقود.

إنّها [١] مصالحة وتسالم على أمر معيّن، أو معاوضة مستقلّة.

ثالثها [٢]: أن يقصد الأوّل [٣] إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر [٤] بأخذه إيّاه، فيكون [٥] الصادر من الأوّل الإباحة بالعوض، ومن الثاني [٦] بقبوله لها [٧] التمليك، كما [٨] لو صرّح بقوله: «أبحت لك كذا بدرهم».

---

[١] أي التمليك بإزاء التمليك. ذكر الضمير مؤنّثاً إمّا باعتبار خبره، وإمّا أنّه يرجع إلى المعاطاة، أي المعاطاة بالمعنى الثاني.

[٢] أي ثالث الوجوه الأربعة التي ذكرها المصنّف في المعاطاة.

[٣] أي أن يقصد الباذل الأوّل إباحة ماله للآخذ بإزاء العوض الذي يملّكه الآخذ إيّاه فتقع المبادلة بين الإباحة من الأوّل والتمليك من الثاني.

[٤] أي يقبل الآخذ ما أباحه الباذل الأوّل بأخذه ما أباحه، فإنّ الأخذ بمنزلة القبول القوليّ.

[٥] أي يكون الفعل الصادر من الباذل الأوّل أنّه أباح ماله للآخذ في مقابل العوض.

[٦] أي يكون الفعل الصادر من الثاني تمليك ماله للمبيح.

[٧] الجار مقدّم على متعلّقه، أي يصدر التمليك بسبب قبوله لما أباحه الأوّل، فإنّ الأخذ لما أباحه الأوّل قبول لما أباحه الأوّل بالمطابقة وتمليك لما أعطاه ضمناً، أي تمليك العوض في قبال الإباحة تمليكاً ضمنيّاً.

[٨] أي كما لو صرّح باللفظ بأنّه أباح ماله بإزاء تمليك الدرهم وقبل المباح له ذلك بقوله: «قبلت» فتحقّق الإباحة والتمليك، وكذلك تتحقّق الإباحة والتمليك بالفعل الصادر من المبيح وأخذ الآخر؛ لعدم الفرق في مشروعيّة الإباحة في مقابل التمليك بين إنشاء الإباحة بالعوض باللفظ أو بالفعل.

رابعها [١]: أن يقصد كلّ منهما [٢] الإباحة بإزاء إباحة أُخرى، فيكون [٣] إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة على ما تقدّم نظيره [٤] في الوجه الثاني من إمكان تصوّره [٥] على نحو الداعي،

---

[١] أي رابع الوجوه الأربعة التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ للمعاطاة.

[٢] أي أن يقصد كلّ من المتعاطيين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إيّاه فتقع المبادلة بين الإباحتين، أو تكون الإباحة الأُولى بداعي الإباحة الثانية.

[٣] تفصيل لجعل الإباحة في مقابل الإباحة. وحاصله: أنّ الإباحة بإزاء الإباحة تتصوّر على نحوين:

الأوّل: أن يكون إعطاء كلّ منهما إباحة بشرط إباحة الآخر بنحو العوضيّة، كما إذا أباح سكنى داره بإزاء عشرة تومان.

الثاني: أن يكون إعطاء كلّ منهما إباحة بداعي إباحة الآخر بأن تكون الإباحة مطلقة، فلا تقابل بين الإباحتين في هذا الفرض، كما لو أباح داره بداعي أن يباح له عشرة تومان.

[٤] أي نظير ما ذكرناه في هذا الوجه الرابع، من جعل الإباحة مشروطةً بإباحة الآخر، أو بداعي إباحة الآخر، تقدّم في الوجه الثاني من الوجوه المتصوّرة في أقسام المعاطاة، وهو قصد التمليك بإزاء التمليك، وقلنا: إنّه يتصوّر على قسمين:

أحدهما: يمكن أن يتصوّر التمليك الأوّل بداعي التمليك الثاني.

وثانيهما: أن يكون التمليك الأولّ بقصد أن يكون التمليك الثاني عوضاً عنه.

[٥] أي إمكان تصوّر الوجه الثاني تارة على نحو أن يكون التمليك من الأوّل بداعي التمليك من الثاني.

وعلى [١] نحو العوضيّة. وكيف كان [٢]، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين [٣] على فرض قصد المتعاطيين لهما [٤]، ومنشأ الإشكال [٥] أوّلاً.

---

[١] أي من إمكان تصوّر الوجه الثاني على نحو أن يكون التمليك الثاني عوضاً عن التمليك الأوّل.

[٢] أي حملنا المعاطاة بأيّ وجه من الوجوه الأربعة، وفسّرناها بأي تفسير.

[٣] من الوجوه الأربعة التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

أمّا الوجه الأوّل فلا ريب في كونه مصداقاً للبيع المعاطاتي، فتشمله العمومات الدالّة على صحّة البيع.

وأمّا الوجه الثاني فلا شبهة في عدم كونه مصداقاً للبيع لما قرّر من أنّه اعتبر في البيع أن يكون عيناً، والتمليك من قبيل الأفعال لا الأعيان، فلا يصدق عليه مفهوم البيع، وإنّما الكلام في حكم الوجهين الأخيرين، وهما الوجه الثالث، وهو إباحة ماله للآخذ بإزاء تمليك الآخذ ماله إيّاه، والوجه الرابع وهو إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة ماله إيّاه.

[٤] أي للقسمين الأخيرين، وهما الوجه الثالث والرابع من الوجوه الأربعة.

والحاصل: أنّ الوجه الثاني والوجه الثالث ليسا مورد إشكال، وإنّما الإشكال في الوجه الثالث هو الإباحة بإزاء التمليك والوجه الرابع وهو الإباحة بإزاء الإباحة.

[٥] أى منشأ الإشكال في القسمين الأخيرين أمران:

الأوّل: أنّ الإباحة من حيث الإباحة لا تكون مسوّغة للتصرّفات المتوقّفة على الملك؛ لأنّ المبيح ليس مشرّعاً، وإباحته لا تكون مشرّعة إلّا على

الإشكال [١] في صحّة إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف [٢] بأن يقول [٣]: «أبحت لك كلّ تصرّف من دون أن يملكه العين» [٤].

نحو التشريع.

الثاني: أنّ الإباحة بإزاء التمليك ـ التي ترجع إلى عقد مركّب من إباحة وتمليك ـ خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً، ولا شبهة في أنّ صدق التجارة على هذه المعاوضة محلّ تأمّل، فضلاً عن صدق البيع عليها. إذن فلا تكون مشمولة لآية التجارة عن تراض ولا غيرها.

[١] خبر لقوله: «منشأ الإشكال»، وإشارة إلى الأمر الأوّل من منشأ الإشكال.

قال الشهيديّ: إنّ هذا الإشكال جارٍ في كلا القسمين الأخيرين، بخلاف الثاني، فإنّه مختصّ بأوّلهما.

[٢] كالوطئ والعتق والهبة والبيع وغيرها من التصرّفات المتوقّفة على الملك.

[٣] أن يقول المالك: أبحت لك كلّ تصرّف حتّى التصرّف المتوقّف على الملك.

[٤] بأن كانت الإباحة بإزاء الإباحة كما في الوجه الرابع، ومنشأ الإشكال في صحّة الإباحة بإزاء الإباحة في القسم الثالث والرابع هو: أنّ الدليل على صحّة الإباحة المذكورة عبارة عن قاعدة السلطنة، وهي لا تدلّ عليها لأنّها غاية ما يستفاد منها صحّة كلّ تصرّف ثبت جوازه شرعاً بدليله الخاصّ، ولا يستفاد منها صحّة كلّ تصرّف حتّى فيما لم يثبت جوازه بدليل خاصّ؛ لأنّ القاعدة المذكورة ليست مشرّعة كي تدلّ على صحّة التصرّف فيما شكّ في صحّته، كعتق عبد أُبيح له، فإنّ عتقه متوقّف على أن يكون المعتق ـ بالكسر ـ مالكاً له، ولا تدلّ قاعدة السلطنة على صحّة العتق من غير المالك؛ لأنّ صحّة

وثانياً: الإشكال [١] في صحّة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركّب من إباحة [٢] وتمليك، فنقول [٣]: أمّا إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك فالظاهر أنّها [٤] لا تجوز؛ إذ التصرّف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد إذن المالك [٥]، فإنّ إذن المالك ليس مشرّعاً،

التصرّف المذكور من الأحكام الشرعيّة، ولا يستفاد من القاعدة المذكورة سلطنة الناس على أحكامهم، بأن يكون أمر صحّة المعاملة وبطلانها في أيديهم، فإنّ حكمهم بصحّة التصرّف في القسمين المذكورين لا يتمّ إلّا على نحو التشريع، والنتيجة أنّ صحّة إباحة جميع التصرّفات لا دليل عليها، سواء كانت الإباحة بإزاء الإباحة بأن كانت المقابلة بين الإباحتين كما هو القسم الرابع، أو كانت الإباحة بإزاء التمليك بأن كانت المقابلة بين إباحة أحدهما وتمليك الآخر كما هو القسم الثالث.

[١] هذا الإشكال مختصّ بالقسم الثالث من الأقسام الأربعة للمعاطاة، وهي ما كانت المقابلة بين إباحة وتمليك.

[٢] يعني إباحة من المبيح وتمليكاً من المباح له.

[٣] من هنا شرع في تفصيل الإشكالين الواردين على القسم الثالث والرابع من أقسام المعاطاة.

[٤] أي أنّ التصرّفات المتوقّفة على الملك لا تجوز بمجرّد الإباحة الثابتة من المبيح.

[٥] أي إنّما قلنا بعدم جواز التصرّف بمجرّد إذن المالك؛ لأنّ إذنه لا يكون مجوّزاً لما لم يثبت جوازه شرعاً.

وإنّما يمضي [١] فيما يجوز شرعاً، فإذا [٢] كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه [٣] بأن [٤] يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير [٥] معقول،

---

[١] أي ينفذ إذنه في التصرّفات المشروعة فقط.

[٢] من هنا شرع المصنّف في تفصيل الإشكال على جواز إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك، كإباحة المالك لغيره بيع ملكه لنفسه بحيث أن يدخل الثمن في ملك المباح له مع خروج المثمن عن ملك المالك المبيح.

وحاصل ما ذكره من الإشكال هو: أنّ المالك وإن كان له أن يبيح التصرّف في أمواله لشخص آخر، إلّا أنّه لا ينفذ إذنه إلّا في التصرّفات المشروعة مع قطع النظر عن إذن المالك بديهة أنّ إذن المالك ليس مشرّعاً لكي يوجب جواز التصرّف في ماله المجاز له على وجه الإطلاق، وعليه فلا يجوز للمالك أن يأذن لغيره في بيع ماله لنفسه؛ لأنّه لا بيع إلّا في ملك، بل يستحيل عقلاً صدق مفهوم البيع عليه؛ لأنّ مفهومه مبادلة مال بمال، ومن الواضح أنّه لا يتحقّق هذا المفهوم إلّا برفع الإضافة المالكيّة عن أحد العوضين، ووضعها على العوض الآخر، وعليه فإذا لم يدخل الثمن في ملك مَن خرج المثمن عنه كان ذلك خارجاً عن مفهوم البيع، ولا يعقل صدق مفهوم البيع على ما هو خارج عنه.

[٣] بأن يبيع زيد مال عمرو لنفسه.

[٤] توضيح لبيع الإنسان مال غيره لنفسه، أي معنى البيع المذكور أن يملك البائع الثمن مع عدم خروج المبيع عن ملك البائع، بل يكون خارجاً عن ملك غيره.

[٥] خبر لقوله: «كان بيع الإنسان»، أي إذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه

كما صرّح به [١] العلّامة في القواعد، فكيف [٢] يجوز للمالك أن يأذن فيه. نعم [٣]، يصحّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما [٤] في المقام مفقود.

غير معقول؛ لأنّ مفهوم البيع مبادلة مال بمال، ولا يتحقّق هذا المفهوم عقلاً إذا لم يدخل الثمن في ملك مَن خرج المثمن عن ملكه وتحقّقه من دون الثمن في ملك مَن خرج المثمن عن ملكه خلاف مفهوم المبادلة.

[١] أي بعدم معقوليّة أن يملك شخص الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غيره حيث حكي عن العلّامة أنّه قال في القواعد: لو قال: بع عبدك من فلان على أنّ عليَّ خمسمائة، فباعه بهذا الشرط بطل لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، فليس له أن يملك العين والثمن على غيره.

[٢] جزاء لقوله: «فإذا كان»، وهو استفهام إنكاري، أي كيف يمكن أن يقال: بأنّه يجوز للمالك أن يأذن للمأذون أن يبيع ماله لنفسه مع فرض دخول العوض في ملك المأذون بعد عدم صدق البيع عليه عقلاً؛ لأنّ المفروض أنّ مقتضى الإذن المذكور أن يخرج المال من ملك مالكه من دون أن يصل الثمن إلى ملكه، بل يدخل الثمن في ملك البائع الذي ليس هو مالكاً للمبيع، فإنّ بعد كون البيع المذكور محالاً تحقّقه فلا يصلح أن يكون الإذن محقّقاً له ومشرّعاً لصحّة البيع المذكور.

[٣] استدراك عمّا ذكره من أنّه لا يجوز للمالك أن يأذن للغير أن يتصرّف في ماله.

وملخّص الاستدراك: أنّه يصحّ البيع مع إذن المالك لغيره بأحد وجهين.

[٤] أي كلا الوجهين المذكورين لتصحيح البيع مع إذن المالك مفقودان في المقام الذي هو إباحة التصرّفات، فإنّ إذن المالك يمكن تصحيحه بأحد وجهين، ولكن لا يمكن تصحيح إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك.

أحدهما [١]: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» أن ينشأ [٢] توكيلاً له في بيع ماله له. ثمّ نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو [٣] في نقله أوّلاً إلى نفسه ثمّ بيعه، أو تمليكاً [٤] له بنفس هذه الإباحة،

---

[١] أي أحد الوجهين لتصحيح جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك.

[٢] مفعول لقوله: «أن يقصد» والضمير في قوله: «ماله» و «له» راجع إلى المبيح، أي أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك...» أحد الوجوه الثلاثة:

الوجه الأوّل: انشاء توكيل للمباح له في أمرين:

الأمر الأوّل: أن يبيع الوكيل المباح له مال الموكّل المبيح بالوكالة عنه للمبيح، وأشار المصنّف إلى هذا الأمر بقوله: «إنشاء توكيل له في بيع ماله له».

الأمر الثاني أن يقصد المبيح إنشاء توكيل نقل ثمن مال المبيح ـ الذي باعه بالوكالة ـ إلى نفسه بالهبة، يعني أن يهب المباح له الثمن لنفسه وكالة عن المبيح، وقوله: «نقل الثمن» عطف بكلمة «ثمّ» على بيع ماله، يعني نقل الثمن من المبيح إلى نفسه المباح له. وأشار المصنّف إلى هذا الأمر بقوله: «ثمّ نقل الثمن...»، أي أن يقصد المبيح بالإباحة إنشاء توكيل للمباح له في نقل الثمن إلى نفس المباح له.

[٣] هذا عطف على قوله: «في بيع ماله»، وإشارة إلى **الوجه الثاني**، أي أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك...» إنشاء توكيل للمباح له في نقل مال المبيح بالهبة أوّلاً إلى المباح له، ثمّ بيع المباح له المال لنفسه.

[٤] معطوف على قوله: «توكيلاً»، وإشارة إلى **الوجه الثالث**، أي أن يقصد المبيح من قوله: «أبحت لك أن تبيح مالي لنفسك» إنشاء تمليك ماله للمباح له بنفس هذه الصيغة، أي بنفس قوله: «أبحت لك...» من دون توكيل في

فيكون [١] إنشاء تمليك له، ويكون بيع المخاطب [٢] بمنزلة قبوله، كما صرّح في التذكرة [٣] بأنّ قول الرجل لمالك العبد: «اعتق عبدك عنّي بكذا»

البين، فيكون من قبيل ذكر اللّازم، وهو قوله: «أبحت...» أي إباحة بيع المال لنفس الآخذ، وإرادة الملزوم، وهو التمليك، فكأنّه قال: «ملّكت لك مالي أن تبيعه لنفسك».

[١] أي يكون قوله: «أبحت...» إنشاء تمليك للمبيح.

[٢] أي بيع المخاطب الذي هو المباح له يكون بمنزلة قبوله لما ملّكه المباح له.

قال الشهيديّ: بل يكون نفس أخذ المخاطب بمنزلة القبول، ولا ينتظر في حصول الملكيّة إلى بيعه.

وملخّص الكلام: أنّ قوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» يتصوّر على ثلاثة وجوه:

الوجه الأوّل: أن يقصد المبيح بقوله المذكور إنشاء التوكيل للمباح له أوّلاً؛ بأن يبيع مال الموكّل المبيح وكالة، ثمّ ينقل الثمن إلى نفسه بالهبة وكالة عن المبيح، فيكون للمباح له وكالتان: وكالة في بيع مال المبيح، ووكالة أُخرى في أن يهب ثمن مال المبيح إلى نفسه، فيكون المباح له مالكاً للثمن.

الوجه الثاني: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» أن يجعل المباح له وكيلاً في تمليك مال المبيح لنفسه، ثمّ أن يبيعه فيكون مالكاً للثمن؛ لكونه مالكاً للمثمن قبل البيع.

الوجه الثالث: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت...» تمليك ماله للمباح له بالكناية من باب إرادة التمليك من قوله: «أبحت أن تبيع مالي لنفسك من باب ذكر اللّازم وإرادة الملزوم.

[٣] غرضه من نقل كلام التذكرة ذكر النظير للمقام بأنّ قوله: «أعتق عبدك عنّي»

استدعاء [١] لتمليكه، وإعتاق المولى عنه جواب [٢] لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ويقدّر

وإعتاق المولى عنه كما يدلّ على تحقّق البيع ضمناً، كذلك قوله: «أبحت لك...». **وملخّصه**: أنّ قوله: «أبحت لك مالي» يكون نظير قول القائل: أعتق عبدك عنّي بكذا، حيث انّ القول المزبور استدعاء لتمليك المولى عبده لذلك الرجل، واعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور، فيتحقّق هنا بيع ضمنيّ، وعليه فيكون العبد ملكاً للمستدعي آناً مّا ثمّ ينعتق من قبله.

[١] خبر لقوله: «بأنّ قول الرجل» أي قول الرجل: «أعتق عبدك عنّي» استدعاء من المالك لأن يبيع عبده لهذا القائل ويملّكه أوّلاً وأن يعتق عبده وكالة عنه، فيكون قوله: «أعتق عبدك عنّي» منحلّاً إلى قولين: أحدهما: «بعني عبدك بكذا»، ثانيهما: «أعتق العبد وكالة عنّي».

[٢] خبر لقوله: «وإعتاق» أي إعتاق المولى عبده عن المستدعي للإعتاق جواب للاستدعاء المذكور، فيكون إعتاق المولى من قبل المستدعي أيضاً منحلّاً إلى أمرين: أحدهما: بيعه العبد للمستدعيّ، وثانيهما: عتق العبد من قبله وكالة، وإليك نصّ كلام التذكرة كي يتّضح الحال.

قال في التذكرة ـ بعد تعداد الشروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه ـ: «فروع: الأوّل: إنّما يفتقر إلى الإيجاب والقبول فيما ليس الضمنيّ من البيوع، وأمّا الضمنيّ كـ(أعتق عبدك عنّي بكذا) فيكفي فيه الالتماس والجواب، ولا تعتبر الصيغة المتقدّمة إجماعاً»، انتهى.

أنت إذا لاحظت هذا الكلام ترى أنّه ظاهر في حصول النقل والانتقال بالاستدعاء وجوابه.

وقوعه [١] قبل العتق آناً مّا ، فيكون هذا [٢] بيعاً ضمنيّاً لا يحتاج [٣] إلى الشروط المقرّرة لعقد البيع ، ولا [٤] شكّ أنّ المقصود فيما نحن فيه [٥] ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أوّلاً ،

---

[١] أي يفرض النقل والانتقال الذي هو البيع بهذا الاستدعاء آناً مّا قبل إعتاق المولى عن القائل ، فيقع نقل العبد من ملك المولى إلى ملك القائل ، ويكون قوله : « ويقدّر وقوعه . . . » في الحقيقة جواباً عن سؤال مقدّر .

وحاصل السؤال : كيف يكون العبد معتقاً من قِبل المستدعي ، مع أنّه لا يكون له ، ولا عتق إلّا في ملك .

وملخّص الجواب : أنّ العبد ينتقل إلى ملك المستدعى آناً مّا فيقع العتق في ملكه .

[٢] أي إعتاق المولى عبده يكون بيعاً ضمنيّاً .

[٣] أي لا يحتاج البيع الضمنيّ إلى شروط البيع ، كالإيجاب والقبول وغيرهما .

[٤] هذا بيان لفقدان الوجه الأوّل في المقام . وملخّصه : أنّه لا يمكن تصحيح إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك بالوجه الأوّل بجميع صوره الثلاث .

[٥] وهو ما لو أباح التصرّفات المتوقّفة على الملك بقوله : « أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك » .

والحاصل : أنّه لا شكّ في أنّ قصد المبيح من قوله : « أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك » ليس الصورة الثانية من الصور الثلاث المتصوّرة للوجه الأوّل ، وهو أن يصيّر المبيح المباح له وكيلاً في نقل مال المبيح إلى نفسه بأن يهب المباح له مال المبيح لنفسه بالوكالة عن المبيح ، فإذا ملك المباح له المثمن بسبب نقله إلى ملكه ، ثمّ باع المال لنفسه خرج المثمن عن ملك مَن دخل

ولا[١] في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا[٢] قصد التمليك بالإباحة المذكورة[٣]،

الثمن في ملكه.

إن شئت فقل: ليس في إباحة بيع مال الغير لنفس المبيح أيّ إشارة إلى الإذن أو التوكيل في نقل المال إلى نفسه، كما كان هذا الإذن موجوداً في قول القائل: «أعتق عبدك عنّي»، فلا يقاس المقام به؛ لأنّ الإذن والتوكيل من الأُمور القصديّة ولم يكونا مقصودين من قوله: «أبحت...»، فإنّ قوله: «أبحت» لا يدلّ على الإذن والتوكيل لا بالمطابقة، ولا بالتضمّن ولا بالالتزام.

[١] أي لا يكون مقصود المبيح من قوله: «أبحت...» الإذن والتوكيل للمباح له أن ينقل ثمن ما باعه بالوكالة إلى نفسه بأن يهبه إلى نفسه.

وملخّصه: ليس المقصود من إباحة المبيح التصرّفات المتوقّفة على الملك ـ كإباحته للمباح له أن يبيع المال لنفسه المباح له ـ توكيل المباح له في نقل مال المبيح ثمّ بيع ذلك المال لنفسه المباح له ونقل ثمنه إلى نفسه ثانياً، وهذا في الحقيقة نفي التوكيل في البيع على المالك المبيح، وكذا نفي التوكيل عنه في توكيل المباح له في التملّك بالثمن.

[٢] أي ليس مقصود المبيح فيما إذا قال: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك» تمليك ماله للمباح له بالكناية، بأن يكون قوله: «أبحت» كناية عن إنشاء التمليك للمباح له.

[٣] وهي قوله: «أبحت» أي لا ينشئ قصد التمليك بسبب قوله: «أبحت مالي»؛ لأنّ التمليك من الأُمور القصديّة التي تتوقّف على القصد والاعتبار النفسانيّ،

ولا قصد [١] المخاطب التملّك عند البيع حتّى يتحقّق تمليك ضمنيّ مقصود للمتكلّم والمخاطب [٢]،

والمفروض أنّ المبيح قصد الإباحة وإنشأها ولم يقصد التمليك، ومعه كيف يمكن أن يحصل التمليك.

وبالنتيجة: أنّ قوله: «أبحت مالي...» أجنبيّ عن قصد إنشاء التمليك به، فلا وجه لأن يقال: إنّ المقصود من إباحة بيع ماله إنشاء التمليك.

[١] أي ليس المقصود من قبول المخاطب بيع ما أُبيح له بيعه تملّك المبيع عند البيع لكي يتحقّق تمليك ضمنيّ مقصود للمتكلّم، والمخاطب بالدلالة الاقتضائيّة كما كان كذلك في قوله: «أعتق عبدك عنّي».

وآخر الكلام: أنّ حمل إنشاء الإباحة على إنشاء التمليك من المبيح والتملّك من المباح له ممنوع، أوّلاً: لعدم قصد المبيح تمليك ماله وثانياً: لعدم قصد المخاطب تملّكه.

[٢] **وملخّصه:** أنّه لو قصد المبيح بقوله: «أبحت» التمليك، وقصد المخاطب التملّك عن البيع يتحقّق تمليك ضمنيّ مقصود للمتكلّم والمخاطب، ويدلّ عليه إنشاء الإباحة بالدلالة الاقتضائيّة التي تتوقّف عليها صحّة هذا الكلام؛ إذ الدلالة المقصودة للمتكلّم وهي إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك تقتضي حصول التمليك الضمنيّ، فصحّة قوله: «أبحت لك بيع مالي لنفسك» تتوقّف شرعاً على تحقّق تمليك ضمنيّ مقصود للمتكلّم والمخاطب، والمفروض في المقام عدم دلالة قوله: «أبحت» على قصد المتكلّم من الإباحة التمليك، وقصد المخاطب التملّك عن البيع كي يدلّ هذا الكلام على تحقّق التمليك الضمنيّ ويكون بيع المباح له صحيحاً.

كما كان [١] مقصوداً ولو إجمالاً [٢] في [٣] مسألة «أعتق عبدك عنّي» [٤]، ولذا [٥] عدّ العامّة والخاصّة من الأُصوليّين دلالة هذا الكلام [٦] على التمليك من [٧] دلالة الاقتضاء التي عرّفوها بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم يتوقّف صحّة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه [٨]،

---

[١] أي كما كان التمليك الضمني المقصود للمتكلّم موجوداً في مسألة: «أعتق عبدك عنّي»، فهذا الكلام من المستدعي يدلّ على أنّه قصد توكيل المولى في جعل عبده ملكاً للمستدعي، ثمّ عتقه عنه بالوكالة وعتق المولى عبده أيضاً يدلّ على أنّه قبل ما أنشأه المستدعي، فحصل التمليك الضمنيّ للمولى وتملّك المستدعي ضمناً.

[٢] بأن كان موجوداً في ارتكاز المستدعي بحيث لو التفت إلى توقّف العتق على الملك لوكّل مولى العبد في تمليك العبد إليه حتّى يصحّ عتقه عنه.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «مقصوداً».

[٤] فيكون معنى هذه الجملة: «أعتق عبدك عنّي بعد أن تجعله ملكي بالوكالة»، وهي دلّت على أنّ المخاطب ملّك عبده إلى المستدعي فتحقّق العتق في ملكه.

[٥] أي لأجل كون التمليك الضمنيّ مقصوداً في مسألة: «أعتق عبدك عنّي».

[٦] وهو قوله: «أعتق عبدك عنّي».

[٧] متعلّق بقوله: «عدّ» أي عدّوا دلالة قوله: «أعتق...» على تمليك العبد للمستدعي من قبيل دلالة الاقتضاء.

[٨] أي على الاقتضاء. والمراد منه دلالة الاقتضاء بأنّه لو لم تتمّ هذه الدلالة لم يصحّ صدور هذا الكلام من المتكلّم.

فمثّلوا للعقليّ[١] بقوله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾[٢]، وللشرعيّ[٣] بهذا المثال[٤]، ومن المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه[٥] ليس إلّا مجرّد الإباحة.

الثاني[٦]: أن يدلّ دليل شرعيّ على حصول الملكيّة للمباح له بمجرّد

---

[١] أي لدلالة الاقتضاء التي تتوقّف صحّة الكلام عليها عقلاً.

[٢] **بتقريب**: أنّ صحّة السؤال عن القرية تقتضي أن يقدّر كلمة «أهل» كي يصحّ السؤال، فإنّ القرية بما هي لا يعقل أن تكون مسؤولةً، فيدلّ الكلام بالدلالة الاقتضائيّة على تقدير كلمة «الأهل» كي يكون الكلام صحيحاً، فصحّة هذا الكلام تتوقّف عقلاً على الدلالة الاقتضائيّة.

[٣] أي مثّلوا لدلالة الاقتضاء التي تتوقّف صحّة الكلام عليها شرعاً.

[٤] وهو قوله: «أعتق عبدك»، فإنّ صحّة هذا الكلام شرعاً متوقّفة على أن يقدّر الملك الضمنيّ للمستدعيّ؛ إذ لا عتق شرعاً إلّا في ملك.

[٥] أي الوجه الثالث والرابع، وهما الإباحة في مقابل المال، والإباحة في مقابل الإباحة اللّذان يكون المقصود فيهما منحصراً في الإباحة من دون قصد التمليك أصلاً.

فتحصّل: أنّ الإنشاء بالإباحة لا يفيد في المقام ولا يصلح أن يكون دافعاً للإشكال المذكور.

[٦] أي الوجه الثاني من الوجهين اللّذين ذكرهما المصنّف ﷺ لتصحيح بيع المباح له لمال المبيح، وأشار إليه المصنّف ﷺ بقوله: «نعم، يصحّ ذلك بأحد الوجهين».

الإباحة [١]، فيكون [٢] كاشفاً عن ثبوت الملك له [٣] عند [٤] إرادة البيع آناً مّا، فيقع [٥] البيع في ملكه،

---

[١] أي وإن لم يكن المبيح قاصداً للتمليك بالإباحة المذكورة كي يكون التمليك مالكيّاً، وإنّما يكون المبيح قاصداً للإباحة المحضة، فيحصل التمليك بها تعبّداً، فيكون تمليكاً شرعيّاً.

[٢] أي يكون الدليل الشرعيّ الدالّ على حصول الملك للمباح له بمجرّد إباحة المبيح وإنشائه الإباحة المعاطاتيّة.

[٣] الضمير يرجع إلى المباح له.

[٤] الظرف متعلّق بقوله: «ثبوت»، أي يكون الدليل الشرعيّ كاشفاً عن ثبوت الملك آناً مّا للمباح له عند إرادته البيع.

[٥] أي إذا ثبت الملك للمباح له آناً مّا عند إرادة البيع وقع البيع أيضاً في ملك المباح له؛ لأنّ المفروض أنّ المال دخل في ملك المباح له بسبب إرادة البيع قبل وقوعه فيقع البيع قهراً في ملكه.

والحاصل: أنّه يمكن تقريب دلالة هذا الدليل الشرعيّ على حصول الملك للمباح له بأحد وجهين:

الوجه الأوّل: ما عرفته.

وتوضيحه: أن يكون المال باقياً على ملك المبيح إلى زمان إرادة البيع فيحكم بانتقال المال المذكور إلى ملك المباح له في آن إرادة التصرّف، ويكون نتيجة هذا الوجه وقوع البيع في ملك المباح له وينتقل الثمن إلى ملكه.

أو يدلّ [١] دليل شرعيّ على انتقال الثمن [٢] عن المبيح بلا فصل [٣] بعد البيع ، فيكون ذلك [٤] شبه [٥]

الوجه الثاني : أن يكون المال باقياً على ملك المبيح حتّى في الآن الذي يريد المباح له بيعه ، فيقع البيع في ملك المبيح ، ويدخل الثمن في ملكه ، فإذا باع المباح له مال المبيح ، وقام دليل شرعيّ على صيرورة الثمن ملكاً للمباح له ، فيستكشف من ذلك الدليل دخول الثمن في ملك المبيح آناً مّا لكي يصدق مفهوم البيع عليه من دخول المعوّض في ملك مَن خرج المعوّض عن ملكه ، ثمّ انتقاله من ملك المبيح إلى ملك المباح له .

[١] وهذا إشارة إلى التقريب الثاني الذي شرحناه ، وعطف على « يدلّ » السابق ، يعني أو يدلّ دليل شرعيّ على انتقال الثمن عن المبيح إلى المباح له .

[٢] أي لا يدلّ الدليل على حصول المال للمباح له قبل البيع كي يقع البيع في ملك المباح له ، كما كان ذلك مقتضى التقريب الأوّل ، بل المفروض فيه أنّ المال باقٍ على ملك المبيح حتّى عند البيع ، فوقع البيع في ملكه ، غاية الأمر دلّ دليل شرعيّ على أنّ ثمن المال ينتقل من المبيح إلى المباح له بعد البيع بمجرّد تحقّقه .

[٣] أي ثمن المال ينتقل عن ملك المبيح إلى ملك المباح له بعد البيع فلا فصل زمانيّ بين البيع والانتقال .

[٤] يعني يكون دخول المال في ملك المباح له آناً مّا قبل إرادة البيع كي يقع البيع في ملكه ، أو دخول ثمن المبيع المباح في ملك المباح له ، وخروجه عن ملك المبيح بعد البيع فوراً .

[٥] خبر لقوله : « فيكون » وغرضه من تشبيه بيع المباح له للمال الذي أُبيح له بشراء العمودين بيان أنّ حصول الملك آناً مّا تعبّداً إذا قام دليل عليه ليس أمراً

دخول العمودين [١] في ملك الشخص آناً مّا لا يقبل [٢] غير العتق، فإنّه حينئذٍ [٣] يقال بالملك المقدّر آناً مّا للجمع [٤] بين الأدلّة،

مستنكراً؛ لوجود نظيره في الشرع، فيكون ما نحن فيه ـ الذي هو عبارة عن إباحة بيع ماله بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك في دلالته على كون مال المبيح ملكاً للمباح له آناً مّا بمجرّد الإباحة قبل وقوع البيع أو بعده ـ بمنزلة شراء العمودين، فإنّهما أيضاً يدخلان في ملك المشتري آناً مّا ثمّ ينعتقان عليه.

[١] وهما الآباء والأبناء، أي يكون دخول الثمن في ملك المبيح آناً مّا، ثمّ انتقاله من ملك المبيح إلى ملك المباح له، كدخول العمودين في ملك الابن المشتري آناً مّا، ولا يترتّب أثر على مالكيّة الابن للعمودين إلّا انعتاقهما.

والحاصل: أنّ إباحة الشخص بيع شخص آخر ماله لنفسه وانتقال ثمنه آناً مّا إلى ملك الشخص المبيح، ثمّ انتقاله منه إلى المباح له يكون نظير شراء العمودين، فإنّهما يدخلان في ملك المشتري آناً مّا، ثمّ ينعتقان عليه.

[٢] أي دخول العمودين في ملك الشخص، وهو الابن لا أثر له إلّا انعتاقه عليه، أى أنّهما يدخلان في ملك ولدهما المشتري، ثمّ ينعتقان عليه. ولا يخفى أنّ قوله: «لا يقبل» صفة لقوله: «ملك الشخص» والإضافة لأجل كونها إلى الجنس لا تفيد المعرفة.

[٣] أي حينما دخل العمودان في ملك الابن المشتري لهما فيكون الملك لهما تقديريّاً وفرضيّاً، وهو يفرض كونهما ملكاً له آناً مّا كي يصحّ عتقهما من الابن.

[٤] أي إنّما قلنا بالملك التقديريّ آناً مّا للابن المشتري جمعاً بين الأدلّة الثلاثة

وهذا الوجه [١] مفقود فيما نحن فيه [٢]؛ إذ [٣] المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الإباحة العامّة [٤]

الموجودة في المقام.

الدليل الأوّل: ما دلّ على صحّة شراء العمودين للابن.

الدليل الثاني: ما دلّ على أنّه لا عتق إلّا في ملك.

الدليل الثالث: ما دلّ على أنّ الإنسان لا يملك عموديه، فالجمع بين هذه الأدلّة الثلاثة يقتضي الالتزام بأنّ العمودين يدخلان في ملك الابن آناً مّا.

[١] وهو الوجه الثاني من الوجهين اللّذين ذكرناه لدلالته على حصول الملك آناً مّا للتقريبين المتقدّمين.

[٢] وهو إباحة المالك لشخص أن يبيع مال المالك لنفسه بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك»، والوجه في عدم جريان الملكيّة آناً مّا في المقام هو أنّه لم يوجد دليل خاصّ على صحّة مثل هذه الإباحة، أي الإباحة العامّة حتّى إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك، كالبيع.

[٣] تعليل لما ذكره من فقدان الوجه الثاني في المقام، أي إنّما قلنا بفقدان الدليل على جريان الوجه الثاني، وهو حصول الملك آناً مّا في المقام؛ لأنّه متفرّع على قيام دليل خاصّ على إباحة مطلق التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك كالبيع كي تدلّ الإباحة المذكورة على حصول الملك آناً مّا قبل التصرّف أو حينه، وهذا الدليل مفقود في المقام.

[٤] أي حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك، كالبيع كي يحتاج إلى الالتزام بالملك آناً مّا بمقتضى الجمع بين الأدلّة الثلاثة المتقدّمة.

وإثبات [١] صحّته [٢] بعموم مثل: «النّاس مسلّطون على أموالهم» يتوقّف [٣] على عدم مخالفة مؤدّاها [٤] لقواعد أُخر، مثل [٥] توقّف

---

[١] جواب عن إشكال مقدّر، وملخّص الإشكال: أنّه لا حاجة إلى دليل بالخصوص يدلّ على صحّة الإباحة العامّة كي يقال بعدم وجوده في المقام، بل يكفي عموم دليل السلطنة لإثبات صحّة الإباحة المطلقة حتّى المتوقّفة على الملك، فإنّ للمالك أن يسلّط المباح له على بيع ماله لنفس المباح له.

وملخّص الجواب عنه: أنّ دليل السلطنة قد أثبت السلطنة على الأموال دون الأحكام، فيكون ناظراً إلى نفوذ سلطنة المالك في التصرّفات التي ثبت جوازها في الشريعة المقدّسة، ولا يكون ناظراً إلى نفوذ سلطنة المالك في التصرّفات التي لم تثبت جوازها، فإنّ دليل السلطنة ليس مشرّعاً.

[٢] أي إثبات صحّة عموم إباحة التصرّفات بالعمومات، كعموم قوله ﷺ: «النّاس مسلّطون على أموالهم». وبعبارة واضحة: إثبات صحّة الإباحة العامّة بعموم دليل السلطنة وغيره.

[٣] الجملة خبر لقوله: «وإثبات»، أي إثبات صحّة التمسّك بالحديث المذكور لإباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك يتوقّف على أن لا يكون مؤدّى الحديث مخالفاً لقواعد دلّت على عدم جواز التصرّف، وأمّا في الموارد التي دلّت القواعد على عدم جوازه فلا يشمله حديث السلطنة؛ لأنّه لا يكون مشرّعاً.

[٤] أي مؤدّى قاعدة «سلطنة النّاس على أموالهم».

[٥] من هنا شرع في ذكر القواعد التي تكون قاعدة السلطنة مخالفة لها.

انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثمن مالاً له ، وتوقّف [١] صحّة العتق على الملك ، وصحّة [٢] الوطئ على التحليل بصيغة خاصّة ،

القاعدة الأُولى من القواعد التي تكون قاعدة السلطنة مخالفة لها هي قاعدة توقّف دخول الثمن في ملك شخص على كون المثمن مالاً له تحقيقاً لمفهوم المعاوضة ، فإنّ قاعدة السلطنة لا تصلح لإثبات صحّة المعاملات التي تستلزم دخول الثمن في ملك مَن لم يخرج المثمن عن ملكه ، كما لو قال لشخص : اشتر لنفسك طعاماً بمالي ؛ لأنّ المستفاد من حديث السلطنة كون الشخص مسلّطاً على أمواله ، ولا يستفاد منه أنّه مسلّط على أحكامه بأن يتسلّط على جعل ما لا يصدق عليه المعاوضة معاوضة .

[١] أي مثل توقّف ...

وهذا إشارة الى القاعدة الثانية من القواعد التي يكون مؤدّى قاعدة السلطنة مخالفاً لها ، فإنّ القاعدة المذكورة لا تشمل المقام ، ولا تدلّ على صحّة عتق عبد الغير في مثل ما لو قال : « أعتق عبدك عنّي » ؛ لأنّ المفروض أنّه لا عتق إلّا في الملك في الشريعة ، فليس لصاحب العبد أن يعتق عبده عن الغير ؛ لأنّ المستفاد من الشرع أنّ العتق لا يحصل إلّا في ملك ، وليس لصاحب المال السلطنة على تغيير الأحكام بأن يجعل ما حكم الشرع بفساده صحيحاً .

[٢] وهذه إشارة إلى القاعدة الثالثة يكون مؤدّى قاعدة السلطنة مخالفة لها ، أي مثل توقّف صحّة وطئ الأمة وتحليله بصيغة خاصّة كقوله : « أحللت لك وطأها » ، فإنّ مقتضى هذه القاعدة عدم جواز وطئها بالتحليل بسبب آخر غير الصيغة الخاصّة ، فإنّ حديث السلطنة لا يشمل مثل المقام ؛ لعدم كونه محلّلاً لما هو حرام على القاعدة .

لا [١] بمجرّد الإذن في مطلق التصرّف، ولأجل ما ذكرنا [٢] صرّح المشهور، بل [٣] قيل لم يوجد خلاف في أنّه لو دفع [٤] إلى غيره مالاً وقال: «اشتر به [٥] لنفسك طعاماً» من غير قصد [٦] الإذن في اقتراض

---

[١] أي لا يحصل تحليل الوطئ بمجرّد إذن مالك الأمة في التصرّفات المطلقة في الأمة، فلا يجوز للمأذون وطؤها اعتماداً على إذن المالك؛ لعدم سلطنته على الإذن في الوطئ بعد كون التحليل مختصّاً بصيغة خاصّة، وعدم جواز تحليله بمجرّد الإذن في مطلق التصرّف؛ لما حقّق في محلّه من أنّ دليل السلطنة ناظر إلى نفوذ سلطنة المالك في التصرّفات التي ثبت جوازها في الشريعة المقدّسة مع قطع النظر عن دليل السلطنة، فلا يشمل التصرّفات التي لم يثبت جوازها.

[٢] من أنّ دليل السلطنة لا يصلح لإثبات الإباحة المطلقة حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك، كالبيع ونحوه.

[٣] كلمة «بل» للترقّي، وفي تعبيره بالمشهور إشارة إلى وجود الخلاف في المسألة، وهو قد أضرب عنه، وقال: إنّ المسألة ليست مورد خلاف، بل الكلّ متّفق عليها.

[٤] أي لو دفع شخص ـ كزيد ـ إلى غيره ـ كعمرو ـ عشرة دنانير مثلاً.

[٥] أي اشترِ بهذا المال ـ الذي دفعه إليه من دون أن يتملّكه ـ.

[٦] توضيحه: إنّ المبيح قد يدفع المال إلى المباح له، ويقصد من دفع المال أحد الأُمور الثلاثة:

الأمر الأوّل: أن يقصد الدافع أنّه بدفعه هذا يأذن الآخذ أن يأخذ المال المذكور بعنوان القرض لنفسه، فيكون مالكاً لما أخذه من المال المباح له بسبب الاقتراض، فيشتري المتاع بمال نفسه، ففي هذا الفرض لا شبهة في

المال قبل الشراء [١]، أو اقتراض [٢] الطعام،

صحّة التصرّف المتوقّف على الملك، فيكون البيع صحيحاً، ويترتّب عليه جواز تصرّف الآخذ في الطعام الذي اشتراه لنفسه بالمال الذي دفع إليه الدافع.

الأمر الثاني: أن يقصد الدافع بدفعه ماله إلى المباح له الإذن له في أن يقترض الآخذ الطعام لنفسه بعد أن اشتراه من مال الدافع، فيترتّب عليه جواز التصرّف في الطعام الذي اشتراه بمال الدافع.

الأمر الثالث: أن يقصد الدافع بدفعه ماله إلى المباح له الإذن للآخذ في أن يؤدّي دينه بمال الدافع بعد اشترائه الطعام على ذمّة نفسه، فإذا اشترى الطعام على ذمّته، ثمّ أوفى دينه بمال هو مأذون في أداء دينه بهذا المال، ففي هذا الفرض يكون بيعه صحيحاً، وتصرّفه في الطعام المشترى جائزاً.

وقد لا يقصد الدافع حين أدائه المال إلى المباح له شيئاً من هذه الأُمور الثلاثة، بل قصده مجرّد الإباحة المطلقة، فإنّهم ذكروا في هذا الفرض أنّه لا يجوز للمباح له أن يشتري الطعام لنفسه.

[١] إذ لو اقترض المال لنفسه بإذن الدافع قبل الاشتراء يكون المال المأخوذ ملكاً للآخذ فيشتري الطعام. هذا إشارة إلى الأمر الأوّل من الأُمور الثلاثة التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ لتصحيح دفع المال إلى المباح له ليشتري الطعام لنفسه.

[٢] عطف على قوله: «اقتراض المال»، أي من غير قصد الإذن في اقتراض الطعام بعد شرائه للمعطي، أي لم يقصد المعطي من دفع المال إلى غيره إذنه له أن يقترض الطعام لنفسه بعد شرائه للمعطي بأن يكون الطعام داخلاً في ملك المعطي عند الشراء، غاية الأمر أنّ الآخذ يقترض من المعطي فيكون

أو [١] استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصحّ [٢] كما صرّح [٣] به في مواضع من القواعد، وعلّله [٤]

الطعام داخلاً في ملكه بسبب الاقتراض. هذا هو الطريق الثاني لتصحيح دفع المال إلى شخص أن يشتري الطعام لنفسه.

[١] وهو أيضاً عطف على قوله: «اقتراض المال» أي من دون قصد الإذن من المعطي للآخذ وفاء الدين من مال المعطي بعد شراء الطعام على ذمّته بأن يشتري الآخذ الطعام في الذمّة، ثمّ يؤدّي دينه من المال الذي اقترضه للمالك؛ إذ لو قصد المعطي من دفعه المال إلى الآخذ أن يأذن له أن يشتري الطعام لنفسه، ثمّ يؤدّي دينه من المال المدفوع إليه لكان مالكاً للطعام بلا كلام بالبيع المذكور فيما إذا دفع مالاً إلى الآخذ، وقال: «اشترِ به لنفسك طعاماً».

وقال السيّد اليزديّ في تفسير قوله: «أو استيفاء الدين منه بعد الشراء» يعني أن يشتري الطعام في الذمّة ثمّ يؤدّي دينه من هذا المال.

وقال الشهيديّ[1]: «يعني وفاء الدين منه بعد شراء الطعام على ذمّته، فالأحسن تبديل الاستيفاء بالوفاء».

[٢] جواب لقوله: «لو دفع إلى غيره مالاً، أي لم يصحّ شراء الآخذ الطعام لنفسه من مال المعطي.

[٣] أي كما صرّح العلّامة بعدم صحّة شراء الآخذ الطعام لنفسه من مال المعطي في عدّة مواضع من القواعد، إن شئت فلاحظها.

[٤] أي علّل العلّامة عدم صحّة شراء الطعام بمال المعطي في بعض مواضع

---

(١) حاشية الشهيديّ: ١٨١.

في بعضها بأنّه [١] لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير، وهو كذلك [٢]، فإنّ [٣] مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك مَن خرج المعوض عن ملكه، وإلّا [٤] لم يكن عوضاً وبدلاً،

القواعد.

[١] الجار متعلّق بقوله: «علّله»، أي إنّما قال المشهور بعدم صحّة دفع المال لشخص لشراء الطعام لنفسه، إذا لم يقصد الآخذ أحد الأُمور الثلاثة المتقدّمة؛ لأنّه لا يتحقّق مفهوم المعاوضة عقلاً في الفرض المذكور، وهو أن يشتري متاعاً بمال الغير؛ إذ مفهوم المعاوضة عبارة عن دخول العوض في ملك مَن خرج المعوض عن ملكه، وأمّا لو خرج الثمن من ملك المعطي ودخل الطعام في ملك الآخذ هذا خلف مفهوم المعاوضة، وهذا المعنى للمعاوضة إنّما يتمّ عند بعضٍ، ولكن قد عرفت ما فيه.

[٢] أي ما ذكره العلّامة من التعليل لبطلان شراء شيء لنفسه بمال الغير صحيح.

[٣] تعليل وتوضيح لما ذكره العلّامة من صحّة التعليل، أي إنّما قلنا بأنّ التعليل ـ وهو أنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير ـ صحيح؛ لأنّه لا يتحقّق مفهوم المعاوضة في الفرض المذكور؛ إذ مفهومها دخول العوض في ملك مَن خرج المعوّض عن ملكه، والمفروض في المثال أنّ الطعام لم يدخل في ملك مَن خرج الثمن عن ملكه، بل خرج الثمن عن ملك المعطي للثمن، والطعام دخل في ملك المشتري لنفسه.

[٤] أي وإن لم يدخل العوض كالثمن في ملك مَن خرج المثمن ـ كالطعام ـ عن ملكه فلم يتّصف الثمن بأنّه عوض والطعام بأنّه معوض، فلا يتحقّق مفهوم المعاوضة فما إذا دفع مالاً أن يشتري الآخذ الطعام لنفسه.

ولما ذكرنا [١] حكم الشيخ وغيره بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة [٢] تفيد إباحة التصرّف لكن لا يجوز وطء الجارية [٣]. مع أنّ الإباحة المتحقّقة من الواهب [٤] تعمّ جميع التصرّفات [٥].

---

[١] من أنّ إباحة المبيح لا تفيد إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك.

[٢] أي الهبة المعاطاتيّة تفيد إباحة التصرّف للموهوب له في العين الموهوبة.

[٣] أي لا يجوز وطئ الجارية الموهوبة بالهبة المعاطاتيّة.

[٤] التي تكون إباحة مالكيّة.

[٥] أي حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك ـ كالوطء ـ فهو قد أباح مطلق التصرّفات بالإباحة المالكيّة حتّى وطء الجارية، ومع ذلك فلا يجوز وطؤها، فيعلم من ذلك عدم تأثير الإباحة في التصرّفات المتوقّفة على الملك؛ إذ لو كانت مؤثّرة لكان وطؤها أيضاً جائزاً.

«التحقيق»

فيما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ في تقسيم المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

وقد قسّمها ﷺ على أربعة أقسام:

القسم الأوّل: أن يقصد كلّ من المتعاطيين بالمعاطاة تمليك ماله بالآخر ـ بأن يقصد أحدهما تبديل ماله بمال الآخر الذي هو بيع حقيقة ـ ويقصد الآخر تملّك ما أعطاه البائع والذي لازمه تمليك ماله للبائع، وعليه فيتمّ الإيجاب والقبول بدفع العين الأُولى وقبضها، ويكون دفع العين الثانية خارجاً عن حقيقة المعاطاة، بل يكون ذلك وفاءً لما التزم به بإزاء ما تملّكه، وعلى هذا فلو مات القابل بعد المطاوعة وقبل دفع العوض لم تبطل المعاطاة؛ لأنّه مات بعد تحقّقها.

وأورد عليه الميرزا النائينيّ ﷺ بأنّه بناءً على ما أفاده الشيخ من أنّ الإيجاب والقبول يتحقّق بدفع العين أوّلاً من البائع وقبضها من المشتري، وخروج ما يدفعه المشتري ثانياً ويقبضه البائع عن حقيقة المعاوضة، فيلزمه أن تكون المعاملة حاصلة دائماً بدفع العين أوّلاً وقبضها، ويكون دفع المشتري خارجاً عن حقيقة المعاوضة، وعلى هذا فلا وجه لما التزم به في الأمر الثاني من أنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين؛ لأنّه لا وجه لتيقّنه من بين الأفراد؛ لأنّ المفروض أنّ العطاء الثاني لا أثر له ولا يتحقّق به إلّا عنوان الوفاء بالمعاملة.

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم ﷺ بأنّه لا تنافي بين الالتزام بأنّ الإيجاب والقبول يحصلان بالإعطاء والقبض أوّلاً، ودفع العين ثانياً خارج عن حقيقة المعاطاة، بل هو وفاء بالعقد، كما ذكره في الأمر الرابع وبين القول بأنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو ما إذا حصل التعاطي من الطرفين، فإنّ العقد وإن تمّ بالإقباض والقبض أوّلاً، إلّا أنّ المتيقّن منه قبال العقد اللّفظيّ هوما تعقّبه الإعطاء من الطرف الثاني أيضاً، كما ذكره في الأمر الثاني.

وإن شئت فقل: إنّ جهة البحث في الأمر الثاني إنّما هي متمحّضة في بيان مورد المعاطاة، وبيان ما هو المبرز الخارجيّ لما قصده المتعاطيان، وجهة البحث في الأمر الرابع إنّما هي بيان ما قصده المتعاطيان. إذن فمرجع البحث في أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث في الأمر الآخر، فلا تنافي بينهما.

ويمكن الجواب عنه: بأنّ الفرق الذي ذكره الأُستاذ الأعظم بين الأمر الثاني والثالث واضح، ولكن لا يدفع إشكال الميرزا؛ إذ المتعاطيان إذا قصد كلّ منهما تمليك ماله بمال الآخر يتحقّق البيع المعاطاتي بدفع العين الأُولى وقبضها، فإذا تمّ العقد المعاطاتي بمجرّد دفع العين وقبضها أوّلاً فلا معنى لأن يقال: لا تنافي بين

الالتزام بأنّ الإيجاب والقبول يحصلان بالإعطاء والقبض أوّلاً، وبين القول بأنّ المتيقّن من مورد المعاطاة هو ما إذا حصل التعاطي من الطرفين، بل بين الكلامين تناقض؛ إذ بعد حصول المعاطاة بالإعطاء من طرف واحد وعدم كون هذا الأمر مشكوكاً فلا معنى لأن يقال: إنّ مورد الإعطاء من الطرفين هو القدر المتيقّن من المعاطاة، فإنّ القدر المتيقّن يطلق في مقابل المشكوك.

إن قلت: إنّ تحقّق المعاطاة بالإعطاء من طرف واحد في بعض موارد المعاطاة مشكوك وإن كان في البيع المعاطاتي لا يشكّ فيه.

قلت: أوّلاً: إنّ اطلاق كلام الشيخ يشمل البيع المعاطاتي.

وثانياً: إنّ عمدة الكلام في المقام في المعاملة المعاطاتيّة، فلو صدق الإيجاب والقبول بالإعطاء والقبض في البيع المعاطاتي لصدق في سائر الموارد أيضاً بلا شبهة. هذا كلّه فيما لو قصدا تبديل مال بمال الذي هو حقيقة البيع بناءً على تعريف المصباح.

القسم الثاني: أن يقصد كلّ من المتعاطيين تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إيّاه؛ بحيث تكون المعاطاة في هذا القسم متقوّمة بالعطاء من الطرفين، ويكون المقصود منها كون التمليك بإزاء التمليك، فالمقصود من المعاطاة المبادلة بين التمليكين لا بين المملوكين.

وأورد عليه بوجوه:

الأوّل: ما ذكره الأستاذ الأعظم ﷺ من أنّه لا ريب في أنّ هذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع؛ لأنّه يعتبر في مفهوم البيع أن يكون المبيع من الأعيان، ومن الواضح أنّ التمليك من الأفعال، فلا يقع مبيعاً، وهذا القسم من المعاطاة إمّا من قبيل المصالحة

على أمر معيّن ، أو من قبيل المعاملة المستقلّة .

ولكن يمكن الجواب عنه : بأنّا قد ذكرنا سابقاً بأنّه لا دليل على اختصاص المبيع بالأعيان ، فإنّ كون التمليك من الأفعال لا يمنع من صدق البيع عليه لو كان واجداً لسائر الشرائط .

الثاني : أيضاً ما ذكره الأُستاذ الأعظم من أنّ نقل التمليك إلى غيره بإعطاء العين أو بقبول ملكيّتها أمر مستحيل ؛ لأنّه لا بدّ في نقل التمليك من إنشاء آخر يتضمّن ذلك ، كقوله : « ملّكتك تمليكي العين الفلانيّة » أو أن يشترط التمليك في ضمن عقد لازم ؛ بأن باع داره من شخص واشترط في ضمن البيع أن يُملّكه ماله الفلاني بحيث أن يكون متعلّق الشرط نفس التمليك دون المملوك .

ومحصّل الكلام : أنّ التمليك العقديّ فعل من أفعال العاقد ، وهو وإن كان قابلاً للتمليك إلّا أنّه غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل « ملّكت » هذا المال ، أو بإعطاء المال .

وفيه : أنّه لو كان التمليك بإزاء التمليك أمراً قابلاً ثبوتاً ، وقصد المتعاطيان من الإعطاء والأخذ ذلك فيكونان مبرزين عن التمليك المذكور بعد علم الطرفين من القرينة الحاليّة أو المقاليّة أنّهما في هذا المقام .

الثالث : أنّ وقوع المبادلة بين التمليكين لا يعقل له معنى محصّل ؛ إذ حقيقة البيع عبارة عن اعدام إضافة مالكيّة عن كلّ من العوضين ، وإيجاد إضافة مالكيّة أُخرى في كلّ منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة أُخرى لكي يحتاج ذلك إلى وجود سلطنة ثالثة ، وهكذا حتّى يلزم منه التسلسل ، وهذا بخلاف مقابلة التمليك بالتمليك ، فإنّها تحتاج إلى وقوع المقابلة بين السلطنتين ، وهو يحتاج إلى

سلطنة أُخرى ، وهكذا إلى غير النهاية . إذن فمقابلة التمليك بالتمليك بعيد عن حدود البيع .

والجواب عنه : أنّ التمليك فعل من الأفعال وهو تحت اختيار الفاعل ، فيجوز أن يعتبر تمليكه بإزاء تمليك الآخر للمال ، ويشمله أدلّة الوفاء بالعقد إذا صدق عليه عنوان البيع ؛ إذ السبب لعدم صدق البيع عليه أحد الأمرين ، إمّا عدم كونه مالاً ، وإمّا عدم كونه عيناً ، وكلاهما مردودان ، أمّا عدم كونه مالاً فلا يضرّ بصدق البيع .

أضف إليه : يمكن أن يكون مالاً ، وأمّا عدم كونه عيناً فلما عرفت منّا عدم اعتبار كون المبيع عيناً في صدق البيع .

إلى هنا تحصّل : أنّ ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من استبعاد صدق البيع على هذه المعاملة لاختصاص المعوّض بالعين في البيع غير تامّ .

الرابع : ما ذكره المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1] ما ملخّصه : من أنّ المقابلة بين التمليكين فيها غموض وخفاء ؛ لأنّ التمليك بالإعطاء بما أنّه ملحوظ آلة لإنشاء التمليك يلاحظ آليّاً ، وبما أنّه ملحوظ معوّضاً يلاحظ استقلاليّاً ، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين في ملحوظ واحد ، وهذا الإشكال دقيق ولا يردّ بما أُجيب عنه .

إلّا أن يقال : إنّ المتعاطيين يكونان غافلين من هذه الجهة ، فإنّهما يلاحظان نفس التلمليك من لحاظ أنّه يكون معنوناً بعنوان المعوضيّة ، ولم يقم دليل على اعتبار قصد المعوضيّة في البيع ، فإنّه ينتزع بمجرّد وقوع الثمن في مقابله .

القسم الثالث : أن يقصد الباذل أوّلاً إباحة ماله للآخذ بإزاء إباحة الآخر ماله إيّاه ، فتقع المبادلة بين الإباحة والتمليك .

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ١٧٨ .

الرابع : أن يقصد كلّ من المتعاطيين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إيّاه ، فتقع المقابلة بين الإباحتين ، أو تكون الإباحة الأُولى بداعي الإباحة الثانية .

وقد ناقش شيخنا الأنصاريّ ﷺ في هذين القسمين أي الثالث ـ وهو الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركّب من إباحة وتمليك ـ والرابع ـ وهو الإباحة بإزاء الإباحة أو بداعي الإباحة ـ من ناحيتين . أمّا المناقشة الأُولى فحاصلها : أنّ الإباحة من حيث هي إباحة لا تسوّغ التصرّفات المتوقّفة على الملك إلّا على نحو التشريع ، فإنّ إذنه لا ينفذ إلّا في التصرّفات المشروعة مع قطع النظر عن إذن المالك ؛ لأنّ إذن المالك ليس مشرّعاً ، وعليه فلا يجوز للمالك أن يأذن لغيره في بيع ماله لنفسه ؛ لأنّه لا بيع إلّا في ملك .

أضف إليه : أنّه يستحيل عقلاً صدق مفهوم البيع على بيع مال الغير لنفسه ؛ لأنّ مفهوم البيع مبادلة مال بمال ، ومن الواضح أنّه لا يتحقّق هذا المفهوم إلّا برفع الإضافة المالكيّة عن أحد العوضين ، ووضعها على العوض الآخر ، وعليه فإذا لم يدخل الثمن في ملك مَن خرج المثمن عن ملكه كان ذلك خارجاً عن مفهوم البيع .

ثمّ ذكر بقوله : نعم ، لا بأس بالإذن في التصرّفات المتوقّفة على الملك بوجوه شتّى :

الوجه الأوّل : أن يكون غرض المبيح من قوله : « أبحت لك مالي أن تبيع مالي لنفسك » أحد اُمور ثلاثة :

إمّا توكيل المباح له في نقل مال المبيح إلى نفسه ، ثمّ بيع ذلك المال لنفسه .

وإمّا أن يوكّل المباح في بيع ماله ، ثمّ نقل ثمنه إلى نفسه .

وإمّا أن يقصد تمليك ماله للمباح له بحيث تكون الإباحة بمنزلة إنشاء الهبة ،

ويكون بيع المباح له بمنزلة القبول.

وأجاب عنه: بأنّ ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه الثلاثة.

الوجه الثاني: أنّ يدلّ دليل خاصّ على كون مال المبيح ملكاً للمباح له بمجرّد الإباحة، وعليه فالبيع الواقع من المباح له قد وقع في ملكه، أو يدلّ دليل خاصّ على صيرورة الثمن ملكاً للمباح له، فيستكشف من هذا الدليل دخول الثمن في ملك المبيح آناً مّا، ثمّ انتقاله من ملك المبيح إلى ملك المباح له.

وأجاب عنه: بأنّه لا دليل على صحّة هذه الإباحة العامّة.

الوجه الثالث: ما أشار إليه في آخر كلامه، وهو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع الواهب عن هبته لكي يقع البيع في ملك الواهب، فكما أنّ بيع الواهب يقتضي دخول العين الموهوبة في ملكه، كذلك أنّ تصرّف المباح له تصرّفاً يتوقّف على الملك يقتضي دخول المال المباح في ملكه.

وأجاب عنه: بأنّ هذا الوجه أيضاً غريب عمّا نحن فيه؛ إذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرّف لكي تكشف صحّته عن الملكيّة آناً مّا ملكيّة تحقيقيّة قبل تحقّق ذلك التصرّف، انتهى ملخّص كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

ولا يخفى أنّ عمدة المانع في كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ من إباحة جميع التصرّفات حتّى البيع، أمران:

أحدهما: عقليّ، وهو اقتضاء المعاوضة دخول كلّ من المبيع والثمن في ملك الآخر، والإباحة بإزاء التمليك، أو الإباحة بإزاء الإباحة تنافي ما هو مأخوذ في حقيقة البيع.

وإن شئت فقل: إنّ بيع المباح له مال المبيح لنفسه غير معقول بعد خروج المثمن

من ملك المبيع ، ودخول الثمن في ملك المباح له ، ويكون منافياً لحقيقة المبادلة والمعاوضة المأخوذتين في حقيقة البيع .

وثانيهما: شرعيّ ، وهو ما دلّ على إناطة البيع والعتق بالملك ، كقوله : « لا بيع إلّا في ملك ، ولا عتق إلّا في ملك » ، ولذا قال ﷺ في أواخر كلامه : إنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل .

أقول: إنّ البحث في إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك يقع تارة في وجود المقتضي لها ، وأُخرى في وجود المانع منها .

أمّا وجود المقتضي فلا كلام فيه ، وذلك لشمول إطلاقات أدلّة البيع للبيع الواقع بإذن المالك ، بل شاملة للبيع الواقع بغير إذنه ، ولذا سنحكم بصحّة العقد الفضوليّ الذي لحقته إجازة المالك .

وأمّا المانع ، فقد ذكر شيخنا الأنصاريّ ﷺ مانعين :

أحدهما : عقليّ ، والآخر : شرعيّ . أمّا المانع العقليّ فقرّبه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بتقريب ، وقرّبه الأُستاذ الأعظم بتقريب آخر . أمّا شيخنا الأنصاريّ ﷺ فقد أخذ عنوان المبادلة والمعاوضة في مفهوم البيع ، فإنّه عبارة عن المعاوضة بين شيئين على مبناه ، والمعاوضة تقتضي عقلاً دخول كلّ من المبيع والثمن في ملك مالك الآخر .

بتقريب : أنّ المعاوضة والمبادلة ليستا من الأُمور المستقلّة بذواتها ، بل هي من المعاني النسبيّة التعليقيّة ، فلا بدّ من أن يكون العوضيّة والبدليّة في شيء ، فإذا كانت المعاوضة في الملكيّة فلا بدّ من قيام المبيع مقام الثمن في إضافة الملكيّة لصاحبها وقيام الثمن مقامه في إضافة الملكيّة لصاحبها ، ومقتضاه انتقال المبيع من مالكه إلى

مالك الثمن ، وانتقال الثمن من مالكه إلى مالك المبيع ، وإذا كان حقيقة المعاوضة متقوّمة بذلك ، فالإذن في بيع مال الغير لنفسه في أمر غير معقول . هذا مبنيّ على أن تكون حقيقة البيع هو التبديل بين شيئين في الإضافة الملكيّة .

وأورد عليه المحقّق الأصفهانيّ ﷺ بوجهين :

الوجه الأوّل : أنّ المعاوضة الحقيقيّة لا تقتضي أزيد من كون كلّ منهما مملوكاً بالمعاوضة بينهما ، لا كون كلّ منهما قائماً مقام الآخر فيما كان له من الإضافة .

الوجه الثاني : أنّ المعاوضة بعنوانها لم يترتّب عليه أثر شرعاً حتّى تكون مداراً في مثل المسألة ، بل الأثر مترتّب على البيع ، فلابدّ من صدق البيع . وحقيقته كما قدّمنا تمليك عين في قبال شيء في مقابل التمليك المجّاني . و« الباء » في بعت كذا بكذا ـ كما في الأصل ـ للمقابلة لا للبدليّة ، مع أنّ مقتضاها كون المبيع ذا بدل لا كونه بدلاً أيضاً ، فيصحّ الإذن في الاشتراء بماله لنفسه ، والشاهد على عدم تقوّم حقيقة البيع بدخول الثمن في ملك مالك المثمن بيع الكلّي ، فإنّه ليس فيه إلّا التعهّد بمال في ذمّته للمشتري بعوض ، فالمال بعين هذا التعهّد المعاوضيّ يصير ملكاً للمشتري من دون سبق ملك للبائع ، غاية الأمر أنّ للإنسان من حيث السلطنة على نفسه السلطنة على تمليك كلّيّ في ذمّته بتعهّده إيّاه . والنتيجة أنّ المانع العقليّ الذي ذكره الشيخ لتحقّق البيع في مورد إباحة التصرّفات المتوقّفة على البيع غير تامّ .

إلّا أنّ المانع العقلي الذي ذكره الأُستاذ الأعظم يجري في تحقّق البيع فيما إذا باع مال الغير لنفسه .

بدعوى : أنّ حقيقة البيع تبديل عين بعوض في جهة الإضافة ، ومقتضى ذلك هو انتقال المثمن من ملك مالكه إلى ملك مالك الثمن وبالعكس ، بأن يفكّ البائع إضافته

القائمة بالمتاع ويجعلها قائمة بالثمن، ويفكّ المشتري إضافته القائمة بالثمن ويجعلها قائمة بالمتاع. إذن فيستحيل أن ترجع نتيجة البيع إلى غير المالك.

ثمّ قال: ومن هنا اتّضح أنّ قول القائل: «بع مالي لنفسك» إن رجع إلى ما ذكره المصنّف من الوجوه الثلاثة فلا بأس، وإلّا فلا مناص عن الحكم بكونه من الأغلاط.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الخلاف بين كلام المحقّق الأصفهانيّ ﷺ والأستاذ الأعظم في حقيقة البيع، وأنّها هل مقتضاها دخول الثمن في ملك مَن خرج عنه المثمن وبالعكس، أم ليس كذلك؟ قال الأستاذ الأعظم: أنّ مقتضاها ذلك.

وقال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1]: إنّ مقتضاها ليس كذلك، حيث قال: إنّ المعاوضة بعنوانها لم يترتّب عليها أثر شرعيّ، بل الأمر مترتّب على البيع، فلابدّ من صدقه.

ثمّ قال: إنّ حقيقة البيع تمليك في مقابل شيء على تقدير كون «الباء» في قوله: «بعت كذا بكذا» للمقابلة في مقابل التمليك المجّانيّ، أوكون تمليك عين بدلاً عن شيء فغاية ما يقتضيه أنّه يعتبر في المبيع أن يكون المبيع ذا بدل لا لكونه بدلاً أيضاً.

ولكنّ الإنصاف أنّ إثبات ما ذكره الأستاذ الأعظم أمر مشكل؛ إذ هو فسّر البيع بتبديل عين بعوض في جهة الإضافة بأن يفكّ البائع إضافته القائمة بالمتاع، ويجعلها قائمة بالثمن، ويفكّ المشتري إضافته القائمة بالثمن ويجعلها قائمة بالمتاع. وهذا معناه دخول العوض في ملك مَن خرج المعوّض عن ملكه.

ويمكن أن يورد عليه نقضاً وحلّاً:

أمّا النقض: فبيع الكلّيّ، فإنّ البائع في هذا البيع يتعهّد بمال في ذمّته للمشتري

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٨٣.

بعوض ، فالمال بعين هذا التعهّد المعاوضيّ يصير ملكاً للمشتري من دون سبق ملك للبائع ، فيصدق البيع الكلّيّ من دون توقّفه على دخول الثمن في ملك البائع للكلّيّ .

وحلّاً: إنّ فكّ الإضافة القائمة بالمتاع وجعلها قائمة بالثمن وعكسه لا يقتضي إلّا أنّ الإضافة في مقابل الإضافة في مقابل المجّانيّة ، ولا يقتضي دخول الثمن فيما خرج عنه المثمن ، وعكسه . هذا تمام الكلام في المانع العقليّ .

أمّا المانع الشرعيّ ، فتارة تمسّك بالإجماع القائم على بطلان العتاق الصادر من غير المالك ، سواء كان ذلك بإذن المالك أم كان فضوليّاً .

وأُخرى بالروايات الدالّة على أنّه « **لا بيع إلّا في ملك** » ، فإنّها دلّت على أنّ البيع من المباح له يكون باطلاً .

أقول: أمّا الإجماع المدّعى في المقام فعلى تقدير تماميّته فهو مدركيّ ؛ لكون مدركه الروايات الناهية عن البيع في غير ملك ، ولا أقلّ من احتماله .

وأمّا الروايات ، فإنّ المستفاد منها أنّ البيع والعتق لا بدّ أن يكون أمرهما بيد من يملك أمرهما ولو مع إذن المالك . إذن فبيع مال الغير بإذنه لا يندرج تحت قوله : « لا تبع ما ليس عندك » .

وزبدة الكلام في المقام : أنّ البحث في إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك تارة يقع في المقتضى ، وأُخرى في المانع .

أمّا المقتضى فلا كلام فيه لشمول أدلّة صحّة البيع الواقع بإذن المالك ، كما أنّها تشمل البيع الواقع بغير إذنه ، ولذا نحكم بصحّة العقود الفضوليّة التي لحقتها إجازة المالك .

وأمّا المانع ، فما يمكن أن يصلح للمانعيّة أمران : مانع عقليّ ، ومانع شرعيّ .

أمّا المانع العقليّ فهو ما أفاده المصنّف ، واختاره الأُستاذ الأعظم[١] بأنّه قد أخذ المبادلة والمعاوضة في مفهوم البيع ، وهذا لا يتحقّق إلّا بدخول العوض في ملك مَن خرج المعوّض عن ملكه . هذا على مبنى المصنّف في تعريف البيع ، وأمّا على مبنى الأُستاذ فحقيقة البيع تبديل عين بعوض في جهة الإضافة ، ومقتضى ذلك هو انتقال المثمن من ملك مالكه إلى ملك مالك الثمن ، وبالعكس ، بأن يفكّ البائع إضافته القائمة بالمتاع ويجعلها قائمة بالثمن ، ويفكّ المشتري إضافته القائمة بالثمن ويجعلها قائمة بالمتاع ، فإذا كانت حقيقة البيع متقوّمة بذلك ، فيستحيل أن ترجع نتيجة البيع إلى غير المالك وإن كان البيع بإذن المالك .

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المانع العقليّ .

ولكن يمكن الجواب عنه : أنّ عنواني المعاوضة والمبادلة لم يؤخذا موضعين في دليل شرعيّ كي نحتاج إلى البحث عنهما . وتحقيق حقيقتهما بأنّهما متقوّمان بقيام المبيع مقام الثمن أم لا ، فإنّ المأخوذ في موضوع الدليل عنوان البيع ، فلا بدّ من صدقه ، وقد تقدّم أنّه تبديل عين بعوض في جهة الإضافة ، وهذا المعنى يصدق بلاحاجة إلى تحقّق عنوان المبادلة ، فإنّ غاية ما يمكن في المقام أنّ البيع لا بدّ أن يكون ذا بدل ، وأمّا كونه بدلاً أيضاً فلا دليل على اعتباره .

وثانياً : لو سلّمنا أنّ المعاوضة مأخوذة في مفهوم البيع ، لكن نقول : إنّ مقتضاها كون أحدهما معوضاً والآخر عوضاً . وأمّا كون كلّ منهما قائماً مقام الآخر فلا يستفاد منها .

وأمّا المانع الشرعيّ فهو ما دلّ على توقّف البيع والوطئ والعتق بالملك ، كقوله :

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ١٨٣ .

« لا بيع إلّا ملك ، ولا وطئ إلّا في ملك ، ولا عتق إلّا في ملك » .

والجواب عنه : أنّه لا يصلح أن يكون مانعاً من صحّة بيع مال الغير ؛ إذ كونه مانعاً يتوقّف على أن يكون المراد من قوله : « لا بيع إلّا في الملك » كون المبيع مملوكاً للبائع ، وليس كذلك ، ولذا نقول بجواز بيع الكلّيّ مع أنّه ليس مملوكاً فعلاً للبائع ، وصحّة بيع الفضوليّ ، بل المراد من الملك في الرواية إمّا ملك التصرّف بمعنى أنّ أمر البيع لا بدّ أن يكون بيد مَن صدر عنه البيع ، وإمّا اعتبار الملك الفعليّ في صحّة البيع بأن لا يصحّ بيع مالكه بعد ذلك أو اعتبار الانتساب إلى المالك في نفوذ البيع ، فلا دليل عليه .

فظهر ممّا ذكرنا : أنّ الإذن في بيع مال الغير لنفسه أمر معقول ويصدق عليه البيع عرفاً ، فتشمله الأدلّة ، ولا ينافيه قوله : « لا تبع ما ليس عندك » ، كما سيجيئ تحقيقه في محلّه .

والكلام المذكور بعينه جارٍ في سائر فقرات الرواية ، ولا يشترط في تحقّق البيع أن يدخل الثمن فيما خرج عنه المثمن ، فإنّ تملّك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره معقول ، خلافاً للمصنّف قدس سره .

وعرفت أيضاً [١] أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوّز [٢] إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس [٣] والزكاة وثمن الهدي ولا وطء الجارية [٤]، مع أنّ [٥] مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة. ودعوى [٦] أنّ الملك التقديريّ

---

[١] أي كما حكم الشيخ وغيره بأنّه لا يجوز وطء الجارية عند إباحة الواهب جميع التصرّفات فيها، كذلك حكم الشهيد بعدم جواز إخراج المال المأخوذ بسبب العقد المعاطاتيّ في الخمس...، فيما إذا أباح المعطي المال المأخوذ بالمعاطاة جميع التصرّفات فيه. **بدعوى**: أنّ إباحة جميع التصرّفات لا تستلزم إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك؛ لأنّ إباحة المالك تكون نافذة في حدود الموارد التي ثبتت مشروعيّة التصرّف فيها في الشريعة، ولا تكون هي مشرّعة كي يترتّب عليها التصرّفات المتوقّفة على الملك.

[٢] فعل مضارع من باب التفعيل.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «إخراج».

[٤] إنّما لا يجوز هذه التصرّفات في المأخوذ بالمعاطاة؛ لأنّها متوقّفة على الملك، والمعاطاة لا تفيد الملك على الفرض، ولم يقصد المتعاطيان التمليك بها، وإنّما قصدا مجرّد الإباحة منها، فلا يترتّب عليها الآثار المختصّة بالملك، كجواز الإخراج في الخمس والزكاة ونحوهما.

[٥] أي لم يجوّز الشهيد إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس...، مع أنّ المتعاطيين قصدا في المعاطاة الإباحة المطلقة حتّى إباحة الإخراج في الخمس والزكاة؛ لأنّ مجرّد قصد الإباحة من المالك لا يكون مجوّزاً للتصرّفات المتوقّفة على الملك.

[٦] وهذه الدعوى جواب عمّا يقال: بأنّه لا يمكن الالتزام بالملك التقديريّ في موارد الإباحة المطلقة بأن يلتزم بتقدير الملك في موارد إباحة التصرّف

هنا [١] أيضاً [٢] لا يتوقّف على دلالة دليل خاصّ، بل يكفي [٣] الدلالة بمجرّد الجمع بين عموم «النّاس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على جواز

المتوقّفة على الملك، وذلك لعدم قيام دليل على الملك التقديري، والالتزام به يكون الالتزام بشيء بدون الدليل.

وملخّص هذه الدعوى: أنّ الالتزام بالملك التقديريّ هنا أيضاً لا يتوقّف على قيام دليل خاصّ عليه، بل الملك التقديريّ هنا أيضاً كباب عتق العمودين، وباب «اعتق عبدك عنّي» لا يتوقّف على دليل خاصّ يدلّ على الملك التقديري، بل يكفي لإثبات الملك التقديريّ الجمع بين الدليلين، وهو قوله: «النّاس مسلّطون على أموالهم» الذي هو دليل على الإباحة المطلقة، وأدلّة توقّف العتق والبيع ونحوهما على الملك.

قال الشهيديّ: «هذه الدعوى مع ما دفعها به قد علمت من قوله في السابق: وإثبات صحّته بعموم مثل: (النّاس مسلّطون على أموالهم) يتوقّف...» جواباً عن سؤال مقدّر، وهو أنّه لا حاجة إلى قيام الدليل الخاصّ على صحّة الإباحة المذكورة، بل يكفي عموم قاعدة السلطنة، فلا وجه لذكره ثانياً.

[١] أي في موارد الإباحة المطلقة.

[٢] أي كما في مورد: «أعتق عبدك عنّي» وشراء العمودين، فلا يكون الالتزام بدخول العبد في ملك الآمر في المثال الأوّل، ودخول العمودين في ملك الولد ثمّ عتقه بحاجة إلى دليل خاصّ، بل يكفي لإثباته كونه مقتضى الجمع بين الأدلّة، كذلك في المقام يكفي كونه مقتضى الجمع بين الدليلين.

[٣] أي يكفي لإثبات الملك التقديريّ مجرّد الجمع بين الدليلين المذكورين في المتن.

هذه الإباحة المطلقة وبين أدلّة توقّف مثل العتق والبيع على الملك

« التحقيق »

يقع الكلام في تحقيق ما نقله الشيخ عن الشهيد بقوله : « وعرفت أيضاً أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوّز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثمن الهدي » .

أقول : ينبغي أن يبحث فيما ذكره الشهيد من جهتين :

الجهة الأُولى : فيما ذكره من عدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة ، فيقع الكلام في هذه الجهة من ناحيتين :

الناحية الأُولى : هل يجوز لأحد أن يعطي الخمس أو الزكاة المتعلّقين بذمّة غيره بناءً على تعلّقهما بالذمّة ، أو ماله بناءً على تعلّقهما بالعين ، فتكون ذمّة زيد ـ مثلاً ـ مبرأة بأداء عمرو الخمس أو الزكاة المتعلّقين بذمّته أم لا يجوز ، فلا تكون ذمّته مبرأة إلّا بأداء نفس زيد ؟ الظاهر هو عدم الجواز .

أمّا على القول بتعلّق الخمس والزكاة بالذمّة فلما حقّق في الأُصول من أنّ إطلاق الأمر يقتضي ثبوت المكلّف به في ذمّة نفس المكلّف ووجوب امتثاله عليه مباشرة ، وعدم سقوطه عن ذمّته بامتثال غيره إلّا بدليل خاصّ ، وهو مفقود في المقام .

إن قلت : إنّ الخمس والزكاة من الديون ، وقام الدليل على جواز أداء الدين الثابت في ذمّة شخص آخر ، بل على استحبابه .

قلت : إنّ ما ذكرته تامّ في الدين المحض ، ولكن لا يجري في مثل الخمس والزكاة اللّذين يكون أداؤهما عملاً عباديّاً يعتبر فيهما قصد القربة ، ولا يشمل الدليل الدالّ على جواز أداء الدين الثابت في ذمّة شخص آخر مثل المقام الذي يعتبر فيه قصد القربة ، ومقتضى إطلاق صيغة « افعل » عدم سقوطه بأداء غيره ، وهذا معنى

قولهم: إنّ إطلاق الصيغة يقتضي المباشرة. هذا ما استفدناه من كلمات الأُستاذ الأعظم.

وأورد عليه بعض تلامذته: بأنّه على القول بأنّ الخمس والزكاة يتعلّقان بالذمّة يكون سبيلهما سبيل سائر الديون، فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير مع إذنه كذلك يجوز الخمس والزكاة من مال الغير مع إذنه، وكون الخمس والزكاة من العبادات لا ينافي ذلك.

وأيضاً قال بعض الشرّاح من تلامذته: بأنّه قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ توقّف جواز إخراج مال، خمساً أو زكاة، على الملك ليس في محلّه؛ لأنّهما بعد صيرورتهما ديناً على مَن عليه الخمس والزكاة يجوز التبرّع بأدائهما من مال الغير بلا إشكال؛ لما دلّ على جواز التبرّع بأداء دين الغير، فلا مانع حينئذٍ من قصد القربة.

ثمّ قال: فما في تقرير سيّدنا الخوئيّ ﷺ من الإشكال في قصد القربة لا يخلو من غموض.

أقول: إنّهما أخذا الإشكال من المحقّق النائينيّ ﷺ[1]، حيث قال: «وأمّا الخمس والزكاة فلو قيل بتعلّقهما بالذمّة فيجوز إخراجهما من مال غير مَن تعلّقا بذمّته، كسائر الديون التي يجوز أداؤها من مال المديون».

ولكن يمكن الجواب عنه: بأنّ مقتضى القاعدة الأوّليّة عدم سقوط ما في ذمّة المكلّف إلّا بامتثال نفسه، وعدم سقوطه بامتثال غيره إيّاه إلّا بدليل خاصّ، والدليل إنّما قام على جواز أداء دين الغير تبرّعاً، وإنّما الكلام في شمول هذا الدليل الوارد في مورد الواجب التوصّليّ للواجب التعبّديّ الذي يعتبر فيه قصد القربة، ومع الشكّ

(١) منية الطالب: ١: ١٧٩.

في شموله له لا يمكن الجزم بسقوط ما في ذمّته بامتثال غيره، فتأمّل.

هذا كلّه على القول بتعلّق الخمس والزكاة بالذمّة، وأمّا على القول بتعلّقهما بالعين فلا شبهة في عدم جواز إعطائهما من مال الغير؛ لأنّ المفروض أنّ الخمس أو الزكاة تعلّق بالعين بنحو الإشاعة أو بنحو الكلّيّ في المعيّن أو بنحو الشركة في الماليّة، كما ذكر تفصيله في باب الخمس، فمع كون المال مشتركاً بين المالك وغيره فلا يجوز أداء سهم الشريك من العين الآخر إلّا برضاه، فلا موجب لجواز الأداء من غير المال المشترك بين المالك وغيره. هذا كلّه في الناحية الأُولى.

الناحية الثانية: وقع الكلام في أنّه هل يجوز لمَن تعلّق الخمس أو الزكاة بماله أو بذمّته أن يؤدّيهما من مال غيره مع إذنه أم لا؟ الظاهر عدم الجواز بناءً على تعلّق الخمس أو الزكاة بالعين؛ لما عرفت من أنّ المال المشترك يقسّم بينهما ولا يجوز تبديل مال الشريك بمال آخر إلّا مع إذنه ورضاه.

قال الأُستاذ الأعظم: نعم يجوز له تبديلهما بغيره من ماله فقط لدليل خاصّ، ولكنّ كلامه على إطلاقه محلّ تأمّل. والذي قام عليه الدليل تبديل العين بالنقود بأن يبدّل العين المشتركة بينهما بالنقود، وأمّا تبديلها بغيرها من ماله مطلقاً فلا دليل عليه. وأمّا بناءً على تعلّقها بالذمّة فلا شبهة في إبراء ذمّته من مال شخص آخر مع إذنه فيه، لا من ناحية قصد القربة في ذلك، ولا من ناحية تعلّقهما بالعين.

أمّا من ناحية قصد القربة فلأنّ المكلّف بأداء الخمس يتمكّن أن يضيف أداءه هذا إلى المولى؛ لأنّه عمل في حدّ نفسه يصلح للقربيّة وهو يضيفه إلى المولى.

إن قلت: إنّ صلاحيّته للقربيّة أوّل الكلام.

قلت: والذي لا يصلح للقربيّة هو العمل المرجوح، والمفروض أنّ أداء دينه من مال الغير مع إذنه ليس مرجوحاً، فيصلح أن يكون مقرّباً.

وأمّا من ناحية تعلّقهما بالعين ، فلأنّ لصاحب الذمّة أن يطبّق ما في ذمّته على أيّ فرد يريد . هذا تمام الكلام في الجهة الأُولى .

الجهة الثانية : في جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ثمن الهدي .

قال الأُستاذ الأعظم على ما في مصباح الفقاهة : انّ الهدي قد يشترى بالثمن الكلّيّ ، ثمّ يعطى ذلك من مال المبيح ، ولا شبهة في صحّة هديه ؛ إذ المفروض أنّه صار مالكاً للهدي بشرائه له ، وإنّما اشتغلت ذمّته بأداء ثمنه ، ولا مانع من أداء دينه من مال شخص آخر مع إذنه في ذلك ، وقد يشترى بالثمن الشخصيّ وهو مال المبيح ، فلا شبهة في صحّة هديه أيضاً ؛ إذ لم يدلّنا دليل على اعتبار كون الهدي ملكاً لمَن يجب عليه[1] ، بل لا يبعد استفادة عدمه ممّا ورد في بذل الحجّ ، لكن يمكن أن يقال : إنّ كفاية البذل أمر خلاف القاعدة يقتصر فيه على مورد النصّ .

وقال الميرزا النائينيّ ﷺ : أمّا ثمن الهدي فلا مانع من إعطائه من مال الغير بإذن مالكه ؛ لأنّ نفس السَّوق لا بدّ أن يقع قربيّاً لا ثمن المسوق .

ولكن ذكر الأُستاذ الأعظم في تقريره الآخر ـ أعني به المحاضرات ـ أنّه لا يتصوّر معنى معقولاً لإخراج ثمن الهدي من مال الغير ، وأنّ مَن وجب عليه الهدي إمّا أن يشتري الهدي بذمّته ، ثمّ يؤدّيها ممّا أُبيح له ، وعليه يكون الثمن مال نفسه واشترى الهدي بمال نفسه ، وإن اشترى الهدي بشخص مال الغير ، وعليه إن قصد الشراء للمالك ، فالهدي بنفسه يكون للمبيح ... إلى أن قال : وإن قصد الشراء لنفسه فهو داخل فيما هو معلوم من شراء أحد بمال الغير لنفسه شيئاً ، ولا معنى لإخراج ملك الغير في ثمن الهدي .

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ١٨٧ .

نظير[١] الجمع بين الأدلّة[٢] في الملك التقديريّ، مدفوعة[٣] بأنّ

---

[١] أي يكون الجمع بين الدليلين نظير الجمع بين الأدلّة الثلاثة في مسألة العتق بين العمودين، فكما أنّ نفس الجمع بين الأدلّة يقتضي بالدلالة الاقتضائيّة الالتزام بالملك التقديريّ هنا، كذلك الجمع بين الدليلين يقتضي الالتزام بالملك التقديريّ في موارد الإباحة المطلقة.

[٢] وهي ما دلّت على أنّ الإنسان لا يملك العمودين، وما دلّت على صحّة شراء العمودين، وما دلّت على أنّه لا عتق إلّا في الملك، فكما أنّ مقتضى الجمع بين هذه الأدلّة لزوم الالتزام بالملكيّة التقديريّة، كذلك مقتضى الجمع بين الدليلين في المقام ـ وهو مورد الإباحة المطلقة ـ لزوم الالتزام بالملكيّة التقديريّة، أي كما قلنا بالملك التقديري في مسألة عتق العمودين في مقام الجمع بين صحّة شراء العمودين، ودليل الإنسان لا يملك عموديه، ودليل لا عتق إلّا في ملك، كذلك نقول: بالملك التقديري في باب الإباحة المطلقة بمقتضى الجمع بين الأدلّة.

[٣] خبر لقوله: «ودعوى».

وملخّص الدفع هو: أنّه لا يقاس المقام الذي هو مسألة الإباحة المطلقة، حتّى إباحة بيعه وعتقه على مسألة عتق العمودين، وعلى مسألة عتق عبده عن قبل الآمر. **بدعوى**: أنّ مقتضى الجمع بين الأدلّة في كلا الموردين يقتضي الالتزام بالملك التقديري؛ لوجود فرق بين المقامين؛ إذ الالتزام بالملك التقديريّ في مسألة عتق العمودين ونحوه إنّما يكون لدفع التعارض الموجود بين الأدلّة الثلاثة والجمع بينهما، فإنّ الجمع المذكور بينها بالدلالة الاقتضائيّة دلّ على لزوم الالتزام بالملك التقديريّ، وهذا بخلاف المقام الذي هو باب الإباحة المطلقة، فإنّه لا تعارض بين دليلي السلطنة،

«عموم النّاس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم [١]، لا على [٢] أحكامهم.

كما سيأتي وجهه وبين دليل الإباحة كي يحتاج إلى الجمع بينهما الذي يقتضي الالتزام بالملك التقديريّ؛ لأنّ التعارض بينهما موقوف على أن يدلّ دليل السلطنة على إباحة التصرّفات المطلقة حتّى المتوقّفة على الملك حتّى البيع والعتق والوطء كي يتحقّق التعارض بينه وبين ما دلّ على أنّه لا بيع ولا عتق ولا وطء إلّا في الملك كي يحتاج إلى الجمع بينهما بالالتزام بالملك التقديريّ.

[١] أي لكلّ شخص سلطنة مطلقة على ماله بأن يتصرّف فيه بالتصرّفات التي ثبت جوازها، وليس هو محجوراً عن التصرّفات التي أباحها الشارع للمالك في ماله.

[٢] أي لا يدلّ الحديث المذكور على تسلّط الناس على أحكامهم بأن يتمكّن أن يجعل ما ليس مباح في الشريعة أو ما هو مشكوك الإباحة مباحاً.

وإن شئت فقل: إنّ دليل السلطنة ليس مشرّعاً كي يدلّ على سلطنة المالك أن يبيح البيع للمباح له بحيث يخصّص ما دلّ على أنّه «لا بيع إلّا في ملك»، فإذا لم يكن مشرّعاً فلا يحصل التعارض بينه وبين الأدلّة الدالّة على توقّف البيع والعتق والوطء على الملك؛ إذ دليل السلطنة يدلّ على سلطنة الناس في أموالهم، وأنّهم ليسوا محجورين عن التصرّفات المباحة شرعاً، ولا منافاة بينه وبين ما دلّ على أنّه لا يجوز أن يبيع الإنسان مال غيره، وأنّه ليس مسلّطاً شرعاً كي يحتاج إلى الجمع بينهما.

فمقتضاه [١] إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرّف جائز شرعاً، فالإباحة [٢] وإن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلّا ما [٣] هو جائز بذاته في الشريعة [٤]،

---

[١] أي مقتضى عموم دليل السلطنة أنّ الشارع أباح للمالك كلّ تصرّف جائز في حدّ نفسه، وليس هو محجوراً عن التصرّفات المباحة للمالك شرعاً.

وأمّا التصرّفات التي لم يثبت جوازها شرعاً، كالوطء بدون الملك مثلاً، فلا يمكن تجويزه بدليل السلطنة، كما عرفت من أنّه ليس بمشرّع.

وبعبارة واضحة: إنّ عموم دليل السلطنة إنّما يدلّ على ثبوت السلطنة للمالك بإيجاد المسبّبات بأسبابها الشرعيّة، ولا تدلّ على إثبات السلطنة على نفس الأسباب وليست الإباحة سبباً لحلّ التصرّف الموقوف على الملك، فمثل هذه التصرّفات ـ التي هي راجعة إلى مرحلة الأسباب ـ خارجة عن عموم دليل السلطنة بالتخصّص.

[٢] أي الإباحة الثابتة بقول المالك: «أبحت لك جميع التصرّفات».

[٣] أي لا يباح بقوله: «أبحت» إلّا التصرّفات التي هي جائزة في حدّ ذاتها، ومع الإغماض عن دليل السلطنة، ولا يكون دليل السلطنة مجوّزاً لتصرّف، ومشرّعاً لحكم، بل يدلّ على أنّه غير محجور في التصرّفات المباحة شرعاً. والحاصل: انّه ليس المالك مسلّطاً على أن يبيح التصرّفات التي ليست بجائزة في حدّ ذاتها، وحديث السلطنة لا يصلح لإثباتها، كما عرفت مراراً.

[٤] فيكون متعلّق الإباحة وموردها مخصّصة للإباحة المطلقة، كما كان كذلك في قوله: «لا تضرب أحداً»، فإنّ ظهور كلمة «أحد» في الأحياء يفيد إطلاق الضرب، فلا يشمل الأموات، ويكون المراد من الإباحة المطلقة إباحة ما هو

ومن المعلوم [١] أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل [٢] والنقل [٣] الدالّين على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوّض ، فلا يشمله [٤] العموم [٥] في « النّاس مسلّطون على أموالهم »

مشروع في الشريعة ، كالأكل ، والإهداء ، ولا تشمل مثل البيع أو العتق المتوقّف على الملك ؛ لأنّ الناس ليسوا مسلّطين على عتق ما لا يكونون مالكين له ، وكذلك على بيعه ، وحديث السلطنة لا يدلّ على سلطنته عليه شرعاً ؛ لما عرفت من أنّه ليس بمشرّع ، ولا يدلّ على أنّ المبيح مسلّط على أن يسلّط المباح له على عتق مَن ليس مالكاً له ، أو على بيع ما ليس مالكاً له ، بحيث يكون مشرّعاً ومخصّصاً لقوله : « لا عتق إلّا في الملك ، ولا بيع إلّا في ملك » .

[١] هذا مثال لما لا يكون مباحاً بالإباحة المطلقة ؛ لعدم كونه جائزاً بذاته .

وملخّصه : أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بذاته ، فلا يكون البيع المذكور جائزاً بقوله : « أبحت لك أن تتصرّف في مالي » ، أو « أبحت لك أن تبيع مالي » .

[٢] لما عرفت من أنّ مفهوم البيع يتوقّف عقلاً على أن يدخل العوض في ملك مالك المعوّض ، وبدونه لا يتحقّق التبديل بين الإضافتين .

[٣] كقوله : « لا بيع إلّا في ملك » .

[٤] أي لا يشمل بيع مال غيره لنفسه .

[٥] أي لا يشمل عموم حديث السلطنة للبيع المذكور ؛ لأنّ بيع مال الغير لنفسه ليس أمراً جائزاً في حدّ نفسه كي يدلّ الحديث على أنّ المالك ليس محجوراً عنه ، وليس الحديث المذكور مشرّعاً كي يدلّ على جواز البيع الذي لا يكون

حتّى يثبت التنافي بينه [١] وبين الأدلّة الدالّة على توقّف البيع على الملك، فيجمع [٢] بينهما بالتزام [٣] الملك التقديريّ آناً مّا.

وبالجملة [٤] دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على

جائزاً في حدّ نفسه بأن يكون مخصّصاً للأخبار الناهية عن بيع ملك الغير لنفسه، بل غاية ما يدلّ عليه الحديث هو نفوذ سلطنة الناس في التصرّفات التي ثبت جوازها شرعاً.

[١] أي بين عموم دليل السلطنة وبين الأدلّة الدالّة على توقّف البيع على الملك. بتقريب: أنّ عموم دليل السلطنة يدلّ على جواز بيع مال الغير لنفسه إذا أباحه المالك بقوله: «أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك»، والأدلّة الدالّة على توقّف البيع على الملك كقوله: «لا تبع ما ليس عندك» تدلّ على بطلان بيع مال غيره لنفسه، فيقع التعارض بين الدليلين.

[٢] أي كي يجمع بين عموم «الناس مسلّطون...» وبين أدلّة توقّف البيع على الملك علاجاً للتنافي بينهما. والحاصل: أنّه لا وجه للالتزام بالملك التقديريّ بمقتضى الجمع بين الدليلين؛ لأنّ الالتزام بالملك التقديريّ فرع الجمع بين الدليلين، والجمع بين الدليلين فرع وجود التنافي بينهما، ومع عدم ثبوت التنافي بينهما لا مقتضي للجمع بينهما بالالتزام بالملك التقديريّ.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «فيجمع»، أي فيجمع بين عموم السلطنة وبين ما دلّ على توقّف البيع على الملك.

[٤] أي ملخّص الكلام: أنّ قوله: «لا بيع إلّا في ملك»، وكذا قوله: «لا عتق إلّا في ملك» حاكم على حديث السلطنة، فلا تنافي بين الحاكم والمحكوم عليه كي يحتاج إلى الجمع بينهما.

وأمّا تقريب الحكومة فهو أنّ قوله: «لا بيع إلّا في ملك، ولا عتق إلّا في

عموم « النّاس مسلّطون على أموالهم » الدالّ [١] على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على [٢] إطلاقها ، نظير [٣] حكومة الدليل الدالّ على عدم جواز عتق مال الغير

ملك » رافع لموضوع دليل السلطنة ، وهو الجواز . وتوضيحه : أنّ قوله ﷺ : « النّاس مسلّطون على أموالهم » يدلّ على نفوذ سلطنة كلّ شخص في التصرّفات التي ثبت جوازها شرعاً ، وأدلّة توقّف البيع أو العتق أو الوطء على الملك رافع لجواز التصرّفات الذي هو موضوع دليل السلطنة ، وهذا معنى حكومة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه على عموم دليل السلطنة ، والحاكم بمعنى رفع موضوع الدليل المحكوم عليه من أحد أقسام الحكومة .

[١] صفة لقوله : « عموم النّاس . . . » .

[٢] الجار متعلّق بقوله : « الإمضاء . . . » أي إنّ الحديث يدلّ على أنّ الشارع أمضى الإباحة الصادرة عن المالك على إطلاقها حتّى المتوقّفة على الملك ، ويكون نتيجة هذه الحكومة تضييق موضوع الدليل المحكوم عليه ، وأنّ قوله : « النّاس مسلّطون على أموالهم » لا يدلّ على نفوذ سلطنة المالك على الإباحة المتوقّفة على الملك .

[٣] أي حكومة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه على عموم : « النّاس مسلّطون على أموالهم » يكون نظير حكومة قوله : « لا عتق إلّا في ملك » على دليل وجوب الوفاء بالنذر والعهد فيما إذا نذر شخص عتق عبد غيره ، فكما يكون قوله : « لا عتق إلّا في ملك » رافعاً لموضوع دليل وجوب الوفاء بالنذر فيما إذا تعلّق النذر بعتق عبد الغير ، ويمنع شمول دليل وجوب الوفاء بالنذر لعتق الغير ، فلا يجب الوفاء به ؛ لعدم انعقاد النذر المتعلّق بعتق عبد الغير لعدم رجحانه ؛ لأنّ الشارع نهى عن عتق مال الغير ، ومعه يكون عتقه

على عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد [١] إذا نذر عتق عبد غيره له [٢] أو لنفسه، فلا يتوهّم [٣] الجمع بينهما بالملك القهريّ للناذر. نعم [٤] لو كان

مرجوحاً، فبعد صيرورة العتق المذكور مرجوحاً بقوله: «لا عتق إلّا في ملك» يرتفع موضوع دليل وجوب الوفاء بالنذر، وهو الرجحان، فلا يشمله دليل وجوب الوفاء بالنذر؛ وذلك لحكومة قوله: «لا عتق إلّا في ملك» عليه.

وإن شئت فقل: إنّ دليل وجوب الوفاء بالنذر وإن كان عامّاً في حدّ نفسه، إلّا أنّ قوله: «لا عتق إلّا في الملك» يدلّ على توقّف صحّة العتق على أن يكون هو من مالكه، فيكون رافعاً لموضوع وجوب الوفاء بالنذر بالحكومة، فيكون الواجب هو الوفاء بالنذر إذا نذر عتق عبد نفسه، لا عبد غيره.

[١] كما إذا عاهد الله على أن يعتق عبد الغير لنفسه أو للغير.

[٢] أي إذا نذر أو عاهد على أن يعتق عبد غيره لنفس الغير، وهو لمالكه أو لنفسه، أي الناذر.

[٣] أي لا يتوهّم فقيه بأنّه يجمع بين دليل عدم جواز عتق مال الغير وبين دليل وجوب الوفاء بالنذر بالالتزام بحصول الملك التقديريّ قهراً للناذر آناً مّا قبل العتق حتّى ينعتق العبد في ملك الناذر، بل التزم الكلّ بحكومة دليل عدم جواز عتق عبد الغير على عموم دليل وجوب الوفاء بالنذر برفع موضوعه.

[٤] هذا استدراك عمّا ذكره من عدم إمكان الجمع بين دليل حديث السلطنة وبين دليل توقّف البيع والعتق على الملك بالالتزام بالملك التقديريّ، وذلك لحكومة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه على عموم دليل السلطنة.

وملخّص الاستدراك هو: أنّ الدليل على إباحة مطلق التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك لو كان حديث السلطنة، لكان دليل عدم جواز بيع ملك

هناك تعارض وتزاحم [١] بين الطرفين بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما [٢] لأجل الآخر [٣]

الغير أو عتقه حاكماً عليه، فلا يتحقّق التنافي بينهما كي يجمع بينهما بالالتزام بالملك التقديريّ، وأمّا إذا دلّ دليل خاصّ على صحّة الإباحة المطلقة الشاملة لما يتوقّف على الملك، وترتّب جميع ما قصده المبيح على هذه الإباحة، فإنّه حينئذٍ يقع التعارض بينه وبين دليل توقّف العتق مثلاً على الملك، فيجمع بينهما بالالتزام بحصول الملك قهراً آناً مّا.

[١] والمراد به التزاحم في مرتبة الملاكات الذي يرجع إلى التعارض لبّاً، وليس المراد منه التزاحم الاصطلاحيّ الذي يكون التنافي بين الدليلين في مرتبة الامتثال، ولو ترك ذكره لكان أنسب.

[٢] كما إذا كان دليل الإباحة المطلقة قوله: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا بطيب نفسه»، فإنّ المستفاد منه حلّيّة جميع التصرّفات في مال الغير بطيب نفسه حتّى التصرّفات المتوقّفة على الملك، ودليل توقّف صحّة البيع والعتق على الملك يقتضي عدم صحّة التصرّفات المتوقّفة على الملك من المباح له، وإنّما تكون جائزة لخصوص المالك، فعتق العبد الذي أباحه المالك للمخاطب بقوله: «أعتق عبدي عن نفسك» مورد للتعارض بين الدليلين، فإنّ المستفاد من دليل حلّيّة التصرّف في مال الغير بطيب نفسه حلّيّة التصرّف حتّى التصرّف المتوقّف على الملك، والمستفاد من دليل توقّف العتق أو البيع على الملك عدم حلّيّة التصرّف المتوقّف على الملك كالعتق والبيع، فيقع التعارض بينهما.

[٣] يمكن أن يناقش فيه بأنّه بعد فرض التعارض بينهما كيف يمكن أن يخصّص كلّ منهما بالآخر. والجواب عنه: إنّ المستفاد من العبارة المذكورة أنّ

أمكن الجمع بينهما [١] بالقول بحصول الملك القهريّ [٢] آناً مّا، فتأمّل [٣].

التعارض بين الدليلين تارة يكون على نحو لا يمكن الجمع بينهما ثبوتاً، كما إذا كان التعارض بينهما على نحو التباين، وأُخرى يمكن ذلك، كما إذا كان على نحو العموم من وجه، إلّا أنّه يحتاج إلى دليل إثباتاً، وهو موجود في المقام، فلابدّ من الجمع بينهما بدلالة الاقتضاء، ولا يصل المجال إلى التساقط.

[١] أي أمكن الجمع بين الدليلين اللّذين وقع التعارض بينهما بأن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين الدليل الدالّ على صحّة الإباحة المطلقة، وبين ما دلّ على توقّف البيع على الملك حصول الملك آناً مّا قبل البيع.

[٢] يقابله الملك الاختياريّ الحاصل بأسبابه المعهودة شرعاً من البيع والهبة ونحوهما.

[٣] أفاد المحقّق الأيروانيّ ﷺ: أنّه إشارة إلى أنّ الالتزام بالملك القهريّ لا يتوقّف على وجود التعارض والتزاحم، بل دليل الملازمة بين جواز التصرّفات والملك منضمّاً إلى دليل جواز كلّ تصرّف بإذن المالك حجّة ودليل على تحقّق الملك تعبّداً عند إذن المالك في التصرّفات.

أقول: إنّ ما ذكره ﷺ مبنيّ على أن يكون إذن المالك مشرّعاً ولم يقم دليل على جواز كلّ تصرّف بإذن المالك، كما نصّ عليه الشيخ ﷺ حيث قال: «إذ التصرّف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد إذن المالك، فإنّ إذن المالك ليس مشرعاً».

يمكن أن يكون إشارة إلى أنّ الجمع المذكور جمع تبرّعي؛ إذ بعد فرض التعارض بين الدليلين لا بدّ أن يعمل بمقتضى باب التعارض بالأخذ بالمرجّح لو كان هناك مرجّح والتساقط أو التخيير لو لم يكن مرجّح في البين.

وأمّا [١] حصول الملك في الآن المتعقّب [٢] بالبيع والعتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب [٣] أو أعتقه [٤]

---

[١] جواب عن سؤال مقدّر. وملخّص السؤال هو: أنّه ما الفرق بين المقام الذي هو عبارة عن إذن المالك لغيره في أن يتصرّف في ماله مطلقاً حتّى التصرّف المتوقّف على الملك ـ حيث قلتم هنا: إنّ مجرّد جواز التصرّف لم يوجب الالتزام بالملك الآنيّ آناً مّا قبل التصرّف ـ وبين ما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه حيث قلتم: إنّ البيع أو الإعتاق دليل على تحقّق الملكيّة التقديريّة الآنيّة قبلهما، فكيف يكون التصرّف المتوقّف هنا دليلاً على حصول الملك الآنيّ التقديريّ قبله، ولا يكون دليلاً عليه في المقام ؟!

وملخّص الجواب: أنّ قياس المقام ببيع الواهب عبده الموهوب أو إعتاقه قياس مع الفارق؛ لأنّ حصول الملك آناً مّا قبل بيع الواهب عبده الموهوب أو إعتاقه ملكيّة حقيقيّة ناشئة عن وجود سببها، وهو فسخ الهبة بالبيع أو الإعتاق، فإنّه يكشف عن رجوع الواهب عن هبته، فيكون بيعه أو إعتاقه واقعاً في ملكه حقيقة، وأمّا إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك فلا تكون كاشفة عن حصول الملك الحقيقيّ، كما كان بيع الواهب أو إعتاقه كاشفاً عنه، ولا كاشفة عن حصول الملك الفرضيّ، كما كان الدية كاشفة عن الملك الفرضيّ للميّت، أو عن الملك الفرضيّ للابن بالنسبة إلى عموديه.

[٢] أي الآن الذي يتعقّبه البيع والعتق، أى يقع البيع والعتق بعده.

[٣] بأنّ وهب عبده، ثمّ باعه من دون أن يفسخ هبته قبل البيع، فيفتون بصحّة البيع المذكور؛ لأجل أنّهم يحكمون بحصول الملك التقديريّ آناً مّا قبل حصول البيع كي يقع البيع في ملك البائع رعاية لقوله: «لا بيع إلّا في ملك».

[٤] أي فيما إذا أعتق شخص عبده الموهب، فإنّهم يحكمون بصحّة عتقه.

فليس [١] ملكاً تقديريّاً، نظير التقديريّ في الدية بالنسبة إلى الميّت أو شراء [٢] العبد المعتق عليه، بل [٣] هو ملك حقيقيّ حاصل قبل البيع

بدعوى: أنّ العبد قبل العتق يفرض كونه ملكاً للمعتق ـ بالكسر ـ فيقع العتق في ملكه التقديريّ.

[١] جواب لقوله: «وأمّا»، أي ليس الملك الحاصل آناً مّا قبل البيع أو العتق ملكاً فرضيّاً نظير الملك الفرضيّ في دية الميّت، حيث يقدّر حصول الدية في ملك الميّت حتّى يصحّ انتقالها منه إلى ورثته، ويصدق عليه عنوان ما تركه الميّت فهو لوارثه.

[٢] عطف على قوله: «الدية»، أي نظير الملك التقديري في شراء العبد الذي يعتق على المشتري.

وتوضيحه: أنّك قد عرفت في مسألة العمودين أنّه يقدّر كون العمودين ملكاً للولد كي يصحّ انعتاقه عليه.

[٣] استدراك عمّا ذكره من أنّ حصول الملك آناً مّا قبل البيع ليس نظير الملك الحاصل في الدية ملكاً تقديريّاً، أي حصول الملك في الآن المتعقّب بالبيع أو العتق ليس ملكاً تقديريّاً، كما كان كذلك في الميّت؛ لأنّ الملك الحقيقيّ لا يعقل في الميّت، فإنّه جماد، كما لو قتل زيد رجلاً فثبت في ذمّة زيد دية المقتول بحكم الشرع، وبعد الثبوت تنتقل الدية إلى تركة المقتول بحكم الشارع. ثمّ إنّ هذا الانتقال لا يكون إلّا بعد صيرورة الدية ملكاً للميّت، ومن الواضح أنّ الميّت ليس قابلاً للملك بعد قتله حتّى تنتقل الدية إلى تركته، فلا بدّ من الملكيّة الفرضيّة الآنيّة في حقّه حتّى يصحّ انتقال الدية إلى التركة كي تكون لوارثه، وكذلك تملّك الإنسان لعموديه، فإنّ تملّكه لهما فرضيّ لا حقيقيّ. وهذا بخلاف بيع الواهب، فإنّ ملكه حقيقيّ؛ لكونه أمراً معقولاً

من [١] جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتّصل، بناء [٢] على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع،

في حقّه، أي بل حصول الملك في الآن المتعقّب للبيع ملك حقيقيّ حاصل للبائع قبل البيع آناً مّا.

[١] أي إنّما قلنا بحصول الملك الحقيقيّ من جهة أنّ بيع الواهب عبده الموهوب يكون كاشفاً عن أنّ الواهب رجع عن هبته ودخل العبد الموهوب في ملك الواهب قبل البيع في الآن المتّصل بالبيع.

[٢] أي حصول الملك الحقيقيّ مبنيّ على كفاية مثل هذا البيع في الرجوع عن الهبة، فبناءً على هذا يكون البيع واقعاً في ملك الواهب، وأمّا بناءً على عدم كاشفيّة بيع الواهب عن الرجوع عن هبته قبل البيع، وقلنا بتوقّف الرجوع على الإنشاء اللّفظيّ باللفظ، أو على استرداد العين كان بيع الواهب باطلاً؛ لوقوعه في ملك الغير.

وملخّص كلامه ﷺ إلى هنا: أنّه في مقام الفرق بين تقدير الملك في تصرّف الواهب في العين الموهوبة بالبيع أو العتق، وبين تقديره في الدية بالنسبة إلى الميّت أو شراء العبد المعتق عليه يكون الملك في الأوّل واقعاً حقيقيّاً، وفي الثاني فرضيّاً تقديريّاً، ثمّ قال: إنّ إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك ليس من قبيل الأوّل ولا من قبيل الثاني، وإنّما هي تكون مبنيّة على تعارض دليل جواز التصرّف في مال الغير بإذنه، ودليل السلطنة، وعدم حكومة الأوّل على الثاني، كما هو المختار.

وقال ﷺ في وجه كون الملك حقيقيّاً في مورد تصرّف الواهب في العين الموهوبة: أنّ سبب الملك حاصل هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه بأن يكون مناط الفسخ والإمضاء هو الرضاء الباطني المستكشف بالتصرّف

وليس كذلك [١] فيما نحن فيه.

بمعنى أنّ نيّة الفسخ كافية في الفسخ إذا كان لها كاشف، فيكون التصرّف واقعاً في ملكه حقيقة لحصول الفسخ قبله بالنيّة.

ويمكن أن يورد عليه: **أوّلاً**: بأنّه يلزم ممّا ذكره ﷺ أن يكون الفسخ بالقول أيضاً كاشفاً عن الفسخ قبله، وهذا ممّا لا يلتزم به.

وثانياً: أنّ مجرّد الرضاء المستكشف لو كان كافياً في الفسخ لكفى في أصل البيع، والمقدّم باطل، فالثاني مثله؛ إذ الرضا المجرّد لا يكفي في أصل البيع إلّا إذا كان هناك إنشاء قوليّ أو فعليّ.

وقد أورد المحقّق النائينيّ ﷺ على الفرق الذي ذكره الشيخ ﷺ ـ بين تقدير الملك في تصرّف الواهب في العين الموهوبة بالمبيع أو العتق، وبين تقديره في الدية بالنسبة إلى الميّت أو شراء العبد المعتق عليه ـ بأنّه لا يفرّق في جميع موارد الملكيّة، وأنّه في تمام موارد تقديرها بمعنى واحد، وهو الملك الواقعيّ المعبّر عنه بالطريق الاعوجاجيّ[١]، كما أنّه أورد عليه السيّد اليزديّ[٢] أنّه يظهر من عبارة الشيخ أنّ الملك في شراء مَن يعتق عليه تقديريّ بمعنى الملك الحكميّ، لا التحقيق الزمانيّ آناً مّا، مع أنّ الأخبار دلّت على جواز الشراء وصحّته، ومقتضاه حصول الملكيّة حقيقة، ولنا كلام سنتعرّض إليه إن شاء الله تعالى.

[١] أي لا يكون الملك الحقيقيّ ولا التقديريّ حاصلاً فيما نحن فيه الذي هو عباره عن المعاطاة المفيدة للإباحة المحضة بالمعنى الثالث والرابع؛ وذلك

---

(١) الحاشية: ٢١٤.

(٢) الحاشية: ٨٠.

وبالجملة [١]: فما نحن فيه [٢] لا ينطبق على التمليك الضمنيّ المذكور أوّلاً في «أعتق عبدك عنّي» لتوقّفه [٣] على القصد،

لعدم وجود كاشف عن حصول الملك قبل البيع آناً مّا، كما كان موجوداً في بيع الواهب عبده الموهوب، وفي ملك الدية بالنسبة إلى الميّت؛ لأنّ دليل الإباحة المطلقة الصالحة للكشف عن حصول الملك آناً مّا إمّا محكوم بعدم جواز التصرّف المتوقّف على الملك، أو مخصّص به.

[١] أي ملخّص الكلام أنّ شيئاً من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها:ـ

أوّلها: التمليك الضمنيّ الموجود في مثال: «أعتق عبدك عنّي».

وثانيها: تقدير الملك في شراء مَن ينعتق عليه من العمودين.

وثالثها: الالتزام بالملك آناً مّا في بيع الواهب للعين الموهوبة ـ لا يجري في المقام الذي هو تصحيح إباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، كالبيع والعتق والوطء ونحوها.

[٢] أي إباحة التصرّفات حتّى الموقفة على الملك لا تشتمل على التمليك الضمنيّ المتحقّق في قوله: «أعتق عبدك عنّي» بمعنى أنّ الإباحة المذكورة فاقدة للتمليك الضمنيّ الموجود في مثال: «أعتق عبدك عنّي».

[٣] هذا إشارة إلى عدم جريان الوجه الأوّل في المقام، أي إنّما قلنا إنّ ما نحن فيه وهو الإباحة المطلقة غير مشتمل على التمليك الضمنيّ الموجود في قوله: «أعتق عبدك عنّي».

وتوضيحه: أنّا قد ذكرنا أنّ قوله: «أعتق عبدك عنّي» يدلّ على أنّ المأمور بالعتق قد ملك عبده للآمر بالعتق في ضمن عتقه عبده من الآمر، وهذه الدلالة سمّيت بالدلالة الاقتضائيّة؛ إذ لو لم يملّك لكان الأمر بعتق عبده

ولا [١] على الملك المذكور ثانياً في شراء مَن ينعتق عليه، لتوقّفه [٢] على

وقبول ذلك من قبل المالك لغواً؛ وذلك لعدم وقوع العتق عن الآمر إذا لم يكن داخلاً في ملكه، وأمّا التمليك الضمنيّ فإنّه يتوقّف على قصده من المالك، والمفروض انتفاؤه من المبيح في المقام؛ لأنّ المفروض قصد الإباحة المجرّدة، ومع قصدها لا يتحقّق قصد التمليك؛ لأنّ قصد الإباحة المجرّدة وقصد التمليك يتنافيان.

[١] هذا إشارة إلى عدم جريان الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة في المقام، أي لا ينطبق المقام الذي هو عبارة عن الإباحة المطلقة على الملك الحاصل آناً مّا في شراء مَن ينعتق عليه، فإنّهم ذكروا في شراء العمودين أنّهما ينتقلان إلى الولد آناً مّا، ثمّ ينعتقان عليه، وذلك لأجل الجمع بين ما دلّ على صحّة شراء مَن ينعتق عليه وبين دليل عدم ملكيّته لهما، فإنّ الجمع بين الدليلين المتنافيين يقتضي الالتزام بحصول الملك الآنيّ التقديريّ قبل العتق، وهذا بخلاف دليل الإباحة المطلقة، فإنّه لا يدلّ على الإباحة المطلقة بحيث أن يكون مشرّعاً كي يحصل التنافي بينه وبين ما دلّ على توقّف البيع أو العتق على الملك، كي يقتضي الجمع بينهما لزوم الالتزام بالملك التقديريّ آناً مّا.

[٢] أي إنّما لا يكون ما نحن فيه، الذي هو الإباحة المطلقة مشتملة على التمليك الموجود في شراء الإنسان مَن ينعتق عليه من عموديه؛ لأنّ الملك الحاصل في مسألة شراء العمودين يكون متوقّفاً على وجود التنافي بين الدليلين، وهما دليل «النّاس مسلّطون على أموالهم» ودليل «لا عتق إلّا في ملك» كي تكون نتيجة الجمع بينهما بالالتزام بالملك التقديريّ آناً مّا قبل عتق مَن ينعتق عليه، كي يكون العتق حاصلاً في ملك المعتق ـ بالكسر ـ ولا يشمله قوله: «لا عتق إلّا في ملك»، وهذا التنافي مفقود فيما نحن فيه كما سيأتي.

