

هَذَا كِتَابُ لَطَائِفِ

الْبَيْتِ

شَرْحِ الْمَكَايِبِ

تَأَلَّفَتْ

سَيِّدَةُ آيَةِ اللَّهِ

السَّيِّدَةُ الْمُعْتَمِرَةُ الرَّزَاقِيَّةُ

السَّيِّدَةُ النَّافِيسُ

الْقَائِمُ

مُؤَسَّسُ مَدْرَسَةِ الْإِسْلَامِ فِي بَيْرُوتَ

بَيْرُوتَ - لُبْنَانَ

هُدَى إِلَى طَائِبَاتِ

إِلَى

شَرَحِ الْمَكَائِبِ

تَأليفُ

سَمَاعَةَ آيَةَ اللَّهِ

«دام ظله»
السيد محمد جعفر الجزائري

الجزء الثاني



الناشر

مؤسسة الأئمة في العربية

بيروت - لبنان

الطبعة للوثائق

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

THE ARABIC HISTORY

Publishing & Distributing

مؤسسة التاريخ العربي

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٤٥٥٥٥٩ - فاكس ٨٥٠٧١٧ - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440 - 455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيّد الأنبياء
و المرسلين محمّد و آله الطيبين الطاهرين، لا سيّما
الإمام المبين و غياث المضطرّ المستكين عجل الله تعالى
فرجه الشريف، و اللعن المؤبّد على أعدائهم أجمعين.

و ينبغي التنبيه على أمور^(١):

الأول^(٢):

تنبيهات المعاطاة

(١) قد تقدم في أول بحث المعاطاة: أن المصنف رحمته الله إقتصر على بيان الأقوال، والاستدلال لما إختاره، وأوكلَ جملةً من أحكامها إلى التنبيهات، ولما فرغ رحمته الله عن إثبات صحة المعاطاة و كونها بيعاً لازماً تبه على أمور تسمى للبحث. ولا يخفى أن بعض هذه الأمور مستغنى عنه، لإبتنائه على تأثير المعاطاة في الإباحة التعبدية أو الملك الجائز، وكلا القولين ممنوع، لما تقدم مفضلاً من كونها كالبيع بالصيغة مفيدة للملك اللزوم، لكن المصنف رحمته الله تعرّض لمُزِماتها إستقصاءً لجهات البحث.

التنبيه الأول: جريان شروط البيع وأحكامه في المعاطاة

(٢) الغرض من عقد هذا الأمر تحقيق إشتراط المعاطاة بشرائط البيع العقدي المعتبرة فيه شرعاً، و جريان أحكامه فيها، بعد وضوح إعتبار شرائط البيع العرفي فيها، فيبحث عن أنه هل يعتبر في المعاطاة ما يعتبر شرعاً في البيع القولي - عدا الصيغة - من الشروط المعتبرة في المتعاقدين والعوضين أم لا؟ وكذا هل تجري فيها الأحكام الثابتة للبيع بالصيغة كحرمة الربا و كالحيارات، و أن تلف المبيع قبل قبضه يكون من مال البائع، أم لا تجري فيها؟

الظاهر^(١) أن المعاطاة

و تنقيح البحث في هذا التنبيه يتوقف على التكلم في مقامين، أحدهما: في الشروط، و الآخر: في ما يستتبعه البيع الصحيح من الأحكام.

أما المقام الأول ففيه جهات تظهر من مطاوي كلمات المصنف رحمه الله.

الأولى: أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي قطعاً سواء أفادت الملك اللازم أم الجائز أم الإباحة الشرعية.

الثانية: أن المعاطاة المقصود بها الإباحة ليست بيعاً ولا محكومةً بأحكامه.

الثالثة: أن شرائط البيع و أحكامه هل تجري في المعاطاة المقصود بها التملك أم لا؟ و سيأتي الكلام في كل منها إن شاء الله تعالى.

(١) هذا شروع في الجهة الأولى - وهي إثبات بيعية المعاطاة المقصود بها الملك -

و تقيده: أنه إن قلنا بترتب الملك الجائز على المعاطاة المقصود بها الملك في كونها بيعاً عرفياً أو معاوضة مستقلة قولان:

أحدهما: أنها معاوضة مستقلة، و هو محتمل المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد، فلا تكون حينئذٍ محكومة بأحكام البيع، إذ المرجع في تعيين شرائطها و أحكامها أدلة أخرى.

ثانيهما: أنها بيع.

و الصحيح من هذين القولين هو الثاني، بشهادة ما تقدم عند نقل الأقوال في حكمها من رجوع الخلاف الى الحكم دون الموضوع. بل يظهر من كلام المحقق الثاني رحمه الله أن كونها بيعاً مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكون المعاطاة فاسدة كما ذهب إليه العلامة في النهاية. و يدل على بيعيتها عندهم تمسكهم لذلك بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ إذ لو لم تكن بيعاً لم يصح هذا التمسك كما لا يخفى.

هذا في المعاطاة التي قصد بها التملك و التملك مع إفادتها الملك. و أما مع إفادتها الإباحة فالظاهر أيضاً أنها بيع عرفي، إذ المفروض قصد المتعاطين التملك

قبل اللزوم^(١) - على القول بإفادتها الملك^(٢) - بيع^(٣)، بل^(٤) الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد

البيعي، غاية الأمر أنه لا يترتب عليها شرعاً إلا الإباحة، فالمراد بنفي بيعيتها في كلامهم ومعاقدهم إجماعهم هو نفي الملك فضلاً عن اللزوم.

و أما المعاطاة المقصود بها الإباحة - كما احتمله بل إستظهره صاحب الجواهر رحمته و جعلها مصبّ الأقوال - فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفياً ولا شرعاً. فالتحصّل: أنّ المعاطاة إمّا أن يقصد بها التملك مع إفادتها الملكية، وإمّا أن يقصد بها التملك مع إفادتها الإباحة شرعاً، وإمّا أن يقصد بها الإباحة. فهذه صور ثلاث تتكفلها الجهة الأولى التي تضمّنها كلام المصنف رحمته من أوّل التنبيه إلى قوله: «وحيث ان المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته... الخ».

(١) التقييد بـ «قبل اللزوم» لأجل أنه لا ريب في بيعيّة المعاطاة المفيدة للملك اللازم كما هو مختاره رحمته، أو بعد عروض أحد الملزمات.

(٢) وكذا بناءً على إفادتها الإباحة شرعاً، كما سيأتي بقوله: «و أما على القول بإفادتها للإباحة فالظاهر أنّها بيع عرفي» فتقييد صدق البيع على المعاطاة بإفادّة الملك الجائز لعلّه من جهة كونه أقوى بحسب الاستظهار من الكلمات، وأنّ إحتمال عدم بيعيتها موهون جداً لا يعتنى به.

(٣) يعني: ليست معاملة مستقلة، كما يظهر من الشهيد رحمته في الحواشي على ما ينقله المصنف رحمته هنا وفي الأمر السابع، بل في مفتاح الكرامة: «نسبة كونها معاملةً مستقلةً إلى ظاهر كلامهم». و عليه فلا يشترط فيها شيء من شروط البيع.

(٤) مقصوده الإضراب عن مجرّد ظهور كون المعاطاة بيعاً إلى أنّ بيعيتها من المسلّمات، لا مجرّد الظهور الذي يبقى معه إحتمال كونها معاملة مستقلة.

أنه^(١) مما لا كلام فيه^(٢)، حتى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلامة في النهاية.
ودل على ذلك^(٣) تمسكهم له^(٤) بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾.
و أمّا^(٥) على القول بإفادتها للإباحة^(٦) فالظاهر أنه^(٧) بيع عرفي لم يؤثر

(١) أي: أن كون المعاطاة بيعاً مما لا كلام فيه.

(٢) حيث قال المحقق الثاني: «و قوله تعالى: ﴿و أحل .. البيع﴾ يتناولها، لأنها
بيع بالإتفاق، حتى عند القائلين بفسادها، لأنهم يقولون: هي بيع فاسد»^٣.

(٣) أي: على كونها بيعاً.

(٤) أي: تمسكهم لكون المعاطاة بيعاً، وجه الدلالة: أنها لو لم تكن بيعاً لم تكن
الآية المباركة متكفلة لحكم المعاطاة، كأجنبيتها عن حكم الصلح والهبة ونحوهما من
المعاملات، فالاستدلال بالآية على مملكية المعاطاة كاشف عن تسالمهم على كونها
بيعاً عرفاً. وقد تبه المصنف رحمه الله على هذا المطلب في الاستدلال بالآية الشريفة على
صحة المعاطاة و في أدلة اللزوم أيضاً، فقال في الموضوع الأول: «و إنكار كونها بيعاً
مكابرة» فراجع.

(٥) هذا عدل قوله: «على القول بإفادتها الملك» يعني: أن المعاطاة المقصود بها
التملك بيع عرفي سواء ترتب الملك عليها أم الإباحة تعبداً.

(٦) يعني: مع قصد المتعاطين للتمليك، فالمعاطاة حينئذ بيع عرفي، إلا أنها
لا تؤثر في ما قصده من التملك، بل تؤثر بحكم الشارع في إباحة التصرفات، فني
بيعية المعاطاة حينئذ لا يكون بحسب الموضوع، بل بحسب الحكم الشرعي، إذ
المفروض صدق البيع العرفي عليها.

(٧) أي: أن المعاطاة. و تذكير الضمير باعتبار الخبر، أو باعتبار رجوعه الى

التعاطي.

٩ اعتبار شرائط البيع في المعاطاة.

شرعاً إلا الإباحة، فنفي البيع عنها في كلامهم^(١) و معاهد إجماعهم هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادةً على الملك^(٢).

هذا^(٣) على ما إختارناه سابقاً^(٤) من أن مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملك

و البيع.

و أما على ما احتمله بعضهم^(٥) - بل إستظهره - من أن محلّ الكلام هو ما

(١) قد تقدمت هذه الكلمات في أوّل بحث المعاطاة عند بيان الأقوال، فراجع أ.
(٢) لعلّ الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «هو البيع المفيد شرعاً للملك فضلاً عن لزومه» وجه الأولوية: أن نفي بيعية المعاطاة في كلمات القدماء و معاهد إجماع مثل السيد أبي المكارم ابن زهرة رحمته يراد به عدم تأثيرها في الملك أصلاً، لا اللازم منه ولا المترزّل، لتصريحهم بإفادتها للإباحة خاصة. و أما المحقق الثاني القائل بالملك الجائز فقد صرح بصدق البيع عليها شرعاً، و لم يُنكر ذلك أصلاً. نعم لو كان مقصود المصنف أن المنفي شرعاً هو الملك و اللزوم معاً كان ملتثماً مع كلمات القدماء القائلين بالإباحة المجردة عن الملك. و لكن يبقى التنافي بين إستظهار المصنف عدم البيعية شرعاً و بين قول المحقق الثاني بالبيعية شرعاً و بعدم اللزوم.

(٣) يعني: ما ذكرناه من صدق البيع على المعاطاة المقصود بها الملك، سواء أترت فيه أم أفادت الإباحة خاصة.

(٤) حيث قال في تحرير محلّ النزاع في المعاطاة: «و الذي يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة، مع فرض قصد المتعاطيين التمليك...»^(٥).

(٥) كصاحب الجواهر رحمته و قد تقدم كلامه في تحرير محلّ النزاع في المعاطاة،

فراجع ج.

أ: لاحظ الجزء الأول من هذا الشرح. ص ٣٢٦ الى ٣٤٤

ب: المصدر، ص ٣٤٧

ج: المصدر، ص ٣٣٢

إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً^(١).
و على هذا^(٢) فلا بدّ عند الشك في إعتبار شرطٍ فيها من الرجوع إلى

و بالجملة: فالمقصود في الجهة الأولى هو: إنقسام المعاطاة إلى ما يقصد به التملك و إلى ما يقصد به الإباحة. و لا إشكال في كون الأوّل بيعاً، كما لا إشكال في عدم كون الثاني بيعاً.

(١) عدم بيعية المعاطاة المقصود بها الإباحة يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، لتقوم البيع بقصد المبادلة و التملك.

(٢) أي: و بناءً على كون محل الكلام هو المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التملك فلا بدّ ... و هذا شروع في الجهة الثانية، و محصلها: أنّ المعاطاة المقصود بها الإباحة لمآلم تكن بيعاً لم تكن شرائط البيع معتبرة فيها، فإذا شكّ في إعتبار شرطٍ فيها كان المرجع دليل مشروعية الإباحة المعوّضة، و الدليل منحصر في أمرين، أحدهما: إطلاق الأدلة اللفظية، و الثاني: السيرة.

فإن إعتدنا على الدليل اللفظي كقوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم» - بالتقريب المتقدم في أدلة المعاطاة - كان مقتضى إطلاق سلطنة الملاك على أموالهم جواز هذه الإباحة المعوّضة سواء أكانت واجدة لشرائط البيع أم فاقدة لها، لإقتضاء الإطلاق نفي ما يشك دخله فيها، فتجوز إباحة جنس ربوي بمثله مع التفاضل بينها، إذ ليست المعاطاة بيعاً حتى تتوقف مشروعيتها على رعاية شرائط البيع فيها.

و إن إعتدنا على السيرة العقلانية المضادة أو على السيرة التشريعية تعيّن الإقتصارُ في مشروعية الإباحة المعوّضة على ما إذا روعي فيها شرائطُ البيع من معلومية العوضين و مساواتها فيما كانا ربويين و غير ذلك. و جه الإقتصار واضح، إذ السيرة دليلٌ بُيِّئ لا بدّ من الأخذ بالمتيقن منها، فلو لم يُجرز أنّ مورد عمل العقلاء أو التشريعة هو الإباحة المعوّضة مطلقاً أو خصوص الواجد لشرائط البيع لزم الأخذ

الأدلة الدالة على صحّة هذه الإباحة العوضية من خصوص^(١) أو عموم^(٢) الناس و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم^(٣) الناس مسلّطون على أموالهم» أكان مقتضى القاعدة^(٤) هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته(*)).

بالمتيقن من مورد إمضاء الشارع كما هو واضح.

(١) المراد بالدليل الخاص هو السيرة القائمة بين الناس في الإباحات المعوّضة، ووجه خصوصيتها إقتصارها على إعطاء كل منها ماله للآخر بقصد إباحة التصرف، لا التمليك.

(٢) المراد بالعموم مطلق الشمول سواء أكان وضعياً أم حكماً. و المراد به هنا هو الثاني أي إطلاق حديث السلطنة كمّاً وكيفاً، لدلالته على مشروعية كل تصرف في المال و بأيّ سبب من الأسباب عدا ما خرج بالدليل.

(٣) و هو الأصل اللفظي أعني به إطلاق قاعدة السلطنة المقتضي لمشروعية كل تصرف في مال كمّاً وكيفاً.

(*) و أضاف إليه في الجواهر الاستدلال على ذلك بقاعدة طيب النفس المستفادة من قوله ﷺ: «فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه» و من مفهوم قوله ﷺ: «فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» و التجارة عن تراخيص، و نحو ذلك^ب. فالمراد بالأصل الذي تمسك به في الجواهر لعدم إعتبار العلم بالعوضين في هذه الإباحة المعوّضة هو إطلاق أدلته المذكورة، هذا.

لكن الأدلة المزبورة لا يخلو الاستدلال بأولها و ثالثها عن المناقشة، إذ في أولها عدم كون قاعدة السلطنة مشرّعة بالنسبة إلى الأسباب على ما أفاده المصنف ﷺ في أدلته

أ : بحار الأنوار، ج ٢، ص ٢٧٢

ب : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٨

كما أنه لو تَمَسَّكَ لها^(١) بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس^(٢).
 والحاصل: أنَّ المرجع على هذا^(٣) عند الشك في شروطها هي أدلة هذه
 المعاملة، سواء اعتبرت^(٤) في البيع أم لا.

- (١) أي: للمعاطاة المقصود بها الإباحة، و يمكن أن يستأنس لإنعقاد السيرة
 عليها بمثل كلام شيخ الطائفة رحمته من قوله: «وإنما هي إستباحات بين الناس» لظهور باب
 الإستفعال في قصد ذلك، كما أنَّ الإضافة إلى الناس أمانة شيوعتها و دورانها بينهم.
- (٢) للزوم الإقتصار على القدر المتيقن، وهو ما إذا جمعت هذه المعاطاة
 -المقصود بها الإباحة - جميع شرائط البيع، فإذا شكَّ في شرطية شيءٍ فيها كان
 مقتضى السيرة - التي هي دليلٌ لُيُّ - إعتباره.
- (٣) أي: على تقدير قصد الإباحة بالمعاطاة.
- (٤) أي: الشروط، كما إذا شك في إختصاص جواز الإباحة المعوضة بكون المال
 حقيراً، و عدم جريانها في الخطير، فإن كان المرجع مثل إطلاق دليل السلطنة قلنا بها
 في الخطير، و إن كان هو السيرة أقتصر على الحقير.

مملّكية المعاطاة، فالتمسك بها على مشروعية المعاطاة المقصود بها الإباحة ينافي
 ما سبق منه رحمته من الإشكال في مُشْرَعِيَّة قاعدة السلطنة للأسباب.

إلا أن يقال: إنَّ مقصود المصنف رحمته توجيه هذه الإباحة المعوضة التي قال
 بمشروعيتها صاحب الجواهر رحمته مُسْتَدِلًّا بقاعدة السلطنة، و بحديث الحل، و حينئذٍ
 لا سبيل للجزم بأنَّ المصنف رحمته بصدد تصحيح الإباحة المعوضة بقاعدة السلطنة حتى
 يتّجه عليه التنافي في كلامه هنا و في أدلة مملّكية المعاطاة، فراجع.

و في ثالثها: إختصاصه بالإكتساب، فلا تشمل آية التجارة إباحة التصرف.
 نعم لا بأس بالتشبث بعموم «لا يحل مال امرئٍ إلا بطيب نفسه» إلا على تأمّل فيه

تقدّم في أدلة لزوم المعاطة. و بعموم الوفاء بالعقود بناءً على صدق العقد على المعاطة المقصود بها الإباحة.

و عليه فلو شكّ في إعتبار شيءٍ فيها فالمرجع لإطلاق هذه الأدلة المقتضي لعدم الإعتبار، إذ الموضوع للجلّ - بناءً على التمسك بطيب النفس - هو الطيب المتحقق بالتعاطي من دون دخل شيءٍ في ذلك، و هو كافٍ في دفع الشك في إعتبار الشرائط المعتبرة في البيع في المعاطة المقصود بها الإباحة كتقدم الإيجاب على القبول، و شرائط المتعاملين، و العوضين، و كإعتبار التقابض في الصرف، و التساوي في المكيل و الموزون، و غير ذلك من الشرائط المعتبرة في البيع، فإنه لا دليل على إعتبار شيءٍ منها في المعاطة المذكورة.

فان قلت: إنّ دليل النهي عن الغرر يوجب إعتبار العلم بالعوضين في المعاطة. قلت: إنّ النهي عن الغرر مختص بالبيع الذي ليس منه المعاطة المذكورة، و النهي عن الغرر مطلقاً غير ثابت بنحو يعتمد عليه.

نعم بناءً على التمسك بعموم الوفاء بالعقود يعتبر شروط العقد كالتنجيز فيه، و يرجع إليه في رفع احتمال شروط آخر. لكن صدق العقد على المعاطة المقصود بها الإباحة لا يخلو عن خفاء.

و التمسك بالسيرة أيضاً مشكل جداً، لعدم تحققها، إذ المفروض - كما تقدم أنفاً و سابقاً - أنّ المعاطة المتداولة بين الناس هي المقصود بها التملك. و السيرة العقلانية كالمشترعية جارية على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطة المزبورة.

و لا يخفى أن الموجود في الجواهر في الإستدلال على هذه الإباحة المعوضة هو الأدلة اللفظية المتقدمة، و ليس فيها من السيرة عين و لا أثر. فلعلّ تعرض المصنف للسيرة لأجل إستقصاء جهات البحث و إن لم يوجد بينهم من يعتمد عليها. و يمكن

و أما^(١) على المختار من أن الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً^(٢)، أم لا كذلك^(٣)، أم يكتفى^(٤) على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلا بالإباحة؟ وجوه.

(١) إشارة إلى الجهة الثالثة، وهي ما إذا قصد بالمعاطاة التمليك، وهو مختار المصنف، وحاصلها: أنه هل يعتبر في المعاطاة المقصود بها التمليك شروط البيع مطلقاً أم لا تعتبر كذلك، أم يُفصل في المعاطاة المقصود بها الملك بين ما يترتب عليها ما قصده المتعاطيان من التمليك، وبين ما يترتب عليها الإباحة بحكم الشارع، بأن يقال باعتبار شروط البيع في المعاطاة المؤثرة في الملكية دون المؤثرة في الإباحة؟ فيه وجوه أولها: الإعتبار مطلقاً، ثانياً: عدم الإعتبار مطلقاً، ثالثها: التفصيل بين ترتب الملك وبين ترتب الإباحة، وسيأتي الاستدلال على كل منها.

(٢) يعني: سواء أفادت المعاطاة الملكية التي قصدها المتعاطيان، أم الإباحة التي لم يقصدها لكن الشارع حكّم بها. كما أنه بناءً على إفادة الملك لم يفرق بين ترتب الملك اللازم عليه أم المجاز، عملاً بإطلاق الملك.

(٣) أي: مطلقاً، وقد عرفت المراد بهذا الإطلاق.

(٤) هذا إشارة إلى التفصيل المزبور.

إستفادة عدم صلاحية السيرة من تعبيره بـ«لو» الإمتناعية.

و على هذا فينحصر الوجه في هذه الإباحة بما دل على حلية المال بطيب نفس مالكة، ومقتضى حصر الجلّ بطيب النفس هو كون الموضوع المنحصر للجلّ مجرد طيب النفس، بإطلاقه ينفي احتمال شرطية كل ما يشك في شرطية للإباحة المترتبة على المعاطاة.

فالتحصّل: أن المعاطاة المقصود بها الإباحة ليست بيعاً، ولا محكومةً بشرائطه وأحكامه كالخيار، لإنتفاء موضوعها. وإذا شك في شرطية شيء من شرائط البيع في المعاطاة المذكورة يتمسك لنفيها بإطلاق دليل مشروعيتها، وهو قاعدة طيب النفس.

يشهد(*) للأوّل^(١) كونها بيعاً عرفاً، فيشترط فيها جميع ما دلّ على إشتراطه في البيع.

(١) يعني: للوجه الأوّل، و هو إعتبار شروط البيع في المعاطاة المقصود بها التملك مطلقاً. و حاصل ما استدل به المصنف رحمته على الوجه الأوّل هو: أنّ البيع يصدق على المعاطاة بحيث تكون من أفرادها و مصاديقه، فيشملها حينئذٍ ما دلّ على إعتبار شروط فيه كالقبض في بيع الصرف، و معلومية العوضين، و تساويهما في التملك و الموزون مع وحدة الجنس. أمّا صدق البيع العرفي على المعاطاة المقصود بها التملك فظاهر، و مع صدقه عليها يشملها أدلة الشرائط الثابتة للبيع. و عليه فيشترط في المعاطاة المذكورة جميع ما يشترط في البيع بالصيغة.

(*) مجرّد صدق البيع العرفي على المعاطاة لا يشهد باعتبار شروط البيع فيها، إلا إذا أفادت الملكية التي قصدتها المتعاطيان، لأنّ المعاطاة حينئذٍ بيع عرفي و شرعي، و من المعلوم أنّ موضوع الشروط الشرعية هو البيع الصحيح أي المؤثّر في الملكية في نظر الشارع حتى يكون وجوده مساوفاً لنفوذها، و المفروض كون المعاطاة كذلك. نعم موضوع دليل الإمضاء هو البيع العرفي، و أدلة الشروط تقيدّ البيع العرفي بالشرعي، يعني: أنّ البيع النافذ شرعاً هو المقيد بالشروط الكذائية، لا البيع العرفي بما هو بيع عرفي.

و أمّا إذا أفادت الإباحة فليست المعاطاة حينئذٍ بيعاً شرعياً أي ليست مشمولة لدليل الإمضاء و النفوذ كقوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾ و من المعلوم أنّ الشروط لا تعتبر في غير البيع الشرعي الموضوع للأثر، و المفروض أنّ المعاطاة المذكورة ليست بيعاً مؤثّراً، فلا تعتبر فيها شرائط البيع.

إلا أن يقال: إنّ المعاطاة المقصود بها التملك بيع حقيقة، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع القولي، و لا يقدح في بيعيتها عدم إمضاء الشارع الملكية المنشأة بها إلى زمان طروريّ أحد ملزمات المعاطاة، و ذلك لإمكان أن يكون توقف الملكية في المعاطاة على ملزمتها كتوقفها على القبض في بيع الصرف و السّلم، فكما يكونان بيعاً

عرفاً و شرعاً، و لا يُخرجهما التوقُّف المزبور عن البيع العرفي و الشرعي، فكَذلك المعاطاة المفيدة للإباحة إلى زمان عروض أحد الملزمات.

و إن أُبيتَّ عن ذلك، لكونه قياساً - مضافاً إلى أنه مع الفارق، لثبوت الإباحة في المعاطاة إلى حصول المُلزِم دون بيع الصرف و السَلَم، لعدم ثبوت إباحة التصرف فيها بنفس العقد، بل لا يترتب عليهما إلا الملك بعد القبض - فيمكن أن نقول: إن هذه المعاطاة المقصود بها التمليك و إن كانت فاسدة، لعدم إمضاء الشارع لها، فلا يترتب عليها الأثر المقصود و هو الملكية، إلا أن الإجماع قام على جواز تصرف المتعاطيين في المالين، و لم يَقم على جوازه في سائر العقود الفاسدة، و حيث إن الإجماع من الأدلة اللبِّيَّة فيقتصر على ما هو المتيقن و هو كون المعاطاة واجدةً لجميع شرائط البيع حتى المختلف فيها، إلا الصيغة.

و إن شئت فقل: إن مقتضى عموم حرمة التصرف في مال الغير إلا بإذنه هو حرمة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة التي قصد بها التمليك و لم يُمضها الشارع، لكن المخصَّص و هو الاجماع دَلَّ على جواز التصرف فيه، و لمَّا كان لُبِّيًّا فيقتصر في تخصيصه للعام على القدر المتيقن، و هو ما إذا إستجمع المعاطاة شرائط البيع بأسرها، و يبقى الباقي تحت العام.

فقد ظهر من هذا البيان عدم الفرق في الشرائط المعتبرة في المعاطاة المذكورة بين كون مستندها دليلاً لفظياً و بين كونه لُبِّيًّا. و لا منافاة بين الإجماع على إباحة التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، و بين إجماعهم على نفي بيعيتها حتى يتوهم عدم الأخذ بالقدر المتيقن من الإجماع هنا بعد تصريحهم بأنَّها ليست بيعاً.

وجه عدم المنافاة: أن المقصود بنفي البيعية هو نفيها حدوثاً، لإعترافهم بإفادتها الملك بعد طرء الملزمات.

و عليه لا مانع من الأخذ بالقدر المتيقن من الإجماع. هذا.
لكن قد عرفت سابقاً عدم إجماع تعدي على الإباحة، فالتوجيه الثاني أيضاً في غير محله.

و يؤيده^(١) أن محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطة هو: أن الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط أم لا؟ كما يفصح عنه^(٢) عنوان المسألة في كتب كثير من العامة والخاصة، فإنتفى^(٣) فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان وإن^(٤) قُرِض

(١) معطوف على «يشهد» والضمير البارز راجع الى الأول. و حاصل وجه التأييد: أنهم جعلوا محل النزاع بين العامة والخاصة إعتبار الصيغة في البيع و عدمه، فمن قال بإعتبار الصيغة فيه نفي بيعية المعاطة، و من قال بعدم إعتبار الصيغة فيه قال بصحة المعاطة، و لذا فرّعوا عدم كفاية المعاطة على إعتبار الصيغة فيه، فيظهر من هذا التفرع أن الفارق بين البيع القولي و المعاطاتي هو وجود الصيغة و عدمها، دون غير الصيغة من الشرائط. و لا يصح هذا التفرع إلا مع إعتبار جميع شرائط البيع في المعاطة إلا الصيغة، فلو لم يكن سائر شرائط صحة البيع مجتمعة فيها لم يصدق عليها عنوان البيع قطعاً.

ثم إن التعبير عن هذا الوجه بالتأييد - دون الدلالة و الشهادة - إنما هو لكونه إستشهاداً بما صنعه الفقهاء من تفرع ببحث المعاطة على بحث ألفاظ العقود، و هو ليس دليلاً شرعياً من الكتاب و السنة و الإجماع، و لكن هذا المقدار صالح للتأييد كما لا يخفى.

(٢) أي: عن كون محل النزاع في المعاطة هو ... الخ.

(٣) أي: فالمعاطة الفاقدة لشروط آخر - غير الصيغة - من شروط البيع خارجة عن المعاطة التي هي مورد البحث بين العامة و الخاصة، و وجه الخروج إتفاق الكل على إعتبار شرائط البيع القولي في المعاطة، و أن الفارق بينها مجرد الصيغة.

(٤) وصلية، يعني: أنه بعد وضوح إستجماع شرائط العوضين و المتعاقدين في المعاطة، نقول: لو فرض قيام دليل على أن المعاطة الفاقدة لشروط معلومية العوضين مثلاً تنفيذ الإباحة أو الملك كالمعاطة المستجمعة للشرائط لم يكن هذا الإشتراك في الأثر كاشفاً عن بيعية المعاطة الفاقدة لبعض الشرائط حتى يتوهم عدم إعتبار

مشاركاً له^(١) في الحكم، ولذا^(٢) ادّعى في الحدائق «ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنّها^(٣) تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض»^أ ومقابل المشهور في كلامه قول العلامة في النهاية^ب بفساد المعاطاة، كما صرح به بعد ذلك^(٤)، فلا يكون كلامه^(٥) موهماً لثبوت الخلاف في إشتراط صحة

شرائط البيع القولي في المعاطاة، بل الإشتراك المزبور حكم تعدي، مع تعدد الموضوع. كما أنّ البيع والهبة متحدان في إعتبار كون المبيع والموهوب عيناً لا منفعة وإن كان لكلّ منها أحكام مختصة.

(١) أي: للبيع المعاطاتي المستجمع لشرائط البيع القولي عدا الصيغة.

(٢) و لأجل لزوم إجتماع الشرائط إلّا الصيغة في المعاطاة إدّعى في الحدائق... الخ.

(٣) معطوف على «صحة» ومفسّر لها، حيث إنّ ظاهر الصحة هو ترتب الأثر المقصود أعني الملكية، و المفروض عدم ترتبها على المعاطاة. فالمراد بصحتها حينئذٍ هو ترتب الإباحة عليها بحكم الشارع لا الملكية المقصودة للمتعاطين.

(٤) حيث قال المحدث البحراني بعد العبارة المتقدمة: «و عن العلامة في النهاية القول بفساد بيع المعاطاة، و أنّه لا يجوز لكلّ منهما التصرف فيما صار إليه، من حيث الإخلال بالصيغة».

(٥) أي: كلام الحدائق. و حاصل كلامه: أنّ موضوع كلام المشهور من إفادة المعاطاة للإباحة و قول العلامة بفسادها و عدم ترتب أثرٍ عليها هو المعاطاة الجامعة لجميع شرائط البيع، فيكون قول المشهور بالإباحة مقابلاً لقول العلامة، لا مقابلاً لإستكمال شروط البيع، فموضوع الحكم بالصحة عند المشهور و بالفساد عند العلامة هو إستكمالها لشرائط البيع، فلو لم تستكملها كانت فاسدة عند الكلّ.

أ : الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٥٦، و العبارة منقولة باختلاف يسير عمّا في الحدائق.

المعاطاة بإستجماع شرائط البيع.

و يشهد للثاني^(١) أن البيع في النص^(٢) و الفتوى^(٣) ظاهرٌ فيما حكم فيه باللزوم، و ثبت له الخيارُ في قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»

(١) أي: للوجه الثاني و هو عدم إعتبار شروط البيع القولي في المعاطاة المقصود بها التملك مطلقاً سواء أفادت الملكية أم الإباحة. أما على الثاني فواضح، لعدم كون هذه المعاطاة بيعاً لا في نظر الشارع و لا في نظر المتشعبة، لأن الأثر المقصود من البيع - و هو التملك أو التبديل - لا يترتب عليها، فلا تكون المعاطاة حينئذٍ بيعاً حتى يعتبر فيها شروطه.

و أما على الأوّل فلأنّ البيع في النص و الفتوى ظاهر في البيع المبنيّ على اللزوم لولا الخيار، لأنّه مفاد دليل الإمضاء كآيتي ﴿أحلّ الله البيع﴾ و ﴿أوفوا بالعقود﴾ بحيث يكون الخيار على خلاف مقتضى طبعه.

و إن شئت فقل: إنّهُ لا إطلاق لأدلة شروط البيع حتى يشمل البيع العرفيّ المفيد شرعاً للإباحة أو الملك المجائز، و مع عدم الإطلاق من هاتين الجهتين لا يمكن التسكُّع بأدلة الشروط.

كما أنّه بناءً على الإطلاق من كلتا الجهتين المذكورتين تكون المعاطاة المقصود بها التملك مشمولةً لأدلة شروط البيع و إن كانت مفيدةً للإباحة.

و بناءً على الإطلاق من الجهة الثانية - و هي إفادة البيع الملك اللازم أو المجائز - تكون المعاطاة المقصود بها التملك المفيدة شرعاً للملك المجائز أو اللازم صحيحةً و مشمولةً لأدلة الشروط المعتبرة في البيع.

(٢) يعني: النصوص المتكفلة لأحكام البيع، مثل «أقاله في البيع» و «نهى النبي عن بيع الفرر» و نحوهما.

(٣) كقول الفقهاء: «الأصل في البيع للزوم» و «البيع هو العقد الدال على نقل العين...» و نحوهما من الإطلاقات التي يراد بالبيع فيها ما هو المبني على اللزوم، لا الأعم منه و من المجائز.

و نحوه(*)). أمّا على القول بالإباحة، فواضح^(١)، لأنّ المعاطاة ليست على هذا القول بيعاً في نظر الشارع والمتشرعة، إذ لا نقل^(٢) فيه عند الشارع، فإذا ثبت^(٣) إطلاق الشارع عليه في مقام فنحمله على الجري على ما هو بيع باعتقاد العرف، لا اشتاله على النقل في نظرهم. وقد تقدّم سابقاً^(٤) في تصحيح دعوى الإجماع^(٥)

(١) يعني: فعدم صدق البيع على المعاطاة واضح.

(٢) يعني: و المفروض أنّ البيع هو النقل، فعدم النقل يكشف عن عدم البيع.

(٣) غرضه تبيّهُ التفكيك بين نظر المتشرعة بما هم متشرعة و بين نظر العقلاء بما هم عقلاء، فإنّهم بما هم متديّنون يلتزمون بعدم بيعية المعاطاة، لكونها مؤثّرة في الإباحة خاصة. ولكنّهم بما هم عقلاء لا يُفرّقون بين البيع القولي و الفعلي بعد إشراكها في قصد التمليك و النقل. و على هذا فلو أطلق الشارعُ البيعَ على المعاطاة أحياناً - مع سلب العنوان عنها حقيقةً - كان المراد صدقه بنظر العرف الذين لا عبرة بنظرهم ما لم يمضه الشارع.

(٤) يعني: في المعاطاة، حيث قال في مقام التفكيك بين الصحة العرفية و الشرعية:

«فيصحّ على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كلّ من إعتبر في صحته الصيغة»^أ.

(٥) الذي إدعاه في الغنية في مقام الإحتراز عن القول بانعقاد البيع بالإستدعاء من المشتري - بعد إعتبار الإيجاب و القبول - حيث قال: «و إحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة و يقول: أعطني بقلأ، فيعطيه، فإنّ ذلك

(*) مرجع هذا الشاهد إلى منع إطلاق أدلة شروط البيع للبيع الشرعي اللازم

و الجائز، بل تختص بالبيع النافذ اللازم، فلا يشمل البيع النافذ الجائز كما هو مفروض المصنف تبيّهُ في المعاطاة المقصود بها التمليك.

على عدم^(١) كون المعاطاة بيعاً بيان ذلك^(٢).

و أما على القول بالملك فلأنّ المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم^(٣) في قولهم: «البيعان بالخيار»^(٤) وقولهم^(٥) «انّ الأصل في البيع اللزوم، و الخيار^(٦) إنما ثبت لدليل».

ليس بيع، و إنما هو إباحة للتصرف^(أ). و نحوه غيره من عبارات جملة من الأصحاب. (١) حيث قال المصنف رحمته بعد نقل كلمات الأعلام في المعاطاة: «و أما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية فرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هي أحد العقود، و لذا صرح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع. و دعوى: أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها»^(ب).

(٢) يعني: بيان إرادة البيع الصحيح الشرعي - المحكوم باللزوم و بالخيار - من البيع في كلام المتشرعة، و معقد إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة.

(٣) إستشهد المصنف رحمته بعبارات أربع على أنّهم أرادوا من «البيع» في فتاواهم البيع المفيد للملك اللازم، فإذا لم يؤثّر فيه لم يكن بيعاً حقيقةً.

(٤) هذا هو المورد الأوّل من كلمات الأصحاب، حيث ينزل إطلاق «البيعان» على من أنشأ بيعاً لازماً، فلا يجري الخيار في المعاطاة، لعدم ترتب ملك لازم عليها.

(٥) هذا هو المورد الثاني، إذ المراد من «البيع» هو اللازم، فما ليس بلازم لا يكون بيعاً.

(٦) هذه الجملة متممة للعبرة الثانية التي نقلها المصنف عن الفقهاء، و الأولى تأخيرها عن العبرة الثالثة، و هي: قول الفقهاء: «ان البيع - بقولٍ مطلقٍ - من العقود اللازمة» و لا يخفى وجهه.

أ : غنية الزروع (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٥٢٤

ب : راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص ٣٨٤ إلى ٣٨٦

وأن^(١) البيع - بقولٍ مطلقٍ - من العقود اللازمة. وقولهم^(٢): البيع هو العقد الدالّ على كذا. ونحو ذلك^(٣).

و بالجمله^(٤): فلا يبيح^(*) للمتأمل شكٌّ في أنّ إطلاق البيع في النص

(١) معطوف على: «قولهم» يعني: وقولُ الفقهاء: إنّ البيع بقولٍ مطلقٍ ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم.

(٢) معطوف على «قولهم» وهذه هي العبارة الرابعة، يعني: أنّ مراد الفقهاء من تعريف البيع بالعقد الدال على نقل الملك هو البيع المبني على اللزوم، لا الأعم منه و من المبني على الجواز أو الإباحة.

(٣) كقولهم: «الإقالة في البيع كذا» إذ ينصرف كلامهم إلى إقالة البيع اللازم، ولا يشمل المعاطاة.

(٤) هذه خلاصة ما أفاده بقوله: «و يشهد للثاني». و المقصود تثبيت إنصراف البيع - في النص و الفتوى - إلى خصوص فرده اللازم، و عدم شمول أحكام البيع للعقد المفيد للملك المترزّل، أو للإباحة.

(*) هذا الجزم بالإنصراف منافٍ لما تكرر في كلماته تعالى، منها: قوله - بعد أسطر في وجه تفصيل آخر في المسألة بين الشرائط -: «و يمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت إعتباره في البيع من النص ... الخ» لتسليمه الإطلاق، و عدم الإنصراف في النصوص.

و منها: قوله في تقوية الوجه الأوّل فيما بعد: «و الأقوى إعتبارها ... الخ» لابتنائها على عدم الإنصراف في النص و الفتوى معاً، أو في خصوص الأوّل.

و منها: قوله - بعد نقل كلام الشهيد - من: أنّ مورد أدلة إعتبار الشرائط هو البيع المعاطاتي العرفي، لندرة البيع العقدي اللفظي.

و منها: غير ذلك مما سيأتي التنبيه عليه.

و الفتوى يُراد به^(١) ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيارٍ أو بتقابل.
و وجه الثالث^(٢): ما تقدّم للثاني^(٣) على القول بالإباحة من سلب البيع
عنه^(٤)، وللأول^(٥) على القول بالملك من صدق البيع عليه

(١) يعني: يُراد به البيع الذي يكون بطبعه لازماً، بحيث لا يفسخ إلا بالخيار أو التقابل.

(٢) و هو إعتبار شروط البيع في المعاطاة المفيدة للملك، و عدم إعتبارها فيها بناءً على إفادتها للإباحة. و الدليل على هذا التفصيل مؤلف من الدليلين المتقدمين في الإحتمالين الأولين، و سيأتي تقريب ذلك.

(٣) و هو عدم إعتبار الشروط في المعاطاة مطلقاً و إن أفادت الملك، توضيحه: أنه قد تقدّم في المعاطاة المقصود بها التمليك عدم إعتبار شروط البيع فيها حتى على القول بإفادتها للملك، لظهور «البيع» في النصّ و الفتوى في البيع اللازم أي المبني على اللزوم، فالمعاطاة المفيدة للملك الجائز خارجة عن موضوع أدلة شروط البيع. و عليه فالمعاطاة المفيدة للإباحة خارجة عن موضوع أدلة الشروط بالأولوية، لعدم كونها بيعاً حقيقياً، و لذا يصح سلبه عنها.

(٤) أي: عن المعاطاة، و الأولى تأنيت الضمير.

(٥) أي: للوجه الأول، و هو كون المعاطاة مشروطة بشرائط البيع، توضيحه: أنّ الوجه في الإحتمال الثالث - و هو التفصيل في الشروط بين ترتب الملك و الإباحة - هو ما تقدم في الإحتمال الثاني أعني به عدم إعتبار الشروط في المعاطاة مطلقاً، و في الإحتمال الأول و هو إعتبارها مطلقاً، فنقول: إنّ وجه إعتبارها في المعاطاة المفيدة للملك هو ما تقدم في الوجه الأول من كون المعاطاة بيعاً عرفياً، فيشمّلها أدلة شروط البيع.

و وجه عدم إعتبارها في المعاطاة المفيدة للإباحة ما تقدّم في الوجه الثاني بناءً على القول بالإباحة من عدم كون المعاطاة بيعاً، فلا تشمّلها أدلة شروط البيع.

حينئذ^(١) وإن لم يكن لازماً.

و يمكن الفرق^(٢) بين الشرط الذي ثبت إعتباره في البيع من النص، فيحمل(*) على البيع العرفي وإن لم يُقد عند الشارع إلا الإباحة، و بين ما ثبت

(١) أي: حين إفادتها للملك وإن كان الملك جائزاً متزلاً.

(٢) مقصوده تبيُّه إبداء تفصيل آخر في المسألة غير التفصيل المتقدم المبني على صدق البيع على المعاطاة و عدمه . و توضيح هذا التفصيل: أن المعول - في إشتراط المعاطاة بشروط البيع اللفظي - أدلة الشروط، فإن ثبت الشرطُ بدليلٍ لفظي له إطلاقٌ كان معتبراً في المعاطاة المقصود بها الملك أيضاً. وإن ثبت بدليلٍ لُجِّي كالإجماع لم يكن معتبراً فيها، لكون المجمعين بصدد بيان شروط البيع المبني على اللزوم بحسب طبعه، لا مطلق البيع حتى لو كان مؤثراً في الملك الجائز، أو الإباحة التعبدية.

و على هذا فشرطية معلومية العوضين - مثلاً - لسا كانت ثابتة بمثل نهيه ﷺ «عن بيع الغرر» فلا بد من إعتبارها في المعاطاة أيضاً بعد صدق البيع العرفي عليها. و أما شرطية التنجيز فلا تجري في المعاطاة، إذ المستند فيها هو الإجماع على ما سيأتي في شروط الصيغة إن شاء الله تعالى. و عليه فلا مانع من تعليق المعاطاة على أمرٍ متوقَّع الحصول.

(*) هذا أحد مواضع المنافاة لما أفاده بقوله: «و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك... الخ» وجه المنافاة: أن حمل «البيع» في النص على العرفي المبني على تسليم الإطلاق و عدم الإنصراف في النصوص و إن لم يُقد عند الشارع إلا الإباحة ينافي الجزم بما أفاده من قوله: «أن إطلاق البيع في النص و الفتوى يُراد به ما لا يجوز فسخه... الخ» و بما أفاده بقوله: «و يشهد للثاني: أن البيع في النص و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم... الخ».

بالإجماع على إعتبراره في البيع بناءً^(١) (*) على إنصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

و الإحتمال الأوّل^(٢) لا يخلو عن قوّة، لكونها^(٣) (***) بيعاً ظاهراً على

هذا بناءً على تسليم إنصراف «البيع» في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و أمّا إذا أنكرنا الإنصراف و سلّمنا إطلاق معقد الإجماع لكل بيع عرفي - و إن لم يُفد الملك اللازم - كان حال الشرط الثابت به حال الشرط الثابت بدليل لفظي.
و بالجملة: فالإحتمالات - بناءً على هذا التفصيل - ثلاثة أيضاً.

(١) و أمّا بناءً على منع الإنصراف كان الشرط الثابت بالإجماع كالشرط الثابت بدليل لفظي في جريانه في كل بيع عرفي، سواء أكان قولياً أم فعلياً كما مرّ.

(٢) و هو إعتبرار الشروط في المعاطاة المقصود بها التملك مطلقاً، يعني: سواء أفادت الملك أم الإباحة. و مقصوده تبيّح ترجيح الإحتمال الأوّل - من الإحتمالات الثلاثة المتقدمة أولاً - أمّا بناءً على إفادة الملك فلائها بيع عرفي. و أمّا بناءً على ترتب الإباحة الشرعية عليها فلأنّ القدر المتيقن منها إجتماع شرائط البيع فيها، فع فقد بعضها يشك في شمول الإجماع لها، و من المعلوم أنّ أصالة عدم ترتب الإباحة محكمة.

(٣) أي: لكون المعاطاة بيعاً ظاهراً بناءً على القول بالملك مع قصد المتعاطيين للتمليك كما هو المفروض، و التقييد بقوله: «ظاهراً» إشارة إلى إحتمال كونها معاملة مستقلة و إن كان موهوماً.

(*) هذا أيضاً يتنافي الجزم بإنصراف البيع في النص و الفتوى إلى العقد اللازم.
(**) منافاة هذا أيضاً للجزم بإنصراف البيع إلى العقد اللازم واضحة، لأنّ المعاطاة على القول بالملك جائزة، فالبيع منصرف عنها، فتقوية الإحتمال الأوّل تنافي الجزم بإرادة خصوص البيع اللّازم من إطلاق البيع في النص و الفتوى.

القول بالملك كما عرفت^(١) من جامع المقاصد.
و أما^(٢) على القول بالإباحة فلائها لم تثبت(*) إلا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً^(٣)(**).

(١) في أوائل المعاطاة - بعد نقل الأقوال فيها - حيث حكى المصنف عن جامع المقاصد ما لفظه: «إن المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم» أ.

(٢) معطوف على «على القول بالملك» و مقصوده إثبات إعتبار الشروط في المعاطاة حتى لو أفادت الإباحة خاصة. و الوجه في الإعتبار هو الأخذ بالقدر المتيقن من الإجماع على ترتب الإباحة عليها و عدم كونها فاسدةً أصلاً.
(٣) أي: كما كانت فاقدة للصيغة.

(*) قال المدقق الإصفهاني رحمته: «و أما قصور دليل تأثير المعاطاة و الإباحة عن شموله لفاقد غير الصيغة أيضاً فهو خلاف المشاهد من سيرة المسلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر في العقد القولي كما عن كاشف الغطاء و غيره»^٣. بل ينبغي الجزم بعدم إعتبار شيء من شروط البيع في المعاطاة بناءً على الإباحة المالكية كما لا يخفى، لكنها غير مقصودة، إذ المقصود هو الإباحة الشرعية.

(***) هذا وجيه بناءً على كون الوجه في الإباحة الإجماع أو السيرة، لأن المتيقن منها هو صورة إستجماع المعاطاة للشرائط، و أما إذا كان الوجه فيها قاعدة طيب النفس أو قاعدة السلطنة - بناءً على مشرعيّتها للأسباب - فلا وجه لاعتبار شروط البيع فيها أصلاً.

ثم إنه ^{١١} حكي عن الشهيد عليه السلام في حواشيه على القواعد:

(١) غرضه من نقل كلام الشهيد عليه السلام التنبيه على أن إعتبار الشروط في المعاطاة مما اختلف فيه الأصحاب و ليس من المسلّمات، فيكون هذا كالإستدراك على قوله: «و أما على القول بالإباحة» لأنّ المصنف عليه السلام حكّم باعتبار شروط البيع في المعاطاة المفيدة للإباحة من باب الأخذ بالمتيقن من الدليل اللبّي، و من المعلوم أنّ حكم الشهيد عليه السلام بترتّب الإباحة على المعاطاة الفاقدة لشرائط البيع يُنافي ترجيح الإحتمال الأوّل، و هو إعتبار الشروط فيها مطلقاً سواء أفادت الملك أم الإباحة.

و ما أفاده المصنف حول كلام الشهيد أمران، الأوّل تقرير كلامه، و الآخر توجيهه بنحو لا يُعدّ مخالفاً في المسألة.

أما الأوّل فيبانه: أنّ الشهيد منّع - في حواشيه على قواعد العلامة - من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ما يتوقّف على الملك كأداء الخمس و الزكاة به، و شراء الهدي به، لتوقف هذه التصرفات على الملك المفقود في المعاطاة قبل طروء الملزم. ثم ذكر مسائل أربع يظهر منها عدم توقف تأثير المعاطاة في الإباحة - مع قصد الملك - على إجتماع شروط البيع القولي فيها، و هي كما يلي:

الأولى: جواز التعاطي على عوضين مجهولين، فيباح لكلّ منها التصرف فيما أخذه من الآخر. و من المعلوم أنّها لو كانت عقداً كالبيع القولي اعتبر فيها العلم بالعوضين حتى ينتفي الغرر.

الثانية: أنّه يعتبر في بيع النسيئة تعيين الأجل الذي يستحق البائع - عند حلوله - مطالبة الثمن من المشتري، فلو اشتري زيد من عمرو شيئاً معاطاة لم يتوقف إباحة التصرف فيه على تسمية الأجل. و يستكشف من هذه الفتوى أنّ المعاطاة المفيدة للإباحة لا تكون محكومةً بأحكام البيع أصلاً.

الثالثة: أنّه لا يجوز مباشرة الأمة المشتراة بالمعاطاة، لتوقف هذا التصرف الخاص على ملك اليمين أو التحليل المعلوم إنتفاؤه، و حيث إنّ المعاطاة لا تؤثر إلّا في

أنه بعد ما مَنَعَ^(١) من إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين - يعني العين الأخرى - ذكر : «أنه يجوز^(٢) أن يكون الثمن و المثلن في المعاطاة مجهولين، لأنها ليست عقداً. و كذا^(٣) جهالة الأجل، وأنه^(٤) لو إشتري أمةً بالمعاطاة لم يجوز له^(٥) نكاحها قبل تلف الثمن» إنتهى.

الإباحة المجرّدة عن الملك لم يجوز للمشتري ذلك، نعم لو تحقّق المُلزِم بأن تَلَفَ الثمنُ في يد البائع جاز نكاحها للمشتري، لدخولها في ملكه حسب الفرض.

الرابعة: أنه لا ريب في توقف الملك في بيع الصرف على التقابض في مجلس العقد، و كذا يعتبر قبض الثمن في بيع السلم، و هذا واضح في البيع بالصفة. و أما لوباع الدرهم و الدينار بالمعاطاة فلا يتوقف إباحة التصرف فيها على التقابض، بل يكفي إعطاء أحدهما و أخذ الآخر، فيكون كبيع النسيئة. و هذا كاشف عن عدم بيعية المعاطاة المفيدة للإباحة تعبداً و إن كان مقصودها الملك.

هذا توضيح نظر الشهيد، و أما توجيهه فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) هذا المنع ظاهر في عدم إفادة المعاطاة للملك، و لذا لا يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد حصول ما يوجب الملك كتلف العين الأخرى عند المتعاطي الآخر.

(٢) غرضه أن المعاطاة المفيدة للإباحة لا يعتبر فيها معلومية العوضين التي هي شرط صحة البيع. و هذه هي المسألة الأولى.

(٣) معطوف على «يجوز» و هذه هي المسألة الثانية.

(٤) معطوف على «أنه» و هذه هي المسألة الثالثة.

(٥) لعدم صيرورتها ملكاً للمشتري قبل تلف الثمن عند البائع. و أما بعد التلف

فيجوز التصرف في الأمة. لحصول الملك بتلف إحدى العينين.

و بالجملة: فالمعاطاة المفيدة للإباحة و إن قُصِدَ بها التمليك - كما هو المفروض -

لا يعتبر فيها شروط البيع.

و حُكي عنه في باب الصرف أيضاً: «أنّه^(١) لا يعتبر (***) التقابض في المجلس في معاطاة التقدين» .

أقول^(٢): حكمه **بَيِّنٌ (***)** بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في

(١) هذه هي المسألة الرابعة. و لا يخفى عليك أنّ كلام الشهيد **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** مبني على كفاية الإعطاء من طرف واحد و الأخذ من آخر في تحقق المعاطاة، فلو أُعْتَبِرَ فيه التعاطي لم يتصور المعاطاة بدون التقابض من الطرفين. و سيأتي تحقيق هذه الجهة في التنبيه الثاني إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا هو الأمر الثاني أعني به توجيه كلام الشهيد بنحو لا يُعَدُّ مخالفاً في مسألة إعتبار شروط البيع القولي في المعاطاة سواء أفادت الملك أم الإباحة. توضيحه: أنه **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** أفتى أولاً بجرمة التصرف - المتوقف على الملك - في المأخوذ بالمعاطاة سواء أفادت الملك أم الإباحة. ثم أفتى ثانياً بعدم إعتبار معلومية العوضين في المعاطاة، و علّله **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** بقوله: «لأنّها ليست عقداً». و هذه الفتوى الثانية و إن كانت ظاهرةً في أنّ شرائط البيع مُلغاةً في المعاطاة المبيحة، فيكون **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** مخالفاً لما أفاده المصنف من إعتبار شروط البيع فيها سواء أفادت الملك أم الإباحة. إلا أنّ التعليل المذكور في كلام الشهيد ربما يكون قرينةً على خروج المعاطاة عن عقد البيع رأساً، فعدم إعتبار شروطه فيها يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

(*) لم يظهر شهادة هذا الفرع بعدم إعتبار شروط البيع في المعاطاة، إذ المستفاد منه توقف الملك على العقد، فلا يجوز التصرف في الأمة المشترية بالمعاطاة. و لا دلالة فيها على عدم إعتبار شروط البيع في إفادة الإباحة، فتدبره.

(**) ربما يقال: بأن المناسب التعرض لكلام الشهيد **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** ذيل الوجه الثالث،

الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريحاً في عدم إفادتها

و بيانه: أن في التعليل إحتالين:

الأول: أن يكون مراده من عدم كون المعاطاة عقدًا عدم تأثيرها في الملك، بدعوى ترتب الملك على خصوص العقد المؤلف من إيجاب و قبول لفظيين، فإذا أفادت إباحة التصرف فيما لا يتوقف على الملك كان عدم إعتبار شروط البيع فيها مقتضى القاعدة، إذ لا وجه لكون المعاطاة المفيدة للإباحة التعبدية محكومةً بأحكام البيع الذي هو عقد مُملَك.

الثاني: أن يكون مراده عدم تأثيرها في الملك اللازم، وإنما تفيد ملكاً جائزاً، ويكون عدم إعتبار معلومية العوضين في المعاطاة لأجل إختصاص هذا الشرط بالبيع المني على اللزوم بحسب طبعه و هو المنشأ باللفظ. و على هذا فالغاء شروط البيع اللازم في المعاطاة المؤثرة في الملك المترزل موافق للقاعدة، و إعتبارها فيها منوط بدليل.

إذا عرفت هذين الإحتالين في التعليل يتضح عدم كون الشهيد عليه السلام مخالفاً في المسألة، و ذلك لأنّ تقوية المصنف عليه السلام جريان شروط البيع في المعاطاة سواء أفادت الملك أم الإباحة مبنية على كونها بيعاً عرفياً، لقصدتها تملك عين بعوض، و هذا حقيقة البيع. و أما الشهيد عليه السلام النافي لإعتبار العلم بالعوضين في المعاطاة فإنما هو لمنع صدق العقد عليها، لظهور العقد في الإنشاء بالصيغة المعهودة.

نعم لو إترم الشهيد ببيعية المعاطاة المفيدة للإباحة كان مخالفاً في المسألة.

قبل تقوية الوجه الأول، ليظهر أن الوجه الثالث يستفاد من كلام الشهيد. هذا.

لكن لا يخلو ذكره بعد تقوية الوجه الأول من المناسبة، إذ بعد ترجيح المصنف له لا بد من التعرض لما يتأف به ظاهراً و توجيهه. و الأمر سهل.

٣١ إعتبار شرائط البيع في المعاطاة.
للملك^(١)، إلا أن حكمه بَيِّنٌ بعدم إعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً يَحْتَمِلُ^(٢) (*) أن يكون بإعتبار عدم الملك، حيث إنّ المفيد للملك منحصر في العقد^(٣). و أن^(٤) يكون بإعتبار عدم اللزوم، حيث إنّ الشروط المذكورة^(٥) شرائط للبيع العقدي اللازم.

(١) إذ مع إفادة المعاطاة للملك - ولو للملك الجائر - يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة بلا إشكال، لسלטنة الناس على أموالهم، و ليس اللزوم شرطاً في صحة التصرفات، فنفس جواز التصرفات المزبورة يكشف عن عدم إفادة المعاطاة إلا للإباحة، هذا.

لكن الحق جواز التصرفات المذكورة و عدم توقفها على الملك كما قرّر في محله. نعم بناءً على إفادة المعاطاة للإباحة المالكية و بناءً على كفاية ذلك في حصول التحليل المسوّغ لوطي أمة الغير جاز و طؤها بالمعاطاة المفيدة للإباحة، و إلا فلا.
(٢) خبر قوله: «أنّ حكمه» و هذا هو الإحتمال الأوّل، أي: لأنّ المعاطاة تفيد الإباحة لا الملك.

(٣) يعني: فإذا لم تكن المعاطاة مفيدةً للملك لم تكن عقداً، فعدم إعتبار شروط البيع فيها يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

(٤) معطوف على قوله: «أن يكون» و هذا هو الإحتمال الثاني في التعليل.

(٥) مثل معلومية العوضين و التقابض في بيع الصرف، و إقباض الثمن في بيع السلم، و نحوها.

(*) هذا الإحتمال أقوى من الاحتمال الثاني الذي ذكره بقوله بَيِّنٌ: «و أن يكون بإعتبار عدم اللزوم» و ذلك لأنّ عدم جواز التصرفات المزبورة المتوقفة على الملك يكشف عن عدم الملك، فعدم إعتبار الشروط حينئذٍ في المعاطاة إنّما هو لعدم كونها بيعاً مفيداً للملك، و المفروض أنّ الشرائط مختصة بالبيع.

و الأقوى^(١) إعتبارها^(٢) و إن قلنا بالإباحة، لأنها^(٣) بيع عرفي و إن لم تُقد شرعاً إلاّ الإباحة، و مورد الأدلة الدالة على إعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي، لا خصوص العقدي^(٤) (*).

(١) بعد أن فرغ المصنف رحمته من الإستدلال لكلّ واحد من الوجوه الثلاثة أراد أن يُبيّن مختاره في المسألة، و إعتراض في خلاله على التعليل المتقدم في كلام الشهيد رحمته و قال: إنّ الأقوى هو الإحتمال الأوّل، أعني به إعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً سواء أفادت الملك أم الإباحة، و إستدل عليه بدليين:

الأوّل: أنّ المعاطاة المذكورة بيع عرفي، إذ المفروض قصد المتعاطين لتملك عين متموّلةٍ بمالٍ، الذي هو معنى البيع على ما تقدم في تعريفه، فبيعية المعاطاة عرفاً حينئذٍ مما لا إشكال فيه و إن أفادت شرعاً الإباحة، و مورد أدلة شروط البيع هو البيع العرفي الصادق على المعاطاة، لا خصوص البيع العقدي حتّى لا يصدق عليها.

و بعبارة أخرى: كلام المصنف رحمته مؤلف من صغرى، و هي قوله: «انّ المعاطاة بيع عرفي» و كبرى، و هي: «أنّ كل بيع عرفي محكوم بشرائط البيع الواردة في الأدلة» و هذه الكبرى مفاد قوله: «و مورد الأدلة ... الخ».

(٢) أي: إعتبار شروط البيع في المعاطاة سواء أفادت الملك أم الإباحة الشرعية.

(٣) هذا هو الدليل الأوّل على مختاره، و قد تقدّم توضيحه.

(٤) كما زعمه الشهيد، حيث قال: «لأنها ليست عقداً» إذ لا وجه لمنع بيعية المعاطاة المقصود بها التملك.

(*) هذا أحد مواضع المنافاة لقوله: «و بالجملة: فلا يبقى للمتأمّل شك في أنّ إطلاق البيع في النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلاّ بفسخ عقده ... الخ» لأنّ كلامه هذا صريح في إرادة خصوص العقد اللازم، لا البيع العرفي فقط، و هو منافٍ

بل^١) تقييدها بالبيع العقدي تقييداً بغير الغالب(*)).
ولما^٢) عرفت

(١) غرضه أن تقييد إطلاق البيع العرفي في أدلة الشروط بخصوص البيع العقدي تقييد بالفرد النادر، لكون الغالب في الخارج هو البيع المعاطاتي، ومن المعلوم أن تقييد الإطلاق بالفرد النادر مما لا سبيل للإلتزام به.

(٢) معطوف على قوله: «لأنها بيع عرفي» وإشارة الى الدليل الثاني. وحاصله: أنه - بعد البناء على عدم إستفادة حكم المعاطاة من الأدلة الاجتهادية من حيث إفادتها للملك - يكون مقتضى الأصل العملي عدم ترتب الأثر المقصود وهو الملكية على المعاطاة المقصود بها الملك، وقد خَرَجَتِ المعاطاة الجامعة لشروط البيع - عدا الصيغة - عما يقتضيه الأصل من حرمة التصرف في مال الغير، وبقي الباقي، لأنَّ

لقوله: «لأنها بيع عرفي وإن لم تغد شرعاً ... الخ» لأنه مبني على تسليم الإطلاق وعدم الإنصراف. و منافاة هذا الكلام لقوله: «و بالجمله فلا يبقى للمتأمل شك ... الخ» من الواضحات.

و أيضاً ينافي قوله: «لا خصوص العقدي» ما تقدم عنه سابقاً من جعل المعاطاة عقداً، لأنه قضية تمسكه على صحتها بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ و مجرد عدم إفادتها الملك على قول بعض لا يُخرجها عن العقد العرفي، كما لا يُخرجها عن البيع العرفي فالأنسب حينئذٍ مقابلة البيع العرفي للبيع الشرعي لا العقدي.

(*) هذا أيضاً من مواضع التنافي المزبور، لأنَّ غلبة أفراد المعاطاة و ندرة أفراد البيع العقدي تُنافي دعوى إنصراف البيع إلى خصوص العقدي، لأنَّ التقييد بالعقدي بناءً على ندرته يكون من تقييد الإطلاق بالفرد النادر المستهجن عند أبناء المحاوره، ومع ندرته كيف يكون هو المتيقن و المنصرف إليه الإطلاق؟

من أن الأصل^(١) في المعاطاة - بعد القول بعدم الملك - الفساد، و عدم تأثيره^(٢) شيئاً^(٣)، خرَجَ ما هو محلُّ الخلاف بين العلماء من^(٤) حيث اللزوم و عدمه^(٥)، وهو^(٦) المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، و بقي الباقي^(٧).

موضوع إباحة التصرفات هو المعاطاة الجامعة لتلك الشرائط دون غيرها. فالمتحصل: أنه يعتبر في المعاطاة المقصود بها التمليك - و إن أفادت الإباحة - جميعُ الشروط المعتبرة في البيع.

(١) المراد به إستصحاب عدم ترتب الأثر على المعاملة، و يعبر عنه بأصالة الفساد، و قد نبّه المصنف على هذا الأصل عند مناقشة إستبعادات كاشف الغطاء^(٨)، حيث قال: «و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق ... الخ». و كذا قال في ردّ قاعدة التبعية: «أما المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحّتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها».

(٢) أي: عدم تأثير المعاطاة، و الأولى تأنيث الضمير.

(٣) أي: لا ملكاً و لا إباحةً.

(٤) متعلق بـ «الخلاف».

(٥) يعني: من حيث إن الصيغة دخيلة في اللزوم أو غير دخيلة فيه.

(٦) بيان للموصول في «ما هو محل الخلاف» يعني: أن محلّ النزاع بينهم هو

خصوص المعاملة الجامعة لشروط البيع، و لا تغايرها إلا من حيث فقد الصيغة فيها.

(٧) يعني: تحت أصالة الفساد، كالمعاطاة مع الجهل بأحد العوضين، أو بدون

القبض في الصرف و السّلم، و غير ذلك.

وبما^(١) ذكرنا يظهر وجهُ تحريم الرِّبا فيه^(٢) أيضاً^(٣) وإن^(٤) خصَّصنا الحكم

المقام الثاني: جريان أحكام البيع في المعاطاة

أ: حرمة الرِّبا

(١) أي: بما ذكرناه في وجه إعتبار شرائط البيع في المعاطاة مطلقاً - من أن موردها البيع العرفي، والمعاطاة بيع عرفاً - يظهر وجهُ تحريم الرِّبا فيها ... الخ.
توضيح المقام: أنه قد تقدم في أول هذا التنبيه: أن المصنف تعرّض للبحث عن جريان شرائط البيع و أحكامه في المعاطاة في مقامين، أحدهما في الشرائط، والآخر في الأحكام. وهذا شروع في المقام الثاني، وهو يتضمن جهتين، الأولى: في حكم جريان الرِّبا المعاوزي في المعاطاة، والثانية في حكم جريان الخيار فيها.

أمّا الجهة الأولى فحصلها: أن الظاهر حرمة الرِّبا في المعاطاة إذا كان العوضان من الجنس الربوي، كحرمته في البيع العقدي، سواء قلنا باختصاص دليل حرمة الرِّبا بالبيع، أم بشموله لكل معاوضة عرفية أو شرعية، و سواء أكان مقصودهما الملك أم الإباحة. أمّا بناءً على إختصاص الحرمة بالبيع فلصدقه على المعاطاة المقصود بها الملك. و أمّا بناءً على جريان حرمة الرِّبا في كل معاوضة فالأمر أوضح، إذ لو فرض الشك في بيعية المعاطاة لم يكن شك في صدق المعاوضة عليها سواء قصد الملك أم الإباحة. و الشاهد على كونها معاوضةً كلامُ الشهيد في حواشي القواعد من «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة لازمة أو جائزة».

و عليه فلا مجال للقول بمشروعيتها عند كون العوضين من جنسين رَبَوِيَيْن مع التفاضل، هذا. و لا يخفى أن المذكور من صور المسألة في المتن - ثلاث، سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(٢) أي: في المعاطاة، و الأولى تأنيث الضمير.

(٣) يعني: كحرمة الرِّبا في البيع العقدي.

(٤) وصلية. و الوجه في حرمة الرِّبا واضح بناءً على إختصاص حرمته بالبيع،

لفرض صدقه عرفاً على المعاطاة كما مرّ مراراً. ثم إن قوله: «و إن خصَّصنا ...» إشارة

بالبيع^(١)، بل^(٢) الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك،

الى الخلاف في حرمة الرِّبَا في مطلق العقود المعاوضية. ففهم من خصَّ الحرمة بالبيع كما حُكي عن غضب السرائر، والمختلف والقواعد والإرشاد. ومنهم من عمَّها لكلِّ معاوضة، كما حُكي عن السيد المرتضى و شيخ الطائفة، والقاضي، و جمع من المتأخرين. و منهم من تَوَقَّف في ذلك كما حُكي عن العلامة في غضب القواعد وصلحه، و عن فخر المحققين في غضب الايضاح. و إن شئت الوقوف على التفصيل فراجع مفتاح الكرامة^أ.

(١) فلو عمَّنا حرمة الرِّبَا لكلِّ معاوضة - و إن لم تكن بيعاً - فالأمر أوضح، لصدق المعاوضة على المعاطاة و إن لم يحرز بيعتها.

(٢) هذا إضراب عن مجرد ظهور جريان حرمة الرِّبَا في المعاطاة - بناءً على إختصاصها بالبيع - إلى إثبات حرمتها فيها حتى مع التشكيك في صدق البيع على المعاطاة. و كلام المصنف هنا إشارة الى توهم و دفعه.

أما التوهم، فهو: أنه لا مجال للجزم بجرمة الرِّبَا في المعاطاة، لأنَّ وزانها وزان الشروط التي تقدّم البحث فيها في المقام الأوّل من تطرُّق إحتالات ثلاثة فيها من جريانها مطلقاً، و عدمه كذلك، و التفصيل بين إفادة الملك و الإباحة، فينبغي إلحاق حرمة الرِّبَا ببحث الشروط، لا إستظهار جريانها فيها مطلقاً على ما هو مفاد قوله: «و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرِّبَا فيه ...».

و أما الدفع فحاصله: أنه ليس في الرِّبَا إلّا إحتال الجريان مطلقاً، لبطلان المعاملة الربوية، فلا مجال لأن يقال: إن موضوع حرمة الرِّبَا هو البيع اللازم أوالصحيح؛ اللذان هما وجهان للإحتال الثاني و الأخير في مسألة إعتبار الشروط و عدمه. فالمراد بقوله: «بل الظاهر» هو أنه لا بد من القول بتحريم الرِّبَا في المعاطاة مطلقاً حتى عند من يراها مفيدة للإباحة، إذ لا شبهة في كون موضوع حرمة الرِّبَا

لأنها^(١) معاوضة عرفية وإن لم يُقَدَّ^(٢) الملك، بل^(٣) معاوضة شرعية كما إعتَرَفَ بها^(٤) الشَّهيدُ ﷺ في موضع من الحواشي، حيث قال: «إنَّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة» انتهى^(*).

هو مطلق المعاوضة العرفية و من المعلوم أنَّ المعاطاة معاوضة عرفية، فيحرم الرِّبَا فيها.

(١) تعليل للتعميم المستفاد من قوله: «بل الظاهر» و المستفاد من هذه العبارة حكمٌ صورة ثانية، وهي ما لو شكَّ في صدق البيع على المعاطاة المفيدة للإباحة تعبدًا. و الوجه في حرمة الرِّبَا فيها صدقُ المعاوضة عليها عرفاً، بضميمة إطلاق دليل حرمة الرِّبَا لكلِّ معاوضةٍ وإن لم ينطبق عليها حدُّ البيع.

(٢) بل أفادت الإباحة تعبدًا كما هو مسلك مشهور القداماء.

(٣) إضراب عن مجرد كون المعاطاة معاوضةً عرفيةً، إلى أنَّها معاوضة بمضاهة شرعاً وإن اختلف في حكمها لزوماً و جوازاً. و حيث كانت معاوضة شرعية كانت محكومةً بأحكام المعاوضات المالية التي منها حرمة الرِّبَا، فلا مجال لدعوى إختصاص الحرمة بالمعاوضات المشروعة كالبيع و الصلح، و عدم جريانها في المعاوضة العرفية التي لم يُجرز إمضاؤها شرعاً.

(٤) أي: بشرعية المعاوضة. و المراد بالمعاوضة الشرعية هنا المعاوضة بين العينين في الإباحة، في قبال المعاوضة العرفية التي هي المبادلة بينها في الملك.

(*) الإستشهاد بهذه العبارة على كون المعاطاة الإباحية معاوضة شرعية مبني على ما إستظهره المصنّف منها في التنبيه السابع من أنَّها ناظرة إلى حكم المعاطاة الإباحية لا التمليكية، فيكون مراد الشهيد من جواز الإباحة و لزومها حكمها قبل طرؤ الملزوم و بعده. و إلا فلو كانت العبارة ناظرةً إلى المعاطاة المفيدة للملك لم يتجه

ولو قلنا^(١) بأن المقصود للمتعاطين الإباحة - لا الملك - فلا يبعد أيضاً^(٢) جريان الرِّبَا، لكونها معاوضة عرفاً^(*).

(١) هذه إشارة إلى صورة ثالثة، وهي: إثبات حرمة الرِّبَا في المعاطة المقصود بها الإباحة المالكية، لا الملك. والوجه فيه صدق المعاوضة العرفية على إباحة كل منها ماله للآخر، فيحرم الرِّبَا فيها بناءً على جريان الرِّبَا في مطلق المعاوضات وعدم إختصاص حرمتها بالبيع.

(٢) يعني: كما لا يبعد جريان الرِّبَا في الصورة الثانية، وهي المعاطة المفيدة للإباحة تبعداً مع قصدهما الملك.

الإستشهاد بها على المقام من كون المعاطة المفيدة للإباحة معاوضة، وذلك للشبهة في صدق المعاوضة على المقابلة بين الإباحتين.

(*) ينبغي أن يقال: بأن المعاطة إما أن يقصد بها الملك، وإما أن يقصد بها الإباحة. والأول على قسمين: أحدهما: إفادتها الملك، والآخر: الإباحة، فالأقسام ثلاثة. ثم إن الرِّبَا إما تختص بالبيع، وإما تعمُّ جميع المعاوضات، فَمِنْ ضَرْبِ الثلاثة في الإثنين يحصل ست صور.

أما المعاطة المقصود بها الملك مع ترتب الملك عليها فلا إشكال في جريان الرِّبَا فيها سواء قلنا باختصاصها بالبيع أم لا.

وأما المعاطة التي ترتب عليها الإباحة مع قصد التمليك بها، فبناءً على صدق البيع أو المعاوضة عليها يجري فيها الرِّبَا. وبناءً على عدم الصدق نقول بجريان الرِّبَا فيها أيضاً، للزوم الإقتصار في الإباحة على القدر المتيقن، وهو إجتماع الشرائط التي منها التساوي بين العوضين مع وحدة الجنس وكونهما من المكييل والموزون، بعد كون الأصل الفساد.

وأما المعاطة المقصود بها الإباحة، فإنَّ صَدَقَ عليها عنوانُ المعاوضة مع تعميم

فتأمل^(١).

و أما حكم^(٢) جريان الخيار فيها قبل اللزوم (*)

(١) لعلّه إشارة إلى: أنه - بناءً على إختصاص الرّبا بالبيع - لا تجري الرّبا في المعاطة التي قُصد بها الإباحة، لوضوح عدم صدق البيع عليها حينئذٍ. وبناءً على تعميم الرّبا لمطلق المعاوضة يكون الظاهر إرادة المعاوضة بين المالين لا بين الإباحتين، فلا تجري الرّبا على كلا التقديرين في المعاطة المقصود بها الإباحة.

ب : جريان الخيار في المعاطة قبل لزومها

(٢) هذه هي الجهة الثانية المتكفلة للبحث عن جريان حكم آخَرَ من أحكام البيع في المعاطة، وهو الخيار. و توضيح المقام: أنه يقع الكلام تارةً في ثبوت جريان الخيارات في المعاطة قبل طروء أحد الملزّمتين و عدمه، و أخرىً في ثبوتها فيها بعد طرؤته. و البحث في الأخير موكول إلى التنبيه السابع والثامن، كما تبّه عليه بعد أسطر. فيقتصر فعلاً على التقدير الأوّل و هو المعاطة قبل طروء الملزّم.

الرّبا لمطلق المعاوضة جرت الرّبا فيها، و إلا فلا، لعدم كونها بيعاً و لا معاوضةً أخرى، فمع الشك في جريان الرّبا فيها يتمسك بإطلاق دليل هذه المعاطة، و هو قاعدة طيب النفس على ما قيل.

هذا لو تمت إطلاقات الأدلّة اللفظية. و إن كان الدليل على مشروعيتها السيرة و شكّ في إنعقادها على هذا النحو من الإباحة المعوّضة كان مقتضى القاعدة الأخذ بالقدر المتيقن منها و هو عدم التفاضل بين العوضين، إذ في غير المتيقن تجري أصالة الفساد المقتضية لحرمة التصرف.

(*) المانع المتوهم من جعل الخيار قبل اللزوم أمورٌ: أحدها: تحصيل الحاصل.

ثانيها: إجتماع المثلين، ثالثها: اللّغوية. و الجميع مندفع باعتبار حقيّة الخيار المترتبة عليها الآثار.

فيمكن^(١) نفيه على المشهور، لأنها إباحة^(٢) عندهم، فلا معنى للخيار .
و إن قلنا^(٣) بإفادة الملك فيمكن^(٤) القول بثبوت الخيار فيه

و قد فصل المصنف رحمته بين المعاطاة المفيدة للإباحة فلا يجري شيء من الخيارات فيها، لجواز رجوع المتبوع ما دامت العين باقية، فلا معنى للخيار الذي هو حق إقرار العقد وإزالته. و بين المعاطاة المفيدة للملك الجائز، و فيها احتمالان: أحدهما: جريان الخيارات بأجمعها فيها.

ثانيهما: التفصيل بين الخيارات الخاصة بالبيع فلا تجري، و العامة لغيره فتجري. هذا مجمل ما أفاده، و سيأتي مفصله إن شاء الله تعالى.

(١) لأنّ الخيار «ملك فسخ العقد و رفع مضمونه بالفسخ» و هذا المعنى من الخيار مفقود هنا، لأنّ العقد على القول بالإباحة لا مضمون له، بدهاء أنّ مضمونه و هو التمليك لم يتحقق، و الإباحة ليست مضمون العقد، بل هي حكم شرعي بناءً على كون الإباحة شرعية. و كذا إذا كانت الإباحة مالكية، لأنّها تحصل بنفس الإعطاء و التسليط، و ليست مضمون عقد. فمأنع الخيار في المعاطاة المفيدة للإباحة ثبوت لا إثباتي.

(٢) هذا هو الصحيح كما في بعض النسخ المصححة. و أمّا ما في غيرها من: «أنها جائزة» فغير سديد. أمّا أولاً فلأنّ المشهور بين القدماء هو أنّ المعاطاة تفيد الإباحة لا الملك الجائز.

و أمّا ثانياً فلأنّ الجواز لا ينافي الخيار كما عرفت آنفاً.
و أمّا ثالثاً: فلأنّ حكم الخيار - بناءً على إفادة الملك الجائز - قد أفاده بقوله: «و إن قلنا بإفادة الملك، بعد اللزوم» فيكون تكراراً محلاً.

(٣) هذا عدلٌ قوله: «على المشهور»، فكأنه قال: «فيمكن نفيه إن قلنا بإفادة الإباحة كما هو مختار المشهور ... و ان قلنا بإفادة الملك ... الخ».

(٤) هذا الإحتمال في قبال الإحتمال الآتي في كلامه بقوله: «و يحتمل أن يفصل» يعني: أنه بناءً على إفادة الملك يتطرق احتمالان في ثبوت الخيارات في المعاطاة.

مطلقاً^(١) بناءً على صيرورتها بيعاً^(٢) بعد اللزوم [بيعاً لازماً بعد عروض الملزمات] كما سيأتي عند تعرض الملزمات^(٣)، فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أن أثره^(٤) يظهر بعد اللزوم. و على هذا^(٥) فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم(*)).

(١) يعني: من غير فرق بين الخيار المحتصّ بالبيع كخيارى المجلس و الحيوان، و غير المحتص به كخيار العبن.

(٢) يعني: لا معاوضة مستقلة في قبال البيع كما سيأتي في التنبيه السابع إن شاء الله تعالى .

(٣) الأولى أن يقال: «بعد تعرض الملزمات» لأنّ الملزمات ذُكرت في التنبيه السادس، و ليس هناك دلالة على صيرورتها بيعاً بعد عروض الملزم، و إنما أفاده في التنبيه السابع الذي إفتتحه بقوله: «ان الشهيد الثاني في المسالك ذكر وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف، أو معاوضة مستقلة».

(٤) يعني: أثره العملي و هو القدرة على الفسخ، و إلاّ فالإسقاط و المصالحة عليه من الآثار أيضاً كما صرّح به المصنف بقوله: «و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم».

(٥) أي: و على فرض وجود الخيار من زمان المعاطاة.

(*) فلا يرد عليه ما في حاشية المحقق الخراساني رحمته من قوله: «و الخيار موجود من زمن المعاطاة، و أثره يظهر من حيث ثبوته، لصحة إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم، فلا وجه لما أفاده من ظهور أثره بعده».

و كأنه رحمته لم يلاحظ من كلام المصنف رحمته إلا قوله: «إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم» و لم يلاحظ ما بعده من قوله: «و على هذا فيصح إسقاطه ... الخ».

و يحتمل^(١) أن يُفصّل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا تجري^(٢)، لإختصاص أدلتها^(٣) بما وُضع على اللزوم من غير جهة الخيار^(٤)، و بين غيرها^(٥) كخيار الغبن و العيب (*)

- (١) معطوف على «فيمكن القول» لا على قوله: «فيمكن فيه ...» لأنّ المقصود إبداء إحتمالين في المعاطاة المفيدة للملك، و أمّا المفيدة للإباحة فلا معنى للخيار فيها.
- و كيف كان فحاصل ما أفاده: أنه يحتمل التفصيل بين الخيارات بأن يقال: إنّ ما يختص منها بالبيع لا يجري في المعاطاة، لإختصاص أدلتها بالبيع المبني على اللزوم من غير ناحية الخيار، يعني: لولا الخيار كان لازماً، و لم يكن سبب لجوازه إلاّ الخيار، فع جواز العقد في نفسه لا يثبت فيه الخيار. و أمّا ما لا يختص من الخيارات بالبيع كخيار الغبن فيجري في المعاطاة، لعموم أدلة تلك الخيارات كقاعدة نفي الضرر، و بناء المتعاملين على مساواة العوضين في المالية. فجاز فسحّ العقد عند التخلف.
- (٢) يعني: فلا تجري الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة المفيدة للملك.
- (٣) أي: أدلة الخيارات المختصة بالبيع، مثل «البيعان بالخيار» و «صاحب الحيوان المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام».
- (٤) و المفروض إستناد جواز الملك و تزلزله في المعاطاة إلى نفس العقد الفعلي، لا إلى الخيار، فإنّه لو لم يجر شيء من الخيارات فيها كان الملك جائزاً بعد، و من المعلوم عدم جريان الخيار المخصوص بالبيع - المبني على اللزوم بحسب طبعه الأوّلي - في المعاطاة.
- (٥) أي: غير الخيارات المختصة.

(*) لا يخفى أن هذين الخيارين أوّلين من غيرهما بعدم الجريان، لأنّ دليلهما - وهو قاعدة نفي الضرر - لا يجري في البيع الجائز ذاتاً، ضرورة أن الضرر ينشأ من وجوب الوفاء بالمعاملة، فلا ضرر - إذ لا وجوب وفاء بالمعاملة الجائزة ذاتاً - حتى ينشأ منه الخيار.

بالنسبة^(١) إلى الرّدّ دون الأرش، فتجري، لعموم أدلتها^(*).
و أمّا^(٢) حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات.

(١) هذه الكلمة قيد لـ «خيار العيب» و مقصوده تبيُّهُ أَنْ دليل خيار العيب المقتضي لجريانه في العقود المعاوضة يوجب في المعاطة الرّدّ خاصة، و لا يقتضي الأرش.

توضيحه: أنهم عرّفوا الخيار بـ «ملك فسخ العقد و إقراره» و هذا المعنى جارٍ في جميع الخيارات، و لخيار العيب حكم آخر في البيع، و هو جواز إبقاء العقد و أخذ الأرش، أي التفاوت بين الصحيح و المعيب، فلو باع متاعاً معيماً تخيّر المشتري بين فسخ العقد و أخذ الأرش. لكن هذا التخيير مخصوص بالبيع اللفظي المفيد بطبعه للملك اللّازم، لأنّه حكم تعدي ثبت في البيع، و ليس مما يقتضيه مطلق الخيار، و ليس من شؤونه.

و على هذا فبناءً على عموم دليل خيار العيب لغير البيع كان مقتضى جريانه في المعاطة- التي هي معاوضة جائزة حسب الفرض - جواز فسخ أصل العقد. و أمّا إذا كان المأخوذ بالمعاطة معيماً، فليس للأخذ مطالبة الأرش، لفرض كون الأرش حكماً تعدياً في خصوص البيع اللّازم. فهو نظير الخيارات المخصوصة بالبيع - كخيارى المجلس و الحيوان - في عدم جريانها في سائر العقود المعاوضة.

(٢) يعني: أنّ ما تقدم من التفصيل في حكم جريان الخيار في المعاطة يكون موردّه قبل طروء أحد الملزمات، و أمّا جريانه فيها بعد اللزوم فسيأتي إن شاء الله تعالى في التنبيه السابع، فإنّه يذكر هناك حكم الخيار بعد اللزوم على كلا القولين و هما الملكية و الإباحة.

(*) لا وجه لهذا الإحتمال، لما فيه أولاً: من النقص بالبيع القولى إذا اجتمعت فيه موجبات عديدة للخيار كالغبن و العيب، إذ لازم دلالة كل واحد من أدلة تلك

الخيارات على إختصاص الخيار بالعقد الذي وُضع على اللزوم من ناحية غير هذا الخيار هو عدم إجتماع تلك الخيارات في البيع اللفظي، مع عدم التزام أحدٍ بذلك.

و ثانياً: من الحُلِّ، و حاصله: أن المراد بلزوم العقد هو كون العقد بطبعه مقتضياً للزوم، و هذا لا ينافي جوازه للجهات العارضة.

و بعبارة أخرى: المراد لزومه لو خُلِّي و طبعه، فلا مانع من جوازه لجهات خارجة عن ذاته.

و تفصيل البحث أن يقال: إن المعاطاة المقصود بها الملك إن أفادت الملك اللازم كما هو الأصح فلا ينبغي الإرتياب في تطرُق الخيارات طُرّاً فيها، لإطلاق أدلتها، من غير فرق بين الخيارات المختصة بالبيع و غيرها. و أمّا الخيارات الثابتة بدليل لُبِّي فالمتيقن من موردها هو البيع اللازم.

و إن أفادت الملك الجائز فكذلك أيضاً، لإطلاق أدلتها، و توهم منافاة جوازها للخيار، للزوم تحصيل الحاصل أو إجتماع المثليين أو اللغوية مندفع بما مرّ آنفاً.

نعم إن كان دليل الخيار لُبِّيّاً فلا يحكم بثبوته في المعاطاة المفيدة للملك الجائز. و إن أفادت الإباحة فلا معنى للخيار - الذي هو حلّ العقد و فسخ مضمونه - في

المعاطاة المفيدة للإباحة كما عرفت في توضيح كلام المصنف رحمته، لأنها إباحة عندهم فلا معنى للخيار.

لكن لِسَيِّدِنَا المحقق الخوئي رحمته هنا كلام محصله: أنه لا شبهة في صدق البيع العرفي على المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للإباحة شرعاً، فإن الإباحة الشرعية لا تُخْرِجُهَا عن البيع العرفي، و لذا يصح حمله عليها بالحمل الشائع، فتشملها العمومات

الدالة على صحة البيع، فيحكم بكونها بيعاً في نظر الشارع كحصول الملكية في بيع الصرف و السَلْم المتوقف على القبض الخارجي. و حينئذٍ نقول: إن كان المقصود من

ثبوت الخيار في العقد سلطنة ذي الخيار على فسخه فعلاً فلا إشكال في

عدم شمول أدلة الخيارات للمعاطة المفيدة للإباحة، لعدم حصول الملكية إلا بعد طرود أحد الملزّمتين، وإباحة التصرف ترتفع بعدم رضا المالك بالتصرف بلا إحتياج إلى فسخ المعاطة.

إلا أن يقال: إنّ الإباحة شرعية لا مالكية حتى ترتفع بعدم رضا المالك، و من المعلوم بقاء الاباحة الشرعية إلى أن يحكم الشارع بارتفاعها.

لكنه مندفع بأن الإباحة هنا ثبتت بالإجماع، و المتيقن منه إنّما هو مع بقاء البازل على إذنه، فلا يشمل الإجماع صورة رجوعه عن إذنه.

و الحاصل: أنّ الغرض من جعل الخيار إن كان هو ترتب الأثر الفعلي عليه لم يجر ذلك في المعاطة المقصود بها الملك المفيدة للإباحة.

لكنه بديهى البطلان، إذ لو كان الغرض من الخيار الأثر الفعلي لزم منه إمتناع إجتماع الخيارات العديدة في البيع وغيره من العقود. و إن كان الغرض من الخيار إستيلاء صاحبه على إلغاء ما هو مؤثّر في النقل و الإنتقال، فلا شبهة في جريان الخيار المصطلح في المعاطة المذكورة، لأنّها قابلة للتأثير في الملكية، فإذا ثبت الخيار لكلّ من المتعاطيين جاز لكلّ منهما رفع تلك القابلية برفع موضوعها لثلاً تؤثّر في الملكية بعد طرود أحد الملزّمتين.

و على هذا فيكفي في صحة جعل الخيار في المعاطة التمكن من إلغائها بالفسخ عن قابلية التأثير في الملكية. هذا ملخص كلامه.

لكن لا يمكن المساعدة على ما أفاده تتبعاً، لمنع صدق البيع العرفي على المعاطة المفيدة للإباحة و إن قصد بها التمليك، فإن صدق البيع مع إتفات العرف إلى عدم إمضاء الشارع له، و جعل الإباحة له ممنوع أشد المنع، و صدقه عليه أحياناً عرفاً إنّما هو لأجل عدم إطلاعهم على عدم إمضاء الشارع له، و بدون إمضائه لا عقد حتى يجري فيه الخيار

الذي هو حُلُّ العقد. و الإباحة الشرعية أجنبية عن العقد، و طرود الملزمات لا يوجب الملك، بل لزوم الإباحة كما هو ظاهر جُلُّ كلمات القائلين بالإباحة.

و قياس المعاطاة المفيدة للإباحة حدوثاً و الملك بقاءً ببيع الصرف المتوقع تأثيره في الملكية على القبض مع الفارق، لأنه بيع عرفي لا يؤثر شرعاً في الملكية إلا بالقبض بحيث يكون القبض شرطاً لتأثيره، من دون ترتب أثر على مجرد البيع حتى الإباحة. بخلاف المعاطاة، فإنها تؤثر في الإباحة، و تأثيرها في الملكية بعد طرود أحد الملزمات غير ثابت، لما عرفت من أن كلمات جُلُّ القائلين بالإباحة خالية عن تأثيرها في الملكية، بل عبّروا بأنها تلزم بالتصرف أو التلف، و الظاهر من ذلك أن الإباحة تلزم بهما، فلاحظ.

ثم إنه يظهر ممّا ذكرنا: أن موضوع الخيار هو العقد المُمضى شرعاً، لأن الخيار عبارة عن حلّ ما عقده و التزم به، و بدون الإمضاء الشرعي لا يتحقق عقد حتى ينحلّ بالفسخ الناشئ عن الخيار. و المعاطاة المفيدة للإباحة و إن قصد بها الملك ليست عقداً شرعاً حتى يجري فيها الخيار .

و عليه فلا موضوع لما أفاده بَيِّنَات من «أن الغرض من جعل الخيار إن كان هو ترتب الأثر الفعلي إمتنع إجتماع الخيارات العديدة في البيع و غيره من العقود، و هو بديهي البطلان. و إن كان هو إستيلاء صاحبه على إلغاء ما هو مؤثّر في النقل و الانتقال، فلا شبهة في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة المذكورة، لأنها قابلة للتأثير في الملكية فلا مانع من إلغائها عن التأثير المزبور بالخيار، هذا» و ذلك لأنه لا يصدق العقد العرفي و الشرعي على المعاطاة المذكورة حتى يصحّ جعل الخيار فيها، و يجيء فيه التشقيق المزبور في الخيار.

هذا كلّه مضافاً إلى: أن دليل الخيار يُخصّص أدلة لزوم الملك التي هي دليل الإمضاء، فدليل الخيار مترتب عليها، و مخصّص لعمومها الأفرادي أو الأزمانى.

وإن شئت فقل: إن الخيار دافع لأصالة اللزوم كخيار المجلس، أو رافع لها كخيار العيب والغبن بناءً على كون ظهور العيب والغبن سبباً للخيار.

وعلى كل حالٍ يعتبر في تعلق الخيار وقوع مضمون العقد، ولا يكفي مجرد القابلية في تعلُّقه، وإلا لصحَّ تعلق خيار المجلس ببيع الصرف قبل التقابض، لكونه قابلاً للمملُكية، وضرورة هذه القابلية فعلية بعد التقابض، مع أنَّ من البديهي عدم جعل الخيار فيه إلا بعد التقابض. ولا ملك فعلاً في المعاطة حتى يثبت فيها الخيار، ولذا لا يجري خيار المجلس في بيع الصرف والسلم قبل القبض، حيث إن نفس العقد فيهما لا يفيد الملك حتى يجيء فيهما الخيار وإن كانا قابلين للتأثير في الملكية.

والمحصل: أنه لا ينبغي الإشكال في أنَّ موضوع الخيار هو العقد الممضى شرعاً، لا مجرد العقد العرفي وإن لم يمضه الشارع كالمعاطة المفيدة للإباحة شرعاً المقصود بها الملك.

فتلخص مما ذكرنا: أنَّ شيئاً من الخيارات لا يتطرق في المعاطة المفيدة للإباحة وإن قصد بها التمليك، كعدم تطرُّقه في المعاطة المقصود بها الإباحة.

الأمر الثاني^(١): أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي

التنبيه الثاني: إنشاء المعاطاة بوجوه أربعة

(١) الغرض من عقد هذا التنبيه بيان ما يتحقق به المعاطاة، يعني: أنه هل يعتبر في تحققها - حتى تفيد الملك أو الإباحة - التعاطي من الطرفين، أم تتحقق بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر، وبغير ذلك.

و توضيح المقام: أن في كل معاملة - ومنها المعاطاة في البيع - جهتين: إحداهما: المنشأ، وهو الأمر الاعتباري المقصود للمتعاملين، وهو إما التملك أو الإباحة.

و ثانيهما: الإنشاء، وهو ما يكون مُبرزاً للقصد النفساني أو مُوجداً للأمر الاعتباري. و لابد من تحقيق كلتا الجهتين، و قد عقد المصنف رحمته التنبيه الرابع لإستيفاء الكلام في أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين. كما عَقَدَ هذا التنبيه للبحث عن الجهة الثانية.

إذا عرفت هذا فنقول: إن المذكور في المتن صور أربع:

الأولى: إعتبار الإعطاء من الطرفين في تحقق الملكية أو الإباحة، فلا يحصل شيء منها بإعطاء واحد، و هو مقتضى الجمود على مدلول هيئة المفاعلة أي المشاركة بين إثنين في المبدأ، و عليه فالإعطاء الواحد جزء السبب المؤثر في الملكية أو

التنبيه الثاني: إنشاء المعاطاة بوجوه..... ٤٩

فعلًا^١ من الطرفين^٢، فالملك^٣ أو الإباحة في كلٍّ منها بالإعطاء، فلو^٤ حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته، فلا^٥ يتحقق المعاوضة^٦

الإباحة، نظير الإيجاب الواحد القولي في عدم ترتب أثرٍ عليه ما لم ينضم إليه قبول قولي.

الثانية: إعطاء أحد المتعاطيين و أخذ الآخر، من دون أن يُعطي الآخذ شيئاً.
الثالثة: عدم تحقق الإعطاء أصلاً، لا من الطرفين و لا من طرف واحد. بل مجرد إيصال المال الى الآخر بوضعه في المكان المعدّ له.
الرابعة: مجرد الكلام و المناقاة، من دون تحقق الإعطاء و لا إيصال أحد العوضين للآخر.

هذا إجمال الكلام، و سيأتي التفصيل إن شاء الله تعالى.
١) التقييد بفعالية التعاطي يكون لإخراج سائر الصور، فإنّ الإعطاء سيتحقق منها، لكنه ليس بعنوان إنشاء المعاوضة، بل لأجل الوفاء بها، كما هو الحال في القبض في البيع القولي.

٢) هذا إشارة إلى الصورة الأولى، و هي مقتضى الجمود على ظاهر باب المفاعلة.
٣) إذا كان هو المقصود، و قلنا بترتبه على المعاطاة كترتبه على البيع بالصيغة.

٤) هذه الإباحة إما مالكية لو كانت مقصودةً، أو تعبدية كما هو رأي القدماء من ترتبها على المعاطاة المقصود بها الملك.

٥) هذه نتيجة إعتبار فعالية التعاطي من الطرفين في ترتب الأثر على المعاطاة.

٦) يعني: بناءً على كون المعاطاة مفيدةً للملك.

٥٠..... هدى الطالب / ج ٢

و لا الإباحة^(١) رأساً، لأن^(٢) كلاً منها ملكٌ أو مباحٌ في مقابل ملكية الآخر^(٣) أو إباحته.

الإ^(٤) أن الظاهر من جماعة^(٥) من متأخري المتأخرين تبعاً للشهيد في الدروس جعله^(٦) من المعاطاة^(٧).

(١) بناءً على إفادة المعاطاة للإباحة.

(٢) محصل هذا التعليل: أن المعاطاة البيعية أو الإباحية تتوقف على قيام كلٍّ من المالكين مقام الآخر في الملكية أو الإباحة، ولا يقوم ذلك إلا بإعطاء المالك، فالإعطاء من كلٍّ واحد من المالكين تمليك أو إباحة، فالإعطاء من طرف واحد تمليك أو إباحة بلا عوض، وهذا غير المعاطاة المتقومة بإعطاء كلٍّ واحد من المالكين.

(٣) أي: ملكية المال الآخر.

(٤) هذا إستدراك على قوله: «المتيقن من مورد المعاطاة» و غرضه بيان الصورة الثانية، يعني: إلحاق الإعطاء من طرف واحد - وأخذ الآخر - بالمعاطاة من الطرفين في إفادة الإباحة على رأي القدماء، و الملك على رأي المتأخرين.

(٥) كالشهيد الثاني أ و المحدث البحراني^٣.

(٦) أي: جعل الإعطاء - من جانب واحد - من مصاديق المعاطاة.

(٧) قال الشهيد قتيبي: «و من المعاطاة: أن يدفع إليه سلعةً بتمنٍ يوافقه عليه من

غير عقدٍ، ثم تُهلك عند القابض، فيلزم الثمن المسمّى»^ج.

أ : مسالك الأفهام . ج ٣ . ص ١٥١

ب : المدائق الناضرة . ج ١٨ . ص ٣٦٤

ج : الدروس الشرعية . ج ٣ . ص ١٩٢

ولا ريب^(١) أنه لا يصدق^(٢) معنى المعاطة، لكن هذا^(٣) لا يقدر في جريان حكمها عليه بناءً^(٤) على عموم الحكم لكل بيع فعلي^(٥)، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكاً له بعوض، أو مبيعاً^(٦) له به^(٧).

(١) هذا إشكال على إلحاق الإعطاء من طرف واحد بالمعاطة موضوعاً، ثم وجهه بقوله: «لكن» و حاصل ما أفاده: أن جعل الإعطاء من طرف واحد معاطأة إن أُريد به كونه معاطأة موضوعاً فهو ممنوع، لظهور هيئة المفاعلة في إعتبار الإعطاء من الجانبين فعلاً، بإعطاء أحدهما ليس معاطأة. وإن أُريد به إلحاقه حكماً بالمعاطأة كان متيناً، بناءً على أن يكون مفاد دليل مشروعية المعاطة صحة البيع الفعلي في قبالة القول، سواء تحقق بالتعاطي من الجانبين، أم بإعطاء أحدهما، أم بنحو آخر، إذ المتبع حينئذٍ هو دليل المعاملة الفعلية وإن لم يصدق عنوان المعاطأة عليها. وعليه فما في دروس الشهيد و تبعه جماعة في غاية المتانة.

(٢) لتوقُّفه على الإعطاء من الطرفين، بدعوى دلالة هيئة المفاعلة على الإشتراك في المبدأ.

(٣) أي: عدم صدق المعاطأة لا يقدر في جريان حكم المعاطأة على الإعطاء الواحد.

(٤) قيد لقوله: «لا يقدر» يعني: فلو قيل بدوران صحة المعاطأة مدار صدق المعاطأة المنوطة بالتعاطي لم يكن وجه للإلحاق المزبور.

(٥) غرضه تبيُّه أن الإعطاء من طرف واحد محكوم عليه بحكم المعاطأة - وإن لم يصدق عليه عنوانها - بناءً على عموم حكم المعاطأة عند الأصحاب لكل بيع فعلي من دون مزيةٍ و خصوصيةٍ للتعاطي من طرفين، إذ من المعلوم حينئذٍ كون الإعطاء من طرف واحد مصداقاً للبيع الفعلي وإن لم يكن مصداقاً للمعاطأة، إذ لم يرد عنوان المعاطأة في نصٍّ حتى يكون لها خصوصية.

(٦) الأنسب بالمقابلة أن يقال: «أو إباحةً له» أو يقال: «مملكاً له بعوض».

(٧) أي: بالعوض، و ضمير «له» في المواضع الخمسة راجع إلى أحد العوضين.

و أخذ الآخر له تملكاً^(١) له بالعوض أو إباحةً له بإزائه، فلو كان^(٢) (***) المعطى^(٣) هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع إشتراكاً، و أخذه^(٤) بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد^(٥) في زمان واحد(***)).

ثم صحة هذا^(٦) على القول بكون المعاطة بيعاً مملكاً واضحة، إذ يدل عليها ما دلّ على صحة المعاطة من الطرفين.

(١) فيكون الأخذ كالقبول القولي، و إعطاء البائع بمنزلة الإيجاب اللفظي. ولا حاجة حينئذٍ إلى الإعطاء من طرف آخر، بل يتحقق البيع بإعطاء واحدٍ منها و أخذ الآخر.

(٢) هذا متفرع على كفاية إعطاء أحدهما و أخذ الآخر في صدق البيع الفعلي - و هو المعاطة بالمعنى الأعم - عليه.

(٣) بصيغة المفعول.

(٤) يعني: و أخذ مالك المبيع للثمن من مالكه يبيع للمثمن بذلك الثمن الذي أخذه، و هذا بناءً على صحة تقدم القبول على الإيجاب لا مانع عنه، و إلا ففيه منع.

(٥) يعني: بإعطاء واحدٍ مقرونٍ بأخذ الطرف الآخر في زمان واحد.

(٦) أي: صحة المعاطة المتحققة بإعطاء واحد. و حاصل ما أفاده بَيِّنَةٌ هو: أنه

(*) هذا التفريع غير ظاهر، لأن دفع الثمن - الذي هو وظيفة المشتري - تملك لا تملك. و غرضه بَيِّنَةٌ كون الإعطاء تملكاً لا تملكاً. و الظاهر عدم تحقق البيع بدفع الثمن إلى مالك المبيع.

(**) فالإعطاء من الطرف الآخر يكون فاءً بالعقد المتحقق بإعطاء واحد، وليس إنشاءً لقبول العقد، لتحققه قبله على الفرض. بل مقتضى كفاية إعطاء واحد في تحقق المعاطة هو كون الإعطاء من الطرف الآخر - في المعاطة من الطرفين أيضاً - فاءً، لا إنشاءً للقبول.

و أما على القول بالإباحة فيشكل بأنه - بعد عدم حصول الملك بها - لا دليل على تأثيرها في الإباحة^(١).

اللهم^(٢) إلا أن يُدعى قيام السيرة عليها^(٣) كقيامها على المعاطاة الحقيقية^(٤). وربما يُدعى^(٥) إنقضاء المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ الثمن من غير

بناءً على كون المعاطاة بيعاً مفيداً للملك يكون دليل صحتها ما دلّ على صحة المعاطاة - الحاصلة من الإعطائين - من الأدلة المتقدمة، فإنّ المعاطاة حينئذٍ بيع يشملها جميع ما دلّ على صحة البيع. وبناءً على كون المعاطاة مفيدة للإباحة لا تكون بيعاً حتى تشملها أدلة البيع، و لا دليل على إفادتها للإباحة، لظهور كلمات القدامى القائلين بالإباحة في توقفها على إعطاء الجانبيين، كقولهم: «إذا دفع قطعةً الى البقلي أوالشارب فقال: أعطني بقلأ أو: أسقني ماءً» و ظهورها في توقف الإباحة على الإعطاء من جانبين بما لا يُنكر. إلا أن يدعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقية المتحققة بالإعطاء من الطرفين، بأن يقال: إنّ موضوع السيرة هي المعاطاة المتحققة عرفاً بالإعطاء من طرف واحد.

(١) حيث إنّ مقتضى القاعدة عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه.

(٢) إستدراك على قوله: «فيشكل» و مقصوده - كما تقدم توضيحه - تصحيح

المعاطاة - بإعطاء واحدٍ منها - بالسيرة المستمرة على ترتب الإباحة عليه.

(٣) أي: على المعاطاة الحاصلة بإعطاء واحدٍ منها.

(٤) وهي بالتعاطي من الطرفين.

(٥) هذا ثالث الوجوه المتصورة في المعاطاة، و محصل هذا الوجه هو: أنه

لا إعطاء في البين أصلاً، لا من الطرفين و لا من الطرف الواحد، بل ليس فيه إلا إيصال ووصول، فالموصل يتسبب بإيصاله إلى التملك، و الطرف الآخر يتسبب بوصول المال إليه إلى مطاوعته، فيتحقق بها البيع. و لعلّ السيرة الجارية على ذلك

صدق إعطاءٍ أصلاً فضلاً عن التعاطي كما تعارف^١ أخذ الماء مع غيبة السقاء، ووضع الفلّس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك. وكذا غير الماء من المحقرات كالخضریات ونحوها. ومن هذا القبيل^٢ دخول الحمام ووضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته^٣.
فالمعيار^٤ في المعاطاة وصول العوضين أو احدهما مع الرضا بالتصرف. ويظهر ذلك^٥ من المحقق الأردبيلي رحمته الله أيضاً في مسألة المعاطاة.

- في السقاية والاستحمام بل وغيرهما - موردّها قصد التملك. وقد تقدّم أنّ «تبدیل العين المتمولة بمالٍ» هو البيع، فكل فعل يكون قابلاً لإبراز هذا التبدیل الإعتباري فهو بيع فعلي وإن لم يكن معاطاةً مصطلحةً. ومع صدق البيع عليه يشمله عموم ما دلّ على صحة البيع، ولا يدور الحكم مدار صدق المعاطاة عليه بعد ما عرفت من عدم ورود عنوان «المعاطاة» في آيةٍ ولا روايةٍ ولا معقد إجماعٍ حتّى يدور الحكم مدارها.

(١) مقصوده رحمته الله: أنّ الصورة الثالثة ليست صرف فرض، بل هي واقعةٌ خارجاً، لجريان سيرتهم عليها، إذ لا يتصور الإعطاء والأخذ عند غيبة السقاء والبقلي، فضلاً عن تحقق التعاطي.

(٢) أي: من قبيل أخذ الماء عند غيبة السقاء ووضع الثمن في المكان المعدّ له - في كونه معاطاة - دخول الحمام.

(٣) التقييد بالغبية واضح، إذ مع حضوره في الحمام يندرج في الصورة الثانية وهي إعطاء المستحيم وأخذ الحمامي.

(٤) يعني: بناءً على هذه الصورة الثالثة.

(٥) يعني: يظهر إنقاد المعاطاة - بمجرد إيصال الثمن وأخذ الثمن - من المحقق الأردبيلي رحمته الله كما يظهر من غيره، ولعلّ المصنف إستظهر كفاية الإيصال من قوله في شرح الإرشاد: «فاعلم أنّ الذي يظهر أنّه لا يحتاج في إنقاد عقد البيع - المملک

و سيأتي توضيح ذلك^(١) في مقامه^(٢) إن شاء الله تعالى.
ثم^(٣) إنه لو قلنا بأن اللفظ غير المعبر^(٤) في العقد كالفعل في إنعقاد
المعاطة أمكن خلو المعاطة^(٥)

الناقل للملك من البائع إلى المشتري و بالعكس - إلى الصيغة المعينة كما هو المشهور، بل يكفي كل ما يدل على قصد ذلك مع الاقباض» بأن يُراد من الإقباض مجرد الوصول و الإيصال، لا ظاهره وهو تسليم أحد المتعاطين ماله للآخر. و لعل المصنف يُعزِّزُ إعتد في هذه النسبة على ما في مفتاح الكرامة^(٦) فراجع.

(١) أي: إنعقاد المعاطة بمجرد إيصال الثمن و أخذ الثمن، من غير إعطاء أصلاً.
(٢) و هو التنبيه الثامن، حيث يقول فيه: «و السيرة موجودة في المقام، فإن بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، و وضعهم الفلوس في الموضع المعدل ... الخ» لكن المصنف خص جواز هذه الصورة بالقول بالإباحة دون الملك، و سيأتي تفصيل الكلام هناك إن شاء الله تعالى.

(٣) هذا إشارة إلى الصورة الرابعة من صور المعاطة، و هو إنشاء البيع باللفظ الفاقداً لشرائط الصيغة مادةً أو هيئةً، بدون إعطاء العوضين و لا أحدهما و لا إيصاله. و حكم هذه الصورة الصحة بناءً على إفادة الملك المقصود للمتعاطين، و البطلان بناءً على الإباحة كما سيأتي.

(٤) كأن يقول في إنشاء البيع: «عَوَّضْتُ» بدل «بِعْتُ» أو قال أحدهما: «هذا لك» و قال الآخر: «هذا لك بدل ما أعطيتني».

(٥) الأولى تبديله بـ «خلو المبادلة» لفرض عدم تحقق الإعطاء و الإيصال في هذه الصورة أصلاً، و إنما يُراد إلحاقها بالمعاطة حكماً. نعم لا بأس بهذا التعبير بناءً على أن يراد بالمعاطة ما يقابل البيع القولي الجامع لشروط الصيغة، إذ ليست هذه

أ : جمع الفائدة و البرهان ، ج ٨ ، ص ١٣٩

ب : مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٥٩

من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان^(١) على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال. و لا يبعد^(٢) صحته مع صدق البيع عليه^(٣) بناءً على الملك. و أمّا على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم^(٤) هنا أكد^(٥) (*).

الصورة الرابعة بيعاً بالصيغة فتندرج في المعاطاة التي هي بيع فعلي.

(١) بأن يقصد إنشاء البيع بالألفاظ غير المعتبرة في إنشاء البيع.

(٢) هذا إشارة إلى حكم الصورة الرابعة، و هو التفصيل بين ترتب الملك والإباحة، فتصحّح على الأول، لكونها بيعاً عرفياً، و تبطل على الثاني، لكون المتيقن من دليل الاعتبار - و هو مثل السيرة - تحقق الإعطاء من الجانبين.

(٣) و إن لم يصدق عليه المعاطاة، لما مرّ من عدم دوران الحكم بالصحة مدار خصوص الإعطاء و الإيصال، بل يكفي قصد الملك و صدق «البيع» على الإنشاء.

(٤) بقوله في الصورة الثانية: «فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة».

(٥) وجه الأكديّة: أن الإباحة لما كانت لأجل السيرة و الاجماع - و هما بُيَّان - إختصاصاً بصورة التعاطي من الطرفين، فلو تعدّينا عن التعاطي إلى الإعطاء الواحد لم يتجه التعدّي الى المقام ممّا لا فعل فيه أصلاً، و إنّما هو إنشاء قولي ملحون، و لا يصدق عليه المعاطاة موضوعاً.

(*): عبارة المصنف رحمته في هذا التنبيه قد تضمّنت صوراً أربعا:

الأولى: تحقق الإعطاء من الطرفين، و هي المنسبقة الى الأذهان.

الثانية: تحقق الإعطاء من طرف واحد فقط.

الثالثة: عدم الإعطاء لا من الطرفين و لا من طرف واحد، بل مجرد إيصال و وصول كالأمثلة المذكورة في المتن من شرب الماء، و الدخول في الحمام، و أخذ الخضروات و وضع العوض في الموضع المعدّ له من كوز أو صندوق أو غيرهما.

الرابعة: مجرد الكلام الدال على المقابلة من غير إيصال و وصول.
 أمّا الصورة الأولى فلا ينبغي الإشكال فيها، لكونها هي المتيقنة من المعاطاة، فيشملها ما يدل على صحتها. و دعوى «عدم تعقل توقف المعاطاة المقصود بها المبادلة على الإعطاء من الطرفين، بل لا محيص عن تحققها بالإعطاء و الأخذ لطرف واحد، نظراً إلى: أن الأخذ إن قصد بأخذه للعين قبول ما ملكه المعطي فقد تمت به المعاملة، لإشتمالها على تملك و تملك، فيكون إعطاء الآخر بعد ذلك وفاءً بالعقد، لا إنشاء للقبول. و إن لم يقصد بأخذه القبول فلا يجزي إعطاؤه، لأنه تملك مستقل، فيتحقق إيجابان مستقلان باعطين. و لا ريب في عدم انعقاد المعاملة حينئذ، لكون كل منهما إيجاباً مستقلاً بلا قبول» أ.

غير مسموعة، لأن البيع ليس إلا تملكاً بازاء تملك كما في الإعطائين، فإن كلاً منهما تملك بازاء تملك. وهذا المقدار من الربط كافٍ في الربط المعاملي، و لا دليل على إعتبار خصوص الربط المطاوعي، فلا يكون الإعطائان في المقام تملكين مستقلين. ولو كان خصوص الربط المطاوعي معتبراً في تحقق البيع لما صح إنشاء وكيل المتعاملين تبادل المالين بقوله: «بادلتُ بينهما» مع صحته قطعاً، فلا ينحصر إيجاد ماهية البيع بالإيجاب و القبول.

فالمتحصل: أن البيع يتحقق باعطين كما يتحقق بإعطاء واحد، هذا.
 و أمّا الصورة الثانية فقد ظهر مما ذكرنا في الصورة الأولى صحتها، و أنها بيع مشتمل على الإيجاب و القبول، لكون الإعطاء إيجاباً و الأخذ قبولاً، فيشمله دليل البيع سواء أكان لفظياً أم لُبِّيّاً، لصدق البيع العرفي عليه.

لكن قد يناقش في تحقق المعاطاة بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر، تارة بما

في تقرير شيخ مشايحنا المحقق النائيني رحمته الله، وأخرى بما في حاشية المحقق الإيرواني رحمته الله.

أما الأول فقد مهد لإثبات دعواه مقدّمة، محصلها: أن العقود المعاوضية التي يمكن إنشاؤها بالمعاطاة هي البيع والإجارة والقرض والهبة، وأما غيرها كالصلح فلا يقع بالمعاطاة، وذلك لأنه يعتبر كون الفعل آلة لذلك العنوان المعاملي حتى يتحقق في وعاء الإعتبار، فلا معنى لإيجاد كل عنوان بكل فعل وإن لم يكن آلة له، ولذا لا يقع الصلح بالتسليط الخارجي على المال، لكونه مصداقاً للتملك لا للتسالم الذي هو حقيقة الصلح.

و على هذا فلما كانت حقيقة البيع تبديل طرفي الإضافة توقّف حصولها بالمعاطاة على التعاطي من الجانبين، حتى يفك كل منهما ربطة الملكي بماله و يشدّه بمال الآخر، فيتبدّل طرفا الإضافة. ولا يتحقق عقد البيع لو كان الإعطاء من طرف واحد، فإنّ البائع مثلاً وإن حلّ علّقته بماله و شدّها بالمشتري، إلا أنه لم يقم مقامه شيء من المشتري، إذ لم يصدر منه إلا الأخذ، و أمّا حلّ ربطة بمال نفسه فلم يتحقق منه ما يوجبه لا قولاً ولا فعلاً.

و حينئذٍ فإما أن يكون إعطاء أحدهما و أخذ الآخر مصداقاً للهبة، وإما أن يكون باطلاً لا بيعاً ولا غيره، إذ البيع تبديل الطرفين و النقل من طرف واحد ليس بيعاً.

مضافاً إلى: لزوم بقاء نفس إضافة البائع على حالها مع عدم وجود طرف لها، لعدم إنتقال مال المشتري إليه بعدد، و من المعلوم إمتناع بقاء الإضافة بدون طرفها، لتضايّف المالكية و المملوكية. هذا ما يستفاد من تقرير درسه الشريف أ.

و أما الثاني فقد قال: «و أمّا إعتبار العطاء من جانب واحد فهو أيضاً باطل،

فإن دليل صحة المعاطاة إن كانت هي الأدلة اللفظية المتقدمة بإطلاقها كما ينفي إعتبار اللفظ في الإنشاء كذلك ينفي إعتبار الفعل، فكل ما حصل به إنشاء المعاملة صح بمقتضى تلك الأدلة. وإن كانت هي السيرة والإجماع فكل أحد يعلم أن السيرة لا تدور مدار الإنشاء بأسباب خاصة، بل كل ما حصل به إنشاء المعاملة من قول أو فعل أو إشارة كفى في ترتيب أثر المعاملة عند العقلاء وأهل العرف^أ.

لكن يمكن أن يقال: أما ما أفاده الميرزا رحمته فإن قابلية الفعل لإبراز العنوان القصدي أو إيجاده أو آليته له وإن كانت مسلمة، فكما لا تصلح صيغة النكاح لإنشاء البيع مثلاً، فكذا الحال في الإنشاء بالفعل. إنما الكلام في التطبيق، إذ المرجع في صدق البيع على المعاطاة هو العرف، ولا يعتبر عندهم أزيد من قصد العنوان والتوصل إليه بلفظ أو فعل، فكما تقع المعاملة عندهم بالمامسة والمنازعة، فكذا يصح إنشاؤها بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر.

هذا مضافاً إلى: النقض بموارد إلتزم الميرزا رحمته بجريان المعاطاة فيها بإعطاء أحدهما وأخذ الآخر كالقرض وبيع النسبنة والسلم، فالقرض مثلاً تمليك عين بضمان البدل، فلا بد أن يكون أخذ المقرض تملكاً للعين وتملياً للمثل أو القيمة، إذ لولا هذا التمليك وضمانه بالبدل لكان تصرفه عدوانياً. ولا وجه لتصحيح القرض المعاطاتي إلا الإلتزام بأن أخذ المقرض آله عرفاً لتملكه للمال وتمليكه للمثل أو القيمة أي ضمانه لأحدهما.

وكذا الحال في بيع السلم، إذ لم يصدر منهما إعطاء، بل إقباض الثمن خاصة. فتحصل: أن بيان الميرزا رحمته غير ظاهر نقضاً وحلاً. وأما ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته فلا يخلو من غموض أيضاً، إذ المقصود البحث عن حال الإعطاء الواحد من حيث كونه سبباً لإنشاء البيع عرفاً وعدمه، لا من

حيث إعتبار الإعطاء الواحد شرعاً في إنشاء البيع حتى ينفي إعتباره بإطلاق الأدلة. ولاريب في أن الإعطاء الواحد سبب عرفي لإنشاء البيع، فتشمله أدلة البيع، وإلا لانسد باب البيع نسيئاً و السّلم، فهما من أقوى شواهد صحة إنشاء البيع بإعطاء واحد، فدلِيل صحة البيع - سواء أكان لفظياً أم لياً - يشمل البيع المنشأ بإعطاء واحد.

ولا فرق فيما ذكرناه من صحة إنشاء البيع بالإعطائين والإعطاء الواحد بين إفادة المعاطاة الملك كما هو مقصود المتعاملين، وبين إفادتها الإباحة تبعاً كما عن مشهور القدماء، لأن السيرة جارية على كل منهما، ضرورة أن المعاملات الجارية بين العرف تارة تكون بإعطائين، وأخرى بإعطاء واحد.

و أما مع قصد المالكين للإباحة فالأمر أوضح، لأن الإباحة حينئذٍ مالكية، فتشمله قاعدة سلطنة المالكين على أموالهم، كما استدل بها صاحب الجواهر رحمته، فلا فرق في حصول الإباحة المالكية بين صدور إعطائين وإعطاء واحد، وبين عدم صدور فعل منهما أصلاً، لكفاية مجرد الإذن في التصرف سواء حصل بقول، أم فعل، أم إشارة، أم غيرها.

و أما الصورة الثالثة - وهي عدم حصول إعطاءٍ لا من كليهما ولا من أحدهما بل مجرد إيصال و وصول - فملخص الكلام فيها: أن المحقق الإيرواني رحمته منع عن كون الأمثلة المزبورة من المعاطاة المجردة عن الفعل، بل جعلها من المعاطاة المتحققة بالتعاطي من الجانبين، حيث قال ما لفظه: «التعاطي من الجانبين في الأمثلة التي ذكرها موجود، فوضع الماء في موضع معدّل لأن يؤخذ إعطاءً من السقاء للماء، وهكذا فتح باب الحمام للداخلين، ووضع الفلّس من شارب الماء والداخل في الحمام في موضع أعدّ لذلك أخذ منه للفلّس، فكل منهما قد أعطى، وكل قد أخذ ما أعطاه الآخر. وإنما تتحقق المعاملة بلا إعطاءٍ من شيءٍ من الجانبين فيما إذا كان المالان عند كل منهما بسبق أمانة

أو غضب أو إطارة ربح، فقصد المعاوضة بلا فعلٍ من كلِّ منهما^أ.
و أنت خبير بما فيه، لأنَّ المراد بالعتاء هو ما يتحقق به البيع و يكون سبباً
لإنشائه، و من المعلوم أنَّ وضع الماء في مكان معدُّ للإستسقاء منه، و فتح باب الحمام
ليسا كذلك، إذ لو كانا سببين للإنشاء لزم منه إشكالان:
أحدُهما: الفصل بين الإيجاب و القبول غالباً.

ثانيهما: الجهل بالمبيع، لتفاوت الشاربين و داخلي الحمام في مقدار الماء الذي
يستعملونه للإرتواء و التنظيف أو الغسل، إلا إذا عيّن مالك الماء و الحمام كيلاً معيّنًا للماء
الذي يشربه الشارب، كما يضع السقاء أحياناً بدل القربة أو انبي مملونة من الماء في محلّ
لشرب الشاربين منها، أو يستعمله من يدخل الحمام.

ولكنه خلاف المتعارف ظاهراً، فإنَّ بناءهم على إرتواء الظامي بمبلغٍ معيّن، و من
المعلوم إختلاف المقدار الذي يروي الظامي باختلاف مراتب عطشه، فدعوى كون
الأمثلة المتقدمة من المعاظة المتحققة بالتعاطي من الطرفين غير ثابتة.

و الحق أن يقال: إنَّ مثالي الشارب و الوارد في الحمام خارجان عن البيع
المعاطاتي رأساً، و داخلان في الإباحة بالعوض، و الدليل على ذلك السيرة القطعية
الجارية على ذلك في الأشياء الحقيرة.

أو داخلان في معاوضةٍ خاصة تمليكية. و دليلها قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارةً
عن تراضٍ﴾.

أو «كونها من قبيل: أعتق عبدك عني، فيكون الشارب و الوارد في الحمام وكيلين
عن السقاء و مالك الحمام في إنشاء الإيجاب» كما احتمله سيّدنا الأستاذ رحمته.

أ : حاشية المكاسب، ج ٠١، ص ٨٣

ب : نهج الفقاهة، ص ٦٠ و ٦١

لكنه لا يخلو من غموض، لعدم خطوط ذلك في ذهن الحمامي غالباً حتى يمكن أن يقال بتحقيق التوكيل، والمفروض أن الوكالة من العقود المتقومة بالقصد. وليس هنا كلامٌ يتوقَّف صحته على التقدير حتى يقال: إن دلالة الإقتضاء تقتضي تقديرأً ليصح الكلام معه، ويكون ذلك كاشفاً عن الثبوت وهو قصد التوكيل، إذ لم يصدر هنا إلا فعلٌ كفتح باب الحمام، وصحته لا تتوقَّف على فرض قصد التوكيل حتى يكون من قبيل «أعتق عبدك عني» وذلك لما عرفت من إمكان كونهما من الإباحة بالعوض.

كما أن توهم «كون مثال الحمام من قبيل الإجارة المعاطاتية، بدعوى: كون العين المستأجرة نفس الحمام كلاً أو بعضاً، وعد المياه المستعملة فيه منفعة له حتى لا يرد عليه: أن المياه عين، وهي تلف بالانتفاع بها، وهذا خلاف مقتضى الإجارة من اعتبار بقاء العين المستأجرة ليتنفع بها» مندفع بجهالة المدة، مع أن تعيينها من أركان الإجارة. كما أن احتمال كونها مصالحة معاطاتية أو هبة كذلك بشرط العوض ممّا لا مُثَبِّت له بعد كون كل منهما عنواناً قصدياً يحتاج ترتيب أحكام كل منهما إلى إحراز عنوانهما. فالأولى أن يقال: إن الأمثلة المذكورة كلّها من قبيل الإباحة بالعوض، فإن مقتضى الاستصحاب بقاء الأعيان المزبورة من الماء والخضروات على ملك مالكيها. وفتح باب الحمام أو دُكَّانِ بائع الخضروات، وكذا وضع السَّقَاءِ قربة الماء أو أوانيه مملوثة من الماء في مكانٍ معدّ لشرب الناس منها إذن وإباحة في التصرف في الماء والخضروات، فبقاؤهما على ملك مالكيهما محرز تعبُداً، والإذن محرز وجداناً. وليس هذا إلا إباحة التصرف الثابتة بقاعدة سلطنة الناس على أموالهم.

ومع هذا الاحتمال الذي يساعده الصناعة لا موجب لجعل الأمثلة المذكورة من قبيل قوله: «أعتق عبدك عني» إذ لا دليل على كونها من قبيل ذلك، فإن الإلتزام بالوكالة

هناك إنما هو لتوقف صحة الكلام على ذلك، فهذه قرينة على كون مراد المتكلم توكيل المخاطب في شراء العبد عن نفسه، ثم إعتاقه عنه. وهذا بخلاف الأمثلة المتقدمة، فإنه لا موجب للإلتزام المزبور أصلاً، بل قضية الاستصحاب كما عرفت هو بقاء الماء والخضروات على ملك مالكيهما، وفتح باب الحمام و نحوه مصداق فعلي للإباحة، فتأمل في أطراف ما ذكرناه جيداً، والله تعالى هو العالم بالصواب.

و أما الصورة الرابعة - وهي مجرد الكلام الدال على المقابلة - فحاصل البحث فيها: أن مراد المصنف رحمته إن كان إنشاء المعاملة بالألفاظ غير الجامعة للشرائط بأن يكون مقصوده رحمته بالمقابلة القول غير الجامع للشروط - بقرينة قوله: «ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ غير المعبر في العقد ... الخ» إذ مقصوده إنشاء البيع باللفظ الفاقد للشرائط، فالمراد بالمقابلة الإنشاء بالألفاظ التي يتكلمان بها مع فقدها للشرائط - فلا يرد عليه ما في جملة من الحواشي من مغايرة المقابلة مفهوماً للبيع، فلاحظ.

وبالجملة: فوقوع البيع حينئذ مبني على عدم إعتبار سبب خاص في إنشائه، هذا. وإن كان مجرد المقابلة والمساومة فلا ينبغي الإرتياب في عدم وقوع البيع بها، لأن المقابلة بهذا المعنى مباينة للبيع.

والظاهر أن مراده هو الأول، إذ لا يتوهم أحد أن تكون المقابلة بيعاً، هذا. ثم إنه بناءً على وقوع البيع بهذه المقابلة لا تدرج في المعاطة المصطلحة، لعدم إنشائه بفعل حتى يندرج فيها، بل هو بيع عرفي أنشئ بالألفاظ غير جامعة للشرائط، فيشمله ما دل على صحة البيع إن لم يثبت إعتبار لفظ خاص فيه، وإلا فهو بيع باطل. ولا يفيد الإباحة أيضاً، لخروجه عن مورد السيرة والإجماع، حيث إن موردهما وقوع فعل أو فعلين من المتعاملين. كما لا يشمل قاعدة السلطنة الموجبة للإباحة المالكية، وذلك لعدم قصدهما للإباحة.

الثالث^(١): تمييز البائع من المشتري في المعاطاة

التنبية الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة

(١) الغرض من عقد هذا التنبية هو تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية، و محصل ما أفاده هو: أنه تارة يكون أحد العوضين من التقدين كالدنانير و الدراهم، و أخرى يكون العوضان من غير الأثمان بأن كانا من العروض كالحنطة و السُّكَّر مثلاً. ففي الصورة الأولى يكون المشتري باذِل التقدين، إلا مع التصريح بكونه البائع كأن يقول: «بتك هذه الليرة مثلاً بوزنة من الحنطة» فحينئذٍ يكون باذِل الليرة بائعاً. و في الصورة الثانية يتصور وجوه:

أحدها: أن يقوم أحد المالين بنقد دون الآخر، فالمشتري دافع المقوم. ثانيها: أن يقوم كلاهما، كأن يقوم الحنطة بدرهم، و السُّكَّر أيضاً بدرهم. ثالثها: أن لا يقوم شيءٌ منهما بالتقدين، بأن يقع التبادل بين العروضين أصالة كالحنطة واللحم من دون تقدير شيءٍ منها بالدرهم و الدينار، بل يقع المبادلة بين وقيّة من الحنطة و بين ربع وقيّة من اللحم مثلاً.

و في هذين الوجهين احتمالات أربعة:

الأول: كونه يبعأ و شراءً بالنسبة إلى كلٍّ منها، فكلٌّ من المتعاملين بائع، لأنه بذل ماله بمال، و هو تعريف البيع - كما تقدّم في محلّه - و مشتري، لأنه ترك شيئاً و أخذ بغيره. الثاني: كونه يبعأ بالنسبة إلى من يُعطى أولاً، لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبة إلى الآخذ، لكونه قابلاً عرفاً.

الفعلية^(١) مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح، فإنَّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرَّح بالخلاف^(٢).

و أما مع كون العوضين من غيرها^(٣) فالثمن ما قصداً قيامه مقام الثمن في العوضية، فإذا أعطى^(٤) الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أن هذا المقدار من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق^(٥) عرفاً أنه اشتري اللحم بالحنطة. وإذا انعكس انعكس الصدق^(٦)، فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو

الثالث: كونه مصالحة معاطية، لصدق المصالحة التي هي التسالم عليه.
 الرابع: كونه معاملة مستقلة يجب الوفاء به بمقتضى الأمر بالوفاء بكل عقد عرفي.
 (١) لعل التقييد بالفعلية لإخراج الصورة الرابعة مما تقدّم في التنبيه الثاني، فإنَّ المقابلة و الإنشاء باللفظ الفاقد لبعض شرائط الصيغة يُبَيِّنُ البائع عن المشتري، بخلاف المعاطاة الفعلية، فإنّه لا بدّ من تمييز أحدهما عن الآخر بالصور المذكورة في المتن.
 و بعبارة أخرى: محط البحث في هذا التنبيه هو المعاملة الفعلية الفاقدة للإنشاء اللفظي، فلو أنشئت باللفظ للمحون كان البادي هو البائع، والآخر هو المشتري.
 (٢) كأن يقول: «بعثك هذا الدينار - مثلاً - بحقّة من اللحم» فإنَّ البائع حينئذٍ هو صاحب الدينار.

(٣) أي: من غير الدراهم والدنانير و الفلوس المسكوكة، أو كونها منها كالمعاطاة في بيع الصرف.

(٤) هذا إشارة إلى الوجه الأوّل من الصورة الثانية التي يكون كلا العوضين فيها عروضاً، كمبادلة اللحم بالحنطة، فيتميّز البائع عن المشتري بأنّ دافع اللحم هو البائع، و باذل الحنطة هو المشتري، لكونها قاصدين إعطاء درهم - أو ما يساويه في المالية - بعنوان ثمن اللحم، و عليه يترتب أحكام البائع على باذل اللحم.

(٥) جواب قوله: «فإذا أعطى» و هذا بيان حكم هذه الصورة.

(٦) بأن كان مقصودهما بدلية اللحم عن الدرهم، فالمعوض هو الحنطة، و باذها

التمن، وصاحبه^(١) هو المشتري.

ولو لم يلاحظ^(٢) إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام التمن في العوضية، أو لوحظت^(٣) القيمة في كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم، فتعاطيا من غير سبق^(٤) مقاولية تدلُّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففي كونه^(٥) بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلٍّ منهما بناءً^(٦) على أن البيع لغةً

هو البائع، و التمن هو اللحم، و صاحبه هو المشتري.

(١) أي: صاحب المدفوع - بنية البدلية عن الدرهم - هو المشتري.

(٢) معطوف على قوله: «فالتمن ما قصدا قيامه» و هذا يتضمن الوجه الثاني و الثالث من الصورة الثانية، لأنَّ قصد بدلية أحدهما عن الآخر يكون تارةً مع عدم النظر إلى كون التمن الواقعي درهماً حتى يقوم السكر بالدرهم الذي هو التمن حقيقةً. و أخرى مع تقدير كلا العروضين بالأثمان و الدراهم، فالعوضان و إن كانا من العروض، إلا أنَّ حيشية التقوم بالدرهم ملحوظة فيها. و قد عرفت تطرُّق احتمالاتٍ ثلاثة في تمييز البائع عن المشتري فيها.

(٣) معطوف على «من دون نية» فكأنه قيل: «ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن

الآخر و لوحظت القيمة في كليهما...» و هذا بيان الوجه الثالث مما تقدم في الصورة الثانية.

(٤) التقييد بعدم سبق مقاولية واضح، إذ مع سبق المقاولية على التعاطي يكون سبقها قرينةً على أن أحدهما بالخصوص بائع، و الآخر مشتري، فلا يبقى شك حتى تتطرَّق فيه الإحتمالات الآتية.

(٥) جزاءً لقوله: «ولو لو يلاحظ» و هو خبر مقدّم لقوله: «وجوه» أي: ففي كون

التعاطي بيعاً و شراءً... الخ، و هذا شروع في بيان محتملات المسألة، و الاحتمال الأوّل هو صدق «البائع و المشتري» على كلٍّ من المتعاطيين.

(٦) حاصله: أنَّ هذا الإحتمال الأوّل مبني على أمرين:

أحدهما: كون البيع مبادلة مال بمال، كما تقدم في تعريف المصباح.

كما عرفت^١ «مبادلة مال بمال» (*).، و الإِشْتِراء^٢ «ترك شيءٍ و الأخذ بغيره»

ثانيهما: كون الشراء بمعنى ترك شيءٍ و أخذ غيره كما في القاموس أ.
و على هذا يصدق تعريف البيع و الشراء على كليهما، أما صدق البيع فلأنَّ كُلاً
من باذل الحنطة و اللَّحْمِ بِأَدَلِّ مَالِهِ بِمَالٍ آخَرَ.

و أما صدق الشراء فلأنَّ كُلاًّ مِنْهَا تَرَكَ شَيْئاً و أَخَذَ غَيْرَهُ.
و ما أفاده المصنف رحمته موافق لكلام الراغب، حيث قال: «إذا كانت المبايعة بين
سلعة بسلعة صح أن يتصور كل واحدٍ منها مشترياً و بايعاً»^٣.

هذا بناءً على تسليم ما ذُكِرَ في معنى البيع و الشراء، فلو كان المفهوم منها
أومن أحدهما أمراً آخر لم يصدق «البائع و المشتري» على كل واحد من المتعاطين،
كما إذا عُرِفَ البيع «بإعطاء المثلن و أخذ الثمن»^٤، أو اعتبر في الشراء المطاوعة و قبول
إنشاء البائع كما هو كذلك في الجملة بنظر المصنف، و أن التمليك فيه ضمني لا أصلي.
و عليه فجرّدُ المبادلة بين المالين و أخذ شيءٍ و ترك آخر غير كافٍ في صدق عنوان
البائع و المشتري على كل منها.

(١) يعني: في أوّل كتاب البيع، حيث قال: «و هو في الأصل - كما عن المصباح -
مبادلة مال بمال».

(٢) بالنسب معطوف على «البيع» يعني: و بناءً على أن الإِشْتِراء هو مطلق
«ترك شيءٍ و أخذ غيره» من دون إعتبار المطاوعة فيه، و لا إعتبار كون تملكه أصلياً

(*). لكن مع هذا البناء يصدق البائع و المشتري على كُلِّ واحد من الطرفين في
جميع المقامات، و لا يختص بهذه الصورة.

أ : القاموس المحيط ، ج ٤ ، ص ٣٤٨

ب : مفردات ألفاظ القرآن الكريم ، ص ٢٦٠

ج : المصدر ، ص ٦٧

كما عن بعض^(١) أهل اللغة، فيصدق^(٢) على صاحب اللحم: أنه باعه بحنطة، وأنه اشتري الحنطة، فَحَنَّتْ^(٣) لو حَلَفَ على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة (*).
نعم^(٤) لا يترتب عليها أحكام البائع و لا المشتري،

و تملكه تبعياً.

(١) كالفيروزآبادي، حيث قال: «و كلُّ من ترك شيئاً و تمسك بغيره فقد اشتراه. و منه: اشتروا الضلالة بالهدى».

(٢) هذه نتيجة صدق «البائع و المشتري» على كلِّ واحد من المتعاطيين.

(٣) غرضه بيان ثمره مترتبة على الإحتال الأول و هو صدق البائع و المشتري على الطرفين، و بيانها: أنه إذا حَلَفَ المكلفُ على ترك بيع اللحم و ترك شراء الحنطة، فباعه بها، فقد خَالَفَ الحلفَ و حَصَلَ الحنثُ، و وجبت عليه كفارتان، إحداها لبيع اللحم، و الأخرى لشراء الحنطة. و هذا شاهد على إمكان صدق عنوانين متقابلين - و هما البائع و المشتري - على كلِّ منهما، إذ لو إمتنع الإنطباء لم يكن وجهٌ لإيجاب كفارتين عليه.

(٤) هذا إستدراك على قوله: «فيصدق...» يعني: أنه بناءً على هذا الإحتال الأول و إن صدق البائع و المشتري على كلِّ منهما، لكنَّ الأحكام المختصة بالبائع و المشتري لا تثبت في هذين المتعاطيين. و الوجه في عدم ثبوتها أن الأدلة المتكفلة

(*) حنث الحلف تابع لكيفية يمينه، فلو كان متعلقاً بترك بيع اللحم و شراء الحنطة مطلقاً ولو في معاملة واحدة إتجه ما في المتن من حصول الحنث ببيع اللحم بشراء الحنطة. و لو كان حلفه منزلاً على الغالب و منصرفاً عن هذه الصورة كما إدعاه في أدلة الأحكام لم تبعُد دعوى عدم حصول الحنث فيمن صدَّق عليه العنوانان في معاملة واحدة.