التنافي بين دليل التسلّط ودليل توقّف العتق على الملك، وعدم حكومة [١] الثاني [٢] على الأوّل [٣]،

---

[١] أي لتوقّف حصول الملك على عدم حكومة دليل توقّف العتق على الملك على حديث السلطنة، والحال أنّه حاكم عليه، ومع حكومته عليه لا يحصل التنافي بين الدليلين المذكورين كي يقتضي الجمع بينهما لزوم الالتزام بالملك التقديريّ.

[٢] وهو قوله: «لا عتق إلّا في ملك».

[٣] وهو «النّاس مسلّطون على أموالهم»، والحال أنّه حاكم عليه، ومعه لا مجال للجمع بينهما والالتزام بالملك التقديريّ.

«التحقيق»

توضيح الكلام في المقام يقتضي أن يقال: إنّ الملك على ثلاثة أقسام:

الأوّل: الملك الاعتباريّ الحقيقيّ الذي فيه مقتض للبقاء.

الثاني: الملك الاعتباريّ الحقيقيّ الآنيّ الذي لا اقتضاء فيه للبقاء.

الثالث: الملك التقديريّ، وقد يطلق عليه الملك الحكميّ أيضاً، والقسم الأوّل منه خارج عن محلّ الكلام، إنّما الكلام في القسمين الآخرين، والبحث قد يقع في الملك الحقيقيّ، وقد يقع في الملك التقديريّ، أمّا الحقيقيّ منه فتارة يقع الكلام في معقوليّته، وأُخرى في انطباقه على ما نحن فيه، ولا ريب أنّه أمر معقول ثبوتاً في مثل إباحة التصرّف، ويدلّ عليه إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك بحصول الملك آناً مّا قبل التصرّف، فيحصل الملك للبائع ببيعه الذي هو بمنزلة الإيجاب، ويحصل الملك للمشتري حال قبوله، ولا دليل على اعتبار كون البائع مالكاً قبل إنشائه،

بل يكفيه حال إنشائه.

والحاصل: أنّ الملك الحقيقيّ آناً مّا أمر معقول ثبوتاً، والدليل عليه في مقام الإثبات دلالة الاقتضاء.

وأمّا انطباقه على ما نحن فيه فنقول: إذا قصد المبيح الإباحة فقط دون التمليك فلا مجال لحصول الملك آناً مّا؛ لأنّ المفروض أنّه قصد الإباحة في قبال التمليك، بلا فرق في ذلك بين قوله: «أعتق عبدك عنّي»، وقوله: «أبحت لك عبدي»، فإنّ مجرّد الاستدعاء لا يكون إيجاباً، ولا العتق قبولاً. نعم، إذا قصد من الإباحة المتوقّفة على الملك التمليك، لكونه متوجّهاً إلى فساد التصرّف مع عدم الملك فيتمّ دلالة الاقتضاء بحصول الملك آناً مّا في كلا المقامين، بل يمكن أن يكون الاستدعاء والإباحة بيعاً لو لم نقل باعتبار لفظ خاصّ في البيع، كما لا نقول به.

والمصنّف أيضاً لا ينكر هذا المعنى بحسب الكبرى، وإنّما يناقش في صغرى القضيّة ويقول: بأنّ المبيح لم يقصد التمليك في المقام، فلا تتحقّق دلالة الاقتضاء بخلاف: «أعتق عبدك عنّي».

أفاد المحقّق الأصبهانيّ ﷺ[1] بقوله: «وأمّا في مثل العتق ففيه إشكال؛ لأنّه لا يتوقّف على قبول من أحد، فعند تماميّة صيغة العتق يتمّ سببيّة التمليك وسبب العتق، ويستحيل اجتماع ثبوت الملك وزواله في زمان واحد».

إلى أن قال: «ولا بدّ حينئذٍ من جعل جزء من إنشاء العتق قبولاً كقوله: «أنت» في قوله: «أنت حرّ لوجه الله تعالى»، إلّا أنّ هذا المعنى يصحّح التمليك والتملّك والبيع والعتق إذا فرض قصد الطرفين لذلك، وأمّا فيما إذا أردنا إثبات هذا المعنى بمجرّد

(١) الحاشية: ٤١.

دلالة الاقتضاء فإتمامه بالقواعد لا يخلو عن محذور ؛ لأنّ إباحة التصرّف البيعيّ أو العتقيّ إنّما يتوقّف على الملك ؛ حيث إنّ البيع بالحمل الشائع والعتق بالحمل الشائع لا يعقل أن يكون شيء منهما شرطاً متمّماً للسبب للزوم الدور ؛ لتوقّف ملكيّة البائع على حصول السبب التامّ للملكيّة ، وهو متوقّف على حصول البيع المتوقّف على ملكيّة البائع .

وفيه : أنّ الاستدعاء إذا قصد به التمليك قبول متقدّم ، وإنشاء العتق إيجاب متأخّر ، وحيث إنّ الإنشاء المذكور إذا وقع في ملك الغير يقع فاسداً ، والمستدعي متوجّه إلى ذلك ، فيدلّ على حصول التمليك حال الإنشاء ، وهذا ممّا لا محذور فيه ، كما عرفت . فتماميّة صيغة العتق ليست سبباً للتمليك فعلاً ، بل كاشف عن حصوله قبل العتق آناً مّا .

وممّا ذكرنا ظهر فساد الدور المذكور ؛ إذ البيع والعتق ليسا متمّمين لسبب حصول الملك ، بل كاشفان عنه ، فلا يلزم المحذور .

وثانياً : أنّ غاية ما يستفاد من الرواية اشتراط صدور العتق من المالك ، والمفروض أنّ المتصدّي للعتق هنا هو المالك ، غاية الأمر أنّه أعتق عبده عن غيره تبرّعاً . والحقّ في المقام أن يقال : إنّما يلتزم بالدلالة الاقتضائيّة فيما إذا توقّفت صحّة الكلام عليها عقلاً أو شرعاً ، وفي المقام لا نحتاج إلى ذلك لصحّة الكلام المذكور بظاهره ؛ إذ لا نرى مانعاً عقلاً ولا شرعاً من صحّة عتق المالك عبده لغيره مجّاناً ، ويشمله دليل وجوب الوفاء بالعقود .

فتلخّص ممّا ذكرناه : أنّ الملك الحقيقيّ آناً مّا أمر معقول ثبوتاً وينطبق على المقام إثباتاً .

وأمّا الملك التقديريّ ، فهو أيضاً أمر معقول ثبوتاً وموردة كما إذا اشترى شخص

أحد العمودين، فإنّه ورد إذا ملك الرجل والديه أو أُخته أو عمّته عتقوا، وأيضاً ورد أنّ الرجل لا يملك أحد عموديه.

وورد أيضاً: «لا عتق إلّا في ملك»، فإذا أُريد من الملك في الرواية الأُولى الملك الحقيقيّ كان معارضاً مع الرواية الثانية الدالّة على عدم كون الرجل مالكاً لعموديه، وإذا أُريد منه الملك التقديريّ كان معارضاً مع الرواية الثالثة الدالّة على عدم صحّة العتق إلّا في ملك، فلا بدّ من الجمع بينهما بأحد الوجهين: إمّا أن يقال: إنّ المراد بالملك المنفي في قوله: «الرجل لا يملك عموديه» الملك المستقرّ، وأمّا الملك غير المستقرّ، وهو آناً مّا، فلا يستفاد منعه، والمراد بالملك في قوله: «إذا ملك الرجل والديه...» الملك غير المستقرّ، فيلتزم بحصول الملك الحقيقيّ آناً مّا، ولا ينافيه قوله: «لا عتق إلّا في ملك».

وأمّا أن يراد أنّ المراد من الملك المنفي في الرواية الدالّة على أنّ الرجل لا يملك عموديه الملك الحقيقيّ، والمراد من الملك المثبت صحّة العتق الملك التقديريّ الذي فرض لفرض خاصّ، وهو الانعتاق، ولا يترتّب عليه أثر غير هذا.

وأفاد الأُستاذ الأعظم[1] أنّ الجمع بين الأدلّة يقتضي الالتزام بالملكيّة الحقيقيّة آناً مّا لا ملكيّة تقديريّة فرضيّة على ما اشتهر في ألسنة المحصّلين؛ لعدم ترتّب الأثر على الملكيّة التقديريّة بوجه، والمراد من الجمع المذكور إنّما هو الجمع بين الدليل العقليّ، وهو أنّ حقيقة البيع تبديل عين بعوض من جهة الإضافة، ومقتضى ذلك هو انتقال المثمن من ملك مالكه إلى ملك مالك الثمن، وبالعكس، فيستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل في جهة الإضافة؛

(١) مصباح الفقاهة: ١٨٤.

إذ يستحيل صدق مفهوم البيع على ضدّه.

والحاصل: أنّ المراد من الجمع المذكور إنّما هو الجمع بين الدليل العقليّ، أعني به استحالة صدق مفهوم البيع على ضدّه، وبين ما دلّ على جواز شراء العمودين، وبين ما دلّ على أنّه «لا عتق إلّا في ملك»، وبين ما دلّ على أنّ «الإنسان لا يملك عموديه»، وليس المراد من الجمع بين الأدلّة الجمع بين ما دلّ على أنّه «لا عتق إلّا في ملك»، وبين ما دلّ على جواز شراء العمودين، وبين ما دلّ على أنّ الابن لا يملك عموديه؛ ضرورة أنّه لو كان المانع من شراء العمودين هو نفي جواز العتق إلّا في ملك لأمكن تخصيصه بما دلّ على جواز شرائهما وانعتاقهما من دون أن يترتّب عليه محذور؛ لعدم استحالة العتاق في غير الملك، وهذا بخلاف ما لو كان المانع هو الدليل العقليّ، فإنّه غير قابل للتخصيص.

ويرد عليه: أنّ الوجه العقليّ الذي ذكره (دام ظلّه) للجمع بين الأدلّة غير تامّ؛ لما عرفت سابقاً أنّه لم يقم دليل على اشتراط دخول الثمن فيما خرج عنه المثمن في صدق مفهوم البيع، وعليه فانهدم ما بنى عليه من أساسه وبنيانه.

والحقّ هو ما أفاده في ذيل كلامه بأنّه يخصّص قوله: «لا عتق إلّا في ملك» بما دلّ على جواز شرائهما وانعتاقهما، فيكون دليل جواز شراء العمودين مخصّصاً لقوله: «لا عتق إلّا في ملك». نعم، لو قام الدليل القطعيّ على توقّفه على الملك كالوطء مثلاً، فلا بدّ من الالتزام بحصول الملك الحقيقيّ أو التقديريّ، ولا وجه لترجيح أحدهما بالآخر، ولا ينتقض ما ذكرناه بالتحليل؛ إذ يمكن إدراجه في ملك اليمين بأن لا يكون التحليل عنواناً مستقلّاً في قباله، كما هو مقتضى ظهور الحصر المستفاد من الآية.

هذا تمام الكلام على القول باشتراط الملك في العتق والبيع، وأمّا على القول

بعدم اشتراطهما به كما ذهب إليه الأُستاذ الأعظم[١] وكفاية الإذن فيهما، فالمسألة أوضح من أن تخفى. أفاد(دام ظلّه) في المقام أنّ التصرّفات اعتباريّة فلا تتوقّف صحّتها على الملك، بل لا تتوقّف صحّتها على إذن المالك وتوكيله؛ لما سيأتي من الحكم بصحّة العقود الفضوليّة. نعم، ربّما يتوهّم قيام الإجماع على بطلان العتاق، وأجاب عنه بجواب تامّ.

وأمّا قوله: «لا عتق إلّا في ملك، ولا بيع إلّا في ملك» فملخّص ما أجاب عنهما: أنّ المراد بهما أحد الأمرين:

الأوّل: اعتبار الملك الفعليّ في صحّتهما، فلا يصحّ عتق وبيع ما يملكه بعد ذلك.

الثاني: اعتبار الانتساب إلى المالك في نفوذ البيع والعتق، وعلى كلا التقديرين لا تنافي الرواية صحّة البيع الفضولي، ولا صحّة العتق الصادر من غير المالك.

وأفاد المحقّق الأصبهانيّ ﷺ[٢]: أنّ المراد من هذه العبارة ـ«لا بيع إلّا في ملك» ـ تارة أنّ المبيع لا بدّ من أن يكون ملكاً حتّى يقبل التمليك، والمعتق ـ بالفتح ـ لا بدّ من أن يكون رقّاً حتّى يقبل الانعتاق، ومن الواضح أنّ مورد البيع هنا قابل لعروض الملكيّة عليه.

وأُخرى: أنّه لا بدّ أن يكون مملوكاً فعلاً للبائع، فهو منقوض ببيع الكلّيّ، حيث إنّه ليس مملوكاً فعلاً للبائع.

وثالثة: أنّ البيع لا يصحّ إلّا من المالك، فيراد ملك التصرّف، والمفروض استناد

---

(١) مصباح الفقاهة: ١٨١.

(٢) حاشية المكاسب: ٤١.

البيع إلى المالك لصدوره بإذنه.

ورابعة: أنّ البائع لا بدّ من أن يكون متملّكاً ببيعه.

أقول: المتعيّن هو الاحتمال الثاني، وهو الظاهر من الرواية بحسب المتفاهم العرفيّ، وعدم كون البيع الكلّيّ في الذمّة مملوكاً فعلاً للبائع لا يوجب رفع اليد عن ظهور الرواية، بل هو موجب لتخصيصه بأن يقال: إنّ صحّته من مسلّمات الفقه مع فقدان الشرط المذكور فيه، فيخصّص القاعدة المذكورة في مورد بيع الكلّي ويبقى في سائر الموارد.

وعلى هذا يشكل الأمر في صحّة البيع الفضوليّ ونظائره، وتتوقّف التصرّفات الاعتباريّة على الملك.

وفصّل الأُستاذ الأعظم بين التصرّفات الاعتباريّة والتكوينيّة بعدم توقّف جواز التصرّفات الاعتباريّة على الملك كما عرفت تفصيله آنفاً، وتوقّفها عليه في التصرّفات التكوينيّة، فلا يجوز لغير المالك التصرّف فيها إلّا إذا دلّ الدليل بالخصوص على جواز تلك التصرّفات لغير المالك، كوطئ الجارية المملوكة الثابت جوازه بالتحليل، وإن لم يدلّ دليل خاصّ على ذلك، فلا يمكن إثباته بدليل السلطنة؛ لأنّه ناظر إلى جواز التصرّفات التي هي مشروعة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنة، ولكنّك عرفت آنفاً أنّ دليل السلطنة مطلق ولا يختصّ بالتصرّفات المشروعة، فيثبت مشروعيّة كلّ تصرّف نشكّ في جوازه، فلا وجه للتفصيل المذكور.

ولا [١] على التمليك الضمنيّ المذكور ثالثاً في بيع الواهب وذي الخيار [٢]؛ لعدم [٣]

---

[١] أي لا ينطبق المقام، وهو المعاطاة المقصود بها الإباحة المطلقة على التمليك الضمنيّ الحاصل في بيع الواهب عبده الموهوب، فإنّك قد عرفت آنفاً أنّه يحصل التمليك الضمنيّ فيما إذا باع شخص عبده الموهوب؛ لأنّ بيعه العبد الذي وهبه كاشف عن فسخه هبته قبل تحقّق الهبة؛ إذ مع علمه بأنّه لا بيع إلّا في ملك لا يجتمع صحّة بيعه مع بقاء هبته على حاله، فيكون بيعه كاشفاً عن تملّكه للعبد الموهوب وفسخه للهبة، فإنّ الإباحة المطلقة الحاصلة بالمعاطاة فاقدة للتمليك الضمنيّ، وبيعه لما هو مباح لا يكشف عن تحقّق التمليك في المال المباح.

[٢] أي لا ينطبق المقام على التملك الضمنيّ الحاصل في بيع ذي الخيار، فلو باع ذو الخيار ما انتقل عنه بالبيع الخياريّ فلا شبهة في صحّة هذا البيع، وتكون صحّة هذا البيع كاشفة عن حصول الملك الضمنيّ آناً مّا للبائع ذي الخيار كي يقع البيع في ملكه؛ لأنّ صحّة البيع تنافي وقوع البيع في ملك غيره بمقتضى قوله: «لا بيع إلّا في ملك»، فيكون البيع المذكور من ذي الخيار فسخاً لما باعه بالبيع الخياريّ وتملّكاً ضمنيّاً لما باعه، وأخرجه عن ملكه بالبيع، وهذا الذي ذكرناه من التمليك الضمنيّ غير موجود في الإباحة المطلقة الحاصلة بالمعاطاة.

[٣] أي إنّما قلنا بعدم تحقّق الملك الحاصل في بيع الواهب وذي الخيار فيما نحن فيه الذي هو مورد حصول الإباحة المطلقة؛ لأنّ سبب حصول الملك لم يتحقّق فيما نحن فيه، والملك وإن كان آنيّاً لا يحصل بدون سبب.

تحقّق سبب ملك هنا [١] سابقاً [٢] بحيث يكشف البيع عنه [٣]، فلم [٤] يبقَ إلّا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرّح [٥] بذلك، كما لو قال [٦]: بع مالي لنفسك أو اشتر بمالي لنفسك» أم أدخله [٧] في عموم

---

[١] أي في مورد الإباحة المطلقة الشاملة للتصرّفات المتوقّفة على الملك.

[٢] قال الشهيديّ: «مراده من سبب الملك المتحقّق سابقاً على البيع إرادة حصول الملك قبل البيع المستكشف به الموجودة في بيع الواهب وذي الخيار المفقودة فيما نحن فيه حسب الفرض؛ إذ المفروض عدم قصد المالك التمليك، وعدم قصد المباح له التملّك عند البيع والعتق ونحوهما.

[٣] أي عن الملك الآنيّ السابق على البيع.

[٤] أي نتيجة عدم انطباق المقام بأحد الوجوه الثلاثة ـ وعدم دلالة الإباحة المطلقة على التمليك المذكور في قوله: «أعتق عبدك عنّي»، كما كان في الوجه الأوّل، ولا على اشتماله على الملك الموجود في شراء مَن ينعتق عليه، كما كان في الوجه الثاني، ولا على التمليك الضمني المذكور في بيع الواهب وذي الخيار ـ هو أنّه لم يبق مفرّ إلّا الحكم بعدم تأثير الإذن في بيع ماله لغيره؛ لأنّه بعد عدم قيام دليل على كون المبيع ملكاً للبائع يكون البيع باطلاً، ولا يكون الإذن مشرّعاً كي يدلّ على صحّة البيع المذكور.

[٥] أي صرّح المبيح بأنّه أذن للمباح له أن يبيع المال لنفسه.

[٦] أي لو قال المبيح للمباح له: بع مالي لنفسك، فإنّه إذن صريح للمباح له في بيع المال المباح لنفسه، أو قال للمباح له: اشتر بمالي الذي أبحت لك التصرّف فيه شيئاً لنفسك.

[٧] أي لم يصرّح المبيح بالإذن في البيع أو الشراء لنفسه، بل أدخل الإذن في عموم قوله: «أبحت...» فإنّ قوله: «أبحت لك كلّ تصرّف» لا يكون صريحاً

قوله: «أبحت لك كلّ تصرّف»، فإذا باع المباح له على هذا الوجه [١] وقع البيع للمالك [٢]، إمّا لازماً [٣] بناءً [٤] على أنّ قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثّر، أو موقوفاً [٥] على الإجازة؛ بناءً [٦] على أنّ المالك لم ينو تملّك

في الإذن في البيع، بل إنّه يشمله بعمومه.

[١] وهو بيعه لنفسه بالإذن الصريح من المبيح، أو بالإذن العامّ.

[٢] لأنّ المفروض أنّ المثمن خرج عن ملك المالك، فلا بدّ أن يدخل الثمن أيضاً في ملكه بمقتضى حقيقة المعاوضة والبيع.

[٣] أي إمّا وقع البيع للمالك بيعاً لازماً.

[٤] أي وقوع البيع بيعاً لازماً للمالك دون المباح له مبنيّ على أنّ قصد البائع المباح له البيع لنفسه لا للمالك غير مؤثّر في لزوم العقد، وإنّما المؤثّر في لزومه هو صدق العقد الصادر ممّن هو مأذون في البيع، فيكون وزانه كوزان العقد الصادر عن الوكيل.

وتوضيحه: إن قلنا: إنّه يعتبر في لزوم العقد قصد البائع كون البيع عن المالك، وأمّا إذا قصد البائع المباح له لنفسه فلا يكون هذا العقد لازماً، فلا يكون البيع الصادر عن المباح له بيعاً لازماً، وذلك لانتفاء شرط لزومه. وأمّا إذا قلنا بأنّ الذي يعتبر في لزوم البيع صدوره ممّن هو أهل له، بأن يكون مالكاً أو وكيلاً أو وليّاً أو مأذوناً فلا يكون قصد البائع لنفسه مخلّاً باللزوم، وذلك لعدم كون قصد البائع البيع لنفسه مؤثّراً في اللّزوم.

[٥] عطف على قوله: «لازماً» أي أو وقع لزوم البيع موقوفاً على إجازة المالك البيع المذكور.

[٦] أي توقّف لزوم البيع من المباح له على إجازة المالك مبنيّ على أنّ المالك

الثمن هـذا [١]. ولكـن [٢] الذي يـظهر مـن جـماعة مـنهم قـطب الديـن والشهيد ﷺ في باب [٣] بيع الغاصب أنّ تسليط المشتري البائع [٤]

المبيح لم يقصد في إباحته التصرّفات المطلقة ، أن يكون المباح له متملّكاً للثمن بأن يكون الثمن منتقلاً إليه ، ولمّا لم يقصد ذلك فيكون بيع المباح له فضولياً يحتاج وقوعه للمبيح إلى إجازته ، فإذا لم ينوِ تملّك الثمن فلم يأذن في بيع يكون الثمن منتقلاً إليه بالنقل اللّزوميّ ، فوقوعه له لازماً يتوقّف على إجازته .

[١] أي خذ هذا الذي ذكرناه من المطلب الدقيق .

[٢] هذا استدراك عمّا ذكره من بطلان بيع مال غيره لنفسه ، وأنّ البيع وقع للمالك ، واستدلال بأقوال الفقهاء على وقوع البيع للمباح له .

[٣] أي يظهر منهما في مسألة باب بيع الغاصب .

[٤] مفعول لقوله : « إنّ تسليط المشتري » . ملخّص ما ظهر من جماعة هو : أنّ الغاصب لو باع عيناً مغصوبة مع علم المشتري بأنّ البائع غاصب للعين ، ومع علمه هذا سلّط البائع على الثمن وأذن له في إتلافه ، فإنّ إذن المشتري الذي هو مالك للثمن للبائع الغاصب في إتلافه يكون مصحّحاً لأن يشتري الغاصب بالثمن الذي أخذه من المشتري شيئاً لنفسه ، فيكون مالكاً لما اشتراه في مقابل الثمن الذي أخذه من الغاصب ؛ لأنّ المفروض أنّ الغاصب للمثمن ليس غاصباً للثمن ، فإنّ المشتري أذن أن يتصرّف في ثمنه حتّى التصرّف المتوقّف على الملك ، وهذا يكون سبباً لأن يكون الغاصب مالكاً لكلّ ما اشتراه بإزاء الثمن الذي أخذه من المشتري ، وهذا يكون شاهداً لجواز بيع المال المباح ووقوع البيع للمباح له لا للمالك .

الغاصب على الثمن والإذن [١] في إتلافه يوجب [٢] جواز شراء الغاصب به [٣] شيئاً ، وأنّه [٤] يملك الثمن بدفعه إليه ، فليس للمالك [٥] إجازة هذا

---

[١] أي أنّ إذن المشتري في إتلاف الغاصب الثمن الذي أخذه بإزاء العين المغصوبة .

[٢] خبر لقوله : « والإذن » أي إذن المشتري في إتلاف الثمن يوجب ...

[٣] أي بإزاء الثمن الذي أخذه من المشتري .

[٤] أي الغاصب يملك الثمن بسبب دفع المشتري إيّاه إلى الغاصب ، مع العلم بكونه غاصباً للمبيع .

قال الشهيديّ ـ بعد ما ذكر المتن ـ : « وأنّه يملك المثمن بدفعه إليه » .

أقول : ضمير « أنّه » و « إليه » راجع إلى الغاصب ، وضمير « يدفعه » إمّا راجع إلى المشتري ، فيكون إضافة الدفع إليه من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ، ويكون مفعوله ـ وهو الثمن ـ محذوفاً ، أي بدفع المشتري الثمن إلى الغاصب ، وإمّا راجع إلى الثمن ، والفاعل ـ وهو المشتري ـ محذوف ، وهذه الجملة عطف على جواز شراء الغاصب به شيئاً ، أي شراء البائع الغاصب بذاك الثمن شيئاً من قبيل عطف العلّة على المعلول ، فهو بمنزلة قوله : « لأنّه » أي الغاصب يملك الثمن بدفع المشتري إيّاه إليه ، فليس لمالك الثمن ـ وهو المشتري ـ إجازة شراء الغاصب شيئاً بالثمن ؛ لأنّ الشراء بعد كون الثمن ملكاً للبائع الغاصب وخروجه عن ملك المالك الأوّل ـ وهو المشتري ـ لم يرد على مال المالك ـ أي المشتري ـ حتّى يكون له إجازته .

[٥] أي ليس لمالك الثمن ـ وهو المشتري ـ إجازة شراء الغاصب شيئاً بالثمن ؛ لأنّ الشراء من الغاصب للمثمن إنّما يكون بعد فرض كونه مالكاً للثمن بإذن

الشراء، ويظهر أيضاً [١] من محكيّ [٢] المختلف حيث استظهر [٣] من كلامه فيما [٤] لو اشترى جارية بعين مغصوبة أنّ [٥] له وطء الجارية مع علم البائع بغصبيّة الثمن [٦]، فراجع [٧].

المشتري في إتلافه، فلا مجال لإجازة المشتري لشراء الغاصب بالثمن شيئاً؛ لأنّ المفروض أنّ الثمن قد خرج عن ملكه بسبب إذنه للغاصب في إتلافه، فلا تأثير لإجازة غير المالك. وإذا كانت إباحة المشتري ماله للغاصب موجبة لصحّة بيعه تكون الإباحة المعاطاتيّة أيضاً موجبة لصحّة تصرّفاته المتوقّفة على الملك كالبيع ونحوه.

[١] أي كما يظهر من جماعة أنّ تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن يوجب أن يكون الغاصب مالكاً للثمن بحيث جاز له أن يشتري شيئاً لنفسه بإزاء الثمن المذكور، ويكون مالكاً لما اشتراه كذلك يظهر من محكيّ المختلف أنّ تسليط المشتري البائع الغاصب للثمن على الجارية يوجب تمليكها له، فيترتّب عليه صحّة وطئها.

[٢] هذا إشارة إلى أنّ المختلف لم يكن عند الشيخ، وحكى له هذا المطلب عنه.

[٣] بصيغة المجهول، أي استظهر من كلام العلّامة في المختلف.

[٤] أي في مسألة لو اشترى جارية بثمن مغصوب.

[٥] نائب فاعل لقوله: «استظهر»، أي جاز للمشتري وطئ الجارية التي اشتراها بثمن مغصوب.

[٦] لأنّ تسليط البائع المشتري الغاصب للثمن على الجارية يستلزم جواز التصرّف المتوقّف على الملك فيها، كالوطئ.

[٧] أي راجع كتاب المختلف كي تطّلع على الواقع.

ومقتضى ذلك [١] أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكيّة [٢] يوجب [٣] جواز التصرّفات المتوقّفة على الملك، فتأمّل [٤]، وسيأتي توضيحه في مسألة الفضوليّ [٥] إن شاء الله تعالى.

وأمّا الكلام في صحّة الإباحة بالعوض [٦] سواء صحّحنا إباحة التصرّفات

---

[١] أي مقتضى كلام الشهيد والعلّامة كما عرفت الحال فيهما.

[٢] بل كان التسليط المذكور على وجه الإباحة المطلقة.

[٣] خبر لقوله: «أن يكون» أي أن يكون التسليط موجباً لجواز التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، فإذا كان تسليط البائع غيره على الجارية موجباً لجواز وطئها كانت الإباحة المعاطاتيّة أيضاً موجبة له من دون فرق بينهما.

[٤] لعلّه إشارة إلى منع اقتضاء الكلمات المذكورة كون تسليط شخص غيره على ماله على وجه الإباحة موجباً لجواز التصرّف المتوقّف على الملك، وذلك لأنّ التسليط في الموارد المذكورة في الكلمات كان على نحو الملكيّة لا على نحو الإباحة المطلقة.

[٥] ويبيّن هناك أنّ تسليط الغاصب هل يوجب جواز تصرّف الغاصب المتوقّف على الملكيّة أم لا؟

[٦] إلى هنا تمّ كلامه في صحّة الإباحة بلا عوض. وأمّا الكلام في صحّتها بالعوض فهي إمّا ترجع إلى جعل العوض بإزاء العين المباحة على تقدير تلفها، وأمّا مع بقائها فلا يجب إعطاء العوض عنها، بل هي باقية على ملك المبيح يأخذها متى شاء، وما لم يأخذها تكون أمانة عند المباح له، وهذه الصورة خارجة عمّا هو مفروض الكلام في المتن.

وإمّا أن ترجع إلى جعل العوض بالفعل بإزاء العين المباحة بحيث تصير العين المباحة مباحة للمباح له، وما جعل عوضاً لها ملكاً للمبيح بأن يحصل

المتوقّفة على الملك [١] أم خصّصنا الإباحة بغيرها [٢] فمحصّله: أنّ هذا النحو من الإباحة المعوّضة [٣] ليست معاوضة ماليّة [٤] ليدخل [٥] كلّ من

الإباحة من طرف الأوّل وتمليك العوض من طرف الثاني.

[١] كالوطء والبيع والعتق ونحوها، كما صحّحناها، وبيّنّا تفصيله.

[٢] أي بغير التصرّفات المتوقّفة على الملك كما فعله بعض، وكيف كان يقع البحث في المقام في ناحيتين:

الناحية الأُولى: في صحّة الإباحة بالعوض، وأنّها معاوضة مستقلّة وعدم صحّتها.

الثانية: في أنّها هل هي لازمة مطلقاً أم لازمة من طرف المباح له، أم يحكم بجوازها مطلقاً.

أمّا الناحية الأُولى: فقد ذكر المصنّف وجوهاً ثلاثة فيها:

الوجه الأوّل: البطلان، وأشار إليه بقوله: «فمحصّله» أي ملخّص الكلام في صحّة الإباحة بالعوض.

[٣] الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك.

[٤] أي لا تقع المبادلة بين المالين والتبديل في طرفي الإضافة الماليّة لكي يدخل العوض في ملك مَن خرج المعوّض من ملكه، ويصدق عليه عنوان المعاوضة؛ لأنّ الإباحة من الأفعال فهي بما هي من الأفعال لا تكون مالاً كي تقع طرفاً للإضافة الملكيّة.

والحاصل: أنّ الإباحة لا تكون عوضاً في العقود المعاوضيّة لكي يدخل كلّ من العوضين في ملك العوض الآخر وتتحقّق المعاوضة المعاطاتيّة.

[٥] أي لتكون نتيجة الإباحة المعوضيّة دخول العوض في ملك مَن خرج

العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما [١] ملك للمبيح؛ إلّا أنّ المباح له [٢] يستحقّ التصرّف، فيشكل [٣] الأمر فيه من [٤] جهة خروجه [٥] عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً [٦] مع التأمّل [٧] في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع،

المعوّض عن ملكه ودخول المعوّض في ملك مَن خرج العوض عن ملكه.

[١] أي كلا العوضين ملك للمبيح؛ إذ المفروض أنّ المبيح لم يخرج العين عن ملكه، بل أباح التصرّف فيه، وإنّما المباح له ملّك ماله للمبيح عوضاً لإباحته، فيكون كلا المالين للمبيح، ومعه كيف تتحقّق المعاوضة التي هي تبديل طرفي الإضافة الماليّة.

[٢] أي أنّ المباح له وإن لم يكن مالكاً لما أخذه من المبيح، إلّا أنّه يجوز له تكليفاً أن يتصرّف فيما أخذه من المبيح.

[٣] أي إذا لم يصدق المعاوضة على الإباحة المعوّضة فيشكل الحكم بصحّة هذه الإباحة بحيث يكون المال من المباح له منتقلاً إلى المبيح بإزاء إباحته، أي يشكل الحكم بصحّة هذا النحو من الإباحة.

[٤] بيان لوجه الإشكال في صحّة هذا النحو من الإباحة، أي إنّما قلنا بأنّ الحكم بصحّة هذه الإباحة مشكل؛ لأنّها خارجة عن المعاوضات العرفيّة والشرعيّة فلا تشمله الأدلّة الدالّة على صحّتها.

[٥] أي يشكل الحكم بصحّة هذا النحو من الإباحة من جهة خروج هذا النحو من الإباحة.

[٦] إذ لم توجد في الشرع ولا في العرف معاوضة مركّبة من إباحة وتمليك.

[٧] وهو جواب عن سؤال مقدّر، وملخّص السؤال: هو أنّا نسلّم أنّه خارج عن المعاوضات إلّا أنّ المعاوضة بعنوانها لم ترد في موضوع الأدلّة كي يقال:

إنّ الإباحة المعوّضة خرجت عن المعاوضات فلا تكون صحيحة، ولكنّها تكون مصداقاً للتجارة عن تراضٍ، فتشمله آية التجارة عن تراضٍ، وكذا تكون مصداقاً للبيع، فيشمله دليل صحّة البيع، كقوله: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾.

والجواب عنه: أنّ صدق التجارة على الإباحة المذكورة محلّ تأمّل، فإذا كان صدق التجارة عليها محلّ تأمّل يكون صدق البيع عليها مورد تأمّل بالأوْلى، وجه الأولويّة أنّه يعتبر في المبيع أن يكون عيناً، والإباحة لا تصلح أن تكون مبيعاً.

وحاصل كلامه في بطلان الإباحة بالعوض: أنّها خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً، وفي صدق التجارة عليها، وكذا البيع تأمّل.

أقول: إنّ خروجها عن المعاوضات المعهودة لا يضرّ بكونها مشمولة لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد. ودعوى انصراف الأدلّة إلى المعاوضات المعهودة لا وجه لها لعدم المنشأ لهذا الانصراف. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّه لا يترتّب أثر لعنوان المعاوضة، فإنّها لم تؤخذ في موضوع دليل كي يبحث عن انصرافه وعدمه.

وثالثاً: لا وجه للتأمّل في صدق التجارة عليها حيث إنّها عبارة عن الاكتساب، ولا شبهة في كون الإباحة بالعوض تكسّباً وتجارة. نعم، لا يصدق عليه البيع لما بيّنّاه في أوّل الكتاب أنّ المبيع لا بدّ أن يكون عيناً، والمفروض أنّه عبارة عن الإباحة في المقام، إلّا أنّ عدم صدق البيع عليه لا يضرّها بعد كونها مشمولة لدليل التجارة، ووجوب الوفاء بالعقد، فيكون معاملة خاصّة، كما صرّح بذلك السيّد اليزديّ قدس سره[1].

(١) الحاشية: ٥٨.

إلّا [١] أن يكون [٢] نوعاً من الصلح [٣] لمناسبته [٤] له لغةً؛ لأنّه [٥]

قال سيّدنا الأُستاذ: إن قلنا بأنّ كلّ واحد يملّك إباحته في مقابل تملّك إباحة الآخر تكون المعاوضة متحقّقة، لكنّ الظاهر أنّ المقصود الإباحة في مقابل الإباحة، أي في ظرف إباحة الآخر، ومن الظاهر أنّه لا معاوضة في الصورة المفروضة؛ لأنّه وقع التقابل بين الفعلين بالمعنى المصدريّ لا العوضين، ولكنّ الظاهر من الإباحة بالعوض صدق المعاوضة، والعرف ببابك.

[١] هذا استثناء عمّا ذكره من الإشكال في صحّة هذا النحو من الإباحة، وإشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة في الإباحة بالعوض، أي الإباحة المذكورة يشكل الأمر فيها، إلّا أن تكون هي نوعاً من الصلح، فتكون صحيحة بعنوان كونها من مصاديق الصلح لا بما هي هي.

[٢] والأنسب أن يقال «تكون»، وكذا أن يقال: «لمناسبتها لها»، وكذا «لأنّها» لأنّ الضمائر كلّها راجعة إلى الإباحة بالعوض.

[٣] إذا صدق على الإباحة أنّها تكون نوعاً من الصلح فتشمله الأدلّة الدالّة على نفوذ الصلح، فتكون صحيحة بهذا العنوان.

[٤] تعليل لما ذكره من كون الإباحة المعوّضة نوعاً من الصلح، أي إنّما قلنا بأنّها نوع من الصلح لأنّها تناسب الصلح لغة، أي الإباحة بالعوض والصلح يتناسبان في المعنى اللغوي، فيمكن أن تكون هي داخلة تحت المفهوم اللغويّ للصلح، والضمير في قوله: «لمناسبة» يرجع إلى الإباحة بالعوض على تسامح وتأويل فيه، والضمير «له» يرجع إلى «الصلح».

[٥] أي إنّما قلنا بتناسب الإباحة بالعوض للصلح في اللّغة، لأنّ هذا النحو من

في معنى التسالم على أمر بناءً [١] على أنّه لا يشترط فيه لفظ الصلح، كما يستفاد [٢] من بعض الأخبار الدالّة على صحّته [٣] بقول المتصالحين: لك ما عندك ولي ما عندي»[(١)]، ونحوه [٤]

الإباحة في معنى التسالم والتراضي على أمر، فكأنّ المبيح وطرفه تراضيا أن يكون التمليك بإزاء الهبة. إذن فيصدق عليها عنوان الصلح والتراضي.

وتوضيحه: أنّ المبيح والمباح له تسالما على أن تقع الإباحة في مقابل ما ملكه المباح له، والصلح أيضاً تسالم على أمر، فتنطبق الإباحة المذكورة على التسالم، ويكون مصداقاً له.

[١] أي هذا الذي ذكرناه من كون الإباحة بالعوض نوعاً من الصلح مبنيّ على مسلك مَن يقول: بأنّه لا يعتبر في صحّة الصلح أن يكون إيجابه بلفظ خاصّ، كقوله: «صالحت» ونحوه. وأمّا بناءً على اعتبار إنشائه بلفظ خاصّ، فتكون الإباحة بالعوض خارجة عن عنوان الصلح تخصّصاً، فلا تكون هي مصداقاً للصلح وإن كانت مصداقاً للتسالم.

[٢] أي يستفاد عدم اشتراط الصلح بلفظ مخصوص، كقوله: «صالحت» من بعض الأخبار الدالّة على صحّة الصلح بغير لفظ مخصوص، كالصلح ونحوه.

[٣] أي على صحّة الصلح الواقع بلفظ «لك ما عندك ولي ما عندي»، فيفهم من وقوع الصلح بهذا اللفظ الواقع في بعض الأخبار عدم اعتبار إنشائه بلفظ مخصوص، وهو الصلح.

[٤] أي نحو بعض الأخبار في الدلالة على عدم لفظ الصلح في صحّة إنشائه

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٣، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١.

ما ورد في في مصالحة الزوجين[١]، ولو كانت [١] معاملة مستقلّة كفى فيها عموم «الناس مسلّطون على أموالهم»، و: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ».

الأخبار الدالّة على وقوع الصلح بغير لفظ مخصوص، وأنّه لا يشترط في إنشائه لفظ الصلح في باب مصالحة الزوجين.

وهو ما رواه الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً﴾[٢]، فقال: «هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ فَيَكْرَهُها فَيَقُولُ لَها: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُطَلِّقَكِ، فَتَقُولُ لَهُ: لَا تَفْعَلْ، إِنِّي أَكْرَهُ أَنْ تُشْمَتَ بِي، وَلَكِنِ انْظُرْ فِي لَيْلَتِي فَاصْنَعْ بِهَا ما شِئْتَ، وَما كَانَ سِوىٰ ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ لَكَ وَدَعْنِي عَلىٰ حَالَتِي، فَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالىٰ: ﴿فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً﴾[٣]، وَهَذَا هُوَ الصُّلْحُ»، وغير ذلك من الروايات الواردة في الباب، ولكن مع ذلك إنّ المعاملة المذكورة لا تكون صلحاً ولو لم نعتبر لفظاً مخصوصاً فيه، فإنّها مغايرة لمفهوم الصلح كما عرفت سابقاً، ومجرّد التسالم لا يجعلها من مصاديق المصالحة، وإلّا لزم إرجاع جميع العقود إلى الصلح لوجود التسالم فيه، وهو كما ترى، وقد أشبعنا الكلام فيه في باب تمييز البائع عن المشتري.

[١] إلى هنا تمّ كلامه في الوجه الثاني من الوجوه المذكورة في الإباحة بالعوض، ومن هنا شرع في ذكر الوجه الثالث، وهو أن تكون هي معاملة مستقلّة، وأشار إليه بقوله: «ولو كانت معاملة مستقلّة».

وملخّص كلامه هو: أنّه لو قلنا بأنّ الإباحة بالعوض معاملة مستقلّة في

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٥، الباب ١١ من أبواب القسم والنشوز والشقاق، الحديث ١.
(٢) و (٣) النساء ٤: ١٢٨.

مقابل سائر المعاملات المعهودة كفى لإثبات صحّتها الحديثان المذكوران في المتن.

أقول: أمّا الاستدلال بدليل السلطنة فعلى المختار واضح، حيث ذكرنا سابقاً أنّه لا محذور في كونه في مقام تشريع الأحكام، كما هو ظاهر شأن الشارع. وأمّا على مبنى المصنّف ﷺ ومَن تبعه ـ كالأستاذ الأعظم ـ من كونه ناظراً إلى التصرّفات المشروعة، ولذا لم يتمسّكوا به على صحّة المعاطاة، فلا يجوز التمسّك هنا أيضاً؛ إذ الكلام في صحّة الإباحة بالعوض على فرض كونها معاملة مستقلّة، والفرق بينها وبين المعاطاة بعدم جواز التمسّك به هناك دون المقام لا وجه له. وما أفاده المحقّق الأصبهانيّ ﷺ بأنّ الغرض هنا أنّ هذا النوع من السلطنة ثابت له شرعاً لا إثبات سببيّة سبب مشكوك للتصرّف الثابت شرعاً كما في المعاطاة لا يفيد للمقام؛ إذ التمسّك بالحديث المذكور لبيان صحّة المعاملة المذكورة وإثبات مشروعيّته، وهي غير ثابتة مع قطع النظر عن هذا الدليل، والمفروض عدم كونه مشرّعاً على مبنى القوم.

والاستدلال على حديث السلطنة مبنيّ على صدق الشرط على الشروط الابتدائيّة، وهو غير تامّ، كما أفاده سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) وكتبنا في محلّه[1]. إلى هنا تمّ كلامنا في الناحية الأُولى.

وأمّا الناحية الثانية وهي الكلام في لزومها بعد الفراغ عن صحّتها، إمّا لأجل صدق عنوان الصلح عليها، أو لأجل كونها معاملة مستقلّة، فأشار إليها المصنّف ﷺ بقوله: «ففي لزومها مطلقاً...».

(١) دراساتنا: ٤: ٢١.

وعلى تقدير الصحّة [١] ففي لزومها [٢] مطلقاً لعموم «الْـمُؤْمِنُونَ عِـنْدَ شُرُوطِهِمْ» أو من [٣] طرف المباح له حيث [٤] إنّه [٥] يخرج ماله عن ملكه دون [٦] المبيح، حيث [٧] إنّ ماله باقٍ على ملكه، فهو [٨] مسلّط عليه،

---

[١] أي على تقدير صحّة الإباحة بالعوض بأن كانت معاملة مستقلّة مشمولة لأدلّة صحّة العقود، ففي لزومها مطلقاً أو لزومها من طرف المباح له فقط، أو عدم لزومها وجوه.

[٢] أي ففي لزوم الإباحة بالعوض مطلقاً، أي من طرف المبيح والمباح له.

[٣] أي لزوم الإباحة بالعوض من طرف المباح له فقط دون المبيح.

[٤] تعليل لما ذكره من كون الإباحة بالعوض لازماً من طرف المباح له فقط، أي إنّما قلنا بكون الإباحة بالعوض لازماً من طرف المباح له؛ لأنّ التمليك حصل من طرفه فقط، وأمّا المبيح فإنّ ماله باقٍ على ملكه فهو مسلّط عليه ولم يحصل النقل والانتقال في ملكه كي يقال: بأنّه لا يجوز له أن يعيد ما انتقل عن ملكه إلى ملكه.

[٥] أي المباح له يخرج ماله عن ملكه ويدخل في ملك المبيح فتنقطع العلاقة الملكيّة بينه وبين ملكه، ودخوله مرّة ثانية في ملكه يحتاج إلى دليل.

[٦] أي لا تكون لازمة من طرف المبيح.

[٧] تعليل لعدم كون الإباحة لازمة من طرف المبيح.

وملخّصه: أنّ مال المبيح لم يخرج من ملكه ولم يدخل في ملك غيره كي يقال: إنّ ما خرج من ملكه لا يدخل فيه مرّة ثانية، وتكون الإباحة لازمة، بل إنّ مال المبيح باقٍ على ملكه.

[٨] أي المبيح مسلّط على ملكه ولم يخرج عن تحت سلطته كي يقال: إنّه

أو جوازها [١] مطلقاً، وجوه [٢]، أقواها [٣] أوّلها، ثمّ أوسطها [٤].

وأمّا حكم الإباحة [٥] بالإباحة، فالإشكال فيه [٦] أيضاً يظهر ممّا ذكرنا في سابقه [٧].

لا يرجع إلى ملكه، ويكون ما أخرجه عن ملكه بالإباحة لازماً.

إن شئت فقل: إنّ عدم اللّزوم من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

[١] أي جواز الإباحة بالعوض من طرف المبيح والمباح له.

[٢] أي ففي لزومها مطلقاً، أو لزومها من طرف المباح له، أو جوازها مطلقاً، وجوه ثلاثة، كما عرفت تفصيلها.

[٣] أي أقوى الوجوه أوّلها، وهو اللّزوم مطلقاً؛ لأنّ المفروض أنّها عقد مستقلّ مشمول للعمومات أو الإطلاقات الدالّة على لزوم العقد.

[٤] أي اللّزوم من طرف المباح له فقط؛ لما ذكره في المتن. هذا كلّه في الإباحة بالعوض.

[٥] أي حكم الإباحة بإزاء الإباحة بأن أباح زيد ماله لعمرو وأباح عمرو ماله لزيد، وهذا إشارة إلى القسم الرابع من أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين.

[٦] أي في هذا النحو من الإباحة.

[٧] أي في الإباحة بالعوض، حيث قلنا بعدم كونها معاوضة معهودة، فلا تشمله الأدلّة الدالّة على صحّة المعاوضات ولزومها؛ وذلك لانصراف الأدلّة عن مثل هذه الإباحة والإباحة بالعوض المذكورة سابقاً، وقد ذكر المصنّف ﷺ في السابق بقوله: «فيشكل الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة».

أفاد المحقّق الأيروانيّ ﷺ[١]: الظاهر أنّه لا ينبغي الإشكال في اللّزوم من جانب المملّك لأصالة اللّزوم، وأمّا من جانب المبيح فإنّها لازمة تكليفاً وجائزة وضعاً، أمّا اللّزوم فبقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، وأمّا الجواز الوضعيّ فلأنّ جواز التصرّف من المباح له بعد رجوع المبيح خلاف دليل السلطنة، ودليل «لا يحلّ».

والحقّ هو اللّزوم مطلقاً بعين الدليل الذي ذكره على اللّزوم التكليفيّ وهو قوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فإنّه يدلّ على الحكم الوضعيّ، كما أفاده سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه)[٢].

وأمّا قوله: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» وإن كان دالّاً على الحكم التكليفيّ، إلّا أنّه أجنبيّ عن المقام، كما عرفت آنفاً؛ إذ الاستدلال به في المقام يبتني على صدق الشرط على الشروط الابتدائيّة، وهو خلاف التحقيق.

وأمّا قوله: «جواز التصرّف من المباح له» خلاف دليل السلطنة، ولا يحلّ.

فيرد عليه: أنّه يبتنى على حلّ العقد برجوع المبيح، وهو أوّل الكلام، ولا يستفاد من دليل السلطنة أنّ له ردّ الإضافة، وحلّ العقد.

إن قلت: إنّ الإباحة من العقود الإذنيّة فبقاؤها ببقاء الإذن فمع فسخها لا إباحة ولا إذن.

قلت: إنّ الإباحة قد تستند إلى إذن المالك ورضاه، وقد تستند إلى العقد على الإباحة، فعلى الأوّل فالأمر كما ذكرت.

---

(١) الحاشية: ٨٦.

(٢) دراساتنا: ٤: ١٤.

والأقوى فيها [١] أيضاً الصحّة واللّزوم، للعموم [٢] أو الجواز [٣] من الطرفين [٤]؛ لأصالة [٥] التسلّط.

وأمّا على الثاني فإنّها قابلة للّزوم وليس للمبيح ردّ تلك الإضافة. نعم، له أن يرفع الإباحة برفع موضوعها بأن يتصرّف في نفس المال تصرّفاً متلفاً، كأن أكل ما أباحه، فإنّه يوجب انتفاء موضوع تلك الإضافة الحاصلة بالعقد.

وممّا ذكرنا عرفت ما في قوله: «لأصالة التسلّط»؛ إذ مع وجود دليل لا تصل النوبة إليها.

[١] أي في الإباحة بالإباحة أيضاً الصحّة واللّزوم، كما كان كذلك في الإباحة بالعوض.

[٢] أي لعموم: «**الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» و «**﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾**».

[٣] أي جواز هذا النحو من العقد المعاطاتيّ.

[٤] أي من طرف المبيح والمباح له.

[٥] أي الاستصحاب بقاء سلطنة كلّ منهما على ماله، فيتمكّن من أن يأخذه من الآخر.

بتقريب: أنّ كلّاً منهما كان مسلّطاً على ماله قبل إباحته للآخر، ونشكّ في بقاء سلطنته فيه بعد إباحة كلّ منهما ماله للآخر، فيستصحب بقاؤها، ويفهم من هذه العبارة أنّ المصنّف جازم بصحّتها ومتردّد في جوازها ولزومها.

«التحقيق»

أقول: أوّلاً: نذكر ملخّص كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ، وهو أنّ البحث في الإباحة بالعوض يقع في مقامين:

الأوّل: في صحّتها. وقد نوقش فيها بأنّها خارجة عن المعاوضات المتعارفة المعهودة شرعاً وعرفاً على أنّه يتأمّل في صدق عنوان التجارة عليها فضلاً عن البيع.

نعم، يمكن أن يقال: إنّها معاملة مستقلّة يمكن الاستدلال على صحّتها بدليل السلطنة، ودليل وجوب الوفاء بالشرط.

ويمكن أن يقال أيضاً: إنّها نوع من الصلح؛ لأنّ الصلح هو التسالم، ومن البيّن أنّ ما نحن فيه مصداق للتسالم.

إن قلت: إنّ الإباحة في المقام لم تنشأ بلفظ الصلح كي يكون مصداقاً له.

قلت: لا يشترط في المصالحة أن ينشأ بلفظ الصلح، بل قام دليل على خلافه، كقول أحد الشريكين في الرواية المتقدّمة لصاحبه: «لك ما عندك ولي ما عندي»، فإنّ الأصحاب حملوه على المصالحة، وفهموا منه إرادتها.

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم[1]: بأنّ الإباحة بالعوض خارجة عن حدود الصلح بداهة أنّها مغايرة لمفهومه، ومجرّد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة، وإلّا لزم إرجاع جميع العقود حتّى النكاح إلى الصلح. ثمّ شرع في بيان أقسام الإباحة بالعوض بقوله: إنّ الإباحة بالعوض تتصوّر على وجوه شتّى:

الأوّل: أن تكون الإباحة مشروطة بالتمليك بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله، فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فبقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيح، وإن كان ذلك من قبيل شرط النقل فيجب عليه التمليك لوجوب الوفاء بالشرط.

وفيه: أنّ ما ذكره من انتقال المال إلى المبيح بمجرّد قبول المباح له مبنيّ على

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٩٠.

صحّة شرط النتيجة، وهو محلّ كلام.

الثاني: أن تكون الإباحة معلّقة بالتمليك بأن يبيح ماله لزيد إذا ملّكه زيد ماله، وأنّ الإباحة هنا بمنزلة الحكم وما علقت الإباحة عليه بمنزلة الموضوع، فإذا تحقّق الموضوع وهو تمليك المباح له ـ وهو زيد في المثال ـ ماله للمبيح تثبت الإباحة.

الثالث: أن يكون التمليك عنواناً للإباحة بأن يقول: «أبحت مالي ممّن يملّكني عشرة دنانير».

وقد ظهر حكم هذا الوجه من سابقه، فلا وجه للإعادة.

الرابع: أن يبيح ماله لزيد مثلاً بداعي أن يملّك زيد ماله إيّاه، وهو غير داخل في حريم الإباحة بالعوض؛ لأنّ الإباحة وقعت بإزاء الداعي، وهو لا يصلح أن يكون عوضاً، ولذا لا يضرّ تخلّفه في المعاوضات وغيرها.

الخامس: أن يجعل نفس الإباحة عوضاً في المعاملة بأن يقول: «بعتك هذا الكتاب بإزاء أن تبيحني كتابك الآخر»، وهذا لا شبهة في صحّته ولزومه؛ لأنّها عقد من العقود، فتشمله العمومات الدالّة على لزومها وصحّتها.

ربّما يقال: إنّ الإباحة ممن قبيل الأفعال، وهي لا تصلح أن تكون عوضاً في العقود.

وأجاب عنه الأستاذ الأعظم بأنّ عمل الحرّ وإن لم يكن مبيعاً، ولكن يصحّ جعله عوضاً. إذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره المصنّف من التأمّل في صدق التجارة عن تراضٍ على الإباحة المعوّضة.

وأمّا الاستدلال على الصحّة بقوله: «**الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» فلا يتمّ؛ لأنّ الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين، ومن الواضح أنّ الشروط الابتدائيّة لا يصدق

عليها عنوان الشرط ، فلا تشمله الرواية .

وثانياً: أنّه ليس المراد من الالتزام في قوله : «**الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» هو الالتزام الوضعيّ ، بأن يكون معناه أنّ ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه ، بل المراد من ذلك إنّما هو الالتزام التكليفيّ ، أي يجب على كلّ مؤمن الوفاء بشرطه ، فلا ربط له بالدلالة على صحّة العقود .

السادس: الإباحة بإزاء الإباحة بأن يقصد كلّ من المتعاطيين إباحة ماله بإزاء إباحة الآخر ماله إيّاه ، فتقع المبادلة بين الإباحتين ، فهذه المبادلة داخلة تحت عنوان العقد ، فتشمله العمومات الدالّة على صحّة العقود ولزومها .

وقال المحقّق النائينيّ ﷺ : « لا دلالة لفظيّة أو فعليّة على إنشاء العنوان ولا سياقيّة ، فكيف يقال إنّها عقد » .

ثمّ قال : « لا يمكن التمسّك لصحّتها بقوله تعالى : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ ولا بقوله : ﴿**تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ**﴾ .

أمّا الأوّل فلأنّها إذا وقعت بالفعل فلا تكون عقداً ، وإن وقعت بالقول ، فلا تكون من العقود المتعارفة حتّى يكون قوله سبحانه وتعالى إمضاءً لها .

وأمّا الثاني فلأنّ التجارة وإن كانت مطلق التكسّب ، إلّا أنّه لا بدّ أن يكون التكسّب من الطرفين والمباح له لم يكتسب ملكاً ومطلق استيفاء المنافع ليس تكسّباً » .

وقال سيّدنا الأُستاذ : « إنّ عنوان التجارة لا يشمل غير البيع ، ولا أقّل من الشكّ فيه » .

أقول: العمدة في المقام دليل وجوب الوفاء بالعقد ، وما ذكره الميرزا من أنّ الإباحة بالعوض لو وقعت بالفعل فلا تكون عقداً ، وإن وقعت بالقول فلا تكون

جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات وعدمه

الأمر الخامس [١]: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود [٢] وعدمه [٣]. اعلم أنّه ذكر المحقّق الثاني ﷺ في جامع المقاصد على ما حُكي [٤] عنه أنّ في كلام بعضهم [٥] ما يقتضي [٦] اعتبار المعاطاة في الإجارة [٧]، وكذا [٨] في الهبة؛

من العقود المتعارفة، ممّا لا ينبغي صدوره من مثله لما حقّق في محلّه من أنّ العقد أعمّ من القوليّ والفعليّ، وأنّ التعارف الخارجيّ لا يوجب الإنصراف.

[١] أي الأمر الخامس من الأُمور التي ذكرها المصنّف بقوله: «وينبغي التنبيه على أُمور».

[٢] كالإجارة والهبة والنكاح وغيرها.

[٣] أي في حكم عدم جريان المعاطاة في غير البيع، أي هل حكمه جواز جريان المعاطاة أو عدمه؟

[٤] الحاكي جماعة من الفقهاء، كالسيّد العامليّ في مفتاح الكرامة، وصاحب الجواهر والشهيد الثاني ﷺ.

[٥] ربّما يقال: إنّ المراد به العلّامة ﷺ في التذكرة.

[٦] وفيه إشارة إلى عدم صراحة كلام العلّامة ﷺ في جريان المعاطاة في الإجارة والهبة. نعم، يفهم ذلك من عبارته.

[٧] كما إذا أعطى سكنى داره بإزاء مال من دون أن يتلفّظ بالإيجاب والقبول.

[٨] أي كذا في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الهبة، كما لو أعطى شخصاً درهماً بعنوان الهبة، ودلّت القرائن على إرادة الهبة من الإعطاء من

وذلك [١] لأنّه إذا أمره بعمل على عوض معيّن فعمله [٢] استحقّ [٣] الأُجرة، ولو كانت هذه [٤] إجارة فاسدة لم يجز له [٥] العمل ولم يستحقّ [٦] الأُجرة مع علمه بالفساد، وظاهرهم [٧] الجواز بذلك،

دون أن يتلفّظ بشيء يدلّ عليها.

[١] أي توضيح وجه اعتبار المعاطاة في الإجارة والهبة، أي إنّما قلنا بجريان المعاطاة في الإجارة؛ لأنّ الآمر إذا أمر المأمور بعمل ـ كالخياطة ـ على عوض معيّن كعشرة توامين.

[٢] الضمير الفاعل المستتر يرجع إلى المأمور، والضمير المفعول يرجع إلى العمل، أي عمل المأمور العمل، كما إذا خاط الثوب المأمور بخياطته.

[٣] أي استحقّ العامل الأُجرة مع أنّ الإجارة المذكورة كانت خالية عن الإيجاب والقبول اللّفظيّين، كقوله: «آجرتك» من المؤجّر، و«قبلت» من الأجير، وإنّما كانت مركّبة من الأمر بالخياطة من الآمر، والخياطة من المأمور.

[٤] أي لو كانت الإجارة المعاطاتيّة المذكورة آنفاً إجارة فاسدة.

[٥] أي لم يجز للمأمور العمل كالخياطة لأنّه يكون تصرّفاً في مال الغير.

[٦] أي لم يستحقّ العامل الأُجرة على عمله هذا لا أُجرة المسمّى، ولا أُجرة المثل، أمّا عدم استحقاقه الأُجرة المسمّاة فلعلمه بفساد الإجارة، وأمّا عدم استحقاقه لأُجرة المثل فلأنّه مع علمه بفساد الإجارة قد أقدم على ضرر نفسه وهتك حرمة عمله.

نعم، إذا كان جاهلاً بالفساد استحقّ أُجرة المثل لاحترام عمل المسلم.

[٧] كلمة «واو» حاليّة، أي أنّ ظاهر كلمات الأصحاب جواز عمل الأجير بما أمره الآمر حتّى فيما لو كان العمل بما أمره مستلزماً للتصرّف في مال الآمر

وكذا [١] لو وهب [٢] بغير عقد، فإنّ ظاهرهم [٣] جواز الاتلاف ولو كانت [٤] هبة فاسدة لم يجز، بل منع [٥] من مطلق التصرّف، وهو [٦] ملحظ وجيه، انتهى [٧].

وفيه [٨]:

المستأجر، وهذا يكون كاشفاً عن التزامهم بصحّة الإجارة المعاطاتيّة.

[١] أي كما أنّ ظاهر الأصحاب صحّة الإجارة المعاطاتيّة كذلك ظاهرهم صحّة الهبة المعاطاتيّة.

[٢] أي لو وهب شخص ديناراً هبة معاطاتيّة التي هي مركّبة من الإعطاء والأخذ.

[٣] أي ظاهر الأصحاب جواز إتلاف الدينار الموهوب بأن يشتري به شيئاً.

[٤] أي لو كانت الهبة المعاطاتيّة هبة فاسدة لم يجز للموهب له إتلاف الموهوب؛ لأنّه يكون إتلاف مال الغير.

[٥] بصيغة مجهولة، أي لو كانت الهبة المعاطاتيّة فاسدة لمنع من مطلق التصرّف في الموهوب وإن لم يكن إتلافاً له؛ لأنّ التصرّف في مال الغير غير جائز مطلقاً.

[٦] أي ما كان ظاهر الأصحاب من جواز الاتلاف يكون ملاحظة جيّدة.

[٧] أي انتهى كلام المحقّق ﷺ في جامع المقاصد.

[٨] من هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ في الإيراد على ما ذكره المحقّق، فأورد عليه بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «إنّ معنى جريان المعاطاة...»، حاصل كلامه في ردّ المحقّق الثاني ﷺ في الإجارة هو: أنّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة أن يكون المستأجر مالكاً لعمل الأجير، وأن يكون

أنّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقّق [١] الثاني الحكم [٢] بملك المأمور الأجر المعيّن على الآمر، وملك الآمر العمل المعيّن على المأمور به [٣]، و [٤] لم نجد من صرّح به في المعاطاة، وأمّا

الأجير مالكاً للأجر المعيّن؛ لأنّ المعاطاة تفيد الملك على مذهب المحقّق الثاني، مع أنّ الآمر ليس مالكاً لعمل الأجير؛ لأنّ للمأمور أن لا يعمل بما أمره الآمر، فأمر الآمر وعمل المأمور ليس داخلاً في باب الإجارة المتعارفة، ولم نجد مَن صرّح بكون الآمر مالكاً للعمل والمأمور مالكاً للأُجرة، ومعه كيف نسب المحقّق إلى بعض الفقهاء جريان المعاطاة في الإجارة.

والحاصل: أنّ ما أفاده المحقّق الثاني من أنّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة؛ وذلك لأنّه إذا أمره بعمل على عوض معيّن فعمله استحقّ الأُجرة غير وجيه؛ لأنّ هذا غير داخل في الإجارة المعاطاتيّة، وإنّما يدخل في باب استيفاء العمل بالأمر المعامليّ الموجب للضمان الواقعيّ لا المسمّى.

[١] الذي لا يقول بالإباحة في المعاطاة، بل يقول بالملكيّة المتزلزلة.

[٢] خبر لقوله: «إنّ معنى ...»، أي معنى جريان المعاطاة في الإجارة، وكون المقام ـ وهو ما إذا أمره بعمل على عوض معيّن ـ من مصاديق الإجارة الحكم بكون المأمور مالكاً للأُجرة على ذمّة الآمر، وكون الآمر مالكاً للعمل المعيّن في ذمّة المأمور.

[٣] أي على المأمور بالعمل المعيّن.

[٤] كلمة «واو» للحاليّة، أي والحال أنّا ما وجدنا أحداً يصرّح بكون المأمور مالكاً للأجير المعيّن، وملك الآمر العمل المعيّن، ومعه كيف نسب المحقّق ذلك إليهم بقوله: «إنّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة».

قوله [١]: لو كانت إجارة فاسدة لم يجزله [٢] العمل فموضع [٣] نظر؛ لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه [٤] عن العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرّفاً في عين من أموال المستأجر [٥].

وقوله [٦]: لم يستحقّ أُجرة مع علمه بالفساد ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت

---

[١] **الوجه الثاني**: ما أشار إليه بقوله: «وأمّا قوله...». **وملخّصه**: أنّ المحقّق استظهر صحّة الإجارة المعاطاتيّة من قوله: «بأنّها لو كانت باطلة لم يجز للمأمور أن يعمل بمقتضى الإجارة بأنّ يتصرّف في ثوب الآمر بخياطته لكونه تصرّفاً في ملك الغير بلا إذن منه، وهو غير تامّ، وذلك لعدم وجود الملازمة بين صحّة الإجارة وجواز التصرّف وبين فسادها وبين عدم جواز التصرّف؛ لأنّ فساد الإجارة غير مانع عن عمل الأجير تبرّعاً؛ لإمكان وجود إذن المالك ولو مع فساد الإجارة على سبيل تعدّد المطلوب.

[٢] أي لم يجز للمأمور العمل لكونه تصرّفاً في مال الغير.

[٣] جواب لقوله: «وأمّا قوله...».

[٤] أي منع العامل عن العمل بمقتضى المعاملة؛ لأنّ فساد الإجارة لا ينافي وجود الإذن في التصرّف في ماله. اللّهمّ إلّا أن يكون الإذن مقيّداً بالإجارة بحيث يكون منتفياً بانتفائها.

[٥] كما إذا أمره بكنس المسجد أو تعمير المدرسة بعوض، فإنّ بطلان الإجارة في مثل هذين الموردين لا يوجب تصرّفاً في مال الغير؛ لعدم كون المسجد أو المدرسة ملكاً للمستأجر كي يقال بعدم جواز التصرّف في ماله عند بطلان الإجارة لكونه تصرّفاً في مال الغير من دون مجوّز شرعيّ.

[٦] **الوجه الثالث**: ما أشار إليه بقوله: «لم يستحقّ أُجرة...».

وملخّصه: أنّ ما ذكره المحقّق وجهاً لجريان المعاطاة في الإجارة بأنّه لو كانت

أُجرة المثل [١]؛ لأنّه [٢] لم يقصد التبرّع، وإنّما قصد [٣] عوضاً لم يسلّم [٤] له. وأمّا مسألة [٥] الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب

الإجارة المعاطاتيّة باطلة لم يستحقّ المأمور أُجرة مع علمه بفساد الإجارة المعاطاتيّة ليس بتامّ؛ لأنّ مجرّد علم المأمور بفساد الإجارة المعاطاتيّة لا يكون مانعاً عن استحقاق الأُجرة؛ وذلك لقاعدة احترام عمل المسلم، فإنّها تقتضي استحقاق أُجرة المثل. نعم، يوجب عدم استحقاقه الأُجرة المسمّاة.

[١] لما عرفت من قاعدة احترام عمل المسلم المقتضية لثبوت أُجرة المثل.

[٢] أي إنّما قلنا بثبوت أُجرة المثل؛ لأنّ العامل لم يقصد أن يعمل للآمر تبرّعاً كي لا يستحقّ أُجرة ولو أُجرة المثل.

[٣] أي إنّما قصد العامل العوض المسمّى بإزاء عمله.

[٤] مضارع مجهول من باب التفعيل، أي قصد عوضاً لا يصحّ تسليمه للعامل؛ وذلك لبطلان الإجارة. **وملخّصه**: أنّ العامل لم يقصد أن يعمل تبرّعاً كي لا يستحقّ الأُجرة عند العلم ببطلان الإجارة، بل إنّه قصد العوض المسمّى، وحيث إنّه لا يصحّ التسليم له عند العلم ببطلان الإجارة، وإنّما يسلّم له أُجرة المثل.

[٥] أي أمّا جريان المعاطاة في الهبة فقال المحقّق الثاني في وجهه: أنّ ظاهر كلمات الأصحاب جواز إتلاف العين الموهوبة، ومن الواضح أنّ جواز الإتلاف من آثار صحّة الهبة المعاطاتيّة؛ إذ لو كانت فاسدة لكانت العين الموهوبة باقية على ملك الواهب ولم يكن إتلافه جائزاً للمتّهب.

وأجاب عنه شيخنا الأعظم ﷺ: بأنّ حكم بعض الأصحاب بجواز

لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها[١]، إلّا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة[٢]، فإنّ[٣] جماعة كالشيخ والحلّيّ والعلّامة صرّحوا بأنّ إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، لكنّ[٤] المحقّق الثاني ﷺ ممّن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجرّدة.

إتلاف العين الموهوبة لا يكون كاشفاً عن جريان المعاطاة في الهبة، وكونها مملّكة؛ لأنّ جواز إتلاف العين ليس لازماً مساوياً لكون المعاطاة مملّكة، بل إنّه لازم أعمّ لها؛ لإمكان بطلان الهبة المعاطاتيّة، وجواز إتلاف العين الموهوبة يكفيه الإباحة المالكيّة.

وإن شئت فقل: إنّ جواز الإتلاف لازم لكلّ من الملك والإباحة المالكيّة، وعليه فلا يكشف عن صحّة المعاطاة؛ لأنّ الأعمّ لا يصلح لإثبات الأخصّ.

[١] أي في الهبة بأن يكون الموهوب ملكاً للمتّهب؛ لما عرفت من أنّ جواز الإتلاف أعمّ من الملك الحاصل بالمعاطاة، بل كما يترتّب عليه كذلك يترتّب على الإذن المالكيّ.

[٢] بناءً على هذا القول أنّ جواز إتلاف العين الموهوبة بالهبة المعاطاتيّة يدلّ على جريان المعاطاة في الهبة؛ لأنّه لازم مساوٍ للمعاطاة بناءً على هذا القول.

[٣] من هنا شرع في إثبات وجود القائل بالإباحة في الهبة المعاطاتيّة، فإنّ جماعة من الفقهاء يقولون بعدم إفادة الهديّة المعاطاتيّة الملك، وإنّما تفيد الإباحة فقط، فعلى مبناهم يكون جواز إتلاف الهديّة دليلاً على جريان المعاطاة فيها.

[٤] استدراك من الحكم في المستثنى، وهو دلالة المستثنى على جريان المعاطاة في الهبة على القول بالإباحة بقوله: «إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة»، أي إنّ جواز إتلاف العين الموهوبة يدلّ على جريان المعاطاة في الهبة على القول بالإباحة فيها لكنّ المحقّق ممّن لا يرى ذلك، وإنّما يرى أنّ المعاطاة عند

وتوقّف[١] الملك في الهبة على الإيجاب والقبول كاد[٢] أن يكون متّفقاً

القائلين بصحّتها تفيد الملك ولا تفيد الإباحة كي يدلّ جواز الإتلاف على جريان المعاطاة فيها.

[١] هذا إشكال ثانٍ على المحقّق. **وملخّصه**: أنّ المحقّق كيف نسب إلى بعض الأصحاب بأنّ مقتضى كلام بعضهم جريان المعاطاة في الإجارة والهبة، وأنّها تفيد الملك فيهما، مع أنّه يظهر من المسالك أنّ توقّف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول اللّفظيّين قريب بأن يكون إجماعيّاً، ومع قيام الشهرة المتقاربة بالإجماع على عدم إفادة المعاطاة الملك. كيف نسب المحقّق إلى بعض الأصحاب إفادة الهبة المعاطاتيّة الملك، فإنّه لا أقلّ خلاف المشهور إن لم يكن خلاف الإجماع.

فتلخّص: أنّ إيراد المصنّف ﷺ على جريان المعاطاة في الإجارة يكون على ثلاثة وجوه، وقد عرفتها، وعلى جريانها في الهبة يكون على وجهين:

الوجه الأوّل: أنّ استظهاره من كلام بعض الأصحاب جريان المعاطاة المملّكة في الهبة غير تامّ؛ لعدم كون جواز إتلاف العين الموهوبة لازماً مساوياً لصحّة الهبة.

الوجه الثاني: أنّ ما نسبه المحقّق الكركيّ ﷺ إلى بعض الأصحاب من إفادة الهبة المعاطاتيّة للملك لا واقع له؛ لما عرفت من دعوى الشهرة، بل الإجماع على توقّف الملك في الهبة على الصيغة اللفظيّة، وعدم كون المعاطاة فيها مفيدة للملك.

[٢] وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ الاتّفاق لم يتحقّق على اعتبار الإيجاب والقبول في الهبة، بل هو قريب بالاتّفاق، أي القول بتوقّف الملك على الإيجاب والقبول قريب بأن يكون متّفقاً عليه.

عليه ،كما يظهر[١] من المسالك. وممّا ذكرنا[٢] يظهر المنع في قوله[٣]: بل مطلق التصرّف، هذا[٤]، ولكنّ الأظهر[٥] بناء على جريان المعاطاة في البيع جريانها[٦] في غيره من الإجارة والهبة؛ لكون[٧] الفعل مفيداً للتمليك فيهما.

وظاهر[٨] المحكيّ عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره[٩]،

---

[١] أي يظهر كونه كاد أن يكون متّفقاً عليه من مسالك الشهيد ﷺ.

[٢] أي ممّا ذكرنا في منع عدم جواز الإتلاف لو كانت هبة فاسدة من إمكان استناد جواز الإتلاف إلى إفادة المعاطاة الإباحة لا الملك.

[٣] أي يظهر المنع في قول المحقّق حيث قال: انّ الهبة لو كانت فاسدة لمنع من مطلق التصرّف في الموهوب. **ووجه الظهور**: أنّ فساد الهبة وعدم كونها مملّكة لا يمنع من التصرّف في الموهوب بعد حصول إباحة التصرّف بالمعاطاة. نعم، بناءً على هذا القول يمنع فساد الهبة عن التصرّف المتوقّف على الملك.

[٤] أي خذ ما ذكرنا في تحقيق كلام جامع المقاصد.

[٥] هذا رجوع عمّا أورده على بعض الفقهاء والمحقّق الثاني ﷺ، وبيان لموافقته معهم في جريان المعاطاة في الإجارة والهبة.

[٦] أي جريان المعاطاة في غير البيع أيضاً.

[٧] أي إنّما قلنا بجريان المعاطاة في الإجارة والهبة أيضاً؛ لأنّ الفعل كما يصلح أن يكون مفيداً للتمليك في البيع كذلك يصلح أن يكون مفيداً للتمليك في الإجارة والبيع وذلك لوحدة المناط في الجميع.

[٨] هذا وجه ثانٍ لجريان المعاطاة في غير البيع أيضاً.

[٩] أي غير البيع من الهبة والإجارة وغيرهما. **وملخّصه**: التمسّك بالإجماع

حيث [١] قال في باب الرهن: إنّ الخلاف [٢] في الاكتفاء فيه [٣] بالمعاطاة والاستيجاب [٤] والإيجاب عليه [٥]

المركّب لإثبات جريان المعاطاة في غير البيع، بدعوى أنّه لم يفصّل أحد بين البيع وغيره في جريان المعاطاة، فكلّ مَن قال بجريان المعاطاة في البيع، قال به في غيره، وكلّ مَن لم يقل به في البيع لم يقل بـه فـي غـيره أيـضاً. إذن فالمثبت لجريان المعاطاة في البيع والنافي له يتّفقان بعدم الفرق بين البـيع وسائر العقود في جريان المـعاطاة، وعـدم القـول بـالفصل لبّـه يـرجـع إلى الإجماع المركّب من المثبت والنافي على جريان المعاطاة في جميع العقود.

[١] أشار إلى وجه ظهور كلام التذكرة في عدم القـول بـالفصل، أي حـيث قـال العلّامة ﷺ في باب الرهن من التذكرة.

[٢] أي إنّ الخلاف المذكور في البيع في أنّه هل يكتفى فيه بالمعاطاة أم لا، آت في الرهن أيضاً. وأنت ترى أنّ ظاهر هذا الكلام المحكي عن التذكرة عـدم الفرق بين البيع وغيره في جريان المعاطاة وعدمه، فكلّ مَن قال بجريانها في البيع قال بجريانها في غيره أيضاً، وهذا هو المعبّر عنه بالإجماع المركّب.

[٣] أي الاكتفاء في البيع بالمعاطاة وعدمه.

[٤] أي الاكتفاء في البيع بالاستيجاب، وهو طلب المشتري مـن البـائع البـيع، ويقول: بعني هذا الكتاب.

[٥] أي إجابة البائع للمشتري على استيجابه بأن يقول: بعتك، فيكون البيع محقّقاً بالاستيجاب والإيجاب مكـان الإيـجاب والقـبول، أي الخـلاف فـي كـفاية الاستيجاب والإيجاب في البيع آتٍ في الرهن أيضاً، فمن يقول بكفايتهما في البيع يقول بها في الرهن أيضاً، ومن يقول بـعدم كـفايتهما فـي البـيع يـقول بعدمها في الرهن أيضاً، فيفهم من كلامه هذا أيضاً عدم القول بالفصل بـين

المذكور[١] في البيع آتٍ هنا، انتهى. لكن استشكله[٢] في محكيّ جامع المقاصد بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا[٣].

ولعلّ[٤] وجه الإشكال[٥] عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها[٦] هناك إمّا مفيدة للإباحة أو الملكيّة

البيع وغيره من العقود.

[١] صفة لقوله: «الخلاف»، أي الاختلاف المذكور بين الفقهاء في البيع آتٍ في الرهن أيضاً.

[٢] أي استشكل في كلام التذكرة المحقّق في العقود في جريان المعاطاة فيها، بدعوى: أنّ الإجماع قائم على جريان المعاطاة في خصوص البيع، وأمّا الرهن فلم يثبت الإجماع فيه.

[٣] أي بخلاف باب الرهن فلم يقم إجماع على جريان المعاطاة فيه.

[٤] قال الشهيديّ: التعبير بـ«لعلّ» من جهة أنّه خلاف ظاهر كلامه، فإنّ كلامه ظاهر في أنّ مقتضى الأصل في المعاطاة هو الفساد، إلّا أنّه قام إجماع على صحّتها في خصوص البيع، وعلى هذا يكون وجه الإشكال عدم قيام الدليل على الصحّة في الرهن قبال الأصل لا ما ذكره المصنّف ﷺ.

[٥] ملخّص ما ذكره المصنّف ﷺ في وجه الإشكال هو: عدم إمكان جريان المعاطاة في الرهن، ومعه كيف يمكن أن يكون المعاطاة ثابتة فيه بالإجماع، كما كانت جارية في البيع بالإجماع.

وبعبارة أُخرى: أنّ المعاطاة جارية في البيع، ولكن لا يمكن أن يقال: إنّها جارية في الرهن كجريانها في البيع بالإجماع المركّب؛ وذلك لعدم إمكان إنشاء الرهن بالمعاطاة.

[٦] أي إنّما قلنا بعدم إمكان جريان المعاطاة في الرهن على نحو جريانها في

الجائزة على الخلاف[١]، والأوّل[٢] غير متصوّر هنا، وأمّا الجواز[٣] فكذلك؛ لأنّه[٤] ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً

البيع؛ لأنّ المعاطاة في البيع...

[١] أي على الخلاف بين الفقهاء حيث ذهب بعضهم إلى إفادتها الإباحة، والآخر منهم إلى إفادتها الملكيّة الجائزة، كالمحقّق في جامع المقاصد.

[٢] أي الإباحة غير متصوّرة في باب الرهن، بأن يقال: إنّ المعاطاة في الرهن تفيد الإباحة، والوجه في عدم المعقوليّة هو: أنّ الغرض من الرهن أخذ الوثيقة للدين، وهو لا يحصل في فرض الإباحة؛ إذ المبيح يتمكّن من استرداد ماله من المباح له في أيّ وقت يشاء، وهو ينافي حقيقة الوثيقة.

وإن شئت فقل: إنّ مقتضى كون شيء رهناً كون الراهن والمرتهن كلاهما ممنوعين من التصرّف، وهو ينافي إباحة التصرّف. إذن الإباحة في الرهن خلف كونه رهناً، وهما يتنافيان.

[٣] أي الملكيّة الجائزة ـ بأن يكون الرهن عقداً جائزاً مفيداً للملكيّة الجائزة ـ أيضاً غير متصوّرة في المقام؛ لأنّه مع فرض جواز الملك يتمكّن صاحب المال من استرجاعه، وهو ينافي الوثوق المقوّم لماهيّة الرهن.

[٤] أي لأنّ الجواز ينافي الوثوق المقوّم لماهيّة الرهن.

وبعبارة واضحة: إنّ قوام الرهن أن يحصل به الوثيقة للدين، وهي لا تحصل مع جواز الرهن؛ إذ معه يمكن أن يردّ الراهن العين المرهونة فلا يبقى معنى لكون الرهن وثيقة، ولا يحصل منه الوثوق بأنّه يتمكّن من استرداد ما أقرضه؛ لأنّه مع فرض الجواز يتمكّن صاحب المال أن يسترجع العين المرهونة في أيّ وقت شاء، ومعه كيف يحصل الوثوق منها.

بملاحظة أنّه لا يتصوّر هنا[١] ما يوجب رجوعها إلى اللّزوم ليحصل به[٢] الوثيقة في بعض الأحيان[٣] وإن جعلناها[٤] مفيدة للزوم كان[٥] مخالفاً لما أطبقوا عليه من[٦] توقّف العقود اللّازمة على اللفظ، وكأنّ هذا[٧] هو

---

[١] أي لا يتصوّر في باب الرهن ما يوجب رجوع المعاطاة من الجواز إلى اللّزوم بسبب طروّ ملزم من ملزمات المعاطاة، كتلف إحدى العينين، فإنّه لو كان جائزاً لبقي على الجواز، ولا يعرض عليه عنوان اللزوم، وهذا بخلاف البيع المعاطاتيّ، فانّ الجواز فيه ينقلب الى اللّزوم عند طروّ ملزم من ملزمات المعاطاة عليه.

[٢] أي بسبب لزوم الرهن.

[٣] وهو حين عروض اللّزوم على الرهن.

والحاصل: أنّ الرهن لا يكون لازماً بطروّ ملزم عليه، كما يتصوّر ذلك في البيع المعاطاتيّ حيث عرفت أنّه في بعض الموارد يكون لازماً بالتلف وغيره.

[٤] جواب عن سؤال مقدّر، وهو: إنّا نلتزم باللّزوم في المعاطاة، وعليه لا يلزم في جريانها في الرهن أيّ محذور، ولا ينافى ذلك الوثوق المعتبر في الرهن.

وملخّص الجواب عنه: بأنّه وإن كان المحذور المتقدّم يندفع به إلّا أنّه مخالف للإجماع على اعتبار اللّفظ في لزوم العقد، فكون المعاطاة لازمة مخالف للإجماع.

[٥] جواب للشرط، أي القول بكون المعاطاة مفيدة للّزوم كان مخالفاً لما أجمع الفقهاء عليه.

[٦] بيان للموصول في قوله: «لما أطبقوا عليه».

[٧] أي هذا الذي ذكرناه من عدم معقوليّة المعاطاة في الرهن، وعدم لزوم محذور من جريانها في سائر العقود دعى المحقّق الثاني ﷺ أن يذهب إلى التفصيل

الذي دعى المحقّق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة والهبة والقرض، والاستشكال في الرهن [١]. نعم [٢]،

المذكور. ومن هنا أراد ﷺ أن يوجّه التفصيل الذي ذكره المحقّق الثاني ﷺ، وهو جريان المعاطاة في مثل الإجارة والهبة والقرض، والاستشكال في جريانها في الرهن. أمّا جريان المعاطاة في الأُمور المذكورة فلوجود المقتضي فيها، وهي العمومات، أو الإطلاقات الدالّة على صحّة المعاطاة، وعدم وجود مانع منها كما كان موجوداً في صحّة الرهن المعاطاتيّ. وأمّا عدم جريانها في الرهن، فلوجود المانع من جريانها فيه.

[١] إذ جريان المعاطاة فيه موقوف على إفادتها اللّزوم، وهو خلاف الإجماع. وأمّا بناءً على إفادتها الإباحة أو الملكيّة الجائزة فهي لا تناسب مفهوم الرهن الذي يتقوّم بالوثوق. إذن فالتفصيل الذي ذكره المحقّق بين الرهن وسائر العقود يكون تامّاً.

[٢] هذا استدراك عمّا ذكره من توجيه كلام المحقّق، وإيراد على التفصيل المذكور. **وملخّصه**: أنّ عمدة المانع من جريان المعاطاة في الرهن هو ذهاب المشهور، بل قيام الإجماع على توقّف اللّزوم في العقود على اللفظ، وهو صار منشأ للإشكال في جريان المعاطاة في الرهن حذراً من مخالفة المشهور. وأمّا مَن لا يخاف من مخالفة المشهور أو الإجماع المنقول، ويقول بعدم حجّيّتهما، فلا مانع عنده من جريان المعاطاة في الرهن؛ وذلك لوجود المقتضي، وهو عموم ما دلّ على صحّة العقد ولزومه، وما ورد في خصوص الرهن، كمعتبرة عبدالله بن سنان[1]، وعدم المانع؛ إذ المانع المذكور منهم

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ١ من أبواب الرهن، الحديث ١.

من لا يبالي [١] مخالفة ما هو المشهور، بل [٢] المتّفق عليه بينهم من [٣] توقّف العقود اللّازمة على اللفظ، أو حمل [٤] تلك العقود على اللّازمة من الطرفين، فلا يشمل [٥] الرهن، ولذا [٦] جوّز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كـ «خذه» والجملة الخبريّة أمكن [٧] أن يقول بإفادة المعاطاة في

عبارة عن الشهرة والإجماع، وقد عرفت عدم صلاحيّتهما للمانعيّة.

[١] أي لا يهتمّ بمخالفة المشهور.

[٢] أي بل لا يهتمّ بمخالفة ما هو متّفق عليه بين الأصحاب.

[٣] بيان للموصول، أي ما هو المشهور أو ما هو المتّفق عليه بين الفقهاء من توقّف العقود اللازمة على اللفظ.

[٤] أي أو يهتمّ بالمشهور والمجمع عليه، ويقبل توقّف العقود اللّازمة على اللّفظ، إلّا أنّه يقول: إنّ المراد منها العقود اللّازمة من الطرفين، وهو ممّا قام الإجماع على توقّف لزومها على اللّفظ، فلا يشمل العقد اللّازم من طرف واحد فقط كالرهن، فإنّه لازم من طرف الآخذ للوثيقة وهو الراهن.

[٥] أي لا يشمل ما هو المشهور أو المتّفق عليه من توقّف العقود اللازمة على اللفظ الرهن الذي هو لازم من طرف الراهن فقط.

[٦] أي لأجل حمل العقود التي قام المشهور، بل الإجماع على اعتبار اللّفظ في لزومها على العقود اللّازمة من الطرفين جوّز بعض الفقهاء في الرهن أن يكون الإيجاب بصيغة الأمر كـ خذه، أو بالجملة الخبريّة كأن يقول الراهن للمرتهن: هذا الثوب رهن في مقابل دَينك، وأمّا لو كان العقد من العقود اللّازمة من الطرفين لما كان إنشاؤه بصيغة الأمر أو بالجملة الخبريّة جائزاً، بل تعيّن إنشاؤه بصيغة الماضي كـ «بعت» و «آجرت»، ونحوهما.

[٧] جواب للشرط، وهو قوله: «مَن لا يبالي»، أي مَن لا يهتمّ بالمشهور أمكن له

الرهن اللّزوم[١]، لإطلاق[٢] بعض أدلّة الرهن، ولم يقم هنا[٣] إجماع على عدم اللّزوم كما قام[٤] في المعاوضات، ولأجل ما ذكرنا في الرهن[٥] يمنع من جريان المعاطاة في الوقف[٦] بأن[٧] يكتفى فيه

أن يقول بأنّ المعاطاة في الرهن أيضاً تفيد اللّزوم.

[١] مفعول لقوله: «بإفادة»، وإضافتها إلى المعاطاة من قبيل إضافة المصدر إلى فاعله.

[٢] تعليل لقوله: أمكن أن يقول، أي أمكن أن يقول المحقّق بإفادة المعاطاة اللّزوم في الرهن أيضاً؛ وذلك لوجود المقتضي لها، وهو إطلاق بعض أدلّة الرهن، وهو ما رواه عبدالله بن سنان، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام، ويرتهن الرجل بماله رهناً، قال: **اسْتَوْثِقْ مِنْ مَالِكَ**»[1]. **بتقريب:** أنّ إطلاق قوله عليه السلام: «**اسْتَوْثِقْ مِنْ مَالِكَ**» يشمل الرهن القوليّ والفعليّ كليهما.

[٣] أي لم يقم في باب الرهن إجماع على عدم لزوم الرهن المعاطاتي، وهو إشارة إلى فقد المانع من صحّة الرهن المعاطاتي ولزومه.

[٤] أي قام إجماع على عدم اللّزوم في المعاوضات المعاطاتيّة.

[٥] حيث ذكرنا أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة أو الملكيّة الجائزة ينافي الوثيقة المعتبرة في حقيقة الرهن، والمعاطاة المفيدة للزوم مخالفة للإجماع المدّعى على توقّف العقود اللّازمة على اللّفظ.

[٦] بعين الملاك المتقدّم في الرهن، فإنّ نفس الدليل على عدم جريان المعاطاة في الرهن يدلّ على عدم جريانها في الوقف أيضاً.

[٧] بيان لكيفيّة جريان المعاطاة في الوقف، أي معنى جريان المعاطاة في الوقف

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ١ من كتاب الرهن، الحديث ١.

بالإقباض؛ لأنّ [١] القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللّزوم على اللّفظ، والجواز [٢] غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمّل [٣].

نعم [٤]، احتمل الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعاً للشيخ ﷺ. ثمّ إنّ الملزم للمعاطاة [٥]

الاكتفاء بالإقباض من الواقف، فإنّه بمجرّد الإقباض والإعطاء يتحقّق الوقف المعاطاتيّ.

[١] أي إنّما قلنا بمنع جريان المعاطاة في الوقف؛ لأنّ القول باللزوم في الوقف المعاطاتي منافٍ لما اشتهر بين الفقهاء من توقّف لزوم العقد على اللفظ، فيترتّب عليه عدم لزوم العقد الفاقد له.

[٢] جواب عن سؤال مقدّر.

وملخّص السؤال: أنّ ما اشتهر بين الفقهاء من توقّف لزوم الوقف على اللفظ لا يدلّ على عدم جريانها في الوقف، بل غاية ما يستفاد منه كون الوقف المعاطاتي مشروعاً وجائزاً، ولا يستفاد منه عدم جريانها في الوقف.

وملخّص الجواب: أنّ الوقف الجائز أمر غير معروف في الشريعة، ولم يثبت جوازه من الشارع.

[٣] لعلّه إشارة إلى أنّه لا مانع من الالتزام بجواز الوقف؛ وذلك لوجود المقتضي على مشروعيّته، وإنّما المانع منع عن لزومه لا عن مشروعيّته.

[٤] استدراك عن قوله: «يمنع من جريان المعاطاة في الوقف، أي تجري المعاطاة في باب وقف المساجد، وهذا الاحتمال حكي عن الشهيد في الذكرى تبعاً للشيخ الطوسيّ.

[٥] أي الملزم للمعاطاة في سائر العقود هو الملزم لها في البيع المعاطاتيّ من تلف

فيما تجري فيه من [١] العقود الأُخر هو [٢] الملزم في باب البيع، كما سنبيّنه [٣] بعد هذا الأمر.

إحدى العينين أو التصرّف فيها.

[١] بيان للموصول في قوله: «فيما تجري فيه»، والضمير الفاعل في قوله: «تجري» يرجع إلى المعاطاة، والضمير في قوله: «فيه» يرجع إلى الموصول في قوله: «فيما تجري».

[٢] خبر لقوله: «إنّ الملزم للمعاطاة».

[٣] أي سنبيّن الملزم في باب البيع بعد الأمر الخامس في الأمر السادس.

«التحقيق»

وقع البحث في هذا التنبيه في مقامين:

الأوّل: نقل كلام الكركيّ الذي نسب إلى بعض الأصحاب القول بالمعاطاة في الإجارة والهبة، ثمّ ناقش فيه مضافاً إلى التأمّل في أصل النسبة.

الثاني: عدم اختصاص المعاطاة بالبيع وجريانها في غيره من الإجارة والهبة ونحوهما. والحقّ أن يقال: إنّ مقتضى القاعدة الأوّليّة صحّة إنشاء العقود والإيقاعات بكلّ شيء يصلح أن يكون مبرزاً للاعتبار النفسانيّ بمبرز قوليّ أو فعليّ، إلّا إذا قام دليل على انحصار المبرز بلفظ أو بلفظ خاصّ. إذن فمقتضى القاعدة جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات إلّا ما خرج.

قال الأُستاذ الأعظم ﷾: لم يرد آية ولا رواية ولا في معقد إجماع انحصار المبرز في العقود والإيقاعات بمبرز معيّن، وعليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاة في جميعها، إلّا ما خرج بالدليل. إذن فما دلّ على صحّة المعاملات اللفظيّة يدلّ

على صحّة المعاملات الفعليّة من دون فرق بينهما. وقد عرفت الحال في المقام الأوّل ممّا ذكرناه في توضيح المتن. والعمدة هو المقام الثاني، وقد عرفت أنّ مقتضى القاعدة جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات.

قال الميرزا النائينيّ ﷺ: إنّ الاستدلال بأدلّة المعاملات لصحّة المعاطاة فيها يتوقّف على إثبات مقدّمتين:

الأُولى: كون الفعل بنفسه مصداقاً لهذه العناوين ليصحّ الاستدلال بأدلّة العناوين على صحّته، أوكونه مصداقاً لأمر ملازم لأحد العناوين بحيث يترتّب عليه ما يترتّب على ملازمه عادة، فبعد جريان العادة يدخل الفعل بالملازمة في أحد العناوين، ويصحّ الاستدلال له بما يستدلّ به للعناوين نظير القول فإنّه قد ينشأ به أحد العناوين مطابقة، وقد ينشأ به أحدها التزاماً، ووجه اعتبار كون الفعل مصداقاً لها أو مصداقاً لملازمها ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ مجرّد قصد عنوان ووقوع الفعل عقيبه لا يؤثّر في تحقّق هذا العنوان إذا لم يكن الفعل آلة لإيجاده أو إيجاد ملازمه.

الثانية: أنّ الفعل إذا كان مصداقاً لعنوان خاصّ فلا إشكال في تحقّق هذا العنوان بإيجاده مع القصد، وأمّا إذا كان مشتركاً وذا وجوه فتعيّن أحد العناوين دون غيره، إنّما هو بالقرائن المكتنفة المعيّنة لوجه الفعل بحيث ينشأ التمليك بالفعل وحده.

إلى أن قال: إذا عرفت ذلك ظهر جريان المعاطاة في البيع والهبة والقرض، وفي الإجارة والعارية والوديعة؛ لأنّ الفعل إمّا بنفسه مصداق لأحد هذه العناوين أو ملازم له.

ثمّ قال: نعم، ما لا يجري فيه المعاطاة أُمور:

منها: ما لا يمكن إنشاؤه إلّا بالقول خارجاً.

ومنها: ما لا يصحّ إنشاؤه بالفعل شرعاً.

ومنها: مورد خلاف ، فمن الأوّل الوصيّة ، تمليكيّة كانت أو عهديّة ، والتدبير والضمان ، فإنّها لا تنشأ إلّا بالقول ؛ لعدم وجود فعل كان مصداقاً لهذه العناوين ، فإنّ انتقال الدين من ذمّة إلى أُخرى لا يمكن أن يتحقّق بالفعل ، وكذا العتق أو الملكيّة أو القيموميّة بعد موت الموصي .

أقول: إنّ منشأ المناقشة في الوصيّة والتدبير إنّما هو حصر الإنشاء المعاطاتيّ بالإعطاء والأخذ الخارجيّين ، ولا يعقل إنشاء العنوانين المذكورين بالمعاطاة ؛ لأنّهما أمران استقباليّان ، فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقّق قبل الموت ، وعليه فما يوجد في الخارج من الأفعال لا يعقل أن يكون مصداقاً للتدبير والوصيّة .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم : بأنّ عنوان المعاطاة لم يرد في دليل خاصّ لكي يقتصر على تحقّق التعاطي من الطرفين حفظاً لذلك العنوان ، بل إنّما التزمنا بمشروعيّة المعاملة المعاطاتيّة من ناحية قيام الفعل مقام القول في إحراز الأُمور النفسانيّة ، وعلى هذا فلا يختصّ الإنشاء الفعليّ بالإعطاء والأخذ الخارجيّين ، بل يجري ذلك في جميع ما هو قابل لإبراز الاعتبار النفسانيّ من الإشارة والكتابة وغيرهما ، وهذا الذي ذكره مأخوذ من المحقّق الأصفهانيّ ﷺ ، فلاحظ كلامه .

وأمّا منشأ المناقشة في الضمان ، فلعلّه أنّ الضمان عبارة عن نقل المال من ذمّة إلى ذمّة فلا يتحقّق بالفعل الخارجيّ .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم ﷺ بأنّ النقل إنّما هو في عالم الاعتبار ، كالتمليك في البيع وغيره ، والاعتبار أمر قائم بالنفس واللفظ أو الفعل مبرز له ، ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال وإن كان هو الإشارة ونحوها . هذا كلّه حول ما ذكره الميرزا بقوله : « ما لا يمكن إنشاؤه بالقول » .

وأمّا ما لا يصحّ إنشاؤه بالفعل شرعاً ، فمثّل له « بالنكاح » حيث قال : ومن الثاني

النكاح ، فإنّ الفعل فيه ملازم لضدّه ، وهو الزنا والسفاح ، بل مصداق للضدّ حقيقة ، فإنّ مقابل النكاح ليس إلّا الفعل المجرّد عن الإنشاء القوليّ ، وعمّا جعله الشارع سبباً للحلّيّة ، ومن البيّن أنّه لا يمكن إنشاء شيء من الأُمور الإنشائيّة بضدّه .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم : بأنّ كون الفعل ضدّ النكاح مبنيّ على القول بأنّ الشارع اعتبر في عقد النكاح مبرزاً خاصّاً ، وهو اللفظ ، وأمّا على القول بعدم قيام دليل عليه كما هو مورد البحث في المقام ، فيكون الفعل بنفسه مصداقاً للنكاح بالحمل الشائع . هذا **أوّلاً** .

وثانياً : أنّا لو سلّمنا أنّ الفعل ضدّ النكاح ، وهو مختصّ بالفعل الخاصّ كالوطئ ، ولا يعمّ كلّ فعل من إشارة ونحوها .

وثالثاً : أنّه لو كان الفعل فعلاً محرّماً شرعاً ، غاية ما يقال فيه : إنّ الزوجيّة لا تحصل به في نظر الشارع لا أنّه لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفي نظر العقلاء .

أقول : إنّ الذي ذكره أخيراً غاية ما يترتّب عليه نفي الضدّيّة بين النكاح وبين الفعل عقلاً ، ولكن لا يرفع الضدّيّة بينهما شرعاً .

أضف إليه : أنّ إبراز الأمر الاعتباريّ يمكن أن يتحقّق بمبرز محرّم شرعاً ، كما يكون كذلك في البيع وقت النداء ، وكذا يمكن التسبّب إلى العنوان الاعتباريّ بالسبب المحرّم على مسلك المشهور .

وللمحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1] كلام طويل هنا يشتمل على النقض والإبرام -إلى أن قال : - ومن جميع ما ذكرنا تبيّن عدم المانع ، لا عقلاً ولا غير ذلك من جريان المعاطاة في النكاح . نعم ، لا تجري المعاطاة فيه بالإجماع . هذا تمام الكلام فيما

(١) الصفحة ٤٦.

لا يصحّ إنشاؤه شرعاً.

وأمّا ما يكون مورد الخلاف في جريان المعاطاة فيه وعدمه، فذكر المحقّق النائينيّ ﷺ ومن الثالث الوقف، ثمّ قال: ولكن الأقوى هو التفصيل بين أقسامه، فما كان الفعل بنفسه مصداقاً لحبس العين وتسبيل الثمرة، كوقف المساجد والقناطر والمدارس يقع فيه الوقف بالفعل، كوقوعه بالقول، وما لم يكن الفعل مصداقاً له، كالوقف الخاصّ، أو المصرف الخاصّ كالوقف لتعزية سيّد الشهداء عليه السلام فلا تقع بالفعل.

وفيه: أنّ السيرة قائمة على صدق إنشاء الوقف بالفعل كما هو المشاهد في بناء المساجد والمدارس والمشاهد وغيرها، وهو المعلوم من حال المسجد الحرام وأستار الكعبة وما يتعلّق بمسجد النبيّ صلى الله عليه وآله، ولا يكون العقد المعاطاتيّ جائزاً كي يقال: إنّه لا يناسب الوقف الذي لا رجعة فيه.

ومن القسم الثالث الذي هو مورد الخلاف الرهن، فبعضهم ادّعى أنّ المعاطاة إمّا تفيد الإباحة المجرّدة، أو الملكيّة الجائزة، ومن البيّن أنّ كلتيهما لا تلائم الرهن؛ لأنّ العين المرهونة وثيقة للمرتهن، وبديهيّ أنّ جواز الرهن ينافي الاستيثاق.

وفيه ما تقدّم: من أنّ المعاطاة عقد صحيح لازم كالعقود اللّفظيّة. والإجماع المدّعى على عدم إفادتها الملكيّة اللّازمة ليس إجماعاً كاشفاً، فلا قيمة له.

ومن القسم الثالث الذي هو مورد الخلاف القرض، بدعوى: أنّ المعاطاة في القرض معناها انعقاد القرض بنفس القبض، مع أنّ القبض شرط الصحّة، فيلزم منه اتّحاد الشرط والمشروط وهو محال؛ إذ الشيء لا يعقل أن يكون نفسه مصحّحاً لفاعليّة نفسه أو متمّماً لقابليّة نفسه؛ لعدم الاثنينيّة بين الشيء ونفسه، ففرض عدم تماميّة الفاعليّة والقابليّة في حدّ ذاته ينافي فرض تماميّته بنفس ذاته.

وأجاب عنه المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1] بأنّ هذا الجواب مخصوص بالقرض، مع أنّ الإشكال جارٍ في الرهن والوقف أيضاً بناءً على شرطيّة القبض في الصحّة.

ثمّ قال: والجواب العامّ أنّ الفعل الخارجيّ الخاصّ له حيثيّتان: من حيث الصدور من الراهن مثلاً، وبهذا الاعتبار إقباض، ومن حيث مساسه بالمرتهن القابض قبض، كالإعطاء والأخذ في المعاطاة البيعيّ حيث قلنا: بأنّه يتسبّب إلى الملكيّة بإعطائه، ويطاوع الآخر بأخذه، فهناك فعلان حقيقة كلّ منهما قائم بطرف، فلا مانع من كون أحدهما بمنزلة المقتضي والآخر بمنزلة الشرط، وهذا الذي ذكره مبنيّ على أن يكون تعدّد الحيثيّات موجباً لتعدّد حقيقة الشيء، والحال أنّه ليس كذلك، فإنّ الإيجاد والوجود حقيقة واحدة وإن كانا متعدّدين بالاعتبار، فإنّ التعدّد الاعتباريّ لا يرفع المحذور.

والحقّ في الجواب: أنّ الحكم الشرعيّ أمر اعتباريّ يتحقّق باعتبار الشارع على فرض وجود موضوعه، والتعبير عن موضوع الحكم بالسبب أو الشرط اصطلاح مسامحيّ، وليس الموضوع سبباً ولا شرطاً كي يتوجّه عليه الإشكال المتقدّم، بل حكم مجعول على نحو القضيّة الحقيقيّة على الموضوع المقدّر الوجود، ولا استحالة في اعتبار الحكم على الموضوع المتأخّر على تقدير وجوده، وعليه فلا موضوع لإشكال اتّحاد الشرط والمشروط بعد عدم معقوليّة الشرط والسبب في الأُمور الاعتباريّة.

أضف إليه: أنّه لو كان الإشكال تامّاً لما اختصّ بالقرض، بل يجري مثله في الهبة وبيع الصرف والسلم مع أنّ أحداً لم يستشكل في تحقّقها بالقبض.

---

(١) حاشية المكاسب: ١: ٤٧.

أضف إليه ثانياً: أنّ السيرة القطعيّة جارية على جريان المعاطاة في القرض، فإنّه من المسلّمات.

فتلخّص: أنّ جريان المعاطاة في غير البيع لا شبهة فيه، إلّا أن يقوم إجماع أو نصّ خاصّ على عدم جريانها في مورد خاصّ، كما هو كذلك في الطلاق من دون فرق بين العقود والإيقاعات.

الأمر السادس [١]: في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك والقول بالإباحة [٢]. اعلم أنّ الأصل [٣] على القول بالملك اللّزوم؛ لما [٤] عرفت من الوجوه الثمانية [٥] المتقدّمة.

---

[١] أي الأمر السادس من الأُمور التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله: «وينبغي التنبيه على أُمور».

[٢] أي يقع البحث في ملزمات المعاطاة، سواء قلنا بالملك المتزلزل فيها، كما هو مختار المحقّق الكركيّ أم قلنا بمقالة المشهور القائلين بإفادتها الإباحة التعبّديّة.

وأمّا على مبنى مَن يقول بأنّها تفيد الملك اللازم كما هو المختار وفاقاً لشيخنا الأنصاريّ وغيره من الأساتذة، فلا موضوع لهذا البحث.

[٣] من هنا شرع شيخنا الأنصاريّ ﷺ في تأسيس الأصل ليكون هو المرجع عند الشكّ في كون أمر من ملزماتها، ولذا قال: إنّ مقتضى الأصل الأوّلي بناءً على القول بإفادة المعاطاة الملك هو لزومها.

[٤] تعليل لما ذكره من أنّ الأصل في المعاطاة اللّزوم، أي الدليل على لزوم المعاطاة هي الوجوه الثمانية التي ذكرناها سابقاً.

[٥] **أوّلها: استصحاب بقاء الملك وعدم زواله بفسخ أحد المتعاطيين.**

ثانيها: عموم «**الناس مسلّطون على أموالهم**».

ثالثها: قوله عليه السلام: «**لا يحلّ أمرئ لأمرئ إلّا عن طيب نفسه**».

رابعها: قوله تعالى: ﴿**إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ**﴾.

خامسها: جملة المستثنى منها، أي ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**﴾.

. . . . . .

سادسها: قوله ﷺ: «**البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع**».

سابعها: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾.

ثامنها: «**الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»، وهذه هي الوجوه الثمانية المتقدّمة في كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

«التحقيق»

ينبغي أن يقع الكلام في جهات:

الأُولى: أنّه لا موضوع للبحث عن الملزمات على مختار مَن يقول بأنّ المعاطاة كالعقود اللّفظيّة تفيد اللّزوم، وإنّما يقع البحث عنها بناءً على مسلك مَن يقول: إنّها تفيد الملك الجائز، كما ذهب إليه المحقّق الكركيّ، أو بناء على ما نسب إلى المشهور من أنّها تفيد الإباحة، وحيث إنّا بنينا على لزومها فلا يبقى مورد للبحث عن ملزماتها، ولكن حيث إنّ كتابنا هذا شرح لما أفاده شيخنا الأعظم ﷺ يحسن بنا أن نبحث عنها تبعاً للماتن على كلّ من القول بالملك والإباحة.

الثانية: أنّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ قد أسّس الأصل عند الشكّ في ملزميّة شيء على كلّ من القولين في المعاطاة، أي سواء قلنا بالملك أو الإباحة فيها، وقال بناءً على إفادة المعاطاة الملك، فالأصل فيها اللّزوم لما أسلفناه من الوجوه الثمانية الدالّة على لزوم جميع العقود التي منها المعاطاة، وواحد منها أصل عمليّ والباقي أدلّة اجتهاديّة، وهي عبارة عن قوله: «**الناس مسلّطون على أموالهم**»، وقوله: «**لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه**».

والاستثناء في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾[١] والجملة المستثنى منها في هذه الآية، وقوله: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا» وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله عليه السلام: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ».

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[٢] بأنّ ما نظمه المصنّف قدس سره من الوجوه الثمانية لا يتمّ إلّا بعضه، وقد عرفت تفصيل ما ذكره في البحث عن لزوم المعاطاة، وهنا إيراد من السيّد اليزديّ والمحقّق الأصفهانيّ. أمّا السيّد اليزديّ[٣] فإنّه قال: إنّ أصالة اللّزوم على القول بالملك في المعاطاة إنّما تنفع وتثبت لزوم المعاطاة عند الشكّ فيه مع قطع النظر عن الإجماع على الجواز في المعاطاة في الجملة، والمفروض في المقام إنّما الأصل اللّزوم بعد الإجماع المذكور على الجواز في الجملة؛ إذ الكلام في الملزمات والملزم فرع ثبوت الجواز، ومعه لا يتمّ من الوجوه الثمانية إلّا استصحاب الملكيّة منها؛ إذ لا يجوز التمسّك بالعمومات بعد كون المورد خارجاً عنها من أوّل الأمر.

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم قدس سره بجوابين:

الأوّل: أنّ دعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاة لكي يكون ذلك تخصيصاً للأدلّة الدالّة على لزوم المعاطاة دعوى جزافيّة لعدم العلم بوجود الإجماع التعبّديّ على ذلك. إذن فلا وجه للبحث عن الملزمات؛ لأنّها لازمة من أصلها.

وثانياً: إنّ الإجماع على جواز المعاطاة على تقدير تماميّته ليس مفاده هو الجواز

---

(١) البقرة ٢: ١٨٨.

(٢) مصباح الفقاهة: ٢: ١٩٧.

(٣) حاشية: ٨١.

في زمان دون زمان حتّى يقال: إنّه بعد ثبوت الجواز من أوّل الأمر لا معنى للرجوع إلى العمومات، وإنّما المرجع حينئذٍ هو استصحاب حكم المخصّص، بل معقد الإجماع هو حصّة خاصّة من الجواز، وهي حلّ العقد بترادّ العينين، وهذا أمر ثابت غير محدود إلى زمان، أمّا الجواز من دون ترادّ فهو لم يثبت من أوّل الأمر، والمراد من الملزم هنا ما لا يتمكّن معه المتعاطيان من حلّ المعاطاة لانتفاء موضوع الجواز، وهو ترادّ العينين.

وأمّا المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1] فإنّه استشكل بأنّه لا يكون أصالة اللّزوم مرجعاً لنا عند الشكّ؛ لأنّ ما عدا استصحاب الملكيّة من العمومات الدالّة على اللّزوم لا يجوز التمسّك بها عند الشكّ بناءً على ما اختار الشيخ ﷺ في كتبه فقهاً وأصولاً من أنّ الزمان إذا لوحظ ظرفاً لاستمرار حكم العامّ، فلا يجوز الاستدلال به بعد تخصيصه وخروج فرد من أفراده، بخلاف ما إذا لوحظ الزمان متقطّعاً، وكان كلّ قطعة من الزمان قيداً للموضوع، فإنّه يتكثّر الفرد بتكثّر المفردات، فخروج فرد منه مقطوع به، وخروج بقيّة الأفراد الزمانيّة مشكوك، فيتمسّك بأصالة العموم في عدم خروجها، وقد بنى ﷺ في محلّه على أنّ الزمان في مثل الأمر بالوفاء بالعقد لوحظ ظرفاً لاستمرار الحكم، وإذن فلا يجوز الاستدلال به.

وأجاب عنه بعد ذكر هذا الإشكال ـ إلى أن قال في آخر كلامه: ـ أنّه وإن لم يصحّ تأسيس أصل على مسلك المصنّف استناداً إلى العمومات، لكنّه يصحّ في النظر القاصر استناداً إلى إطلاقها مطلقاً.

ولكن الحقّ ما ذكره المحقّق الأصفهانيّ ﷺ من جواز التمسّك بالعمومات

(١) الحاشية: ٤٧.

الدالّة على اللّزوم مطلقاً حتّى لو لوحظ الزمان ظرفاً لاستمرار الحكم. وقال الأُستاذ الأعظم أيضاً في مصباح الأُصول: بأنّه لا فرق في جواز الرجوع إلى العامّ بين كونه استغراقيّاً أو مجموعيّاً، فكما لا فرق بينهما في الأفراد العرضيّة ويرجع إلى العموم في غير ما علم خروجه بمخصّص متّصل أو منفصل، سواء كان بنحو العموم الاستغراقيّ، أو كان بنحو العموم المجموعيّ، كما إذا قال: «أكرم هذه العشرة»، وكان مراده إكرام مجموع العشرة من حيث المجموع، ثمّ علمنا بخروج زيد من هذه العشرة، وشككنا في خروج جزء آخر، فنرجع إلى العموم ونحكم بعدم الخروج؛ إذ التخصيص باعتبار جزء لا يمنع شمول العامّ للأجزاء الأُخر. هذا بالنسبة إلى الأفراد العرضيّة، وكذا لا فرق بين العموم الاستغراقيّ والعموم المجموعيّ بالنسبة إلى الأفراد الطوليّة في جواز الرجوع إلى العامّ مع الشكّ في التخصيص، غاية الأمر أنّه يثبت بالرجوع إلى العموم الاستغراقيّ حكم استقلاليّ وبالعموم المجموعيّ حكم ضمنيّ للجزء المشكوك فيه[1].

لا يقال: انّه في فرض العموم المجموعيّ يكون الحكم واحداً وقد انقطع، وإثباته ثانياً يحتاج إلى دليل.

فإنّه يقال: إنّ الحكم الواحد قد انقطع بالنسبة إلى جزء واحد، وخروج باقي الأجزاء يحتاج إلى دليل، وهذا الذي ذكره يرجع لبّه إلى ما أفاده المحقّق الأصفهانيّ ﷺ ومأخوذ من كلامه. وكيفما كان انّ الوجوه الثمانية التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ لإثبات لزوم المعاطاة وإن كان بعضها مخدوشاً، إلّا أنّه يكفي بعضها في الدلالة على لزومها.

(١) مصباح الأُصول: ٢: ٢٩.

هذا كلّه بناءً على أنّ المراد بالأصل هي الأدلّة الاجتهاديّة المذكورة.

وتكون أصالة اللّزوم مستندة إلى العمومات، وأمّا استناد اللّزوم إلى استصحاب الملكيّة الذي كان هو من إحدى الأدلّة الثمانية المتقدّمة من الشيخ.

بتقريب: أنّ المفروض أنّه قد حصلت بالمعاطاة ملكيّة جائزة للمتعاطيين، فإنّ لكلّ منهما الرجوع إلى ما أعطاه وترادّ العينين ما دامتا موجودتين، وإنّما تكون لازمة فيما إذا لم يمكن ترادّهما كما إذا تلفت العينان أو إحداهما، والفرضان المذكوران خارجان عن محلّ الكلام، وإنّما محلّ الكلام فيما إذا طرأ على إحدى العينين ما يشكّ في ملزميّته للعقد المعاطاتي، كما إذا تصرّف المتعاطيان أو أحدهما في المال تصرّفاً مغيّراً لخصوصيّة العينين أو إحداهما، فيشكّ في أنّ مثل هذا التصرّف ملزم للمعاطاة، وأنّ الجواز الثابت في المعاطاة باقٍ بحاله، وأنّ حقّه في الرجوع إلى ملكه مستمرّ، فيستصحب بقاء ملك المتعاطيين بحاله، فإنّ مقتضى استصحاب ملك المتعاطيين لما أخذه بالمعاطاة أنّه لا تأثير لرجوعه، وهو معنى لزوم العقد.

فأورد عليه المحقّق الأصفهانيّ ﷺ: بأنّ استصحاب بقاء الملك وإن كان تامّاً في حدّ نفسه، وهو يقتضي أنّ المعاطاة لازمة، ولا تأثير لرجوعه كي يخرج المال عن ملك المالك الثاني، إلّا أنّه محكوم باستصحاب الجواز الثابت أصله بالإجماع؛ إذ معنى استصحاب جواز المعاطاة ليس إلّا الحكم بزوال الملك الحاصل بها بالرجوع به، فالتعبّد ببقاء جواز المعاطاة تعبّد بعدم الملك عند رجوع المتعاطيين، فلا شكّ في زوال الملك ليستصحب، ومن الواضح أنّ ترتّب زوال الملك على الرجوع شرعيّ، بخلاف بقاء الملك فإنّه لعدم جواز الرجوع ونفوذه.

والعمدة في الإشكال على الاستصحاب هو أنّه لا يجري على المختار لأجل ابتلائه بالمعارض في الأحكام الكلّيّة.

وأمّا على القول بالإباحة [١]، فالأصل عدم اللّزوم؛ لقاعدة [٢] تسلّط الناس على أموالهم، وأصالة [٣] سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، وهي حاكمة [٤]

---

[١] إلى هنا بيّن أنّ مقتضى الأصل الأوّليّ في المعاطاة اللّزوم على القول بالملك فيها، ومن هنا شرع في بيان أنّ ما ذكرناه من أصالة اللّزوم إنّما يكون بناءً على إفادتها الملك، وأمّا بناءً على القول بالإباحة فيها، فمقتضى الأصل عدم اللّزوم؛ لأنّ المبيح يجوز له أن يرجع عن إباحته.

[٢] هذا بيان لكون الأصل المذكور أصلاً اجتهاديّاً وعقلائيّاً، ودليله قاعدة «سلطنة النّاس على أموالهم». **بتقريب**: أنّ المبيح مسلّط بإرجاع ما أعطاه من ماله وأباحه.

[٣] وهذا إشارة إلى أنّ مقتضى الاستصحاب أيضاً عدم اللّزوم، **بدعوى**: أنّ المالك المبيح كان مسلّطاً على ماله قبل تحقّق المعاطاة، فيشكّ في أنّ سلطنة المبيح انقطعت بإباحة ماله للمباح له أم بقيت، فيستصحب بقاؤها.

[٤] وهو جواب عن إشكال مقدّر، وحاصل الإشكال هو: أنّ أصالة بقاء السلطنة الثابتة قبل المعاطاة للمالك المبيح معارض لاستصحاب بقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة؛ لأنّ المفروض أنّها تفيد الإباحة بمجرّد تحقّقها فنقطع بحدوث الإباحة بالمعاطاة، وإنّما نشكّ في ارتفاعها بسبب رجوع المبيح عن إباحته، فيحكم ببقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة حتّى بعد رجوع المبيح عن إباحته.

وبعبارة واضحة: أنّ مقتضى استصحاب بقاء السلطنة الثابتة قبل المعاطاة للمالك وإن كان جواز المعاطاة وجواز إرجاع المالك ما أعطاه للمتعاطي الآخر، إلّا أنّ مقتضى استصحاب بقاء الإباحة الثابتة للآخذ بسبب المعاطاة أنّه يباح له أن يتصرّف فيما أخذه، ولا يضرّها رجوع المالك،

على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو [١] سلم جريانها.

فيقع التعارض بين الاستصحاب المقتضي للزوم والاستصحاب المقتضي لعدم اللّزوم.

وحاصل الجواب: أنّ استصحاب بقاء سلطنة المالك المقتضي لعدم اللّزوم حاكم على استصحاب بقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة؛ لأنّ الشكّ في بقاء الإباحة الثابتة بالمعاطاة بعد رجوع المالك عن إباحته مسبّب عن الشكّ في بقاء سلطنة المالك على ماله المباح، فمع إحراز بقاء سلطنته وعدم ارتفاعها لا يبقى شكّ في ارتفاع الإباحة الحاصلة بالمعاطاة تعبّداً، فلا موضوع لأصالة الإباحة؛ لما قرّر في محلّه من أنّ الأصل السببيّ يرفع موضوع الأصل المسبّبي بالتعبّد.

[١] التعبير بكلمة «لو» في قوله: «لو سلّم جريانها» إشارة إلى المناقشة في أصل جريان استصحاب بقاء الإباحة، وملخّصه إيرادان:

الأوّل: يرجع إلى قصور المقتضي، وهو عدم جريان الاستصحاب في مثل المقام على مبنى شيخنا الأنصاريّ ﷺ القائل بعدم جريانه في موارد الشكّ في المقتضي، حيث إنّ الشكّ يكون في صلاحيّة الإباحة للبقاء ذاتاً مع حصول الرجوع من المالك.