لإنصرافها^(١) في أدلة تلك الأحكام إلى من إختص بصفة البيع^(٢) أو الشراء^(٣)،
فلاتعم^(٤) من كان في معاملة واحدة مصداقاً لها^(*) باعتبارين.
أو^(٥) كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً،

لتلك الأحكام ناظرة إلى ترتب أحكام البائع على من يكون بائعاً في معاملة
ولا يكون مشترياً فيها، وكذا ترتب أحكام المشتري على من يكون مشترياً في
معاملة ولا يكون بائعاً فيها، فهذه الأدلة منصرفة عن صدق عليه «البائع
والمشتري» في معاملة واحدة.

١ أي: لإنصراف البائع والمشتري في أدلة تلك الأحكام إلى خصوص من
إختص بكونه بائعاً، وإلى خصوص من إختص بكونه مشترياً.
٢ كقولهم: «تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع» أ.
٣ كقوله عَلَيْهِ: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام ...» ب.
٤ يعني: فلاتعم ولا تشمل أدلة تلك الأحكام من صدق عليه البائع
والمشتري في معاملة واحدة.

٥ معطوف على قوله: «كونه بيعاً وشراءً» وهذا إشارة إلى الإحتمال الثاني
المجاري في الصورتين الأخيرتين، ومحصله: تمييز البائع عن المشتري بالتقدم والتأخر،

(*) بناءً على عدم مغايرة مفهومي البيع والشراء على نحو التباين، بأن يكون
لكل منهما معنى عام يصدق على كل من البائع والمشتري. لكنه غير ثابت، فإن معنى
البيع مباين لمعنى الشراء، فلا يصدق أحدهما على الآخر في المقام وإن كانا من
الأضداد، إذ المقصود مقابلة العنوانين، لاختصاص كل منهما بحكم، هذا.

أ: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار، وهو مضمون غير واحد من
النصوص.

ب: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث: ٢

لصدق الموجب عليه^(١)، و شراء^(٢) بالنسبة الى الآخذ، لكونه قابلاً عرفاً.
أو كونها^(٣) معاطاة مصالحة(*)، لأنها بمعنى التسالم على شيء^(٤) (***)

فالبائع هو مَنْ سبق الآخر بإعطاء سلعته كاللحم في المثال» و المشتري هو الآخذ
لللحم و الدافع للحنطة.

(١) أي: على من يعطي أولاً. وجه صدقه عليه هو: كون الإنشاء الأول إيجاباً
للمعاملة، و الإنشاء الثاني قبولاً لها عرفاً، فالمدار في تشخيص الموجب على البادي
بالإنشاء.

(٢) معطوف على «بيعاً» و ضمير «لكونه» راجع الى الآخذ.

(٣) معطوف على «كونه بيعاً و شراءً» و تأنيث الضمير لرعاية الخبر.

و هذا إشارة الى الإحتمال الثالث، و هو عدم كون هذا التعاطي بيعاً أصلاً، وإنما
هو صلح معاطاتي. لأنها تسالما على مبادلة سلعة بسلعة أخرى، كمبادلة اللحم
بالحنطة.

(٤) يعني: و المفروض أتهما تسالما على المبادلة المزبورة، فتكون هذه المعاطاة
مصالحة معاطاتية.

(*) لا يناسب ذكر هذا الإحتمال، لأنه في مقام تمييز البائع عن المشتري،
و يكون ذلك أجنبياً عن كون المعاملة مصالحةً. و كذا الحال في إحتمال كونها معاوضةً
مستقلةً.

(**) بحيث يكون نفس التسالم منشأً. و أما إذا كان الإنشاء متعلقاً بموضوع

التسالم كالتبادل بين الماليين، أو تملك أحدهما مجاناً فلا مجال لكونه صلحاً، و إلا كان
جميع العقود صلحاً.

فالفارق بين الصلح و غيره من العقود هو: أن الإنشاء إن تعلق بالتسالم على أمرٍ

كان صلحاً، و إن تعلق بموضوع التسالم كالمبادلة بين الماليين أو تملك أحدهما مجاناً،

أو رهن مالٍ، أو تملك منفعة بمالٍ لم يكن صلحاً. فإحتمال كون المعاملة في المقام

ولذا^(١) حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك ولي ما عندي» على الصلح^(٢) (*).

(١) يعني: ولأجل كون التسالم على تبديل ماله بمال صاحبه صلحاً حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك و لي ما عندي» على الصلح، وهي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما».

و تقريب الدلالة: أن كل واحد من الشريكين جاهل بقدر الطعام الموجود عند الآخر، فأرادا فسخ الشركة - في هذه الحال - بالصلح، بأن يكون لكل منهما ما عنده من الطعام بلا مطالبة الآخر أصلاً، فأجاب عليه السلام بأن قول أحدهما للآخر «لك ما عندك و لي ما عندي» إن كان مع رضاها صح ذلك، وإلا فلا.

و المقام من هذا القليل، فإن مالك اللحم يقول لصاحب الحنطة: «أعطيك اللحم و آخذ الحنطة» فيقبل، فهذا إنشاء التسالم على مبادلة إحدى السلعتين بالأخرى.
(٢) متعلق بـ «حملوا».

صلحاً معاطاتياً ضعيف غايته، ضرورة أنه لم ينشأ فيه إلا نفس المبادلة، دون التسالم عليها كما لا يخفى.

(*) لكنه حمل بلا شاهد، بل لعل حملها على الهبة المعوضة أولى. و بعد التسليم نقول: بمغايرة مورد الرواية لما نحن فيه، إذ فيها قرينة على إرادة الصلح، لكون كل واحد من المالين مجهول المقدار، لقول السائل: «ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه» فإن الجهل بالمقدار ربما يكون قرينة على إرادة الصلح. بخلاف المقام، فلا قرينة فيه على إرادة الصلح منه.

أو^(١) كونها معاوضةً مستقلةً لا تدخل تحت العناوين المتعارفة؟ وجوه^(٢)، لا يخلو ثانيها عن قوّة، لصدق^(٣) تعريف «البائع» لغةً و عرفاً على الدافع أولاً دون الآخر، و صدق^(٤) المشتري على الآخذ أولاً دون الآخر، فتدبر^(٥) (*).

(١) معطوف على «كونه بيعاً و شراءً» و تأنيث الضمير باعتبار الخبر. و هذا هو الإحتمال الرابع في الصورتين الأخيرتين، و محصله: كون هذا التعاطي معاملةً مستقلةً غير مندرجة في العقود المتعارفة المعهودة، لعدم إنطباق مفهوم البيع و الشراء و الصلح عليها، فلا مناص من كونه عقداً مستقلاً يجب الوفاء به بمقتضى الآية الكريمة.

هذه محتملات هذا التعاطي في مقام الثبوت، و سيأتي إستظهار الإحتمال الثاني. (٢) مبتدأ مؤخر، و خبره قوله: «في كونه».

(٣) هذا وجه ترجيح الإحتمال الثاني و إستظهاره في مقام الإثبات، و محصله: أن تعريف البائع بـ «من يعطي الثمن و يأخذ الثمن» صادق على البادي بدفع سلعته إلى الآخر، و تعريف المشتري بـ «من يأخذ الشيء أولاً و يترك الآخر» صادق على المشتري، لأنه يتسلم السلعة ثم يدفع بدلها.

(٤) بالجر معطوف على «صدق» في قوله: «لصدق البائع».

(٥) لعله إشارة إلى: أنه مبني على تسليم منع تقديم القبول على الإيجاب، و أن المتقدم هو الإيجاب لا محالة. لكنه أخصّ من المدعى، لإختصاصه بما إذا تقدّم أحد الإعطائين على الآخر. و أما إذا تقارنا فلا يتميز البائع فيه عن المشتري بذلك، لفرض الإقتران. أو إشارة إلى: عدم صحته في نفسه، و عدم كون مجرد التقدم موجباً لصيرورة المتقدم موجباً و المتأخر قابلاً، لعدم ندرة تقدم إعطاء الثمن على إعطاء الثمن.

(*): إعلم أن عبارات المصنف رحمته في هذا التنبيه مضطربة، لظهور بعضها في كون

الاختلاف و الشبهة في الموضوع و الإثبات، لا المفهوم و الثبوت، كقوله في أول التنبيه: «مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم و الدنانير... الخ» فإن التعارف يلائم كون الشبهة في

المصدق، وأنه المرجع في مقام الإثبات وهو المناسب لمقام المرافعة. و ظهور بعضها الآخر في كون الشبهة مفهومية، وأن الإختلاف في مقام الثبوت، كقوله: «فالثمن ما قصد قيامه مقام الثمن» وكقوله: «فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن... الخ» وكقوله: «ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر... الخ» لأنه تعريف لمفهوم الشراء، من دون نصب طريق لمعرفة في مقام الإثبات الذي هو مقصود المصنف رحمته من عقد هذا التنبيه، حيث قال: «الثالث تمييز البائع من المشتري... الخ».

كما أن الإحتمالات التي ذكرها بعد ذلك كلها راجعة إلى الشبهة المفهومية لا المصدقية التي هي محل الكلام.

إلا أن يقال: إن غرض المصنف رحمته في هذا التنبيه ليس مجرد بيان الشبهة المصدقية التي يكون الاشتباه فيها من جهة الأمور الخارجية، لأن ذلك راجع إلى باب المرافعات، ولا ربط لها بالمقام الذي يكون الغرض منه معرفة البائع والمشتري لترتيب أحكامهما عليهما. بل غرضه بيان مقدار المفهوم سعةً وضيقةً، وهذا هو الذي سماه المصنف في طهارته بالشك في الصدق. وهذا أيضاً من الشبهة المفهومية، والإحتمالات التي ذكرها كلها راجعة إلى الشبهة المفهومية.

فالإنصاف أن عبارة المصنف رحمته في بيان كون الشبهة مفهومية أو مصداقية مضطربة.

وما ذكرناه من أن غرضه رحمته بيان كون الشبهة مفهومية غير ظاهر أيضاً بعد الإحالة إلى التعارف الذي هو طريق إلى معرفة المصدق.

وكيف كان فالحق أن يقال: إن البيع المسببي - الذي هو مقابل غيره من العقود كالصلح والإجارة ونحوهما - عبارة عن المبادلة بين المالكين من غير تقوّمها بالإيجاب والقبول، لعدم تعقل تقوّم المسبب بسببه، أو الأمر الإعتباري بموضوع إعتباره.

لإستلزامه تقدم الشيء على نفسه، فحقيقة البيع المسيبي ليست إلا مبادلة مالٍ بمال، ولا يعقل تقييدها بسبب خاص.

و على هذا فالمبادلة لا تتوقف على سبب خاص من إيجاب و قبول، بل كما تحصل بهما كذلك تتحقق بقول أحدهما: «مَلَكْتُكَ هذا الكتاب بدرهم» و الآخر: «مَلَكْتُكَ درهماً بكتابك هذا». بل تتحقَّق بإيجاب بدون قبول، كقول وكيل المتبايعين: «بادلتُ بين المالين» و قول سيّد العبد و الأمة: «زَوَّجْتُ عبدي فلاناً أمّتي فلانة» من دون حاجة إلى القبول.

فتوهّم إعتبار القبول و المطاوعة في البيع لا منشأ له إلا شيوع إيقاع المعاملات بالإيجاب و القبول، أو الخلط بين البيع السبي و المسيبي، و من المعلوم عدم صلاحية شيءٍ منهما للإعتبار.

فالمتحصل: أن حقيقة البيع - و هي المبادلة بين المالين - تحصل بالإيجاب و القبول تارةً، و بالإيجاب المجرد أخرى كالوكيل من الطرفين أو الوليِّ عليهما، و ثالثةً بالإيجابين كتمليك عين بمال صاحبه، و بالعكس، فلا تقوم ماهية البيع بخصوص الإيجاب و القبول حتى يكون مُشْيء الأول موجباً و مُشْيء الثاني قابلاً.

و على هذا فإذا تبادلا عروضين أو نقدين كان ذلك بيعاً عرفياً أي «مبادلة بين مالين» من دون حاجة إلى صدق البائع على أحدهما و المشتري على الآخر.

و إن أبيت عن ذلك، فلا مانع من صدق البائع و المشتري على كل منهما، لأن كل واحد منهما باعتبار إعطاء سلعته بعوضٍ موجبٍ، و باعتبار أخذه سلعةً الغير قابلٍ. و عليه فلا حاجة في إطلاق البائع عليهما في قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» إلى إعمال عناية التغليب.

نعم في ترتيب الآثار الشرعية المترتبة على البائع و المشتري بعنوانهما يراعى العلم الإجمالي، فتجري فيها الأصول العملية، إذ لا تميّز لهما في مقام الإثبات، إلا

إذا كان إعطاء أحدهما مقدماً على الآخر، فالمقدم هو الإيجاب بناءً على عدم جواز تقديم القبول عليه.

و بالجمله: فصدق البيع على تبديل العروضين أو النقيدين مع تقاؤن الإعطائين غير خفي بعد صدق التبديل عليهما وإن لم يصدق على المتعاطيين عنوان البائع والمشتري، لما عرفت من عدم تقوُّم البيع المسببي بالإيجاب والقبول حتى يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً.

وإن أبيت عن ذلك بدعوى: عدم إمكان خُلُوِّ البيع عن البائع والمشتري، فنقول: إنَّه معامله مستقلة تشملها آية التجارة.

و منع كونه معاملهً مستقلة كما في تقارير المحقق النائيني رحمته بما لفظه: «لأنَّ مع قصدهما التبديل لا يكون إلاً بيعاً، فالحق كون أحدهما لا على التعيين بائعاً والآخر مشترياً من دون إمتياز بينهما واقعاً، فلا يترتب على كل منهما الأثر الخاصه الثابتة للمشتري والبائع» أ.

لا يخلو من غموض، لأنَّ المفروض عدم كون مطلق التبديل عنده رحمته بيعاً، بل التبديل المتعقب بالقبول، دون ما إذا كان الصادر من كُلِّ من المتعاطيين تبديلاً، فإنَّ التبديل حينئذٍ ليس متعقباً بالقبول، فلا يكون بيعاً، هذا.

و أمَّا ما أفاده رحمته من كون أحدهما لا على التعيين - حتى واقعاً - بائعاً والآخر مشترياً، فيتوجَّه عليه: أنَّ الإلتصاف بكون المعطي بائعاً أو مشترياً منوط بتحقق منشأه، فإنَّ أنشأ بإعطائه مُبدليَّة ماله فهو بائع، وإنَّ أنشأ بدليته فهو مشتري ثبوتاً وإن لم نحرزه إثباتاً، فكون أحدهما لا على التعيين حتى واقعاً بائعاً والآخر مشترياً ممَّا لم يظهر له وجه. مضافاً إلى لغويته، لعدم كونه موضوعاً لأثر شرعي كما إعترف رحمته بذلك، حيث قال: فلا يترتب على كل منهما الآثار ... الخ».

الرابع^(١): أن أصل المعاطاة - وهي إعطاء كلٍّ منها الآخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه:

التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين

القسم الأول: المقابلة بين المالين في الملكية

(١) الغرض من عقد هذا الأمر بيان أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين ومقام الثبوت. كما كان التنبيه الثاني متكفلاً لمقام الإثبات على ما سبق توضيحه هناك. ثم إن أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين وإن كانت كثيرة (*). إلا أن المصنف رحمته ذكر منها وجوهاً أربعة، لإيضاح أحكام غيرها منها. الأول: أن يكون كل منها قاصداً لتملك ماله بالآخر، فالمقابلة تكون بين المالين لا بين التملكيين - كما هو مناط الوجه الآتي - فتكفل المعاملة بإعطاء البائع

(*). لأن المبادلة إما بين المالين وإما بين الفعلين وإما بين مال وفعل. ثم ما يكون بين المالين إما ملكية وإما إباحة وإما مختلف. وما يكون بين الفعلين إما تملك من الطرفين أو إباحة كذلك، أو تملك وإباحة. وما يكون بين مال وفعل فصوره أربع، لأن الفعل إما تملك وإما إباحة. والمال إما يجعل عوضاً في كونه ملكاً أو في كونه مباحاً فإن الجميع مما يصدق عليه العقد ويشمله عموم وجوب الوفاء بالعقود، فتأمل جيداً.

أحدها: أن يقصد كلٌّ منهما تملك ماله بجال الآخر، فيكون الآخر^(١) في أخذه قابلاً^(٢) و متملّكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه^(٣) العوض إنشاءً تملك، بل دفع لما إلترّمه^(٤) على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى و قبضها^(٥)، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة^(٦)

وأخذ المشتري، لأنّ الأول تملك و الثاني تملك، فإعطاء المشتري خارج عن ركني المعاملة، وإنما هو وفاء بالعقد، لا إنشاء للقبول، و لا إنشاء للتملك، بل تمت المعاملة بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر، و لذا لو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة، فإطلاق المعاطاة عليه مع عدم حصول التعاطي من الطرفين - كما هو ظاهر باب المفاعلة - إنما هو في قبالة المعاملة القولية، وليس إطلاقها عليه من حيث تقوّمها بالعطاء من الطرفين.

و مثل هذا الإطلاق شائع في العقود كالمصالحة و نحوها، فإنّ إطلاقها ليس باعتبار اشتراك المبدأ بين الطرفين، ضرورة أنّ المبدء - و هو الصلح - قائم بواحدٍ منها ، و القائم بالآخر هو قبول الصلح، و كذا في المزارعة و المساقاة و الإجارة و المضاربة وغيرها في كون المبدء فيها قائماً بواحدٍ لا باتنين.

(١) هذا الآخر هو المشتري، بناءً على ما تقدم في التنبيه الثالث من كون البادي في الإعطاء بانعاً، و المتأخر مشترياً.

(٢) يعني: أنّ الفعل الواحد - و هو الأخذ - قابل لإنشاء التملك و إن كان متضمناً للتملك أيضاً.

(٣) يعني: فلا يكون إنشاءً تملك في دفع الآخر - و هو المشتري - العوض إلى الأول، بل يكون دفعه وفاءً بالعقد الذي تمّ بالإعطاء و الأخذ، فإعطاء الأول إيجاب، و أخذ الثاني قبول .

(٤) الأولى أن يقال: «لما ألزمه على نفسه، أو: لما إلترّم به» إلا بإشراب معنى «ألزمه» في «إلترّمه» لوضوح أنّ باب الإلتعال لازم غالباً لا متعدّ.

(٥) يعني: أنّ الإيجاب يكون بدفع العين الأولى، و القبول بقبضها.

(٦) بل هو وفاءً بالعقد لا إنشاء القبول.

فلو مات^(١) الآخذ قبل دفع ماله ماتَ بعد تمام المعاطاة.
 و بهذا الوجه^(٢) صححنا سابقاً^(٣) عدم توقف المعاطاة على قبض
 كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه^(٤) من حيث حصول المعاملة فيه
 بالعطاء دون القول، لا من^(٥) حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين (*).

(١) هذا متفرع على تمامية المعاطاة بدفع العين الأولى و أخذها، و غرضه بيان
 ثمرة كفاية الإعطاء والأخذ في تحقق المعاطاة، حيث يجب على ورثة الآخذ تسليم
 العوض إلى المعطي، وفاءً بالعقد الذي تمّ بأخذ المورث.

(٢) أي: بحصول المعاطاة بالإعطاء و الأخذ الواحد - او كون الإعطاء الثاني
 وفاءً، لا جزءاً للعقد و متمماً له - صححنا... الخ.

(٣) يعني: في التنبيه الثاني، حيث قال: «فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة
 تملكاً له بعوضٍ...».

(٤) أي: على ما تقدم من حصول المعاطاة باعطاءٍ و أخذٍ، و عدم إعتبار
 إعطائين في تحققها.

(٥) يعني: أنّ صدق المعاطاة ليس لأجل ظاهر هيئة «المفاعلة» من الإشتراك
 في المبدأ، كالتعاطي من الجانبين، بل لأجل مقابلة العقد الفعلي للقولي، سواء تحقق
 بإعطاءين أم بإعطاء واحد.

(* فجهة البحث في هذا التنبيه هي بيان أقسام المعاطاة المتصورة بحسب قصد
 المتعاطيين. و في الأمر الثاني هي بيان المبرز الخارجي لما قصده المتعاطيان. فجهة
 البحث في الأمر الرابع - وهي أنحاء المبرز - مغايرة للجهة المبحوث عنها في الأمر الثاني
 وهي بيان المُبرِز، لما عرفت. وللجهة المبحوث عنها في الأمر الأول التي هي تشخيص
 صفروية المعاطاة قبل اللزوم للبيع و عدمها، وللجهة المبحوث عنها في الأمر الثالث التي
 هي تمييز البائع عن المشتري.

ومثله^(١) في هذا الإطلاق لفظ المصالحة و المساقاة والمزارعة و المؤاجرة وغيرها^(٢).

(١) أي: ومثلُ صدق المعاطاة باعطاء واحد - خلافاً لظاهر باب المفاعلة - صدقُ المصالحة و المزارعة و المؤاجرة. حيث إنَّ المبدأ في هذه العناوين قائم بالموجب، و شأن القابل مجرد القبول. و قد تقدم توضيح قيام عناوين المعاملات بطرفين أو بأحدهما في إطلاقات البيع، فراجع أ.
(٢) كالمضاربة.

ثم إنَّ مقتضى الترتيب تقديم الأمر الثالث على الأمر الثاني، لأنَّه بعد تشخيص صغروية المعاطاة للبيع يقع الكلام في أنَّ أيَّ واحد من المتعاطيين بائع و أيُّهما مشتري، والأمر سهل.

و كيف كان فقد أُورد على المصنف رحمته بما في تقارير المحقق النائيني رحمته «من المنافاة بين ما أفاده هنا من تقوم المعاطاة بالعتاء من إحد و الأخذ من الآخر وكون دفع العين الثانية دائماً خارجاً عن حقيقة المعاطاة و وفاءً بالعقد، و بين ما أفاده في التنبيه الثاني من كون المتيقن من مورد المعاطاة هو العطاء من الطرفين.

وجه التنافي واضح، وهو خروج العطاء الثاني عن حقيقة المعاطاة بناءً على ما أفاده هنا، و دخوله فيها بناءً على ما تقدم عنه في التنبيه الثاني، لكونه المتيقن من مورد المعاطاة»^٣، هذا.

و قد دفع هذا التنافي سيدنا المحقق الخوئي رحمته على ما في تقرير بحثه من قول المقرّر: «فإنَّ العقد و إن تمَّ بالإقباض و القبض أولاً، إلا أنَّ المتيقن منه قبال العقد اللفظي هو ما تعقبه الإعتاء من الطرف الثاني أيضاً. و إذنَّ فلا تنافي بين الأمرين»^٤.

أ: راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص ٢٦٩، ٢٧٠.

ب: منية الطالب، ج ١، ص ٧٠.

ج: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٧٦.

و بهذا^(١) الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة.

(١) أي: بما ذكرناه - من أن إطلاق المعاطاة في البيع على الإعطاء الواحد يكون لأجل مقابلة البيع المعاطاتي للقولي، لا للتقوم بطرفين - ظهر وجه إطلاق المعاطاة في عقود أخرى، و أنه لا يتحقق من القابل إعطاء أصلاً، بل يكون إنشاؤها بإعطاء الموجب خاصة، و ذلك كالرهن و القرض و الهبة، فالرهن المعاطاتي إعطاء العين المرهونة إلى المرتهن و قبض المرتهن لها، و هو لا يدفع شيئاً إلى الراهن. و كذا القرض و الهبة، فإن الإقباض من طرف المقرض و الواهب، و ليس من المقرض و المتهب إلا القبول بالأخذ.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن الأخذ من المتعاطي الآخر فعل يصدر منه بعنوان القبول، و هذا هو القائم مقام القبول اللفظي، لأن الأخذ بقصد التملك قبول عرفي يصلح لأن يكون متمماً للعقد المؤلف من الإيجاب و القبول. و مع تمامية العقد لا يعقل أن يتصف الإعطاء الثاني بالقبول و المطاوعة، لكونه تحصيلاً للحاصل، بل لا يصلح إعطاء الثاني لأن يكون تملكاً لما أعطاه الأول، لعدم مناسبة كون إعطائه تملكاً لمال الغير، بل لابد أن يكون إعطاؤه تملكاً لماله كأعطاء الأول.

فلعل الأولى في دفع المنافاة أن يقال: إن مراد الشيخ رحمته الله بتيقن التعاطي من الطرفين هو تيقنه من معنى المفاعلة، لأن المتيقن من موارد استعمال هذا الباب هو اشتراك المبدء بين الطرفين، فهذا الوزن ينادي باعتبار إنشاء المعاملة بالعطاء من الطرفين، فكما ينشأ الإيجاب بالإعطاء، فكذلك القبول، و أخذ الثاني متمم للإيجاب و ليس إنشاءً للقبول، هذا.

لكن قد تقدم سابقاً أن المعاطاة لم ترد في دليل من آية أو غيرها حتى يؤخذ بالمتيقن من معناها، بل المراد هو المعاملة المجردة عن الصيغة المتداولة بين الناس. فالمرجع في إنشائها هو العرف، و من المعلوم أن الأخذ عندهم قبول عرفي، فيتم به العقد المركب من الإيجاب و القبول من دون حاجة إلى إعطاء الطرف الآخر.

وربما^١ يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن عطاء، و في صحته تأمل^٢
ثانيها^٣: أن يقصد كلُّ منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إيّاه.

(١) غرضه بيان صورة ثالثة لإنشاء المعاملة، و هي ما ليس فيها إعطاء حتى من طرف واحد كما تقدم ذكره في التنبيه الثاني، فالمعاملة الفعلية تتحقق بإيصال العوضين إلى الجانبين من دون إعطاءٍ و أخذٍ أصلاً، ومثّل له هناك بأخذ البقل و الماء من آنية السقاء، و وضع العوض في المكان المعدّ له.

(٢) أي: في صحّة التعامل بالإيصال - دون الإعطاء - تأمل، لأنّ المتيقن من الدليل اللبّي على صحّة المعاوضة في البيع هو إنشاء المعاملة بإعطاء الطرفين، و لا أقلّ من كونه بإعطاء أحدهما، و أمّا مجرد الإيصال فلا. و يكفي الشك في قيام السيرة عليه في الحكم بصحته. هذا تمام الكلام في القسم الأول أعني به قصدهما التمليك، و هو يتحقق خارجاً تارةً بإعطاءين، و أخرى بإعطاء واحد، و ثالثةً بإيصال العوضين.

القسم الثاني: المقابلة بين التملّكين

(٣) محصل هذا القسم هو: أن يقصد كلُّ من المتعاطين تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إيّاه، بحيث تكون المعاوضة متقومة بالعطاء من الطرفين كما هو ظاهر باب المفاعلة من إشترك المبدء بين الطرفين، فالمقابلة على هذا تكون بين التملّكين، و لازمه عدم تحقق المعاوضة إن مات الثاني قبل تمليك ماله للأول.

و الفرق بين هذا القسم وسابقه واضح، إذ المفروض في القسم الأول قصد أحدهما تمليك ماله بعوض، و قبول الآخر له، و هو البيع المعهود المتعارف. و لذا يقع البحث في كفاية إنشائه بإعطاء أحدهما و أخذ الآخر، أو إعتبار التعاطي فيه. بل احتمال إنشاؤه بإيصال العوضين. و لكن المفروض في هذا القسم الثاني قصد كلا المتعاطين التمليك، بأن يكون تمليك الأول مشروطاً بتمليك الثاني، بحيث لو لم يملك

فيكون تملك بإزاء تملك^(١)، فالمقابلة بين التملكين^(٢) لا الملكين^(٣)، و المعاملة^(٤) متقومة بالعطاء من الطرفين(*)

الثاني لاتشق تملك الأول، فكأنّ مقاولتها هكذا: «ملكك هذا الكتاب على أن تملكني الدينار» فوقوع هذه المعاملة منوط بصدور التملك من كليهما، فلا تتعد المعاطاة بتملك أحدهما. هذا بيان الموضوع، و سيأتي حكم هذا القسم.

(١) لا تملك مال بإزاء مال، كما كان في الصورة الأولى.

(٢) و هما فعلا صادران من المتعاطين.

(٣) كما هو حال البيوع المتعارفة، للفرق بين «مبادلة مال بمال» و «تملك مال بإزاء تملك مال».

(٤) لكون المقابلة بين فعلين، فلا معاملة بدونها.

(*) أورد عليه بما حاصله: «أنّ المعاملة تتحقق بإعطاء أحدهما و قبول الآخر بأخذه من دون حاجة الى إعطاء الثاني. حيث إنّ الأخذ يوجب صيرورة الأول مالكا للتملك على عهدة الأخذ، فيجب عليه الوفاء، فأعطاؤه حينئذ يتصف بالوفاء الخارج عن إنشاء المعاملة المتحققة بالإعطاء و الأخذ.

وبالجملة: فيكون القسم الثاني و هو التملك بإزاء التملك كالأول - و هو تملك مال بمال - في تحققه بعطاء واحد، و عدم الحاجة إلى العطاء الثاني، فلو مات القابل المتحقق قبوله بالأخذ قبل إعطائه مات بعد تمامية المعاملة في كلتا صورتين من دون تفاوت بينهما.

و لا يندفع هذا الإيراد بما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من: «أنّ التعاوض و التبادل بين شيئين لا بد من أن يكون بلحاظ أمر، فإذا كان عين عوضاً عن عين فلا بد من أن تكون في الملكية. و إذا كان عمل عوضاً عن عمل فلا بد من أن يكون في الاستحقاق. و ربما يكون التعاوض بين شيئين بلحاظ ذاتهما، لقبولهما بذاتهما للإضافة كالملكية،

ولو مات^(١) الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاوضة.
وهذا^(٢) بعيد^(٣) عن معنى البيع وقريب^(٤) إلى الهبة المعوضة، لكون كلٍّ من

-
- (١) هذا متفرع على تقوم المعاملة بالعطاء من الجانبين.
(٢) هذا شروع في بيان حكم القسم الثاني - أي التملك بإزاء التملك - وقد احتتمل المصنف فيها وجوهاً ثلاثة بعد إستبعاد كونه بيعاً، أولها: الهبة المعوضة، ثانيها: المصالحة المعاطاتية، ثالثها: المعاوضة المستقلة.
(٣) وجهٌ بعد كونه بيعاً واضح، لما تقدّم في أوّل الكتاب من أنه يعتبر في مفهومه أن يكون المبيع من الأعيان، ومن المعلوم أن التملك من الأفعال لا الأعيان، فلا يقع مبيعاً.
(٤) وجهٌ قُربه إلى الهبة المعوضة هو خُلُو كلٍّ من المالين عن العوض، لأنّ المقابلة وقعت - على الفرض - بين التملكين اللذين هما فعلان، لا بين الملّكين، فتكون هذه المعاوضة كالهبة المعوضة.

فإنّها مضافة بذاتها لا بإضافة أخرى، فمرجعُ التملك بإزاء التملك إلى جعل إضافة الملكية بإزاء إضافة الملكية، ومقتضى التضايّف بين العوضيّة والمعوضيّة حصولهما معاً وعدم إنفكاك أحد المتضايّفين عن الآخر^أ.

وفيه: أنّ التضايّف في المقام ملحوظ بين التملّكين اللذين هما فعلان للمتعاملين، فاتصاف التملك الصادر من الموجب بالمعوضيّة ملازم لاتصاف التملك الآخر بالعوضيّة، وصورته على عهدة القابل، لأنّه بالأخذ صار التملك على عهده فوجب عليه الوفاء به، من دون أن يكون إعطاؤه دخيلاً في حصول المعاوضة والتضايّف. فدعوى عدم الحاجة الى العطائين وتحقق المعاوضة بين التملّكين بالإعطاء الواحد في غاية القرب. فالإيراد وارد على كلام المصنف **بَيِّنٌ** فتأمل جيّداً.

المالين خالياً عن العوض^(١) .

لكن^(٢) إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل. إذ^(٣) لو لم يملكه الثاني هنا^(٤) لم يتحقق التملك من الأوّل، لأنّه^(٥) إنّما ملكه بازاء تملكه، فما لم يتحقق تملك^(٦) الثاني لم يتحقق تملكه.

إلا^(٧) أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأوّل

(١) المقصود بالعوض هنا هو المال، وإلا فالعوض بالمعنى الأعمّ منه و من الفعل - وهو التملك - موجود حسب الفرض.

(٢) غرضه تضعيف إحتال كون «التملك بازاء التملك» هبةً معوضة، كُبعد كونه بيعاً، وذلك للفرق بين المقام وبين الهبة، ومحصّل الفرق: أنّه جعل أحد التملكين - في هذا القسم - بازاء الآخر، فالإيجاب المنشأ به التملك المعوّض ينشأ به التملك العوض أيضاً، فيتمّ العقد بقبول الآخر من دون حاجة إلى إنشاء التملك العوض بالاستقلال، لعدم إنفكاك إنشاء التملك المعوّض عن إنشاء التملك العوض.

و هذا بخلاف التملك في الهبة المعوضة، فإنّ إيجاب الواهب يتضمن إنشاء تملكه فقط، و قبول المتّهب يُتمّ العقد المحقّق للتملك المعوّض. و أمّا التملك العوض فلا يتحقق إلاّ بإنشاء آخر من المتّهب، و قبول من الواهب. و على هذا فينفك أحد التملكين في الهبة المعوضة عن الآخر.

نعم في المقام إن لوحظ تملك الآخر على نحو الداعي - لا على وجه المقابلة - إنفك أحد التملكين عن الآخر، و سيأتي توضيحه.

(٣) هذا تقريب الاشكال، و قد عرفته آنفاً.

(٤) يعني: في القسم الثاني، و هو كون التملك بازاء التملك.

(٥) أي: لأنّ الأوّل إنّما ملك الثاني بازاء تملك الثاني الأوّل.

(٦) المصدر مضافٌ إلى الفاعل، يعني: إذا لم يملك الثاني الأوّل لم يتحقق تملك

الثاني، و وجه عدم تحقق تملكه هو: أنّ تملك الأوّل كان مشروطاً بتملك الثاني، و إذ ليس فليس.

(٧) ظاهره الإستدراك على قوله: «مشكل» و إمكان إدراج «التملك بازاء

على نحو الداعي^(١) لا العوض، فلا يقدر^(٢) تخلفه.

التمليك» في الهبة المعوضة. لكن مقصوده ^{تبيُّه} تصحيح هذا القسم الثاني بتغييره موضوعاً وحكماً. وبيانه: أن المقابلة بين التملكين تكون على نحو الإشتراط، أي يقصد كلٌّ منها تملك ماله للأخر بشرط تملك الآخر، فلو تخلف الثاني ولم يملك ماله لم يكن للأول تملك أيضاً. ومثله ليس هبة معوضة، إذ تملك الواهب غير معلق على شيء، ولذا يكون تخلف المتهب موجباً لثبوت الخيار للواهب، لا لبطان أصل هبته.

و ما أفاده بقوله: «إلا أن يكون» تغيير في موضوع المقابلة بين التملكين، وذلك بأن يكون تملك الأول غير مشروط بتمليك الثاني، بل يكون قصده تملك ماله للثاني مطلقاً، وداعيه عليه هو رجاء تملك الثاني ماله له. ومن المعلوم أن تخلف الداعي غير قادح في صحة المعاملة، كما إذا باع داره بداعي علاج ولده المريض، فعوفي الولد بعد البيع وقبل صرف الثمن في المعالجة، فإن البيع صحيح ولا خيار للبائع أصلاً، وذلك لعدم العبرة بتخلف الداعي إلى المعاملة.

و المقام من هذا القبيل، فيندرج «التمليك بإزاء التملك» في قسم آخر من أقسام الهبة المعوضة، وهو ما إذا لم يشترط فيها العوض أصلاً، وإنما يهب المتهب شيئاً للواهب تداركاً لإحسانه، بحيث لو لم يهب لم يطلب الواهب عوضاً من المتهب.

وقد إتضح من هذا: إلغاء شرطية تملك الثاني لتمليك الأول، وجعله داعياً له. كما أن الهبة المعوضة المنطبقة على هذا الفرض مغايرة للهبة المعوضة التي إستشكل فيها بقوله: «مشكل». وجه المغايرة: أن العوض هنا غير مشروط أصلاً، بل يُعطى تداركاً لإحسان الواهب.

(١) يعني: فيحتاج إلى إنشاء ابتدائي من الآخذ، ولا يكفي في إنشائه التملك المعوض.

(٢) لخروج الداعي عن حاق التملك الأول، ومن المعلوم عدم قدح تخلف الداعي في الصحة.

فالأولى أن يقال^(١): إنها مصالحة(*) و تسالم على أمرٍ معيّن. أو معاوضة مستقلة.

ثالثها^(٢): أن يقصد الأولُ إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه.

(١) بعد أن تعذر تصحيح «التملك بازاء التملك» بنحو الهبة المعوضة - لفرض كون المقابلة بين التملكين بالاشترط لا الداعوية - تصدّى تَبَيُّرٌ لتصحيحها بأحد وجهين آخرين:
الأول: أن يكون من الصلح المعاطاتي، لأنّها تسالما على إنشاء تملك بازاء تملك.

الثاني: أن يكون معاوضةً مستقلةً، يشملها إطلاق «التجارة عن تراضٍ» فتكون صحيحةً.

القسم الثالث: المقابلة بين إباحة أحدهما و تملك الآخر

(٢) محصل هذا الوجه الثالث هو الإباحة بالعوض، في مقابل الإباحة مجّاناً، فيكون الفعل الصادر من الموجب إباحةً التصرف في ماله مع العوض، لا بدونه، والصادر من القابل قبول الإباحة بتملك ماله للموجب المبيح، فالموجب يتملّك العوض، و القابل لا يملك ما أباحه الموجب له، بل يباح له التصرف فيه مع بقاء رقبته على ملك الموجب. فهذا التعاطي بمنزلة الإباحة القولية، كأن يقول: «أبجحت لك التصرف في الكتاب الفلاني بدرهم، بمعنى أن يكون الدرهم ملكاً لي».

و بالجملة: فيظهر من عبارة المصنف تَبَيُّرٌ إعتبار أمرين في هذا القسم. أحدهما: كون الإباحة مقابلة بالمال، لا بالتملك الذي هو فعل الآخر، كما يشهد به قوله: «أبجحت لك كذا بدرهم».

فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعرض، و من^(١) الثاني بقبوله لها التملك^(٢)، كما لو^(٣) صرح بقوله: أبحثُ لك كذا بدرهم. رابعها^(٤): أن يقصد كلُّ منها الإباحة بازاء إباحة أخرى، فيكون^(٥) إباحة بازاء إباحة، أو^(٦) إباحة

وثانيها: كون القبول أخذَ الطرف المقابل لما دفعه الأولُ إليه على وجه الإباحة، فيكون إعطاء الدرهم إلى المبيع وفاءً بالمعاملة ، لا لتقوم هذه الإباحة المعوّضة بإعطاءين.

(١) معطوف على «من الأول» يعني: فيكون الفعلُ الصادر من المباح له قبولُ تلك الإباحة في قبالة تملك الدرهم للمبيع.

و على هذا فالإباحة تكون تارةً مع العوض، وأخرى بدونه. و على الأول فإما أن يكون العوضُ إباحة شيءٍ و إما أن يكون تملكه. و مفروض المتن هذه الصورة الأخيرة، لا الإباحة مجاناً، و لا بعوض الإباحة.

(٢) أي: التملك الضمني، فإنّ المدلول المطابق للقبول هو قبول الإباحة، ومدلوله التضميني هو التملك، إذ المفروض كون إباحة المبيع بازاء تملك المباح له. (٣) يعني: لا فرق في مشروعية «الإباحة بعوض التملك» بين إنشائها باللفظ وبالفعل، كما هو المفروض.

القسم الرابع: المقابلة بين الإباحتين

(٤) ملخص هذا الوجه هو كون المقابلة بين الإباحتين - اللتين هما من الأفعال - كالتملكين في القسم الثاني، فلا يتحقق الملكية حينئذٍ أصلاً، بل يباح لكل منها التصرف في المال الذي أخذه من الآخر.

(٥) يعني: فيكون إعطاء كلِّ منها إباحةً بشرط إباحة الآخر بنحو المقابلة.

(٦) يعني: أو يكون إعطاء كلِّ منها إباحة بداعي إباحة الآخر.

لداعي إباحة^(١)، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني^(٢) من إمكان تصوّره على نحو الداعي و على نحو العوضية.

و كيف كان^(٣) فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين(*) على^(٤) فرض قصد المتعاطين لها.

(١) فلا تقابل حينئذٍ بين الإباحتين، لكون إباحة الطرف الآخر داعية إلى إباحة الأول، لا عوضاً عنها، كما تقدم نظير ذلك في الوجه الثاني، و هو قصد كل منها تملك ماله للآخر، حيث قال: «إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض».

(٢) حيث قال: «أن يقصد كل منها تملك الآخر بإزاء تملك ماله إياه».

(٣) يعني: سواء أمكن تصوّر الإباحة بداعي الإباحة، أم كانت المقابلة بين الإباحتين بنحو العوضية.

و هذا شروع في مقام الإثبات، و هو بيان حكم الأقسام الأربعة المتقدمة، و حيث إنه تبيّن أفاد حكم القسمين الأولين عند بيانها، فلذا خصّ البحث من هنا إلى آخر التنبيه بالقسمين الأخيرين صحّةً و فساداً، و قد ذكّر في المتن إشكالين، أحدهما مشترك بين كلا القسمين، و الآخر مختص بالرابع، و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(٤) مقصوده تبيّن أن أصل وقوع المعاوضة بقصد الإباحة لا يخلو من بُعدٍ و إن كان محتماً ثبوتاً، إذ المعاوضة المعهودة بين العقلاء و المتشرعة هي ما يقصد بها الملك كالباع بالصيغة. و عليه فبيان حكم هذين القسمين مبنيٌّ على فرض قصد الإباحة، كما يستفاد من بعض كلمات القدماء من كون مقصودهما إباحة التصرف لا التملك.

(*) أمّا القسم الأول - و هو تملك كل منهما ماله بمال الآخر - فلا إشكال فيه

أصلاً، لأنه مصداق حقيقي للبيع، فيشمله جميع ما دلّ على صحة البيع و نفوذه.

و أمّا القسم الثاني - وهو كون التملك بإزاء التملك، بحيث تكون المقابلة بين

الفعلين لا المالين - فقد استشكل فيه بوجهين:

أحدهما: ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق الثاني رحمته من: «أنه ليس التملك بالمعنى المصدرى مالا، بل المال هو الحاصل من المصدر، وليس هذا الفعل إلا آلة لحصول إسم المصدر، فلا يمكن أن يقابل بالمال. فمقابلة التملك بالمال باطلة، فضلاً عن مقابلة التملك بالتملك، لأن التملك ليس بمال. و فرق بين البيع بإزاء التملك وبيع المال على أن يخيظ له ثوباً، فإن الفعل في الأول ألي، بخلاف الثاني فإنه إستقلالي يبذل بإزائه المال»^أ.

و محصل ما أفاده يرجع إلى منع مالية التملك الموجب لبطلان المعاملة المتقومة بمقابلة المالين، فمع عدم مالية أحد العوضين - فضلاً عن كليهما - لا تصح المعاوضة، لفقدان ركنها، هذا.

و قد يورد عليه تارة: بأن التملك مال، لأن مناط المالية المستكشف عنه بتنافس العقلاء عليه موجود في التملك، ضرورة أن السلطنة على مال بالتملك و نحوه مما يرغب فيه العقلاء و يتنافسون عليه. فوزان التملك و زان الخياطة و النجارة و نحوهما من الأفعال التي تعدّ أموالاً عند العقلاء، خصوصاً بعد إتحاد المصدر و إسمه ذاتاً و إختلافهما إعتباراً، فتدبر.

و أخرى - بعد تسليم عدم ماليته - أنه حقّ قابل للإنتقال و أخذ العوض بإزائه، و من المعلوم كفاية مثل هذا الحق في صحة المعاملة، فإن سلطنة المالك على نقل تملك ماله إلى الغير حقّ للمالك. و قد تقدّم سابقاً: أن الأصل في الحقوق هو جواز نقلها و إسقاطها. فتوهم كون السلطنة حكماً شرعياً غير قابل للنقل فاسد.

لكنك خبير بما فيهما. إذ في الأول: أن المال هو ما يتنافس العقلاء عليه، لكن تطبيقه على تملك التملك ممنوع، فإن رغبة العقلاء في أمر ليست بلا مناط، فالعين شخصية كانت أم كلية بأقسامها مأل بلحاظ منفعتها، و كذا الحال في المنافع المتجددة

وبعض الحقوق. وأما التملك فلا سبيل لإستكشاف ماليته. عندهم بعد الإعتراف بعدم تعارف هذا النوع من المعاملة. وقياسه بالأعمال المحترمة كالخياطة و النجارة لا يخلو من تأمل، حيث إنَّ ماليَّتها بلحاظ الأثر المطلوب من إعمال صنعةٍ و تغيير هيئةٍ في القماش و الخشب. وهذا بخلاف التملك، فإنَّ ما يرغب فيه نفس العين الخارجية ذات المنفعة كالدار و الدُّكان، و أمَّا التسليط على التسليط فلم يعلم مقابله بالمال، و لا أقل من الشك في ماليته عرفاً، و هو كافٍ في منع عدم شمول أدلة الإمضاء له.

و في الثاني: أن المالك و إن كان مسلطاً على ماله بمقتضى «الناس مسلطون على أموالهم» إلا أنَّ المسلط عليه هو نفس المال، فلا بدَّ من إحراز ماليَّة شيءٍ حتى يتحقَّق موضوع السلطان، وحيث إنَّ ماليَّة التملك مشكوكة لم يتجه التمسك بالقاعدة لتجوز المقابلة بين تملكيين.

و أمَّا ما أُفيد من كون السلطنة حقاً للمالك قابلاً للنقل إلى الغير فممنوع، بالفرق بين هذه السلطنة و بين الحق، لما تقدم في مباحث الحقوق من أنَّ الحق القابل للنقل إلى الغير هو ما كان المجعول فيه تفويض الأمر إلى شخصٍ كما في حق القصاص و حق الشفعة و التحجير. و أمَّا سلطنة المالك على ماله فمتعلقها نفس المال، و أمَّا سلطته على التسليط على المال فليست من شؤون المال حتى يشمله إطلاق الحديث.

و لافرق فيما ذكرناه بين احتمالات الحديث من كونه مشرعاً مطلقاً أو للمسببات خاصة، و كونه غير مشرع أصلاً. بأن كان مدلوله إستقلال المالك في أنحاء التصرفات في المال. و وجه عدم الفرق ما ذكرناه من أن موضوع السلطنة المجعولة نفس المال، لا تفويض تملكه إلى الغير.

و عليه فالإنصافُ تامة ما أفاده المحقق النائيني في المنع عن مشروعية تملك التملك، هذا.

ثانيهما: ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته بقوله: «و منها: أنَّ أصل المقابلة بين

التملكين فيه غموض و خفاء، فإن التملك بالإعطاء حال تعلقه بمتعلقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ إستقلالي، و لا يعقل إجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد، فلا بدّ من أن يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح على التملك بازاء التملك، فيستحق كل منهما التملك من الآخر بازاء تملك نفسه^أ.

توضيحه: أن الفعل كاللفظ ملحوظ آلة لمعناه الإنشائي أو الإخباري، فالإعطاء إن كان ملحوظاً آلة لإنشاء تملك متعلقه فكيف يكون ملحوظاً إستقلاً كما هو المفروض؟ إذ التملك المعوض ملحوظ إستقلاً. و الجمع بين هذين اللحاظين في ملحوظ واحد جمع بين المتنافيين، فالتملك بازاء التملك غير معقول.

فلا بد من تصحيح هذه المعاملة مثلاً بجعلها في ضمن صلح مثله، كما إذا صالحه على أن يملكه تملك داره على أن يملكه الآخر تملك بستانه مثلاً حتى يكون التملك ملحوظاً إستقلاً، هذا.

لكنك خبير بأن التملك في المقام ليس إلا ملحوظاً بالاستقلال، لأن المعوض -وهو التملك - مقصود إستقلالي، كما إذا كان المطلوب نقل إضافة الملكية، فإن نقلها مقصود بالاستقلال، ولاتناله يد اللحاظ الآلي أصلاً حتى يلزم إجتماع اللحاظ الإستقلالي والآلي اللذين هما متباينان.

و بيان أوضح: تارة يكون العوضان إضافتي الملكيتين، فيتعلق الإنشاء بنقل إضافة الملكية من الطرفين و تبدلها، و هذا هو المبادلة بين العالين المفسر بها البيع في المصباح. و أخرى: يكون العوضان نقل التملك بازاء مثله من الطرف الآخر، بحيث يكون كل منهما ناقلاً للتملك إلى الآخر، لا ناقلاً لنفس المال.

فإذا قال: «ملكك الدار بالبستان» كان المنشأ نقل إضافة ملكية الدار بازاء ملكية

البستان. وهذا هو أول الوجوه المذكورة في كلام المصنف رحمته وهو المسمى بالبيع. وإذا قال: «ملكتك تملك داري بأن تملكني تملك بستانك» كان مما نحن فيه، وهو أجنبي عن تملك نفس المال، فإذا أريد إنشاؤه باللفظ فلا محيص من أن يقال: «ملكتك تملك داري بأن تملكني تملك بستانك» ولا يصح أن يقال: «ملكتك داري ببستانك».

و عليه فإعطاء العين بقصد أن يملك تملكها، لا بلحاظ كونه آلة لإنشاء ملكية متعلقه حتى يكون هذا اللحاظ آتياً، ولحاظ نفس المال إستقلاً، بل ليس إلا لحاظ إستقلالي، هذا.

و أما دفع إشكال إجتماع اللحاظين في الفعل بما في كلام بعض الأجلة من «أنه جارٍ في الألفاظ الدالة بالذات أو الوضع على المعاني، حيث إنها آلات لإبراز معانيها، ومع لحاظها آلة لا يعقل لحاظها إستقلاً. و أما الأفعال فليست بذاتها أو بالمواضعة آلات لشيء، فيمكن لحاظ الإعطاء الخارجي المقصود به التملك مستقلاً فلا يخلو من غموض، لأن الأفعال أيضاً تكون آلة لإبراز المقاصد، غاية الأمر أن مبرزيتها إنما تكون بالقرينة كالمقابلة المتقدمة على المعاملة، فمجرد عدم دلالتها ذاتاً أو بالوضع على المعاني لا يكون فارقاً بين الألفاظ وبينها. وإنكار دلالة الأفعال على المعاني وإبرازها عنها مساوق لإنكار المعاطاة في جميع المعاملات.

فتلخص مما ذكرناه: أنه لا مانع من ناحية إجتماع اللحاظ الآلي والإستقلالي عن إمكان التملك بازاء التملك .

ثم إن هذه المعاملة - أعني بها التملك بازاء التملك - قد يقال: إنها بيع، حيث إن تعريفه - وهو المبادلة بين الماليين - صادق عليها، لما مر من أن التملك بنفسه من الأموال. لكن صدق مفهوم البيع عليها مبني على عدم إعتبار كون المبيع عيناً، وهو في حيز المنع كما تقدم في محله.

و منشأ الإشكال أولاً: الإشكال^{١١} في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بأن يقول: «أبحتُ لك كلَّ تصرف» من دون أن يملكه العين.

(١) هذا هو الإشكال المشترك بين القسمين الثالث والرابع، و محصله: عدم الدليل على مشروعية إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على ملكية المتصرف كالوقف و العتق و البيع، بأن يقول: «أبحتُ لك كلَّ تصرف، مع بقاء العين على ملكي».

و منشأ الإشكال: أن الدليل على جواز الإباحة قاعدة السلطنة، و هي ليست مشرعة، و إنما تدل على صحة كل تصرف ثبت جوازه شرعاً بدليل آخر، فإن الناس مسلطون على أموالهم لا على أحكام أموالهم. و لما كان توقف صحة البيع و العتق ونحوهما على الملك حكماً شرعياً - لا من شؤون سلطنة المالك على ماله - لم يكن للمالك أن يبيح للغير كل تصرف في ماله حتى ما يناط بملكية المتصرف، و لا تكفي الإباحة في نفوذه و صحته. و لا فرق في هذا الإشكال بين كون الإباحة معوضةً و خاليةً عن العوض، و كان العوض تملكاً أم إباحةً.

كما أنها ليست بهبة معوضة، لأن العوض فيها يكون بنحو الإشتراط، لا المقابلة. بخلاف المقام، فإن العوض فيه يكون على وجه المقابلة.

مضافاً إلى: أنه يعتبر في الهبة أن يكون الموهوب عيناً. و هو مفقود في المقام، إذ المفروض كون التعاوض بين التمليكين، و هما أجنبيان عن العين.

كما أنها ليست بإجارة أيضاً، لعدم كون التسليط على التملك منفعةً عرفاً، ولعدم كون توقيته بوقت معين، مع أن تعيين الأجل مملاً لابد منه في الإجارة.

فالظاهر أن هذه المعاملة - على تقدير صحتها - معاوضة خاصة يشملها دليل التجارة، و لا يجري فيها الأحكام المختصة بالبيع كخيار المجلس و الفرر بناءً على إختصاصه بالبيع، و الله العالم.

و ثانياً^(١): الإشكالُ في صحة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركّب من إباحةٍ وتملكٍ^(٢) فنقول:

أما إباحة^(٣) جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنّها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإنّ إذن المالك ليس مشرّعاً، وإنما يمضي فيما يجوز شرعاً. فإذا^(٤) كان بيع الإنسان مالاً غيره لنفسه - بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير^(٥) معقولٍ كما صرّح به العلامة في القواعد^(٦)

(١) هذا هو الإشكال الثاني المختصّ بالقسم الثالث، ومحصّله: أنّ العقد المؤلف من «إباحةٍ وتملكٍ» ليس من المعاوضات الموهودة حتى تشملها أدلة الإبراء مثل الأمر بالفداء بالعقود والتجارة عن تراضٍ.

(٢) الإباحة من المبيع، والتملك من المباح له.

(٣) هذا شروع في تحقيق الإشكال الأول، وأنّه هل يمكن التفضي منه أم لا؟ وقد أوضحه المصنف رحمته أولاً، ثمّ تصدّى لتصحيح إباحة جميع التصرفات بوجوه ثلاثة سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(٤) غرضه رحمته الإستشهاد بكلام العلامة في القواعد على أنّ سلطنة المالك على ماله مقصورة على التصرفات المشروعة بنفسها. ولما كان البيع «مبادلة مال بمال» وهي تتوقف على دخول كلّ من العوضين في ملك الآخر، فلذا لا يصحّ أن يبيح المالك لغيره بيع ملكه من دون أن يصل الثمن إلى مالك المعوّض. وجه عدم الصحة: عدم ثبوت سلطنة المالك على إباحة بيع ماله لغيره، فلا يكون مجردّ إذنه للغير مصحّحاً لكلّ تصرفٍ منه.

(٥) خبرٌ قوله: «كان بيع الإنسان».

(٦) حيث قال رحمته: «لو قال: بيع عبدك من فلان، على أنّ عليّ خمسمائة، فباعه بهذا الشرط بطل، لوجوب الثمن بأجمعه على المشتري، فليس له أن يملك العين والثمن على غيره. بخلاف: أعتق عبدك و عليّ خمسمائة، أو: طلق إمرأتك وعليّ مائة، لأنّه

فكيف^(١) يجوز للمالك أن يأذن فيه^(٢)؟

نعم^(٣) يصح ذلك^(٤) بأحد وجهين كلاهما في المقام مفقود.

أحدهما^(٥): أن يقصد المبيعُ بقوله: «أبَحْتُ لك أن تبيعَ مالي لنفسك»

عوض في مقابلة فك^(١)».

(١) جزاءُ قوله: «فإذا كان».

(٢) أي: في بيع ملك نفسه مع عدم وصول العوض إليه، لفرض دخول العوض

في ملك المأذون.

(٣) استدراك على قوله: «فكيف يجوز للمالك» و غرضه إبداء الفرق بين إباحة

جميع التصرفات و بين إذن المالك لغيره في بيع ماله، و محصله: أن إذن المالك لغيره في

البيع يمكن تصحيحه بأحد وجوه ثلاثة، بخلاف إباحة جميع التصرفات، إذ لا يمكن

تصحيحها بها كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(٤) يعني: يصح البيع مع إذن المالك.

(٥) هذا الوجه الأول محكي عن بعض الأساطين، و هو مأخوذ مما ذكره في

تصحيح وقوع العتق عن الأمر بالعتق في قوله: «أعتق عبدك عتي» فيراد تصحيح

الإباحة المطلقة بتنظيره بالأمر بالعتق، و محصله: أن قول المبيع: «أبَحْتُ لك أن تبيع

مالي لنفسك» إما أن يقصد به إنشاء التوكيل، وإما أن يقصد به التملك بلسان الإباحة.

و التوكيل إما أن يكون في بيع المال ثم تملكه بهبة، وإما أن يكون بتملك المال أولاً ثم

يبعه، فالصور ثلاث:

الأولى: أن يقصد المبيعُ بقوله: «أبَحْتُ ...» إنشاء التوكيل للمباح له في أمرين:

أحدهما: أن يبيع مال الموكل المبيع. ثانيهما: نقل الثمن إلى نفسه باهبة، يعني

سببُ المباح له الثمن لنفسه وكالة عن المبيع، فإذا فعل ذلك كان الثمن ملكاً له.

الثانية: أن يقصد المبيعُ صيرورة المباح له وكيلاً في تملك المال لنفسه، ثم يبعه،

أن ينشأ توكيلاً له [إنشاء توكيل] في بيع ماله، ثم ^(١) نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو ^(٢) في نقله أولاً إلى نفسه ثم بيعه. أو تملكاً ^(٣) له ^(٤) بنفس هذه الإباحة، فيكون ^(٥) إنشاء تملك له، ويكون بيع ^(٦) المخاطب بمنزلة قبوله

و لا ريب حينئذ في وقوع البيع لنفسه و دخول الثمن في ملكه، لفرض كون المعوض مملكه قبل البيع.

الثالثة: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحتُ...» إنشاء تملك المال للمباح له كناية، فليس مقصوده التوكيل أصلاً، بل يكون هذا الإنشاء تملكاً ابتدائياً، لكنه لا بالصراحة بل بالكناية، من جهة ذكر اللازم و هو إباحة بيع المال لنفس الآخذ المباح له، وإرادة الملزوم و هو التملك.

هذا توضيح ما أفاده في الوجه الأول. و شيء من صور المسألة لا ينطبق على ما نحن فيه و هو إباحة جميع التصرفات، لما سيأتي إن شاء الله تعالى.
(١) هذا إشارة إلى الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة، و قد عرفت أنه يتضمن توكيلين: أحدهما في البيع، و الثاني في الهبة.

(٢) معطوف على «في بيع ماله» و هذا إشارة إلى الصورة الثانية من الصور الثلاث.

(٣) معطوف على «توكيلاً» و هذا إشارة إلى الصورة الثالثة من الصور الثلاث.

(٤) أي: تملكاً للمباح له بنفس هذا الإنشاء من دون توكيل في البين أصلاً، فهذا تملك كنائي، لا صريح و لا ظاهر.

(٥) يعني: فيكون قوله: «أبحتُ لك أن تبيع مالي لنفسك» إنشاء تملك للمباح له، و يكون بيع المباح له إنشاء التملك.

(٦) بل يتحقق القبول بنفس الآخذ، من دون حاجة إلى بيع المال في حصول الملكية، إذ بعد فرض كون العبارة المذكورة كناية عن التملك - لا المبادلة - كان أخذ المباح له تملكاً، و لا يتوقف تملكه و قبوله على بيعه.

إلا أن يفرض كلام المصنف ^(٧) فيما إذا لم يتسلم المباح له المال كي يتحقق قبوله

كما صرّح في التذكرة^١ بأنّ «قول الرجل لملك العبد: أعتق عبدك عني بكذا إستدعاءً لتخليكه، وإعتاق المولى عنه جوابٌ لذلك الإستدعاء، فيحصل النقل والإنتقال بهذا الإستدعاء والجواب،

بالأخذ، وحينئذٍ فيكون إنشاء قبول الإباحة بنفس إنشاء بيع المال.

(١) قال في التذكرة بعد بيان الشروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه: «فروع الأول: إنّما يفترق إلى الإيجاب والقبول فيما ليس الضمني من البيوع. وأمّا الضمني - كأعتق عبدك عني بكذا - فيكفي فيه الإلتماس والجواب، ولا تعتبر الصيغة المتقدمة إجمالاً»^أ.

وإعتمد صاحبُ الجواهر على هذه الملكية الآتية في تصحيح الصورة الأولى من صور المعاوضة وهي إباحة كل منها التصرف للآخر على جهة المعاوضة «من غير فرقٍ بين أنواع التصرفات، ما توقف منها على الملك وغيره. وعلى معنى إباحة إيقاعها للمباح له لا للمبيح، فتجري عليها أحكام الإباحة المجانية من اللزوم بالتلف، وأحكام المعاوضة من تعيين العوض بالمسمّى، وأحكام: أعتق عبدك عني، و: بيع هذا المال لك، ونحوه مما يفيد الملك الضمني بوقوع التصرف بناءً على جريانه على القواعد، ضرورة إنحلال الإباحة بالعوض على الوجه المزبور إلى ذلك كلّه، فليس لها حكم جديد مستنكر»^ب.

وإستدل على صحته في موضع آخر بقوله: «و للجمع بين ما دلّ على صحة هذا التصرف في هذا المال المفروض إباحتها، وبين ما دلّ على: أن لاعتق إلا في ملك، قُدّر الملك ضمناً نحو ما قُدروه في: أعتق عبدك عني، وانعتاق العمودين على المشتري لهما، ونحو ذلك. ولا حاجة إلى شاهد لهذا الجمع، بل هو مقتضى الدليلين، ضرورة أنّ غاية ما دلّ على إعتبار الملك إقتضاء عدم وقوع التصرف المزبور على غير المملوك

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٥

ويُقدَّر وقوعه^(١) قبل العتق آنأماً، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع».

و لا شك^(٢) أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً^(٣)، و لا في نقل الثمن إليه ثانياً^(٤)، و لا قصد^(٥) التملك بالإباحة المذكورة، و لا قصد^(٦) المخاطب التملك عند البيع

مثلاً، فيكفي فيه التقدّم الذاتي الذي هو كتقدّم العلة على المعلول...» أ.

(١) أي: وقوع النقل و الإنتقال.

(٢) غرضه بيان فقدان الوجه الأوّل الذي أفاده بقوله: «أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أجمت لك أن تبيع مالي لنفسك ... الخ» في المقام.

و محصله: إنكار الإذن و التوكيل ههنا، لعدم كونه مقصوداً للمتعاطين، و من المعلوم تقوُّم الإذن و التوكيل بالقصد، فليس قول المبيع: «أجمتُ» من صغريات الإذن و التوكيل بكلتا صورتيه المتقدّمتين.

(٣) هذا نفي التوكيل في التملك حتى تقع التصرفات في ملك المباح له، و هي الصورة الثانية من الصور الثلاث.

(٤) هذا نفي التوكيل في البيع عن المالك المبيع، ثم التوكيل في تملك الثمن بالهبة، و هي الصورة الأولى من الصور الثلاث.

(٥) معطوف على «ليس الإذن» و غرضه أجنبية المقام عن الصورة الثالثة، و هي إنشاء التملك بلفظ الإباحة كنايةً. و وجه عدم تحقق هذا التملك الكناي في المقام هو: توقف التملك على القصد و الإعتبار، فمع قصد الإباحة المعوضة - أو المجردة عن العوض - لا يبقى مجال للحمل على إنشاء التملك، لفرض كون المالك مبيعاً للمعين لا مملكاً لها.

(٦) هذا متممٌ لنفي التملك الكناي الذي أفاده بقوله: «و لا قصد» و حاصله: أن

حق يتحقق تمليك ضمني مقصود للمتكلم والمخاطب كما^(١) كان مقصوداً - ولو إجمالاً^(٢) - في مسألة «أعتق عبدك عني» و لذا^(٣) عدّ العامة والخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الإقتضاء التي عرفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه^(٤)، فَشَلُّوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿ و اسئل القرية ﴾ و للشرعي بهذا المثال^(٥)، و من المعلوم بحكم الفرض^(٦) أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة.

حمل الإباحة هنا على التمليك ممنوع من جهتين: الأولى: عدم قصد المبيع تمليك ماله. الثانية: عدم قصد المخاطب التملك، فلو فرض قصد المبيع للتمليك إمتنع تحققه من جهة إنتفاء قصد التملك من المخاطب.

(١) يعني: أن قصد التمليك وإن لم يتوقف على قصده بالاستقلال، إلا أن قصده ضمناً مما لا بد منه، كما كان هذا التمليك الضمني مقصوداً في الوكالة المتحققة بقول الأمر لمالك العبد: «أعتق عبدك عني» حيث يقصد الأمر الموكَّل تملك العبد، و يقصد المأمور تمليك عبد نفسه للأمر، ثم عتقه عنه. و المفروض في المقام إنتفاء قصد التمليك و التملك. (٢) المراد بالقصد الإجمالي هو: أن الأمر لو إنتفت إلى توقف العتق الصحيح على تملكه للعبد المعتق لو كَلَّ سيده في التمليك.

(٣) أي: و لأجل القصد الإجمالي عدّوا دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الإقتضاء التي هي مقصودة للمتكلّم، و تتوقف صحة الكلام عقلاً عليها كسؤال القرية ونحوها من الجهادات، أو شرعاً كالمثال المذكور، و هو قوله: «أعتق عبدك عني» و من المعلوم أن قصد التمليك ولو إجمالاً مفقود في المقام، إذ ليس قصد المبيع غير الإباحة، فدلالة الإقتضاء هنا مفقودة.

(٤) أي: على دلالة الإقتضاء، و الأولى تأنيت الضمير.

(٥) أي: بقول الأمر: «أعتق عبدك عني».

(٦) إذ المفروض كون الوجهين الأخيرين - و هما الإباحة في مقابل المال،

الثاني^(١): أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد

والإباحة في مقابل الإباحة - في قبال الوجهين الأولين، فالمقصود بالأخيرين منحصر في الإباحة من دون قصد التملك أصلاً.

فتحصل: أن الوجه الأول - من إنشاء التوكيل أو إنشاء التملك كناية - غير جارٍ في المقام، ولا يندفع به الإشكال.

(١) هذا هو الوجه الثاني لتصحيح بيع المباح له للمال الذي أبيع له، ومحصله: قيام دليل شرعي على حصول الملك للمباح له - تعبداً - بمجرد الإباحة، لكن لما لم يكن المبيع قاصداً للتملك - لقصد الإباحة المحضة - فلا بدّ من الإلتزام بالملكية الآتية، إمّا في حقّ المبيع، أو المباح له. وعليه يمكن تقريب هذا الدليل الشرعي الدال على مالكية المباح له بأحد وجهين:

الأول: أن يكون المألّ باقياً على ملك المبيع إلى زمان إرادة التصرف المنوط بالملك كالبيع، فيحكم بانتقال المباح إلى ملك المباح له - شرعاً - في آن إرادة التصرف، ونتيجته وقوع البيع في ملكه لا في ملك المبيع.

الثاني: أن يكون المألّ باقياً على ملك المبيع حتى في الآن الذي يريد المباح له بيعه، فيكون البيع تصرفاً في ملك المبيع، لعدم إنتقاله إلى المباح له بعد، فإذا باعه دلّ الدليل على إنتقال الثمن الى ملك المبيع - تحقيقاً لمفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك من خرج العوض عنه - آنأماً، ثم ينتقل إلى المباح له. و من المعلوم أن قيام الدليل التعبدي على هذه الملكية الآتية في المقام غير مستبعد، لوجود نظيره في الشرع، كما ذكره في مسألة دخول العمودين آنأماً في ملك المشتري، وإنعاقها عليه قهراً.

و اعلم أن الفارق بين هذا الوجه الثاني المبني على الملكية الآتية - بكلا تقريبيه - وبين الوجه الأول المتقدم بقوله: «أحدهما أن يقصد المبيع بقوله . . . الخ» هو: أن الملكية في ذلك الوجه مقصودة إمّا بالتوكيل وإمّا بالإنشاء الكنائي. بخلافه في هذا الوجه الثاني، إذ الملكية غير مقصودة أصلاً، وإمّا تحصل الملكية قهراً يجعل

الإباحة، فيكون^(١) كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأماً، فيقع البيع في ملكه^(٢). أو يدل^(٣) دليل شرعي على إنتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك^(٤) شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأماً لا يقبل^(٥) غير العتق.

فإنه^(٦) حينئذٍ يقال بالملك المقدّر آنأماً، للجمع بين الأدلة^(٧).

الشارع وإن لم يقصدها المبيع أصلاً.

(١) يعني: فيكون الدليل الشرعي كاشفاً عن الملكية الآنأتمية تعبُداً في آن إبادة البيع.

(٢) أي: في ملك المباح له، لدخول المال في ملكه بإرادة البيع.

(٣) معطوف على «يدلّ» وهذا هو التقريب الثاني لقيام الدليل التعبدي.

(٤) يعني: فيكون دخول ثمن المبيع المباح في ملك المباح له نظير إنعتاق

العمودين بعد دخولها آنأماً في ملك المشتري.

و الظاهر أن مقصود المصنف تتوكل تنظير قيام الدليل التعبدي على الملكية الآنية بمسألة ملكية المشتري للعمودين آنأماً، سواء أريد توجيه دخول المباح في ملك المباح له آنأماً بإرادة البيع، أم أريد توجيه مالكية المبيع للثمن آنأماً بعد البيع وخروجه عن ملكه.

(٥) صفة لقوله: «ملك شخص» يعني: أن هذا الملك التطرقي لا يترتب عليه شيء من آثار الملك، وإنما يترتب عليه العتق القهري.

(٦) الضمير للثمن، و مقصوده تتوكل تطبيق هذا التوجيه الثاني - أي الملكية الآنية التعبديّة الجارية في مسألة بيع مال الغير لنفسه - على المقام وهو إباحة جميع التصرفات، سواء أكانت بعوض إباحة أم بعوض مال.

(٧) الظاهر أن المراد بها هو دليل صحة الشراء، و دليل إناطة العتق بالملك، و دليل عدم ملكية العمودين.

و هذا الوجه^١ مفقود فيما نحن فيه،

(١) الأولى إضافة «أيضاً» إليه، بأن يقال: «و هذا الوجه أيضاً مفقود». وكيف كان فالمراد بهذا الوجه هو الوجه الثاني المذكور بقوله: «الثاني أن يدل دليل شرعي ... الخ» الذي كان متضمناً للملكية الآتية بنحوين. و حاصل ما أفاده في عدم جريان الملكية الآتائية في المقام هو: أن مجرد احتمال دلالة الدليل الشرعي غير كافٍ في الالتزام بها، بل لابد من الدليل - في مقام الإثبات - على صحة إباحة جميع التصرفات حتى ما يتوقف منها على الملك، والمفروض عدم الظفر بهذا الدليل بعد.

فإن قلت: إن الدليل على الصحة هو حديث السلطنة، لاقتضاء إطلاق سلطنة المالك على أمواله حلية كل تصرف تكليفاً، و نفوذه وضعاً. و عليه يجوز له أن يبيع ماله للغير إباحة مطلقه.

و حيث إنه ثبتت صحة هذه الإباحة جرى إستكشاف الملكية الآتية للمبيح أو للمباح له، هذا.

قلت: نعم، و إن إقتضى إطلاق السلطنة صحة هذه الإباحة المطلقة، لكن لا مجال للأخذ بهذا الإطلاق، لوجود المعارض، و هو القواعد المسلمة الأخرى، مثل توقف إنتقال الثمن إلى شخصٍ على خروج الثمن عن ملكه، و توقف صحة العتق و البيع على الملك. و وجه المعارضة واضح، فإن إطلاق السلطنة يقضي بصحة بيع المباح له و دخول الثمن في ملكه، و قاعدة «لا بيع إلا في ملك» تقضي ببطلان بيع غير الملك، فلا بد من تقييد إطلاق السلطنة بأن يقال: بصحة إباحة التصرف غير المتوقف على الملك.

هذا تقريب رفع اليد عن عموم قاعدة السلطنة، و لكنه سيأتي بعد أسطر حكومة تلك القواعد على حديث السلطنة، فانتظر.

حكم إباحة مطلق التصرف ١٠٣

إذ^(١) المفروض أنه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة^(٢). وإثبات^(٣) صحته بعموم مثل «الناس مسلّطون على أموالهم» يتوقف على عدم مخالفة مؤدّاه^(٤) لقواعد آخر^(٥) مثل توقف إنتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلّم مالاّ له^(٦)، و توقف صحة العتق على الملك، وصحة^(٧) الوطي على التحليل بصيغة خاصّة^(٨)

(١) تعليل للفقدان، وقد عرفت توضيحه.

(٢) أي: إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف على الملك.

(٣) مبتدأ خبره: «يتوقف» و مقصوده قصور قاعدة السلطنة عن إثبات مشروعية الإباحة المطلقة، لوجود المعارض، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «ان قلت ... قلت».

(٤) الأولى تذكير الضمير، لرجوعه الى «عموم مثل» إلا أن يراد قاعدة السلطنة.

(٥) كالقواعد الثلاث المذكورة في المتن، فيُرفع اليد عن الإطلاق بمقدار منافاته له.

(٦) تحقيقاً لمفهوم البيع الذي هو من المعاوضات.

(٧) معطوف على «صحة» أي: و توقف صحة الوطي على التحليل كما هو المشهور، و يدلّ عليه بعض النصوص. و هذه قاعدة ثالثة معارضة لإطلاق سلطنة المالك. و وجه المعارضة واضح، لإقتضاء الإطلاق جواز تحليل الأمة بكل ما يدلّ عليه من لفظ صريح أو كناية أو مجاز أو إشارة أو فعل كإرسالها إلى دار المحلل له مع قصد التحليل. و قاعدة توقف التحليل على إنشائه بصيغة خاصة تقتضي حرمة الوطي بغير الصيغة الخاصة، و لا مناص من تقييد إطلاق السلطنة بهذه القاعدة. والمقام كذلك.

(٨) قال في الجواهر: «أما الصيغة فلاخلاف في إعتبارها فيه، بل الإجماع بقسميه

لا بمجرد^(١) الإذن في مطلق التصرف.

و لأجل ما ذكرنا^(٢) صرح المشهور - بل قيل لم يوجد خلاف في - «أته لو دَفَع إلى غيره مالاً. و قال: اشتر به لنفسك طعاماً، من غير قصد الإذن في

عليه. فلا يكفي التراضي مطلقاً. وصيغته هي: أحللتُ لك وطنها. أو: جعلتُك في حِلٍّ من وطنها».

(١) يعني: لا يحصل التحليل بالإذن في مطلق التصرف، كما لا يصح العتق والبيع به. ففي المقام لا يجوز لغير المالك البيع و العتق إعتاداً على إباحة المالك المطلقة.

(٢) من كون البيع تبديل طرفي الإضافة، و دخول كل من العوضين في كيس من خرج عنه الآخر صرح المشهور بأن المالك لو دفع مالاً إلى غيره، و قال له: «اشتر به لنفسك طعاماً» لم يصح هذا الشراء، لبقاء المال على ملك الدافع مع عدم وصول عوضه - و هو الطعام - إليه. نعم لو قَصَدَ أحدَ الأمور الثلاثة صحَّ و جاز للأخذ التصرف في الطعام:

الأول: أن يقصد الدافعُ الإذنَ في أن يقترض الآخذُ المالَ لنفسه قبل شراء الطعام، فيتملكُ المالَ بالقرض، فيشتري بمال نفسه.

الثاني: أن يقصد الدافعُ الإذنَ للأخذ في أن يقترض الطعام بعد أن اشتراه من مال الدافع.

الثالث: أن يأذن الدافعُ للأخذ في أن يشتري طعاماً في ذمة نفسه، ثم يؤدِّي دينه بمال الدافع، فيتملكُ الآخذُ الطعامَ بالشراء لنفسه، و يصير مديوناً للدافع بماله الذي أدَّى به دينه.

فبناءً على كل واحد من هذه الوجوه الثلاثة يصحَّ دفعُ المال و شراء الطعام به، لفرض تحقق المعاوضة الحقيقية حينئذٍ.

إقتراض المال قبل الشراء^(١) أو إقتراض الطعام^(٢) أو إستيفاء الدين منه بعد الشراء^(٣) (*) لم يصح^(٤) كما صرح به^(٥) في مواضع^(٦) من القواعد.

(١) لأنه بإقتراض المال يصير مالكاً له، فيشتري بمال نفسه، فتتحقق المعاوضة الحقيقية حينئذٍ، لدخول المثلن في كيسه بدل المال الذي إقترضه.

(٢) هذا الطريق الثاني لتصحيح دفع المال و شراء الطعام، و هو في صورة بقاء المال على ملك الدافع، و دخول المثلن في ملكه، غايته أنه بعد البيع يقترض الطعام عن الدافع، فيملك الطعام.

(٣) يعني: أنه يشتري الطعام على ذمته، ثم يوفي دينه من مال الدافع، و الأولى تبديل الإستيفاء بالأداء، أو الوفاء، أو نحوهما كما لا يخفى!

و لعلّ المصنف إعتد على نقل كلام المحقق الثاني رحمته في إستثناء هذه الموارد الثلاثة، حيث قال: «إلا أن يعلم بقرينة أنه يريد قضاء طعامه بالدرهم وإن كانت من غير الجنس. أو يريد قرضه إياها، أو شراءه لمن عليه الطعام و إستيفاؤه بعد الشراء. و يكون التعبير بكون الشراء له - أي للأخذ - آنلاً إلى ذلك».

(٤) جواب «لو» في قوله: «لو دفع إلى غيره».

(٥) أي: بعدم الصحة.

(٦) منها: كلامه في هذه المسألة، حيث قال: «و كذا لو دَفَع إليه مالاً و أمره بشراء طعام له لم يصح الشراء و لا تتعين له بالقبض، أمّا لو قال: إشتريه طعاماً و إقبضه لي، ثم أقبضه لنفسك صح الشراء. و في القبض قولان»^ب.

و منها: في مسألة الأمر بعتق عبد الغير، و قد تقدم في (ص ٩٤).

(*) أورد السيد رحمته عليه بأن إشكال الشراء للنفس بمال الغير يجري في أداء

أ : جامع المقاصد . ج . ٤ . ص ٤٠٠

ب : قواعد الأحكام . ص ٥٧ (الطبعة الحجرية) .

و علله^(١) في بعضها:

(١) يعني: و علَّل العلامة في بعض مواضع القواعد عدم صحة دفع المال - بدون قصد أحد الأمور الثلاثة - بأنه لا يعقل ... الخ. و لا يخفى أن الموجود في عبارة القواعد «البطلان» لا عدم المعقولة، و لعل المصنف ظفّر بعدم المعقولة في موضع آخر من

الدين بمال الغير، فهما مشتركان إشكالاً و دعواً.

لكن أجاب المحقق الإصفهاني عنه بالفرق، حيث إن محذور الشراء بمال الغير هو إمتناع المعاوضة الحقيقية، المقتضية لدخول كل من العوضين في ملك الآخر، فلا يعقل تملك المشتري للطعام مع خروج العوض عن ملك المستدعي و الأمير. بخلاف أداء الدين، فإنه ليس فيه معاوضة أصلاً بين عينين، لإستقرار الكلبي في ذمة المديون، و لا مانع من أدائه بملك الغير بإذنه.

نعم لو قيل بوقوع الفرد طرفاً للمعاملة بمجرد إنطباق الكلبي عليه، أو أن نفس وفاء الدين مبادلة، فيلزم دخول العوض في ملك شخص و خروج المعوض عن ملك شخص آخر لكان الأداء بمال الغير كالشراء به في الإمتناع.

لكنه ممنوع. أما الأول فلاستحالة خروج المعاملة من حد إلى حد آخر، فحيث كان الثمن كلياً مستقراً في الذمة إمتنع أن ينقلب إلى العين الشخصية التي يحصل بها الأداء.

و أما الثاني فلأن الوفاء ليس بنفسه معاملة و مبادلة، بل محض تطبيق الكلبي على فرد.

بل وكذا الأمر في الوفاء بغير الجنس، فإن مرجعه إلى رفع اليد عن الخصوصية و القناعة بأصل المالية، فتدبر^٣.

أ : حاشية المكاسب . ص ٨٠

ب : حاشية المكاسب . ج ١ . ص ٤٢

بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير^(١). و هو^(٢) كذلك، فإن^(٣) مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المَوْضُ عن ملكه، وإلا^(٤) لم يكن عوضاً و بدلاً (*).

و لما ذكرنا^(٥) حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة

كلمات العلامة، أو نقلَ بالمعنى.

(١) هذا التعليل يرجع إلى كون الإشكال في صحة التصرف المتوقف على الملك الذي أبيع له من ناحية المالك عقلياً، لأن مفهوم المعاوضة بناءً على ما في المتن - من كون مقتضاه دخول العوض في ملك من خَرَجَ المَوْضُ عن ملكه - عدم تعقُّل تحقق المعاوضة حينئذٍ.

(٢) يعني: أن تعليل البطلان بعدم المعقولية - الذي أفاده العلامة - متين.

(٣) هذا وجه متانة التعليل.

(٤) أي: و إن لم يدخل العوض في ملك من خَرَجَ المَوْضُ عن ملكه لم تتحقق المعاوضة أصلاً.

(٥) يعني: ما ذكره قبل أسطر في نبي مشروعية إباحة جميع التصرفات، حيث قال: «إذ المفروض أنه لم يدل دليل شرعي بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة».

و على هذا فقصود المصنف تأييد إشكاله - في إباحة جميع التصرفات - بنقل عبارتين، إحداهما من شيخ الطائفة، و الأخرى من الشهيد، فالشيخ رحمته أفتى في الهبة المعاطاتية بإباحة التصرف غير المتوقف على الملك - كالوطني - في العين الموهوبة إذا تجردت الهبة عن الصيغة، و ذلك لأن جواز الوطني متوقف على الملك، و المفروض أن

(* سيأتي في التعليقة أن البيع متقوم بالتعاضد بين المالكين، مع الغض عن المالكين، بل مع عدم مالك في البين، كبيع الوقف العام بمثله، فراجع.

التصرف، لكن لا يجوز وطى الجارية، مع أنّ الإباحة المتحققة من الواهب يعمُّ جميع التصرفات^(١).

و عرفت^(٢) أيضاً: أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و لا وطى الجارية. مع^(٣) أنّ مقصود المتعاطين الإباحة المطلقة. و دعوى^(٤) «أنّ الملك التقديري

الهيئة المعاطاتية لا تفيد الملك، بل إباحة التصرف غير المتوقف على الملك.

(١) لكن لا عبرة بهذه الإباحة المالكية العامة لمطلق التصرفات، بعد عدم الدليل على مشروعيتها.

(٢) مقتضى السياق أن يكون معطوفاً على قوله: «حكّم الشيخ» يعني: كما حكّم الشيخ مجرمة...، فكذا منع الشهيد من إخراج المأخوذ بالمعاطاة، ولكن لا يستقيم العطف.

و كيف كان فقد حكى المصنف رحمته كلام الشهيد في مواضع، منها: في الأقوال في المعاطاة، قال: «مع أنّ المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة و كوطى الجارية».

و منها: في التنبيه الأول من تنبيهات المعاطاة، و قد تقدم في (ص ٢٨).

(٣) يعني: أنّ المتعاطين و إن قصدا الإباحة المطلقة الشاملة للتصرف المنوط بالملك، لكنّها غير ممضاة شرعاً بالنسبة إلى ما يتوقف على الملك.

(٤) الغرض من هذه الدعوى الإشكال على قوله: «و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص ... الخ». و قد عرفت فيما نقلناه من كلام الجواهر أنّه قد استدللّ بهذه الدعوى على مشروعية الإباحة المطلقة.

و محصل الدعوى: أنّ الجمع بين الأدلة - المقتضى لتقدير الملك أناماً -

هنا^(١) أيضاً^(٢) لا يتوقف على دلالة دليل خاص^(٣)، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم: الناس مسلطون على أموالهم، الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة، وبين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك. نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديري» مدفوعة^(٤)

لا يتوقف على وجود دليل خاص يدلّ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، بل يكفي في الإلتزام بالملك التقديري كونه مقتضى الجمع بين عموم «الناس مسلطون على أموالهم» الذي هو دليل جواز هذه الإباحة المطلقة، و بين أدلة توقف مثل العتق و البيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة بالملك التقديري في مثل «أعتق عبدك عتي».

(١) أي: في مورد البحث و هو الإباحة المطلقة.

(٢) يعني: كما في صورة الأمر بعتق عبد الغير عن نفس الأمر، فإنّ دلالة الإقتضاء فيها كافية في لزوم الجمع بين الأدلة المقتضي للملك التقديري.

(٣) في قبال ما يقتضيه الجمع بين الأدلة، فالمراد بالدليل الخاص ما يكون مضمونه تحقق الملك التقديري في بعض الموارد، كالمقام و هو إباحة أنحاء التصرفات.

(٤) خبر «دعوى» و دفع لها، و محصله: عدم صلاحية عموم دليل السلطنة لأنّ يكون دليلاً على جواز الإباحة المزبورة، كما أشار إليه في الوجه الثاني بقوله: «وإنبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على ... الخ».

وجه عدم صلاحيته هو: أنّ دليل السلطنة ليس مشرّعاً بحيث يكون دليلاً على جواز تصرف شكّ في مشروعيته، لعدم دليل عليها، أو مخصّصاً لعموم ما دلّ على عدم مشروعيته، إذ لو كان كذلك لكان المناسب أن يقال: «الناس مسلطون على أحكامهم» لا «على أموالهم».

و على هذا فقاعدة السلطنة بصدد بيان عدم كون المالك محجوراً عن التصرفات المباحة شرعاً للمالك في ماله، فإذا لم يكن مشرّعاً فلا يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع و نحوه على الملك حتى يجمع بينها بالملك

بأنّ عموم «الناس مسلّون على أموالهم» إنّما يدلُّ على تسلُّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعاً(*) .

التقديري.

و إن شئت فقل: إنّ أدلة توقف البيع و نحوه على الملك حاكمة على عموم السلطنة.

بتقريب: أنّ موضوع السلطنة المعهولة للمالك هو التصرفات المحرّز جوازها بأدلتها، فكأنه قيل: «كل تصرف في الملك ثبت مشروعيته كان المالك مسلطاً عليه» هذا من جهة.

و من جهة أخرى يدل مثل قوله عليه السلام: «لا عتق إلا في ملك» على توقف صحة العتق بإنشائه من المالك مباشرة أو تسبيهاً، و أنّه ليس من التصرفات الجائزة للمالك أن يُبيح للغير عتق عبده لنفسه، فتخرج حينئذٍ إباحة عتق غير المالك عن موضوع دليل السلطنة.

و لا يبقى مجال للجمع بينه و بين سائر الأدلة بالملك التقديري، لتوقف الجمع بين الدليلين المتعارضين على تحقق موضوع كلّ واحدٍ منها، و من المعلوم أنّ الدليل الحاكم يتصرّف في موضوع الدليل المحكوم و يُبيّن حدوده، و لا يستقرّ التعارض حتى تترتب أحكامه عليه، من الجمع و التساقط أو التخير، و غير ذلك.

و نظير المقام حكومة دليل عدم جواز عتق عبد الغير على عموم وجوب

(*) إستظهار دلالة قاعدة السلطنة هنا على نفوذ تصرفات المالك في كل ما هو جائز بذاته يناهض إستظهار مشروعيتها للمسببات كالبيع و الصلح و الإجارة و نحوها من المعاملات، على ما سبق في أدلة مملّكية المعاطاة و أدلة لزومها، و قد ذكرنا هناك اختلاف كلمات المصنف رحمته الله في مدلول القاعدة، فلاحظ.

فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته^(١) في الشريعة، ومن المعلوم أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل^(٢) والنقل^(٣) الدال^(٤) على لزوم دخول العوض في ملك مالك العوض، فلا يشمل^(٥) العموم في «الناس مسلطون على أموالهم» حتى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك

الوفاء بالنذر والعهد، فيما إذا نذر عتق عبد الغير، فهل يصح أن يقال بالملك التقديري أناماً؟

(١) المراد بالجائز الذاتي هو التصرف الذي ثبت حليته للمالك مع الغض عن دليل السلطنة، فتقتضي قاعدة السلطنة إستقلاله في ذلك التصرف و عدم كونه مجبوراً عنه. و أما مثل عتق المباح له لعبد المبيح - بمحت يقع العتق للمباح له لا للمبيح - فليس من شؤون سلطنة المالك على ماله حتى تجوز إباحتها للغير.

(٢) بناءً على كون مفهوم المعاوضة تبادل الإضافتين الملكيتين عقلاً.

(٣) بناءً على دلالة الدليل الشرعي - ولو إمضاء - على التبادل بين الإضافتين الملكيتين.

(٤) صفة للعقل والنقل، لا للمقتضى، إذ المقصود أن العقل والنقل يقتضيان دخول العوض في ملك من خرّج العوض عن ملكه، فإذا باع المباح له مال المبيح لنفسه لا للمبيح لم يدخل العوض في كيس مالك العوض، فلم يتحقق مفهوم المعاوضة عقلاً ولا نقلاً. و عليه فالأولى أن يقال: «الدالين» لثلاثتهم كونه وصفاً لـ «مقتضى».

(٥) هذه نتيجة قوله: «غير جائز» يعني: إذا كان موضوع قاعدة السلطنة خصوص التصرفات المشروعة - بأدلتها - كانت إباحة المالك لغيره البيع أو العتق أجنبية عن مدلول القاعدة.

فيجمع^(١) بينها بالتزام الملك التقديري آنأما.

و بالجملمة^(٢): دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم^(٣) على عموم «الناس مسلطون على أموالهم» الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها^(٤)، نظير^(٥) حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذرَ عتقَ عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينها بالملك القهري للناذر.

(١) بالنصب، يعني: لا تعارض بين دليل السلطنة و بين «لا عتق إلا في ملك» حتى يجمع بينهما بالملك التقديري الآتأما، كما جمعوا به في مثل قول الأير: «اعتق عبدك عني». و وجه عدم التعارض ما عرفت من حكومة «لا عتق إلا في ملك» عليه، كحكومة «لا شك لكثير الشك» على أدلة أحكام الشكوك.

(٢) هذه خلاصة ما أفاده في ردّ الجمع بالملك التقديري بقوله: «مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون على أموالهم...» إلى هنا.

(٣) وجه الحكومة: أنه رافع لموضوع دليل السلطنة وهو الجواز، لأنه يدل على بطلان بيع مال الغير لنفسه أو عتقه كذلك.

(٤) متعلق بـ «إمضاء» و الضمير راجع إلى الإباحة.

(٥) يعني: أن عموم قاعدة السلطنة يكون نظير عموم قوله ﷺ: «فببندر» إذا نذر شخص عتق عبد غيره، سواء قصد عتقه عن مالكة أو عن نفسه، فثله لا يجب الوفاء به، لأنّ الواجب هو الوفاء بما إذا نذر عتق عبد نفسه لا عبد غيره.

و على هذا فليل توقف صحة العتق على إعتاق مالكة له رافع لموضوع دليل وجوب الوفاء بالنذر. و لم يلتزم فقيه بدخول العبد المنذور عتقه في ملك الناذر آنأما حتى يعتق في ملكه، أداءً لنذره. لما عرفت من أنّ الجمع بين الدليلين منوط بوحدهما رتبة، لا حكومة أحدهما على الآخر.

و المقام كذلك، لحكومة دليل إناطة البيع و العتق بالملك على دليل السلطنة.

نعم^(١) لو كان هناك تعارضٌ و تزامم^(٢) من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كلٍّ منها لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري^(٣) آنأماً.

(١) هذا إستدراك على ما أفاده بَيِّنَةٌ من إمتناع الجمع - بالملك الآتأمائي - بين عموم دليل السلطنة و دليل توقف البيع على الملك، حيث قال قبل أسطر: «فلا يشملها العموم ... حتى يثبت التنافي ... فيجمع بينهما بالإتزام الملك آنأماً».

و حاصل الإستدراك: أن الدليل على مشروعية إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ليس منحصراً في قاعدة السلطنة حتى يمتنع الإلتزام بالملك الآتأمائي من جهة وجود الدليل الحاكم عليها، بل هناك دليل آخر إعتد عليه صاحب الجواهر بَيِّنَةٌ - على ما تقدم من كلامه في التنبيه الأول - و هو أخبار إناطة حلية التصرف في مال الغير بطيب نفس مالكة، و هي غير محكمة بدليل توقف العتق على الملك، بل هما متعارضان، لإتحادهما رتبةً، فتلك الأخبار تدلُّ على حليّة كل تصرفٍ في مال الغير عند رضاه و طيب نفسه، سواء أكان ذلك التصرف مما يكفي في حليّته إذن المالك، أم كان متوقفاً على الملك. و دليل إناطة صحة البيع و العتق بالملك يقتضي وقوعها من المالك لامن المباح له، فعتق المباح له يجمع دليلين يقتضي أحدهما صحته، و الآخر بطلانه.

ولما كان الجمع بين الدليلين - مهما أمكن - أولى من الطرح أمكن الإلتزام بالملك الآتأمائي، بأن يدخل العبد في ملك المباح له آنأقبل عتقه حتى يقع في ملكه. وبناءً على هذا لاجمال لإنكار الإباحة المطلقة، بل ينبغي القول بصحتها بالإلتزام بالملك القهري آنأماً.

(٢) المراد بالتزام هنا التنافي في مرحلة الجعل، وهو التعارض المصطلح، و لا يراد به التمانع في مرحلة الإمتثال المعبر عنه بالتزام المأموري.

(٣) أي: بغير أسبابه المعهودة من البيع و الهبة و غيرها. ثم إن المراد بالملك به

فتأمل^(١).و أمّا^(٢) حصول الملك

هو الملك الحقيقي، لا الفرضي التقديري، لأنَّ المعترف في البيع عندهم هو الملك الحقيقي.

(١) لعله إشارة إلى: أنَّ الجمع بالملك التقديري تبرُّعي لا شاهد عليه، فلا بد من الرجوع إلى مقتضى قواعد التعارض وهو التوقف و الرجوع إلى القواعد، أو الترجيح مع المرجح والتخيرُ بدونه. لا الإلتزام بالملك آنأماً. هذا إذا كان التعارض بالتباين. وإن كان بالعموم و الخصوص تعيّن التخصيص، فتصير أخبار طيب النفس كقاعدة السلطنة في قصورها عن إثبات جواز الإباحة المطلقة، لكن الفرق بينها في أنَّ القاعدة محكمة، و الأخبار مخصّصة، و النتيجة واحدة.

(٢) هذا وجه ثالث لتصحيح الإباحة المطلقة بالإلتزام بالملك التقديري بعد أن تعدّر الجمع بنحو الملك الآتي. و قد سبق الإشارة إليه أيضاً في قوله: «و دعوى: أنَّ الملك التقديري هنا لا يتوقف على دلالة دليل خاص» و ناقش فيه المصنف بأنّه لا موضوع في المقام للجمع بين الأدلة بالملك الفرضي.

و حاصل ما أفاده هنا هو: تصحيح الإباحة المطلقة بوجود نظائر لها في الشريعة المقدسة ممّا يمكن أن يستأنس بها للمقام.

منها: ما ذكره في تصرف الواهب ببيع العين الموهوبة من دون أن يفسخ العقد قولاً، و لا أن يستردّ العينَ من المتهب:

و منها: تصرفه في العبد الموهوب بعثقه.

و منها: تصرف ذي الخيار - فيما إنتقل عنه بعقد خيارى - بمثل البيع و العتق

و الوقف.

ففي هذه الفروع جمعوا بين الأدلة بالملك التقديري حتى يقع تصرف الواهب و ذي الخيار في ملك نفسه. وليكن المقام من هذا القبيل، فالجمع بين دليل حليّة إباحة

في الآن المتعقب^(١) بالبيع و العتق فيما إذا باع الواهبُ عبده الموهوب أو أعتقه^(٢).

كل تصرفٍ و بين دليل توقف البيع و العتق على الملك يقتضي الإلتزام بصحة هذه الإباحة، و صيرورة المال ملكاً تقديرياً للمباح له حتى يقع بيعه و عتقه في ملكه. و مع إمكان الجمع بهذا النحو بين الأدلة. لا يبقى مجالاً لتخصيص دليل الإباحة المطلقة بما دلّ على إناطة مثل البيع بالملك، بل يقال ببقاء المال على ملك المبيع، و يقدر دخوله في ملك المباح له بإزادة بيعه، هذا.

و أجاب المصنف عنه بمنع قياس المقام برجوع الواهب و ذي الخيار، للفرق بين الملك التقديري الفرضي الذي إلتزموا به في مالكية الميت لدية الجناية و بين ملك الواهب و ذي الخيار، فإنه ملك حقيقي آتٍ في قبال الملك المستقر، لأن تصرفهما في العين ببيع و نحوه كاشفٌ عن عودها إلى ملكيها حقيقةً ولو آنأماً. و هذا بخلاف مالكية الميت للدية، فإنها مجرد فرض، لإمتناع تملكه حتى في آنٍ واحد، و لذا يفرض كونه مالكاً للدية مقدّمةً لصفها، و يقولون إنها بحكم مال الميت.

و الحاصل: أن كلاً من الملك الحقيقي و الفرضي منوط بدليل شرعي، ولو كان هو الجمع بين الأدلة، و المفروض كونه مفقوداً في إباحة جميع التصرفات.

ثم إن الفرق بين الوجوه الثلاثة المذكورة إلى هنا لتصحيح الإباحة المطلقة هو: أنّ الملكية في الوجه الأوّل مجعولة من المتعاقدين ابتداءً. و في الوجه الثاني مجعولة ابتداءً من الشارع، لكونها مقتضى الجمع بين الدليلين. و في الثالث مجعولة من الشارع أيضاً، نتيجة للإيقاع، حيث إنّ فسخ الهبة أو البيع و رجوع الملك إلى مالكه يكون بالإيقاع لا بجعل الواهب أو ذي الخيار، لكن الملك في الوجه الأوّل يكون مضمون العقد.

(١) بصيغة المفعول، أي الآن الذي يتعقبه البيع و العتق.

(٢) قد سبق توضيح تملك الواهب بفسخه الفعلي في ما يتعلق باستبعادات

فليس^(١) ملكاً تقديرياً^(٢) نظير^(٣) الملك التقديري في الدية^(٤) بالنسبة إلى الميت، أو^(٥) شراء العبد المعتق عليه، بل^(٦)

كاشف الغطاء ص ١١٦.

(١) جواب «و أمّا» و هذا ردّ الدليل الثالث، و قد أوضحناه بقولنا: «و أجاب المصنف عنه بمنع قياس المقام ... الخ».

(٢) أي: فرضياً، بل هو ملك حقيقي حاصل في وعاء الزمان ولو في آنٍ واحد.

(٣) هذا مثال للمعنى و هو الملك التقديري، يعنى أنّ الملك في باب الدية

فرضي لا حقيقي.

(٤) كون الملك فيها تقديرياً لأجل عدم معقولية إضافة الملكية - التي هي إضافة التابعة و المتبعية - بالنسبة إلى الميت، لأنّه جماد كالمال، و لا معنى لتابعة أحد الجهادين للآخر، بل لا بدّ من جعل الدية بمنزلة مال الميت و بحكمه، لا أنّه ملك الميت حقيقةً. و هذا التقدير ناظر إلى حال الحياة ليترتب عليه آثار ملك الميت من إنفاذ وصاياه و إيفاء ديونه من الدية.

و فرق بين دية القتل و بين دية الجناية على أعضائه بعد الموت، فإنّها تُصرف في الوجوه البرية، إجماعاً كما إدعاه غير واحد، و لا تندرج في «ما تركه الميت» حتى تورث. بخلاف دية القتل، فإنّها تدخل في «ما تركه الميت» و تنتقل إلى الوارث كسائر تركته.

المصرف في الدينين مختلف، لكن ملكها للميت فرضاً مشترك بين دية القتل و دية الجناية على الأعضاء بعد الموت.

(٥) معطوف على «الدية» يعنى: أنّ للملك التقديري مورداً ثانياً في الفقه، و هو

شراء العبد المعتق على المشتري.

(٦) هذا متعلق بقوله: «فليس ملكاً تقديرياً» و مقصوده إبطال قياس المقام -

هو ملك حقيقي^(١) حاصل قبل البيع، من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله^(٢) في الآن المتصل ببناء^(٣) على الإكتفاء بمثل هذا في الرجوع، و ليس^(٤) كذلك فيما نحن فيه.

و بالجملة^(٥): فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور

وهو الملك التقديري لو قيل به - بالكية الواهب و ذي الخيار، فإنّها حقيقية آنية جمعاً بين الأدلة.

(١) لكته أني، و هو غير ضائرٌ بحقيقته المتقومة بالحصول في وعاء الزمان .

(٢) أي: قبل البيع.

(٣) و أمّا بناءً على عدم كاشفية البيع عن الرجوع قبله، و قلنا بتوقف الرجوع على إنشائه باللفظ أو بإسترداد العين كان بيع الواهب باطلاً، لعدم وجود كاشفٍ عن عود المال إلى ملكه.

(٤) يعني: أنّ ما تقدم من تصحيح بيع الواهب بملكته الحقيقية الآتية - و كذا في مالكية الميت تقديراً و فرضاً لديته - إنّما هو من جهة وجود الكاشف عن هذا النحو من الملك، و هو الجمع بين الأدلة. و لا موضوع له في المقام حسب الفرض، لما عرفت من أنّ دليل الإباحة المطلقة إمّا محكوم و إمّا مخصّص.

(٥) هذا تلخيص ما تقدم من الوجوه الثلاثة التي أفادها لدفع الإشكال الأوّل المشترك بين القسم الثالث و الرابع، و هو الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على صدورها من المالك مباشرةً أو تسيباً.

و غرضه تبيّهُ عدم إنطباق شيءٍ من تلك الوجوه الثلاثة على ما نحن فيه.

أمّا الوجه الأوّل - و هو التملك الضمني الموجود في مثال: أعتق عبدك عني - ففقدانه في المقام و هو الإباحة المطلقة واضح، لعدم القصد المقوّم للتملك الضمني فيه ولو قصداً إجمالياً. و أمّا الوجهان الثاني و الثالث فسأتى بيان أجنبيتهما عن المقام.

أولاً^(١) في «أعتق عبدك عني» لتوقفه^(٢) على القصد^(٣).
 و لا^(٤) على الملك المذكور ثانياً^(٥) في شراء من ينعق عليه^(٦)، لتوقفه^(٧) على
 التنافي بين دليل التسلُّط و دليل توقف العتق على الملك،

(١) و هو ما تقدّم بقوله: «أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أجمتُ لك أن تبيع مالي لنفسك إنشاءً توكيل له في بيع ماله ... كما صرح في التذكرة بأن قول الرجل مالك العبد: اعتق عبدك عني بكذا استدعاءً لتخليكه ... الخ».

(٢) تعليلٌ لقوله: «لا ينطبق» يعني: أن المبيع ليس قاصداً للتملك الضمني حتى يلتزم به، بخلاف قول الأمر: «أعتق عبدك عني» فإنه قاصد للتملك الضمني، إذ بعد العلم بتوقف العتق على الملك لا بدّ من قصد التوكيل و تملك العبد حتى ينعق في ملكه.
 (٣) ولو إجمالاً وإرتكازاً لا تفصيلاً.

(٤) معطوف على «التملك الضمني».

(٥) و هو ما تقدّم بقوله: «الثاني: أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة... فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأماً... للجمع بين الأدلة»

(٦) هذا ردُّ الوجه الثاني، و هو تقدير الملك في شراء من ينعق عليه، و وجه فقدانه في المقام هو عدم الدليل عليه هنا - أي في الإباحة - حتى يقع التنافي بينه و بين دليل توقف العتق و نحوه على الملك، فنلتجىء بالإلتزام بالملك الآتي، لما مرّ من أن دليل السلطنة لا يصلح لأن يكون مستنداً للإباحة إلا إذا كان مشرعاً، و المفروض عدم مشرعيته، فلا وجه للإلتزام بالملك آنأماً في الإباحة المطلقة، لتوقفها على دلالة دليل على مشروعيته حتى نلتزم به، كما نلتزم بالملك الآتي في شراء من ينعق عليه، جمعاً بين دليل صحة شراء من ينعق عليه و بين دليل عدم ملكيته، فإن التنافي بينهما أوجبّ الجمع بينهما بالملك الآتي.

(٧) تعليل لقوله: «و لا على الملك المذكور ثانياً» يعني: أن الجمع بين الأدلة

و عدم^١) حكومة الثاني على الأول.

و لا^٢) على التملك الضمني المذكور ثالثاً^٣) في بيع الواهب و ذي الخيار،

لعدم^٤) تحقق سبب الملك هنا^٥) سابقاً^٦)

بالملك الآتي يتوقف على أمرين:

أحدهما: التنافي بين الدليلين بعد تمامية المقتضي للحجية في كلٍّ منها.

الثاني: عدم حكومة أحدهما على الآخر، فلو لم يكن تنافٍ أصلاً، أو كان

التنافي البدوي وارتفع بحكومة أحدهما على الآخر لم يبقَ دليلٌ على الملكية الآتية.

(١) معطوف على «التنافي» يعني: لتوقف التنافي على عدم حكومة الثاني على

الأول.

(٢) معطوف على «التملك الضمني» يعني: و لا ينطبق ما نحن فيه على التملك

الضمني المذكور ثالثاً. و هذا إشارة إلى فقدان الوجه الثالث، و هو الإلتزام بالملك

الآتي في بيع الواهب للعين الموهوبة قبل صيرورة الهبة لازمةً، و في بيع ذي الخيار.

وجه فقدانه في المقام هو وجود سبب الملك أعني إرادته قبل تحقق البيع في بيع الواهب

أو عتقه، و كذا في بيع ذي الخيار. بخلاف ما نحن فيه، فإنَّ إرادة الملك فيه مفقودة،

إذ المفروض أنَّ المبيع المالك لم يقصد التملك، و المباحُّ له لم يقصد التملك عند البيع، هذا.

(٣) و هو ما تقدم بقوله: «و أمَّا حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع

و العتق... الخ».

(٤) تعليل لقوله: «و لا على التملك الضمني المذكور ثالثاً...» و قد تقدم

توضيحه.

(٥) يعني: في الإباحة المطلقة الشاملة لجميع التصرفات حتى المتوقفة على

الملك.

(٦) أي: السابق على البيع ولو بآنٍ، و هو ظرف لقوله: «تحقق سبب الملك».

بـحيث^(١) يكشف البيع عنه^(٢)، فلم يبق^(٣) إلا الحكم ببطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرح^(٤) بذلك، كما لو قال: «بيع مالي لنفسك، أو: اشتري بمالي لنفسك» أم^(٥) أدخله^(٦) في عموم قوله: «أبحت لك كل تصرف». فإذا باع المباح له على هذا الوجه^(٧) وقع البيع للمالك، إما لازماً بناءً على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثراً^(٨)، أو موقوفاً^(٩) على الإجازة، بناءً على أن المالك لم ينو تملك

(١) هذا بيان لتحقق الملكية الآتية السابقة على البيع والعق ونحوهما مما يتوقف على الملك، فهذه الملكية متحققة في رجوع الواهب وذي الخيار، وغير متحققة في إباحة أنحاء التصرفات.

(٢) أي: عن الملك الآتي السابق على البيع.

(٣) هذه نتيجة أجنبية المقام عن تلك الوجوه الثلاثة، حيث إنه بعد فقد دليل الصحة يتعين الحكم ببطلان الإباحة المطلقة.

(٤) أي: صرح المبيع بالإذن للمباح له في بيع المال لنفسه لا للمبيع.

(٥) عدل لقوله: «صرح» أي: لم يصرح المبيع بالإذن في خصوص البيع، ولكنه أباح كل تصرف، ومنه البيع.

(٦) أي: أدخل الإذن - في بيع ماله لغيره - في عموم قوله: «أبحت لك ... الخ».

(٧) أي: على وجه الإذن في التصرف في المال، إما بالتنصيص على البيع، وإما بالإذن العام الشامل له ولغيره.

(٨) لأن مقتضى التعاوض بين المالكين - بناءً على ما قيل - هو دخول كل مال في كيس من خرج عنه الآخر. ووجه لزومه هو كون المباح له مأذوناً في البيع كالوكيل، فينفذ كل تصرف منه في المال المباح له.

(٩) معطوف على «لازماً» والوجه في توقف البيع على الإجازة هو: أن المبيع لم يقصد تملك الثمن، لزمه وقوع البيع للمباح له، ودخول الثمن في ملكه. ولما لم تثبت مشروعية هذه الإباحة كان بيع المباح له فضولياً، لكونه تصرفاً في مال المبيع بغير

التمن^(١)، هذا.

و لكن^(٢) الذي يظهر من جماعة منهم قطبُ الدّين و الشهيد رحمهما الله في باب

إذن صحيح، فيتوقف وقوع البيع للمبيح وتملكه للتمن على إجازته.

(١) إذ لو نوى المالك تملك الثمن - حين إباحة ماله للغير - لم تتوقف صحة بيع

المباح له على إجازة المبيح، لوقوع البيع للمالك من جهة كون الإذن توكيلاً للمباح له،
و من المعلوم نفوذ تصرف الوكيل كالأصيل.

و قد تحصل من كلمات المصنّف إلى هنا: أنّ إباحة جميع التصرفات غير

صحيحة، لعدم الدليل على مشروعيتها.

(٢) غرضه النقض على ما ذكره من عدم جواز التصرفات المتوقفة على الملك

بمجرد إباحة التصرف. توضيحه: أنّ جماعة بنوا على أنّ الغاصب إذا باع العين

المغصوبة بتمن مع علم المشتري بغصبية المبيع جاز للغاصب أن يشتري بذلك الثمن

متاعاً و يملك الثمن. و ليس للمشتري إجازة شراء الغاصب، لأنّه يدفع الثمن إلى

الغاصب البائع للمغصوب - مع علمه بغصبية المبيع - أباح للغاصب التصرف في الثمن

بحيث يصير مالاً كبده.

و كذا الحال فيما حكى عن المختلف من جواز وطى الجارية التي اشتراها بعين

مغصوبة مع علم بانعها بغصبية الثمن. فإنّ هذين الموردين منافيان لما ذكرناه من عدم

جواز التصرف المتوقف على الملك بمجرد الإباحة.

و هكذا الكلام فيما نحن فيه، فيقال: إنّ المباح له و إن لم يصير مالاً، إلاّ أنّه

إذا اشتري بمال المبيح شيئاً ملك المبيع، أو إذا باع ملك الثمن، فهو كالغاصب الذي يبيع

العين المغصوبة، فإنّه يصح تصرفه في الثمن بشراء شيء به، و يملك الثمن مع عدم كونه

مالاً للتمن.

وعليه لا وجه لما ذكره الماتن بقوله: «أو موقوفاً على الإجازة» إذ ليس للمالك

المسلط إجازة تصرف بيع المباح له و وقفه و عتقه.

بيع الغاصب أن^(١) تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن^(٢) في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب^(٣) به شيئاً، و أنه^(٤) يملك المثلثن بدفعه إليه، فليس للمالك^(٥) إجازة هذا الشراء^(٦).

و يظهر^(٧) أيضاً من محكي المختلف، حيث أستظهر من كلامه - فيما

(١) خبر «و لكن» و العبارة منقولة بالمعنى، قال السيد الفقيه العاملي رحمته الله: «و المنقول عن قطب الدين في بيان إشكال الكتاب - أي الإشكال المذكور في القواعد في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب - أنه في التبئع، و وجهه بأن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، و لهذا لو تلف لم يكن له الرجوع عليه. ولو بقي فقيه وجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع إشتهر...» ثم حكى كلام الشهيد في حواشي القواعد، فراجع أ.

(٢) معطوف على تسليط، يعني: كالإذن و الإباحة فيما نحن فيه.

(٣) يعني: شراء الغاصب لنفسه بالثمن الذي أخذَه من المشتري.

(٤) معطوف على «جواز» يعني: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن -

مع علم المشتري بغصبية المبيع - يوجب جواز شراء الغاصب بالثمن و صيرورته مالكاً للمثلثن بسبب دفع المشتري - العالم بالغصبية - الثمن الى الغاصب. يعني: أن ملكية المثلثن له مسببة عن ملكية الثمن له، الناشئة من دفع المشتري له إلى الغاصب.

(٥) أي: ليس للمالك الثمن - و هو الذي إشتري من الغاصب - إجازة شراء الغاصب، إذ المفروض صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب و أجنبياً عن المشتري، فليس له الإجازة.

(٦) هذا ما نقله المصنف عن قطب الدين و الشهيد رحمتهما الله.

(٧) معطوف على «يظهر من جماعة» أي: و يظهر أن تسليط ... الخ من العلامة

كما ظهر من قطب الدين و الشهيد رحمتهما الله. و لعل الوجه في إفراد كلام العلامة رحمته الله بالذكر

لو إشتري جاريةً بعين مفضوبة -

و عدم ضمّه إلى كلام قطب الدين الرازي و الشهيد رحمهما هو عدم صراحة عبارة المختلف في أنّ بائع الجارية يُسلّط المشتري - الفاضل للثمن - على مملوكته، و إنّما يستبيح المشتري التصرف فيها.

و الأولى ملاحظة نصّ كلامه، فنقول: نقل في باب الغرر و المجازفة حكّين متغايرين عن شيخ الطائفة، أحدهما في النهاية، و الآخر في المسائل الحائرية، فقال:

«قال الشيخ في النهاية: من غصب غيره مالاً و إشتري به جاريةً كان الفرَجُ له حلالاً، و عليه وزر المال، و لا يجوز أن يبحج به» ثم حكى جواب الشيخ في المسائل الحائرية الذي نقله الحلبي في السرائر بما لفظه: «فأجاب الشيخ: إن كان الشراء وقع بعين المال كان باطلاً و لم يصح جميع ذلك. و إن كان الشراء قد وَقَعَ بمالٍ في ذمته كان الشراء صحيحاً، و قبضه ذلك المال فاسداً، و حلّ له وطي الجارية و غلّة الأرض و الشجر، لأنّ ثمن الأصل في ذمته» و إستصوب ابنُ إدريس هذا الجواب.

ثم قال العلامة: «أقول: كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين. أحدهما: ما ذكره من أنّ الشراء بالمال أعمّ من أن يكون بالعين أو في الذمّة ... و الثاني: أن يكون البائع عالماً بأنّ المال غصب، فإنّ المشتري يستبيح وطي الجارية. و عليه وزر المال و إن كان الشراء وَقَعَ بالعين» أ.

و هذه الجملة الأخيرة هي محطّ نظر المصنف رحمهما، إذ ربما يستفاد منها أنّ بائع الأمة سلّط المشتري على التصرف في المبيع - و هي الأمة - مع علمه بعدم تحقّق المعاوضة من جهة كون الثمن مفضوباً و غير مملوك للمشتري، و من المعلوم توقف جواز وطي الأمة على الملك، أو التحليل المنشأ بصيغة خاصة.

و قد إتضح من نقل عبارة المختلف أمران:

الأول: أنّ أصل الفتوى بحلّية التصرف في الأمة من الشيخ، لا من العلامة،

أن^(١) له وطي الجارية^(٢) مع علم البائع بغصبية الثمن، فراجع.
و مقتضى^(٣) ذلك أن يكون تسليطُ الشخص لغيره على ماله - وإن لم
يكن على وجه الملكية - يوجب^(٤) جواز التصرفات المتوقفة على الملك، فتأمل^(٥)
و سيأتي توضيحه في مسألة الفضولي^(٦).

و إنما كان غرضه توجيهه بنحوٍ لا يخالف قواعد الفقه المسلمة.
الثاني: أن المسألة المنقولة عن قطب الدين و الشهيد والمسألة المنقولة عن
المختلف تشتركان في كون أحد العوضين مغضوباً، و تفرقان في أن البائع هو الغاصب
في كلام قطب الدين، فيكون التسليط على الثمن من قبل المشتري، و المشتري هو
الغاصب في كلام العلامة، فيكون التسليط على المبيع - وهي الأمة - من طرف البائع.
(١) نائب فاعل «أُسْتَظْهِر».

(٢) يعني: مع أنهم جعلوا وطي الجارية من التصرفات المتوقفة على الملك.
(٣) أي: و مقتضى حكمهم في هذين الموردين: أن إذن المالك و تسليطه كافٍ في
جواز التصرف المنوط بالملك من دون أن يقع بيعٌ أصلاً حتى تتوقف صحته على
إجازة المالك.

(٤) خبر «أن يكون» و الأولىُ تبديله بـ «موجباً للجواز».
(٥) لعلّه إشارة إلى: عدم ظهور الكلمات المذكورة في كون التسليط - على وجه
الإباحة - موجباً لجواز التصرف المتوقف على الملك، لأنّ التسليط المزبور يوجب
الملكية لا مجرد الإباحة، فكلمات الجماعة أجنبية عن المقام.

(٦) سيأتي هناك بقوله: «أنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع
الغاصب...». هذا تمام الكلام في الإشكال الأوّل المشترك بين القسم الثالث و الرابع،
و قد عرفت عدم إندفاع الاشكال بشيءٍ من الوجوه الثلاثة، و نتيجة ذلك عدم صحة
إباحة جميع التصرفات.

وأما^(١) الكلام في صحة الإباحة بالعوض - سواء صححنا إباحة التصرفات

(١) معطوف على قوله: «أما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك» وهذا شروع في تحقيق الإشكال الثاني المتقدم بقوله: «و ثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تمليك» و كان هذا الإشكال مختصاً بالقسم الثالث - من الأقسام الأربعة المذكورة في التنبيه الرابع - و هو كون الإباحة في مقابل التمليك. كما أن الإشكال الأول كان مشتركاً بين القسمين الثالث والرابع.

و غرضه بَيِّنُ إقامة الدليل على صحة الإباحة بعوض التمليك - ولو بالنسبة إلى غير التصرفات المنوطة بالملك - و أما الإباحة بعوض الإباحة فسيأتي بيان حكمها في آخر التنبيه إن شاء الله تعالى، فالمقصود فعلاً تحقيق العقد المركب من إباحة و تمليك. و قد بين المصنف أولاً الإشكال في صحة الإباحة المعوضة، ثم صححها ثانياً بإدراجها في الصلح أو بكونها معاوضة مستقلة.

أما ما أفاده في مقام الإشكال فحاصله: أن هذا النحو من الإباحة لا يندرج في المعاوضات المالية ليدخل كل من العوضين في ملك الآخر، لكون العوضين كليهما ملكاً للمبيح. أما ما أباحه فعلوم، و أما عوضه - الذي دفعه المباح له إليه - فالمفروض أنه عوض الإباحة، فصار ملكاً للمبيح.

و لا دليل على مشروعية هذه الإباحة المعوضة، لأن ما يمكن أن يستدل به على الصحة هو آية الوفاء بالعقود و التجارة عن تراض و حلّ البيع. والكل غير جارٍ. أما الأول فلإختصاص «العقود» التي يجب الوفاء بها بالجهود المتعارفة بين الناس، و هي محصورة في أمور معينة معهودة كالبيع و الصلح و الإجارة و الهبة ونحوها من عناوين المعاملات.

و أما الثاني فلأن «التجارة» هي التكبب بالمال بقصد الإسترباح بالبيع والشراء، و لا أقل من الشك في صدقها على الإباحة، إذ ليس فيها مبادلة الأموال،

المتوقفة على الملك أم خصصنا الإباحة بغيرها^(١) - فحصله: أن هذا النحو من الإباحة المعوضة ليست معاوضة مالية^(٢) ليدخل كل^(٣) من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك^(٤) للمبيح، إلا أن المباح له يستحق التصرف^(٥)، فيشكل الأمر فيه^(٦)

و لم تنقطع إضافة الملكية بين المبيح و المال.
و أما الثالث فلوضوح تقوم «البيع» بالمبادلة بين المالين و تمليك كل منها الآخر، و لا مبادلة و لا تمليك حسب الفرض.
و على هذا فالإباحة بالعوض أجنبية عن المعاوضات المهدودة التي يكون العوضان فيها ملكاً للمتعاملين.

هذا كله في توضيح ما أفاده المصنف رحمته أولاً في تقريب الإشكال. و أما ما أفاده ثانياً في التفصي عنه، فسيأتي إن شاء الله تعالى.
(١) أي: بغير التصرفات المتوقفة على الملك.

(٢) لإختصاصها بالأموال، و من المعلوم عدم كون الإباحة - بما هي فعل من الأفعال - من الأموال، بل المال موضوعها.

(٣) هذا بيان للمعنى و هو المعاوضة، يعني: أن شأن المعاوضة التبادل في الملكية.
(٤) أما المال المباح فلأن المفروض بقاؤه على ملك المبيح، لعدم خروجه عن ملكه بمجرد الإباحة. و أما العوض فلأن المقصود من عوضيته هو كونه ملكاً للمبيح. فالغرض من العوض هنا الجزاء، لقيامه مقام العوض في إضافة الملكية.

و إن شئت فقل: إن العوضين هنا مملوكان لشخص واحد، و هذا خلاف مقتضى المعاوضة، و هو كون العوضين مملوكين لشخصين.

(٥) يعني: لا يستحق نفس الرقبة، بل يستحق التصرف تكليفاً لا وضعاً، و لذا لا يسقط بالإسقاط.

(٦) أي: في هذا القسم الثالث، و هو الإباحة بالعوض.

من جهة^(١) خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً^(٢)، مع التأمل^(٣) في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع.
إلا^(٤) أن يكون نوعاً من الصلح.

(١) هذا وجه أصالة الفساد التي ذكرها بقوله: «فيشكل الأمر فيه».
(٢) فتكون هذه الإباحة المعوضة بالتمليك أجنبية عن العقود التي يجب الوفاء بها.

(٣) يعني: أنه يكفي في عدم شمول آية «التجارة عن تراض» لهذه الإباحة الشك في صدق «التجارة» على مجرد الإباحة، ولا يعتبر إحراز عدم كونها تجارة. و على هذا فلو لم يُعَوَّل على تفسير اللغوي للتجارة «بأنها الإعطاء و الأخذ بقصد الإسترباح» كفى الشك في صدقها على الإباحة في عدم جواز التمسك بالآية المباركة لإثبات مشروعيتها.

(٤) هذا إستثناء من قوله: «فليست معاوضة مألّية، فيشكل الأمر فيه» و هو شروع في التفصي عن الإشكال، وتصحيح الإباحة المعوضة باحد وجهين:
الأول: دعوى دخولها في الصلح، فتدرج في المعاوضات المعهودة، و ذلك بعد تمامية مقدمتين.

إحدهما: أن المبيع و المباح له تسالما على أمر، و هو إباحة التصرف في المال في قبال عوض، و هذا التسالم و التوافق هو الصلح المعدود من المعاوضات.
و ثانيها: أنه لا يعتبر في صحة الصلح إنشاؤه بصيغة خاصة، بل يكفي في إنشائه كل ما يدل عليه من صيغة خاصة أو مقولة أو فعل، أو كتابة. و يشهد لعدم اعتبار الصيغة الخاصة فيه ما ورد في بعض الأخبار من تحقق الصلح بقول أحدهما: «لك ما عندك و لي ما عندي» و كذا ما ورد في مصالحة الزوجين. فليكن قول المبيع: «أبحت لك التصرف في مالي على أن تملكني ديناراً» إنشاءً للصلح.
الثاني: أن تكون الإباحة بالعوض معاملة مستقلة. و يدل على مشروعيتها أمران.

لمناسبته^(١) له لغةً، لأنّه^(٢) في معنى التسالم على أمرٍ، بناءً^(٣) على أنّه لا يشترط فيه لفظ الصلح، كما يستفاد^(٤) من بعض الأخبار الدالة على صحته^(٥) بقول المتصالحين: «لك ما عندك، و لي ما عندي»^(٦)

أحدهما: قاعدة السلطنة، فإنّ السلطنة المطلقة للمالك تقتضي حلّيّة كلّ تصرف للمالك في ماله، سواء أكان ذلك التصرف الخاص مما أحرز جوازه أم لا.
ثانيهما: قاعدة وجوب وفاء المؤمنين بشروطهم، فإنّ إلّزام أحدهما بإباحة التصرف، و إلّزام الآخر بتعميل ماله للمبيح شرطٌ يجب الوفاء به و يحرم نقضه، فالتشكيك في الصحة ينافي إطلاق وجوب الوفاء بالشرط.

(١) أي: لمناسبة الصلح لهذا النحو من الإباحة أي الإباحة المعوّضة.

(٢) أي: لأنّ هذا النحو من الإباحة يكون بمعنى التراضي و التسالم على أمرٍ.

(٣) قيد لقوله: «نوعاً من الصلح» و هذا إشارة إلى المقدمة الثانية التي لا بدّ من إثباتها حتى تندرج الإباحة بالعرض في الصلح، و قد تقدّمت بقولنا: «ثانيتها: أنه لا يعتبر في صحة الصلح ... الخ».

(٤) يعني: كما يستفاد عدم الإشتراط بلفظ الصلح. و لعلّ وجه الإستفادة هو الجهل بمقدار المال الموجود عند كل واحد من الشريكين، و الجهل غير قادح في الصلح.

(٥) هذا الضمير و ضمير «فيه» راجعان الى الصلح.

(٦) روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: «في رجلين كان لكلّ واحد منها طعام عند صاحبه، و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منها لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما».

و نحوه^(١) ما ورد في مصالحة الزوجين.
ولو^(٢) كانت معاملةً

(١) في مصحح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام : «سألته عن قول الله عز وجل : ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً﴾ فقال عليه السلام : هي المرأة تكون عند الرجل، فيكرهها فيقول لها: إنني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل، إنني أكره أن تشمت بي، ولكن أنظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي، فهو قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يَصْلِحا بينهما صلحاً﴾ وهذا هو الصلح»^(*).

(٢) الأولى أن يقال: «و أن يكون معاوضة مستقلة» ليكون معطوفاً على «أن يكون نوعاً من الصلح».

و كيف كان فهذا ثاني وجهي صحة الإباحة مع العوض، و حاصله: أن هذه الإباحة و إن كانت خارجةً عن المعاملات المعهودة حتى الصلح، إلا أنه لا يقدح في الصحة، لوجود دليل يمنع عن الرجوع إلى أصالة الفساد، و ذلك الدليل هو حديث

(*) لكن الظاهر عدم إجداء شيء من هاتين الروايتين في المقام.

أما الرواية الأولى فلعدم ظهورها في الصلح، لإحتمال كونها هبةً معوضة، أو معاوضةً مستقلة، و إن ذكرها صاحب الوسائل في كتاب الصلح. و بعد تسليم ظهورها في الصلح لا يدل على عدم اعتبار اللفظ مطلقاً في باب الصلح، بل غايته دلالتها على عدم اعتبار لفظ خاص فيه.

و أما الرواية الثانية فلأن ظاهرها هو الصلح الحقيقي الخارجي في مقابل النشوز و النزاع، لا الصلح الاعتباري الإنشائي الذي هو مقابل سائر العناوين الانشائية. و مورد البحث هو الثاني، لا الأول كما لا يخفى.

مستقلة^(١) كفى فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم»(*) و «المؤمنون عند شروطهم»^(٢) (**).

و على تقدير الصحة^(٣)، ففي لزومها مطلقاً، لعموم «المؤمنون عند

السلطنة والشرط.

(١) كما في الجواهر، حيث قال بعد منع حصر المعاوضات في المعهودة: «فلا بأس بإجراء حكم المعاوضة المستقلة عليها، كما صرح به الشهيد في المحكي عن حواشيه...»^أ.

(٢) بناءً على تعميم الشرط لنفس العقد و عدم إختصاصه بالشرط الخارج عن العقد كما هو الظاهر، فالتمسك به محل تأمل بل منع.

(٣) الظاهر أنّ البحث عن لزوم الإباحة المعوّضة و جوازها مخصوص بما إذا صُحِّحَت بالمعاوضة المستقلة، دون ما إذا كانت صلحاً، ضرورة كونه عقداً لازماً، فلا يبقى مجال لإحتمال الجواز حينئذٍ.

و كيف كان فقد أشار إلى وجوه ثلاثة:

أحدها: اللزوم مطلقاً أي من كلا الطرفين، فلا يصح رجوع المبيع عن إباحته، و لا رجوع المباح له عن تملكه للعوض.

ثانيها: اللزوم من طرف المباح له دون المبيع، فيجوز رجوع المبيع عن إباحته، لبقاء ما أباحه على ملكه، و عدم إنتقاله عنه.

ثالثها: الجواز من كلا الطرفين.

(*) هذا خلاف مبناه نَهَى من عدم مشرعية «الناس مسلطون على أموالهم»

للأسباب.

(**) هذا مبني على عموم الشروط للشروط الابتدائية، و ذلك غير ظاهر، بل

خلافه ظاهر.

شروطهم» أو من طرف المباح له، حيث^(١) إنه (*) يُخرج ماله عن ملكه، دون المبيع، حيث إن ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلط (***) عليه^(٢). أو جوازها مطلقاً؟ وجوه^(٣)، أقواها

(١) حاصله: أن المباح له يُخرج ماله عن ملكه، لفرض كونه عوضاً عن الإباحة.

(٢) يعني: أن مقتضى قاعدة السلطنة هو بقاء سلطنة المبيع على ماله.
(٣) وجه اللزوم مطلقاً ما أفاده قُبيل ذلك من عموم «المؤمنون عند شروطهم». ووجه اللزوم من طرف المباح له ما ذكره أيضاً بقوله: «حيث إنه يُخرج ماله عن ملكه». و محصله أصالة اللزوم في الملك، فليس للمباح له أن يتصرف فيه إلا بإذن المبيع، لأنه مالكة.

و وجه الجواز مطلقاً: كون هذه الإباحة بالعوض من المعاطاة التي بنوا على جوازها، و أناطوا لزومها بأحد ملزماتها المعهودة.

(*) هذا التعليل عليل، لأن مجرد الإخراج عن الملك لا يصلح لأن يكون دليلاً على اللزوم، إلا أن يثبت كون الأصل في الخروج عن الملك هو اللزوم. كما هو مقتضى استصحاب بقاء الملك للمبيع على ما تقدم في أصالة اللزوم، فتصرف المباح له فيه منوط بإذن المبيع.

(**) لكن حكومة دليل وجوب الوفاء بالشروط على قاعدة السلطنة تقتضي رفع سلطته على ماله، لكون الإباحة لازمة، هذا.

مضافاً إلى: أن المصنف رحمته بنى سابقاً على عدم مشرعية قاعدة السلطنة للأسباب والأحكام. إلا أن يكون مقصوده المماثلة مع مثل صاحب الجواهر الذي صحح الإباحة المطلقة بقاعدة السلطنة.

أولها^(١)، ثم أوسطها^(٢).

و أما حكم الإباحة بالإباحة^(٣) فالإشكال فيه أيضاً يظهر

(١) و هو اللزوم مطلقاً، لعموم دليل نفوذ الشروط الذي هو مستند هذه الإباحة. وجه أقوائتيته: أن مقتضى عموم «المؤمنون عند شروطهم» وجوب وفاء كل واحد من المؤمنين بشرطه و إلتزامه، سواء أكان إلتزامه بإباحة ماله للغير ليتصرف فيه، أم بتملك رقبة ماله للغير، و لا يجوز نقض الإلتزام بوجه من الوجوه.

(٢) و هو اللزوم من طرف المباح له، لأصالة اللزوم كما مرّ آنفاً.

وجهه: أنه لو نوقش في صدق الشرط على إلتزام المبيع بالإباحة، لكنه لا ريب في شموله لإلتزام المباح له بتملك ماله للمبيع، فيلزمه الوفاء بشرطه و عدم نقضه، بخلاف المبيع، فإنه لا دليل على وجوب الوفاء بإباحته، اذا شكّ في صدق «الشرط» على الإباحة المالكية.

و وجه أولويته هذا الإحتمال من الاحتمال الثالث - الذي يجوز لكل منها الرجوع فيه - هو: أنه يلزم طرح عموم «المؤمنون» كليّةً، و هذا خلاف ما فرضناه من دلالة الحديث على صحة الإباحة المعوضة.

(٣) هذا هو القسم الرابع من أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين. و لا يخفى أن المصنف رحمته لم يتعرّض عند بيان الإشكاليين - الواردين على هذا القسم و سابقه - لما يختص بهذا القسم من الإشكال حتى يتصدّى لدفعه، و إنما إقتصر على الإشكال المختص بالقسم الثالث من كونه عقداً مؤلفاً من إباحة و تملك. ثم أجاب عنه بما عرفت آنفاً.

و أما هذا القسم الرابع فقد أفاد فيه المصنف أنه كالقسم الثالث إشكالاً و جواباً. فالإشكال فيه هو: عدم كون «الإباحة بعوض الإباحة» من المعاضات المالية المعهودة، و لا تجارةً عن تراضٍ، و لا بيعاً، وعليه يُشكل إباحة المالك التصرف في ماله بازاء إباحة الآخر التصرف في ماله، ولو فيما لا يتوقف على الملك.

مما ذكرنا^(١) في سابقه. و الأقوى فيها أيضاً الصحة و اللزوم، للعموم^(٢) (*).
أو الجواز^(٣) من الطرفين، لأصالة التسلُّط^(٤).

و الجواب هو: أن الإباحة المعوضة من المالك صحيحة شرعاً، لكونها صلحاً
أو معاوضةً مستقلةً. و حيث كانت صحيحةً جرى فيها إحتال الجواز مطلقاً و اللزوم
كذلك.

و لا مجال للاحتيال الآخر المتقدم في القسم الثالث من كونها لازمةً من طرف
المالك دون المبيع، و وجهه واضح، إذ لا تمليك هنا أصلاً، بل هو إباحة في قبالة إباحة،
فإما اللزوم من المجانين عملاً بوجود الوفاء بالشرط و الإلتزام به. و إما الجواز من
المجانين أخذاً بأصالة الإطلاق في تسلُّط الملاك على أموالهم، فللمالك الرجوع عن
إباحته متى شاء.

(١) من خروجها عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً مع التأمل في صدق
التجارة عليها.

(٢) أي: عموم «المؤمنون عند شروطهم» كما ذكره في الإباحة بالعوض.

(٣) معطوف على «اللزوم».

(٤) إذ المفروض في هذه الإباحة بقاء المالكين على ملك مالكيهما، فيكونان
مسلطين على إستردادها بمقتضى إطلاق قاعدة السلطنة.

(* مراده عموم «المؤمنون عند شروطهم» لكن قد عرفت المناقشة فيه، بل الوجه

فيه هو عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾.

و الإشكال فيه: بأن الإباحة هنا مالكية، و من المعلوم زوالها بمجرد كراهة المالك
فليس للعقد مضمون يشك في إرتفاعه بالفسخ حتى يقال بدلالة العموم على بقائه.
مندفع بأن الزائل بالكراهة هو الإباحة النفسانية، دون الاعتبارية الانشائية التي هي منشأ
الآثار، فمع الشك في زوالها بالفسخ يتمسك بعموم ﴿أوفوا﴾ الدال على اللزوم. فدلِيل

السلطنة - مضافاً إلى قصوره في نفسه - محكوم بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بل وبدليل صحة التجارة عن تراض بناءً على ما هو الصحيح من صدق «التجارة» على الإباحة بالإباحة وبالمال.

فالقاعدة تقتضي لزوم الإباحة مطلقاً ولو بدون العوض كما هو ظاهر وفاقاً للسيد رحمته.

ثم إنه ينبغي التعرُّض لشطرٍ من الكلام في القسمين الأخيرين، فالقسم الثالث هو إباحة الموجب بالعوض، بحيث تكون المقابلة بين الإباحة و المال عروضاً أو ثمناً، والقسم الرابع هو كون الإباحة بازاء الإباحة أو لداعي الإباحة. فنقول: قد إستشكل المصنف رحمته فيهما بوجهين:

الأول: الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المال للمتصرف، بأن يقول: «أبحث لك كل تصرف» من دون أن يملكه العين.

الثاني: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض، حيث إن مرجعها إلى العقد المركب من إباحة و تملك، و هي خارجة عن المعاوضات المعهودة، و صدق «التجارة عن تراض» عليها لا يخلو عن التأمل كما سيأتي في كلام المصنف رحمته.

ثم إن الإشكال الأول و هو إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك جارٍ في كلا القسمين الثالث و الرابع، و في غير المعاطاة أيضاً، لجريانه في الإباحة القولية سواء أكانت مع العوض أم بدونه، و سواء أكانت مستقلة أم ضمنية. و الإشكال الثاني و هو تركيب العقد من إباحة و تملك مختص بالقسم الثالث كما لا يخفى.

أما الإشكال الأول فهو تارة يكون عقلياً، و أخرى عقلياً و عرفياً، و ثالثة شرعياً أي من ناحية الأدلة الشرعية بناءً على كون ماهية البيع تبادل إضافة المالكية و المملوكية في العوضين، بمعنى تبدل إضافة المبيع إلى مالكة - و هي إضافة المالكية و المملوكية -

بإضافة الثمن إلى صاحبه التي هي أيضاً إضافة المالكية والمملوكية، فلا يعقل تحقق ماهية البيع بدون هذه المبادلة.

و على هذا فالإباحة تضادُّ المبادلة في إضافة المالكية و المملوكية التي هي حقيقة البيع.

و يظهر من هذا البيان تقريب الإشكال العقلائي، حيث إن الإباحة بالعوض لا تكون بيعاً عقلائياً بعد كون البيع عندهم تبادل الإضافتين المزبورتين المفقود في الإباحة بالعوض، إذ المفروض عدم تبادل الإضافتين فيها، فمفهوم البيع لا يصدق عليها. والحاصل: أن هذا الأشكال مبني على كون البيع عبارة عن تبادل إضافة المالكية و المملوكية في العوضين.

لكن فيه منع تقدّم في تعريف البيع، و حاصله: أن حقيقة البيع ليست تبادل الإضافة المالكية و المملوكية في العوضين، و إلا لم يصح بيع الوقف العام المسوّغ بيعه بأحد مسوّغاته، وكذا شراء الجنس الزكوي بسهم سبيل الله من الزكاة، و إشتراء الأخيار من الوجوه البرية ما يحتاج إليه الفقراء و المساكين من المأكول و الملبوس و غيرهما لهم.

و بالجملة: فصحة البيع في هذه الموارد تكشف عن سعة دائرة مفهوم البيع، و أنه عبارة عن التعاوض بين المالين، و عدم تقوّمه بتبادل إضافة الملكية. فالإشكال العقلي و العقلائي مندفع بعدم كون ماهية البيع تبادل الإضافتين، هذا.