الثاني: لو قلنا بعدم تماميّة هذا الإيراد يتوجّه عليه الإيراد الثاني، وهو حكومة أصالة السلطنة على أصالة بقاء الإباحة.

ولكن إن كان الوجه في عدم جريانه ما ذكر ينتقض باستصحاب السلطنة، فإنّه أيضاً من هذا القبيل حيث يشكّ في صلاحيّة السلطنة للبقاء بعد الإباحة، فيكون من قبيل الشكّ في المقتضي.

ويمكن أن يكون الوجه فيه ما أفاده المحقّق الأيروانيّ ﷺ في المقام

بأنّه يحتمل أن يكون موضوع الإباحة الشرعيّة هو تمليك المالك حدوثاً وبقاءً، فإذا رجع عن تمليكه لم يبق موضوع للإباحة الشرعيّة.

أو يمكن أن يكون الوجه ما أفاده المصنّف ﷺ في آخر المبحث أنّ الإباحة مستندة إلى الرضاء الباطنيّ، وحينئذٍ ترتفع الإباحة بسبب الرجوع، وتبدّل الرضا بالكراهة؛ إذ المفروض أنّ الرضا علّة للإباحة حدوثاً وبقاءً، فلا يبقى المعلول بدون علّة، وعلى هذا فلا مجال للاستصحاب.

ولكن يمكن أن يجاب عنهما بأنّ ما أفاده مبتن على أن تكون الإباحة في المقام إباحة مالكيّة، وأمّا إذا كانت إباحة شرعيّة تعبّديّة فما ذكره غير تامّ لتعقّل الشكّ في بقائها.

أضف إلى ذلك كلّه: أنّ استصحاب الجواز استصحاب في الأحكام الكلّيّة وهو غير جارٍ فيها كما حقّق في محلّه، إلّا أن يرجع إلى استصحاب عدم اللّزوم.

والحقّ أن يقال: إنّ المعاطاة على القول بإفادتها الملك عقد كغيرها من العقود اللّازمة، فلا مجال لهذا البحث.

وأمّا على القول بإفادتها الإباحة فلا مجال أيضاً للتمسّك بأصالة عدم اللّزوم؛ لعدم تعقّل الفسخ هنا؛ إذ الإباحة في المقام ليست إباحة تسبيبيّة قابلة للفسخ، بل هي إباحة شرعيّة ثبتت بالإجماع على خلاف سلطنة المالك، فإنّ قاعدة السلطنة لا تنهض بإثبات سلطنة المالك على تغيير الأحكام الشرعيّة، بل هذه الإباحة التعبّديّة ثبتت في موضوع عدم رضا المالك، ولا يكون رفعها بيد المبيح. نعم، له سلطنة أن يرفع موضوع الإباحة بالتصرّفات المتلفة فترتفع الإباحة بارتفاع موضوعها.

. . . . . .

«التحقيق»

في الأصل الذي أسّسه شيخنا الأنصاريّ ﷺ على القول بالإباحة في المعاطاة عند الشكّ في ملزميّة شيء لها وعدمها ، وقال : إنّ مقتضى الأصل فيها عدم اللّزوم بعكس القول بالملك فيها حيث قال فيها : إنّ الأصل فيها بناء على هذا القول فيها اللّزوم ، والمراد بالأصل المذكور يعمّ الأصل اللّفظيّ ، وهو قاعدة سلطنة الناس على أموالهم ، والأصل العمليّ ، وهو استصحاب سلطنة المالك الثابتة له قبل المعاطاة ، وهو يقتضي أن يكون للمالك حقّ الرجوع متى شاء ، وأنّه يفسخ الإباحة الحاصلة بالمعاطاة متى شاء .

وبعد ذلك تصدّى ﷺ لدفع إشكال مقدّر هنا . **وملخّص الإشكال** : أنّ استصحاب بقاء سلطنة المالك الثابتة له قبل المعاطاة الدالّ على جواز المعاطاة معارض لاستصحاب بقاء الإباحة الحاصلة بالمعاطاة والثابتة قبل رجوع المالك المبيح عن إباحته المثبت للزوم المعاطاة المفيدة للإباحة .

وملخّص جوابه عنه : أنّ الاستصحاب الأوّل حاكم على الاستصحاب الثاني ، فلا تعارض بين الدليل الحاكم وبين الدليل المحكوم .

وتوضيحه : أنّ الشكّ في بقاء الإباحة الحاصلة بالمعاطاة ولزومها مسبّب عن الشكّ في بقاء سلطنة المالك على ماله المباح له وارتفاعها لأجل طروّ ما يحتمل أن يكون ملزماً له كالتصرّف المغيّر غير المتلف ، فإنّ استصحاب بقاء سلطنة المالك على ماله يثبت أنّ للمالك المبيح أن يستردّ ماله ، ومعه لا يبقى شكّ في ارتفاع الإباحة الحاصلة بالمعاطاة بعد استرداد المالك ماله ، فلا يبقى شكّ في بقاء الإباحة ، بل يحرز عدمها .

وقد أورد عليه بوجوه:

الأوّل: ما ذكره سيّدنا الأُستاذ من أنّه لا يحتاج إلى الأصل المذكور؛ إذ المفروض أنّ العين باقية في ملك مالكها، ومقتضى إطلاق دليل جواز التصرّفات الصادرة من المالك جوازها حتّى بعد تحقّق الإباحة الشرعيّة المفروضة في مورد المعاطاة.

وفيه: أوّلاً: أنّ الشيخ قد تمسّك بها على تقدير عدم وجود دليل اجتهاديّ، فالتمسّك به تقديريّ كما هو المتعارف بين الفقهاء من التمسّك بالدليل الاجتهاديّ والأصل العمليّ في مورد واحد، وهو أيضاً عمل بهذا القانون، وقال: الأصل عدم اللّزوم لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم، وأصالة سلطنة المالك.

الثاني: أيضاً ما ذكره سيّدنا الأُستاذ تبعاً لأُستاذه من أنّه على تقدير فرض الاحتياج إلى الأصل فيشكل بكون الأصل الجاري في المقام استصحاباً في الحكم الكلّيّ، وهو معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد، فتأمّل.

وفيه: أنّ هذا الإشكال موجود في جريان أصالة الإباحة. إذن كما أنّ الأصل لا يصلح لإثبات الجواز كذلك لا يصلح لإثبات اللّزوم.

الثالث: ما ذكره الأُستاذ الأعظم فإنّه ترك البحث عن استصحاب السلطنة والجواب عنه، وإنّما أجاب عن دليل السلطنة على اللزوم، وذكر في جواب الشيخ القائل بأنّ الأصل الجواز بقوله: «ولكنّ الظاهر أنّ الأصل فيه هو اللّزوم»، وقال: «إذا لم يتحقّق في الخارج ما يحتمل معه اللّزوم فلا بأس بما ذكره المصنّف ﷺ من التمسّك بدليل السلطنة لإثبات جواز الرجوع لكلّ من المتعاطيين؛ إذ المفروض أنّه لم يتحقّق في الخارج ما يمنع المالك من إعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعاملة المعاطاتيّة، وأمّا إذا وقع في الخارج ما يحتمل معه اللّزوم فلا يجوز التمسّك بدليل السلطنة لجواز رجوع المالك إلى ماله؛ لأنّ القدر المتيقّن من الإباحة

الثابتة بالإجماع والسيرة ما لم يتحقّق في الخارج ما يحتمل معه اللّزوم، وإلّا فنتمسّك بالأدلّة الدالّة على صحّة المعاطاة ولزومها، فيحكم بترتّب الملكيّة عليها ملكيّة لازمة.

وفيه: أنّ ما ذكره يتمّ لو كان المعاطاة مفيدة للملكيّة واللّزوم في حدّ نفسها وقام الإجماع والسيرة على إفادتها الإباحة، فعندئذٍ يؤخذ بالقدر المتيقّن، وأمّا بناءً على القول بأنّ المعاطاة لا تفيد الملك واللّزوم أصلاً، وانّما تترتّب عليها الإباحة الشرعيّة، فلا مجال لهذا الكلام.

أضف إليه: أنّ مقتضى إطلاق دليل السلطنة أو استصحابها أنّه مسلّط على أمواله عند وقوع ما يحتمل معه اللّزوم في الخارج.

الرابع: ما أورد عليه المحقّق النائينيّ ﷺ[1] بأنّ ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحة بالعوض من أنّ الأقوى اللّزوم، فإنّ مدرك الأقوال الثلاثة جارٍ في مطلق ما يفيد الإباحة، سواء كان قصد المتعاطيين الإباحة أو التمليك مع ترتّب الإباحة على فعلهما، فإنّ وجه الجواز مطلقاً هو أنّ العقود التسليطيّة دائرة مدار الإذن والتسليط، ولذا استشكل في لزوم الوكالة في ضمن العقد اللازم. **بتقريب**: أنّ الوكالة ثابتة ما دام الأوّل باقياً، فإذا ارتفع ارتفعت، ولا يجدي اشتراط عدم عزله ولو في ضمن عقد لازم، ووجه اللّزوم مطلقاً كفاية المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللّزوم.

ووجه التفصيل هو: أنّ المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانياً دون المبيح، فإنّه باقٍ على سلطنته، فإذا كان مختار المصنّف ﷺ اللّزوم فكيف يصحّ قوله: «وأمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللّزوم»؟

(١) الحاشية: ٤٩.

وأجاب عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّه لا تهافت بين المقامين؛ إذ مورد البحث هنا المعاطاة المقصود بها الملك وحصلت الإباحة بها، فلا يمكن التمسّك بأدلّة اللّزوم؛ لأنّ ما التزم به المتعاطيان ـ وهو الملك ـ لم يتحقّق في الخارج، وما حصل في الخارج ـ وهو الإباحة لاشرعيّة ـ لم يقصده ولم يلتزما به، وهذا بخلاف ما أفاده المصنّف ﷺ في الأمر الرابع، فإنّ كلامه هناك مسوق لبيان المقصود بها الإباحة المعوّضة، وعليه فيمكن التمسّك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط، ويكون ذلك حاكماً على دليل السلطنة.

الخامس: ما أفاده المحقّق الأيروانيّ ﷺ بأنّ الإباحة على هذا القول شرعيّة لا مالكيّة؛ لأنّ مفروض الكلام قصد المتعاطيين التمليك، فدليل سلطنة الناس قاصر عن إثبات سلطنة المالك على إزالة ما حكم به الشارع، وسلطنته على ماله بالأخذ والعطاء لا تنافي بقاء إباحته ما دام المال باقياً. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّ حقّ المقام أن يتمسّك بدليل سلطنة الناس لا بأصالة السلطنة، فإنّه ما دام الدليل الاجتهاديّ قائماً لا يبقى مجال للتمسّك بالدليل الفقاهتي.

وفيه: أنّ ظاهر إطلاق دليل السلطنة أنّ المالك مسلّط على جميع شؤون ماله، ومنها إزالة إباحته على الغير بأن تكون الإباحة الشرعيّة لبّاً مشروطة بعدم إزالة المالك إباحته على الغير، نظير الفسخ في العقود اللّازمة، فتأمّل.

هذا تمام الكلام في الإشكال الأوّل، وأمّا الإشكال الثاني، فقد عرفت جوابه ممّا ذكرنا آنفاً بأنّ التمسّك بالأُصول تقديريّ، وهذا النحو من الاستدلال أمر متعارف فيما بينهم، ولذا نرى أنّهم يتمسّكون بالأدلّة الأربعة والإجماع منها، والحال مع وجود الدليل الآخر على حكم لا يكون الإجماع حجّة لكونه مدركيّاً.

وملخّص الجواب: أنّه على تقدير عدم وجود دليل آخر يكون الإجماع دليلاً على

المدّعى وكذلك في المقام، فإنّ التمسّك بالأُصول إنّما يكون على تقدير عدم وجود دليل عليه.

السادس: ما أفاده المحقّق الأصفهانيّ ﷺ بأنّ الإباحة المعاطاتيّة ليست تسبيبيّة؛ لما مرّ غير مرّة من أنّ المعاطاة حيث إنّها قصد بها التمليك فلا يعقل التسبّب إلى الإباحة المتفرّعة على بقاء الإضافة الملكيّة على حالها، وحيث لا عقد عليها فلا يعقل اعتبار حلّها، فالإباحة المعاطاتيّة إمّا على طبق القاعدة، وهي الإباحة الشرعيّة المستندة إلى رضا المالك ضمناً، فإنّ الاستيلاء الخارجيّ وإثبات يد الغير على ماله صدر عن رضاه، غاية الأمر أنّ الاستيلاء المذكور كان بقصد حصول الملكيّة به، إلّا أنّها تخلّفت عنه وحصلت الإباحة، فتخلّف الملكيّة لا يوجب عدم صدور الاستيلاء الخارجيّ عن الرضا، وإمّا على خلاف القاعدة، فإنّ الإباحة في المعاطاة مستندة إلى السيرة، فهي تعبّديّة محضة من دون أن يكون لها سبب مملّك ولا مبيح من المالك.

فعلى الأوّل ـ وهو كون الإباحة مستندة إلى رضا المالك ـ لا يعقل الشكّ في ارتفاع الإباحة بسبب الرجوع وتبدّل الرضا بالكراهة لبقاء المعلول ببقاء علّته حدوثاً وبقاءً، وفرض كون الرضا علّة محدثة فقط خلاف القاعدة، وهو خلف، وحينئذٍ لا مجال لتوهّم استصحاب الإباحة.

وعلى الثاني ـ وهو فرض كون الإباحة تعبّديّة محضة ـ فيعقل الشكّ في ارتفاع الإباحة بسبب الرجوع، فإن كان لدليل السطنة ونحوها من الأدلّة الاجتهاديّة إطلاق لصورة الرجوع في المأخوذ بالمعاطاة، فيتمسّك بإطلاقها، ولا مجال لاستصحاب الإباحة، وإلّا فالاستصحاب جارٍ، ولا حكومة لاستصحاب السلطنة؛ لأنّ المراد بالسلطنة إمّا القدرة شرعاً تكليفاً ووضعاً على التصرّفات المباشريّة أو التسبيبيّة،

أو لازمها ـ وهو عدم سلطنة الغير على التصرّف في المال ـ لمزاحمته لسلطان مالكه إذا صدر بدون إذنه ورضاه، فإن أُريد استصحاب السلطنة بالمعنى الأوّل فهو غير منافٍ لجواز التصرّف من الغير، بل لكلّ منهما التصرّف فيه أحدهما بالملك والآخر بالإباحة التعبّديّة، فللمالك استرداد العين خارجاً، وللمباح له شرعاً التصرّف ما دام المال على ملك صاحبه. وإن أُريد استصحابها بالمعنى الثاني، ومرجعه إلى استصحاب محجوريّة غير المالك قبل المعاطاة، فمن الواضح تبدّلها برفع الحجر بسبب المعاطاة شرعاً، فالجاري فعلاً استصحاب عدم المحجوريّة لا المحجوريّة المنقلبة إلى النقيض، فاستصحاب السلطنة إمّا جارٍ ولا ينافي استصحاب الإباحة، أو غير جارٍ، فأين الحكومة؟ وليست الإباحة تسبيبيّة إنشائيّة حتّى يكون ردّ إضافة الإباحة بالرجوع معقولاً لتكون السلطنة على الرجوع موجباً للتعبّد بزوال الإباحة عند الرجوع.

إذا عرفت هذا[١] فاعلم: أنّ تلف العوضين[٢] ملزم إجماعاً على الظاهر[٣] المصرّح به في بعض العبائر. أمّا على القول[٤] بالإباحة

---

[١] أي إذا عرفت الذي ذكرناه من أنّ الأصل في المعاطاة اللّزوم على القول بإفادتها الملك، وعدم اللزوم على القول بإفادتها الإباحة، فيقع كلامنا في ملزماتها، وهي أُمور:

الأمر الأوّل: التلف، وهو على صور ثلاث:

الصورة الأُولى: تلف العوضين معاً.

الصورة الثانية: تلف أحدهما.

الصورة الثالث: تلف بعض أحدهما، وستلاحظ توضيحها في ضمن شرح المتن، فانتظر.

[٢] هذه إشارة إلى الصورة الأُولى من تلف العوضين، أي تلف الثمن والمثمن كليهما ملزم للمعاطاة بإجماع الفقهاء.

[٣] أي الإجماع المذكور يستفاد من ظاهر كلمات بعض الفقهاء، وصريح بعض عباراتهم.

[٤] أي أمّا على القول بأنّ المعاطاة تفيد إباحة التصرّف لكلّ من المتعاطيين فيما أخذه من الآخر من دون أن يكون مالكاً له، فكون تلف العوضين ملزماً للمعاطاة، فواضح، ومعنى كون تلف العوضين ملزماً للمعاطاة عدم إمكان زوال إباحة المال المباح له بحيث يكون المتلف ضامناً لما أتلفه.

إن شئت فقل: إنّ المعاطاة لو لم تكن لازمة وبقيت الإباحة على حالها حتّى بعد تلف العوضين يرجع كلّ من المتعاطيين ببدل ماله لكون المتلف ضامناً لما أتلفه، وأمّا إذا قلنا بلزوم المعاطاة فلا معنى لضمان المتلف ورجوع

فواضح ؛ لأنّ [١] تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال [٢] صاحبه وتوهّم [٣] جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع [٤]

كلّ منهما ببدل ماله ؛ إذ المفروض أنّ التلف كان مستنداً إلى إباحة مالكه ولا موجب للضمان .

[١] أي إنّما قلنا بوضوح كون تلف العوضين ملزماً للمعاطاة على القول بإفادتها الإباحة ؛ لأنّ المفروض على هذا القول أنّ المال بقي على ملك مالكه ، وإنّما المعاطاة أفادت إباحة التصرّف للآخذ فيما أخذه ، فإذا تلف المال المأخوذ في يد أحد المتعاطيين فيكون تلفه من مال مالكه ، ولا وجه لضمان من تلف المال بيده ؛ لأنّ كونه بيد المباح له كان بإذن من الشارع ، فإنّ المعاطاة أوجبت إباحة بقاء العين بيده ولا موجب للضمان في مثل هذا الفرض .

[٢] مفعول لقوله : « ضمان » أي لم يحصل شيء أن يكون هو سبباً لضمان كلّ من المتعاطيين مال صاحبه بأن يرد بدله إلى مالكه عند تلفه ، ومع عدم تحقّق سبب الضمان فلا وجه له .

[٣] جواب عن إشكال مقدّر ، وحاصل الإشكال هو : أنّا لا نسلّم عدم حصول ما يوجب الضمان بعد فرض كون التلف بيد المباح له ؛ لأنّ المفروض أنّ كلّاً من المتعاطيين وضع يده على مال الآخر الذي يكون مباحاً له ، فإنّ للمالك استرداد ماله من المباح له ما دام موجوداً ولو تلف استقرّ بدله على مَن تلف المال بيده .

والحاصل : أنّ يده سبب للضمان بمقتضى قوله : « على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي » .

[٤] وملخّص الاندفاع هو : أنّ الكبرى لا نقاش فيها ، فلو جرت قاعدة اليد تكون هي سبباً للضمان ، إلّا أنّ الكلام كلّ الكلام في جريانها في المقام ، وهي

بما سيجيئ [١]. وأمّا على القول بالملك [٢]، فلما عرفت [٣] من أصالة اللّزوم والمتيقّن من مخالفتها [٤]

لا تجري ؛ لأنّ موردها ما إذا كانت اليد عدوانيّة وليس الأمر كذلك هنا ؛ لكون ذي اليد مأذوناً في التصرّف من قِبل الشارع ، ومعه لا تكون يده سبباً للضمان .

[١] أي سيجيئ بعد أسطر ما لفظه ، وهو القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان ولا بعده ، فانتظر .

[٢] إلى هنا بيّن أن تلف العوضين على القول بالإباحة في المعاطاة ملزم لها بلا شبهة فيه ، ومن هنا شرع في بيان أنّه أيضاً ملزم لها على القول بإفادتها الملك الجائز .

وملخّص بيانه هنا هو : أنّك قد عرفت أنّ مقتضى الأصل في المعاطاة ـ كغيرها من العقود ـ اللزوم ، وإنّما قام الإجماع على جوازها ويخصّص به الأصل الدالّ على لزوم المعاطاة ، وحيث إنّ المخصّص دليل لبّيّ وهو الإجماع يقتصر في تخصيصه لعموم دليل اللّزوم على القدر المتيقّن ، وهو صورة إمكان ترادّ العوضين ، ففي هذه الصورة يخصّص ما دلّ على لزوم المعاطاة ويحكم بجوازها . وأمّا مع امتناعه فيكون الشكّ في التخصيص الزائد ويتمسّك بعموم العامّ ، وهو أصالة اللّزوم كما هو الضابط فيما إذا كان المخصّص أمره دائراً بين الأقلّ والأكثر .

[٣] أي الدليل على اللّزوم هو ما عرفت من أنّ اللّزوم هو مقتضى أصالة اللّزوم في المعاطاة .

[٤] وهو جواب عن إشكال مقدّر ، وملخّص الإشكال هو : أنّ الأصل المذكور قد خصّص بالإجماع القائم على الجواز في المعاطاة ، ومعه لا يمكن التمسّك

جواز [١] ترادّ العينين ، وحيث ارتفع مورد [٢] الترادّ امتنع [٣].

بأصالة اللّزوم لإثبات اللّزوم في المعاطاة ؛ لأنّ إطلاق المخصّص مقدّم على إطلاق العامّ .

وملخّص الجواب عنه : أنّ ما ذكرت من تقديم إطلاق المخصّص على إطلاق العامّ ممّا لا شبهة فيه بحسب الكبرى ، إلّا أنّها تتمّ فيما إذا كان إطلاق لدليل المخصّص بأن كان دليلاً لفظيّاً ، وأمّا لو كان دليلاً لبّيّاً كما هو كذلك في المعاطاة ، فإنّ الدليل القائم على الجواز فيها عبارة عن الإجماع الذي لا إطلاق فيه كي يقدم على إطلاق العامّ ، فيقتصر في تخصيص العامّ بالقدر المتيقّن من التخصيص ، وهو ما إذا كان الترادّ ممكناً بأن كانت العينان باقيتين ، وأمّا عند عدم إمكان الترادّ ، كما إذا تلفت العينان ، فلا يشمله دليل المخصّص ، بل يتمسّك بعموم العامّ الدالّ على لزوم المعاطاة .

[١] خبر لقوله : « والمتيقّن » ، أي القدر المتيقّن من مخالفة أصالة اللّزوم وتخصيصها موارد إمكان ترادّ العوضين ، فقام الإجماع على جواز المعاطاة في هذه الصورة فقط .

قال الشهيديّ : الجواز بمعنى الإمكان ، والمراد من مورد الترادّ صورة بقاء العينين ، وعلى هذا يكون ما يزول به الملك في المعاطاة من سنخ ما يحدث الملك به ، فكما أنّه يحدث بالتسليط الخارجي كذلك يزول بإزالة التسليط الحاصل بالردّ الخارجيّ .

[٢] قد عرفت أنّ مورد الترادّ صورة بقاء العينين ، أي حيث إنّه ارتفع موضوع الترادّ بتلف العينين في المقام ، كما هو المفروض .

[٣] جواب حيث ، أي امتنع الترادّ عقلاً ؛ لأنّ ترادّ العينين وإرجاع كلّ منهما إلى مالكه إنّما يمكن مع بقائهما ، وأمّا بعد تلفهما امتنع ترادّ العينين .

ولم يثبت [١] قبل التلف جواز [٢] المعاملة على نحو [٣] جواز البيع

---

[١] هذا جواب عن إشكال مقدّر. وملخّص الإشكال هو: أنّه قد ثبت بالإجماع جواز الملك في المعاطاة قبل تلف العوضين، وهو يقينيّ الثبوت، وإنّما يشكّ في بقائه بعد تلفهما، فيستصحب جواز المعاطاة الثابت قبل التلف، فيكون استصحاب الجواز في المعاطاة نظير استصحاب الجواز في البيع الخياريّ، فكما لو شككنا في سقوط الخيار ولزوم البيع بتلف العوضين في البيع الخياريّ يستصحب الجواز الثابت قبل تلف العوضين، كذلك لو شككنا في لزوم المعاطاة بتلف العينين يستصحب جواز المعاطاة الثابت قبل التلف.

وملخّص الجواب عنه: أنّ قياس جواز المعاطاة بجواز البيع الخياريّ قياس مع الفارق لوجود الفارق بين جواز المعاطاة وبين جواز البيع الخياريّ؛ ضرورة أنّ متعلّق الجواز في المعاطاة إنّما هو العين بحيث إنّ لكلّ من المتعاطيين أن يستردّ ما أعطاه لصاحبه، نظير الجواز في الهبة المتعلّق بردّ العين الموهوبة، فإنّ هذا هو المتيقّن من جواز المعاطاة الثابت بالإجماع، ولم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز العقد الخياريّ لكي نستصحبه بعد التلف، وهذا بخلاف متعلّق الجواز في البيع الخياريّ، فإنّه نفس العقد. ومن هنا قد عرّف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد، وعلى هذا فلا موضوع لجواز الترادّ في المعاطاة بعد تلف العينين، بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياريّ، فإنّه باقٍ بعد تلف العينين أيضاً؛ إذ المفروض بقاء متعلّقه، وهو العقد.

[٢] فاعل لقوله: «لم يثبت»، أي لم يثبت جواز المعاملة المعاطاتيّة.

[٣] أي لم يثبت أنّ جواز المعاطاة قبل التلف يكون نظير جواز البيع الخياريّ.

الخياريّ حتّى يستصحب [١] بعد التلف؛ لأنّ ذلك [٢] الجواز من عوارض العقد، لا العوضين [٣]، فلا [٤] مانع من بقائه، بل [٥] لا دليل على ارتفاعه

---

[١] أي حتّى يستصحب جواز المعاملة المعاطاتيّة بعد تلف العوضين، كما يستصحب جواز البيع الخياريّ بعد تلف العوضين.

[٢] أي إنّما قلنا بعدم كون جواز المعاطاة الثابت بالإجماع، مثل جواز البيع الخياريّ؛ لأنّ جواز البيع الخياريّ من عوارض العقد، فإذا شكّ في بقاء جوازه بعد تلف العوضين فلا مانع من استصحابه؛ لكونه متيقّناً سابقاً ومشكوكاً لاحقاً، فيتمّ ركنا الاستصحاب من اليقين السابق والشكّ اللّاحق.

[٣] أي الجواز في البيع الخياريّ ليس من عوارض العوضين كي ينتفي بانتفاء موضوعه حيث إنّ الملكيّة صفة وجوديّة قائمة بأمر وجوديّ، فمع تلف العوض لا موضوع كي يقوم به الملكيّة ويكون الاسترداد بلحاظها، ويقال بلزومه بعد تلف العوضين؛ وذلك لامتناع الترادّ بعد تلفهما، فيكون البيع الخياريّ لازماً بتلفهما.

[٤] أي إذا ثبت أنّ الجواز في البيع الخياريّ من عوارض العقد فلا مانع من بقاء الجواز في البيع الخياريّ حتّى بعد تلف العوضين؛ إذ المفروض أنّ الجواز قائم بالعقد، وهو الموضوع للمستصحب، وباقٍ بعد تلف العوضين، فلا مانع من استصحاب الجواز، ولا مانع من الحكم ببقائه بعد تلف العوضين.

[٥] كلمة «بل» للاستدراك، وغرضه أنّه مضافاً إلى استصحاب بقاء الجواز يمكن أن يتمسّك بالدليل الاجتهاديّ، ومعه لا يبقى مجال للتمسّك بالاستصحاب، وهو أنّ مقتضى إطلاق دليل جعل الخيار بقاء حقّ الخيار حتّى بعد تلف العوضين، ومعه لا يصل المجال إلى استصحاب بقاء جواز البيع الخياريّ؛ لأنّ الأصل أصيل حيث لا دليل، فمع وجود دليل اجتهاديّ فلا يصل المجال

بعد تلفهما ، بخلاف ما نحن فيه [١] ، فإنّ الجواز فيه [٢] هنا بمعنى [٣] جواز الرجوع في العين ، نظير [٤] جواز الرجوع في العين الموهوبة ، فلا يبقى [٥] بعد التلف متعلّق الجواز ، بل [٦] الجواز

إلى الأصل العمليّ .

[١] وهو الجواز في البيع المعاطاتيّ فإنّه يكون بخلاف جواز البيع الخياريّ ، فإنّ الجواز في البيع المعاطاتيّ لا يتعلّق بالعقد .

[٢] أي الجواز في البيع المعاطاتيّ . ولا أرى وجهاً لكلمة « هنا » لعلّها زائدة .

[٣] أي معنى الجواز في البيع المعاطاتيّ جواز الرجوع في العين التي أعطاها أحد المتعاطيين للآخر واستردادها ، وهو إنّما يتعقّل فيما إذا كانت العين باقية ، ومع تلفها لا يبقى موضوع لجواز الرجوع واسترداد العين .

[٤] أي الجواز في المعاطاة نظير الجواز في الهبة ، فكما أنّ جواز الرجوع في العين الموهوبة متوقّف على بقاء العين الموهوبة ، فلا يعقل بقاؤه مع تلفها ، كذلك الجواز في المعاطاة متوقّف على بقاء العين ، فلا يعقل بقاؤه مع تلفها .

[٥] أي إذا ثبت أنّ الجواز في المعاطاة نظير الجواز في الهبة في كونه قائماً بإمكان ترادّ العينين فلا يبقى متعلّق جواز الرجوع بعد تلف العين ، بلا فرق بين الجواز في البيع الخياريّ وبين الجواز في البيع المعاطاتيّ ، بل ينتفي الجواز بانتفاء موضوعه ، وهو العين .

[٦] إلى هنا بيّن أنّ جواز الرجوع في المعاطاة نظير جواز الرجوع في الهبة في كون الجواز في كلا الموردين قائماً بإمكان ترادّ العينين ، وأمّا بعد تلفهما حيث إنّه لا يمكن الترادّ فلا يبقى موضوع لجواز الرجوع في العين في كليهما ، أراد أن يرجع عن تنظير الجواز في المعاطاة بالجواز في الهبة . **بدعوى :** انّ ارتفاع

هنا [١] يتعلّق بموضوع [٢] الترادّ [٣] لا [٤] مطلق الرجوع الثابت في

الجواز في المعاطاة أوْلى من ارتفاع الجواز في الهبة ، وأنّ دائرة موضوع الجواز في المعاطاة أضيق من موضوع جواز الرجوع في الهبة ؛ لأنّ موضوع الجواز في المعاطاة خصوص الترادّ المتوقّف على بقاء العينين معاً ، وأمّا الجواز في الهبة ، فإنّه متقوّم ببقاء عين واحدة ، فلو كانت الهبة معوضة كان جوازها منوطاً ببقاء العين الموهوبة ، سواء بقي عوضه أم لا ، ولو تلفت العين الموهوبة ـكالكتاب مثلاًـ لزمت الهبة ، سواء تلف الدينار الذي هو عوضه أم لا .

[١] أي الجواز الثابت بالإجماع في المعاطاة .

[٢] قال الشهيديّ : الإضافة بيانيّة ، يعني أنّ الجواز في المعاطاة يتعلّق بنفس الترادّ ، فإنّ المراد من موضوع الترادّ نفس الترادّ ، وهو العينان .

وحاصله : أنّ جواز المعاطاة معناه جواز استرداد كلّ من المتعاطيين ما أعطاه الآخر ، ولا يخفى أنّ الترادّ ملكيّ لا خارجي محض ، بأن يردّ كلّ منهما ما أخذه ، فإنّ مجرّد الترادّ الخارجيّ من دون أن يتحقّق الترادّ الملكيّ لا ينفع .

[٣] وهو موضوع مركّب من الأخذ والردّ ، ولا يخفى أنّ الترادّ ملكيّ لا خارجيّ ، فإنّ مجرّد استرداد كلّ منهما ما أعطاه من دون الترادّ الملكيّ ليس موضوعاً للجواز .

والحاصل : أنّ الجواز في المعاطاة يتقوّم بشيئين : فإذا تلف أحد العوضين لم يمكن الترادّ بخلاف الهبة ، فإنّ الجواز فيها يتقوّم بشيء واحد ، وهو بقاء العين الموهوبة ، بلا فرق بين بقاء عوضها وعدمها .

[٤] أي الجواز في المعاطاة لم يتعلّق بالرجوع في العين مطلقاً ، كالجواز المتعلّق في الهبة كي يصحّ الرجوع في العين الباقية من العينين الموهوبتين ؛ لأنّ

الهبة. هذا[١] مع أنّ[٢] الشكّ في أنّ متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة[٣] أو الرجوع[٤] في العين أو ترادّ[٥] العينين ؟

موضوع الجواز في الهبة هو الرجوع في العين الموهوبة مطلقاً، سواء أمكن الرجوع في العين الأُخرى الموهوبة بالاستقلال عوض العين الأُولى على ما هو معنى الهبة المعوّضة أم لا ؟

[١] أي خذ ما ذكرناه.

[٢] هذا إشكال ثانٍ على جريان الاستصحاب. **وملخّصه**: أنّا لو أغمضنا عن الإشكال الأوّل وسلّمنا الشكّ في بقاء الجواز، وعدم العلم بانتفاء ذلك الجواز بمجرّد التلف، ولكن مع ذلك لا مجال لاستصحاب بقاء الجواز؛ إذ مع فرض الشكّ في أنّ الجواز تعلّق بالعقد كي يمكن إجراء الاستصحاب فيه أو تعلّق بالترادّ كي يعلم بعدم جريان الاستصحاب للعلم بانتفاء الجواز بعد تلف العينين لا مجال للاستصحاب؛ وذلك لعدم إحراز موضوع المستصحب، ومعه لا مجال لجريان الاستصحاب.

[٣] أي إذا شككنا في أنّ متعلّق الجواز في المعاطاة هو أصل العقد المعاطاتيّ كالجواز في البيع الخياريّ الذي قد تعلّق بالبيع الخياريّ حتّى يبقى الجواز بعد تلف العينين.

[٤] أي أو أنّ متعلّق الجواز الرجوع في العين كما كان كذلك في الهبة حتّى يبقى الجواز بعد تلف إحدى العينين، فلو وهب زيد كتابه لعمرو على أن يهبه عمرو ديناراً، فإنّ الجواز في هذه الهبة قد تعلّق بالرجوع في الكتاب، فما دام الكتاب موجوداً فله أن يرجع في هبته ويفسخها حتّى يبقى الجواز بعد تلف إحدى العينين.

[٥] أي أو أنّ متعلّق الجواز ترادّ العينين كي لا يبقى موضوع للجواز حتّى بعد تلف

يمنع [١] من استصحابه، فإنّ [٢] المتيقّن تعلّقه بالترادّ؛ إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللّزوم على ثبوت أزيد من جواز ترادّ العينين الذي لا يتحقّق إلّا مع بقائهما.

إحدى العينين فضلاً عن تلف كلتيهما.

[١] خبر لقوله: «مع أنّ الشكّ»، أي أنّ الشكّ المذكور يمنع من جريان استصحاب الجواز في المعاطاة؛ وذلك لأنّه مع الشكّ في أنّ متعلّق الجواز هل هو العقد أو العين لا يحرز الموضوع الذي لا بدّ من إحرازه في جريان الاستصحاب.

[٢] هذا تعليل لعدم جريان الاستصحاب، ولكن بتقريب آخر. **وملخّصه**: أنّ مقتضى أصالة اللّزوم في العقود أنّ كلّ عقد لازم حتّى العقد المعاطاتيّ، والمقدار الخارج منها العقد المعاطاتيّ في صورة إمكان الترادّ بأن يمكن لكلّ من المتعاطيين أن يستردّ ما أعطاه صاحبه، فإنّ هذا هو المتيقّن من جواز المعاطاة بالإجماع، وأمّا إذا امتنع الترادّ بأن لا يمكن لكلّ منهما استرداد ما أعطاه، كما إذا تلف العينان أو إحداهما، فتجري أصالة اللّزوم، ولا مجال معها إلى استصحاب الجواز؛ لأنّه لا يشكّ في الجواز مع وجود الدليل الاجتهاديّ التعبّديّ كي نحتاج إلى الاستصحاب.

ملخّص الكلام: إن كان المراد من الاستصحاب استصحاب جواز الترادّ أو جواز الفسخ، وهو لا يجري للشكّ في ثبوت كلّ منهما من أوّل الأمر، وأمّا استصحاب الفرد المردّد بما هو مردّد فهو غير قابل للاستصحاب؛ لعدم تحقّق هويّة ولا ماهيّة له، وأمّا استصحاب الجواز الكلّيّ المتعلّق بالجامع بين الترادّ والعقد فهو وإن كان من قبيل القسم الثاني من الاستصحاب الكلّي، لكنّه لا يجري في المقام؛ لأنّ منشأ الشكّ في الجواز الشكّ في بقاء موضوعه؛

لكونه مردّداً بين ما هو مقطوع الانتفاء ـ وهو الملك المتعلّق بالعين ـ وما هو مقطوع البقاء ـ كالعقد ـ.

«التحقيق»

لمّا فرغ شيخنا الأنصاريّ ﷺ من تأسيس الأصل في المعاطاة، وبيان مقتضاه على كلّ من القول بالملك والإباحة في المعاطاة شرع في بيان الملزمات، وهي أُمور: التلف، والتصرّف الناقل، والتصرّف الخارجيّ، ولكلّ منها صور، كما عرفت في توضيح المتن.

الملزم الأوّل: التلف، والمذكور منه في المتن ثلاث صور:

الصورة الأُولى: تلف العوضين.

الصورة الثانية: تلف أحدهما.

الصورة الثالثة: تلف بعض أحدهما.

أمّا الصورة الأُولى: وهي تلف العوضين، فقال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً، بلا فرق بين القول بالإباحة في المعاطاة وبين القول بالملك فيها. أمّا على القول بالإباحة فيها فيكون التلف موجباً للزوم الإباحة وعدم جواز رجوع أحد المتعاطيين، وهو المالك إلى المتعاطي الذي تلف المال عنده بالمثل أو القيمة.

وملخّص كلامه: أنّ كون تلف العوضين ملزماً للمعاطاة على القول بالإباحة واضح؛ لأنّ المفروض على هذا القول أنّ المال بقي على ملك ماله، فإذا تلف المال يكون تلفه من مال مالكه، ولا وجه لضمان مَن تلف المال بيده. نعم، لو لم تكن

المعاطاة لازمة وبقيت الإباحة على حالها حتّى بعد تلف العوضين يرجع كلّ من المتعاطيين ببدل ماله ؛ لكون المتلف ضامناً لما أتلفه .

ثمّ ذكر إشكالاً ، وهو توهّم الضمان بأنّ مقتضى قاعدة اليد هو الضمان ؛ لأنّ كلّ واحد من المالين في يد الآخر ، والقاعدة تقتضي ضمان قيمة ما أتلفه صاحب اليد أو مثله .

وأجاب عنه : بأنّ اليد المذكورة لم تكن يداً عدوانيّةً إلى حين التلف ، فلا تكون يد ضمان ، بل أمانيّة لثبوت إباحة التصرّف فيه شرعاً ، فلا يعدّ ضامناً .

إن قلت : هذا الذي ذكرت إنّما يجدي إذا لم يقصد المالك الرجوع في إباحته .

قلت : إذا كان المالك يقصد الرجوع فالأمر أيضاً كذلك ؛ لأنّ القصد المذكور لا يوجب قلب اليد الأمانيّة إلى يد ضمانيّة . إذن يحسب التالف من مالكيهما ، انتهى كلامه رفع مقامه .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم : بأنّ هذا البيان إنّما يتمّ بناءً على القول بكون الإباحة المترتّبة على المعاطاة المقصود بها الملك إباحة مالكيّة ، ولكن قد ذكرنا مراراً أنّها إباحة شرعيّة ، وعليه فيجري هنا ما أفاده المصنّف ﷺ عند التكلّم على كلام بعض الأساطين من الالتزام بحصول الملك آناً مّا قبل التلف ، وإنّما التزم بذلك هناك من ناحية الجمع بين الأدلّة ، وإذن فاللازم عليه أن يحكم هنا بكون التلف في ملك المالك الثاني ، وكونه ضامناً بالمسمّى ، بديهة أنّ الإجماع يقتضي عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة ؛ إذ المفروض أنّ المعاطاة لم تفد إلّا الإباحة ، وقاعدة ضمان اليد تقتضي كون التلف من ذي اليد ، وأصالة بقاء المال في ملك مالكه الأوّل تقتضي عدم تحقّق الملكيّة إلّا آناً مّا قبل التلف ، وإذا حصلت الملكيّة فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمّى .

وأجاب عنه بعض تلامذته بأنّ ما ذكره كان مبنيّاً على تماميّة أدلّة ثلاثة ، وهي : الإجماع والاستصحاب وقاعدة اليد ، فإنّ نتيجة الجمع بينها الالتزام بحصول الملك آناً مّا للمباح له ، فيكون التلف في ملك المالك الثاني ، ولكن في المقام اعتبر الشيخ قاعدة اليد ساقطة حينما صارت يد المتصرّف المتلف أمانيّة ؛ لأنّه بعد ثبوت الإباحة الشرعيّة وحكم الشارع بإباحة تصرّفات المتعاطيين في المال يكون يدهما عليه يداً أمانيّة ، ومعه لا تكون نتيجة الجمع بين الأدلّة انتقال المال إلى ملك المبيح آناً مّا ، ويكون المتلف ضامناً له لا المالك الأوّل .

وملخّص الكلام: لا يجري عموم على اليد هنا حتّى يكون الضمان على ذي اليد ، ونلتزم بالملكيّة الآنيّة له ؛ إذ المفروض أنّها ليست يد ضمان بعد ثبوت الإباحة الشرعيّة .

وفيه: أنّ مقتضى قاعدة اليد ضمان المتعاطيين بالمثل أو القيمة بدعوى أنّ مقتضى قاعدة اليد الضمان ، وإنّما خرجت منها الأمانة المالكيّة والأمانة الشرعيّة بالدليل . وأمّا الإباحة الشرعيّة الثابتة بالإجماع ، كما هو المفروض في محلّ الكلام ، فلا تلازم عدم الضمان ، وإنّما المتيقّن ثبوت جواز التصرّف تكليفاً ، لا سلب الضمان ، فيكون المقام نظير إباحة أكل مال الغير عند الاضطرار .

نعم ، لو كانت الإباحة ثابتة بالدليل اللّفظي يمكن أن يقال : يفهم سلب الضمان من مدلوله الالتزاميّ عرفاً .

هذا كلّه على القول بالإباحة المعاطاتيّة ، وأمّا على القول بالملك الجائز فيها ، فملخّص ما ذكره شيخنا الأعظم أنّ المتيقّن من مخالفة عموم دليل لزوم المعاطاة وتخصيصه بالإجماع هو صورة إمكان ترادّ العوضين ، فمع امتناعه يرتفع الجواز ، ويرجع إلى أصالة اللّزوم عند تعذّر الترادّ بتلف وشبهه .

إن قلت: إذا ثبت بالإجماع جواز الملك في المعاطاة قبل التلف، وشكّ في انتفائه به أمكن إحراز عدم لزوم الملك باستصحاب الجواز، وهو يمنع عن شمول أدلّة اللّزوم لها بعد تلف إحدى العينين، أو كلتيهما استصحاباً لحكم المخصّص، نظير استصحاب جواز البيع الخياريّ الذي يستصحب بعد التلف.

قلت: قياس جواز المعاطاة على جواز البيع الخياريّ قياس مع الفارق؛ لأنّه لا شبهة في ثبوت الفارق بين جواز المعاطاة وبين جواز البيع الخياريّ؛ ضرورة أنّ متعلّق الجواز في المعاطاة إنّما هو العين بحيث إنّ لكلّ من المتعاطيين أن يستردّ ما أعطاه لصاحبه، نظير الجواز في الهبة المتعلّق بردّ العين الموهوبة، فإنّ هذا هو المتيقّن من جواز المعاطاة الثابت بالإجماع ولم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز العقد الخياريّ لكي نستصحبه بعد التلف، وهذا بخلاف متعلّق الجواز في البيع الخياريّ، فإنّه نفس العقد، وعلى هذا فلا موضوع لجواز الترادّ في المعاطاة بعد تلف العينين، بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياريّ، فإنّه باقٍ بعد تلف العينين أيضاً؛ إذ المفروض بقاء متعلّقه، وهو العقد. هذا تمام الكلام فيما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ بتوضيح منّا.

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم: بأنّ ما ذكره من الفرق بين جواز البيع الخياريّ وبين جواز المعاطاة غير مفيد على تقدير، وغير فارق على تقدير آخر.

بتقريب: أنّه إن كان المراد من الترادّ الذي هو موضوع للجواز في المعاطاة الترادّ الخارجيّ فهو غير مفيد؛ لأنّ مجرّد ردّ العين خارجاً مع بقائها في ملك الآخذ بالمعاطاة لا يترتّب عليه أثر، وإن كان المراد منه أنّ فسخ العقد لا يكون إلّا بترادّ العين خارجاً فهو متين، إلّا أنّه ليس شيئاً آخر وراء تعلّق الخيار بنفس العقد؛ لأنّ الأدلّة الدالّة على لزوم العقد إنّما تدلّ على لزوم كلّ عقد، وقد قام الإجماع على أنّ

المعاطاة تفيد الإباحة إلى زمن معيّن، وحيث إنّه دليل لبّيّ فلا يؤخذ منه إلّا بالمقدار المتيقّن، وهو ما إذا أمكن ترادّ العينين، وفي غير هذه الصورة يتمسّك بعموم العامّ. إذن فلا بدّ للمصنّف ﷺ أن يعلّل لزوم المعاطاة مع تلف العينين بأنّ المأخوذ بالمعاطاة إنّما تلف من ملك المالك الثاني، فلا يجوز للمالك الأوّل أن يرجع إليه؛ إذ المتيقّن من جواز الرجوع إنّما هو صورة الفسخ بترادّ العينين، وهو غير ممكن مع تلفهما. هذا تمام الكلام في الصورة الأولى.

وهذا في الحقيقة تمسّك بالمانع من جريان استصحاب الجواز على تقدير تماميّة المقتضي فيه، وهو حكومة أصالة اللّزوم على الاستصحاب المذكور؛ لأنّها رافعة للشكّ في بقاء الجواز تعبّداً.

وملخّص الكلام: لا مجال لاستصحاب الجواز لوجوه ثلاثة:

الأوّل: انتفاء أحد ركني الاستصحاب في المقام، وهو الشكّ في بقاء الجواز؛ لأنّه تعلّق في المعاطاة بالترادّ، وهو مقيّد عقلاً ببقاء العوضين؛ إذ المراد هو الترادّ الملكيّ، والملكيّة صفة وجوديّة قائمة بموضوع، ومع تلف العينين أو عين واحدة لا يبقى موضوع حتّى يمكن الترادّ، ومع عدم إمكانه يجزم بانتفاء الجواز، ومعه لا يجري الاستصحاب.

الثاني: أنّ الجواز على تقدير تعلّقه بالعقد لا شبهة في بقائه، وعلى تقدير تعلّقه بالترادّ لا شبهة في عدم جوازه، فالموضوع غير محرز كي يجري الاستصحاب، فالأمر دائر بين ما هو مقطوع البقاء وبين ما هو مقطوع الارتفاع.

إن شئت فقل: لم يحرز تعلّق الجواز في المعاطاة بحلّ العقد حتّى يستصحب بقاؤه لو شكّ في ارتفاعه بتلف العينين؛ لاحتمال تعلّقه بالترادّ المرتفع بتلف العينين، فمع الشكّ في الموضوع لا يجري الاستصحاب.

الثالث: أنّ أصالة اللّزوم قد خصّصت بالإجماع في مورد إمكان الترادّ، وأمّا في فرض عدم إمكانه كما إذا كان بعد تلف العينين فيتمسّك بأصالة اللّزوم، كما هو القانون في مورد الشكّ في التخصيص الزائد، فيحكم بأصالة اللّزوم، وهو يكون حاكماً على استصحاب بقاء الجواز.

ومنه [١] يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين [٢]، أو بعضها [٣] على القول بالملك.

وأمّا على القول بالإباحة [٤] فقد استوجه [٥]

---

[١] أي ممّا ذكرنا في حكم الصورة الأُولى من المسألة، وهو أنّ المتيقّن من جواز الرجوع في المعاطاة صورة بقاء العينين وإمكان ترادّهما يعلم حكم الصورة الثانية والثالثة أيضاً.

[٢] وهي الصورة الثانية، وحكمها هو عدم جواز الرجوع في العين الباقية؛ إذ موضوع الجواز هو إمكان الترادّ، وهو يكون مع وجود العينين، وأمّا مع فرض تلف إحدى العينين فلا يمكن الرجوع في العين الباقية لصاحبها لانتفاء موضوع الترادّ، وهو وجود العينين.

[٣] وهي الصورة الثالثة، وهي ما لو تلف بعض إحدى العينين، وحكمها أيضاً اللّزوم، وعدم جواز الرجوع؛ وذلك لعين الملاك الموجود في الصورة الثانية، وهو عدم إمكان الترادّ. والمثال لتلف بعض أحد العينين، كما إذا أعطى ثلاثة دراهم بإزاء صاع من الحنطة وتلف نصف صاع منها.

هذا كلّه على القول بالملك في المعاطاة، فإنّه لا شبهة في لزوم المعاطاة ولو مع تلف بعض إحدى العينين؛ لأنّ القدر المتيقّن من الجواز الثابت في المعاطاة الثابت بالإجماع هو مورد إمكان ترادّ العوضين، وأمّا مع عدم إمكانه فيتمسّك بأصالة اللّزوم، وأمّا على القول بالإباحة فلاحظ المتن.

[٤] إلى هنا بيّن أنّه بناءً على القول بالملك في المعاطاة لا إشكال في لزوم المعاطاة مع تلف العينين أو إحداهما أو بعضها، ومن هنا أراد أن يبيّن حكم المعاطاة على القول بالإباحة فيها.

[٥] أي استوجه بعض مشايخنا فيما إذا تلفت إحدى العينين أو بعضها.

بعض [١] مشايخنا وفاقاً لبعض معاصريه [٢] تبعاً [٣] للمسالك أصالة [٤] عدم اللّزوم لأصالة [٥] بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه [٦] لها. وفيه: أنّها [٧]

---

[١] وهو إمّا صاحب الجواهر، وإمّا السيّد المجاهد.

[٢] **قيل**: هو الفاضل النراقيّ في المستند في المسألة السادسة من مسائل الفصل الأوّل من كتاب البيع، **وقيل**: إنّه الشيخ كاشف الغطاء ﷺ.

[٣] أي حال كون بعض معاصريه تبع الشهيد الثاني في القول بوجاهة أصالة اللّزوم.

[٤] مفعول لقوله: «استوجه»، أي قال بعض مشايخنا: أنّ أصالة عدم اللّزوم في المعاطاة على القول بالإباحة فيها وجيه.

[٥] تعليل لجريان أصالة عدم لزوم المعاطاة على القول بإفادتها للإباحة.

وملخّصه: أنّ المالك كان له سلطنة على العين الموجودة عنده قبل تلفها؛ إذ المفروض أنّ المعاطاة أوجدت الإباحة فقط، ونشكّ في بقاء سلطنته عليها بعد تلفها، فيستصحب بقاء السلطنة الثابتة قبل تلفها، ويترتّب عليها جواز استرجاع ما أباحته المعاطاة من التصرّف فيها للآخذ، ومعنى هذا الاستصحاب جواز المعاطاة؛ إذ مع لزومها لا يبقى شكّ في عدم بقاء سلطنة المالك في العين، بل يعلم بارتفاع سلطنته عن العين.

[٦] أي لأصالة بقاء ملك مالك العين الموجودة.

[٧] ملخّص جواب شيخنا الأنصاريّ ﷺ عن بعض مشايخه هو: أنّ استصحاب بقاء سلطنة المالك وإن كان مقتضياً لعدم لزوم المعاطاة، إلّا أنّ مقتضى أصالة براءة ذمّة من تلف المال عنده عن المثل لو كان التالف مثليّاً وعن القيمة لو كان

معارضة بأصالة براءة ذمّته [١] عن مثل التالف عنده ، أو قيمته .

قيميّاً هو لزوم المعاطاة ، وكون التالف من مال الآخذ بالمعاطاة ، فيقع التعارض بينهما .

إن شئت فقل : إنّ استصحاب سلطنة المالك المقتضية لجواز رجوع مالك العين معارض لأصالة براءة ذمّة مَن تلف عنده مال صاحبه عن مثل التالف فيما إذا كان مثليّاً أو قيمته فيما كان قيميّاً ؛ إذ استرداد الموجود يلازم ضمان بدل التالف للملازمة بين جواز الرجوع واشتغال الذمّة ببدل التالف ، وبعد سقوط استصحاب بقاء السلطنة بالمعارضة لا يبقى دليل على الإباحة .

إن قلت : لا نسلّم التعارض بين أصالة بقاء السلطنة وبين أصالة البراءة عن الضمان ؛ لأنّ جواز الرجوع الثابت باستصحاب بقاء السلطنة لا ينافي عدم ضمان التالف ؛ إذ من الممكن أن يجوز له الرجوع ، ولا يكون ضامناً لبدل التالف .

قلت : نسلّم عدم وجود تعارض بينهما بالذات إلّا أنّا ندّعي وجود التعارض بينهما بالعرض ، وبضميمة عدم جواز الجمع بين الطرفين ، أي استرداد الموجود وعدم ضمان بدل التالف ؛ إذ بدون هذه الضميمة لا تنافي بينهما كي يكون هناك تعارض .

والحاصل : أنّ منشأ التعارض هو العلم من الخارج بالملازمة بين جواز رجوع مالك العين الباقية وبين جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها ، ومنشأ هذا العلم الخارجيّ إمّا القطع بعدم مجّانيّة التالف ، وإمّا دعوى الإجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية وجواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها .

[١] أي براءة ذمّة مَن تلف عنده مال صاحبه عن مثل التالف لو كان مثليّاً ، أو عن

والتمسّك [١] بعموم على اليد هنا [٢] في غير [٣] محلّه، بعد القطع بأنّ

قيمة التالف لو كان قيمياً.

[١] جواب عن إشكال مقدّر، **وملخّصه**: أنّه بناءً على القول بالإباحة في المعاطاة يكون المال باقياً في ملك كلّ من المتعاطيين، ويكون كلّ منهما واضعاً يده في مال الآخر الموجب للضمان. إذن فلو تلف المال في يد كلّ منهما وجب عليه أداء المثل أو القيمة، ومع وجود هذه القاعدة ـ وهي قاعدة اليد التي هي من الأدلّة الاجتهاديّة ـ لا يصل المجال إلى أصالة البراءة التي هي من الأُصول العمليّة، فتبقى أصالة بقاء السلطنة بلا معارض لها، وتكون نتيجة قاعدة اليد واستصحاب بقاء السلطنة جواز المعاطاة وعدم لزوم الإباحة بتلف إحدى العينين.

وبعبارة أُخرى: أنّ الحكم بضمان التالف إنّما هو لعموم على اليد، ومعه لا مجرى لأصالة البراءة حتّى يعارض بأصالة بقاء السلطنة.

[٢] أي التمسّك بعموم حديث «على اليد ما أخذت» لإثبات الضمان في المعاطاة على القول بالإباحة فيها في غير محلّه.

[٣] خبر لقوله: «والتمسّك»، وجواب عن الإشكال المقدّر.

وملخّصه: أنّ قاعدة على اليد غير جارية في المقام كي تمنع من جريان أصالة البراءة عن الضمان؛ لأنّ اليد الآخذة للعين بالمعاملة المعاطاتيّة قبل تلف العين لم تكن يد ضمان؛ لأنّ استقرار يده عليها إنّما كان بإذن الشارع؛ إذ المفروض قد حصلت الإباحة الشرعيّة بسبب المعاطاة، وأنّ كلّ واحد من المتعاطيين يجوز لهما التصرّف شرعاً فيما أخذه بالمعاطاة، ومع الإذن في التصرّف شرعاً لا تكون اليد مقتضية للضمان؛ لأنّ الموجب للضمان هي اليد العدوانيّة لا اليد المأذونة من قِبل الشارع.

هذه اليد [١] قبل تلف العين لم تكن [٢] يد ضمان ، بل ولا بعده [٣] إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ، ولم يرد [٤] الرجوع ، إنّما

إن شئت فقل : إنّ وضع اليد إذا كان على شيء بإذن المالك ورضاه صريحاً أو ضمناً لا يوجب دخول ذلك الشيء في عهدة ذي اليد .

وبعبارة واضحة : أنّ الإباحة الشرعيّة المستندة إلى رضا المالك ضمناً لا تجامع الضمان شرعاً .

والنتيجة : أنّه لا مجرى لقاعدة اليد هنا كي تعارض أصالة البراءة ، وتكون حاكمة عليها .

[١] أي اليد المسلّطة على العين بسبب المعاملة المعاطاتيّة .

[٢] خبر لقوله : « بأنّ هذه اليد » ، أي اليد الواقعة على العين بالمعاملة المعاطاتيّة لم تكن يد ضمان قبل تلف العين ولا بعده ، وعدم كونه سبباً للضمان قبل تلف العين لعدم كونها يداً عدوانيّة ، وكونها يداً أمانيّة .

[٣] أي لم تكن يد ضمان بعد تلف العين إذا كان مالك العين الموجودة بانياً على إمضاء المعاطاة وعدم استرداد ماله الموجود من المتعاطي الآخر بعد تلف ما أخذه منه عنده ؛ إذ المال الموجود في يد المتعاطي الآخر يصير عوضاً مسمّى عن التالف عنده ولم تنقلب اليد الأمانيّة قبل التلف إلى يد عدوانيّة بعده كي توجب الضمان .

[٤] مضارع باب الإفعال ، أي إذا لم يقصد مالك العين الموجودة الرجوع إلى عينه وفسخ المعاملة به ؛ إذ بناءً على إمضائه المعاملة يترتّب عليها إباحة إتلاف العين بإذن الشارع ، ومعه لا وجه للضمان ؛ لأنّ يده عليها يد أمانيّة ، كما لو أعطى كتابه لعمرو بدينار ، وتلف الكتاب عند عمرو ، ولم يكن عمرو قاصداً أن يستردّ دينار ، فإنّه لا يكون ضامناً للكتاب الذي تلف بيده ؛ لعدم موجب

الكلام في الضمان إذا أراد [١] الرجوع، وليس هذا [٢] من مقتضى اليد قطعاً. ولكن [٣] يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنة [٤] حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة،

للضمان؛ لأنّ المفروض أنّ الإباحة الشرعيّة للتصرّف ثابتة بالمعاطاة ويده على العين التالفة أمانيّة، ولا موجب لضمان ما تلف عنده.

[١] أي إذا أراد مالك العين الموجودة أن يستردّ ماله من المتعاطي الآخر فالمسألة في هذا الفرض محلّ كلام، بأنّه هل يكون ضامناً لما تلف من المال عنده أم لا؟ كما إذا رجع عمرو بديناره بعد تلف الكتاب في يده، فهل هو ضامن لما تلف في يده أم لا؟

[٢] أي ليس ضمان التالف فيما إذا قصد من تلف المال عنده الرجوع إلى العين الموجودة وفسخ المعاطاة من مقتضيات قاعدة اليد؛ لما عرفت من أنّ يده على العين قبل تلفها يد أمانيّة، وهي ليست سبباً للضمان وبعد تلفها لا يد عليها كي تكون هي سبباً للضمان، ومجرّد إرادة استرجاع العين الموجودة لا يكون سبباً للضمان، ولا يكون منشأً لأن تكون يده ضمانيّة.

وزبدة الكلام: أنّه لو كان من مقتضيات اليد لكانت مقتضية له، سواء أراد الرجوع أم لا.

[٣] استدراك عمّا ذكره من الإشكال على ما استوجهه بعض المشايخ من أصالة عدم اللّزوم، وجواب عمّا ذكره من التعارض بين أصالة بقاء السلطنة بين الأصلين المذكورين لوجوه ثلاثة.

[٤] هذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة التي ذكرها في الجواب عن المعارضة بين الأصلين.

وملخّصه: أنّ أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة التي هي مستند القول

بلزوم المعاطاة لا تصلح أن تكون معارضة لأصالة بقاء السلطنة لمَن تلفت العين في يده على مال نفسه الموجود في يد الغير ؛ لأنّ أصالة عدم الضمان أصل مسبّبيّ ، ومعنى كونها أصلاً مسبّبيّاً أن الشكّ المأخوذ في موضوعها وهو الشكّ في كون مَن تلفت العين في يده ضامناً مسبّب عن الشكّ في بقاء سلطنة مَن تلفت العين في يده على مال نفسه الموجود في يد الغير ، فإذا أجرى استصحاب بقاء سلطنته فهو ينتج جواز رجوعه في ماله الموجود في يد الغير ، فإنّه إذا أعمل سلطنته الثابتة بالاستصحاب رجع في ماله واستردّه ممّن بيده ، فيضمن ما تلفت بيده ، وأمّا إذا لم تبق سلطنته على ماله الموجود في يد الغير فلا يكون ضامناً لأداء مثل التالف أو قيمته . إذن الشكّ في الضمان مسبّب عن الشكّ في بقاء السلطنة على الرجوع ، ومع جريان الاستصحاب الذي هو أصل محرز يحرز عدم ضمانه لما تلف عنده ، ومع إحراز عدم الضمان بالاستصحاب المذكور لا يبقى شكّ في الضمان ، ومع عدم وجود شكّ فيه لا يبقى موضوع لأصالة عدم الضمان .

وآخر الكلام أنّ استصحاب بقاء السلطنة يحرز به عدم الضمان تعبّداً ، ويرفع الشكّ في الضمان بالتعبّد ، فيكون حاكماً على أصالة البراءة عن الضمان ، فإنّ الحاكم في بعض أقسامه يرفع موضوع الدليل المحكوم عليه بالتعبّد .

وإن شئت فقل : إذا جرت أصالة السلطنة يترتّب عليها الضمان ؛ لأنّه من مقتضيات جواز الرجوع شرعاً ، ومعه لا يبقى موضوع لأصالة عدم الضمان .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[1] : بأنّ مجرّد كون أحد الأصلين سببيّاً والآخر

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ٢٠٥ .

مسبّبيّاً لا يسوّغ حكومة الأوّل على الثاني ، بل لا بدّ في ذلك أن يكون ارتفاع الثاني أو ثبوت ضدّه أثراً شرعيّاً للأوّل ، ومن البديهيّ أنّ عدم البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعيّة لاستصحاب السلطنة لكي يترتّب عليه ارتفاع أصالة البراءة عن الضمان بالبدل الواقعيّ ، وإنّما الأثر الشرعيّ المرتّب على استصحاب السلطنة هو رجوع مالك العين إليها ، ومن لوازمه العقليّة ضمانه بالبدل الواقعيّ للعين التالفة ، ولعلّه أخذ هذا الإشكال من المحقّق النائينيّ ﷺ[1] ، حيث قال : « إنّ الأصلين متعارضان لكونهما في رتبة واحدة ، وليس بينهما سببيّة ولا مسبّبيّة ؛ وذلك لأنّ الشكّ في الاشتغال بالمثل أو القيمة ناش عن الشكّ في بدليّة العوض المسمّى ؛ إذ لو كان المسمّى عوضاً لم ينته إلى المثل أو القيمة ، فثبوت المثل أو القيمة منوط بعدم بدليّة المسمّى ، وأصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل لا تدلّ بنفسها على نفي بدليّة المسمّى ؛ لأنّ بدليّة المسمّى من آثار عدم بقاء سلطنته ، فمؤدّى أصالة بقاء السلطنة ليس سبباً لثبوت المثل أو القيمة ، بل إنّما ثبوتهما سبب لازمه فلا تكون أصالة بقاء السلطنة مثبتاً له إلّا على القول بالأصل المثبت .

أقول : إنّ ما ذكراه متين على تقدير أن يكون الوجه في الضمان هو القطع بعدم مجّانيّة التالف ، والتالف مضمون إمّا بالبدل الواقعيّ أو بالباقي من العوضين ، وعلى هذا لا تكون أصالة السلطنة سبباً لثبوت البدل إلّا على القول بالأصل المثبت ؛ إذ الضمان بالبدل الواقعيّ ملازم لعدم تعيّن الباقي للبدليّة ، ولا يكون أحدهما من مقتضيات الآخر شرعاً حتّى يصحّ حديث الحكومة .

---

(١) الحاشية : ٢٣٦.

مع [١] أنّ ضمان التالف

وأمّا إذا قلنا إنّ الضمان مقتضى القاعدة. **بتقريب**: أنّ في المعاطاة على القول بالإباحة يكون كلّاً من العينين بدلاً عن الأُخرى في الإباحة الضمنيّة، ومقتضى بقاء المعاوضة من حيث الإباحة الصريحة أو الضمنيّة حتّى بعد التلف اعتبار بدليّة التالف للعين الباقية؛ لأنّ المعاوضة لا تقوّم بطرف واحد، فالإباحة في المقام ليست إباحة تكليفيّة محضة فقط، بل تعمّ الوضع والتكليف، وجامعهما عدم التبعيّة والخسارة من قِبل التصرّف فيها، وقصر الإباحة على التكليف فقط يوجب زوالها بالتلف، وهو خلاف المفروض؛ إذ لا تزول إباحتها إلّا بالرجوع، فالرجوع في العين الباقية يستدعي ارتفاع المعاوضة، ومقتضاه زوال عدم التبعيّة، فتكون خسارته على مَن تلف بيده، وعليه يكون الضمان من مقتضيات جواز الرجوع شرعاً، ومع استصحاب بقاء السلطنة المقتضي لجواز الرجوع الذي من مقتضياته الشرعيّة الضمان لا يصل المجال إلى أصالة البراءة عن الضمان، كما أفاده الشيخ.

[١] هذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة المذكورة لعدم جريان أصالة البراءة عن الضمان، وسلامة أصالة السلطنة عن المعارض.

وملخّصه: أنّ أصالة البراءة عن الضمان إنّما تجري فيما إذا شكّ في الضمان، وأمّا مع العلم به ولو إجمالاً فلا موضوع لها كي تجري ويقع التعارض بينها وبين استصحاب بقاء السلطنة، والمفروض في المقام العلم بالضمان؛ لأنّ مالك العين الموجودة ضامن ببدل العين التالفة جزماً، ولم يختلف فيه أحد، وإنّما الخلاف فيما بينهم في أنّ البدل المضمون هل هو البدل الحقيقيّ؟ أعني به المثل فيما كان التالف مثليّاً؟ أو القيمة فيما إذا كان التالف قيميّاً؟ أو البدل المسمّى أعني به العين الموجودة، فلا بدّ من ردّها إلى

ببدله [١] معلوم، إلّا أنّ الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي أعني المثل [٢] أو القيمة أو البدل الجعليّ [٣] أعني العين الموجودة فلا أصل [٤].

صاحبها عند وجودها، وأمّا عند تلفها فلا يكون البدل الحقيقيّ مضموناً، ومع هذا الجزم بالضمان كيف تجري أصالة عدم الضمان كي يتوهّم تعارضها بأصالة بقاء السلطنة. بديهة أنّ أصالة براءة الذمّة مخالفة للعلم الإجماليّ بالضمان، ومن الواضحات أنّ العلم الإجماليّ كالعلم التفصيليّ في كونه مانعاً عن جريان أصالة براءة الذمّة؛ لأنّها تجري فيما إذا شكّ في أصل الضمان، وأمّا مع العلم به فلا موضوع لها، ومجرّد الشكّ في خصوصيّاته لا ينفعنا في جريان أصالة البراءة. إذن فتصبح أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض.

[١] أي كون مَن تلف المال عنده ضامناً ببدل المال التالف معلوم، ومعه لا موضوع لجريان أصالة البراءة عن الضمان.

[٢] فإنّ المثل فيما إذا كان التالف مثليّاً والقيمة فيما إذا كان التالف قيميّاً بدلان حقيقيّان للتالف من دون دخالة الجعل فيهما، فإذا كان البدل بدلاً حقيقيّاً كانت المعاطاة جائزة، فيرجع في العين التالفة إلى المثل والقيمة.

[٣] وهو البدل المسمّى الذي جعله المتعاطيان بدلاً عن التالف، وللمحقّق الأصفهانيّ تفسير آخر للبدل الجعليّ، فانتظر، فإذا كان البدل بدلاً جعليّاً من المتعاطيين، كانت المعاطاة لازمة بتلف العين، فلا يجوز الرجوع بعد تلف إحدى العينين.

[٤] أي مع كون ضمان التالف معلوماً لا يوجد أصل لكي يعارض أصالة بقاء السلطنة. **وملخّص الكلام**: أنّا نعلم إجمالاً بضمان التالف، وإنّما نشكّ في كونه بالمثل أو القيمة أو بالمسمّى، والعلم الوجدانيّ بأصل الضمان يمنع

من جريان أصالة البراءة لرفع موضوعها. إذن تجري أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض.

وأورد عليه السيّد اليزديّ ﷺ[١]: بأنّ ما ذكره يتمّ إذا لم تكن إحدى الخصوصيّتين مخصوصة بتحقّقها سابقاً، وإلّا فالأصل بقاؤها كما في المقام، حيث إنّه في السابق ـ أعني قبل تلف إحدى العينين ـ لم يكن ضمان المثل أو القيمة، بل كان الضمان بالبدل الجعليّ، فالأصل بقاء عدم الضمان بالبدل الحقيقيّ، بل بقاء الضمان بالبدل الجعليّ.

وملخّص كلامه: أنّ العلم الإجماليّ المذكور ينحلّ هنا لوجود أصل مثبت من ناحية، ونافٍ من ناحية أُخرى، فأصل البراءة عن الضمان الحقيقيّ لا معارض له، فلا يضرّ العلم الإجماليّ في المقام.

وأجاب عنه المحقّق الأصبهانيّ ﷺ[٢] ـ بتوضيح منّا ـ: بأنّ ما ذكره من الإشكال مبتنٍ على أن يكون المراد من الضمان المعلوم أعمّ من ضمان المعاوضة والغرامة، فإنّ ضمان المعاوضة ـ أعني البدل الجعليّ من المتعاطيين ـ كان قبل تلف إحدى العينين، فيستصحب بقاؤه، بخلاف ضمان الغرامة بالبدل الواقعيّ ـ أعني المثل أو القيمة ـ فإنّه مسبوق بالعدم؛ إذ قبل تلف إحدى العينين لم يكن ضمان المثل أو القيمة، ولكنّه ليس كذلك، فإنّ مراده ﷺ من الضمان المعلوم ضمان الغرامة؛ إذ هو المناسب لقوله: «مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم»؛ إذ لو لم يكن مراده ماذكرنا لم يكن ضمان التالف ببدله معلوماً على أيّ حال؛ إذ بقاء الضمان المعاوضيّ من حيث

(١) الحاشية: ٨٢.

(٢) الحاشية: ٥٤.

هذا[١] مضافاً إلى ما قد يقال[٢]: من أنّ عموم «النّاس مسلّطون على

الإباحة لا يوجب تعيّن الباقي بدلاً للتالف؛ إذ كون الموجود بدلاً للتالف يتوقّف على قيام الموجود مقامه في الملكيّة، وهذا لا يكون بالضمان المعاوضيّ، بل يناسب ما ذكر من حكم الشارع بكونه بدلاً للتالف تعبّداً. والمراد من البدل الجعليّ ما جعله الشارع بدلاً تعبّديّاً للتالف، لا البدل الجعليّ من المتعاطيين ليكون من ضمان المعاوضة، فيكون معنى العبارة أنّ الضمان معلوم، فإنّ من تلف المال عنده لا بدّ أن يغرم، إلّا أنّ الكلام في أنّه يغرم بالبدل الحقيقيّ، أعني المثل أو القيمة أو البدل التعبّديّ الذي جعله الشارع بدلاً للتالف، وهي العين الموجودة، وعلى هذا فكلّ من الضمان بالبدل التعبّديّ والبدل الواقعيّ مسبوق بالعدم، فيكون العلم الإجماليّ منجّزاً، ولا مجال لجريان أصل البراءة عن الضمان الحقيقيّ لوجود المعارض له، وتبقى أصالة السلطنة المقتضية للرجوع وضمان التالف ببدله الواقعيّ سليمة عن المعارض.

[١] أي خذ ما ذكرناه من جريان أصالة بقاء السلطنة بلا معارض لها.

[٢] هذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة المذكورة لعدم جريان أصالة البراءة عن الضمان وسلامة أصالة السلطنة من المعارض. **وملخّصه**: أنّ عموم دليل السلطنة كما يقتضي تسلّط مالك العين الموجودة على ماله بأن يأخذه من صاحبه، كذلك يقتضي تسلّط مالك العين التالفة على ماله بأن يأخذ بدله الحقيقيّ من المثل أو القيمة من الطرف الآخر، وعلى هذا فلا يختصّ دليل السلطنة بطرف واحد، بل يجري ذلك في كلا الطرفين، وحينئذٍ فلا مجال للتمسّك بالدليل الفقاهيّ ـ أعني به استصحاب براءة الذمّة عن المثل والقيمة ـ مع وجود الدليل الاجتهاديّ، وهو دليل السلطنة.

أموالهم» يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه [١] وعلى المال [٢] التالف بأخذ بدله [٣] الحقيقيّ [٤]، وهو المثل أو القيمة، فتدبّر [٥].

---

[١] أي معنى سلطنة الشخص على ماله أنّ له أن يأخذ ماله الموجود عند الآخر، فلو أعطى زيد كتابه وأخذ ديناراً بإزائه من عمرو، فبقي كتاب زيد عند عمرو سالماً وتلف دينار عمرو عند زيد، ومعنى سلطنة النّاس على أموالهم أن زيداً مسلّط على أن يأخذ كتابه من عمرو.

[٢] أي عموم الحديث يدلّ على سلطنة صاحب المال على ماله التالف عند شخص آخر، فإنّ المستفاد من الحديث أنّ عمرواً مسلّط على دينار التالف عند زيد بأن يأخذ بدل التالف من المثل أو القيمة.

[٣] أي أن يأخذ بدل ماله التالف.

[٤] وهو في مقابل البدل الجعليّ المسمّى بالبدل المسمّى الذي صار بدلاً بجعل المتعاملين وقرارهما، والمراد منه أنّه بدل عن التالف حقيقة وتكويناً من دون دخالة للجعل فيه.

[٥] قال الشهيديّ: لعلّه إشارة إلى منع شمول الموضوع في قاعدة السلطنة للمال التالف، ولذا لم يتمسّك بها أحد في إثبات الضمان فيما يتمسّك به بقاعدتي اليد والإتلاف.

«التحقيق»

وملخّص الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة التي ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ في الجواب عن المعارضة في أصالة السلطنة المانعة من جريان أصالة البراءة عن الضمان هو أنّ عموم دليل السلطنة كما يقتضي تسلّط مالك العين الموجودة على ماله؛ بأن يأخذه من صاحبه كذلك يقضي تسلّط مالك العين التالفة على بدله بأن

يأخذ من صاحبه مثله أو بدله.

وحينئذٍ فلا مجال للتمسّك بالدليل الفقاهي ـ أعني به استصحاب براءة الذمّة ـ عن المثل أو القيمة مع وجود الدليل الاجتهادي ـ أعني به دليل السلطنة ـ وذلك لعدم اختصاص دليل السلطنة بطرف واحد.

وفيه: أوّلاً: أنّ التمسّك بالعموم المذكور منوط بأن يكون المال التالف ملكاً للآخذ لكي يثبت صحّة تصرّفه بذاك العموم حتّى يقال: حيث إنّه لا يمكن له المطالبة بذات المال بشخصه فله المطالبة ببدله، والمفروض انتقال التالف إلى مَن وقع التلف عنده، فلا موقع لهذا التمسّك أصلاً؛ إذ الموضوع غير محقّق.

والحاصل: أنّ التالف ليس مملوكاً حال دعوى السلطنة عليه بأخذ بدله، وكونه مملوكاً له سابقاً غير مفيد في المقام.

وثانياً: أنّ دليل السلطنة يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأن يأخذه بخلاف التالف؛ إذ نسبة التالف إليه وإلى غيره على حدّ سواء، فلا يمكن إثبات العهدة بنفس دليل السلطنة، فمطالبة البدل منه مع عدم وجود المال عنده، وعدم كونه في عهدته بلا موجب.

إن شئت فقل: إنّ دليل السلطنة يدلّ على جواز مطالبة صاحب المال بماله الموجود عند الطرف الآخر، أوكان في عهدته. وأمّا مع عدم المال عنده وعدم كونه في عهدته فلا يمكن التمسّك به، ولذا أفاد السيّد اليزديّ ﷺ إجراء قاعدة السلطنة بالنسبة إلى المال التالف مشكل، ولهذا لم يذكروها من جملة أدلّة الضمان.

فتلخّص: أنّه لا مجال للتمسّك بدليل السلطنة بالنسبة إلى المال التالف لنفي إجراء البراءة عن الضمان. نعم، يمكن أن يتمسّك به في المال الموجود، فإنّ مقتضى سلطنة مالك العين الموجودة على أخذها ضمانه للتالف، كما عرفت

تفصيله سابقاً، وعلى هذا فلا يصل المجال إلى البراءة.

ولا يخفى أنّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ بيّن حكم تلف إحدى العينين أو بعض إحداهما، فيكون قوله: «منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها» إشارة إلى الصورة الثانية والثالثة، وقد بيّن ﷺ حكمهما بناءً على كلّ من القول بالملك في المعاطاة والإباحة فيها وإنّما ندرجهما تحت عنوان واحد، ولم نبحث عن كلّ واحدة من الصورتين مستقلّة لاتّحاد حكمهما من جميع الجهات، وعدم الحاجة إلى البحث عن كلّ واحد منهما مستقلاً. وكيفما كان، فمحصّل ما أفاده شيخنا الأنصاريّ ﷺ ـ بتوضيح منّا ـ هو أنّه لا شبهة في لزوم العقد المعاطاتيّ مع تلف إحدى العينين، أو بتلف بعض أحدهما على القول بالملك الجائز في المعاطاة؛ لأنّ جواز المعاطاة إنّما يبقى مع إمكان ترادّ العينين، ومع تلف إحداهما أوبعض إحداهما لا يمكن ترادّ العينين، فينتفي الجواز من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فتصير المعاطاة لازمة. هذا كلّه بناءً على القول بالملك في المعاطاة. وأمّا على القول بالإباحة فيها فنقل عن بعض مشايخه ترجيح أصالة عدم اللّزوم على أصالة اللّزوم، وذلك لاستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة أو مالك بعض العين الموجودة على حالها، ومقتضى هذا الاستصحاب جواز رجوعه إلى ماله الموجود عند صاحبه.

وأجاب عنه: بأنّ القول بأصالة عدم اللّزوم غير تامّ؛ لأنّ استصحاب بقاء السلطنة وإن اقتضى رجوع المالك إلى العين الموجودة عند الطرف الآخر، ولكن مع ذلك يشكّ في اشتغال ذمّة مالك العين الموجودة في مثل العين التي تلفت عنده أو في قيمته، فمقتضى استصحاب بقاء السلطنة جواز الرجوع وعدم لزوم المعاطاة، ومقتضى أصالة براءة ذمّة المالك المزبور عن مثل العين التي تلفت عنده وعن قيمته فيقع التعارض بين الأصلين، ونتيجته التساقط، ومعه لا يبقى مجال لأصالة

عدم الجواز.

إن قلت: لا تعارض بين الأصلين المذكورين؛ وذلك لعدم التنافي بين جواز استرداد العين الموجودة وبين عدم الضمان لبدل العين التالفة مثلاً أو قيمته، فإنّ أصالة بقاء السلطنة لا تستلزم ضمان المتلف لما أتلفه من مال الآخر؛ لعدم وجود الملازمة بينهما، فيمكن أن يجوز له استرداد عينه الموجودة عند الآخر، ومع ذلك لا يكون ضامناً لما أتلفه من ماله لأجل كون إتلافه مباحاً شرعاً.

قلت: نسلّم أنّه لا تنافي بين الأصلين ذاتاً، ولكنّ التنافي بينهما موجود عرضاً، فالتعارض بين الأصلين المذكورين تعارض بالعرض لا بالذات؛ لأنّ أصالة بقاء سلطنة المالك تقتضي جواز استرداد العين الموجودة شرعاً، والرجوع ملازم لضمان بدل التالف من المثل أو القيمة، فالمعارضة بين أصالة بقاء السلطنة وبين أصالة براءة الذمّة تكون بملاحظة الملازمة بين جواز الرجوع واستلزامه لضمان التالف، والدليل على الملازمة بينهما إمّا القطع بعدم مجّانيّة التالف، وإمّا دعوى الإجماع المركّب على الملازمة المذكورة. إذن فالتعارض الذي ادّعاه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بين أصلين تامّ.

وأورد على التعارض المدّعى من الشيخ بين أصالتي بقاء السلطنة وبراءة الذمّة بأنّ أصالة براءة الذمّة عن المثل أو القيمة لا تجري في المقام كي تكون معارضة لاستصحاب بقاء السلطنة؛ إذ المفروض أنّ كلّ واحد من المتعاطيين وضع يده على مال الآخر؛ إذ المفروض أنّ المعاطاة تفيد الإباحة والمال يكون باقياً على ملك الدافع، وعلى هذا فإذا تلف المال عند الآخذ فهو يكون ضامناً للمثل إذا كان التالف مثليّاً وللقيمة إذا كان قيميّاً بمقتضى قاعدة اليد، وحيث إنّها دليل اجتهاديّ ولا يصل معه المجال إلى أصالة البراءة فتكون أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض،

وتكون نتيجة جريان قاعدة اليد وإثبات الضمان لمن تلف المال بيده واستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة هي عدم لزوم الإباحة بتلف إحدى العينين، فيجوز له استرداد عينه بمقتضى الاستصحاب، ودفع بدل العين التالفة من المثل أو القيمة إلى مالكها.

وأجاب الشيخ عن الإيراد المذكور: بأنّ اليد هنا ليست يد ضمان للإذن في التصرّف فيما بيده شرعاً، وليس ذو اليد هنا محكوماً بوجوب الأداء كي تكون يده ضمانيّةً. إذن فتبقى أصالة البراءة سليمة عن الدليل الحاكم عليها، فيعارض استصحاب بقاء السطنة.

ولكن من هنا أراد أن يقول بعدم المعارضة بين استصحاب سلطنة مالك العين الموجودة على إرجاع ماله إلى نفسه، وبين أصالة البراءة عن الضمان. وذكر وجوهاً ثلاثة لإثبات عدم المعارضة بين الأصلين:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «ولكن يمكن أن يقال». **وملخّصه**: في دفع المعارضة أنّ الشكّ في كون مَن تلف المال بيده ضامناً للمثل أو القيمة مسبّب عن الشكّ في بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وعدم بقائها، فلو كانت سلطنة مالك العين الموجودة باقية، فهي تقتضي جواز استرداد العين الموجودة شرعاً، وهو ملازم لضمان بدل التالف؛ إذ لا معنى أن يجوز لمالك العين الموجودة أن يسترجع العين الموجودة عند صاحبه، ولا يكون ضامناً لما تلف عنده، وهو يرجع إلى الجمع بين العوض والمعوض، فإذا دلّ الاستصحاب على ثبوت السلطنة يتحقّق معه العلم بالضمان، ولا يبقى موضوع لجريان أصالة البراءة.

وإن شئت فقل: إنّه لا مجال لجريان الأصل المسبّبيّ، وهي أصالة البراءة مع جريان الأصل السببيّ.

الوجه الثاني: ما أشار إليه بقوله: «مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم».

وملخّصه: أنّ مالك العين الموجودة ضامن لبدل العين التالفة جزماً، وإنّما الاختلاف في أنّ البدل المضمون هل هو البدل الحقيقيّ؟ أعني به المثل أو القيمة أو البدل المسمّى، أعني به العين الموجودة إذا كانت باقية، وعليه فلا تجري هنا أصالة عدم الضمان كي يتوهّم تعارضها بأصالة بقاء السلطنة؛ لأنّ أصالة براءة الذمّة مخالفة للعلم الإجماليّ بالضمان، ومعه لا شكّ في الضمان كي تجري فيه أصالة البراءة. إذن فتصبح أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض.

الوجه الثالث: ما أشار إليه بقوله: «مضافاً إلى ما قد يقال». **وملخّصه**: أنّ عموم دليل السلطنة كما يقتضي تسلّط مالك العين الموجودة على ماله بأن يأخذه من صاحبه، كذلك يقتضي تسلّط مالك العين التالفة على ماله بأن يأخذ بدله الحقيقيّ من المثل أو القيمة من الطرف الآخر، فإنّه يجري في كلا الطرفين، فيثبت به جواز الرجوع في كلا الطرفين، فهو يأخذ ماله من صاحبه ويكون ضامناً لمثل ما تلف عنده أو قيمته، ومعه لا مجال للتمسّك بأصالة براءة الذمّة؛ لأنّه مع وجود الدليل الاجتهاديّ ـ أعني به ديل السلطنة ـ لا يصل المجال إلى الدليل الفقاهي، أعني به أصالة براءة الذمّة عن المثل أو القيمة، انتهى كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم بوجوه:

الوجه الأوّل: أنّ ما ذكره المصنّف في ردّ ثبوت ضمان من تلف المال بيده بقاعدة اليد من أنّ اليد هنا ليست يد ضمان غير موافق للواقع؛ لأنّ الظاهر أنّ اليد هنا يد ضمان؛ ضرورة أنّ المعاطاة وإن كانت مفيدة للإباحة، إلّا أنّ الأخذ والإعطاء فيها ليسا بمجّانيين، بل في مقابل العوض المسمّى، وعليه فإذا تلفت إحدى العينين وبقيت الأُخرى كانت العين الباقية بدلاً جعليّاً عن العين التالفة. ومن هنا قد التزم

المصنّف ﷺ عند البحث عن كلام بعض الأساطين بالضمان المعاوضيّ في المأخوذ بالمعاطاة.

الوجه الثاني: أنّ ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من بقاء سلطنة المالك في العين الباقية على القول بالإباحة لا نعقل له وجهاً صحيحاً.

أمّا على مسلكنا، فلأنّ الأدلّة قد دلّت على صحّة المعاطاة ولزومها من أوّل الأمر، وإنّما قام الإجماع على عدم الملكيّة من أوّل الأمر، والقدر المتيقّن منه ما إذا كانت العينان موجودتين، وبهذا المقدار صار الإجماع مخصّصاً لما دلّ على صحّة المعاطاة ولزومها، وأمّا إذا تلفت إحداهما، فلا إجماع على عدم الملكيّة في الآن المتّصل بالتلف، فيتمسّك بالأدلّة الدالّة على صحّة المعاطاة ولزومها، وتثبت الملكيّة اللّازمة في ذلك الآن. هذا على مسلكنا.

وأمّا على مسلك المصنّف ﷺ فمقتضى الجمع بين الأدلّة الثلاثة هو الالتزام بالملكيّة في آن قبل تلف إحدى العينين، فعلى كلا المسلكين فقد تلفت العين في ملك مالكها الثاني، وانتقل ماله إلى الطرف الآخر، ومع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها، بل يلزم الجمع بين العوض والمعوض من القول ببقاء السلطنة في العين الموجودة.

أضف إليه: أنّه إذا تلفت إحدى العينين نستكشف منه دخول كلّ من العوضين في ملك كلّ من المتعاطيين، ومعه كيف يستصحب بقاء سلطنة المالك الأوّل في العين الموجودة؛ وذلك لأنّ السلطنة كانت ثابتة في ملكه، ولا يمكن إسراؤها إلى موضوع آخر، وهو ملك الطرف الآخر.

الوجه الثالث: أنّ ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة، يمكن تقريره بوجهين:

الأوّل: أن يقال: إنّ الشكّ في ثبوت الضمان بالمثل وعدمه مسبّب عن الشكّ في بقاء سلطنة المالك الأوّل وعدمه، والأصل الجاري في الشكّ السببيّ حاكم على الأصل الجاري في الشكّ المسبّبيّ.

الثاني: أن يقال: إنّ الاستصحاب الجاري في طرف يتقدّم على البراءة الجارية في الطرف الآخر لحكومة دليل الاستصحاب على دليل البراءة، فإذا علمنا بعدم مطابقة أحدهما للواقع ـ كما هو الحال في المقام ـ فيجري استصحاب السلطنة، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعيّ دون المسمّى.

أمّا الوجه الأوّل لتقرير الحكومة فنقول في جوابه: أنّه قد حقّق في الأُصول أنّه يعتبر في حكومة الأصل السببيّ على المسبّبيّ أن يكون الترتّب بينهما ترتّباً شرعيّاً، وليس الأمر كذلك في المقام؛ لأنّ عدم البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعيّة لاستصحاب السلطنة لكي يترتّب عليه ارتفاع أصالة البراءة عن الضمان بالبدل الواقعيّ، وإنّما الأثر الشرعيّ المترتّب على استصحاب السلطنة هو جواز رجوع مالك العين إليها، ومن لوازمه العقليّة ضمانه بالبدل الواقعيّ للعين التالفة؛ ضرورة قيام القرينة الخارجيّة على أنّ مالك العين التالفة لم يعطها لمالك العين الباقية مجّاناً، وهذه الملازمة الخارجيّة لا تدلّ على ارتفاع الأصل المسبّبي بالأصل السببيّ إلّا على القول بالأصل المثبت.

أمّا الوجه الثاني لتقرير الحكومة، فالجواب عنه: أنّ دليل الاستصحاب إنّما يكون حاكماً على أصالة البراءة فيما إذا كان مجراهما واحداً، فإنّ الاستصحاب يرفع موضوع البراءة بالتعبّد، وأمّا إذا تعدّد المجرى ـ كما هو كذلك في المقام ـ فلا موجب لتقديم الاستصحاب عليه.

قال المحقّق النائينيّ ﷺ: «ظهر ممّا ذكرنا في كلام المصنّف ﷺ في ذيل هذا

. . . . . .

العنوان وهو قوله: (ومنه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين...) من الأمور الأربعة، فإنّه ذكرها وأجاب عنها. لاحظ أجوبتها وتأمّل فيها كي تشخّص سليمها وصحيحها.

ولو كان أحد العوضين ديناً [١] في ذمّة أحد المتعاطيين ، فعلى القول

---

[١] إلى هنا بيّن حكم الملزم الأوّل من ملزمات المعاطاة ، وهو التلف بصوره الثلاث ، ومن هنا أراد أن يبيّن حكم ما هو ملحق بالتلف في كونه ملزماً ثانياً لها ، وهو فيما إذا جعل أحد العوضين في المعاطاة ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين ، كما لو كان زيد مديوناً لعمرو منّاً من الحنطة ، ثمّ اشترى عمرو منه كتاباً ، وجعل ثمنها الحنطة التي يستحقّها في ذمّته فيتملّك عمرو الكتاب ، ويتملّك زيد تلك الحنطة الكلّيّة في ذمّة عمرو ، فانتقلت الحنطة إلى ملك زيد آناً مّا ، ويترتّب عليه فراغ ذمّته عمّا اشتغلت به لعمرو ، وتصير المعاطاة لازمة من أوّل تحقّقها ؛ لعدم بقاء العوضين على حالهما كما كانا حتّى يتحقّق الترادّ الذي هو موضوع الجواز ؛ لأنّ الدّين الكلّيّ قد سقط عن ذمّة زيد ، والسقوط وإن لم يكن تلفاً لاختصاص التلف بالموجود الخارجيّ ، إلّا أنّه بحكم التلف من جهة امتناع عود الساقط إلى الملك .

وبعبارة واضحة : أنّ المعاطاة تكون لازمة في الفرض المذكور ؛ إذ لا وجه للرجوع إلى العوض الموجود وهو أخذ الدينار من عمرو ودفع بدله إليه ؛ إذ لو جاز ذلك لزم منه عود الدينار الساقط عن ذمّة زيد إلى ذمّته مرّة أُخرى ، والحال أنّ الساقط لا يعود .

وملخّص الكلام : أنّه لو اشترى عمرو من زيد كتاباً وجعل ثمنه طلبه منه في ذمّته من الحنطة بأن وقعت المعاملة بين الحنطة في الذمّة وبين الكتاب ، فهل يكون إسقاط ما ذمّة المديون عن الدين بعد البيع في حكم التلف ، فيكون ملزماً للمعاطاة مطلقاً بناءً على القول بالملك والإباحة ، أو يفصّل بين القول بالملك وبين القول بالإباحة ، بأن يكون ملزماً لها على الأوّل دون الثاني ؟ وجوه .

بالملك [١] يملّكه من [٢] في ذمّته ، فيسقط [٣] عنه . والظاهر أنّه [٤] في حكم التلف ؛ لأنّ [٥] الساقط لا يعود ، ويحتمل العود [٦]

---

[١] هذا إشارة إلى الوجه الأوّل ، **وملخّصه** : أنّه على القول بإفادة المعاطاة الملك .

[٢] الموصول فاعل لقوله : « يملّكه » ، والضمير في يملّكه » راجع إلى الدين ، وفي « ذمّته » و « يسقط عنه » إلى « من » الموصول المراد به المديون ، أي يملك المديون دينه الذي هو في ذمّته .

[٣] أي نتيجة كون المديون مالكاً لما في نفسه من الدين سقوط الدين عن ذمّة المديون .

[٤] أي سقوط الدين عن ذمّة المديون في حكم التلف ، فكما أنّ تلف أحد العوضين يوجب لزوم المعاطاة كذلك سقوطه عن ذمّة المديون أيضاً يوجب لزوم المعاطاة .

[٥] أي إنّما قلنا ما سقط عن الذمّة بمنزلة التلف ؛ لأنّ المفروض أنّ الساقط معدوم ، وإعادة المعدوم ممّا امتنع ، وإذا رجع المشتري إلى ماله فهو لا يرجع إلى عين ما في الذمّة التي كانت سابقاً ، فإنّها سقطت على الفرض ، ولا يعود ثانياً .

[٦] هذا إشارة إلى الوجه الثاني ، وهو أن لا يكون إسقاط ما في ذمّة المديون بسبب البيع في حكم التلف ، أي يحتمل أن يعود الساقط ، وتكون ذمّته مشغولة بالدين بعد فراغها عنه ؛ وذلك لأجل عدم كون المقام من مصاديق إعادة المعدوم كي يقال باستحالتها ؛ وذلك لما حقّق في محلّه من الفرق بين التلف الاعتباريّ وبين التلف التكوينيّ الخارجيّ ، والذي يكون من مصاديق إعادة المعدوم هو الثاني ، فإنّه ممتنع العود بخلاف الأوّل ، وهو التالف بالتلف الاعتباريّ ؛ إذ هو يمكن أن يعود بالفسخ أو بالإقالة فلا يكون في حكم

وهو [١] ضعيف. والظاهر أنّ الحكم كذلك [٢] على القول بالإباحة،

التلف.

قال المحقّق الأصفهانيّ: «لعلّ منشأ احتمال عود الساقط هو أنّ الذمّة بالنسبة إلى ما في الذمّة أمر باقٍ، ولذا ينسب إليها الفراغ والخلوّ والاشتغال، وطبيعة المنّ من الحنطة ـ مثلاً ـ كغيرها من الطبائع لا تلف لها، ولا سقوط إلّا بالإضافة إلى دخولها في الذمّة وخروجها عن الذمّة، فدخولها في الذمّة تارة وخروجها عنها أُخرى لا يوجب تغيّراً في الذمّة، ولا فيما في الذمّة فلا يندرج تحت إعادة المعدوم حتّى يستحيل العود».

[١] أي عود الساقط ضعيف، **ووجه الضعف**: هو أنّ الذمّة المطلقة لا معنى لها، فإنّها ليست من الأوعية والظروف، بل هي نحو ثبوت الشيء اعتباراً، فشخص الذمّة يتشخّص بأطرافها وهي مَن له، ومَن عليه، وما فيها، وليس هي على اعتبار يّتها بأعظم من العلم الذي يتشخّص بالعالم والمعلوم بذاته.

[٢] أي يكون سقوط ما في الذمّة في حكم التلف في صيرورة المعاطاة لازمة بناءً على القول بالإباحة.

وقال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ: ليس غرض المصنّف أنّ الحكم هو اللزوم على القول بالإباحة، فإنّ كون الإباحة مفيدة للسقوط لا يوجب كون السقوط بأعظم من التلف، مع أنّه لا لزوم له عنده ﷺ على القول بالإباحة في صورة التلف الحقيقيّ لجريان أصالة السلطنة في طرف العين الباقية والرجوع بالبدل الواقعيّ في طرف العين التالفة، فكيف بما هو في حكم التلف، بل غرضه ﷺ أنّ جعل الدين عوضاً على الإباحة يوجب السقوط، كما أنّه يوجبه على القول بالملك حيث لا معنى لإباحة الدين إلّا الإبراء والإسقاط، ومقابل الظاهر احتمال عدم رجوعه إلى السقوط، فإنّ إباحة الدين إنشاء وإن كان يستظهر

منها الإبراء ، كما هو المتعارف في قولهم : «أنت في حلّ ممّا لي عليك» ، إلّا أنّ استفادة الرضا بالتصرّف من التعاطي بعنوان التمليك لا يوجب السقوط على القول بالإباحة ، إلّا إذا لم يكن تصرّفه فيما يملكه غيره في ذمّته معقولاً ، ولكنّه معقول لإمكان نقل ما يملكه الغير في ذمّته بإذنه ورضاه ، وإن كان يوجب السقوط بنقله فيندرج في عنوان ما إذا نقل أحد العوضين لا في عنوان جعل الدين عوضاً ، فإنّ مجرّد ذلك لا يوجب السقوط على القول بالإباحة .

ربّما يقال : إنّ ظاهر عبارة شيخنا الأنصاريّ ﷺ حيث قال : « والظاهر أنّ الحكم كذلك على القول بالإباحة » أنّه إذا كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين حكم بلزوم المعاطاة على القول بالإباحة ، كما حكم بلزومها أيضاً على القول بالملك .

والمحقّق الأصفهانيّ ﷺ قد ناقش في هذا الظهور ، وتبعه الأُستاذ الأعظم حيث قال : إنّه ليس غرض المصنّف الحكم بلزوم المعاطاة على القول بالإباحة ، كما حكم بلزومها على القول بالملك ، بداهة أنّ كون الإباحة موجبة لسقوط ما في الذمّة من الدين لا يزيد على التلف الحقيقيّ على القول بالإباحة ، وقد عرفت قريباً أنّ المصنّف لم يلتزم باللزوم في فرض التلف الحقيقيّ على القول بالإباحة ، بل التزم بجريان أصالة السلطنة في العين الباقية والرجوع إلى البدل الواقعيّ في العين التالفة ، والمظنون قويّاً أنّ غرض المصنّف ﷺ من تنزيل القول بالإباحة هنا على القول بالملك هو أنّ الإباحة توجب سقوط الدين ، كما أنّ التمليك يوجب سقوطه .

قال الميرزا النائينيّ ﷺ[1] : أمّا على القول بالإباحة فربّما يقال : إنّ إباحة الدين

(١) منية الطالب : ١ : ٢٠٩ .

على مَن هو عليه لا يستلزم السقوط ؛ لأنّ كون الدين مباحاً لمن عليه الدين معناه أنّه يجوز له التصرّفات فيه بإسقاطه عمّا في ذمّته والمصالحة عليه وسائر أنحاء التصرّفات الجائزة على القول بالإباحة ، فيرجع مالك ما في الذمّة إلى ملكه الذي أباحه لمَن عليه لعموم الناس مسلّطون ، وسائر الأدلّة .

ثمّ أجاب عن هذه المناقشة بقوله : ولكنّه لا يخفى ما في هذا التقريب ؛ لأنّ الإباحة التي هي محلّ البحث في باب المعاطاة ليست بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر ﷺ من أنّ إفادة المعاطاة الإباحة إنّما هو فيما إذا قصد المتعاطيان الإباحة ، بل المراد منها التسليط المالكيّ على التقريب المتقدّم ، فإذا أوجدا مصداق التسليط ، فلا فرق بينه وبين الملك ، فكما أنّه لا يعقل أن يتملّك الإنسان ما في ذمّته ، فكذلك لا يمكن أن يكون مسلّطاً عليه ، فنتيجة التسليط أيضاً السقوط والتلف ، والتالف لا يعود .

وأجاب عنه الأستاذ الأعظم : بأنّ القول باللزوم فيما إذا كان أحد العوضين ديناً لا يتوقّف على استحالة تملّك الإنسان لما في ذمّته ؛ لما قد عرفت من أنّ مالكيّة الإنسان لما في ذمّته بمرتبة من الإمكان ، بل هي من أعلى مراتب المالكيّة ، غاية الأمر أنّ قوام هذه المالكيّة بالإضافة الذاتيّة ، وكذلك تسلّط الإنسان على ما في ذمّته بمكان من الإمكان ، بل القول باللزوم مبنيّ على ما ذكرنا من دلالة العمومات والإطلاقات على صحّة المعاطاة ولزومها من أوّل الأمر ، فلو قلنا بالملكيّة وسلّمنا الإجماع على الجواز لم نقل به في المقام ؛ لأنّ المتيقّن من معقد الإجماع غير ما إذا كان أحد العوضين ديناً ، كما أنّا لو قلنا بالإباحة من جهة الإجماع على عدم الملكيّة بالمعاطاة كان المتيقّن من معقده غير ذلك أيضاً .

ويمكن أن يجاب عنه بأنّ الإجماع القائم على الجواز أو على الإباحة في

فافهم [١].

المعاطاة إجماع قائم على العنوان، وأنّ المعاطاة لا تدلّ على الملكيّة اللازمة أو لا تدلّ على الإباحة، من دون فرق بين أن يكون العوضان عيناً أو ديناً.

أفاد المحقّق الأيروانيّ ﷺ: ينبغي الالتزام ببطلان المعاملة على القول بالإباحة في المعاطاة؛ إذ لا معنى لإباحة ما في الذمّة وإرجاعه إلى معنى آخر معقول، وهو سقوط ما في الذمّة ممّا لا وجه له.

وفهم بعض الفحول من كلامه أنّه يقول: إنّ بطلان المعاملة لأجل فقد الأثر، وأجاب عنه بأنّه تترتّب على الإباحة صحّة التصرّفات الاعتباريّة من البيع والصلح والإسقاط. إذن فلا تكون المعاملة المذكورة فاقدة للأثر كي تكون باطلة.

وفيه: إنّ الإباحة بما أنّها حكم تكليفي تتعلّق بالأفعال أو بالأعيان بتقدير الأفعال، ولا معنى أن تتعلّق بما في الذمّة وإرجاعه إلى تقدير شيء من السقوط وغيره يحتاج إلى دليل.

إن شئت فقل: إنّ إرادة بيع ما في الذمّة أو الصلح على ما في الذمّة، أو سقوط في ما ذمّته خلاف ظاهر إباحة ما في الذمّة.

إن قلت: إنّ الإباحة تتعلّق بما في الذمّة وتلك الأُمور من آثارها.

قلت: هذا فرع معقوليّة تعلّق الإباحة بما في الذمّة.

فإنّ وقوع العقد الناقل يكشف عن سبق ملك مَن صدر عنه العقد وصيرورته مالكاً له، فإنّ إمكان الخروج عن ملكه بالفسخ يتوقّف على إمكان الترادّ، والمفروض امتناعه حين تحقّق العقد.

[١] لعلّه إشارة إلى أنّ جريان المعاطاة في الدين على القول بالإباحة لا دليل عليه.

إذن فلا مجال للبحث عن لزوم المعاطاة وعدمه فيما إذا كان أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين على القول بالإباحة فيها، أو إشارة إلى أنّ إباحة الدين على مَن هو عليه لا يوجب إتلافه عليه؛ لأنّها لا تستلزم سلطنة المديون على نفسه إلّا إذا تصرّف فيه بعد الإباحة بتصرّف يكون مبرئاً له، فنفس الإباحة بما هي إباحة لا توجب إبراء ذمّة المديون.

«التحقيق»

وقع الكلام في الملزم الثاني من ملزمات المعاطاة بعد الفراغ من بيان الملزم الأوّل منها، وهو التلف بجميع صوره الثلاث بناءً على كلّ من القول بالملك والإباحة في المعاطاة. وهذا الملزم الثاني ملحق بتلف إحدى العينين حكماً، والمراد بالملزم الثاني هو كون أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطيين، كما إذا كان أحد المتعاطيين كزيد مثلاً مديوناً للمتعاطي الآخر وهو عمرو، ثمّ اشترى عمرو الدائن كتاباً من زيد المديون وجعل ثمنه الدين الذي يستحقّه في ذمّة المديون، فينتقل الدين الذي في ذمّة زيد في ملكه آناً مّا، ويترتّب عليه سقوط الدين عن ذمّته.

قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّه على القول بإفادة المعاطاة الملك يكون المديون مالكاً لما في ذمّته، ويترتّب على كونه مالكاً لما في ذمّته سقوط الدين عن ذمّته وفراغها عن ذلك الدين، وتكون المعاطاة لازمة من حين تحقّقها؛ لأنّها بمجرّد تحقّقها توجب أن يكون المديون مالكاً لما في ذمّته المستلزم لسقوط الدين عن ذمّته، والسقوط وإن لم يكن تلفاً حقيقة إلّا أنّه بحكم التلف من جهة أنّ الساقط لا يعود، فكما أنّه مع تلف إحدى العينين لا يمكن ترادّهما، كذلك مع سقوط الدين عن ذمّة المديون الذي هو أحد العوضين لا يمكن ترادّهما، فمع عدم إمكان ترادّ

العوضين تكون المعاطاة لازمة. ثمّ احتمل عود الساقط، وذلك لعدم كونه من مصاديق إعادة المعدوم كي يكون ممتنعاً.

ثمّ قال: إنّ هذا الاحتمال ضعيف، وحاصل كلامه إلى هنا: أنّ سقوط الدين عن ذمّة أحد المتعاطيين بعد كونه أحد العوضين في المعاطاة كالتلف من ملزمات المعاطاة.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[1]: بأنّ كلّ أحد مالك لذمّته، ولما في ذمّته بالملكيّة الذاتيّة لا بالملكيّة الاعتباريّة؛ لأنّ الاعتبار في أمثال الموارد لغو محض، وعليه فإذا ملك الإنسان شيئاً في ذمّة غيره فقد ملكه بالملكيّة الاعتباريّة، فإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه وهو المديون تبدّلت الإضافة الاعتباريّة بالإضافة التكوينيّة، وعليه فلا مجال للقول باستحالة مالكيّة الإنسان لما في ذمّته بالملكيّة الذاتيّة، كما لا مجال لدعوى ملك الإنسان لما في ذمّته حدوثاً وسقوطه بقاءً؛ إذ لو أمكن له الملكيّة الاعتباريّة حدوثاً أمكن ذلك بقاءً أيضاً.

فتلخّص: أنّ الظاهر لزوم المعاطاة حينئذٍ من أوّل الأمر للعمومات الدالّة على لزومها، وقد خرجنا عن ذلك بالإجماع، ولكنّه مختصّ بما إذا أمكن الترادّ، وهو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضين في المعاطاة ديناً، فيحكم حينئذٍ بلزوم المعاطاة من أوّل الأمر، لا أنّها تكون لازمة بعد كونها جائزة.

وأورد عليه بعض تلامذته:

أوّلاً: بأنّ الملكيّة الذاتيّة بمعنى السلطنة التكوينيّة على شيء، وهي معقولة بالنسبة إلى النفس والأعضاء والقوى الإنسانيّة؛ لأنّ هذه الأُمور مقهورة للإنسان

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ٢٠٧.

تكويناً، أمّا بالنسبة إلى الكلّيّات في الذمّة فلا يعقل فيها السلطنة التكوينيّة؛ لعدم تعقّل تسلّط الإنسان تكويناً على مئة كيلو حنطة في ذمّته مثلاً، فملكيّة الإنسان لما في ذمّته إنّما هي ملكيّة اعتباريّة ناشئة من اعتبار العقلاء.

وثانياً: أنّ للبيع حقيقة واحدة في جميع الموارد، وهو التبديل في الإضافة الاعتباريّة، ولا مجال للتفصيل بين أفراد البيع من عدّه تمليكاً اعتباريّاً في مورد وغير اعتباريّ في مورد آخر.

وبالنتيجة: إذا تحقّق بيع الدين على مَن هو عليه تحقّق الملكيّة الاعتباريّة بإنشاء بعتُ فيستحيل انقلاب الملكيّة الاعتباريّة إلى الملكيّة الذاتيّة؛ لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه، كما يستحيل حصول الملكيّة الذاتيّة في الذمّة بإنشاء «بعت» لاستحالة إيجادها بالإنشاء.

أقول: أمّا إيراده الأوّل فهو يندفع بأدنى تأمّل في معنى الملكيّة الذاتيّة. ذكر الأُستاذ الأعظم أنّها عبارة عن سلطنة الشخص على التصرّف في نفسه وشئونها بداهة أنّ الوجدان والضرورة والسيرة العقلائيّة كلّها حاكمة بأنّ كلّ أحد مسلّط على عمله ونفسه وما في ذمّته بأن يؤجّر نفسه لغيره أو يبيع ما في ذمّته، والشارع قد أمضى هذه السلطنة. وأمّا عدم معقوليّة تسلّط الناس تكويناً على مئة كيلو حنطة في ذمّته دعوى محضة لعلّه خطأ من المقرّر.

وأمّا إيراده الثاني فهو أوضح فساداً؛ إذ الملكيّة الذاتيّة ما لا يحتاج تحقّقه إلى أمر خارجيّ تكوينيّ أو تشريعيّ والملكيّة الاعتباريّة إنّما تعقل فيما إذا لم تكن الملكيّة الحقيقيّة ثابتة، وإلّا لكان جعل الملكيّة الاعتباريّة لغواً، وعليه فإذا ملك شخص شيئاً في ذمّة غيره فقد ملكه بالملكيّة الاعتباريّة، وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدّلت الملكيّة الاعتباريّة بالملكيّة الذاتيّة للغويّة الثبوت الاعتباريّ

في موارد الثبوت الحقيقيّ ، وليس معنى تبدّل الملكيّة الاعتباريّة انقلاب الأمر الاعتباريّ إلى الأمر التكوينيّ كي يقال : إنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه ، بل معناه عدم معقوليّة جعل الملكيّة الاعتباريّة في موارد الملكيّة الذاتيّة لكونها لغواً ، فإذا انتقل ما يكون مالكاً في ذمّة غيره بالملكيّة الاعتباريّة إلى المملوك عليه وهو المديون ، فيكون المديون مالكاً لما في ذمّته بالملكيّة الذاتيّة وينتهي أمر الملكيّة الاعتباريّة .

ولو نقلت العينيان [١] أو إحداهما [٢] بعقد [٣] لازم ، فهو [٤] كالتلف

---

[١] لمّا علمت حكم المعاطاة عند تلف العينين أو إحداهما حقيقة ـ الذي هو الملزم الأوّل للمعاطاة ـ أو حكماً ـ الذي هو الملزم الثاني للمعاطاة ـ فلا بدّ أن تعلم حكم غير التلف من بقيّة الملزمات ، كنقل العينين أو إحداهما بعقد لازم ، وهذا في الحقيقة شروع في بيان الملزم الثالث للمعاطاة .

والكلام يقع تارة في حكم هذا العقد اللازم من حيث كونه ملزماً للمعاطاة أم لا ؟

وأُخرى في حكم رجوع العين المنتقلة إلى مَن انتقل عنه بواسطة الفسخ أو الإقالة .

أمّا المقام الأوّل فأشار إليه ﷺ بقوله : « ولو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم ، أي لو نقلت العينان من المتعاطيين إلى ثالث بعقد لازم ، كالوقف أو الهبة المعوّضة بالإنشاء اللفظيّ .

[٢] أي نقلت إحدى العينين من أحد المتعاطيين إلى ثالث بعقد لازم .

[٣] قال الشهيديّ : يعني اللزوم حتّى من جهة الخيار أيضاً ، بمعنى عدم الخيار فيه ، وذلك بقرينة جعل النقل بالعقد الجائز الشامل للجائز من جهة وجود الخيار عنواناً مستقلّاً في مقابل النقل بالعقد اللازم .

[٤] أي النقل بالعقد اللازم ، كالتلف في كونه موجباً لعدم قدرة المالك على استرداد العين ، وكونه ملزماً للمعاطاة ؛ لما عرفت من أنّ جواز الردّ في المعاطاة كان منحصراً بصورة إمكان الترادّ ، ومع وقوع العقد اللازم فلا يمكن الترادّ شرعاً ، فإنّ امتناع الترادّ شرعاً بالعقد اللازم كالامتناع العقليّ ، ومع امتناعه عقلاً أو شرعاً ، فلا موقع معه للجواز .

على القول بالملك؛ لامتناع [١] الترادّ.

وكذا [٢] على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرّفات الناقلة.

ولو عادت العين [٣] بفسخ [٤]،

---

[١] أي إنّما قلنا بأنّ النقل بعقد لازم كالتلف في كونه ملزماً للمعاطاة؛ لأنّ النقل بالعقد اللازم يوجب امتناع ترادّ العينين شرعاً، ومعه لا يبقى موضوع للجواز في المعاطاة.

[٢] أي أنّ نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم كالتلف ملزم للمعاطاة إذا قلنا بإباحة التصرّفات الناقلة في المعاطاة بأن يجوز للمباح له التصرّفات المتوقّفة على الملك فيما أخذه بالمعاطاة كبيعه مثلاً؛ إذ ملاك اللزوم وهو عدم إمكان الترادّ موجود هنا أيضاً؛ ضرورة أنّ انتقال المأخوذ بالمعاطاة إلى غيره كالتلف ملزم للمعاطاة، سواء في ذلك القول بالملك أو الإباحة.

[٣] هذا إشارة إلى المقام الثاني، وهو بيان حكم رجوع العين المنتقلة إلى من انتقلت عنه بواسطة فسخ أو إقالة، أي لو رجعت العين المنتقلة إلى الغير بالعقد اللازم بفسخ العقد المذكور، كما لو ظهر الغبن في المعاملة ففسخ المغبون العقد المذكور.

[٤] ربّما يقال: إنّ التقييد بالفسخ لإخراج ما إذا عادت العين بسبب مملّك جديد من اشتراء أو إرث أو نحو ذلك، فإنّه ملك جديد فلا يتوهّم فيه عود الحقّ بعود العين.

وأفاد المحقّق النائينيّ ﷺ أنّه لا فرق بين الموارد المذكورة، فإنّه لو تمّ دليل استحقاق الرجوع بالعين بعد عودها إلى الملك اقتضى الاستحقاق في الصورتين، وإلّا فلا.

ففي جواز الترادّ[١] على القول بالملك؛ لإمكانه[٢] فيستصحب[٣]، وعدمه[٤]؛ لأنّ[٥] المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه،

ويمكن أن يقال: إنّ التقييد بالفسخ ليس قيداً احترازيّاً، بل هو من باب المثال للعود فيعمّ الإرث، والعقد الجديد وغيرهما.

[١] بأن يجوز أن يرد كلّ من المتعاطين ما أخذه على القول بالملك في المعاطاة.

[٢] أي إنّما قلنا بجواز ترادّ العينين بعد عود العين بفسخ؛ لإمكان الترادّ بعد فسخ العقد الناقل.

[٣] أي إذا شكّ في أنّه بعد نقل العين بالعقد اللازم وعودها بالفسخ، هل يبقى جواز الترادّ أم لا «فيستصحب» جواز الترادّ؟ واستشكل عليه السيّد اليزديّ ﷺ أنّه لا وجه لهذا الاستصحاب؛ إذ المفروض سقوط الجواز بنقل العين فبعد العود الأصل بقاؤه على السقوط.

وأجاب عنه المحقّق الأصبهانيّ ﷺ، فلاحظ كلامه.

وفسّر المحقّق الأيروانيّ ﷺ الاستصحاب المذكور بقوله: «يعني استصحاباً تعليقيّاً، لاحظ كلامهما وتأمّل فيه وإنّما تركنا ذكره رعاية لوضع الكتاب الذي هو موضوع لأن يكون شارحاً للمكاسب والتطويل مخلّ به.

[٤] أي عدم جواز الترادّ.

[٥] أي إنّما قلنا بعدم جواز الترادّ بعد عود العين إلى ملك المتعاطيين؛ لأنّ الدليل على جواز الترادّ هو الإجماع، وحيث إنّه دليل لبّيّ يؤخذ بالقدر المتيقّن منه وهو الجواز المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه بعقد لازم، وهو منتفٍ عند تحقّق العقد اللازم قطعاً، وبعد رجوع العين إلى ملك مالكه

وجهان [١]، أجودهما ذلك [٢]؛ إذ [٣] لم يثبت في مقابلة أصالة اللّزوم جواز الترادّ بقول مطلق، بل المتيقّن منه [٤] غير ذلك، فالموضوع [٥] غير محرز في الاستصحاب.

يشكّ في جواز الرجوع في المعاطاة، فيكون المحكم أصالة اللزوم، ومعه لا يصل المجال إلى استصحاب بقاء الجواز الثابت قبل خروج العين عن ملك مالكه.

[١] أي في جواز الترادّ وعدمه، وجهان، وجه الجواز استصحاب جواز الترادّ، ووجه عدمه التمسّك بأصالة اللزوم.

[٢] أي عدم جواز الترادّ.

[٣] أي إنّما قلنا بأنّ أجود الوجهين عدم جواز الترادّ؛ لما عرفت سابقاً من أنّ الأصل في العقود اللزوم حتّى العقد المعاطاتي، ولم يقم دليل لفظيّ على الجواز في المعاطاة كي يتمسّك بإطلاقه والحكم بالجواز مطلقاً حتّى بعد خروج العين عن ملك مالكها، وإنّما الدليل القائم على الجواز هو الإجماع، والقدر المتيقّن منه هو الجواز قبل خروج العين عن ملك مالكها، وأمّا بعده فلا دليل على الجواز، فالمرجع أصالة اللزوم.

[٤] أي القدر المتيقّن من جواز الترادّ غير المورد الذي نقلت العين فيه وخرجت عن ملك مالكه بالعقد اللّازم.

[٥] إذ لا يعلم أنّ الموضوع للاستصحاب هو وجود العينين واستمرار ملكيّة المتعاطيين كي لا يجري الاستصحاب أو اعمّ منه ومن جواز التراد ولو بالعود إلى مالكها بعد الانتقال إليه بالعقد اللازم، ومع الشكّ في جواز الترادّ بعد عود العين بالفسخ، فلا يكون موضوع المستصحب محرزاً، ومن شرائط جريان

الاستصحاب إحراز الموضوع.

والحاصل: أنّه لا يعلم أنّ موضوع جواز الترادّ هو وجود العينين قبل نقلهما أو يكفي فيه جواز الترادّ بعد النقل، ومعه فالموضوع غير محرز في الاستصحاب ومعه فلا يجري.

أفاد السيّد اليزديّ ﷺ والمحقّق النائينيّ ﷺ أنّ قوله: «فالموضوع غير محرز» ليس على ما ينبغي، بل الحقّ أن يقال: إنّ الموضوع محرز العدم؛ إذ المفروض سقوط الجواز بنقل العين، فيستصحب سقوطه بعد العود.

ولكنّ الظاهر أنّ ما ذهب إليه المصنّف هو الحقّ، فإنّ المانع من الاستصحاب عدم إحراز موضوعه.