و أمّا إشكال منافاة إباحة البيع - للمباح له - لما دلّ من الأدلة الشرعية على توقف البيع و غيره من التصرفات على الملك، مثل ما روي عن النبي ﷺ: «لا بيع إلا فيما تملك» و قوله ﷺ: «لا إطلاق إلا فيما تملكه، و لا بيع إلا فيما تملكه» وجه المنافاة: أن البيع و إن لم يكن بمفهومه مانعاً عقلاً و لا عقلائياً عن بيع المباح له مال المبيع، لكن الدليل النقلي يعتبر ملكية المبيع للبائع، فإذن المبيع في بيع ماله لغيره - و هو المباح له -

ينافي الدليل الشرعي.

ففيه: أن الظاهر عدم قيام دليل تام على اعتبار كون المبيع ملكاً للبائع، لأن ظاهر الروايتين المزبورتين - بعد تسليم اعتبار سندهما - هو عدم نفوذ بيع مال الغير بلا إذنه، لوضوح صحته مع إذنه كالوكيل، فالمراد: أن البيع لا بد أن يكون مضافاً إلى المالك إما بمباشرته للبيع، وإما بتسبيبه له كالتوكيل.

بل ظاهر الرواية الثانية هو ملك التصرف بشهادة الفقرة الأولى، فإن مالكية الطلاق لا معنى لها إلا ذلك، فليست الروايتان بصدد بيان لزوم دخول الثمن في كيس الذي يخرج المبيع من كيسه كما هو مناط الإشكال، و من المعلوم أن المباح له لا يبيع إلا بإباحة المالك المبيع له بيع ماله، فهو مأذون من المالك في البيع.

وإن أبيت عن ذلك وناقشت فيما ذكرناه - بأن مفهوم البيع هو تبادل الإضافتين - فنقول: إن مقتضى الإباحة المطلقة ليس دخول الثمن في ملك المباح له حتى يكون منافياً لحقيقة البيع، بل مقتضاها جواز التصرف في الثمن كجوازه في نفس المثل، فبيع المباح له نافذ، لإقترانه بإذن المالك المبيع.

وإن شئت فقل: إن إطلاق الإباحة للتصرفات في مال يقتضي جواز التصرف في المال بجميع شؤونه من الشخصية والنوعية والمالية، فكما يباح للمباح له التصرف في شخص المال الذي أبيع له، فكذلك يباح له التصرف في ماليته المتحققة في ضمن شيء آخر، فالمال إذا كان كتاباً فكما يجوز للمباح له التصرف فيه، فكذلك يجوز التصرف في بدله إذا بيع بدينار مثلاً.

فالمحصل: أنه - بعد تسليم كون ماهية البيع دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المبيع - لا إشكال ولا تنافي بين ماهية البيع وبين إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف منه على الملك كالبيع، هذا.

ولا يندفع الإشكال بالوجه الثلاثة المذكورة في كلام المصنف رحمته.

أخذها: كون غرض المبيع توكيل المباح له في نقل المال إلى نفسه ليقع البيع له -أي: للمباح له - أو توكيل المباح له في بيع المال لمالكه، ثم نقل الثمن الذي هو ملك المبيع إلى نفسه، أو تملك المبيع ماله للمباح له بقوله: «أبحث» أو بالفعل المؤدي للإباحة الذي هو بمنزلة إنشاء الهبة، وكون بيع المباح له بمنزلة القبول، نظير قوله: «أعتق عبدك عني بكذا» هذا.

إذ فيه: أن هذا الوجه بجميع شقوقه بعيد عما نحن فيه، إذ ليس المقصود هنا إلا إذن المالك للمباح له في التصرف، ومجرد إمكان قصد أحد الوجوه المزبورة لا يثبت وقوعه الذي هو المدار في الجواز.

ثانيها: أن يدل دليل خاص على كون مال المبيع ملكاً للمباح له بمجرد الإباحة، فيقع البيع في ملك المباح له. أو يدل دليل على صيرورة الثمن ملكاً للمباح له، فإنه يكشف عن دخول الثمن في ملك المبيع آنأماً لتلاً يستحيل صدق مفهوم البيع عليه، ثم إنتقاله عنه إلى المباح له، نظير شراء العمودين، حيث إنهما يدخلان في ملك المشتري آنأماً، ثم يعتقان عليه، لأنه قضية الجمع بين الأدلة، وهي ما دل على صحة الشراء، وما دل على أنه لا عتق إلا في ملك، وما دل على أن الانسان لا يملك عموديه، هذا.

إذ فيه: أن من المعلوم فقدان دليل خاص في المقام يدل على كون مال المبيع ملكاً للمباح له بمجرد الإباحة. أو يدل على صيرورة الثمن ملكاً للمباح له حتى نلتزم فيه بما التزموا به في مثال شراء العمودين، حيث إن ما يمكن أن يكون دليلاً على الإباحة في المقام هو دليل السلطنة الذي لا يزاحم الأدلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك كالتعتق والبيع والوطي ونحوها، بل هي حاكمة على دليل السلطنة، لما أفاده المصنف رحمته من أن مفاد دليل السلطنة هو نفوذ سلطنة المالك على التصرفات التي ثبت جوازها في الشرع مع الغض عن دليل السلطنة. وليس دليل السلطنة مشرعاً. فأنضح الفرق بين المقام وبين مسألة شراء العمودين.

ثالثها: ما أشار إليه بقوله: «و أما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع والعتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه ... الخ» وحاصله: تنظيرُ المقام برجوع الواهب عن هبته ليقع البيع في ملكه، فكما يقتضي بيع الواهب رجوعه عن الهبة ودخول العين الموهوبة في ملكه، فكذلك التصرف في المباح تصرفاً موقوفاً على الملك يقتضي دخول المال في ملك المباح له.

إذ فيه أيضاً ما لا يخفى، لعدم دليل على صحة مثل هذا التصرف للمباح له حتى يكشف ذلك الدليل عن حصول الملكية التحقيقية أناماً قبل تحقق ذلك التصرف. والحاصل: أن شيئاً من هذه الوجوه الثلاثة المذكورة في كلام المصنف رحمته لا يصلح لتصحيح بيع المباح له للمال الذي أبيع له التصرف فيه كما نبه هو رحمته أيضاً على ذلك.

هذا حال البيع الذي قيل بتوقفه على الملك.

و أما سائر صغريات التصرف المتوقف على الملك فلا بأس بالإشارة إلى جملة منها، فنقول:

إنه عدّ منها العتق. وقد نسب ذلك إلى المشهور، ولذا حكموا بالملك التقديري في مثل قوله: «أعتق عبدك عني» بل ربما يدعى الاجماع على ذلك.

و يدل عليه صحيح منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق قبل ملك^١.

ورواية مسمع أبي سيار عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عتق إلا بعد ملك^٢». ونحوهما غيرهما.

و ما في حاشية السيد رحمته «من حمل الملك على ملكية الإعتاق كما تقدم في

أ : وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٧، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق، الحديث: ١

ب : المصدر، الحديث: ٢

البيع، لا ملكية العبد، فلا مانع حينئذٍ من جواز العتق إذا كان بإباحة المالك وإذنه، لكون المباح له حينئذٍ مالاً للإعتاق و سلطاناً عليه»^أ خلاف الظاهر جداً، لكون الظاهر هو إضافة الملكية لا مجرد السلطنة ولو بإذن من المالك. والحمل المزبور مما لا موجب له ولا داعي إليه، إذ لا قرينة على هذا الحمل، كما كانت موجودة في بعض الروايات الدالة على اعتبار الملكية في المبيع كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا طلاق إلا فيما تملكه، ولا بيع إلا فيما تملكه» ضرورة عدم اعتبار ملكية الزوجة في الطلاق.

نعم في رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «كان الذين من قبلنا يقولون: لا عتاق ولا طلاق إلا بعد ما يملك الرجل»^ب. ولا بأس بقرينة هذه الرواية على إرادة ملكية الإعتاق.

إلا أن يقال: بعدم منافاة الجمع بين اعتبار إضافة الملكية وبين اعتبار السلطنة، لأن اعتبار هذه يرجع إلى عدم الحجر، وأن من يتصدى الإعتاق لا بد أن يكون سلطاناً على ذلك وغير محجور عنه.

وعلى هذا فيعتبر في المعنى الملكية وعدم الحجر، فلا تكون رواية أبي بصير قرينة على إرادة السلطنة من الملكية في سائر الروايات، لكونهما من المثبتين اللذين لا تنافي بينهما، ومقتضى الجمع بينهما هو اعتبار كون المعنى مالاً غير محجور عن التصرف، ويجري مثل هذا الكلام في البيع أيضاً، فتدبر.

ومنها: مسألة الخمس والزكاة، بمعنى: أن ما يخرج خمساً أو زكاة لا بد أن يكون ملكاً. وتوضيح الكلام في ذلك: أنه بناءً على تعلق الخمس بنفس المال بنحو الإشاعة كما هو الأظهر أو الكلي في المعين - مع بقاء العين وعدم تبديل الحق - فالظاهر وجوب الدفع من نفس العين، لعدم موجب لجواز الأداء بغير عين المال الذي تعلق الحق بهما،

أ : حاشية المكاسب . ص ٧٩

ب : وسائل الشيعة . ج ١٦ ، ص ٧ ، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق . الحديث: ٣

إذا الموجب له هو تخلُّص تلك العين عن الحق بالتبديل بعينٍ أُخرى خارجية أو ذميمة ،
بمقتضى ولاية المالك على التبديل.

وإن شئت فقل: إنَّه بدون التبديل لا يصدق الذين على من عليه الحق حتى يجوز
أداؤه بمال الغير بإذنه، فليس للمباح له إخراج ما أبيح له خمساً أو زكاةً.

و بناءً على كونهما في الذمة - إمَّا للقول بتعلقهما بها لا بنفس العين، وإمَّا لتلف
العين التي تعلق بها الخمس أو الزكاة على وجهٍ يوجب ضمانهما و اشتغال ذمته بهما
بحيث صارا ديناً عليه. وإمَّا لنقل الحق في ذمته بإذن المجتهد - لا مانع حينئذٍ من أدائهما
بمال الغير بإذنه، والمفروض كون المال من ناحية مالكة مباحاً له، فيجوز للمباح له أداء
دينه الذي منه الخمس و الزكاة.

و بالجملة: يجب الأداء من نفس العين بناءً على تعلقهما بها، و عدم تبديل الحق
بمالٍ آخر. و لا يكفي الأداء من مال غيره ولو مع إذنه و اباحته، لأنَّ ولاية التبديل الراجع
للشركة ثابتة للمالك لا لكل أحدٍ حتى تثبت الولاية للمبيح، و يكون إذنه في الأداء من
ماله رافعاً للشركة، و يجوز الأداء من مال غيره، مع صيرورة الحق في ذمته بأحد الوجوه
الموجبة لانتقال الحق الى الذمة.

فقد ظهر مما ذكرنا أنَّ توقف جواز إخراج مالٍ خمساً أو زكاةً على الملك - كما
قيل - ليس في محله، لأنَّهما بعد صيرورتهما ديناً على من عليه الخمس و الزكاة يجوز
التبرُّع بأدائهما من مال الغير بلا إشكال، لما دلَّ على جواز التبرُّع بأداء دين الغير، فلا مانع
حينئذٍ من قصد القرية.

فما في تقرير سيدنا الخوئي رحمته من الاشكال في قصد القرية لا يخلو من
غموض.

و قبل صيرورتهما ديناً عليه - بأن كانت العين باقيةً و لم يُبدلها المالك بمالٍ آخر -

يجب الدفع من نفس العين التي هي مشتركة بين المالك و بين السادة أو الفقراء، فالمبدول حينئذ هو عين مالهم، وليس من مال المالك أصلاً، كما هو واضح. ومنها: كون ثمن الهدى مملوكاً للناسك كما حكاه المصنف عن الشهيد عليه السلام حيث قال في هذا التنبيه: «و عرفت أيضاً: أن الشهيد في الحواشي لم يُجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و لا وطي الجارية، مع أن مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة» و هذه العبارة كالصريح في إعتبار كون ثمن الهدى مملوكاً و عدم كفاية إباحته.

لكن فيه: أنه لم يدل دليل على إعتبار ملكية ثمن الهدى، بل مقتضى إطلاق أخبار الإستطاعة البدئية^أ - و خلو روايات وجوب سوق الهدى في حج القران^ب، و وجوب ذبحه في منى في حج التمتع^ج عن إعتبار ملك الثمن - هو عدم إعتبار كون ثمن الهدى ملكاً للناسك، ففي رواية الفقيه: «كان النبي صلى الله عليه وآله ساق معه مائة بدنة، فجعل لعلي عليه السلام منها أربعاً و ثلاثين، و لنفسه ستاً و ستين، و نحرها كلها بيده» الحديث. و هي ظاهرة في عدم إعتبار ملكية ثمن الهدى. ولو شك في إعتبارها فالأصل عدمه.

و عليه فلو جعل المال المباح له ثمناً للهدى كما إذا اشتراه بعينه لنفسه أو أدى به دينه الذي اشتغلت به ذمته، كما إذا جعل ثمن الهدى في ذمته و أداه من المأخوذ بالمعاطاة الذي أبيع له التصرف فيه لم يكن به بأس.

و أما ما في تقرير سيدنا الخوني عليه السلام من: «أنه لا يتصور لإخراج ثمن الهدى من مال الغير معنى معقولاً، و ذلك لأن المهدي إما أن يشتري الهدى بذمته... إلى أن قال: وإما

أ : وسائل الشيعة ، ج ٨ ، ص ٢٦ إلى ٢٨ ، الباب ١٠ من أبواب وجوب الحج و شرائطه .

ب : وسائل الشيعة ، ج ٨ ، ص ١٤٩ ، الباب ٢ من أبواب أقسام الحج .

ج : المصدر ، ص ١٦٤ ، الحديث : ٢٥

أن يشتره بشخص مال الغير. و عليه إن قصد الشراء للمالك فالهدى بنفسه يكون للمبيح... الى أن قال المقرّر: وإن قصد الشراء لنفسه فهو داخل فيما هو معلوم من شراء أحدٍ بمال الغير لنفسه شيئاً. و لا معنى لإخراج ملك الغير في ثمن الهدى»^١.
ففيه: أنه مبني على كون المعاوضة تبادل الإضافتين الملكيتين، و قد عرفت خلافه، فيتصور إخراج ملك الغير في ثمن الهدى.

بل على ما ذكرنا في دفع إشكال المعاوضة تكون المعاوضة بمعنى تبادل الإضافتين الملكيتين محفوظة، حيث إن الهدى يصير ملكاً لمالك الثمن، و يباح للمباح له التصرف في الهدى بمقتضى الإباحة المطلقة، حيث إنها تقتضي إباحة التصرف في نفس المباح و بدله إذا عوّض بشيء، و بدل بدله، و هكذا، و المفروض عدم قيام دليل على تعيّن إخراج الهدى من ملك الناسك.

و منها: وطي الجارية كما أشار إليه الشهيد رحمته الله، فإنه متوقف على الملك أو النكاح أو التحليل، فلا يجوز وطئها إذا أخذت بالمعاطاة، لأن الإباحة ليست ملكاً و لا نكاحاً و لا تحليلاً، إذ يعتبر في التحليل الصيغة الخاصة بلا خلاف، بل الاجماع بقسميه عليه كما تقدّم في كلام الجواهر عند شرح كلام المصنف رحمته الله: «و صحة الوطي على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن» و المراد بالصيغة الخاصة هي قوله: «أبحث لك وطي أمّتي» أو «أنت في حلّ من وطي أمّتي» هذا.

أقول: ليس الوطي متوقفاً على الملك، بل يتوقف على كون الواطي مالكاً للوطي سواء أكان ذلك لكونه مالكاً لرقبة الموطونة أم زوجاً لها، أم ممن أبيع له ووطئها من ناحية مالكتها بألفاظ خاصة بالتحليل، بناءً على تمامية الاجماع على إعتبار تلك الألفاظ الخاصة في التحليل. و إلاً فالأظهر تحقق التحليل بكل لفظ يدل عليه و إن لم يكن عربياً، و التفصيل في محلّه.

ومنها: المهر، فإنه قيل باعتبار كونه ملكاً للزوج. وفيه: أنه لا مجال لهذا التوهم، بعد كون الزوجين ركنين في العقد، في مقابل ركنية العوضين في العقود المعاوضيّة، ولذا يجوز تفويض المهر وعدم ذكره في العقد، بخلاف العقود المعاوضيّة، فإنه لا يجوز عدم ذكر العوض فيها. وكذا يجوز جعل المهر على غير الزوج الذي هو أجنبي عن المتعاقدين.

فتلخص من جميع ما ذكرناه صحة بعض ما قيل من التوقف على الملك في الموارد المذكورة، فإن بعضها متوقف على الملك، فتأمل.

لكن الشأن كله في نهوض الدليل على صحة الإباحة المطلقة حتى بالنسبة الى التصرفات المتوقفة على الملك، إذ مع فرض نهوضه عليها لا بدّ من الالتزام بالملك التحقيقي الآني ليقع التصرف المنوط بالملك في ملكه، فتأمل.

وكيف كان فرجع ما استدل به على صحتها وجوه ثلاثة:
أحدها: ما في المتن من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلطون على أموالهم» وقد عرفت عدم دلالة عليه.

ثانيها: ما في حاشية الفقيه المامقاني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من السيرة، فإنها قد ادّعت على جواز جعل نثار العرس ثمناً في المعاوضات، و التصرف فيه بما يتوقف على الملك، غاية أنه من الإباحة بلا عوض. كما أنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والأنمة عليهم السلام كانوا يتصرفون أنواع التصرفات فيما يهدى إليهم من غير فرق بين التصرفات المتوقفة على الملك وغيرها، هذا.

وفيه: أنّ نثار العرس أجنبي عن المقام، لأنّ الظاهر أنه من باب الإعراض الراجع لمنع تملك الغير له، فإذا أخذ كأنّ الأخذ كأخذ المباح الأصلي في التملك.

وقد يقال: إن نثار العرس من باب الهبة. لكنه بعيد. وعلى كل حال هو أجنبي عن

الإباحة المطلقة، هذا.

ثالثها: ما في حاشية الفقيه المامقاني رحمته الله أيضاً من «أنه قد يستدل لجواز الإباحة المطلقة المزبورة بمسألة الأنفال، حيث إنهم عليهم السلام أباحوها لشيعتهم. و من المعلوم أن المتصرف في شيءٍ منها يملكه، وإباحتهم مالكية، لأنها من أملاكهم و حقوقهم كالمقام، إذ الإباحة المطلقة المعاطاتية مالكية أيضاً، لأن المفروض قصد المتعاطيين للإباحة لا الملكية. و حكى أن المحقق الثاني أشار إلى ذلك في شرح القواعد هذا».

و أجب عن هذا الاستدلال تارة: بأن إباحة الأنفال تكون من باب الإعراض الراجع للملكية أو لموانع التملك، فيملكه المتصرف.

و أخرى: بالفرق بين المقام و بين الأنفال، حيث إن المطلوب هنا هو إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، مع بقاء المال على ملك المبيع. بخلاف الأنفال، فإنهم عليهم السلام رخصوا في تملك العين فيها.

و هذا الجواب هو الحق الذي ينبغي المصير إليه، إذ إباحتهم عليهم السلام من باب العطية و جوائز السلطان، فكل من حاز شيئاً من الأنفال ملكه.

و أما الجواب الأول فيرد عليه: أن إباحتهم عليهم السلام مختصة بالشيعة، و الإعراض على وجه التقييد غير معقول، لأن الإخراج عن الملك كالضرب الواقع على شخص لا يصلح للتقييد. فكما لا يعقل أن يقول الضارب: - اضرب هذا الشخص إن كان معاوية مثلاً، و إلا فلا أضربه - فإن من المشاهد وقوع الضرب على المضروب و إن تبين أنه طلحة مثلاً لا معاوية. وكذا الحال في مسألة التقليد.

لكن إشكال عدم المعقولية المذكور في حاشية الفقيه المامقاني رحمته الله مبني على كون الإعراض بنفسه مخرجاً عن الملك و موجباً لصيرورة المعرض عنه مباحاً.

و أمّا بناءً على كونه رافعاً لموانع تملك الغير لمال المُعرض فلا وجه لعدم المعقولية، إذ مرجع الإعراض حينئذٍ إلى الإذن في تملك ماله، ولا مانع من تقييد الإذن لشخص أو طائفة خاصة كما لا يخفى.

فتلخص مما ذكرنا: أن شيئاً من هذه الوجوه لا يصلح لإثبات مشروعية الإباحة مع العوض.

نعم يمكن أن يستدل لها بأية التجارة عن تراض. ومنع صدق التجارة عليها مكابرة بعد كون مناط التجارة هو الإنتفاع بالمعاملة الموجود في الإباحة مع العوض. نعم منع صدقها على الإباحة المجانية في محله.

و إن أبيت عن ذلك و ادّعت أن مفهوم التجارة هو خصوص المعاملة المملّكة دون غيرها، فلا بأس بالتمسك بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فإنّ عقديّة هذه الإباحة ممّا لا ينبغي الارتباب فيه. و الظاهر أن العقد يصدق على كلتا الاباحتين، و هما الإباحة بالعوض، و الإباحة في مقابل الإباحة.

ثم إنّه إذا ثبت إناطة بعض التصرفات بالملك كالتعق مثلاً فلا بد من الجمع بين دليله و بين هذه الإباحة المطلقة بالملك الحقيقي الأنّي لا التقديري الفرضي، لأنّ الملكيّة المعترية في ذلك التصرف تحقيقيّة لا تقديرية، فالإلتزام بالملك التقديري ليس جمعاً بين الأدلّة. بل مقتضى القاعدة إعمال قواعد تعارض العامّين من وجه. إلّا أن يقوم دليل على صحة التصرف المتوقف على الملك، حيث إنّه شاهد على هذا الجمع، و إلّا فهو من الجموع التبرعية التي لا سبيل إليها. و مقتضى القاعدة حينئذٍ التساقط في المجمع والرجوع فيه إلى الأصول التي تقتضي الفساد، لكون أصالة الفساد مُحكّمةً في المعاملات.

كما أن الجمع بالملك الرتبي أو الذاتي المتقدم في كلام صاحب الجواهر غير ظاهر الوجه. إذ لا إعتبار للملكية العقلانية في غير وعاء الزمان. مضافاً إلى منافاته لظواهر

الأدلة.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول : أن الملكية التي يجمعُ بها بين الأدلة في بيع الواهب و ذي الخيار و شراء من يعتق عليه حقيقةً أنيَّة لا فرضيةً، لأنه ليس جمعاً بين الدليلين، و عملاً بما دلَّ على توقف البيع و العتق على الملك، ضرورة أن الملك المنوط به البيع و العتق هو الملك الحقيقي لا التقديري. نعم يتجه الملك التقديري في الدية، لعدم قابلية الميت للملك الحقيقي.

الثاني: أنه قد ظهر مما ذكرنا عدم ثبوت جواز تصرفٍ متوقفٍ على الملك -لما عرفت مفصلاً- حتى يستشكل في إقتضاء الإباحة المبحوث عنها في المقام لجواز التصرفات المتوقفة على الملك.

الثالث: أن الإباحة سواء أكانت مع العوض كما هو الوجه الثالث أم بدونه -كما إذا كانت الإباحة في مقابل الإباحة - صحيحة لازمة، لعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا لدليل وجوب الوفاء بالشروط، لعدم إحراز شموله للشروط الابتدائية لو لم نقل بعدم شموله لها. و قد تقدّم شطر من الكلام في ذلك في أدلة لزوم المعاطاة.

الرابع: أن ما ذكرناه في حكم صورِ المعاطاة يجري في سائر الصور التي لم يذكرها المصنف، لشمول العقد لها، فيجب الوفاء بها، فإنَّ المناطق في الجميع هو العقد.

الخامس^(١): في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود، و عدمه.
إعلم: أنه ذَكَرَ المحقِّقُ الثاني رحمته الله في جامع المقاصد^(٢) على ما حُكي^(٣) عنه:

التنبيه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع

(١) الغرض من عقد هذا التنبيه - كما صرَّح به في المتن - تحقيق أن المعاطاة هل تختص بالبيع، فلا تجري في سائر العقود كما لا تجري في الإيقاعات على ما قيل، أم لا تختص به فتجري في العقود الأخر أيضاً؟ وقد نقل أولاً كلام المحقق الكركي رحمته الله حيث نَسَبَ إلى بعض الأصحاب القول بالمعاطاة في الإجارة والهبة، ثم ناقش المصنف فيه و تأمَّل في النسبة، و سيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

و عليه يقع البحث في هذا التنبيه في مقامين، أحدهما في تحقيق كلام المحقق الثاني رحمته الله، و الآخر في بيان مختار المصنف رحمته الله، و يقع الكلام فعلاً في المقام الأول.

(٢) المحاكي غير واحد من الأصحاب، منهم السيد الفقيه العاملي^(٤) و صاحب الجواهر و غيرهما رحمته الله، و كذا حكاها الشهيد الثاني من دون التصريح باسم القائل، ففي المسالك: «ذَكَرَ بعضُ الأصحاب ورود المعاطاة في الإجارة والهبة، بأن يأمره بعمل معيَّن و يُعيَّن له عوضاً، فيستحق الأجر بالعمل. ولو كان إجارة فاسدة لم يستحق شيئاً مع علمه بالفساد، بل لم يجر له العمل و التصرف في ملك المستأجر، مع إطباقهم

أ: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٩

ب: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨، جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٣٩

«أن في كلام بعضهم^١ ما يقتضي إعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة،

على جواز ذلك، وإستحقاق الأجر. إنما الكلام في تسميته معاطاة في الإجارة»^أ.
 وقال الفقيه المامقاني رحمته: «قد يقال: بورود المعاطاة في الإجارة و سائر العقود عدا النكاح. بل عن بعض من تأخر ورودها فيه أيضاً. وعن تعليق الإرشاد: أن من المعاطاة الإجارة ونحوها، بخلاف النكاح والطلاق ونحوهما، فلا تقع»^ب.
 (١) الظاهر أن هذا البعض هو العلامة رحمته، إذ المستفاد من كلامه في التذكرة عدم توقف الملك في الهدية على الإيجاب و القبول اللفظيين، خلافاً لمن تقدم عليه كالشيخ والحلي حيث صرحوا باعتبار الصيغة فيها، وأنه لا يباح التصرف المنوط بالملك في الهدية الفاقدة للصيغة.

وكذا يمكن أن يستظهر من كلامه جريان المعاطاة في الإجارة.
 ولما لم تكن عبارة العلامة في المقامين - وهما الهبة و الإجارة - صريحة في تأثير معاطاتها في الملك إقتصار المحقق الثاني رحمته على قوله: «ما يقتضي إعتبار المعاطاة...» و لم يدع صراحة كلام ذلك البعض في جريان المعاطاة في البابين المذكورين، و لم يتفرّد المحقق الثاني في هذا الإستظهار، بل وافقه الشهيد الثاني^ج والمحقق الأردبيلي رحمته أيضاً^د.

و الأولى نقل جملة من كلام العلامة وقوفاً على حقيقة النسبة.
 قال في إجارة التذكرة: «مسألة: لو دَفَع ثوباً إلى قَصَّارٍ ليقصّره، أو إلى خياطٍ ليخيطه، أو جلس بين يدي حلاقٍ ليحلق رأسه، أو دَلَّكَ ليدلكه، ففعل، و بالجملة: كل من دَفَع إلى غيره سلعةً ليعمل فيها عملاً، و لم يجر بينهما ذكر أجرٍ و لا نفقها، فإن كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل كالفَسَّال و القَصَّار فله أجرٌ مثل عمله،

أ: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥١

ب: غاية الأمل، ص ٢٠١

ج: مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٢٢٩

د: مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٨٣

و إن لم يكن له عادة و كان العمل مما له أجره فله المطالبة، لأنّه أبصر بِنَيْتِهِ. و إن لم يكن مما له أجره بالعادة لم يلتفت إلى مدّعيها. و للشافعية أوجه...^أ و نحوه عبارة القواعد^ب و الإرشاد^ج، إلّا أنه أطلق الأجره في الأخير ولم يقيدّه بالمثل.

و أمّا في الهبة فقد جرّم العلامة في القواعد^د بعدم كفاية المعاطاة فيها، و لكنّه مال في التحرير^{هـ} إلى عدم اشتراط القبول نطقاً كما قيل. و يلوح من كلامه في هبة التذكرة كفاية المعاطاة، حيث إنّه نقل عن بعض العامة ترتب الملك على إرسال الهدية، و لم يناقش فيه، و ظاهره الركون إليه و إن لم يصرّح به.

قال فيها: «الهبة عقد يفترق إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات. و أمّا الهدية فذهب قوم من العامة إلى أنّه لا حاجة فيها إلى الإيجاب و القبول اللفظيين، بل البعث من جهة المهدى كالإيجاب، و القبض من جهة المهدى إليه كالقبول، لأنّ الهدايا كانت تُحمّل إلى رسول الله ﷺ من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمرّ الحال من عهده إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يُعتدّ بعبارتهم. و منهم من اعتبرهما كما في الهبة و الوصية. و اعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحة لا تمليكاً. و أوجب بأنّه لو كان كذلك لما تصرّف الملاك [لما تصرّفوا فيه تصرف الملاك] و معلوم أنّ النبي ﷺ كان يتصرّف فيه و يملكه غيره. و الصدقة كالهديّة في ذلك بلا فصل. و يمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالإرسال و الأخذ من غير لفظ الإيجاب و القبول جرياً على المعتاد بين الناس. و التحقيق مساواة غير الأطعمة لها، فإنّ الهدية قد يكون

أ : تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٢٠

ب : قواعد الأحكام، ص ٩٤ (الطبعة الحجرية)

ج : إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٢٥

د : قواعد الأحكام، ص ١١٠

هـ : تحرير الأحكام، ص ٢٨١

و ذلك^١ لأنه إذا أمره^٢ بعملٍ على عوضٍ معين^٣ فعمله، إستحق الأجرة. ولو كانت^٤ هذه إجارةً فاسدةً لم يحز له العمل

غير طعام، فإنه قد اشتره هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله ﷺ فإن مارية القبطية أمّ ولده كانت من الهدايا. وقال بعض الحنابلة: لا يفتر الهبة إلى عقد، بل المعاطاة و الأفعال الدالة على الإيجاب و القبول كافية، و لا يحتاج إلى لفظ، لأنّ النبي ﷺ كان يهدي و يهدى إليه، و يُفرّق الصدقة، و يأمر بتفرقتها، و لم ينقل في ذلك لفظ إيجاب و لا قبول. ولو كان شرطاً لأمر به ...^أ.

و إستجوده المحقق و الشهيد الثانيان، في جامع المقاصد - بعد نقل المضمون :-
«وهذا قوي متين»^ب.

و في المسالك بعد نقل نصّ عبارة التذكرة: «و هو حسن» ثم قوّى إفادة الملك لا الإباحة المحضة، فراجع^ج.

هذا تقريب جريان المعاطاة في الإجارة و الهبة.

(١) هذا بيان مستند جريان المعاطاة في الاجارة و الهبة، و هو حكم العلامة تتبع في التذكرة في كلا البابين، و قد تقدم مفصلاً.

(٢) أي: أمر الأمر صانعاً بعملٍ على عوضٍ.

(٣) لم يذكر العلامة أجرةً معينةً، فالظاهر أنّ المحقق الثاني إستظهرها من التعارف و العادة القاضيين بتملك المأمور لأجرة المثل أو للأجرة المتعارفة.

(٤) هذا إستظهار المحقق الثاني من الفرع المذكور في التذكرة و غيرها، و حاصله: أنّه يتعيّن توجيه إستحقاق الأجرة بكفاية المعاطاة في باب الإجارة، إذ لولاها لم يحز للمأمور التصرف في ثوب الأمر بخياطة و قصارة، لكونه تصرفاً في ملك الغير بلا إذن

أ : تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤١٥

ب : جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٤٢

ج : مسالك الافهام، ج ٦، ص ١٢

ولم يستحق^(١) أجره مع علمه بالفساد. و ظاهرهم^(٢) الجواز بذلك. وكذا^(٣) لو هب بغير عقد، فإن ظاهرهم جواز الإتلاف^(٤)، ولو كانت هبة فاسدة لم يجز^(٥)، بل مُنَع من مطلق التصرف. وهو^(٦) ملحظٌ وجيه» انتهى (*).

منه، و لم يستحق أجره على عمله مع علمه بفساد الإجارة، لفقد شرطها و هو الإيجاب و القبول للفظيان.

(١) أما عدم إستحقاقه للأجرة المسماة بفساد الإجارة. و أما عدم إستحقاقه لأجرة المثل فلا إقدامه على العمل بغير أجره. و ذلك لعلمه بالفساد.
(٢) أي: و الحال أن ظاهر الأصحاب جواز عمَل المأمور إستناداً الى أمر الأمر، فلا بد من كشف هذا الجواز عن صحة الإجارة المعاطاتية.

(٣) معطوف على «إذا أمره» و هذا الحكم في الهدية منشأ إستظهار المحقق الثاني رحمته جريان المعاطاة فيها و عدم توقف الملك على الصيغة، و قد تقدم نقل عبارة التذكرة آنفاً.

(٤) و من المعلوم أن جواز الإتلاف - و سائر التصرفات المتوقفة على الملك - من آثار صحة الهبة المعاطاتية، إذ لو كانت فاسدة كانت العين الموهوبة باقية على ملك الواهب، و لم يكن تصرف المتهب فيها - مطلقاً - جائزاً.

(٥) يعني: لم يجز الإتلاف، بل يمنع من جميع التصرفات.

(٦) هذا نظرُ المحقق الثاني رحمته، يعني: أن ما يقتضيه كلام بعضهم - من جريان المعاطاة في الإجارة و الهبة - متينٌ و وجيه.

(*) و قد استدَل على جريانها في سائر العقود بوجوه مذكورة في حاشية الفقيه المامقاني رحمته:

الأول: السيرة المستمرة على إجرائها في غير البيع، على حد جريانها فيه.

الثاني: صدق إسم كل عنوان من عناوين العقود على المعاطاة التي تقوم مقام

و فيه^(١): «أنَّ معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني

(١) شَرَعَ المصنّف رحمته في مناقشة ما أفاده المحقق الثاني رحمته من تعميم المعاطاة للإجارة و الهبة، فأورد عليه في ما يتعلق بالإجارة بوجوه ثلاثة، كما أورد عليه بوجهين في الهبة سيأتي بيانها تبعاً للمتن.

الأوّل: أنَّ المحقق الكركي رحمته إلترَمَ في معاطاة البيع بالملك المتزلزل، و نفى مقالة المشهور من ترتب إباحة التصرف عليها. و على هذا المبنى يكون معنى جريان المعاطاة في الإجارة صيرورة الأجير - وهو المأمور - مالكاً للأجرة المعيّنة على عهدة المستأجر الأمير، و صيرورة الأمير مالكاً للعمل المعين - المأمور به - على المأمور.

و لكن يرد عليه أننا لم نجد من صرّح بتحقيق الملكية المتزلزلة في هذه الإجارة، فكيف أسندها المحقق الثاني إليهم؟ على ما هو ظاهر قوله: «إن في كلام بعضهم ما يقتضي إعتبار المعاطاة في الإجارة» و لعلّ هذا البعض يقول بكون المعاطاة مبيحةً مطلقاً سواء في البيع و الإجارة. و من المعلوم أنّ إباحة المنفعة والأجرة - من دون

اللفظ، فتشملها أدلة تلك العقود.

الثالث: الهدايا التي أهديت الى المعصومين عليهم السلام، فإنّهم كانوا يعاملون معها معاملة الملك، مع وضوح خلوّها عن اللفظ.

الرابع: إسناد المحقق الثاني إلى ظاهر الأصحاب جريان المعاطاة في الهبة والإجارة.

الخامس: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره. أ
و الكل - ما عدا الثاني - مخدوش، و إن كان المدعى حقاً.

الحكمُ بملك المأمور الأجرَ المعينَ على الأمر^(١)، وملك الأمر العملَ المعينَ على المأمور، ولم نجد^(٢) من صرح به^(٣) في المعاطاة.

الملكية - أجنبية عن إستحقاقها المنوط بالملك؛ هذا.

الثاني: أن أصل إستظهار المحقق الثاني جريانَ المعاطاة في الإجارة بقوله: «ولو كانت إجارة فاسدة لم يجوز له العمل» ممنوع، فلعل ذلك البعض قائل بالإجارة المعاطاتية المفيدة للإباحة لا للملك. وجه منع الاستظهار: عدم الملازمة بين فساد الإجارة ومنع الأجير عن العمل، وذلك لأنّ فسادها غير مانع عن عمل الأجير مطلقاً ولو تبرّعاً، لإمكان وجود إذن المالك في التصرف وعدم تقييده بصحة الإجارة بناءً على تعدد المطلوب. وإنما يستلزم المنع عن العمل إذا تقيّد إذن المالك بصحة الإجارة.

والمحصل: أن مجرد جواز التصرف في ملك الأمر لا يدلّ على صحة الإجارة، حتى يُستظهر من الملازمة بينها صحة الإجارة المعاطاتية.

الثالث: أن مجرد علم المأمور بفساد الإجارة - لحلوها عن الصيغة المعتبرة فيها - لا يمنع عن إستحقاق الأجرة، بل المانع منه هو قصد التبرّع، لأنّه رافعٌ لحُرمة عمله، فبدون هذا القصد يستحق الأجرة، لقاعدة إحترام عمل المسلم. نعم العلمُ بفساد الإجارة يوجب علمه بعدم إستحقاق الأجرة المسماة، ولا يستلزم بذلّ عمله مجتأناً. هذه مناقشات المصنف فيما يتعلق باستظهار جريان المعاطاة في الإجارة.

(١) أي: كون الأمر ضامناً للأجرة المعيّنة، و المأمور ضامناً للعمل المعين كخياطة الثوب ونحوها مما أمره به.

(٢) هذا أول الوجوه الثلاثة، و مقصود المصنف منع قول المحقق الثاني: «ان في كلام بعضهم ما يقتضي . . .». فإنّ عدم الظفر بالمصرّح يجعل دعوى المحقق الثاني إجتهداً منه، لا حكاية وإخباراً عن رأي بعض الأصحاب.

(٣) أي: بملك المأمور للأجرة، و ملك الأمر للعمل المعين.

و أمّا^(١) قوله: «لو كانت إجارة فاسدة لم يجوز له العمل» فوضع نظر، لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل، سيّما^(٢) إذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر.

و قوله: «لم يستحق أجره مع علمه بالفساد» ممنوع^(٣)، لأنّ الظاهر ثبوت أجره المثل، لأنّه^(٤) لم يقصد التبرّع، و إنّما قصد عوضاً لم يسلم له^(٥).
و أمّا مسألة الهبة^(٦) فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على

(١) هذا ثاني وجوه المناقشة، و هو منع الملازمة بين صحّة الإجارة و جواز التصرف في ملك الأمر.

(٢) كما إذا أمر شخصاً بأن يبني مسجداً أو قنطرة أو غيرها - مما لا يكون ملكاً للمستأجر - بعوض، حيث إنّ العمل حينئذ ليس تصرفاً في عين أموال المستأجر، فلا وجه لعدم جوازه من ناحية التصرف في مال الغير. فوجه الخصوصية هو عدم إستلزام العمل للتصرّف في مال الغير.

(٣) هذا هو الإشكال الثالث على كلام المحقق الكركي رحمته، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «الثالث ان مجرد علم المأمور بفساد الاجارة ... الخ».

(٤) أي: لأنّ المأمور لم يقصد التبرّع، فهو يستحق أجره المثل من الأمر، بمنأى إستيفاء عمله المحترم.

(٥) أي: لم يسلم العوض المسمّى للمأمور من جهة علمه بفساد الإجارة، لخلوّها عن الصيغة المعتبرة - بنظرهم - في العقود اللازمة.

(٦) أورد المصنّف على جريان المعاطاة في الهبة بوجهين، أحدهما: ناظرٌ إلى إستظهار المحقق الثاني من كلام بعض الأصحاب. و ثانيهما: ناظرٌ إلى منع أصل منشأ الاستظهار.

أمّا الأول فتوضيحه: أنّ إستكشاف مملّكية الهبة المعاطاتية - من حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبة - ممنوع، لعدم كون جواز إتلافها لازماً مساوياً لصحّة الهبة

جريان المعاطاة فيها، إلا^(١) إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة، فإن^(٢) جماعة كالشيخ والحليّ و العلامة صرّحوا بأنّ إعطاء الهدية - من دون الصيغة - يفيد الإباحة دون الملك. لكن^(٣) المحقق الثاني رحمته الله ممّن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها

الفاقدة للصيغة حتّى يدلّ على جريان المعاطاة فيها، بل هو أعم من صحتها، لكفاية الإذن المالكى في جواز الإتلاف مع بقاء الرقبة على ملك الواهب، كما هو الحال في إباحة الطعام للضيف مع كونه ملكاً للضيف.

و عليه فحكم بعض الأصحاب بجواز إتلاف العين الموهوبة غير كاشف عن التزامه بمملّكية الهبة المعاطاتية، لما عرفت من أنّ جواز التصرف المتوقف على الملك - كالإتلاف - لازم أعم لكلّ من الملك و الإباحة المالكية.

و أمّا الثاني فتوضيحه: أنّ ما نسبّه المحقق الكركي إلى بعض الأصحاب - في الهبة - ممنوع، إذ لا أصل له، لأنّ توقف الملك في الهبة على الإيجاب و القبول اللفظيين كاد أن يكون متفقاً عليه بين الأصحاب، بل صرّح شيخ الطائفة و غيره بمنع التصرف المنوط بالملك في معاطاة الهدايا، و معه كيف نسبّ المحقق الثاني إلى بعض الأصحاب إفادة معاطاة الهبة للملك؟ فإنّه مخالف للمشهور بل المدعى عليه الاجماع. و على هذا لا أساس للنسبة المزبورة أصلاً.

(١) ظاهره الإستثناء من قوله: «بجواز الاتلاف» و غرضه بفتح منع أصل جواز إتلاف العين الموهوبة حتى لو فرضنا الملازمة بين جواز الإتلاف و الملك، و توضيحه: أنّ إباحة التصرف في الهبة الفاقدة للصيغة تعبدية لا مالكية، و من المعلوم عدم إقتضاء مجرد الإباحة لمشروعية التصرف المتوقف على الملك كالإتلاف و البيع و العتق و الوقف و نحوها، و الدليل عليه تصريح جماعة - منهم شيخ الطائفة - بجرمة المباشرة مع الجارية المهّدة بالهدية الفاقدة للإيجاب و القبول اللفظيين.

(٢) الظاهر أنّه تنتمه للمستثنى و تعليل له، فكأنه قال: «إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة كما ذهب إليه جماعة ... الخ».

(٣) إستدراك على المستثنى وهو قوله: «إلا إذا قلنا» و حاصله: أنّ المحقق الثاني رحمته الله

مفيداً للإباحة المجردة. و توقُّفُ^(١) الملك في الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقاً عليه كما يظهر من المسالك^(٢).
و مما ذكرنا^(٣) يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف: هذا(*)».

ذَهَبَ إلى إفادة المعاطاة للملك، لا الإباحة المحضة، فعلى هذا يكون جواز الإلتلاف - بنظره - من آثار الملك و دالاً عليه، لا من آثار الإباحة.

(١) هذا هو الإشكال الثاني على المحقق الكركي رحمته و محصله: أن حصول الملك في الهبة المعاطاتية - كما ذهب إليه هذا المحقق - مما لا وجه له، لمخالفته لما يظهر من المسالك من أن إعتبار الصيغة في الهبة قريب من الإجماع، فكيف يترتب الملك على معاطاة الهبة؟

(٢) قال الشهيد الثاني في شرح كلام الشرائع: «و هو يفترق إلى الإيجاب و القبول» ما لفظه: «و ظاهر الأصحاب الإنفاق على إفتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة. فعلى هذا: ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها و قبولها لا تفيد الملك، بل مجرد الإباحة»^أ.

لكنه قال في آخر كلامه: «يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المترزلاً ... الخ» فقال أخيراً إلى جريان المعاطاة في الهدية، و إفادتها الملك المترزلاً.

(٣) أي: من منع جواز الإلتلاف - لو كانت الهبة فاسدة - يظهر المنع عما أفاده المحقق الثاني بقوله: «بل منع من مطلق التصرف» و ذلك لأن الفساد - بمعنى عدم ترتب الملك - لا يقتضي المنع عن سائر التصرفات، لجواز التصرف بدون الملك، كما هو مذهب القائلين بإفادة المعاطاة للإباحة.

(*) ما أورده المصنف على المحقق الثاني غير ظاهر. أما أولاً: فلأن هذا المحقق لم يدع أزيد من إقتضاء كلام بعض الأصحاب جريان المعاطاة في الإجارة و الهبة،

وهذه النسبة في محلها، لموافقة غير واحد له. خصوصاً مع صراحة كلام العلامة - الآتي نقله في المتن - من إتحاد الرهن و البيع في حكم المعاطة منعاً و جوازاً، بعد عدم خصوصية في الرهن في هذا الحكم، بل هو كسائر المعاملات، إلا إذا قام دليل على إعتبار صيغة خاصة في بعضها كالنكاح و النذر و الطلاق.

و قد إنترم الشهيد الثاني و المحقق الأردبيلي رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا بجريان المعاطة في الإجارة، قال في المسالك: «لَمَّا كَانَ الْأَمْرُ بِالْعَمَلِ يَقْتَضِي إِسْتِيفَاءَ مَنْفَعَةٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْمَأْمُورِ مَقْضُومَةٍ بِالْعَمَلِ، وَجَبَ ثَبُوتُ عَوْضِهَا عَلَى الْأَمْرِ كَالِاسْتِيجَارِ مَعَاطَةً»^أ.

و قال المحقق الأردبيلي: «هذا الحكم - أي إستحقاق الأجرة بالأمر بالعمل - مشهور، و يحتمل أن يكون مجموعاً عليه. و لعلَّ سنده: إقتضاء العرف، فإنه يقتضي أن يكون مثل هذا العمل بالأجرة، فالعرفُ مع الأمر بمنزلة قوله: إعمل هذا و لك عليّ الأجرة، فيكون جعلاً أو إجارةً بطريق المعاطة، مع العلم بالأجرة، ولو كان مثل أجرة الحمالين، و يبعد كونها إجارة باطلّة»^ب. و يظهر من أول كتاب الإجارة إترامه بالمعاطة في الإجارة كالبيع، فراجع.

و قال السيد الفقيه العاملي في تصحيح هذه الإجارة - بعد المناقشة في السيرة بعدم إستمرارها - ما لفظه: «فلعلَّ الأصل في ذلك أنه من باب المعاطة في الإجارة، و هي كالمعاطة في البيع، فيلزمه حينئذٍ الأجرة المسماة لمثل ذلك العمل»^ج.

و الحاصل: أن إستحقاق المأمور للأجرة إما أن يستند إلى جريان المعاطة في الإجارة، لاجتماع شرائطها من معلومية المنفعة كخياطة الثوب و حلقة الرأس و نحوهما من الأعمال المحترمة، و معلومية الأجرة لتعيينها من قبل الأمير، أو لأجل

أ : مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٢٢٩

ب : مجمع الفائدة و البرهان، ج ١٠، ص ٨٣

ج : مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٢٧٥

التعارف والعادة اللذين هما المرجع في تعيينها، وإما أن يستند إلى قاعدة إستيفاء عمل محترم.

و عليه فما في الجواهر من قوله: «لا لأنها من المعاطاة، فإن الشرائط فيها مفقودة، بل من باب الضمان لإحترام عمل المسلم...»^أ غير ظاهر، بعد تصريح من عرفت بجريان المعاطاة في الإجارة، مع كفاية إطلاقات أدلة الإجارة.

إنما الكلام في كون الضمان بأجرة المثل أو بالمسماة. ففي الشرائع والقواعد وغيرهما التصريح بأجرة المثل، و في الإرشاد والمسالك إطلاق الأجرة. ولو فرض تعين المثل في مورد الإطلاق لم يكشف عن فساد الإجارة، كي يتجه إنكار مالكية المأمور للأجر المعين، لكفاية التعارف في مقام التعيين، فيُنزَلُ إطلاق قول الأمر: «و علي الأجر» - وكذا إهماله رأساً - على ما هو المتعارف لمثله.

و يمكن توجيهه بما أفاده السيد الفقيه العاملي رحمته: بقوله: «إلا أن تقول: إن الغالب توافقهما - أي: أجرة المثل و المسمى - فلا فرق بين العبارتين. أو تقول: إن المسمى لا يعتبر في معاطاة الإجارة حيث يخالف المثل»^ب.

و عليه فقول المصنف رحمته: «ولم نجد من صرح به» ممنوع إن كان مقصوده نفي أصل إستظهار المحقق الثاني من كلام البعض. وإن كان الغرض منه عدم نصوية كلام البعض في جريان المعاطاة في الإجارة فهو و إن كان حقاً، إلا أن المتبع في مقام الاستظهار و الاحتجاج ظهور الكلام - ولو بالملازمة العرفية - في نسبة المضمون إلى قائله، و لا تعتبر الصراحة أصلاً.

و أما ثانياً: فلأن إنكار المعاطاة في الإجارة و الهبة هنا ينافي ما تقدّم من المصنف في أدلة مملكية المعاطاة من الإستناد إلى الإجماع المركّب بين البيع و الإجارة و الهبة.

أ : جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٣٣٧

ب : مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٢٧٥

إذ لو كان الأصحاب متفقين على الإباحة في البابين لم يبقَ موضوع لعدم القول بالفصل، بل كان إتفاقهم على منع المعاطة في الإجارة والهبة موهناً لاستفادة الملك من إطلاق أدلة البيع أيضاً، ولازمه القول بالإباحة المحضة تعدياً في الجميع، وهو ضد مقصود المصنف من إثبات الملك في معاطة البيع بالإستعانة من إطلاقات الإجارة والهبة. وعبارة أخرى: الاستدلال بعدم القول بالفصل بين البيع وبينهما يتوقف على ذهاب جمع إلى مملكية معاطاتهما، وجمع إلى الإباحة، حتى يتجه إلحاق معاطة البيع بهما، فلو كان الملك فيهما منوطاً بالإنشاء القولي - عند الكل - أشكل الأخذ بإطلاقاتهما، ولزم تقييدها بالعقد المملك، ولا يبقى حينئذ مجال لاستفادة مملكية البيع المعاطاتي، هذا.

وأما ثالثاً: فلأن مقصود المحقق الثاني رحمته مجرد إستظهار تعميم المعاطة لبابي الإجارة والهبة - من كلام البعض، بلا نظر إلى كونها مفيدة للملك أو للإباحة، ففرضه رحمته كفاية إنشائهما بالفعل كما في البيع، وأما إمضاء الشارع لما قصده أو ترتب الإباحة عليه تعدياً فذاك مقام آخر لا يلازم أصل الجريان، هذا ما أفاده المحقق الإيرواني^أ.

وهو وإن كان حقاً في نفسه، فإن الغرض كفاية إنشاء العناوين الإعتبارية بالفعل، لا ترتب خصوص الملك، ومعنى كفايته ترتب الأثر المقصود من كل عنوان معاملي على إنشائه بالفعل، وعدم توقفه على الصيغة المعهودة، فقد يكون الأثر ملك العين كما في البيع والهبة والصلح على عين، وقد يكون ملك المنفعة كما في الإجارة والصلح على المنفعة، وقد يكون فك الملك و تحريره كما في وقف المساجد، وقد يكون الوثيقة للدين كما في الرهن، وقد يكون غير ذلك كما في النكاح والطلاق والعارية والوديعة والوكالة والعتق.

و لكن الأظهر^(١) - بناءً على جريان المعاطاة في البيع - جريانها في غيره

(١) هذا شروع في المقام الثاني مما تعرّض له المصنف رحمته في التنبيه الخامس، وغرضه إثبات كفاية الإنشاء الفعلي في مطلق العناوين الإعتبارية، وأن المعاطاة ليست مخالفة للقاعدة حتى تختص بباب البيع. وقد أفاد أولاً جريانها في خصوص الإجارة والهبة، ثم تمسك ثانياً بالإجماع المركب بينه وبين غيره من المعاملات، فهنا وجهان: أحدهما: أن المناط في صحة المعاطاة في البيع هو قابلية الفعل لإنشاء «تمليك عين بمال» به كإنشائه بالصيغة، و حيث كان «الإعطاء و الأخذ بقصد التمليك بالعوض» مصداقاً لعنوان البيع العرفي كان المناسب التعدي عنه إلى باب الإجارة و الهبة أيضاً، إذ المقصود فيها الملك أيضاً، فإقباض العين في الإجارة - كالدار - تمليك لمنفعتها بعوض، و إقباض العين في الهبة تمليكها للمتّهب.

و عليه فلا وجه لمحصّر المعاطاة بالبيع، إذ المقصود فيه التمليك، فإن كان الفعل صالحاً لإنشاء التمليك به لم يفرّق فيه بين البيع و الإجارة و الهبة لإشتراك الكلّ في جامع التمليك. و إن لم يكن الفعل قابلاً للإنشاء لزم منع البيع المعاطاتي أيضاً، لفرض

إلا أنه قد يُشكل بما أورده المحقق الثاني رحمته - بما سيأتي في المتن - على العلامة من الفرق بين معاطاة البيع و الرهن بقيام الاجماع على جريانها في البيع، و عدم قيامه عليها في الرهن. و ظاهره أن المعاطاة خلاف الأصل، فيقتصر فيها على المتيقن، و هو البيع، دون غيره من المعاملات.

لكن لو كان هذا مبنى العلامة رحمته لم يتم إستظهار المحقق الثاني منه جريانها في الإجارة و الهبة أيضاً، و قوفاً فيما خالف الأصل على مورد اليقين، فإستفادة التعميم منوطة بعدم كون المعاطاة خلاف الأصل، و عدم إعتبار الاجماع على خروج البيع عنه، لاحتمال مدركيته، و أن المناط في إفادة المعاطاة للملك إطلاقاً الأدلة الإيضائية، و هذا الإطلاق موجود في سائر العناوين أيضاً، هذا.

من الإجارة والهبة، لكون^(١) الفعل مفيداً^(٢) للتملك فيها.
 و ظاهر المحكي^(٣) عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره،
 حيث قال في باب الرهن: «إنّ الخلاف في الإكتفاء فيه بالمعاطاة والإستيجاب
 والإيجاب عليه، المذكور^(٤) في البيع آتٍ هنا» إنتهى.

قصور الأفعال عن تأدية المراد. ولما كان هذا الشقُّ باطلاً - لما تقدم من الأدلة على
 مملكية المعاطاة - تعيّن القول بجريانها في الإجارة والهبة أيضاً.

ثانيهما: أن الدليل التعديّ - وهو الاجماع المركّب - يقتضي جريان المعاطاة في
 سائر العناوين الاعتبارية كالوديعة والوكالة والوصيّة والرهن وغيرها، لما يظهر من
 كلام العلامة في رهن التذكرة من عدم القول بالفصل بينه وبين البيع، فإمّا أن يقال
 بفساد المعاطاة في الجميع، وإمّا بصحتها فيه، لقابلية الأفعال - ولو بمعونة القرائن
 الحالية أو المقالية - لإنشاء الأمور الاعتبارية بها. و حيث إنّ الصحة في البيع متسالم
 عليها فلا بد من صحتها في مطلق المعاملات، إلّا مع قيام دليلٍ على إعتبار الصيغة
 الخاصة في بعض العقود والايقاعات كالنكاح والطلاق والنذر، وإلّا ففتضى القاعدة
 وقوعها بكلِّ من القول والفعل، هذا.

(١) هذا إشارة إلى الوجه الأول، وهو التعدي عن البيع إلى خصوص الإجارة
 والهبة، وفاقاً لما استظهره المحقق الثاني رحمته من كلام بعض الأصحاب.

(٢) يعني: بضمّ القرينة المقالية أو المقامية، وإلّا فالفعل - وهو الإعطاء -
 لا يفيد بنفسه شيئاً من الإجارة والهبة وغيرهما من العناوين الإعتبارية الإنشائية،
 فإذا صار الفعل مفيداً له شتمّة عموم دليل الصحة.

(٣) هذا إشارة إلى الوجه الثاني، وهو تعميم المعاطاة بالتعبد، لا بمناط كاشفية
 الفعل عن القصد.

(٤) صفة لـ «الخلاف» يعني: الخلاف - المذكور في البيع - آتٍ في الرهن أيضاً.

لكن^(١) إستشكله في محكي جامع المقاصد «بأنّ البيع ثبت فيه حكمُ المعاطاة بالاجماع، بخلاف ما هنا^(٢)». أ.
 ولعل^(٣) وجه الإشكال عدمُ تأتّي المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع.

(١) هذا إشكال على الاجماع الذي ربما يظهر من كلام العلامة، وهو في الحقيقة إنكار للاجماع على إتحد حكم البيع و الرهن، و محصله: أنّ أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات تقتضي فساد المعاملة المعاطاتية مطلقاً، سواء في البيع وغيره، خرجنا عنه في خصوص البيع، إمّا لإفادتها الإباحة كما عليه المشهور، و إمّا الملك الجائز كما عليه المتأخرون. و أمّا الرهن فهو باقٍ تحت عموم المنع، فلا وجه للتسوية بينه و بين البيع، هذا.

(٢) أي: في الرهن.

(٣) التعبير بـ «لعل» من جهة تطرّق إحتالين في إشكال المحقق الثاني على العلامة تبرّكاً.

الأوّل: أنّ الأصل في مطلق المعاملات المعاطاتية هو الفساد، إلّا ما خرج بالدليل كالبيع.

الثاني: أنّ المعاطاة ليست على خلاف الأصل، و إمّا لا تجري في عقد الرهن لخصوصية فيه مانعة عن إنشائه بالفعل، و ذلك لأن المعاطاة إمّا تفيد الإباحة أو الملك الجائز. و الأوّل غير متصور، إذ ليس المطلوب في الرهن إباحة التصرف، بل الإستيثاق للدين. و الثاني ينافي حقيقة الرهن و هي الإستيثاق، إذ الجواز ينافي الوثوق بعد وضوح كون الراهن سلطاناً على فسخ عقد الرهن.

و لا يبعد ظهور كلام المحقق الثاني في الإحتمال الأوّل، و لذا حمّله المصنف على الوجه الثاني إحتيالاً.

لأنها^(١) هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف.
والأول(*) غير متصور هنا^(٢). وأما الجواز فكذلك^(٣) لأنه ينافي الوثوق
الذي به قوام مفهوم الرهن خصوصاً^(٤) بملاحظة أنه لا يتصور هنا^(٥) ما يوجب

(١) أي: لأن المعاطاة في البيع.
(٢) أي: في الرهن، لأن مقتضى كونه وثيقة للدين عدم تصرف الراهن فيه،
ومن المعلوم أن المبيع يجوز له إسترداد ماله من المباح له.
(٣) يعني: أن جواز الرهن غير متصور أيضاً، لمنافاته للوثوق المقوم لماهية
الرهن.

(٤) وجه الخصوصية: أن الإلتزام بالملك الجائز في معاطاة البيع أخف مؤونة
منه في الرهن، وذلك لأول الجواز هناك الى اللزوم عند طروء الملمزم كتلف إحدى
العينين، وهذا بخلاف جواز الرهن، إذ لا يجري شيء من الملمزمات فيه، حيث إنه
لو تلفت العين المرهونة لم يبق شيء حتى يكون وثيقة للدين.
مضافاً إلى: أن المعتبر في الرهن هو الوثوق حدوثاً وبقاءً، والجواز منافٍ
لأصل الإستيثاق.
(٥) أي: في الرهن، و ضمير «انه» للشأن.

(*) الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «وكلاهما غير متصور هنا كما لا سبيل الى
اللزوم» أما عدم تصور الاباحة فواضح، لعدم كون المطلوب إباحة التصرف - للمرتهن -
في العين المرهونة، لأن الرهن وثيقة للدين، ويتعلق حق المرتهن بها من دون أن تدخل
في ملكه أو يباح له التصرف فيها.

و أما عدم تصور الملكية الجائزة فلمنافاتها للوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن،
خصوصاً مع استمرار الجواز وعدم أوّله إلى اللزوم أصلاً. وأما عدم تصور اللزوم فلكونه
مخالفاً للاجماع المدعى على إناطة لزوم العقد باللفظ.

رجوعها الى اللزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان^(١). و إن جعلناها^(٢) مفيدةً للزوم كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة^(٣) على اللفظ. و كأن هذا^(٤) هو الذي دعا المحقق الثاني إلى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الاجارة والهبة والقرض، والاستشكال في الرهن (*).

(١) أي: عند طروء المُلزم.

(٢) يعني: و إن جعلنا الرهن المعاطاتي مفيداً للزوم من أوّل الأمر - بلا حاجة الى طروء المُلزم - فإنه و إن كان مناسباً للاستيثاق، لكنه مخالف للاجماع المنعقد على توقف العقود اللازمة على اللفظ.

و عليه فلخص إشكال جريان المعاطاة في الرهن على هذا هو: أنه بناءً على الجواز لا يتحقق الرهن، لتقوم مفهومه بالوثوق الذي ينافيه الجواز. و بناءً على اللزوم ينافيه الاجماع على إعتبار اللفظ في العقود اللازمة، حيث إن الرهن لازم من طرف الراهن.

(٣) يعني: سواء أكان لزومها من طرفين أو من طرف واحد كما في الرهن، فإن لزومه من طرف الرّاهن لا المرتهن.

(٤) أي: و كأنّ إطباقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ دعا المحقق الثاني... الخ، و مقصود المصنف من هذه الجملة توجيه تفصيل المحقق الثاني بين الإجارة والهبة والقرض و بين الرهن، بجريان المعاطاة في تلك الثلاثة دون الأخير، وذلك لأن جواز الملك فيها ممكن، لصيرورته لازماً بطروء المُلزم، بخلاف الرهن، لامتناع الجواز فيه، لمنافاته للاستيثاق.

(* ما نسبه المصنف الى المحقق الثاني من إلتزامه بجريان المعاطاة في الإجارة

والهبة والقرض وإفادتها فيها ملكاً جائزاً لا يخلو من شيء.

أما في الإجارة فلم يظهر ممّا نقلناه عنه في أوّل هذا التنبيه إلتزامه بالملك الجائز

نعم^(١) من لا يُبالي

(١) إستدراك على التوجيه المتقدّم بقوله: «و كأنّ هذا...» وغرضه الإيراد على المحقق الثاني المُفصّل بين معاطاة الرهن و بين معاطاة الإجارة و الهبة و القرض. وحاصله: أنّه لا وجه للفرق بين العقود المزبورة، فلا بدّ من الالتزام بصحة الرهن المعاطاتي و ترتب اللزوم عليه، و ذلك لوجود المقتضي و فقد المانع.

أما وجود المقتضي فهو إطلاق بعض أدلة الرهن، كمعتبرة عبدالله بن سنان، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السّلم في الحيوان والطّعام، و يرتهن الرّجل بماله

بل مقصوده إثبات أصل مشروعية معاطاة الإجارة. و لعلّ المصنف رحمته الله ظفّر بكلام منه دالّ على إفادتها فيها للملك المتزلزل.

و أمّا في القرض فربما يكون المستفاد من جامع المقاصد ترتّب الإباحة المحضّة على معاطاة القرض، و توقف الملك على الصيغة، فلاحظ قوله فيه: «ظاهر عباراتهم: أنّه لا بدّ من الإيجاب القولي، و عبارة التذكرة أدلّ على ذلك. و يرد عليه: أنّه قد سبق في البيع الاكتفاء بالمعاطاة التي هي عبارة عن الأخذ و الإعطاء. فإن إكتفى في العقد اللازم بالايجاب و القبول الفعلين فحقّه أن يكتفى بها هنا بطريق أولى. و ليس ببعيد أن يقال: إن انتقال الملك إلى المقترض بمجرد القبض موقوف على هذا، لا إباحة التصرف إذ أدلتّ القرائن على إرادتها»^أ.

و الجملة الأخيرة صريحة في توقف ملك المقترض - حتى المتزلزل منه - على اللفظ، و أن القبض لا يفيد أكثر من إباحة التصرف لو كان مقروناً بما يدلّ عليها، فالقبض المجرد عن قرينة الإباحة لا يؤثّر أصلاً في الإباحة فضلاً عن الملك.

ولعلّ مقصود المصنف رحمته الله من الجواز أصل مشروعية القرض المعاطاتي، لا ترتب الملك الجائر عليه، أو لعلّه ظفر بكلام آخر لهذا المحقق، والله تعالى العالم بحقائق الامور.

مخالفة^(١) ما هو المشهور - بل المتفق عليه بينهم - من توقف العقود اللازمة على اللفظ، أو حَمَل^(٢) تلك العقود على اللازمة من الطرفين

رهنأ؟ قال: نعم، إستوثق من مالك^أ. فإنه عليه الصلاة والسلام جَوَزَ أَخَذَ الوثيقة على المبيع سلماً، وإطلاقه شامل لكل من الرهن القولي والفعل، ولا مُقَيَّد في البين مع كونه عَلَيْهِ في مقام البيان.

و أما إنتفاء المانع، فلأن المانع عن الأخذ بإطلاق المزبور هو الإجماع المدعى على إناطة العقود اللازمة بالإنشاء القولي. ولكنه غير مانع بنظر المحقق الكركي رحمته إِمَّا لآنه لا يعتني بأصل هذا الإجماع، ولذا خَالَف المشهور في معاطاة البيع، وأوَّل حكمهم بالإباحة بالملك المترزّل. وإمَّا لآنه وإن إعتنى بهذا الإجماع. لكنه يحمل معقده على خصوص العقود اللازمة من الطرفين كالبيع والإجارة والصلح ونحوها من المعاوضات المبنية على الزوم، لا مطلقاً ولو كان الزوم من طرف واحد كالرهن الذي هو لازم من طرف الرهن فقط.

فإن قلت: إن إطلاق معقد الإجماع على إناطة العقود اللازمة باللفظ محكم، ولا وجه لإخراج الرهن منه. وعليه يتجه منع المحقق الكركي عن الرهن المعاطاتي. قلت: لا إطلاق في الإجماع المزبور حتى يشمل الرهن، لاختصاصه بالعقود المعاوضية، والرهن خارج عنها موضوعاً، إذ ليس فيه إعطاء شيء وأخذ آخر، وإمَّا هو مجرد إستيثاق للدين.

وعلى هذا ينبغي أن يلتزم المحقق الكركي رحمته بصحة الرهن المعاطاتي، وكونه كالقولي مفيداً للزوم.

(١) الأولى إقترانه بالباء، بأن يقال: «لا يبالي بمخالفة...» وهذا إشارة إلى عدم الإعتناء بالإجماع رأساً.

(٢) معطوف على «مخالفة» يعني: لا يبالي المحقق الثاني بتوجيه الإجماع المزبور

فلا^(١) يشمل الرهن، ولذا^(٢) جَوَزَ بعضهم الإيجابَ بلفظ الأمر، كـ «خُذْهُ»
والجملة الخبرية، أمكن^(٣) أن يقول بإفادة المعاطة في الرهن اللزوم، لإطلاق^(٤)
بعض أدلة الرهن. و لم يَعم^(٥) هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في
المعاوضات^(٦).

يحمّله على خصوص العقود اللازمة من الطرفين، فيخرج الرهن عنها موضوعاً،
لكونه لازماً من قبل الراهن فقط.

(١) هذا متفرّع على قوله: «حمل تلك العقود... الخ».

(٢) أي: ولأجل حمل تلك العقود على العقود اللازمة من الطرفين جَوَزَ بعضُ
الفقهاء إنشاء الرهن بلفظ الأمر وبالجملة الخبرية، قال الشهيد رحمته: «و إيجابه:
رَهْنْتُ وَتَمَتُّ، وَ هَذَا رَهْنٌ عِنْدَكَ أَوْ وَثِيقَةٌ ... وَلَوْ قَالَ: خُذْهُ عَلَى مَالِكَ أَوْ بِمَالِكَ فَهُوَ
رَهْنٌ»^أ.

وكلامه صريح في صحة إنشاء الرهن بصيغة الأمر وبالجملة الخبرية. ولو كان
من العقود اللازمة من الطرفين كالبيع والإجارة تعيّن إنشاؤه بالفعل الماضي خاصة،
لما سيأتي تفصيله في بحث ألفاظ العقود إنشاء الله تعالى.

(٣) هذا جزاء قوله: «من لا يبالي» والمراد بالإمكان هنا ما يساوق التعيّن
واللأبدية، لا الأعم منه و من الوقوع حتى يكون بمعنى الإحتمال الصّرف، إذ بعد
وجود المقتضى للزوم و فقد المانع عنه لا بدّ من القول بلزوم الرهن المعاطاتي.

(٤) هذا إشارة إلى وجود المقتضى للزوم الرهن. و قد تقدمت معتبرة ابن سنان
المضمنة للإطلاق، و نحوها غيرها، فراجع جملة من أخبار الرهن.

(٥) هذا إشارة إلى فقد المانع عن إطلاق النصوص الشامل لصحة الرهن الفعلي
و القولي على حدّ سواء.

(٦) كالبيع و الاجارة و الصلح و القرض، فإنّها عقود معاوضية يتوقف لزومها

و لأجل ما ذكرنا^(١) في الرهن يُمنع من جريان المعاطاة في الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأن^(٢) القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ. و الجواز^(٣) غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمل^(٤).

على إنشائها باللفظ.

هذا تمام ما أفاده المصنف في الإشكال على المحقق الثاني في ما يتعلّق بجريان المعاطاة في الرهن، و قد إختار في المتن عدم جريانها فيه، لمنافاة الجواز ماهية الرهن.

(١) أي: و لأجل ما ذكرنا - من توقف العقود اللازمة على اللفظ و عدم كفاية المعاطاة في لزومها، و منافاة حقيقة الرهن للإباحة و التزلزل - يُمنع من إنشاء الوقف بالفعل و هو الإقباض. و الدليل على المنع نحو ما تقدّم في الرهن من أنّ جواز الوقف حتى يجوز للواقف إعادة الموقوف إلى ملكه غيرُ معهود من الشارع، و لزومه منوط باللفظ للاجماع.

(٢) تعليل لقوله: «يُمنع».

(٣) يعني: لو قيل بمشروعية المعاطاة في الوقف - و لم نقل ببطلانها رأساً - قلنا بمنافاة ماهية الوقف للجواز، فإنّه تحييس للملك على الدوام أو تحريره. و هذا لا يجتمع مع الجواز المقتضي لصحة إعادته في الملك بالرجوع عن الوقف.

(٤) لعلّه - كما قيل - إشارة إلى: أنّه لا مانع من الالتزام بجواز الوقف، إذ لو كان الجواز منافياً لماهيته لما جاز إشتراط الرجوع فيه. و المفروض جواز هذا الشرط. لكن فيه: أنّ الظاهر إرادة الجواز الذاتي من الجواز الذي نفى معرفيته، لا الجواز الناشئ عن أمر خارجي كالشرط، فالوقف بذاته لازم، و لا يصير جائزاً إلا بالشرط مثلاً. فعلى هذا لا تحري المعاطاة في الوقف.

لكن سيأتي في التعليقة أنّ المرجع في الجواز واللزوم هو دليل ذلك العنوان الاعتباري، سواء أكان إنشاؤه بالقول أم بالمعاطاة.

نعم^(١) إحتَمَل الإكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من الذكرى تبعاً للشيخ رحمته الله.

(١) إستدراك على منع جريان المعاطاة في الوقف، و حاصله: أَنَّهُ يُمْكِن جريان المعاطاة في وقف المساجد بأن يصلِّي المالك في أرضٍ بقصد المسجدية، أو يأذَن لغيره في الصلاة فيها.

قال الشهيد رحمته الله: «إِنَّمَا تَصِيرُ البقعة مسجداً بالوقف إِنَّمَا بصيغة: وقفتُ و شبهها، وإِنَّمَا بقوله: جعلته مسجداً، أو بإذِنٍ في الصلاة فيه بنية المسجدية، ثم صلَّوا أمكن صيرورته مسجداً، لأنَّ مُعْظَمَ المساجد في الاسلام على هذه الصورة»^٣.

لكن صاحب الجواهر رحمته الله قَوَّى إعتبار الصيغة فيه «للأصل و ظهور إطباقهم في باب الوقف على الإفتقار فيه إلى اللفظ» و إن رجع في آخر كلامه بقوله: «إِلَّا أَنَّهُ مع ذلك فالإنصاف أَن النصوص غير خالية عن الإيماء إلى الإكتفاء بالبناء و نحوه مع نية المسجدية من غير حاجة إلى صيغة خاصة، خصوصاً ما ورد منها في تسوية المساجد بالأحجار في البراري والطرق»^٤.

و قال في كتاب الوقف: «ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو في الدفن ولم يتلفظ بصيغة الوقف لم يخرج عن ملكه، بلا خلاف أجده فيه هنا»^٥.

و سيأتي أَن مقتضى القاعدة هو جريان المعاطاة في الوقف و غيره من الإعتباريات، سواء أكانت عقداً أم إيقاعاً، إلا إذا لم يكن فعل مناسب لذلك الاعتبار النفساني، أو تَهَضَّ دليل على إعتبار اللفظ فيه تعبُّداً كالنذر والعهد و الضمان وغيرها على ما قيل.

أ : النهاية لشيخ الطائفة . ص ٥٩٥

ب : ذكرى الشيعة . ص ١٥٨

ج : جواهر الكلام . ج ١٤ . ص ٧٠

د : جواهر الكلام . ج ٢٨ . ص ٨٩

ثمَّ إِنَّ الْمُلْزِمَ لِلْمَعَاوَةِ^(١) فَمَا تَجْرِي فِيهِ مِنَ الْعُقُودِ الْآخِرِ(*) هُوَ الْمُلْزِمُ فِي بَابِ الْبَيْعِ كَمَا سَنَنْبَهُ بِهِ بَعْدَ هَذَا الْأَمْرِ(**).

(١) يعني: أَنَّ الْمَعَاوَةَ فِي الْبَيْعِ لَمَّا أَفَادَتِ الْإِبَاحَةَ الْمُحْضَةَ أَوْ الْمَلِكَ الْمَتَزَلِّزَ، وَكَانَ لَزُومَهَا مَتَوَقِّفًا عَلَى طَرَوِ الْمُلْزِمِ - مِنْ تَلْفِ أَحَدِ الْعُوضِينَ أَوْ التَّصَرُّفِ فِيهِ - فَلَا يَحْصِي عَنْ الْإِلْتِزَامِ بَتَوَقُّفِ اللَّزُومِ عَلَى حُصُولِ الْمُلْزِمِ لَوْ تَعَدَّيْنَا عَنْ مَعَاوَةِ الْبَيْعِ، وَقَلْنَا بِجَرِيَانِهَا فِي جُمْلَةٍ مِنَ الْعُقُودِ الْمَمْلُوكَةِ، وَغَيْرِهَا، لِتَوَقُّفِ اللَّزُومِ مِنْ أَوَّلِ الْأَمْرِ عَلَى الْإِنِّشَاءِ بِالصَّيْغِ الْمَعْهُودَةِ، وَ الْإِنِّشَاءِ الْفِعْلِيِّ قَاصِرٍ عَنْ إِفَادَتِهِ، فَلِذَا يُنَاطُ اللَّزُومُ بِحُصُولِ الْمُلْزِمِ. هَذَا تَمَامُ الْكَلَامِ فِي هَذَا التَّنْبِيهِ.

(*) ظاهر العبارة: أَنَّ الْمَعَاوَةَ فِي أَيِّ عَقْدٍ تَجْرِي تَكُونُ جَائِزَةً وَ إِنْ كَانَ ذَلِكَ الْعَقْدُ بِنَفْسِهِ لَازِمًا. لَكِنْ سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي التَّعْلِيْقَةِ خِلَافَهُ.
 مَضَافًا إِلَى عَدَمِ تَعَقُّلِ كَوْنِ التَّلْفِ مُلْزِمًا لِلْمَعَاوَةِ فِي بَعْضِ الْعُقُودِ كَالرَّهْنِ، لِأَنَّ التَّلْفَ مُبْطِلٌ لِلِاسْتِثْنَاءِ، لَا مَوْجِبٌ لِلزُّومِ، كَمَا لَا يَخْفَى.

(**) الظاهر جريان المعاوطة في غير البيع من العقود والايقاعات، وقيل ببيان ينبغي تقديم أمرين:

الأول: أَنَّ الْأَفْعَالَ تَارَةً تَدُلُّ عَلَى الْمَعْنَى بِلَا حَاجَةٍ إِلَى قَرِينَةٍ كَالسُّجُودِ، فَإِنَّهُ بَذَاتِهِ يَدُلُّ عَلَى الْخُضُوعِ. وَ أُخْرَى تَدُلُّ عَلَيْهَا بِمَعُونَةٍ قَرِينَةٍ مَقَامِيَّةٍ أَوْ مَقَالِيَّةٍ. وَ هَذَا هُوَ الْغَالِبُ، فَإِذَا دَلَّتْ عَلَى الْمَعْنَى بِالْقُرَّانِ بِحَيْثُ عَدَّتْ دَلَالَتَهَا مِنَ الظُّهُورَاتِ الْعَرَفِيَّةِ كَانَتْ حُجَّةً عِنْدَ الْعُقَلَاءِ عَلَى حَذْوِ حُجِّيَّةِ ظُهُورَاتِ الْأَفْظَاءِ فِي مَعَانِيهَا.

الثاني: أَنَّ بِنَاءَ الْعُقَلَاءِ عَلَى إِنِّشَاءِ الْأُمُورِ الْاِعْتِبَارِيَّةِ بِالْأَفْعَالِ الْمُبْرِزَةِ لَهَا وَ إِنْ كَانَ إِبْرَازُهَا بِالْقُرَّانِ، فَكُلُّ فِعْلٍ مُبْرِزٍ لِمَعْنَاهِ الْإِنِّشَائِيِّ يَصِحُّ جَعْلُهُ آلَةً لِلْإِنِّشَاءِ عِنْدَ الْعُقَلَاءِ، إِلَّا إِذَا مَنَعَهُ الشَّارِعُ وَاعْتَبَرَ اللَّفْظَ الْمَطْلُوقَ أَوْ الْخَاصَّ فِي إِنِّشَائِهِ.

إذا عرفت ما ذكرناه تعرف أنه لا مانع من التمسك بأدلة العقود والايقاعات لصحة

المعاطة فيها، إلا إذا لم يكن الفعل ولو بالقرينة آلة لإنشاء ذلك العقد أو الإيقاع عند العقلاء. أو اعتبر الشارع في ذلك العقد أو الإيقاع لفظاً كالنذر. وفي غير هذين الموردين يكون مقتضى القاعدة جريان المعاطة.

و بالجمله: كل فعل يكون عند العقلاء مبرزاً للاعتبار النفساني يصح الانشاء به، هذا.

و في تقارير المحقق النائيني رحمته ما لفظه: «لا يخفى أن الاستدلال بأدلة المعاملات لصحة المعاطة فيها يتوقف على إثبات مقدمتين:

الأولى: كون الفعل بنفسه مصداقاً لهذه العناوين ليصح الاستدلال بأدلة العناوين على صحته أو كونه مصداقاً لأمر ملازم لأحد العناوين، بحيث يترتب عليه بجريان العادة المألوفة و السيرة المستمرة ما يترتب على ملازمه، بأن كانت السيرة دليلاً على ترتب ما يترتب على ملازم الفعل، لا أن تكون دليلاً على أصل صحة المعاملة الفعلية. فبعد جريان العادة يدخل الفعل بالملازمة في أحد العناوين، و يصح الاستدلال له بما يستدل به للعناوين نظير القول، فإنه قد ينشأ به أحد العناوين مطابقةً، و قد ينشأ به أحدها إلتزاماً. و وجه إعتبار كون الفعل مصداقاً لها أو مصداقاً لملازمها ما أشرنا إليه سابقاً من أن مجرد قصد عنوان و وقوع الفعل عقبيه لا يؤثر في تحقُّق هذا العنوان إذا لم يكن الفعل آلة لإيجاده أو إيجاد ملازمه».

و فيه: أن البيع المسببي - و هو مبادلة المالين - يكون من الأمور الإعتبارية التي لا موطن لها إلا وعاء الإعتبار، و لا يُحاذيها شيء في الخارج حتى يكون ذلك مصداقاً لها، فلابد من أن يكون المراد البيع السببي، و هو ما يتسبب به من قول أو فعل إلى البيع المسببي. و من المعلوم أن البيع السببي عبارة أخرى عن آلة إيجاد البيع

المسبي، و مقتضى عرفية البيع سبباً و مسبباً هو جواز إيجاد المسبي بكل ما يكون ظاهراً فيه عند العقلاء من قول أو فعل.

وبالجملة: يصح إنشاء الأمور الإعتبارية بكل لفظ أو فعل يكون مبرزاً لها، لكون ذلك اللفظ أو الفعل مصداقاً لما يتسبب به إلى عنوان إعتباري من بيع أو صلح أو هبة أو غيرها، من غير فرق بين كون ذلك العنوان عقداً أو إيقاعاً كالطلاق و العتق و غيرهما. و وجه الصحة هو شمول دليل نفوذ ذلك العنوان له، إذ لا فرق في مصاديق البيع السببي بين القول و الفعل.

و إنضح من هذا البيان: جريان المعاطاة في كل عقد و إيقاع، إلا إذا قام دليل على إعتبار اللفظ في ذلك، أو لم يكن فعل مبرزاً له، فالأصل يقتضي جريان المعاطاة في جميع العناوين الإعتبارية، هذا.

و لا بأس بالإشارة إلى جملة من الموارد التي يمكن أن يكون فيها فعل مبرز للعنوان الإعتباري:

منها: القرض، فإن إعطاء المقرض بهذا العنوان و أخذ المقرض كذلك مبرزاً للتملك بالضمان الذي هو مفهوم القرض، لما مرّ آنفاً من أنه لا يعتبر في المبرز أن يكون إبرازه للاعتبار النفساني بالذات أو الوضع، بل المدار على كونه مبرزاً عقلاً، سواء أكان إبرازه ذاتياً أم وضعياً أم للقرينة. فلا ينبغي الأشكال في صحة إنشاء القرض بالإعطاء.

و منها: الرهن، فإن إمكان إبرازه بالإعطاء - المحفوف بقرينة تدل عليه - من الأمور العقلانية التي لا ينبغي الارتباب فيها، إذ الإعطاء بقصد الرهن مع إقامة القرينة عليه - بحيث يصير عند العقلاء كاللفظ آلة للإيجاد - يكون مُحققاً فعلياً للرهن، فيشملة عموم أو إطلاق دليل صحته، فيكون لازماً من طرف الرهن.

و دعوى «كونه جائزاً، للإطباق على توقف العقود اللازمة على اللفظ» غير مسموعة، لعدم ثبوت ذلك الاجماع بمثابة يصلح لتخصيص العمومات.

كعدم سماع دعوى إختصاص دليل صحة المعاطاة من الإجماع و السيرة بالبيع. لما عرفت في كلام جامع المقاصد و المسالك من إقتضاء كلام بعضهم إعتبار المعاطاة في الإجارة و الهبة. و هذا يوهن دعوى إختصاص الاجماع و السيرة بالبيع، هذا. و قد ظهر مما ذكرناه من شمول عمومات الرهن لمعاطاته: إندفاعاً ما أُورد على الرهن المعاطاتي من أن الجواز ينافي حقيقة الرهن و هي الوثوق.

و ملخص وجه الاندفاع هو: أن المرجع في كل معاملة معاطاتية دليل تلك المعاملة بعد عدم تحقق إجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ.

ثم إنه قد استشكل في جريان المعاطاة في القرض و الرهن و الصرف و الوقف و غيرها مما يكون القبض شرط صحتها بما حاصله: لزوم إتحاد الشرط و المشروط. قال المحقق الاصفهاني رحمته في توضيحه: «و ليعلم أولاً أن المعاطاة في القرض إن كانت بنفس القبض - مع أن القبض شرط الصحة - يلزم إتحاد الشرط و المشروط، و هو محال، إذ الشيء لا يعقل أن يكون نفسه مصححاً لفاعلية نفسه أو متمماً لقابلية نفسه، لعدم الإثنية بين الشيء و نفسه، ففرض عدم تمامية الفاعلية و القابلية في حد ذاته ينافي فرض تماميته بنفس ذاته»^أ.

توضيحه: أنه يلزم إجتماع الضدين - و هما المقتضي و الشرط - و هما مغايران وجوداً. مضافاً إلى: أنه يلزم تقدم الشيء الواحد و تأخره، لأنه من حيث كونه مقتضياً متقدماً رتبةً، و من حيث كونه شرطاً متأخراً كذلك.

ثم أجاب المحقق المتقدم ذكره بما لفظه: «و الجواب العام: أن الفعل الخارجي الخاص له حيثيتان من حيث الصدور من الراهن مثلاً، و بهذا الاعتبار إقباض، و من حيث مساسبه بالمرتهن القابض، و بهذا الاعتبار قبض، كالإعطاء و الأخذ في المعاطاة

البيعي، حيث قلنا بأنه يتسبب إلى الملكية بإعطائه، و يطاوع الآخر بأخذه، فهناك فعلان حقيقة كلُّ منهما قائم بطرف، فلا مانع من كون أحدهما بمنزلة المقتضي، والآخر بمنزلة الشرط».

وأنت خبير ببقاء محذور إتحاد المقتضي و الشرط، و ذلك لأن مقتضى عقدية القرض و كفاية الإعطاء و الأخذ في المعاطاة هو كون الأخذ متمماً للمعاطاة التي هي المقتضي للملكية في القرض كالعقد اللفظي الذي يكون القبول جزءه، و مع كون الأخذ جزء العقد المقتضي للملكية كيف يصير شرطاً لها؟ إذ لو كان شرطاً أيضاً لزم محذور إتحاد الشرط و المشروط.

و قد يقال في دفع الإشكال: إن المقتضي هو الأخذ بمعناه المصدري، و الشرط هو الأخذ بمعناه الإسمي أي كون العين في يد الطرف الآخر، من المقترض و المتهب، و المشتري في بيع الصرف، و من المعلوم تأخر الأخذ بالمعنى الإسمي عنه بمعناه المصدري رتبةً.

فلأخذ حيثيتان: إحداهما معناه المصدري، و هي متممة للمعاملة، و الأخرى معناه الاسمي، و هي شرط الصحة، و لا مانع من كون إحدئى حيثيتين شرطاً لتأثير الأخرى، و من المعلوم أن الشرط في القرض هو الحصول في اليد، ولذا لو كان المال المرهون أو الموهوب أو المقترض عند المرتهن و المتهب و المقترض و تحت أيديهم قبل إنشاء هذه العناوين لم يحتج إلى قبض جديد بعد العقد القولي، إذ لا يتحقق حينئذ العقد المعاطاتي مع فرض كون العين في يد المرتهن، هذا.

لكنه لا يخلو من غموض، لوضوح تعدد المقتضي و الشرط وجوداً، و إمتناع تصادقهما على موجود واحد، فالمقتضي هو ما يترشح منه وجود المقتضى، و الشرط ما يتم به فاعلية الفاعل أو قابلية القابل، كالنار المقتضية للإحراق، و المماساة التي هي

شرطه، وهما متعددتان وجوداً حقيقةً.

وهذا بخلاف باب المصدر وإسمه - كالأيجاد والوجود - فإن تعددهما إعتباري محض، إذ الحدث موجود وحدائي، فإن أضيف إلى فاعله كان مصدرًا، وإن أضيف إلى نفسه كان إسم المصدر. ومن المعلوم أن القبض المَجْعول شرطاً في العقود المذكورة هو إعطاء الموجب وأخذ القابل، ويتوقف صدق الشرط عليه على تحقق المقتضي للصحة قبله، وحيث لم يتحقق إنشاء قولي ولا غيره - كما هو المفروض - لزم اتحاد المقتضي والشرط في إنشاء هذه العناوين بالمعاطاة، فيعود المحذور.

وأما الفرع المذكور - وهو كفاية كون العين في يد الطرف الآخر - فلا يمكن الاستشهاد به على كفاية القبض بمعناه الإسمي في الأبواب المزبورة كليةً، وإنما يقتصر به على مورده، وهو ما إذا أنشئ العقد باللفظ مطلقاً أو بخصوص الصيغة المعتبرة في العقود اللازمة، فيقال بصحته وعدم توقفه على رد العين إلى المالك كي يقبضها مرةً أخرى. وأما في إنشائه بالفعل، فلا موجب لرفع اليد عن ظهور أدلة شرطية القبض بمعناه المصدرية، ومقتضاه إنسداد باب المعاطاة في مثل الرهن والهبة والقرض.

وأما الإستدلال على كفاية الإنشاء الفعلي في الهدية بما ورد في الهدايا التي أرسلت إلى النبي والأنمة الطاهرين عليهم الصلاة والسلام فليس بذلك الوضوح، فإنهم عليهم السلام أخذوها وتصرفوا فيها تصرف الملاك في أملاكهم. لكن هذا لا يدل على إنحصار إنشائها بالإرسال والإقباض حتى يكون الفعل الواحد مقتضياً للملك وشرطاً فيه، لبقاء احتمال إنشائها بالكتابة أو بالصيغة الملحونة أو بتوكيل الرسول في إجراء الصيغة. ولعله لذا جزم شيخ الطائفة وابن إدريس عليهما السلام باعتبار الصيغة، وأن الهدية الفعلية لا تفيد إلا بإحاطة التصرف غير المتوقف على الملك.

نعم يمكن أن يقال: إن حديث مغايرة المقتضي والشرط وجوداً مختص

بالموجود العيني دون الاعتباري، فإن الملكية أمر اعتباري، و يمكن أن يكون منشأ اعتبارها فعلاً خارجياً أو أمراً اعتبارياً، و لا مانع من لحاظ حيثيتين في فعل واحد، فيكون القبض بلحاظ إعطاء الموجب مقتضياً، و بلحاظ أخذ القابل شرطاً.

هذا بحسب مقام الثبوت. و أما بحسب مقام الإثبات فيكفي فيه - بعد إمكانه ثبوتاً - إطلاق أدلة الإمضاء و التشريع، هذا.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا: أن إشكال اعتبار القبض في الصحة في جملة من العقود و الإيقاعات لا يمنع جريان المعاطاة فيها، فتجري في الوقف، و يكون الوقف المعاطاتي كالقولي لازماً، لشمول أدلة تشريع الوقف و لزومه له، كشموله للقولي.

فما في المتن من قوله: «و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع» أجنبي عما يدعيه القائل بجريان المعاطاة في الوقف، لأنه يقول بلزوم الوقف المعاطاتي، لكونه مصداقاً للوقف، فتشملة أدلته المقتضية للزومه كما لا يخفى.

و منها: النكاح، فإن الظاهر جريان المعاطاة فيه بمعنى إنشاء عُلقة الزوجية بفعل مباح مُبرز للقصد عند العقلاء كذهاب المرأة بجهيزتها إلى دار الرّجل بقصد إنشاء الإعتبار، و قبول ذلك بفتح باب الدار عليها و أخذ الجهيزة منها بالقصد المزبور، فالفعل الصادر منها مُبرز عقلائي لعلقة الزوجية الإعتبارية و جائز شرعاً في نفسه. فمقتضى القاعدة جريان المعاطاة في النكاح، و المانع منحصر في التسالم على إعتبار اللفظ في حصول العُلقة، فعدم جريان الإنشاء الفعلي في باب النكاح مستند إلى وجود المانع، لا إلى عدم المقتضي.

نعم في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته الله المنع عن جريان المعاطاة في النكاح لوجه آخر، قال مقرر بحثه الشريف: «فإن الفعل فيه ملازم لضده و هو الزنا و السفاح، بل مصداق للضد حقيقة، فإن مقابل النكاح ليس إلا الفعل المجرد عن الإنشاء

القولبي و عما جعله الشارع سبباً للحلية أ.

و قريب منه ما في بعض الكلمات: من أن جواز الوطي مترتب على الزوجية ترتب المسبب على سببه، و الحكم على موضوعه، كما هو ظاهر قوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم﴾ فلو توقفت الزوجية على الوطي لزم إتحاد المسبب و سببه، لتوقف حلية الوطي على الزوجية، و توقفها على حلية الوطي، إذ لا يؤثر الوطي المحرم في حدوث علقة الزوجية، هذا.

لكن يمكن منعه بما عرفت من عدم إنحصار سبب الحل في ذلك الفعل الخاص حتى يمتنع إنشاء العلقة به.

مضافاً إلى: أن التسبب إلى العنوان الاعتباري - كالزوجية و الملكية - لا يتوقف على حلية السبب تكليفاً. فلا مانع من تأثير السبب المنهي عنه في الأمر الوضعي، بشهادة حرمة البيع تكليفاً وقت النداء و صحته وضعاً.

و على هذا ينحصر المانع من إنشاء النكاح - بما عدا الصيغة المقررة - في التعبد الشرعي، لا إلى قصور الفعل عن التسبب به إليه، هذا.

و قد يورد على الميرزا رحمته الله تارة: بأن كون الوطي مصداقاً أو ملازماً للمحرم إنما هو بملاحظة حكم الشارع بتوقف عقد النكاح على مبرز خاص، و ذلك أجنبي عما هو مبرز عرفاً للتزويج الاعتباري.

و أخرى: بأن إنحصار الإنشاء في الوطي المحرم لا يمنع عن حصول علقة الزوجية به، و ذلك لإمكانه من باب الإجتماع، بتقريب: أن المحرم هو المباشرة، و المؤثر في تحقق الزوجية هو عنوان السبب، و من المعلوم أن السبب و المباشرة كالغصب

و الصلاة في تعددهما عنواناً و حكماً، حيث إن أحدهما جائز و الآخر منهي عنه، و لا ريب في أن النهي لا يتجاوز عن متعلقه - و هو الوطي - إلى عنوان آخر، و أمّا الزوجية فقد أنيطت بالسبب، فلا مانع من إنشاء النكاح بفعل محرّم، و لا يتم منَع الميرزا عن جريان المعاطاة في النكاح، هذا.

لكن الظاهر عدم تمامية الإبرادين، أمّا الأول فلأنّه خروج عن مفروض كلام الميرزا، و بيانه: أن المصرّح به في عبارته المتقدمة ملاحظة القاعدة الشرعية التأسيسية أو الإيضائية في جواز التسبب بالوطي إلى علقه الزوجية، بناءً على إنحصار آلة الإنشاء فيه، و مع تحريم هذا السبب الخاص شرعاً لامتني للاكتفاء به بما هو سبب عرفي، إذ مقصوده ^{بقره} بيان القاعدة الأولية الشرعية في كفاية الفعل في مقام الإنشاء و عدمها، فلامتني للإيراد عليه بكفاية الفعل الخاص بنظر العرف.

و أمّا الثاني فلأنّ المقام أجنبي عن باب الاجتماع الذي موضوعه تركب موضوع الأمر و النهي بنحو الانضمام، أي إستقلال متعلّق كل منهما عن الآخر وجوداً. فلو كان التركيب بينهما إتحادياً كان أجنبياً عن مسألة الاجتماع. و السببية بهذا العنوان لم يتعلق بها حكم شرعي حتى يكون جواز السبب نظير وجوب الصلاة الواقعة في دار مغصوبة، بل تنتزع السببية من كل فعلٍ أو قولٍ يُنشأ به العنوان الاعتباري، و لمّا لم يكن عنوان السبب موضوعَ حكم شرعي لم يندرج المقام في باب الاجتماع، لفرض كون التركيب إتحادياً لا إنضمامياً.

و منها: الطلاق فإنّه يمكن إنشاؤه عند العقلاء بفعلٍ مبرز له كفضّ بصره عنها أو إلقاء القناع عليها، و نحوهما مما يناسبه من الأفعال. لكن قام الدليل على إنحصار مُبرزه بلفظ خاص.

و أمّا الوصية و التدبير و الضمان فلا مانع أيضاً من إنشائها بفعل مناسب لها

ولو بالكتابة و الإشارة، إذ لا تنحصر المعاطاة بالإعطاء، لما مرّ من أنّ المعاطاة لم ترد في آية و لا رواية و لا معقد إجماع حتى يؤخذ بظاهرها، بل المراد بها ما يقابل اللفظ. فما في تقريرات المحقق النائيني رحمته من «أن الوصية تملكية كانت أو عهدية، والتدبير و الضمان، فإنها لا تنشأ إلا بالقول، لعدم وجود فعل كان مصداقاً لهذه العناوين، فإنّ إنتقال الدّين من ذمّة إلى أخرى لا يمكن أن يتحقق بالفعل، و لا العتق، أو الملكية أو القيمومة بعد موت الموصي»^أ غير ظاهر.

فعلى ما ذكرنا تجري المعاطاة في كل إعتبار نفساني سواء أكان عقداً أم إيقاعاً بعد إرادة كل فعل مناسب مبرز لذلك الاعتبار، إلا ما قام الدليل فيه على إعتبار لفظ خاص كالنكاح و الطلاق أو مطلق اللفظ فيه تعبداً، و الله العالم.

الأمر السادس^(١): في ملزمات المعاطاة على كلِّ من القول بالملك و القول
بالإباحة.
إعلم: أنَّ الأصل^(٢) على القول بالملك

التنبية السادس: ملزمات المعاطاة

(١) الغرض من عقد هذا الأمر - كما صرَّح به في المتن - البحث عن ملزمات المعاطاة سواء قلنا بمقالة المشهور من ترتب الإباحة عليها تعبدًا، أم بمقالة المحقق الكركي و من تبعه من ترتب انك المترلزل عليها. و على هذا لاجمال لهذا التنبية السادس بناءً على مختار المصنف من كون المعاطاة بيعاً لازماً كالبيع بالصفة. أمَّا أصل إفادتها للملك فلقوله: بعد الفراغ من بيان الأدلَّة على الملك: «فالقول الثاني لا يخلو عن قوة» و أمَّا إفادتها لخصوص الملك اللازم فلما أفاده في أصالة اللزوم بقوله: «أوقفها بالقواعد هو الأوَّل، بناءً على أصالة اللزوم في الملك». و عليه يسقط البحث عن الملزمات إلا أن يكون المراد هو اللزوم مع الفرض عن الاجماع المدعى على جواز الملك الحاصل بالمعاطاة. ثم إنَّ المصنف رحمته تعرَّضَ لجملةٍ من الملزمات كتلف كلا العوضين، أو أحدهما و التصرف الإعتباري، و التصرف الخارجي كطحن الحنطة و غير ذلك. و قد تعرَّض الشهيد الثاني لأكثر هذه الملزمات في المسالك.

و قبل الشروع في تحقيق الملزمات أسَّس المصنف رحمته الأصل على كلِّ من الملك و الإباحة ليكون هو المعوَّل عند الشكِّ في ملزمةٍ أمرٍ خاص، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(٢) محصل كلامه في الأصل هو: أنَّ مفاده على القول بالملك يختلف عن مفاده على القول بالإباحة، و بيانه: أنه بناءً على تأثير المعاطاة في الملك يتعيَّن القول باللزوم،

اللزوم^(١)، لما عرفت من الوجوه الثمانية^(٢) المتقدمة.
و أما على القول بالإباحة فالأصل^(٣) (*) عدم اللزوم، لقاعدة تسلط

إلا إذا دلّ دليل خاص على جواز الملك، فلولاه يُبنى على اللزوم الذي إقتضته الأدلة الاجتهادية والأصل العملي.

وبناءً على تأثير المعاطاة في الإباحة ينعكس الأمر، لأنّ الدليل على مشروعيتها قاعدة السلطنة، ومن المعلوم إقتضاؤها تسلط المالك المبيح على الرجوع عن إباحته، فله إسترداد ماله من المباح له. ولو فُرض الشك في إطلاق سلطنة المالك أمكن التمسك بإستصحاب سلطنته الثابتة له قبل أن يُبيح ماله للمتعاطي الآخر، ومن المعلوم حكومة هذا الإستصحاب على إستصحاب بقاء الإباحة لو تمسك به المباح له: وجه الحكومة تسبّب الشك شرعاً - في بقاء الإباحة للمباح له - عن الشك في إنقطاع سلطنة المالك المبيح وبقائها، فلو فرض بقاء سلطنته كان له إسترداد ماله قطعاً، ويرتفع الشك تبعاً في بقاء الإباحة، هذا.

(١) المراد بأصالة اللزوم هنا ما يعمُّ الأصل اللفظي والعملي، بقرينة مستنده الشامل لكلّ من الدليل والأصل كالإستصحاب.

(٢) وهي الإستصحاب، و «الناس مسلطون على أموالهم»، و «لا يحلّ مال امرئ إلاّ عن طيب نفسه»، و الاستثناء في قوله تعالى: «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض» و الجملة المستثنى منها في هذه الآية، و ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، و قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾. و قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» و قد تقدم سابقاً أنّ الأقوى كون المعاطاة مفيدة للملك فيما إذا كان المتعاطيان قاصدين له.

(٣) أي: قاعدة السلطنة تقتضي جواز الرجوع عن الإباحة.

(*) لا يخفى أنّه قد ادّعى بعض كالمحقق النابيني رحمه الله التنافي بين أصالة عدم اللزوم هنا و بين ما اختاره المصنف رحمه الله. في الأمر الرابع من «أنّ الأقوى في الإباحة مع العوض هو اللزوم» تقريب المنافاة: أنّ الوجه في اللزوم مشترك بينهما، فلا بدّ من كون

الناس على أموالهم، و أصالة^١ سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، و هي

(١) هذا وجه آخر لعدم اللزوم، و حاصله: أن الأصل العملي - فضلاً عن الدليل الإجتهادي - يقتضي الجواز أيضاً، إذ لا مانع من استصحاب سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، حيث إنّه من موارد الشك في رافعية الموجود الذي يكون الاستصحاب فيه حجة قطعاً.

الأصل اللزوم في الإباحة مطلقاً.

قال المقرر رحمته: «و وجه اللزوم مطلقاً كفاية عموم - المؤمنون عند شروطهم - لإثبات اللزوم، فإن العقود التسليطية لو خُلّيت و طبعها دائرة مدار بقاء التسليط، إلا فيما إذا اشترط اللزوم في ضمن عقد لازم أو التزم و تعهد به ابتداءً».

لكنك خبير بعدم المنافاة، ضرورة أن الإباحة - في التنبيه الرابع - مقصودة لأحد المتعاطيين أو لكليهما. بخلاف المقام، فإنهما قاصدان للملك و إن لم يُمضِ الشارع ما قصدها و حَكَمَ فيها بالإباحة، فيجري هناك دليل الشرط و وجوب الوفاء بالعقود، دون دليل السلطنة، فضلاً عن إستصحابها، لحكومة دليلي الشرط و الوفاء عليه. بخلاف المقام، فإن دليلي الشرط و الوفاء بالعقد لا يجريان هنا، لأن ما التزم به من الملك لم يتحقق و لم يُمضِ الشارع، و ما تحقَّق - و هو الإباحة - معاً لم يلتزم به. فلا منافاة بين ما أفاده في الأمر الرابع من اللزوم و ما أفاده هنا.

لا يقال: إنّه لا مانع من كون الإباحة لازمةً و إن كانت شرعية، لإطلاق دليل الإباحة. فإنّه يقال: إنّ الدليل على الإباحة الشرعية - و هو الإجماع - لا إطلاق له، فلا بد من الأخذ بالمتيقن منه، و هو صورة عدم رجوع المالك عن الإباحة، بل قد تقدّم سابقاً عدم إجماع تعبدي على الإباحة، فلاحظ.

حاكمة^(١) على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سُلِّمَ^(٢) جريانها. إذا عرفت هذا فاعلم: أن^(٣) تلف العوضين مُلْزِمٌ إجماعاً على الظاهر المصرَّح به^(٤) في بعض العبارات^(٥).

(١) حاصله: أن إستصحاب سلطنة المالك قبل المعاطاة - المقتضية لإرتفاع الإباحة - حاكم على إستصحاب الإباحة قبل رجوع المالك .

تقريب الحكومة: أن الشك في بقاء الإباحة و إرتفاعها ناشٍ عن الشك في بقاء سلطنة المالك على ماله المباح و إرتفاعها، و من المقرر في محله حكومة الأصل الجاري في الشك السببي على الأصل الجاري في المسببي، فتجري أصالة بقاء السلطنة دون أصالة بقاء الإباحة.

(٢) لعل وجه توقفه في جريانها هو تقوُّم الإباحة بالإذن، و من المعلوم إرتفاع الإباحة بانتفاء الإذن، هذا.

لكن فيه: أنه متين بناءً على كون الإباحة مالكية لا شرعية كما هو المفروض، إذ المالكان يقصدان التملك، لكن الشارع لم يُبَيِّضْهُ و حَكَمَ بالإباحة.

(٣) بعد أن فرغ المصنّف من تأسيس الأصل - و بيان مقتضاه على كلٍّ من الملك و الإباحة - شرَّعَ في عدِّ الملزمات، من التلف و التصرف الناقل و التصرف الخارجي وغير ذلك، و لكل منها صور سيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى، فالملزم الأوَّل هو التلف، و المذكور منه في المتن صور ثلاثٍ، و هي تلف العوضين معاً و تلف أحدهما و تلف بعض أحدهما.

(٤) يعني: أن الإجماع ظاهر بعض العبارات و صريح بعضها الآخر، فضمير «به» راجع الى الإجماع.

(٥) قال في الحدائق: «لا إشكال و لا خلاف عندهم في أنه لو تلفت العينان في

و عليه فمقتضى دليلي السلطنة و عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه هو عدم جواز تصرف كلٍّ من المتعاطيين في مال صاحبه بعد الرجوع الدال على عدم رضائه

أما على القول بالإباحة فواضح، لأن^(١) تلفه من مال مالكه، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منها مال صاحبه (*).

بيع المعاطاة فإنه يصير لازماً^أ. وقال السيد الفقيه العاملي: «لا إشكال ولا خلاف عندهم في أنه لو تلفت العين من الجانبين صار لازماً^ب». وقال في الجواهر: «بقي الكلام فيما ذكره غير واحد من الأصحاب - بل قيل: انه لا خلاف فيه ولا إشكال - من لزوم المعاطاة بتلف العين من الجانبين. بل قال الاستاد في شرحه: لا ريب ولا خلاف في أن المعاطاة تنتهي إلى اللزوم، وأن التلف الحقيقي أو الشرعي بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معاً باعت على اللزوم، وكذا للواحد منها^ج».

(١) توضيحه: أنه - بناءً على ترتب الإباحة على المعاطاة - يجوز لكل من

بتصرف صاحبه في ماله، والمفروض عدم كون الإباحة الشرعية عقداً حتى تكون لازمة و يجب الوفاء بها.

(*) هذا متين لو كانت الإباحة مالكية . لكنه ليس كذلك ضرورة أن الإباحة المترتبة على المعاطاة المقصود بها التمليك شرعية، فلا بد حينئذ من الالتزام بحصول الملكية أنما قبل التلف لمن تلف في يده، جمعاً بين الأدلة و هي الاجماع المقتضي لعدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة، حيث إن المعاطاة لم تغد إلا الإباحة، وقاعدة ضمان اليد المقتضية لكون التلف من ذي اليد، وأصالة بقاء المال على ملك مالكه الأول، فإن الجمع بين هذه الأدلة يقتضي حصول الملكية أنما قبل التلف، و بعد حصولها لا بد من الحكم بضممان المسمى، فيكون كل من المالين مضموناً بالآخر، هذا محصل ما يستفاد من تقارير سيدنا المحقق الخوئي رحمته الله.

أ : الهدائق الناضرة . ج ١٨ ، ص ٣٦٢

ب : مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٥٧

ج : جواهر الكلام . ج ٢٢ ، ص ٢٣٠

د : مصباح الفقاهة ، ج ٢ ، ص ١٩٩

و توهُم جريان قاعدة الضمان باليد هنا

المتعاطين إسترداد ماله من الآخر، لفرض بقاء المال على ملك المعطي لا الآخذ. هذا مع بقاء العينين.

و أما إذا تلفتا لزمت المعاطاة، لامتناع الرجوع إلى العينين.

لكنه لا يخلو من غموض، حيث إن الجمع بين الأدلة لا يقتضي الملكية الآتية، بل يقتضي كون التلف من مالكة الأول، إذ لا دليل غير الاجماع المقتضي لعدم ضمان المثل أو القيمة، وأصالة بقاء المال على ملك مالكة. و مقتضى هذين الدليلين هو كون التلف من مال مالكة الأول.

و لا يجري عموم «على اليد» هنا حتى يكون الضمان على ذي اليد و نلتزم بالملكية الآتية له، إذ المفروض كون اليد - لأجل الإباحة الشرعية - أمانية غير موجبة للضمان.

نعم يكون التلف موجباً للزوم الإباحة، و عدم جواز رجوع المتعاطي الآخر - وهو المالك - الى المتعاطي الذي تلف عنده المال.
فما أفاده المصنف رحمته من كون التلف من مال المالك الأول في غاية المتانة، فتدبر جيداً.

نعم كلامه هنا - من عدم جريان قاعدة اليد - منافٍ لما تقدّم منه في مناقشة إستبعادات كاشف الغطاء رحمته من الالتزام بجريانها بناءً على مسلك المشهور من الإباحة، و إقتضاء الجمع بين اليد و الاجماع و الإستصحاب للقول بدخول المأخوذ بالمعاطاة في ملك المباح له آنأما قبل التلف ليقع التلف في ملكه، فلاحظ قوله هناك: «و أما كون التلف مملكاً للجانبين، فإن ثبت باجماع أو سيرة - كما هو الظاهر - كان كل من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه ... لأن هذا هو مقتضى لجمع بين هذا الاجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين أصالة عدم الملك إلا في لزمان المتيقن وقوعه فيه ... الخ».

مندفع^(١) بما سيجي^(٢).

و أما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم، و المتيقن من مخالفتها جواز^(٣)

فان قلت: لا موجب للزومها بمجرد تلف العينين، بل تبقى الإباحة على حالها، و يرجع كل منها على الآخر ببدل ماله. و الدليل على بقاء الإباحة هو قاعدة اليد، بتقريب: أن كلاً من المتعاطين وَضَعَ يده على مال الآخر - لكونه مباحاً عنده لا ملكاً له - و من المعلوم أن للمالك إسترداد ماله من المباح له ما دام موجوداً، ولو تَلَفَ إستقرَّ بدلُه عليه، فكلُّ منها ضامن لمال الآخر بمقتضى «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي» فإذا جاز الرجوع إلى بدل العينين فقد ثبت إستمرار الإباحة، و عدم لزوم المعاطاة بمجرد تلف العينين، فإنَّ التلف غير مانع من الرجوع إلى البديل.

قلت: نعم، لو جرت قاعدة اليد هنا لم يكن التلف مُلزماً. لكنَّها لا تجري في ما نحن فيه من جهة إنتفاء الموضوع، و ذلك لاختصاص اليد المضمَّنة باليد العدوانية، وهي منقضية في المقام، إذ المفروض حكم الشارع بإباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة، فاليد السابقة على التلف لم تكن مضمَّنة قطعاً، لاستنادها إلى إذن الشارع. وإذا تَلَفَت العينُ إمتنع إنقلاب اليد الأمانية إلى العدوانية، لاستحالة إنقلاب الواقع عمّا هو عليه. ولما لم تكن اليد مقتضية للضمان - حتى يجوز الرجوع إلى البديل - فلا بد من إستناد الضمان إلى موجب آخر، و المفروض عدمه.

(١) خبر «و توهم» و دفعه، و قد تقدم توضيحها آنفاً بقولنا: «فان قلت:

قلت...».

(٢) بعد أسطر بقوله: «و التمسك بعموم اليد هنا في غير محله بعد القطع بأن هذه

اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان ... الخ».

(٣) يعني: إمكان التراد. و يدل على كون المتيقن ذلك ما تقدّم عن الحدائق

و مفتاح الكرامة و الجواهر من «الاجماع على كون تلف العينين ملزماً» لدلالته على

كون إمتناع التراد - لتلف العينين - موجِباً للزوم.

(١) محصّل ما أفاده من لزوم المعاطاة بتلف العينين بناءً على الملك الجائز هو: أن أصالة اللزوم تقتضي لزوم المعاطاة، و المتيقن من مخالفة عموم دليل اللزوم وتخصيصه في المعاطاة - بسبب الاجماع - هو صورة إمكان ترادُّ العوضين، فع إمتناعه يرتفع الجواز.

توضيحه: أنهم قَسَموا الجواز في العقود غير اللازمة إلى حقيٍّ و حَكَمي، و مثّلوا للأوّل بالخيار، لما يظهر من تعريفه بأنّه «ملك فسخ العقد» فالخيار هو السلطنة على إقرار العقد و إزالته، لقابلية نفس العقد للبقاء في وعاء الإعتبار، فيثبت حقّ الخيار مطلقاً سواء بقي العوضان أم لا. و المرجع في تشخيص موضوعية العقد لهذا الجواز هو أدلّة الخيارات، كقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» الظاهر في سلطنة المتبايعين على حلّ العقد قبل الإفتراق، سواء بقي العوضان أم تلتفا، فان كانا باقيين ردّ كلّ منهما إلى من إنتقل عنه، و إن تلتفا ردّ البذل.

و مثّلوا للثاني بجواز رجوع الواهب في العين الموهوبة ما دامت باقيةً، و أنّه يجوز له إستردادها من المتّهب و إن لم يفسخ العقد قبل الرجوع، فلو إستردّها إنحلّ العقد من باب إنتفاء الموضوع، لعودها به إلى ملك الواهب. و لأجل تعلق الجواز بإسترداد العين لا بنفس العقد دارّ الحكم مدارّ بقائها، فلو تلفت لزمت الهبة، و لا يصح للواهب الرجوع إلى بدّها.

و لا فرق في تعلق الجواز بالرجوع و الإسترداد بين كون الهبة معوضةً و غير معوضة. أمّا الثاني فواضح. و أمّا الأوّل فكذلك، فإنّ المناط في جواز الهبة بقاء العين الموهوبة، سواء أكان عوضها باقياً أم تالفاً. و الدليل على موضوعية الرجوع للجواز هو مثل معتبرة جميل و الحلبي عن أبي عبدالله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إذا كانت الهبة قائمةً بعينها فله

أن يرجع، وإلا فليس له» أ.

وللجواز الحكمي فرد آخر وهو ما يكون متعلقه أضيق دائرة من جواز الهبة كما يكون أضيق من الجواز الحقي، وهو ما ذكره في باب المعاطاة - بناءً على عدم القول بالملك اللازم - من تعلق الجواز بتراد العينين، فما دامتا باقيتين بحالهما جاز لكل من المتعاطيين إسترداد ماله، ولو إمتنع التراد بتلف إحداها أو بغير التلف إرتفع جواز المعاطاة وصارت لازمة.

و الدليل على موضوعية «التراد» للجواز - وعدم تعلقه بالعقد كما في الخيار ولا بالرجوع في عين واحدة كما في الهبة - هو: أنه لا دليل لفظي في المقام حتى يؤخذ بإطلاقه، لانحصار الدليل في الإجماع على جواز المعاطاة، و حيث إنه دليل لبي يلزم الإقتصار على القدر المتيقن منه في الخروج من عموم أدلة لزوم الملك.

توضيحه: أن المقام يكون من موارد تخصيص العام بمخصّص منفصل مجمل مردّد بين الأقل والأكثر، فالعام هو أدلة لزوم كل ملك، والمخصّص هو الإجماع المدعى على جواز المعاطاة. فإن تعلق الجواز بالعقد - كما في باب الخيار - كان الجواز باقياً بعد تلف العوضين، وإن تعلق برّد عين واحدة كما في الهبة جاز الرجوع بعد تلف إحدى العينين. وإن تعلق بالتّراد توقّف على بقائها معاً، فلو تلفت إحداها أو بعض إحداها إنتفى الجواز وصار الملك لازماً. ولما لم يحرز قيام الإجماع على جواز فسخ العقد المعاطاتي ولا على جواز إسترداد إحدى العينين تعيّن الإقتصار على المتيقن منه لكونه لبياً - بحيث لولا الإقتصار على المتيقن يلزم طرح الإجماع بالكلية - وهو تعلقه بالتّراد، والرجوع إلى أصالة اللزوم عند تعذّره بتلف وشبهه.

فإن قلت: إذا ثبت بالاجماع جوازُ الملك في المعاطاة قبل التلف، و شكّ في إنتفائه به أمكن إحراز عدم لزوم الملك باستصحاب الجواز، وهو يمنع عن شمول

و حيث إرتفع موردُ التَّرادُ إمتنع^(١). و لم يثبت^(٢) قبل التلف جوازُ المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف^(٣)، لأنَّ ذلك^(٤) الجواز من عوارض العقد، لا العوضين، فلا مانع من بقائه.

أدلة اللزوم بعد تلف إحدى العينين أو كليهما إستصحاباً لحكم المخصَّص. قلت: لا مجال هنا للاستصحاب، لوجهين: أحدهما: ما تقدّم آنفاً من الفرق بين جواز المعاطاة و بين جواز العقد الخياري، فإنّه بمعنى الانحلال بالفسخ وهو قائم بالعقد، و لكن جواز المعاطاة بمعنى التملك بالرجوع في العين، لا بعنوان الفسخ، و من المعلوم أنّ التملك بالأخذ قائم بنفس العوضين لا بفسخ العقد. و على هذا يُقطع بانتفاء ذلك الجواز بمجرد التلف، فلا شك حتى يستصحب الجواز.

و منشأ هذا الفرق ما تقدم من عدم إحراز تعلق الجواز - في باب المعاطاة - بحلّ العقد حتى يستصحب بقاءه لو شكَّ في إرتفاعه بتلف العينين، فالتيقن من الدليل تعلقه بالتَّرادُ، و ينتفي معروض المستصحب بمجرد التلف، و لا يبقى شك حتى يجري فيه الأصل.

ثانيهما: أنّه لا مجال لهذا الاستصحاب حتى إذا تردّد جوازُ المعاطاة بين تعلقه بالعقد و بين تعلقه بالتَّرادُ، إذ مع الشك في الموضوع لا يحرز إتحادُ القضيتين المتيقنة والمشكوكة، فيدور الأمر بين النقض و الإنتقاض، و مثله ليس مجرى للأصل.

(١) يعني: يمتنع التراد بسبب التلف.

(٢) هذا إشارة إلى توهم، و قد تقدّم آنفاً بقولنا: «فان قلت ...» و حاصل

التوهم قياس جواز المعاطاة بجواز العقد الخياري في بقائه بعد تلف العوضين.

(٣) أي: ولو كان التالف كلا العوضين، فإذا فسَّخ ذو الخيار رجَّع إلى البدل.

(٤) أي: لأنَّ جواز البيع الخياري يكون قائماً بالعقد لا بالعوضين، و هذا لتعليل

لقوله: «لم يثبت» و دفع التوهم، و قد تقدم بقولنا: «قلت: لا مجال هنا للاستصحاب،

لوجهين...».

بل^(١) لا دليل على إرتفاعه بعد تلفها. بخلاف ما نحن فيه، فإنَّ الجواز فيه^(٢) هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير^(٣) جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبق^(٤) بعد التلف متعلّق الجواز^(٥). بل الجواز هنا يتعلّق بموضوع^(٦) التراد، لا مطلق الرجوع^(٧)

(١) الوجه في الإضراب واضح، لأنَّ مجرد عدم المانع عن بقاء جواز العقد غير كافٍ في بقاءه بعد تلف العوضين إلا باستصحاب جواز العقد. ولكنّه بَيِّنٌ يدّعي كفاية إطلاق دليل التشريع في بقاء حق الخيار حتّى بعد تلفها، فلا موضوع للإستصحاب مع وجود الدليل الاجتهادي وإن كانا متوافقين مفاداً.

(٢) أي: فإنَّ الجواز فيما نحن فيه و هو المعاطاة. و على هذا فكلّمة «هنا» مستدرّكة، كما لا يخفى على المتأمّل.

(٣) خبر قوله: «فان الجواز» و الوجه في تنظير المعاطاة بالهبة - مع ما سيأتي من بيان الفارق بينهما - هو كون معروض الجواز إسترداد العين و الرجوع فيها، وليس معروضه العقد، و إنّما ينحل العقد بالتبع من باب إنتفاء الموضوع.

(٤) يعني: سواء في الهبة و المعاطاة.

(٥) يعني: بل دائرة موضوع الجواز في المعاطاة أضيق من جواز الرجوع في الهبة، لأنَّ موضوع الجواز هنا هو خصوص التراد المتوقف على بقاء العينين معاً. بخلاف الجواز في الهبة، فإنّه متقوم بقاء عين واحدة، فلو كانت الهبة معوضة - بأن وهب زيد كتاباً لعمرو على أن يهبه عمرو ديناراً - كان جوازها منوطاً ببقاء الكتاب سواء بقي الدينار أم تلف. ولو تلف الكتاب لزمّت الهبة بلا فرق أيضاً بين بقاء الدينار و تلفه.

(٦) فالإضافة بيانية، فإنَّ الجواز متعلق بنفس التراد. لا بموضوعه و هو العوضان، لتعلق الحكم بفعل المكلف لا بالأعيان.

(٧) كما في باب الهبة، و المراد بمطلق الرجوع أنّ العين الموهوبة ما دامت باقية

الثابت^(١) في الهبة، هذا.

مع^(٢) أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة^(٣) أو الرجوع^(٤)

كان الرجوعُ جائزاً، سواء أكان العوضُ باقياً أم تالفاً، فموضوع جواز الرجوع نفس العين الموهوبة بالهبة الأولى، بلا نظيرٍ إلى العين الموهوبة بعنوان العوض.

(١) صفة لـ «مطلق الرجوع» فجواز الرجوع في المعاطاة مقيّد ببقاء العوضين، ولكن جواز الرجوع في العين الموهوبة غير مقيّد ببقاء العين الموهوبة بعنوان العوض.

(٢) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من دفع التوهم، وقد تقدم بقولنا: «تانيهما: أنه لا مجال للاستصحاب حتى إذا تردّد ... الخ». و حاصله: أنه لو لم يكن المتيقن من مخالفة أصالة اللزوم هو صورة إمكان التراد، و شكّ في تعلق الجواز به أو بالعقد إمتنع إستصحابُ جواز المعاطاة بعد التلف، لعدم إحراز الموضوع الذي لا بدّ منه في الاستصحاب(*).

(٣) كما في العقد الخياري.

(٤) كما في الهبة.

(*) و من هنا يعلم فساد توهم كون المقام من قبيل القسم الثاني من إستصحاب

الكلبي، بتقريب: أن كلّي جواز الرفع -الجامع بين فسخ العقد و تراد العينين - معلوم، إذ لا شكّ في وجود جواز رفع الأمر الموجود من الملك و العقد، و بعد التلف يشكّ في بقاء كلّي الجواز، فيستصحب. نظير القطع بوجود فرد من حيوان مردّد بين ما هو باق قطعاً و بين ما هو زائل كذلك.

وجه الفساد هو: أن منشأ الشكّ في بقاء كلّي الجواز الجامع بين الفسخ و التراد هو الشكّ في بقاء موضوعه، لأنّ موضوع الجواز إن كان هو التراد فهو غير باقٍ قطعاً، لتلف العينين. وإن كان نفس العقد فهو باقٍ، ومع الشكّ في بقاء الموضوع لا مجال للاستصحاب.

في العين أو تراد العينين^(١) يمنع^(٢) من إستصحابه، فإن^(٣) المتيقن تعلقه بالتراد، إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائها.

(١) كما في المعاطاة.

(٢) خبر «أن الشك» وقد تقدم توضيح المنع.

(٣) هذا تعليل لأصل منع جريان الاستصحاب بالنظر إلى الوجه الأول، لصراحة قوله: «فإن المتيقن تعلقه بالتراد» في أنه قد أحرز - ببركة عموم أصالة اللزوم - تعلق جواز المعاطاة بالتراد، وأنه لا يبقى شك في الموضوع، بل تقطع بانتفاء الموضوع. ولهذا كان الأولى ذكر هذه الجملة قبل قوله: «مع أن الشك». هذا تمام الكلام في الصورة الأولى وهي تلف كلا العوضين.

فالإشكال في جريان الاستصحاب إنما هو من ناحية الشك في بقاء الموضوع، نظير العلم بعدالة زيد أو عمرو إجمالاً، ثم مات زيد، فإنه لا يجري إستصحاب العدالة الجامعة بينهما، للشك في بقاء موضوعها، فإن كانت العدالة ثابتة لزيد فقد ارتفعت قطعاً بموته، وإن كانت قائمة بعمرو فهي باقية قطعاً.

فالقسم الثاني من إستصحاب الكلّي وإن كان جارياً في حد ذاته، لكنه لا يجري هنا، للشك في بقاء الموضوع. فيفترق المقام عن المثال المزبور، لعدم الشك في بقاء الموضوع هناك، لأن المستصحب - أعني به كلّي الحيوان - يكون موضوعه وهو الماهية المعروضة للوجود والعدم باقياً كما لا يخفى.

بخلاف المقام، لتباين الفردين اللذين يترتب عليهما الأثر، ولا معنى للجواز الجامع بينهما بعد كون الأثر مرتباً على كل واحد منهما بالخصوص.

وأمّا إستصحاب الفرد المرّد فلا مجال له، لأنه بما هو مرّد لا ماهية ولا وجود له، فليس موضوعاً لأثر حتى يصح إستصحابه.

وبالجملة: فالمقام من صغريات التمسك بالعام، لكون الشك فيه في التخصيص الزائد الذي يرجع فيه إلى عموم العام الدال على اللزوم في كل زمان و حال.

ومنه ^(١) يُعلم حكم ما لو تَلَفَ إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.
و أما على القول بالإباحة ^(٢) فقد إستوجَهَ بعضُ مشايخنا ^(٣) وفاقاً

(١) أي: و مما تقدّم - من كون المتيقن من مخالفة أصالة اللزوم في الملك صورة إمكان تراؤدّ العوضين - يُعلم حكم تلف إحدى العينين أو بعض إحداهما، وهذا إشارة إلى الصورة الثانية والثالثة. و قد بيّن المصنف رحمته حكمها بناءً على كلٍّ من الملك والإباحة.

و محصل ما أفاده فيها هو: أنه بناءً على ترتب الملك الجائز على المعاطاة لإشكال في لزومه بتلف أحد العوضين أو بتلف بعض أحدهما، لما عرفت مفصلاً من أنّ موضوع الجواز تراؤدّ العوضين، فينتفي بتلف أحدهما أو بعض أحدهما، كما إذا تعاطيا كتاباً بدرهمين فاحترق الكتاب أو ضاع أحد الدرهمين، فتقتضي أصالة اللزوم لزومَ الملك.

و بناءً على ترتب الإباحة تعبُّداً على المعاطاة في لزومها بتلف أحد العوضين أو بعض أحدهما بحثً، فنقلَ شيخنا الأعظم عن بعض مشايخه المعاصرين ترجيحَ أصالة عدم اللزوم، لإستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، ثم إعترض المصنفُ عليه بمعارضته بأصالة براءة ذمته عن بدل التالف، ثم إستدرك على هذه المعارضة بأنَّ أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالبدل، فهذه مطالب ثلاثة، سيأتي توضيح كلٍّ منها إن شاء الله تعالى.

(٢) يعني: في الصورتين الثانية وهي تلف تمام إحدى العينين، و الثالثة وهي تلف بعض إحدى العينين.

(٣) لا يبعد أن يكون مراده من بعض المشايخ هو السيد المجاهد، و من بعض معاصريه الفاضل التراقي رحمته.

أما السيد فقد قال: «منهل: قد بيّنا أنّ المعاطاة لا تنفيذ اللزوم، فيجوز لكلٍّ من المتعاطيين الفسخ والإسترداد و إن لم يرضَ الآخر به، إلّا في مواضع: و منها: ما إذا

تلف أحد العوضين ... و لكن في المسالك إحتتمل عدم تحقق اللزوم إلتفاتاً الى أصالة بقاء الملك للمالكة، و عموم الناس مسلطون على أموالهم. و فيه نظر، لأنَّ الوجهين المذكورين إنما يتجهان إن قلنا إنَّ المعاطاة لا تنفيذ نقل الملك. و أما على تقدير إفادتها الملك كما هو المختار فلا»^أ.

و المستفاد من الجملة الأخيرة بقاء الإباحة على حالها، و عدم لزومها بتلف إحدى العينين، لاقتضاء قاعدتي السلطنة و اليد بقاء جواز الاسترداد، هذا.

و أما الفاضل الزاقي فقد قال في المستند في المسألة السادسة من مسائل الفصل الأوّل من كتاب البيع: «على القول بتوقف اللزوم على الصيغة فيجوز لكل منها الرجوع في المعاطاة مع بقاء العينين ... ولو تلفت إحداها خاصة فلا يجوز الرجوع لصاحب التالفة، و هل له ردُّ الموجودة بلا مطالبة شيءٍ لو أراد له لمصلحة و إمتنع صاحبها؟ الظاهر نعم، لأصالة عدم اللزوم. و لصاحب الموجودة الرجوع إليها لذلك أيضاً على الأقوى، ثمَّ الآخر يرجع إلى قيمة التالفة أو مثلها. كذا قالوا. و هو بإطلاقه مشكل. بل الموافق للقواعد أن يقال: لو كان التلف لا من جهة صاحب الموجودة فلا يرجع إليه بشيء، لأصل البراءة، و عدم دليل على الاشتغال. و إن كان معه فإنَّ قصدَ الرجوع قبل الإلتلاف فعليه المثل أو القيمة ... و إن لم يقصده قبله فقطضى الأصول و إن كان براءة ذمته عن المثل أو القيمة، لعدم كونه غاصباً و جواز رجوعه إلى عينه للأصل. إلاَّ أنَّ الإجماع و نفي الضّرر يمنعان عن الأمرين معاً، فلا بد من أحدهما - أي البراءة و عدم الرجوع، أو الرجوع مع ضمان البديل - و لكن تعيين أحدهما مشكل، و تعيين الاشتغال مطلقاً أو على كون المعاطاة إباحةً محضة لقاعدة الغصب، كعدم الرجوع على كونها تمليكاً لتلا يلزم الجمع بين المالين باطل، لمنع صدق الغصب، و تسليم جواز جمع المالين إذا اشتغلت ذمته بمثل أحدهما أو قيمته. إلاَّ أن تعيّن الاشتغال

بإثبات جواز الرجوع بمثل: الناس مسلطون على أموالهم، و على اليد ما أخذت»^أ.
و الغرض من نقل هذه العبارة أمور:
الأول: أَنَّ الفاضل النزاقِيَّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَضَّلَ في عدم لزوم المعاطاة بتلف إحدى العينين - و جواز رجوع مالك العين الموجودة - بين أن يكون مَنْ تلف عنده العين قاصداً للرجوع إلى ماله الموجود عند الطرف الآخر، فيجوز الرجوع مع ضمانه لبدل العين التالفة، و بين أن لا يكون قاصداً للرجوع فلا، حيث إنَّ في جواز إسترداد ماله احتمالين:

أحدهما: عدم الجواز مع براءة ذمته عن بدل التالفة.
و ثانيهما: جواز الرجوع مع ضمان البدل. و رَجَّحَ في آخر كلامه هذا الاحتمال بقوله: «إلَّا أن تُعَيَّنَ الاشتغال بإثبات جواز الرجوع» و إستدل عليه بوجهين: أحدهما قاعدة السلطنة، و الآخر قاعدة اليد.

و هذه الجملة الأخيرة هي محطُّ نظر شيخنا الأعظم من نسبة القول ببقاء الإباحة بعد تلف إحدى العينين إليه، مستدلاً عليه باستصحاب سلطنة مالك العين الموجودة. و قد عرفت أَنَّ الفاضل النزاقِيَّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إستدل بقاعدة السلطنة لا باستصحابها. الأمر الثاني: أَنَّ ما نقلناه من تفصيل الفاضل النزاقِيَّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بين قصد الرجوع وعدمه و إن كان بظاھره أجنبيّاً عمَّا نسبة المصنف إليه من القول ببقاء الإباحة إستصحاباً للسلطنة. إلَّا أَنَّ المقصود من نقله الوقوف على ما سيأتي في المتن من إيراد المصنف على التفصيل بين قصد الرجوع و عدمه، و لما كان دأبنا في هذا الشرح الوقوف على أرباب الأقوال المنقولة في المكاسب - مهما أمكن - فلذا نقلنا عبارة المستند ليُعلم أن قول المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع ...» تعريض به.

لبعض معاصريه تبعاً للمسالك^(١) أصالة عدم اللزوم،

الأمر الثالث: أنّ كلام الفاضل رحمته من تجويز الرجوع إلى العين الموجودة ليس فيه تصريح بابتنائه على إفادة المعاطاة للإباحة، بل نفى هذا الإبتناء بقوله: «و تعيين الاشتغال مطلقاً أو على كون المعاطاة إباحة محضة ... باطل» وعليه فما نسبته المصنف إلى الفاضل من القول بأصالة عدم اللزوم - بناءً على الإباحة - مستفاد من إطلاق حكم الفاضل بجواز رجوع مالك العين الموجودة سواء قلنا بالملك المجاز أم بالإباحة المحضة. ولا مانع من هذه الإستفادة، لأنّ المصنف رحمته بصدد بيان حكم تلف إحدى العينين بناءً على الإباحة. وهو لا ينافي إتّحاد حكمه بناءً على الملك. ويساعد إستفادة المصنف إستدلال الفاضل بقاعدتي السلطنة واليد، لمناسبتها للإباحة.

(١) ظاهر العبارة أنّ الشهيد الثاني إستوجّه عدم لزوم الإباحة في صورة تلف إحدى العينين أو بعضها، فتبعه صاحبنا المناهل والمستند. لكن في النسبة تأمل. وبيانه: أنّه رحمته فصل في المسالك بين تلف إحدى العينين وبين تلف بعض إحداها، وذكّر في كلّ منهما وجهين، واختار اللزوم بتلف إحداها، والإباحة في تلف بعض إحداها. وعلى هذا فالمسألان بنظر الشهيد ليستا متحدتين حكماً.

و الأولى نقل كلامه وقولاً على حقيقة الحال، فقال في ثاني مباحث المعاطاة: «لو تلفت العينان معاً تحقق الملك فيها. ولو تلفت إحداها خاصة فقد صرح جماعة بالإكتفاء به في تحقق ملك الأخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك. ويحتمل هنا العدم، لتفتاً إلى أصالة بقاء الملك للملكه، وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأول أقوى، فإنّ من بيده المال مستحقّ قد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقه فيملكه، وإن كان مغايراً له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك» وهذا الكلام كما ترى صريح في ترجيح القول باللزوم في تلف عين واحدة، وأنّ عدم اللزوم مجرد احتمال لا ينبغي المصير إليه.

وقال في المبحث الثالث: «لو تلف بعض إحداها احتمال كونه كتلف الجميع

لأصالة^(١) (*) بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها.

- يعني في تحقق اللزوم - و به صرح بعض الأصحاب مُحْتَجاً بامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة، وبالضرر، لأن المطلوب هو كون إحداها في مقابل الأخرى. وفيه نظرٌ ... الى أن قال: و يحتمل حينئذٍ أن يلزم من العين الأخرى في مقابلة التالف، و يبقى الباقي على أصل الإباحة بدلالة ما قدّمناه^أ.

و ظاهر هذه الجملة الأخيرة - بعد إبطال مستند المحقق الكركي من التمسك بتبعض الصفقة و بالضرر - هو الميل إلى أصالة عدم اللزوم، و بقاء الإباحة بالنسبة إلى المقدار الباقي من إحدى العينين.

و بما نقلناه عن المسالك ظهر: أن الشهيد رحمته الله مُفَصِّلٌ بين تلف تمام إحدى العينين بترجيح أصالة اللزوم، و بين تلف بعض إحداها بترجيح الإباحة. وكان المناسب أن يُنَبِّه المصنف رحمته الله على هذا التفصيل، و لا ينسب إلى الشهيد القول بأصالة عدم اللزوم في كلتا المسألتين، و لعلمه رحمته الله إعتد في هذه النسبة على نقل الغير، و الأمر سهل بعد وضوح حقيقة الحال.

(١) هذا إشارة إلى المطلب الأول، أعني به دليل القول ببقاء الإباحة، و هو إستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة - أو مالك بعض العين الموجودة - على ماله، و مقتضى هذا الإستصحاب جواز رجوعه إلى ماله الموجود عند صاحبه، و من المعلوم أن المعاطاة لو كانت لازمة لم يكن له الرجوع إلى ماله الموجود.

(*) لم يظهر وجه عدوله عن قاعدة السلطنة الى إستصحابها، مع عدم مانع عن جريانها.

إلا أن يقال: إن احتمال بدلية الباقي عن التالف أوجب الشك في بقاء العين الموجودة على ملك مالكها، و القاعدة لا تثبت موضوعها، فلا محيص في إثبات

الموضوع من التمسك باستصحاب بقاء المال على ملك مالكة.

نعم لا حاجة الى إجراء الاستصحاب في بقاء السلطنة بعد إجرانه في الموضوع أعني به بقاء الملكية، لأن الأصل الموضوعي حاكم على الحكمي.

وَلَيَنْعَمَ مَا عَبَّرَ بِهِ الشَّهِيدُ الثَّانِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ قَوْلِهِ: «إِتْفَانًا إِلَى أَصَالَةِ بَقَاءِ الْمَلِكِ لِمَالِكِهِ» إِذْ إِسْتَصْحَابَ بَقَاءِ الْمَلِكِ عَلَى مَلِكِ مَالِكِهِ يُعْنِي عَنْ إِسْتَصْحَابِ بَقَاءِ السُّلْطَنَةِ الَّتِي هِيَ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ. وَغَرَضُ الشَّهِيدِ الثَّانِي مِنْ قَوْلِهِ: «أَصَالَةُ بَقَاءِ الْمَلِكِ لِمَالِكِهِ» إِثْبَاتُ الصَّغْرَى، وَهِيَ إِضَافَةُ الْمَلِكِيَّةِ الَّتِي هِيَ مَوْضُوعُ قَاعِدَةِ السُّلْطَنَةِ، وَ مِنْ قَوْلِهِ: «وَعُمُومُ: النَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» إِثْبَاتُ الْكِبْرَى.

و يظهر مما ذكرنا عدم ورود ما أورده بعضُ المحشّين على المصنّف من «أن عموم دليل السلطنة حاكم على إستصحابها، فلا مجال للاستصحاب مع العموم الذي هو دليل إجتهادي»^أ.

وجه عدم الورد: قصورُ دليل السلطنة عن شموله للشك في الموضوع وهو بقاء الملكية، لكون التمسك به حينئذٍ تشبُّهُ بالدليل في الشبهة المصادقية.