وتوضيح ذلك: كما في بعض الحواشي أنّ جواز الترادّ لم يثبت بدليل لفظي ليقال: بأنّ موضوعه ما يملكه المتعاطيان ويشكّ في رافعيّة النقل للجواز، بل إنّه ثبت بدليل لبّيّ فيشكّ في أنّ موضوعه ما يملكه المتعاطيان كي يكون الشكّ في رافعية النقل المتخلّل، بل إنّه ثبت بدليل لبّيّ فيشكّ في أنّ موضوعه ما يملكه المتعاطيان، أو أنّ موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل، فما يمكن استصحابه وجرّه هو القسم الأوّل، وهو غير محرز من الأوّل، بل المتيقّن هو الملك قبل النقل، ومنه تعرف أنّ المانع عن الاستصحاب عدم إحراز الموضوع، فإنّه لم يعلم أنّ موضوع المستصحب من القسم الأوّل كي يمكن استصحابه، أو من القسم الثاني كي لا يمكن استصحابه.

وخلاصة الكلام في المقام: أنّه لا شبهة في لزوم المعاطاة بنقل العين

وكذا [١] على القول بالإباحة؛ لأنّ [٢] التصرّف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرّف، فيرجع [٣] بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله [٤]،

بالعقد اللازم ولا يثبت حقّ الرجوع بمجرّد عوده ثانياً، سواء كان الرجوع بالفسخ أو بالإقالة أو بالعقد الجديد، وسواء قلنا بأنّ الزائل العائد كأن لم يزل أو أنّه كأن لم يكن، وذلك للفرق بين المقام وبين مورد القاعدة؛ إذ جواز الرجوع في باب المعاطاة كان منحصراً بصورة إمكان الترادّ، وهو منتفٍ بعد تحقّق العقد اللازم، ولا دليل على جوازه بعد رجوع العين.

[١] أي كما كان الأجود عدم جواز الترادّ لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم على القول بالملك في المعاطاة، كذلك الأجود عدم جواز الترادّ بعد العقد اللازم على القول بالإباحة في المعاطاة.

[٢] أي إنّما قلنا بعدم جواز الترادّ حتّى بعد فسخ العقد اللازم على القول بإفادة المعاطاة الإباحة؛ لأنّ التصرّف الناقل الحاصل من المتعاطيين أو أحدهما -بالعقد اللازم كما إذا باع أحد المتعاطيين أو أحدهما ما في يده- يكشف عن سبق الملك للمتصرّف المباح له ملكاً آناً مّا فتكون إرادة التصرّف فاسخاً، فإنّ تصرّف أحد المتعاطيين بما في يده بالعقد اللازم صار منشأ لأن يدخل ما في يده في ملك العاقد المباح له وبعد فسخ العقد الناقل لا موجب لإخراج ما وقع به التصرّف عن ملك هذا العاقد أصلاً، بل ترجع العين إلى ملك العاقد الذي هو المباح له.

[٣] أي يرجع الملك بسبب فسخ العقد الناقل اللازم إلى ملك المالك الثاني، الذي أصبح مالكاً للعين بالعقد اللازم.

[٤] أي على زوال ملك العاقد الذي هو المالك الثاني بعد كونه ملكاً له آناً مّا.

بل الحكم [١] هنا أوْلى منه على القول بالملك؛ لعدم [٢]

---

[١] أي عدم الترادّ في المقام الذي قلنا فيه بإفادة المعاطاة الإباحة أوْلى من الحكم بعدم جواز الترادّ على القول بالملك في المعاطاة.

توضيح الأولويّة: أنّه لا يتوهّم في المقام إجراء استصحاب الجواز المتوهّم جريانه على القول بالملك؛ لأنّه بناءً على الإباحة لم يحدث شيء، بل المال باقٍ على ملك مالكه بالسلطنة الأوّليّة الثابتة له في ماله قبل المعاطاة، لا السلطنة الجديدة الحادثة بعد ارتفاع الأُولى، والمفروض انقطاع هذه السلطنة بالتصرّف الناقل، فلا مجال للاستصحاب بخلاف القول بالملك، فإنّ المستصحب ليس السلطنة الأوّليّة كي يقطع بارتفاعه، بل هو تسلّط المالك الأوّل على استرجاع العين عن تحت ملكيّة الغير فبعد فسخ العقد الناقل وعود العين إلى المالك الثاني يتحقّق أركان الاستصحاب.

وأورد عليه بأنّه لا أولويّة في المقام؛ إذ الاستصحاب غير جارٍ في كلتا الصورتين؛ إذ المفروض أنّ جواز الترادّ أيضاً يرتفع، فإنّ انعقاد المعاملة المفيدة للإباحة مقتضية للزوم على فرض التلف، والمفروض أنّه كذلك في المقام؛ إذ النقل كالتلف حكماً، فالجواز الثابت قبله إنّما هو جواز الترادّ نظير جواز الترادّ على القول بالملك، فلا فرق بين القولين في ثبوت جواز الترادّ قبل النقل إلى الغير وسقوطه بالنقل، ولكنّك عرفت آنفاً أنّه لا مانع من جريان الاستصحاب على القول بالملك.

[٢] إشارة إلى وجه أولويّة الحكم بعدم جواز الترادّ على القول بالإباحة في المعاطاة من الحكم بعدم جواز الترادّ على القول بالملك فيها.

قال الشهيديّ: ومحصّل وجه الأولويّة هو: أنّ منشأ جواز الترادّ على القول

تحقّق جواز [١] الترادّ

بالملك تسلّط المالك الأوّل على إخراج ما كان ملكاً له عن تحت ملكيّة الغير الثابتة له شرعاً ، بعد انقطاع ما كان له من السلطنة على التصرّف بالمعاطاة ، فبعد فسخ التصرّف الناقل ، وعود العين إلى المالك الثاني ـ أي المالك بالمعاطاة ـ تتحقّق أركان الاستصحاب من اليقين بتحقّق السلطنة للمالك الأوّل على إزالة ملك المالك الثاني والشكّ في زوالها ، لاحتمال مدخليّة عدم طروّ التصرّف الناقل في بقائها مع قطع النظر عن إشكال الشكّ في الموضوع ، وأنّه عبارة عن مطلق إمكان الترادّ ، أو إمكان الترادّ غير الملحوق بالتصرّف الناقل . وهذا بخلافه على القول بالإباحة ، فإنّ منشأ جواز الترادّ الثابت قبل التصرّف الكذائيّ بناءً عليه هو السلطنة الأوّليّة الثابتة له قبل المعاطاة لا السلطنة الجديدة الحادثة بعد ارتفاع الأُولى ، ومن المعلوم أنّه يرتفع بالتصرّف قطعاً لارتفاع موضوعها به ، أعني كونه مالاً للمالك الأوّل ، فعلم أنّ معنى قوله : « لعدم تحقّق جواز الترادّ في السابق هنا » هو عدم ثبوت جواز الترادّ بمعنى إخراج كلّ منهما عن ملك المتصرّف المباح له بالتصرّف في الزمان السابق على التصرّف ؛ لأنّ الثابت المحقّق فيه جواز الترادّ بمعنى إخراجه عن عنوان جواز التصرّف في مال الغير الحاصل بالمعاطاة على القول بالإباحة الناشئ من بقاء سلطنة المالك الأوّل ، وهو المبيح على ملكه المقطوع بانتفائها بالعقد لانتفاء موضوعها ، وهو كون المال للمبيح وزواله بمجرّد النقل ، وهذان الجوازان متغايران .

[١] أي أنّ جواز الترادّ ليس متحقّقاً في الزمن السابق على نقل العين بالعقد اللّازم ؛ لأنّ الملك لم يحصل لكلّ واحد من المباح له قبل النقل بالعقد اللازم حتّى يصدق الترادّ الملكيّ بالفسخ ؛ لأنّ الترادّ فرع الخروج عن الملك ،

في السابق [١] هنا [٢] حتّى يستصحب [٣]، بل المحقّق [٤] أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع [٥] بانتفائها.

نعم [٦]،

والمفروض أنّ كلّ واحد من العوضين باقٍ على ملك كلّ واحد من المتعاطيين على القول بالإباحة، وغير خارج عن ملكهما كي يصدق عليه عنوان الترادّ بالفسخ.

[١] والمراد بالسابق هو الزمان السابق على نقل العين بالعقد اللازم هنا.

[٢] أي على فرض القول بإفادة المعاطاة الإباحة.

[٣] أي يستصحب جواز الترادّ بأن يقال: إنّ جواز الترادّ كان معلوماً في الزمان السابق على نقل العين بالعقد اللازم ويشكّ في بقائه بعد العود بفسخ ونحوه، فيستصحب بقاؤه.

[٤] أي المحقّق سابقاً على نقل العين بالعقد اللازم على القول بالإباحة في المعاطاة أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المبيح.

[٥] صفة لقوله: «بقاء سلطنة المالك»، أي السلطنة التي علم ارتفاعها بالعقد اللازم.

وملخّص كلامه: أنّ جواز الترادّ الملكي لم يكن معلوماً سابقاً كي يستصحب عند الشكّ في بقائه؛ لأنّ المعلوم سابقاً في المعاطاة على القول بالإباحة سلطنة المالك المبيح على ماله الموجود في يد المباح له التي علم ارتفاعها بالعقد اللازم، فلا موضوع للاستصحاب هنا.

والنتيجة: أنّ جواز الترادّ منتفٍ في المعاطاة على القول بالإباحة فيها.

[٦] استدراك عمّا ذكره من عدم جواز الترادّ للمالك الأوّل المبيح إذا عاد الملك

لو قلنا إنّ الكاشف [١] عن الملك هو العقد الناقل ،

إلى المباح له ـ وهو البائع الثاني ـ بسبب الفسخ على القول بالإباحة في المعاطاة . وغرضه من الاستدراك تصحيح جواز رجوع المالك المبيح بوجهين :

الوجه الأوّل : ما أشار إليه بقوله : « لو قلنا إنّ الكاشف ... » . **وتوضيحه :** أنّه بناءً على الإباحة في المعاطاة لو باع زيد كتاباً بدينار من عمرو بالبيع المعاطاتيّ يكون الكتاب باقياً على ملك زيد وإنّما يباح لعمرو المباح له أن يتصرّف فيه والدينار باقياً على ملك عمرو ، وإنّما يباح لزيد أن يتصرّف فيه ، فإذا باع عمرو المباح له الكتاب من بكر كان هذا البيع سبباً لنقل الكتاب إلى بكر وكونه ملكاً له ، فإذا فرضنا حلّ البيع بفسخ عاد الكتاب إلى ملك المالك الأوّل وهو المبيح ، ويبقى مباحاً بيد عمرو ، وكان مقتضى « سلطنة النّاس على أموالهم » أن يسترجع زيد كتابه وعمرو دينار ه . إذن يكون مقتضى القاعدة في المعاطاة جواز الترادّ حتّى على القول بالإباحة .

[١] أي لو قلنا : إنّ علّة حصول الملك هو العقد الناقل ... ، وإنّما سمّيت بالكاشف لأنّ العقد كاشف على طريق اللّمّ عن حصول الملك ، فالعلّة كاشفة لمّيّة عن وجود معلولها .

وملخّص الكلام : لو قلنا إنّ سبب حصول الملك للمباح له هو نفس العقد الناقل .

قال الشهيديّ : لم أفهم الفرق بين كاشفيّة العقد وبين كاشفيّة التصرّف الناقل . ثمّ قال : ويمكن أن يفرّق بينهما بأنّ المراد من الأوّل كون المنكشف بالتصرّف هو سبق الملك على التصرّف ، ومن الثاني كون المنكشف بالعقد هو حصول الملك وحدوثه به لا سبقه عليه بأن يحدث بالعقد الناقل أمران

على الترتيب : دخول المال في ملك الناقل ، ثمّ بلا فصل منه دخوله في ملك المنقول إليه ، وعليه لا إشكال فيما رتّبه عليه بقوله : «كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ» .

أقول : ليس المراد بالكشف هو المصطلح الأُصوليّ في مقابل السبب ، بل المراد منه هو الكشف اللّمّي ، وهو كشف العلّة عن المعلول بأن يكون العقد سبباً لانتقال الملك إلى المتصرّف ، ثمّ عنه إلى الآخر .

إن قلت : إذا انفسخ العقد اللازم لم يكن وجه لعود المال إلى المبيح الأوّل ، بل يبقى ملكاً للمباح له ؛ لأنّ العقد المذكور يكشف عن دخول المال في ملك المتصرّف المباح له آناً مّا قبل البيع ، فإذا انحلّ البيع عاد إلى ملك مَن كان مالكاً له آناً مّا .

قلت : إنّ السبب لخروج المال عن ملك المالك الأوّل المبيح هو العقد الناقل الموجب لخروجه عن ملك المالك الأوّل ، فإذا فسخ العقد فيرجع الملك إلى مكانه الأصليّ .

بل يمكن أن يقال : إنّ المال لم يخرج عن ملك المالك الأوّل إلّا بمقدار بقاء العقد اللازم ، وأمّا بعد الانفساخ فلم يكن خارجاً عن ملكه من الأوّل .

أقول : توضيح هذه العبارة ـ أعني بها قوله : «لو قلنا انّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل » على ما في كلام المحقّق النائينيّ ﷺ ـ يتوقّف على بسط الكلام ، فنقول : إذا باع ذو الخيار ما انتقل عنه بالعقد الخياريّ أو تصرّف فيه بما حكم به بفسخ ذاك العقد الخياريّ ففيما يتحقّق به الفسخ احتمالات :

الأوّل : أن يكون الفسخ بإرادة التصرّف ، فتكون إرادة البيع من ذي الخيار فسخاً ، فبإرادته يرجع المال إليه ، ثمّ يقع إنشاء البيع الثاني في ملكه ، أي في

حال انتقل المبيع إليه بسبب الفسخ بالإرادة ، وهذا هو مختار المحقّق الثاني وجماعة ، منهم المصنّف ﷺ .

الثاني : أن يكون الشروع بأوّل البيع مثل التكلّم بكلمة « باء » بعت ـ مثلاً ـ فسخاً موجباً لانتقال المال إلى المتصرّف ، وتمامه بيعاً موجباً لانتقال المال عن المتصرّف إلى المشتري الثاني ، ولازم ذلك وقوع أوّل البيع في ملك الغير ، وهو المشتري الأوّل .

الثالث : أن يكون الفسخ حاصلاً بنفس التصرّف ، فإنشاء البيع الصادر عن ذى الخيار يترتّب عليه منشآن طوليّان :

أحدهما : انتقال المبيع عن المفسوخ عليه إلى المتصرّف .

وثانيهما : انتقاله عن المتصرّف إلى المشتري الثاني ، فالإنشاء واحد ، ولكنّه يترتّب عليه ملك المشتري الثاني بالطريق الاعوجاجيّ ، أي بتلقّيه الملك عن البائع بعد انتقال الملك إلى البائع عن المشتري الأوّل .

الرابع : أن يكون الفسخ حاصلاً بنفس إنشاء البيع ، وملك المشتري الثاني يكون مترتّباً عليه ، والفرق بينه وبين الثالث أنّ الفسخ والبيع بالمعنى الاسم المصدريّ كلاهما على الثالث كانا مترتّبين على إنشاء البيع لكن ترتّباً طوليّاً ، وعلى القول الرابع يكون إنشاء البيع هو بنفسه الفسخ لا أنّه ممّا يترتّب عليه الفسخ .

إذا عرفت ذلك فاعلم : أنّ قوله ﷺ : نعم لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل ناظر إلى الاحتمال الثالث .

وحاصل مراده أنّه لو قلنا بأنّ العقد الناقل هو السبب لانتقال المال إلى المتصرّف ثمّ عنه إلى الآخر يمكن أن يقال : بأنّ فسخه موجب لارتفاع

فإذا فرضنا ارتفاعه [١] بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل [٢]، وإن [٣] كان مباحاً لغيره ما لم [٤] يستردّ عوضه كان [٥] مقتضى قاعدة السلطنة

كلا الأمرين اللّذين يترتّبان عليه، ولازم ذلك هو رجوع المال بذاك الطريق الاعوجاجيّ عن المشتري، ثمّ عنه إلى مالكه الأوّل، وذلك لزوال العقد الذي كان منشأً لسير الملك بهذا الطريق الاعوجاجيّ.

[١] أي ارتفاع العقد الناقل بسبب فسخ أو إقالة.

[٢] وهو المبيح؛ لأنّ المفروض أنّ الملك قد خرج عن ملكه بسبب العقد، وإذا حلّ العقد فيرجع الملك إلى مكانه الأوّل، وهو المالك الأوّل الذي هو المبيح.

[٣] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن كان ملك المالك الأوّل مباحاً لغير المالك الأوّل قبل المعاطاة الذي هو الفاسخ والمباح له.

[٤] كلمة «ما» مصدريّة جاءت لتقييد إباحة التصرّف للمباح له، أي أنّ ملك المالك الأوّل الذي هو الكتاب مثلاً قد أعطاه عمرواً بإزاء دينار إنّما يباح لعمرو ما دام لم يستردّ عمرو المباح له عوض ملك المالك الأوّل وهو الدينار مثلاً، فما دام الكتاب بيد عمرو والدينار بيد زيد كان الكتاب ملكاً لزيد المبيح ومباحاً لعمرو، وأمّا إذا استردّ عمرو الدينار من زيد فلا يكون الكتاب مباحاً له، بل لا بدّ من ردّه إلى مالكه وهو زيد؛ لأنّه بعد استرداد العوض لو كان المعوض مباحاً له لكان معناه حصول الإباحة من غير تحقّق المعاطاة.

[٥] جواب لكلمة «لو» في قوله: «نعم، لو قلنا»، أي لو قلنا بأنّ العقد هو سبب لحصول الملك للمباح له، وفرضنا ارتفاع هذا العقد بفسخ أو إقالة ورجعت العين إلى ما كان فيه وهو ملك المالك الأوّل، كان مقتضى قاعدة سلطنة كلّ شخص على ملكه وماله أن يستردّ ماله ويأخذه من الآخرين، وهو معنى

جواز الترادّ لو فرض [١] كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأوّل، أو عائداً [٢] إليه بالفسخ،

قولنا: أصالة جواز الترادّ على القول بالإباحة في المعاطاة.

[١] جواز الترادّ مشروط بأن يكون العوض الآخر ـ وهو الكتاب الذي كان لزيد ـ باقياً على ملك مالكه الأوّل ـ وهو زيد ـ بأن لا يتصرّف فيه المباح له بناقل وغيره.

[٢] أي لو فرض كون العوض الآخر عائداً إلى ملك المالك الأوّل بفسخ العقد أو إقالته.

فتلخّص من جميع ما ذكرنا: أنّه لو نقل المأخوذ بالمعاطاة بالعقد اللازم، كما إذا باع عمرو الكتاب المأخوذ من بكر الذي أخذه من زيد بالبيع المعاطاتيّ، ثمّ ظهر أنّ عمرواً كان مغبوناً في بيعه، أو كان المشتري مغبوناً ففسخ البيع وعادت العين إلى المشتري، فوقع البحث في جواز الترادّ وعدمه احتمل شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقاء جواز الترادّ للاستصحاب، ثمّ احتمل انقطاع الجواز بسبب العقد اللازم، واختار هذا الوجه تمسّكاً بأصالة اللزوم. هذا كلّه بناءً على أنّ المعاطاة مفيدة للملك.

وأمّا بناءً على إفادتها الإباحة فرجّح بقاء جواز التراد للوجهين، وقد عرفت الوجه الأوّل منهما، وسيأتي الوجه الثاني منهما، فإذا تعاطى زيد وعمرو كتاباً بدينار، فبناءً على الإباحة يكون الكتاب باقياً على ملك زيد وإن كان بيد المباح له، وكذا الدينار باقياً على ملك عمرو وإن كان بيد المباح له، فإذا باع المباح له الكتاب من عمرو كان هذا العقد سبباً لأن يكون عمرو مالكاً للكتاب وبكر مالكاً لثمنه، فإذا فسخ هذا البيع عاد الكتاب إلى مالكه الأوّل؛ إذ المفروض أنّ السبب لنقل الكتاب من زيد هو العقد الواقع بين عمرو وبكر،

وكذا [١] لو قلنا: إنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرّف والإتلاف [٢] ويملك [٣] الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره [٤] عن جماعة في الأمر الرابع [٥]، لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع،

فإذا فسخ هذا العقد فكأنّه لم يخرج الكتاب من ملك زيد ولم يتملّكه عمرو.

[١] أي كما أنّ مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادّ لو قلنا إنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، كذلك مقتضاها جواز الترادّ، ولو قلنا بأنّ بيع المباح له لا يتوقّف على ملك سابق على العقد، بل يكفي في البيع إباحة التصرّف من طرف المبيح، فيملك المباح له الثمن بالبيع وإن لم يكن مالكاً للمثمن، فإذا ارتفع العقد بالفسخ عاد الملك إلى المالك المبيح وإن كان التصرّف مباحاً للمباح له أيضاً. هذا هو الوجه الثاني لتصحيح جواز الترادّ في المعاطاة.

[٢] أي يكفي في بيع شيء جواز إتلافه اعتباراً بالبيع والوقف ونحوهما.

[٣] أي يكون المباح له مالكاً للثمن بالبيع وإن لم يكن المبيح الذي هو المالك الأوّل للمال مالكاً له.

[٤] أي استظهار أنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك عليه، بل يكفي فيه إباحة التصرّف، فإنّ البيع يقع للبائع المباح له لا للمالك المبيح.

[٥] حيث قال: ولكنّ الذي يظهر من جماعة ـ منهم قطب الدين والشهيد رحمهما الله في باب الغصب ـ أنّ تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً.

إلى أن قال: ومقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص غيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكيّة موجباً لجواز التصرّفات المتوقّفة على الملك، فيجوز خروج المال عن ملك المبيح إلى المشتري ودخول عوضه من

لكن الوجهين [١] ضعيفان، بل الأقوى رجوعه [٢] بالفسخ إلى البائع

المشتري إلى المباح له حتّى يكون الثمن داخلاً في ملك مَن لم يخرج عنه المعوّض، فيكون فسخ هذا العقد موجباً لعود المالين على ما كانا عليه، فيخرج المثمن عن ملك المشتري ويدخل في ملك المبيح، ويخرج الثمن عن ملك المباح له وينتقل إلى المشتري، وعلى هذا يصير كلّ من المالين المتعاطيين ملكاً لمالكه الأوّل قبل تحقّق هذا العقد.

[١] **الوجه الأوّل**: كون العقد سبباً لانتقال الملك، وأشار إليه المصنّف ﷺ بقوله: «نعم، لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل».

الوجه الثاني: عدم توقّف البيع على سبق الملك بأن يجوز دخول الثمن في غير ما خرج منه المثمن، وأشار إليه بقوله: «وكذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف...» وكلا الوجهين ضعيفان.

أمّا ضعف الوجه الأوّل: فلأنّ الظاهر عند المصنّف ﷺ سبق الملك على التصرّف بمعنى أنّه يكون إرادة التصرّف مملّكاً كي لا يكون التصرّف في ملك الغير.

وأمّا حصول الملك بالعقد ـ بأن يحدث بالعقد الناقل أمران: دخول المال في ملك الناقل، ثمّ دخوله في ملك المنقول إليه ـ فلا دليل عليه.

وأمّا ضعف الوجه الثاني: فلعدم جواز خروج أحد العوضين في البيع عن ملك شخص، ودخول العوض الآخر في ملك شخص آخر.

[٢] أي رجوع المال بالإقالة إلى البائع الثاني الذي هو المباح له، ومعه لا مجال لجريان قاعدة السلطنة لجواز الترادّ إلى البائع الأوّل؛ إذ المفروض أنّه بالفسخ يرجع إلى البائع الذي هو المباح له، فلا دليل على زوال ملكه بعد ثبوته ولو آناً مّا. ولا يخفى أنّ هذا عبارة عن الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة التي

ولو كان الناقل عقداً جائزاً[١] لم يكن لمالك العين الباقية الزام[٢] الناقل بالرجوع فيه[٣]، ولا رجوعه[٤] بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق[٥]، وتحصيله[٦] غير واجب،

ذكرها في المتن.

[١] إلى هنا كان الكلام فيما إذا كان التصرّف بالعقد اللازم، أمّا لو كان الناقل عقداً جائزاً كما لو باع أحد المتعاطيين ما أخذه بالمعاطاة على شخص ثالث بالبيع الخياريّ أو بالهبة أو بالجعالة.

[٢] اسم مؤخّر لقوله: «لم يكن» أي لم يكن لمالك العين الباقية الذي لم يبع ما أخذه إلزام الناقل الذي هو المباح له ونقل ما أخذه إلى ثالث بنقل جائز، كالهبة.

[٣] أي لا يجوز لمالك العين الباقية إلزام مَن نقل إحدى العينين وباعه إلى ثالث بأن يرجع في بيعه بالفسخ؛ وذلك لعدم ثبوت ولاية له على إجباره على أن يرجع في عقده الجائز ويفسخه.

[٤] أي ولا يجوز أن يرجع المالك إلى أخذ عينه من المشتري بلا مراجعة البائع بالبيع الخياريّ.

[٥] أي إذا لم يكن لمالك العين إلزام الناقل بالرجوع في العقد الجائز؛ بأن يهدم العقد، ولا رجوعه بنفسه إلى العين الموجودة عند ثالث حتّى يستردّ منه، فالتراد غير متحقّق؛ لأنّ المراد منه الترادّ الملكيّ، وهو غير متحقّق بعد ما نقل ملكه الحاصل بالمعاطاة إلى الأجنبيّ بعقد، فإنّ انتقال الملك ولو بعقد جائز فهو كالتلف يمنع من تحقّق الترادّ، ولا يجب عليه إحداث ملك جديد، ولا يجوز لمالك العين الباقية أن يجبره على إحداثه، وهذا هو معنى اللزوم.

[٦] أي تحصيل الترادّ بإلزام الناقل بالرجوع غير واجب؛ لأنّ إرجاع مال الغير إنّما

وكذا [١] على القول بالإباحة؛ لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم [٢]،

يجب من باب أداء مال الناس عند مطالبته، وهذا لا يوجب لزوم الفسخ على البائع، ويصير الموهوب مالاً له حتّى يجب على الواهب ردّه؛ إذ لا يعقل أن يؤثّر هذا الحكم المتوقّف على تحقّق موضوعه في تحقّقه.

إن شئت فقل: إنّ موضوع الجواز إمكان الترادّ، وهو بقاء العينين في ملك كلّ من المتعاطيين، والحكم ـ وهو الجواز ـ مترتّب على موضوعه على تقدير تحقّقه، ولا يصلح هو لإيجاب تحصيل الموضوع.

وبعبارة أُخرى: أنّ الأحكام مجعولة على طريق القضيّة الحقيقيّة الراجعة إلى القضيّة الشرطيّة، فإنّها تتحقّق عند تحقّق شرطها، ولا يكون تحصيل الشرط واجباً.

[١] أي كذا الترادّ غير متحقّق على القول بالإباحة في المعاطاة؛ لكون المعاوضة الجائزة كالهبة ـ مثلاً ـ كاشفة عن سبق الملك للناقل المباح له، فإنّ ما أخذه وإن لم يكن ملكاً له بالمعاطاة، إلّا أنّه يكون ملكاً له آناً مّا قبل هبته للغير.

وبعبارة أُخرى: إنّ الناقل الجائز موجب لتحقّق الضمان المعاوضيّ وصيرورة كلّ من المالين المتعاطيين ملكاً لمن بيده، وبعد تحقّق هذا الملك بالمعاوضة فلا موجب لزواله.

[٢] استدراك عن قوله: «وكذا على القول بالإباحة» أراد ﷺ أن يفرّق بين الناقل المعاوضيّ الجائز وبين غير المعاوضيّ بناءً على القول بالإباحة، وذلك بدعوى كون المانع في الناقل المعاوضيّ عن إمكان الترادّ هو استحالة خروج أحد العوضين عمّن لا يدخل في ملكه العوض الآخر، وهذا المانع مفقود في الناقل غير المعاوضيّ حيث إنّه لو وهب المباح له ما في يده إلى المتّهب،

لو كان غير معاوضة [١]، كالهبة، وقلنا: بأنّ التصرّف في مثله [٢] لا يكشف عن سبق الملك [٣]؛ إذ [٤] لا عوض فيه حتّى لا يعقل كون العوض مالاً لواحد [٥]، وانتقال المعوّض إلى الآخر، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك

وقلنا بخروجه عن ملك المبيح إلى المتّهب بالطريق المستقيم لا يلزم محذور، فحينئذٍ فسخ هذه الهبة موجب لانتقال العين إلى المبيح لا إلى المباح له، فيتحقّق حينئذٍ حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك المبيح لا الواهب المباح له، فيجب أن يكون الرجوع منه لا من الواهب.

[١] أي لو كان النقل الجائز غير معاوضة كالهبة لغير ذي رحم وبلا عوض، فإنّ الهبة المذكورة من العقود المجانيّة.

[٢] أي في مثل النقل غير المعاوضيّ.

[٣] أي لا يكشف عن كون الواهب مالكاً للعين الموهوبة قبل هبتها ولو آناً مّا.

[٤] أي إنّما قلنا بأنّ التصرّف غير المعاوضيّ كالهبة لا يكشف عن كون المتصرّف مالكاً لما تصرّف فيه ووهبه؛ إذ المفروض أنّه لا عوض في النقل غير المعاوضيّ كالهبة المجّانيّة حتّى يقال بعدم معقوليّة خروج العوض عن ملك شخص وانتقال المعوّض إلى ملك شخص آخر.

[٥] أي حتّى لا يعقل كون العوض مالاً لشخص وانتقال المعوّض إلى شخص آخر، ولهذه الجهة التزموا بتقدير الملك آناً مّا في باب المعاوضات، وقالوا: لو دخل العوض في غير ما خرج عنه المعوّض لا يتحقّق مفهوم المعاوضة.

وأمّا الهبة فحيث إنّها ليست من المعاوضات؛ إذ لم يرد دليل على اعتبار مالكيّة الواهب كي يقال: إنّ مفهوم المعاوضة يقتضي خروج الموهوب عن ملك الواهب، بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك إلى المتّهب، ولا عوض لها حتّى يقال: كيف يدخل العوض في غير ما خرج منه المعوّض.

المالك إلى المتّهب، فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك [١] لا الواهب [٢] اتّجه [٣] الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الأُخرى أو عودها [٤] إلى مالكها بهذا [٥] النحو من العود؛ إذ لو عادت بوجه [٦] آخر كان حكمه حكم التلف.

والحاصل: صحّة الهبة من غير المالك لا مانع منه عقلاً ولا شرعاً، أمّا عقلاً فلا عوض لها حتّى يلزم محذور دخول العوض في غير ما خرج عنه المعوّض، وأمّا شرعاً فلعدم ورود «لا هبة إلّا في ملك» كما ورد في البيع والعتق والوطئ، فالهبة ناقلة للملك عن المالك لا عن الواهب.

[١] أي المالك المبيح؛ لأنّه بنفسه سلطان المال.

[٢] لأنّه إنّما جاز وأُبيح له التصرّف في مال الغير شرعاً على خلاف قصد المتعاطيين فيقتصر على القدر المتيقّن، وهو أصل التصرّف دون الرجوع فيه وإزالته.

[٣] جواب لقوله: «لو كان...»، أي لو كان النقل الجائز غير معاوضة اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الأُخرى عند من أخذها.

[٤] أي مع عود العين الأُخرى.

[٥] وهو الهبة غير المعاوضيّة.

[٦] أي لو عادت العين بالنقل المعاوضيّ كان حكم العود بالنقل المعاوضيّ حكم التلف فلا يمكن الترادّ.

«التحقيق»

هذا تحقيق فيما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ في بيان الملزم الثالث من ملزمات

المعاطاة، وهو التصرّف الاعتباريّ في المأخوذ بالمعاطاة، ووقع كلامه في هذا الملزم في ضمن صور:

الصورة الأُولى: انتقال العوضين، أو أحدهما بعقد لازم. أشار إليه شيخنا الأعظم ﷺ بقوله: «ولو نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم»، وقال: إنّ نقل أحد العوضين بعقد لازم كتلفه في كونه ملزماً للمعاطاة بناءً على القول بإفادتها الملك؛ لأنّ المفروض أنّ العين المأخوذة بالمعاطاة خرجت عن ملك الآخذ، وصار ملكاً لثالث، ولم يبق معه موضوع للترادّ، ولذا قلنا: إنّه كالتلف من حيث إنّه كما أنّ المال بعد التلف لا يمكن رجوعه إلى مالكه، كذلك بعد البيع اللازم لا يمكن رجوعه إليه، ومع امتناع الرجوع ينتفي موضوع الترادّ، ومعه يكون العقد لازماً، وكذا بناءً على إفادتها الإباحة، فإنّ المعاطاة وإن كانت مفيدة للإباحة إلّا أنّ في موارد التصرّفات المتوقّفة على الملك يصير العوضان أو أحدهما ملكاً للمتصرّف آناً مّا قبل تصرّفه، بحيث يقع التصرّف في ملكه، ويكون منتقلاً إلى ملك المشتري من ملك المباح له، وبعد هذا الانتقال يكون موضوع الترادّ منتفياً، وبالنتيجة يكون انتقال العوضين عن المتعاطيين أو انتقال أحد العوضين عن أحدهما بعقد لازم ملزماً للمعاطاة، كما أنّ تلفهما أو تلف أحدهما كان ملزماً.

الصورة الثانية: أن تعود العين المنتقلة إلى الغير إلى ملك الآخذ بالمعاطاة بعد خروجها عنه بنقل لازم، كما إذا باع الآخذ بالمعاطاة ما أخذه من الكتاب من بكر مثلاً ثمّ ظهر غبن فيه، ففسخ بكر البيع اللازم وعاد الكتاب إلى الآخذ بالمعاطاة، والناقل اللازم وهو البيع الغرريّ يكون موجباً للزوم المعاطاة، وعود العوض بالفسخ إلى ملك الآخذ، إلّا أنّ عوده ثانياً إلى ملك الآخذ بالمعاطاة لا يوجب أن يثبت به حقّ الرجوع لمالكها الأوّل؛ لسقوطه بنقل العين بالنقل اللازم إلى غيره، فعوده ثانياً

يحتاج إلى دليل مفقود في المقام، **ونتيجة البحث**: أنّ النقل بعقد لازم يكون ملزماً للمعاطاة وإن عاد العوض المنتقل إلى الغير بالعقد اللازم إلى ملك الآخذ بالمعاطاة. هذا الذي ذكرناه هو المختار عندنا، إلّا أنّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ قد تصدّى لبيان حكم هذه الصور من صور نقل المأخوذ بالمعاطاة بالناقل اللازم بناءً على كلّ من القول بالملك والإباحة، حيث قال: أوّلاً: يمكن القول ببقاء جواز الترادّ. **بتقريب**: أنّ جواز الترادّ الثابت بالإجماع كان ثابتاً قبل نقل العوضين بالنقل اللازم، ويشكّ في بقاء الجواز بعد عود العين المنتقلة إلى الغير بعد فسخ الناقل اللازم، وذلك لاحتمال كون انتقال العين إلى غيره مزيلاً للجواز ورافعاً له، فيستصحب بقاء الجواز الثابت قبل النقل.

وقال السيّد اليزديّ ﷺ: لا وجه لهذا الاستصحاب؛ إذ المفروض سقوط الجواز بنقل العين، فبعد العود الأصل بقاؤه على السقوط.

وقد وجّه الاستصحاب المذكور وهو استصحاب جواز الترادّ بوجهين:

الأوّل: ما ذكره المحقّق الأصفهانيّ ﷺ من أنّ موضوع الترادّ ليس الترادّ الخارجيّ كي يقال بعدم إمكانه بعد النقل اللازم، بل موضوعه ما يملكه المتعاطيان، أي الترادّ التمليكيّ الاعتباريّ، وهذا الموضوع محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ، وإنّما الشكّ في أنّ تخلّل النقل رافع للحكم عن موضوعه عند ثبوته، فلا ينافي ثبوت الحكم لموضوعه عند ثبوت عدمه عند عدمه، كما في حال النقل وعدم العود، كما إذا أمر بإكرام زيد القائم، وشكّ في أنّ تخلّل القعود يرفع الحكم عن موضوعه عند ثبوته، ولا مجال لاستصحاب عدم الجواز الثابت حال النقل؛ لأنّ الشكّ في بقائه مسبّب عن الشكّ في رافعيّة النقل المتخلّل لجواز الترادّ عن موضوعه عند ثبوته، فاستصحاب بقاء الحكم في ظرف ثبوت موضوعه مقدّم على استصحاب عدم

الجواز حال النقل.

وفيه: أوّلاً: أنّ التسبّب عقليّ فلا وجه للحكومة.

وثانياً: أنّ استصحاب بقاء جواز الترادّ استصحاب في الأحكام الكلّيّة.

وثالثاً: أنّ المقام من موارد التمسّك بعموم العموم، وهو ما دلّ على لزوم العقد، فالقدر المتيقّن من الجواز هو قبل نقل اللازم، وأمّا بعد عوده فيتمسّك بعموم العامّ.

ورابعاً: أنّ القدر المتيقّن من الترادّ هو جواز ترادّ العينين فيما إذا بقيتا على ملك المتعاطيين، وهذا هو موضوع للجواز، وليس إمكان الترادّ بقول مطلق، ولو مع الانتقال إلى غيره موضوعاً للجواز، فلا مجال لاستصحاب الجواز بعد النقل والعود؛ لعدم إحراز موضوع المستصحب كي يحكم بإبقاء حكمه، بل يكون المرجع في مثل المقام التمسّك بأدلّة اللزوم بأن يقال: إنّ مقتضى أدلّة المعاملات لزوم المعاطاة، وإنّما خصّصت الأدلّة بصورة إمكان تراد العينين، فقام الإجماع على جواز ترادّ العينين ما دام أنّهما باقيتان على ملك المتعاطيين، وأمّا الزائد على هذا فلا دليل على تخصيصهما، بل يؤخذ بإطلاقات الأدلّة ويحكم باللزوم، سواء قلنا بالملك أو بالإباحة.

الصورة الثالثة: ما لو نقلت العينيان أو إحداهما بنقل جائز، فإنّ المعاطاة تكون لازمة بنقل العين إلى غيره، ويكون في حكم التلف عرفاً، فلا يمكن معه الترادّ ولا يبقى موضوع للجواز.

والحاصل: لا فرق في لزوم المعاطاة بنقل العين إلى غيره بين أن يكون ذلك بعقد لازم وبين أن يكون بعقد جائز.

الصورة الرابعة: فيما اذا لم يكن الناقل للعوضين أحد المتعاطيين، أو كلاهما، بل كان هو شخصاً ثالثاً أجنبيّاً عنهما، ويكون البحث في هذه الصورة في أنّ نقل

العوضين بإنشاء المعاملة من الفضوليّ عليهما، هل يكون ملزماً للمعاطاة كما كان إنشاء نفس المتعاطيين ملزماً لها أم لا؟

وأشار شيخنا الأنصاريّ ﷺ إليها بقوله: «ولو باع العين ثالث فضولاً»، **وملخّص كلامه**: أنّه إذا باع العين المأخوذة بالمعاطاة شخص ثالث غير المتعاطيين بالبيع الفضوليّ وقلنا: بأنّ المعاطاة تفيد الملكيّة لم يبعد أن تكون إجازة المالك الأوّل رجوعاً عن البيع المعاطاتي بمعنى: أنّه أرجع العوض بهذه الإجازة إلى نفسه وباعه الى مَن اشتراه من الفضوليّ. **والحاصل**: أنّ الإجازة أو الردّ يدلّ على رجوع المالك الأوّل عن عقد المعاطاة، وإلّا فهو أجنبيّ عن إجازة العقد الواقع على ملك غيره وردّه، فالإجازة أو الردّ كاشفة عن الرجوع بالدلالة الالتزاميّة.

أقول: وفي تعبيره بقوله: «لم يبعد» إشارة إلى أنّ كون إجازة المالك الأوّل رجوعاً عن المعاملة المعاطاتيّة ليس أمراً مسلّماً، بل إنّه لا يخلو من إشكال؛ لأنّ المفروض أنّه أجنبيّ عن المال بعد تحقّق المعاطاة، فإنّه حين وقوع العقد الفضوليّ وكذا حين الإجازة ليس مالكاً للعين، بل هو أجنبيّ عنها، فلا تكون إجازة غير المالك مؤثّرة، والمصحّح الوحيد لعقد الفضوليّ هو إجازة المالك.

وإن شئت فقل: إنّ إشكال المصنّف ﷺ في تأثير إجازة المالك الأوّل مبنيّ على أنّ فسخ المالك الأوّل ورجوعه عن المعاطاة إنّما يؤثّر من حين الفسخ، فالمبيع يرجع إلى المالك الأوّل من حين الفسخ، وهذا لا يمكن الالتزام به هنا؛ لأنّ الإجازة إذا صحّت لا بدّ من أن تكشف عن الملكيّة حال العقد، والمفروض أنّه لا يمكن الالتزام به هنا لفرض أنّه لا موجب لرجوع المال إلى مالكه الأوّل غير فسخه، وهو متأخّر عن العقد الفضوليّ زماناً. نعم، لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازة على القول بالنقل إلّا أنّه خلاف المبنى.

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم[١] بجوابين:

الأوّل: أنّ ما ذكره من الإشكال لو تمّ فإنّما يترتّب عليه عدم صحّة العقد الفضوليّ بإجازة المالك الأوّل، ولا يترتّب عليه بقاء المعاطاة على حالها، وعدم انفساخها بتلك الإجازة؛ لما عرفت من أنّ الإجازة كاشفة عن رجوع المالك الأوّل لا محالة، سواء في ذلك تأثيرها في صحّة العقد الفضوليّ وعدمه.

الثاني: انّ الكشف الذي التزم به المصنّف ﷺ هو الكشف الحكميّ دون الكشف الحقيقيّ. والكشف الحكميّ نقل حقيقة، وإنّما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكيّة السابقة من حين الإجازة، وبما أنّه لا يمكن ترتيب آثار الملكيّة السابقة حال العقد من حين الإجازة فلا يحكم بترتّبها، بل يحكم بترتّب الملكيّة حال الإجازة. إذن فلا إشكال في تأثير إجازة المالك الأوّل وكونها رجوعاً عن المعاملة المعاطاتيّة.

هذا كلّه لو أجاز المالك الأوّل، وأمّا لو أجاز المالك الثاني وهو الذي انتقلت العين إليه بالمعاطاة فقال المصنّف ﷺ: انّ إجازته نافذة بلا إشكال. والوجه فيما ذكره من نفي الإشكال عن نفوذها، هو أنّها صدرت من المالك ولزمت المعاطاة بالإجازة لأجل انتقال العين إلى شخص آخر، وأنّ ردّه أسقط العقد الفضوليّ عن قابليّة الإجازة منه أو من المالك الأوّل؛ إذ المفروض أنّ الردّ قد صدر من المالك فيلغو العقد الواقع على ماله؛ لعدم تأثير الإجازة بعد الردّ، ولكن ردّه هذا لا يخرج المعاطاة من التزلزل إلى اللزوم؛ لأنّ الردّ المذكور إنّما يهدم العقد الفضوليّ، ولا تلازم بينه وبين لزوم المعاطاة. هذا كلّه بناء على القول بإفادة المعاطاة الملك، وأمّا بناءً على القول

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ٢١٣.

بإفادتها الإباحة، فقال شيخنا الأعظم ﷺ: إنّه ينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة، بمعنى أنّه تنفذ إجازة المالك بلا شبهة، ولكن يتردّد في نفوذ إجازة المباح له، أمّا صحّة إجازة المالك فلأنّها صدرت من أهلها وهو المالك. أمّا التردّد في صحّة إجازة المباح له فلصدورها عن غير المالك، ومجرّد الإباحة لا يسوّغ صدور الإجازة من المباح له، فإذا أجاز المالك العقد الواقع على العين فضولاً نفذت إجازته، وأمّا إذا أجازه المباح له لم تنفذ إجازته؛ لأنّه كغيره من الأجانب.

قال الأُستاذ الأعظم[1]: إذا قلنا: انّ المعاطاة تفيد الإباحة وأجاز المالك الأوّل العقد الفضوليّ كانت إجازته رجوعاً عن المعاطاة؛ لأنّ المفروض أنّ العين باقية على ملكه، وهو مسلّط عليها، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولاً، كبيعه له بنفسه، فيكون فسخاً للمعاطاة. ومن هنا يظهر أنّ له ردّ الفضوليّ أيضاً؛ لأنّه هو المالك فله الإجازة والردّ وإن أجاز المباح له ذلك العقد الفضوليّ صارت المعاطاة لازمة، فإنّ شأن الإجازة الصادرة منه شأن البيع الصادر منه، فكما أنّ البيع يوجب لزوم المعاطاة كذلك الإجازة، ولمّا بيّن تأثير الإجازة في لزوم المعاطاة بناءً على القول بالإباحة فيها شرع في الجواب عن إشكال المصنّف ﷺ في تأثير إجازة المباح له. وقال: لعلّ إشكاله مبنيّ على أنّ تأثير الإجازة يتوقّف على اقتضاء الجمع بين الأدلّة الالتزام بالملكيّة آناً مّا قبل التصرّف المتوقّف عليها. وهذا لا يتحقّق في فرض بيعه بنفسه، وذلك فإنّ الصحيح أنّ الإجازة كاشفة لا ناقلة، وعليه فلا بدّ من الالتزام بدخول المال المعطى في ملك المباح له آناً مّا قبل البيع الفضوليّ، وهذا منافٍ للقول بالإباحة. نعم، لو كانت الاجازة ناقلة صحّت إجازة المباح له كبيعه بلا إشكال.

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ٢١١.

وأجاب عنه: بأنّ القول بالإباحة لم يدلّ عليه دليل غير الإجماع المدّعى على الإباحة في المعاطاة، وإلّا فالإطلاقات وافية بإفادتها للملك ـ كما في العقد اللّفظيّ ـ والقدر المتيقّن منه ما قبل صدور العقد الفضوليّ المتعقّب للإجازة، وأمّا في غيره فيتمسّك بالإطلاقات، وتثبت بذلك الملكيّة من حين صدور العقد فيصحّ بإجازته وينتقل البدل إليه. ثمّ قال: نعم، لا يؤثّر ردّه في إبطال العقد الفضوليّ؛ إذ المفروض أنّ العين باقية في ملك مالكها، وأمّا المباح له فليس له إلّا جواز التصرّف فيها دون العقد الواقع عليها.

قال الميرزا النائينيّ ﷺ: لا وجه لما أفاده المصنّف ﷺ من كون الإباحة بعكس الملك وضوحاً وخفاءً، بل على كلّ من القولين يجوز لكلّ منهما الإجازة. أمّا على الملك فلأنّه كما لا إشكال في أنّ المالك الثاني لو أجاز لنفذ، فكذلك لا إشكال في أنّ تصرّف المالك الأصليّ فيما انتقل عنه فسخ منه للمعاطاة.

ودعوى: أنّه يجب أوّلاً ردّ ما عنده حتّى يتحقّق الفسخ دعوى بلا برهان، فإنّه كما يتحقّق به كذلك يتحقّق بالتصرّف فيما انتقل عنه.

وأمّا على الإباحة فكما أنّ إبطال عوضيّة المسمّى يتحقّق بردّه إلى الآخر، كذلك يتحقّق بالتصرّف فيما أباحه له مباشرة أو إذناً أو إجازة، وعلى هذا فعلى كلا القولين ينفذ إجازة كلّ منهما.

أمّا على الملك فلأنّ إجازة المالك الفعليّ تصرّف فيما انتقل إليه وبه يبطل موضوع جواز الترادّ للمالك الأصليّ، وإجازة المالك الأصليّ تصرّف فيما انتقل عنه وبه تبطل المعاطاة.

وأمّا على الإباحة فإجازة المباح له إتلاف لما أُبيح له، وبه يلزم المعاملة وإجازة المبيح رجوع عن الإباحة.

ولو باع العين ثالث [١] فضولاً [٢] فأجاز المالك الأوّل [٣] على القول بالملك [٤] لم يبعد كون إجازته [٥] رجوعاً كبيعه وسائر تصرّفات الناقلة.

---

[١] فاعل لقوله: «باع»، أي ولو باع العين التي وقع عليها المعاطاة شخص ثالث أجنبيّ عن البيع المعاطاتيّ، أي يكون هو غير المتعاطيين.

[٢] أي لو باع العين المعاطاتيّة شخص أجنبيّ بالبيع الفضوليّ.

[٣] أي أجاز البيع الفضوليّ المالك الأوّل الذي انتقلت عنه العين بالمعاطاة.

[٤] أي على القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك.

[٥] أي كون إجازة المالك الأوّل البيع الفضوليّ رجوعاً عن البيع الأوّل المعاطاتيّ وفسخاً له، أي كما أنّ بيع المالك الأوّل العين التي بيعت بالمعاطاة وجميع تصرّفاته الناقلة فيها كهبتها المعوّضة ـ مثلاً ـ يكون فسخاً للمعاطاة، كذلك إجازته أيضاً تكون فسخاً لها.

أقول: يظهر من كلام المصنّف ﷺ حيث قال: «لم يبعد...». الإشكال في كون إجازة المالك الأوّل رجوعاً. وما قيل في وجهه أمران:

الأوّل: ما أفاده المحقّق النائينيّ ﷺ[1] بأنّ الفسخ في المعاملة المعاطاتيّة لا بدّ أن يكون بترادّ العينين، بخلاف الفسخ في العقود، لكون الجواز في المعاطاة حكميّاً دونها، وإجازة بيع الفضوليّ ليست ردّ العين.

وأجاب عنه: بأنّ الفسخ في المعاطاة لا يتوقّف على ترادّ العينين، بل يتوقّف على إمكان الترادّ بمعنى أنّه لو فسخ أمكن أن يرجع إلى العين في مقابل الرجوع إلى المثل أو القيمة، فلا فرق بين الجواز الحكميّ والحقّيّ من هذه الجهة.

---

(١) منية الطالب: ١: ٢١٣.

ولو أجاز [١] المالك الثاني نفذت [٢] بغير إشكال ،

ودعوى أنّه يجب أوّلاً ردّ ما عنده حتّى يتحقّق الفسخ دعوى بلا برهان ، فإنّه كما يتحقّق به كذلك يتحقّق بالتصرّف فيما انتقل عنه ، والتصرّف فيه أعمّ من التصرّف فيه بنفسه أو تصرّف الغير بإذنه أو بإجازته .

والأحسن في الجواب أن يقال : إنّه إن كان المراد من الترادّ هو الترادّ الخارجيّ فهو غير مفيد بديهة أنّ مجرّد ردّ العين خارجاً مع بقائها في ملك الآخذ بالمعاطاة لا يترتّب عليه أثر . وإن كان المراد من الترادّ هو أنّ فسخ العقد لا يكون إلّا بترادّ العين خارجاً فهو متين ، ولكنّه ليس شيئاً آخر وراء تعلّق الخيار بنفس العقد ، فلا يكون فرقاً بين الفسخ في العقود والمعاطاة .

الثاني : ما أفاده المحقّق الأصبهانيّ قدس سره[١] بأنّ منشأ توهّم الفرق بين الإجازة وسائر التصرّفات من حيث عدم الإشكال في كون سائر التصرّفات رجوعاً بخلاف الإجازة فهي إنفاذ تصرّف الغير الذي لا رجوع له ولم يقصده أيضاً ، وليس هي كالبيع تصرّفاً من البائع يقصد به الرجوع .

وأجاب عنه : بأنّ الإجازة وإن كانت بعنوانها إمضاء لتصرّف الغير ، إلّا أنّها محقّقة للتصرّف بالحمل الشائع ، فبإجازته للتمليك العقديّ الإنشائيّ يملك حقيقة ، ويتملّك حقيقة ، وبها يصير العقد عقده ، فيجب عليه الوفاء فهي تصرّف يقصد به الرجوع كبيعه بالمباشرة .

[١] أي لو أجاز العقد الفضوليّ المالك الثاني وهو الذي صار مالكاً للعين بالبيع المعاطاتيّ .

[٢] جواب لقوله : « ولو أجاز . . . » أي نفذت الإجازة بغير إشكال ؛ لأنّها إجازة

---

(١) الحاشية : ٥٨ .

وينعكس الحكم [١] إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة، ولكلّ منهما [٢] ردّه قبل إجازة الآخر.

من المالك صدرت من أهلها ووقعت في محلّها، ولزمت المعاطاة بها. هذا كلّه على القول بالملك في المعاطاة، وأمّا على القول بالإباحة فيها فأشار إلى حكمه بقوله: «وينعكس...».

[١] أي ينعكس حكم الإجازة إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة بمعنى أنّه تنفذ إجازة المالك الأوّل بغير شبهة؛ لأنّ كون إجازة المالك الأوّل رجوعاً على القول بالإباحة من الواضحات، ولكن يتردّد في نفوذ إجازة المباح له الذي هو المالك الثاني، فإذا أجاز المالك الأوّل العقد الواقع على العين فضولاً نفذت إجازته، وأنّ العين باقية في ملك المالك، وإذا أجاز المباح له العقد الفضوليّ الواقع على العين لم تنفذ إجازته؛ لأنّه كغيره من الأجانب وإن كان يباح له التصرّف، وهذا بعكس القول بالملك، فإنّه لا إشكال في إجازة المالك الثاني، وفي إجازة المالك الأوّل إشكال، وقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ أصل الحكم وهو نفوذ إجازة المالك الأوّل لا ينعكس، بل ينعكس من حيث الوضوح والإشكال.

[٢] أي لكلّ من المالك الأوّل والثاني ردّ البيع الفضوليّ، ولا يخفى أنّ ردّ المالك الأوّل رجوع عن المعاطاة صوناً لردّه عن اللّغويّة؛ إذ لا سلطنة له على ردّ البيع الفضوليّ إلّا بالرجوع حيث لا ردّ لمن هو أجنبيّ عن العقد، وأمّا ردّ المالك الثاني فلكونه مالكاً بالفعل.

ولو رجع الأوّل [١] فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة [٢] لغى الرجوع، ويحتمل عدمه [٣]؛ لأنّه [٤] رجوع قبل تصرّف الآخر، فينفذ [٥] ويلغو الإجازة [٦]. وإن جعلناها [٧] ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

---

[١] أي ولو رجع المالك الأصليّ أو المبيح عن المعاطاة وردّها فأجاز المالك الثاني العقد الفضوليّ، فهل يؤثّر الرجوع أو الإجازة. ولا يخفى أنّ إطلاق كلامه منزّل على ما إذا رجع أحد المتعاطيين إلى ما انتقل عنه الذي باعه الفضوليّ وأجاز الآخر المعاملة الواقعة على ما انتقل عليه.

[٢] أي إن جعلنا الإجازة كاشفة عن صحّة تأثير البيع حين صدوره لغى رجوع المالك الأوّل وردّه للمعاطاة، فالتأثير للإجازة اللّاحقة دون الردّ السابق؛ إذ الإجازة تكشف عن انتقال المال عن مالكه الأوّل إلى غيره من حين العقد، وحينئذٍ فالرجوع الصادر من المالك الأوّل لغو محض، فإنّه رجوع بعد انتقال العين إلى ثالث، فلا موضوع له.

[٣] أي يحتمل عدم كون الرجوع لغواً وإن قلنا بكون الإجازة كاشفة، فلا تكون الإجازة مؤثّرة لأنّ الإجازة إنّما تكون كاشفة إذا كانت صحيحة وبعد رجوع المالك الأوّل لا محلّ لها لتكون كاشفة؛ لأنّ المالك الأوّل قد أبطل العقد برجوعه.

[٤] أي رجوع المالك الأوّل رجوع قبل تصرّف الآخر بالإجازة وغيرها.

[٥] أي ينفذ رجوع المالك الأوّل.

[٦] أي يلغو إجازة المالك الثاني لبطلان موردها بسبق الردّ.

[٧] أي إن جعلنا الإجازة ناقلة لغت الإجازة قطعاً؛ لأنّ الردّ السابق مزيل لموضوعها، فلا يبقى للإجازة مورد بعد ارتفاع العقد الفضوليّ بالرجوع عن المعاطاة.

«التحقيق»

يقع الكلام في فروع العقد الفضوليّ.

الفرع الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «فأجاز المالك الأوّل».

الفرع الثاني: ما أشار إليه بقوله: «ولو أجاز المالك الثاني».

الفرع الثالث: ما أشار إليه بقوله: «ولكلّ منهما ردّه قبل إجازة الآخر»، أي لو رجع المالك الأوّل عن المعاطاة وردّها ثمّ أجاز المالك الثاني الذي هو المشتري في الحقيقة العقد الفضوليّ، وقد فصّل ﷺ بين كون الإجازة كاشفة وبين كونها ناقلة، فبناءً على الكشف احتمل وجهين:

أحدهما: لغويّة الرجوع ونفوذ الإجازة، حيث قال: إن جعلنا الإجازة كاشفة لغى رجوع المالك الأوّل عن المعاطاة؛ لأنّ إجازة المالك الثاني تكون كاشفة عن صحّة العقد حين وقوعه، فلا يبقى مورد للرجوع حيث إنّه رجوع بعد التصرّف الملزم.

وثانيهما: لغويّة الإجازة ونفوذ الرجوع، حيث قال: ويحتمل عدم كون الرجوع لغواً؛ لأنّ الرجوع تحقّق قبل التصرّف بالإجازة، فيكون نافذاً، فإذا عادت العين إلى المالك الأوّل برجوعه كانت إجازة المالك الثاني من قبيل إجازة الأجنبيّ، فتكون لغواً. هذا كلّه بناء على الكشف.

وأمّا بناء على النقل جزم بلغويّة الإجازة، حيث قال: وإن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً؛ لأنّ المفروض أنّ تأثير العقد الفضوليّ يكون بالإجازة الناقلة ورجوع المالك الأوّل قبل الإجازة يمنع عن تأثير الإجازة اللّاحقة. إذن فتكون الإجازة لغواً.

وإن شئت فقل: إنّ الإجازة بعد ردّ المعاطاة تكون لغواً.

وقال الأُستاذ الأعظم[١]: «إنّ الإجازة قد تكون كاشفة محضة عن صحّة العقد الفضوليّ، فهي تكون منزلة المعرّف المحض لصحّته من الأوّل من دون دخل لها في صحّته أصلاً، وقد تكون دخيلة في تأثير الإنشاء السابق، إمّا على سبيل الشرط المتأخّر، وإمّا على سبيل كونه قيداً على أن يكون المؤثّر في الملكيّة هو الإنشاء السابق المقيّد بتعقّب الإجازة، وعلى المعنى الأوّل يمكن الالتزام بأنّ الإجازة الصادرة من المالك الثاني وإن تأخّرت تؤثّر في العقد الفضوليّ، وأمّا رجوع المالك الأوّل وإن تقدّم فلا يؤثّر في ذلك؛ إذ الإجازة تكشف عن انتقال المال عن مالكه الأوّل إلى غيره من حين العقد، وحينئذٍ فالرجوع الصادر من المالك الأوّل لغو محض، فإنّه رجوع بعد انتقال العين إلى ثالث، فلا موضوع له، فما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من أنّه لو رجع الأوّل فأجاز الثاني لغى الرجوع إن جعلنا الإجازة كاشفة تامّ».

وأجاب عنه: أنّ كون الإجازة كاشفة بهذا المعنى وإن كانت محتملاً في مقام الثبوت، ولكن لا دليل عليه في مقام الإثبات، بل الأدلّة الدالّة على اعتبار الرضا في صحّة العقد تدلّ على عدمه.

وثانياً: لو سلّمنا أنّ الإجازة المتأخّرة معرّفة لصحّة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلّا أنّها إنّما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذي ينتسب إليه العقد بالإجازة، لا من كلّ أحد، ومن الواضح أنّ رجوع المالك الأوّل يرفع موضوع الإجازة من المالك الثاني، فلا تكون إجازته صادرة من المالك لكي تكون معرّفة لصحّة العقد من أوّل الأمر.

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ٢١٣.

ولو امتزجت العينان أو إحداهما [١] سقط [٢] الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع [٣] التراد، ويحتمل الشركة [٤] وهو [٥] ضعيف، أمّا على القول بالإباحة [٦]، فالأصل [٧] بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير [٨] المالك شريكاً مع مالك الممتزج به.

---

[١] كما لو باع الدهن بالدبس بالبيع المعاطاتيّ فامتزجا أو امتزج الدبس فقط بشيء.

[٢] أي سقط الرجوع، وتكون المعاطاة لازمة على القول بالملك في المعاطاة.

[٣] وذلك لعدم تميّز الأجزاء المنتقلة منه إلى غيره حتّى يستردّها بعينها وليس له استرداد الجميع؛ إذ ليس له السلطنة على مال الغير.

[٤] أي يحتمل الشركة بين صاحب الدين والشخص الذي امتزج ماله بالدهن، والوجه في الشركة أنّه بالرجوع يقدّر ملك الشخص للأجزاء الواقعيّة من ماله الممتزج بمال آخر، ثمّ يحكم بالشركة لأجل الامتزاج، وبذلك يحصل الجمع بين دليل الشركة ودليل جواز المعاطاة.

[٥] أي احتمال الشركة ضعيف؛ لأنّ الشركة فرع بطلان المعاطاة بالرجوع، وهو فرع جوازها في صورة الامتزاج، وهو فرع جواز الترادّ، وهو ممتنع؛ إذ لا يبقى العينان بعد الامتزاج حتّى يصحّ الرجوع فيقدّر الملك بعد الرجوع، ثمّ يحكم بالشركة. هذا تمام الكلام على القول بالملك في المعاطاة.

[٦] أي أمّا على القول بالإباحة في المعاطاة.

[٧] أي إذا شككنا في بقاء سلطنة المالك على ماله لاحتمال أن يكون الامتزاج موجباً لصدق الإتلاف عليه، فيستصحب بقاء سلطنته على ماله الذي امتزج بمال الغير.

[٨] أي نتيجة بقاء سلطنة المالك للعين المعاطاتيّة مع مالك المال الممتزج به

نعم [١]، لو كان المزج ملحقاً [٢] له بالإتلاف جرى عليه حكم التلف

حصول الشركة بينهما؛ لأنّ المفروض أنّ المال باقٍ على ملك مالكه على القول بالإباحة في المعاطاة، والمزج موجب للشركة، وكونه مباحاً للغير لا يمنع من حصول الشركة بالمزج، وسلطنة الناس على أموالهم يشمل الملك الإشاعيّ بعد إثبات السلطنة. والنتيجة الحاصلة هو جواز الترادّ.

[١] استدراك عمّا ذكره بقوله: «فالأصل بقاء التسلّط»، أي لو كان المزج بلغ إلى حدّ الحقّ المأخوذ بالمعاطاة بالإتلاف، فحينئذٍ لا يجوز له الرجوع لعدم إمكان الترادّ.

[٢] بصيغة اسم الفاعل أي لو كان المزج ملحقاً للمال الممزوج بالإتلاف، كما لو امتزج الدبس القليل بماء الكرّ لجرى على المال الممزوج حكم التلف، فيكون البيع المعاطاتيّ لازماً؛ وذلك لصدق التلف الحكميّ ومعه لا يمكن الترادّ وهو رجوع مال كلّ متعاطي إليه.

وإن شئت فقل: إنّ المزج المذكور أعدم الصورة النوعيّة ومعه يصدق عنوان التلف على المال المأخوذ بالمعاطاة، فلا يبقى موضوع للرجوع.

أقول: يمكن أن يقال: إنّه لا وجه للتفصيل بين القول بالملك وبين القول بالإباحة؛ لعدم قصور في شمول الأدلّة الدالّة على لزوم المعاطاة لمحّل الكلام، نهاية الأمر أنّه يحكم بجوازها للإجماع، وهو دليل لبّيّ يقتصر فيه على القدر المتيقّن، وهو ما كان المأخوذ بالمعاطاة موجوداً عند الآخذ بالمعاطاة ومتميّزاً عن غيره بجميع الجهات.

ويمكن أن يجاب عنه: بأنّ هذا القول يستلزم كون الإباحة الحاصلة من المعاطاة إباحة لازمة ولا تدخل في ملك المباح له العين المعاطاتيّة؛ إذ دخوله في ملكه يحتاج إلى سبب مفقود في المقام، وليس له أن يأخذ من

المباح له ؛ لعدم إمكان الترادّ بالمزج ، ولا يدخل بدله في ملك المبيح ؛ لعدم تلف العين المعاطاتيّة بالمزج .

«التحقيق»

الملزم الرابع من ملزمات المعاطاة امتزاج إحدى العينين أو كلتيهما بمال شخص ثالث ، أو بمال أحد المتعاطيين . ولا يخفى أنّ عدّ الامتزاج من الملزمات بإزاء التلف يدلّ على أنّ المقصود بالامتزاج ما لا يوجب تبدّل الصورة النوعيّة ولم يحصل الاستهلاك ، وإلّا كان من مصاديق التلف . وقد رجّح شيخنا الأنصاريّ ﷺ اللزوم بالامتزاج بناءً على إفادة المعاطاة الملك حيث قال : سقط الرجوع بالامتزاج على القول بالملك ؛ وذلك لكون الامتزاج كالتلف مانعاً عن الترادّ ، واحتمال جواز الرجوع بدعوى أنّ الامتزاج يوجب الشركة بين المالكين ، ولا يوجب اللزوم ضعيف ؛ وذلك لعدم بقاء موضوع لجواز الترادّ بعد الامتزاج .

وأمّا بناءً على الإباحة فاختار جواز الترادّ ؛ لأنّ المفروض أنّ العين باقية على ملك مالكها ، ولا يترتّب أثر على الامتزاج إلّا الشركة ، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به ، وهو مسلّط على ملكه الإشاعيّ ، فيجوز له أن يرجع إليه ويستردّه .

ويمكن الجواب عنه : أنّ الدليل على تخصيص أدلّة اللزوم ، هو الإجماع الدالّ على الجواز ، والقدر المتيقّن منه هو ما كان المأخوذ بالمعاطاة موجوداً عند الآخذ بالمعاطاة ، ومتميّزاً عن غيره من جميع الجهات ، وأمّا في غير هذه الصورة يتمسّك بالأدلّة الدالّة على اللزوم ، بلا فرق بين القول بالملك في المعاطاة أو الإباحة ، وعلى هذا فلا وجه لاحتمال الشركة في كلام المصنّف ﷺ على القول بالملك في المعاطاة ، كما أنّه لا وجه لاستصحاب بقاء السطنة على القول بالإباحة ؛ لما قرّر في

محلّه من أنّه مع وجود الدليل الاجتهاديّ ، وهو أدلّة اللزوم في المقام لا يصل المجال إلى الأصل العمليّ .

وممّا ذكرنا ظهر حكم ما لو تصرّف في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة ، كطحن الحنطة وتفصيل الثوب ، فإنّ الإجماع الدالّ على الجواز شموله لمثل المقام غير معلوم ، فيتمسّك بما دلّ على لزوم العقود ، ولا وجه لما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من عدم لزوم المعاطاة على القول بالإباحة ، وكذا لا مجال لما ذكره من استصحاب جواز الترادّ بعد شمول أدلّة اللّزوم للمقام .

ولو تصرّف [١] في العين تصرّفاً مغيّراً للصورة [٢]، كطحن الحنطة، وفصل الثوب، فلا لزوم على القول بالإباحة، وعلى القول بالملك، ففي اللّزوم وجهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز الترادّ [٣]، ومنشأ الإشكال [٤] أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيّ أو حقيقيّ، ثمّ إنّك قد عرفت ممّا ذكرنا [٥] أنّه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة [٦]

---

[١] أي لو تصرّف كلّ واحد من المتعاطيين أو أحدهما في العين المعاطاتيّة.

[٢] أي مغيّراً للصورة الشخصيّة للعين المعاطاتيّة ولو كان مغيّراً للصورة النوعيّة يلحق بالتلف بلا كلام، ولكن لا يوجب اللزوم على القول بالإباحة في المعاطاة لاستصحاب جواز بقاء سلطنته على المال المتغيّر، كما عرفت، فيترتّب على بقاء سلطنته على ماله جواز الرجوع.

[٣] أي منشأ الإشكال في جريان الاستصحاب وعدمه الإشكال في أنّ المعيار في بقاء الموضوع في الاستصحاب، هل هو بنظر العرف أو الدقّة العقليّة، فعلى الأوّل لا يجري الاستصحاب؛ لأنّ العرف يرى فرقاً بين الطحن والحنطة، فلا يجري استصحاب جواز الترادّ عند كون الحنطة طحيناً، وعلى الثانية يجري الاستصحاب المذكور لكون الطحن هي الحنطة حقيقةً.

[٤] أي إذا قلنا بجريان الاستصحاب فيه يثبت الجواز، وإذا لم نقل بجريانه يثبت اللزوم.

[٥] قال الشهيديّ: يعني بالموصول قوله في السابق: «ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياريّ إلى قوله: هذا مع أنّ الشكّ...»، ثمّ ناقش فيه، لاحظ كلامه.

[٦] أي ليس جواز الرجوع في المعاطاة الذي هو من الأحكام الشرعيّة التي

نظير[١] الفسخ في العقود اللّازمة حتّى[٢] يورث بالموت، ويسقط[٣]

لا تسقط بالإسقاط ولا تورث نظير الفسخ في العقود اللّازمة الذي هو من الحقوق الشرعيّة التي تورث لقوله ﷺ: «**ما ترك الميّت من مال أو حقّ فهو لوارثه**» وتسقط بالإسقاط، وتكون قابلة للنقل والانتقال.

[١] خبر لقوله: «ليس جواز» أي نظير الفسخ بالخيار في العقود اللازمة الذي هو من قبيل الحقوق الشرعيّة.

أقول: أنّ الظاهر أنّ مراده من الموصول قوله: «ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياريّ إلى قوله: «مع أنّ الشكّ»، واستشكل عليه المحقّق الأيروانيّ بأنّا لم نعرف ممّا ذكره سوى احتمال أنّ جواز الرجوع من المعاطاة من عوارض العوضين لا العقد، وأمّا أنّ ذلك حقّ أو حكم فما علمناه.

وأجاب عنه المحقّق الأصبهانيّ بما حاصله أنّه ليس غرضه ﷺ أنّ كون جواز الرجوع حقّاً أو حكماً يستفاد من مجرّد تعلّق الجواز بالفسخ في قبال تعلّقه بالرجوع بأن يكون الأوّل حقّاً والثاني حكماً كي يستشكل بأنّه لا يستفاد منه، بل غرضه أنّ الفسخ في البيع وغيره من العقود اللازمة ممّا ثبت في محلّه أنّه من الحقوق دون الرجوع في الهبة، وهو لم يثبت كونها من الحقوق، ولذا حكم أنّ جواز الترادّ كجواز الرجوع الذي لم يثبت كونه من قبيل الفسخ في العقود اللازمة.

[٢] أي ليس جواز الرجوع في المعاطاة من قبيل الحقوق حتّى ينتقل إلى الورثة بموت ذي الحقّ بمقتضى عموم «ما تركه الميّت من مال أو حقّ فهو لوارثه» بل تكون المعاطاة لازمة بموت أحد المتعاطيين.

[٣] أي حتّى يسقط جواز الرجوع بإسقاط المتعاطيين أو أحدهما.

بالإسقاط ابتداءً[١] أو في[٢] ضمن المعاملة، بل[٣] هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة[٤]، وعلى[٥] القول بالإباحة نظير الرجوع

---

[١] أي من دون أن يكون الإسقاط في ضمن عقد بأن يقول بعد العقد: أسقطت حقّي في الرجوع.

[٢] بأن يقع إنشاء الإسقاط في ضمن عقد كما إذا عامل معاملة واشترط في ضمن تلك المعاملة إسقاط حقّه في الرجوع في المعاطاة، كأن يقول: «بعتك الكتاب بشرط إسقاط الخيار».

وملخّص كلامه: أنّ إسقاط حقّ الرجوع قد يكون ابتداءً، وقد يكون في ضمن عقد نظير الشرط الذي قد يكون ابتدائيّاً، وقد يكون في ضمن عقد.

[٣] استدراك عن قوله: «ليس جواز الرجوع» أي ليس جواز الرجوع من الحقوق، بل لا بدّ فيه من التفصيل بين القول بالملك في المعاطاة وبين القول بالإباحة، بأن يقال: إنّ جواز الرجوع في المعاطاة يكون من الأحكام نظير الرجوع في الهبة على القول بالملك في المعاطاة، ونظير الرجوع في إباحة الطعام على القول بالإباحة في المعاطاة، وعلى كلا المبنيين لا يكون قابلاً للإرث والإسقاط.

[٤] كما أنّ جواز الرجوع في الهبة يكون حكماً شرعيّاً ليس قابلاً للإرث والإسقاط، كذلك جواز الرجوع في المعاطاة يكون حكماً شرعيّاً غير قابل للإرث والإسقاط.

[٥] أي جواز الرجوع في المعاطاة على القول بإفادتها الإباحة، نظير جواز الرجوع في إباحة الطعام، فكما أنّ إباحة الطعام منوطة بالرضا الباطنيّ للمالك للتصرّف فيه بحيث لو علم المباح له كراهة المالك التصرّف فيه لم يجز له التصرّف، كذلك جواز التصرّف في العين المعاطاتيّة وجواز الرجوع فيها

في إباحة الطعام بحيث [١] يناط الحكم فيه [٢] بالرضا الباطنيّ بحيث لو علم [٣] كراهة المالك باطناً لم يجز له [٤] التصرّف ، فلو [٥] مات أحد المالكين لم يجز لوارثه [٦]

منوطة بالرضا الباطنيّ بحيث لو علم أحد المتعاطيين بعدم رضا الآخر منهما بالتصرّف فيها لم يجز له التصرّف .

[١] بيان لوجه الشبه بين جواز الرجوع في المعاطاة على القول بالإباحة فيها وبين جواز الرجوع في إباحة الطعام .

[٢] والأنسب فيها ، أي يدور الحكم بجواز التصرّف في إباحة الطعام بالرضا الباطنيّ للمالك المبيح .

[٣] أي لو علم المباح له أنّ المالك المبيح لم يرض باطناً بتصرّف المباح له فيما أباحه له .

[٤] أي لم يجز للمباح له أن يتصرّف فيما أباحه له من الطعام ، وكذلك الأمر في المعاطاة على القول بالإباحة فيها ، فلو علم أحد المتعاطيين بعدم رضا المتعاطي الآخر بالتصرّف فيما أعطاه إليه لم يجز له التصرّف فيه ؛ لأنّه تصرّف في مال الغير من دون طيب نفسه .

[٥] تفريع على ما ذكره من أنّ جواز الرجوع في المعاطاة نظير الرجوع في الهبة من قبيل الأحكام لا من قبيل الحقوق ، أي نتيجة كون جواز الرجوع في المعاطاة من قبيل الأحكام أنّه لو مات أحد المالكين المتعاطيين لم ينتقل جواز الرجوع إلى وارثه ولم يجز لوارث أحد المالكين المتعاطيين أن يفسخ العقد المعاطاتي ويرجع إلى ما أعطاه .

[٦] أي لوارث أحد المالكين المتعاطيين ، بل تبطل هذه الإباحة بموت المبيح أو بجنونه .

الرجوع على القول بالملك للأصل [١]؛ لأنّ [٢] من له [٣] وإليه الرجوع هو [٤] المالك الأصليّ. ولا يجري الاستصحاب [٥]، ولو جنّ [٦]

---

[١] أي استصحاب عدم ثبوت جواز الرجوع الثابت لمالكه للوارث.

[٢] أي إنّما قلنا: لم يجز لوارثه الرجوع؛ لأنّ مَن جاز له الرجوع هو المورث الذي يكون مالكاً أصليّاً.

[٣] أي مَن له الرجوع إلى ما أعطاه ومَن إليه الرجوع فيما أخذه، والمقصود منهما المتعاطيان.

[٤] خبر لقوله: لأنّ مَن له وإليه الرجوع، فإنّ «المجموع» اسم انّ وقوله: «هو المالك» خبره، وأنّ الرجوع متقوّم بالمالك الأصليّ الذي هو من المتعاطيين، فلا ينتقل إلى وارثه.

[٥] قال الشهيديّ: يعني أنّ موضوع جواز الرجوع في السابق إنّما كان المالك الأصليّ، أي المورّث، وهو منتفٍ بالفرض، ومعه لا يجري استصحاب الجواز في حقّ الوارث حتّى يرجع إليه، ويقدّم على أصالة بقاء الملك للقطع بانتفاء ذلك في السابق.

أقول: إنّ موضوع جواز الرجوع انتفى بموت المالك الأصليّ وهو أحد المتعاطيين أوكلاهما، ولا يجري استصحاب جواز الرجوع في حقّ الوارث؛ لعدم ثبوت حقّ له سابقاً كي يستصحب في مورد الشكّ.

إن شئت فقل: إنّ ما هو المتيقّن زائل جزماً، وما هو قابل للبقاء لا يقين بثبوته.

[٦] بصيغة مجهولة. إلى هنا كان كلامه فيما إذا مات أحد المتعاطيين، وذكر أنّ الموت يكون من ملزمات المعاطاة، ويسقط جواز الرجوع بموت أحدهما. ومن هنا شرع في بيان ما إذا جنّ أحد المتعاطيين، وذكر أنّه ليس مسقطاً

أحدهما فالظاهر قيام وليّه [١] مقامه في الرجوع على القولين [٢]

لجواز الرجوع، ومن ملزمات المعاطاة، أي لو صار أحد المتعاطيين مجنوناً.

[١] أي يقوم وليّ أحد المجنونين مقامه في جواز الرجوع، فجواز الرجوع الثابت لأحد المتعاطيين ثابت لوليّ المتعاطي المجنون، وليس الجنون كالموت من ملزمات المعاطاة بعد ثبوت وليّ له، فبعد ما ثبت أنّ جواز الرجوع لم يقم دليل على اعتبار المباشرة فيه، وأنّه قابل للنيابة والوكالة فيقوم الوليّ مقام المجنون في الرجوع وإزالة العقد المعاطاتيّ.

[٢] أي سواء قلنا بالملك في المعاطاة أو الإباحة.

أمّا على القول بالملك فيها فلأنّ المفروض أنّ جواز الرجوع ثابت لنفس المجنون، ولا دليل على كون الجنون مسقطاً له، إلّا أنّ رجوعه بالمباشرة ليس بنافذ، فيقوم وليّه مقامه بإطلاق أدلّة الولاية.

وأمّا على القول بالإباحة، فلأنّ المفروض أنّ هذا الحقّ ثابت للمتعاطيين، ولا دليل على زواله بالجنون.

«التحقيق»

الملزم الخامس من ملزمات المعاطاة موت أحد المتعاطيين. قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّ الوجه في كون الموت ملزماً لها أنّ جواز الرجوع في المعاطاة على القول بالملك فيها نظير جواز الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة فيها أيضاً نظير جواز الرجوع في إباحة الطعام في إناطة الإباحة بالرضا الباطنيّ، وليس جواز الرجوع في المعاطاة نظير الفسخ بالخيار في العقود اللازمة الذي هو من قبيل الحقّ حتّى يورث بالموت، ويسقط بالإسقاط. وقد ثبت في محلّه أنّ الجواز الحكميّ

لا يكون قابلاً للإرث ؛ إذ لا يصدق عليه عنوان ما تركه الميّت كي يقال : إنّه لوارثه ، ويتفرّع عليه لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين ، بل هو حكم شرعيّ ثبت لعنوان المتعاطيين ، ولعنوان الواهب .

وأمّا على القول بالملك فيها ، فحيث إنّ الملك باقٍ على ملك المبيح ، فإذا مات انتقل إلى وارثه ، فللوارث ردّ المعاطاة من حيث إنّه من آثار سلطنته على المال ، لا من جهة إرثه الجواز .

نقل المحقّق المامقانيّ ﷺ عن بعض مَن تأخّر عنه بأنّ كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ محتمل لوجهين :

أحدهما : أنّه عند موت أحدهما على القول بالملك يلزم المعاملة ، فلا يجوز للوارث الرجوع ؛ لأنّ رجوع المالك إنّما كان من قبيل الأحكام ، كجواز الرجوع في الهبة ، فإنّه حاصل للمالك ولا يورث ، فلا يجوز للوارث الرجوع بعد موت مورّثه ، وعلى القول بالإباحة يجوز للوارث الرجوع ، وهذا الأخير وإن لم يصرّح به المصنّف ﷺ إلّا أنّه يشهد به قوله ، وعلى القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام ؛ ضرورة أنّه من قدّم الطعام إلى غيره ليأكله وأباحه له كان له الرجوع عن الإباحة قبل تناول مَن قدّمه إليه ، كما أنّ المالك لو مات قبل ذلك وفي الأثناء كان للوارث النهي عن الأكل والتصرّف .

وثانيهما : أنّه يلزم على القولين ، فلا يجوز للوارث الرجوع .

وأورد عليه : بأنّ مراد شيخنا الأنصاريّ ﷺ إن كان هو الأوّل كان ما ذكره على القول بالملك حقّاً ، فإنّ ما ملكه بالمعاطاة ينتقل إلى وارثه ، فلا يبقى مجال لرجوع صاحبه إليه ، إلّا أنّ جواز الرجوع على القول بالإباحة ممّا لا وجه له ؛ لأنّ لازم ذلك أن تردّ الأموال إلى صاحبها ، ولم نر ، بل لم نسمع الإقدام على مثل ذلك من أحد .

وإن كان المراد هو الثاني ، فيرد بأنّ الفقهاء تعرّضوا لملزمات المعاطاة ، ولم يجعل أحد موت أحدهما أو كليهما من الملزمات ، ولو كان الأمر كما ذكره كان من اللازم عليهم أن يعدّوه منها . وأنت ترى أنّ ما ذكره المحقّق المامقانيّ ﷺ في مقام الجواب ليس جواباً فنّيّاً ، ومجرّد عدم تعرّضهم لا يعدّ من الأدلّة الشرعيّة ، إلّا أن يصل إلى حدّ التسالم أو السيرة القطعيّة ، والجزم بهما مشكل .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم : **أوّلاً** : أنّه لا شبهة في أنّ جواز الرجوع في المعاطاة جواز حكميّ كجواز الرجوع في الهبة ، وكجواز الرجوع في إباحة الطعام ، كما ذكره المصنّف ﷺ ، إلّا أنّ الفسخ في العقود اللازمة وجواز الرجوع فيها أيضاً من قبيل الحكم لما حقّق في محلّه من أنّه لا فارق بين الحقّ والحكم ، وإنّما الفرق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أنّ أيّ حكم كان رفعه بيد المكلّف يسمّى حقّاً ، وما لا يكون كذلك يسمّى حكماً ، وإلّا فالحقّ أيضاً حكم شرعيّ غايته أنّه يقبل الارتفاع باختيار المكلّف له ، ومن الظاهر أنّ الجواز في البيع الخياريّ من هذا القبيل ، بخلاف الجواز في الهبة والمتّبع في كلّ مورد هو دلالة الدليل .

وفيه : أنّ ما ذكره لا يصلح أن يردّ كلام الشيخ ، والفرق الذي ذكره بين جواز الرجوع في مسألة المعاطاة وبين الفسخ في العقود اللازمة . نعم ، بالمقدار الذي يثبت بما ذكره أنّ كليهما حكم ، ولكن لا يثبت أنّ جواز الرجوع في المعاطاة في الآثار نظير الفسخ في العقود اللازمة وأنّه أيضاً كالفسخ يورث . إذن فالفرق بينهما باقٍ بحال وإن سمّى كليهما حكماً . نعم ، منشأ الفرق بينهما ليس لأجل كون أحدهما حقّاً والآخر حكماً .

وأورد عليه **ثانياً** : بأنّه لا مجال لتوهّم انتقال جواز الرجوع في المعاطاة إلى الوارث بأدلّة الإرث ، بلا فرق بين القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك وبين القول بأنّها

تفيد الإباحة.

والوجه فيه هو: أنّ الجواز في بيع المعاطاة إنّما ثبت لخصوص المتعاطيين ولا يثبت لوارثهما؛ لأنّ العمومات الدالّة على لزوم العقد تقتضي لزوم المعاطاة من أوّل الأمر، ولكنّ الإجماع على تقدير تسليمه قد انعقد على جوازها، وبما أنّه دليل لبّيّ فلا بدّ من الأخذ بالمقدار المتيقّن منه، وهو ثبوت الجواز ما دام المتعاطيان باقيين في الحياة، فيخصّص العمومات بهذا المقدار، وأمّا فيما إذا مات أحد المتعاطيين فوجود الإجماع على الجواز غير محرز، فيتمسّك بعموم ما دلّ على اللزوم. هذا الذي ذكرناه بناءً على الملك في المعاطاة واضح، وأمّا بناءً على الإباحة فإنّ الإباحة الثابتة هنا ليست إباحة مالكيّة كي يكون الرجوع في المقام نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم بالرضا الباطنيّ من المالك المبيح؛ بحيث لو علم كراهة المالك في الباطن لم يجز له التصرّف، كما ذكره المصنّف ﷺ، بل الإباحة شرعيّة ثبتت بالإجماع، لكنّ القدر المتيقّن منه ثبوت الإباحة لنفس المتعاطيين، وعدم ترتّب الملك على المعاطاة في زمان حياتهما إلى آن قبل موتهما، وحيث لا علم بوجود الإجماع بعد ذلك فالمرجع هي الإطلاقات الدالّة على حصول الملك بالمعاطاة، فينتقل المال إلى وارثه. إذن فمنزلة المعاطاة مع موت أحد المتعاطيين نظير نقل العين المأخوذة بالمعاطاة إلى غيره من النواقل الاختياريّة، فكما أنّ الثاني ملزم للمعاطاة كذلك الأوّل.

وأورد عليه **ثالثاً**: بأنّ السيرة قائمة على لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين، بلا فرق بين القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك والقول بأنّها تفيد الإباحة. هذا كلّه في كون موت أحد المتعاطيين ملزماً للمعاطاة وعدمه.

ومن هنا يقع الكلام فيما إذا جنّ أحدهما وأنّ الجنون أيضاً كالموت يعدّ من

ملزمات المعاطاة أم لا ؟

وقد فرّق المصنّف ﷺ بين الموت والجنون بأنّ الأوّل ملزم للمعاطاة دون الثاني ، فإنّ الوليّ يقوم مقام المجنون ، فهو يرجع ويأخذ العين للمجنون ، فحقّ الرجوع ثابت لنفس المتعاطيين . وإنّما إعماله يكون للوليّ ؛ وذلك لعدم قيام دليل على المباشرة في ثبوت الحقّ للمجنون حتّى يقال بسقوطه عن المجنون ، بل الحقّ ثابت للجامع بين المجنون ووليّه ، فإذا لم يتمكّن من أن يلتزم ببطلان المعاطاة بالجنون ، فإنّها تكون كالعقود الإذنيّة تبطل بجنون الآذن أو المأذون ، إلّا أن يقال : إنّ المعاطاة ليست من العقود الإذنيّة ، بل تكون من المعاوضات ، فيجري بحث اللزوم والجواز فيها .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم : بأنّه لا وجه لما أفاده المصنّف ﷺ من ثبوت حقّ الرجوع لوليّ المجنون على كلا التقديرين ؛ لأنّ الدليل على جواز المعاطاة إنّما هو الإجماع ، ولا نطمئنّ بوجوده في هذه الصورة ، بل يرجع إلى أدلّة اللزوم على كلا القولين .

وأجاب عنه بعض شرّاح المكاسب : بأنّ فيما ذكره غموض ؛ لأنّ الحقّ ثابت للمجنون لا للوليّ حتّى يكون الجنون كالموت في كون المتيقّن من الإجماع على الجواز خصوص المتعاطيين لئلّا ينتقل إلى الوليّ .

وفيه : أنّ المفروض أنّ الجواز في المعاطاة ثابت بالإجماع ، والقدر المتيقّن منه ثبوت الجواز للمتعاطيين غير المجنون ، وأمّا إذا جنّ أحدهما فقيام الإجماع على ثبوت حقّ الرجوع لوليّ المجنون أوّل الكلام . إذن فلا مجال لهذا الإيراد .

الأمر السابع [١]: أنّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين [٢] في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلّة. قال [٣]: يحتمل الأوّل؛ لأنّ [٤] المعاوضات محصورة [٥] وليست [٦] إحداها،

---

[١] أي الأمر السابع من الأُمور التي قال المصنّف ﷺ عنها: «ينبغي التنبيه على أُمور»، وغرضه من هذا التنبيه بيان أنّ المعاطاة المقصود بها الملك، سواء أفادت الملك الجائز أو الإباحة، إذا صارت لازمة بإحدى الملزمات هل تكون داخلة تحت عنوان البيع كي يترتّب عليه أحكام البيع من الخيارات وغيره، أو تكون معاوضة مستقلّة لا يترتّب عليها الأحكام المختصّة بالبيع، كالخيارات ونحوها؟ وقد ذكر كلام الشهيد الثاني ﷺ الذي بيّن الاحتمالين في المسألة.

[٢] أي ذكر لكلّ من القولين ـ وهما كون المعاطاة بعد لزومها بيعاً، وكونها معاوضة مستقلّة ـ وجهاً، أي ذكر وجهاً لإثبات صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف، وعليه تجري عليها أحكام البيع من الخيارات وغيرها، ووجهاً لإثبات صيرورتها معاوضة مستقلّة، فتجري عليها أحكام العقود دون أحكام خصوص البيع.

[٣] أي قال الشهيد الثاني ﷺ: «يحتمل أن تصير المعاطاة بيعاً بعد التلف»، ومن هنا شرع في بيان وجه كون المعاطاة بيعاً.

[٤] أي إنّما قلنا: بأنّ المعاطاة تصير بيعاً بعد التلف لأنّ المعاملات محصورة في المعاملات المعهودة شرعاً، وليست المعاطاة بعد التلف داخلة في المعاملات المعهودة ومعدودة منها.

[٥] أي محدودة بالمعاوضات المعيّنة شرعاً والمذكورة في الكتب الفقهيّة: الصلح، والبيع، والإجارة، والمزارعة، والمضاربة، والمساقاة، وغيرها.

[٦] أي ليست المعاطاة من إحدى المعاوضات المعهودة، فيتعيّن أن تكون

وكونها [١] معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. ويحتمل الثاني [٢]؛ لإطباقهم [٣] على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها. فكيف تصير بيعاً بعد التلف، وتظهر الفائدة [٤] في ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع [٥]

داخلة في البيع؛ لأنّ المفروض أنّها معاوضة غير المعاوضات المعهودة، فلا يبقى لها مصداق إلّا البيع، فتنطبق عليها قهراً.

[١] جواب عن إشكال مقدّر. وملخّص الإشكال هو: أنّا نسلّم أنّ المعاطاة ليست من إحدى المعاوضات المعهودة، إلّا أنّه لا يكون دليلاً على كونها بيعاً؛ وذلك لإمكان كونها معاوضة مستقلّة.

وملخّص الجواب: أنّ إثبات كونها معاوضة مستقلّة يحتاج إلى دليل، وهو مفقود في المقام. إذن فالمعاطاة ليست من المعاوضات المعهودة. هذا من ناحية، ومن ناحية أُخرى كونها معاوضة مستقلّة لا دليل عليها، فيتعيّن أن تكون بيعاً.

[٢] أي يحتمل أن تصير المعاطاة معاوضة مستقلّة.

[٣] من هنا شرع في بيان وجه كون المعاطاة معاوضة مستقلّة، أي إنّما قلنا بصيرورة المعاطاة معاوضة مستقلّة وعدم كونها بيعاً؛ لأنّ الفقهاء اتّفقوا على أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة لم تكن بيعاً حال وقوعها في الخارج، فكيف تصير بيعاً بعد التلف، فإنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه، فإذا لم تكن بيعاً فتكون معاوضة مستقلّة قهراً.

[٤] أي تظهر الثمرة بين الاحتمالين، وهما احتمال كون المعاطاة بيعاً، واحتمال كونها معاوضة مستقلّة.

[٥] أي تترتّب الأحكام المختصّة بالبيع على المعاطاة بناءً على الاحتمال الأوّل، وهو كونها بيعاً، ولا تترتّب عليها بناءً على كونها معاوضة مستقلّة.

عليها [١] كخيار [٢] الحيوان لو كان التالف الثمن [٣] أو بعضه

---

[١] الجار متعلّق بقوله: «ترتّب»، أي في ترتّب إحكام البيع على المعاطاة.

[٢] مثال للحكم المختصّ بالبيع بحيث لا يترتّب على غيره، فعلى تقدير صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف كان للمشتري خيار في ردّ الحيوان والرجوع إلى مثل التالف إن كان الثمن مثلياً، وإلى قيمته إن كان قيمياً.

[٣] لعلّه جواب عن سؤال مقدّر.

وملخّص السؤال: أنّه لماذا قيّد المصنّف ﷺ خيار الحيوان في المقام الذي تصير المعاطاة فيه لازمةً بالتلف بما إذا كان التالف الثمن أو بعضه دون المثمن، وظاهر هذا الكلام عدم ترتّب خيار الحيوان على المعاطاة فيما لو كان التالف المثمن، أي الحيوان.

وملخّص الجواب الذي كتبته سابقاً هو: أنّ الوجه في تقييد خيار الحيوان بما لو كان التالف الثمن دون الحيوان أنّه مع تلفه ينفسخ البيع، لقاعدة كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له، فلا مجال للخيار بعد انتفاء موضوعه وهو البيع، وأمّا إذا كان التالف هو الثمن فيبقى مجال لثبوت خيار الحيوان للمشتري حيث إنّه له النظرة فيه ثلاثة أيّام.

قال الشهيديّ ـ بتوضيح منّا ـ: لعلّ وجه التقييد بذلك هو اختصاص خيار الحيوان المتوقّف على وجود البيع بصورة بقاء المبيع توقّف الحكم، وهو الخيار على وجود الموضوع وهو المبيع؛ إذ مع تلفه ينفسخ البيع، لقاعدة كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له، فكون المعاطاة بيعاً بتلف الحيوان حتّى يثبت فيه خيار الحيوان موقوف على عدم ثبوت خيار الحيوان؛ إذ يلزم من ثبوته انفساخه المستلزم لعدم ثبوته وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

وتوضيحه: أنّ ترتّب خيار الحيوان على المعاطاة اللازمة بسبب التلف مبنيّ على أن لا يكون التالف هو الحيوان؛ إذ يلزم من فرض وجود الخيار عند تلف الحيوان عدمه؛ لأنّ المفروض أنّ الموضوع للخيار عبارة عن المعاطاة التي صارت لازمة بتلف الحيوان، فيكون خيار الحيوان متوقّفاً على المعاطاة اللازمة بسبب تلف الحيوان توقّف الحكم على وجود موضوعه، فإذا لم يتلف الحيوان لم يتحقّق خيار الحيوان؛ لأنّ الحكم لا يتحقّق بدون تحقّق موضوعه. هذا من ناحية.

ومن ناحية أُخرى: أنّ البيع الذي هو موضوع لخيار الحيوان ينفسخ بتلف المبيع في زمن الخيار؛ لأنّ كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له، وعلى هذا فالتلف الذي هو سبب وعلّة للخيار موجب لانعدام موضوع الخيار. إذن فلا بدّ من تقييد ثبوت الخيار في المعاطاة بعد لزومها بتلف غير المبيع، وهو تلف الثمن أو بعضه، كما ذكره المصنّف ﷺ.

وهنا توضيح آخر لهذا المتن من المحقّق النائينيّ ﷺ، وهو: أنّ وجه تقييد المصنّف ﷺ ثبوت خيار الحيوان بما لو كان التالف الثمن أو بعضه ظاهر، فإنّ ثبوت خيار الحيوان وإن لم يتوقّف على بقاء الحيوان في غير مقامنا هذا، إلّا أنّه يتوقّف على بقائه في المقام حتّى يثبت الخيار؛ لأنّه يشترط في تعلّقه بالتالف أن يتعلّق به قبل تلفه ولو آناً مّا حتّى لا يكون تلفه موجباً لسقوطه، فيردّ مثله أو قيمته، فلو كان التالف الثمن فبعد تلفه تصير المعاطاة بيعاً، فيتعلّق به خيار الحيوان. وأمّا لو كان التالف نفس الحيوان فما لم يتلف لم يكن خيار؛ لعدم صيرورتها بيعاً، وإذا تلف تلف غير متعلّق به الخيار، فمن أين يثبت المثل أو القيمة؟

وعلى تقدير ثبوته [١] فهل [٢] الثلاثة من حين المعاطاة ؟ أو من حين اللّزوم ؟ كلّ [٣] محتمل . ويشكل الأوّل [٤] بقولهم: إنّها [٥] ليست بيعاً ،

---

[١] أي على تقدير ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة بأن نختار كونها بيعاً بالتلف .

[٢] وقع الكلام في أنّ مبدأ الأيّام الثلاثة التي كانت لخيار الحيوان من حين تحقّق المعاطاة أو من حين لزومها المتحقّق بتلف الثمن أو بعضه .

[٣] أي كلّ منهما محتمل . يحتمل أن يكون مبدأ الأيّام الثلاثة لخيار الحيوان من حين المعاطاة ، ويحتمل أن يكون مبدؤها من حين لزوم المعاطاة بتلف الثمن أو بعضه ، والثمرة بين الاحتمالين هو بناء على الاحتمال الأوّل لو فرضنا أنّ الثمن تلف بعد ثلاثة أيّام من وقوع المعاطاة يكون العقد لازماً لأجل سقوط الخيار بانقضاء ثلاثة أيّام لا لأجل التلف .

وعلى الاحتمال الثاني يكون لصاحب الحيوان خيار ثلاثة أيّام بعد تلف الثمن . ومنشأ الاحتمال الأوّل ـ وهو كون مبدأ الثلاثة من حين المعاطاة ـ احتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفيّ الفعليّ أعمّ من البيع الشرعيّ الفعليّ والبيع الشرعيّ الشأنيّ . وهذا الثاني موجود في المقام ، ومنشأ الثاني ـ وهو كون مبدأ الثلاثة من حين اللزوم ـ احتمال اعتبار البيع الفعليّ عرفاً وشرعاً في موضوع الخيار .

[٤] وهو كون ثلاثة أيّام خيار الحيوان من حين وقوع المعاطاة .

[٥] أي أنّ المعاطاة ليست بيعاً . وملخّص إشكال الفقهاء على الاحتمال الأوّل ـ وهو كون الثلاثة من حين المعاطاة ـ أنّ المعاطاة قبل التلف ليست بيعاً ، فكيف يثبت الخيار فيما ليس ببيع ؟ لأنّ خيار الحيوان اختصّ دليله بالبيع فقط ، فلا يثبت فيما ليس ببيع .

والثاني [١] بأنّ التصرّف ليس معاوضة [٢] بنفسه.

---

[١] أي يشكل الاحتمال الثاني ـ وهو كون الخيار من حين لزوم المعاطاة الذي هو وقت تلف الثمن ـ بأنّ المعاطاة قبل التلف ليست بيعاً، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ والتصرّف المتلف أيضاً ليس ببيع، ولا وجه لأن يقال: إنّ مبدأ الخيار من حين التصرّف والتلف.

[٢] وفي هذه العبارة غموض، كما سيتّضح. والأنسب بناء على التوضيح الذي ذكرناه للعبارة أن يقول: بأنّ التصرّف ليس بيعاً كي يترتّب عليه الخيار من حين تحقّقه.

قال الشهيديّ في توضيح قول المصنّف ﷺ: «ويشكل الأوّل»، يحتمل أن يكون المراد من الأوّل والثاني احتمالي كونها بعد التلف بيعاً أو معاوضة، كما يظهر من صاحب الجواهر ﷺ حيث قال في مقام الإشكال على الشهيد: «بأنّ كلامه ﷺ غير منقّح، خصوصاً إشكاله في كونها معاوضة بأنّ التصرّف ليس معاوضة، يعني بشكل صيرورتها بيعاً بأنّها ليست بيعاً قبل التلف، فكيف تصير بيعاً بعده؟ وكذلك صيرورتها معاوضة مستقلّة بعده؟ بأنّها لم تكن معاوضة قبل التلف، والتصرّف ليس معاوضة، فكيف يصير معاوضة بالتصرّف؟ ويحتمل أن يكون المراد منهما احتمالي كون مبدأ الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين اللزوم على ما فهمه سيّدنا الأستاذ العلّامة ﷺ يعني يشكل احتمال كون مبدأ الخيار من حين المعاطاة بالتزامهم بأنّها ليست بيعاً قبل التلف، والخيار من مبدأ الثلاثة إلى تمامها من أحكام البيع، فلا يثبت قبله، واحتمال كونه من حين اللزوم بأنّ التصرّف والتلف ليس بيعاً بنفسه، والمفروض أنّ المعاطاة أيضاً ليست بيعاً حين الوقوع فلا بيع بعد التلف حتّى يثبت فيه الخيار.

اللّهمّ [١] إلّا أن يُجعل المعاطاة جزء السبب، والتلف تمامه [٢]. والأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا [٣] بناءً على أنّها ليست لازمة، وإنّما يتمّ [٤] على قول المفيد ومَن تبعه. وأمّا خيار العيب والغبن فيثبتان [٥] على التقديرين، كما أنّ خيار المجلس منتفٍ [٦]،

وقال الشهيديّ: «الأظهر ما ذكره صاحب الجواهر».

[١] الظاهر أنّ الغرض منه توجيه الإشكال على الاحتمال الثاني، وهو احتمال كون المعاطاة معاوضة مستقلّة بأن تكون المعاطاة جزء سبب المعاوضة والتلف جزءاً آخر له ومتمّماً للسبب؛ لأنّ التوجيه المذكور لا يتمّ بالنسبة إلى الاحتمال الأوّل، وهو احتمال كونها بيعاً، وذلك لعدم جريان التوجيه بالنسبة إلى الإشكال على الاحتمال الأوّل؛ لأنّ التلف لا يعدّ جزءاً للبيع قطعاً، وهذا بخلاف المعاوضة المستقلّة، فإنّه يمكن أن يكون جزءاً بالنسبة إليها.

[٢] أي متمّم السبب، ككون القبض متمّماً للعقد في بيعي الصرف والسلم، فإنّ التلف يكون شرطاً متأخّراً لحصول الملك واللزوم.

[٣] أي في المعاطاة بناءً على عدم كونها بيعاً لازماً.

[٤] أي يتمّ خيار الحيوان في المعاطاة على مبنى المفيد ومَن تبعه القائلين بكون المعاطاة بيعاً لازماً.

[٥] أي يثبتان للمعاطاة، سواء قلنا بصيرورة المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلّة.

[٦] أي خيار المجلس منتفٍ في المعاطاة، سواء صارت بيعاً بالتلف أو معاوضة مستقلّة؛ لأنّ مورد خيار المجلس البيع اللازم، وهي ليست بلازمة على الفرض كي يترتّب عليه خيار المجلس، وحال اللزوم ـ أعني به حال التلف ـ

انتهى [١]. والظاهر أنّ هذا تفريع [٢] على القول بالإباحة في المعاطاة، وأمّا على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فيلغى الكلام [٣] في كونها معاوضة مستقلّة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللّزوم حتّى تبعها [٤] حكمها بعد اللّزوم؛ إذ [٥]

ليس مجلس المعاملة كي يثبت الخيار فيه.

[١] أي انتهى كلام الشهيد في المسالك.

[٢] أي هذا الذي ذكره الشهيد الثاني من صيرورة المعاطاة بالتلف بيعاً أو معاوضة مستقلّة، إنّما هو يتفرّع على القول بالإباحة في المعاطاة، فعلى هذا المسلك يصحّ أن يقال: إنّ المعاطاة المقصود بها الملك لو قلنا بإفادتها الإباحة تصير بيعاً بالتلف أو معاوضة مستقلّة.

[٣] أي يكون الترديد في كون المعاطاة المذكورة بيعاً أو معاوضة مستقلّة لغواً، ولا موضوع له بناءً على القول بأنّها تفيد الملك؛ إذ الملك المتزلزل قبل التلف أيضاً يصدق عليه البيع.

[٤] أي حتّى يكون حكم المعاطاة بعد لزومها تابعاً للكلام في أنّ المعاطاة بيع أو معاوضة مستقلّة، أي على القول بالملك المتزلزل في المعاطاة لا وجه للترديد فيها بأنّها بيع أو معاوضة كي يكون حكم المعاطاة تابعاً للترديد بأن يقال: إنّه على تقدير كون المعاطاة بيعاً يثبت حكم البيع، فيترتّب عليه خيار الحيوان، وعلى تقدير كونها معاوضة مستقلّة يجري عليها حكم مطلق المعاوضة، ولا يجري فيها خيار الحيوان.

[٥] تعليل لقوله: «فيلغي» أي إنّما قلنا يكفي الكلام في كون المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلّة بناءً على القول بكون المعاطاة مفيدة للملك المتزلزل؛ لأنّ المعاطاة عند القائلين بالملك المتزلزل فيها بيع مسلّم عندهم فلا وجه لجعلها

الظاهر أنّه [١] عند القائلين بالملك المتزلزل بيع [٢] بلا إشكال في ذلك [٣] عندهم على ما تقدّم [٤] من المحقّق الثاني، فإذا لزم [٥] صار بيعاً لازماً فيلحقه [٦] أحكام البيع عدا [٧] ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقديّ الذي مبناه على اللّزوم لولا الخيار. وقد تقدّم [٨]:

معرضاً للترديد بين البيع والمعاوضة المستقلّة.

[١] ينبغي أن يقال: «إنّها» لأنّه يرجع إلى المعاطاة، إلّا أن يقال: إنّه يرجع إلى التعاطي المستفاد من المعاطاة.

[٢] خبر لقوله: «إنّه»، أي إنّ المعاطاة عند القائلين بكونها ملكاً متزلزلاً بيع.

[٣] أي لا إشكال في كون المعاطاة بيعاً عند القائلين بالملك فيها، فلا وجه لجعلها مردّدةً بين البيع والمعاوضة.

[٤] أي تقدّم في التنبيه الأوّل أنّ المعاطاة بيع جزماً عند القائلين بالملك المتزلزل فيها.

[٥] أي إذا لزم البيع المتزلزل بالتلف صار بيعاً لازماً.

[٦] أي يترتّب على البيع المذكور أحكامه من الخيارات المختصّة بالبيع ونحوها.

[٧] أي عدا الحكم الذي استفيد من دليل هذا الحكم أنّه ثابت للبيع المنشأ بالعقد اللفظيّ المبنيّ على اللزوم لولا الخيار، فإنّ مثل هذا الحكم لا يترتّب على المعاطاة؛ لعدم كونها من العقد اللفظيّ المبنيّ على اللزوم لولا الخيار؛ إذ مفروض البحث المعاطاة المفيدة للملك المتزلزل، فلا تكون موضوعاً للحكم الثابت للعقد المبنيّ على اللزوم.

[٨] جواب عن إشكال مقدّر، وحاصل الإشكال وملخّصه: أنّ المعاطاة أيضاً على القول بالملك بيع مبنيّ على اللزوم لولا الخيار المعبّر عنه بجواز الرجوع، فيترتّب عليه أحكام البيع.

أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار، وكيف كان [١] فالأقوى [٢] أنّها على القول بالإباحة بيع [٣] عرفيّ لم يصحّحه [٤] الشارع ولم يمضه [٥] إلّا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه [٦]، وبعد التلف يترتّب عليه أحكام البيع [٧]

وملخّص الجواب عنه: أنّه قد تقدّم في أوائل التنبيه السادس أنّ الجواز في المعاطاة لا يراد به الخيار الذي هو من الحقوق، بل الجواز في المعاطاة حكم شرعيّ كجواز الهبة. إذن فلا يثبت الخيار في المعاطاة، ولا يصدق عليها أنّه بيع مبنيّ على اللزوم لولا الخيار؛ لما عرفت من أنّها عقد لكن ليست مبنيّة على اللزوم لولا الخيار.

[١] أي سواء كان الجواز في المعاطاة حقّاً أو حكماً.

[٢] من هنا شرع في الإجابة عن الشهيد حيث قال: إنّ المعاطاة على القول بالإباحة فيها ليست مردّدةً بين البيع والإباحة، بل هو بيع عرفيّ فاسد لا يترتّب عليه أثره إلّا بعد طروّ أحد الملزمات عليه، فيكون ترتّب الأثر عليه من النقل والانتقال متوقّفاً على طروّ ملزم عليه نظير توقّف الملك في بيع الصرف والسلم على القبض.

[٣] أي المعاطاة على القول بالإباحة ليست مردّدة بين البيع والمعاوضة المستقلّة، بل بيع عرفيّ.

[٤] أي لم يحكم الشارع بصحّة البيع المذكور.

[٥] أي لم يمض الشارع البيع المذكور.

[٦] كالنقل الاعتباريّ والمزج والتغيّر ونحوها من الملزمات.

[٧] أي يكون التلف هنا نظير القبض في الصرف والسلم شرطاً متأخّراً لصحّة البيع.

عدا [١] ما اختصّ دليله بالواقع صحيحاً من أوّل الأمر، والمحكيّ [٢] عن حواشي الشهيد أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جائزة، أو [٣] لازمة، والظاهر [٤] أنّه [٥] أراد التفريع على مذهبه من الإباحة،

---

[١] أي يترتّب على البيع الذي يكون صحيحاً بعد تلف إحدى العينين جميع أحكام البيع، إلّا الحكم الذي يستفاد من دليله ترتّب هذا الحكم على خصوص البيع الواقع صحيحاً من حين حدوثه بحيث لا يترتّب هذا الحكم على البيع الباطل حدوثاً، وإنّما يكون صحيحاً بعد تلف إحدى العينين، وذلك كخيار المجلس الذي لا يتحقّق في العقد الذي حكم الشارع بصحّته بعد تلف إحدى العينين.

[٢] جواب عن إشكال مقدّر، وهو: أنّ ما ذكره الشهيد من أنّ المعاطاة عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال منافٍ لما حكي عن حواشي الشهيد بأنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة، جائزة كانت أو لازمة؛ إذ لو كانت بيعاً عندهم لم يبق مجال للقول الجزميّ من الشهيد بأنّها معاوضة مستقلّة.

وأجاب عنه المصنّف ﷺ بعدم التنافي بين القولين، فإنّ القول بالملك المتزلزل في المعاطاة، وكونها بيعاً مبنيّ على إفادتها الملك، وقول الشهيد بكونها معاوضة مستقلّة مبنيّ على مسلكه في المعاطاة من كونها مفيدة لإباحة التصرّف، فمورد النفي يغاير مورد الإثبات.

[٣] كلمة «أو» للتنويع وليس للترديد، أي معاوضة جائزة قبل طروّ الملزم عليها، ولازمة بعد طروّ الملزم عليها.

[٤] من هنا شرع في توجيه كلام الشهيد لكي لا يكون كلامه أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة منافياً لما ذكره من أنّ المعاطاة عند القائلين بالملك المتزلزل بيع.

[٥] أي أنّ الشهيد فرّع ما ذكره من أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة على مذهبه

وكونها [١] معاوضة قبل اللّزوم [٢] من [٣] جهة كون كلّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأُخرى، لكن [٤] لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك، كما لا يخفى،

من الإباحة في المعاطاة.

[١] وهو أيضاً جواب عن إشكال مقدّر.

وملخّصه: أنّ حمل كلام الشهيد على المعاطاة المفيدة للإباحة ينافي جعلها معاوضة لازمة أو جائزة؛ لأنّ الإباحة لا تشمل المعاوضات والمبادلات المعامليّة.

وملخّص الجواب: أنّ إطلاق المعاوضة على المعاطاة المفيدة للإباحة قبل لزومها إنّما هو من جهة كون كلّ من العينين عوضاً عن العين الأُخرى في الإباحة، أي إحدى العينين للمباح الآخر عوض إباحة العين الأُخرى للأوّل، فإنّ إطلاق المعاوضة عليها بهذا الاعتبار لا باعتبار صدق المعاوضة والمبادلة عليها.

[٢] أي صدق المعاوضة على المعاطاة قبل كونها لازمة بطرو أحد الملزمات عليها.

[٣] خبر لقوله: «وكونها» وكلمة «من» للتبيين.

[٤] هذا إشكال على الشهيد القائل بالإباحة اللازمة بعد طرو ملزم عليها.

وملخّصه: أنّ الشهيد قال: بأنّ المعاطاة مفيدة للإباحة حدوثاً، ولكن تكون مملّكة بأحد الملزمات كالتلف وهو غير تامّ؛ لأنّ طرو الملزم عليها وكون المعاطاة لازمة لا يقتضي حصول الملك.

إن شئت فقل: إنّ حصول الملك يحتاج إلى سبب مملّك شرعاً، والتلف

فلا بدّ أن يقول [١] بالإباحة اللّازمة ،فافهم [٢].

ونحوه ليسا من الأسباب الموجبة للملك شرعاً.

[١] أى أن يقول الشهيد بالإباحة اللازمة في المعاطاة حتّى بعد طروّ أحد الملزمات عليها دون الملك ، وهو خلاف ظاهر كلامه .

[٢] لعلّه إشارة إلى أنّه ليس في كلام الشهيد ما يأبى عن كون مراده الإباحة اللازمة ، بل ظاهر كلامه أيضاً ذلك .

« التحقيق »

أقول: قد تقدّم في التنبيه الأوّل التفصيل في حكم جريان الخيار في المعاطاة ، حيث قال : يحتمل التفصيل بين الخيارات المختصّة بالبيع بأن يقال : إنّ ما يختصّ منها بالبيع كخيار المجلس والحيوان لا يجري في المعاطاة ؛ لاختصاص أدلّتها بالبيع المبنيّ على اللزوم من غير ناحية الخيار ، يعني لولا الخيار لكان لازماً . وأمّا مع جواز العقد في نفسه كالمعاطاة فلا يجري فيه الخيار . وأمّا ما لا يختصّ من الخيارات بالبيع ـ كخيار الغبن والشرط ـ فيجري في العمومات ؛ وذلك لعموم أدلّة تلك الخيارات ، وذلك التفصيل كان مورده قبل طروّ أحد الملزمات عليها ، والغرض من ذكر التنبيه السابع هو البحث عن جريان الخيار في المعاطاة بعد طروّ أحد الملزمات عليها ، ومورد الكلام هو المعاطاة المقصود بها الملك ، سواء أفادت الملك الجائز أم الإباحة ، فإذا صارت لازمة بأحد الملزمات المتقدّمة تجري فيها الخيارات المعهودة من العيب والغبن والشرط ونحوها ، وابتدأ المصنّف ﷺ بنقل كلام الشهيد في المسألة حيث قال في المسالك : « يحتمل أن تكون المعاطاة بعد لزومها بيعاً » ، **ووجهه:** أنّ سائر المعاوضات محصورة وليست المعاطاة منها ، وكونها معاوضة مستقلّة يحتاج إلى دليل ، فيتعيّن دخولها في عنوان البيع . ووجه كونها معاوضة مستقلّة هو أنّ

المعاطاة حين حدوثها لم تكن بيعاً ولا وجه لدخولها في عنوان البيع بعد طروّ ملزم عليها.

وذكر في آخر كلامه: أنّ الأقوى عدم ثبوت خياري المجلس والحيوان في المعاطاة؛ لأنّ أدلّة خيار المجلس والحيوان ظاهرهما ثبوتهما في بيع يكون ذلك البيع مع قطع النظر عن الخيار لازماً والمعاطاة ليست كذلك إلّا على قول المفيد.

نعم، تثبت سائر الخيارات فيها سواء قلنا بأنّها تفيد الملك الجائز أو الإباحة.

أقول: إنّ المعاطاة بناءً على إفادتها الملك الجائز يصدق عليها عنوان البيع عرفاً، فتجري فيها الخيارات المختصّة بالبيع، وإذا قلنا بعدم صدق البيع عليها تجري عليها أحكام الخيار أيضاً؛ لعدم اختصاص جميع أدلّة الخيار بعنوان البيع، فإنّ دليل الخيار قد يكون الاشتراط، وقد يكون الشرط الارتكازيّ الضمنيّ، فإنّهما يدلّان على جريان الخيار في كلّ معاوضة وإن لم تكن بيعاً.

إن قلت: جريان الخيار في المعاطاة الجائزة لا يترتّب عليه الأثر، فلا معنى لجوازها بالعرض، فجعل الخيار في المعاطاة لغو محض.

قلت: إنّ هذا الإشكال قد تقدّم جوابه في التنبيه الأوّل وقلنا هناك: إنّ جعل الخيار في العقد الجائز إنّما يكون لغواً إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر، وفي المقام انفكاكهما واضح؛ إذ قد يسقط خيار المعاطاة ويبقى الخيار المصطلح، وبالعكس.

إن قلت: إنّ الظاهر من جريان الخيار المختصّ بالبيع كخياري الحيوان والمجلس اختصاصه بعقد كان وضعه على اللزوم لولا الخيار، فلا يشمل المعاطاة لكونها جائزة في حدّ نفسها.

قلت: إنّ أدلّة الخيار وإن اختصّت بعقد كان طبعه على اللزوم، ولكن لزومه

إنّما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه ، بمعنى أنّه إذا وجد عقد في الخارج ولم يقترن بما يقتضي جوازه كان ذلك عقداً لازماً ، وهذا لا ينافي جوازه من الجهات الأُخر العارضة .

هذا كلّه على القول بإفادتها الملك المتزلزل ، وأمّا على القول بالإباحة فقال الأُستاذ الأعظم : أنّه لم يشمله أدلّة جعل الخيار إثباتاً ؛ لأنّ دليل نفوذ الشرط يختصّ بالعقد الممضى شرعاً ، فإذا فرضنا أنّ المعاطاة ليست بعقد ممضى ، وكان كلّ من المالين باقياً على ملك مالكه ، غاية الأمر أنّ الشارع أباح لكلّ من المتعاطيين التصرّف في مال الآخر ، فكيف يمكن القول بصحّة الشرط الواقع في ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط ، أو بدليل وجوب العقد بما له من القيود .

وفيه : لا نرى مانعاً من شمول دليل وجوب الوفاء بالشرط الشرط الواقع في ضمن العقد الجائز أو الفاسد .

وقد يقال : إنّ الخيار المختصّ بالبيع غير ثابت في المعاطاة على القول بالإباحة فيها ؛ لعدم كونها بيعاً ، بل هي معاوضة مستقلّة ، كما أفاده الشهيد .

قلت : إنّه يكون بيعاً بعد طروّ الملزم عليه ، فإنّ مفهوم البيع يصدق عليه حدوثاً ، وإمضاء الشارع يكون مشروطاً بطروّ الملزم عليه كبيع الصرف الذي أمضاه الشارع مشروطاً بالقبض .

فتحصّل : أنّ المعاطاة بعد تحقّق الملزم إذا صدق عليها عنوان البيع كما هو ليس ببعيد تجري عليها أحكام الخيار المختصّة بالبيع ، وإلّا فيجري عليها الخيارات المترتّبة على عنوان المعاوضة . إذن فيجري الخيار في المعاطاة ، سواء قلنا بأنّها بيع أو معاوضة .

العقد الفاقد لبعض الشرائط، هل يرجع إلى المعاطاة أم لا؟

قبل الخوض في توضيح المتن لا بدّ أن نبيّن صور المسألة، فنقول: إنّ هاهنا صوراً:

الأُولى: ما إذا علم بعدم رضا المتعاملين بالقبض والإقباض إلّا بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة بحيث لولا هذا العنوان لم يتحقّق منهما الرضا أصلاً، ولا إشكال في خروج هذه الصورة عن محلّ الكلام.

الثانية: ما إذا كان القبض والإقباض لا على سبيل الوفاء بالعقد الفاسد، بل على سبيل المعاملة المعاطاتيّة، ولا إشكال في خروج هذه الصورة أيضاً عن محلّ الكلام.

الثالثة: ما إذا رضيا بالقبض والإقباض مع العلم بفساد المعاملة العقديّة أو لو علما به لرضيا بهما، وهذه الصورة هو محلّ الكلام، ففي المسألة ثلاثة أقوال:

الأوّل: القول برجوع ذلك إلى المعاطاة.

الثاني: القول برجوعه إليها إذا تعقّبه القبض والإقباض.

الثالث: القول بعدم رجوعه إليها، بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة.

قال المحقّق النائينيّ ﷺ: إنّ ظاهر عبارته ﷺ أنّ المقصود في هذا العنوان تحقّق المعاطاة بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم فقط، كخلوّه عن القبض في باب الوقف والهبة بذي رحم، ولكن بالتأمّل في مجموع كلماته يظهر أنّ المقصود أعمّ من فقد شرائط اللزوم والصحّة، وأيضاً قال: إنّه ليس مقصود المصنّف ﷺ خلوّ القول عن شرائط اللزوم عند كلّ أحد حتّى يكون قوله: فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللّفظيّ خلفاً، كما أورده عليه المحقّق الخراسانيّ ﷺ، بل مقصوده خلوّه عن شرائط اللزوم عند المشهور، فالترديد لا يكون خلفاً.

الأمر الثامن [١]: لا إشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة [٢] التي هي معركة الآراء بين الخاصّة والعامّة [٣] بما [٤] إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل [٥]، وهو [٦] قبض [٧] العينين، أمّا [٨] إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللّزوم.

---

[١] أي الأمر الثامن من الأُمور التي قال المصنّف ﷺ: «وينبغي التنبيه على أُمور»، وغرضه من ذكر هذا التنبيه بيان أنّ العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة يرجع إلى المعاطاة أم لا.

[٢] أي المعاطاة في اصطلاح الفقهاء في مقابل معناها اللّغويّ.

[٣] ليس معنى هذه العبارة أنّ المعاطاة معركة الآراء بين العامّة والخاصّة، بل معناه أنّها معركة الآراء عند كليهما.

[٤] كلمة «الباء» للسببيّة. الجار متعلّق بقوله: «تحقّق المعاطاة»، أي لا إشكال في تحقّق المعاطاة بسبب تحقّق إنشاء التمليك أو إنشاء الإباحة.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «إنشاء التمليك»، أي إنشاء التمليك على القول بإفادة المعاطاة الملك أو إنشاء الإباحة على القول بإفادتها الإباحة بسبب الفعل، كالتعاطي في مقابل العقد اللّفظيّ.

[٦] أي الفعل الذي يتحقّق به الإنشاء في باب المعاطاة عبارة عن قبض العينين.

[٧] بأن يقبض البائع الثمن من المشتري المتعاطي ويقبض المشتري المبيع من البائع المتعاطي، فإنّ قبض العينين من المتعاطيين إنشاء للعقد المعاطاتيّ.

[٨] **حاصله**: أنّه لا إشكال في تحقّق إنشاء المعاطاة بقبض العينين وتعاطيهما، وإنّما الكلام فيما إذا حصل إنشاء التمليك أو الإباحة بالعقد الفاقد لبعض شرائط الصحّة واللزوم بأن كان فاقداً للشرائط التي يشترطها المشهور في

فإن قلنا بعدم اشتراط اللّزوم [١] بشيء زائد على الإنشاء اللّفظيّ ،كما قوّيناه [٢] سابقاً بناءً [٣] على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللّازمة على اللّفظ ، فلا [٤] إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً [٥]

اللزوم مثل الماضويّة ، وتقدّم الإيجاب على القبول ، والموالاة .

[١] أي بعدم اشتراط لزوم المعاطاة بشيء زائد على الإنشاء اللّفظيّ ، وكفاية مجرّد الإنشاء اللّفظيّ في اللزوم مجرّداً عن الشرائط التي ذكرها المشهور .

[٢] أي قوّينا عدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللّفظيّ ، وقلنا : إنّ الاكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القوليّ غير بعيد .

[٣] أي ما قوّيناه سابقاً من كفاية مطلق الإنشاء القوليّ في لزوم المعاطاة إنّما هو كان مبنيّاً على أن نتخلّص بذلك عن مخالفة إجماعهم على توقّف العقود اللازمة على اللّفظ .

وتوضيحه : أنّهم اتّفقوا على اعتبار اللفظ في لزوم العقود مع إضافة الشرائط المقرّرة فيها كالماضويّة ونحوها . ونحن لو قلنا بعدم اعتبار اللفظ أصلاً في اللزوم لأجل عدم قيام دليل عليه لوقعنا في مخالفة إجماعهم ، ولأجل التخلّص عن مخالفتهم اخترنا حدّاً وسطاً ، وهو اعتبار أصل الإنشاء اللّفظيّ في اللزوم ، وأنكرنا الشرائط التي اعتبرها المشهور فراراً عن المخالفة بالجملة إلى المخالفة في الجملة .

[٤] جواب لقوله : فإن قلنا : أي فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللّفظيّ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بإنشائها باللفظ غير الواجد للشرائط عقداً لازماً .

[٥] مفعول لقوله : « صيرورة » .

لازماً، وإن قلنا [١] بمقالة المشهور من اعتبار أُمور زائدة على اللّفظ [٢]، فهل يرجع ذلك الإنشاء القوليّ [٣] إلى حكم المعاطاة مطلقاً [٤]، أو بشرط [٥] تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق [٦] به مطلقاً [٧].

---

[١] **ملخّص الكلام**: إن قلنا بكفاية مجرّد الإنشاء اللفظيّ في اللزوم فلا إشكال في صحّة المعاطاة بالعقد الفاقد للشرائط. وأمّا إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أُمور زائدة على اللفظ في اللزوم ففيه وجوه ثلاثة:

الأوّل: رجوع ذلك الإنشاء القوليّ إلى المعاطاة مطلقاً.

الثاني: رجوعه إليها إذا تعقّبه القبض مطلقاً، سواء حصل الإنشاء بهذا القبض أم لا؟

ثالثها: كونه بيعاً فاسداً لا يترتّب عليه أثر، سواء تحقّق قبض بعده أم لا.

[٢] في إنشاء البيع كالعربيّة والماضويّة ونحوهما.

[٣] أي الفاقد لشرائط العقد.

[٤] هذا الإطلاق في مقابل قوله: «أو بشرط تحقّق قبض العين معه»، وهذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة، وهو رجوع الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط إلى المعاطاة، سواء تحقّق القبض مع الإنشاء باللفظ الفاقد للشرائط أم لا.

[٥] أي أو يرجع ذلك الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط إلى حكم المعاطاة بشرط تحقّق قبض العين مع إنشاء اللفظ، وهذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة المذكورة.

[٦] أي لا تتحقّق المعاطاة بالإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط.

[٧] أي سواء تحقّق القبض مع الإنشاء المذكور أم لا؟ وهذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة المذكورة.

نعم [١]، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده [٢] تحقّق [٣] المعاطاة، فالإنشاء القوليّ السابق كالعدم لا عبرة به [٤]، ولا بوقوع القبض بعده [٥] خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً [٦] على كونه حقّاً لازماً؛

---

[١] هذا استدراك عن قوله: «أو لا يتحقّق»، **وملخّصه**: أنّا ذكرنا احتمال أن لاتتحقّق المعاطاة بالعقد الفاقد للشرائط، إلّا أنّه إذا حصل إنشاء آخر غير الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط بسبب القبض المتحقّق بعد المعاطاة بأن حصل المعاطاة بالإنشاء الفعليّ المتأخّر عن الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط تحقّقت المعاطاة في هذه الصورة بلاكلام؛ لأنّ المفروض أنّ المتعاطيين قصدا إنشاء المعاطاة بالقبض المتحقّق بعد الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط بعد التفاتهما بأنّ العقد الفاقد للشرائط لا أثر له فإنّهما قصدا إنشاء المعاطاة بسبب آخر، وهو القبض والتعاطيّ، فالمقتضي لتحقّق المعاطاة موجود، والمانع عنه مفقود.

[٢] أي بعد اللفظ غير الواجد للشرائط بأن كان القبض والإقباض الحاصلان بعد الإنشاء اللّفظيّ الفاسد بقصد إنشاء المعاملة المعاطاتيّة.

[٣] جواب الشرط، أي حصلت المعاطاة بالقبض، وهو الإنشاء الفعليّ المتأخّر.

[٤] أي لا عبرة بالإنشاء القوليّ الذي كان فاقداً للشرائط؛ لأنّ المفروض أنّه فاقد للشرائط فلا يترتّب عليه أيّ أثر.

[٥] أي لا أثر لوقوع القبض بعد الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط إذا كان القبض المذكور خالياً عن قصد الإنشاء؛ لأنّه لا يصدق على القبض المجرّد عن قصد الإنشاء أنّه مصداق لإنشاء العقد، فإنّ الإنشاء من الأمور القصديّة لا يتحقّق بدونه.

[٦] أي لا عبرة بوقوع القبض بانياً على أنّ قبض العين كان حقّاً واجباً له،

لكونه [١] من آثار الإنشاء القوليّ السابق، نظير [٢] القبض في العقد الجامع للشرائط [٣]، ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين [٤] الأوّل [٥] تبعاً [٦] لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق والشهيد الثانيين. قال المحقّق في صيغ [٧] عقوده على ما حكي عنه بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة:

وهو حقّه.

[١] أي إنّما كان القبض حقّاً لازماً للقابض؛ لكون القبض من آثار الإنشاء القوليّ السابق، ومن مصاديق وجوب الوفاء لما التزم به سابقاً.

[٢] أي كان كلّ واحد من المتعاطيين بانياً على أنّ القبض والإقباض بعد الإنشاء القوليّ الفاقد لبعض الشرائط نظير القبض في العقد الجامع للشرائط، فكما أنّ القبض في الثاني يكون من آثار العقد، فكذلك القبض بعد الإنشاء القوليّ السابق يكون من آثاره باعتقاد المتعاطيين، ومع هذا الفرض إنّ القبض المذكور لا يصلح أن ينشأ به العقد المعاطاتيّ.

[٣] من قوله: «نعم» إلى هنا جملة معترضة بين قوله: «فهل يرجع... أو يتحقّق به مطلقاً، وبين قوله: «ظاهر كلام...» أي هل يرجع ذلك الإنشاء القوليّ إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين منه، أو لا يتحقّق به مطلقاً؟ ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين هو الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة، وهو كون الإنشاء القوليّ الفاقد لبعض الشرائط بحكم المعاطاة مطلقاً.

[٤] كالسيّد المجاهد والفاضل النراقيّ وصاحب الجواهر قدّس سرّهم.

[٥] وهو كون الإنشاء القوليّ الفاقد لبعض الشرائط بحكم المعاطاة مطلقاً.

[٦] أي تبع مشايخنا المعاصرون ظاهر كلام المحقّق الثاني والشهيد الثاني قدّس سرّهما.

[٧] أي في كتابه المسمّى بصيغ العقود.

أنّه [١] لو وقع البيع بغير ما قلناه، وعلم [٢] التراضي منهما كان [٣] معاطاة، انتهى.

وفي الروضة [٤] في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق: أنّها [٥] تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح، انتهى.

وظاهر الكلامين [٦] صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض

---

[١] أي البائع لو أنشأ البيع من دون الشرائط التي قلنا باعتبارها في العقد اللازم.

[٢] بصيغة المجهول، أي علم من المتعاملين بأنّهما يتراضيان على البيع.

[٣] أي كان البيع الواقع بغير الشروط التي قلنا بها في إنشاء البيع اللّفظيّ معاطاة، أنت ترى أنّ كلام المحقّق صريح في أنّ العقد الفاقد للشرائط معاطاة.

[٤] أي قال الشهيد الثاني في الروضة في مقام بيان كفاية الإشارة في إنشاء البيع مع تمكّن البائع على أن ينطق بالإنشاء اللّفظيّ.

[٥] مقول قول الشهيد، أي أنّ الإشارة وإن لم تكن كافية عن العقد اللّفظيّ إلّا أنّها تفيد المعاطاة لو فهمت منه صريحاً أنّها في مقام إنشاء البيع.

بتقريب: أنّه إذا كانت الإشارة المفهمة صريحاً لإنشاء المعاملة مصداقاً للمعاطاة تكون الصيغة الفاقدة للشرائط في حكم المعاطاة ومصداقاً لها بالأولويّة القطعيّة.

وبعبارة أُخرى: يفهم من كلامه أنّ تمام المناط في كون الإشارة معاطاة هو الإفهام الصريح للمقصود، ومن المعلوم أنّ هذا المناط موجود في اللفظ غير الواجد للشرائط بطريق أوْلى، فإذا كانت الإشارة المذكورة مفيدة للمعاطاة كانت الصيغة غير الجامعة للشرائط مفيدة لها بالأوْلى.

[٦] المنقولين من المحقّق في صيغ عقوده، ومن الشهيد الثاني في روضته.

من آثاره [١]، وظاهر [٢] تصريح جماعة منهم

وكأنّه جواب عن سؤال مقدّر، وهو: أنّ كلامي المحقّق والشهيد لعلّهما راجعان إلى صورة وقوع الإنشاء بالقبض المتحقّق بعد العقد الفاقد للشرائط، أو القبض المتحقّق بعد الإشارة، فعندئذٍ لا يدلّ كلامهما على تحقّق المعاطاة بالصيغة الفاقدة لشرائط العقد.

وملخّص جوابه عنه: أنّ ظاهر كلامهما ناظر إلى صورة وقع الإنشاء فيها بخصوص الصيغة الفاقدة للشرائط وبخصوص الإشارة بحيث لا يكون للقبض أيّ دخالة فيه، ووجه الظهور أنّ الضمير في قوله: «كان معاطاة» في قول المحقّق يرجع إلى إيقاع البيع، أي إيقاع البيع بغير ما قلناه يكون معاطاة، وأنت ترى أنّ هذه العبارة من المحقّق ظاهرة في أنّ إيقاع البيع بالصيغة الفاقدة للشرائط معاطاة من دون دخالة أيّ شيء فيه.

[١] أي جواز القبض من آثار الإنشاء المتحقّق بالصيغة الملحونة، أو الإشارة المحكومة بحكم المعاطاة، فإنّه بعد تحقّق الإنشاء لا بدّ للمتعاملين من القبض والإقباض وفاءاً للإنشاء بمقتضى قوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾. هذا تمام الكلام في القول الأوّل.

[٢] وفي هذه العبارة تشويش ووجوه، وفي بعض النسخ وظاهر كثير وتصريح جماعة، وفي بعضها وهو أكثر النسخ وظاهر تصريح جماعة. ووجه تعبير المصنّف ﷺ بظاهر تصريح... هو أنّ المحقّق والعلّامة صرّحا بحكم المقبوض بالعقد الفاسد من أنّه عدم التملّك والضمان ولم يصرّحا بمنشأ الفساد، فاستظهر المحشّون من إطلاق العقد الفاسد عدم تأثير الصيغة الملحونة.

وبعبارة واضحة: أنّ العقد الفاسد يشمل ما إذا كان منشأ الفساد اختلال شروط العوضين والمتعاقدين كما يشمل ما إذا كان منشأ الفساد فقدان شروط

المحقّق [١] والعلّامة بأنّه [٢] لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك [٣]، وكان [٤] مضموناً عليه هو [٥] الوجه الأخير [٦]؛ لأنّ [٧] مرادهم بالعقد الفاسد [٨]

الصيغة، إلّا أنّ الظاهر ممّا صرّحوا به إتباعه بالعقد الفاسد أن يكون منشأ الفساد فقدان شروط الصيغة. وفي بعضها وظاهره كصريح جماعة أي ظاهر كلام غير واحد كصريح جماعة.

[١] مبتدأ مؤخّر قوله: «ومنهم» خبر مقدّم أي من الجماعة المحقّق والعلّامة.

[٢] هذا بيان لظاهر أو تصريح ما ذكره جماعة، أي المشتري لو قبض ما اشتراه بسبب العقد الفاسد بأن اشترى شيئاً بسبب العقد الفاقد للشرائط وقبض ما اشتراه.

[٣] جواب للشرط في قوله: «لو قبض»، أي لم يملك المشتري ما قبضه.

[٤] أي كان الشيء المقبوض مضموناً عليه بمعنى أنّ القابض الذي هو المشتري كان ضامناً لما أخذه بالعقد الفاسد إذا تلف فلا بدّ من أداء مثله إن كان مثليّاً وقيمته إن كان قيميّاً.

[٥] خبر لقوله: «وظاهره».

[٦] أي القول الثالث، وهو عدم جريان حكم المعاطاة في الإنشاء القوليّ الفاقد للشرائط. وهو إشارة إلى القول الثالث.

[٧] أي إنّما قلنا إنّ ظاهر كلام جماعة هو القول الأخير، وهو عدم جريان حكم المعاطاة في الإنشاء القوليّ الفاقد لشرائط الصيغة؛ لأنّ مراد الجماعة من قولهم بالعقد الفاسد أحد الأمرين، فيكون العقد الفاقد للشرائط مصداقاً للعقد الفاسد، سواء كان مرادهم الأمر الأوّل أو الأمر الثاني.

[٨] في قولهم: «ولو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد».

إمّا خصوص [١] ما كان فساده من جهة مجرّد اختلال شروط الصيغة، كما ربّما يشهد به [٢] ذكر هذا الكلام [٣] بعد شروط الصيغة، وقبل [٤] شروط العوضين [٥]

---

[١] أي إمّا خصوص العقد الذي كان فاسداً لأجل اختلال شروط الصيغة من العربيّة والماضويّة والموالاة وغيرها.

وملخّصه: أنّ مراد الجماعة من العقد الفاسد إحدى الصورتين على سبيل منع الخلوّ. هذه هي الصورة الأُولى.

[٢] أي بكون مرادهم بفساد العقد فساده من جهة الإخلال بشروطه.

[٣] أي ذكروا قولهم: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد بعد شروط الصيغة من العربيّة والماضويّة ومتفرّعاً عليه، فهذا يكون شاهداً على أنّ مرادهم بالعقد الفاسد ما كان فساده من جهة اختلال شروط الصيغة.

[٤] أي يشهد بكون مرادهم بفساد العقد فساده من جهة الإخلال بشروطه ذكر قوله: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد» قبل ذكر «شروط العوضين»، وقبل ذكر «شروط المتعاقدين»، وهذا يكون شاهداً على أنّ فساد العقد لا يكون منشؤه الإخلال بشروطها، وإلّا لم يذكروه قبلهما، وإنّما يذكرونه متفرّعاً عليهما.

وملخّص الكلام: أنّ ذكر العقد الفاسد بقولهم: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد بعد ذكر شروط الصيغة يوجب ظهور كلامهم في أنّ فساد العقد المذكور كان من جهة اختلال شروط الصيغة فقط؛ إذ لو كان فساده من جهة انتفاء شروط العوضين أو المتعاقدين لكان المناسب أن يذكر العقد الفاسد بعد ذكر شروطهما أيضاً.

[٥] كالماليّة، وعدم كون أحد العوضين مجهول الوصف أو ميتة ونحوها.

والمتعاقدين [١]، وإمّا [٢] ما يشمل هذا وغيره، كما هو الظاهر [٣]، وكيف كان [٤]، فالصورة [٥] الأُولى داخلة [٦] قطعاً.

ولا يخفى [٧]:

---

[١] كالبلوغ والعقل وعدم الحجر ونحوها.

[٢] وهذه إشارة إلى الصورة الثانية من مرادهم، أي إمّا أنّ مرادهم بالعقد الفاسد يعمّ ما كان فاسداً لأجل اختلال شروط الصيغة، وما كان فاسداً لأجل اختلال شروط العوضين والمتعاقدين.

[٣] أي الظاهر من إطلاق العقد الفاسد اختلال أحد شروطه أعمّ من أن يكون شروط الصيغة، أو شروط العوضين، أو شروط المتعاقدين، ومجرّد ذكر العقد الفاسد قبل شروط العوضين والمتعاقدين لا يدلّ على أنّ فساد العقد إنّما يكون لأجل الإخلال بخصوص شرائط العقد.

[٤] أي سواء كان مرادهم خصوص اختلال شرائط الصيغة، أو الأعمّ منه ومن اختلال شرائط العوضين أو المتعاقدين.

[٥] وهو ما كان فساد العقد من ناحية الإخلال بشرائط الصيغة.

[٦] أي داخلة في كلام الجماعة، منهم المحقّق والعلّامة الذين حكموا بأنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك قطعاً؛ لأنّ المتبادر من العقد الفاسد ما كان فساده لأجل الإخلال بشرائطه.

أضف إليه: أنّ وقوع قولهم: «ما لو قبض ما ابتاعه بالفاسد» بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين وشروط المتعاقدين قرينة قطعيّة على أنّ فساد العقد يكون لأجل الإخلال بشرائط الصيغة.

[٧] من هنا شرع المصنّف ﷺ في بيان المنافاة بين القول بفساد العقد الفاقد

أنّ الحكم فيها [١] بالضمان [٢] منافٍ لجريان حكم المعاطاة. وربما

للشرائط، كما عن المحقّق والعلّامة وبين القول برجوعه إلى المعاطاة كما عن الشهيد والمحقّق الثانيين.

وتوضيحه: أنّ المحقّق والعلّامة قائلان بضمان المقبوض بالعقد الفاسد وعدم تملّك كلّ واحد من المتعاطيين لما أخذه بسبب البيع الفاسد لأجل فقد بعض شروطه، وهذا الكلام منهما معناه أنّ البيع الفاسد لأجل فقد بعض شرائط صيغته لا يلحقه حكم المعاطاة؛ لأنّه لو رجع إلى المعاطاة يكون هو سبباً للنقل والانتقال، فيكون كلّ واحد من المتعاطيين مالكاً لما أخذه، فلا معنى لضمان ما أخذه، والنتيجة أنّ حكمهما بالضمان منافٍ للقول بجريان المعاطاة؛ إذ جريان حكم المعاطاة في البيع الفاقد لبعض شرائط الصيغة صحّة المعاملة والنقل والانتقال، ومعه لا مجال لفساد البيع وضمان ما تلف في يده من العوضين. هذا من ناحية.

ومن ناحية أُخرى: أنّ المحقّق والشهيد الثانيين حكما بإلحاق العقد الفاقد للشرائط بالمعاطاة، وهذا معناه عدم الضمان عند تلف أحد العوضين؛ لأنّ المعاطاة سبب للنقل والانتقال شرعاً كما هو مفروض الكلام. فيحصل التنافي بين الكلامين.

[١] أي في الصورة الأُولى، وهي ما كان العقد فاسداً لأجل الإخلال بشروط الصيغة.

[٢] كما حكم المحقّق والعلّامة وغيرهما بقولهم: إنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد كان مضموناً عليه، أي حكمهم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد منافٍ لحكم جريان المعاطاة عليه؛ إذ لو كان المقبوض بالعقد الفاسد في حكم المعاطاة لا وجه لأن يكون القابض ضامناً له؛ لكون المعاطاة صحيحة حينئذٍ

يجمع بين هذا الكلام [١] وما تقدّم [٢] من المحقّق والشهيد الثانيين، فيقال [٣]: إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف بالعقد الفاسد

شرعاً، وكون المقبوض بالعقد الفاسد ملكاً للقابض بعد كونه من مصاديق المعاطاة، فمن حكمهم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يستكشف إنكارهم رجوع العقد الفاسد بالمعاطاة. نسب هذا الجمع إلى صاحب مفتاح الكرامة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

[١] أي الكلام المنقول منهم حيث حكموا بضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٢] من رجوع العقد الفاسد إلى المعاطاة الذي يقتضي عدم ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

[٣] من هنا شرع في بيان الجمع بين القول بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد وعدم جواز التصرّف فيه وبين جريان حكم المعاطاة على العقد الفاقد للشرائط بحيث يرتفع التنافي بينهما.

وملخّص الجمع ورفع التنافي بينهما هو: أنّه يعتبر في التنافي بين أمرين وحدة الموضوع، وأمّا مع تغايره وكون مورد النفي مغايراً لمورد الإثبات فلا مجال للتنافي؛ لأنّ مورد النفي يغاير مورد الإثبات؛ إذ الموضوع في عدم جواز التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد، وأنّه يوجب الضمان هو العلم بعدم رضا المالك بالتصرّف فيه؛ لأنّ رضاه به كان معلّقاً على زعم صحّة المعاطاة، ومع فسادها كما هو المفروض في المقام ينتفي الرضا بالتصرّف فيكون حراماً تكليفاً وموجباً للضمان. إذن فمورد النفي العلم بعدم الرضا الموجود في مورد حكمهم بأنّ المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان والموضوع في قولهم بأنّ المقبوض بالعقد الفاسد معاطاة لا توجب الضمان هو العلم بالرضا حتّى على تقدير فساد المعاطاة وعدم تقيّده بصحّتها،

ما [١] إذا علم عدم الرضا إلّا بزعم [٢] صحّة المعاطاة، فإذا انتفت الصحة [٣] انتفى الإذن [٤] لترتّبه [٥] على زعم الصحّة، فكان [٦]

وبالنتيجة أنّ مورد النفي العلم بعدم الرضا على تقدير بطلان المعاطاة، ومورد الإثبات العلم بالرضا بالتصرّف حتّى على تقدير العلم ببطلان المعاطاة. إذن فلا تنافي بين القول المثبت وبين القول النافي.

[١] خبر لقوله: «إنّ موضوع المسألة»، أي الموضوع في مسألة أنّ المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان ما إذا علم عدم رضا المالك بتصرّف الطرف الآخر فيما أعطاه إليه إلّا على تقدير صحّة المعاطاة، فإنّ رضاه الفعليّ بالتصرّف فيما أعطاه مبنيّ على زعمه بصحّة المعاطاة بحيث يكون الرضا منتفياً عند عدم صحّة المعاطاة، فحيث إنّهم يرون المعاطاة باطلة فيحكمون بأنّ المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان؛ لأنّه تصرّف في مال الغير بغير طيب نفسه.

[٢] بحيث إذا لم تتحقّق المعاملة لم يتحقّق الرضا من المتعاملين بمجرّد القبض والإقباض.

[٣] أي إذا انتفت صحّة المعاطاة بانتفاء شرط من شرائطها يترتّب أحكامها على البيع الفاقد لشرائطه.

[٤] أي انتفى إذن المتعاملين في مالهما، فيكون التصرّف فيه تصرّفاً في ملك الغير بغير طيب نفسه، فيكون أكل المال بالباطل.

[٥] أي لترتّب الإذن على خيال صحّة المعاطاة.

[٦] أي حيث إنّ المعاطاة لم تكن صحيحة في الواقع فكان التصرّف بالعقد الفاسد تصرّفاً في مال الغير بغير إذنه.

التصرّف تصرّفاً بغير إذن وأكلاً [١] للمال بالباطل ؛ لانحصار [٢] وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض [٣] ، والأوّلان [٤] قد انتفيا بمقتضى الفرض [٥] ، وكذا [٦] البواقي للقطع من [٧] جهة زعمهما صحّة المعاملة بعدم [٨]

---

[١] أي وكان التصرّف فيه أكلاً للمال بالباطل ، فيكون التصرّف حراماً وسبباً للضمان .

[٢] أي إنّما قلنا : يكون التصرّف في المال المقبوض بالعقد الفاسد حراماً وسبباً للضمان ؛ لأنّ التصرّف الحلال كان وجهه منحصراً بكون المعاملة بيعاً ...

[٣] كالهدية والضيافة والإباحة من غير عوض ، فإنّ الرضا بالتصرّف بغير عوض في هذه الموارد ونظائرها موجود .

[٤] وهما البيع والإجارة .

[٥] إذ المفروض فساد المعاملة لأجل فقد شرائط الصيغة .

[٦] أي كذا انتفت البواقي من العقود المجّانيّة ، كالهدية والإباحة من غير عوض ، للقطع بعدم رضا المالك بالتصرّفات المجّانيّة .

[٧] كلمة « من » نشويّة ، أي منشأ حصول القطع بعدم الرضا بالتصرّف هو زعم المتعاملين صحّة المعاملة ، فإنّ الرضا بالتصرّف من المتعاطيين ناش من اعتقادهما صحّة المعاملة بحيث يكون الرضا بالتصرّف معلّقاً على صحّة المعاملة ، فإذا انتفت صحّة المعاملة انتفى الرضا ، فيكون التصرّف حراماً وموجباً للضمان .

[٨] الجار متعلّق بقوله : « القطع » ، أي انتفت سائر العقود المجّانيّة للقطع بعدم رضا المتعاملين بالتصرّف المجّاني في مالكهما ، فإنّهما إنّما رضيا به بعنوان الوفاء بالمعاملة ، لاعتقادهما بصحّتهما بحيث لو علما بفسادها لم يتحقّق

الرضا بالتصرّف مع عدم بذل شيء في المقابل ، فالرضا [١] المقدّم كالعدم فإن [٢] تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرّ رضاهما [٣] فلا كلام في صحّة المعاملة [٤] ، ورجعت [٥] إلى المعاطاة ،

منهما الرضا أصلاً.

[١] جواب عن سؤال مقدّر ، وحاصل السؤال : أنّا لا نسلّم القطع بعدم الرضا بالتصرّف ؛ لأنّ المفروض أنّهما راضيان بالتصرّف حين زعمهما صحّة المعاملة . وملخّص الجواب عنه : أنّ الرضا المقدّم على العلم بفساد العقد لا أثر له فإنّه كالعدم ؛ إذ الرضا المتقدّم كان على تقدير صحّة المعاملة ، وبعد العلم بالفساد لا رضاء منهما بالتصرّف من الأوّل .

فتلخّص : أنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرّف وكون المتصرّف ضامناً عدم الرضا إلّا بزعم صحّة المعاملة ، وموضوع المسألة في جواز التصرّف وعدم كونه ضامناً ، كما ذهب إليه المحقّق والشهيد الثانيان ما إذا علم منهما الرضا بإباحتهما التصرّف ، سواء صحّت المعاملة أم لا ؟

إن شئت فقل : إنّ مورد الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد صورة العلم بعدم الرضا بالتصرّف على تقدير بطلان المعاملة ، ومورد الحكم بجريان المعاطاة في العقد الفاقد للشرائط الملازم للحكم بعدم الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد صورة العلم بتجدّد الرضا فيه بعد العلم ببطلان المعاطاة .

[١] أي أنّ الرضا المقدّم على العلم بالفساد لا أثر له .

[٢] أي فإن تراضى المتعاملان بالتصرّف في العوضين بعد العلم بفساد المعاملة .

[٣] أي استمرّ رضا المتعاملين إلى زمان القبض .

[٤] لأنّ المفروض أنّ التقابض حصل عن رضا وهو يرجع إلى المعاملة .

[٥] أي رجعت المعاملة المذكورة إلى المعاطاة ، وذلك لتحقّق إنشاء المعاطاة

كما [١] إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما [٢] التصرّف بأي وجه اتّفق، سواء صحّت المعاملة أو فسدت، فإنّ ذلك [٣] ليس من البيع الفاسد في شيء.

أقول [٤]:

بالعقد الفاسد وتعقّبه الرضا بالتصرّف ولا تحتاج المعاطاة إلى شيء زائد من هذا.

[١] أي كما لا كلام في صحّة المعاملة إذا علم رضا المتعاملين بالتصرّف في العوضين مطلقاً، سواء كانت المعاملة فاسدة أو صحيحة.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «الرضا».

[٣] أي التراضي بالتصرّف في العوضين ليس بيعاً فاسداً، بل هو من مصاديق المعاطاة فلا شبهة في صحّتها.

[٤] قال الشهيديّ: لمّا كان كلام الشخص الذي جمع بين القولين في بيان مورد كلام المحقّق والشهيد الثانيين القائلين إنّ المقبوض بالعقد الفاقد لبعض الشرائط في حكم المعاطاة قد اشتمل على أمرين:

أحدهما: حصول المعاطاة بالتراضي الجديد الحاصل بعد العقد والعلم بالفساد، وقد أفاد المحقّق هذا الأمر بقوله: «فإن تراضيا...» إلى قوله: «رجعت إلى المعاطاة».

وثانيهما: تحقّق المعاطاة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقييده بصحّة المعاملة، وقد أفاد هذا الأمر بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر...» تعرّض المصنّف ﷺ للجواب عن الثاني **أوّلاً:** بقوله: «المفروض..» **وثانياً:** بقوله: «مع أنّك عرفت».

وللجواب عن الأوّل بقوله: «ومنه يعلم فساده»، أي من أنّ ظاهر كلام

المفروض [١] أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط [٢] لا تتضمّن [٣] إلّا إنشاءً واحداً هو التمليك [٤]، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار [٥] لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك،

الشهيد والمحقّق ... فقوله: «المفروض ردّ للشخص الذي جمع بين القولين، وهو الكركيّ، كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر ... وقوله: «ومنه يعلم ...» ردّ لقوله: فإن تراضيا.

[١] من هنا شرع في الجواب عن الأمر الثاني الذي ذكره المحقّق الكركيّ للجمع بين القولين.

وملخّص الجواب: أنّ ما ذكره ـ من أنّه تتحقّق المعاطاة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقييده بصحّة المعاملة ـ يمكن الجواب عنه: بأنّ التراضي الموجود حين العقد مقيّد بالتمليك، وليس بمطلق، ومن المعلوم انتفاء المقيّد بانتفاء قيده، وبالنتيجة أنّه بانتفاء التمليك ينتفي التراضي.

[٢] كالعربيّة والماضويّة، وتقدّم الإيجاب على القبول.

[٣] خبر لقوله: «إنّ الصيغة».

[٤] أي الإنشاء الواحد عبارة عن التمليك الأوّل الذي حصل بالصيغة الفاقدة لبعض الشرائط.

[٥] أي هذا المقدار من التمليك الحاصل بالإنشاء المذكور لا يستلزم بقاء الإذن الذي كان موجوداً في ضمن التمليك بعد انتفائه.

وتوضيحه: أنّ الإنشاء الأوّل كان متضمّناً للتمليك المتضمّن للإذن، بمعنى: أنّ الإذن في التصرّف لم يكن إذناً مطلقاً بل كان مقيّداً بالتمليك العقديّ، فيكون منتفياً بانتفاء قيده، وهو التمليك العقديّ الفاقد للشرائط،

والموجود [١] بعده إن كان انشاءً آخر [٢] في ضمن التقابض خرج [٣] عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاة حينئذٍ [٤] إنّما [٥] تحصل به لا [٦] بالعقد

كما هو القانون الكلّيّ في كلّ مقيّد.

[١] وهو جواب عن إشكال مقدّر. وملخّص الإشكال هو: أنّا نسلّم أنّ الإذن الحاصل في ضمن التمليك يكون منتفياً بفساد العقد وانتفاء التمليك، إلّا أنّ الإذن الموجود بعد التمليك الإنشائيّ موجود فيكون التصرّف جائزاً به.

وأجاب عنه: بأنّ الإذن الموجود بعد انتفاء التمليك وفساد العقد...

[٢] أي غير إنشاء العقد الفاقد للشرائط، وقد حصل هذا الإنشاء بسبب التقابض.

[٣] جواب الشرط، أي الإذن الموجود بعد انتفاء الإذن الحاصل في ضمن التكليف إن كان إنشاء مستقلّاً غير الإنشاء الفاسد خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ محلّ الكلام بقاء الإذن الحاصل بالعقد الفاقد للشرائط، والإنشاء الحاصل بسبب التقابض بقصد المعاطاة خارج عن محلّ كلامنا.

[٤] أي حينما حصلت بالتقابض.

[٥] أي إنّما تحصل المعاطاة بالتقابض الذي هو إنشاء جديد بعد حصول العقد الفاسد.

[٦] أي لا تحصل المعاطاة بالعقد الفاسد.

وملخّص الجواب: أنّ الإذن بعد فساد العقد إن كان حاصلاً بإنشاء مستقلّ وهو التقابض بقصد إنشاء المعاطاة فيكون الإذن التمليكيّ موجوداً، إلّا أنّه إذن تمليكيّ مستقلّ خارج عن محلّ كلامنا الذي هو حصول إنشاء المعاطاة بالعقد الفاقد للشرائط، وإن كان هو الإذن الحاصل في ضمن الإنشاء التمليكيّ العقديّ الفاقد للشرائط، فيكون منتفياً بانتفاء قيده، وهو التمليك

الفاقد للشرائط ، مع أنّك [١] عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد والمحقّق الثانيّين حصول [٢] المعاوضة والمراضاة بنفس الإشارة المفهمّة بقصد البيع [٣]، وبنفس [٤] الصيغة الخالية عن الشرائط ، لا [٥] بالتقابض الحاصل بعدهما .

بالإنشاء اللفظيّ .

[١] من هنا شرع في الجواب عن الأمر الأوّل الذي ذكره المحقّق للجمع بين القولين ، وهو حصول المعاطاة بالتراضي الجديد الحادث بعد العقد والعلم بالفساد .

وملخّص الجواب عنه : أنّ كلام الشهيد والمحقّق الثانيين لا يقبل الحمل على التراضي الجديد ووقوع معاطاة جديدة بالتقابض الواقع بعد العقد الفاسد ، وذلك لظهور كلامهما في حصول المعاوضة بنفس الإشارة المفهّمة ، وبنفس الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما .

[٢] خبر لقوله : « إنّ ظاهر ... » .

[٣] كما هو ظاهر كلام الشهيد الثاني .

[٤] أي حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الصيغة الفاسدة ، كما هو ظاهر كلام المحقّق الثاني .

[٥] أي لا يكون كلامهما ظاهراً في حصول المعاوضة والمراضاة بالتقابض الحاصل بعد الإشارة المفهّمة ، وبنفس الصيغة الفاسدة ، فلا يمكن حمل كلامهما بأنّ مراد حصول المعاملة بالتقابض الواقع بعد العقد .

ومع ظهور كلامهما فيما ذكرناه ، فكيف يجمع بين كلاميهما بأن يقال : إنّ قول المشهور بالفساد إنّما هو فيما إذا لم يكن رضى بعد العلم بالفساد ، وكلامهما يكون فيما إذا كان الرضا بعد العلم بالفساد ، والوجه في عدم صحّة

ومنه [١] يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراضٍ جديد بعد العقد غير [٢] مبنيّ على صحّة العقد. ثمّ إنّ [٣] ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد [٤] ـ مع اختصاصه [٥]

الجمع ما عرفت من أنّ كلام الشهيد والمحقّق الثانيين ظاهران في أنّ الرضا مقيّد بنفس الإشارة المفهمة بقصد البيع بحيث لولا البيع لم يكن رضاء أصلاً.

[١] أي من ظهور كلام المحقّق والشهيد الثانيين في حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الإنشاء الملحون والإشارة المفهّمة يعلم فساد ما ذكره المحقّق الكركيّ ﷺ الذي جمع بين قول المشهور وقول المحقّق والشهيد الثانيين ﷺ. وهذا إشارة إلى ردّ الأمر الأوّل الذي ذكره الكركيّ ﷺ بقوله: «فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد...».

[٢] بالجرّ، وهو صفة لقوله: «بتراضٍ جديد».

وملخّصه: أنّ ما ذكره الكركيّ في مقام الجمع بين القولين من أنّ المعاطاة تحصل بتراضٍ جديد مستقلّ أجنبيّ عن صحّة العقد يناقش فيه لوجوه:

الأوّل: عدم وجود تراضٍ مستقلّ بعد انتفاء التراضي ـ الذي كان موجوداً في ضمن الإنشاء القوليّ ـ لأجل فساد العقد، فإنّ ما ذكره من حمل كلام المشهور على ما تراضيا بعد العلم بفساد العقد خلاف ظاهر كلامهم؛ لما عرفت.

[٣] هذا إشارة إلى الوجه الثاني من المناقشة فيما ذكراه من الحمل. **وملخّصه**: أنّه أخصّ من المدّعى؛ لعدم جريانه في جميع صور المسألة كما سيتّضح.

[٤] أي بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط المعتبرة في العقد.

[٥] أي مع اختصاص التراضي الجديد بعلم الطرفين بفساد العقد. هذا هو

بما إذا علما بالفساد دون غيره [١] من الصور، مع أنّ كلام الجميع [٢] مطلق ـ يرد عليه [٣]: أنّ هذا التراضي [٤] إن كان تراضياً آخر [٥] حادثاً بعد العقد،

الإشكال الثاني.

[١] أي دون غير العلم بالفساد من الصور، أي لا يشمل ما ذكره من الوجه غير صورة العلم بفساد العقد من سائر الصور، وهي صورة علم المتبايعين بفساد الإنشاء القوليّ وعدم إنشاء إذن جديد، وصورة عدم علمهما بفساده. والظاهر أنّ مقصوده من الصور هاتان الصورتان وليس لها صورة ثالثة إلّا مسامحة كما في بعض الشروح.

[٢] أي كلام جميع الفقهاء القائلين بصحّة المعاملة غير مختصّ بصورة علم المتعاطيين بالفساد، فيكون الجمع المذكور أخصّ من مورد كلام المشهور، فلا يصلح أن يرفع المنافاة بين كلامهم وبين كلام المحقّقين؛ لأنّه يكون مصحّحاً في صورة العلم بالفساد فقط.

[٣] أي أنّ ما ذكره المحقّق الكركيّ وجهاً للجمع من حصول المعاطاة بتراضٍ جديد بعد العلم بفساد الإنشاء القوليّ يرد عليه. وهذا إشارة إلى الوجه الثالث من المناقشة.

وملخّص هذا الوجه هو: أنّ التراضي الجديد الحاصل بعد إنشاء العقد الفاسد غير صالح للجمع على تقدير وغير موجود على تقدير آخر.

[٤] أي التراضي الموجود بعد العلم بالفساد إن كان تراضياً غير التراضي العقدي الذي يكون حادثاً بعد إنشاء العقد اللّفظيّ.

[٥] ولا يخفى أنّ المصنّف ﷺ لم يذكر عدلاً للشرط في قوله: «إن كان تراضياً آخر»، لأنّه سيق لبيان موضوع شرط الآخر الذي ذكر له عدلاً وفي الحقيقة،

فإن كان [١] لا على وجه المعاطاة، بل كلّ منهما [٢] رضي بتصرّف الآخر في ماله من [٣] دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرّفه [٤] في ماله، فهذا [٥] ليس من المعاطاة، بل هي [٦]

قال: «إنّ التراضي الحادث بعد العقد إن كان لا على وجه المعاطاة فهذا ليس بمعاطاة، وإن كان على وجه المعاطاة فهذا ليس إلّا التراضي السابق...».

[١] أي إن كان التراضي الجديد الحادث بعد العقد على وجه لم يتحقّق المعاطاة به بأن لا يكون تقابض في البين كي يتحقّق إنشاء المعاطاة بسبب التقابض عن رضا.

[٢] أي كلّ من الطرفين رضى بتصرّف الآخر في ماله رضاً ابتدائيّاً ومجّانيّاً.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «رضاً» أي رضى بتصرّف الآخر مطلقاً، ومن دون ملاحظة رضا الآخر بأن يتصرّف هذا الشخص الراضي في ماله كي تكون المعاوضة بين الرضاءين بالتصرّف في مالهما ووقعت المقابلة بينهما كي تكون مصداقاً للمعاطاة.

[٤] أي بتصرّف الآخر في مال صاحبه، فيكون رضا كلّ منهما بتصرّف الآخر في ماله رضاً ابتدائيّاً لا معاوضيّاً، بمعنى أنّ رضا زيد بتصرّف عمرو في ماله مثلاً ليس متوقّفاً على رضا عمرو أيضاً بتصرّف زيد في ماله، وكذا بالعكس، كي يقع رضاً بإزاء رضا ويصدق المعاطاة على رضاهما.

[٥] أي رضا كلّ منهما بتصرّف الآخر في ماله ليس من مصاديق المعاطاة؛ لما عرفت من أنّ الرضا في كلّ منهما مجّانيّ ولم ينشأ الرضا بالتصرّف من شخص عوض الرضا بالتصرّف من الآخر كي يكون من مصاديق الرضا المعاوضيّ، ويصدق عليه المعاطاة.

[٦] تأنيث الضمير باعتبار خبره بمقتضى قاعدة أولويّة رعاية الخبر من رعاية

إباحة مجّانيّة من الطرفين تبقى [١] ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه [٢] عدم العلم بالرجوع؛ لأنّه [٣] كالإذن الحاصل من شاهد الحال

المرجع، أي الرضا بتصرّف كلّ منهما في مال الآخر إباحة مجّانيّة من الطرفين، أي أباح كلّ منهما مجّاناً أن يتصرّف الآخر في ماله.

[١] أي تبقى إباحة التصرّف ما دام العلم بالرضا، وإذا انتفى العلم بالرضا انتفت الإباحة.

[٢] أي لا يكفي في الرضا بالتصرّف عدم العلم برجوعه عن إذنه، بل لا بدّ من العلم بالرضا بالتصرّف في إباحة التصرّف.

[٣] أي إنّما قلنا ببقاء الإباحة ما دام العلم بالرضا، وعدم كفاية عدم العلم بالرجوع عن إذنه وإباحته في بقاء الإباحة؛ لأنّ الإذن في التصرّف والإباحة المجّانيّة كالإذن الحاصل من شاهد الحال، أي من القرينة الحاليّة، فكما أنّ الإذن المذكور لا يفيد في حال الشكّ، كما إذا كان صديقاً لزيد وعلم من شاهد الحال برضاه بأن يدخل في داره ثمّ حدثت بينهما عداوة وشكّ في رضاه، فلا يكفيه الإذن المستفاد من شاهد الحال قبل حدوث العداوة، كذلك في المقام، فإنّ التراضي الموجود حال العلم بالرضا ينتفي بمجرّد الشكّ في الرجوع عن إذنه.

إن قلت: إنّه بعد حصول الرضا بالتصرّف وعدم العلم بالرجوع يشكّ في بقاء هذا الرضا بالتصرّف، فيستصحب بقاء الرضا ويحرز به.

قلت: إنّ كلّ تصرّف لا بدّ أن يكون مقروناً بالإذن والرضا بالتصرّف؛ لأنّهما انحلاليّان، فمع العلم بالرضا يجوز التصرّف، ومع العلم بعدمه فلا يجوز، ومع الشكّ فيه لا مجال للاستصحاب؛ وذلك لتعدّد الموضوع؛ لأنّ كلّ فرد من أفراد التصرّف موضوع مستقلّ، واستصحاب الرضا في الفرد

المشكوك فيه إسراء حكم من موضوع إلى موضوع آخر.

نعم، لو شككنا في الرجوع في المعاطاة المفيدة للإباحة الشرعيّة يستصحب عدم الرجوع. توضيحه: لا مجال لاستصحاب الرضا كي يترتّب عليه جواز التصرّف ما لم يعلم بارتفاعه؛ لأنّ المستفاد من الدليل حرمة التصرّف في مال غيره من دون طيب نفسه، وهذه الحرمة حكم انحلالي بحسب الأفراد الطوليّة والعرضيّة، وعليه فكلّ فرد من تلك الأفراد محكوم بحرمة التصرّف ما لم يحرز فيه إذن المالك.

إن شئت فقل: إنّ الإباحة الثابتة في محلّ الكلام إباحة مالكيّة، وهي تدور مدار الرضا في كلّ فرد من الأفراد العرضيّة أو الطوليّة للتصرّف، فما أحرز به رضا المالك فهو، وإلّا لم يجز لعموم ما دلّ على عدم جوازه، وقد ظهر لك ممّا ذكرناه بطلان قياس المقام بما إذا شكّ في رجوع المالك في المعاملة المعاطاتيّة حيث إنّه لا شكّ في جواز التصرّف حينئذٍ على القول بإفادتها الإباحة دون الملك تمسّكاً باستصحاب عدم الرجوع، ووجه الظهور هو: أنّ الإباحة الثابتة في مورد المعاملة المعاطاتيّة إباحة شرعيّة غايتها رجوع المالك، فإذا شكّ في تحقّق الغاية استصحب عدمه، أمّا الإباحة في محلّ الكلام فهي إباحة مالكيّة تدور مدار رضا المالك في كلّ فرد من أفراد التصرّف، فإن لم يحرز في فرد لم يجز التصرّف فيه، ولا يمكن الحكم بجوازه مع الشكّ في ثبوته لفرد آخر غيره. نعم، إذا كان المالك قد أذن في التصرّف في شيء وشكّ في بقائه لاحتمال رجوعه عن إذنه صحّ استصحاب إذنه في جواز ذلك التصرّف في ظرف الشكّ، لكن أين ذلك من الشكّ في الإذن بالنسبة إلى ذلك التصرّف حدوثاً الذي هو مورد الكلام؟!

ولا يترتّب عليه [١] أثر المعاطاة من [٢] اللّزوم بتلف [٣] إحدى العينين أو جواز [٤] التصرّف إلى حين العلم بالرجوع، وإن [٥] كان على وجه المعاطاة، فهذا [٦] ليس إلّا التراضي السابق على [٧] ملكيّة كلّ منهما،

---

[١] أي لا يترتّب على الرضا المجّانيّ الحادث بعد العقد أثر البيع المعاطاتيّ.

[٢] كلمة «من» للتبيين، وهي تبيّن المراد من أثر المعاطاة، أي أثر المعاطاة الذي هو اللزوم وجواز التصرّف فيما أخذه.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «اللّزوم»، أي لزوم المعاطاة الحاصل بسبب تلف إحدى العينين.

[٤] هذا أثر ثانٍ للمعاطاة، أي من آثار المعاطاة جواز التصرّف فيما أخذه من المعاطاة إلى أن يعلم برجوع أحد المتعاطيين عن المعاطاة، بل لا يجوز له التصرّف بمجرّد عدم طيب نفسه به. **وملخّص الكلام:** لا يترتّب على الرضا الحاصل بعد الإنشاء القوليّ آثار المعاطاة.

[٥] هذا عدل لقوله: «فإن كان لا على وجه المعاطاة» إلى هنا بيّن ما ذكره من أنّ التراضي الجديد المفروض حدوثه بعد العلم بالفساد غير مجد على تقدير... ومن هنا شرع في بيان ما ذكره من أنّ التراضي الجديد غير واقع على تقدير آخر، أي إن كان التراضي الجديد على وجه يصدق عليه عنوان المعاطاة المصطلحة.

[٦] أي التراضي على وجه المعاطاة.

[٧] الجار متعلّق بقوله: «التراضي» لا بالسابق، أي التراضي الحادث على وجه المعاطاة ليس إلّا التراضي السابق من حيث المتعلّق، كما أنّ التراضي السابق كان متعلّقاً بالتمليك، كذلك التراضي الحادث، فإذا لم يكن التراضي السابق كافياً في حصول الملكيّة فكيف يكون التراضي اللّاحق كافياً فيها مع عدم

لمالك آخر وليس [١] تراضياً جديداً بناءً [٢] على أنّ المقصود بالمعاطاة التمليك كما عرفته [٣] من كلام المشهور، خصوصاً [٤] المحقّق الثاني، فلا [٥] يجوز له أن يريد بقوله المتقدّم عن [٦] صيغ العقود، أنّ [٧] الصيغة

تفاوت بينهما إلّا من جهة السبق واللحوق بحسب الزمان.

[١] أي ليس التراضي على وجه المعاطاة تراضياً جديداً متعلّقاً بغير ما تعلّق به التراضي السابق.

[٢] أي أنّ ما ذكرنا من أنّ التراضي على وجه المعاطاة ليس تراضياً جديداً غير التراضي السابق، بل إنّما هو نفسه مبنيّ على أن يكون المقصود من المعاطاة التمليك؛ إذ بناءً على هذا يكون متعلّق التراضي الجديد هو التمليك الذي كان متعلّقاً للتراضي السابق، ومع وحدة المتعلّق لا يعقل تعدّد التراضي، وأمّا بناءً على أنّ المقصود بها الإباحة فلا بدّ أن يقال: بأنّ التراضي السابق كان متعلّقه التمليك، وكان تراضياً معاوضيّاً بخلاف التراضي اللّاحق، فإنّ متعلّقه كان الإباحة، فتعدّد المتعلّق يقتضي تعدّد التراضي، وكان تراضياً ابتدائيّاً لم يكن رضا أحدهما بإزاء رضا الآخر وبملاحظته كي يكون التراضي بينهما معاوضيّاً.

[٣] أي عرفت أنّ المقصود من المعاطاة التمليك من كلام المشهور.

[٤] وجه الخصوصيّة هو صراحة كلام المحقّق الثاني في كون المقصود بالمعاطاة التمليك.

[٥] هذا تفريع على قوله: «خصوصاً المحقّق الثاني» الضمير في قوله: «له» يرجع إلى المحقّق الثاني ﷺ.

[٦] الجار متعلّق بقوله: «المتقدّم»، أى بقوله: المتقدّم عن كتابه صيغ العقود.

[٧] من هنا إلى قوله: «في المعاطاة» مقول قول المحقّق الثاني ﷺ.

الفاقدة للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاة التراضي [١] الجديد الحاصل بعد العقد، لا [٢] على وجه المعاوضة.

وتفصيل الكلام [٣]

---

[١] مفعول لقوله: «أن يريد»، يعني لا يجوز للمحقّق الثاني القائل بإفادة المعاطاة الملك أن يريد من التراضي في كلامه المتقدّم عن كتاب صيغ العقود التراضي الجديد لا على وجه المعاطاة بقصد التمليك والتملّك، بل بقصد الإباحة؛ لأنّ التراضي الحاصل بعد العقد ليس تراضياً جديداً كي يكون التراضي السابق بقصد التمليك والتراضي اللّاحق بقصد الإباحة، بل هو عين التراضي السابق، وذلك لتعلّق كليهما بالتمليك، وقد عرفت أنّ مع وحدة المتعلّق لا يعقل تعدّد التراضي. إذن فلا بدّ أن يريد به عين التراضي السابق، وعليه يبطل الجمع المذكور، ويبقى التنافي بين الكلامين بحاله.

إلى هنا تمّ كلامنا في نواحٍ:

الناحية الأُولى: فيما أفاده شيخنا الأنصاريّ ﷺ حول الوجه الأوّل، وهو إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاطاة، كما اختاره المحقّق والشهيد الثانيان ﷺ.

الناحية الثانية: في الوجه الثالث، وهو كون الإنشاء الملحون عقداً فاسداً، كما اختاره المحقّق والعلّامة ﷺ.

الناحية الثالثة: ما أفاده المحقّق الكركيّ ﷺ من الجمع بين القولين.

الناحية الرابعة: نقاش شيخنا الأنصاريّ ﷺ في الجمع المذكور.

[٢] الجملة صفة لقوله: «التراضي» أي التراضي الجديد الذي لا يكون معاوضيّاً، بل يكون ابتدائيّاً ومجّانيّاً.

[٣] يعني تفصيل الكلام في تحقيق أصل المطلب المعنون في هذا التنبيه الثامن، وبيان المختار فيه، لا تفصيل الكلام في الجمع بين الكلامين ورفع التنافي

أنّ المتعاملين بالعقد بالفاقد لبعض [١] الشرائط إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضاً من كلّ منهما في تصرّف الآخر، بل حصل [٢] قهراً عليهما أو على أحدهما وإجباراً على العمل بمقتضى العقد [٣]، فلا إشكال في حرمة التصرّف في المقبوض على هذا الوجه [٤]، وكذا [٥] إن وقع على وجه الرضا الناشئ [٦]

من البين، وكيفما كان يقع الكلام في المقام في صور:

الأُولى: ما إذا علم بعدم رضا المتعاملين بالقبض والإقباض أصلاً.

[١] كالصيغة بناء على اعتبارها في صحّة العقد. **وملخّصه**: أنّ المتعاملين بالعقد الفاسد إمّا يقع القبض والإقباض منهما بغير رضا، وهذا إشارة إلى الصورة الأُولى في المقام، وسيأتي الباقي، فانتظر.

[٢] أي حصل التقابض من المتعاملين من باب الإكراه على كليهما أو على أحدهما.

[٣] أي أُجبر المتعاملان على التقابض من باب أنّه مصداق الوفاء بالعقد، ففي الحقيقة يكون الإجبار على الوفاء بالعقد.

[٤] أي على وجه القهر والإجبار؛ لعدم مجوّز للتصرّف في مال الغير في هذه الصورة؛ إذ المجوّز له إمّا صحّة العقد، وإمّا طيب نفس المالك، والمفروض انتفاء كليهما.

[٥] أي كذا لا إشكال في حرمة التصرّف إن وقع التقابض على وجه الرضا... وهذا إشارة إلى الصورة الثانية، وهي ما إذا علم برضا كلّ من المتعاملين بتصرّف الآخر بعنوان الوفاء بالمعاملة باعتقاد أنّها وقعت صحيحة، أو بعنوان الوفاء بالمعاملة تشريعاً.

[٦] أي ليس رضا كلّ من المتعاطيين بتصرّف الآخر في ماله مطلقاً، بل يكون

عن بناء كلّ منهما على ملكيّة الآخر اعتقاداً [١] أو تشريعاً [٢]، كما [٣] في كلّ قبض وقع على هذا الوجه؛ لأنّ [٤] حيثيّة كون القابض مالكاً مستحقّاً لما

الرضا منهما بتصرّف الآخر ناشئاً عن بناء كلّ من المتعاملين على أنّ الآخر مالك لما في يده، فيكون تصرّفه فيما بيده تصرّفاً في ملكه بحيث لو علم بعدم كونه مالكاً لما في يده لما كان راضياً بتصرّفه فيه.

[١] بأن يعتقد كلّ من المتعاطيين أنّ ما أعطاه صار ملكاً للآخر، ويكون رضاه بتصرّف الآخر فيما أخذه منه ناشئاً عن اعتقاده بأنّ الآخر مالك لما أخذه لأجل اعتقاده بصحّة العقد، والحال أنّه كان فاسداً في الواقع.

[٢] كبيع الغاصب، فإنّه لا يعتقد بكون الطرف الآخر مالكاً لما أخذه منه شرعاً؛ لأنّه يرى نفسه غاصباً، وإنّما يبني على كونه مالكاً للثمن، وكون الطرف الآخر مالكاً للمثمن تشريعاً، أي من باب إدخال ماليس من الدين فيه.

[٣] أي كما يحرم التصرّف في كلّ قبض وقع على وجه الرضا الناشئ عن اعتقاد الملكيّة، ولم يكن اعتقاده مطابقاً للواقع بأن لم يكن المتصرّف مالكاً في الواقع لفساد العقد.

[٤] أي إنّما قلنا بحرمة التصرّف في المقبوض بالعقد الفاسد في كلّ قبض على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلّ منهما على صحّة العقد اعتقاداً أو تشريعاً؛ لأنّ الموضوع لجواز التصرّف ليس مطلق الرضا، بل الرضا المقيّد بكون القابض مالكاً للمقبوض، وحيثيّة كون القابض مالكاً لما يقبضه حيثيّة تقيّديّة، وهذه الحيثيّة أُخذت شرعاً جزءاً للموضوع، فيكون الموضوع مركّباً عن الرضا المقيّد بكون القابض مالكاً، فإذا كان العقد باطلاً انتفت حيثيّة كون القابض مالكاً للمقبوض، فإذا انتفت هذه الحيثيّة انتفى الرضا بالتصرّف؛ لأنّ المركّب ينتفي بانتفاء قيده وجزئه.

يقبضه جهة [١] تقييديّة مأخوذة في الرضا ينتفي [٢] بانتفائها في الواقع ،كما في [٣] نظائره ، وهذان الوجهان [٤] ممّا لا إشكال في حرمة التصرّف في العوضين [٥] ،كما أنّه [٦] لا إشكال في الجواز إذا أعرضا [٧] عن أثر العقد وتقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون [٨] معاطاة صحيحة عقيب عقدٍ فاسد.

---

[١] خبر لقوله : لأنّ حيثيّة .

[٢] أي ينتفي الرضا بالتصرّف بانتفاء هذه الحيثيّة التقييديّة .

[٣] أي هذا الذي ذكرناه من انتفاء المقيّد عند انتفاء الحيثيّة التقييديّة جارٍ في كلّ قيد يكون من نظائر هذا القيد في كونه حيثيّة تقييديّة . نعم ، لو كانت الحيثيّة تعليليّة بأن يكون الرضا تمام الموضوع ولم يكن الموضوع الرضا المقيّد بكون القابض مستحقّاً للمقبوض .

[٤] وهما وقوع التقابض بغير رضاه وحصوله قهراً وإجباراً عليهما ، ووقوع التقابض بالرضا المقيّد على الملكيّة اعتقاداً أو تشريعاً .

[٥] كما عرفت ، وهما خارجان عن المعاطاة .

[٦] من هنا شرع في الصورة الثالثة ، وهي ما إذا لم يكن التقابض على سبيل الوفاء بالعقد السابق ، بل كان من باب المعاملة المعاطاتيّة المستقلّة .

[٧] أي لم يكن التقابض من باب وجوب الوفاء الذي هو أثر العقد الفاسد اعتقاداً أو تشريعاً كي يكون التقابض باطلاً .

[٨] أي ليكون التقابض معاطاة صحيحة عقيب عقد لفظيّ فاقد الشرائط ، فهذه الصورة لا إشكال في دخولها في المعاطاة ، وذلك لوجود المقتضي ، وهو إنشاء المعاطاة بالتقابض ، وعدم المانع ؛ إذ الإنشاء اللّفظيّ الفاسد سابقاً لا يقدح في صحّة المعاطاة الواقعة بعده .

وأمّا إن وقع الرضا بالتصرّف [١] بعد العقد من دون ابتنائه [٢] على استحقاقه [٣] بالعقد السابق، ولا [٤] قصد لإنشاء التمليك، بل وقع [٥] مقارناً لاعتقاد الملكيّة الحاصلة بحيث [٦] لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، وكان [٧] المقصود الأصليّ من المعاملة التصرّف وأوقعا [٨] العقد الفاسد

---

[١] وهذا إشارة إلى الصورة الرابعة، وهي ما لو حصل الرضا بالتصرّف والتقابض مع العلم بفساد الإنشاء اللّفظيّ السابق، أو لو علما به لرضيا بالتقابض.

[٢] أي من دون ابتناء الرضا بالتصرّف.

[٣] أي على استحقاق كلّ من المتعاملين لما يقبضه بسبب العقد السابق الفاسد، فليس الرضا بالتصرّف مقيّداً باستحقاق كلّ من المتعاملين للتصرّف فيما يقبضه كي يقال: يكون الرضا منتفياً بعد انتفاء هذه الحيثيّة التقييديّة، كما كان كذلك في الوجه الثالث الذي كان التصرّف حراماً لهما في العوضين.

[٤] أي من دون ابتناء الرضا بالتصرّف منهما على قصده إنشاء التمليك بسبب التقابض الحاصل بعد إنشاء العقد الفاسد.

[٥] أي بل وقع الرضا بالتصرّف والتقابض مقارناً لاعتقاد الملكيّة لا مقيّداً بها بحيث يكون الرضا منتفياً بانتفائها.

[٦] أي وقع الرضا بحيث لولا الملكيّة لكان الرضا موجوداً، وهذا معنى كون حيثيّة الملكيّة تعليليّة، وليس بحيث مقيّداً بالملكيّة بحيث لولا الملكيّة لكان الرضا أيضاً منتفياً بأن يكون حيثيّة الملكيّة تقييديّة ينتفي الرضا بانتفاء الملكيّة.

[٧] أي وقع الرضا بالتصرّف مقارناً لاعتقاد الملكيّة بحيث كان المقصود الأصليّ من المعاملة جواز تصرّف كلّ منهما في مال الآخر.

[٨] أي أوجد المتعاملان العقد الفاسد وسيلة لجواز التصرّف في مال الآخر.

وسيلة له، ويكشف عنه [١] أنّه لو سئل كلّ منهما [٢] من رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التمليك أو بعد تنبيهه [٣] على عدم حصول الملك كان [٤] راضياً، فإدخال هذا [٥] في المعاطاة يتوقّف على أمرين:

الأوّل: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس [٦]، بل [٧] الرضا الشأنيّ،

---

[١] أي يكشف عن كون المقصود الأصلي من المعاملة الفاسدة جواز تصرّف كلّ من المتعاملين في مال الآخر.

[٢] أي لو سئل شخص عن كلّ من المتعاملين: هل ترضى بتصرّف الآخر في متاعك على تقدير فساد العقد وعدم كونه سبباً لحصول الملك له.

[٣] أي بعد التفاته من دون سؤال عنه إلى فساد العقد وعدم حصول الملك به.

[٤] جواب الشرط في قوله: «لو سئل».

[٥] أي إدخال هذا القسم الأخير، وهو كون الرضا بالتصرّف موجوداً، ولو مع عدم حصول الملكيّة بالعقد اللّفظيّ الفاسد.

[٦] وهو الرضا الارتكازيّ الموجود في خزانة نفسه بحيث لو سئل عنهما: هل أنتما راضيان بالتصرّف في متاعكما لو كان العقد فاسداً لقالا: نعم.

[٧] أي بل يتوقّف إدخال هذا الوجه الأخير في المعاطاة على كفاية الرضا الشأنيّ، وعدم توقّفه على خصوص الرضا الارتكازيّ الفعليّ، والفرق بينهما هو: أنّ الرضا الشأنيّ أضعف من الرضا الارتكازيّ؛ لأنّ الرضا الارتكازيّ موجود بالفعل في النفس، ولكنّ الشأنيّ منه لا حظّ له من الوجود فعلاً ولو التفت إليه لرضى به. **وتوضيحه:** أنّه لو التفت المتعاقدان إلى فساد العقد لرضى بتصرّف الآخر، وهذا الرضا الاقتضائيّ في قبال الرضا الفعليّ، وهو الرضا بالتصرّف فعلاً لأجل الاعتقاد بصحّة العقد، وفي ذكر كلمة «بل» إشارة

لأنّ[١] الموجود بالفعل هو رضاه من[٢] حيث كونه مالكاً في نظره، وقد صرّح بعض مَن قارب عصرنا[٣] بكفاية ذلك[٤] ولا يبعد رجوع الكلام المتقدّم ذكره[٥] إلى هذا، ولعلّه[٦] لصدق طيب النفس على هذا

إلى عدم لزوم الرضا الارتكازيّ بالتصرّف في دخوله في المعاطاة، بل يكفي في إدخال هذا الوجه الأخير في المعاطاة الرضا الشأنيّ.

[١] أي إنّما قلنا بأنّ إدخال الوجه الرابع في المعاطاة يتوقّف على كفاية الرضا الشأنيّ، ولا يتوقّف على وجود الرضا الارتكازيّ؛ لأنّ الرضا الموجود بالفعل الذي هو الرضا الارتكازيّ هو رضاه المقيّد باعتقاد كون المتصرّف مالكاً لما أخذه، فإنّ البائع يرضى بتصرّف المشتري باعتقاد أنّه مالك، فمثل هذا الرضا ليس داخلاً في المعاطاة، كما عرفت. بل ينتفي بانتفاء الحيثيّة المالكيّة والرضا الذي هو غير مقيّد بملكيّة الطرف ـ بل هو موجود سواء كان المتصرّف مالكاً أم لا ـ ليس بموجود في النفس فعلاً، بل هو موجود شأناً بمعنى أنّ صاحب المال لو التفت إلى فساد العقد لرضى به.

[٢] أي رضاه الناشئ من كون المتصرّف مالكاً في نظر الشخص الراضي بالتصرّف، وحيثيّة كون المتصرّف مالكاً في نظره واعتقاده حيثيّة تقييديّة.

[٣] وهو صاحب المقابيس الشيخ أسد الله التستريّ.

[٤] أي بكفاية الرضا المركوز في النفس في إدخاله في المعاطاة.

[٥] وهو كلام المحقّق الكركيّ الجامع بين قول المشهور، وقول المحقّق والشهيد الثانيين، وهو قوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر»، أي لا يبعد رجوع كلام الكركيّ إلى كفاية الرضا الارتكازيّ.

[٦] أي لعلّ تصريح بعض مَن قارب عصرنا بكفاية الرضا الارتكازيّ لأجل صدق طيب النفس على الرضا الارتكازيّ فيشمله قوله ﷺ: «**لا يحلّ مال امرئ إلّا**

الأمر المركوز في النفس.

الثاني [١]: أنّه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض، بل ولا [٢] بمطلق الفعل، بل يكفي [٣] وصول كلّ من العوضين إلى المالك الآخر والرضا بالتصرّف [٤] قبله أو بعده على [٥] الوجه المذكور.

وفيه [٦]: إشكال من [٧] أنّ ظاهر محلّ النزاع بين العامّة والخاصّة هو

بطيب نفسه».

[١] أي الأمر الثاني من الأمرين اللّذين يتوقّف عليهما دخول الوجه الرابع ـ من الرضا بالتصرّف ـ في المعاطاة هو عدم اعتبار إنشاء الإباحة أو التمليك في صدق المعاطاة، وأمّا بناءً على اعتباره فلا تصدق المعاطاة على مجرّد الرضا الباطنيّ بلا شبهة.

[٢] أي لا يشترط الإنشاء ولو بمطلق الفعل، سواء صدق عليه القبض والإقباض أم لا، وسواء كان من الطرفين أو من طرف واحد.

[٣] أي بل يكفي في صدق المعاطاة وصول كلّ من العوضين إلى مالك العوض الآخر.

[٤] أي الرضا بتصرّف الآخر، سواء حصل الرضا قبل وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر أو بعده.

[٥] أي يكفي وصول كلّ من العوضين إلى الآخر على وجه كان مطلق الرضا بالتصرّف كافياً فيه بأن كانت حيثيّة المالكيّة تعليليّة لا تقييديّة.

[٦] أي وفي الأمر الثاني، وهو عدم اشتراط إنشاء المعاطاة بالقبض ولو من طرف واحد إشكال.

[٧] هذا اشكال على عدم اشتراط تحقّق المعاطاة بالتقابض وتحقّقها بمجرّد

العقد الفعليّ [١] كما ينبئ عنه [٢] قول العلّامة في ردّ كفاية المعاطاة في البيع إنّ [٣] الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد، وكذا [٤] استدلال المحقّق الثاني على عدم لزومها، بأنّ [٥] الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، وكذا [٦] ما تقدّم من الشهيد ﷺ في قواعده

وصول كلّ من العوضين إلى مالك الآخر.

[١] أي الإنشاء الحاصل بالفعل كالتقابض في مقابل الإنشاء الحاصل بالقول كالإيجاب والقبول، وعلى هذا فلا يمكن إدراج ما لا يكون فيه التقابض في المعاطاة، لأنّه لا يكون من مصاديق العقد الفعليّ.

[٢] أي عن كون محلّ النزاع هو العقد الفعليّ، الإنباء بمعنى الإخبار، أي يُخبر عنه... من هنا شرع في ذكر أقوال الفقهاء، وأنّه يظهر منها أنّ محلّ النزاع بين العامّة والخاصّة هو العقد الفعليّ الذي لا ينطبق على الرضا الباطنيّ بالتصرّف.

[٣] مقول قول العلّامة، فإنّ هذا الكلام من العلّامة صريح في أنّ الفعل مأخوذ في حقيقة المعاطاة، وهي لا تتحقّق بمجرّد الرضا المجرّد عن الفعل؛ إذ بعد تسليم أنّ المعاطاة من الأفعال قال: إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة البيع.

[٤] أي كما ينبئ قول العلّامة عن كون محلّ النزاع هو العقد الفعليّ، كذلك ينبئ عنه استدلال المحقّق الثاني على عدم لزوم المعاطاة.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «استدلال المحقّق»، **وملخّصه**: أنّ استدلال المحقّق الثاني على عدم لزوم المعاطاة ـ بأنّ الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة، ولذا لا تدلّ الأفعال على اللزوم ـ عن كون محلّ النزاع هو العقد الفعليّ، فيظهر من هذا الاستدلال أنّ المعاطاة عبارة عن الأفعال، وأمّا الرضا الباطنيّ فلا تصدق عليه المعاطاة.

[٦] أي كذا ينبئ عن كون محلّ النزاع هو العقد الفعليّ ما تقدّم...

من [١] أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول. وإنّما يفيد الإباحة، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام [٢] هو الإنشاء الحاصل بالتقابض [٣]، وكذا [٤] الكلمات العامّة، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي [٥]، ومن [٦] أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي في

---

[١] بيان للموصول في قوله: «ما تقدّم». بتقريب: أنّه يظهر ممّا ذكره الشهيد بقوله: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول أنّ الفعل معتبر في تحقّق المعاطاة، ولا تتحقّق هي بالتراضي الباطنيّ من دون إبرازه بفعل.

[٢] أي محلّ الكلام في أنّه هل يفيد التمليك اللازم أو الجائز أو الإباحة أو لا يفيد شيئاً.

[٣] وأمّا مجرّد الرضا الباطنيّ بالتصرّف فإنّه لا يكون محلّ الكلام، ولا يصدق عليه عنوان المعاطاة المتحقّقة بالتقابض.

[٤] إلى هنا بيّن كلمات فقهاء الخاصّة التي يظهر منها أنّ المعاطاة من مقولة الفعل، ولا تشمل الرضا بالتصرّف الذي هو من مقولة الكيف النفسانيّ. ومن هنا شرع في بيان أنّ كلمات العامّة أيضاً ظاهرة في أنّ المعاطاة قوامها بالأخذ والإعطاء، فلا تشمل مجرّد التراضي.

[٥] ومن المعلوم أنّ التعاطي فعل المتعاملين. إلى هنا تحصّل أنّ المعاطاة في اصطلاح الفقهاء تتحقّق بالإنشاء الفعليّ، وأمّا مجرّد وصول العوضين إلى الآخر مع الرضا بالتصرّف فلا يعدّ معاطاة عندهم.

[٦] ومن هنا شرع في بيان وجه صدق عنوان المعاطاة على مجرّد وصول أحد العوضين إلى الآخر والرضا بتصرّف الآخر فيه وعدم اعتبار الفعل في ماهيّة المعاطاة.

كلماتهم لمجرّد [١] الدلالة على الرضا، وأنّ عمدة الدليل على ذلك [٢] هي السيرة، ولذا [٣] تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، والسيرة موجودة في المقام [٤]، فإنّ [٥] بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيّات [٦] من [٧] دكاكين أربابها مع عدم حضورهم [٨]،

---

[١] خبر لقوله: إنّ عنوان التعاطي، **وملخّصه**: أنّ ذكر عنوان التعاطي في كلمات الفقهاء لا يدلّ على اعتبار التقابض بالفعل في مفهوم المعاطاة، بل هو لأجل دلالته على اعتبار الرضا في تحقّق المعاطاة.

[٢] أي عمدة الدليل على كون التعاطي للدلالة على الرضا هي السيرة.

[٣] أي ولأجل أنّ الإنشاء الفعليّ لا يعتبر في تحقّق المعاطاة، بل يكفيها مجرّد الوصول والرضا بالتصرّف من دون التقابض تعدّى الفقهاء من صورة التعاطي من الجانبين إلى صورة إنشاء المعاملة بقبض أحد العوضين، وقالوا بتحقّق المعاطاة ولو بالإعطاء من طرف واحد، فلو كان التعاطي معتبراً في تحقّقها لا بدّ أن لا يتحقّق إلّا بالإعطاء من الطرفين كي يتحقّق الإيجاب والقبول الفعليّان، ودليلهم على صحّة المعاطاة ولو بالإعطاء من طرف واحد هي السيرة.

[٤] وهو ما إذا تحقّق الوصول والرضا ولو من طرف واحد، ولم يتحقّق التعاطي الذي هو العقد الفعليّ.

[٥] من هنا شرع في تفصيل وتوضيح وجود السيرة على تحقّق المعاطاة بمجرّد الوصول والرضا.

[٦] هذا إشارة إلى كفاية الوصول والرضا في الأُمور الحقيرة لا في الأُمور الخطيرة.

[٧] الجار متعلّق بقوله: «أخذ».

[٨] أي مع عدم حضور أرباب الدكاكين فيها.

ووضعهم [١] الفلوس في الموضع المعدّ له ، وعلى [٢] دخول الحمّام مع عدم حضور صاحبه ، ووضع الفلوس في كوز الحمّامي ، فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرّف ، وهذا [٣] ليس ببعيد على القول بالإباحة [٤].

---

[١] أي بناء النّاس على أنّهم يضعون الثمن في الموضع المعدّ لوضع الثمن في هذا الموضع .

[٢] أي بناء الناس على دخولهم في الحمّام ... ، فإنّ كلّ هذه الموارد تشهد على وجود السيرة بكفاية الوصول مع الرضا في تحقّق المعاطاة .

[٣] من هنا شرع المصنّف في بيان مختاره ، وهو أنّ كون الوصول مع الرضا كافياً في تحقّق المعاطاة ليس ببعيد .

[٤] إنّما قيّد عدم اعتبار العقد الفعليّ والتقابض في تحقّق المعاطاة ، وقال بكفاية مجرّد الوصول والرضا فيه على القول بالإباحة ؛ لأنّ المفروض أنّ الدليل على صحّة المعاطاة في الفرض المذكور كان السيرة ، وهي دليل لبّيّ يقتصر فيه على القدر المتيقّن ، وهو القول بالإباحة ، وأمّا على القول بالملك في المعاطاة ، فهل مجرّد الوصول والرضا يكفي في تحقّق المعاطاة المفيدة للملك ؟ وهو غير معلوم ، فلا يمكن التمسّك بالسيرة لإثباته ؛ لعدم وجود إطلاق لها .

« التحقيق »

في أنّ المعاطاة تتحقّق بالعقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة أم لا ؟ وفي المسألة أقوال ثلاثة :

. . . . . .

الأوّل: رجوع ذلك إلى المعاطاة.

الثاني: رجوع العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة إليها إذا تعقّبه القبض والإقباض.

الثالث: عدم رجوعه إليها، بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة. قال الأُستاذ الأعظم: «إنّ المصنّف قد أطال الكلام هنا، ولكنّ الظاهر أنّه لا تترتّب ثمرة مهمّة على هذه الإطالة».

الحقّ أن يقال: إنّ حقيقة كلّ أمر إنشائيّ متقوّمة بالاعتبار النفسانيّ المبرز بمبرز خارجيّ، سواء كان فعلاً أو قولاً ملحوناً. إذن فبناءً على هذا المبنى لا يشكّ في أنّ الأمر الاعتباريّ المبرز بالصيغة الفاقدة للشرائط يكون بيعاً، سواء صدقت عليه المعاطاة أم لا، بل هو مبرز بالمبرز القوليّ، فيكون بيعاً لفظيّاً؛ لعدم قيام دليل على اعتبار قيود معيّنة في صيغة البيع وغيره كي يحكم بفساد الصيغة مع الإخلال ببعض قيودها، أو يحكم عليها بحكم المعاطاة.

مقدّمة في خصوص [١] ألفاظ عقد البيع، قد عرفت [٢] أنّ اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود ممّا [٣] نقل عليه الإجماع، وتحقّق [٤] فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه [٥] في بعض النصوص [٦]،

---

[١] أي في بيان خصوصيّات ألفاظ عقد البيع من حيث المادّة والهيئة.

[٢] قبل الشروع في بيان خصوصيّات ألفاظ عقد البيع شرع في بيان الدليل على اعتبار أصل اللفظ في البيع، وقال: إنّ اعتبار اللفظ في العقود لوجوه ثلاثة:

الأوّل: الإجماع المنقول.

الثاني: الشهرة العظيمة.

الثالث: الإشارة إلى اعتباره في بعض النصوص.

[٣] خبر لقوله: «إنّ اعتبار اللّفظ». هذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة الدالّة على اعتبار اللّفظ في العقود.

[٤] أي اعتبار اللّفظ في البيع، بل في جميع العقود ممّا تحقّق فيه الشهرة. هذا إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة.

[٥] أي إلى اعتبار اللفظ في البيع وسائر العقود. وهذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه الثلاثة.

[٦] **منها:** ما رواه البزنطيّ، أنّه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلّم، قال: **أَخْرَسُ هُوَ؟** قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلّق عنه وليّه؟ قال: **لَا، وَلَكِنْ يَكْتُبُ، وَيُشْهِدُ عَلىٰ ذٰلِكَ.** قلت: أصلحك الله، فإنّه لا يكتب ولا يسمع، كيف يطلقّها؟ قال: **بِالَّذِي يُعْرَفُ بِهِ مِنْ أَفْعالِهِ مِثْلِ ما ذَكَرْتَ مِنْ كَراهَتِهِ وَبُغْضِهِ لَها»**[1].

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدّماته وشرائطه، الحديث ١.

لكن هذا [١] يختصّ بصورة القدرة [٢]،

ومنها: ما رواه أبان بن عثمان، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن طلاق الخرساء، قال: **يَلُفُّ قِناعَها عَلىٰ رَأْسِها وَيَجْذِبُهُ**[١].

ومنها: ما رواه السكونيّ، قال: **طَلَاقُ الْأَخْرَسِ أَنْ يَأْخُذَ مِقْنَعَتَها وَيَضَعَها عَلىٰ رَأْسِها وَيَعْتَزِلَها**»[٢].

ومنها: ما رواه يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امرأته، قال: **إِذَا فَعَلَ فِي قُبُلِ الطُّهْرِ بِشُهُودٍ، وَفُهِمَ عَنْهُ كَمَا يُفْهَمُ عَنْ مِثْلِهِ، وَيُرِيدُ الطَّلَاقَ، جَازَ طَلَاقُهُ عَلَى السُّنَّةِ**»[٣].

ومنها: ما رواه أبو بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: **طَلَاقُ الْأَخْرَسِ أَنْ يَأْخُذَ مِقْنَعَتَها وَيَضَعَها عَلىٰ رَأْسِها ثُمَّ يَعْتَزِلَها**»[٤].

ويمكن أن يجاب عنه بما أفاده سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه)[٥] بأنّا نسلّم أنّ أمر الزواج أهمّ من غيره، ولكنّ أهمّيّة أمر الفروج ربّما تقتضي التوسعة في أسبابها لتقليل الفحشاء والمنكر.

[١] أي اعتبار اللّفظ في البيع والعقود. إلى هنا بيّن اعتبار اللفّظ في البيع وأدلّته. ومن هنا شرع في بيان أنّ اعتبار اللفظ في البيع يختصّ بما إذا كان قادراً عليه، وأمّا مع العجز عن التلفّظ فلم يقم دليل على اعتباره.

[٢] أي بصورة قدرة المتعاملين على الإنشاء اللّفظيّ.

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدّماته وشرائطه، الحديث ٢.

(٢) المصدر المتقدّم: الحديث ٣.

(٣) المصدر المتقدّم: الحديث ٤.

(٤) المصدر المتقدّم: الحديث ٥.

(٥) دراساتنا: ٣: ١٥.

أمّا مع العجز عنه [١] كالأخرس [٢] فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللّفظ [٣] وقيام [٤] الإشارة مقامه، وكذا [٥] مع القدرة على التوكيل، لا لأصالة [٦] عدم وجوبه [٧] كما قيل [٨]؛

---

[١] أي مع العجز عن التلفّظ بالانشاء القوليّ.

[٢] وهو مَن لا يقدر على التكلّم لآفة عارضة عليه.

[٣] أي لا إشكال في عدم اعتبار اللفظ في البيع والعقود؛ لأنّ الدليل على اعتبار اللفظ كان عبارة عن الإجماع، والقدر المتيقّن منه إنّما هو مورد تمكّن المتعاقدين من اللّفظ، وإذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفّظ لم يشمله الإجماع وإن كان قادراً على توكيل غيره.

[٤] أي لا إشكال في قيام الإشارة مقام اللفظ من العاجز عن التلفّظ، وعن أخذ الوكيل لإجراء الصيغة.

[٥] وكذا لا خلاف في عدم اعتبار اللّفظ مع القدرة على التوكيل؛ لما عرفت من عدم شمول الإجماع الدالّ على اعتبار اللّفظ للعاجز من التلفّظ حتّى لو كان متمكّناً من التوكيل.

[٦] أي ما ذكرنا من عدم اعتبار اللّفظ فيما إذا عجزا عن التلفّظ وإن كانا قادرين على توكيل غيره ليس من ناحية من أنّ المقام من موارد الشكّ في الأقلّ والأكثر، فيكون الشكّ في وجوب التوكيل مع العجز عن التلفّظ من قبيل الشكّ في التكليف الزائد فينفى الزائد بأصالة البراءة.

[٧] أي عدم وجوب التوكيل.

[٨] نسب هذا القول إلى المحقّق الثاني، حيث قال: لا يجب التوكيل للأصل.

لأنّ [١] الوجوب بمعنى الاشتراط

وملخّص استدلاله على عدم اعتبار اللفظ في البيع مع العجز عن التلفّظ وقدرته على التوكيل أنّه لا يتمكّن من الإنشاء اللفظيّ بالمباشرة على الفرض، فلا يعتبر في حقّه اللّفظ مباشرة بالوجدان، ولا يجب عليه التوكيل في الإنشاء اللّفظيّ بأصالة عدم وجوبه، وتكون النتيجة عدم اعتبار اللفظ في حقّه ولو مع القدرة على توكيل غيره لإنشاء البيع اللّفظيّ.

وأجاب عنه شيخنا الأنصاريّ ﷺ: بأنّ عدم وجوب توكيل غيره ليس من ناحية أنّ الأصل عدم وجوب التوكيل.

[١] أي إنّما قلنا: إنّ عدم اعتبار اللفظ ليس من جهة أصالة عدم جوب التوكيل؛ لأنّها لا تجري في المقام؛ إذ ليس المشكوك في المقام ـ وهو وجوب التوكيل ـ هو الوجوب التكليفيّ حتّى يدفع بأصالة عدم وجوبه، بل هو الوجوب الوضعيّ بمعنى اشتراط صحّة بيع الأخرس بالتوكيل عند قدرته عليه، فإنّ معنى الشكّ في وجوب التوكيل الشكّ في اشتراط بيع الأخرس بالتوكيل، وحيث إنّ المرجع عند الشكّ في صحّة المعاملات الفاقدة لما يشكّ في شرطيّته لها هي أصالة الفساد، فمقتضى الأصل يكون بعكس عدم وجوب التوكيل، وهو اشتراط التوكيل، فمقتضى الأصل هو وجوب التوكيل عند الشكّ في اشتراط صحّة بيع الأخرس بالتوكيل. والحاصل: أنّ مقتضى الأصل في المعاملات الاشتراط لا نفي الوجوب.

إن شئت فقل: إنّ مقتضى الأصل في موارد الشكّ في الحكم التكليفيّ التوسعة ونفي المشكوك جزءاً أو شرطاً، وأمّا مقتضاه في موارد الشكّ في الحكم الوضعيّ ـ كما هو في موارد المعاملات ـ التضييق بمعنى الحكم باشتراط ما يشكّ في شرطيّته، ففي المقام حيث يشكّ في صحّة بيع

كما فيما نحن فيه [١] هو [٢] الأصل، بل [٣] لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللّفظ في طلاق الأخرس، فإنّ حمله [٤] على صورة عجزه [٥] عن التوكيل

الأخـرس وتـأثير إشـارته فـي مـقام الإنشـاء، فـأصالة الفسـاد الجـارية فـي المعاملات تقتضي الفساد، ولا يكون مقتضى أصالة عدم التوكيل عدم اعتبار اللفظ وصحّة بيع الأخرس.

[١] وهو عقد الأخرس مع القدرة على التوكيل.

[٢] خبر لقوله: لأنّ الوجوب ـ أي مقتضى الأصل ـ وهو وجوب التوكيل وضعاً، بمعنى أنّ مقتضى أصالة الفساد هو اشتراط صحّة بيع الأخرس بتوكيل غيره وفساد بيعه بدون التوكيل.

[٣] أي عدم اعتبار اللفظ في بيع الأخرس يستفاد من أمرين:

الأوّل: فحوى الأخبار الدالّة عـلى اعـتبار اللـفظ فـي طـلاق الأخـرس.

بتقريب: أنّ الأخبار الدالّة على عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس مع أنه من الأُمور المهمّة في الشريعة تدلّ عـلى عـدم اعـتباره فـي سـائر المـوارد بالأولويّة؛ لكونها أقلّ أهمّيّة من الطلاق، ومقتضى اطلاق هذه الأخبار عدم اعتبار اللفظ في الأُمور المهمّة، سواء كان الأخرس قادراً على التوكيل أم لا.

[٤] وهو جواب عن إشكال مقدّر. أمّا الإشكال فهو أنّ ما ورد من الروايات الدالّة على صحّة بيع الأخرس وعقوده محمولة على ما إذا عجز عن التوكيل، فلا تشمل المقام الذي هو يتمكّن منه على الفرض.

وملخّص الجواب عنه: أنّ حمل إطلاق الروايات على الفرض المـذكور حمل له على الفرد النادر، وهو قبيح.

[٥] أي على صورة عجز الأخرس.

حمل المطلق على الفرد النادر [١]، مع أنّ [٢] الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب. ثمّ لو قلنا [٣]:

---

[١] لأنّ الأخرس يتمكّن من التوكيل غالباً، فلا يبقى تحت العموم إلّا الأفراد النادرة، وحمل المطلق على الفرد النادر قبيح، كما عرفت، فيؤخذ بعموم ما ورد من النصوص ويحكم بصحّة بيع الأخرس وعقوده، سواء تمكّن من العقود أم لا.

[٢] هذا إشارة إلى الأمر الثاني من الأمرين الدالّين على عدم اعتبار اللّفظ في بيع الأخرس بتوكيل غيره، أي الظاهر من كلمات الفقهاء أنّ عدم وجوب التوكيل على الأخرس إجماعيّ، سواء تمكّن من التوكيل أم لا.

فتلخّص: أنّ مقتضى عموم النصوص وإطلاقها واتّفاق الفقهاء عدم اعتبار اللفظ في عقود الأخرس، سواء تمكّن من التوكيل أم لا.

[٣] هذا بمنزلة الاستدراك عمّا يستفاد من السابق، يعني أنّ ما يقتضيه قولنا في السابق ـ أمّا مع العجز عنه كالأخرس، وعدم القدرة على التوكيل لا إشكال في عدم اعتبار اللفظ، وقيام الإشارة مقامه ـ من اعتبار الإشارة في لزوم المعاملة إنّما هو مبنيّ على أن لا يكون الأصل في المعاطاة اللزوم. وأمّا بناءً على كون الأصل فيها اللزوم فلا حاجة في اللزوم مع العجز عن اللفظ إلى الإشارة، بل يكفي فيه التعاطي بقصد المعاوضة؛ لأنّ القدر المتيقّن المخرج عن هذا الأصل وهو عموم دليل لزوم العقد هو صورة التعاطي مع قدرة المتبايعين على مباشرة اللّفظ، وهي غير المفروض؛ لأنّ المفروض أنّ المتبايعين عاجزان عن الإنشاء اللّفظيّ، فلا يشمله الإجماع الدالّ على الجواز، فكانت معاطاة العاجز عن الإنشاء اللّفظيّ باقية تحت عموم أصالة اللزوم، فلا يجب على الأخرس إفهام مقصوده بالإشارة أو الكتابة، بل يكفيه التعاطي بقصد

بأنّ الأصل في المعاطاة اللّزوم بعد [١] القول بإفادتها للملكيّة، فالقدر المخرج [٢] صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللّفظ.

والظاهر أيضاً [٣] كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛

البيع. هذا الذي ذكرناه يكون داخلاً في كبرى مسألة أُصوليّة، وهي دوران المخصّص بين الأقلّ والأكثر، فيخصّص العموم بالقدر المتيقّن، ويرجع في الزائد إلى عموم العامّ، وتكون النتيجة: أنّ ما دلّ على دخالة الإشارة في اللزوم والصحّة يختصّ بما إذا كان قادراً على اللفظ. وأمّا غير القادر فيبقى تحت العموم الدالّ على اللزوم والصحّة بمجرّد التعاطي. وهذا الذي ذكرناه أخذناه من الشهيديّ بإضافة وتوضيح منّا.

[١] أي لو قلنا في المعاطاة أنّها تفيد الملك، وأيضاً أنّها لازمة بمقتضى العمومات الدالّة على حصول الملك بالبيع ولزومه.

[٢] أي أنّ القدر المتيقّن من المخصّص أنّه قد خرج عن العمومات الدالّة على لزوم المعاطاة صورة قدرة المتبايعين على اللفظ فهي في هذه الصورة جائزة بالإجماع. وأمّا معاملة الأخرس فهي باقية تحت أصالة اللزوم، أي العمومات الدالّة على اللزوم؛ إذ الذي قام الدليل على جوازه ما إذا كان المتبايعان قادرين على الإنشاء اللفظيّ، فإنّ القدر المتيقّن من الإجماع القائم على الجواز خصوص هذه الصورة، وأمّا فيما إذا عجز عنه، فلا علم لنا بوجود الإجماع على جواز المعاملة المعاطاتيّة، فتدخل تحت العمومات الدالّة على اللّزوم.

[٣] إلى هنا بيّن كفاية الإشارة في إنشاء البيع للأخرس، ومن هنا شرع في بيان كفاية الكتابة، وقال: كما يكفي الإشارة في بيع الأخرس كذلك يكفي أيضاً كتابته فيما إذا عجز عن الإشارة وفي طوله بلا كلام، وذلك لوجهين:

لفحوى [١] ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق، مع [٢] أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه. وأمّا مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض [٣] الإشارة، ولعلّه [٤] لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابة، وفي بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس [٥]،

الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «لفحوى...».

[١] أي إنّما قلنا بكفاية الكتابة؛ لأنّ الأخبار الدالّة على كفاية الكتابة في إنشاء الطلاق دلّت على جوازها في سائر المعاملات بالأولويّة؛ لكون سائر المعاملات أقلّ أهمّيّة من الطلاق، ونحن نذكر واحداً منها، وهي ما رواه يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امرأته. قال: **إِذا فَعَلَ فِي قُبُلِ الطُّهْرِ بِشُهُودٍ، وَفُهِمَ عَنْهُ كَمَا يُفْهَمُ عَنْ مِثْلِهِ، وَيُرِيدُ الطَّلَاقَ، جازَ طَلَاقُهُ عَلَى السُّنَّةِ**»[1].

[٢] **الثاني**: ما أشار إليه بقوله: «مع أنّ الظاهر...»، **وملخّصه**: أنّ كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة في إنشاء العقود ممّا لا خلاف فيه بين الفقهاء.

[٣] نسب الترجيح المذكور إلى الشهيد والعلّامة وكاشف الغطاء ﷺ، فإنّهم قد رجّحوا الإشارة على الكتابة.

[٤] أي لعلّ ترجيح الإشارة على الكتابة؛ لأنّ الإشارة أصرح في الدلالة على الإنشاء من الكتابة، ولذا قدّمت الإشارة على الكتابة.

[٥] أي على ترجيح الكتابة على الإشارة، وهو ما رواه البزنطيّ أنّه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلّم. قال: **أَخْرَسُ هُوَ؟** قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلّق عنه وليّه؟

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ١.

وإليه [١] ذهب الحلّيّ ﵀ هناك.

قال: **لَا، وَلَكِنْ يَكْتُبُ، وَيُشْهِدُ عَلىٰ ذَلِكَ**. قلت: أصلحك الله، فإنّه لا يكتب ولا يسمع، كيف يطلقها؟ قال: **بِالَّذِي يُعْرَفُ بِهِ مِنْ أَفْعالِهِ مِثْلِ ما ذَكَرْتَ مِنْ كَراهَتِهِ وَبُغْضِهِ لَها**»[(١)]. **بتقريب**: أنّه عليه السلام كان في مقام بيان ما يصلح لإنشاء الطلاق من الأخرس، وبيّن أنّ الطلاق يقع بالكتابة، ومقتضى إطلاق كلامه أنّ إنشاء الطلاق يقع بالكتابة فقط، سواء تمكّن من الإشارة أم لا، فهي تكون دليلاً على أنّه ما دام أنّه يتمكّن من الكتابة لا بدّ من أن ينشئ الطلاق بها، فهي مقدّمة على الإشارة.

[١] أي إلى العكس وهو ترجيح الكتابة على الإشارة. ذهب الحلّيّ في باب الطلاق.

ملخّص الكلام: في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأوّل: ما نسب إلى الشهيد والعلّامة وكاشف الغطاء من ترجيح الأخرس الإشارة على الكتابة.

القول الثاني: ما نسب إلى الحلّيّ في باب الطلاق من ترجيح الكتابة على الإشارة.

القول الثالث: ما نسب إلى جماعة منهم ابن زهرة والمحقّق الأردبيليّ من التخيير بينهما.

«التحقيق»

ملخّص ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﵀ في هذه المقدّمة أمران:

---

(١) وسائل الشيعة: الجزء ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدّماته وشرائطه، الحديث ١.

الأمر الأوّل: يقع البحث فيه في جهات:

الجهة الأُولى: اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود، وذلك لوجوه ثلاثة:

الأوّل: الشهرة العظيمة.

الثاني: الإجماع.

الثالث: ما أُشير إليه في بعض النصوص.

الجهة الثانية: أنّ اعتبار اللفظ في البيع وغيره من العقود على تقدير اعتباره يختصّ بما إذا تمكّن المتعاقدان من اللفظ، وأمّا إذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفّظ ـ كالأخرس ـ فلا إشكال في عدم اعتبار اللفظ، وقيام الإشارة مقامه، وإن كان قادراً على توكيل غيره.

الجهة الثالثة: أنّ ما ذكرنا من عدم اعتبار اللفظ فيما إذا لم يتمكّن منه مباشرة حتّى لو كان متمكّناً من توكيل غيره ليس لأجل أنّ الأصل عدم وجوب التوكيل فيما إذا شكّ فيه؛ لأنّ مقتضى الأصل في المقام هو اشتراط معاملات الأخرس بالتوكيل عند قدرته عليه؛ إذ يشكّ في حصول النقل والانتقال بإشارته عند التمكّن من توكيل غيره لأن ينشأ المعاملة بالإنشاء اللفظي، فمقتضى أصالة عدم النقل والانتقال المسمّاة بأصالة الفساد الجارية في المعاملات عند الشكّ في صحّتها عدم حصول النقل والانتقال بإشارته، بل لأجل فحوى الروايات الدالّة على اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، كروايات يونس والسكونيّ وأبان المتقدّمة في مبحث المعاطاة، فإنّها تدلّ بإطلاقها على عدم وجوب التوكيل على مَن لم يتمكّن من التلفّظ، بل جواز الإنشاء بالإشارة، وحملها على صورة العجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر.

وإذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغيره أيضاً،

وعليه فيحكم بلزوم المعاطاة لكونها عقداً بالحمل الشائع.

إن قلت: وإن كانت المعاطاة مشمولة لأدلّة اللزوم إلّا أنّه قام الإجماع على جوازها ما لم تتحقّق إحدى الملزمات.

قلت: إنّ الإجماع القائم على الجواز حيث إنّه دليل لبّيّ، فيؤخذ بالقدر المتيقّن منه، وهو أن يكون المتعاطيان قادرين على اللفظ، أمّا مع العجز عن ذلك فلا علم لنا بقيام الإجماع على جواز المعاطاة، فيؤخذ بالعمومات والإطلاقات الدالّتين على اللزوم في مثل الإشارة ونحوها.

الجهة الرابعة: في أنّ الكتابة تكفي في إنشاء البيع بها مع العجز عن الإشارة، وأمّا مع التمكّن منها فهل تتقدّم الإشارة عليها كما ذهب إليه بعض ـ بدعوى صراحة الإشارة في الإنشاء دون الكتابة ـ أو تتقدّم الكتابة على الإشارة ـ كما هو مفاد بعض الروايات، وإليه ذهب الحلّيّ ـ أو يتخيّر الأمر بينهما؟ وجوه، بل أقوال.

أقول: أمّا الجهة الأُولى فنقول: إنّه لا دليل على اعتبار اللفظ في العقود، بل مقتضى العمومات أو الإطلاقات عدم اعتباره. أمّا ما استدلّ به من الشهرة أو الإجماع، فلا يتمّ بالضرورة لعدم حجّيّتهما. وأمّا النصوص فقد عرفت الحال فيها في أوائل المعاطاة، وأنّ الروايات المستدلّ بها على اعتبار اللفظ إمّا غير تامّة سنداً، وإمّا دلالة، وإمّا سنداً ودلالة، والنتيجة: أنّه لا دليل على اعتبار اللفظ في العقود.

قال سيّدنا الأُستاذ[1]: «وقد تعرّضنا لهذه النصوص في أوائل بحث المعاطاة تبعاً للشيخ. وملخّص ما قلناه هناك: أنّ الأخبار المشار إليها لا تدلّ على المدّعى.

(١) عمدة المطالب: ٢: ١٠٥.

أمّا الجهة الثانية ، فنقول : إنّه قد حقّق في محلّه أنّ مقتضى العمومات والمطلقات هو صحّة العقود والإيقاعات بكلّ ما هو يصلح أن يكون مبرزاً للاعتبار النفسانيّ من دون فرق بين القول والفعل والإشارة والكتابة ، وإنّما الموجود في كلمات الأصحاب قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات ، إلّا أنّ القدر المتيقّن منه على تقدير تحقّقه فرض تمكّن المتعاقدين منه ، ومع عدم التمكّن منه ، كما إذا كان أحد المتعاملين أو كلاهما أخرس يتمسّك بالعمومات والإطلاقات ، وينفي بهما اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات ، فيما إذا شككنا في صحّة عقد الأخرس المنشأ بالإشارة أو بالكتابة ، سواء قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الملك أو الإباحة ، ومن هذا ظهر ما في كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ من تقييد التمسّك بالعمومات والإطلاقات بالقول بإفادة المعاطاة الملكيّة . إذن فلا نحتاج في إثبات صحّة عقد الأخرس بالإشارة والكتابة إلى فحوى الروايات الواردة في الطلاق إلّا من باب التأكيد .

فبعد ما ثبت عدم قيام دليل على اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات فلا موضوع للبحث عن وجوب توكيل غيره لإنشاء العقد اللفظيّ وعدمه .

أمّا الجهة الثالثة ـ وهي ما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ من أنّ مقتضى الأصل في المقام ليس عدم وجوب التوكيل ، بل مقتضاه وجوبه عند الشكّ في اعتبار هذا القيد في صحّة بيع الأخرس ؛ لأنّ مقتضى الأصل في المعاملات الفساد والتضييق ، لا نفي الزائد والتوسعة ـ فنقول : إنّ التحقيق في المقام يتوقّف على تحقيق أنّ الأصل في العقود هل يقتضي الصحّة أم الفساد ؟ ذهب جمع إلى الأوّل ، وذهب جمع إلى الثاني ، وهو مختار شيخنا الأنصاريّ ﷺ ومَن بعده من المحقّقين ، ومنهم الأُستاذ الأعظم وسيّدنا الأُستاذ ، وهو الحقّ عندنا ؛ لأنّه إذا شككنا في تحقّق العقود والإيقاعات من ناحية الشكّ في تحقّق بعض ما يعتبر فيها من الشروط ، أو في تحقّق

نتائج العقود والإيقاعات من الملكيّة والزوجيّة والعتاق والفراق، فحيث إنّها أُمور حادثة ومسبوقة بالعدم، كان الأصل عدم تحقّق بعض ما يعتبر فيها من الشروط، وكذا عدم تحقّق نتائجها من الملكيّة والزوجيّة والعتاق والفراق.

وقد ناقش في ذلك المحقّق الأيروانيّ ﷺ[1] بأنّه لا مانع من جريان أصالة البراءة من الشروط التي يشكّ في اعتبارها في تأثير العقود والإيقاعات، وقال: «لا مانع من هذه الأصالة بناءً على جريان البراءة في الأحكام الوضعيّة، كما يظهر من استدلال الإمام عليه السلام بحديث الرفع على فساد العقد المكره وعتاقه، فينفى بأصالة عدم وجوب كلّ خصوصيّة شكّ فيها، بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب، وعدم كونها من أجزاء السبب، ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقّق النقل والانتقال؛ لأنّ هذا في مرتبة السبب وذاك في مرتبة المسبّب، والاستصحاب إنّما يقدّم على أصالة البراءة، حيث يكونان في مرتبة واحدة».

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم[2] بأنّ حديث الرفع وإن كان يشمل الأحكام الوضعيّة، إلّا أنّه لا يعمّ خصوص الجزئيّة والشرطيّة والمانعيّة؛ ضرورة أنّ هذه الأُمور الثلاثة أُمور غير قابلة للوضع، فلا تكون قابلة للرفع أيضاً إلّا برفع منشأ انتزاعها، وعليه فإذا شكّ في شرطيّة شيء أو جزئيّته أو مانعيّته لم يجز الرجوع فيها إلى البراءة.

إن شئت فقل: إنّ الشرطيّة والسببيّة والمانعيّة والجزئيّة ليست مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها، وعليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها، فلا تكون

(١) حاشية المكاسب: ٨٩.

(٢) مصباح الفقاهة: ٣: ٧.

قابلة للرفع أيضاً حتّى لو قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعيّة.

ثمّ أجاب عمّا ذكره المحقّق شاهداً لما ذهب إليه من جريان الأُصول في نفي الشروط التي يشكّ في اعتبارها بقوله: «أمّا استدلال الإمام عليه السلام في بعض الروايات بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فهو بعيد عمّا نحن فيه بداهة أنّ صحّة العقود والإيقاعات بنفسها قابلة للوضع، فتكون قابلة للرفع أيضاً بحديث الرفع، ومن هنا يحكم بفسادها إذا صدرت كرهاً.

ربما يقال: إنّ ما ذكره هنا منافٍ لما ذكره في الأُصول بأنّ الصحّة والفساد الواقعتين أمران انتزاعيّان، ولكنّه واضح الفساد، ولأنّه يمكن أن يكون الخطأ من المقرّر، فإنّ ما ذكره يتمّ في العبادات، وأمّا المعاملات فالصحّة فيها أمر مجعول عنده، ولذا يقول: إنّ ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وغيره من العمومات إرشاد إلى صحّة العقود.

والعمدة في الجواب أن يقال: إنّا نسلّم أنّ الرفع يعمّ التكليف والوضع، فتكون النتيجة رفع الحكم عن المجهول، ولكن لا دليل على صحّة فاقد الشرط المشكوك، ومقتضى الأصل عدم ترتّب الأثر على الفاقد.

وقال سيّدنا الأُستاذ في مقام الجواب عن المحقّق الأيروانيّ ﷺ: «إنّ حديث الرفع المتضمّن لرفع (ما لا يعلمون) ضعيف سنداً. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: إنّ ما ورد عن الإمام عليه السلام من الاستدلال بحديث الرفع لرفع الأثر عن الطلاق الإكراهيّ مغاير للمقام، فإنّ الرفع فيه يكون واقعيّاً، وفيما (لا يعلمون) ظاهريّاً، فغاية ما يمكن أن يقال فيه: رفع الحكم المجهول ظاهراً، ولكن لا دليل على تعلّق الأثر بالفاقد، ومقتضى الأصل عدم ترتّب الأثر عليه.

أمّا الجهة الرابعة ـ وهي كفاية الإشارة في إنشاء البيع وتقديمها على الكتابة أو

بالعكس ـ فنقول : بعدما عرفت صحّة الإنشاء وإبراز المعتبر النفسانيّ بكلّ ما يصلح لإبراز المعتبر النفسانيّ ، فمقتضى العمومات والمطلقات الواردة في الباب هو الحكم بلزوم معاملة الأخرس وصحّتها ، فإبراز الاعتبار النفسانيّ بالإشارة المفهّمة للمراد مصداق للبيع ، فيكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات ، فهو بالإشارة يبرز الاعتبار النفسانيّ ولا يلزم عليه أن يستحضر الصيغة اللفظيّة في ذهنه لكي تكون إشارته إليها **أوّلاً** ، وإلى مدلولها **ثانياً** حتّى يكون إبراز ما في النفس إبراز تلك الصيغة الحاضرة في الذهن ، ولا يقاس المقام بالقراءة الصلاتيّة ؛ إذ المطلوب هناك قراءة نفس الألفاظ لا إبراز مداليلها ، فإذا ثبت جواز إنشاء الأخرس العقود والإيقاعات بالإشارة ، فيقع الكلام هنا في أنّ إبراز ما في نفسه من الاعتبار هل يعتبر أنّ يكون بالإشارة أو بالكتابة أو هو مخيّر بينهما ؟ ذكر بعض الفقهاء أنّ الكتابة تتقدّم على غيرها لكونها أضبط ، وذكر البعض الآخر منهم أنّ الإشارة تتقدّم على غيرها لكونها أصرح .

وأجاب عنهما الأُستاذ الأعظم : بأنّ ما ذكروه من الأمرين من الأُمور الاستحسانيّة التي لا يمكن الاعتماد عليها .

ثمّ الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في اللّفظ [١] تارة يقع [٢] في موادّ الألفاظ من حيث إفادة [٣] المعنى بالصراحة [٤]

---

[١] إلى هنا كان كلامه ﷺ في اعتبار أصل اللفظ في المعاملات وعدمه، ومن هنا شرع في الخصوصيّات المعتبرة في لفظ الصيغة بعد البناء على اعتبار أصل اللفظ في المعاملات.

[٢] أي يقع الكلام تارة في موادّ الألفاظ التي ينشأ بها المعاملات، كمادّة البيع، وهي «ب ي ع» بأنّها صريحة في إفادة النقل والانتقال أو ظاهرة فيهما.

وملخّص كلامه: أنّه يقع الكلام في جهات ثلاث:

الأُولى: في موادّ ألفاظ الجملة الإنشائيّة.

الثانية: في هيئاتها الافراديّة.

الثالثة: في هيئاتها التركيبيّة.

[٣] أي يقع الكلام في الجهة الأُولى وهي مفاد الألفاظ إمّا من جهة اعتبار الصراحة والظهور في المادّة التي تُنشأ بها المعاملة، وإمّا من جهة اعتبار لغة خاصّة فيها، وعلى كلّ منهما فالكلام تارة في ألفاظ الإيجاب، وأُخرى في ألفاظ القبول.

[٤] وسيأتي بيان المراد من صراحة ألفاظ العقود وظهورها وحقيقتها ومجازها وكنايتها. **وملخّصه**: يقع الكلام في مفاد ألفاظ العقود بأنّه هل يعتبر فيها أن تكون صريحة في إفادة المطلوب بحيث لا يكفي مجرّد الظهور فيها أم يكتفى بغيرها أيضاً؟ ففي المسألة أقوال:

منها: الاقتصار على لفظ يكون صريحاً في إفادة المراد.

ومنها: كفاية الظهور في المراد ولو بمعونة القرائن.

والظهور والحقيقة [١] والمجاز [٢] والكناية [٣]، ومن حيث [٤] اللّغة المستعملة في معنى المعاملة، وأُخرى [٥] في هيئة كلّ من الإيجاب والقبول

ومنها: الاقتصار على المعنى الحقيقيّ لها وعدم الاعتماد على الكنايات والمجازات.

ومنها: الاقتصار على القدر المتيقّن، فلا يجوز إنشاء العقود والإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكة، وغيرها من الأقوال.

[١] أي يقع الكلام في موادّ الألفاظ من حيث إنّه هل يقتصر في إنشاء العقود والإيقاعات على الألفاظ الحقيقيّة، وهي استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له.

[٢] أي استعمال اللفظ في المعنى غير الموضوع له، كاستعمال الأسد في الرجل الشجاع.

[٣] وهو ذكر اللازم وإرادة الملزوم، كقولك: «زيد كثير الرماد»، وهو ذكر الملزوم وإرادة اللازم، أي الجود، أي يقع الكلام في موادّ الألفاظ بأنّه هل يجوز إنشاء العقود والإيقاعات بشيء من الألفاظ الكنائيّة والمجازيّة أو لا ينعقد بشيء منهما؟

[٤] عطف على قوله: «من حيث إفادة المعنى»، أي يقع الكلام في موادّ الألفاظ من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة من العربيّة والفارسيّة وغيرهما من اللغات، حيث ذهب بعض إلى أنّه يجب الاقتصار على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغةً.

[٥] من هنا شرع في الجهة الثانية من الخصوصيّات المعتبرة في اللفظ، وهي هيئاتها الإفراديّة، أي يقع الكلام مرّةً أُخرى في هيئة كلّ من الإيجاب والقبول من حيث إنّه يعتبر في الإيجاب أو القبول أن يكون بالجملة الفعليّة، كقوله:

من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعليّة، وكونه [١] بالماضي، وثالثة [٢]: في هيئة تركيب الإيجاب والقبول من [٣] حيث الترتيب والموالاة.

أمّا الكلام من حيث المادّة [٤]، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات.

قال في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة: التصريح، فلا يقع [٥] بالكناية بيع البتّة، مثل قوله: «أدخلته في ملكك» أو «جعلته لك» أو «خذه منّي بكذا» أو «سلّطتك عليه بكذا» عملاً [٦] بأصالة بقاء الملك،

«بعت» و «قبلت». ولا اعتبار بكونه بالجملة الاسميّة نحو هذا المال داخل في ملكك.

[١] أي أن يكون الإيجاب أو القبول بصيغة الماضي، ولا اعتبار بكونه بصيغة المضارع.

[٢] أي يقع الكلام ثالثة في الهيئات التركيبيّة للإيجاب والقبول. وهذه هي الجهة الثالثة من الكلام في الخصوصيّات المعتبرة في الألفاظ التي تنشأ بها المعاملات.

[٣] أي الكلام في الهيئة التركيبيّة كالبحث عن لزوم رعاية التركيب المعتبر بين الإيجاب والقبول، كتقديم الإيجاب على القبول، ولزوم رعاية الموالاة بين الإيجاب والقبول، أي عدم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول بحيث يكون مخلّاً بصدق العقد.

[٤] التي هي الجهة الأُولى من المبحث.

[٥] أي فلا يقع البيع باستعمال اللفظ في معناه الحقيقيّ وإرادة لازمه أو ملزومه.

[٦] أي إنّما قلنا بعدم وقوع البيع بهذه الجملات التي أنشأ بها البيع بالكناية؛ لأنّا إذا شككنا في خروج المبيع عن ملك بائعه بهذه الجملات غير الصريحة في

ولأنّ [١] المخاطب لا يدري بم خوطب، انتهى.

وزاد [٢] في غاية المراد على الأمثلة مثل [٣] قوله: «أعطيتكه بكذا»، أو «تسلّط عليه بكذا». وربما يبدّل [٤] هذا باشتراط [٥] الحقيقة في الصيغة

إنشاء البيع وعدمه يستصحب بقاء الملك في ملك بائعه، وهو معنى فساد البيع ويعبّر عن الأصل المذكور بأصالة الفساد أيضاً.

[١] هذا وجه ثانٍ لما ذكره الشهيد في التذكرة، لعدم وقوع البيع بالكنايات، أي إنّما قلنا بعدم وقوع البيع بالكنايات؛ لأنّ المخاطب الذي هو المشتري مع عدم صراحة الإنشاء في البيع لا يعلم أنّ المنشئ أراد منه البيع أو الهبة المعوضة أو غير المعوضة أو الإعارة أو غيرها؟ فلا يمكن له قبول ما أوجبه المنشئ البائع.

[٢] أي زاد الشهيد الأوّل في غاية المراد على الأمثلة المذكورة مثالين آخرين أيضاً:

أحدهما: قوله: «أعطيتكه».

ثانيهما: قوله: «أو تسلّط عليه».

[٣] مفعول لقوله: «زاد».

[٤] أي وربما يتبدّل هذا الشرط الرابع، وهو لزوم كون إنشاء العقد باللفظ الصريح.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «يتبدّل»، أي عبّر بعض الفقهاء عن اشتراط التصريح بالصيغة باشتراط الحقيقة في الصيغة، وقال: مكان أنّه يشترط التصريح في الصيغة تشترط الحقيقة في الصيغة، أي يعبّر في صيغة البيع وغيرها من صيغ المعاملات أن تستعمل الصيغ في معناها الحقيقيّ، ولا تنعقد العقود بالمجازات، فإنّه أسقط شرطيّة الصراحة عن صيغة البيع وغيره.

فلا ينعقد بالمجازات حتّى [١] صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب [٢] والبعيد [٣]. والمراد بالصريح [٤]، كما يظهر من جماعة من الخاصّة والعامّة في باب الطلاق وغيره ما [٥] كان موضوعاً لعنوان ذلك

---

[١] مبالغة في نفي انعقاد العقود بالمجازات، أي حتّى المجاز القريب لا يصحّ إنشاء العقد به فضلاً عن المجاز البعيد.

[٢] أي المجاز القريب إلى معناه الحقيقيّ. وجه القرب هو أن تكون مناسبته ومشابهته بالمعنى الحقيقيّ أكثر من غيره، ومثاله: كما إذا قال البائع: «أسلمت إليك هذا الثوب بهذا الدينار، فإنّه أقرب إلى البيع من قول البائع: «ملّكتك».

وإن شئت فقل: إنّ إيجاب البيع يصحّ بكلّ لفظ يكون مبرزاً للاعتبار النفسانيّ، سواء كان بلفظ السلم أو بلفظ التمليك، إلّا أنّ السلم أقرب إلى البيع من التمليك؛ لأنّ التمليك شائع في الهبة وغيرها أيضاً، وأنّه بمنزلة الجنس البعيد إلى البيع، وهذا بخلاف السلم، فإنّه مجاز قريب للبيع؛ لعدم شموله لغير البيع؛ إذ هو نوع خاصّ من البيع يستعمل مجازاً في الجنس.

[٣] وهو ما كانت مناسبته ومشابهته مع المعنى الحقيقيّ أقلّ من غيره، كاستعمال ملّكتك في البيع، فحيث إنّه بمنزلة جنس البيع فيكون مجازاً بعيداً بالنسبة إليه لشموله لغيره أيضاً.

[٤] لمّا بيّن المصنّف اعتبار الصراحة في صيغة البيع وعدم وقوعها بالألفاظ الكنائيّة أراد أن يبيّن المراد من الصراحة ـ المعتبرة في صيغة البيع، ومن الكناية فيها ـ بقوله: «والمراد بالصريح ...».

[٥] خبر لقوله: «والمراد ...»، أي المراد ممّا ذكرنا من أنّه من شروط الصيغة التصريح ما كانت الصيغة موضوعة لغةً لعنوان ذلك العقد الذي أنشئ بهذه

العقد لغة أو شرعاً، ومن [١] الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع [٢] فيفيد [٣] إرادة نفسه بالقرائن، وهي [٤] على قسمين عندهم:

الصيغة لغةً، مثل صيغة «طلّقت» التي هي موضوعة للطلاق، و«بعت» التي هي موضوعة للبيع، أو شرعاً كلفظ «ملّكت»، فإنّه يصحّ إنشاء البيع به شرعاً مع عدم وضعه لغة للبيع.

[١] أي المراد من الكناية ـ في قوله: «فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات» ـ ما أفاد اللفظ لازم المعنى المستفاد من العقد بحسب الوضع، فإنّ اللفظ الكنائيّ وضع لإفادة لازم المعنى كقوله: «كثير الرماد»، فإنّه موضوع لإفادة الجود الذي هو لازم كثير الرماد، وإنّما يفيد العقد بالكناية، ويدلّ عليه بالقرائن.