و في المقام إحتمال آخر وهو: أن يكون المستصحب - أعني به السلطنة - بمعنى الملك كما ورد تفسيره بها في بعض كلمات المصنّف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. و على هذا فيكون قوله بعده: «و ملكه لها» عطف تفسير للسلطنة، فالمستصحب هو الموضوع، لا الحكم الشرعي المدلول عليه بقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «الناس مسلطون على أموالهم» و معه لا يبقى مجال للإيراد المتقدم، وهو: أنه مع الشك في الموضوع - أي الملكية - كيف أجرى الأصل في الحكم وهو السلطنة؟ وجه عدم المجال: أنه بناءً على ما إحتملناه تكون السلطنة موضوعاً، لكونها بمعنى الملكية، لا حكماً حتى يشكل إستصحابه عند الشك في الموضوع.

و فيه^(١): أنّها معارضة بأصالة براءة

(١) هذا هو المطلب الثاني، أعني به مناقشة المصنف في دليل القائل ببقاء الإباحة عند تلف إحدى العينين. توضيحه: أنّ أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة التي هي سند أصالة عدم اللزوم - المقتضية لجواز الرجوع إلى العين الموجودة - معارضة بأصالة براءة ذمة من تلف عنده مالٌ صاحبه عن مثله أو قيمته، وبسقوطها بالمعارضة لا يبيح دليل على بقاء الإباحة. مثلاً إذا كانت المعاوضة بين كتاب زيد و دينار عمرو، و تلف الكتاب عند عمرو و بقي الدينار عند زيد، فصاحب العين الموجودة - و هو الدينار - مسلط على أخذها من زيد مع عدم ضمانه لبدل الكتاب لزيد.

فإن قلت: لا معارضة بين أصالة براءة ذمة مالك الدينار عن بدل الكتاب، و بين أصالة بقاء سلطنته على أخذ الدينار من زيد، لعدم التنافي بينهما، و عليه يمكن الجمع بين جواز إسترداد الدينار و بين عدم ضمانه لبدل الكتاب، و لا يسقط إستصحاب السلطنة بالمعارضة.

قلت: المعارضة بين الحجتين تكون تارةً بالذات كما في المتباينين و العامين من وجه. و أخرى بالعرض أي بواسطة دليل ثالث، و مثلوا له بالخبرين الدال أحدهما على وجوب صلاة الظهر يوم الجمعة، و الآخر على وجوب صلاة الجمعة، إذ لا منافاة بين الدليلين بلحاظ المدلول المطابق و التضمني، إلا أنّ الإجماع على عدم وجوب فريضتين قبل صلاة العصر يوجب التنافي بين الخبرين، فيعلم إجمالاً بكذب أحدهما. و المقام من هذا القبيل، فإنّ أصالة بقاء سلطنة المالك تقتضي جواز إسترداد الدينار شرعاً، و الرجوع ملازم لضمان بدل التالف من المثل أو القيمة، فالمعارضة بين أصالة بقاء السلطنة و بين أصالة براءة الذمة تكون بملاحظة الملازمة بين جواز الرجوع و إستلزامه لضمان التالف.

و الوجه في الملازمة إما القطع بعدم مجانية التالف، و إما لما حُكي عن بعض تلامذة المصنف من الإجماع المركب على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها.

ذمته^(١) عن مثل التالف عنده أو قيمته^(٢).
و التمسك^(٣) بعموم «على اليد» هنا

هذا توضيح إشكال شيخنا الأعظم على كلام بعض مشايخه من الحكم ببقاء الإباحة بتلف إحدى العينين أو بعض إحداها.

(١) هذا الضمير و ضمير «عنده» راجعان الى مالك العين الموجودة.

(٢) أي: قيمة التالف، إن كان قيمياً.

(٣) إشارة إلى توهم و جوابه، و مقصود المتوهم إبطال المعارضة التي أوقعها المصنف بين أصالتي بقاء السلطنة و براءة الذمة. توضيح التوهم: أنه لاتصل التوبة إلى المعارضة المزبورة، و ذلك لوجود الدليل الاجتهادي - الحاكم على أصالة البراءة - و هو قاعدة اليد، حيث إنَّ كلَّ واحدٍ من المتعاطين وَّضَع يده على مال الآخر، إذ بناءً على الإباحة - كما هو مفروض البحث - يكون المال باقياً على ملك الدافع، إذ لم يدخل في ملك الآخذ، فتكون يد الآخذ مضمّنة، فإذا تلف و جب عليه أداء المثل أو القيمة. و مع هذه القاعدة الاجتهادية لاموضوع لأصالة براءة ذمة من تلف عنده المال عن البدل، حتى تكون معارضة لأصالة بقاء السلطنة.

وعليه تكون نتيجة الجمع بين قاعدة اليد و إستصحاب سلطنة مالك العين الموجودة هي عدم لزوم الإباحة بتلف إحدى العينين، فيجوز له إسترداد عينه و دفع بدل العين التالفة إلى مالكها، هذا.

و قد دَفَع المصنّف رحمته هذا التوهم بما حاصله: أن الضمان - بناءً على تسليمه - ليس مستنداً إلى اليد قطعاً، لأنّها معدومة عند الحكم بالضمان و هو حال التلف. و اليد السابقة على التلف لم تكن يد ضمان، لكونها بإذن الشارع أو المالك، إذ لو كانت يد ضمانٍ لكانت موجبةً للضمان في الصورة السابقة، و هي تلف العينين.

و لا فرق في عدم إقتضاء «على اليد» لضمان بَدَل التالف بين أن يكون قاصداً لإمضاء المعاطاة و عدم إسترداد ماله الموجود من المتعاطي الآخر، و بين أن يكون

في غير محلّه^(١)، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن^(٢)

قاصداً للرجوع إليه و أخذ ماله منه.

و الوجه في عدم الفرق بين الصورتين واضح. أمّا إذا كان بانياً على إمضاء المعاطاة فلأنّ المال الموجود يصير عوضاً مُسمّى عن التالف. ولم تتقلب تلك اليد الأمانية قبل تلف العين إلى يدٍ عدوانية حتى توجب الضمان. و أمّا إذا كان بانياً على إسترداد العين الموجودة من المتعاطي الآخر فكذلك لا موجب لصيرورة من تلف عنده المألّ ضامناً للبدل، لأنّ الدليل على الضمان منحصر في المقام في اليد، لانتفاء سائر موجباته، و قد عرفت أنّ اليد - قبل التلف - كانت بإباحة الشارع، و لا تتقلب إلى يدٍ عدوانية بمجرد قصد الرجوع إلى العين الموجودة.

نعم إن أمكن جعلُ إرادة الرجوع من موجبات الضمان إستند إليها لا إلى اليد. لكن ليس رجوعاً من تلف عنده المال و لا إرادة رجوعه من موجبات الضمان، سواء أكانا منضمّين إلى اليد أم لا. فالموجب لإشتغال العهدة بمال الغير هو الإستيلاء عليه بغير إذن من مالكة أو من الشارع، و المفروض في المقام كون يد كل واحدٍ من المتعاطيين أمانيةً خارجةً موضوعاً عن حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي».

و بهذا ظهر إشكال المصنف رحمته على صاحب المستند، حيث فصل بين إرادة الرجوع و عدمها كما أنّه حكّم في آخر كلامه باشتغال ذمة من تلف عنده المال، و جواز رجوعه لإسترداد ماله، مُستدلاً عليه بقاعدتي السلطنة و اليد.

و بعد بطلان هذا التوهم يظهر إستقرار المعارضة بين إستصحاب السلطنة و أصالة البراءة عن بدل التالف، و لا يبقى وجهٌ لبقاء الإباحة بعد تلف إحدى العينين كما زعمه بعض المشايخ.

(١) خبر «و التمسك» و دفعٌ للتوهم، و قد تقدم توضيح التوهم و الدفع آنفاً.

(٢) لكونها مقرونة بإذن الشارع، فلا موجب للضمان.

يد ضماناً (**)، بل ولا بعده إذا بنى^(١) مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة، ولم يُرد الرجوع. إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس^(٢) هذا من مقتضى اليد قطعاً (***)، هذا.

(١) يعني: وكذا لا تكون يد من تلف عنده المال مُضْمَنَةً إذا قصد استرداد عينه الموجودة عند الطرف الآخر. والوجه فيه واضح، فإنَّ اليد الأمانية لا تختلف حالها بين بقاء العين وتلفها.

والإتيان بـ «بل» الإضرابية لأجل كون عدم الضمان - عند بناء مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة وإلزامها - أوضح وجهاً مما إذا كان قاصداً للرجوع إلى عينه الموجودة.

(٢) يعني: وليس الضمان - عند قصد الرجوع إلى العين الموجودة - مسبباً عن اليد، لأنها قبل التلف أمانية، و بعد التلف لا يد حتى يحكم بالضمان. ومجرد إرادة الرجوع لا تؤثر في إنقلاب تلك اليد - قبل التلف - من الأمانية إلى العدوانية. هذا تمام الكلام في المطلب الثاني وهو إشكال المصنف على بعض مشايخه.

(*) لا يقال: إن نفي الضمان هنا ينافي قوله بعد أسطر: «مع أن ضمان التالف يبده معلوم» كما ينافي فرض الشك في إشتغال الذمة بالبدل، حيث جعله مجرى أصالة البراءة. ومن المعلوم أن نفي الضمان والعلم به والشك فيه أمور متهافئة.

فإنه يقال: إن المنفي هنا هو الضمان اليدي، ولا ينافيه إشتغال الذمة لموجب آخر كإقدام كل واحد من المتعاطيين على تسليط الآخر مضموناً بعوضه لا مجاناً، ومن المعلوم أن نفي الضمان من جهة لا ينافي إثباته من جهة أخرى، فتأمل.

(**) إلا أن يقال: إن الضمان مقتضى اليد، لكن بشرط الرجوع، جمعاً بين عموم «على اليد» والاجتماع على عدم جواز رجوع صاحب العين الموجودة الى ماله بلا بدل.

ولكن^(١) يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة^(٢) (*) على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة.

(١) إستدراك على معارضة أصالتي السلطنة والبراءة. وهذا شروع في المطلب الثالث مما أفاده في الصورة الثانية و الثالثة بناءً على الإباحة. ففرضه **بَيِّنٌ** من قوله: «ولكن يمكن أن يقال» تأييداً ما استوجهه بعضُ المشايخ من بقاء الإباحة و ضمان صاحب العين الباقية - لبدل الثالثة - بوجوه ثلاثة، سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا هو الوجه الأول، و محصله: منع المعارضة بين أصالة البراءة عن الضمان، و سلطنة مالك العين الموجودة على إرجاع ماله إلى نفسه، الموجبة لسقوط أصالة السلطنة المقتضية لمجواز المعاطاة.

وجه عدم المعارضة هو حكومة أصالة بقاء السلطنة على أصالة البراءة عن الضمان، تقرّبه: أنّ الشك في ضمان المثل وعدمه مسبّب عن الشك في بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و عدم بقائها، و من المعلوم حكومة الأصل السببي على الأصل المسببي، فلا تجري أصالة عدم الضمان مع جريان أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة حتى تتعارضاً.

(*) في الحكومة منع، لعدم التسبب شرعاً، ضرورة أنّ الضمان ليس من آثار السلطنة شرعاً حتى تكون قاعدة السلطنة مثبتة له، بل أثر السلطنة هو مجرد جواز الرجوع إلى العين. و أمّا الضمان فليس أثراً شرعياً للسلطنة، بل هما متلازمان، و لا معنى لتقدم الأصل الجاري في أحد المتلازمين على أصل الآخر.

و قد يقرب الحكومة بوجه آخر، و هو: أنّ الاستصحاب حاكم على البراءة، لكونه أصلاً تنزيليّاً دونها، فإذا جرى في طرف لا تجري البراءة في الطرف الآخر. و قد نسب ذلك إلى جمع من المحققين، فيجري إستصحاب السلطنة، دون أصالة البراءة، هذا.

لكن فيه منع ظاهر، لأنّ حديث الحكومة إنّما هو فيما إذا إتحد المعجري حتى

مع^(١) أن ضمان التالف ببدله معلوم، إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي - أعني المثل أو القيمة - أو البدل الجعلي أعني العين الموجودة.

(١) هذا هو الوجه الثاني لعدم جريان أصالة البراءة عن الضمان، وسلامة أصالة السلطنة من المعارض. و حاصل هذا الوجه: أن العلم الإجمالي بالضمان - على أحد النحوين من الضمان الواقعي و الجعلي - يمنع عن جريان أصالة البراءة، فتبقى أصالة بقاء السلطنة بلا معارض.

يكون إحراز الواقع بالأصل المحرز مغنياً عن إجراء الأصل غير المحرز فيه، كما إذا كان ماء مشكوك الطهارة والنجاسة مع العلم بطهارته سابقاً، فإن الجاري فيه هو إستصحاب الطهارة لا قاعدتها، لحكومة الأول عليها.

و أما إذا تعدد المجري كما إذا علم إجمالاً بملافة نجاسة لماءٍ أو بولية مائعٍ آخر، فإنه لا يقال بحكومة أصالة عدم وقوع النجاسة في الماء على قاعدة الطهارة في ذلك المائع، بل إستصحاب عدم وقوع النجاسة يعارض قاعدة الطهارة، فيساقطان، و يرجع إلى ما يقتضيه قاعدة تنجيز العلم الإجمالي من وجوب الاجتناب عن كليهما. ففي المقام يقع التعارض بين قاعدة السلطنة و بين أصالة البراءة عن الضمان.

كما ظهر بما ذكرنا: أنه لا يلزم حمل أصالة البراءة على إستصحاب عدم الضمان حتى تقع المعارضة بين الاستصحابين كما في حاشية المحقق الايرواني و غيره، بدعوى: «أن أصل البراءة بمعناها المعروف أصل حكمي محكوم بالاستصحاب، فلا يتوقع من المصنف فرض المعارضة بينهما، فلا بد من حملها على إستصحاب براءة الذمة»، هذا.

وجه عدم اللزوم ما عرفت من أن حديث الحكومة منوط بوحدة المورد، فلا مجال له مع تعدده كما في المقام، فلاحظ.

فلا أصل^(١) (*) هذا.

(١) يعني: فلا أصل في المقام يعارض أصالة بقاء السلطنة، إذ مع العلم الاجمالي بالضمان المرّد بين المسمّى و الواقعي لا يجري أصل عدم الضمان. فأصالة البراءة منقطعة بالعلم بالضمان في الجملة، والشك إنّما هو في تعيين البدل من الجعلي و الواقعي، ولا أصل يُعيّن أحدهما.

(*) عدم جريان أصالة البراءة عن ضمان البدل إمّا لقصور المقتضي وإمّا لوجود المانع.

و تقريب الأول: أنّ الأصل العملي متقوم بالشك، فمع العلم بأصل الضمان لم يبق احتمال البراءة عنه حتى يتحقق موضوع أصل البراءة.

و تقريب الثاني: أنّ العلم الاجمالي بضمان المسمّى أو الواقعي موجود. و حيث إنّ كلّاً من الخصوصيتين مشكوكة كان موضوع الأصل النافي للتكليف محققاً، و تصل النوبة إلى معارضة أصالة البراءة عن ضمان البدل الواقعي بأصالة البراءة عن ضمان المسمّى، و يسقوطهما بالمعارضة يبقى إستصحاب سلطنة المالك سليماً عن معارضته بأصالة البراءة عن ضمان البدل.

و يمكن إستظهار التقريب الأول من قوله: «مع ان ضمان التالف ببدله معلوم» يعني: فلا مقتضي لأصل البراءة.

و يمكن إستفادة الثاني من قوله: «إلا أن الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي أو البدل الجعلي...» لظهوره في معارضة الأصل الجاري في كلّ من خصوصيتي المسمّى و الواقعي. و لعلّ هذا أوفق بمبنى المصنف في إقتضاء العلم الاجمالي للتنجيز و عدم عليّته له، و توقف منجزته على تعارض الأصول في الأطراف، كما إستفاده بعض المحققين من الرسائل.

مضافاً إلى ما قد يقال^(١) من: أن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدلّ على السلطنة على المال الموجود بأخذه، و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، و هو المثل أو القيمة، فتدبر^(٢) (*).

(١) هذا هو الوجه الثالث للحكم ببقاء الإباحة إذا تلفت إحدى العينين، ومحصله: أنه تتمسك بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» الدال على سلطنة المالك على ماله، فإن كان موجوداً فهو مسلط على أخذه، وإن كان تالفاً فهو مسلط على بدله الحقيقي - من المثل أو القيمة - فيثبت به جواز الرجوع. و من المعلوم أنه مع وجود الدليل الإجتهادي لاتصل التوبة إلى التمسك بأصالة بقاء السلطنة حتى يناقش فيها بالمعارضة، و لا بأصالة براءة الذمة، هذا.

وقد أورد على المصنف رحمته بوجوه مذكورة في حاشية الفقيه المامقاني رحمته، فراجع أ. وكيف كان فالمصنف عدل إلى ما إستوجهه بعض مشايخه من عدم لزوم المعاطاة في صورة تلف إحدى العينين أو بعض إحدهما بناءً على الإباحة.

(٢) لعلّه إشارة إلى: أن شمول قاعدة السلطنة للمال التالف ممنوع، و لذا لم يستدل بها أحدٌ على الضمان في الموارد التي تمسك فيها على الضمان بقاعدتي اليد و الإتلاف. هذا تمام الكلام في الملزم الأول و هو التلف، و قد ذكر له صوراً ثلاثاً، و لم يذكر الصورة الرابعة، و هي تلف بعض كلا العوضين، و يظهر حكمها من الصورة الثانية و الثالثة.

(*). إعلم أن التلف الذي جعلوه ملزماً للمعاطاة يتصور على وجوه، لأن التالف تارة يكون تمام العوضين كما هو مفروض المتن، و أخرى يكون بعضهما، و ثالثة يكون تمام أحدهما، و رابعةً يكون بعض أحدهما، فالصور أربع. و على التقادير تارة يتكلم بناءً على إفادة المعاطاة الإباحة، و أخرى بناءً على إفادتها الملك.

أما الصورة الأولى: - و هي كون التالف تمام العوضين - مع إفادة المعاطاة للإباحة

فملخص الكلام فيها هو: أنه بناءً على إفادة المعاطاة المقصود بها التملك للإباحة أو الملك - على الخلاف - يكون التلف ملزماً، لما عرفت من تسالمهم عليه.

أما على الأول فلعدم ما يوجب الضمان الذي هو سبب جواز الرجوع، وذلك لأن موجب الضمان لا يتصور هنا إلا اليد، وهي لا توجهه، لأن اليد هنا أمانية، لإذن الشارع في التصرفات، فلا تشملها قاعدة اليد تخصيصاً أو تخصصاً، فكل واحد من المالكين قد تلف من مال مالكة. وعلى فرض الشك في الضمان فمقتضى أصالة البراءة عدمه، هذا.

ثم إنه قيل يكون لزوم المعاطاة عندهم بالتلف على القول بالإباحة راجعاً إلى صيرورتها معاوضةً بين العينين، ولما لم يكن التالف قابلاً للمعاوضة عليه فلا بد من حَمْلِ كلامهم على إرادة المعاوضة قبل التلف أناماً ليقع تلف كل واحد من المالكين في ملك من انتقل إليه، لا من إنتقل عنه هذا.

لكنه لا وجه للالتزام بذلك، فإن ظواهر كلماتهم هي لزوم الإباحة، لا صيرورة المعاطاة موجبةً للملك اللازم بسبب التلف، ولا يقتضي الجمع بين الأدلة الالتزام بمملكتيها بالتلف، إذ لا دليل إلا أصالة بقاء المالكين على ملك مالكيهما، والاجماع على إباحة التصرف، وهما لا يقتضيان الملك أناماً. وأما دليل اليد فلا يجري هنا، لكون اليد أمانيةً، فتدبر.

وأما على الثاني - وهو كون المعاطاة المقصود بها التملك مفيدةً للملك - فلائذ أصالة اللزوم المستفادة من عمومات اللزوم تقتضي اللزوم، إذ المخصص لبي، والمتيقن منه هو الجواز المتعلق بترادُ العينين المتوقع على بقائهما، فبتلفهما ينتفي موضوع الجواز. وقد قرر في محله أن المرجع عند الشك في المخصص المجمل هو أصالة العموم فيما عدا المتيقن من الخاص، لكون الشك حينئذ في التخصيص الزائد. ولا مجال لإستصحاب حكم الخاص بعد دلالة العام على اللزوم في كل زمان، وكون المتيقن خروجه هو خصوص الزمان الأول.

و بالجمله: مع وجود العموم لا تصل النوبة إلى الاستصحاب.

إنما الكلام كله في كون الجواز بالمعنى الذي ذكره المصنف رحمته من أنه بمعنى التملك بالأخذ لا بعنوان الفسخ، حيث إن الجواز بالمعنى المزبور قائم بالعينين دون العقد، مع أن اللزوم والجواز قائمان بالعقد. فكما يكون اللزوم قائماً بالعقد على ما هو ظاهر مثل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فكذلك الجواز الذي ينافيه، إذ الجواز - بمعنى الأخذ الموجب للتملك - ينافي قاعدة سلطنة المالك على ماله، لا أصالة لزوم العقد، فلا وجه للتمسك لئفيه بأصالة اللزوم، هذا.

مضافاً إلى: أن إرادة الجواز بمعنى التملك بالأخذ - لا بعنوان الفسخ - غير ظاهر، بل خلاف المقطوع به في كلماتهم، حيث إنهم عبروا بفسخ المعاوضة فلاحظ التحرير، إذ لا ينبغي الإرتياب في أن مرادهم بالجواز ما يقابل اللزوم، و مرادهم بالرجوع الرجوع الاعتباري الإنشائي وهو الفسخ، لا الرجوع و التراد الخارجي، و لم يعرف القول بالجواز بالمعنى المذكور لأحد من أصحابنا لا فيما نحن فيه و لا في الهبة، وإنما نُسب ذلك إلى بعض الشافعية في الهبة. لكنه لا تنهض عليه أدلته وإن احتمله في الجواهر.

و إن شك في معنى الجواز و أنه في المقام بمعنى إنحلال العقد بالفسخ أو بمعنى التملك بالأخذ و الرجوع، فلا دليل على تعيين أحدهما، لاستلزام حمله على كل من المعنيين تخصيص أحد العامتين أعني عموم قاعدة السلطنة، و قاعدة لزوم العقد. و مع العلم الإجمالي بتخصيص إحداهما يسقط العامان معاً عن الحجية، فالمرجع حينئذ أصالة عدم ترتب الأثر على كل من الفسخ و التملك بالأخذ إلا إذا وقعا معاً، إذ يعلم حينئذ بترتب الأثر، هذا.

لكن قد عرفت أنه لا تصل النوبة إلى الشك، إذ المراد بالجواز الذي يكون مورد الاجماع هو المعنى الأول أعني به إنحلال العقد بالفسخ، لأنه المقابل لأصالة لزوم العقد

دون التملك بالأخذ الذي هو مقابل قاعدة سلطنة المالك على ماله، هذا.
ثم إن الظاهر كون الجواز في المعاطاة حكماً لاحقاً، لأنه مقتضى حصر الملزمات في التلف وغيره مما سيأتي إن شاء الله تعالى، إذ لو كان إسقاط المتعاطيين أو أحدهما للجواز مُسقطاً و مُلزماً لعدّوه من الملزمات كما لا يخفى.

مضافاً إلى: أن مقابله للزوم العقد تقتضي كون الجواز حكماً كاللزوم، ضرورة أنه من أحكام العقود التي جعلها الشارع، فكأنه قيل: «العقد لازم أو جائز» بعد ضمّ المخصّص إلى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ هذا.

و أمّا الصورة الثانية: - وهي تلف إحدى العينين مع إفادة المعاطاة للملك - فقد تقدم حكمها في الصورة الأولى من أن مقتضى أصالة اللزوم هو لزوم المعاطاة بتلف إحدى العينين، لإمتناع التراد معه، والمفروض أن معقد الإجماع على الجواز هو إمكان التراد، فمع إمتناعه يتمسك بعموم دليل اللزوم، هذا.

و أمّا مع إفادة المعاطاة للإباحة، فيمكن أن يقال بعدم اللزوم، لعدم كون المعاطاة المفيدة للإباحة عقداً حتى يشمله ﴿أوفوا﴾ ويقال: إن الأصل في كل عقد هو اللزوم إلا ما خرج وهو المعاطاة قبل تلف إحدى العينين دون ما بعده، للزومها حينئذٍ بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود. بل لا بدّ من التثبيت بقاعدة سلطنة الناس على أموالهم، إذ المفروض مجرد إباحة تصرف كل من المتعاطيين في مال الآخر. و من المعلوم أن قضية إطلاق قاعدة السلطنة جواز رجوع مالك العين الموجودة إلى ماله بلا شرط، فقاعدة السلطنة توجب جواز المعاطاة و عدم لزومها بتلف إحدى العينين، فيجوز لصاحب العين الموجودة الرجوع إلى ماله بلا بدلٍ للتالف، هذا.

لكن الإجماع المدعى على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها يقيّد إطلاق السلطنة، فيجوز لمالك العين الباقية الرجوع إليها بشرط أداء بدل التالف كما لا يخفى.

و تحرير البحث: أن الإباحة إذا كانت مالكية - بأن أباح كل منهما ماله لصاحبه، وتلفت إحدى العينين - أمكن إجراء قاعدة السلطنة، لجواز أخذ العين الموجودة لمالكها مع الضمان. أما جواز الرجوع فلأن المفروض بقاء العين الموجودة على ملك مالكها، ومقتضى سلطنة المالك على ماله جواز رجوعه إليه. و أما ضمان مالك العين الموجودة لبدل التالف فلأن مالكه لم يُبح التصرف لصاحب العين الموجودة مجاناً بل بالعوض. و أما كون الضمان بالعوض الجعلي و إن كان مغايراً للبدل الواقعي جنساً أو وصفاً فلتراضيهما على ذلك كتراضي الدائن و المديون على الوفاء بغير الجنس.

و بالجملة: فلا بأس بالتمسك بقاعدة السلطنة في الإباحة المالكية.

و أما إذا كانت الإباحة شرعية كما إذا قصد المتعاطيان التملك و لم يمضه الشارع لكن حَكَمَ بالإباحة، فإن الإباحة حينئذٍ شرعية لا مالكية، إذ المفروض عدم قصدهما للإباحة، وإنما الحاكم بها هو الشارع، فيشكّل التمسك حينئذٍ بقاعدة السلطنة، لأنّ لازمها تغيير الحكم الشرعي، و هي لا تصلح لذلك، فإنّ الإباحة الشرعية ثبتت على خلاف سلطنة المالك، فلا ينهض دليل السلطنة على تغيير هذا الحكم الشرعي، بل هذه الإباحة ثبتت في موضوع عدم رضا المالك بالتصرف، لأنّه قَصَدَ الملك و لم يحصل، و المفروض عدم جواز التصرف في العقود الفاسدة.

فالتحصّل: عدم جواز التمسك بقاعدة السلطنة لرفع الإباحة الشرعية.

نعم لا بأس بالتشبيث بها لإثبات جواز التصرف في العين بنقل و نحوه من التصرفات غير المنافية لبقاء الإباحة التعبدية ما دامت العين باقية، نظير بيع العين المستأجرة غير المنافية لبقاء حق المستأجر في المنفعة. و عليه فإذا شكّ في إرتفاع الإباحة الشرعية بتلف إحدى العينين أو برجوع المالك فيرجع إلى أصالة بقاء العقد، بل مقتضى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ ذلك. إلا أن يחדش في صدق العقد العرفي على هذه المعاطاة المقصود بها التملك المفيدة للإباحة شرعاً، فيرجع حينئذٍ إلى إستصحاب الإباحة الشرعية، و لازم ذلك بقاء حكم الشارع بالإباحة.

هذا بناءً على بقاء المعاطاة على الإباحة وعدم صيرورتها مملّكة بعد تلف إحدى العينين كما عليه جماعة منهم سيدنا الخوئي قده.
و أما بناءً على صيرورتها بعد التلف بيعاً فلا إشكال في اللزوم، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، هذا.

و أما الصورة الثالثة - وهي تلف بعض إحدى العينين - فعن المحقق الثاني لزومها، قال في جامع المقاصد: «فيجوز التراد ما دام ممكناً، فمع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما في مقابل الأخرى. و يكفي تلف بعض إحدى العينين، لإمتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة، وللضرر، ولأن المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى».

و حكى مثله عن صيغ العقود و تعليق الارشاد^٣.

و في الروضة في شرح قول الشهيد قده: «و يجوز الرجوع فيها مع بقاء العين» ما نصّه: «و يفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه مع ذهابها. و هو كذلك، و يصدق بتلف العينين و إحداهما و بعض كل واحدة منهما ... الخ».

و قطع بذلك بعض الأساطين رحمهم الله في شرح القواعد.

و قد عرفت من عبارة جامع المقاصد المتقدمة أن مناط اللزوم هو إمتناع التراد المتحقق بتلف كلتا العينين أو إحداهما أو بعضهما.

و قد جعل كاشف الغطاء في شرح القواعد الجواز مشروطاً بإمكان الرد، وبالخلو عن الضرر المنفي، و إستند في ذلك إلى السيرة القطعية. قال رحمهم الله: «إننا نعلم من تتبع كلمات القوم و النظر إلى السيرة القاطعة أن الجواز مشروط بإمكان الرد، وبالخلو عن

أ : جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨

ب : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٧

ج : الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٣

الضرر المنفي بحديث الضرر، فلو تلف كل أو بعض منه أو من فوائده بتصرف العين أو منفعة أو ركوب أو سكنى أو حرث أو دخول في عملٍ ونحوها أو بيع أو إجارة أو زراعة أو مساقاة ونحوها على وجه لا يمكن فسخها شرعاً أو بإتلاف أو تلف سماوي تعذر الرّد ولم يتحقق مصداقه، ولو صدّق في البعض إمتنع أيضاً. ومع حصول الضرر بالتبعض وتغيير الصورة بطحنٍ أو تفصيلٍ أو خياطة أو صبغ ونحوها، أو دخل تحت الرد جاء به ثبوت الضرر غالباً بتبديل الأوصاف واختلاف الرغبات. نعم لو بقي الشيء على حاله أو زاده حسناً بصيقل أو إخراج غبار أو إزالة وسخٍ ونحوها لم يكن فيه ذلك». وأنت خبير بأن إناطة الجواز بالضرر لا تخلو من النظر، لأن الضرر يوجب الخيار، ولا يكون سبباً للزوم، وكذا تبعض الصفقة، فإنه يقتضي الخيار دون اللزوم.

وكيف كان فعلى القول بإفادة المعاطاة للملك تجري أصالة اللزوم، لعين ما تقدم في تلف العينين وإحداهما من عدم إمكان التراد.

وعلى القول بالإباحة المالكية تجري قاعدة السلطنة المقتضية لبقاء الجواز إلى زمان تلف بعض إحدى العينين. وعلى القول بالإباحة الشرعية لا تجري قاعدة السلطنة، لما تقدم آنفاً، بل يجري إستصحاب الإباحة.

وأما الصورة الرابعة - وهي تلف بعض العينين - فحكمها بناءً على الملك هو اللزوم وإرتفاع موضوع الجواز وهو إمكان تراء العينين. وبناءً على الإباحة الشرعية كذلك أيضاً، لعدم جريان قاعدة السلطنة فيها المقتضية للجواز، بل مقتضى إستصحاب الإباحة هو لزومها.

وبناءً على الإباحة المالكية هو الجواز، لقاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» المقتضية للجواز، فلا مانع من التراد بالنسبة إلى ما بقي من العينين. وتوهم جريان قاعدة السلطنة في الإباحة الشرعية أيضاً فاسد، لما مرّ آنفاً من محكومية القاعدة بدليل الإباحة كما لا يخفى.

ولو كان^(١) أحدُ العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطين، فعلى القول بالملك

الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً

(١) بعد أن فرغ المصنف رحمته من بيان صور أول ملزمات المعاطاة و هو التلف -بناءً على كلٍّ من الملك و الاباحة - تعرض لمُلمزٍ آخر ملحقٍ بتلف إحدى العينين، و هو كون أحد العوضين ديناً في ذمّة أحد المتعاطين.

و قبل توضيحه نقول: لا ريب - بمقتضى الاجماع - في صحة بيع الدين ممن هو عليه حتى بناءً على إناطة البيع بتملك كل واحد منها ماله للآخر على ما صرح به المصنف في أول البيع بقوله: «لأن البيع تملك الغير» يعني أنه تملك من الطرفين كما أوضحناه هناك، مثلاً لو كان زيدٌ مديوناً لعمروٍ متاً من الحنطة، صحَّ بيعُها من زيدٍ بدينار، فيتملكُ عمروُ الدينارَ، و يملك زيدٌ تلك الحنطة الذمية الكلية آنأماً، و يترتب على هذا التملك فراغ ذمته عن ذلك الدين، و قد عبّر المصنف عنه هناك بقوله: «لا مانع من كونه تملكاً فيسقط».

أما أنه يتملك المديون لما في ذمّة نفسه آنأماً فلأجل رعاية ماهية البيع المنوطة بمصول المبادلة في الملكية. و أما أنه يسقط الدين عن ذمّة المديون بمجرد البيع، فلأن الملكية الاعتبارية تدور مدار مصحح الاعتبار عرفاً، و من المعلوم أن العرف لا يعتبر تملك الانسان لما في عهده إلى الأبد، فالجمع بين الأمرين المتقدمين يقتضي الالتزام بكفاية التملك حدوثاً، و سقوطه بقاءً، هذا ما أفاده هناك.

و عليه نقول في توضيح المتن: أنه إذا كان زيدٌ مديوناً لعمروٍ ديناراً، ثم اشتري عمروٌ منه كتاباً بذلك الدينار الذي يستحقّه في ذمّة زيد، إنتقل الدينار إلى ملك زيد آنأماً، و يترتب عليه فراغ ذمته عمّا إستغلت به لعمرو. و تصير المعاطاة لازمةً من أول تحققها، لعدم بقاء العوضين على حالها كما كانا حتى يتحقق التراد الذي هو موضوع الجواز، لأن الدينار الكلي قد سقط عن ذمّة زيد، و السقوط وإن لم يكن تلفاً

يملكه من في ذمته، فيسقط عنه^(١).

حقيقة، لاختصاص التلف بالموجود الخارجي الذي يعرضه البوار و الفناء، إلا أنه بحكم التلف، من جهة إمتناع عود الساقط إلى الملك، و ذلك لأمرين مُسَلِّمين:
أحدهما: أنّ الذمة لا وجود لها بنفسها، بل تتشخّص بأطرافها من المالك والمملوك و المملوك عليه، فيقال: إنّ ذمّة زيد مشغولة بمنّ من الحنطة لعمرو، ولولا فرض المالك و المملوك لا وجود في وعاء الإعتبار لذمة زيد. و عليه فإذا سقط شخص ما في الذمة - كما هو المفروض في بيع الدين ممن هو عليه - إستحال عود شخص الساقط، لاستلزام عوده تخلُّل العدم في شخص واحد، و هو محال، كاستحالة إعادة المعدوم.

ثانيهما: أنه إذا سقط شخص ما في الذمة إستحال فرض بقاء ما في الذمة إعتباراً حتى يمكن إشتغال العهدة بمثل ذلك الساقط. وجه الاستحالة: أنّ الانسان كما لا يملك شخص ما في ذمته - كما هو مبنى المصنف من السقوط بمجرد التملك - فكذلك لا يملك مثل ما في ذمته، فلو قلنا بعود الساقط و بقاء ما في الذمة لزم إجتماع إعتبارين متنافيين، أحدهما: إعتبار سقوط ما في الذمة، والآخر: إعتبار بقاء ما في الذمة أي عدم السقوط، و من المعلوم إستحالة إجتماع هذين الإعتبارين، هذا ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته تعليلاً لإستحالة عود الساقط بتوضيح متناً.

و عليه نقول: بأنّه لا وجه للرجوع إلى العوض الموجود و هو الكتاب، و دفع بدله إلى عمرو. بل المعاطاة لازمة من أوّل الأمر، إذ لو جاز لزم عود الدينار الساقط عن ذمة زيد إلى ذمته مرّة أخرى، و قد عرفت إستحاله.

(١) هذا الضمير و ضمير «ذمته» راجعان إلى «من» الموصولة المراد به المديون.

و الظاهر أنه في حكم التلف^(١)، لأن^(٢) الساقط لا يعود(*)، و يحتمل^(٣) العود، و هو ضعيف^(٤).

(١) يعني: فتكون المعاطاة لازمة حينئذٍ من أوّل الأمر، لأنّ التلف - و ما يحكمه - كما يكون ملزماً للمعاطاة بقاءً كذلك يكون ملزماً لها حدوثاً.

(٢) يعني: بعد أن كان سقوط ما في الذمة بمنزلة التلف فلا وجه لجواز الرجوع، لأنّ أحد العوضين قد صار بمنزلة التلف الذي لا يعود، فلا وجه للرجوع الذي موضوعه تراد العينين المفقود هنا. بعد كون سقوط ما في الذمة بمنزلة التلف.

(٣) لعل منشأ إحتاله - كما قيل - هو عدم كونه من إعادة المعدوم حتى يستحيل العود، و ذلك لأنّ الذمة أمر باقٍ، و لذا ينسب إليها الفراغ و الخلوّ و الاشتغال. و طبيعيّ المنّ من الحنطة مثلاً كغيرها من الطبايع لا تلف لها و لا سقوط إلاّ بالإضافة إلى دخولها في الذمة و خروجها عنها، فدخولها فيها و خروجها عنها لا يغيّر الذمة و لا فيما فيها. فلا يندرج ما في الذمة تحت عنوان إعادة المعدوم حتى يستحيل العود، هذا.

(٤) وجه الضعف هو: أنّ المقام مندرج في إعادة المعدوم، و ذلك لأنّه لا معنى للذمة المطلقة، حيث إنّها ليست من الظروف و الأوعية، بل هي نحو ثبوت الشيء إعتباراً، فالذمة تتشخّص بأطرافها، و هي من له و من عليه و ما فيها، فعودها يكون من إعادة المعدوم. و مع الشك يستصحب عدم العود، لأنّه قبل الرجوع كان ملكاً لمن إنتقل إليه، و الأصل عدم عوده بالرجوع.

(*) هذا التعليل عليل، لأنّ الموجب لذهاب الحق هو تلف موضوعه المفروض تحقّقه بسقوط ما في الذمة، فلا معنى لجواز الرجوع بعد إرتفاع موضوعه و إن فرض عوده، لأنّ سقوط الحق قد حصل بذهاب الموضوع، و المعاد وجود آخر غير الوجود الذي كان موضوعاً للحق، فجواز الرجوع حينئذٍ حق جديد لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، إذ الوجود الثاني غير مورد المعاطاة المتحققة سابقاً.

لا يقال: إن الخيار بعد تلف إحدى العينين في العقد الذي ثبت فيه الخيار باقٍ على حاله، فليكن الأمر في المقام كذلك.

فإنه يقال: إن الخيار يتعلق بالعقد الذي هو باقٍ بعد تلف العينين فضلاً عن تلف أحدهما. بخلاف الجواز في المعاطاة، فإن متعلقه وإن كان هو العقد أيضاً، إلا أنه مقيد بإمكان تراد العينين الذي هو مفقود هنا، لما عرفت أنفاً من أن السقوط بمنزلة التلف.

هذا بناءً على السقوط كما أفاده المصنف رحمته. وأما بناءً على عدم السقوط وكون إنتقال ما في الذمة إلى نفس من عليه المال موجباً لتبدل الملكية الاعتبارية بالتكوينية كما إنتمت به سيدنا الخوني رحمته أ فالجواز باقٍ على حاله وإن قلنا بكون متعلق الجواز تراد العينين، لوضوح بقاء ما في الذمة على حاله و تبدل ملكيته الاعتبارية بالذاتية التكوينية. إلا أن يقال: إن الموضوع للجواز هو الملكية الاعتبارية المفروض زوالها، وقيام الملكية الذاتية مقامها، فيكون ما في الذمة كالتالف في لزوم المعاطاة وإن لم يكن من التالف حقيقةً، فعدم جواز الرجوع مستند إلى تبدل الموضوع، لأن الموجود التكويني غير الاعتباري، و من المعلوم أن موضوع الجواز هو الثاني الزائل قطعاً، دون الأول الموجود فعلاً.

لكن أصل تصوير تبدل الملكية الاعتبارية في بيع الدين بالذاتية لا يخلو من خفاء، لاستحالة إنقلاب المنشأ الاعتباري إلى التكويني، وأما الملكية الذاتية فهي غير قابلة للإنشاء، وليست مورد البحث في باب البيع الذي هو تبدل ملكية اعتبارية بمثلها، وقد سبق الإشارة إلى هذا البحث في الجزء الأول من هذا الشرح، فراجع ^٣.

أ : مصباح الفقاهة . ج ٢ ، ص ٢٠٧

ب : هدى الطالب . ج ١ ، ص ١٠٦ و ١٠٧

و الظاهر أنّ الحكم كذلك^(١) على القول بالإباحة، فافهم^(٢).
ولو نُقِلَ^(٣) العينين [ولو نُقِلت العينان] أو إحداهما

(١) أي: كون السقوط في حكم التلف في صيرورة المعاطاة لازمة بناءً على الإباحة، فإنّ ظاهره لزوم المعاطاة على القول بالإباحة. لكنّه ليس كذلك، لأنّ إفادة الإباحة للسقوط لا توجب صيرورة السقوط أعظم من التلف الحقيقي. مع أنّه لا لزوم عنده ﷺ على القول بالإباحة في صورة التلف الحقيقي، لكون أصالة السلطنة جارية في طرف العين الباقية، و الرجوع بالبدل الواقعي في طرف العين التالفة، فكيف بما هو في حكم التلف؟

بل غرضه أنّه لا معنى لإباحة الدين إلّا سقوطه، إذ مرجع الإباحة إلى الإبراء و الإسقاط، نظير قوله: «أنت في حلٍّ ممّا لي عليك» فتأمل.

(٢) لعلّه إشارة إلى عدم صحة إباحة الدين، إذ لا ينتفع به إلّا ببيعه أو جعله ثمناً و عوضاً في المعاوضات، أو احتسابه زكاةً و نحوها. و هذه التصرفات يشكّل صحة إباحتها مع عدم دليل خاص على صحّتها كما في المقام، فجريان المعاطاة في الدين على القول بالإباحة ممنوع، فلا مسرح للبحث عن لزوم المعاطاة و جوازها في الدين على القول بالإباحة.

الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز

(٣) هذا شروع في بيان ثالث ملزمات المعاطاة، و هو التصرف الاعتباري في كلا العوضين أو في أحدهما. و قد بسّط المصنف ﷺ الكلام هنا بذكر شقوق عديدة و صورٍ مختلفة ربما تنتهي إلى ثمانية كما سيأتي التنبيه على كلّ منها بتبع المتن إن شاء الله تعالى.

الصورة الأولى: أن ينتقل كلا العوضين عن المتعاطيين - أو ينتقل أحد

العوضين عن أحدهما - بعقد لازم كالبيع والصلح من دون أن يتعقبه خيار، أو يتعقبه لكن لم يفسخ ذو الخيار. كما إذا تعاطى زيد و عمرو كتاباً بدينار، فاشترى زيد بالدينار شيئاً من بكر، و باع عمرو كتابه من خالد بإنشاءٍ قولي حتى ينعقد لازماً. فيقع الكلام في أنّ هذا النقل اللازم مُلزِمٌ لتلك المعاطاة بين زيدٍ و عمرو أم لا؟ مع النظر إلى كلِّ من القول بالملك المترزّل و الإباحة التعبدية.

وينبغي تقديم أمرين قبل توضيح كلام المصنف رحمته.

الأول: أنّ جواز التراد في المعاطاة حكمٌ كجواز الرجوع في العين الموهوبة، وليس حقاً في العوضين حتى يمنع عن نقلها إلى الغير، و لا حقاً في حلِّ العقد الواقع عليها حتى يمنع عن لزومه. و عليه لا مانع شرعاً من نقل العينين إلى غيرهما بالنواقل الشرعية.

الثاني: أنّ المراد بالنقل اللازم هنا هو اللزوم مطلقاً حتى من جهة الخيار، والقرينة على إرادة هذا المعنى هو جعل العقد الجائز - الشامل للجواز الحكمي والحقي - عنواناً مستقلاً كما سيأتي في المتن إن شاء الله تعالى. و عليه فالعقد اللازم هنا كالبيع بالصيغة مع إسقاط خيار المجلس فيه حتى ينعقد لازماً، و الهبة إلى ذي رحم مع القبض، و نحوهما.

و لا ينافي كون النقل لازماً ثبوتُ جواز فسخه بعده، كما هو الحال في الصورة الثانية. و جه عدم المنافاة: أنّ البيع اللازم يمكن فسخه بأمر:

منها: حدوث حقِّ الخيار بعده، كما إذا ظهر الغبنُ بعد المعاملة بزمانٍ، و قلنا بأنّه

موجب لتزلزلها من حين ظهوره، لا من حين العقد.

و منها: الإقالة، فإنّها توجب فسخ المعاملة اللازمة.

و منها: غير ذلك.

إذا إتضح هذان الأمران قلنا في بيان الصورة الأولى: إن نقل العينين أو إحداها بمقد لازم موجب للزوم المعاطاة، لامتناع التراد سواء قلنا بالملك أم بالإباحة.

أما على الأول فلأن العينين و إن كانتا باقيتين بحالهما ولم تلتفا حتى تلزم المعاطاة من جهة التلف، إلا أن متعلق جواز التراد هو العينان بوصف كونها مملوكتين للمتعاطين، و لم يتعلّق بهما مطلقاً حتى إذا خرجتا عن ملكهما، فيكون تلفٌ وصف العين - و هو المملوكية - كتلف نفسها. و على هذا فللكلا المتعاطين السلطنة على إخراج المأخوذ بالمعاطاة عن ملكهما. و لا يمنعُ حكمُ الشارع بجواز التراد عن هذه السلطنة، لما تقدم من أن موضوع جواز التراد هو العينان، و ليس من شأن الحكم حفظ موضوعه. فقتضى إطلاق «الناس مسلطون على أموالهم» سلطنة المتعاطين على نقل العوضين إلى غيرهما.

و أما على الثاني - و هو الإباحة - فكذلك يجوز نقل المالين، بناءً على حكم الشارع بإباحة جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، سواء أكان التصرف منوطاً بالملك كالبيع و الوقف و الإيضاء، أم غير منوط به كلبس الثوب و إستخدام المملوك.

و عليه يصح النقل اللازم، لدخول كلٍّ من العينين في ملك المباح له آنأماً قبل ذلك التصرف الناقل، فتخرج العين عن ملك الآخذ، لا عن ملك الدافع - أي المبيح - و بالخروج عن الملك ينتفي موضوع جواز التراد، لعدم بقائها على ملكها حتى يتسلطاً على الرجوع.

نعم بناءً على إختصاص إباحة التصرف بما لا يتوقف على الملك يبقى جواز التراد بحاله، لعدم مشروعية التصرف الناقل للملك حتى ينتفي موضوع جواز الرجوع.

هذا توضيح الصورة الأولى، و هي نقل إحدى العينين أو كليهما بالنقل اللازم.

بعقد لازم^(١) فهو كالتلف^(٢) على القول بالملك، لامتناع التراد.

وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة^(٣).
ولو عادت^(٤)

(١) قد عرفت أنّ المراد به اللزوم مطلقاً حتى من جهة الخيار.

(٢) كما حُكي التصريح به عن كثير، بل ربما استظهر من بعضهم الإجماع عليه. قال الشهيد الثاني رحمته: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه، فإن كان لازماً كالبيع والهبة بعد القبض، والوقف والعتق فكالتالف». أ. وكأنه من المسلمات.

(٣) وأما إذا قلنا بما حُكي عن حواشي الشهيد رحمته على القواعد من إختصاص الإباحة بما لا يتوقف على الملك - بشهادة منعه من إخراج المأخوذ بالمعاطة في مثل الهدى - كان جواز التراد باقياً بحاله، وتوقف لزوم الإباحة على طروء مُلزمٍ آخر كالتلف، لأنّ النقل اللازم وقَعَ على مال المبيع، فله إسترداد ماله، لكون تصرف المباح له بالنقل اللازم تصرفاً في مال الغير، فيندرج في الفضولي.

(٤) هذا إشارة إلى الصورة الثانية - من صور نقل المأخوذ بالمعاطة بالناقل اللازم - كما إذا باع عمرو الكتاب من بكر، ثم ظهر غيبٌ أو عيب فيه، ففسخ المشتري، وعادت العين إلى عمرو. وقد تعرض المصنف رحمته لحكم هذه الصورة، بناءً على كلّ من الملك والإباحة. فبناءً على الملك إحتمل أولاً بقاء جواز التراد، للاستصحاب. واحتمل ثانياً إنقطاع الجواز بتخلُّل ذلك العقد اللازم، ثم قوّى هذا الوجه.

و بناءً على الإباحة رجّح لزوم المعاطة، ثم ذكر وجهين لبقاء جواز التراد ثم ضققها. هذا إجمال ما أفاده في هذه الصورة، وسيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

العين بفسخ^(١) (*) في جواز التراد على القول بالملك،

(١) يعني: كان العقد لازماً، ثم حدث حق الخيار - كما في ظهور العين - ففسخ المغبون، أو فسخاه بالإقالة. و كلاهما يوجب سقوط ذلك العقد الألام، فتعود العين إلى ملك المتعاطي كما كانت قبل الناقل الألام، فكان الملكية الحاصلة بالمعاطاة باقية لم يطرأ عليها ما يزيلها.

ثم إن في تعقيب عود الملك بالفسخ إحتالين:

أحدهما: أن يكون من باب المثال، وأنه لا خصوصية في سببية الفسخ لعود الملك، بل تمام المناط هو عود العين إلى ملك المتعاطي، فلو عادت بسبب آخر كأن ورثها المتعاطي أو إتهبها أو أخذها مقاصدة كان كعودها بالفسخ، قال الفقيه

(*) قد يقال بالفرق بين الفسخ وبين غيره - من العقد المستقل ونحوه من موجبات الملك - بما حاصله: أن الفسخ إعتبار عود الملك السابق إليه، ولذا إشتهر أنه ليس معاملة جديدة، حيث إن الفسخ إعتبار حل العقد الموجب لرجوع الملك السابق إلى المالك الأصلي. بخلاف العقد المستقل والإرث ونحوهما، فإنها سبب مستقل لملك جديد، وليس عين الملكية السابقة الحاصلة بالمعاطاة حتى يجوز التراد، حيث إن جوازه مختص بالملكية الحاصلة بالمعاطاة، هذا.

لكن الحق وفاقاً للمحقق الخراساني أعدم الفرق بين الفسخ وغيره، لأن موضوع الجواز - وهو الملكية المتحققة بالمعاطاة - قد إنتفى بخروج العينين عن ملك المتعاطيين، ودخولهما في ملكهما بالفسخ ملك حادث وإن كان في إعتبار العرف حل العقد السابق، لكنه ليس عين إضافة الملكية الشخصية الحاصلة بالمعاطاة حقيقة، بل يكون عينها إعتباراً. وقد عرفت أن تلف العين الموجب للزوم المعاطاة أعم من تلف ذاتها وصفها وهو ملكية العينين للمتعاطيين، والمفروض إنتفاء هذا الوصف بانتقال إضافة الملكية إلى غيرهما، والملكية الحادثة ليست شخص الملكية المتحققة بالمعاطاة.

لإمكانه^(١)، فيستصحب^(٢) (*).

المامقاني رحمته : «ذكرُ الفسخ من باب المثال، لأنَّ عودها بالإرث أو بعقدٍ جديد كالفسخ»^١.

نانيهما: أن يكون ذكرُ الفسخ من جهة تقييد العود به، و الإحتراز عن عودها بموجبات أخرى من الإرث ونحوه.

و الاحتمال الأوّل أقرب إلى مراد المصنف رحمته؛ لارتفاع جواز التراد بالنقل اللازم سواء عادت العين إلى المتعاطي بفسخ ذلك النقل اللازم أم بسائر أسباب العود إليه، فتملُّك المتعاطي للعين مرّةً أخرى أجنبي عن تملكه بالمعاطاة التي حكمها جواز التّراد.

(١) لأنّ تراد العينين خارجاً - بعد عود ملكيتها إلى المتعاطين - ممكن، فتصير المعاطاة جائزة.

(٢) أي: يستصحب الجواز، توضيحه: أن جواز التّراد كان ثابتاً قبل النقل، فَبُعد العود يشكّ في بقاء ذلك الجواز، فيستصحب. و منشأ الشك هو النقل المتخلّل بين المعاطاة و بين الفسخ، فإنّه يشك في كون هذا النقل رافعاً للجواز الثابت للمعاطاة. و بعبارة أخرى: تَبَتّ بالاجماع جواز التراد في المعاطاة، و قد حصل مانع عنه و هو إنتقال العين إلى غيره، فإذا زال المانع و عاد المال إلى المتعاطي يشكّ في إرتفاع الجواز، للشك في رافعية الموجود أي النقل اللازم، فيستصحب.

(*) هذا إستصحاب تعليلي، بتقريب: أنه كان الجواز ثابتاً على تقدير الرجوع قبل النقل و الفسخ، و الآن كما كان. و هذا الاستصحاب التعليلي معارض بالتنجيزي، و هو عدم جواز التراد قبل الفسخ، إذ المفروض عدم بقاء العينين على صفة الملكية للمتعاطين. و دعوى حكومة التعليلي على التنجيزي غير ظاهرة كما قرّر في محله، هذا. و قد يوجّه هذا الاستصحاب «بأنّ موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان،

وهذا الموضوع محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، و إنما الشك في أن تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه عند ثبوته، فلا ينافي ثبوت الحكم لموضوعه - عند ثبوته - عدمه عند عدمه كما في حال النقل و عدم العود، كما إذا أمر بإكرام زيد القائم، و شك في أن تخلل القعود يرفع الحكم عن موضوعه عند ثبوته. و لا مجال لإستصحاب عدم الجواز الثابت حال النقل، لأن الشك في بقاءه مسبب عن الشك في رافعية النقل المتخلل، لجواز التراد عن موضوعه عند ثبوته، فاستصحاب بقاء الحكم في ظرف ثبوت موضوعه مقدّم على إستصحاب عدم الجواز حال النقل، فتدبر جيداً!

و أنت خبير بما فيه من: أن موضوع جواز التراد هو ما يملكه المتعاطيان ملكيةً مستمرة غير منقطعة بنقل إلى غيرهما، على ما هو قضية القدر المتيقن من الاجماع على جواز المعاطاة المقتصر عليه في تخصيص عمومات اللزوم، فليس موضوع التراد مطلق ما يملكه المتعاطيان حتى يكون محفوظاً قبل النقل و بعد الفسخ. فبعد إرتفاع إستمرار الملكية بالنقل إلى الغير لا مجال للاستصحاب، للشك في بقاء الموضوع.

و منه يظهر عدم الوجه في حكومة إستصحاب جواز التراد على إستصحاب عدم جوازه، و ذلك لعدم جريان إستصحاب الجواز، للشك في بقاء موضوعه، فيبقى إستصحاب عدم الجواز بلا مانع كما في حاشية السيد عليه السلام.

بل لا مجال لاستصحاب عدم الجواز أيضاً، لكون المقام من التمسك بالعام، لا إستصحاب حكم الخاص.

وكذا الحال في المثال المزبور، فإنه لو لم يحرز كون القيام موضوعاً كما هو ظاهر كل عنوان يؤخذ في حيز الخطابات كان الشك في بقاء وجوب الإكرام عند إرتفاع القيام من الشك في بقاء الموضوع.

فالمحصل: أنه بعد إنتقال المالين إلى غير المتعاطيين وتحقق الفسخ و عودهما إلى المتعاطيين لا وجه لجواز التراد.

أ: حاشية المكاسب، للمحقق الاصفهاني عليه السلام، ج ١، ص ٥٧.

ب: حاشية المكاسب، ص ٨٢

و عدمه^(١)، لأن^(٢) المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة،
وجهان^(٣) أجودهما ذلك^(٤)، إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول
مطلق^(٥)، بل المتيقن منه^(٦) غير ذلك،

(١) معطوف على قوله: «جواز» وهذا هو الاحتمال الثاني بناءً على الملك.

(٢) هذا تعليل عدم جواز التراد، و حاصله: عدم جريان الاستصحاب هنا لعدم إحراز الموضوع، و يتعين الرجوع إلى عموم أصالة اللزوم.
و بيانه: أن المتيقن من التراد هو الثابت قبل خروج العين عن ملك مالكة، لما
تقدم من أن دليل جواز التراد - وهو الاجماع - لبي، فلا بد من الأخذ بالمتيقن منه
وهو بقاء العين بوصف مملوكيتها للمتعاطين، و في غير هذه الصورة يتمسك
بأصالة اللزوم.

(٣) من إستصحاب جواز التراد، و من التمسك بأصالة اللزوم، لعدم إحراز
موضوع الاستصحاب.

(٤) أي: عدم الإمكان، توضيح وجه الأجودية ما أفاده في المتن من كون
موضوع جواز التراد غير محرز، إذ المتيقن من الاجماع على جواز المعاطاة هو صورة
عدم إنقطاع إستمرار ملك المتعاطين بالنقل إلى غيرهما، و ذلك لأن الثابت من التراد
هو إسترجاع العين بإزالة ما أحدثاه من الملك، لا بإزالة كل ملك حصل للمتعاطي
الآخر في تلك العين، إذ ليس التسلط الأعلى فعله و هو تمليكه لا تمليك غيره، فليس
إمكان التراد بقولٍ مطلق - ولو مع الانتقال إلى الغير - موضوعاً للجواز. فإذا كان
الموضوع بحسب القدر المتيقن خصوص إستمرار ملكية المتعاطين فلا مجال
لاستصحاب الجواز بعد النقل و الفسخ، لعدم إحراز الموضوع بنحوٍ يمكن إبقاء حكمه.
(٥) يعني: حتى مع إنقطاع إستمرار ملكية المتعاطين.

(٦) يعني: بل المتيقن من الثابت - في مقابل عموم أصالة اللزوم - هو غير جواز
التراد بقولٍ مطلق، و هذا الغير هو جواز تراد العين بوصف بقائهما على ملك

فالموضوع غير محرز^(١) في الاستصحاب.
 وكذا^(٢) على القول بالإباحة، لأنّ التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف^(٣)، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني^(٤)، فلا دليل على زواله^(٥).
 بل الحكم^(٦) هنا أولى منه على القول بالملك، لعدم تحقق جواز التّراد في السابق هنا حتى يستصحب.

المتعاطين، و عدم تخلّل خروجها عن ملكها.
 (١) لاحتمال كونه إستمرار ملكية المتعاطين، و كونه أعمّ منه و من إنقطاعها بالنقل إلى غيرها، فلا مجال للاستصحاب.
 (٢) يعني: أنّ الحكم باللزوم و عدم جواز التّراد كان على القول بالملك، و هذا الحكم أيضاً جارٍ على القول بالإباحة، لأنّ تصرف المباح له في المال الذي أُبيع له -بالنقل إلى غيره - يكشف عن سبق الملك له آنأماً على التصرف، إذ لو لم يكن مالكاً لم يجر له التصرف الناقل، فإذا فسح المباح له رجّع الملك إليه لا إلى المبيع، لأنّ المال يرجع بالفسخ الى الناقل و هو المباح له، دون غيره و هو المبيع.
 (٣) فلا مجال حينئذٍ لاستصحاب سلطنة المالك الأوّل على ماله، للقطع بزوالها بانتقال المال الى المباح له آنأماً. و دعوى كون زوال سلطنة المالك الأوّل مُراعى بعدم فسخ النقل الى الثالث غير مسموعة، لعدم بيّنة عليها.
 (٤) و هو المباح له، لأنّه الثاني بالإضافة إلى المبيع.
 (٥) أي: على زوال ملك الثاني.
 (٦) أي: الحكم بعدم جواز التّراد على القول بالإباحة أولى من هذا الحكم على القول بالملك. و جه الأولوية ما أفاده بقوله: «لعدم تحقق ... الخ» و حاصله: ثبوت جواز التّراد بناءً على الملك، فبعدم العود بالفسخ يستصحب ذلك الجواز. بخلاف القول بالإباحة، فإنّ جواز التّراد غير ثابتٍ فيه حتى يستصحب بعد العود إلى المباح له بالفسخ.

بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول^(١) المقطوع بانتفائها^(٢).
نعم^(٣) لو قلنا

توضيحه: أنّ التراد الملكي عبارة عن سلطنة المالك الأول على إخراج ما كان ملكاً له عن حیطة ملكية المالك الثاني الذي صار مالكا له بالمعاطاة، فَبَعْدَ فسخ التصرف الناقل يعود ملكاً لمن تملكه بالمعاطاة. فيتحقق حينئذٍ أركان الاستصحاب من اليقين بتحقق سلطنة المالك الأول على إزالة ملك المالك الثاني وهو المباح له، ومن الشك في إرتفاعها بالتصرف الناقل، لاحتمال دخل عدم هذا التصرف في بقاء تلك السلطنة، مع الغض عن إشكال الشك في الموضوع المرّد بين كونه مطلق إمكان التراد أو خصوص التراد غير الملحق بالتصرف الناقل.

و هذا بخلافه على القول بالإباحة، لأنّ منشأ جواز التراد الثابت قبل التصرف الناقل هو السلطنة الأولية الثابتة للمالك في ماله قبل المعاطاة. فالمراد بالتراد حينئذٍ هو إسترجاع المالك ماله من المباح له، لا السلطنة الجديدة الحادثة بعد إرتفاع السلطنة الأولية بارتفاع موضوعها وهو كونه مالا للمالك الأول بالتصرف الناقل، لصيرورته ملكاً آنأما للمباح له قبل التصرف الناقل فيه.

فمراد المصنف رحمته بقوله: «لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا» هو التراد الملكي الذي قد عرفته. و من المعلوم فقدان التراد بهذا المعنى في المعاطاة على القول بالإباحة، إذ المفروض بقاء كل من المالكين على ملك صاحبه. و التراد على القول بالإباحة هو الرجوع عن إباحة التصرفات لا إعادة الملكية.

(١) أي: المالك المبيح، والمالك الثاني هو المباح له الذي صار مالكا آنأما قبل النقل اللازم.

(٢) حيث إنّ سلطنته إرتفعت بالنقل الرافع لملكية المالك الأول.

(٣) إستدراك على ما أفاده بقوله: «و كذا على القول بالإباحة» من إنتفاء جواز التراد في مفروض الكلام، و هو إنتقال العين بالعقد اللازم ثم عودها إلى المباح له

بالفسخ. و غرضه تصحيح جواز رجوع المالك المبيع بوجهين. وقوله: «لو قلنا بأن الكاشف» هو الوجه الأوّل، و لتوضيحه ينبغي تقديم أمرين:
 الأوّل: أن «الكاشف» يُطلق تارةً ويراد به كون شيءٍ طريقاً محضاً إلى شيءٍ آخر، من دون أن يكون مؤثراً في وجود الآخر واقعاً، فيمكن بقاء المنكشف إذا ارتفع الكاشف، كما هو الحال في الأمانة بناءً على حجيتها بنحو الطريقة، و لهذا يحسن الاحتياط رعايةً لهذا الاحتمال.

والمحصل: أن ارتفاع الكاشف لا يستلزم ارتفاع المنكشف.
 و يُطلق تارةً أخرى ويراد به كون شيءٍ علّةً لشيءٍ آخر ثبوتاً، فالعلّة كاشفةً لشيءٍ عن معلولها، و ليست هذه الكاشفية في مقام الدلالة و الإثبات فقط، بل السبب علّةً لوجود مسببه، هذا.

الأمر الثاني: أن فسخ العقد الخياري يكون تارةً بإنشاء الفسخ قولاً بمثل «فسخْتُ» و لا كلام فيه. و أخرى بالتصرف المنوط بالملك فيما إنتقل عنه، كما إذا باع زيدَ كتاباً من عمروٍ بدينار، و شرطَ لنفسه الخيار لمدة معينة، ثم باعَ هذا الكتاب من بكرٍ أو وهبه إياه أو أوقفه، و نحوها من التصرفات المنافية للملكية عمروٍ للكتاب، فإنهم جعلوا هذا التصرف أخذاً بالخيار و فسخاً للعقد الواقع بين زيد و عمروٍ. لكن وقّع البحث فيما به يتحقق الفسخ على وجوه أربعة، تقتصر على إثنين منها تبعاً لما في المتن.

أحدهما: أن تكون إرادة تصرف ذي الخيار فسخاً فعلياً موجياً لعود المال إليه، فيقع تصرفه - بالبيع و الهبة و نحوهما - في ملكه. و هذا مختار جماعة منهم المصنف على ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته الله.

ثانيهما: أن يكون الفسخُ حاصلًا بنفس التصرف البيعي لا بإرادته، فإذا باع

زيد كتابه - في مدة الخيار - من بكرٍ كان نفس البيع فسخاً للعقد الواقع بينه وبين عمرو.
و يترتب على هذا التصرف أمران إنشائيان طوليان، أولهما: إنتقال الكتاب من عمرو إلى زيد و هو ذو الخيار. و الآخر: إنتقال الكتاب من زيد إلى بكرٍ.
والفسخ في كلا الوجهين كاشف عن عود المال ممن عليه الخيار إلى من له الخيار، لكنّه كاشف محض عن تحقق إرادة التصرف في الوجه الأول. بخلافه في الوجه الثاني، فإنّه سبب لتحقيق الفسخ. فلو تبين بطلان بيع الكتاب من بكرٍ لم يتحقق فسخ البيع الأول بين زيد وعمرو بناءً على الاحتمال الثاني، و هو حصول الفسخ بنفس التصرف لا بإرادته.

إذا إتضح ما ذكرناه من الأمرين فنقول: في توضيح الوجه الأول: إذا تعاطى زيد و عمرو كتاباً بدينار، فبناءً على الإباحة يكون الكتاب باقياً على ملك زيد و إن كان بيد المباح له، و الدينار باقٍ على ملك عمرو، فإذا باع المباح له - و هو عمرو - الكتاب من بكرٍ كان نفس هذا العقد الناقل سبباً لتملكه له، و تملك المشتري وهو بكر. فإذا فرض عود الكتاب إلى عمرو بفسخ هذا البيع الناقل عاد الكتاب إلى ملك مالكة الأول - و هو زيد الذي أباح كتابه لعمرو - و يبقى مباحاً بيد عمرو كما يبقى الدينار مباحاً بيد زيد، إذ المفروض أنّ العلة في إنقطاع علقه مالكية زيد للكتاب كانت هي العقد الناقل بين عمرو و بكرٍ، فإذا إنحل هذا العقد بالفسخ فكأنه لم يتملك عمرو الكتاب أصلاً.

فإن قلت: إذا إنفسخ العقد الأ لازم بين عمرو و بكرٍ لم يكن وجه عود الكتاب إلى ملك المبيع، بل يبقى ملكاً للمباح له، لأنّ ذلك العقد يكشف عن دخول الكتاب في ملك المتصرف المباح له آنأما قبل البيع، فإذا إنحل البيع عاد إلى ملك عمرو، لا إلى ملك زيد المبيع.

قلت: ليس كذلك، إذ المناط في هذا الوجه - لإبقاء جواز التراد - هو كون نفس العقد الأ لازم سبباً لأمرين طوليين، أحدهما: دخول المال في ملك المباح له،

بأنَّ الكاشف^(١) عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا إرتفاعه بالفسخ عاد الملكُ إلى المالك الأوَّل^(٢) و إن كان مباحاً لغيره^(٣)، ما لم يستردَّ^(٤) عوضه،

ثانيها: تمليكهُ من بكرٍ. و ليس المناط مملّكية إرادة التصرف حتى يجمع بالملكية الأناثائية.

و إذا تقرّر عودُ المال إلى المبيع كان مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» جواز الرجوع و إسترداد الكتاب من عمرو، وردَّ الدينار إليه إن كان باقياً لم يتلف، و إلاّ صارت المعاطاة لازمةً من جهة تلف إحدى العينين.

و لا يخفى أنّ جواز التراد مستند إلى سلطنة المالك على ماله، لا إلى الاجماع على جواز تراد العينين في المعاطاة حتى يُشكل فيه بأنّ الاجماع على الجواز دليل أُبّي يقتصر على المتيقن منه، و هو عدم وقوع عقدٍ على أحد العوضين، و فيما عداه يرجع إلى أصالة اللزوم. هذا توضيح المتن، و به يظهر قصور العبارة عن أدائه.

(١) قد عرفت أنّ الكاشف هنا بمعنى السبب، لا بمعنى الطريق إلى تحقق الملك. والقرينة عليه قوله: «فإذا فرضنا إرتفاعه» لوضوح أنّ الفسخ رافع للعقد، و لا يرفع إرادة التصرف لو كانت هي الموجبة لدخول المال في ملك المباح له.

و هذا بخلاف ما أفاده قبل أسطر بقوله: «لأنّ التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف» فإنّه مبني على مختار المصنف - على ما حكى - من مملّكية إرادة التصرف، و كون التصرف كاشفاً عن تحقق سبب التملك، وعدم كون العقد اللازم مقتضياً للتملك.

(٢) أي: المبيع، و هو زيد في المثال المتقدم.

(٣) و هو المباح له، أعني به عمرواً.

(٤) يعني: ما لم يستردَّ هذا الغير - و هو المباح له - عوضه، أي الدينار الذي هو عوض الكتاب، فإذا إستردَّ عمروُ الدينار من زيدٍ لم يكن الكتابُ مباحاً له، بل وجبَ عليه إيصاله إلى زيد. و لا أمانة في المقام، إذ الإباحة تعبدية لا مالكية.