[٢] بأن وضع اللفظ لغة للمعنى اللازم للعقد، كالنقل أو الإدخال في ملك الغير، ونحو ذلك الذي هو لازم للبيع بأن يكون المنشأ المعنى الكنائيّ، أعني لازم المعاملة، ويراد منه الملزوم، أي العقد، وعليه فيراد من اللفظ اللازم بالإرادة الاستعماليّة، كما أنّه يراد منه الملزوم بإرادة جدّيّة، وكلفظ «سلّطتك» إذا فرض قيام دليل شرعاً على الاكتفاء به في مقام الإنشاء بحيث تكون «سلّطتك» بمنزلة «بعتك» وإن لم يكن لفظ «سلّطتك» موضوعاً لغة لعنوان البيع؛ لأنّه وضع للازم البيع وهو السلطنة، فلفظ «سلّطتك» وضع للسلطنة التي هي من لوازم التمليك الذي هو مفهوم البيع.

[٣] أي إذا أفاد اللفظ الكنائيّ المعنى اللازم للعقد، فيفيد إرادة نفس العقد الذي هو المعنى الملزوم بالقرائن.

والحاصل: أنّ اللفظ الكنائيّ يستعمل في المعنى اللازم حقيقة، وفي المعنى الملزوم مجازاً بمؤونه القرينة الخارجيّة.

[٤] أي القرائن قد تكون جليّة وهي ما توجب اللفظ في الدلالة على المراد كقوله:

جليّة وخفيّة، والذي [١] يظهر من النصوص [٢] المتفرّقة في أبواب العقود اللّازمة والفتاوى [٣] المتعرّضة لصيغها في البيع بقول مطلق [٤]، وفي بعض [٥] أنواعه، وفي [٦] غير البيع من العقود اللّازمة

«أدخلته في ملكك بعوض»، فإنّ ذكر العوض الظاهر من إرادة المقابلة بين العوضين قرينة جليّة على إرادة البيع من الصيغة المذكورة، وقد تكون قرينة خفيّة، وهي إرادة البيع من الصيغة المذكورة بمؤونة القرينة تحتاج إلى تأمّل ودقّة.

[١] من هنا شرع في ردّ ما نسبه إلى المشهور من اعتبار الصراحة واعتبار الوضع اللغويّ في ألفاظ العقود وعدم إنشائها بالمجازات والكنايات، وأنّ كلماتهم ظاهرة في خلاف ما نسب إليهم.

وملخّص ردّه هو: أنّ المستفاد من النصوص المتفرّقة والفتاوى المتعرّضة لصيغ العقود أنّه لا تعتبر الدلالة الحقيقيّة المستندة إلى وضع اللغويّ في ألفاظ العقود وعدم إنشائها بالمجازات والكنايات.

[٢] قد تقدّم جملة من الأخبار المتعلّقة بالبيع في باب المعاطاة.

[٣] عطف على قوله: «النصوص»، أي والذي يظهر من الفتاوى التي تعرّض الفقهاء فيها لصيغ العقود في البيع.

وحاصله: استدلّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ بفتاوى الأصحاب في إنشاء البيع والنكاح والوقف والرهن وغيرها، كما سيأتي في المتن.

[٤] أي المتعرّضة لصيغ جميع أقسام البيع من الصرف والسلم والنقد والنسيئة وغيرها.

[٥] أي المتعرّض لصيغ بعض أنواع البيع، كالسلف والصرف فقط.

[٦] أي الفتاوى المتعرّضة لصيغ العقود اللازمة في غير البيع كالنكاح والإجارة

هو [١] الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ معتدّ به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: «بعت» و «ملّكت» [٢] وبين قوله: «نقلت إلى ملكك» أو «جعلته ملكاً لك بكذا» [٣]، وهذا [٤] هو الذي قوّاه جماعة من متأخّري المتأخّرين [٥]، وحكي عن جماعة ممّن تقدّمهم [٦] كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز أنّه [٧] حكى عن شيخه المحقّق أنّ عقد

والرهن والصلح ونحوها.

[١] خبر لقوله: «والذي يظهر...»، أي والذي يظهر من النصوص والفتاوى جواز الاكتفاء في إنشاء العقد بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ يعتمد عليه العرف في بيان المعنى المقصود من العقود والإيقاعات، ولا يتوقّف جواز الإنشاء على صراحة الصيغة والظهور الوضعيّ لها.

[٢] اللّذين هما صريحان في البيع، وقد عرفت أنّ «ملّكتك بعوض» صريح في البيع.

[٣] اللّذين هما كنايتان عن البيع. **وملخّص الكلام**: أنّ المعيار بالظهور العرفيّ في المعنى المقصود ولا دخالة في الصراحة فيه.

[٤] أي الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ في إنشاء البيع وغيره من العقود، سواء كان صريحاً فيه أو كناية عنه.

[٥] كالمحدّث الفيض والمحقّق الأردبيليّ، وصاحب الجواهر على ما حكي عنهم.

[٦] أي تقدّم متأخّري المتأخّرين، أي حكى عن جماعة من متقدّمي المتأخّرين في مقابل متأخّري المتأخّرين.

[٧] أي كاشف الرموز حكى عن أُستاذه المحقّق أنّ المحقّق قال: «إنّ عقد البيع...».

البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، وأنّه [١] اختاره أيضاً، وحكى عن الشهيد ﷺ في حواشيه أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه [٢]، مثل «أسلمت إليك» و«عاوضتك» [٣]، وحكاه [٤] في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين، بل هو [٥] ظاهر العلّامة ﷺ في التحرير، حيث قال [٦]: إنّ الإيجاب اللّفظ الدالّ على النقل مثل: «بعتك» أو «ملّكتك»، أو ما يقوم مقامهما [٧]، ونحوه [٨] المحكيّ عن التبصرة والإرشاد وشرحه [٩]

---

[١] أي إنّ كاشف الرموز أيضاً اختار مختار أُستاذه المحقّق من الاكتفاء في إنشاء البيع بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ في إفادة المقصود.

[٢] أي على البيع. وغرضه أنّ الشهيد أيضاً يقول بجواز إنشاء البيع بكلّ لفظ له ظهور في بيان المعنى المقصود من البيع وغيره وإن كان الذي يظهر اللفظ فيه معنى كنائيّاً له.

[٣] أي جوّز الشهيد إنشاء البيع بمثل: «أسلمت إليك» «عارضتك»، مع أنّهما من الألفاظ الكنائيّة لإنشاء البيع.

[٤] أي حكى الشهيد الاكتفاء بكلّ لفظ ظاهر في إنشاء البيع.

[٥] أي الاكتفاء بكلّ لفظ ظاهر في إنشاء البيع.

[٦] أي قال العلّامة ﷺ في التحرير.

[٧] أي كلّ لفظ يدلّ على إنشاء البيع أو التمليك من المجازات والكنايات فإنّه يقوم مقام «بعت» و«ملّكت».

[٨] أي مثل كلام العلّامة في الدلالة على الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ في إنشاء العقد ولو بظهوره الكنائيّ كلام العلّامة المحكي عن التبصرة والإرشاد.

[٩] أي شرح الإرشاد لفخر المحقّقين ابن العلّامة.

لفخر الإسلام فإذا [١] كان الإيجاب هو اللّفظ الدالّ على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك» أو «جعلته ملكاً لك بكذا»، بل قد يدّعى أنّه [٢] ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه من دون [٣] ذكر لفظ خاصّ، كالشيخ وأتباعه [٤]، فتأمّل [٥].

---

[١] تقريب من الشيخ لدلالة كلام العلّامة على الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور في إنشاء البيع.

وتوضيح التقريب هو: قال العلّامة: «إنّ الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل، واستنتج منه الشيخ أنّ البيع يقع بكلّ لفظ ظاهر فيه حيث قال: إذا كان إيجاب حقيقته هو اللفظ الدالّ على النقل فمعناه أنّ إيجاب البيع يتحقّق بكلّ لفظ دالّ على النقل، فإذا كان معنى الإيجاب هذا الذي ذكرناه فكيف لا ينعقد البيع بمثل نقلت...؛ لأنّ «نقلت» وأمثاله هو اللفظ الدالّ على النقل، فيصدق عليه إيجاب البيع الذي عرّفه العلّامة.

[٢] أي الاكتفاء بكلّ لفظ دلّ على إنشاء البيع ظاهر كلام كلّ مَن قال: «يعتبر في البيع الإيجاب والقبول»، فإنّ إطلاق هذا الكلام يدلّ على أنّ البيع يتحقّق بكلّ لفظ يصلح أن يتحقّق به الإيجاب والقبول.

[٣] أي من دون تقييد الإيجاب والقبول بلفظ خاصّ، فإنّ اعتبار الإيجاب والقبول في البيع وعدم ذكرهم اعتبار لفظ خاصّ في الإيجاب والقبول يدلّ على أنّ البيع يتحقّق بكلّ لفظ يصلح أن يكون مبرزاً للاعتبار النفسانيّ، سواء كان مستعملاً في معناه الحقيقيّ أو المجازيّ.

[٤] الذين اعتبروا الإيجاب والقبول في البيع ولم يقيّدوا بلفظ خاصّ.

[٥] إشارة إلى أنّ إطلاق كلامهم ناظر إلى اعتبار أصل الإنشاء اللّفظيّ في البيع، وأمّا هل يكفي فيه مطلق اللفظ أو يعتبر فيه لفظ مخصوص، فلا إطلاق في

وقد حكي عن الأكثر تجويز [١] البيع حالاً [٢] بلفظ [٣] « السلم ».
وصرّح جماعة [٤] أيضاً [٥]

كلامهم من هذه الجهة.

[١] نائب فاعل لقوله: « وقد حكي » الحاكي هو الشهيد الثاني ﷺ في المسالك حيث قال في توضيح ما أفاده المحقّق ﷺ من انعقاد البيع بلفظ السلم: هذا هو اختيار الأكثر.

[٢] أي نقداً، وهو بيع الحاضر بالحاضر. واعلم أنّ البيع ينقسم باعتبار التأخير والتقديم في العوضين إلى أربعة أقسام:

أحدها: بيع الحاضر بالحاضر، وهو النقد والحال.

وثانيها: بيع المؤجّل بالمؤجّل، وهو بيع الكالي بالكالي.

وثالثها: بيع الحاضر بالثمن المؤجّل، وهي النسيئة.

ورابعها: بيع المؤجّل بالحاضر، وهو السلم.

[٣] الجار متعلّق بقوله: « تجويز »، أي جوّز أكثر الفقهاء إنشاء البيع الحال ـ الذي هو بيع الحاضر بالحاضر ـ بلفظ « السلم » بأن يقول: « أسلمتك المال في مقابل دينار »، مع أن السلم إنّما هو في مقابل النسيئة بأن يكون الثمن نقداً والمثمن نسيئة، فاستعمال السلم في البيع مجاز؛ لأنّه موضوع حقيقة للنوع الخاصّ من البيع، فيكون استعماله في الجنس مجازاً، وهذا يكون دليلاً على الاكتفاء في البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه، ولو بالكفاية والمجاز.

[٤] كالمحقّق والعلّامة والشهيد ﷺ.

[٥] أي كما جوّز الأكثر انعقاد البيع بلفظ السلم الذي لا يستعمل في البيع إلّا مجازاً من باب استعمال اللفظ الموضوع لنوع خاصّ منه في الجنس، فكذا صرّح

في بيع التولية بانعقاده [١] بقوله: «ولّيتك العقد» أو ولّيتك السلعة [٢]، والتشريك [٣]

جماعة بانعقاد بيع التولية وبيع التشريك بلفظ «ولّيتك» و «شركتك» مع أنّهما غير موضوعين لغة للبيع، بل يدلّان عليه بالقرينة.

[١] الجار متعلّق بقوله: «صرّح»، أي صرّح بانعقاد بيع التولية.

[٢] أي يصحّ انعقاد البيع بالصيغة المذكورة مع أنّها ليست حقيقة في البيع، بل استعملت فيه مجازاً أو كناية.

[٣] عطف على بيع التولية، أي صرّح جماعة أيضاً في بيع التشريك في المبيع.

أقول في توضيح بيع التولية وبيع التشريك: إنّ المعروف بين الفقهاء أنّ البيع باعتبار الإخبار برأس المال وعدم الإخبار به ينقسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يبيع مع عدم الإخبار برأس المال، وهو بيع المساومة.

وثانيها: أن يبيع برأس المال مع الإخبار به، وهو بيع التولية.

وثالثها: أن يبيع بزيادة عليه مع الإخبار به، وهو بيع المرابحة.

ورابعها: أن يبيع بنقصان عنه، وهو بيع المواضعة، وزاد الشهيد في الدروس واللّمعة قسماً خامساً وسمّاه ببيع التشريك، وفسّره بقوله: «والتشريك هو أنّ له فيه نصيباً برأس ماله، وهو بيع أيضاً، ولو أتى بلفظ التشريك فالظاهر الجواز، فيقول: أشركتك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه، فبيع التشريك نظير بيع التولية في كونه تمليك العين بنفس رأس المال لا أزيد منه ولا أنقص، ولكنّه يفترق عنه بأنّ التشريك بيع كسر مشاع من البيع بإزاء نصف ثمن المبيع، فيقول البائع: «شركتك بنصفه بنصف ثمنه، فإذا قبله المشتري يصير شريكاً في المبيع مع البائع.

في المبيع بلفظ [١] « شركتك ».

وعن [٢] المسالك في مسألة تقبّل [٣] أحد الشريكين في النخل حصّة [٤] صاحبه بشيء معلوم من الثمرة: أنّ [٥] ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل ،

إذا عرفت معنى بيع التولية وبيع التشريك فنقول: إنّ تجويز الفقهاء بيع التولية وبيع التشريك بلفظ « ولّيتك » أو « شرّكتك » دليل على كفاية اللفظ الدالّ على إنشاء البيع وإن لم يكن صريحاً فيه ، بل كانت دلالته عليه بالكناية والمجاز.

[١] عطف على قوله: « بيع التولية » ، أي صرّح جماعة في بيع التشريك في المبيع بلفظ « شركتك » مع أنّ اللفظ المذكور ليس حقيقة في البيع ، وإنّما استعمل فيه مجازاً.

[٢] أي حكى عن الشهيد في المسالك.

[٣] مسألة التقبّل عبارة عن أن يكون بيع اثنين نخل أو شجر أو زرع ، فيتقبّل أحدهما بحصّة صاحبه بعد خرص المجموع ، أي تقدير المجموع بالحدس بشيء معلوم على حسب الخرص.

[٤] مفعول لقوله: « تقبل » ، أي تقبل أحد الشريكين حصّة صاحبه بثمن معلوم بأن يكون نخل بين الرجلين فيقول أحدهما لصاحبه: اختر ، إمّا أن تأخذ هذا النخل بعشرة أكيال وتعطيني نصف هذا الكيل ، زاد أو نقص ، وإمّا أن آخذ بذلك.

[٥] أي حكى عن المسالك أنّ ظاهر الأصحاب جواز وقوع البيع المذكور بلفظ التقبّل بأن يقول أحد الشريكين المقدم على شراء حصّة صاحبه بإزاء حصّته: تقبلت حصّتك بمئة رطل من الثمرة.

مع أنّه [١] لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة ، هذا [٢] ما حضرني من كلماتهم في البيع ، وأمّا في غيره [٣] فظاهر جماعة [٤]

---

[١] أي أنّ التقبّل لا يخلو عن أحد الاحتمالات الثلاثة : البيع أو الصلح أو معاملة مستقلّة ، ومع هذه الاحتمالات فهو لا يكون صريحاً فيه ، وإنّما يكون موضوعاً لجنس التمليك ، ويكون البيع أحد محتملات التقبّل ، وهذا يكون شاهداً على جواز إنشاء البيع بكلّ لفظ يدلّ عليه ، ولو مع القرائن كما يكون التقبّل هكذا .

وقال المحقّق المامقانيّ ﷺ : « قد عرفت ممّا بيّنّاه ما في قول المصنّف ﷺ مع أنّه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة لمصير جماعة أُخرى إلى كونها معاملة ثالثة جائزة ، فيصير ذلك أيضاً من أطراف الاحتمال . وكيفما كان قد ظهر من قول الأصحاب جواز تقبّل أحد الشريكين في النخل بلفظ « التقبّل » كفاية مطلق الدلالة اللّفظيّة في إنشاء البيع وإن كانت مجازيّة كدلالة « تقبّلت » على إنشاء البيع في مسألة النخل .

[٢] أي هذا الذي ذكرناه من كلمات الفقهاء لإثبات كفاية مطلق اللّفظ في إنشاء العقود اللازمة إنّما هو ما حضرني من كلماتهم الواردة في البيع ، وأنت ترى أنّ كلماتهم ظاهرة في كفاية مطلق اللفظ لإنشاء البيع ، سواء كان إنشاء البيع معنى حقيقيّاً له ، أو معنىً مجازيّاً له ، أو معنى كنائيّاً .

[٣] ومن هنا شرع في نقل كلماتهم الظاهرة في كفاية مطلق اللّفظ في إنشاء غير البيع من سائر العقود ، بقوله : «وأمّا في غيره» . أي أمّا في غير البيع من سائر العقود ، فهل يكفي فيه أيضاً مطلق اللّفظ في إنشائه ؟

[٤] كالمحقّق والعلّامة والشهيدين ﷺ .

في القرض عدم اختصاصه [١] بلفظ خاصّ، فجوّزوه [٢] بقوله [٣]: «تصرّف فيه» أو «انتفع به وعليك ردّ عوضه أو خذه [٤] بمثله وأسلفتك [٥]، وغير ذلك [٦] ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع [٧] أنّ القرض من العقود اللّازمة على حسب لزوم البيع والإجارة، وحكي عن جماعة في الرهن أنّ إيجابه يؤدّى [٨] بكلّ لفظ يدلّ عليه مثل قوله: هذه

---

[١] أي عدم اختصاص إنشاء القرض بلفظ خاصّ يكون موضوعاً لإنشائه، بل يجوز إنشاؤه بكلّ لفظ صالح له ولو بالكناية والمجاز.

[٢] أي جوّز الجماعة وقوع إنشاء القرض.

[٣] أي بقول المقرض: «تصرّف في هذا المال».

[٤] أي خذا هذا المال بإزاء مثله. وفيه إشارة إلى عدم كونه مجّاناً.

[٥] أي أقرضتك. السلف: القرض الذي لا منفعة فيه للمقرض، وعلى المقترض ردّه كما أخذه. أقرب الموارد.

[٦] أي غير ما ذكرنا من الألفاظ التي ذكروا وقوع البيع بها كناية ومجازاً، بمعنى كلّ الألفاظ الصالحة لوقوع البيع بها بالعناية والمجاز يصلح أن يقع القرض بها أيضاً.

[٧] أي ذكروا عدم اختصاص إنشاء القرض بكلّ لفظ صالح لأن ينشأ به، مع أنّ القرض أيضاً من العقود اللازمة كلزوم البيع والإجارة، فإذا كفى مطلق اللفظ في القرض الذي هو من العقود اللازمة كفى في غيره أيضاً؛ لأنّ حكم الأمثال فيما يجوز وفيما لا يجوز واحد. **فتحصّل**: أنّ كلمات الفقهاء الواردة في القرض تدلّ على كفاية مطلق اللفظ في البيع.

[٨] بصيغة المجهول، أي إيجاب الرهن يؤدّى بكلّ لفظ يدلّ على إنشاء الرهن.

وثيقة عندك، وعن الدروس تجويزه [١] بقوله: خذه أو أمسكه بمالك، وحكي عن غير واحد تجويز [٢] إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللّازمة بلفظ [٣] تعهّدت المال وتقلّدته [٤]، وشبه ذلك [٥]. وقد ذكر المحقّق وجماعة ممّن تأخّر عنه جواز [٦] الإجارة بلفظ العارية [٧] معلّلين [٨] بتحقّق القصد. وتردّد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة [٩]،

---

[١] أي تجويز إنشاء الرهن بقوله: «خذه...»، فإنّ هذا القول من الدروس، مضافاً إلى تصريح جماعة يدلّ على وقوع الرهن بكلّ لفظ يدلّ عليه، سواء كان بالكناية أو المجاز.

[٢] نائب فاعل لقوله: «وحكى...».

[٣] الجار متعلّق بقوله: «تجويز»، أي حكى عن غير واحد كالطوسي والعلّامة قدّس سرّهما جواز إيجاب الضمان بلفظ تعهّدت...». وهذا الذي حكوه يشهد على وقوع إيجاب الضمان بكلّ لفظ دلّ عليه.

[٤] تقلّد الأمر: تولّاه، وألزمه على نفسه. المنجد. أي جعلت المضمون به قلادة في عنقي وفي عهدتي.

[٥] كقوله: «علَيَّ أداؤه، وبذمّتي إعطاؤه».

[٦] مفعول لقوله: «وقد ذكر».

[٧] بأن يقول: «أعرتك منفعة الدار سنة بمبلغ مئة درهم».

[٨] أي علّلوا جواز الإجارة بلفظ العارية؛ بأنّه يتحقّق قصد الإجارة من قوله: «أعرت»، فيكون داخلاً تحت قاعدة «العقود تابعة للقصود».

[٩] بأن يقول: «بعتك منفعة الدار» مكان «آجرتك الدار»، وتقريب الاستدلال بتردّد الجماعة على جواز إنشاء الإجارة بكلّ لفظ يدلّ عليها هو: أنّه لو لم

وقد ذكر جماعة جواز المزارعة [١] بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعة [٢]، وعن مجمع البرهان كما في غيره أنّه لا خلاف في جوازها [٣] بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب. مع [٤] كونه ماضياً، وعن المشهور جوازها [٥] بلفظ « ازرع ». وقد جوّز جماعة الوقف [٦] بلفظ « حرّمت » و « تصدّقت » مع القرينة [٧] الدالّة على إرادة الوقف مثل أن [٨] لا يباع ولا يورث مع [٩] عدم الخلاف، كما عن [١٠] غير واحد على أنّهما

يكن مطلق اللفظ كافياً واعتبر في العقود اللازمة ألفاظ خاصّة لم يكن وجه للتردّد، فإنّ تردّدهم فيه يدلّ على إمكان إنشاء الإجارة بكلّ لفظ يدلّ عليه.

[١] وهي تسليم الأرض إلى الزارع بعوض من الثمر، والحاصل معلوم القدر.

[٢] أي تسليم الأرض من مالكها إلى الزارع لأجل المزارعة.

[٣] أي في جواز المزارعة.

[٤] أي بشرط كون اللفظ الدالّ على إنشاء المزارعة ماضياً فلا يجوز أن ينشئها بصيغة المضارع.

[٥] أي جواز المزارعة بصيغة الأمر، كقوله: « ازرع ».

[٦] مفعول لقوله: « وجوّز » أي جوّز جماعة إنشاء الوقف بلفظ « حرّمت ».

[٧] أي بشرط ذكر القرينة الدالّة على إرادة الوقف من قوله: «حرّمت» و«تصدّقت».

[٨] أي أنّهما يكونان قرينتين على أنّ المراد من تحريم المال وتصدّقه هو الوقف.

[٩] أي قد جوّز جماعة إنشاء الوقف بلفظ « حرّمت » و « تصدّقت » مع أنّه لا خلاف على أنّهما من الكنايات، وليستا صريحتين في إنشاء الوقف.

[١٠] هذا إشارة إلى أنّ عدم الخلاف في كونهما من الكنايات حكى للشيخ، وهو لم يظفر عليه بالمباشرة.

من الكنايات [١]، وجوّز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتّع [٢]، مع أنّه [٣] ليس صريحاً فيه، ومع هذه الكلمات [٤] كيف يجوز أن يسند [٥] إلى العلماء أو أكثرهم وجوب [٦] إيقاع العقد باللّفظ الموضوع [٧] له، وأنّه [٨]

---

[١] يفهم من ذلك جواز إجراء صيغة الوقف بالألفاظ الكنائيّة غير الصريحة في الوقف.

[٢] كأن تقول الزوجة في النكاح الدائم: «متّعتك نفسي بمبلغ معلوم».

[٣] أي مع أنّ لفظ التمتّع ليس صريحاً في النكاح الدائم، بل هو كناية عنه؛ لأنّه موضوع للنكاح المنقطع، فيفهم من هذا جواز إنشاء النكاح باللفظ غير الصريح فيه. هذه جملة الكلمات التي استظهر المصنّف منها كفاية مطلق اللفظ في العقود.

[٤] التي نقلناها عن الفقهاء في مختلف أبواب العقود اللازمة الدالّة على عدم اعتبار لفظ مخصوص في البيع وغيره من العقود.

[٥] بصيغة المضارع المجهول.

[٦] نائب فاعل لقوله: «يسند».

[٧] أي كيف يمكن أن يسند إلى العلماء وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع لإنشاء العقد الصريح فيه.

[٨] أي كيف يمكن أن يسند إلى العلماء بأنّهم يمنعون من إيقاع العقود بالألفاظ المجازيّة، خصوصاً في المجاز القريب. مع انّك عرفت ممّا نقلنا عنهم في الأبواب المختلفة من ظهور كلماتهم في جواز الإنشاء بكلّ لفظ يدلّ عليه، فإنّ ما نسب إليهم من منع إيقاع العقد بالألفاظ المجازيّة ينافي ما تقدّم منهم بجواز إيقاع العقد بكلّ لفظ يدلّ عليه.

لا يجوز بالألفاظ المجازيّة ،خصوصاً [١] مع تعميمها [٢] للقريبة والبعيدة ، كما تقدّم [٣] عن بعض المحقّقين. ولعلّه [٤] لما عرفت ـ من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيّة في العقود اللّازمة ، مع [٥] ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها [٦] بالألفاظ [٧] الغير الموضوعة لذلك العقد ـ جمع [٨] المحقّق الثاني

---

[١] قيد لقوله: «لا يجوز»، أي لا يجوز المنع، خصوصاً في المجازات القريبة.

[٢] أي تعميم الألفاظ المجازيّة والقول بعدم جواز استعمالها في المجازات القريبة والبعيدة.

[٣] أي تقدّم التعميم، وعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد عن بعض المحقّقين، وهو بحر العلوم في المصابيح، حيث صرّح بعدم جواز الإنشاء بالألفاظ المجازيّة، سواء في ذلك المجاز القريب والمجاز البعيد.

[٤] الضمير للشأن يعني لأجل وجود التنافي بين قول المشهور بعدم جواز إنشاء العقود اللازمة بالألفاظ المجازيّة، وبين قولهم بالاكتفاء في أكثر العقود بالألفاظ المجازيّة جمع المحقّق الثاني بين القولين بحيث ارتفع التنافي من البين.

[٥] الظرف متعلّق بقوله: «تنافي»، أي لأجل وجود التنافي بين ما اشتهر بينهم وبين ما عرفت منهم.

[٦] أي في أكثر العقود اللازمة.

[٧] متعلّق بقوله: «الاكتفاء»، أي الاكتفاء بألفاظ لم توضع لإنشاء ذلك العقد اللازم، بل استعملت فيه إمّا مجازاً أوكناية.

[٨] خبر لقوله: «ولعلّ»، واسمه ضمير الشأن، أي لعلّ جمع المحقّق الثاني ﷺ بين القولين لأجل وجود التنافي بينهما. والحاصل هو أيضاً فهم من كلامهما

على ما حكي [١] عنه في باب السلم والنكاح بين [٢] كلماتهم بحمل [٣] المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو [٤] جمع حسن. والأحسن منه [٥]

التنافي بينهما، ولذا قد تصدّى للجمع بينهما.

[١] وفي هذا إشارة إلى أنّ الشيخ لم يلاحظ جمع المحقّق الثاني، بل حكى عنه في باب السلم والنكاح.

[٢] متعلّق بقوله: «جمع»، أي جمع المحقّق بين كلمات القائلين بعدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيّة في العقود اللازمة وبين القائلين بالاكتفاء بها.

[٣] كلمة «الباء» للتبيين، وهي تبيّن كيفيّة الجمع بين القولين، وحاصل جمعه: هو أنّ مراد القائلين بعدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيّة في العقود اللازمة هي المجازات البعيدة، أي المجازات البعيدة لا تنشأ بها العقود اللازمة، ومراد القائلين بجواز التعبير بها هي المجازات القريبة، وبهذا الجمع ارتفعت المنافاة بين الكلامين.

[٤] أي الجمع الذي ذكره المحقّق الثاني بين القولين جمع حسن.

[٥] أي أحسن من الجمع الذي ذكره المحقّق الثاني. قال المحقّق المامقاني ﷺ: «لعلّ وجه أحسنيّة هذا الجمع بالنسبة إلى ما حكاه المحقّق الثاني أنّ لهم في عدم كفاية الألفاظ المجازيّة في العقود عبارتين:

إحداهما: أنّه لا يجوز التعبير بالألفاظ المجازيّة، والأُخرى: أنّه يعتبر كون ألفاظ العقود اللازمة من قبيل الحقيقة، كما أشار إليها بقوله: «إلّا أن يراد باعتبار الحقائق»، وما ذكره المحقّق الثاني لا ينطبق على العبارة الثانية، إلّا أن يراد بالحقيقة ما هو أعمّ منها ومن المجاز القريب، وهو تكلّف بعيد، بخلاف ما ذكره المصنّف، فإنّ مقتضاه التوسعة في اعتبار الحقيقة بمعنى كون الدلالة

أن يراد [١] باعتبار الحقائق في العقود اعتبار [٢] الدلالة اللّفظيّة الوضعيّة ،

مستندة إلى الحقيقة ، سواء كانت هي مفيدة لمضمون العقد ابتداء ، بأن يقع الإنشاء به أم كان ممّا يستند إليه دلالة اللفظ الذي وقع الإنشاء به ، أي سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً للعقد بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ يدلّ على إرادة البيع من اللفظ الأوّل ليرجع الإفادة بالأخرة إلى اللفظ . وملخّص هذا الجمع هو : أنّ مراد القائلين بجواز اجراء الصيغة بالمجازات التوسعة في الحقيقة ، بأن كانت دلالة اللفظ الدالّ على إنشاء العقد مستندة إلى الوضع وإن كانت هذه الدلالة بضميمة لفظ آخر ، فيشمل مرادهم المجازات أيضاً ؛ لأنّها أيضاً تدلّ على إنشاء البيع ـ مثلاً ـ بضميمة لفظ وضع لإفادة ذلك ، كما أنّ « يرمي » يدلّ بالوضع على إرادة الإنسان الشجاع من الأسد ، ومراد القائلين باعتبار الحقيقة وعدم كفاية المجازات في البيع ما كان دلالة اللفظ الدالّ على البيع بغير دلالة لفظيّة وضعيّة ؛ بأن لم تكن دلالة لفظيّة وضعيّة أصلاً كالمعاطاة ، أو كانت لفظيّة ، ولكن لم تكن الدلالة وضعيّة بأن كانت بقرينة حاليّة أو مقاليّة .

[١] أي أن يكون مراد القائلين بقولهم : « يعتبر أن يكون اللفظ الدالّ على إنشاء البيع حقيقة لا مجازاً » اعتبار الدلالة اللفظيّة الحقيقيّة في العقود ، فخرجت بذلك الدلالة غير الوضعيّة ـ كالمعاطاة ـ أو اللفظيّة غير الوضعيّة بأن كانت الدلالة بقرينة حاليّة ، فالمعتبر في صيغة البيع وغيره من العقود هي الدلالة اللفظيّة الوضعيّة .

[٢] نائب فاعل لقوله : « أن يراد » ، بمعنى : أن يراد كون الدلالة مستندة إلى الحقيقة ، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء البيع ـ مثلاً ـ موضوعاً في اللغة للدلالة على إنشاء البيع ؛ بأن يكون إنشاء البيع معنى موضوعاً للبيع في اللغة ،

سواء كان اللّفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له [١] بنفسه أو مستعملاً فيه [٢] مجازاً بقرينة لفظ موضوع [٣]

أو يستند دلالة اللفظ الذي وقع الإنشاء به إلى الوضع، كقوله: «نقلت إليك هذا المتاع بالبيع»، فإنّ لفظ «نقلت» وإن لم يكن موضوعاً لمعنى البيع، لكن دلالته عليه تكون مستندة إلى الوضع؛ حيث إنّ «نقلت» تدلّ على البيع بالقرينة التي تكون دلالتها على تعيين المراد من «نقلت»، وأنّه هو البيع بالوضع، وبالنتيجة: أنّ دلالة «نقلت» على البيع تكون منتهية إلى الوضع بالقرينة التي تكون دلالتها وضعيّة.

[١] أي موضوعاً لإنشاء العقد بدون ضميمة شيء إليه، فإنّ نفس صيغة «بعت» مجرّدة عن القيود موضوع لإنشاء البيع به.

[٢] أي أوكان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد مستعملاً في إنشاء العقد مجازاً، وهذا الاستعمال يكون بقرينة لفظ آخر يدلّ ذلك اللفظ الثاني على أنّ المراد من اللفظ الأوّل إرادة البيع، كملّكت ـ مثلاً ـ فإنّه بقرينة قوله: «بعوض معلوم» يدلّ على أنّ المراد من التمليك هو البيع.

والحاصل: أنّ نفس اللفظ الذي وقع به الإنشاء كقوله: «ملّكت» أو «نقلت» ليس موضوعاً للبيع بنفسه، لكن دلالته على البيع تنتهي إلى الوضع، حيث إنّ دلالة القرينة على أنّ المراد من «ملّكت» هو البيع يكون بالوضع؛ لأنّه كما أنّ دلالة اللفظ على معناه الحقيقيّ تكون بالوضع كذلك دلالته على معناه المجازي أيضاً تكون بالوضع، والنتيجة: أنّ استعمال اللفظ في معناه المجازيّ أيضاً يكون من قِبل استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له.

[٣] صفة لقوله: «لفظ» كما أنّ «آخر» صفة له، أي بقرينة لفظ آخر موضوع لإفادة المعنى المجازيّ.

آخر [١] ليرجع [٢] الإفادة بالأخرة إلى الوضع ؛ إذ [٣] لا يعقل الفرق

---

[١] أي استعمل في إنشاء العقد مجازاً بقرينة لفظ آخر موضوع للدلالة على أنّ المراد من اللفظ الأوّل هو العقد ليرجع إفادة اللفظ الأوّل إنشاء العقد إلى الوضع بالاخرة ؛ لما عرفت من أنّ قوله « ملّكت » وإن لم يكن موضوعاً للبيع ، ولا يدلّ عليه بنفسه ، إلّا أنّه يدلّ عليه بقرينة لفظ آخر موضوع له كقوله : « بعوض معلوم » ، فانّه موضوع لإفادة البيع إذا انضمّ إلى ملّكت ، فاستفادة البيع من « ملّكت » بضميمة قوله : « بعوض معلوم » بالاخرة يرجع إلى دلالة « ملّكت بعوض معلوم » على البيع بالوضع .

وإن شئت فقل : إنّ « ملّكتك » لم توضع للدلالة على إنشاء البيع ، وإنّما دلّت عليه بضميمة قوله : « بعوض معلوم » ، فإنّه يدلّ بالوضع على بيان المراد من ذي القرينة ، وهو « ملّكت » بأنّ المراد منه هو البيع . إذن فدلالة « ملّكتك بعوض معلوم » على إنشاء البيع بالأخرة تستند إلى الوضع فيصدق على الصيغة أنّها تدلّ بالوضع على إنشاء البيع باعتبار دلالة القرينة عليه وإن لم تكن هي بنفسها موضوعة للدلالة عليه .

[٢] حيث إنّ دلالة اللفظ على البيع بنفسه ، ودلالته عليه بضميمة لفظ آخر يدلّ عليه بالوضع على حدّ سواء .

[٣] أي إنّما قلنا الأحسن أن يريد القائل باعتبار الحقائق في إنشاء العقود أعمّ من كون الدلالة مستندة إلى الحقيقة الثابتة بوضع الواضع ، أو مستندة إلى القرينة الدالّة عليها ـ فإنّ الدلالة في الثاني أيضاً تنتهي بالاخرة إلى وضع الواضع ، فتكون نتيجته التوسعة في اعتبار الحقيقة في إنشاء البيع ، فكما أنّ إنشاء البيع بقوله : « بعت » تكون الدلالة فيه مستندة إلى الحقيقة والوضع ، كذلك بقوله : « ملّكتك » بعوض أيضاً بالاخرة ينتهي إلى الوضع ؛ لأنّ القرينة تدلّ عليه

في الوضوح الذي هو مناط الصراحة [١] بين [٢] إفادة لفظ للمطلب بحكم

بالوضع ـ لأنّه لا يعقل الفرق في صراحة الإنشاء بين الموردين ، فكما أنّ قوله : « بعت » صريح في إنشاء البيع كذلك قوله : « ملّكتك بعوض معلوم » .

[١] وقد عرفت ممّا ذكرنا أنّه يعتبر في إنشاء البيع صراحة اللفظ الذي ينشأ به البيع ، وأيضاً عرفت أنّ المراد بالصراحة هو وضوح الدلالة ، وبالنتيجة يعتبر في إنشاء البيع وضوح الدلالة ، بلا فرق بين أن يكون الوضوح بسبب وضع الواضع ، أو بضميمة قرينة تدلّ بالوضع على مراد المتكلّم من اللّفظ ، وعلى هذا فيراد من قولهم : إنّه يعتبر في العقود الدلالة الوضعيّة التوسعة في الحقيقة ، بحيث تشمل كلّ ما كانت الدلالة مستندة إلى الحقيقة ، سواء كانت الدلالة الحقيقيّة لأجل كون اللفظ الدالّ على إنشاء البيع موضوعاً له لغةً بحسب جعل الواضع ، بأن يقع الإنشا بما تكون دلالته مستندة إلى وضع الواضع ، أو تكون منتهية إلى الوضع بالاخرة ، وإن لم يكن اللفظ موضوعاً له بنفسه ، فإنّ الذي ينشأ به البيع ، وهو لفظ « نقلت » مثلاً ليس موضوعاً لمعنى البيع ، لكن دلالته عليه بضميمة لفظ « بعوض معلوم » تكون بالوضع ، حيث إنّ قرينيّة قوله : « بعوض معلوم » تكون بالوضع على أنّه يراد من « نقلت » البيع ، فيصدق على « نقلت » أنّه يدلّ بالوضع على معنى البيع باعتبار أنّه ينتهي بالاخرة إلى الوضع ؛ لأنّ دلالة القرينة على بيان المراد من ذي القرينة تكون بالوضع ، فتكون دلالة اللفظ على معناه المجازيّ أيضاً بوضع الواضع .

[٢] الظرف متعلّق بقوله : « الفرق » ، أي لا يعقل الفرق في وضوح الدلالة بين أن يدلّ اللفظ على المطلب بوضع الواضع ليكون المعنى حقيقيّاً ، أو يدلّ اللفظ عليه بضميمة القرينة إليه كي يكون المعنى مجازيّاً له .

الوضع ، أو إفادته [١] له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع [٢] على إرادة المطلب من ذلك اللفظ [٣].

وهذا [٤] بخلاف اللّفظ الّذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة

---

[١] أي إفادة اللفظ للمطلب بضميمة قرينة تدلّ هي بالوضع عليه ، وإن لم يكن اللفظ دالاً عليه بنفسه .

[٢] وهذا إشارة إلى أنّ القرينة أيضاً دلالتها على المطلب تكون بوضع الواضع ؛ لأنّ استعمال اللفظ في معناه المجازيّ أيضاً يكون بإذن الواضع ، فتكون الدلالة المجازيّة أيضاً دلالة وضعيّة ، وهذا معنى قولهم : التوسعة في الحقيقة .

[٣] أي من اللفظ الأوّل كقوله : « نقلت » الذي لا يدلّ على المطلب ، وهو البيع في حدّ نفسه ، وإنّما يدلّ عليه بضميمة اللفظ الثاني ، وهو القرينة التي وضعت للدلالة عليه .

والحاصل : أنّ المعيار في اللفظ الدالّ على الإنشاء أن يكون واضح الدلالة في البيع ، سواء حصل الوضوح من المعنى الحقيقيّ للفظ أو من معناه المجازيّ بضميمة لفظ آخر المسمّى بالقرينة ، فإنّ كلّ واحد من « الرجل الشجاع » و « أسد يرمى » واضح في إرادة الإنسان الشجاع وإن كان الأوّل يفيد ذلك بحكم الوضع ، والثاني بضميمة لفظ آخر وهو « يرمى » ، وهو أيضاً يدلّ على المطلب بالوضع ، كما عرفت تفصيله . إلى هنا تمّ توجيه مراد القائلين بجواز استعمال المجازات في البيع وغيره من العقود .

[٤] من هنا شرع في توجيه مراد القائلين بعدم جواز استعمال المجازات في البيع ، أي هذا الذي ذكرناه ـ من عدم الفرق في وضوح الدلالة بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع ، وبين إفادته للمطلب مجازاً بضميمة لفظ يدلّ على المطلب بالوضع ـ يغاير اللفظ الذي لا يرجع دلالته إلى اللفظ والوضع ،

حال [١] أو سبق [٢] مقال خارج [٣] عن العقد، فإنّ الاعتماد عليه [٤] في متفاهم المتعاقدين وإن [٥] كان من المجازات القريبة جدّاً رجوع [٦] عمّا

بل إنّما يدلّ على المطلب بمعونة قرينة حاليّة أو بمعونة سبق مقال خارج عن العقد، فإنّ الاعتماد في إنشاء المقاصد حينئذٍ لا يكون منتهياً إلى وضع الواضع، بل يكون على القرينة الحاليّة، وهو خلاف بناء القوم في تفهيم مرادهم.

[١] بأن يدلّ حال المتعاقدين أنّهما أرادا بقولهما: «ملّكت» و «قبلت» البيع، أو غيره من العقود، وهذا ما يسمّى بالقرينة الحاليّة.

[٢] بأن كان اللفظ المذكور بعد مقاولتهما الظاهرة في إرادة البيع من اللفظ، وهذا ما يسمّى بالقرينة المقاليّة.

[٣] صفة لقوله: «مقال»، وفي هذا إشارة إلى القرينة المقاليّة لا تكون مقارنة للعقد، وهي قد تكون سابقة على العقد، وقد تكون لاحقة به.

[٤] أي الاعتماد على اللفظ الذي تكون دلالته على البيع بقرينة حاليّة أو مقاليّة.

[٥] كلمة «إن» وصليّة، أي الاعتماد على المقترن بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة لإفادة المعنى المراد في باب إنشاء العقود وإن كان هذا المعنى المجازي من المجازات القريبة إلى المعنى الحقيقيّ.

[٦] خبر لقوله: «فإنّ الاعتماد»، أي الاعتماد على المقترن بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة التي لا تنتهي إلى الوضع رجوع عن مبناهم الثابت، وقوله: «بنى» ماضي مجهول، وكلمة «من» تبيين للمراد من الموصول في قوله: «عمّا بنى عليه»، أي اعتمادهم على المقترن بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة رجوع عن مبناهم من عدم العبرة بغير الألفاظ في إنشاء العقود اللازمة.

بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد، ولذا [١] لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة، ولو [٢] مع سبق مقال، أو اقتران حال تدلّ [٣] على إرادة البيع جزماً، وممّا ذكرنا [٤] يظهر الإشكال في الاقتصار [٥] على المشترك اللّفظيّ اتّكالاً [٦] على القرينة الحاليّة المعيّنة [٧]،

---

[١] أي ولأجل بنائهم على عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء العقود اللازمة.

[٢] كلمة «لو» وصليّة، أي ولو مع كون المعاطاة مسبوقة بالقرينة المقاليّة. وفي هذا إشارة إلى أنّ القرينة التي لا تفيد هي القرينة المقاليّة المسبوقة على ذي القرينة المسمّى بالمقاولة. وأمّا القرينة الحاليّة فهي تفيد، سواء كانت سابقة أو لم تكن.

[٣] أي تدلّ القرينة على إرادة البيع من المعاطاة، ومع ذلك لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة، فهذا يكون شاهداً على بنائهم على عدم عبرة غير الأقوال في إنشاء المقاصد عندهم.

[٤] من أنّ الفقهاء بنوا على عدم اعتبار غير الأقوال في إنشاء العقود من القرينة الحاليّة أو المقاليّة.

[٥] أي الإشكال في جواز الاكتفاء في مقام إنشاء العقود على لفظ مشترك، وهو أن يوضع لفظ واحد لمعانٍ متعدّدة بأوضاع متعدّدة، كلفظ العين، وقد نقل أنّه وضع لأزيد من سبعين معنى.

[٦] تعليل للاقتصار، أي اقتصروا في إنشاء العقود على المشترك اللّفظيّ اعتماداً على القرينة الحاليّة المعيّنة، وهو محلّ إشكال عندهم.

[٧] أي المعيّنة للمعنى المراد من المعاني المشتركة، فإنّ القرينة المحتاج إليها في اللفظ المشترك ما يسمّى بالقرينة المعيّنة، والقرينة المحتاج إليها في باب

وكذا [١] المشترك المعنويّ.

ويمكن أن ينطبق على ما ذكرناه [٢]

المجاز يسمّى بالقرينة الصارفة لصرفها اللفظ عن معناه الحقيقيّ إلى معناه المجازي.

[١] أي كذا يظهر الإشكال في الاقتصار في إنشاء العقود اللازمة على المشترك المعنويّ، والفرق بينه وبين المشترك اللفظيّ هو أنّ المشترك المعنويّ ما هو وضع اللفظ لمعنى جامع للمعاني المتكثّرة، ومثاله المعروف هو صيغة الأمر التي قيل فيها أنّها موضوعة للطلب، وهو القدر المشترك بين الوجوب والاستحباب وغيرهما من معانيها. وأمّا المشترك اللّفظيّ فهو الذي وضع اللفظ تارة لهذا المعنى مستقلّاً، وأُخرى لمعنى آخر، وهكذا على أن يكون كلّ من المعاني مناطاً للحكم ومتعلّقاً للنفي والإثبات، ومثاله المعروف هو العين، كما عرفت آنفاً.

وأمّا وجه الإشكال في الاقتصار في إنشاء العقود على المشترك اللفظيّ، وكذا المشترك المعنويّ هو ما عرفت من أنّ اللفظ الدالّ على إنشاء العقد لا بدّ أن يدلّ عليه وضعاً. إمّا بنفسه وبدون ضميمة لفظ إليه، وإمّا يكون دالّاً عليه بضميمة لفظ موضوع للدلالة عليه بأن تكون الدلالة بالاخرة مستندة إلى الوضع واللفظ المشترك مطلقاً لا يدلّ على المقصود بنفسه؛ لأنّ الاشتراك يوجب الإجمال والقرينة المنضمّة تدلّ عليه، لكن بحسب الحال لا بالوضع مع أنّهم اعتبروا في اللفظ الدالّ عليه أن تكون دلالته مستندة إلى الوضع. إذن فاللفظ المشترك لا يصلح لأن ينشأ به العقود.

[٢] من أنّ المعتبر في إنشاء العقود اللازمة الدلالة اللفظيّة الوضعيّة وعدم جواز الاعتماد على القرينة المقاليّة السابقة على الإنشاء أو الحاليّة المقارنة له.

الاستدلال المتقدّم في عبارة التذكرة [١] بقوله [٢]: لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب؛ إذ [٣] ليس المراد أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجيّة، بل المراد [٤] أنّ الخطاب بالكناية [٥] لمّا لم يدلّ على المعنى المنشأ [٦] ما لم يقصد الملزوم؛

---

[١] غرضه بيان أنّ استدلال العلّامة أيضاً موافق له في مقام الجمع بين القولين، فيظهر من استدلاله أيضاً عدم العبرة بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «الاستدلال»، أي الاستدلال المتقدّم عن العلّامة ـ وهو لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب ـ ينطبق على ما ذكرنا من عدم جواز الاعتماد على القرائن الحاليّة أو المقاليّة.

[٣] تعليل لما ذكره من إمكان انطباق استدلال العلّامة على عدم اعتبار القرينة الحاليّة أو المقاليّة في العقود، أي إنّما قلنا استدلال العلّامة بقوله: لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا من عدم جواز الاعتماد على القرينة الحاليّة أو المقاليّة؛ إذ ليس مراد العلّامة من قوله: لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب أنّ المخاطب لا يفهم من اللفظ المعتمد على القرينة الحاليّة أو المقاليّة إنشاء البيع مثلاً ولو بالقرينة الحاليّة أو المقايّة، فإنّ ذلك أمر غير معقول؛ لوضوح أنّ المخاطب يفهم من قوله: «نقلت الكتاب» أو بالقرينة الحاليّة ـ بأن يفهم من حاله ـ أنّه في مقام بيع كتابه.

[٤] أي مراد العلّامة من قوله: «لأنّ المخاطب لا يدري بما خوطب».

[٥] كقوله: «أدخلته في ملكك» الذي هو كناية عن البيع.

[٦] وهو البيع، أي أنّ الخطاب الكنائيّ حيث إنّه لا يدلّ على المعنى المنشأ الذي هو البيع ما لم يقصد المنشئ من الخطاب الكنائيّ ـ وهو أدخلته في ملكك ـ المعنى المنشأ الذي هو ملزوم للمعنى الكنائيّ الذي هو لازم له؛ لما عرفت

لأنّ[١] اللّازم الأعمّ[٢] كما هو الغالب، بل[٣] المطّرد في الكنايات لا يدلّ على الملزوم ما لم

من أنّ الكناية عبارة عن ذكر اللّازم ـ وهو الإدخال في ملكك ـ وإرادة الملزوم وهو البيع، فإنّ قوله: «أدخلته في ملكك» الذي هو خطاب كنائيّ لا يدلّ على البيع ما دام لم يقصد من الإدخال في الملك ملزومه الذي هو البيع.

[١] تعليل لقوله: «لمّا لم يدلّ»، أي إنّما قلنا بأنّ الخطاب الكنائيّ ـ كقوله: «أدخلته في ملكك» الذي يعبّر عنه باللازم؛ لكون الإدخال في الملك لازماً للبيع لا يدلّ على للبيع ـ الذي هو الملزوم ما دام لم يقصد المنشئ من إنشائه بقوله: «أدخلته في ملكك» البيع؛ لأنّ المفروض أنّ الإدخال في ملكه لازم أعمّ للبيع؛ لشموله الهبة وغيرها، وليس من الألفاظ الصريحة الدالّة على البيع، فلا بدّ حينئذٍ من دلالة اللازم على الملزوم ـ أي المعنى المنشأ هو البيع ـ من قصد الملزوم الذي هو المعنى المنشأ حتّى يحصل المعنى المنشأ، وبدون قصده لا يحصل المعنى المنشأ.

[٢] أي اللازم بالمعنى الأعمّ ما لا يختصّ بملزوم واحد، كالحرارة اللازمة للنّار، فإنّها أعمّ منها، لكونها لازمة للنور الحاصل من الشمس وشاملة للحرارة الحاصلة من القوّة الكهربائيّة، ويقابله اللازم بالمعنى الأخصّ، وهو ما يختصّ بملزوم واحد، أي لازم يختصّ بخصوص ملزوم واحد ولا يكون لغيره، وقد يعبّر عنه باللازم المساوي كالتعقّل، فإنّه يختصّ بملزوم واحد وهو الإنسان. ثمّ إنّ معنى اللازم ما يمتنع انفكاكه عن الملزوم.

[٣] كلمة «بل» للاستدراك، أي اللازم الأعمّ في غالب الموارد، بل في جميع موارد الكنايات لا يدلّ على الملزوم؛ لأنّ اللازم بالمعنى الأعمّ لا يمكن إرادة الملزوم منه إلّا بالقرائن الخارجيّة.

يقصد [١] المتكلّم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاصّ [٢]، فالخطاب [٣] في نفسه محتمل لا يدري المخاطب [٤] بم خوطب، وإنّما يفهم [٥] بالقرائن الخارجيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم، والمفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة أنّ النيّة [٦] بنفسها أو مع انكشافها [٧] بغير الأقوال لاتؤثّر [٨] في النقل والانتقال، فلم [٩] يحصل هنا عقد لفظيّ يقع التفاهم به.

---

[١] أي ما دام لم يقصد المتكلّم من اللازم المنشأ

[٢] وهو البيع.

[٣] أي العقد المنشأ في نفسه، ومن جهة عدم اشتماله على لفظ يدلّ على البيع ـ ولو بضميمة القرينة اللفظيّة ـ ذو احتمالات فلا يعلم ماذا يراد من قوله: «أدخلته في ملكك» فهل يراد به البيع؟ أو الهبة؟ أو المصالحة؟

[٤] أي المخاطب في قوله: «أدخلته في ملكك» لا يدري بأنّه بأيّ شيء خوطب، فإنّ المنشأ المتوجّه إليه بيع أو هبة أو غيرها، فلا يعلم مراد المتكلّم من الدلالة اللفظيّة الوضعيّة.

[٥] أي إنّما يفهم المخاطب مراد المتكلّم بأنّه البيع من القرائن الحاليّة أو المقاليّة.

[٦] أي نيّة البيع بلا أن يكون مبرزاً باللفظ.

[٧] أي مع انكشاف النيّة بغير الصيغ اللفظيّة من القرينة الحاليّة أو المقاليّة.

[٨] خبر لقوله: «إنّ النيّة» أي النيّة من دون إبرازها بمبرز أو مع إبرازها بمبرز فعليّ من القرينة الحاليّة أو المقاليّة لا تؤثّر في النقل والانتقال؛ لما عرفت من اعتبار اللفظ الموضوع في تأثير البيع في النقل والانتقال.

[٩] جواب لقوله: «لمّا لم يدلّ» أي أنّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدلّ على البيع المنشأ بالخطاب الكنائيّ فلم يحصل في هذا المورد الذي يكون البيع فيه مستنداً إلى القرينة الحاليّة أو المقاليّة عقد لفظيّ يفهم البيع منه، والحال أنّ

العقد اللفظيّ كان معتبراً في وقوع البيع .

توضيح كلامه ﷺ من قوله : « ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا » إلى قوله : « فلم يحصل هنا عقد لفظيّ يقع التفاهم به » هو أنّه قال العلّامة في التذكرة يمَ شروط الصيغة التصريح ، فلا يقع بالكناية بيع ؛ لأنّ المخاطب لا يدري لِم خوطب ، وقد وجّه الشيخ هذا الاستدلال من العلّامة ، وجعل كلام العلّامة موافقاً لنفسه في مقام الجمع بين كلمات القوم . وقال : إنّ مراد العلّامة أيضاً من استدلاله على عدم اعتبار الكنايات في العقود بقوله : « لأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب ينطبق على ما ذكرنا من أنّ العبرة في إنشاء البيع وغيره من العقود بالأقوال لا بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة . وملخّص كلام الشيخ في توجيه كلام العلّامة لينطبق كلامه على مختار الشيخ هو : أنّه ليس مراد العلّامة من قوله : لا يدري المخاطب بم خوطب أنّ المخاطب لا يفهم مراد المتكلّم من كلماته الكنائيّة أو المجازيّة حتّى من القرائن الخارجيّة ، فإنّ ذلك واضح الفساد ؛ إذ كيف يمكن أن يقال : إنّ المخاطب لا يفهم مراد المتكلّم من قوله : « أدخلت كتابي في ملكك بعوض معلوم » ، بل مراد العلّامة من قوله المذكور أنّه لمّا كان قول القائل : « أدخلته في ملكك » من الكنايات ، وليس من الألفاظ الصريحة الدالّة على البيع ، فلا بدّ حينئذٍ من دلالته على إنشاء البيع من قصد الملزوم الذي هو المعنى المنشأ حتّى يحصل من ذكر اللازم وهو « أدخلته في ملكك » المعنى المنشأ وهو الملزوم ، وبدون قصده لا يحصل المعنى المنشأ ، فإذا ثبت انّ دلالة الألفاظ الكناية على الملزوم يتوقّف على قصد المعنى الملزوم من الألفاظ الكنائيّة ، فمن الواضح أنّ قصد الملزوم لا يتحقّق إلّا بعد كون اللازم لازماً بالمعنى الأخص ؛ لأنّ اللازم بالمعنى الأعمّ لا يمكن

لكنّ هذا الوجه [١] لا يجري في جميع ما ذكروه من أمثلة الكناية. ثمّ إنّه ربّما يدّعى [٢] أنّ العقود المؤثّرة في النقل والانتقال أسباب شرعيّة [٣] توقيفيّة [٤]، كما حكي عن الإيضاح من: أنّ كلّ عقد لازم وضع [٥] له

إرادة الملزوم منه إلّا بالقرائن الحاليّة أو المقاليّة، فيكون الاعتبار إذن بالقرائن لا بالدلالة اللفظيّة، فلم يحصل عقد لفظي يدلّ على وقوع العقد ويفهم وقوع إنشاء العقد به، والحال أنّهم اعتبروا في الدلالة الإنشائيّة أن تكون لفظيّة. وأنت إذا تأمّلت في شرحنا كلام العلّامة ترى أنّ كلامه أيضاً ناظر إلى ما ذكرنا من عدم الاعتبار في إنشاء البيع وغيره من العقود بغير الأقوال من القرائن الحاليّة أو المقاليّة.

[١] الذي ذكرناه من عدم جواز الاعتماد بالقرينة الحاليّة أو المقاليّة في إنشاء البيع وغيره من العقود لا يجري في جميع أمثلة الإنشاءات الكنائيّة؛ لأنّ القرينة في بعضها قرينة لفظيّة وضعيّة ترجع دلالتها على الإنشاء بالاخرة إلى الوضع مثل «أدخلته في ملكّك بعوض معلوم»، فإنّ قوله: «بعوض معلوم» قرينة وضعيّة صريحة على إرادة البيع من قوله: «أدخلته...» فيكون دلالة هذا الإنشاء على البيع منتهية بالاخرة إلى الوضع.

[٢] لمّا أثبت المصنّف كفاية مطلق اللفظ وإن كان من ألفاظ الكنايات والمجازات في إنشاء العقود اللازمة بها شرع في جواب ما ادّعاه فخر المحقّقين من عدم جواز الاكتفاء بالمجازات والكنايات فيه.

[٣] أي أسباب اخترعها الشارع أو أمضاها.

[٤] أي متلقّاة من الشارع، فلا يجوز لنا التصرّف فيها بجعل ألفاظ لها من عندنا، ومتوقّفة على إذن الشارع وتقريره لها.

[٥] خبر لقوله: «إنّ كلّ عقد».

الشارع [١] صيغة مخصوصة بالاستقراء [٢] فلا بدّ [٣] من الاقتصار على المتيقّن ، وهو [٤] كلام لا محصّل له عند من لاحظ فتاوى العلماء [٥] فضلاً عن الروايات المتكثّرة [٦] الآتي بعضها ، وأمّا ما ذكره الفخر﵀ [٧]

---

[١] أي وضع الشارع لكلّ عقد لازم صيغة مخصوصة كقوله : « بعت » و « وهبت » ، فعلى هذا تكون الألفاظ المستعملة في العقود اللازمة توفيقيّة ، بمعنى : أنّ استعمالها فيها يكون متوقّفاً على إذن الشارع .

[٢] أي توقيفيّة ألفاظ العقود اللازمة ، إنّما ثبتت بالاستقراء ، أعني به تتبّع الفتاوى والروايات .

[٣] أي إذا ثبت أنّ ألفاظ العقود أسباب توقيفيّة شرعيّة ، فلا بدّ من الاقتصار على الأسباب التي نعلم أنّ الشارع أمضى سببيّتها للنقل والانتقال ، كصيغة « بعت » في إنشاء البيع ، و « وهبت » في إنشاء الهبة ، وعدم جواز الاكتفاء بالأسباب المشكوكة ، كألفاظ المجازات والكنايات .

[٤] أي ما ادّعى من كون ألفاظ العقود أسباباً شرعيّة توقيفيّة لا حقيقة له .

[٥] الظاهرة في أنّ ألفاظ العقود ليست بتوقيفيّة .

[٦] الدالّة على انعقاد العقد بكلّ لفظ يدلّ عليه ، وعدم اختصاصه في الشريعة بلفظ خاصّ .

[٧] لمّا بيّن شيخنا الأعظم أنّ فخر المحقّقين ادّعى أنّا علمنا بالاستقراء أنّ الشارع وضع صيغة مخصوصة لكلّ عقد لا بدّ من الاقتصار في العقود اللازمة على القدر المتيقّن ، وهي الألفاظ الدالّة على إنشاء العقود وضعاً ، ورأى أنّ هذه الدعوى منافية لما ذكره من جواز العقد بمطلق اللفظ الإنشائيّ المفيد له إفادة وضعيّة ، ولو كان مجازاً محفوفاً بالقرينة اللفظيّة الوضعيّة . شرع هنا في توجيه

فلعلّ المراد فيه [١] من الخصوصيّة [٢] المأخوذة في الصيغة شرعاً هي

ما ذكره الفخر من وضع الشارع لكلّ عقد لازم صيغة مخصوصة بأنّه لا يدلّ على الاقتصار بالألفاظ الموضوعة للدلالة على إنشاء العقد من باب الاقتصار على الصيغ المتيقّنة، كما ادّعاه الفخر، بل المراد من الخصوصيّة المأخوذة في الصيغة شرعاً هو الاقتصار في إنشاء المعاملات على الألفاظ الدائرة في لسان الشارع.

والحاصل: أنّه ليس مراده من الخصوصيّة المأخوذة في الصيغة شرعاً أنّ الشارع وضع صيغة خاصّة بعنوان خاصّ نحو «بعت» مثلاً في مقابل «أبيعك» بأن يجب الاقتصار على الصيغة المأخوذة في لسان الشارع، وهو «بعت» فقط، بل المراد منه أنّ الشارع وضع مادّة مخصوصة للبيع، فلا بدّ من الاقتصار على هذه المادّة.

إن شئت فقل: إنّ الشارع وضع عنواناً خاصّاً لإنشاء العقد اللازم، فلا يجوز أن يبدّله إلى غيره من العناوين، بل لا بدّ من الاقتصار على ما ذكره الشارع من العنوان، فإنّ المذكور في لسان الشارع النكاح والتزويج والتمتّع، فلا بدّ من الاقتصار في إنشاء العقد على خصوص هذه العناوين. إذن فما ذكره الفخر لا يدلّ على اعتبار لفظ خاصّ، بل يدلّ على الاكتفاء بكلّ ما يدلّ على إنشاء النكاح والتزويج.

[١] أي لعلّ مراد الفخر فيما ذكره. والضمير في قوله: «فيه» عائد إلى الموصول في قوله: «ما ذكره».

[٢] حيث قال: إنّ كلّ عقد لازم قد جعل الشارع له صيغة مخصوصة، أي كلّ عقد لازم قد جعل الشارع خصوصيّة في صيغتها وأسبابها.

اشتمالها [١] على العنوان المعبّر عن تلك المعاملة به [٢] في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرأة معبّراً عنها في كلام الشارع بالنكاح [٣] أو الزوجيّة [٤] أو المتعة [٥]، فلا بدّ من اشتمال عقدها [٦]

---

[١] أي اشتمال الصيغة على عنوان تكون المعاملة معنونة بالعنوان المذكور، فإنّ صيغة النكاح لا بدّ أن تكون مشتملة على عنوان النكاح فيما إذا عبّر عن ذلك العقد في كلام الشارع بعنوان النكاح، والصيغة فيما إذا كان العقد في كلام الشارع معنوناً بعنوان البيع، لا بدّ أن تكون مشتملة بخصوصيّة عنوان البيع، فلا يقع بقوله: «نقلت إليك».

وملخّص معنى كلام الفخر: أنّ صيغة العقود اللازمة لا بدّ أن تكون مشتملة على عنوان قد تعنون هذا العقد في كلام الشارع بهذا العنوان، فلو عبّر عن عقد في كلام الشارع بالنكاح فلا بدّ أن تكون صيغته مشتملة على عنوان النكاح بأن تقول: «أنكحتك نفسي»، ولا يجوز إنشاؤه بغير هذا العنوان.

[٢] أي المعبّر بذلك العنوان عن تلك المعاملة في كلام الشارع.

[٣] كقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ...﴾[١].

[٤] كقوله سبحانه وتعالى: ﴿زَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾[٢].

[٥] كقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ﴾[٣].

[٦] أي إنشاء العلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة، وصيغتها لا بدّ أن تكون مشتملة على العناوين المذكورة بأن يكون إنشاؤه بصيغة «أنكحت» أو «زوّجت» أو «متّعت».

---

(١) النساء ٤: ٢٥.

(٢) الدخان ٤٤: ٥٤. الطور ٥٢: ٢٠.

(٣) النساء ٤: ٢٤.

على هذه العناوين ، فلا يجوز [١] بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك [٢].

وهكذا الكلام [٣] في العقود المنشأة للمقاصد الأُخر [٤] ، كالبيع والإجارة ونحوهما ، فخصوصيّة اللّفظ من حيث [٥] اعتبار اشتمالها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع [٦]

---

[١] أي لا يجوز إنشاء النكاح أو الزوجيّة أو المتعة بلفظ الهبة ...

[٢] كقول المرأة : « سلّطتك على بضعي » وإنّما قلنا بعدم جواز إنشاء هذه العقود بهذه العناوين لعدم التعبير عن العلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة بهذه العناوين ، أي بعنوان البيع ونحوه .

[٣] أي لا بدّ من اشتمال إنشاء تلك العقود أيضاً على العناوين المذكورة في لسان الشارع ، فالبيع والإجارة والهبة لا بدّ أن تشتمل صيغة العقد فيها على العناوين المصطلحة في لسان الشارع .

[٤] أي لغير العلقة الحاصلة بين الرجل والمرأة ، كالقرض والهبة والمزارعة والمساقاة والعارية ، فلا يجوز إنشاء الإجارة بالبيع ، وكذا بالعكس ؛ لعدم كون ذلك مستعملاً في اصطلاحات الشارع ، فإنّه يجب فيها أيضاً أن يقتصر على العناوين المعروفة في لسان الشارع .

[٥] خبر لقوله : « فخصوصيّة » يعني الخصوصيّة التي اعتبرها فخر المحقّقين في لفظ الصيغة بقوله : « كلّ عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة » هي اشتمال الصيغة على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع .

[٦] بأن تكون من تلك المادّة ، فإذا كان في مقام إحداث العلاقة بين الرجل والمرأة ، فلا بدّ أن يعبّر بمادّة النكاح أو الزوج أو التمتّع ، وإن كان في سعة

أو ما يرادفها [١] لغةً أو عرفاً [٢]؛ لأنّها [٣] بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعيّة [٤] التي لا تحصى [٥]، وعلى هذا [٦] فالضابط [٧] وجوب إيقاع

من حيث الهيئة بأن يعبّر عنها بصيغة الماضي أو المضارع أو غيرها.

[١] أي أن يكون مرادفاً للعناوين الدائرة في لسان الشارع، سواء كان مرادفاً في لغته أو في سائر اللّغات، فإنّه يجوز أن يذكر مكان «بعت» ما يكون مرادفاً له باللغة الفارسيّة.

[٢] كما إذا عبّر مكان «بعت» «ملّكت بعوض معلوم»، فإنّ العرف يفهم منه أنّه مرادف للبيع.

[٣] أي العقود المنشأة للمقاصد الأُخر، كالبيع والإجارة والعارية بهذه المقاصد والعنوانات موضوعات للأحكام الشرعيّة، فإنّها بعنوان البيع صار موضوعاً لخيار المجلس، أو خيار الحيوان، وبعنوان الإجارة صار موضوعاً لحكم آخر، وبعنوان العارية صار موضوعاً لحكم ثالث، وهكذا.

[٤] كالخيار والربا والغرر، فإنّ هذه الأحكام وردت بعنوان البيع، وجواز الوطء ورد بعنوان النكاح، ووجوب العدّة ورد بعنوان الطلاق، فلو عبّر عن العقود بغير هذه العناوين المأخوذة في لسان الشارع لا يعلم ترتّب الأحكام المذكورة على تلك العناوين.

[٥] وهو كناية عن الكثرة، أي الأحكام الشرعيّة الكثيرة.

[٦] أي على ما ذكرنا من توجيه كلام الفخر القائل بأنّ كلّ عقد لازم له صيغة مخصوصة، وقلنا: إنّ اعتبار خصوصيّة الصيغة في العقود اللازمة إنّما هو لأجل اعتبار اشتمالها على العناوين الدائرة في لسان الشارع.

[٧] أي المناط والضابط الكلّيّ في إيقاع المعاملات هو وجوب إنشائها بالألفاظ الدائرة في لسان الشارع، لا بمعنى الاقتصار على الصيغ المتيقّنة، كما ادّعاه

العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع؛ إذ لو وقع [١] بإنشاء غيرها، فإن كان [٢] لا مع قصد تلك العناوين، كما لو لم تقصد المرأة [٣] إلّا هبة نفسها أو إجارة [٤] نفسها مدّة الاستمتاع لم يترتّب [٥] عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجيّة الدائمة أو المنقطعة.

وإن كان [٦] بقصد هذه العناوين [٧]

فخر المحقّقين.

[١] أي لو وقع العقد في الخارج من العاقد بإنشاء غير العناوين الدائرة في لسان الشارع، كإيقاع العلقة الزوجيّة بلفظ «سلّطتك على نفسي».

[٢] أي إن كان العقد الواقع بغير العناوين الدائرة في لسان الشارع من دون قصد تلك العناوين منه.

[٣] أي لو لم تقصد امرأة من قولها: «وهبت نفسي لك التزويج والنكاح»، وإنّما قصدت منه إنشاء عقد الهبة حقيقة.

[٤] أي لو لم تقصد من قولها: «آجرتك نفسي» تزويج نفسها، وإنّما قصدت منه إنشاء عقد إجارة نفسها حقيقة في مورد النكاح المنقطع.

[٥] جواب لقوله: «فإن كان لا مع قصد» أي لو لم يكن العقد بقصد العناوين المعهودة في لسان الشارع لم يترتّب على إنشاء العقد المذكور الآثار المترتّبة على الزوجيّة؛ إذ المفروض أنّها لم تقصد من إنشائها إلّا هبة نفسها، كهبة مالها ولم تقصد الآثار المترتّبة على الزوجيّة من إنشاء الهبة، فلا تحقّق الزوجيّة بلا قصدها من إنشائها؛ إذ العقود تابعة للقصود.

[٦] أي إن كان إنشاء العقد الواقع في الخارج بغير العناوين الدائرة في لسان الشارع.

[٧] بأن كان مراد المرأة من قولها: «وهبت نفسي» أو «آجرت نفسي» التزويج

دخلت [١] في الكناية التي عرفت أنّ تجويزها [٢] رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال، فما ذكره [٣] الفخر ﷺ مؤيّد لما ذكرناه،

والنكاح والمتعة بأن قالت: «وهبت نفسي لك» وقصدت النكاح من الهبة.

[١] أي دخل إنشاء العقد الواقع بغير العناوين الدائرة في لسان الشارع في باب الكناية؛ لأنّها ذكرت اللازم وهو التسليط وحلّيّة البضع المنشأة بقولها: «وهبت» التي هي من لوازم الزوجيّة، وقصدت منه الملزوم.

[٢] أي تجويز الكنايات في صيغة العقد رجوع عمّا بناه القوم من عدم اعتبار القرائن الحاليّة في إنشاء المقاصد واعتبار إفادة المقاصد بالألفاظ الدالّة عليها بالوضع إلى مبنى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال عندهم، وهو مسلّم البطلان عندهم لأنّهم يرون عدم كفاية إنشاء العقود بالألفاظ الكنائيّة، واعتبار إفادة إنشائها بالألفاظ الصريحة الموضوعة لها.

[٣] إذا عرفت ما ذكرنا من توجيه ما ذكره فخر المحقّقين في الإيضاح من أنّ كلّ عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة، وعرفت أيضاً مراده من الصيغة المخصوصة تعرف أنّه لا يدلّ على كون أسباب المعاملات توقيفيّة كي تستلزم وجوب الأخذ بالقدر المتيقّن، ويكون كلامه مخالفاً لمختارنا، بل كلامه مؤيّد لمختارنا الذي استفدناه من والده العلّامة بأنّ العقد لا بدّ أن يكون بالدلالة الوضعيّة، أو أن تكون مستندة بالأخرة إلى اللفظيّة الوضعيّة، ولا تكفي الكنايات فيه، ووجه التأييد قد ظهر بعد توجيه كلامه أنّ مقصوده من صيغة مخصوصة إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع؛ إذ الإنشاء بغير هذه العناوين إمّا يقع لغواً، وإمّا يدخل في الكنايات التي قلنا بعدم كفايته في الإنشاء، فينحصر إنشائها بالدلالة اللفظيّة الوضعيّة.

واستفدناه من كلام والده ﷺ، وإليه [١] يشير أيضاً [٢] ما عن جامع المقاصد من أنّ العقود متلقّاة من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس [٣] من جنسه.

وما [٤] عن المسالك من أنّه يجب الاقتصار في العقود اللّازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة، ومراده [٥] بالمنقولة شرعاً هي

---

[١] أي إلى ما ذكرنا من وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع.

[٢] أي كما يؤيّد ما ذكرناه ما ذكره الفخر كذلك يشير إلى ما ذكرناه ما حكي عن المحقّق الثاني في جامع المقاصد.

[٣] أي ليس هذا اللفظ الآخر من جنس اللفظ الذي هو مأخوذ من لسان الشارع بأن لا يكون من جنس ما تلفّظ به الشارع من حيث المادّة بأن كان المتلقّى من الشارع «أنكحت»، ويكون الإنشاء بصيغة وهبت، فإنّ النكاح لا ينعقد بلفظ الهبة الذي لم يتلقّ من الشارع.

وأنت ترى بوضوح أنّ الظاهر من كلام جامع المقاصد أيضاً ما ذكرنا من لزوم مراعاة مادّة لفظ الشارع، وحفظ العناوين الصادرة من لسانه في إجراء العقد.

[٤] أي كذا يشير إلى ما ذكره فخر الدين في الإيضاح ما حكى عن الشهيد الثاني في المسالك.

[٥] أي مراد صاحب المسالك بالمنقولة شرعاً هي الألفاظ الواردة في كلام الشارع، أي يجب الاقتصار على اللّغات، والعناوين الواردة في كلام الشارع، وهو عين ما ذكرناه من اعتبار اللفظ الصريح في البيع، وهذا هو المراد من توقيفيّة العقود، وليس المراد منها وجوب الاقتصار بعين اللفظ الذي صدر

المأثورة في كلام الشارع، وعن[١] كنز العرفان في باب النكاح أنّه[٢] حكم شرعيّ حادث، فلا بدّ له[٣] من دليل يدلّ على حصوله، وهو[٤] العقد اللّفظيّ المتلقّى من النصّ.

ثمّ ذكر[٥] لإيجاب النكاح ألفاظاً ثلاثة[٦]، وعلّلها[٧] بورودها في القرآن.

من لسانه بهيئته.

[١] أي يشير إلى ما ذكره الفخر ما حكي عن الفاضل المقداد في كنز العرفان.

[٢] أي أنّ النكاح حكم شرعيّ اخترعه الشارع.

[٣] أي لا بدّ للنكاح من دليل يدلّ على حصوله في الخارج.

[٤] أي الدليل الدالّ على حصول النكاح في الخارج عبارة عن العقد اللفظيّ المأخوذ من الشارع، وأمّا ما لم يصدر من الشارع فلا يصلح أن يكون دليلاً على إثبات النكاح.

[٥] أي ذكر الفاضل المقداد رحمه الله في كنز العرفان.

[٦] وهي لفظ «زوّجت» و«أنكحت» و«متّعت».

[٧] أي علل صاحب كنز العرفان اقتصاره على الألفاظ الثلاثة المذكورة في باب النكاح بورودها في القرآن الكريم، كقوله تعالى: ﴿زَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ﴾[٢]، وقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ﴾[٣].

---

(١) الدخان ٤٤: ٥٤. الطور ٥٢: ٢٠.

(٢) النساء ٤: ٣.

(٣) النساء ٤: ٢٤.

ولا يخفى أنّ تعليله [١] هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفيّة العقود، وأنّها [٢] متلقّاة من الشارع، ووجوب [٣] الاقتصار على المتيقّن، ومن هذا الضابط [٤] تقدر على تمييز [٥] الصريح المنقول شرعاً المعهود لغةً من [٦] الألفاظ المتقدّمة في أبواب العقود المذكورة من غيره [٧].

---

[١] أي تعليل صاحب كنز العرفان اقتصاره على ألفاظ ثلاثة بورودها في القرآن كالصريح فيما ذكرناه من تفسير ما ذكرناه من أنّ العقود أحكام توقيفيّة من لزوم إجراء الصيغة بالعناوين الصادرة في لسان الشارع.

[٢] أي العقود متلقّاة من الشارع، فلا بدّ من الاقتصار عليها من دون زيادة ونقيصة عليها، وقوله: «إنّها متلّقاة» تفسير لتوقيفيّة العقود.

[٣] أي كالصريح في تفسير المراد من وجوب الاقتصار على القدر المتيقّن بما دار وتداول في لسان الشارع لا المتيقّن بحسب الظهور والصراحة.

[٤] وهو وجوب مراعاة العناوين الشرعيّة في إنشاء العقود، ولزوم إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع.

[٥] أي تقدر أن تميّز إنشاء العقد الصريح الصادر من لسان الشارع الموضوع لغة لإنشاء العقد كالنكاح من غير الصريح، والمراد بالصريح أن يكون اللفظ واضح الدلالة في إنشاء العقد بنفسه، أي بوضع الواضع أو بضميمة قرينة تدلّ بالوضع على إرادة المقصود من ذي القرينة.

[٦] بيان لقوله: «الصريح»، أي يميّز الإنشاء الدالّ بالوضع على إرادة المقصود ممّا لا يدلّ عليه بالوضع.

[٧] أي تميّز الصريح من غير الصريح، فكلّ صيغة وردت مادّتها وعنوانها في لسان الشارع هو العقد الصريح، وما لم يصدر عنوانه من لسانه فلا يكفي في الإنشاء.

وأنّ [١] الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، وبلفظ [٢] بيع المنفعة أو السكنى مثلاً لا يبعد جوازه، وهكذا [٣].

---

[١] أي من الضابط الذي ذكرناه لجواز إنشاء العقود تعرف عدم جواز إنشاء الإجارة بلفظ العارية، كما إذا قال صاحب الدار للمستأجر: «أعرتك هذه الدار سنة بمائة درهم»؛ وذلك لعدم ورود الإجارة بلفظ العارية شرعاً، وعدم كونه معهوداً لغة.

[٢] أي إنشاء عقد الإجارة بلفظ بيع المنفعة بأن يقول: «بعتك منفعة الدار» أو «بعتك سكنى الدار» لا يبعد جوازه لورودهما في لسان الشارع في بعض الأخبار التي تقدّم ذكرها في تعريف البيع، فلاحظ.

[٣] أي نظير حكم الإجارة حكم بقيّة العقود، والمعيار في الكلّ واحد، وهو اعتبار العناوين الصادرة من لسان الشارع في إنشاء جميع العقود، وعدم كفاية الألفاظ غير المتداولة في لسان الشارع في إنشائها.

«التحقيق»

فيما ذكره شيخنا الأنصاريّ ﷺ في المقصد الثاني من كلامه، وهو الخصوصيّات في الصيغة بعد البناء على اعتبار أصل اللفظ في المعاملات، كما ذكره في المقصد الأوّل. **وملخّص كلامه**: أنّ البحث يقع في الخصوصيّات المعتبرة في الصيغة من جهات ثلاث:

الجهة الأُولى: يقع البحث في موادّ الألفاظ، وهي إمّا اعتبار الصراحة والظهور في المادة التي تنشأ بها المعاملة، وإمّا في اعتبار لفظةٍ خاصّة فيها.

الجهة الثانية: في الهيئات الإفراديّة، كاعتبار الماضويّة في الإيجاب والقبول.

الجهة الثالثة: في الهيئات التركيبيّة العربيّة كاعتبار تقدّم الإيجاب على القبول،

واعتبار الموالاة بينهما، واشتراط التنجيز في العقد والتطابق بين الإيجاب والقبول.

أمّا الكلام في مادّة الصيغة ففيها أقوال:

الأوّل: الاقتصار فيها على الألفاظ المنقولة عن الشارع المقدّس، وهذا ما يعبّر عنه بالقدر المتيقّن في كلماتهم؛ لأنّ هذا هو القدر المتيقّن ممّا ينشأ به العقد أو الإيقاع.

الثاني: الاقتصار فيها على الألفاظ التي تعنونت بها عناوين العقود والإيقاعات وأسماء المعاملات، وعليه فيجب إنشاء البيع بصيغة «بعت»، وإنشاء النكاح بصيغة «أنكحت» وإنشاء الإجارة بلفظ «آجرت»، وإنشاء المصالحة بلفظ «صالحت» وإنشاء الطلاق بجملة «هي طالق»، وهكذا في سائر العقود والإيقاعات، وإذن فلا ينعقد أيّ عقد أو إيقاع بغير ما عنون به هذا العقد.

الثالث: الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقيّة، وعليه فلا ينعقد شيء من العقود والإيقاعات بشيء من الألفاظ الكنائيّة والمجازيّة.

الرابع: أن يفرّق في الألفاظ المجازيّة بينما يكون مقروناً بالقرائن اللفظيّة، فيحكم بجواز إنشاء العقد به وبين ما لا يكون كذلك، فيحكم بعدم جواز الإنشاء به، وهذا هو مختار شيخنا الأنصاريّ ﷺ وبه جمع بين كلمات القوم.

الخامس: عدم جواز الإنشاء بالمشترك اللّفظيّ.

السادس: عدم جواز الإنشاء بالمشترك المعنويّ، وقد اختار المحقّق النائينيّ ﷺ عدم صحّة الإنشاء به إذا كان مشتركاً بين العقود التمليكيّة وغيرها من النقل الخارجيّ، كلفظ «نقلت».

السابع: جواز الاكتفاء في الإنشاء بكلّ لفظ يكون صريحاً في إنشاء العقد، أو ظاهراً فيه، ولو كان ذلك بمؤنة القرينة الحاليّة أو المقاليّة، وهذا القول هو المختار

وفاقاً للأُستاذ الأعظم وسيّدنا الأُستاذ، فإذا ثبت تماميّة هذا القول يترتّب عليه عدم تماميّة القول الأوّل والثاني؛ لأنّ الاكتفاء بهما ممّا لا شبهة فيه، وأمّا وجوب الاقتصار عليهما فلا دليل عليه، كما يظهر من التأمّل فيما سنذكر حول القول الثالث.

وأمّا القول الثالث ـ وهو عدم انعقاد شيء من العقود والإيقاعات بشيء من الألفاظ الكنائيّة والمجازيّة ـ فقال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: إنّ المشهور بين الفقهاء عدم وقوع العقد والإيقاع بالألفاظ الكنائيّة. وقال الأُستاذ الأعظم[1]: إنّه لم يأتِ بشيء يطمئن به القلب، وإنّما نقل في ذلك جملة من كلمات الأصحاب، وهذه الكلمات مبنيّة على اجتهاداتهم وآرائهم، وعندئذٍ لا بدّ من ملاحظة الأدلّة، فإن كان هناك ما يدلّ على اعتبار لفظ خاصّ في الإنشاء أُخذ به، وإلّا فمقتضى القاعدة هو انعقاد جميع العقود والإيقاعات بكلّ ما يصلح لإبراز الاعتبار النفسانيّ، سواء فيه الفعل والقول، وسواء في القول الحقيقة والمجاز والصريح وغيره، وسواء في المجاز كون القرينة لفظيّة وغير لفظيّة، وحيث إنّه لم يرد دليل معتبر على اعتبار مبرز معيّن في إنشاء العقود والإيقاعات، فلا مانع من إنشاء العقود والإيقاعات بأيّ مبرز من المبرزات، ولو كان إنشا الملكيّة بالألفاظ الكنائيّة أو المجازيّة من دون فرق بين المجاز القريب والبعيد بعد كون الألفاظ الكنائيّة أو المجازيّة ظاهرة في إبراز المعتبر النفسانيّ، كما أنّه لا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاريّ ﷺ من الالتزام بصحّة الإنشاء بالألفاظ المجازيّة إذا كانت محفوفة بالقرينة اللفظيّة، وبعدم الصحّة إذا كانت محفوفة بالقرينة غير اللفظيّة، وأيضاً تعجّب من تفصيل المصنّف حيث فسّر اعتبار الحقائق في العقود باعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة وإن كان الدالّ على الإنشاء من الألفاظ

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ١٦.

المجازيّة ، وأنكر كفاية احتفاف اللفظ بالقرينة غير اللفظيّة ، ووجه التعجّب هو أنّ احتفاف اللفظ بالقرينة غير اللفظيّة لا يخرج دلالته على معناه عن الدلالة اللفظيّة ؛ لأنّ المعيار في الدلالة اللفظيّة انفهام المعنى من اللفظ ، سواء كان منشأ الدلالة القرائن ، لفظيّة كانت أو غيرها ، أو اللفظ بنفسه كان دالّاً على الإنشاء .

ثمّ قال : إنّ الأعجب من ذلك أنّه قد منع من جواز الإنشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرائن الحاليّة .

وقال في آخر كلامه : إنّ الميزان الكلّيّ في صحّة إنشاء العقود والإيقاعات صدق عنوان العقد أو الإيقاع المبرز بأي مبرز .

ثمّ قال : نعم ، قد ادّعي الإجماع على اعتبار اللفظ في النكاح ، كما أنّ جملة من الروايات قد دلّت على اعتبار لفظ خاصّ فيه ، إلّا أنّها مخدوشة ، كما في كلمات سيّدنا الأُستاذ (دام ظلّه) . نعم ، إنّ جملة من الروايات دلّت على اعتبار لفظ خاصّ في الطلاق فيؤخذ بها . وملخّص الكلام : أنّ الأُستاذ الأعظم قد أورد على شيخنا الأنصاريّ ﷺ بوجوه :

الوجه الأوّل : إنّه لم يأتِ بشيء لإثبات عدم جواز وقوع إنشاء العقد والإيقاع بالألفاظ الكنائيّة ، إلّا نقل كلمات الأصحاب ، وهو لا يصلح لأن يكون دليلاً عليه .

الوجه الثاني : إنّ ما أفاده المصنّف من الالتزام بصحّة الإنشاء بالألفاظ المجازيّة إذا كانت محفوفة بالقرينة اللفظيّة وبعدم الصحّة إذا كانت محفوفة بالقرينة غير اللفظيّة غير تامّ ؛ إذ بعد كون شيء صالحاً لتبيين المراد من الكلام يؤخذ به ، بلا فرق بين أن يكون المبيّن لفظاً أو غيره .

وإن شئت فقل : إنّ احتفاف اللفظ بالقرينة غير اللفظيّة لا يخرج دلالته على معناه عن الدلالة اللّفظيّة .

الوجه الثالث: أنّ منعه عن جواز الإنشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرينة الحاليّة لا وجه له.

أقول: إنّ شيخنا الأنصاريّ ﷺ وإن لم يأتِ بشيء يعتمد عليه في عدم جواز إنشاء العقود بالكنايات، إلّا أنّ المحقّق النائينيّ ﷺ أيضاً منع عن الإنشاء بها، وذكر قبل الدخول في بيان وجه المنع مقدّمات، حيث قال: توضيح البحث في هذا العنوان يتمّ بتمهيد مقدّمات:

الأُولى: أنّه لا شبهة في الفرق بين الحكايات والإيجاديّات، فإنّ الحكايات لا يتعلّق غرض بها إلّا إظهار مافي الضمير وإلقاء المقصود إلى المخاطب، فكلّ لفظ لم يكن خارجاً عن أُسلوب المحاورة يصحّ إظهار ما في الضمير به، سواء كان الاستعمال حقيقة أم مجازاً، صريحاً أم كناية، وسواء كانت قرينة المجاز حاليّة أم مقاليّة، وسواء كان المجاز قريباً أو بعيداً، وهذا بخلاف الإيجاديّات، فإنّها لا توجد إلّا بما هو آلة لإيجادها، ومصداق لعنوانها، فلو لم يكن شيء مصداقاً لعنوان وآلة لإيجاده، بل كان للازمه أو ملازمه فلم يوجد الملزوم أو الملازم الآخر به بحيث كان هو المقصود الأصليّ؛ إذ لا عبرة بالدواعي والأغراض في الإيجاديّات، فلو قصد البيع وأتى بغيره كعنوان الإجارة، فإنّه لا يقع في الخارج؛ لأنّ الإجارة ليست آلة لإيجاد البيع.

الثانية: أنّه لا شبهة في أنّ البيع بل كلّ عنوان من عناوين العقود والإيقاعات عنوان بسيط ليس مركّباً من الجنس والفصل، فإذا كان بسيطاً فلا يمكن إيجاد هذا المعنى تدريجاً، بل إمّا أن يتحقّق آناً أو لا يتحقّق أصلاً، بل المركّب من الجنس والفصل أيضاً لا يمكن أن يوجد تدريجاً، فإنّ تحصّل الجنس إنّما هو بالفصل، وتحقّق الهيولى إنّما هو بالصورة، فلا يعقل أن يوجد المادّة أوّلاً، ثمّ الصورة، فإذا

كان هذا حال المركّب الخارجيّ فكيف بما هو بسيط ، وما به امتيازه عين ما به اشتراكه ، فإنّ السواد الشديد بعين ما هو لون يكون سواداً ، وبعين ما هو سواد يكون شديداً ، وهكذا التمليك البيعيّ والقرضيّ ونحوهما من الهبة والإجارة فإنّ التمليك في كلّ منهما بعين كونها بيعاً أو قرضاً أو نحوهما ، أي لا يكون التمليك في البيع جنساً وبيعيّته فصلاً ، بل هو بيع بعين كونه تمليكاً .

أضف إليه : أنّ التمليك في جميع هذه الأُمور أمر واحد ، وإنّما الاختلاف بينها كالاختلاف بين أفراد البيع ، وعلى أي حال ، المعنى المنشأ بلفظ « بعت » أمر بسيط ليس مركّباً من الجنس والفصل ، ولا يمكن أن يوجد تدريجاً كتدريجيّة الباء والعين والتاء .

الثالثة : أنّ مقتضى العمومات والإطلاقات عدم اعتبار ما شكّ في شرطيّته في مادّة العقود والإيقاعات أو هيئتهما مع إحراز صدق عنوان من عناوين العقود والإيقاعات على لفظ صادر من الموجب أو القابل ، سواء كان الشكّ في ناحية الأسباب أو المسبّبات ، وسواء كان المسبّب الذي هو متعارف في زماننا متعارفاً في زمن الشارع أم لا ، ولا وجه لاختصاص الأدلّة بالعقود المتعارفة إلّا توهّم إرادة العهد من اللام ، وهو توهّم لا يعتنى به .

إذا بيّن هذه المقدّمات قال يقع الكلام تارة في صحّة إنشاء العناوين بالكنايات ، وأُخرى بالمجازات ، وثالثة بالمشترك اللفظيّ ، ورابعة بالمشترك المعنويّ ، أمّا صحّته بالكنايات ، فالأقوى عدم صحّة الإنشاء بها ؛ لأنّ الكناية ليست قسماً من المجاز ، كما توهّم بعضهم ، ولذا عرّفها بأنّها ذكر اللازم وإرادة الملزوم ، بل أنّها قسيم للمجاز ، فإنّ قوله : « زيد كثير الرماد » استعمل في نفس معناه الحقيقيّ وألقى معنى اللفظ إلى المخاطب لينتقل منه إلى ملزومه ، وهو الجود ، فإنّ الانتقال إلى الجود من

دواعي هذه الألفاظ في معانيها الموضوعة لها، لا أنّها استعملت في الجود. والوجه في عدم صحّة الإنشاء بالكنائيّات هو أنّ إنشاء اللازم وإيجاده في الإنشاء القوليّ ليس إيجاداً للملزوم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاد اللازم لا أثر له بعد ما عرفت من أنّ الأغراض والدواعي لا أثر لها في باب العقود والإيقاعات. وبالجملة ما لم ينشأ عنوان العقد بما هو آلة لإيجاده عرفاً فلا أثر له، ولا يرى العرف آلة إيجاد اللازم آلة لإيجاد الملزوم.

إن قلت: إنّ إطلاق أدلّة العناوين تشمل الملزوم أيضاً الذي هو منشأ تبعاً للّازم.

قلت: إنّ الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فتنصرف الإطلاقات والعمومات عنه.

وفيه: **أوّلاً**: أنّ ما ذكره ﷺ مبنيّ على عدم كون استعمال اللفظ في معناه الكنائيّ استعمالاً في معناه الحقيقيّ بأن يكون الانتقال إلى الجود من دواعي استعمال كثير الرماد في معانيها الموضوعة، لا أنّها استعملت في الجود، والحال أنّ الأمر ليس كذلك، فإنّ الألفاظ في باب الكنايات مستعملة في معانيها الكنائيّة حقيقة، وهي المعنى الموضوع لها، فالاخبار بالكناية إخبار حقيقة عن المكنّى عنه، فقوله: «زيد كثير الرماد» لم يكن إخباراً عن كثرة رماده جدّاً لينتقل منها إلى جوده، وليس الجود من دواعي الإخبار بكثرة الرماد، بل الجود هو المخبر به حقيقة، ولهذا يكون صدق هذا الكلام وكذبه بمطابقة المعنى المكنّى عنه للواقع وعدمها، فلو لم يكن لزيد كثرة الرماد بل ولا رماد أصلاً، ولكن كان جواداً، كان الإخبار صدقاً. وممّا ذكرناه ظهر أنّ ما ذكره من إنشاء اللازم وإيجاده في الإنشاء ليس إيجاداً للملزوم عرفاً غير تامّ، فإنّ باب الكنايات ليس من قبيل إنشاء اللازم، بل هو من قبيل إنشاء الملزوم. هذا الذي ذكرناه مأخوذ من كلمات بعض الفحول.

وثانياً: أنّ بعد ما عرفت أنّ إنشاء الملزوم ليس منشأً تبعاً لإنشاء اللازم كي يقال: إنّ الإيجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود فينصرف الإطلاق عنه، تعلم أنّه لا وجه للانصراف بعد كون الملزوم منشأً بالأصالة. أضف إليه: أنّ الضعف في الوجود لا يكون منشأً للانصراف.

وثالثاً: أنّه ذكر في مقام إثبات أنّ الأغراض والدواعي لا أثر لها في باب العقود والإيقاعات، فلو قال كناية عن البيع: «ترى خيره» أو في مقام النكاح: «ألّف الله بين قلبيكما»، فلا أثر، فهو أوّل الكلام، فإنّ ذكر اللازم وإرادة الملزوم أمر متعارف في المحاورات العرفيّة.

ورابعاً: أنّ كلّ ما ذكره مبنيّ على أن تكون العقود والإيقاعات من قبيل الإيجاديّات، وقد تقرّر في مبحث الإنشاء أنّه أمر غير معقول، بل إنّهما من قبيل إبراز المعتبر النفسانيّ، فهو يصلح أن يكون مبرزاً بكلّ مبرز فعليّ وقوليّ يصحّ لإبراز ما في النفس عرفاً. إذن فالحقّ ما ذكرناه من جواز الاكتفاء بكلّ لفظ يكون ظاهراً في إنشاء العقد والإيقاعات.

وهنا إيراد من الآخوند ﷺ على إنشاء العقود والإيقاعات بالكنايات. **بتقريب**: أنّ العقد هو العهد الموثّق، ولا تكون المعاهدة مؤكّدة بالكناية؛ لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى؛ لما بينهما من الارتباط، بل نحو من الاتّحاد.

وفيه: أنّ الارتباط بين اللفظ والمعنى اعتباريّ وجعليّ، ولا معنى لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى، ولا معنى لاتّحادهما، بل اللفظ حاكٍ عنه، بل إبراز للمعتبر النفسانيّ، فلا موضوع لهذا الإشكال وغيره. هذا كلّه في صحّة إنشاء عناوين العقود والإيقاعات بالكناية.

وأمّا صحّة إنشائه بالمجاز، فقال المحقّق النائينيّ ﷺ: فإن كان مجازاً مشهوراً

فالأقوى كفايته دون ما لم يكن كذلك ؛ وذلك لأنّ الشهرة توجب أن لا يحمل اللفظ على معناه الحقيقيّ إلّا بانضمام قرينة معيّنة لأحدهما ، فعدم حمله على معناه الحقيقيّ بمجرّد التلفّظ يجدي في وقوعه به ، ولا يلزم إيجاد عنوان البسيط تدريجاً . وهذا بخلاف المجاز غير المشهور ، فإنّه يحتاج إلى قرينة صارفة أيضاً ، فحاله أردأ من الكناية ؛ لأنّ ما يوجد به بحسب الدلالة التصوريّة هو معناه الحقيقي ، وبحسب الدلالة التصديقيّة معناه المجازي فيتناقضان ، وليس باب الإيجاد كباب الحكاية .

وفيه : أنّ جميع العقود مركّب ممّا هو بمنزلة الجنس وممّا هو بمنزلة الفصل ؛ لأنّ الجنس والفصل الحقيقيّين إنّما هما في الأُمور المتأصّلة ، ولكن ليس ذلك معناه أنّ عنوان العقد بسيط لا يوجد بسبب تدريجيّ الحصول ، وأيضاً ما ذكره من التناقض بين المدلول التصوّريّ وبين المدلول التصديقيّ ممنوع ، فإنّ القرينة وذا القرينة من حيث المجموع يدلّان على أمر واحد .

أضف إلى الجميع ما ذكرنا من النقاش في أصل المبنى ، فلا أساس للإيجاد في الإنشائيّات وإنّما هو من باب الإبراز للمعتبر النفسانيّ ، بلا فرق بين أيّ مبرز .

وأمّا صحّة إنشائه بالمشترك اللفظيّ كإنشاء البيع بلفظ : « شريت » الذي هو مشترك بين البيع والاشتراء ، فلا مانع منها ، فيصحّ إنشاؤه ، فإنّ تعيّن معناه بالقرينة المعيّنة لا يوجب أن يوجد عنوان البيع بالقرينة حتّى يلزم تدريجيّة المعنى البسيط ، بل العنوان ينشأ بنفس اللفظ ، والقرينة كاشفة عن وقوع اللفظ في مقام إنشاء هذا العنوان الخاصّ ، إلّا أن يقال : إنّ القرينة متمّم المراد ، والمعنى يستفاد من مجموع القرينة وذيها ، كاستفادة موضوع الحكم في العامّ المخصّص من مجموع العالم العادل .

ولكن يمكن أن يجاب عنه بأنّ المشترك اللفظيّ لا يقاس بالعامّ المخصّص ؛

لأنّ استفادة كون موضوع الحكم مركّباً في العامّ المخصّص إنّما هو بتعدّد الدالّ والمدلول، وأمّا المشترك اللفظيّ فحيث إنّه وضع لجميع المعاني مستقلّاً، فلو قيل عين جارية فقد استعمل لفظ العين في هذا المعنى الخاصّ، ولفظ «جارية» لا يمكن أن يكون متمّماً للمراد، وأمّا صحّته بالمشترك المعنويّ فلا يصحّ إنشاؤه بما إذا كان مشتركاً بين العقود التمليكيّة وبين النقل الخارجيّ ـ مثلاً ـ كلفظ «نقلت»، فلا يصحّ إنشاء التمليك العقديّ به، فإنّ ما به امتياز النقل الخارجيّ عن النقل الاعتباريّ ليس بعين ما به اشتراكهما كي يكون إنشاء البسيط بالبسيط، بل ينشأ الجنس العالي أوّلاً وهو النقل ثمّ يتميّز كونه بيعاً بالفصل، وهذا معنى تدريجيّة السبب وتركيبه، مع أنّ عنوان البيع أمر بسيط غير مركّب من الجنس والفصل، فلا يمكن إيجاده بالتدريج، وأنّ السبب المركّب لا يكون موجداً لعنوان بسيط، إلّا أنّك قد عرفت ممّا ذكرنا عدم تماميّة كلامه، خصوصاً على مبنى أنّ الإنشاء ليس أمراً إيجاديّاً.

إذا عرفت هذا [١]، فلنذكر ألفاظ [٢] الإيجاب والقبول:

منها [٣] لفظ «بعت» في الإيجاب، ولا خلاف فيه [٤] فتوى [٥] ونصّاً، وهو [٦] وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء [٧]، لكن كثرة استعماله [٨] في وقوع البيع به [٩] تعيّنه [١٠].

---

[١] أي إذا عرفت الذي ذكرناه من الخصوصيّات المعتبرة في موادّ ألفاظ العقود، وقلنا بالاكتفاء فيها بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ.

[٢] أي الألفاظ الصالحة لوقوع الإيجاب والقبول بها في البيع وغيره من العقود.

[٣] أي من الألفاظ الصالحة لوقوعها في إيجاب البيع.

[٤] أي في جواز وقوع الإيجاب بلفظ «بعت».

[٥] إشارة إلى أنّ المسألة إجماعيّة فتوى، أي لم يخالف في جواز كون «بعت» إيجاباً فتوى من الفتاوى ونصّاً، أي لا خلاف فيها نصّاً، بل النصوص أيضاً متّفقة في جواز الإيجاب بلفظ «بعت».

[٦] أي لفظ «بعت».

[٧] أي مشترك لفظيّ بين البيع والشراء اللّذين هما من الضدّين، وعن المصباح: البيع من الأضداد مثل الشراء، ويطلق على كلّ من المتعاقدين أنّه بائع.

[٨] أي كثرة استعمال لفظ «بعت» في إيجاب البيع.

[٩] أي بسبب لفظ «بعت».

[١٠] مضارع باب التفعيل، أي كثرة الاستعمال توجب أن تستعمل في إيجاب البيع فقط بحيث إذا أُطلق ينصرف إلى إيجاب البيع من دون حاجة إلى قرينة حاليّة أو مقاليّة.

وإن شئت فقل: إنّ البيع موضوع وضعاً تعيّنيّاً لخصوص إيجاب البيع بعد

ومنها [١]: لفظ « شريت » ، فلا إشكال في وقوع البيع به [٢] لوضعه [٣]

كونه وضعاً تعيينيّاً للبيع والشراء . إذن فيكون لفظ « بعت » مستعملاً في الإيجاب فقط .

قال الأُستاذ الأعظم في توضيح كلام شيخنا الأنصاريّ ﷺ : « أنّه لا شبهة في أنّ لفظ (بعت) وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء ، وأنّه مشترك لفظيّ بينهما ، كما صرّح به أهل اللغة كافّة ، إلّا أنّ كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق ، بلا احتياج في ذلك إلى القرينة الحاليّة أو المقاليّة . إذن لا بأس بإنشاء البيع بلفظ (بعت) » .

وقال السيّد اليزديّ ﷺ : « يمكن أن يقال : إنّه مشترك معنويّ بينهما ، فيكون البيع بمعنى التمليك بالعوض أعمّ من التصريح ، كما في البيع ، أو الضمنيّ كما في الشراء » .

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[١] : « بأنّ لفظ (بعت) من الأضداد ، وأنّه مشترك لفظيّ ، وليس بمشترك معنويّ » .

أقول : إنّ كلامه بهذا المقدار دعوى في مقابل دعوى ، ولا يصلح أن يكون ردّاً له إلّا أن يكون كلامه ناظراً إلى أنّه مشترك لفظيّ بينهما باتّفاق أهل اللغة كافّة ، فيكون الدليل عليه اتّفاق اللّغويّين ، وهو إن لم يكن حجّة إلّا أنّه يوجب الوثوق عادة على عدم كونه مشتركاً معنويّاً .

[١] أي من ألفاظ الإيجاب .

[٢] أي لا إشكال في وقوع البيع بلفظ « شريت » .

[٣] أي لأنّ لفظ « شريت » وضع في اللغة لإيجاب البيع به .

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ٢٠ .

له، كما يظهر [١] من المحكيّ عن بعض أهل اللغة [٢]، بل قيل: لم يستعمل [٣] في القرآن الكريم إلّا في البيع، وعن القاموس [٤]: شراه يشريه ملكه بالبيع وباعه [٥]، كاشتراه [٦]، فهما [٧] ضدّان.

وعنه [٨] أيضاً: كلّ مَن ترك شيئاً وتمسّك بغيره فقد اشتراه [٩].

وربّما يستشكل فيه [١٠]

---

[١] أي يظهر وقوع البيع بلفظ «شريت».

[٢] عن أقرب الموارد: شراه يشريه شراءً: ملكه بالبيع.

[٣] أي لم يستعمل لفظ «شريت» إلّا في البيع.

[٤] أي يظهر عن القاموس: أنّ الشراء أيضاً من الأضداد يطلق على البيع والشراء.

[٥] قوله: «وباعه» عطف تفسيريّ لقوله: «ملكه بالبيع»، فإنّهما لفظان مترادفان، فكما أنّ شراه يستعمل في الضدّين وهما البيع والشراء، كذلك اشتراه يستعمل في الضدّين، أي البيع والشراء.

[٦] أي شراه يشريه، مثل اشتراه يشتريه من الضدّين.

[٧] أي شراه واشتراه ضدّان.

[٨] أي نقل عن القاموس أيضاً.

[٩] يستفاد منه أنّ الاشتراء يصدق على كلّ من البائع والمشتري؛ إذ كلّ منهما ترك شيئاً وأخذ غيره، فإنّ البائع ترك المبيع وتمسّك بالثمن، والمشتري ترك الثمن وتمسّك بالمبيع، فيظهر منه أنّ لفظ الاشتراء من الأضداد.

[١٠] أي في وقوع إيجاب البيع بلفظ «شريت»، **وملخّصه**: أنّه استشكل في وقوع البيع بلفظ «شريت» بوجوه ثلاثة:

بقلّة [١] استعماله عرفاً في البيع ، وكونه [٢] محتاجاً إلى القرينة المعيّنة ،

الوجه الأوّل: ما أشار إليه المصنّف ﷺ بقوله: « بقلّة استعماله عرفاً في البيع ». **وتوضيحه:** إنّا نسلّم ما ذكروه من كون « شريت » من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء ، ومقتضى ذلك جواز إنشاء كلّ من البيع والشراء به ، إلّا أنّ استعماله له عند المحاورة العرفيّة في البيع قليل جدّاً ، فإنّه يستعمل غالباً في الشراء ، وقلّة الاستعمال في البيع ممّا يوجب وهن ظهوره في الشراء ، وانصرافه إلى البيع .

الوجه الثاني: ما أشار إليه بقوله: « وكونه محتاجاً ... ». **وتوضيحه:** أنّ « شريت » كما عرفت من الأضداد ، وهو مشترك بين البيع والشراء ، واستعماله في خصوص الإيجاب يحتاج إلى القرينة المعيّنة ، فلا يجوز إطلاقه على الإيجاب بدون قرينة .

الوجه الثالث: ما أشار إليه بقوله: « وعدم نقل الإيجاب به ... ». **وتوضيحه:** أنّه لم ينقل ورود إنشاء البيع بفلظ « شريت » في الأخبار ، ولا في كلمات القدماء . إذن فلا يكون لفظ « شريت » من الألفاظ المستعملة في لسان الشارع ولا في كلمات القدماء في إنشاء البيع ، فلا يصلح لإنشاء البيع به ؛ لما عرفت من أنّه يشترط في إنشاء البيع أن يكون ما ينشأ البيع به من الألفاظ المأثورة عن الشارع .

[١] الجار متعلّق بقوله: « يستشكل » ، أي يستشكل في إيجاب البيع بلفظ « شريت » بقلّة استعمال « شريت » في إنشاء البيع .

[٢] عطف على قوله: « بقلّة » ، أي يستشكل في وقوع إنشاء البيع بلفظ « شريت » بكون استعمال « شريت » في إنشاء البيع به ـ حيث إنّه مشترك لفظيّ بينهما ـ محتاجاً إلى قرينة معيّنة تعيّن المراد من شريت بأنّه استعمل في إنشاء البيع .

وعدم [١] نقل الإيجاب به في الأخبار، وكلام [٢] القدماء، ولا يخلو [٣] عن وجه.

ومنها [٤]: لفظ «ملّكت» ـ بالتشديد ـ، والأكثر على وقوع البيع به [٥]، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتّفاق [٦]، حيث [٧] قال: إنّه لا يقع البيع بغير

---

[١] وهو أيضاً عطف على قوله: «بقلة»، أي يستشكل في وقوع إنشاء البيع بلفظ «شريت»، بأنّه لم ينقل إنشاء البيع به في الأخبار. والحال قد عرفت أنّه يعتبر فيما ينشأ البيع به أن يكون مأثوراً عن الشارع.

[٢] أي لم ينقل إنشاء البيع بلفظ «شريت» في كلام القدماء، والحال يعتبر فيه أن يكون لفظ الإيجاب لفظاً معهوداً في كلمات القدماء.

[٣] أي الإشكال المذكور على إنشاء البيع بلفظ «شريت» وجيه.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم: بأنّا لم نفهم معنى محصّلاً لهذا الإشكال بعد اعتراف المصنّف ﷺ بأنّ لفظ «شريت» لم يستعمل في القرآن المجيد إلّا في البيع؛ لأنّا لانسلّم وقوع الاستعمالات العرفيّة على خلاف الاستعمالات القرآنيّة. **وفيه:** أنّ إنكار قلّة استعمال إنشاء البيع بلفظ «شريت» واضح الفساد. نعم، بعد تسليم أنّ «شريت» استعمل في القرآن في إنشاء البيع فيكون هو دليلاً على صحّة إنشاء البيع بلفظ «شريت» كما يصحّ ذلك بلفظ «بعت».

[٤] أي الألفاظ المأثورة من الشارع في إيجاب البيع.

[٥] أي بلفظ «ملّكت» بالتشديد.

[٦] أي اتّفاق الفقهاء على وقوع البيع بلفظ «ملّكت».

[٧] بيان لمنشأ ظهور نكت الإرشاد في الاتّفاق على وقوع البيع بلفظ «ملّكت»، أي حيث قال صاحب نكت الإرشاد.

اللّفظ المتّفق عليه، كـ« بعت » و « ملّكت »[١]، ويدلّ عليه[٢] ما سبق في تعريف البيع من أنّ التمليك بالعوض المنحلّ[٣] إلى مبادلة العين بالمال هو[٤] المرادف للبيع عرفاً ولغةً، كما صرّح به[٥] فخر الدين، حيث قال: إنّ معنى بعت في لغة العرب ملّكت غيري[٦]. وما قيل[٧]: من أنّ التمليك

---

[١] يظهر من كلامه هذا أنّ وقوع إنشاء البيع بلفظ « بعت » و « ملّكت » ممّا اتّفق فيه الفقهاء. وهذا إشارة إلى الدليل الأوّل الذي استدلّ به على جواز إنشاء البيع بلفظ « ملّكت »، وهو الإجماع.

[٢] أي وقوع إيجاب البيع وإنشاؤه بلفظ « ملّكت ». وهذا إشارة إلى الدليل الثاني على جواز إنشاء البيع بلفظ « ملّكت »، **وملخّصه**: أنّ مفهوم التمليك بالعوض متّحد مع مفهوم البيع ومرادف له عرفاً ولغة، وإنّما الفرق بينهما بالإجمال والتفصيل، حيث إنّ لفظ البيع بإجماله وبساطته يدلّ على تبديل مال بمال، ولفظ التمليك بالعوض يدلّ مركّبه على ذلك، كما أنّ لفظ الإنسان يدلّ على الجنس والفصل دلالة إجماليّة، ولفظي الحيوان والناطق يدلّان عليهما دلالة تفصيليّة.

[٣] وفي هذا إشارة إلى أنّ مطلق التمليك بالعوض لا يكون مرادفاً للبيع، بل المرادف له هو التمليك بالعوض الذي يرجع لبّه إلى مبادلة العين بالمال.

[٤] خبر لقوله: « إنّ التمليك بالعوض ».

[٥] أي بكون البيع مرادفاً للبيع.

[٦] وأنت ترى أنّ هذا الكلام صريح في أنّ « بعت » و « ملّكت » مترادفان، أي أنّهما بمعنى واحد.

[٧] وملخّص الإشكال هو: أنّا لا نسلّم أن يكون التمليك مرادفاً للبيع، وذلك لتبادر الهبة منه عند إطلاقه، فهو يمنع أن يكون مرادفاً للبيع بحيث يفهم منه

يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر[١] عند الإطلاق غيرها. فيه[٢]: أنّ الهبة إنّما يفهم من تجريد اللّفظ عن العوض[٣]، لا[٤] من مادّة التمليك، فهي[٥] مشتركة معنىً بين ما يتضمّن المقابلة وبين المجرّد عنها،

إنشاء البيع عند إطلاقه، بل يفهم من إطلاقه الهبة بمقتضى تبادرها منه.

وملخّص الجواب عنه: أنّا لا نسلّم كون الهبة متبادرةً من التمليك؛ بحيث تكون هي مرادفة للتمليك؛ لأنّ الهبة تستفاد من التمليك بسبب تجريده عن العوض، ولا تستفاد هي من لفظ التمليك كي يكون هو مرادفاً للهبة.

[١] أى لا يتبادر عند إطلاق التمليك غير الهبة، والتبادر يدلّ على أنّ التمليك مشترك بينهما، وقد عرفت أنّه لا يصحّ إنشاء البيع بلفظ مشترك.

[٢] خبر لقوله: «وما قيل»، وجواب عن الإشكال المذكور.

[٣] بأن يقول: «ملّكت» مجرّداً عن ذكر العوض بأن لا يقول: «ملّكت بعوض».

[٤] أي لا يفهم الهبة من حاقّ لفظ التمليك ومن مادّته حتّى يكون تبادرها عن التمليك علامة لكون التمليك موضوعاً في اللغة للهبة.

[٥] أي مادّة التمليك مشتركة معنويّ بين التمليك الذي يتضمّن المقابلة بين المالين كقوله: «ملّكتك الكتاب بدينار»، وبين التمليك المجرّد عن المقابلة بين المالين كقوله: «ملّكتك الكتاب»، والأوّل ينطبق على البيع، والثاني ينطبق على الهبة. **والحاصل:** أنّ لفظ التمليك مشترك معنويّ بين البيع والهبة، ومن الواضح أنّه لا يصحّ إنشاء البيع بالألفاظ المشتركة معنىً، إلّا أنّ تقييده بالعوض يقطع الاشتراك ويخصّه بالبيع فقط؛ لأنّ حقيقة الهبة متقوّمة بالتمليك المجّانيّ، وإنّما يؤخذ العوض في الهبة المعوضة بعنوان الاشتراط، فإن قيّد التمليك بالعوض بأن قال: ملّكتك الكتاب بدينار، فيكون بيعاً؛

فإن [١] اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد [٢] المجموع المركّب بمقتضى الوضع التركيبيّ [٣] البيع [٤]، وإن [٥] تجرّد عن ذكر العوض اقتضى [٦]

لما عرفت من أنّ التقيّد بالعوض يخصّه بالبيع، وإن ذكر التمليك من دون تقييده بعوض بأن قال: ملّكتك الكتاب فيكون هبة.

[١] بعد ما بيّن المصنّف ﷺ أنّ التمليك مشترك معنوي بين البيع والهبة فرّع عليه بأنّ إرادة كلّ من البيع والهبة من التمليك يحتاج إلى قرينة معيّنة بقوله: «فإن اتّصل...»، أي إن اتّصل بالكلام الذي ينشأ به التمليك ذكر العوض بأن قال: «ملّكتك الكتاب بدرهم»، فإنّ ذكر العوض وهو الدرهم يكون قرينة على أنّ ملّكتك الكتاب بمعنى بعتك الكتاب.

[٢] جواب لقوله «فإن اتّصل»، أي أفاد المجموع المركّب من التمليك، وذكر العوض، أي ملّكتك بدرهم.

[٣] وهذا إشارة إلى أنّ الوضع على نوعين: وضع المفردات، كوضع لفظ الماء بإزاء مائع خاصّ، ووضع المركّبات كوضع بعلبك بإزاء بلدة خاصّة، وفي المقام مجموع ملّكت، وذكر العوض موضوع لإنشاء البيع، فإن ذكر العوض لا يكون قرينة على إرادة البيع من التمليك حتّى يكون استعمال التمليك في البيع مجازاً، بل مجموع التمليك والعوض بالوضع التركيبيّ موضوع للبيع، فإنّ التمليك بالعوض مركّبة موضوع للدلالة على مبادلة مال بمال، وعلى تبديل عين بعوض، وقوله: «بعت» يدلّ بالوضع الإفراديّ على تبديل عين بعوض.

[٤] مفعول لقوله: «أفاد».

[٥] عدل لقوله: «فإن اتّصل»، أي إن كان الكلام الذي ينشأ به التمليك مجرّداً عن ذكر العوض بأن قال: «ملّكتك الكتاب».

[٦] جواب لقوله: «وإن تجرّد»، أي اقتضى تجريد الكلام ـ الذي هو عبارة عن

تجريده الملكيّة [١] المجّانيّة ، وقد عرفت سابقاً [٢] أنّ تعريف البيع بذلك [٣] تعريف [٤] بمفهومه الحقيقيّ ، فلو [٥] أراد منه الهبة المعوّضة أو قصد [٦] المصالحة بني [٧]

الإيجاب ـ عن العوض .

[١] مفعول لقوله : « اقتضى » ، وهي كالهبة ، فإنّها عبارة عن الملكيّة المجّانيّة ، **والحاصل** : أنّ التمليك المطلق وإن كان جامعاً بين البيع والهبة ، إلّا أنّ تقييده بالعوض ، وكذا تجريده عنه يقطع الاشتراك ، فإنّ تقييده بالعوض يخصّه بالبيع ، وتجريده عنه يخصّه بالهبة .

[٢] أي في تعريف البيع في ردّ كاشف الغطاء .

[٣] أي بالتمليك بعوض .

[٤] أي تعريف للبيع بمفومه الحقيقيّ ، فلو لم يكن التمليك مرادفاً للبيع لم يكن تعريف البيع بالتمليك بعوض تعريفاً حقيقيّاً له ، بل كان تعريفاً بمفهومه المجازي ، أي تعريفاً بلازمه .

[٥] متفرّع على ما ذكره من كون تعريف البيع بالتمليك بالعوض تعريفاً له بمفهومه الحقيقيّ ، أي لو أراد الموجب من إنشاء التمليك بقوله : « ملّكتك الكتاب بدينار » إنشاء الهبة المعوّضة .

[٦] أي أو قصد الموجب من قوله : « ملّكتك » بعوض المصالحة .

[٧] ماضٍ مجهول ، وجواب عن الشرط ، أي صحّة عقد الهبة بقوله : « ملّكتك » ، أو صحّة إنشاء عقد المصالحة به بنيت على صحّة إنشاء كلّ عقد بلفظ آخر كإنشاء البيع بلفظ « نقلت » مجازاً ، وأمّا إذا قلنا : بعدم جواز إنشاء العقد بالألفاظ المجازيّة فلا يصحّ هذا .

صحّة العقد به على صحّة [١] عقد بلفظ غيره مع النيّة، ويشهد لما ذكرناه [٢] قول فخر الدين في شرح الإرشاد إنّ معنى «بعت» في لغة العرب ملّكت غيري [٣].

---

[١] أي على صحّة إنشاء عقد بلفظ غير لفظ العقد المنشأ كإنشاء البيع بلفظ غير البيع مع نيّة البيع من هذا اللفظ، كما إذا أنشأ البيع بلفظ «نقلت» مع قصد البيع منه، والسرّ في إضافة هذا القيد هو أنّ لفظة التمليك لم توضع للهبة ولا للمصالحة، بل وضعت للجامع بينهما، فإن قلنا بجواز إنشاء الهبة والمصالحة بغير صيغة «وهبت» أو «صالحت» نقول: بجواز إنشائهما بلفظ «ملكت» بقصد الهبة والصلح، وأمّا إذا قلنا باختصاص إنشاء كلّ عقد بلفظ معهود يختصّ به كإنشاء البيع بلفظ «بعت» فلا يصحّ ذلك.

[٢] من كون التمليك بالعوض مرادفاً للبيع.

[٣] حيث إنّ تفسير البيع بالتمليك للغير يشهد على كون التمليك بالعوض مرادفاً للبيع.

«التحقيق»

لا شبهة في صحّة وقوع البيع بكلمة «ملّكت» مشدّدة، واستظهر شيخنا الأنصاريّ ﷺ من نكت الإرشاد الاتّفاق عليه.

وقال الأُستاذ الأعظم: «الظاهر أنّ مفهوم التمليك بالعوض يتّحد مع مفهوم البيع، وإنّما الفرق بينهما بالبساطة والتركيب وبالإجمال والتفصيل، حيث إنّ لفظ البيع ببساطته يدلّ على تبديل مال بمال، ولفظ التمليك بالعوض تدلّ مركبة على ذلك.

ربّما يقال: إنّ لفظ التمليك مشترك معنويّ بين البيع والهبة، ولا يصحّ الإنشاء بالألفاظ المشتركة معنى.

والجواب عنه : أنّه لا مانع منه مع قيام قرينة على التعيين . **وبعبارة واضحة :** أنّ التمليك المطلق وإن كان جامعاً بينهما ، إلّا أنّ تقييده بالعوض يخصّه بالبيع ، فيكون البيع موضوعاً لمجموع التمليك بالعوض بالوضع التركيبيّ .

وقال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ : « إنّ لفظ البيع موضوع لحصّة من طبيعيّ التمليك الذي يتحصّص بتعلّقه بالعين بمقابلته بشيء ، لا أنّه موضوع لمجموع التمليك بالعوض ؛ بحيث يكون قيد العوض مأخوذاً في مفهوم البيبع » ، وادّعى الأُستاذ[1] الأعظم أنّه لا وجه له ، فإنّ البيع موضوع للمجموع ، ولكن لم يذكر وجهاً لما ذكره يعتمد عليه كما أنّ المحقّق الأصفهانيّ أيضاً لم يذكر وجهاً لما ذكره .

وكيفما كان لا مانع من إنشاء البيع بلفظ « ملّكتك بعوض » ، سواء كان التمليك موضوعاً لمجموع التمليك بالعوض ، بحيث يكون قيد العوض مأخوذاً في مفهوم البيع ، أو يكون قرينة على إرادة البيع من التمليك بعد ما صحّحنا إنشاء البيع بالمجازاة . قال شيخنا الأنصاريّ : « إنّ تعريف البيع بتمليك العين بعوض تعريف بمفهومه الحقيقيّ ، فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة منه بني صحّة العقد به على صحّة العقد بلفظ غيره مع النيّة » .

وأورد عليه السيّد اليزديّ ﷺ بأنّه لا فرق بين الهبة المجّانيّة والمعوضة في كونهما من التمليك حقيقة ، وإنّما الفرق بينهما في ذكر العوض وعدمه ، **فدعوى :** أنّ استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبنيّ على صحّة عقد بلفظ غيره ، كما ترى .

نعم ، في المصالحة يمكن أن يقال : بالابتناء المذكور ؛ لعدم دلالة لفظ « ملّكت » على معنى المسالمة المعتبرة في حقيقة الصلح .

---

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ٢٢ .

وأمّا الإيجاب [١] بـ « اشتريت » ففي مفتاح الكرامة أنّه قد يقال بصحّته [٢] كما هو [٣] الموجود في بعض نسخ التذكرة، والمنقول عنها [٤] في نسختين من تعليق الإرشاد.

أقول: وقد يستظهر ذلك [٥] من عبارة كلّ من عطف على « بعت » و « ملّكت » شبههما [٦] أو ما يقوم [٧] مقامهما؛

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم ﷺ بأنّ السيّد لم يصل إلى غرض المصنّف ﷺ، فإنّ الظاهر أنّ مراده من كلامه المتقدّم أنّ مفهوم التمليك بالعوض يساوق مفهوم البيع، وعليه فإذا أُنشئت به الهبة التي هي متقوّمة بالتمليك المجّانيّ توقّفت صحّتها على جواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها، وكذلك الكلام في إنشاء البيع بصيغة « وهبت ».

[١] أي إيجاب البيع بلفظ « اشتريت » بأن يقول البائع: « اشتريت الكتاب بدينار »، فيقول المشتري: « قبلت ».

[٢] أي بصحّة الإيجاب بـ « اشتريت ».

[٣] أي القول بصحّة إيجاب البيع بلفظ « اشتريت » موجود في بعض نسخ التذكرة، وفي هذا إشارة إلى أنّ المصنّف ﷺ شاهد هذا القول في بعض نسخ التذكرة.

[٤] أي كما هو المنقول عن التذكرة في نسختين من تعليق الإرشاد.

[٥] أي قد يستظهر جواز الإيجاب بلفظ « اشتريت ».

[٦] مفعول لقوله: « عطف » أي شبه « بعت » و « ملّكت » مثل « سلّمت » و « نقلت ».

[٧] أي عطف على « بعت » و « ملّكت » لفظ ما يقوم مقامهما، أي يقوم مقام « بعت » و « ملّكت » في إفادة معنى البيع، ووجه الاستظهار هو أنّ المعطوف

إذ [١] إرادة خصوص لفظ « شريت » من هذا بعيد [٢] جدّاً ، وحمله [٣] على إرادة ما يقوم مقامهما في اللّغات الأُخر للعاجز عن العربيّة أبعد [٤] ، فيتعيّن [٥] إرادة ما يرادفهما لغة أو عرفاً ، فيشمل [٦] « شريت » و « اشتريت » . لكنّ الإشكال المتقدّم في « شريت » [٧]

ـ وهو قوله : « شبههما » ـ أو ما يقوم مقامهما يعمّ « شريت » و « اشتريت » ، فيستفاد منه جواز الإيجاب بكلا اللفظين وشبههما .

[١] تعليل لشمول لفظة شبههما ، أو ما يقوم مقامهما « اشتريت » ، أي إنّما قلنا : يستظهر جواز الإيجاب بلفظ « اشتريت » من عطف شبههما ... » على « بعت » و « ملّكت » ؛ لأنّ إرادة خصوص لفظ « شريت » من لفظ « شبههما » أو ما يقوم مقامهما بعيد .

[٢] وجه البعد أنّه لو كان مراده خصوص « اشتريت » لصرّح به ، ولم يذكر بلفظ عامّ يشمل غيره أيضاً .

[٣] أي حمل لفظ شبههما أو ما يقوم مقامهما على إرادة ما يقوم مقام « بعت » و«ملّكت» في لغات أُخرى ، كما إذا أنشئ الإيجاب باللغة الفارسيّة أو التركيّة .

[٤] خبر لقوله : « وحمله » ، وأمّا وجه أبعديّة هذا الحمل من حمله على خصوص لفظ « شريت » ، فلأنّ الظاهر المستفاد من وحدة السياق أنّ البحث في ألفاظ الإنشاء في خصوص لغة العرب .

[٥] أي إذا ثبت كون أحد الحملين بعيداً ، والحمل الآخر أبعد منه فيتعيّن أن يراد منه ما يكون مرادفاً لـ« بعت » و « ملّكت » في خصوص اللغة العربيّة وفي عرفهم .

[٦] أي يشمل عموم المعطوف وهو شبههما ... شريت و اشتريت .

[٧] وهو قلّة استعمال لفظ « شريت » في إيجاب البيع ، وعدم كون جعله إيجاباً

أوْلى بالجريان هنا [١]؛ لأنّ [٢] شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل [٣] فيه إلّا فيه، بخلاف اشتريت [٤]، ودفع الإشكال [٥] في

أمراً متعارفاً، واحتياجه إلى القرينة المعيّنة.

[١] أي في «اشتريت». ووجه أولويّة جريان الإشكال المتقدّم في «اشتريت» ما بيّنه المصنّف ﷺ بقوله: «لأنّ...».

[٢] أي إنّما قلنا بأنّ الإشكال على وقوع الإيجاب بلفظ «شريت» يكون جارياً في وقوع الإيجاب بلفظ «اشتريت» بطريق أوْلى؛ لأنّ لفظ «شريت» مع استعماله في القرآن في إنشاء البيع دائماً وقوعه إيجاباً في إنشاء البيع مورد إشكال، فيكون وقوع «اشتريت» في إيجاب البيع مورد إشكال بطريق أوْلى؛ وذلك لعدم استعماله في القرآن الكريم في البيع.

[٣] أي بل لم يستعمل شريت في القرآن إلّا في البيع.

[٤] أى لفظ: «اشتريت» لم يستعمل في القرآن في إيجاب البيع، بل استعمل في الشراء قبال البيع في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم**﴾[١].

[٥] أي دفع الإشكال المتقدّم في «شريت» عن «اشتريت» والإشكال المذكور فيه، وهذا جواب عن إشكال مقدّر، **وملخّصه**: أنّا سلّمنا أنّ «اشتريت» ليس كـ«شريت»، فإنّه لم يستعمل في القرآن إلّا في البيع، بل قد يكون إيجاباً من البائع، وقد يكون قبولاً من المشتري، فيكون لفظاً مشتركاً بين إنشاء الإيجاب وبين إيجاب القبول، فلا يجوز استعماله في إنشاء البيع في حدّ نفسه، إلّا أنّ في المقام قرينة معيّنة دلّت على أنّ المراد منه خصوص إيجاب البيع، وهو

---

(١) التوبة ٩: ١١١.

تعيين المراد منه [١] بقرينة تقديمه [٢] الدالّ على كونه إيجاباً، إمّا بناءً [٣] على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا [٤] لغلبة ذلك غير صحيح [٥]؛ لأنّ الاعتماد على القرينة غير اللّفظيّة في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه [٦]، إلّا أن يدّعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار

تقديمه على القبول.

[١] أي من لفظ «اشتريت».

[٢] أي تقديم «اشتريت» على القبول قرينة تدلّ على كون «اشتريت» إيجاباً.

[٣] أي كون تقديم «اشتريت» قرينة مبنيّ على لزوم تقديم الإيجاب على القبول إمّا دائماً، فإذا قدّم «اشتريت» على القبول يعلم من ذلك أنّ المراد منه هو الإيجاب؛ إذ المفروض أنّه لو كان قبولاً لما جاز تقديمه على الإيجاب على هذا المبنى، وإمّا غالباً وهذه الغلبة تفيد الظنّ بأنّ المراد من «اشتريت» هو الإيجاب؛ لأنّ الظنّ يلحق الشيء بالأعمّ الأغلب.

[٤] أي كون التقديم قرينة على كون «اشتريت» إيجاباً مبنيّ على غلبة تقديم الإيجاب على القبول، فانّ غلبة التقديم تكون قرينة على أنّ المراد منه الإيجاب عند الشكّ في أنّ المراد منه الإيجاب أو القبول.

[٥] خبر لمبتدأ مقدّم، وهو قوله: «ودفع الإشكال»، وأمّا وجه عدم صحّة دفع الإشكال بسبب قرينيّته تقديم اشتريت على القبول، فلأنّ لزوم تقديم الإيجاب على القبول أو غلبة ذلك اعتماد على القرينة المقاميّة غير اللفظيّة، وقد عرفت أنّ القرينة غير اللفظيّة لا يعتمد عليها في تعيين المراد من الألفاظ المشتركة.

[٦] أي قد عرفت ما في الاعتماد على القرينة غير اللفظيّة واعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعيّة في العقود، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد بنفسه موضوعاً له، أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظيّة أُخرى ليرجع الإفادة بالاخرة إلى

الصراحة [١] مختصّ بصراحة اللّفظ من حيث دلالته على خصوص العقد [٢] وتميّزه [٣] عمّا عداه من العقود، وأمّا تميّز إيجاب عقد معيّن [٤] عن قبوله الراجع [٥] إلى تميّز البائع عن المشتري فلا [٦] يعتبر فيه الصراحة،

الوضع، وعدم جواز الاعتماد في الاستعمال المجازي على قرينة غير لفظيّة من الحالية والمقاميّة.

[١] أي ما ذكر من اعتبار الصراحة في إنشاء العقد.

[٢] أي تعتبر صراحة دلالة اللفظ على خصوص عنوان العقد بأن تدلّ الصيغة بصراحة عيله كدلالة «بعت» على عنوان البيع.

[٣] أي ما ذكرنا من اعتبار الصراحة في لفظ الإنشاء مختصّ بصراحة دلالة اللفظ على تميّز عقد البيع عن سائر العقود كالهبة والإجارة والصلح ونحوها.

وملخّصه: أنّا اعتبرنا صراحة اللفظ في دلالته على إنشاء البيع، وأيضاً اعتبرنا صراحة اللفظ في تميّز عقد البيع عن سائر العقود من الصلح والإجارة والهبة، فإنّ إنشاء البيع بلفظ الصلح أو إنشاء المتعة بلفظ الإجارة لا يتمّ لعدم صراحة الصلح في إنشاء البيع والإجارة في إنشاء المتعة.

[٤] كتميّز إيجاب البيع عن قبوله بأن يعلم أن «اشتريت» إيجاب البيع، لا أنّه قبول له.

[٥] صفة لقوله: «تميّز...»، أي تميّز إيجاب عقد عن قبوله يرجع إلى تميّز البائع عن المشتري، فإنّ من ينشئ الإيجاب هو البائع، ومن ينشئ القبول هو المشتري.

[٦] جواب لقوله: «وأمّا» أي أمّا تميّز البائع عن المشتري فلا يعتبر إلى صراحة اللفظ.

وملخّص الكلام: أنّ تميّز البيع من الإجارة، وكذا تميّز النكاح منها

بل يكفي استفادة المراد [١] ولو بقرينة المقام [٢] أو غلبته [٣] أو نحوهما [٤]، وفيه [٥]: إشكال [٦].

يحتاج إلى صراحة اللفظ الدالّ على الإجارة أو النكاح، وأمّا تميّز البائع من المشتري فلا يحتاج إلى صراحة اللفظ.

[١] بأنّه إيجاب أو قبول، والمنشئ به بائع أو مشترٍ يكفي في تميّزه استفادته من اللفظ بقرينة مقاميّة.

[٢] أي مقام لزوم تقديم الإيجاب على القبول، فإنّ التقديم قرينة مقاميّة على تميّز الإيجاب عن القبول، وأنّ القائل بـ« اشتريت » أوّلاً بائع.

[٣] أي ولو بقرينة غلبة المقام، وهو تقديم الإيجاب على القبول.

[٤] أي نحو لزوم التقديم أو غلبته من سائر القرائن المقاميّة.

[٥] أي في عدم اعتبار الصراحة في تميّز الإيجاب عن القبول إشكال؛ لأنّها كما هي معتبرة في لفظ الإيجاب وتميّز البيع عن سائر العقود، كذلك يعتبر في تميّز الإيجاب عن القبول.

[٦] أمّا الإشكال في استفادة المراد من « اشتريت » بالقرينة المقاميّة، فلعدم قيام الدليل على الاعتماد على القرينة المقاميّة في تمييز الإيجاب من القبول، وأمّا الإشكال في كفاية الغلبة فلعدم قيام دليل على حجّيّة الظنّ الحاصل منها.

« التحقيق »

أقول: ناقش شيخنا الأنصاريّ ﷺ فيما ذكره صاحب مفتاح الكرامة من الإيجاب بلفظ « اشتريت » بعد ما قال: « وقد يستظهر وقوع الإيجاب بلفظ (اشتريت) من عبارة كلّ من عطف على (بعت) و (ملّكت) شبههما، أو لفظ ما يقوم مقامهما،

بدعوى : أنّ المعطوف يعمّ (شريت) و (اشتريت) كليهما بديهة أنّ إرادة خصوص (شريت) من المعطوف المزبور بعيد ، كما أنّ إرادة ما يقوم مقامهما في سائر اللغات للعاجز عن العربيّة أبعد » .

ثمّ قال : « لكنّ الإشكال المتقدّم في إنشاء البيع بلفظ (شريت) وهو قلّة استعمال (شريت) في البيع أولى بالجريان في (اشتريت) ؛ لأنّ (شريت) استعمل في القرآن الكريم في البيع ، بل لم يستعمل في القرآن إلّا في البيع بخلاف (اشتريت) » .

قال الأُستاذ الأعظم[1] : « قد نوقش في هذا الكلام بأنّ كثيراً من المفسّرين قد صرّحوا باستعمال لفظ الاشتراء في البيع في قوله تعالى : ﴿ **بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ أَنْ يَكْفُرُوا بِمَا أَنْزَلَ اللهُ** ﴾[2] ، بدعوى : أنّ البيع والشراء إزالة الملك إلى غيره بعوض يعتاضه منه ، ثمّ استعمل ذلك في كلّ معتاض من عمله عوضاً ، سواء كان ذلك العوض خيراً ، أم كان شرّاً ، وعليه فاليهود لمّا كفروا بمحمّد ﷺ ذمّهم الله سبحانه وتعالى ، وقال : ﴿ **بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ** ﴾ أي بئس شيئاً باعوا به أنفسهم ، فإنّ لفظ الاشتراء في الآية استعمل في البيع » .

وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم : بأنّه تندفع هذه المناقشة بأنّ التوبيخ في الآية ليس على كلّ واحد من اليهود مع قطع النظر عن غيره لكي يتوهّم أنّه لا معنى لنسبة الاشتراء إليهم إلّا بإرادة البيع ، وأنّ كلّ فرد منهم قد باع نفسه بالكفر ، بل التوبيخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معاملة بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بثمن بخسٍ ، فصار كلّ واحد منهم بائعاً من جهة ومشترياً من جهة ،

(١) مصباح الفقاهة : ٢ : ٢٤ .

(٢) البقرة ٢ : ٩٠ .

وعلى هذا فلا تدلّ الآية على إرادة البيع من الاشتراء، وقد اشترى علماؤهم أنفس عوامهم بثمن بخس، كما قد اشترى عوامهم أنفس علمائهم بثمن بخس من التحابب إليهم والتأثير في نفوسهم وفق ميولهم، وهذا الذي ذكره الأستاذ الأعظم لا يساعد عليه ظاهر الآية، ولذا خالفه جمع من المفسّرين كمجمع البيان وغيره.

قال المحقّق النائينيّ ﷺ: «أنّ الاشتراء من الافتعال، ومن الواضح أنّ باب الافتعال إنّما هو للقبول والمطاوعة، وعليه فلا يناسب استعماله في الإيجاب، بل يختصّ استعماله بالقبول فقط، امّا أخذه بمعنى «شريت» كأخذ اكتسبت بمعنى كسبت، فهو على خلاف ما وضع له، أو على خلاف الظاهر من محاورات أهل العرف ومحادثاتهم».

وأجاب عنه المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1]: «بأنّ الاشتراء وإن كان من الافتعال، وقد أُخذ فيه معنى المطاوعة، إلّا أنّ هذه المطاوعة ليست مطاوعة لفعل غيره ليتمحّض مفهوم الاشتراء فيما كان قبولاً حقيقة، بل هذه المطاوعة بمعنى اتّحاد المبدأ لنفسه ومطاوعة الذات للمبدأ، سواء كان صادراً من نفس الذات كالاتّجار والاكتساب والاحتطاب، أم كان صادراً من شخص آخر كالابتياع والاتّهاب، وعلى هذا فلفظ (اشتريت) إن ذكر في الإيجاب فتتّخذ الذات المبدأ من نفسه، ويدلّ على تمليك البائع ماله لغيره وإن ذكر في القبول فتتّخذ الذات المبدأ من غيره، ويدلّ على تملّك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقاً للقبول الحقيقيّ، وعليه فإيجاب البيع بلفظ (اشتريت) مناسب لمفهومه اللّغويّ.

ولكن يمكن أن يجاب عنه: بأنّ ما ذكره خلاف المتفاهم العرفيّ من باب

(١) نهاية الدراية: ٢: ٦٨.

الافتعال ، فإنّ الدقّة العقليّة لا تناسب فهم المعاني من الألفاظ ، فإنّ المعيار فيه بالفهم العرفيّ لا بالدقّة العقليّة . إذن فالحقّ ما ذكره المحقّق النائينيّ ﷺ .

إن قلت : انّ إنشاء الإيجاب بلفظ « اشتريت » ليس أمراً متعارفاً ، وأجاب عنه الأُستاذ الأعظم بأنّ مجرّد عدم تعارف الإنشاء لا يمنع عن ذلك بعد صحّة استعماله في البيع لغة .

وفيه : أنّه مع عدم كونه أمراً متعارفاً بين الناس يشكل صحّة استعماله في اللغة ، وفي حجّيّة هذا الاستعمال .

وأمّـا القبول [١]، فـلا ينبغي الإشكـال فـي وقـوعه بـلفظ «قـبلت» و«رضيت» و«اشتريت» و «شريت» و «ابتعت» و «تملّكت» و «مـلكت» ـمخفّفاً [٢]ـ، وأمّا «بعت» [٣] فلم ينقل [٤] إلّا مـن الجـامع، مـع [٥] أنّ المحكيّ عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه [٦] بين البـيع والشـراء، ولعـلّ الإشكال فيه [٧]

---

[١] إلى هنا تمّ كلامه في ألفاظ الإيجاب، ومن هنا شرع في التحقيق في ألفـاظ القبول. وقال: «لا إشكال في وقوع القبول...».

[٢] أي بصيغة الثلاثيّ المجرّد.

[٣] أي أمّا إنشاء القبول بلفظ «بعت» بـأن يـقول البـائع: «بـعتك هـذا الكـتاب بدرهم»، ويقول المشتري أيضاً: «بعت» بدل «قبلت».

[٤] أي لم ينقل صحّة إنشاء القبول بلفظ «بعت» إلّا من كتاب الجامع ليحيى بن سعيد.

[٥] هذا إشكال من المصنّف ﷺ على الفقهاء، وهو أنّ كون لفظ «بعت» من ألفاظ القبول لم ينقل إلّا من الجامع، مع أنّ المـحكيّ مـن جـماعة مـن اللّـغويّين اشتراك لفظ البيع بين البيع والشراء، ونتيجة قولهم: جواز وقوع القبول بلفظ «بعت» فكيف لم يذكر أحد من الفقهاء لفظ «بعت» مـن ألفـاظ القـبول إلّا يحيى بن سعيد في جامعه.

[٦] أي اشتراك البيع بين إنشاء البيع والشراء به، فكما صحّ الإيجاب به كـذلك يصحّ القبول به أيضاً؛ لأنّه بعد وضع «بعت» في اللـغة للإيـجاب والقـبول فلا وجه لجواز استعماله في الإيجاب دون القبول.

[٧] أي في وقوع إنشاء القبول بصيغة «بعت».

كإشكال « اشتريت » في الإيجاب [١].

واعلم أنّ المحكيّ عن نهاية الإحكام والمسالك أنّ الأصل في [٢] القبول « قبلت » وغيره [٣] بدل؛ لأنّ القبول على الحقيقة [٤] لا يمكن به [٥] الابتداء والابتداء بنحو « اشتريت » و « ابتعت » ممكن [٦]، وسيأتي توضيح

---

[١] بأن يقال: الإشكال في تحقّق القبول بصيغة « بعت » كالإشكال في تحقّق الإيجاب بلفظ « شريت » وهو عدم كونه أمراً متعارفاً وعدم تميّز الإيجاب عن القبول إلّا بقرينة غير لفظيّة وكفايتها محلّ إشكال.

[٢] أي الأصل في إنشاء القبول وقوعه بلفظ « قبلت ».

[٣] أي غير قبلت من الصيغ الأُخرى كـ« رضيت » و« تملّكت » و« اشتريت » بدل عن « قبلت ».

[٤] أي القبول بمعناه الحقيقيّ لا يعقل أن يبتدأ به في أوّل الكلام، بأن يقول قبل إنشاء البيع: « قبلت » ويقصد به إيجاد البيع؛ لأنّ القبول حقيقة في الدلالة على مطاوعة فعل الغير وقبول لفعله، ولا يعقل تحقّق ما هو متوقّف على فعل الغير قبله.

[٥] أي لا يعقل الابتداء بـ« قبلت »، فإنّه كما لا يعقل الابتداء بالانكسار بأن يقول: « انكسرت » فكسر، كذلك لا يمكن أن يقدّم « شريت » على البيع، فامتناع تقديم « قبلت » على « بعت » دليل على أصالة قبلت في القبول، ولإمكان الابتداء بغيره كـ« اشتريت » دليل على بدليّة غيره.

[٦] لعدم كونهما حقيقة في المطاوعة بنفسهما، بل هما يقومان مقام « قبلت » بالقرينة اللفظيّة.

والحاصل: أنّ إمكان الابتداء بهما دليل على عدم كونهما أصلين في القبول، بل هما بدلان عنه، ولذا قد عدّوهما من صيغ إيجاب البيع أيضاً.

ذلك [١] في اشتراط تقديم الإيجاب.

ثمّ إنّ [٢] في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والإنفاذ وشبهها [٣] وجهين [٤]:

---

[١] أي سيأتي توضيح عدم جواز الابتداء بـ «قبلت»، وجواز الابتداء بمثل «اشتريت» و «ابتعت» في مبحث اشتراط تقديم الإيجاب على القبول.

[٢] أي هل ينعقد القبول بلفظ «أمضيت» و «أجزت» و «أنفذت» أم لا؟ فيه وجهان: وجه الانعقاد كفاية دلالة الألفاظ المذكورة في القبول ولو بالقرائن المقاميّة، وعدم الدليل على اعتبار الصراحة في القبول، وإنّما قيل بها في خصوص الإيجاب. ووجه عدم الانعقاد هو ما ذكرنا سابقاً من لزوم الاقتصار في الإيجاب والقبول بالعناوين الصريحة في إنشائهما الدائرة في لسان الشارع، ولم يصدر شيء من الصيغ المذكورة في لسانه الشريف. إذن لا ينعقد العقد المركّب من الإيجاب والقبول بالصيغ المذكورة.

[٣] أي شبه الألفاظ المذكورة كقوله: «رضيت».

[٤] اسم مؤخّر لقوله: «أنّ في انعقاد القبول...»، أي في انعقاد القبول بالصيغ المذكورة وجهان قد عرفت كليهما.

«التحقيق»

لا شبهة في جواز القبول بلفظ «قبلت» و «رضيت» و «تملّكت» وغيرها من الألفاظ الدالّة على المطاوعة، وإنّما الكلام في «أمضيت» و «أنفذت» و «أجزت»، وقد ذكر شيخنا الأعظم فيها وجهين، ولم يرجّح أحدهما.

وقال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[١]: إنّ جواز القبول بهذه الألفاظ مبنيّ على جواز العقد بالكنايات. بدعوى: أنّ عنوان الإمضاء والإجازة والإنفاذ لا يتعلّق إلّا بما له مضيّ وجواز ونفوذ، وما يترقّب منه ذلك هو السبب التامّ، وهو العقد لتقوّم السبب المترقّب منه التأثير في الملكيّة بالإيجاب والقبول معاً، فلا معنى للتسبّب بقوله: «أمضيت» و«أجزت» و«أنفذت» إلّا في مثل العقد الفضوليّ، لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط إلّا بنحو الكناية.

أورد عليه الأُستاذ الأعظم[٢] بأنّ المعاملة الفضوليّة والإيجاب الساذج سيّان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء والإجازة والإنفاذ، ففعليّة التأثير فيهما تتوقّف على تحقّق الإجازة والقبول فكما لا مانع من تتميم العقد الفضوليّ، وإضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة، كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها، وعليه فيكون مضيّ العقد ونفوذه بنفس «أمضيت» و«أنفقت» و«أجزت» في كلا المقامين.

وفيه: أنّ الظاهر من «أمضيت» وأشباهه أنّه إنّما يكون الجزء الأخير للعلّة بحيث يكون الأثر مترتّباً على الممضى بمجرّد إمضاء مَن له ذلك، وهو يكون بعد تحقّق العقد المركّب من الإيجاب والقبول. وأمّا الإيجاب المجرّد فلا يترتّب أثر على إمضائه. إذن «أمضيت» بعد الإيجاب لا يدلّ على القبول إلّا بالكناية، كما أفاده الأصفهاني.

وقال السيّد اليزديّ: «الحقّ كفاية المذكورات في القبول بعد مساعدة معناها عليه؛ إذ لا فرق بين «أمضيت» وشبهه.

---

(١) و (٢) مصباح الفقاهة: ٢: ٢٨.

وفيه: أنّ الفرق بينهما واضح، فإنّ «رضيت» تصلح أن تكون قبولاً للإيجاب، فإنّ إظهار الرضا بالإيجاب عبارة أُخرى عن قبوله، بخلاف «أمضيت» الإيجاب، فإنّه ممّا لا معنى له، إلّا أن يراد معناه الكنائيّ وهو القبول؛ إذ الإمضاء كما عرفت إنّما يتعلّق بما له مضيّ بعد الإمضاء، والقبول ليس له ذلك، فإنّ حاله بعد الإمضاء كحاله قبل الإمضاء.

فرع [١]: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول [٢]، ثمّ اختلفا [٣] في تعيين الموجب والقابل [٤] إمّا بناءً [٥] على جواز تقديم القبول، وإمّا [٦] من جهة اختلافهما في المتقدّم، فلا يبعد الحكم

---

[١] ولا يخفى أنّ مفروض الكلام فيما إذا كان أصل وقوع العقد بإيجابه وقبوله مسلّماً، وكانت الدعوى في تعيين الموجب والقابل بأن ادّعى كلّ من المتعاقدين بأنّه الموجب والقابل صاحبه، وأمّا إذا ادّعى كلّ بأنّه الموجب بلا تعرّض لحال صاحبه بأنّه القابل، ومن غير إنكار لدعواه فيكون العقد باطلاً لعدم تحقّق العقد المركّب من الإيجاب والقبول بينهما، بل مقتضى دعواهما عدمه.

[٢] كلفظ «بعت» أو «اشتريت» الذي هو من الأضداد، فينشأ بها كلّ من الإيجاب والقبول، بأن قال كلّ واحد من المتعاقدين: «بعت» أو «اشتريت».

[٣] ولا يخفى أنّ مفروض الكلام فيما إذا ترتّب أثر شرعيّ على اختلاف المتعاقدين، كما لو كان المبيع حيواناً والثمن ثوباً، فإن كان صاحب الحيوان بائعاً كان للمشتري خيار الحيوان، وإن كان مشترياً فلا يترتّب عليه خيار الحيوان.

[٤] بأن ادّعى كلّ منهما أنّه الموجب والقابل صاحبه.

[٥] أي منشأ اختلاف المتعاقدين في تعيين الموجب والقابل يكون أحد أمرين: إمّا جواز تقديم القبول على الإيجاب، فعلى هذا المبنى يدّعى البادئ بالإنشاء بقوله: «اشتريت» أنّه قابل وأراد القبول منه، ويدّعى الآخر أنّه أراد الإيجاب، أو بالعكس. وأمّا بناءً على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب فلا موضوع لاختلافهما؛ لوضوح أنّ المتقدّم هو الموجب.

[٦] أي وإمّا يكون منشأ اختلافهما شبهة موضوعيّة بعد العلم بالحكم وهو لزوم

بالتحالف [١]،

تقديم الإيجاب على القبول، إلّا أنّهما اختلفا في تمييز المتقدّم بأنّه زيد كي يكون هو موجباً وعمرو قابلاً، أو عمرو كي يكون الأمر بالعكس.

[١] كما هو الميزان في باب التداعي، فالحكم بالتحالف مبنيّ على المسألة في كتاب القضاء من أنّ المناط في تعيين المدّعي والمنكر هل هو متعلّق الدعوى ابتداء؟ وهو هنا عنوان البائع والمشتري، وعلى هذا فالمتعيّن هو التحالف؛ لأنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر، حيث إنّه يدّعي كلّ منهما أنّه مشتري الحيوان وينكره الآخر، أم المناط في تعيين المدّعى هو الغاية المترتّبة على الدعوى، وهو هنا ترتّب الخيار على ملك الحيوان من حيث كونه مشترياً، فيتوجّه الحلف على منكر الخيار فقط، فيكون المورد على هذا من صغريات المدّعي والمنكر، والمصنّف رجّح المناط الأوّل، ولذا حكم بالتحالف.

وأورد عليه الأُستاذ الأعظم[١] بأنّه لا وجه لاحتمال التحالف في المقام؛ ضرورة أنّ التحالف إنّما يستقرّ فيما إذا ثبت لكلّ من عنوان البائع وعنوان المشتري أثر خاصّ وحكم مخصوص، ومن الواضح أنّه لا يترتّب أثر خاصّ على خصوص عنوان البائع، بل الأثر البارز إمّا يترتّب على كلا العنوانين كخيار المجلس، وإمّا يترتّب على عنوان المشتري فقط كخيار الحيوان، فإنّه على المشهور يختصّ بالمشتري وعندئذٍ يقع النزاع في ثبوت ذلك الأثر لأيّ منهما من حيث كونه مشترياً، وعليه فيتوجّه الحلف على منكر الخيار فقط.

إن قلت: قد ثبت في محلّه أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه،

---

(١) مصباح الفقاهة: ٢: ٣٠.

ثمّ عدم [١] ترتّب الآثار المختصّة بكلّ من البيع والاشتراء على [٢]

وهذا الحكم أثر ظاهر لعنوان البائع.

قلت: إنّ الأثر المزبور يعمّ البائع والمشتري، وليس مختصّاً بخصوص البائع، والدليل على هذا التعميم السيرة القطعيّة؛ لأنّ بناء العقلاء والمتشرّعة قائم على أنّ التسليم والتسلّم من متمّمات الملكيّة المترتّبة على البيع بحيث يرى العقلاء أنّ الملكيّة الحاصلة هي الملكيّة الناقصة وأنّ الإيجاب وإن أثّر في حصول الملكيّة، إلّا أنّها ملكيّة ناقصة تنفسخ بالتلف، وهي محدودة بالانفساخ بالتلف، وإنّما تصير هذه الملكيّة المحدودة مطلقة وتامّة من جميع الجهات في نظر العقلاء بالقبض والإقباض بحيث لا تنفسخ بالتلف السماويّ، وهذه السيرة كما أنّها جارية في ناحية المثمن، كذلك جارية في ناحية الثمن. إذن فالحكم بأنّ التلف قبل القبض من مال مالكه لا يختصّ بالبائع، بل يعمّ المشتريّ أيضاً.

[١] أي لا يبعد الحكم بعد التحالف بعدم ترتّب آثار البائعيّة والمشتريّة على كلّ واحد من المتعاقدين إذا كان الحكم مترتّباً على عنوان البائع والمشتري، وذلك لتعارض الأصلين، كما إذا كان العوضان حيوانين كفرس وغنم، وادّعى كلّ منهما أنّه مشترٍ ليثبت له خيار الحيوان، فادّعى صاحب الفرس أنّه اشترى الغنم بالفرس فهو مشترٍ، والغنم مبيع فيثبت له الخيار، ويدّعي صاحب الغنم أنّه اشترى الفرس بالغنم، فالمبيع هو الفرس، ويكون له الخيار، فيحكم في الفرض المذكور بعدم ترتّب الأثر المختصّ بالشراء ـ مثلاً ـ وهو خيار الحيوان على صاحب الغنم، ولا صاحب الفرس؛ وذلك لأصالة عدم انطباق المشتري على كلّ واحد منهما.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «ترتّب»، أي بعدم ترتّب الآثار على كلّ واحد

واحد منهما.

مسألة: المحكيّ عن جماعة منهم السيّد عميد الدين، والفاضل المقداد، والمحقّق، والشهيد الثانيان [١] اعتبار [٢] العربيّة في العقد [٣]، للتأسّي [٤] كما في جامع المقاصد، ولأنّ [٥] عدم صحّته بالعربيّ غير الماضي يستلزم [٦] عدم صحّته بغير العربي بطريق أوْلى، وفي الوجهين ما لا يخفى [٧].

من المتعاقدين.

[١] أي المحقّق الثاني والشهيد الثاني قدّس سرّهما.

[٢] مبتدأ مؤخّر، وخبره المقدّم قوله: «المحكيّ عن جماعة»، أي اعتبار العربيّة في العقد حكي عن جماعة.

[٣] مراده من العقد غير النكاح؛ إذ التأسّي بالنبيّ صلى الله عليه وآله فيه يدلّ على اعتبار العربيّة، وأمّا اعتبارها فيه فهو إجماعيّ.

[٤] تأسّى به، اقتدى به، أي اعتبار العربيّة لأجل الإقتداء بالنبيّ صلى الله عليه وآله في باب العقود؛ ضرورة أنّه كان ينشئ العقود والإيقاعات بالألفاظ العربيّة، ومن الواضح أنّ فعله صلى الله عليه وآله حجّة، فيجب الاقتداء به.

[٥] هذا وجه ثانٍ لاعتبار العربيّة في العقد.

وملخّصه: أنّهم قالوا بعدم صحّة العقد بالعربيّ غير الماضي، فلو لم يصحّ العقد بالعربي غير الماضي لما صحّ بغير العربيّ بطريق أوْلى.

[٦] أي عدم صحّة العقد بالعربيّ غير الماضي يستلزم عدم صحّة العقد غير العربي بطريق أوْلى.

[٧] أمّا الإيراد على الوجه الأوّل، وهو التأسّي، فإنّ عدم صدور الإنشاءات

وأضعف منهما [١] منع صدق العقد على غير العربيّ مع التمكّن من العربيّ، فالأقوى [٢] صحّته بغير العربيّ.

منه ﷺ بغير العربيّة لا يدلّ على اعتبارها في العقود، بل إنّما هو لعدم ابتلائه بذلك، وعلى هذا فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الإنشاء بغير العربيّة، وأمّا الإيراد على الوجه الثاني فإنّ الأولويّة في المقام ممنوعة؛ وذلك لأنّ عدم صحّة العقد بالعربي غير الماضي لعلّه لأجل أنّ استعمال الماضي في الإنشاء خلاف الظاهر، بخلاف غير العربي المستعمل في مقام الإنشاء، ـ كالفارسي ـ فإنّ اللفظ المستعمل فيه استعمل في معناه الإنشائي، ولم يقم دليل على اعتبار العربيّة في إنشاء العقد.

وعمدة الكلام: أنّ الأولويّة غير ثابتة عند العرف، والملازمة المدّعاة ممنوعة.

[١] أي أضعف الوجهين المذكورين اللّذين استدلّ بهما على اعتبار العربيّة في العقد منع صدق العقد...، وهذا إشارة إلى ثالث الوجوه التي استدلّ بها على اعتبار العربيّة في العقد. **وملخّصه**: عدم صدق العقد على إنشاء العقد بغير العربي مع التمكّن من إنشائه بالعربي. ووجه الأضعفيّة هو: أنّ العربيّة غير معتبرة في مفهوم العقد بوجه، ولم يقم دليل عقليّ ولا نقليّ على اعتباره.

وبعبارة أُخرى: أنّ صدق العقد على إنشاء العقد بغير العربي من الواضحات، فلا يشكّ فيه مَن عنده أدنى تدبّر.

[٢] لمّا أبطل المصنّف ﷺ الوجوه الثلاثة المذكورة لاعتبار العربيّة في العقد شرع في بيان مختاره، وهو صحّة العقد بغير العربي ووجه الأقوائيّة هو صدق العقد على إنشائه بغير العربي عرفاً وشرعاً.

«التحقيق»

وقع الكلام في اعتبار العربيّة وعدمه في العقد. ذكر شيخنا الأعظم الأنصاريّ ﷺ المحكيّ عن جماعة اعتبار العربيّة في العقد، وذلك لوجوه شتّى:

الوجه الأوّل: التأسّي والاقتداء بالنبيّ ﷺ؛ ضرورة أنّه ﷺ كان ينشئ العقود والإيقاعات بالألفاظ العربيّة، ومن الواضح أنّ فعله حجّة، كما أنّ قوله وتقريره حجّتان.

وفيه: أوّلاً: أنّ عدم صدور الإنشاءات منه ﷺ بغير اللغة العربيّة إنّما هو لعدم ابتلائه بذلك، وعليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز إنشاء العقود بغير اللغة العربيّة.

وثانياً: أنّ العقود كانت ممّا يبتلى بها الناس، فلو كانت العربيّة معتبرة فيها لظهر وبان، ولم يكن من المسائل التي وقع الخلاف فيها.

الوجه الثاني: أنّ عدم صحّة الإنشاء بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أوْلى.

والجواب عنه: أوّلاً: أنّ الأولويّة في المقام ممنوعة؛ إذ لا صلة بين المقامين بوجه.

وثانياً: أنّه لا دليل على اعتبار الماضويّة في العقود.

الثالث: أنّ إنشاء العقد بغير الألفاظ العربيّة خارج عن موضوع العقد، فإنّ مفهوم العقد لا يتحقّق إلّا بالإنشاء بالألفاظ العربيّة.

وفيه: أنّه دعوى بلا دليل، فإنّه مستلزم لبطلان أكثر العقود الواقعة في العالم،

وهو بديهي البطلان.

الرابع: أنّ غير العربي غير صريح، فهو من قبيل الكنايات التي وقع المنع عن استعمالها في العقود. وفيه نمنع كون غير العربي من قبيل الكنايات.

هذا كلّه في غير النكاح. وقد تحصّل من مجموع ما ذكرنا عدم قيام دليل على اعتبار العربيّة في غير النكاح من العقود.

وأمّا النكاح ففي اعتبار العربيّة فيه خلاف، وقد حكي عن الشيخ في المبسوط والعلّامة في نكاح التذكرة، وعن المحقّق في الشرائع، وغيرهم، اعتبار العربيّة فيه، لا سيّما مع التمكّن من التعلّم أو التوكيل، ولكن الحقّ عدم قيام دليل على اعتبارها فيه. وعمدة ما يقال فيه هو الإجماع، وحاله أوضح من أن يخفى.

وهل [١] يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة بناءً [٢] على اشتراط العربيّ ؟ الأقوى ذلك [٣]؛ بناء [٤] على أنّ دليل اعتبار العربيّة هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل ، وكذا [٥] اللّحن في الإعراب ،

---

[١] أي إذا قلنا باشتراط العربيّة في إنشاء العقد فهل يعتبر عدم الخطأ والغلط في صيغة الإنشاء من حيث المادّة ، بأن لا يقول : « جوّزتك » بدل « زوّجتك » ، ومن حيث الهيئة بأن لا يقول : « بَعت » ـ بفتح الباء ـ بدل « بِعت » ـ بكسر الباء ـ أو لا يعتبر ذلك بحيث لا يضرّه اللحن في المادّة والهيئة ؟ ففيه خلاف . وهذا إشارة إلى الفرع الأوّل من فروع اعتبار العربيّة في عقد البيع .

[٢] أي هذا البحث مبنيّ على اشتراط العربيّ في صيغة البيع ، وأمّا بناءً على عدم اشتراطه فلا موضوع لهذا البحث .

[٣] أي اعتبار عدم اللحن في العقد من حيث المادّة والهيئة .

[٤] أي أقوائيّة اعتبار عدم اللحن في صيغة إنشاء العقد مبنيّ على مسلك أنّ الصيغة الصحيحة مادّة وهيئة هو المتيقّن من أسباب النقل والانتقال ، وأمّا الصيغة الملحونة فيشكّ في كونها سبباً للنقل والانتقال ، فيجري فيها أصالة عدم كونها سبباً . إذن فلا بدّ في إنشاء البيع من الاقتصار على القدر المتيقّن ، وهو اشتراط العربيّة .

[٥] أي كذا يعتبر عدم اللحن في صيغة إنشاء العقد من حيث الإعراب ، بأن يقول : « بعتك الكتاب » برفع الكتاب ، أو بفتح الباء ، أو يقول المشتري : « اشتريت » أو « قبلت » بفتح التاء . والوجه فيه ما ذكرنا من أنّ المتيقّن من أسباب النقل هو أن يكون إنشاؤها بالعربيّ الصحيح . وأمّا العربي الملحون بالإعراب فكونه من أسباب النقل المشكوك ، فتجري فيه أصالة الفساد . **والحاصل** : أنّ المتيقّن من أسباب النقل هو العربي الصحيح من جميع الجهات ، أي من جهة المادّة

وحكي عن فخر الدين [١] الفرق بين ما لو قال: «بعتك» -بفتح الباء- وبين ما لو قال: «جوّزتك» بدل زوّجتك، فصحّح الأوّل [٢] دون الثاني [٣] إلّا مع العجز عن التعلّم والتوكيل [٤].

ولعلّه [٥]

والهيئة والإعراب، ومع وجود اللحن في أحدها يشكّ في سببيّته للنقل، ومقتضى الأصل عدمه، وهذا إشارة إلى الفرع الثاني من فروع اعتبار العربيّة.

[١] ملخّص ما حكي عنه التفصيل بين اللحن في الصورة بأن قال: «بعتك» بالفتح بالقول بصحّة الإيجاب به، وبين اللّحن في المادّة بأن قال في النكاح: «جوّزتك» بدل «زوّجتك» بالقول بالبطلان فيه.

[٢] وهو ما لو قال: «بعتك» بفتح الباء حيث قال: «يصحّ العقد به».

[٣] وهو ما لو قال: «جوّزتك» بدل «زوّجتك»، حيث إنّه لم يصحّح وقوع العقد به.

[٤] وأمّا إذا عجز عن التعلّم والتوكيل فيصحّ وقوع العقد بالملحون، وذلك لاختصاص ما دلّ على عدم كفاية المجاز والكناية بصورة القدرة على التعلّم والتوكيل، وأمّا مع العجز عنها فيصحّ الإنشاء بالملحون المادّيّ أيضاً.

[٥] أي لعلّ الفرق الذي حكي عن فخر الدين بين «بعتك» بالفتح، وبين «جوّزتك»، وهو جواب عن سؤال مقدّر، وحاصل السؤال: ما الفرق بين ما لو قال: «بعتك» بالفتح وبين ما لو قال: «جوّزتك» حيث حكم الفخر بصحّة العقد بالإنشاء الأوّل دون الثاني، مع أنّهما يشتركان في كونهما ملحونين.

وملخّص الجواب عنه: أنّ الفرق المذكور بينهما بالقول بصحّة العقد بقوله: «بعتك» بالفتح؛ لأنّه ليس لقوله «بعتك» بالفتح معنى صحيح إلّا البيع، فيكون المراد إنشاء البيع طبعاً، فيفهم منه أنّ المتلفّظ به أراد به إنشاء

لعدم معنى صحيح في الأوّل [١] إلّا البيع ، بخلاف التجويز [٢] ، فإنّ له [٣] معنى آخر ، فاستعماله [٤] في التزويج غير جائز.

ومنه [٥] يظهر: أنّ اللّغات المحرّفة [٦] لا بأس بها [٧] إذا لم يتغيّر بها

البيع ، وهذا بخلاف « جوّزتك » ، فحيث إنّ له معنى آخر مغاير للزوج كالإمكان والجواز بمعنى عدم المنع ، فلا يمكن حمله على النكاح إلّا بقرينة خارجيّة.

[١] وهو قوله : « بعتك » بالفتح.

[٢] أي قوله : « جوّزتك ».

[٣] أي للتجويز معنى آخر كالإمكان وعدم المنع.

[٤] أي استعمال التجويز في التزويج غير جائز لكونهما أمرين متباينين ، فلا يجوز استعمال أحدهما في الآخر إلّا من باب الكناية ، إلّا أنّ المفروض عدم جواز الألفاظ الكنائيّة في إنشاء البيع ، حيث إنّ التزويج يلزمه الجواز.

[٥] أي ممّا ذكرنا في وجه جواز استعمال « بعت » بالفتح في إنشاء البيع ، وفي وجه عدم جواز استعمال جوّزت في التزويج.

[٦] وهي التي تتغيّر فيها مواضع الألفاظ بالتقديم والتأخير ، والإسقاط والزيادة ؛ حرّفه غيّر الكلام عن مواضعه.

[٧] أي لا بأس بإنشاء البيع باللغات المحرّفة إذا لم يتغيّر معنى العقد باللغات المحرّفة ، وأمّا إذا تغيّر المعنى بها ، كما حرّفت كلمة « قبلت » بالتخفيف وصار « قبّلت » بالتشديد فلا يجوز إنشاء القبول بها؛ لأنّ « قبّلت » بالتشديد تدلّ على معنى مغاير معنى « قبلت » فلا يمكن إنشاء المباين بمباينه ، وأمّا وجه الظهور في كفاية اللّغات المحرّفة إذا لم يكن التحريف مغيّراً لمعنى اللفظ ، كقوله : « بعت » بالفتح ، فلأنّ مع هذا التحريف لا تخرج اللغات

المعنى، ثمّ هل المعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب والقبول[١] كالثمن والمثمن أم يكفي عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب والقبول[٢] حتّى لو قال: «بعتك اين كتاب را بده درهم» كفى؟[٣] والأقوى هو الأوّل[٤]؛ لأنّ[٥] غير العربيّ كالمعدوم، فكأنّه[٦] لم يذكر في الكلام.

المحرّفة عن صلاحيّة إنشاء البيع بها، وفي عدم كفاية اللغات المحرّفة التي تغيّر معناها بسبب التحريف هو أنّه مع كون الألفاظ المحرّفة دالّة على معنى مغاير لمعنى البيع، فلا تصلح أن تكون موجدة للمعنى الإنشائيّ، أعني به البيع.

[١] هذا إشارة إلى الفرع الثالث من فروع اعتبار العربيّة، أي هل تعتبر العربيّة في كلّ جزء من أجزاء الإيجاب والقبول.

[٢] من دون حاجة إلى عربيّة متعلّق الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، وإنّما المعتبر عربيّة خصوص الإيجاب والقبول.

[٣] أي كفى الإنشاء المذكور في صحّة العقد.

[٤] وهو اعتبار العربيّة في جميع أجزاء الإيجاب والقبول حتّى متعلّقهما من الثمن والمثمن.

[٥] أي إنّما قلنا بأقوائيّة عربيّة جميع أجزاء الإيجاب والقبول؛ لأنّ اللفظ غير العربي وجوده كعدمه.

[٦] أي اللّفظ غير العربيّ وجوده وعدمه سيّان، فكأنّه لم يذكر في إنشاء البيع، ولا فرق بين قوله: «بعتك» من دون ذكر المتعلّق وبين قوله: «بعتك» اين كتاب بده درهم، فإنّ وجود ما ذكره من الألفاظ الفارسيّة كعدمه، فكما أنّ مع تركه في الإيجاب بناءً على لزوم ذكر العوضين في البيع بحيث إذا قال البائع: بعتك ناوياً الكتاب بدرهم، وقال المشتري: «قبلت» لا يصحّ البيع كذلك

نعم [١]، لو لم يعتبر ذكر متعلّقات الإيجاب كما لا يجب [٢] في القبول واكتفى [٣] بانفهامها ولو من غير اللّفظ صحّ [٤] الوجه الثاني، لكنّ الشهيد ﷺ في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر

لو قال: بعتك اين كتاب را بده درهم.

[١] استدراك عمّا ذكره من تقوية اعتبار العربيّة في جميع أجزاء الإيجاب والقبول وتقوية لما ذكره من كفاية عربيّة الصيغة الدالّة على الإيجاب والقبول.

وملخّصه: أنّ ما ذكرناه من أنّ الأقوى هو الأوّل، وهو اعتبار العربيّة في جميع أجزاء الإيجاب والقبول مبنيّ على اشتراط صحّة العقد بذكر متعلّقاته، فبناءً على هذا القول لا بدّ من ذكر المتعلّقات بالعربيّة كنفس الصيغة، وأمّا بناءً على عدم اشتراط ذكر متعلّقات الإيجاب صحّ الوجه الثاني، وهو كفاية عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب والقبول فقط، وعدم اعتبار العربيّة في متعلّقاتهما.

[٢] أي كما لا يجب ذكر المتعلّقات في القبول لظهوره في كونه قبولاً لما أنشأه الموجب فذكر المتعلّق في الإيجاب يغني عن ذكره في القبول؛ لأنّ المتعلّق من أجزاء الصيغة، فبعد ذكر المتعلّق في الإيجاب لا حاجة إلى إعادته في القبول؛ لأنّه قبول لما أنشأه الموجب.

[٣] ماضٍ مجهول عطف على قوله: «نعم، لو لم يعتبر»، أي اكتفى بانفهام المتعلّقات، سواء كان انفهامها عن اللفظ أو من غيره من القرائن الحاليّة والمقاليّة.

[٤] جواب لقوله: «لو لم يعتبر» أى صحّ القول بكفاية عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب والقبول فقط، وجواز ذكر متعلّقاته بغير العربيّة.

العوضين [١] في الإيجاب [٢].

---

[١] أي نصّ على وجوب ذكر متعلّقات الإيجاب والقبول.

[٢] فعلى هذا يجب أن يذكر جميع أجزاء الإيجاب والقبول بالعربيّة.

«التحقيق»

إذا قلنا باعتبار العربيّة في الصيغة وجب اعتبارها في جميع ما هو دخيل في حقيقة الصيغة وماهيّتها، وأمّا ما لا يكون دخيلاً في حقيقتها فلا بأس بذكره بغير الألفاظ العربيّة، وهو أمران:

الأوّل: الشروط التي اعتبرت في العقد، فلا بأس بذكرها بغير الألفاظ العربيّة؛ لأنّ الذي قام الدليل على اعتبار العربيّة فيه حقيقة إنّما هي صيغ العقود، وأمّا الشروط المعتبرة فيها فهي خارجة عن حقيقتها، فلا مانع من ذكرها بغير الألفاظ العربيّة.

الثاني: ذكر متعلّقات الصيغة من العوض وغيره بغير الألفاظ العربيّة؛ لأنّه إذا لم يضرّ حذفها بصحّة العقد لم يضرّ ذكرها بغير اللغة العربيّة أيضاً؛ لأنّه لا يكون من مبطلات العقود، فكما لا بأس بقول القائل: «بعت» أو «قبلت» من دون ذكر الثمن أو المثمن، كذلك لا بأس بقوله: «بعت اين كتاب را بده درهم».

وأمّا إنشاء الصيغة بالعربيّ الملحون، فلا بدّ أن يفصّل في الملحون بين ما يعدّ غلطاً في نظر العرف كلفظة: «بعت» بالفتح بدل «بعت» بالكسر، فلا يصحّ الإنشاء به وبين ما لا يعدّ غلطاً في نظرهم وإن كان غلطاً بحسب القواعد العربيّة، كاللغات الدارجة ليصحّ الإنشاء به؛ لأنّه صالح لإبراز الاعتبار النفسانيّ عرفاً، وهذا المقدار يكفي في صحّة الإنشاء به.

ثمّ إنّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللّفظ [١] ؟ بأن يكون [٢] فارقاً بين معنى «بعت» و «أبيع» و «أنا بائع»، أو يكفي مجرّد علمه [٣] بأنّ هذا اللّفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع. الظاهر هو الأوّل [٤]؛ لأنّ عربيّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام [٥]، بل بقصد [٦] المتكلّم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال [٧] أنّه تكلّم وأدّى

---

[١] الذي ينشأ به العقد، وهذا فيما إذا كان المتكلّم المجري لإنشاء البيع غير عربيّ ومجرياً لإنشاء البيع باللغة العربيّة.

[٢] أي بأن يكون المتكلّم متمكّناً من تمييز معنى «بعت» بأنّه يدلّ على الزمان الماضي، ومعنى أبيع بأنّه يدلّ على الحال والاستقبال، ومعنى بائع بأنّه معنى اشتقاقيّ.

[٣] أي يكفي مجرّد علم المتكلّم بأنّ لفظ «بعت» مثلاً يصحّ لإنشاء البيع من دون علمه بمعناه، ومن دون التمكّن من الفرق بينه وبين سائر مشتقّاته، ومن دون أن يلتفت تفصيلاً إلى وقوع أيّ جزء منها بإزاء أيّ جزء من معناها، كما يتّفق ذلك غالباً لغير العارف باللغة العربيّة.

[٤] وهو كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ على تقدير اعتبار العربيّة في الصيغة.

[٥] أي الكلام بنفسه وبطبعه لا يدلّ على أنّه عربيّ، سواء قصد المتكلّم معناه الموضوع له عند العرب أو لم يقصده بأن تكون العربيّة لازمة ذاتيّة للكلام.

[٦] أي تكون عربيّة الكلام بقصد المتكلّم من اللفظ المعنى الذي وضع هذا اللفظ للمعنى المذكور عند العرب، فإذا لم يقصد المتكلّم من «بعت» معنى البيع الذي هو الموضوع له في اللغة كأنّه لم يتلفّظ باللغة العربيّة.

[٧] أي لا يقال: إنّ المتكلّم بلفظ «بعت» بلا قصد المعنى الموضوع له منه أنّه

المطلب على طبق لسان العرب ، إلّا إذا ميّز بين معنى « بعت » [١] وأبيع [٢] وأوجدت البيع [٣] وغيرها ، بل على هذا [٤] لا يكفي معرفة أنّ « بعت » مرادف لقوله : « فروختم » حتّى يعرف أنّ الميم في الفارسيّ عوض تاء المتكلّم ، فيميّز بين « بعتك » و « بعت » ـ بالضمّ ـ و « بعت » ـ بفتح التاء [٥] ـ فلا ينبغي ترك الاحتياط [٦] وإن كان في تعيّنه [٧] نظر ، ولذا [٨] نصّ

أدّى مراده بلغة العرب .

[١] الذي بمعنى الماضي .

[٢] الذي هو بمعنى الحال والاستقبال .

[٣] الذي هو بمعنى المصدر وغيرها من المشتقّات ، كاسم الفاعل والمفعول .

وملخّص الكلام : لا بدّ للمتكلّم من أن يقصد المعنى الموضوع له لكلّ جزء من أجزاء الصيغة مادّة وهيئة .

[٤] أي بل على هذا الذي ذكرناه من لزوم كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ بأن يعرف كلّ جزء من أجزائه مادّة وهيئة .

[٥] أي بأن يعرف أنّ كاف الخطاب واقع بعد تاء المتكلّم في قوله : « بعتك » ، ويكون قوله : « بعت » بدون كاف الخطاب ، ويكون قوله : « بعت » بفتح التاء تاء الخطاب ، وهو استعمل في الإخبار دون الإنشاء .

[٦] أي أن يحتاط في معرفة العاقد بتفاصيل الصيغ من موادّها وهيئاتها وأجزائها .

[٧] أي وإن كان وجوب الاحتياط محلّ نظر ؛ لأنّ اعتبار العلم التفصيليّ على النهج المذكور لا دليل عليه ، بل هو أمر مقطوع العدم ؛ لقيام السيرة القطعيّة على خلافه ، بل المتيقّن كفاية التفات المنشئ إجمالاً إلى معنى الصيغة وإن لم يلتفت تفصيلاً إلى وقوع أيّ جزء منها بإزاء أيّ جزء من معناه .

[٨] أي ولأجل ما ذكرنا من عدم قيام الدليل على لزوم المعرفة التفصيليّة .

بعض على عدمه [١].

مسألة: المشهور كما عن غير واحد [٢] اشتراط الماضويّة، بل [٣] في التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشتر منّي»، ولعلّه [٤] لصراحته في الإنشاء؛ إذ [٥] المستقبل أشبه بالوعد

---

[١] أي على عدم اعتبار المعرفة التفصيليّة للصيغ بموادّها وهيئاتها وأجزائها احتياطاً، وعدم لزوم الاحتياط فيها.

[٢] وهو كناية عن الكثرة، أي كما حكي عن كثير من الفقهاء أنّه يشترط في إنشاء البيع أن يكون الإنشاء بلفظ الماضي.

[٣] استدراك عن المشهور، وترقٍّ عنه، حتّى لا يتوهّم وجود مخالف في المسألة، ولذا قال: إنّ العلّامة قال في التذكرة: «قيام الإجماع على عدم وقوع إنشاء البيع بلفظ المضارع كقوله: «أبيعك» أو بلفظ الأمر كقوله: «اشترِ منّي»، وهذا إشارة إلى الدليل الأوّل على اشتراط الماضويّة في إنشاء العقد.

[٤] أي لعلّ اشتراط الماضي في إنشاء العقد إنّما هو لأجل صراحة الماضي في الإنشاء؛ إذ الماضي إذا استعمل في الإنشاء فلا محالة يكون منسلخاً عن الزمان الماضي؛ لأنّ إيجاد الشيء الآن في الزمان الماضي محال، فلم يبق له معنى إلّا إنشاء العقد، فيكون الماضي صريحاً فيه.

إن قلت: لا نسلّم أن يكون الماضي صريحاً في الإنشاء؛ وذلك لاحتمال أن يراد به الإخبار.

قلت: كون المتكلّم في مقام الإنشاء يُلغي احتمال إرادة الإخبار به، فيتعيّن أن يراد به الإنشاء، وهذا هو معنى صراحة الماضي في الإنشاء. وهذا إشارة إلى الدليل الثاني على اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع.

[٥] وهو تعليل لعدم صراحة المضارع أو الأمر في إنشاء البيع، أي إنّما لا يكون

والأمر استدعاء [١] لا إيجاب ، مع [٢] أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف. وعن القاضي [٣] في الكامل والمهذّب عدم [٤] اعتبارها ، ولعلّه [٥] لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود ،

المضارع صريحاً في الإنشاء ؛ لأنّه أشبه شيء بالوعد ، فإنّ قول القائل : « أبيعك كتابي » يكون مشابهاً للوعد ببيع كتابه ، ولا يكون مع هذا الاحتمال ظاهراً في إنشاء البيع .

[١] أي طلب من المشتري أن يشتري منه ، وليس ظاهراً في إيجاب البيع من البائع .

[٢] هذا إشارة إلى الدليل الثالث على اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع ، **وملخّصه** : أنّ قصد الإنشاء من المضارع خلاف المتعارف في إنشاء العقود ؛ إذ المتعارف في العرف إنشاؤها بصيغة الماضيّ ، وأدلّة نفوذ المعاملات منصرفة إلى العقود المتعارفة ، ولا تشمل ما إذا كان إنشاء العقد بغير الماضي . إلى هنا تمّ كلامه في الأدلّة الثلاثة على اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع .

[٣] من هنا شرع في بيان أدلّة القائلين بعدم اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع .

[٤] مبتدأ مؤخّر ، وخبره المقدّم ، و« عن القاضي » باعتبار متعلّقه ، أي حكي عن القاضي عدم اعتبار الماضويّة في إنشاء البيع ، وذلك أيضاً لوجوه :

الوجه الأوّل : ما أشار إليه بقوله : « ولعلّه » .

[٥] أي لعلّ عدم اعتبار الماضويّة لأجل إطلاق : ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ .

والحاصل : أنّ المصنّف قد استدلّ على عدم اعتبار الماضويّة في إنشاء البيع أيضاً بوجوه ثلاثة :

وما [١] دلّ في بيع الآبق

الأوّل: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾. بتقريب: أنّه يدلّ بإطلاقه على صحّة البيع، سواء كان إنشاؤه بصيغة الماضي أو بالمضارع أو بغيرهما.

الثاني: إطلاق قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾، فإنّه يدلّ بإطلاقه على صحّة التجارة، سواء كان إنشاؤها بصيغة الماضي أو بغيرها.

الثالث: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فإنّه يدلّ بإطلاقه على صحّة العقد ولزومه مطلقاً، سواء أنشئ بصيغة الماضي أو بغيرها.

[١] أي لعلّ اعتبار الماضويّة في إنشاء البيع لأجل الروايات الواردة في بيع العبد الآبق. أبق العبد من مولاه، أي هرب من سيّده بلا مبرّر ومجوّز، ونحن نذكر واحدة منها، وهي رواية سماعة، عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: **لَا يَصْلُحُ إِلّا أَنْ يَشْتَرِيَ مَعَهُ شَيْئاً آخَرَ وَيَقُولَ: أَشْتَرِي مِنْكَ هَذَا الشَّيْءَ وَعَبْدَكَ بِكَذَا وَكَذَا**»[1]، فإنّ هذه الرواية تدلّ على صحّة إنشاء البيع بلفظ المضارع.

وأيضاً يدلّ على عدم اعتبار الماضويّة في إنشاء البيع الروايات الواردة في بيع اللّبن في ثدي الحيوان، وهو ما رواه، قال: «سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع، فقال: **لَا، إِلّا أَنْ يَحْلُبَ لَكَ مِنْهُ سُكُرُّجَةً فَيَقُولَ: اشْتَرِ مِنِّي هَذَا اللَّبَنَ الَّذِي فِي السُّكُرُّجَةِ وَمَا فِي ضُرُوعِها بِثَمَنٍ مُسَمّىً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الضَّرْعِ شَيْءٌ كَانَ ما فِي السُّكُرُّجَةِ**»[2].

وهي دلّت على وقوع إنشاء البيع الغير الماضي كصيغة الأمر، وهذه

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

(٢) المصدر المتقدّم: الباب ٨، الحديث ٢.

واللّبن في الضرع [١] من [٢] الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى [٣] ما دلّ عليه في النكاح ولا يخلو هذا [٤] من قوّة لو فرض [٥] صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام،

الروايات هي الوجه الثاني من الوجوه التي استدلّ بها على عدم اشتراط الماضويّة في البيع.

[١] أي اللّبن في ثدي الحيوان.

[٢] أي تدلّ الروايات على وقوع الإيجاب بلفظ المضارع والأمر.

[٣] هذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه التي استدلّ بها على عدم اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع، وهي أنّ الروايات الدالّة على عدم اشتراط الماضويّة في النكاح تدلّ على عدم اشتراطها في غيره بطريق أوْلى، أي لعلّ عدم اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع فحوى الروايات الدالّة على عدم اشتراط الماضويّة في النكاح ووقوع إنشائه بلفظ المضارع، ما رواه أبان بن تغلب، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: **تَقُولُ: أَتَزَوَّجُكِ مُتْعَةً عَلىٰ كِتابِ اللهِ، وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ**»[1]. **بتقريب:** أنّها دلّت على كفاية المضارع في النكاح، فإذا كفى المضارع في النكاح مع كونه من الأُمور التي يهتمّ بها الشارع يكفي في غيره من العقود بطريق أوْلى.

[٤] أي عدم اشتراط الماضويّة في إنشاء البيع، وذلك لإطلاق أدلّة صحّة العقود، فإنّه يشمل البيع المعاطاتي فضلاً عن البيع المنشأ بصيغة غير الماضي.

[٥] أي ما ذكرنا من عدم خلوّ الإنشاء بغير الماضي عن قوّة مشروط بكون المضارع صريحاً في إنشاء العقد على وجه أن تكون دلالته على إنشاء البيع

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١.

فتأمّل [١].

على وجه لا تحتاج إلى قرينة مقاميّة.

[١] لعلّه إشارة إلى أنّ الروايات الدالّة على كفاية المضارع في باب النكاح لا تدلّ على كفايته في غيره؛ لأنّ أهمّيّة أمر الفروج ربّما تقتضي التوسعة في أسبابها بحيث لا يقع الناس في السفاح، فالتوسعة فيه لا تستلزم في غيره بالمساواة فضلاً عن الفحوى.

«التحقيق»

وقع الكلام في اعتبار الماضويّة في الإيجاب والقبول. قال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: «حكي عن المشهور اشتراط الماضويّة، بل في التذكرة قيام الإجماع على عدم وقوعه بغير الماضي، وهو الذي اختاره الميرزا النائينيّ ﷺ، وحكي عن الكامل والمهذّب عدم اعتبارها.

وقال شيخنا الأنصاريّ ﷺ: «ولا يخلو هذا عن قوّة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء»، وقال الأُستاذ الأعظم: «التحقيق جواز الإنشاء بالمضارع والأمر، وهو المختار عندنا؛ لأنّه يصدق على المنشأ بهما عنوان العقد عرفاً، فيكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات الدالّتين على صحّة البيع ولزومه».

ربّما يقال: إنّ المضارع والأمر ليسا بصريحين في الإنشاء.

وفيه: أنّ الصراحة إن أُريد بها النصّ الذي هو في مقابل الظهور فهو ينتقض بالماضي، فهو أيضاً ليس صريحاً في الإنشاء، وإن أُريد بها الظهور ولو بالقرائن المقاميّة لا نسلّم ما ذكره فهو أيضاً يكون ظاهراً في الإنشاء ولو بالقرينة، وهو يكفي في إنشاء العقود. نعم، إنّ العقود والإيقاعات تنشأ غالباً بالماضي، إلّا أنّ غلبة الإنشاء بالماضي لا تمنع من صحّة الإنشاء بغيره أيضاً.

. . . . . .

إن قلت: إنّ الإجماع قائم على عدم جواز الإنشاء بالمضارع والأمر.

قلت: إنّ الأمر في الإجماع أوضح من أن يخفى.

وزبدة الكلام أنّ كفاية غير الماضي في إنشاء العقود والإيقاعات مقتضى القاعدة الأوّليّة.

أضف إليه: الروايات الدالّة على جواز الإنشاء بغير الماضي، كموثّقة سماعة التي ذكرناها سابقاً، فلاحظ.

وممّا ذكرنا ظهر ما في كلام الميرزا النائينيّ ﷺ الذي قال: «إنّ الإنشاء لا يكون إلّا بالماضي؛ لصراحته في تحقّق الأمر الاعتباريّ، بخلاف المضارع فإنّه أشبه شيء بالوعد، كما أنّ الأمر أشبه شيء بالمقاولة، ووجه الفساد هو أنّ المضارع والأمر لا سيّما مع القرينة المقاميّة يصلحان للإنشاء بهما، مضافاً إلى دلالة موثّقة سماعة على جواز الإنشاء بغير الماضي». إذن فما ذكره ﷺ اجتهاد في مقابل النصّ.

مسألة [١]: الأشهر [٢] كما قيل [٣] لزوم [٤] تقديم الإيجاب على القبول، وبه [٥] صرّح في الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة، كما عن [٦] الإيضاح وجامع المقاصد، ولعلّه [٧]

---

[١] خبر لمبتدأ محذوف، أي هذه مسألة في لزوم تقديم الإيجاب على القبول وعدمه.

[٢] وفيه إشارة إلى أنّ المشهور يقولون بعدم لزوم تقديم الإيجاب والقبول.

[٣] وفي هذا التعبير إشارة إلى ضعف نسبة هذا القول إلى الأشهر.

[٤] خبر لقوله: «الأشهر».

[٥] أي بلزوم تقديم الإيجاب على القبول.

[٦] وفي هذا التعبير إشارة إلى أنّ الإيضاح وجامع المقاصد لم يكونا عنده، وإنّما حكي له لزوم تقديم الإيجاب على القبول عنهما.

[٧] أي لعلّ لزوم تقديم الإيجاب على القبول يكون مقتضى الاستصحاب.

والحاصل: استدلّ على هذا القول، وهو لزوم تقديم الإيجاب على القبول بوجوه:

الوجه الأوّل: أنّه مقتضى الأصل. **بتقريب**: أنّه مع عدم تقديم الإيجاب على القبول يشكّ في كون العقد المذكور مصداقاً للعقود المتعارفة، فلا تشمله الأدلّة الاجتهاديّة من العمومات والإطلاقات؛ لأنّه مع الشكّ في كونه مصداقاً للعقد يكون التمسّك بدليل وجوب الوفاء وغيره تمسّكاً بالعموم في الشبهات المصداقيّة فلا يجوز التمسّك به ولا بغيره من الأدلّة الاجتهاديّة، فيصل المجال إلى الأصل العمليّ، وهو استصحاب عدم حصول النقل والانتقال بالعقد المذكور، واستصحاب بقاء الملك على ملك مالكه، وقد

للأصل بعد [١] حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة، كإطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنّة، وزاد بعضهم [٢] أنّ القبول فرع الإيجاب، فلا يتقدّم [٣] عليه، وأنّه [٤] تابع له، فلا يصحّ تقدّمه عليه. وحكى في غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه [٥]، وليس [٦] في الخلاف

يعبّر عنه بأصالة الفساد.

[١] أي التمسّك بالأصل، إنّما يتمّ بعد عدم شمول آية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ للعقد الذي لم يتقدّم إيجابه على القبول؛ لكونه من العقود غير المتعارفة وانصراف الآية إلى العقود المتعارفة؛ إذ مع شمول الآية للعقد المفروض في المقام لا يصل المجال إلى التمسّك بالأصل؛ وذلك لحكومة الأدلّة الاجتهاديّة على الأُصول العمليّة.

[٢] أي زاد بعض الفقهاء على أصالة عدم النقل والانتقال فيما إذا تقدّم القبول على الإيجاب دليلاً ثانياً، وهو إشارة إلى الوجه الثاني من الوجوه التي استدلّ بها على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وهو دليل عقليّ.

[٣] أي لا يتقدّم القبول على الإيجاب عقلاً، بدعوى: أنّ القبول فرع الإيجاب، والفرع بما هو كذلك لا يعقل تقدّمه على الأصل وإلّا لزم الخلف.

[٤] أى القبول تابع للإيجاب، فلا يصحّ تقدّم القبول على الإيجاب؛ لعدم صحّة تقدّم التابع على المتبوع، وإلّا لزم الخلف أيضاً.

[٥] أي على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وهذا إشارة إلى الوجه الثالث من الوجوه التي استدلّ بها على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وهو الإجماع.

[٦] كلمة «واو» للحاليّة. وهو إيراد على المصنّف على ما حكاه الشهيد في غاية المراد عن الشيخ الطوسيّ في الخلاف من عدم صحّة نسبة قيام الإجماع على

في هذه المسألة [١]، إلّا أنّ البيع مع تقديم الإيجاب متّفق [٢] عليه فيؤخذ به [٣]، فراجع [٤] خلافاً [٥] للشيخ في المبسوط في باب النكاح وإن وافق [٦] الخلاف في البيع،

لزوم تقديم الإيجاب على الشيخ الطوسيّ فإنّه قال: إنّ البيع مع تقديم الإيجاب ممّا قام الإجماع على صحّته، وهو غير ما حكي عنه من قيام الإجماع على لزوم تقديم الإيجاب على القبول الذي يلزم منه فساد العقد عند تأخيره، فإنّ غاية ما يستفاد من كلام الطوسيّ أنّه مع تقديم الإيجاب تكون صحّة البيع متّفقاً عليها، وأمّا مع تأخيره ليس الأمر كذلك، بل الصحّة محلّ خلاف في هذه الصورة، فإنّ نسبة دعوى الإجماع على لزوم تقديم الإيجاب على القبول بحيث يكون العقد باطلاً عند تأخيره ممّا لا واقع له.

[١] أي ليس في مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول في كتاب الخلاف شيء إلّا أنّ البيع...

[٢] خبر لقوله: «أنّ البيع».

[٣] أي بما اتّفق عليه من تقديم الإيجاب على القبول.

[٤] أي راجع كتاب الخلاف كي ترى أنّ المذكور في الخلاف يغاير ما حكى عنه؛ لما عرفت من أنّ الموجود في الخلاف أنّ البيع مع تقديم الإيجاب متّفق عليه، ولا خلاف في صحّته، وهو غير ما حكي عنه من دعوى الإجماع على لزوم تقديم الإيجاب على القبول.

[٥] أي خالف الشيخ في كتاب المبسوط ما حكى عنه في الخلاف حيث قال في المبسوط بعدم لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وهذا إشارة إلى القول الثاني في المسألة.

[٦] كلمة «إن» وصليّة، أي وإن وافق الشيخ في كتاب المبسوط في باب البيع

إلّا أنّه [١] عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه [٢] عدم الخلاف في صحّته بين الإماميّة، حيث إنّه [٣] بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: زوّجني فلانة [٤] جائز [٥] بلا خلاف، قال [٦]: أمّا البيع فإنّه إذا قال [٧]:

كتاب الخلاف في لزوم تقديم الإيجاب على القبول.

[١] أي إلّا أنّ الشيخ الطوسيّ عدل عن قوله بلزوم تقديم الإيجاب على القبول في باب النكاح، وأجاز فيه تقديم القبول على الإيجاب.

[٢] أي ظاهر كلام الشيخ في نكاح المبسوط عدم الخلاف في صحّة البيع مع تقديم القبول على الإيجاب، ووجه الظهور قوله: «صحّ عندنا»، فإنّ كلمة «عندنا» ظاهرة في عدم كون صحّة البيع عند تقديم القبول على الإيجاب عند الإماميّة مورد خلاف.

[٣] أي الشيخ الطوسيّ بعد ما ذكر... من هنا أراد أن يبيّن وجه ظهور كلام الطوسيّ في النكاح في أنّ صحّة البيع عند تقديم الإيجاب لا خلاف فيها.

[٤] ففي هذا المثال لو قال الموجب: «زوّجتك فلانة»، وقال القابل قبله: «زوّجني» التي هي صيغة الأمر وقع قبولاً، وتقدّم على الإيجاب وهو جائز فيكون العقد المذكور صحيحاً.

[٥] خبر لقوله: «إنّ تقديم القبول...».

[٦] أي قال الطوسيّ بعد ما جوّز تقديم القبول على الإيجاب في باب النكاح، أمّا تقديم الإيجاب على القبول في البيع صحّ عندنا، فالتعبير بكلمة «عندنا» ظاهر في اتّفاق الإماميّة على جواز التقديم.

[٧] أي إذا قال المشتري للبائع، بعني فلانة.

بعنيها، فقال [١]: بعتكها، صحّ [٢] عندنا، وعند قوم من المخالفين [٣].

وقال قوم منهم [٤]: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب، انتهى.

وكيف كان [٥] فنسبة القول الأوّل [٦] إلى المبسوط مستند إلى

---

[١] أي قال البائع: «بعتك فلانة».

[٢] أي صحّ البيع الذي تقدّم قبوله على الإيجاب عند الإماميّة.

[٣] يظهر من هذا الكلام أنّ صحّة البيع عند تقدّم القبول على الإيجاب مورد وفاق عند الإماميّة، ومورد خلاف عند العامّة.

[٤] أي قال قوم من المخالفين: لا يصحّ البيع إلّا أن يسبق الإيجاب على القبول.

وملخّص الكلام: أنّ كلمات الشيخ الطوسيّ في تقديم القبول على الإيجاب مضطربة. حكى الشهيد عنه أنّه يقول في كتاب الخلاف: «قام الإجماع على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، ولكنّه ﷺ ـ على تقدير صحّة انتساب هذه الفتوى إليه ـ خالف هذه الفتوى في بيع المبسوط وفصّل بين البيع والنكاح هناك، فاعتبر تقدّم الإيجاب في خصوص عقد البيع دون النكاح، فيكون مختاره في عقد البيع في المبسوط موافقاً لما اختاره في الخلاف من لزوم تقديم الإيجاب على القبول، ثمّ عدل في نكاح المبسوط عن تفصيله الذي اختاره في بيع المبسوط، بل ظاهر كلامه في نكاح المبسوط عدم الخلاف في صحّة البيع مع تقدّم الإيجاب على القبول.

[٥] أي سواء تمّ ظهور كلمة «عندنا» في عدم الخلاف في جواز تقديم القبول على الإيجاب أم لم يتمّ.

[٦] وهو عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب، ولزوم تقديم الإيجاب على القبول.

كلامه [١] في باب البيع، وأمّا في باب النكاح [٢] فكلامه [٣] صريح في جواز التقديم كالمحقّق [٤] ﷺ في الشرائع، والعلّامة في التحرير، والشهيدين في بعض كتبهما، وجماعة ممّن تأخّر عنهما للعمومات [٥] السليمة [٦] عمّا يصلح لتخصيصها، وفحوى [٧]

---

[١] أي إلى كلام الشيخ الطوسيّ في باب بيع المبسوط الذي وافق الخلاف في البيع، حيث قال بوجوب تقديم الإيجاب على القبول.

[٢] أي في باب النكاح من المبسوط.

[٣] أي كلام الشيخ صريح في جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٤] كما أنّ كلام المحقّق في الشرائع، وكلام العلّامة في التحرير، وكلام الشهيدين في بعض كتبهما، وكلام جماعة ممّن تأخّر عنهما صريح في جواز تقديم الإيجاب على القبول، فإنّهم أيضاً كالشيخ أجازوا تقديم القبول على الإيجاب.

[٥] من هنا شرع في ذكر أدلّة القول بجواز تقديم الإيجاب على القبول.

الدليل الأوّل: العمومات الدالّة على صحّة العقد، سواء كان إيجابه مقدّماً على القبول أو مؤخّراً عنه كقوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾.

[٦] أي العمومات التي هي سالمة عمّا يصلح أن يكون مخصّصاً لها بما إذا تقدّم الإيجاب على القبول. إذن فالمقتضي لجواز تقديم القبول على الإيجاب موجود، والمانع منه مفقود.

[٧] أي فحوى جواز تقديم القبول على الإيجاب، هذا إشارة إلى الدليل الثاني على جواز تقديم القبول على الإيجاب. **وملخصه**: أنّه ثبت بالأخبار جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح، فإذا جاز التقديم في النكاح جاز في غيره من العقود بطريق أوْلى؛ لأنّ أمر النكاح أهمّ من غيره، فإذا كان تقديم القبول جائزاً في النكاح الذي هو أهمّ العقود لكان التقديم في غيره جائزاً في

جوازه [١] في النكاح الثابت [٢] بالأخبار مثل خبر أبان بن تغلب الوارد [٣] في كيفيّة الصيغة المشتمل [٤] على صحّة تقديم القبول بقوله [٥] للمرأة [٦]: أتزوّجك متعة [٧] على كتاب الله وسنّة رسول الله ﷺ ـ إلى أن قال: ـ فإذا قالت:

البيع الذي هو دون النكاح في الأهمّيّة بطريق أوْلى.

[١] أي فحوى جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٢] صفة لقوله: «جوازه»، أي جواز التقديم الذي ثبت بالأخبار.

[٣] أي الخبر الوارد في تعليم كيفيّة الصيغة حيث سأل السائل في هذه الرواية الإمام عليه السلام: «كيف أقول لها إذا خلوت بها». والإمام عليه السلام علّمه كيفيّة إنشاء الصيغة. لاحظ الخبر كي يتّضح الأمر، وإليك نصّ الرواية عن أبان بن تغلب، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: **تَقُولُ: أَتَزَوَّجُكِ مُتْعَةً عَلىٰ كِتابِ اللهِ، وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ، لَا وَارِثَةً وَلَا مَوْرُوثَةً، كَذا وَكَذا يَوْماً... فَإِذَا قَالَتْ: نَعَمْ، فَقَدْ رَضِيَتْ، وَهِيَ امْرَأَتُكَ، وَأَنْتَ أَوْلَى النَّاسِ بِهَا...**».

[٤] صفة لقوله: «خبر أبان»، أي خبر أبان الذي اشتمل على جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٥] متعلّق بقوله: «القبول» وبيان لكيفيّة اشتمال الخبر المذكور على جواز تقديم القبول على الإيجاب، أي بقول الزوج الذي هو القابل، وهو أبان في مورد الخبر.

[٦] التي يقع الإيجاب منها.

[٧] وهو محلّ الاستدلال بالرواية، فإنّه عليه السلام أمر أبان أن ينشئ القبول قبل إنشاء الزوجة الإيجاب، فهو يدلّ على جواز تقديم القبول على الإيجاب.

نعم [١]، فهي امرأتك، وأنت أوْلى الناس بها.

ورواية [٢] سهل الساعديّ المشهورة في كتب الفريقين [٣]، كما قيل [٤] المشتملة [٥] على تقديم القبول من الزوج

---

[١] أي إذا قالت الزوجة بعد إنشاء القبول من الزوج: «نعم» فهي امرأتك، وهذا الخبر يدلّ بوضوح على صحّة تقديم القبول على الإيجاب، وأنّ الزوجيّة تحصل بالعقد المقدّم قبوله على إيجابه.

[٢] عطف على قوله: «خبر أبان»، أي مثل رواية سهل....

[٣] أي المشهورة في كتب العامّة والخاصّة رواها كلّ من الطائفتين، وهي ما رواه الشهيد في المسالك حيث قال فيه: كما ورد في خبر سهل الساعديّ أنّ امرأة أتت رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله: وهبت نفسي لك، وقامت قياماً طويلاً، فقام رجل وقال: يا رسول الله، زوّجنيها إن لم يكن لك فيها حاجة، فقال رسول الله: هل عندك من شيء، فقال: ما عندي إلّا إزاري هذا، فقال رسول الله ﷺ: إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، التمس ولو خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله ﷺ: هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم، سورة كذا أو سورة كذا ـ السور سمّاها ـ فقال رسول الله ﷺ زوّجتك بما معك من القرآن»[1].

[٤] القائل هو الشهيد الثاني، وفي هذا التعبير إشارة إلى ضعف القول بأنّ الرواية مشهورة في كتب الفريقين.

[٥] صفة بعد صفة لرواية سهل، أي الرواية التي فيها تقدّم القبول الصادر من الزوج بلفظ زوّجنيها.

---

(١) وسائل الشيعة: الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١.

بلفظ [١]: « زوّجنيها ».

والتحقيق [٢]: أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ « قبلت » و « رضيت »، وإمّا أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب نحو: « بعني » فيقول المخاطب: « بعتك »، وإمّا أن يكون بلفظ اشتريت وملكت مخفّفاً وابتعت،

---

[١] الجار متعلّق بقوله: « القبول »، أي تدلّ الرواية على تقديم القبول بلفظ الأمر من الزوج على الإيجاب بلفظ « زوّجتكها »، فتدلّ رواية سهل على أمرين:

الأوّل: تقديم القبول على الإيجاب.

الثاني: صحّة إنشاء النكاح بالأمر.

[٢] إلى هنا بيّن شيخنا الأنصاريّ ﷺ أنّ في المسألة قولين:

الأوّل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، ونسب ذلك إلى الأشهر.

الثاني: جواز تقديم الإيجاب على القبول، وهذا القول مختار جماعة، ومنه الشيخ في الخلاف شرع في مقام بيان مختاره في المسألة، وقد أوقع البحث في مقامين:

المقام الأوّل: وهو البحث عن جواز تقديم الإيجاب على القبول في خصوص البيع وعدمه.

المقام الثاني: في جوازه في سائر العقود.

أمّا المقام الأوّل فحاصل ما ذكره أنّ ألفاظ القبول تقع على ثلاثة أقسام:

القسم الأوّل: ما يقع إنشاء القبول بلفظ « قبلت » و « رضيت »، ونحوهما ممّا له ظهور في إنشاء القبول.

القسم الثاني: ما يقع الإنشاء بما هو ظاهر في الاستدعاء كقول المشتري: « بعني الكتاب بدرهم »، فقال البائع: « بعتك إيّاه بدرهم ».

فإن كان [١] بلفظ « قبلت » ، فالظاهر عدم جواز تقديمه [٢] وفاقاً [٣] لما عرفت في صدر المسألة ، بل المحكيّ [٤] عن الميسيّة [٥] والمسالك ومجمع الفائدة أنّه [٦] لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ « قبلت » ، وهو [٧] المحكيّ عن نهاية الإحكام وكشف اللّثام في باب النكاح ، وقد

القسم الثالث : ما يقع الإنشاء بلفظ « ملّكت » أو « اشتريت » أو « ابتعت » ، وحكم بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في القسمين الأوّلين ، وبجوازه في القسم الثالث ، كما سيأتي تفصيله ، فانتظر .

[١] أي إن كان القبول .... ومن هنا شرع في بيان حكم القسم الأوّل من ألفاظ القبول .

[٢] أي عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب ، وذلك لوجوه :

الوجه الأوّل : الإجماع ، وأشار إليه بقوله : « لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ (قبلت) » .

[٣] أي حال كون عدم جواز تقديم القبول يكون موافقاً لما عرفت في صدر المسألة من عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب .

[٤] ترقّي عمّا ذكره من أنّ الظاهر عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب حيث إنّه أوّلاً ، قال : « إنّ عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب ظاهر لفظ (قبلت) » ، ثمّ ترقّى عنه وقال : « إنّه إجماعيّ حيث قال : لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ (قبلت) على الإيجاب » .

[٥] منسوب إلى ميس ـ بفتح الميم وسكون الياء ـ وهي مدينة في لبنان .

[٦] الجملة نائب فاعل لقوله : « المحكيّ » أي بل حكي عنهم عدم الخلاف في عدم جواز تقديم « قبلت » .

[٧] أي عدم جواز تقديم القبول لو كان بلفظ « قبلت » .

اعترف به [١] غير واحد من متأخّري المتأخّرين أيضاً، بل المحكي هناك [٢] عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه، ويدلّ عليه [٣] مضافاً إلى ما ذكر [٤] وإلى كونه [٥] خلاف المتعارف من العقد أنّ [٦] القبول الذي هو

---

[١] أي بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٢] أي بل حكي في باب النكاح عن أنّه يظهر من عبارات التذكرة الإجماع على عدم جواز تقديم القبول لفظ «قبلت».

[٣] أي على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ «قبلت».

[٤] من الإجماع المحكيّ عن التذكرة وغيره على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب. **وملخّصه:** أنّ المصنّف ﷺ قد استدلّ على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ «قبلت» بوجوه ثلاثة:

الأوّل: ما أشار إليه بقوله: «مضافاً إلى ما ذكر من قيام الإجماع على عدم جواز تقديم القبول».

[٥] أي مضافاً إلى كون تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ «قبلت» خلاف المتعارف من العقد، فإنّ المتعارف في العقود تأخير القبول الذي هو بلفظ «قبلت» عن الإيجاب، فتكون أدلّة صحّة العقود منصرفة عن العقود التي تقدّم القبول فيها على الإيجاب، فتكون هذه العقود باطلة لعدم شمول أدلّة الصحّة لها. وهذا إشارة إلى **الوجه الثاني** من الوجوه التي استدلّ بها على عدم جواز تقدّم القبول على الإيجاب.

[٦] الجملة في محلّ الرفع على أن تكون فاعلاً لقوله: «يدلّ عليه»، وهذا إشارة إلى **الوجه الثالث** من الوجوه التي استدلّ بها لعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب.

أحد ركني عقد المعاوضة فرع [١] الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه [٢] عليه، وليس [٣] المراد من هذا القبول الذي هو

---

[١] لأنّ القبول عبارة عن تمليك المشتري الثمن بإزاء تمليك البائع المثمن بعنوان العوضيّة، وبهذه الملاحظة يكون القبول فرع الإيجاب؛ إذ تمليك الثمن بعنوان العوضيّة لا يعقل تحقّقه إلّا بعد تمليك المثمن له.

[٢] أي فلا يعقل تقدّم القبول الذي هو الفرع على الإيجاب الذي هو الأصل للزوم الخلف؛ لأنّ معنى كونه فرعاً له أنّه متأخّر عنه، فلا بدّ أن يقع بعده كي يتحقّق المعنى المعقول له، فإذا تقدّم عليه يكون لغواً؛ إذ لا معنى أن يقبل تمليك الثمن عوضاً عن المثمن إلّا بعد تمليك المثمن له.

[٣] جواب عمّا ذكره من عدم معقوليّة تقدّم القبول الذي هو بلفظ «قبلت» على الإيجاب. **وملخّصه**: أنّا لا نسلّم عدم معقوليّة تقدّم القبول على الإيجاب، بل هو أمر معقول؛ لأنّ القبول له معنيان:

الأوّل: أنّه إنشاء المشتري تملّكه للمبيع وتمليكه للثمن عوضاً عن المثمن الذي تملّكه كي تتحقّق المعاوضة بالقبول، وهذا المعنى للقبول فرع الإيجاب، ولا يعقل تقديم القبول بهذا المعنى على الإيجاب.

الثاني: أنّ القبول عبارة عن الرضا بإيجاب الموجب، ومن المعلوم إمكان تعلّق الرضا النفسانيّ بكلّ قول، سواء تحقّق في الزمان السابق على الرضا أم في الحال أم في المستقبل، فيكون المراد من القبول هو المعنى الثاني، وهو الرضا على الإيجاب، فإنّ الرضا كما يتعلّق بأمر متقدّم كذلك يتعلّق بأمر متأخّر. إذن فلا يكون تقديم القبول على الإيجاب أمراً غير معقول.

وأجاب عنه شيخنا الأعظم بأنّه ليس المراد من القبول مجرّد الرضا بالإيجاب فقط كي يقال: إنّ الإنسان قد يرضى بأمر مستقبل، بل المراد من

ركن العقد مجرّد [١] الرضا بالإيجاب حتّى يقال: إنّ الرضا بشيء [٢] لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل [٣] بل المراد منه [٤] الرضا

القبول هو الرضا بالإيجاب على وجه يدلّ بالدلالة الالتزاميّة على أنّ المشتري ينقل حال قبول الإيجاب الثمن الذي هو ماله إلى الموجب على وجه أن يكون ماله عوضاً عمّا يتملّكه من الموجب.

وإن شئت فقل: إنّ القبول رضا بالإيجاب على نحو يكون دالّاً بالمطابقة على إنشاء تملّك المبيع الذي هو مال الموجب، وبالالتزام على تمليك ماله بعنوان كونه عوضاً عمّا يأخذه من البائع، فإنّ القبول بهذا المعنى لا يعقل أن يتقدّم على الإيجاب؛ لأنّ التمليك بالعوض فرع نقل الموجب ماله إلى المشتري كي يعقل اتّصاف تمليك المشتري بالعوضيّة، فلا يعقل تحقّق التمليك بالعوض قبل الإيجاب، وإنّما يعقل ذلك فيما أنشأ الموجب تمليك ماله إلى المشتري أوّلاً بإيجابه كي يتّصف ما نقله المشتري من ماله إليه بوصف العوضيّة.

[١] خبر لقوله: «ليس المراد»، أي ليس المراد من القبول مجرّد الرضا بالإيجاب فقط كي يقال: بأنّ الرضا كما يتعلّق بأمر متقدّم، كذلك يتعلّق بأمر متأخّر.

[٢] أي الرضا بشيء كالإيجاب لا يستلزم تحقّق الشيء المرضي، وهو الإيجاب في المقام كي لا يجوز تقديم القبول على الإيجاب.

[٣] أي قد يرضى الإنسان بالفعل الذي يتحقّق في المستقبل كالإيجاب المتأخّر، فحينئذٍ يكون القبول مقدّماً والإيجاب مؤخّراً.

[٤] أي بل المراد من القبول الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن الرضا بالإيجاب من المشتري بمدلوله الالتزاميّ ويدلّ على أنّ المشتري نقل ماله إلى

بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة [١]؛ لأنّ [٢] المشتري ناقل كالبائع، وهذا [٣] لا يتحقّق إلّا مع تأخّر الرضا عن الإيجاب؛ إذ [٤] مع تقدّمه لا يتحقّق النقل في الحال،

الموجب في حال القبول بعنوان كون ماله عوضاً عن تملّك مال الموجب، فالقبول من المشتري بالمطابقة يدلّ على تملّك مال الموجب، وبالالتزام على تمليك مال نفسه إلى الموجب عوضاً عمّا تملّك منه من المعوض.

[١] **والحاصل**: أنّ القبول مركّب من رضا المشترى بالإيجاب وإنشاء نقل ماله في حال القبول بأن يتحقّق الإنشاء والمنشأ في الحال، لا أن يكون أصل الإنشاء حاليّاً والمنشأ استقباليّاً كما هو كذلك في صورة تأخّر الإيجاب، فإنّ قوله: «قبلت الكتاب بدينار» يتضمّن إظهار الرضا بفعل الموجب بالمدلول المطابقيّ للصيغة، وهو إنشاء تملّك الكتاب لنفسه، ويتضمّن بالالتزام نقل ماله إلى الموجب في الحال الحاضر، وهو حال إنشاء القبول.

[٢] تعليل لما ذكره من أنّ القبول يدلّ بالالتزام على تمليك المشتري ماله للموجب بعنوان كونه عوضاً، أي إنّما قلنا بأنّ القبول يدلّ على أنّ المشتري نقل ماله إلى الموجب؛ لأنّه أيضاً كالبائع ناقل ماله إلى البائع، فإنّ القبول ليس مجرّد الرضا بالإيجاب، بل يشتمل على نقل المال المشتري بعنوان كونه عوضاً.

[٣] أي القبول بمعنى الرضا بالإيجاب على وجه يدلّ على نقل المشتري ماله في حال إنشاء القبول.

[٤] أي إنّما قلنا بأنّ القبول بالمعنى المذكور لا يتحقّق إلّا مع تأخّر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّم الرضا على الإيجاب لا يتحقّق نقل مال المشتري إلى الموجب في حال إنشاء القبول؛ لأنّ المراد بالقبول ما يدلّ على نقل المشتري ماله في حال الإنشاء على الموجب بعنوان كونه عوضاً عن المبيع، وقبل

فإنّ مَن رضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل [١] في الحال ماله إلى الموجب [٢]، بخلاف مَن رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً [٣]، فإنّه [٤] يرفع بهذا الرضا يده من ماله وينقله [٥] إلى غيره على وجه العوضيّة.

إيجاب البائع تمليك المبيع للمشتري لا يعقل تحقّق نقل الثمن إليه بعنوان العوضيّة. **والحاصل**: أنّ النقل بعنوان العوضيّة من المشتري لا يعقل قبل الإيجاب فلا يتحقّق القبول، لأنّه عبارة عن الرضا بالإيجاب الناقل لماله فكيف يتحقّق الرضا قبل وجود متعلّقه ؟!

[١] أي لم ينقل هذا الشخص الراضي بالمعاملة التي ينشئها الموجب في المستقبل حال إنشاء القبول ماله إلى الموجب على وجه العوضيّة ؛ لأنّه قبل الإيجاب لم يتملّك المعوض كي يكون نقل ماله إلى الموجب بعنوان العوضيّة، فإنّ الراضي بإيجاب سيتحقّق سينقل ماله إلى الموجب في المستقبل، ولا يصدق إنشاء القبول على الرضاء الذي يتضمّن إنشاء نقله في المستقبل، وإنّما يصدق إنشاء القبول بعد إنشاء الإيجاب في المستقبل.

[٢] بل رضى بنقل ماله إليه في المستقبل، وهو كما عرفت ليس معنى القبول، بل معناه رضا المشتري بنقل ماله إلى الموجب حال إنشاء القبول.

[٣] أي بخلاف مَن كان قبوله متعلّقاً بالمعاملة التي أنشأها البائع سابقاً بأن كان إنشاء القبول متأخّراً عن إنشاء الإيجاب.

[٤] أي مَن كان رضاه بالإيجاب وقبوله للمعاملة متأخّراً عن الإيجاب يرفع بقبوله للإيجاب الصادر من الموجب يده عن ماله.

[٥] أي ينقل ماله إلى غيره الذي هو الموجب على وجه أن يكون ماله عوضاً عمّا أخذه من الموجب وتملّكه.

ومن هنا [١] يتّضح فساد ما حكي عن بعض المحقّقين في ردّ الدليل المذكور [٢]، وهو [٣] كون القبول فرعاً للإيجاب وتابعاً له، وهو [٤] أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللّفظ للفظ ولا القصد للقصد حتّى

---

[١] أي يتّضح ممّا ذكرنا من أنّ القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء المشتري نقل ماله في حال إنشاء القبول إلى الموجب فساد ما حكي عن بحر العلوم.

[٢] الذي ذكرناه لإثبات استحالة تقديم القبول على الإيجاب.

[٣] أي الدليل المذكور لاستحالة تقديم القبول على الإيجاب عبارة عمّا ذكرناه من كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له، ولا يعقل تقدّمه عليه؛ لأنّ الفرع لا يتقدّم على الأصل، والتابع لا يتقدّم على المتبوع، وإلّا يلزم الخلف.

[٤] أي ما حكي عن بعض المحقّقين في ردّ الدليل المذكور أنّ تبعيّة... **وملخّصه**: أنّ مجرّد كون القبول تابعاً للإيجاب لا يدلّ على امتناع تقديمه عليه، بل يمكن أن يكون تابعاً له، ومع ذلك جاز تقديمه عليه؛ لأنّ التبعيّة في المقام تتصوّر على ثلاثة أنحاء:

الأوّل: تبعيّة اللفظ للّفظ الآخر كتبعيّة الصفة للموصوف، وتبعيّة الحال لذي الحال، والمعطوف للمعطوف عليه، والتأكيد للمؤكّد ـ بالفتح ـ والبدل للمبدل منه، فالدليل المذكور يتمّ في هذا الفرض، فإنّ الصفة لا يعقل أن تتقدّم على الموصوف، وكذا الحال لا يعقل أن يتقدّم على ذي الحال؛ إذ الصفة والحال ونحوهما تكون بياناً لملابسات متبوعاتها، فلا بدّ أن تتأخّر عن المتبوع كي تصلح أن تبيّن كيفيّة المتبوع وملابساته، فلو تقدّمت عليها ليس لها متبوع كي تبيّن ملابساته.

الثاني: تبعيّة القصد للقصد كتبعيّة قصد إيجاد المقدّمة لقصد الوصول إلى

يمتنع تقديمه [١]،

ذي المقدّمة، فإنّ قصد نصب السلّم تابع لقصد الوصول إلى السطح بحيث مع فقدان قصد الوصول إلى السطح لا يتحقّق قصد نصب السلّم، وكتبعيّة قصد التوصّل بالمقدّمة لقصد التوصّل بها إلى ذي المقدّمة؛ بناءً على القول باعتبار قصد التوصّل إلى ذى المقدّمة في اتّصاف المقدّمة بالمقدّميّة، فلو لم يقصد التوصّل بالمقدّمة إلى ذي المقدّمة امتنع قصد التوصّل بالمقدّمة؛ وذلك لعدم اتّصاف المقدّمة بالمقدّميّة بدون قصد التوصّل إلى ذيها حتّى يتوصّل بها إلى ذي المقدّمة، فإنّ الدليل المذكور لاستحالة تقديم القبول على الإيجاب ـ وهو أنّ القبول فرع الإيجاب ـ يتمّ في هذا الفرض، فإنّ تبعيّة القبول للإيجاب لو كانت من قبيل تبعيّة قصد لقصد آخر فلا يعقل أن يتقدّم القصد الذي هو فرع على القصد الذي هو أصل عقلاً، إلّا أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليست من قبيل القسمين المذكورين كي يقال بعدم معقوليّة القبول على الإيجاب، كما لا يعقل ذلك في القسمين المذكورين، بل يكون فرعيّة القبول للإيجاب من قبيل القسم الثالث، وهو أن لا يكون التبعيّة حقيقيّة، بل تكون هي تنزيليّة وجعليّة بمعنى أنّ القابل يفرض نفسه آخذاً والموجب يفرض نفسه معطياً، وإلّا ففي الحقيقة كلّ منهما يعطي شيئاً ويأخذ بدله، فليس قبول القابل حقيقة متفرّعاً على إيجاب الموجب بل كلاهما على حدّ سواء من هذه الناحية، فليس الإيجاب أصلاً حقيقة، والقبول فرعاً له حقيقة، بل الفرعيّة والأصليّة بجعل المتعاقدين، فإنّ القابل فرض قبوله فرعاً، والموجب فرض إيجابه أصلاً، فإذا ثبت أنّ الفرعيّة تكون فرضيّة فلا مانع من تقديمه على الإيجاب.

[١] أي حتّى يمتنع تقديم القبول على الإيجاب بمقتضى قانون التبعيّة، فإنّ التابع

وإنّما هو [١] على سبيل الفرض والتنزيل [٢] بأن [٣] يجعل القابل نفسه متناولاً [٤] لما يلقى إليه من الموجب، والموجب [٥] متناولاً كما يقول السائل [٦] في مقام الإنشاء: أنا راضٍ بما تعطيني، وقابل لما تمنحني [٧]، فهو [٨] متناول قدّم إنشاء أو أخّر، فعلى هذا [٩] يصحّ تقديم القبول، ولو

لا بدّ أن يتأخّر عن المتبوع، وإلّا لزم الخلف وعدم كون القبول تابعاً للإيجاب.

[١] أي كون القبول تابعاً للإيجاب.

[٢] أي تبعيّة القبول على الإيجاب تبعيّة فرضيّة.

[٣] كلمة «الباء» بيانيّة لمعنى الفرض والتنزيل.

[٤] تناول الشيء: أخذه. أقرب الموارد. أي يجعل القابل ويفرض نفسه آخذاً لما يعطى إليه من قِبل الموجب، مع أنّه في الحقيقة لا فرق بينه وبين الموجب، فإنّه أيضاً يكون معطياً وآخذاً.

[٥] عطف على قوله: «القابل»، أي يجعل الموجب نفسه مناولاً، ناوله مناولة: الشيء أعطاه إيّاه، فإنّ كونه مناولاً فرضيّ، وهو فرض نفسه مناولاً، وإلّا في الحقيقة هو أيضاً كالقابل يعطي ويأخذ، ولا يختصّ عنوان المعطي للموجب وعنوان الآخذ للمشتري.

[٦] أي قول القائل: «قبلت» كقول السائل في مقام إنشاء السؤال: «أنا راضٍ بما تعطيني»، فكما جاز تقديم السؤال والقبول على الإعطاء في باب السؤال، كذلك جاز ذلك في باب القبول.

[٧] منحه منحاً: أعطاه. أقرب الموارد، أي أنا أقبل ما تعطيني.

[٨] أي السائل آخذ لما أعطى له، سواء قدّم إنشاء سؤاله أو أخّره، وكذلك القابل آخذ لما أعطاه الموجب، سواء قدّم إنشاء قبوله أو أخّره.

[٩] أي فعلى هذا الذي ذكرناه من أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليست تبعيّة حقيقيّة،

بلفظ «قبلت» و «رضيت» إن لم يقم إجماع على خلافه [١]، انتهى.

ووجه الفساد [٢]: ما عرفت سابقاً من [٣] أنّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من [٤] نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس [٥]

بل تبعيّة فرضيّة، ويكون القبول نظير السؤال يصحّ تقديم القبول.

[١] على خلاف جواز تقديم القبول. إذن فالدليل على عدم جواز تقديم القبول هو الإجماع فإن قام على عدم الجواز فهو، وإلّا فيجوز التقديم على القاعدة.

[٢] أي وجه فساد ما ذكره بعض المحقّقين من الإيراد على القول بعدم جواز تقديم القبول على الرضا هو أنّ القبول ليس مجرّد الرضا بشيء كي يقال: يمكن أن يتعلّق بالمتأخّر. **وبعبارة واضحة:** أنّ قياس القبول في البيع على قبول السائل لما يعطيه المسؤول قياس مع الفارق.

[٣] بيان لوجه فساد ما ذكره بحرالعلوم في ردّ كون القبول تابعاً للإيجاب. وملخّص ما ذكره الشيخ في ردّ كلام بحرالعلوم هو: أنّه ليس في الرضا الحاصل من القابل في صورة تقديم الإيجاب على القبول ـ بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله إلى القابل بإزاء ما نقله القابل من ماله إليه ـ إنشاء نقل مال من القابل إلى الموجب في حال إنشاء القبول. والحال أنّك عرفت أنّه يعتبر في القبول إنشاء القابل نقل ماله حال القبول إلى الموجب، وإلّا لم يصدق عليه عنوان القبول، وليس القبول مجرّد الرضا بالإيجاب حتّى يصحّ تعلّقه بالمستقبل.

[٤] بيان للموصول في قوله: «بما يصدر من الموجب»، أي ما يصدر في المستقبل من الموجب عبارة عن نقل ماله...

[٥] خبر لقوله: «إنّ الرضا»، أي رضا القابل بنقل الموجب ماله في المستقبل ليس فيه إنشاء من القابل نقل ماله حال إنشاء القبول.

فيه [١] إنشاء نقل من القابل في الحال [٢]، بل هو [٣] رضا منه بالانتقال في الاستقبال [٤]، وليس المراد [٥] أنّ أصل الرضا بشيء تابع لتحقّقه [٦] في الخارج أوّلاً قبل الرضا به [٧]

---

[١] أي في الرضا بما يصدر من الموجب.

[٢] أي في حال إنشاء القبول، والحال أنّك عرفت أنّه يعتبر في القبول إنشاء القابل نقل ماله في حال القبول.

[٣] أي الرضا من القابل بما يصدر من الموجب في المستقبل رضا من القابل إلى ما ينتقل منه إلى الموجب في المستقبل.

[٤] وهو لا يكفي في تحقّق القبول؛ لما عرفت من أنّ القبول متقوّم بأمرين: الرضا بالإيجاب، وإنشاء ماله في حال إنشاء القبول والرضا بأمر مستقبل لا يستلزم نقل ماله حال إنشاء النقل.

[٥] أي ليس مراد الأصحاب من الرضا المعتبر في القبول، وكونه فرعاً للإيجاب أنّ الرضا بشيء حيث إنّه كالعلم من المتضائفات فلا يتحقّق من دون تحقّق متعلّقه في الخارج، وعليه فالرضا بشيء لا يتحقّق إلّا بعد تحقّق الشيء في الخارج، كي ينتقض بالمثال الذي ذكره بحر العلوم من رضا الفقير فعلاً بإعانة مَن يعينه في المستقبل، حيث إنّ الرضا بالإعانة موجود فعلاً مع أنّ المرضي وهو الإعانة يتحقّق فيما بعد، وليكن القبول المتقدّم والإيجاب المتأخّر من هذا القبيل بأن يتحقّق الرضا بالإيجاب فعلاً ويتحقّق الإيجاب فيما بعد.

[٦] أي لتحقّق الشيء الذي تعلّق به الرضا في الخارج، فلا بدّ أن يتحقّق الشيء قبل الرضا به. ثمّ ان يتحقّق الرضا لأنّ الرضا لا يعقل أن يتحقّق قبل متعلّقه.

[٧] أي بذلك الشيء، فإنّ الرضا بالإيجاب تابع للإيجاب، وما دام لم يصدر الإيجاب من الموجب لم يتحقّق الرضا بمقتضى تبعيّته للإيجاب.

حتّى يحتاج [١] إلى توضيحه [٢] بما ذكره [٣] من المثال، بل المراد [٤] الرضا الذي يعدّ قبولاً وركناً في العقد [٥]. وممّا ذكرنا [٦] يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: بعني هذا بدرهم، فقال:

---

[١] أي حتّى يحتاج إثبات أنّ الرضا ليس بتابع للإيجاب.

[٢] أي إلى توضيح عدم تبعيّة الرضا للإيجاب.

[٣] الجار متعلّق بقوله: «توضيحه»، أي بما ذكره بحر العلوم من المثال، وهو قوله: «أنا راضٍ بما تعطيني، وقابل لما تمنحني»، فإنّ المستشكل ذكر هذا المثال لإثبات أنّ الرضا ليس تابعاً للإيجاب بمعنى لزوم كونه بعده دائماً، بل قد يتقدّم على الإيجاب وقد يتأخّر عنه.

[٤] أي المراد من الرضا في كلمات الأصحاب هو الرضا الذي يعدّ قبولاً في العقد وهو الرضا لإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب في حال إنشاء القبول على وجه أن يكون عوضاً لما يتملّكه من الموجب.

وملخّص الكلام: ليس المراد من الرضا ذاته بلا لحاظ شيء معه كي يحتاج إثبات تقدّمه على الإيجاب إلى المثال الذي ذكره السيّد، بل المراد من الرضا هو قبول الإيجاب المتّصف بكونه قبولاً في العقد، والرضا المعنون بهذا العنوان لا يعقل تقديمه على الإيجاب؛ لأنّه في صورة التقديم لا يتحقّق إنشاء نقل ماله الذي هو القبول بعنوان كونه عوضاً عمّا تملّكه.

[٥] أي لا يكون المراد بالرضا مطلق الرضا، بل المراد منه قسم خاصّ منه، وهو الرضاء الذي يعدّ ركناً في العقد، وهو الرضا المتضمّن لنقل ماله فعلاً إلى الموجب بعنوان العوضيّة، فالعقد يكون منتفياً بانتفاء هذا الرضا.

[٦] أي ممّا ذكرنا من الوجه في استحالة تقديم القبول بلفظ «قبلت» و«رضيت» على الإيجاب، وهو أنّ القبول هو الرضا المتضمّن لنقل ماله إلى الموجب في

«بعتك»[١]؛ لأنّ[٢] غاية الأمر دلالة «طلب»[٣] المعاوضة على[٤] الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرّد الرضا[٥] بالمعاوضة المستقبلة، نقل[٦]

الحال بعنوان العوضيّة والذي هو أحد ركني العقد.

[١] أي كما لايجوز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بلفظ «قبلت» و«رضيت» كذلك لايجوز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ الأمر.

[٢] أي إنّما قلنا بعدم جواز تقديم القبول إذا كان القبول بلفظ الأمر؛ لأنّ القبول عبارة عن الرضا المتضمّن لنقل مال القابل حال إنشاء القبول إلى الموجب على وجه العوضيّة، فإنّ قوله: «بعني» لا يدلّ على الرضا بالنقل الحاصل في الحال؛ لعدم وجود إيجاد نقل حال إنشاء القبول كي يتحقّق الرضا به. إذن فالأمر بالبيع لا يدلّ على الرضا بالنقل إلى البائع حين إنشائه القبول، فلا ينطبق مفهوم القبول على إنشائه بالأمر المتقدّم على الإيجاب؛ لأنّ غاية الأمر أنّ الأمر المتقدّم على الإيجاب يدلّ على أنّ المشتري يطلب من الموجب إيجاد المعاوضة في المستقبل، وطلب إيجاد المعاوضة بمدلوله الالتزاميّ يدلّ على الرضا بالمعاوضة التي ستتحقّق في المستقبل، ولا يدلّ على الرضا بالنقل إلى البائع في الحال، فلا ينطبق مفهوم القبول على إنشائه بالقبول.

[٣] وهو قوله: «بعني هذا بدرهم».

[٤] الجار متعلّق بقوله: «دلالة»، أي طلب المعاوضة يدلّ على الرضا بالمعاوضة فقط، وأنّ القابل راضٍ بالمعاوضة التي يوجدها الموجب في المستقبل، أي غاية الأمر دلالة قوله: «بعني» على أنّ المشتري راضٍ بالمعاوضة.

[٥] أي بمجرّد رضا المشتري بالمعاوضة التي ينشئها البائع في المستقبل.

[٦] فاعل لقوله: «لم يتحقّق»، أي بمجرّد الرضا لم يتحقّق نقل.

في الحال [١] للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

وأمّا ما يظهر [٢] من المبسوط من الاتّفاق هنا [٣] على الصحّة به [٤] فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه [٥]. وأمّا فحوى [٦]

---

[١] أي في حال يقول المشتري: «بعني» لم يتحقّق نقل الدرهم إلى البائع، والحال أنّك عرفت أنّ القبول متقوّم بأمرين: الرضا بالإيجاب، وإنشاء نقل من المشتري في الحال، فلا يتحقّق القبول بمجرّد الرضا بالأمر المستقبل.

والحاصل: أنّ المانع الموجود في تقديم «قبلت» و «رضيت» بعينه موجود في تقديم القبول بلفظ «بعني».

[٢] جواب عن سؤال مقدّر. **وحاصل السؤال:** أنّه قد اتّفق الأصحاب على ما يظهر من الشيخ الطوسيّ في المبسوط على صحّة تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ الأمر، فمعه كيف تقول بعدم جوازه. **والجواب عنه:** أنّ ما يظهر من المبسوط من اتّفاق الأصحاب على صحّة تقديم القبول موهون بذهاب الأكثر على عدم جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر.

[٣] أي في تقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر.

[٤] أي اتّفقوا على صحّة العقد بلفظ الأمر. ولو كان مقدّماً على الإيجاب.

[٥] أي على خلاف ما يظهر من المبسوط من الاتّفاق على الجواز حيث إنّ الأكثر لا يجوّزون تقديم القبول بلفظ الأمر أيضاً.

[٦] وهو جواب عن إشكال مقدّر. وملخّص الإشكال هو: أنّ ما ذهب إليه الأكثر من عدم جواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب خلاف فحوى ما دلّ على جواز تقديم القبول على الإيجاب بقوله: «زوّجنيها»، فإنّ هذا الخبر الدالّ على جواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب يدلّ على جواز

جوازه [١] في النكاح، ففيها [٢] بعد الإغماض عن حكم الأصل [٣]

تقديم القبول بلفظ الأمر في البيع بطريق أوْلى؛ إذ لو جاز تقديم القبول في النكاح مع أنّه من الأُمور المهمّة شرعاً لكان التقديم في البيع جائزاً بالأولويّة.

وملخّص جواب الشيخ عنه بوجهين: **أحدهما**: منع تقديم القبول في النكاح الذي هو الأصل، كما سيأتي في توضح المتن.

وثانيهما: لو سلّمنا جواز تقديم القبول في النكاح ولكن لا نسلّمه في البيع، فإنّ دعوى الأولويّة ممنوعة، كما سيأتي توضيحه في ضمن توضيح المتن.

[١] أي فحوى جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٢] جواب لقوله: «وأمّا فحوى» أي الفحوى ممنوعة، فإنّ جواز التقديم في النكاح لا يدلّ على جوازه في البيع بالأولويّة.

[٣] وهو النكاح، أي يرد على الاستدلال بالفحوى أوّلاً أنّا لا نسلّم جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح الذي هو الأصل في الاستدلال؛ لأنّ دليلهم على جواز التقديم بلفظ الأمر عبارة عن قول الصحابيّ في رواية سهل: «زوّجنيها»، فهو يدلّ على تقديم القبول على الإيجاب في النكاح؛ لأنّ قول الصحابيّ «زوّجنيها» مقدّم على إيجاب النكاح بقوله ﷺ: «زوّجتكها بما معك من القرآن»، فهو يدلّ على جواز تقديم القبول على الإيجاب بالأولويّة. وهذا الدليل منهم مخدوش بمعنى أنّا لا نقبل جواز تقديم القبول على الإيجاب في الأصل وهو النكاح، فكيف بالفرع وهو جواز تقديم القبول على الإيجاب في البيع، وفي قوله: «بعد الإغماض عن حكم الأصل» إشارة إلى أنّ المصنّف لا يقبل حكم الأصل وهو النكاح، أي لا يقبل جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح كي يتمسّك بفحواه على جواز تقديم القبول على

بناءً[١] على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر[٢] هو القبول لاحتمال[٣]

الإيجاب في البيع وعدم قبوله.

[١] أي عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح مبنيّ على عدم دلالة رواية سهل على تحقّق القبول بلفظ الأمر، وهو «زوّجنيها» حتّى تدلّ على جواز تقديم القبول في النكاح بالمنطوق، وعلى جواز تقديمه في غير النكاح بالأولويّة، وأمّا بناءً على دلالة الرواية على جواز التقديم فلم يكن هذا الإشكال على الشيخ الطوسيّ تامّاً.

وزبدة الكلام: أنّ دلالة رواية سهل بالفحوى على تقديم الإيجاب على القبول بالفحوى مبنيّ على أن يكون قول الصحابيّ: «زوّجنيها» في الرواية قبولاً مقدّماً على إيجاب النكاح بقوله ﷺ: «زوّجتكها بما معك من القرآن»، وعلى هذا تدلّ الرواية على تقديم القبول على الإيجاب في غير النكاح بالأولويّة. وأمّا إذا قلنا: إنّ قول الصحابيّ: «زوّجنيها» ليس قبولاً مقدّماً، بل هو مجرّد طلب التزويج بالمرأة من النبيّ ﷺ، ومن المعلوم أنّ الطلب من النبيّ ﷺ أن يزوّجها منه عند عدم الحاجة إليها ليس قبولاً كي يكون دليلاً على جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح، بل لا بدّ له من إنشاء القبول بعد قول النبيّ ﷺ: «زوّجتكها».

[٢] أي الأمر المتقدّم على الإيجاب في الرواية، وهو قول الصحابيّ: قال: يا رسول الله، زوّجنيها.

[٣] تعليل لمنع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر في الرواية هو القبول المقدّم، إنّما قلنا بأنّ الرواية لا تدلّ على كون الأمر المقدّم في الرواية هو القبول؛ لأنّه يحتمل أن لا يكون الأمر المتقدّم ـ وهو قول الصحابي:

تحقّق القبول بعد إيجاب [١] النبيّ ﷺ.

ويؤيّده [٢]: أنّه لولاه [٣] يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب [٤] والقبول

«زوّجنيها» ـ قبولاً مقدّماً على الإيجاب، بل كان استدعاءً من النبيّ ﷺ التزويج بالمرأة، فعلى هذا تكون الرواية أجنبيّة عن الدلالة على جواز تقديم القبول على الإيجاب، بل يكون القبول من الصحابي بعد قول النبيّ ﷺ: «زوّجتكها»، فتدلّ الرواية على تأخير القبول عن الإيجاب.

[١] وهو قوله ﷺ: «زوّجتك بما معك من القرآن». وملخّص جواب المصنّف ﷺ عمّا ذكره شيخ الطائفة من الفحوى هو: أنّ تقديم القبول في النكاح لم يثبت، فكيف يدلّ على تقديمه في البيع بالفحوى.

[٢] أي يؤيّد احتمال تحقّق القبول بعد إيجاب النبيّ ﷺ إنّما قال: يؤيّده ولم يقل يدلّ عليه لاحتمال أن لا يكون الفصل بالمقدار الموجود في الرواية مخلّاً بالعقد.

[٣] أي لولا تحقّق القبول بعد إيجاب النبيّ ﷺ وكان قول الصحابي: «زوّجنيها» قبولاً.

[٤] أي يلزم بين الإيجاب الصادر من الصحابي مخاطباً للنبيّ ﷺ بقوله: «زوّجنيها» وبين القبول، وهو قوله ﷺ: «زوّجتكها» الفصل الطويل وهو محاورة النبيّ ﷺ مع الرجل الصحابيّ حول الصداق، ويلزم منه فوات الموالاة المعتبرة بين الإيجاب والقبول، فيبطل العقد، ويوهن به الاستدلال بالفحوى لجواز تقديم القبول على الإيجاب. هذا إشكال أوّل من المصنّف ﷺ على الفحوى، ولو أغمضنا عن هذا الإشكال وسلّمنا دلالة رواية سهل على جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح نمنع أولويّة البيع منه في جواز تقديم القبول.

منع [١] الفحوى وقصور [٢] دلالة رواية أبان [٣] من حيث [٤]

---

[١] بالرفع مبتدأ مؤخّر، وخبره الجار والمجرور المتقدّم في قوله: «ففيها»، أي لا نسلّم أن يكون تقديم القبول على الإيجاب جائزاً بالأولويّة على تقدير ثبوته في النكاح؛ إذ يمكن لنا القول بالجواز في النكاح لضرورة دون البيع، وذلك لأجل استحياء المرأة في الابتداء بالإيجاب غالباً، فلا تبادر إلى تقديم الإيجاب، فلهذا جوّز الشارع في النكاح تقديم القبول دون البيع، هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّ أهمّيّة الفروج ربّما تقتضي التوسعة في أسبابها لئلّا يقع الناس في الزنا، والتوسعة في النكاح لا تقتضي المساواة في غيره فضلاً عن الأولويّة. فهذا الأمران الموجبان لتقديم القبول في النكاح لا يوجدان في غيره.

[٢] جواب عن سؤال مقدّر، **حاصل السؤال**: أنّا نسلّم عدم دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر قبولاً مقدّماً على الإيجاب في عقد النكاح، لكن في دلالة رواية أبان الواردة في إنشاء النكاح بصيغة المضارع مع تقدّم القبول على الإيجاب غنىً وكفاية، فإنّها تدلّ على جواز تقديم قبول النكاح على إيجابه.

وملخّص الجواب هو: أنّ رواية أبان قاصرة الدلالة على جواز تقديم القبول في النكاح على الإيجاب.

[٣] أي قصور دلالة رواية أبان على جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٤] تعليل لما ذكره من قصور دلالة رواية أبان على جواز تقديم القبول على الإيجاب، أي قصور دلالة رواية أبان على جواز تقديم القبول إنّما هو لأجل اشتمال روايته على كفاية قول المرأة: «نعم» في الإيجاب، والحال أنّهم ذكروا أنّ الألفاظ الواردة في تحقّق العلقة الزوجيّة ـ أعني بها الإيجاب ـ منحصرة في قولها: «زوّجت» أو «أنكحت» أو «متّعت نفسي».

اشتمالها [١] على كفاية قول المرأة: «نعم» [٢] في الإيجاب [٣].

ثمّ [٤] اعلم أنّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: «إن قال [٥]: بعنيها بألف،

---

[١] أي اشتمال رواية أبان على أنّ قول المرأة: «نعم» يكفي في إيجاب النكاح حيث قال عليه السلام: فإذا قالت: «نعم» فقد رضيت، وهي امرأتك.

أقول: إنّ في العبارة تشويشاً؛ إذ ليس قصوراً في دلالة الرواية على المراد، فإنّها تدلّ على تقديم القبول على الإيجاب، ولا مانع من الأخذ بها بهذا المقدار. نعم، إنّ دلالتها على كفاية الإيجاب بلفظ «نعم» لا يمكن الأخذ بها، إلّا أنّه أمر آخر لا ربط له بمحلّ النزاع.

[٢] أي على كفاية لفظ «نعم» في الإيجاب من دون أن تقول المرأة: «زوّجت نفسي» أو «أنكحت» أو «متّعت».

[٣] والحال أنّهم يقولون بعدم جواز الاكتفاء بقولها: «نعم» في إنشاء إيجاب النكاح.

وملخّص الكلام: أنّ رواية أبان وإن كانت دالّة على تقديم القبول على الإيجاب، إلّا أنّه لا يمكن الأخذ بمضمون هذه الرواية؛ لأنّها دلّت على كفاية لفظ «نعم» في إنشاء إيجاب النكاح، وهو ممّا لا يمكن الالتزام به.

[٤] لمّا بيّن عدم جواز تقديم القبول بصيغة الأمر شرع في بيان أقوال الأصحاب فيه، وبيان أنّ المسألة مورد اختلاف فيما بينهم، فذهب بعضهم إلى جواز تقديم القبول بلفظ الأمر، وأنّ العقد صحيح معه، وأنكره الآخرون.

[٥] أي إن قال المشتري: «بعنيها»، مقدّماً للقبول، فقال البائع: «بعتك» مؤخّراً للإيجاب.

فقال: بعتك صحّ [١]. والأقوى عندي أنّه [٢] لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت». واختار [٣] ذلك في الخلاف، وصرّح [٤] به في الغنية. فقال [٥]: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري حذراً [٦] عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو [٧] أن يقول: بعنيه بألف، فيقول [٨]:

---

[١] أي صحّ البيع عند الأصحاب، وهذا شاهد على أنّهم يقولون بجواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب.

[٢] أي قال الشيخ الطوسيّ: «إنّ البيع لا يصحّ حتّى يقول المشتري بعد قول البائع: «بعتك» «اشتريت...» حتّى يقع القبول بعد الإيجاب، فيفهم من عبارة المبسوط أنّ الأصحاب يقولون بجواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب، ولكنّ الشيخ الطوسيّ يقول بلزوم تأخير القبول عن الإيجاب.

[٣] أي اختار الشيخ الطوسيّ عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في كتابه الخلاف.

[٤] أي صرّح السيّد أبو المكارم بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في كتابه الغنية.

[٥] أي قال أبو المكارم ابن زهرة: «إنّما اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع مقدّماً، والقبول من المشترى مؤخّراً».

[٦] أي فراراً عن القول بانعقاد البيع بطلب المشتري البيع من البائع.

[٧] أي معنى استدعاء المشتري بأن يقول...، بحيث يقع القبول بالاستدعاء من المشتري.

[٨] أي يقول البائع بعد إنشاء القبول من المشتري بلفظ الأمر والاستدعاء «بعتك».

بعتك، فإنّه [١] لا ينعقد حتّى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت»، وصرّح به [٢] أيضاً في السرائر والوسيلة، وعن جامع [٣] المقاصد أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحكم اتّفاقيّ، وحكي الإجماع [٤] عن ظاهر الغنية أيضاً أو صريحها، وعن [٥] المسالك المشهور، بل قيل: انّ هذا الحكم [٦] ظاهر [٧] كلّ من اشترط الإيجاب والقبول،

---

[١] أي فإنّ البيع لا ينعقد حتّى يقول المشتري بعد إيجاب البائع: «اشتريت» كي يقع القبول متأخّراً عن الإيجاب.

[٢] أي كما صرّح أبو المكارم بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب، كذلك صرّح بعدم جواز تقديم القبول عليه ابن إدريس في السرائر، وابن حمزة في الوسيلة.

[٣] أي حكي عن جامع المقاصد أنّ عدم جواز تقديم القبول بلفظ الأمر وغيره على الإيجاب مورد اتّفاق الفقهاء.

[٤] أي كما حكى الإجماع على عدم الجواز عن جامع المقاصد، كذلك حكي الإجماع على عدم الجواز عن ظاهر الغنية أيضاً أو عن صريحها والمردّد بين الظهور والصريح هو الحاكي عن الغنية، وهو السيّد العامليّ، حيث قال: «والإجماع ظاهر الغنية أو صريحها».

[٥] أي حكي عن المسالك أنّ عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في البيع هو المشهور بين الفقهاء.

[٦] أي الحكم بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ أمر.

[٧] وجه الظهور أحد أمرين على سبيل منع الخلوّ، إمّا أنّ القبول ظاهر في غير الأمر فاشتراط القبول يرجع لبّاً إلى اشتراط عدم كونه بلفظ الأمر، وإمّا أنّ الظاهر من اعتبار الإيجاب والقبول اعتبار الترتيب بينهما، فإنّ القبول متفرّع

ومع [١] ذلك كلّه فقد صرّح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز [٢] التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته [٣] إلينا مشعر [٤] بقرينة السياق إلى [٥] عدم الخلاف فيه بيننا، فقال [٦]: إذا تعاقدا [٧] فإن تقدّم الإيجاب [٨] على القبول فقال [٩]: «زوّجتك»

على الإيجاب، فلا بدّ أن يذكر بعده.

[١] أي مع وجود هذه الأقوال الواردة في عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب اذا كان بلفظ الأمر.

[٢] الجار متعلّق بقوله: «صرّح»، أي صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ الأمر بالبيع، كما إذا قال المشتري: «بعني هذا الكتاب»، وقال: «إنّ التقديم جائز عندنا»، وهذه الكلمة ظاهرة في أنّ الجواز حكم إجماعيّ.

[٣] أي نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر إلينا نحن الشيعة.

[٤] **أقول:** انّ العبارة بقرينة السياق ظاهرة في الاتّفاق عند الشيعة والتعبير بالإشعار لا وجه له.

[٥] الجار متعلّق بقوله: «مشعر» أي مشعر بعدم الخلاف في جواز التقديم إذا كان القبول بلفظ الأمر بيننا ـ نحن أبناء الشيعة ـ وسيأتي توضيح قرينيّة السياق.

[٦] أي قال الشيخ الطوسيّ في المبسوط، وذكر المصنّف ﷺ كلام الشيخ الطوسيّ كي يعلم أنّه صرّح بجواز التقديم.

[٧] أي إذا أنشأ الزوج والزوجة عقد النكاح وأوجداه في الخارج.

[٨] أي إن تقدّم الإيجاب في النكاح على القبول.

[٩] أي فقالت الزوجة للزوج: «زوّجتك نفسي».

فقال له [١]: « قبلت التزويج » صحّ ، وكذا [٢] إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف ، وأمّا إن تأخّر الإيجاب وسبق القبول فإن كان [٣] في النكاح فقال الزوج [٤]: « زوّجنيها » ، فقال [٥]: « زوّجتكها » صحّ [٦] وإن [٧] لم يعد الزوج القبول بلا خلاف [٨] لخبر [٩] الساعديّ. قال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله ؟

---

[١] أي فقال الزوج للزوجة : « قبلت التزويج » صحّ عقد النكاح .

[٢] أي كما أنّه إذا تقدّم الإيجاب في النكاح على القبول صحّ عقد النكاح ،كذلك إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ البيع من دون خلاف في الصحّة في كلتا المسألتين .

[٣] أي إن كان تقدّم القبول على الإيجاب وتأخّر الإيجاب عنه في باب النكاح .

[٤] أي قال الزوج لوليّ الزوجة : « زوّجنيها » .

[٥] أي فقال وليّ الزوجة للزوج : « زوّجتكها » .

[٦] جواب للشرط في قوله : « فإن كان في النكاح » ، أي تقدّم القبول إن كان في عقد النكاح صحّ عقد النكاح .

[٧] كلمة « إن » وصليّة ، وقوله : « لم يعد » مضارع باب الإفعال ، أي صحّ عقد النكاح في صورة تقديم القبول على الإيجاب حتّى لو لم يعد الزوج القبول بعد إيجاب الزوجة بأن لم يقل الزوج بعد قول الزوجة : « زوّجتك نفسي » « زوّجنيها » .

[٨] أي صحّ عقد النكاح بلا خلاف في صحّته بين الفقهاء .

[٩] أي إنّما قلنا بصحّة عقد النكاح فيما سبق القبول الإيجاب لأجل خبر سهل الساعديّ .

فقال: زوّجتكها بما [١] معك من القرآن، فتقدّم القبول [٢] وتأخّر الإيجاب وإن كان هذا [٣] في البيع، فقال [٤]: بعنيها، فقال [٥]: بعتكها، صحّ [٦] عندنا، وعند قوم من المخالفين ،وقال قوم [٧] منهم: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب، انتهى.

---

[١] أي زوّجتك المرأة بإزاء ما معك من القرآن، بأن تعلّمها القرآن فيكون المهر تعليم القرآن.

[٢] أي تقدّم القبول، وهو قول الرجل: «زوّجنيها»، وتأخّر الإيجاب، وهو قول رسول الله: «زوّجتكها...»، فهذا الخبر يدلّ على جواز تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح.

[٣] أي وإن كان تقدّم القبول إذا كان بلفظ الأمر في البيع.

[٤] أي فقال البائع: «بعني الجارية» مثلاً.

[٥] أي فقال المشتري: «بعتك الجارية».

[٦] أي صحّ البيع على تقدير تقديم القبول على الإيجاب عند جميع الشيعة وعند طائفة من العامّة، فإن جعل عندنا في مقابل قوم من المخالفين قرينة على أنّ المسألة إجماعيّة عند الشيعة ومحلّ خلاف عند السنّة، وهذه المقابلة هي قرينة السياق التي قال: «ونسبته إلينا» بقرينة السياق مشعرة إلى عدم الخلاف. **وبعبارة واضحة:** أنّ قوله: «صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم لا يصحّ» يدلّ بقرينة السياق على عدم الخلاف في الجواز عندنا.

وبعبارة ثالثة: أنّ ذكر «عندنا» في مقابل العامّة الذين هم مختلفون في المسألة يدلّ على الاتّفاق عند الإماميّة.

[٧] أي قال قوم من العامّة: «لا يصحّ القبول، إلّا أن يقع الإيجاب قبله».

وحكي جواز التقديم [١] بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل، بل يمكن نسبة هذا الحكم [٢] إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق [٣]. وتمسّك [٤] له في النكاح برواية سهل الساعديّ المعبّر فيها [٥]

---

[١] أي حكي جواز تقديم القبول على الإيجاب بلفظ الأمر، مثل «بعنيها» عن القاضي في كتابه المسمّى بـ الكامل.

[٢] أي جواز تقديم القبول بلفظ الأمر.

[٣] إذ مَن يرى جواز تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً يرى تقديم القبول الذي هو بلفظ الأمر أيضاً؛ لأنّ القبول بلفظ الأمر أيضاً من صغريات كبرى جواز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق.

[٤] عطف على قوله: «جوّز»، أي يمكن نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى كلّ مَن تمسّك لجواز تقديم القبول على الإيجاب برواية...

[٥] أي رواية سهل التي قال الرجل فيها: «زوّجنيها» بدل أن يقول: «قبلت»، فإنّ قوله: «زوّجنيها» أمر يدلّ بمعناه المطابقيّ على طلب التزويج، ولكنّه وقع في الرواية مكان القبول.

وملخّص كلامه: أنّه يمكن نسبة القول بجواز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى كلّ من جمع بين الأمرين ـ أعني تجويز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، والاستدلال برواية سهل في كتاب النكاح على تقديم القبول على الإيجاب ـ ووجه دلالة كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب واضح؛ إذ القبول بلفظ الأمر يكون من صغريات إطلاق كلامه. وأمّا وجه الدلالة في التمسّك برواية سهل فهو أنّ الاستدلال برواية سهل يصير قرينة على أنّ القبول يشمل ما كان بلفظ الأمر من الناكح، ويكون العقد صحيحاً فيما إذا كان القبول بلفظ الأمر مقدّماً على الإيجاب، فيكون المراد بالقبول في البيع أيضاً

عن القبول بطلب التزويج ، إلّا أنّ [١] المحقّق ﷺ مع تصريحه في البيع بعدم كفاية [٢] الاستيجاب والإيجاب صرّح [٣] بجواز تقديم القبول على الإيجاب ، وذكر [٤] العلّامة ﷺ

ما يعمّ صيغة الأمر وغيرها .

[١] إلى هنا بيّن المصنّف ﷺ أنّ كلّ مَن يقول بجواز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق يقول بجواز تقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر ، حيث قال : يمكن نسبة هذا الحكم إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب ، ومن هنا شرع في تضعيف ما ذكره ، وقال : « إنّ كلّ من أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب لا يقول بتقديم القبول بلفظ الأمر ، فإنّ المحقّق مع تصريحه بعدم صحّة العقد الذي قدّم قبوله إذا كان بلفظ الأمر على إيجابه جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق . إذن لا يمكن نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب إلى كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق .

[٢] أي صرّح المحقّق بأنّه لا يكفي في انعقاد البيع والنقل والانتقال أن يطلب المشتري الإيجاب بقوله : « بعني هذا الكتاب » ، ثمّ صدر الإيجاب من قِبل البائع ، وبالنتيجة أنّه يصرّح بعدم صحّة البيع فيما إذا كان القبول بلفظ الأمر مقدّماً على الإيجاب .

[٣] أي صرّح المحقّق بجواز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق ، مع أنّه يصرّح بعدم جواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب في البيع فهو أقوى شاهد على عدم تماميّة نسبة جواز التقديم إلى كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق وربما يقول شخص بالثاني دون الأوّل ، كالمحقّق والعلّامة ﷺ .

[٤] غرضه أنّ العلّامة ﷺ أيضاً كالمحقّق ﷺ مع اعتقاده بعدم جواز تقديم القبول

الاستيجاب والإيجاب [١]، وجعله [٢] خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاة [٣]،

بلفظ الأمر على الإيجاب يحتمل جواز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، فإنّ كلام العلّامة أيضاً يكون نقضاً على الكبرى المذكورة، وهي نسبة القول بجواز تقديم القبول بصيغة الأمر على الإيجاب إلى كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق؛ إذ العلّامة ﷺ أيضاً كالمحقّق ﷺ صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب، ولكنّه لا يقول بجواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب.

والحاصل: أنّ ما ذكره العلّامة أيضاً يدلّ على عدم التلازم بين القول بجواز تقديم القبول على الإيجاب وبين القول بصحّة تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب، حيث إنّ العلّامة مع جزمه بعدم صحّة الاستيجاب والإيجاب تردّد في جواز تقديم القبول على الإيجاب، ولم يجزم بعدم صحّته بل احتمل صحّته.

[١] وهو قول المشتري: «بعني هذا الكتاب»، وقول البائع: «بعتك إيّاه».

[٢] أي جعل العلّامة ما هو مركّب من الاستيجاب والإيجاب خارجاً عن حقيقة العقد بدعوى: أنّ قيد اعتبار القبول في العقد لا يشمل الاستيجاب المتقدّم، وقيد اعتبار الإيجاب فيه لا يشمل الإيجاب المتأخّر، فإنّ العقد المركّب من الاستيجاب والإيجاب لا يصدق عليه عنوان العقد.

[٣] أي كما أنّ المعاطاة خارجة عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول، فلا يصدق عليه عنوان العقد اللّفظيّ، كذلك الاستيجاب والإيجاب لا يصدق عليهما عنوان العقد.

وجزم [١] بعدم كفايته، مع أنّه [٢] تردّد في اعتبار تقديم القبول.

وكيف كان [٣] فقد عرفت أنّ الأقوى المنع [٤] في البيع؛ لما عرفت [٥]،

---

[١] أي جزم العلّامة بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب في البيع، بل لا بدّ من القبول بعد الإيجاب.

[٢] أي مع أنّ العلّامة تردّد في جواز تقديم القبول على الإيجاب، فتردّده ممّا يدلّ على وهن القول بأنّه يمكن نسبة الحكم بجواز تقديم القبول بلفظ الأمر إلى كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، فإنّ العلّامة ﷺ ممّن جزم بعدم جواز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب، ولم يجزم بعدم الجواز في تقديم القبول على الإيجاب في سائر الموارد وتردّد فيه، فهذا يقدح بكبرويّة الكبرى المدّعاة، وهي أنّ كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق جوّز تقديم الاستيجاب على الإيجاب أيضاً. وأنت عرفت أنّ العلّامة ﷺ ممّن منع من تقديم الاستيجاب على الإيجاب، ومع ذلك فهو لم يمنع من تقديم القبول على الإيجاب، بل تردّد فيه.

[٣] أي سواء كانت نسبة جواز تقديم الإيجاب بلفظ الأمر إلى كلّ مَن جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق صحيحة أم لا.

[٤] أي منع تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب.

[٥] أي لما عرفت سابقاً من أنّ القبول متقوّم بأمرين: الرضا بالإيجاب، وإنشاء المشتري نقل ماله في الحال الحاضر، فلا يتحقّق القبول بمجرّد الرضا بالأمر المستقبل، فإنّ غاية ما يستفاد من قول المشتري: «بعني هذا الكتاب» أنّ المشتري راضٍ بما سيصدر من البائع بعد إنشاء إيجابه من النقل، وهو لا يكفي في صدق القبول.

بل [١] لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا [٢] بناءً [٣] على اعتبار الماضويّة فيما دلّ على القبول.

والحاصل: أنّ المانع في تقديم «قبلت» و«رضيت» على الإيجاب بعينه موجود في تقديم القبول بلفظ الأمر.

[١] إلى هنا بيّن أنّ وزان القبول بلفظ الأمر وزان القبول بلفظ «قبلت»، فكما لا يجوز تقديم القبول بلفظ «قبلت»، كذلك لا يجوز تقديمه بلفظ الأمر، ومن هنا ترقّى عنه، وقال: لو أغمضنا عمّا ذكرنا وقلنا بجواز تقديم القبول بلفظ «قبلت» لا نسلّم جواز تقديمه فيما إذا كان بلفظ «الأمر»، وذلك لا من جهة ممنوعيّة تقديم ما حقّه التأخير كي يقال: إنّ هذا الوجه مشترك بين القبول بلفظ «قبلت» وبين القبول بلفظ «الأمر»، فلا وجه لترجيح القبول بلفظ «قبلت»، بل من جهة اعتبار الماضويّة فيما دلّ على القبول، وهذا الشرط موجود في «قبلت»، ولذا يمكن أن يقال بعدم المانع من تقديمه على الإيجاب بخلاف القبول بلفظ الأمر، فإنّه في حدّ نفسه لا يصلح لأن يكون قبولاً كي يقال بعدم وجود مانع من تقديمه، فإنّ عدم صلاحيّة القبول بلفظ الأمر من جهة القصور في المقتضي، وهو فقدان ما يعتبر فيه من الماضويّة، ومعه لا يستند عدم صلاحيّته لأن يكون قبولاً إلى وجود المانع كي يجاب عنه بعدم وجود مانع من التقديم.

[٢] أي في تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب.

[٣] أي منع جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر مبنيّ على أن يعتبر الماضويّة في القبول، ففي هذا الفرض ما لا يكون ماضياً لا يصلح أن يكون قبولاً كي يقال: لا مانع من جواز تقديمه على الإيجاب.

ثمّ إنّ هذا [١] كلّه بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللّفظ في اللّزوم [٢]، وعدم [٣] القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. وأمّا على ما اخترناه سابقاً في المعاطاة من أنّ البيع العرفيّ [٤] موجب للملك، وأنّ الأصل في الملك اللّزوم [٥]، فاللّازم [٦] الحكم باللّزوم في كلّ مورد [٧] لم يقم إجماع على عدم اللّزوم،

---

[١] أي هذا الذي ذكرناه من عدم جواز إنشاء القبول بلفظ الأمر مبنيّ على عدم كفاية مطلق اللّفظ في إنشا ءالعقود اللازمة، وتوقّف إنشائها بالصيغ الخاصّة المأثورة عن الشارع.

[٢] أي في لزوم البيع بأن يكون لزومه متوقّفاً على إنشائه بألفاظ معيّنة من قِبل الشارع.

[٣] أي مبنيّ على القول بعدم كفاية مطلق إنشاء صيغة البيع في حصول الملك والنقل والانتقال، بل كان البيع المملّك ما أنشأ بصيغة مخصوصة المأثورة عن الشارع.

[٤] أي أنّ المعيار في كون البيع سبباً لحصول الملك صدق البيع العرفيّ عليه من دون خصوصيّة لأيّ صيغة.

[٥] بحيث إذا شككنا في أنّ البيع المنشأ بصيغة هل يفيد اللزوم أم لا؟ يتمسّك بأصالة اللزوم.

[٦] أي يترتّب على ما اخترناه لزوماً الحكم بلزوم البيع، سواء كان إنشاء قبوله بصيغة الأمر أم كان بغيرها؛ إذ المفروض أنّه يصدق على ما أُنشئ قبوله بصيغة الأمر عنوان البيع العرفيّ، فتشمله أدلّة اللزوم والصحّة.

[٧] أي في كلّ عقد لم يقم إجماع على عدم اللزوم، وحيث إنّ القبول بلفظ الأمر

وهو [١] ما إذا [٢] خلت المعاملة عن الإنشاء باللّفظ رأساً أو كان [٣] اللّفظ المنشأ به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللّزوم، وأمّا في غير [٤] ذلك فالأصل اللّزوم.

وقد عرفت [٥]

لم يقم فيه إجماع على عدم لزومه فيؤخذ فيه بأصالة اللزوم، ويحكم بلزوم العقد الذي يكون منشأً بصيغة الأمر، سواء تقدّم فيه القبول على الإيجاب أم تأخّر.

[١] أي العقد الذي قام الإجماع على عدم لزومه أحد موردين:

أحدهما: المعاملة الخالية عن الإنشاء باللفظ كالبيع المعاطاتيّ.

ثانيهما: المعاملة المنشأة باللفظ الذي قام الإجماع على عدم كفايته، كالبيع المنشأ بالألفاظ الكنائيّة، ففي هذين الموردين يكون الإجماع رافعاً لموضوع أصالة اللزوم؛ لأنّه لا يشكّ مع وجود الإجماع في الصحّة واللزوم كي يصل المجال إلى أصالة اللزوم، فهو يكون حاكماً عليها.

[٢] هذا إشارة إلى المورد الأوّل الذي قام الإجماع على عدم لزومه.

[٣] هذا إشارة إلى المورد الثاني الذي قام الإجماع فيه على عدم لزومه.

[٤] أي وأمّا في غير هذين الموردين فلا بدّ أن يتمسّك بأصالة اللزوم؛ لوجود المقتضي وعدم المانع، فإنّ مقتضى الأصل لزوم البيع بأي صيغة أُنشأ، ولو بصيغة الأمر، فإنّها ممّا لم يقم إجماع على عدم لزوم العقد المنشأ بها.

[٥] إلى هنا بيّن المصنّف ﷺ أنّ الأصل في كلّ عقد لم يقم الإجماع على عدم اللزوم لزومه وصحّته، وهنا بيّن أنّ البيع الذي وقع قبوله بلفظ الأمر بأن قال المشتري: «بعني» مكان «قبلت» صحيح؛ لعدم قيام دليل على عدم صحّته

أنّ القبول على وجه طلب البيع [١] قد صرّح في المبسوط بصحّته [٢]، بل يظهر منه [٣] عدم الخلاف فيه [٤] بيننا [٥]، وحكي [٦] عن الكامل أيضاً، فتأمّل [٧].

وإن [٨] كان التقديم بلفظ «اشتريت» أو «ابتعت» أو «تملّكت» أو «ملّكت هذا [٩] بكذا»، فالأقوى [١٠] جوازه؛

ولزومه؛ لأنّ المبسوط صرّح بصحّة العقد الذي وقع قبوله على وجه طلب البيع، ومعه كيف يمكن أن يكون الإجماع قائماً على عدم صحّته.

[١] بأن يقول المشتري: «بعني هذا الكتاب» مكان «قبلت».

[٢] أي بصحّة البيع الذي وقع قبوله بلفظ الأمر، وطلب البيع من البائع.

[٣] أي يظهر من المبسوط عدم الخلاف.

[٤] أي في جواز وقوع القبول بلفظ الأمر وصحّته.

[٥] وهذه الكلمة كعندنا ظاهرة في اتّفاق الشيعة في هذه المسألة.

[٦] أي حكى وقوع القبول بلفظ الأمر وعدم الخلاف في وقوعه عن كتاب الكامل أيضاً.

[٧] لعلّه إشارة إلى ما سبق من موهونيّة ما ادّعاه الشيخ من عدم الخلاف بذهاب الأكثر إلى عدم الجواز.

[٨] هذا عدل لما تقدّم منه بقوله: «فإن كان القبول بلفظ قبلت»، فالظاهر عدم جواز تقديمه، أي إن كان تقديم القبول على الإيجاب بلفظ «اشتريت...».

[٩] أي ملّكت الكتاب بإزاء هذا الدرهم.

[١٠] جواب الشرط في قوله: «وإن كان...»، أي الأقوى جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت...».

لأنّه أنشأ [١] ملكيّته للمبيع بإزاء ماله عوضاً [٢]، ففي الحقيقة أنشأ [٣] المعاوضة كالبائع، إلّا أنّ [٤] البائع ينشئ ملكيّة [٥] ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكيّة [٦] مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي

---

[١] بصيغة الفعل الماضي، وقوله: «ملكيّته» مفعول لقوله: «أنشأ»، أي لأنّ المشتري أنشأ ملكيّة المبيع لنفسه بإزاء الثمن الذي أعطاه البائع.

[٢] أي أنشأ المشتري بقوله: «اشتريت» ونظائره تملّكه للمبيع بإزاء الثمن الذي أعطاه البائع عوضاً عن المبيع الذي تملّكه وأخذه من البائع، فيكون ماله الذي أعطاه البائع عوضاً وما تملّكه وأخذه من البائع معوضاً.

[٣] أي أنّ المشتري أيضاً في الحقيقة أنشأ المعاوضة، فلا فرق بين المشتري والبائع من هذه الجهة، أي من جهة أنّ كلّاً منهما ينشئ مبادلة ماله بإزاء مال صاحبه.

[٤] من هنا شرع في بيان الفرق بينهما. **وملخّصه**: أنّ الفرق بين البائع والمشتري بعد اتّحادهما في إنشائهما إنّما هو في المنشأ، فإنّ البائع ينشئ ملكيّة المبيع الذي هو ماله للمشتري لا مجّاناً، بل بإزاء الثمن الذي هو ملك للمشتري، وأمّا المشتري فهو ينشئ تملّك مال البائع وهو المبيع بإزاء الثمن الذي ملّكه للبائع.

[٥] أي يفكّ البائع الإضافة الملكيّة للمبيع من عنقه ويعقدها بعنق صاحبه وهو المشتري بإزاء تملّكه مال صاحبه.

وإن شئت فقل: إنّ البائع ينشئ تمليك المبيع الذي هو ماله لصاحبه الذي هو المشتري بإزاء تملّك مال المشتري.

[٦] أي المشتري ينشئ تملّك مال البائع لنفسه بإزاء تمليك ماله للبائع. إذن فالمنشأ من قبل البائع نقل ملكيّة ماله إلى المشتري بإزاء مال المشتري،

الحقيقة كلّ منهما [١] يخرج ماله إلى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلّا أنّ الإدخال [٢] في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، وفي [٣] القبول مفهوم من نفس الفعل والإخراج بالعكس [٤]،

والمنشأ من قبل المشتري تملّك مال البائع بإزاء الثمن الذي ملّكه.

[١] ضمير التثنية يرجع إلى البائع والمشتري وكلمة يخرج ويدخل مضارعان من باب الإفعال، فإنّ البائع يخرج المبيع من ملكه ويدخل الثمن في ملكه عوضاً عمّا أخرج عن ملكه من المبيع، والمشتري أيضاً يخرج الثمن عن ملكه ويدخل المثمن في ملكه عوضاً عمّا أخرج عن ملكه من الثمن.

[٢] لمّا بيّن المصنّف ﷺ أنّ كلّاً من البائع والمشتري يُخرج ماله إلى ملك صاحبه، ويُدخل ملك صاحبه في ملك نفسه، قال: إنّه فرق بين الإدخال من ناحية البائع وبين الإدخال من ناحية المشتري في مقام الإثبات والدلالة، كذلك فرق بين الإخراج من ناحية البائع وبين الإخراج من ناحيةالمشتري، أي إدخال البائع مال المشتري في ملكه في الإيجاب الصادر من البائع يفهم من ذكر العوض بقوله: «بعتك داري بمائة دينار»، حيث إنّ ذكر قوله: «بعت» يدلّ على إخراجه المبيع عن ملك مالكه وهو البائع، وذكر العوض وهو قوله: «بمائة دينار» يدلّ على إدخاله الثمن في ملكه بإزاء المبيع. **والحاصل**: أنّ ذكره بمائة دينار يدلّ على أنّ البائع أدخل العوض في ملكه.

[٣] أي إدخال المشتري مال البائع في ملكه في القبول يفهم من نفس فعل القبول، كقوله: «اشتريت» «تملّكت» «ملّكت»، فإذا قدّم المشتري القبول وقال: «اشتريت هذا الكتاب بدينار» فدلالة هذا القبول على إخراج الدينار عن ملكه تكون بذكر العوض وهو الدينار.

[٤] أي يكون الإخراج بعكس الإدخال، فيكون إخراج البائع المبيع مستفاداً

وحينئذٍ [١] فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول، لكنّه [٢]

من نفس الفعل، وهو قوله: «بعتك الكتاب»، فإنّ جملة «بعتك» تدلّ على أنّه أخرج الكتاب عن ملكه بإنشاء البيع بقوله: «بعتك»، وإخراج المشتري الثمن عن ملكه يفهم من ذكر العوض، فإنّ ذكر الدينار في قول المشتري: «اشتريت الكتاب بدينار» يدلّ على أنّه أخرجه عن ملكه.

[١] أي حينما عرفت أنّ كلّاً من البائع والمشتري يخرج ماله إلى صاحبه، ويدخل مال صاحبه في ملكه، وأنّ المراد من «اشتريت» إخراج القابل ماله من ملكه بعنوان العوضيّة تعرف أنّ لفظ الاشتراء من حيث هو ومع قطع النظر عن القرائن ليس مشتملاً على القبول، فإنّه لو وقع قبل الإيجاب لا يدلّ على المطاوعة كي يستحيل تقدّمه على الإيجاب؛ لأنّه لا نقل من البائع حين إنشاء القبول بلفظ «اشتريت» حتّى يكون واقعاً موقع المطاوعة والانتقال، وإنّما استفيدت المطاوعة من القرائن الخارجيّة.

[٢] استدراك عمّا ذكره من أنّه ليس في حقيقة الاشتراء معنى القبول، وجواب عن إشكال مقدّر.

وملخّصه: أنّك كيف تقول: إنّ الإشتراء لا يقع مصداقاً للقبول، والحال أنّهم عدّوه منه، وقد يفهم منه مطاوعة فعل الغير.

وملخّص الجواب: أنّا قلنا بعدم كونه مصداقاً للقبول وأنّه لا يدلّ على المطاوعة والانفعال من حيث هو، ومع قطع النظر عن القرينة، وأمّا إن وقع عقيب إيجاب البائع كان قبولاً له ومطاوعة؛ لأنّ الاشتراء انفعال بعد الإيجاب الذي هو فعل البائع.

وملخّص الكلام: أنّ تسمية «اشتريت» قبولاً ليست لأجل أنّ صيغة

لمّا كان الغالب وقوعه [١] عقيب الإيجاب، وإنشاء [٢] انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع [٣] عقيب نقله إليه يوجب تحقّق المطاوعة ومفهوم القبول

« قبلت » و « اشتريت » متّحدتان مفهوماً كي يقال: إنّ « اشتريت » أيضاً تمنع تقدّمه على الإيجاب، بل لأجل أنّ الغالب في العقود وقوع القبول بلفظ « اشتريت » وغيره بعد الإيجاب، فإنّ غلبة تأخّر القبول عن الإيجاب تكون قرينة على أن يكون « اشتريت » بمعنى « قبلت »، فتكون دلالة « قبلت » على المطاوعة والانفعال دلالة حقيقة وضعيّة، وأمّا دلالة « اشتريت » عليه فتكون بقرينة تأخّر القبول عن الإيجاب من باب قاعدة أنّ الظنّ يلحق الشيء بالأعمّ الأغلب.

[١] خبر لقوله: «كان»، والضمير المتّصل به يرجع إلى « الاشتراء »، أي لمّا كان الغالب وقوع الاشتراء عقيب الإيجاب.

[٢] وهو عطف على قوله: « الغالب » في قوله: « لمّا كان الغالب »، فيكون في الحقيقة إنشاء الانتقال المعطوف على اسم كان اسماً لكان، وقوله: « يوجب » يكون خبره، أي لمّا كان إنشاء المشتري انتقال مال البائع إلى نفسه بقوله: « اشتريت » موجباً لتحقّق المطاوعة ومفهوم القبول فيما إذا وقع بعد الإيجاب؛ لأنّ كلمة « اشتريت » الواقعة بعد قوله: « بعت » انفعال بعد فعل البائع ومطاوعة لإيجابه.

[٣] أي إذا وقع إنشاء انتقال مال البائع من المشتري بقوله: « اشتريت » عقيب نقل البائع ماله إلى المشتري تحقّق المطاوعة والقبول بلفظ الاشتراء. والضمير في « نقله » يرجع إلى البائع، وفي « إليه » يرجع إلى المشتري.

وملخّص ما سبق: أنّ مدلول « اشتريت » عبارة عن إنشاء ملكيّة ماله للبائع بإزاء ما ينشئه البائع له، فإذا وقع إنشاء المشتري ملكيّة ماله عقيب

أُطلق[١] عليه القبول، وهذا المعنى[٢] مفقود في الإيجاب المتأخّر[٣]؛ لأنّ[٤] المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل مـاله

إنشاء البائع ملكيّة ماله عوضاً عمّا أخذه كان إنشاء المشتري مطاوعة لإنشاء البائع قهراً؛ لأنّ ما أنشأه المشتري قبول لما أنشأه البائع، فإنّ نقل مال الغير بعد وقوع النقل من الغير نظير الانفعال بعد الفعل. هذا بخلاف ما إذا تقدّم القبول على الإيجاب، فإنّه لا نقل من الغير قبل ما أنشأه المشتري حتّى يكون ما أنشأه المشتري واقعاً موقع المطاوعة.

[١] جواب لقوله: «لمّا كان» وضميرا «وقوعه» و«عليه» راجعان إلى الاشتراء، فإنّ إطلاق القبول على الاشتراء ودلالة الاشتراء على المطاوعة إنّما تكون بالقرينة المقاميّة.

[٢] أي تحقّق المطاوعة ومفهوم القبول مفقود في الإيجاب المتأخر لفقد ما يوجب تحقّق المطاوعة في الإيجاب المتأخّر، كما سيتّضح.

[٣] بأن يقول المشتري: «اشتريت منك الكتاب بدرهم»، ويقول البائع: «بعتك بكذا».

[٤] أي إنّما قلنا بعدم تحقّق المطاوعة وأنّ مفهوم القبول مفقود في «اشتريت» إذا تقدّم هو وتأخّر الإيجاب؛ لأنّ المشتري في فرض تأخّر الإيجاب لا ينشئ بقوله: «اشتريت» انتقال مال البائع إلى نفسه عقيب نقل البائع ماله إليه كي تتحقّق المطاوعة والقبول بإنشائه، بل هو ينشئ بالمدلول المطابقيّ لقوله: «اشتريت» ملكيّة الكتاب لنفسه. وأمّا نقل الثمن إلى البائع فيستفاد من المدلول الالتزاميّ من إنشائه، أي بالالتزام الحاصل من جعله عوضاً، وعلى هذا فلا يكون الإيجاب مقدّماً وإنشاء المشتري انتقال مال البائع إلى نفسه واقعاً عقيب نقل البائع ماله إلى المشتري كي يكون إنشاء المشتري بصيغة

عوضاً، والبائع إنّما ينشئ [١] انتقال الثمن إليه كذلك لا بمدلول الصيغة. وقد صرّح [٢] في النهاية والمسالك على ما حكي بأنّ «اشتريت» ليس قبولاً حقيقة [٣] وإنّما هو [٤] بدل، وأنّ الأصل في القبول «قبلت»؛ لأنّ [٥]

الاشتراء محقّقاً للمطاوعة والقبول المطابقيّ لقوله: «بعت».

[١] أي البائع أيضاً إنّما ينشئ انتقال الثمن إلى نفسه بالالتزام بجعل الكتاب في مقابل الدرهم لا بالمدلول المطابقيّ لقوله: «بعت»، فإنّ قوله: «بعتك الكتاب بدرهم» يدلّ بالمطابقة على إنشاء تمليك الكتاب، وأمّا إنشاء نقل الثمن إلى نفسه فيستفاد من جعل الكتاب عوضاً للدرهم.

والحاصل: أنّ الإيجاب المتأخّر لا يكون في مدلوله مطاوعة، لا بالإضافة في المبيع، ولا بالإضافة إلى الثمن. أمّا بالإضافة إلى المبيع فلأنّ نقل المبيع شأن البائع، فلا معنى لمطاوعته للمشتري، وأمّا بالنسبة إلى الثمن فلأنّ الكلام في مدلول الصيغة، ونقل الثمن من المشتري إلى البائع ليس بمدلول الصيغة حتّى يكون الإيجاب واقعاً موقع المطاوعة عند تأخّره، بل عرفت أنّه بمقتضى قانون العوضيّة فالإيجاب المتأخّر يقع مطاوعة قهراً إذا كان نقل الثمن المتقدّم مستفاداً من المدلول المطابقيّ للصيغة.

[٢] بصيغة المجهول، وظاهر التعبير بقوله: «على ما حكي أنّ المصنّف لم يلاحظ كلام العلّامة والشهيد مباشرة، وإنّما حكي له، وغرضه من الاستشهاد بكلامهما تقوية ما اختاره من أنّه ليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول، وإنّما بدل عنه، ويستعمل في معناه مع القرينة.

[٣] سيذكر وجه عدم كون اشتريت قبولاً في الحقيقة.

[٤] أي يقوم «اشتريت» مقام القبول ويستعمل في معناه مجازاً.

[٥] أي إنّما قلنا: بأنّ «اشتريت» ليس قبولاً حقيقة، وأنّ القبول حقيقة يقع بصيغة

القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به ، ولفظ « اشتريت » يجوز الابتداء به [١] ، ومرادهما [٢] أنّه بنفسه لا يكون قبولاً ،

« قبلت » ؛ لأنّ القبول الحقيقيّ ما لا يمكن الابتداء به بمعنى أنّه لا يبتدأ به في إنشاء العقد ؛ لما عرفت من أنّ حقيقة القبول هو الانفعال ، وهو إنّما يقع بعد الفعل ؛ لأنّه وضع للإنشاء المسبوق بإنشاء آخر ، فلا يمكن الإنشاء به بدون سبق إنشاء عليه .

[١] وذلك لأجل عدم أخذ المطاوعة والانفعال في مفهومه ، ويمكن الإنشاء بدون سبق إنشاء عليه .

[٢] جواب عن سؤال مقدّر ، **وملخّصه** : أنّ ما ذكره العلّامة في النهاية والشهيد في المسالك من عدم صحّة إنشاء القبول بلفظ « اشتريت » وأنّ « اشتريت » بدل عن القبول وليس قبولاً حقيقةً ينافي القول بتحقّق مفهوم القبول في « اشتريت » إذا وقع عقيب تمليك البائع ، فإنّ السالبة الكلّيّة تنتقض بالموجبة الجزئيّة .

وملخّص الجواب : أنّ مراد العلّامة والشهيد من عدم كون « اشتريت » قبولاً أنّه لا يصلح أن يكون قبولاً في حدّ نفسه ، فإنّ ما ذكراه لا يكون منافياً لما ذكرناه من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع متأخّراً عن تمليك البائع ، فلا منافاة بين الكلامين ؛ إذ هما يقولان : بأنّ « اشتريت » لا يكون قبولاً بنفسه ، أي إذا استعمل بلا قرينة ، وأمّا مع القرينة المقاميّة ـ وهي وقوعه بعد تمليك البائع ـ فإنّهما لا ينفيان كونه قبولاً ، فأي تنافٍ بين إنكار وقوع « اشتريت » قبولاً في حدّ نفسه وبين كونه واقعاً مورد القبول مع القرينة ، وهي وقوعه متأخّراً عن إيجاب البائع ، فإنّ مورد النفي يغاير مورد الإثبات ، وهذا بخلاف « قبلت » فإنّه بنفسه حقيقة في القبول والمطاوعة من دون حاجة إلى أيّ قرينة .

فلا ينافي [١] ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه [٢] إذا وقع عقيب تمليك البائع، كما أنّ [٣] رضيت بالبيع ليس فيه [٤] إنشاء لنقل ماله إلى البائع، إلّا إذا وقع [٥] متأخّراً، ولذا [٦] منعنا عن تقديمه، فكلّ من «رضيت» و«اشتريت» بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التقدّم والتأخّر

---

[١] أي عدم كون «اشتريت» بنفسه من مصاديق القبول لا ينافي ما ذكرنا من كونه من مصاديق القبول إذا وقع بعد إيجاب البائع وتمليكه المبيع للمشتري بأن يقول: «اشتريت» بعد قول البائع: «بعت»؛ لأنّ النفي تعلّق على كون «اشتريت» في حدّ نفسه ممّا تحقّق مفهوم القبول فيه والإثبات تعلّق على كونه ممّا تحقّق فيه القبول إذا وقع بعد الإيجاب، ولا منافاة بين الكلامين؛ إذ المفروض أنّ اشتريت لا يكون قبولاً بنفسه وبلا قرينة، وإنّما يكون قبولاً بالقرينة المقاميّة وهي وقوعه بعد تمليك البائع فيقع موقع القبول بخلاف «قبلت»، فإنّه حقيقة في القبول والمطاوعة.

[٢] أي «في اشتريت» إذا وقع بعد إيجاب البائع.

[٣] أي يكون «اشتريت» نظير «رضيت بالبيع» في عدم صلاحيّته لتحقّق مفهوم القبول فيه إذا تحقّق بنفسه، وصلاحيّته له إذا وقع متأخّراً عن إيجاب البائع وتمليكه. **والحاصل**: أنّ «رضيت» أيضاً كـ«قبلت» في عدم كونه حقيقة في القبول، وفي كونه مستعملاً فيه مع وجود القرينة.

[٤] أي ليس في قوله: «رضيت» بالبيع إنشاء لنقل مال المشتري إلى البائع.

[٥] أي إلّا إذا وقعت «رضيت» متأخّراً عن تمليك البائع بقوله: «بعت».

[٦] أي ولما ذكرنا من أنّ «رضيت» بما هو هو، ومع قطع النظر عن وقوعه متأخّراً عن الإيجاب ليس فيه إنشاء لنقل مال المشتري إلى البائع منعنا من تقديم «رضيت» على الإيجاب.

متعاكسان [١].

فإن قلت [٢]: إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير

---

[١] أي أنّ قوله: «رضيت» يدلّ على المطاوعة، تقدّم على الإيجاب أو تأخّر، ولا يدلّ بنفسه على إنشاء النقل إلّا إذا تأخّر، و«اشتريت» يدلّ على إنشاء النقل، تقدّم أو تأخّر، ولا يدلّ على المطاوعة إلّا إذا تأخّر فهما في إفادة المطاوعة والنقل متعاكسان، بمعنى أنّ «رضيت» يدلّ على المطاوعة حتّى لو تقدّم على الإيجاب، و«اشتريت» يكون بعكسه، فإنّه لا يدلّ على المطاوعة لو تقدّم عليه، وإنّ «اشتريت» لا يدلّ على المطاوعة لو تقدّم على الإيجاب، وإنّما يدلّ عليها لو تأخّر عليه، فتكون دلالة «رضيت» و«اشتريت» على المطاوعة متعاكستان، وهكذا «اشتريت» فإنّه يدلّ على نقل المال لو تقدّم على الإيجاب، وأمّا «رضيت» فإنّه يدلّ بنفسه على إنشاء النقل، إلّا إذا تأخّر عن الإيجاب، فإنّهما في الدلالة على إنشاء النقل متعاكسان بمعنى أنّ أحدهما يدلّ على عكس ما يدلّ عليه الآخر، وليس المراد من تعاكسهما أنّ «اشتريت» تفيد المطاوعة عند التأخّر دون التقدّم، وأنّ رضيت تفيد النقل عند التأخّر كما قيل، بل المراد منه ما بيّنّاه.

[٢] إلى هنا قوّى شيخنا الأنصاريّ ﷺ جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ «اشتريت» بقوله: «وإن كان التقديم بلفظ اشتريت...، فالأقوى جوازه»، ومن هنا شرع في ذكر إيراد عليه، **وحاصله**: أنّا لا نسلّم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ «اشتريت» لأنّه إذا تقدّم عليه يقع العقد بلا قبول؛ لأنّ «بعت» المتأخّر ليس قبولاً، و«اشتريت» المتقدّم ليس قبولاً أيضاً، فيقع العقد بلا قبول، والحال أنّ العقد لا يكون إلّا مركّباً من الإيجاب والقبول بالإجماع. **والحاصل**: أنّ تقدّم «اشتريت» على «بعت»

قوله: « اشتريت » حتّى يقع قبولاً؛ لأنّ [١] إنشاء مالكيّته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير [٢] له يتحقّق فيه [٣] معنى الانتقال وقبول الأثر، فيكون « اشتريت » متأخّراً [٤]

يوجب أن يكون العقد محقّقاً بلا قبول، وهو فاسد بالإجماع، وحيث إنّه قام الإجماع على اعتبار القبول في العقد فلا بدّ من أن يلتزم بوجوب تأخير « اشتريت » حتّى يقع قبولاً ويتمّ به ركنا العقد.

[١] أي إنّما قلنا بأنّ قيام الإجماع على اعتبار القبول في العقد مستلزم لتأخير « اشتريت » عن الإيجاب حتّى يقع قبولاً؛ لأنّ إنشاء المشتري مالكيّة مال البائع إذا وقع انشاؤه عقيب تمليك البائع يكون محقّقاً للانتقال والمطاوعة، وأمّا إذا لم يقع إنشاء المشتري عقيب تمليك البائع لا يتحقّق الانتقال والمطاوعة، فلا يتحقّق القبول. **وبعبارة واضحة:** أنّ الإجماع قائم على اعتبار القبول في العقد. هذا من ناحية، ومن ناحية أُخرى إنّ « اشتريت » لا يقع قبولاً إلّا إذا تأخّر عن الإيجاب، وإلّا فيكون إيجاباً لا قبولاً، وبالنتيجة أنّ الإجماع قائم على تأخّر « اشتريت » وعدم جواز تقديمه على الإيجاب.

[٢] والمراد من الغير « البائع »، والضمير في كلمة « له » يرجع إلى المشتري، أي إذا وقع إنشاء المشتري وهو « اشتريت » الصادر من المشتري بعد تمليك البائع ماله للمشتري أي بعد إيجاب البائع.

[٣] جواب لقوله: « إذا وقع »، أي يتحقّق في إنشاء مالكيّة مال البائع وهو « اشتريت » معنى الانتقال وقبول الأثر، أعني به المطاوعة والانفعال.

[٤] حال لقوله: « اشتريت » وقوله التزاماً خبر لقوله: « فيكون ».

إن قلت: كيف يكون حالاً لقوله: « اشتريت » مع أنّه فعل، وهو لا يكون ذا حال.

التزاماً بالأثر [١] عقيب إنشاء التأثير من البائع ، بخلاف [٢] ما لو تقدّم ، فإنّ مجرّد إنشاء [٣] المالكيّة لمال لا يوجب تحقّق مفهوم القبول [٤] ،كما لو نوى [٥] تملّك المباحات أو اللّقطة

قلت : إنّه ليس بفعل ، بل هو اسم للفعل الذي ينشأ به القبول ، كقوله : « ضرب فعل ماضٍ » ، فإنّ ضرب في هذا المثال ليس بفعل ، بل هو اسم وعلم للفعل الماضي ، ولذا هو في هذه العبارة اسم لقوله : « فيكون » ، أي يكون لفظ « اشتريت » حال وقوعه متأخّراً عن الإيجاب التزاماً من المشتري بالأثر الحاصل منه عقيب الإيجاب من البائع .

[١] وهو النقل الحاصل عقيب إنشاء النقل من البائع .

والحاصل : أنّ مجرّد إنشاء تملّك الشيء بـ« اشتريت » ونحوه لا يكون قبولاً ، والقبول إنّما يتحقّق إذا وقع إنشاء المشتري تملّك مال البائع متأخّراً عن إنشاء تمليك البائع .

[٢] أي هذا الذي ذكرناه من تحقّق القبول بقوله : « اشتريت » إنّما يتمّ فيما لو تأخّر عن إيجاب البائع ، وأمّا لو تقدّم على الإيجاب فلا يقع قبولاً ، ولا يتحقّق فيه معنى الانتقال .

[٣] أي مجرّد إنشاء المشتري مالكيّته لمال البائع لا يوجب تحقّق مفهوم القبول ؛ إذ إنشاء التملّك المطلق لا يلازم القبول ، بل هو أعمّ منه ، والملازم للقبول إنّما هو التملّك الواقع بعد الإيجاب .

[٤] أي يكون إنشاء التملّك المطلق نظير تملّك المباحات ، ونظير تملّك اللّقطة ، كما أنّ الحائز لو نوى تملّك المباحات الأصليّة يتملّكها بالحيازة من دون قبول فيه ؛ إذ لا تمليك من طرف آخر حتّى يقبله الحائز ، وأنّ الملتقط لو نوى تملّك اللّقطة يتملّكها بمجرّد أخذها من دون حاجة إلى القبول ،كذلك إنشاء التملّك

فإنّه لا قبول فيه [١] رأساً.

قلت: المسلّم من الإجماع [٢] هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن

إذا لم يقع عقيب تمليك الغير يكون تملّكاً ابتدائيّاً من دون أن يتحقّق فيه معنى القبول.

[١] أي لا قبول في تملّك المباحات، وكذا في تملّك اللقطة قطعاً. وهذا شاهد على أنّ إنشاء التملّك أعمّ من القبول؛ إذ ربّما يوجد التملّك ولا يتحقّق فيه القبول، كما عرفت.

[٢] وملخّص الجواب عن الإشكال على جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» هو: أنّا نسلّم قيام الإجماع على اعتبار القبول من المشتري في البيع وغيره، إلّا أنّه لا يستلزم لزوم تأخير «اشتريت» عن الإيجاب، بل نحن نلتزم بكليهما، أي اشتراط العقد بالقبول بمقتضى الإجماع، وجواز تقديم «اشتريت» على الإيجاب؛ إذ معقد الإجماع هو اعتبار القبول بمعنى الرضا بإيجاب البائع، ولا دليل على تأخير القبول بهذا المعنى عن الإيجاب، فإنّ الرضا بإيجاب البائع كما يمكن أن يتأخّر عنه كذلك يمكن أن يتقدّم عليه. نعم، لو قام الإجماع على اعتبار القبول بمعنى الانفعال والتأثّر من الإيجاب بحيث أن يكون متضمّناً للمطاوعة، فهو ينافي التقديم على الإيجاب، بل لابدّ من تأخّره عنه، فالإجماع على اعتبار القبول بهذا المعنى يدلّ على لزوم الرضا بإيجاب البائع، والنتيجة: أنّ ما قام الإجماع عليه من اعتبار القبول في العقد لا ينافي جواز تقديمه على الإيجاب، وما لا يجوز تقديمه على الإيجاب من القبول لم يقم الإجماع على اعتباره. فتحصّل من جميع ما ذكرنا: أنّ الحقّ جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بلفظ «اشتريت» ونحوه.

للمطاوعة وقبول الأثر فلا[١]، فقد تبيّن من جميع ذلك[٢] أنّ إنشاء القبول[٣] لا بدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل وللرضا بإنشاء البائع تقدّم[٤] أو تأخّر، ولا يعتبر[٥] إنشاء انفعال نقل البائع فقد تحصّل ممّا ذكرناه[٦] صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ « اشتريت »[٧] وفاقاً[٨] لمَن

---

[١] أي فلا إجماع على اعتبار القبول بهذا المعنى.

[٢] أي ممّا ذكرناه من أوّل بحث القبول إلى هنا إذا كان بلفظ « اشتريت » فيما إذا تقدّم على الإيجاب.

[٣] أي إنشاء القبول من المشتري يكون متقوّماً بأمرين:

أحدهما: أن يكون متضمّناً لإنشاء نقل ماله إلى البائع عوضاً عمّا أخذه منه.

وثانيهما: الرضا منه بإنشاء البائع وإيجابه، ولا يعتبر فيه شيء أزيد من الأمرين المذكورين كالمطاوعة والتأثّر من تأثير البائع كي يمتنع تقديمه على الإيجاب.

[٤] أي سواء تقدّم إنشاء القبول بهذا المعنى على الإيجاب، أو تأخّر عنه.

[٥] أي لا يعتبر في القبول إنشاء انتقال نقل البائع وإنشاء انفعال فعل البائع ـ أي إنشاء تمليك ما ملّكه البائع ـ كي يقال إنّ إنشاء الانتقال لا بدّ أن يتأخّر عن إنشاء النقل وإنشاء الانفعال لا بدّ من تأخيره عن الفعل، فلا بدّ أن يقع القبول بعد الإيجاب.

[٦] من أنّ القبول عبارة عن إنشاء النقل والرضا بإنشاء البائع.

[٧] لأنّ لفظ « اشتريت » ممّا يجوز الابتداء به والقبول بمعنى الرضا، كما يتعلّق بأمر متقدّم كذلك يتعلّق بأمر متأخّر.

[٨] أي القول بتقديم القبول موافق لجماعة من الفقهاء الذين عرفتهم، كالمحقّق ﷺ

عرفت، بل هو [١] ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف، حيث [٢] إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب، وقد عرفت [٣] عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشتريت».

فى الشرائع، والعلّامة ﷺ في التحرير، والشهيدين في بعض كتبهما، وجماعة ممّن تأخّر عنهما.

[١] أي جواز تقديم القبول على الإيجاب ظاهر إطلاق كلام الشيخ.

[٢] أي حيث إنّ الشيخ لم يتعرّض في الخلاف إلّا للمنع عن انعقاد العقد بالاستيجاب والإيجاب، وجوّز انعقاد العقد بمطلق الإيجاب والقبول.

بيان لوجه ظهور إطلاق كلام الشيخ في جواز تقديم القبول على الإيجاب، أي إنّما قلنا بأنّ ظاهر إطلاق كلام الشيخ جواز تقديم القبول على الإيجاب؛ لأنّ الشيخ ذكر في الخلاف في مسألة (٢٩) أنّ العقد يتحقّق بنفس الإيجاب والقبول. وذكر في مسألة (٥٦) إذ قال: «بعنيه بألف، فقال: بعتك، لم يصحّ البيع. وذكر في مسألة (٢٩) أنّ العقد يتحقّق بنفس الإيجاب والقبول مطلقاً، فإنّ إطلاق كلامه هذا يشمل جميع الصيغ التي تصلح لإنشاء العقد بها، ولو كان القبول بلفظ «اشتريت» متقدّماً على الإيجاب، وإنّما خصّ المنع عن انعقاد العقد بخصوص الاستيجاب والإيجاب، فيفهم من إطلاق كلامه ـ حيث قال: إذا قال: بعنيه بألف، قال: بعتك لم يصحّ ـ أنّ العقد يتحقّق بنفس الإيجاب والقبول وتخصيصه المنع عن العقود بخصوص الاستيجاب والإيجاب يقتضي القول بصحّة العقد بمطلق الإيجاب والقبول، ولو كان القبول بلفظ «اشتريت» متقدّماً على الإيجاب.

[٣] جواب عن إشكال مقدّر، وملخّص الإشكال هو: أنّه إذا ثبت أنّ الشيخ في الخلاف منع عن انعقاد العقد بالاستيجاب والإيجاب وهو يكفي في المنع

وكذا [١] السيّد في الغنية ، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول ، واحترز [٢] بذلك عن انعقاده بالمعاطاة وبالاستيجاب والإيجاب ، وكذا [٣] ظاهر إطلاق

عن انعقاد البيع بلفظ « اشتريت » متقدّماً على الإيجاب .

وملخّص الجواب: قد عرفت آنفاً أنّه لا ملازمة بين المنع عن انعقاد العقد بالاستيجاب والإيجاب وبين المنع عن تقديم القبول بمثل « اشتريت » فيمكن أن يمنع عن انعقاد العقد بالاستيجاب والإيجاب ، ومع ذلك يقال بجواز تقديم القبول بمثل « اشتريت » وعدم جوازه بمثل « قبلت » ، فإنّ المحقّق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب في إيقاع العقد صرّح بجواز تقديم القبول بلفظ « اشتريت » على الإيجاب .

[١] أي مثل ظاهر إطلاق كلام الشيخ في الخلاف ظاهر إطلاق كلام السيّد في الغنية ، فإنّ ظاهر إطلاق كلامه أيضاً جواز تقديم القبول بلفظ « اشتريت » على الإيجاب .

[٢] احترز السيّد بقوله : « يعتبر في العقد الإيجاب والقبول » عن انعقاد العقد بالبيع المعاطاتيّ وعن انعقاده بالاستيجاب والإيجاب ؛ لأنّ العقد المعاطاتيّ ـ وكذلك العقد المركّب ـ من الاستيجاب والإيجاب يكون فاقداً لشرط الانعقاد ، وهو الإيجاب والقبول ، فلا ينعقد العقد لا بالمعاطاة ولا بالاستيجاب والإيجاب ، ويبقى العقد الذي يقدّم قبوله بلفظ « اشتريت » على إيجابه داخلاً تحت إطلاق قوله : « يعتبر في العقد الإيجاب والقبول » ، فيكون العقد المركّب من « اشتريت » و « بعت » صحيحاً بمقتضى إطلاق كلامه .

[٣] أي ظاهر إطلاق كلام الحلبيّ جواز تقديم القبول بلفظ « اشتريت » حيث ذكر أصل الإيجاب والقبول من شروط انعقاد البيع ولم يذكر تقديم الإيجاب من شروط انعقاده ، فلو كان من شروطه أيضاً لبيّنه ؛ لكونه في مقام البيان

الحلبيّ في الكافي حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد.

والحاصل: أنّ المصرّح [١] بذلك فيما وجدت من القدماء الحلّيّ [٢] وابن حمزة، فمن التعجّب بعد ذلك [٣] حكاية [٤] الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب مع [٥]

حيث قال: واشترطنا الإيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن البيع ولم يشترط تقديم الإيجاب على القبول من شرائطه، وهذا الإطلاق يسمّى بالإطلاق المقاميّ، ولو كان شرطاً لوجب أن يذكره من شروط الانعقاد وإلّا لكان إغراءً بالجهل.

[١] بصيغة اسم الفاعل، أي المصرّح بعدم جواز تقديم الإيجاب على القبول.

[٢] خبر لقوله: «إنّ المصرّح»، أي الذي صرّح بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب عبارة عن الحلّيّ وابن حمزة فيما اطّلعت عليه من أقوال القدماء.

[٣] أي بعد انحصار المصرّح بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في الحلّيّ وابن حمزة.

[٤] مبتدأ مؤخّر، وقوله: «فمن تعجّب» خبر مقدّم، أي مع انحصار المصرّح بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في الحلبيّ وابن حمزة أتعجّب من الشهيد في غاية المراد حيث حكى عن الخلاف الإجماع على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب. **والحاصل**: أنّه مع انحصار القائل بعدم جواز تقديم الإيجاب على القبول بشخصين كيف يمكن دعوى الإجماع عليه. هذا **أوّلاً**. **وثانياً**: أنّ المدّعى قيام الإجماع على صحّة ما عدا الاستيجاب والإيجاب لا على عدم جواز تقديم الإيجاب على القبول.

[٥] هذا إشارة إلى الإشكال الثاني على الإجماع المنسوب إلى الشيخ الطوسيّ.

أنّه [١] لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب بأنّ [٢] ما عداه مجمع على صحّته ، وليس على صحّته [٣] دليل.

ولعمري أنّ مثل هذا [٤] ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول [٥]، وقد نبّهنا على أمثال ذلك [٦] في مواردها [٧].

وملخّصه: أنّه استدلّ بالإجماع على عدم كفاية الاستيجاب والإيجاب في تحقّق العقد ولم يستدلّ به على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[١] أي الشيخ الطوسيّ ﷺ استدلّ بالإجماع لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب فقط ، ولم يستدلّ به على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب إضافة إلى عدم كفاية الاستيجاب والإيجاب.

[٢] متعلّق بقوله : « الاستدلال » ، أي لم يزد الشيخ الطوسيّ ﷺ على الاستدلال بأنّ ما عدا الإيجاب والإستيجاب ممّا قام الإجماع على صحّته.

[٣] أي لم يقم دليل على صحّة الاستيجاب والإيجاب ، وأنت ترى أنّ دعوى الإجماع من الشيخ إنّما تكون على عدم صحّة الاستيجاب والإيجاب ، ولا ربط له بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب.

[٤] أي نقل هذا الإجماع الذي لا واقع له إلّا اتّفاق اثنين.

[٥] إذ ربما يحتمل أن يكون الإجماع المنقول في سائر الموارد أيضاً من هذا القبيل ، وأنّه لا واقع له لوجود المخالفين في المسألة.

[٦] أي نبّهنا على الإجماع الموهون بأن ادّعي الإجماع في مسألة ، ولم يكن الأمر كذلك في الواقع لمصير جمع كثير إلى ما يخالفه.

[٧] أي قد نبّهنا في موارد أمثال ذلك الإجماع بأنّ اتّفاق مَن يمكن تحصيل فتاويهم على أمر لا يستلزم موافقة الكلّ ، وهو لا يستلزم عادة موافقة

نعم [١]، يشكل الأمر [٢] بأنّ المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب [٣]، ولا فرق بين المتعارف هنا [٤]

الإمام عليه السلام، فلا قيمة له. لاحظ مبحث الإجماع المنقول.

[١] استدراك عمّا قوّاه من جواز تقديم القبول على الإيجاب.

وملخّص الاستدراك هو: أنّ المتعارف في صيغ العقود تقديم الإيجاب على القبول، فتحمل العمومات أو الإطلاقات على ما هو المتعارف، وهو ما كان القبول متأخّراً عن الإيجاب بناءً على أنّ العمومات أو الإطلاقات تكون منصرفة إلى الفرد المتعارف. إذن فالعقد الذي تقدّم قبوله على الإيجاب لا يكون صحيحاً لعدم شمول أدلّة صحّة العقود له.

[٢] أي يشكل تقديم القبول ولو كان بلفظ «اشتريت».

[٣] وأمّا الصيغة التي يكون فيها القبول بلفظ «اشتريت» مثلاً مقدّماً على الإيجاب ليست فرداً متعارفاً لصيغة العقد، فلا يشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره، فيكون التعارف منشأ لانصراف الإطلاقات عن الفرد غير المتعارف إلى الفرد المتعارف.

[٤] أي لا فرق بين المتعارف في مسألة الإيجاب والقبول وبين المتعارف في الموالاة، كما أنّ المتعارف في العقود هي الموالاة بين الإيجاب والقبول، وتكون إطلاقات أدلّة صحّة العقود منصرفة إلى الإيجاب والقبول المتعارفة التي حصلت الموالاة بينهما ومنصرفة عن الإيجاب والقبول الفاقدة للموالاة، كذلك المتعارف فيها تأخير القبول عن الإيجاب، فتكون إطلاقات الأدلّة منصرفة إلى العقد الذي تأخّر القبول عن الإيجاب، ولا وجه للفرق بينهما بأن يقال: إنّ التعارف موجب لانصراف إطلاقات أدلّة صحّة العقود إلى المتعارف في مسألة الموالاة، ولا يكون موجباً للانصراف في مسألة تقديم الإيجاب

وبينه [١] في المسألة الآتية، وهو [٢] الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم [٣] لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ [٤] إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ قبول يؤدّى بإنشاء مستقلّ كالإجارة التي يؤدّى قبولها بلفظ «تملّكت» منك منفعة كذا أو «ملكت» [٥] والنكاح [٦]

على القبول.

[١] أي بين المتعارف في مسألة الموالاة بين الإيجاب والقبول.

[٢] أي المسألة الآتية عبارة عن الموالاة بين الإيجاب والقبول، كما سيأتي ذكرها، فانتظر.

[٣] أي نتيجة البحث أنّ الحكم بجواز تقديم القبول على الإيجاب لا يخلو عن رائحة الإشكال.

[٤] إلى هنا تمّ كلامه في المقام الأوّل. وهو حكمه بتقدّم القبول على الإيجاب في خصوص عقد البيع، ومن هنا شرع في بيان حكم المقام الثاني، وهو تقديم القبول على الإيجاب في سائر العقود، أي ما ذكرنا من جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ «اشتريت» جار في كلّ عقد يؤدّى قبوله بإنشاء مستقلّ بأن يكون القبول إنشاء لأمر مستقلّ لا أن يكون إنشاءً لمجرّد فعل الموجب وانفعالاً من فعله.

[٥] بالتخفيف، فإنّ صيغة «تملّكت» أو «ملّكت» ممّا يؤدّى القبول بهما بإنشاء مستقلّ، فإنّه ينشئ تملّك منفعة دار الموجب، ولا يكون إنشاؤه مطاوعة لإنشائه، أي لا يكون إنشاؤه مجرّد القبول لما أنشأه الموجب، كما هو كذلك في إنشاء القبول بقوله: «قبلت».

[٦] عطف على قوله: «الإجارة» أي كالنكاح الذي يؤدّى قبوله بلفظ «نكحت»، وهذا مثال ثانٍ لقبول يؤدّى بإنشاء مستقلّ، فإنّه ينشئ بقوله: «نكحت»

الذي يؤدّى قبوله بلفظ «نكحت» و «تزوّجت»، وأمّا ما لا إنشاء في قبوله إلّا «قبلت» [١] أو ما يتضمّنه [٢] كـ «ارتهنت» [٣] فقد يقال [٤] بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام في قبوله [٥] بشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به [٦] معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد

و «تزوّجت» تعهده بالزوجيّة، وهذا الإنشاء يتحقّق سواء تقدّم على الإيجاب أو تأخّر عنه.

[١] بأن لا يؤدّى قبوله بإنشاء مستقلّ لعدم دلالته على الالتزام بشيء وإنشائه كدلالة «اشتريت» على الالتزام بنقل ماله إلى البائع، بل يدلّ فقط على قبول ما أنشأه البائع والرضا بإيجابه.

[٢] أي لا إنشاء في قبوله إلّا ما يتضمّن معنى القبول.

[٣] والمنشأ بقوله: «ارتهنت» قبول الرهن والرضا بما أنشأه الراهن.

[٤] جواب لقوله: «وأمّا ما لا إنشاء»، أي أمّا القبول الذي ليس من قبيل «اشتريت»، بل هو من قبيل: «قبلت» أو «ارتهنت» الذي لا يؤدّى بانشاء مستقلّ، فقد يقال بجواز تقديم الإيجاب على القبول فيما لا إنشاء في قبوله إلّا «قبلت».

[٥] أي لا يتضمّن قبول ما لا إنشاء في قبوله إلّا قبلت الالتزام بشيء للموجب، كنقل ماله ـ كما كان الالتزام بنقل ماله إلى البائع في قبول البيع ـ حتّى يقال: إنّه مع تقدّمه على الإيجاب لا نقل في المال، وإذا لم يكن النقل في المال من الموجب لا يتحقّق معنى للقبول.

[٦] أي لا ينشأ بما لا إنشاء في قبوله إلّا «قبلت» أو «ارتهنت»، إلّا أنّ القابل راضٍ بفعل الموجب، فليس في مثل هذا القبول إلّا الرضا بالإيجاب، وليس هو متضمّناً لنقل ماله حال إنشاء القبول.

تقدّم [١] أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمر مترقّب، كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق فعلاً. فيجوز أن يقول [٢]: « رضيت برهنك هذا عندي »، فيقول: « رهنت ». والتحقيق [٣] عدم الجواز؛ لأنّ اعتبار القبول فيه [٤] من جهة تحقّق عنوان المرتهن. ولا يخفى أنّه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلّا بعد تحقّق الرهن [٥]؛

---

[١] أي إذا ثبت أنّ القبول في مثل المقام بمعنى الرضا بالإيجاب، وقد تقدّم أنّ الرضا كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق بالفعل أو في الماضي كذلك يجوز تعلّقه بأمر سيتحقّق في المستقبل، وهو مترقّب الحصول.

[٢] أي أن يقول المرتهن بدل « قبلت » « رضيت برهنك » بتقديم القبول، ويقول الراهن: « رهنت » بتأخير الإيجاب.

[٣] من هنا شرع المصنّف في ردّ ما تقدّم منه آنفاً بقوله: « وأمّا ما لا إنشاء في قبوله إلّا قبلت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه ».

وقال: « التحقيق عدم جواز تقديم القبول في الرهن على الإيجاب؛ لأنّ القبول إنشاء للانفعال المترتّب على الفعل الذي هو الإيجاب، فإنّ عنوان المرتهن لا يتحقّق إلّا بعد حصول الإيجاب، وهو إنشاء الرهن.

[٤] أي إنّما قلنا بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في الرهن؛ لأنّ اعتبار القبول في الرهن إنّما هو من جهة تحقّق عنوان المرتهن بقبوله الرهن.

وتوضيحه: أنّ الرهن قائم بالراهن والمرتهن، فإذا لم يتحقّق عنوان المرتهن لم يتحقّق الرهن، ومالم يتحقّق القبول لا يتحقّق الرهن فلا يتحقّق المرتهن مع عدمه. وإن شئت فقل: إنّ صدق عنوان المرتهن على الآخذ يتوقّف على صدق الارتهان على القبول، وهو لا يصدق إلّا بعد تحقّق الرهن.

[٥] وتحقّق الرهن متوقّف على إنشاء الراهن، فاللازم كون القبول بعد الإيجاب.

لأنّ الإيجاب [١] إنشاء للفعل والقبول [٢] إنشاء للانفعال، وكذا [٣] القبول في الهبة والقرض، فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما الالتزام بشيء [٤].

---

[١] وهو قول الراهن: «رهنت داري عندك» إنشاء للفعل الذي هو الرهن.

قال الشهيديّ: «الظاهر أنّه قوله: «لأنّ الإيجاب..» علّة للمستثنى» أعني صدق الارتهان على قبول الشخص بعد تحقّق الرهن، يعني أنّه بعد تحقّق إنشاء الرهن يصير قبول الرهن إنشاءً لانفعاله، فيصدق عليه عنوان الارتهان الذي هو عبارة عن انفعال فعل الراهن، وهذا بخلاف ما إذا لم يتحقّق إنشاء الرهن بأن تقدّم القبول على الإيجاب، فإنّه لا يصير إنشاء انفعال حينئذٍ، بل يكون مجرّد رضا بفعل الراهن وهو لا ينطبق عليه عنوان الارتهان.

[٢] وهو قول المرتهن: «قبلت الرهن»، فإنّ هذا إنشاء للإنفعال الذي هو التأثّر وقبول الرهن. ومن الواضح أنّ إنشاء الانفعال يتوقّف على إنشاء الفعل فلا يعقل أن يتقدّم عليه.

[٣] أي مثل القبول في الرهن القبول في عقدي الهبة والقرض، فكما أنّ إنشاء القبول في الرهن لا يوجب التزام المرتهن بنقل ماله إلى الراهن، كذلك القبول في عقدي الهبة والقرض لا يدلّ على إنشاء نقل مال إلى الموجب، وإنّما يحصل بالقبول فيهما أيضاً الرضا بفعل الموجب.

[٤] أي بشيء زائد على الرضا بالإيجاب، أي لا يحصل من إنشاء القبول في الهبة والقرض نقل مالهما حال الإنشاء إلى الموجب كي يكونا كالبيع في عدم جواز تقديم القبول بلفظ «قبلت» ونحوه على الإيجاب، فلا يكون الوجه في المنع من جواز تقديم القبول على الإيجاب فيهما هو الوجه الذي كان مانعاً عن تقديم القبول على الإيجاب في البيع.

وإنّما يحصل [١] به الرضا بفعل الموجب [٢] ونحوها [٣] قبول المصالحة المتضمّنة للإسقاط أو التمليك [٤] بغير عوض. وأمّا المصالحةالمشتملة [٥]

---

[١] أي يحصل الرضا بإنشاء القبول في عقدي الهبة والقرض بفعل الموجب، وهو الواهب والمقرض. والرضا كما عرفت آنفاً، كما يمكن أن يتعلّق بأمر متقدّم كذلك يمكن أن يتعلّق بأمر متأخّر، بل الوجه في عدم جواز تقديم القبول هو أنّ عنوان الاتّهاب في الهبة وعنوان الاقتراض في القرض من العناوين المطاوعيّة، ولا تتحقّق هي إلّا أن يتأخّر عن الإيجاب، فكما أنّ المانع من تقديم «ارتهنت» عنوان المطاوعة، كذلك المانع عن تقديم «اتّهبت» و«اقترضت» عنوان المطاوعة.

[٢] وهو قول المقرض: «أقرضتك»، وقول الواهب: «وهبتك».

[٣] أي نحو القبول في الرهن والهبة والقرض في عدم جواز تقدّم الإيجاب على القبول قبول المصالحة المتضمّنة للإسقاط، كأن يقول الدائن: «صالحت على أن تسقط ديني عن ذمّتك»، فيقول القابل: «قبلت».

[٤] أي المصالحة المتضمّنة للتمليك بغير عوض، كأن يقول الموجب: «صالحت على أن يكون داري لك بغير عوض»، فيقول القابل: «قبلت».

والحاصل: أنّ القبول في الصلح الدالّ على إسقاط ما في الذمّة أو في الصلح الدالّ على التمليك بغير عوض لا يتقدّم على الإيجاب؛ لأنّ معنى القبول في الموردين بمعنى المطاوعة، وقد عرفت أنّ المطاوعة متفرّعة على الإيجاب، فلا يعقل تقدّمها عليه.

[٥] إلى هنا بيّن حكم المصالحة المتضمّنة لإسقاط ما في الذمّة، فحيث إنّ قبولها ليس إلّا الرضا بالإيجاب فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب، ولكن من حيث كون قبولها مطاوعة لها فلا يجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

على المعاوضة [١] فلما كان ابتداء الإلتزام بها [٢] جائزاً من الطرفين، وكانت نسبتهما [٣] إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر [٤]

ومن هنا شرع في بيان المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلاحظ وتأمّل فيما ذكره.

[١] كما إذا صالح شخص داره لشخص آخر في مقابل دينار.

[٢] أي بالمصالحة، أي لمّا جاز لكلّ واحد من المتصالحين الابتداء بإنشاء الصلح، بمعنى أنّه يجوز لكلّ من الموجب والقابل أن يبتدأ بإجراء صيغة «صالحت».

[٣] أي كانت نسبة المصالحة إلى الطرفين، أي المصالح والمتصالح على حدّ سواء. **والحاصل**: أنّ المصالحة ليست كالبيع في كون أحد طرفي المعاملة بائعاً وموجباً والطرف الآخر مشترياً، بل يصدق على كلّ منهما أنّه مصلح وملتزم بالمصالحة، فإنّ نسبة الالتزامين من المتسالمين متساوية، فيكون المقدّم إيجاباً كما أنّ المؤخّر إيجاب على الفرض، فيلزم أن يكون العقد مركّباً من الإيجابين، وهو مقطوع البطلان، فلابدّ أن يكون قبول الصلح بلفظ «قبلت» حذراً من المحذور المذكور، وهو لا يجوز تقدّمه على الإيجاب، كما عرفت.

[٤] كي يميّز بذلك الإيجاب عن القبول في المصالحة كما يميّز الإيجاب عن القبول في البيع. **والحاصل**: أنّ الالتزام من الموجب في البيع غير الالتزام من القابل؛ إذ يكون التزام البائع في البيع بتمليك المبيع وتملّك الثمن والتزام المشتري بتملّك المبيع وتمليك الثمن، وهذا بخلاف المصالحة، فإنّ كلّ واحد منهما يلتزم بإعطاء شيء وأخذ شيء آخر، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، وعلى هذا فيكون أوّل مَن تكلّم بصالحت موجباً.

كان [١] البادي منهما موجباً لصدق الموجب عليه لغة وعرفاً. ثمّ [٢] لمّا

---

[١] جواب لقوله: « فلمّا كان »، أي لمّا كان الابتداء بإنشاء الصلح جائزاً من كلّ واحد من المتصالحين كان أوّل مَن تكلّم بلفظ « صالحت » بقصد إنشاء الصلح موجباً؛ وذلك لصدق الموجب على من بدأ بإنشاء الصلح لغة وعرفاً، وإنشاء الصلح من الطرف الثاني أيضاً يكون مصداقاً لإنشاء الصلح والإيجاب، ويصدق الموجب على منشئه فيكون العقد مركّباً من الإيجابين، وهو باطل قطعاً؛ وذلك لقيام الإجماع على توقّف تحقّق العقد على الإيجاب والقبول، وهو لا يتحقّق بالإيجابين. إذن فيتعيّن في تحقّق الصلح من إنشاء القبول بلفظ « قبلت » وما بمعناه كي يتحقّق عقد الصلح.

[٢] هذا تتمّة الدليل على لا بدّيّة إنشاء قبول الصلح بلفظ « قبلت »، وعدم تماميّة إنشائه بلفظ « صالحت ».

وملخّص كلامه إلى هنا: أنّه يجوز لكلّ واحد من المتصالحين الابتداء بإنشاء الصلح فيصحّ أن يكون كلّ من الطرفين مصالحاً، ولكن لا يصدق العقد على إنشاءهما الصلح؛ وذلك لقيام الإجماع على أنّ العقد مركّب من الإيجاب والقبول، وأنّ العقد يتوقّف على القبول، وهو لا بدّ أن ينشأ بقوله: « قبلت »؛ إذ لو قال الطرف الثاني أيضاً صالحت يكون إيجاباً آخر؛ وذلك لما عرفت من استواء نسبة الصلح إلى كلّ واحد من المتصالحين، فيلزم أن يكون العقد مركّباً من إيجابين، وهو باطل بالإجماع؛ لقيام الإجماع على توقّف العقد على القبول، وهو لا بدّ أن يكون بالقبول، فإذا تعيّن كون القبول بلفظ القبول فلا بدّ أن يتأخّر عن الإيجاب، ولا يجوز تقديمه عليه لأنّ المراد من القبول ليس مطلق الرضا بالإيجاب كي يقال: لا مانع من تعلّقه بأمر متأخّر، بل هو الرضا المتضمّن للنقل في الحال إلى الموجب فيتعيّن تأخّره عن

انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول لزم [١] أن يكون الالتزام الحاصل من [٢] الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال [٣] أيضاً: صالحتك كان [٤] إيجاباً آخر، فيلزم [٥] تركيب العقد من إيجابين.

إيجاب الصلح.

[١] جواب لقوله: «لمّا انعقد»، أي لمّا قام الإجماع على اعتبار القبول في العقد، وأنّه لا يتحقّق بدونه، فلا بدّ أن يكون بلفظ «قبلت» وما هو بمعناه.

[٢] أي لزم أن ينشأ الالتزام الحاصل من المصالح الآخر بلفظ القبول.

[٣] أي لو قال المصالح الثاني أيضاً كالمصالح الأوّل: «صالحتك».

[٤] أي كان قول المصالح الثاني: «صالحتك» إيجاباً ثانياً.

[٥] أي فيلزم من وقوع الالتزام الثاني بلفظ «صالحتك» أن يكون عقد المصالحة مركّباً من إيجابين، وهو خلاف الإجماع القائم على توقّف العقد على القبول، فلا بدّ أن يكون مركّباً من الإيجاب والقبول، وعدم كون الإيجابين عقداً.

وملخّص كلامه: أنّ الصلح المعاوضيّ أيضاً لا يتقدّم القبول فيه على الإيجاب؛ إذ في فرض التقديم لا يفيد القبول النقل في الحال الذي هو المحقّق للعقد؛ وذلك لما عرفت من انحصار القبول في الصلح في «قبلت» و«رضيت»، وهما لا يفيدان النقل في الحال المعتبر في صحّة القبول فيما إذا تقدّما على الإيجاب، **وبالنتيجة**: لا يجوز تقديمهما على الإيجاب.

وأمّا وجه حصر القبول في الصلح بهما فهو أنّ القبول إذا وقع بلفظ «صالحتك» ينقلب إلى الإيجاب؛ وذلك لما عرفت من تساوي نسبة الالتزامين من المتصالحين، فيكون المقدّم إيجاباً عرفاً فلا بدّ من أن يقع القبول بلفظ «قبلت» لا بـ«صالحتك» لئلّا يلزم تركيب العقد من الإيجابين.

وتحقّق من جميع ذلك [١] أنّ تقديم القبول في الصلح أيضاً [٢] غير جائز؛ إذ لا قبول فيه [٣] بغير لفظ «قبلت» و «رضيت»، وقد عرفت أنّ «قبلت» و «رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال [٤].

فتلخّص ممّا ذكرنا [٥]: أنّ القبول في العقود على أقسام؛ لأنّه [٦] إمّا أن يكون التزاماً بشيء من القابل، كنقل مالٍ عنه [٧] أو زوجيّته [٨]، وإمّا أن

---

[١] أي من جميع ما ذكرنا حول المصالحة المشتملة على المعاوضة.

[٢] أي كما أنّ تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بلفظ «قبلت» في البيع غير جائز، كذلك تقديم القبول في الصلح على إيجابه أيضاً غير جائز.

[٣] أي لا قبول في الصلح.

[٤] بل يدلّ على إنشاء النقل في المستقبل، أي يكون الإنشاء حالياً والمنشأ استقبالياً، وهو لا يوجب تحقّق الإنشاء؛ لما عرفت من أنّ تحقّق العقد يتقوّم بأمرين: أحدهما الرضا بالإيجاب، والآخر الإنشاء للنقل والانتقال الفعليّين الحاصلين في ظرف الإنشاء.

[٥] أي ممّا ذكرناه بقولنا: والتحقيق أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ «قبلت»...

[٦] أي لأنّ القبول إمّا أن يكون التزام القابل بنقل ماله إلى الموجب إضافة إلى كون القابل راضياً بالإيجاب.

[٧] أي المثال لالتزام القابل بشيء كنقل مال عن القابل إلى الموجب، كما في البيع، فإنّ القبول في البيع مضافاً إلى الرضا بالإيجاب التزام من القابل بنقل الثمن منه إلى البائع.

[٨] أي يكون الالتزام بشيء من القابل كزوجيّة الزوج في باب النكاح، فإنّ القابل

لايكون [١] فيه سوى الرضا بالإيجاب، والأوّل [٢] على قسمين، لأنّ الالتزام الحاصل من القابل امّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة [٣] أو متغايراً [٤] كالاشتراء [٥]. والثاني [٦] أيضاً على

في باب النكاح وهو الزوج بالإضافة إلى كونه راضياً بإيجاب الزوجة يلتزم بشيء، وهو جعل نفسه زوجاً لها.

[١] أي إمّا أن لا يكون في القبول سوى الرضا بالإيجاب، كما عرفت من مثال الرهن والهبة والقرض.

[٢] وهو ما إذا كان القبول فيه التزاماً بشيء من القابل إضافة إلى الرضا بالإيجاب، وقد أشار إليه المصنّف بقوله: «لأنّه إمّا أن يكون التزاماً بشيء من القابل».

[٣] التي كانت نسبتها إلى الطرفين على حدّ سواء، ولا يكون الالتزام الحاصل من أحد المتصالحين مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر بأن يميّز بين الإيجاب والقبول، فيكون الالتزام الحاصل من موجب الصلح نظير الحاصل من قابله. هذا إشارة إلى القسم الأوّل من الأقسام الأربعة للعقود. وملخّص هذا القسم من العقد هو الالتزام الحاصل من القابل نظير الالتزام الحاصل من الموجب، وهذا العقد هو عقد المصالحة، كما عرفت.

[٤] أي إمّا أن يكون الالتزام الحاصل من القابل متغايراً للالتزام الحاصل من الموجب.

[٥] أي أنّ الاشتراء وإن كان فيه أيضاً التزام، إلّا أنّ الالتزام فيه مغاير للالتزام من الموجب، فإنّ الالتزام الحاصل من القابل ليس مثل الالتزام الحاصل حيث إنّ البائع التزم بإنشاء التمليك والمشتري التزم بإنشاء التملّك. هذا إشارة إلى القسم الثاني من أقسام العقود.

[٦] وهو القبول الذي ليس فيه سوى الرضا بالإيجاب، ولا يكون فيه التزام

قسمين؛ لأنّه إمّا أن يعتبر فيه [١] عنوان المطاوعة كالارتهان والاتّهاب والاقتراض، وإمّا أن لا يثبت فيه [٢] اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة [٣] والعارية وشبهها، فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلّا في القسم الثاني من كلّ من القسمين [٤].

بشيء أبداً.

[١] أي إمّا أن يعتبر في القبول عنوان المطاوعة، كما إذا كان بلفظ «ارتهنت» أو «اتّهبت» أو «أقرضت»، فإنّ هذه الصيغ متضمّنة لمعنى مطاوعة فعل الغير وقبوله، وهذا إشارة إلى القسم الثالث من أقسام العقود.

[٢] أي إمّا أن لا يثبت في القبول إلّا معنى الرضا بالإيجاب. هذا هو القسم الرابع من أقسام العقود.

[٣] حيث إنّ القبول في عقدي الوكالة والعارية وشبهها كالنكاح بمعنى الرضا بالإيجاب.

[٤] وهو ما كان الالتزام الحاصل من القابل مغايراً للالتزام الحاصل من الموجب كالاشتراء، وهو ما أشار إليه بقوله: «أو متغايراً كالاشتراء...»، وما لا يثبت في القبول اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعارية، وقد أشار إليه المصنّف بقوله: «وإمّا أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب»، فيقدّم القبول في هذين القسمين على الإيجاب.

وأمّا القسم الأوّل وهو ما كان معنى القبول التزاماً بشيء من القابل، والقسم الثالث وهو ما اعتبر فيه عنوان المطاوعة، فلا يجوز تقديم القبول على الإيجاب. **فتحصّل**: أنّ في القسم الثاني والرابع من أقسام القبول يقدّم القبول على الإيجاب، وأمّا في القسم الأوّل والثالث فلا يجوز فيهما تقديم القبول على الإيجاب.

ثمّ [١] إنّ مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار [٢] عرفيّ، فكلّ مَن التزم بنقل ماله على وجه العوضيّة لمال آخر يسمّى مشترياً [٣]، وكلّ مَن نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً [٤] من مال آخر يسمّى بائعاً.

---

[١] جواب عن سؤال مقدّر، **وحاصل السؤال**: أنّ المصالحة المشتملة على المعاوضة مثل البيع في حصول التمليك والتملّك بها، فلماذا فرّقتم بينهما بالقول بأنّ التزام أحد الطرفين بالمصالحة ليس أمراً متغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، وكانت نسبة المصالحة إلى الطرفين على وجه سواء، وقلتم بخلافه في البيع، وذكرتم أنّ التزام أحد الطرفين في البيع أمر متغاير للالتزام الحاصل من الآخر، فلماذا لا يكون الالتزام الحاصل لأحد الطرفين في المصالحة أيضاً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر؟

وملخّص الجواب عنه: أنّه بحسب الدقّة العقليّة لا فرق بين المقامين، فإنّ الالتزام الحاصل في المصالحة نظير الالتزام الحاصل في البيع في عدم المغايرة بينهما، غاية الأمر أنّ العرف يفرّق بين المصالحة والبيع في حصول الالتزام، ويرى مغايرة الالتزام في البيع، ويرى أنّ كلّ مَن التزم بنقل ماله على وجه أن يكون ماله عوضاً عمّا أخذه من الآخر يسمّى مشترياً، وكلّ من التزم بنقل ماله إلى شخص على وجه أن يكون عوضه مال هذا الشخص يسمّى بائعاً، فالتميّز بين البائع والمشتري أمر عرفيّ لا حقيقيّ.

[٢] أي ليست المغايرة بين الالتزامين أمراً واقعيّاً عقليّاً.

[٣] حيث إنّ المشتري عند العرف ينقل ماله عوضاً عمّا أخذه من الآخر الذي يسمّى ما أعطاه ثمناً، وما أخذه مثمناً، فالثمن عوض والالتزام بنقله التزام بنقل الثمن.

[٤] أي كلّ مَن نقل ماله لا على نحو المجّانيّة، بل على وجه أن يكون له عوض

وبعبارة أُخرى: كلّ مَن ملّك [١] ماله غيره [٢] بعوض، فهو البائع، وكلّ مَن ملك [٣] مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، وإلّا [٤] فكلّ منهما في الحقيقة يملّك ماله غيره بإزاء مال غيره، ويملّك مال غيره بإزاء ماله.

يسمّى بائعاً.

[١] ماضٍ من باب التفعيل.

[٢] منصوب بنزع الخافض، أي كلّ من ملك ماله لغيره.

[٣] ماضٍ ثلاثي، أي كلّ من التزم بأن يكون مالكاً لمال غيره بإزاء عوض ماله فهو المشتري عرفاً، فإنّ المشتري يملك مال البائع عوضاً عمّا أعطاه من المال.

والحاصل: أنّ العرف يرى الفرق بين البائع والمشتري، فإنّ البائع ينقل ماله للمشتري على أن يكون له عوض بأن لا يكون مجّاناً والمشتري ينقل ماله للبائع عوضاً لمال البائع.

إن شئت فقل: إنّ العرف يرى أنّ البائع يملّك ماله للمشتري، والمشتري يتملّك مال البائع، فهذا الفرق بينهما عرفيّ وليس بدقّيّ.

[٤] أي مع قطع النظر عن الاعتبار العرفيّ ففي الحقيقة كلّ من البائع والمشتري يملّك ماله لغيره بإزاء مال غيره، ويتملّكمال غيره بإزاء ماله، وليس البائع فقط مملّكاً ماله للمشتري، وكذا ليس المشتري فقط متملّكاً لمال البائع، بل كلّ منهما مملّك ماله لغيره ويتملّك مال غيره، فإنّ البائع مملّك المثمن للمشتري، ويتملّك مال المشتري عوضاً عمّا ملّكه، والمشتري مملّك الثمن للبائع ويتملّك المثمن بإزائه. إذن فكلّ منهما مملّك باعتبار ومتملّك باعتبار آخر، وإنّما العرف بنظره المسامحيّ يرى أنّ البائع هو الذي يملّك ماله للمشتري والمشتري هو الذي يملّك مال البائع.

«التحقيق»

وقع الكلام في لزوم تقديم الإيجاب على القبول وعدمه، وفي المسألة خمسة أقوال، كما ذكرها شيخنا الأنصاريّ ﷺ:

القول الأوّل: اشتراط تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً، وهو الأشهر فيما بين الفقهاء، كما عن المختلف، واستدلّ على هذا القول بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوّل: ما أشار إليه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله: «ولعلّ الأصل...».

بتقريب: أنّ العمومات أو الإطلاقات الدالّة على صحّة البيع وغيره من العقود ولزومه منصرفة إلى العقود المتعارفة، وهو ما تقدّم الإيجاب على القبول فيصل المجال إلى الاستصحاب فيما إذا شككنا في جواز تقديم القبول على الإيجاب، وصحّة هذا العقد وفساده، فإنّ مقتضاه عدم ترتّب الأثر على العقد الذي تقدّم قبوله على إيجابه. إذن فلا بدّ من الالتزام باعتبار تقديم الإيجاب على القبول بمقتضى قاعدة الاشتغال كي يقطع بترتّب الأثر عليه.

وفيه: أنّه لا وجه للانصراف المدّعى في المقام، والتعارف الخارجيّ لا يكون منشأ للانصراف.

الوجه الثاني: أنّ القبول فرع الإيجاب؛ لأنّه عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب عوضاً، والفرع لا يتقدّم على الأصل.

وفيه: أنّ ما ذكره إنّما يتمّ في الأُمور التكوينيّة، وأمّا في الأُمور الاعتباريّة، فلا مانع من إنشاء الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب عوضاً عمّا أخذه من الموجب.

وأشار إليه شيخنا الأنصاريّ ﷺ بقوله: « وزاد بعضهم أنّ القبول فرع الإيجاب ».

الوجه الثالث: أنّ لزوم تقديم الإيجاب على القبول إجماعيّ.

وفيه: أنّ الأمر في الإجماع أوضح من أن يخفى. فتلخّص: أنّ القول الأوّل وهواعتبار الإيجاب على القبول لم يقم عليه دليل قويّ.

القول الثاني: عدم اعتبار تقديم الإيجاب على القبول، وهو الذي اختاره الشيخ الطوسيّ ﷺ في نكاح المبسوط، وأشار إليه المصنّف ﷺ بقوله: « خلافاً للشيخ في المبسوط... »، وقد ذكر في وجهه أمران:

الأمر الأوّل: أنّه مقتضى الإطلاقات الواردة في العقود، كقوله تعالى: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ وغيره، فإنّها دلّت على صحّة العقد، سواء تقدّم الإيجاب على القبول أو تأخّر عنه بعد صدق العقد والبيع والتجارة على ما تقدّم فيه القبول على الإيجاب.

وأشار إليه المصنّف ﷺ بقوله: «للعمومات السليمة عمّا يصلح لتخصيصها»، وهذا الوجه متين.

الأمر الثاني: أنّ بعض الروايات يدلّ على تقديم القبول على الإيجاب في النكاح، فيدلّ على جوازه في غيره بالأوْلى. وأشار إليه المصنّف ﷺ بقوله: « وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار ».

وفيه: أنّ الأولويّة ممنوعة. ربّما يقال: إنّ الأمر بالعكس لأجل أنّ حكمة اهتمام الشارع بعدم وقوع الفحشاء في الخارج يقتضي التوسعة في النكاح.

القول الثالث: التفصيل بين ألفاظ القبول، وهو الذي اختاره شيخنا الأنصاريّ ﷺ، وأشار إليه بقوله: « والتحقيق: أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ (قبلت) و (رضيت) ».

وملخّص كلامه: أنّ القبول قد يقع بلفظ « قبلت » و « رضيت » ونحوهما،

وقد يقع بلفظ الأمر، بأن يقول المشتري: بعني المتاع الفلاني بألف، ويقول البائع بعته إيّاك بكذا، وقد يقع بلفظ «اشتريت» و«ابتعت» و«ملكت» مخفّفاً.

فإذا وقع القبول بالقسم الأوّل لم يجز تقديمه على الإيجاب للإجماع، ولأنّ العمومات محمولة على العقود المتعارفة، وهي ما تقدّم إيجابها على قبولها. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: أنّ القبول فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه؛ لأنّ المراد بالقبول إنّما هو الرضا بالإيجاب المتضمّن لنقل المال من الموجب إلى القابل نقلاً فعليّاً، ومن الواضح أنّ القبول بهذا المعنى لا يتحقّق إلّا بتأخّر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النقل من الموجب حال إنشاء القبول كي يكون القابل راضياً بالإيجاب المتضمّن لنقل المال نقلاً فعليّاً في الحال، وإنّما هو يكون راضياً بما سينشأها الموجب في المستقبل، وهو الرضا بالإيجاب المتضمّن لنقل المال في المستقبل، وإنّما قلنا بعدم تحقّق النقل في الحال مع تقدّم القبول على الإيجاب؛ لأنّ كلمة «قبلت» وأشباهها قد أُخذ فيها مفهوم المطاوعة، ولا يتحقّق ذلك المفهوم في الخارج إلّا بتقديم القبول على الإيجاب. هذا كلّه لو وقع القبول بلفظ «قبلت» ونحوه.

وأمّا لو وقع بلفظ الأمر لم يجز تقديم القبول على الإيجاب أيضاً؛ لأنّ الأمر المتقدّم لا يعدّ قبولاً للإيجاب المتأخّر، بل إنّما هو استدعاء واستيجاب. هذا كلّه لو وقع القبول بلفظ الأمر.

وأمّا لو وقع القبول بقوله: «ابتّعت» و«اشتريت» و«ملكت» مخفّفاً جاز تقديمه على الإيجاب؛ لأنّه عندئذٍ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعة لكي يستحيل تقديمه عليه، وإنّما استفيدت المطاوعة من القرائن المقاميّة، وهي أنّ النقل يتحقّق غالباً

من قِبل البائع قبل تحقّقه من قِبل المشتري ، ومن البيّن أنّ هذه القرينة غير مانعة من تقدّم القبول على الإيجاب ؛ لأنّ المشتري إنّما ينشئ بألفاظ القبول ملكيّة المثمن لنفسه بإزاء الثمن ، ولا يفرّق في ذلك تقدّمها على الإيجاب وتأخّرها عنه .

ثمّ إنّ الأُستاذ الأعظم بعدما بيّن مراد الشيخ من التفصيل الذي ذكره أورد عليه بوجوه :

الأوّل : أنّ ما ذكره من حمل العمومات والإطلاقات على العقود المتعارفة لا وجه له ، بل إنّهما تشملان جميع العقود من دون فرق بين المتعارف وغيره .

الثاني : أنّ ما ذكره من قيام الإجماع على توقّف العقد على القبول غير تامّ ، فإنّ المحصّل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجّة ، بل الذي ثبت في العرف واللغة أنّ العقد قوامه بطرفين ، سواء كان الصادر منهما مركّباً من الإيجاب والقبول أم كان مركّباً من إيجابين ، فإنّه على التقديرين يكون مشمولاً للأدلّة الدالّة على صحّة البيع ولزومه .

الثالث : أنّه لا وجه لمنع شيخنا الأنصاريّ ﷺ من تقديم القبول الذي وقع بلفظ الأمر على الإيجاب ؛ لأنّه أيضاً يصلح لإبراز المعتبر النفسانيّ الذي يرجع حقيقة البيع إليه والمبرز لا خصوصيّة له .

الرابع : لا وجه للتفصيل بين « قبلت » و « رضيت » و « أمضيت » و « أنفذت » وبين « اشتريت » و « تملّكت » و « ملكت » مخفّفاً ، فما ذكره شيخنا الأعظم بينهما من التفصيل بالقول بعدم جواز التقديم في القسم الأوّل ، وبالجواز في القسم الثاني ليس بتامّ .

والوجه فيه : أنّا نسلّم أنّ العقود العهديّة لا توجد في الخارج إلّا بإنشاء المعاهدة والمعاقدة من الجانبين ، ولكن لا دليل على كون أحد الإنشائين معنوناً بعنوان

الإيجاب ، وكون الآخر معنوناً بعنوان القبول بمعناها المطاوعي كي يستحيل تقدّم الثاني على الأوّل ، بل المعيار صدق عنوان من عناوين المعاملات على المنشأ . اذن فلا محذور من تركّب عقد خاصّ من إنشائين يتضمّن أحدهما تمليك أحد المالين ، ويتضمّن ثانيهما تملّكه له بأي صيغة كانت ، وأمّا اعتبار لفظ القبول بمعناه المطاوعي فلم يقم دليل على اعتباره .

الخامس: أنّا لو سلّمنا احتياج العقد إلى القبول حتّى بمعناه المطاوعيّ ، ولكن لا نسلّم استحالة تقدّم القبول على الإيجاب ؛ ضرورة أنّ القبول تارة يتعلّق بالإيجاب بالمعنى المصدري ، أعني به إنشاء البائع ، وأُخرى يتعلّق بالمعنى اسم المصدري ، أعني به نفس المبادلة بين المالين مع قطع النظر عن إضافته إلى البائع ، وعلى الأوّل فيتمّ كلامه ؛ إذ لا يعقل تعلّق القبول قبل تحقّق الإيجاب في الخارج ، كما يستحيل تحقّق الانكسار قبل تحقّق الكسر .

وأمّا على الثاني ، فلا مانع من تحقّق المطاوعة قبل تحقّق الإيجاب ؛ لأنّ مفهوم المطاوعة هو الأخذ ، ومن البيّن أنّ المشتري إذا أنشأ تملّك مال غيره بإزاء مال نفسه بقوله : « قبلت مالك بمالي » صدق على انشائه هذا أنّه أخذ المبدأ كالبيع مثلاً لنفسه .

قال المحقّق النائينيّ ﷺ[1] : « إنّه يعتبر في القبول بأيّ لفظ كان مطاوعة الإيجاب والانفعال والتأثّر منه ، وإلّا كان أجنبيّاً عن الإيجاب وغير مرتبط به ، وكان إيقاعاً لا عقداً ، فلا بدّ من الارتباط بين الإيجاب والقبول بمطاوعة الثاني له ، فالمطاوعة معتبرة في مفهوم القبول ، سواء كان بلفظ (قبلت) أو (اشتريت) ، وعليه فلا بدّ من تقديم الإيجاب على القبول ، وإلّا فمع التقديم يسمّى قبولاً لا إيجاباً » .

---

(١) منية الطالب : ١ : ١١٠ .

وقال المحقّق الأصفهانيّ ﷺ[1]: «إنّ مفهوم الاشتراء أو الابتياع متضمّن لاتّخاذ المبدأ، فإنّه بعنوان اتّخاذه من الغير فلا محالة يكون مطاوعة قصديّة، وإلّا كان من إنشاء بيع مال الغير فضولاً لا إنشاء الملكيّة قبولاً».

وقال الآخوند الخراسانيّ: «إنّ القبول مطاوعة، والمطاوعة فرع وجود المطاوع، فلا بدّ من وجوده أوّلاً حتّى يطاوعه ثانياً، ولذا لا يمكن أن يتقدّم (قبلت) على الإيجاب لتضمّنها لمفهوم المطاوعة، فحقيقة القبول هو قبول الأمر المقبول وقبل تحقّق المقبول لا وجه لتقديم القبول عليه».

ثمّ أورد على التفصيل الذي ذكره الشيخ بأنّه فرق بين المطاوعة والقبول التكوينيّ وبين المطاوعة والقبول الإنشائيّ، فإنّه يعتبر في الأوّل تأخّرهما عن الإيجاب كتأخّر الانكسار عن الكسر، أمّا القبول في العقود فإنّه انشائيّ، والصيغ المستعملة في العقود مثل صيغة «قبلت» و«اشتريت» كلاهما قبولان إنشائيّان، ولا مانع من تقديمهما على الإيجاب.

وممّا ذكرنا إلى هنا ظهر ما في القول الرابع، وهو التفصيل بين كون القبول بصيغة الأمر بالقول بجواز التقديم فيه، سواء كان في البيع والنكاح وغيرهما وبين كون القبول بغير صيغة الأمر بالقول بعدم جواز التقديم فيه.

والوجه للتفصيل المذكور هو: أنّ الدليل الوارد على جواز التقديم وإن ورد في النكاح المنشأ بصيغة الأمر، إلّا أنّه يتعدّى بغيره بالأولويّة، وأمّا في غير النكاح فلا دليل على التقديم لعدم شمول ما ورد في النكاح له لانصراف المطلقات والعمومات عنه.

(١) حاشية المكاسب: ٤٩.

وفيه: أوّلاً: أنّ رواية أبان المتقدّمة في المتن دلّت على تقدّم القبول بلفظ المضارع، فلا يكون ما ورد في النكاح مختصّاً بصيغة الأمر.

وثانياً: أنّ الأولويّة ممنوعة.

وثالثاً: منع انصراف المطلقات والعمومات عمّا تقدّم القبول على الإيجاب.

وأيضاً ظهر ما في القول الخامس ـ وهو التفصيل بين النكاح وغيره بالقول بجواز التقديم في النكاح وبعدمه في سائر العقود ـ بدعوى أنّ المطلقات والعمومات وردت في مقام التشريع، فلا يمكن التمسّك بها فيما إذا شكّ في صحّة العقود ولزومها، وأمّا في خصوص النكاح فلدلالة لروايتي أبان وسهل عليه. ووجه الظهور هو أنّ ما ذكره من منع الاطلاق خلاف الظاهر، ولا دليل عليه.

وختاماً نتقدّم بجزيل الشكر
للشيخ الفاضل حجّة الإسلام
الشيخ عبدالله ابن الشيخ منصور الستريّ البحرانيّ
والشيخ الفاضل ثقة الإسلام
الشيخ عبدالعزيز آل درويش القطيفيّ (دام فضلهما)
اللّذين ساعدانا في تصحيح هذا الجزء من الكتاب،
وأسأل الله تعالى أن يوفّقهما ويجعلهما من العلماء العاملين.

المحتويات

التنبيه الأوّل من تنبيهات المعاطاة ٥

المعاطاة بيع على القول بإفادتها الملك ٦

التحقيق في كون المعاطاة بيعاً على القول بالإباحة فيه ٧

المعاطاة بيع عرفيّ حتّى على القول بالإباحة فيها ٩

التحقيق في مشروعيّة المعاطاة المفيدة للإباحة ١٣

اعتبار جميع شروط البيع في المعاطاة وعدمه ١٦

عدم صدق البيع على المعاطاة عند الشهيد قدس سره ٣٢

توجيه شيخنا الأعظم كلام الشهيد قدس سرهما ٣٥

اعتبار شروط البيع في المعاطاة هو مختار الشيخ ٣٧

التحقيق في اعتبار شروط البيع في المعاطاة وعدمه ٤١

في ثبوت الربا في كلّ معاوضة واختصاصه بالبيع ٤٥

في جريان الخيار في المعاطاة وعدمه ٤٧

التحقيق في جريان الخيار في المعاطاة ٤٩

في ثبوت الخيار في المعاطاة المقصود بها الملكيّة الجائزة ٥٣

التحقيق في ثبوت الخيار في المعاطاة الملكيّة الجائزة من أوّل الأمر ٥٤

في جريان الخيارات المختصّة بالبيع في المعاطاة وعدمه ٥٧

هل تتحقّق المعاطاة بالإعطاء من طرف واحد ٥٩

في انعقاد المعاطاة بمجرّد وصول أحد العوضيين وعدمه ٦٧

في انعقاد المعاطاة بالصيغة الفاقدة لبعض شرائط صحّتها وعدمه ٧١
التنبيه الثالث تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة ٧٣
التحقيق في تمييز البائع عن المشتري ٨٤
أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ٩١
إباحة جميع التصرّفات ١٠٧
التحقيق في تقسيم المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ١٢٨
التحقيق في إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك ١٣٥
الخلاف بين المحقّق الأصفهانيّ وبين السيّد الخوئيّ قدّس سرّهما في حقيقة البيع .. ١٣٧
المانع العقليّ من إباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك ١٣٩
التحقيق فيما نقله الشيخ عن الشهيد ١٤٣
في جواز إعطاء الخمس والزكاة من مال الغير مع إذنه ١٤٥
حكم إباحة مطلق التصرّف ١٤٧
في حكومة لا بيع إلّا في ملك على حديث السلطنة ١٥١
التحقيق في أقسام الملك ١٦٢
الكلام في حكم الإباحة بالعوض ١٧٥
في حكم الإباحة بإزاء الإباحة ١٨٤
التحقيق في الإباحة بالعوض ١٨٦
جريان المعاطاة في جميع العقود والإيقاعات ١٩٠
التحقيق في جريان المعاطاة في غير البيع من العقود والإيقاعات ٢٠٧
إيراد الأُستاذ الأعظم على أُستاذه الميرزا النائينيّ قدّس سرّه ٢٠٩
في ملزمات المعاطاة ٢١٤
التحقيق في ملزمات المعاطاة ٢١٥
الأصل عدم لزوم المعاطاة على القول بالإباحة فيها ٢٢٠
التحقيق في مقتضى الأصل على القول بالإباحة في المعاطاة ٢٢٣

إيراد الميرزا النائينيّ قدس سره على شيخنا الأنصاريّ قدس سره ٢٢٥
جواب الأُستاذ الأعظم عن الميرزا النائينيّ قدس سره ٢٢٦
إجابة المحقّق الأصفهانيّ قدس سره عن شيخنا الأنصاريّ قدس سره ٢٢٧
تلف العين من ملزمات المعاطاة إجماعاً ٢٢٩
لا يقاس جواز المعاطاة بجواز البيع الخياريّ ٢٣٣
الجواز في المعاطاة نظير الجواز في الهبة ٢٣٥
التحقيق في ملزمات المعاطاة ٢٣٩
من ملزمات المعاطاة التلف على القول بالإباحة فيها ٢٤٥
التعارض بين أصالة بقاء السلطنة وبين أصالة البراءة عن الضمان ٢٤٧
حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة عدم الضمان ٢٥١
جواب المحقّق الأصفهانيّ قدس سره عن السيّد اليزديّ قدس سره ٢٥٥
التحقيق في الوجه الثالث الذي ذكره شيخنا الأنصاريّ قدس سره ٢٥٧
سقوط الدين عن ذمّة المديون في حكم التلف ٢٦٧
توضيح المحقّق الأصفهانيّ قدس سره مراد المصنّف ٢٦٨
التحقيق في الملزم الثاني من ملزمات المعاطاة ٢٧٣
في كون نقل العين من ملزمات المعاطاة ٢٧٧
في جواز ترادّ العينين بعد عودهما بالفسخ ٢٧٩
كلام الشهيديّ قدس سره في توضيح قوله: «أوْلى منه» ٢٨٣
مقتضى القاعدة في المعاطاة جواز الترادّ حتّى على القول بالإباحة فيها ... ٢٨٥
النقل اللازم من ملزمات المعاطاة ٢٨٩
النقل الجائز أيضاً من ملزمات المعاطاة ٢٩٣
التحقيق في كون النقل الاعتباريّ من ملزمات المعاطاة ٢٩٧
هل النقل بعقد الفضول من ملزمات المعاطاة ٢٩٩
التحقيق في فروع ٣٠٧

المزج من ملزمات المعاطاة ٣٠٩
التحقيق في كون الامتزاج من ملزمات المعاطاة ٣١١
التصرّف المغيّر من ملزمات المعاطاة ٣١٣
جواز الرجوع في المعاطاة حكم ليس من الحقوق ٣١٥
من ملزمات المعاطاة موت أحد المتعاطيين ٣١٧
التحقيق في الملزم الخامس من ملزمات المعاطاة ٣١٨
هل المعاطاة بعد اللزوم بيع أو معاوضة مستقلّة؟ ٣٢٣
خيار الحيوان في المعاطاة من حينها، أو من حين اللزوم ٣٢٧
المعاطاة بيع عند القائلين بالملك المتزلزل فيها ٣٣١
التحقيق في جريان الخيار في المعاطاة ٣٣٥
هل العقد الفاقد لبعض الشرائط يرجع إلى المعاطاة أم لا؟ ٣٣٨
إلحاق الصيغة الملحونة بالمعاطاة ٣٣٩
المقبوض بالعقد الفاسد في حكم المعاطاة ٣٥٥
ترتّب آثار المعاطاة على الرضا الحاصل بعد العقد الفاسد وعدمه ٣٦٣
قيام السيرة على تحقّق المعاطاة بمجرّد الوصول والرضا ٣٧٥
التحقيق في أنّ المعاطاة تتحقّق بالعقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة أم لا؟ ٣٧٦
مقدّمة في خصوص ألفاظ البيع ٣٧٩
اعتبار الصيغة في البيع يختصّ بالقدرة ٣٨١
ترجيح الإشارة على الكتابة وعدمه ٣٨٥
التحقيق في اعتبار اللفظ في العقود وعدمه ٣٨٦
هل الأصل في المعاملات الصحّة أو الفساد؟ ٣٨٩
جواب سيّدنا الأُستاذ عن المحقّق الايروانيّ ٣٩١
في شرائط مادّة العقد ٣٩٣
بيان المراد من اعتبار الصراحة في صيغة البيع ٣٩٧

جواز الاكتفاء بكلّ لفظ ظاهر في إنشاء البيع ٤٠١
تقسيم البيع إلى أربعة أقسام ٤٠٣
جواز وقوع البيع بلفظ التقبّل ٤٠٥
في كفاية مطلق اللفظ في إنشاء البيع ٤٠٧
عدم لزوم إيقاع العقد باللفظ الصريح ٤٠٩
جواز إنشاء العقد بالألفاظ المجازيّة ٤١١
المعيار في ألفاظ الإنشاء كونها واضحة الدلالة ٤١٧
الإشكال في الإنشاء بالألفاظ المشتركة ٤١٩
اعتبار الدلالة الوضعيّة في إنشاء العقود اللازمة ٤٢١
في أنّ العقود لها أسباب شرعيّة ٤٢٥
اشتمال الصيغة على العناوين الدائرة في لسان الشارع ٤٢٩
التحقيق في خصوصيّات الصيغة ٤٣٦
ألفاظ الإيجاب والقبول ٤٤٦
التحقيق في ألفاظ الإيجاب والقبول ٤٥٥
ألفاظ الإيجاب ٤٥٧
التحقيق في ألفاظ الإيجاب ٤٦٢
ألفاظ القبول ٤٦٧
إيراد الأُستاذ الأعظم على المحقّق الأصفهانيّ ﷺ، وجوابنا عنه ٤٦٩
الإنشاء بالألفاظ المشتركة ٤٧١
إيراد الأُستاذ الأعظم على شيخنا الأنصاريّ ٤٧٣
التحقيق في اعتبار العربيّة وعدمه في العقد ٤٧٦
هل يعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب والقبول ٤٨١
التحقيق في اعتبار العربيّة في جميع أجزاء الإيجاب والقبول ٤٨٣
هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ ٤٨٥

في اعتبار الماضويّة في صيغة العقد وعدمه ٤٨٧
التحقيق في اعتبار الماضويّة في الإيجاب والقبول ٤٩١
في لزوم تقديم الإيجاب على القبول وعدمه ٤٩٣
في جواز تقديم القبول على الإيجاب وعدمه ٤٩٧
عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان القبول بلفظ الأمر ٥١٣
عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح ٥١٥
جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ الأمر ٥١٩
العقد الذي قام الإجماع على عدم لزومه ٥٣١
الفرق بين البائع والمشتري بعد اتّحاد إنشائهما ٥٣٣
ليس في حقيقة الاشتراء معنى القبول ٥٣٥
جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان بلفظ «اشتريت» ٥٤١
دعوى الإجماع على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب ٥٤٩
تقديم الإيجاب على القبول في سائر العقود ٥٥١
لابدّيّة إنشاء قبول الصلح بلفظ «قبلت» ٥٥٧
القبول في العقود على أقسام ٥٥٩
الفرق بين البائع والمشتري ٥٦٣
التحقيق في جواز تقديم الإيجاب على القبول وعدمه ٥٦٤

محتويات الكتاب ٥٧١