كان^(١) مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول، أو عائداً^(٢) إليه بفسخ (*).

(١) جواب «لو قلنا» وهذا حكم الوجه الأول، وهو بقاء جواز الرجوع للمبيح.

(٢) كما إذا اشترى زيدً بالدينار شيئاً، ثم عاد الدينار إليه بفسخ العقد، فإنه يجب ردُّ الدينار إلى مالكة وهو عمرو حتى يتسلط على إسترداد كتابه منه.

(*) ويمكن الفرق بين هذا الوجه و سابقه بأن الوجه الأول - وهو كشف التصرف الناقل عن الملك - نشأ من الجمع بين الأدلة المقتضي للملك أناماً قبل النقل للمتصرف، من دون أن يكون نفس التصرف علة أو شرطاً متأخراً لتأثير المعاوضة في الملك. ومن المعلوم أن مقتضى الفسخ رجوع المال الى المالك الثاني، لأن التصرف الناقل وقع في ملكه، فالفسخ يوجب العود إليه، فلا دليل على جواز التراد للمالك الأول. وأما الوجه الثاني - وهو سببية العقد الناقل - فهو مبني على حدوث الملك للناقل بنفس العقد، بأن يكون شرطاً متأخراً لتأثير المعاوضة في الملكية.

ففي الوجه الأول يكون التصرف الناقل كاشفاً محضاً عن مالكية المتصرف، وفي الوجه الثاني يكون التصرف الناقل موجباً لحدوث الملكية للمتصرف ولغيره، فيترتب عليه أمران: أحدهما مالكية المباح له، والآخر مالكية غيره وهو المشتري. نظير ما قيل في التصرف الناقل لذي الخيار، فإن بيعه لما إنتقل عنه سبب لتملكه وتعليكه معاً، فبالشروع في الصيغة يحصل الفسخ الموجب لتملكه وبتمامها يحصل تعليكه للمشتري. وعلى هذا يكون الفسخ موجباً لعود العين إلى المالك المبيح.

وكذا الحال على الوجه الثالث الآتي بقوله: «وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك... الخ» ضرورة أن المال حينئذٍ باقٍ على ملك المبيح، ولا ينتقل إلى المباح له، بل ينتقل بالتصرف الناقل إلى المشتري، فبالفسخ يعود إلى ملك المبيح لا إلى ملك المباح له.

وكذا^(١) لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك^(٢)، بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإلتاف، و يملك^(٣) الثمن بالبيع كما تقدم^(٤) إستظهاره عن جماعة في الأمر الرابع .
لكن الوجهين^(٥) ضعيفان^(٦) .

(١) هذا هو الوجه الثاني لتصحيح جواز التراد و بقاء الإباحة المحاصلة بالمعاطاة. و محصله: أنه لو قيل بعدم توقف البيع على الملك - بل يكفي في صحته إذن المالك في التصرف الناقل - صحَّ للمباح له بيع الكتاب مع بقاءه على ملك المبيع، و يتملك المباح له الثمن، فإذا إنسخ هذا البيع عادَ الكتابُ إلى ملك زيد المبيع، فيجوز له إسترداده من عمرو، بمقتضى إطلاق سلطنة الناس على أموالهم.
و لا يخفى إبتناء هذا الوجه على أنه لا يعتبر - في صدق المعاوضة - دخول كلِّ من العوضين في ملك من خرج عنه، فيمكن خروج الكتاب عن ملك زيد و دخول عوضه - و هو الثمن الذي يأخذه المباح له من بكرٍ - في كيس المباح له دون المالك.

(٢) حتى يحلُّ كل واحد من العوضين محلَّ الآخر في إضافة الملكية.

(٣) أي: و يتملك المباح له الثمن، و لا يتملكه المالك المبيع.

(٤) حيث قال هناك: «و لكن الذي يظهر من جماعة، منهم قطب الدين والشهيد رحمهما في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و أنه يملك المثلثن بدفعه إليه».

(٥) و هما الوجهان المذكوران بقوله رحمهما: «نعم لو قلنا بأن الكاشف عن الملك

هو العقد الناقل ... الخ» و قوله: «و كذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف ... الخ».

(٦) أما تقريب ضعف الوجه الأول فلأنه مبني على الشرط المتأخر المستحيل.

و أما ضعف الوجه الثاني فلأنه خلاف مفهوم المعاوضة التي حقيقتها دخول

بل الأقوى^(١) رجوعه بالفسخ إلى البائع^(٢).
ولو كان الناقل عقداً جائزاً^(٣) (***)

كل واحد من العوضين في كيس من خرج عنه العوض الآخر (**).

(١) لأن مقتضى الجمع بين الأدلة هو الإلتزام بالملك آنأماً للمباح له، ثم الإلتقال عنه إلى المشتري الذي هو الثالث، كما تقدم عن المصنف في الجواب عن الاستبعاات التي ذكرها كاشف الغطاء رحمته.

ثم إن هذا أول الوجوه الثلاثة المذكورة في المتن. و لازمه عدم جريان قاعدة السلطنة بعد الفسخ، إذ المفروض رجوع المال بالفسخ إلى المباح له الذي هو البائع لا إلى المبيع، فتصير المعاطاة لازمةً بوقوع عقدٍ لازمٍ على إحدى العينين و إن عادت إلى المباح له بفسخ.

هذا تمام الكلام في الصورة الثانية من صور نقل المأخوذ بالمعاطاة، و سيأتي الكلام في النقل بالعقد الجائز.

(٢) و هو المباح له، لأنه المالك قبل العقد، فبالفسخ يرجع الملك إليه.

(٣) أي: عقداً معاوضياً جائزاً، ولو كان الجواز من جهة الخيار الموجود حين

(*) يمكن منع ذلك بأن يقال: إن كون حقيقة المعاوضة ذلك غير ظاهر

و إن نُسب إلى العلامة رحمته. نعم ذلك مقتضى إطلاق المعاوضة لا حقيقتها.

(**) قد يتوهم التنافي بين ما ذكره في فروع النقل بالعقد اللازم من قوله: «ولو

عادت العين بفسخ» و بين ما عنونه هنا من العقد الجائز. وجه المنافاة: أن الفسخ هناك يدل على جواز العقد، مع أنه جعله لازماً في قبال ما جعله هنا من العقد الجائز.

لكن المنافاة مندفة بما تقدم هناك من أن فسح العقد اللازم بحدوث سببه بعد

العقد لا يمنع من إنعقاده لازماً، بخلاف المقام، فإن العقد جائز أماً بالجواز الحقي لكونه خيارياً، و إماً بالحكمي لكونه هبةً، فلا منافاة أصلاً.

لم يكن^(١) لملك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه^(٢) (*)

العقد كخياري المجلس و الحيوان في باب البيع، فإنه ينعقد جائزاً إلى إنقضاء المجلس وثلاثة أيام.

ثم إنَّ للنقل الجائر صورتين: إحداهما العقد المعاوضي والأخرى غير المعاوضي كالهبة، وسيأتي بيانها.

(١) هذا حكم الصورة الأولى - وهي نقل إحدى العينين بعقد جائز معاوضي كالبيع الخياري - بناءً على الملك، وحاصله: لزوم المعاطاة، وعدم جواز التراد، وذلك لإنتفاء وصف المأخوذ بالمعاطاة من الملكية المتحققة بها، إذ الملكية المنشأة قد إرتفعت بالنقل إلى الأجنبي، فليس لملك العين الموجودة إلزام الناقل بالرجوع فيه، ولا رجوعه بنفسه إلى عينه. وعليه فالتراد غير متحقق هنا، لصدق «إنتقال الملك» فهو كالتلف.

قال في المسالك: «لو نقل أحدهما العين عن ملكه فإن كان لازماً كالبيع والهبة بعد القبض والوقف والعتق فكالتلف. وإن كان جائزاً كالبيع في زمن الخيار فالظاهر أنه كذلك، لصدق إنتقال الملك عنه، فيكون كالتلف. وعودها بالفسخ إحداث ملك آخر بناءً على أن المبيع يملك بالعقد وإن كان هناك خيار. وأما الهبة قبل القبض فالظاهر أنها غير مؤثرة، لأنها جزء السبب المملك، مع إحتماله، لصدق التصرف. وقد أطلق جماعة كونها تملك بالتصرف» أ.

(٢) أي: في العين التي باعها المتعاطي من شخص ثالث.

(*) فلو أئزمه بالرجوع لا يجدي أيضاً، لأنه بالخروج عن الملك إنتفى موضوع الجواز الذي هو إباحة العينين بالمعاطاة، فإنَّ الخروج عن الملك بعد دخوله فيه آناً مفوت له، والعود إلى الملك بعد الرجوع ملك جديد غير الملك المتحقق بالمعاطاة.

و لا رجوعه^(١) بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق، و تحصيله غير واجب^(٢).
 و كذا^(٣) على القول بالإباحة، لكون المعاوضة^(٤) كاشفةً عن سبق الملك.
 نعم^(٥) لو كان غير معاوضة كاهبة و قلنا بأن التصرف

(١) يعني: و لا يجوز للملك العين الباقية الرجوع بنفسه إلى المشتري حتى يسترد عينه منه. و وجه عدم الجواز ما عرفت من إنتفاء وصف المأخوذ بالمعاطاة و هو كونه ملكاً للمتعاطي.

(٢) لأنه من تحصيل الموضوع الذي لا يجب قطعاً، لأن الحكم مترتب على موضوعه المفروض الوجود اتفاقاً، لا واجب التحصيل، إذ لا يصلح الدليل لإيجاب تحصيل الموضوع.

(٣) يعني: و كذا الحال في عدم تحقق التراد بناءً على القول بالإباحة، و ذلك لكشف المعاوضة عن سبق الملك للناقل المباح له - آنأماً - قبل النقل، لما تقدم من أنه مقتضى الجمع بين الأدلة.

(٤) أي: العقد المعاوضي الجائز.

(٥) إستدراك على قوله: «و كذا على القول بالإباحة» لا على كلا القولين من الإباحة و الملك. و هذا إشارة إلى صورة ثانية من النقل بالعقد الجائز، و هو العقد غير المعاوضي.

و محصل وجه الاستدراك هو: أن ما ذكرناه على القول بالإباحة - من لزوم المعاطاة بنقل إحدى العينين بالعقد الجائز - إنما هو فيما إذا كان الناقل الجائز من المعاوضات كالبيع الخياري. و أمّا إذا كان من غيرها كاهبة الجائزة أمكن ثبوت جواز

و ليس هذا موضوعاً لجواز التراد.

و من هنا يظهر عدم الوجه في جريان الاستصحاب، للقطع بارتفاع الموضوع - و هو إباحة العينين بالمعاطاة - فإن الخروج عن الملك رافع للإباحة المزبورة، كما لا يخفى.

في مثله^(١) لا يكشف عن سبق الملك، إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كونُ العوض مالاً لواحدٍ، و إنتقال المَوْضِ إلى الآخر^(٢)، بل الهبة ناقلةٌ للملك عن ملك

الزّد للمالك المبيح، بناءً على أن مطلق تصرّف المباح له في مال المبيح لا يوجب ملكية المتصرّف - وإن أطلقه جماعة - بل الموجب لها هو التصرف المتوقف جوازه شرعاً أو عقلاً على مالكية المتصرف كالبيع والعق و نحوهما.

و أمّا الهبة فليست كذلك، فلو وهبَ المباحُ له مالَ المبيح لم يقتضِ دخوله في ملك الواهب آنأماً قبل هبته حتى تقع في ملكه لا في ملك المبيح، و ذلك لصحة الهبة من المباح له كصحتها من المالك، إذ لم يرد دليل شرعي على إعتبار مالكية الواهب مثل «لا هبة إلا في ملك» كما ورَدَ في البيع والعق و الوطي.

و كذا لم يدلّ دليل عقليّ على المنع من هبة غير المالك كما دلّ في البيع تحقيقاً لمفهوم المعاوضة، إذ لا عوض هنا حتى يقال بعدم معقولية خروج العوض عن ملك شخصٍ و إنتقال المَوْضِ إلى آخر، بل الهبة تنقل المالَ عن ملك المالك إلى المتّهب.

و بناءً على هذا يشبّه جواز الرجوع للمالك المبيح، لا للواهب المباح له، فيجوز التّردّ في صورتين:

إحداهما: بقاء العين الأخرى، ولو تلفت لزمّت المعاطاة من جهة مُلزِمة تلف إحدى العينين.

ثانيتهما: عودُ العين الأخرى إلى مالِكها بالهبة أيضاً، إذ لو كان عودُها بنحوٍ آخر كالفسخ كان بمنزلة التلف.

فالمتحصّل: أن المالك هو المبيح دون المباح له، فالواهب حقيقةً هو المبيح، فيجوز له الرجوع إن كانت العين الأخرى باقيةً.

(١) أي: في مثل الهبة، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «بناءً على أن مطلق تصرف المباح له... الخ».

(٢) يعني: أن الالتزام بسبق الملك آنأماً - قبل التصرف المتوقف على الملك - إنما هو لإقتضاء ماهية المعاوضة. و لمّا لم تكن الهبة معاوضةً لم يكن موجباً للإلتزام بسبق

المالك^(١) إلى المتَّهب، فيتحقق حكمُ جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك، لا الواهب(*)، إتَّجَهَ^(٢) الحكمُ بجواز التَّراد مع بقاء العين الأخرى، أو^(٣) عودُها إلى مالِكما بهذا النحو من العود^(٤)، إذ لو عادت

مالِكية المباح له الذي وهَبَ مال المبيح لشخص ثالث.

(١) فالواهب - ظاهراً - هو المباح له، و حقيقةً هو المبيح، كما إذا تعاطى زيد وعمرو كتاباً بدينار، و وهَبَ عمرو الكتابَ لبكرٍ، فبناءً على الإباحة يكون الواهب زيداً المبيح للكتاب، لا عمرو المباح له. و بما أن الهبة جائزة حسب الفرض جاز لزيد إسترداد الكتاب من بكرٍ إذا كان الدينار باقياً بحاله ليردّه إلى عمرو.
(٢) جواب الشرط في قوله: «لو كان غير معاوضة...».

(٣) يعني: إذا تصرفَ زيدٌ في الدينار فتارةً يكون بشراء شيءٍ به، ثم يفسخ أو يتقابل مع البائع، و أخرى بأن يهب الدينار لخالد، ثم يرجع عن هبته و يعود الدينار إلى زيد.

ففي الصورة الأولى تصير المعاطة لازمةً من جهة تخلُّل العقد اللازم، و هو بحكم التلف.

و في الصورة الثانية يبقى جواز المعاطة بحاله، فيجوز لزيد إسترداد كتابه من بكر، و ردُّ الدينار إلى عمرو.

(٤) أي: بنحو الرجوع في الهبة.

(*) لا يخفى أنه - بعد عدم توقف الهبة على مالِكية الواهب للعين الموهوبة لا عقلاً و لا شرعاً - كتمليك الحرّ عمل نفسه و تملك الكلي في المعاملات الذمّية - يمكن أن يقال: إن أدلّة جواز الرجوع ناظرة إلى الواهب، و من المعلوم أنه في المقام هو المباح له، دون المالك، إذ المفروض عدم قصد الوكالة عن المالك، فالواهب حقيقةً هو المباح له، لأنّه العاقد، فجواز الرجوع ثابتٌ له دون المالك، فتدبر.

بوجه آخر^(١) كان حكمه حكم التلف.

ولو باع العين ثالثاً فضولاً^(٢) فأجاز المالك الأول^(٣) - على القول بالملك -

(١) يعني غير الهبة. هذا تمام الكلام في الصورة الثانية من صوري النقل بالعقد الجائز. وقد تمت إلى هنا صور أربع من المُلزَم الثالث، وهو نقل إحدى العينين أو كليهما.

(٢) هذا شروع في صورة خامسة من صور التصرف الإعتباري بنقل إحدى العينين أو كليهما. والفرق بينها وبين الصور الأربع المتقدمة هو: أن الناقل فيها كان أحد المتعاطين أو كليهما بالأصالة، مباشرة أو تسيباً بالتوكيل. بخلاف هذه الصورة، إذ الناقل فيها أجنبي عن المتعاطين. ويتجه البحث حينئذٍ في أن تصرف الفضول - بإنشاء المعاملة على إحدى العينين - هل يكون مُلزماً كتصرف نفس المتعاطين، أم هو بحكم عدم و يبقى جواز التراد على حاله؟

فَصَلَ المصنف رحمته بين فروع، فتارة يُجَاز عَقْدُ الفضول، والمجيز إِمَّا من إنتقل عنه المال أو من إنتقل إليه، وأخرى يُرَدِّ. وثالثة يرجع أحدهما عن المعاطاة ثم يجيز الآخر عَقْدَ الفضول. وفي هذا الفرض إِمَّا يُبْنَى على كاشفِيَةِ الإجازة عن تحقق النقل من حين إنشاء الفضول، وإِمَّا على ناقليَّتِها. هذه فروع المسألة إجمالاً، وسيأتي التفصيل إن شاء الله تعالى.

(٣) أي: من إنتقلت عنه العين بالمعاطاة، كما إذا تعاطى زيدٌ وعمروٌ كتاباً بدينار، فباع بكرٌ - فضولاً - الكتاب لأجنبي، فأجازه زيد.

وحكم هذا الفرع: أن رجوع زيدٍ عن المعاطاة لما كان جائزاً - سواء على الملك والإباحة - لم يبعد أن تكون إجازته رجوعاً عن معاطاته مع عمرو، يعني: أنه أرجع الكتاب - بهذه الإجازة - إلى ملك نفسه، و باعه إلى من اشتراه من الفضول. فالرجوع بهذه الإجازة يكون نظير ما إذا تصدَّى زيدٌ بنفسه لبيع الكتاب أو صلحه أو هبته، فإن هذه التصرفات الناقلة تكشف عن رجوعه عن المعاملة المعاطاتية، نظير

لم يُبعد^(١) (*) كونُ إجازته رجوعاً، كبيعته و سائر تصرفاته الناقلة.
ولو أجاز المالك الثاني^(٢)

تصرف ذي الخيار فيما إنتقل عنه بعقد خياري - بالتصرف المنافي لذلك العقد، فإنه يكشف عن الفسخ و عود المال إليه حتى يقع التصرف الناقل في ملكه.
(١) لأن الإجازة هنا نظير تصرف ذي الخيار موجبة لعود العين إلى ملك المميز والمتصرف.

(٢) أي: من إنتقلت إليه العين بالمعاطاة، و هو عمرو في المثال المتقدم، و هذا فرع ثانٍ من فروع عقد الفضول، يعني: لو أجاز عمرو عقد الفضول صح بلا إشكال بناءً على ترتب الملك المتزلزل على المعاطاة. وجه الصحة: أن عمرو مالك بالفعل للكتاب، و مقتضى سلطنة المالك على ماله نفوذ جميع تصرفاته، التي منها إجازة عقد الفضول على ماله، فتكون نافذة، و بها تصير المعاطاة المتزلزلة لازمة، كما يصح عقد الفضول، لأن من بيده أمر العقد قد نقّده، هذا.

(*) وجه بُعده عدم الدليل على كون هذه التصرفات رجوعاً و فسخاً. قال الفقيه المامقاني رحمته في حاشيته: «قال بعض من تأخر: قد ثبت في الخيار أن التصرفات الناقلة من ذي الخيار رجوع، فلو باع ما كان له الخيار في إسترداده من المشتري كان ذلك رجوعاً بالخيار إجماعاً. و لكن لم يثبت مثله هنا، فلا يصح أن يكون مجرد إجازته رجوعاً و فسخاً هنا، فلا بد من سبق مايدل على الفسخ حتى يصح للأول نقله إلى الثالث، إذ لا يصح النقل إلا من المالك، و الفرض خروج الملك عنه، فلا يكون صيرورته مالكاً سابقةً على نقله إلى المشتري الثاني، فلا وجه حيثئذٍ لجواز الإجازة منه حتى تكون رجوعاً.»

إلا أن يلتزم بأحد الأمرين من كون مجرد الرضا الباطني إجازة، و كون الكراهة الباطنية في مقابله رداً، و من كون الفسخ والرجوع يحصل بأول حرفٍ من قوله: أجزت البيع

نَقْدَ بغير إشكال^(١).

(١) لوجود المقتضي لنفوذ إجازته، و فقد المانع عنه. أما وجود المقتضي فلأن المالك الثاني - أي من إنتقل إليه المال بالمعاطاة - مالك للمال حين وقوع عقد الفضول عليه، فينفذ إجازته و ردّه.

و أما فقد المانع فواضح، لعدم وجود شيء من أسباب سلب سلطنة المالك عن التصرف في ماله.

و هذا بخلاف إجازة المالك الأول - أي من إنتقل عنه المال - لما عرفت من عدم

الثاني، فيصير المال ملكه، و التملك للمشتري الثاني يحصل بآخر حرف من قوله المذكور. و هو **اللَّهُ** و إن إلتزم بالأول فيما سيأتي من كلامه، إلا أن إلتزامه بذلك مخصوص بالقول بالإباحة، فلا يجري على القول بالملك كما هو مفروض المقام، فإنه قال هناك: بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحة نظير الرجوع في إباحة الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجزله التصرف^أ.

لكن على المبني المختار من كون المعاطاة بيعاً لازماً كالبيع اللفظي ليس لغير من إنتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي، فاذا أجاز نفذ، و إن ردّ فالمال باقٍ على ملكه.

و أما على القول بالملك الجائز فيمكن أن يقال: إن التصرفات المنافية رجوعاً عرفاً و فسخ عندهم، من غير فرق في ذلك بين الرجوع في المعاطاة و بين الخيار.

و توهم إختصاص كون التصرفات المزبورة رجوعاً بالخيار و عدم كونها رجوعاً في المعاطاة، فاسد، لعدم الوجه في الإختصاص المزبور، بعد كون الرجوع من المفاهيم العرفية، و عدّ العرف لتلك التصرفات من مصاديق الرجوع، فكونها رجوعاً فعلياً على طبق القاعدة، لا للتعبد حتى يدعى الإختصاص المزبور بالاجماع، فلاحظ و تأمل.

و ينعكس الحكم^١ إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحة.

كونه مالكاً أصلاً، لا حين وقوع عقد الفضول عليه و لا حين إجازته، فهو أجنبي عن المال، و من المعلوم أنّ المصحح لعقد الفضول هو إجازة المالك لا إجازة الأجنبي. و يتوقف نفوذ إجازته على إحراز كون إجازته رجوعاً عن المعاطاة، نظير تصرف ذي الخيار بالبيع و الهبة و الوقف و غيرها مما يتوقف على الملك.

و لكن إلحاق الإجازة بتصرف ذي الخيار ليس بذلك الوضوح، لقصور مقام الإثبات، لأنّ الجمع بين الأدلة المتقضي تملك ذي الخيار لماله آنأماً - حتى يقع تصرفه في ملكه - لا دليل على جريانه في المقام.

و لأجل هذا اختلف تعبير المصنف رحمته في كون إجازة المالك الأوّل رجوعاً عن المعاطاة، و كون إجازة المالك الثاني إمضاءً للمعاطاة، فقال في الأوّل: «لا يبعد» و في الثاني: «نقدّ بغير إشكال».

(١) أي: و ينعكس حكم الإجازة في هذا الفرض وضوحاً و إشكالاً على القول بإفادة المعاطاة للإباحة، و هذا حكم نفس الفرضين المتقدمين - أي إجازة المالك الأوّل و الثاني - بناءً على إفادة المعاطاة للإباحة.

و غرضه: أنّ أصل الحكم - و هو نفوذ إجازة المالك الأوّل - لا ينعكس، بل ينعكس من حيث الوضوح و الإشكال. و ذلك لأنّ كون إجازة المالك الأوّل رجوعاً على القول بالإباحة من الواضحات، ضرورة أنّ العين على هذا القول باقية على ملكه، فمقتضى قاعدة السلطنة نفوذ إجازته.

و أمّا كون إجازة المباح له نافذةً فمشكلةً من حيث ثبوت إباحتها التصرفات له فتنفذ إجازته، و من حيث كون العين للغير فلا تنفذ.

و الرّاجح من الوجهين هو الأوّل أي نفوذ إجازة المباح له، لأنّ الإجازة تصرف في مال المبيع، و المفروض حليّة جميع التصرفات للمباح له.

و لكلٌ منها ردهُ^(١) قبل^(٢) إجازة الآخر.

ولو رجع^(٣) الأوّل، فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة - كاشفةً لغا^(٤)

(١) أي: ردُّ بيع الفضول، وهذا إشارة إلى فرع ثالث من فروع بيع المأخوذ بالمعاطاة فضولاً. وحكمه: أنه يجوز لكلٌ منها ردهُ، لأن من له الإجازة له الرد أيضاً. فكما تكون إجازته رجوعاً فكذا ردهُ. نعم سلطنة كلٍّ منها على الرد مقيدة بعدم سبق إجازة الآخر.

و لا فرق بين كون الرد من قبيل المعطي أو الآخذ، كما لا فرق بين الملك والإباحة. فإن ردَّ المعطي فبناءً على الملك المتزلزل يكون ردهُ لعقد الفضول رجوعاً عن المعاطاة و إعادةً للمال في ملكه. و بناءً على الإباحة فالأمر أوضح، لبقاء العين على ملكه، و لم يطرأ ما يلزم المعاطاة بعدُ.

و إن ردَّ الآخذ فكذلك، إذ بناءً على الملك يكون ردهُ تصرفاً في ملكه و تصير المعاطاة لازمةً. و بناءً على الإباحة فإن العين و إن لم تكن ملكه، إلا أن الرد تصرف، و هو يكشف عن سبق الملك.

(٢) إذ لا مورد للرد بعد إجازة الآخر، لسقوط حق الرجوع في المعاطاة حينئذٍ، فلا ينفذ ردهُ.

(٣) يعني: ولو رجع الأوّل عن المعاطاة ثم أجاز الثاني عقدَ الفضول. و هذا إشارة إلى آخر فروع عقد الفضول، و توضيحه: أنه يُفرض أزمنة أربعة في المقام، ففي الساعة الأولى تحققت المعاطاة بين زيدٍ و عمرو، و في الساعة الثانية وقّع عقدَ الفضول، و في الثالثة رجع زيدٌ عن المعاطاة، و في الرابعة أجاز عمرو عقدَ الفضول.

و قد فصل المصنف في حكم هذا الفرع بين الكشف و النقل، فبناءً على الكشف إحتتمل وجهين: أحدهما لغوية الرجوع و نفوذ الإجازة، و ثانيها لغوية الإجازة و نفوذ الرجوع. و بناءً على النقل جزمَ بلغوية الإجازة، و سيأتي بيان كلٍّ منها.

(٤) توضيحه: أنه إذا رجع الملك الأوّل عن المعاطاة و ردّها، فأجاز المالك

الرجوع .

و يحتمل^(١) عدمه، لأنه رجوع قبل(*) تصرف الآخر، فينفذ، و يلغو الإجازة. و إن جعلناها^(٢) ناقلةً لَعَت الإجازة قطعاً^(٣).

الثاني العقد الفضولي، فعلى القول بكون الإجازة كاشفةً لغا رجوع المالك الأول، لكشف الإجازة عن صحة العقد حين وقوعه، فلا يبقى موردُ اللزْد، حيث إنّه رجوعٌ بعد التصرف الملزِم.

(١) يعني: ويحتمل عدمُ كون الرجوع لغواً، لأنَّ الرُّجوعَ تحقّق قبل التصرف بالإجازة، فينفذ. و كاشفيّة الإجازة منوطة بصحّتها المفقودة بعد رجوع الأول. و بعبارة أخرى: يعتبر في المميز أن يكون مالكاً لأمر العقد، فإذا عادت العين إلى المالك الأول برجوعه كانت إجازة الثاني من إجازة الأجنبي، فتلغو، إذ لا عبرة بإجازته في باب عقد الفضول.

(٢) معطوف على «جعلنا» و حاصله: أنه بناءً على كون الإجازة ناقلةً لَعَت الإجازة قطعاً، ضرورة أن عقد الفضولي لا يؤثّر حقيقةً إلا بعد تماميته، و المفروض أنه لا يتمّ إلا بالإجازة، و أن رجوع المالك الأول وَقَعَ قبل تأثير العقد، فيمنع عن تأثير الإجازة اللاحقة، فلا أثر للإجازة فيه و تقع لغواً، لإرتفاع قابلية العقد للتأثير بسبب الرّد.

(٣) إذ لا يبقى لها موردٌ بعد إرتفاع عقد الفضولي بالرجوع عن المعاطاة. هذا تمام الكلام في فروع الملزِم الثالث أعني به التصرف الإعتباري في إحدى العينين أو كليهما.

(*) هذا خلاف فرض الكشف الحقيقي، لأن مقتضى تمامية العقد المؤثّر من حين وقوعه هو ترتب الأثر عليه في أول أزمته و وقوعه، و كون الرجوع لغواً، لتحقّقه بعد تأثير العقد. نعم بناءً على الكشف غير الحقيقي كان إحتمال عدم لغوية الرجوع قوياً.

ولو إمتزجت العينان أو إحداهما سَقَطَ^(١) الرجوع على القول بالملك.

الملزم الرابع: مزج إحدئ العينين

(١) هذا شروع في الملزم الرابع و هو إمتزاج إحدئ العينين أو كليتهما. والمقصود بالإمتزاج هنا ما لا يوجب تبدل الصورة النوعية ولم يحصل الإستهلاك، و إلا كان بحكم التلف.

ثم إن المصنف فصلَ بين الملك والإباحة، فرجَحَ اللزوم بالإمتزاج بناءً على إفادة المعاطاة للملك، وإختار بقاءَ جواز التراد بناءً على الإباحة.

و توضيح المقام: أن الامتزاج تارة يكون بمال ثالث، وأخرى يكون بمال أحد المتعاطين. وعلى التقديرين إما أن نقول بالملك في المعاطاة أو بالإباحة، فالصور ست. الأولى: أن يكون الإمتزاجُ بمال ثالث، و قلنا بإفادة المعاطاة للملك، و حكمها اللزوم لإمتناع تراد العينين على الوجه المعتبر وهو الخلوص عن مال الغير.

قال في المسالك: «لو إشتبهت بغيرها أو إمتزجت بحيث لا تميز، فإن كان بالأجود فكالتلف، وإن كان بالمساوي أو الأردأ إحتمل كونه كذلك، لإمتناع التراد على الوجه الأوّل. واختاره جماعةٌ. و يحتمل العدم في الجميع، لأصالة البقاء»^أ.

و عن تعليق الارشاد و الميسية: «أن ذلك في معنى التلف»^ب. هذا.
الثانية: أن يكون الإمتزاجُ بمال البائع، فيمتنع التراد أيضاً، لعدم إمكان الرجوع بعين ماله، بل يصير المال بسبب الإمتزاج مشتركاً بين البائع و المشتري.
و إن شئت فقل: إن الإمتزاجَ بمنزلة التلف في كونه مانعاً عن التراد.

أ : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٠

ب : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٧

لامتناع التّراد. و يَحتَمَلُ^(١) الشَّرْكَةَ، وَ هُوَ ضَعِيفٌ^(٢). أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِبَاحَةِ^(٣)

و منه يظهر عدم الوجه في الرجوع إلى الكسر المشاع.
الثالثة: أن يكون الإمتزاج بمال المشتري، و حكمها أيضاً لزوم المعاطاة، لامتناع التّراد، إذ المفروض إمتزاج ماله المأخوذ بالمعاطاة بماله الآخر، فالمال كلُّه له، و لا يمكنه ردُّ المأخوذ بالمعاطاة على وجهٍ بحيث يردُّ عين المال إلى البائع. و ردُّه بالكسر المشاع مما لا وجه له.

و الحاصل: أن الحكم في هذه الصور الثلاث هو لزوم المعاطاة، و عدم جواز الرجوع على القول بالملك، لامتناع التّراد.

(١) معطوف على قوله: «سقط الرجوع» و غرضه بيان إحتمال جواز الرجوع، و أن الإمتزاج ليس بملزوم للمعاطاة، بل يوجب الشركة، بأن يقال: أنه بالرجوع يُقدَّر ملك الشخص للأجزاء الواقعية من ماله الممتزج بمال غيره، و يحكم بالشركة لأجل الإمتزاج، و به يجمع بين دليلي الشركة و جواز المعاطاة.

(٢) وجه ضعفه: أن موضوع جواز الرجوع في المعاطاة هو إمكان تراءد العينين، و بالإمتزاج يمتنع تراءدُهما، فلا يصح الرجوع حتى يُقدَّر الملك بعده، ثم يحكم بالشركة. فالحكم بالشركة متفرع على الملك، و هو مترتب على الرجوع، و هو مترتب على إمكان التّراد، فبإمتناع التراد يسقط ما يتفرع عليه.

(٣) الصور الثلاث المتقدمة كانت مبنية على القول بإفاداة المعاطاة للملك.

و أما الصور الثلاث المترتبة على الإباحة فأولاهما: إمتزاج العين بمال ثالث. و حكمها بطلان المعاطاة بمعنى زوال الإباحة، لأنَّ موضوع الإباحة لم يبق على ملك المبيع بالاستقلال، لأنَّه صار مشتركاً بسبب الإمتزاج بينه و بين الثالث، و لم يكن المال المشترك موضوعاً للإباحة الحاصلة بالمعاطاة. هذا.

و ثانيها: إمتزاج العين بمال المشتري. و حكمها بطلان المعاطاة أيضاً، لأنَّ

فالأصل بقاء التسلُّط^١ على ماله الممزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممزج به.

نعم^٢ لو كان المزج مُلحِقاً له بالإتلاف جرى عليه حكمُ التلّف.

الإمتزاج أوجب الشركة القهرية بين المتعاطين، ولم يكن هذا الملك الجديد الإشاعي مورداً لإباحة المالك.

و ثالثتها: إمتزاج العين بمال البائع، و حكمها جواز الرجوع كما كان قبل الإمتزاج، فإنّ إمتزاج ماله بماله الآخر لا يمنع عن بقاء المعاطاة - المفيدة للإباحة - على جوازها.

فالمتحصل: أنّ في الصور الثلاث المبنية على القول بالملك تلزم المعاطاة بالإمتزاج المانع عن جواز التراد، و في الصور الثلاث المبنية على القول بالإباحة تبطل المعاطاة في صورتين الأوليين منها، و تبقى على الجواز في الصورة الثالثة منها.

(١) لبقاء المال على ملك مالكة، و عدم ترتب أثرٍ على المزج إلّا الشركة. و كونه مباحاً للغير لا يمنع من حصول الشركة بالمزج. و سلطنة الناس على أموالهم عامّة للملك الاستقلالي و الإشاعي، فيجوز الرجوع على الإباحة.

لكن يمكن أن يقال: إنّ جواز التراد ليس بدليل السلطنة، بل بالاجماع، و المتيقن منه هو جواز ردّ ماله إذا كان متميّزاً عن مال غيره، بأن يكون موضوع جواز الرجوع خصوص المال المتميّز عن غيره كما كان ذلك قبل المعاطاة، فلا بدّ حينئذٍ من القول بالإباحة اللازمة، إذ لا موجب للملك، فتدبّر.

(٢) إستدراك على قوله: «فالأصل بقاء التسلُّط ... الخ» و حاصله: أنّ عدم جواز الرجوع في صورة الإمتزاج - بناءً على القول بالإباحة - مختصّ بما إذا كان المزج مُلحِقاً للمأخوذ بالمعاطاة بالإتلاف، كالمزج بغير الجنس، نظير خلط مقدارٍ من ماء الورد بالزيت على ما مثّل به المصنف رحمته في خيار الغبن، فإنّ الرجوع حينئذٍ يسقط، لكون هذا المزج بمنزلة الإتلاف.

ولو تصرف^(١) في العين تصرفاً مُغيّراً للصورة كطحن الحنطة و فصل الثوب، فلا لزوم^(٢) (*) على القول بالإباحة. و على القول بالملك فني اللزوم

التصرف غير المغيّر للصورة مُلزمٌ للمعاطاة أم لا

(١) هذا إشارة إلى أمرٍ آخر قد يعدُّ من مُلزمات المعاطاة، و هو التصرف الخارجي في إحدى العينين - أو كليهما - بما يُغيّر صورتها، بحيث لا تبقى العين على ما كانت عليه من الصفات. و مثّل له المصنف بصيرورة الحنطة دقيقاً بالطحن، و القماش ثوباً بالفصل و خياطته. و حَكَمَ بعدم كون هذا النحو من التصرف مُلزمًا، بلا تفاوتٍ بين القول بالملك و الإباحة، و لكنّه إحتمل اللزوم بناءً على الملك، للشك في بقاء موضوع الاستصحاب، و سيأتي توضيحه.

(٢) لعدم ما يوجب لزوم المعاطاة من التلف و التصرف الناقل، فكلُّ من المالكين باقٍ على ملك مالكة، فله السلطنة على إسترداده، لعدم تبدل طبيعة الحنطة بالطحن، و لا القماش بالفصل و الخياطة.

(*) بل يمكن القول باللزوم، لما مرَّ من أنّ المتيقن من الاجماع على جواز الرجوع هو صورة عدم تغير وصفٍ من أوصاف العينين ليتمكن ترادُّهما على وجههما، ولأنّ تلف الجزء الصوري - و هو الوصف الموجب لتفاوت رغبات الناس مع عدم رجوع المتعاطيين بالمثل و القيمة - يوجب تعيّن الباقي على حاله بدلاً عمّا تلف منه جزؤه الصوري، فمقتضى القاعدة اللزوم. كما أنّ مقتضاها اللزوم على القول بالملك، إقتصاراً على المتيقن من التخصيص، و هو بقاء العين على أوصافها.

و يمكن إستفادة حصول التغيير بمثل فصل الثوب من مرسله جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن. و إن كان الثوب قد قُطِع أو خيَط

وجهان مبنيان على جواز جريان استصحاب جواز التراد^(١).
و منشأ الإشكال أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي^(٢).

(١) فبناءً على جريان الاستصحاب يجوز الرجوع، و بناءً على عدمه لا يجوز. قال الشهيد الثاني رحمته: «و إن أوجب - أي التصرف - تغيراً إلى حالة أخرى - كطحن الحنطة و صبغ الثوب - إحتمل كونه كذلك، لأصالة بقاء الملك مع بقائه. و لزوم المعاطاة بذلك، و به جزم بعضُ الأصحاب. لما تقدّم من إمتناع التراد بسبب الأثر المتجدّد. و عندي فيه إشكال»^أ.

(٢) فإن كان عرفياً جرى الاستصحاب، لأنّ الملكية و الطهارة و النجاسة و نحوها من الأمور الاعتبارية تعرض الدّوات لا العناوين، مثلاً إذا تنجّست الحنطة و بعد طحنها شكّ في طهارتها، فاستصحاب النجاسة محكّم مع كون المنتجس هو الحنطة لا الدقيق. لكن موضوع النجاسة لما كان بنظر العرف هو الجسم كان إستصحاب نجاسته جارياً.

و إن كان حقيقياً أي دليلاً فلا يجري، لأنّ الدقيق غير الحنطة التي هي موضوع الدليل. و لا ينبغي الإرتياب في كونه عرفياً لا حقيقياً.
لكن ليس المقام من موارد الاستصحاب، بل من التمسك بعموم دليل اللزوم.

أوصيغ رَجَعَ بنقصان العيب^٣ حيث إنه عَلَيْهِ مَنَع من الرّد بمجرد التصرف بالصيغ والخياطة والقطع، و أنّه يتعيّن الأرش لو أراد. ولو لم يكن هذا المقدار من التغيير تصرفاً مسقطاً للرّد لم يكن وجه لتعيّن الأرش.

و عليه فجعل فصل الثوب من التصرف غير المتغيّر للصورة - كما في المتن - لا يخلو من شيء،، فمقتضى الرواية جعله ملزماً للمعاطاة.

أ : مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٠

ب : وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار. الحديث: ٣

ثم إنك^(١) قد عرفت مما ذكرنا^(٢) أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطة نظير^(٣) الفسخ^(٤) في العقود اللازمة حتى يورث بالموت^(٥) و يسقط بالإسقاط

(١) الظاهر أن الغرض من التنبيه على كون جواز الرجوع في المعاطة حكماً لاحقاً - كما سبق تفصيله في أول هذا الأمر السادس - هو التمهيد لبيان ملزم آخر من ملزمات المعاطة، وهو موت أحد المتعاطين، والدليل على ملزميته كون جواز التراد حكماً لاحقاً، ومن المعلوم أن الجواز الحكمي كالجواز في الهبة غير موروث، وذلك لأن ما ينتقل إلى الوارث هو «ما تركه الميت من ملك أو حق» بحيث لو لم ينتقل إلى الوارث بقي بلا محل، لوضوح قيام إضافة الملكية بطرفيها من المالك والمملوك، كقيام إضافة الحقة بمن له الحق ومن عليه الحق، فلا بد من انتقال الملك والحق إلى الوارث حتى لا يلزم بقاء المملوك بلا مالك و لبقاء الحق بلا ذي الحق.

وأما جواز المعاطة والهبة شرعاً فليس شيئاً تركه الميت حتى يورث، بل هو حكم شرعي ثبت لعنوان المتعاطين و اللواهب. ولو فرض ثبوت هذا الجواز للوارث - كما كان للمورث - فإنما هو بدليل خاص، لا لأدلة الإرث العامة.

و يتفرع على كون جواز المعاطة حكماً - لاحقاً - لزومه بموت أحدهما سواء قلنا بالملك أم بالإباحة. أما على الملك فتنقل نفس العين إلى الوارث، لا حكمها وهو جواز التراد الثابت حين حياة المورث، فتنتهي الملكية المجازة إلى اللازمة.

و أما على الإباحة فلقيام السيرة على عدم التراد بعد موت أحد المتعاطين، وهي تكشف عن لزوم الإباحة قبل الموت، وانتقال كل من المالكين إلى من بيده، هذا.

(٢) بقوله: «ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف، لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين ...».

(٣) خبر «ليس جواز».

(٤) يعني: الفسخ بالخيار في العقود اللازمة، الذي هو من قبيل الحق لا الحكم.

(٥) بمقتضى عموم «ما تركه الميت من مالٍ أو حقٍ فهو لوارثه».

إبتداءً^(١) أو في ضمن المعاملة^(٢)، بل هو^(٣) على القول بالملك نظير(*) الرجوع في الهبة. و على القول بالإباحة نظير الرجوع(***) في إباحة الطعام بحيث يباح الحكم فيه بالرّضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف. فلو^(٤) مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول

(١) كإسقاطه بعد العقد.

(٢) كأن يقول: بعتك المتاع الفلاني بشرط إسقاط الخيار.

(٣) أي: جواز الرجوع في المعاطاة على القول بالملك يكون نظير الرجوع في الهبة في كونه حكماً غير قابل للإسقاط، فكما لا يسقط جواز الرجوع في الهبة بالإسقاط فكذلك الرجوع في المعاطاة.

و على القول بالإباحة يكون كالرجوع في إباحة الطعام في إناطة الإباحة بالرّضا الباطني الذي يرتفع بالكراهة. فالفرق بينهما أنّ الرجوع على القول بالملك يتعلّق بمال الغير، و على القول بالإباحة يتعلّق بمال نفسه.

الملزم الخامس: موت أحد المتعاطيين

(٤) هذا متفرّع على قوله: «أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير

(*) لعل وجه كون الجواز في المعاطاة حكماً - كجواز الرجوع في الهبة - هو: أنّ المخير عن أصالة اللزوم لما كان هو الاجماع، فلا بدّ من الأخذ بالمتيقن منه، و هو خصوص المتعاطيين، فلا يثبت لغيرهما من الورثة، كما لا يسقط بالإسقاط للاستصحاب.

(**) هذا صحيح في الإباحة المالكية لا الشرعية، و المفروض أنّ الإباحة في المقام شرعية لا مالكية، فإناطة الإباحة بالرّضا الباطني غير ظاهر، فيحكم ببقاء الإباحة ولو مع رجوع المالك في المعاطاة، بل بعد التصرفات الناقلة منه أيضاً، فتدبر.

بالملك^(١) (*) للأصل^(٢) (**)

الفسخ...» و حاصله: أن جواز التراد حكمٌ كجواز الرجوع في الهبة، و ليس حقاً، إذ لو كان حقاً كحق الخيار لانتقل إلى الوارث، لكونه «مما تركه الميت» و من المعلوم صيرورة الملك بالموت لازماً، فيكون المال للوارث ملكاً لازماً.

و اعلم أن الفرق بين موت أحد المتعاطين و بين الملزمات المتقدمة هو أن منشأ اللزوم فيها كان عروض أمرٍ على إحدى العينين من تلفٍ و تصرف ناقل و نحوهما. و منشأ اللزوم في هذا الملزم سقوط المتعاطين عن أهلية التملك مع بقاء العوضين على ما كانا عليه حين التعاطي.

(١) تقييد مُلزمية الموت بالملك مُشعرٌ ببقاء الجواز بناءً على الإباحة، لئلا يلزم

لغوية التقييد بالملك.

(٢) أي: إستصحاب عدم إنتقال الحكم - و هو الجواز - إلى الوارث، و أن

المنتقل إليه هو المال، و بالانتقال إليه يسقط حق الرجوع، نظير سقوطه بانتقال المال بالنواقل الإختيارية الملزمة للمعاطاة.

(*) و كذا على القول بالإباحة، لأنها شرعية، و من المعلوم أنها حكم غير قابل

للانتقال، فتسقط بمجرد إنتقال موضوعها إلى الوارث، فينتقل المال إليه بدون إباحته من المباح له، حيث إن المتيقن من الاجماع هو ثبوت الإباحة من طرف المبيع لشخص المباح له، و ثبوتها لوارثه مشكوك فيه، فيرجع إلى الإستصحاب القاضي بعدم إنتقال الإباحة إلى الوارث، فتبطل المعاطاة رأساً.

نعم بناءً على صدق العقد على المعاطاة المفيدة للإباحة يحكم بلزومها بعد موت

المبيع كما تقدم في بعض المباحث.

(**) لا يخفى أن الرجوع إلى الأصل مبني على عدم ثبوت كون الرجوع حكماً.

و أمّا بناءً عليه فلا وجه للرجوع إليه، لعدم الشك، ضرورة أن من لوازم الحكم عدم

لأن (*) من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي.

(١) تعليق لقوله: «لم يميز» و حاصله: أن وجه عدم إنتقال «جواز الرجوع» إلى الوارث هو كون الرجوع متقوماً بنفس المتعاطين، فلا ينتقل إلى الوارث.

الانتقال إلى الوارث، فيسقط جواز الرجوع بموت مالكة الأول، و يصير ملكاً لازماً لمالكة الثاني. هذا على القول بالملك.

و أما على الإباحة فينتقل المال الى وارث المبيع بدون الإباحة، لكونها حكماً مجعولاً للمبيع، و من المعلوم إنتفاء الحكم بانعدام موضوعه. و بعد الانتقال إلى الوارث يكون كسائر أمواله، فله السلطنة على الإباحة المالكية كسائر الملاك، كما أن له السلطنة على إيجاد موضوع الإباحة الشرعية أعني به المعاطاة.

و الحاصل: أنه لا منافاة بين عدم جواز إنتقال الرجوع إلى الوارث و بين جواز الإباحة للوارث. و وجه عدم المنافاة: أن جواز الرجوع من حيث كونه حكماً لا ينتقل إلى الوارث، إذ المفروض عدم كونه حقاً، فلا يندرج في: ما تركه الميت.

و بالجملة: إنتفاء الموضوع يوجب إنتفاء جواز الرجوع قطعاً، لأنه شأن الموضوع و الحكم، فلا يرث الوارث جواز الرجوع من المورث و إن كان سلطاناً على ذلك من باب تسلط كل مالك على ماله.

(*) هذا التعليق يشبه المصادرة، لأنه بمنزلة أن يقال: إن هذا الحق يختص بالمالك الأصلي، لأن من له وإليه الرجوع هو المالك الأصلي.

فعلّ الأولى أن يُعلّل الحكم بعدم جواز الإرث بهذا الوجه، و هو: أن علّة عدم إنتقال جواز الرجوع إلى الوارث هي كون مقتضى القدر المتيقن من الإجماع إختصاص جواز الرجوع بالمتعاطين و عدم ثبوته لغيرهما، فمع الشك في ثبوته للوارث يرجع إلى أصالة عدم جعله للوارث.

و الحاصل: أن الوجه في إختصاص جواز الرجوع بالمتعاطين و عدم إنتقاله إلى

ولا يجري^(١) الإستصحاب.
ولو جُنَّ^(٢) أحدهما

(١) أي: لا يجري إستصحاب جواز الرجوع الذي كان ثابتاً للمورث، بأن يقال: إنَّ الجواز كان متيقناً حال حياته، ويشك في زواله بالموت فيستصحب، فيبقى الملك متزلزلاً على ما كان عليه في حال حياة المتعاطي، فيجوز للوارث الرجوع كما جاز للمورث.

وجه عدم الجريان: عدم إحراز الموضوع، لاحتمال أن يكون الموضوع عنوان «المالك» المنطبق على الوارث، وأن يكون خصوص المتعاطي. فعلى الأول ينتقل إلى الوارث، ويصح جريان الاستصحاب فيه. وعلى الثاني لا يصح جريانه. وحيث إنَّ الموضوع دائر بين ما هو مرتفع قطعاً، وبين ما هو باقٍ جزماً، فلا يُحرزُ بقاء الموضوع حتى يجري الاستصحاب.

الفرق بين موت المتعاطين وجنونهما

(٢) معطوف على «فلومات» ومقصوده تبيُّرُ بيان الفارق بين الموت والجنون بأنَّ الأول مُلزم للمعاطاة، دون الثاني، للفرق بين قيام الوارث مقام مورثه، وبين قيام الولي مقام المولى عليه. وبيانه: أنَّ الولي بمنزلة الوكيل في كون فعله فعل الغير ومضافاً إلى المتعاطي حقيقةً، فالولي غير الوارث، لأنَّ هذا يثبت له الحق بعنوان المالك ومن له الحق، لكون الإرث جهةً تعليليَّةً تقتضي ثبوت الحق لنفس الوارث.

الوارث هو قصور الدليل عن إثباته لغيرهما من الوارث.
إلا أن يقال: إن مقتضى الإستصحاب بقاء الحق وعدم سقوطه بموت المتعاطيين، فيندرج في: ما تركه الميت، فينتقل إلى الوارث.
إلا أن يستشكل فيه بأنَّ الشك في المقتضي.
لكن يجاب عنه بأن الإستصحاب يجري في الشك في المقتضي أيضاً.

فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع على القولين^(١).

بخلاف الولي، فإنّه يأخذ الحق لغيره، فالحقّ ثابت لنفس المتعاطين، غاية الأمر أنّ أخذه يكون مباشرة الولي كالوكيل، ولم يثبت إعتبار المباشرة في ثبوت الحق للمتعاطين، حتى يقال: «إنّ الجنون يسقط حقّ رجوعه، لعدم قدرته على المباشرة» فلا يسقط جواز الرجوع بالجنون، بل لوليّه الرجوع، ومن المعلوم أنّ الرجوع مما يقبل الولاية كقبوله للوكالة (*).

ولا يخفى أنّ قيام الولي مقام المتعاطي - الذي عرّض عليه الجنون بعد المعاطاة - يجري من أوّل الملزمات إلى آخرها، فلا فرق في عدم لزوم المعاطاة بمجرد الجنون بين التلف و التصرف الإعتباري والخارجي و المزج و غيرها ممّا تقدّم من الفروع، فإنّ تحقّق أحد الملزمات عند تصدّي الولي يوجب صيرورة المعاطاة لازمة، وإلّا فهي باقية على جوازها، بلا فرق بين القول بالملك والإباحة.

(١) أي: الملك و الإباحة، لما عرفت من كون الحق ثابتاً لنفس المتعاطين مع مباشرة الولي.

(* و مما ذكرنا يظهر غموض في تقرير سيدنا الخوئي رحمته من قول المقرر: «وقد تبين لك مما أوضحناه أنّه لو جُنَّ أحد المتعاطين لم يجز له الرجوع إلى الآخر، سواء فيه القول بالملك والقول بالإباحة، فإنّ الدليل على جواز المعاطاة إنّما هو الإجماع على تقدير تحقّقه، ولا نطمئن بوجوده في هذه الصورة، بل يرجع إلى أدلة اللزوم على كلا القولين. وإذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لوليّ المجنون على كلا القولين»^أ.

و ذلك لما عرفت من كون الحق ثابتاً للمجنون لا للولي حتى يكون الجنون كالموت في كون المتيقن من الإجماع على الجواز هو خصوص المتعاطين لثلا يرثه

الوارث، ولثلاً ينتقل إلى الولي. ففرق واضح بين الموت والجنون. نعم يكون الجنون مثل الموت إذا ثبت إعتبار المباشرة، وعدم قابلية الرجوع للوكالة والولاية، وأن الرجوع في المعاطاة من الأمور غير القابلة لهما، نظير الرجوع في الطلاق الرجعي على ما في وكالة وسيلة سيدنا الفقيه الاصفهاني رحمته الله وإن كان فيه تأمل، لأن الرجوع ليس إلا إبقاءً للزوجية. ولا فرق في نظر العقلاء بين إبقائها وإحداثها في قابلية كل منهما للوكالة. فيصح أن يقول الوكيل: «بوكالتي عن فلان أرجعتُ فلانة إلى زوجيتها له»^أ.

فالظاهر - بعد عدم منع شرعي عن هذه الوكالة - جواز التوكيل في الرجوع القولي، وقد ثبت في محله إطلاق أدلة الوكالة في كل أمر يكون عرفاً قابلاً للتفويض إلى الغير، ولم يرد دليل شرعي على إعتبار المباشرة فيه كالرجوع الفعلي في الطلاق الرجعي. إلا أن يقال: إن نفس التوكيل في الرجوع رجوع عرفاً. ومع لا يبقى موضوع للوكالة، فتأمل.

السابع^(١): أن الشهيد الثاني ذكّر في المسالك وجهين في صيرورة المعاظة بيعاً بعد التلف أو معاوضةً مستقلةً، قال^(٢): «يحتمل الأول، لأن^(٣)» (*)

التنبية السابع: المعاظة بعد اللزوم بيع أو معاوضة مستقلة

(١) الغرض من عقد هذا التنبية هو البحث عن إمكان فسخ المعاظة بالخيار والإقالة بعد طرء أحد الملزمات عليها وعدمه. و مورد الكلام هو المعاظة المقصود بها الملك سواء أفادت الملك المجائز أم الإباحة، فإذا صارت لازمةً بما تقدم في التنبية السادس - من التلف و النقل بالعقد المجائز أو اللزوم، و المزج و نحوها - يبحث عن قبولها للفسخ بالخيارات المعهودة من العيب و الغبن و تخلف الوصف و غيرها، وتجري فيها الإقالة، أو أنها لا تقبل الفسخ أصلاً؟ و ابتدأ المصنفُ بنقل كلام الشهيد الثاني رحمته، ثم علّق عليه، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) قال في المسالك: «الثامن: على تقدير لزومها بأحد الوجوه المذكورة، فهل تباع بيعاً أو معاوضةً برأسها؟ يحتمل الأول ... الخ».

(٣) حاصله: أنّ حصر المعاوضات في الأمور المعهودة و عدم كون المعاظة منها يقتضي إندراجها في البيع، و لا دليل على كونها معاوضةً مستقلةً في قبال المعاوضات المعهودة.

(*) لا يخفى ما في هذا التعليل، ضرورة أنّ حصر المعاوضات - التي منها البيع -

المعاوضات محصورة، و ليست إحداها. و كونها معاوضةً برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثاني، لإطباقهم^(١) على أنها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف^(٢)؟

(١) حاصله: أن إطباقهم على عدم كون المعاظة بيعاً حين وقوعها يدلّ على كونها معاوضةً مستقلة، إذ لا معنى لكون التلف موجباً لصيرورتها بيعاً، فلا مقتضى لكونها بيعاً.

(٢) يعني: بعد البناء على عدم بيعتها حين وقوعها كيف تصير بالتلف بيعاً؟
 إلا أن يقال: إنّ المنفي هو البيع الشرعي، لا العرفي المتقوم بقصدالمبادلة بين المالين الموجود هنا، لأنّ المفروض قصد المتعاطين للتملك، فالمراد عدم شمول دليل

في الأمور المعهودة - وعدم كون المعاظة منها - يقتضي ضدّ المقصود و هو عدم بيعتها. وإن أراد من المعاوضات غير البيع، فلا يقتضي نفيها عن المعاظة ثبوت بيعتها، لأنّ نفي الدليل على كونها من المعاوضات غير البيع لا يدلّ على كونها بيعاً، بل بيعتها منوطة بصدق مفهومه عليها عرفاً، فإنّ لم يصدق عليها فلا دليل على بيعتها. بل مقتضى الاجماع المدعى على عدم بيعتها قبل التلف هو عدم صيرورتها بعد التلف بيعاً بالاستصحاب.

إلا أن يقال: إنّ مفهوم البيع صادق عليها، غاية الأمر أن دليل حلية البيع خصّص بالاجماع قبل التلف، و صارت المعاظة مفيدة للإباحة مع كونها بيعاً عرفاً. لكن المتيقن من الاجماع لما كان هو إفادة المعاظة للإباحة قبل التلف فيرجع بعده إلى عموم دليل لزوم البيع، فالمراد بصيرورة المعاظة بعد التلف بيعاً هو ترتب الأثر - أعني به الملكية - بعده، فالمعاظة بيع، غاية الأمر أن الإجماع قام على عدم ترتب الأثر الملكي عليها إلا بعد التلف.

وبهذا التقريب يظهر وجه إندفاع التعجب المستفاد من قوله تتبرأ: فكيف يصير بيعاً بعد التلف؟

و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن^(١) أو بعضه^(٢).
و على تقدير ثبوته^(٣)

نفوذ البيع للمعاطاة، للإجماع، لكنه بعد التلف لا إجماع، فيتشَبُّتُ بأدلة صحة البيع.
و بالجملة: فإن أُريد بقولهم: «ليست بيعاً حال وقوعها» نفي البيع الشرعي فلا بأس به. و إن أُريد به نفي البيع العرفي فلا إشكال في فساده، لأنَّ الحاكم بشبوت البيع ونفيه حينئذٍ هو العرف، و من المعلوم عدم إرتياهم في صدق مفهوم البيع العرفي عليها.

(١) أمَّا التقييد بالتلف فلأنَّ المفروض جعلُ موضوع البحث - في ثبوت الخيارات - المعاطاة التي صارت لازمةً بأحد ملزماتها التي منها التلف، و أمَّا التقييد بكون التالف الثمن أو بعضه دون المثلن - أعني: الحيوان - فوجهه: أنه يلزم من فرض وجود الخيار عدمه، و ما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

توضيحه: أنَّ المفروض كون المعاطاة اللازمة بسبب التلف موضوعاً للخيار، و من المعلوم توقف الخيار كغيره من الأحكام على وجود موضوعه. و قد قرر في محلِّه إنحلال البيع و إنفساخه بتلف المبيع في زمن الخيار، لقاعدة «كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممَّن لا خيار له».

و على هذا فالتلف الذي هو سبب و علةٌ للخيار موجب لإنعدام موضوع الخيار. و هذا محال، ففرض ثبوت الخيار في المعاطاة بعد لزومها لا بدَّ أن يكون بغير تلف المبيع.

(٢) بناءً على ما تقدم من كون تلف بعض أحد العوضين مُلزماً كتلف تمام أحد العوضين.

(٣) أي: ثبوت الخيار بأن نختار بيعية المعاطاة.

فهل الثلاثة^(١) من حين المعاطاة أو(*) من حين اللزوم؟ كل^(٢) محتمل.
و يشكل الأوّل^(٣) بقولهم: إنها ليست بيعاً، و الثاني^(٤) بأنّ التصرف ليس
معاوضةً بنفسها.

(١) أي: الأيام الثلاثة في خيار الحيوان، فإنّ مبدء الخيار هل هو حين وقوع
المعاطاة أم حين اللزوم؟

(٢) أي: كل واحد من كون مبدء زمان الخيار حين وقوع المعاطاة أو حين
لزومها. منشأ الإحتمال الأوّل هو إحتمال كون موضوع الخيار مطلق البيع العرفي الفعلي
سواء أكان شرعياً بالفعل أم بالشأن.

و منشأ الثاني هو إحتمال كون موضوعه البيع الفعلي عرفاً و شرعاً.

(٣) أي: الوجه الأوّل، و هو صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف، و وجه
الإشكال هو تصريحهم بعدم كون المعاطاة بيعاً، فإنّه ينافي إحتمال بيعيّتها.

(٤) يعني: و يشكل الوجه الثاني و هو كون المعاطاة معاوضة مستقلة.

و محصل وجه الإشكال: أنّ التصرف أو التلف أو غيرها من ملزومات المعاطاة
لا تجعل المعاطاة معاوضةً بنفسها بحيث تكون أجنبيةً عن البيع، حتى لا يدخل فيها
الخيارات المختصة بالبيع.

(*) لا يخفى أنّ هذا التردد خلاف ما فرضه من كون المعاطاة بيعاً بعد التلف.
توضيحه: أنّه -بعد البناء على توقف المعاطاة على بيعيّتها المنوطة بلزوم المعاطاة
بالتلف. و بعد البناء على إطباقهم على عدم بيعيّتها حين وقوعها -لابدّ من الالتزام بكون
مبدء ثلاثة الحيوان حين التلف الذي هو زمان لزوم المعاطاة و حصول بيعيّتها، فلا مجال
للتردد في كون مبدء الخيار حين الوقوع أو المزموم.

أَللَّهُمَّ^(١) إِلَّا أَنْ تَجْعَلَ الْمَعَاوَةَ جِزَاءَ السَّبَبِ وَ التَّلْفَ تَمَامَهُ^(٢).
و الأَقْوَى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا^(٣) بناءً(*) على أنها ليست لازمة.
و إنما يتمُّ على قول المفيد^(٤) و من تبعه.
أَمَّا خيار العيب و الغبن^(٥) فيثبتان على التقديرين.

(١) غرضه تصحيح كونها معاوضة مستقلة بأن تكون المعاطاة جزء سبب المعاوضة، و يكون التلف متمم السبب، فيصح أن تُعدَّ المعاطاة حينئذٍ معاوضةً مستقلة.
(٢) أي: تمام السبب، فيكون التلف كالتقبض في بيعي الصرف و السلم في متممته للعقد.

(٣) أي: في المعاطاة بناءً على عدم لزومها، إستناداً إلى كون موضوع الخيار هو العقد اللازم، فالمعاطاة المبنية على الجواز ليست موضوعاً للخيار.
(٤) بناءً على ظهور كلامه في كون المعاطاة بيعاً لازماً. و قد تقدّم البحث عنه في نقل أقوال الأصحاب في المعاطاة، فراجع.
(٥) يحتمل أن يكون هذه الفقرة في قبال خيار الحيوان المختص بالبيع، فالمراد حينئذٍ بقوله: «على التقديرين» هو صيرورة المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضة مستقلة.

(*) هذا الإبتناء ممنوع، لأنَّ دعوى إنحصار موضوع الخيار بالعقد اللازم تقييد في إطلاق أدلة الخيار بلا مقيد. و قد تقدّم في بعض المباحث عدم التهافت بين جواز العقد و ثبوت الخيار، كما يأتي عدم التنافي بين الخيارين الثابتين في عقد واحد إن شاء الله تعالى .

نعم يختص دليل خيار الحيوان بالبيع كدليل خيار المجلس، فثبوتهما في المقام منوط بصدق البيع على المعاطاة من دون فرق بينهما.

و محصل المرام على هذا هو: أنه تظهر الثمرة بين الإحتالين في الأحكام المختصة بالبيع كخيار الحيوان. فبناءً على صيرورتها بيعاً بعد التلف يثبت فيها خيار الحيوان، وبناءً على كونها معاوضةً مستقلةً لا يثبت فيها ذلك.

و أما الأحكام غير المختصة بالبيع كخيار العيب و الغبن فلا تظهر الثمرة فيها، لثبوتها على كلا الإحتالين، حيث إن مقتضى عموم أدلتها عدم الاختصاص بالبيع، فتثبت للمعاطاة على كلا التقديرين، و هما صيرورة المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضةً مستقلة، هذا.

و يحتمل أن تكون راجعةً إلى قوله: «و الاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا... الخ» و المراد حينئذٍ بقوله: «على التقديرين» هو لزوم المعاطاة قبل التلف كما هو المحكي عن المفيد رحمته، و عدم لزومها قبله كما هو قول غيره. أما وجه ثبوتها في المعاطاة على التقديرين هو عموم دليلها الشامل للمعاطاة اللازمة و الجائزة.

و مما يدل على عدم التقييد بلزوم البيع في ثبوت خيار العيب رواية جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع، فيجد فيه عيباً، فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه، و أخذ الثمن. و إن كان الثوب قد قُطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» و مثلها غيرها.

و مما يدل على الثاني رواية ميسر عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال غبن المؤمن حرام» و رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: لا ضرر و لا ضرار».

و عن المسالك: «المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخرين منهم ثبوت خيار الغبن». و نقل عن الدروس القول بعدمه، و الأخبار خالية عنه. نعم ورد في تلقّي الركبان تخييرهم إذا غبنوا. و استدلوا عليه أيضاً بخبر الضرار. و عن التذكرة ظهور عدم الخلاف فيه بين علمائنا.

كما أن خيار المجلس منتفٍ^(١) إنتهى.

(١) ظاهره الجزم بانتفاء خيار المجلس على كلا التقديرين، وهما: كون المعاطاة معاوضة مستقلة، أو صيرورتها بيعاً. والوجه فيه: أن خيار المجلس مختص بالبيع الذي يكون مبنياً على اللزوم لولا هذا الخيار.

وليس المراد بالتقديرين لزوم المعاطاة كما عن المفيد، وجوازها كما عن المشهور، لوضوح عدم المناسبة حينئذٍ مع اللزوم، إذ على مذهب المفيد تخيّر يشبث خيار المجلس في المعاطاة قطعاً، لكونه كالبيع بالصيغة مفيداً للملك اللازم من أول الأمر. مضافاً إلى: أن المناسب أن يقول: «على القولين» لا التقديرين.

وكيف كان فالقول بثبوتة قوي جداً، والله العالم.

وقد ظهر من جميع ذلك تخلو أدلة خيار الغبن عن إعتبار لزوم البيع لولاه، فلو شك في إعتباره في ثبوت خيار الغبن بإطلاق أدلته بنفسه، فلاحظ وتدبر. ومحصل ما يمكن أن يقال في المقام: إن الخيار المتصور في العقود على ثلاثة أقسام.

الأول: أن يكون ثبوته بالجعل والإشترط، كإشترط فعلٍ على أحد المتعاقدين، أو صفةٍ في أحد العوضين، فإن مرجع الإشرط حينئذٍ إلى سلطة المشروط له على فسخ العقد مع تخلف الوصف أو الشرط، وليس هذا إلا معنى الخيار عند التخلف، فاللزوم منوط بوجود ذلك الفعل أو الوصف، إذ لو كان المعلق نفس العقد بحيث توقف أصل العقد عليهما بطل إجماعاً، لكونه من التعليق في العقود، فلا محالة يكون الموقوف على الفعل أو الوصف لزوم العقد لا نفس العقد، هذا.

الثاني: أن يكون الخيار للشرط الضمني كاعتبار السلامة في العوضين، والتساوي بينهما في المالية، فإن كلاً منهما شرط في المعاوضة بمقتضى بناء العقلاء على ذلك. فهذا

شرطاً ضمنى إرتكازي عقلائي، و تخلفه يوجب الخيار، هذا.

الثالث: أن يكون الخيار للدليل الشرعي المسمى بالخيار المنجمل، فإن الخيار يثبت تعبداً لعنوان البيع، بحيث يكون الموضوع في أدلة الخيار نفس عنوان البيع، كخيارى المجلس و الحيوان، من دون أن يكون ذلك لشرطٍ ضمنى أو إرتكاز عقلائي، كما لا يخفى.

لا ينبغى الإشكال في جريان القسمين الأولين من الخيار في المعاطاة بناءً على إفادتها الملك الجائز و إن لم تكن بيعاً، بل معاوضة مستقلة، إذ المفروض عدم اختصاصهما بالبيع، حيث إن دليلهما لا يختص به، فجريان هذين القسمين من الخيار لا يتوقف على كون المعاطاة بيعاً.

و المناقشة في جريان الخيار في المعاطاة تارةً ببلغوية جعل الخيار، لكونه تحصيلاً للحاصل، حيث إن المعاطاة بذاتها جائزة، و لا معنى لجعل الخيار فيها، و هذا إشكال عام لجميع الخيارات، كما أن الأشكال الآتي يختص بخيارى المجلس و الحيوان. و أخرى في خصوص خيار المجلس و الحيوان بما حاصله: أن أدلتها ظاهرة في كون موضوعها خصوص البيع المبني على اللزوم لولا الخياران المزبوران، لا كل ما يصدق عليه البيع، و من المعلوم أن المعاطاة المفيدة للملك الجائز جائزة بطبعها الأولى. مندفعة.

أما الأولى - التي مرجعها إلى الإمتناع الذي هو إشكال ثبوتى - فيما تقدم في التنبيه الأول، و حاصله: أنه لا مانع من جعل الخيار في المعاطاة المبنية على الجواز، و ذلك لأن جوازها إما حقي و إما حكمي كجواز الهبة، و على التقديرين إما يكون متعلق الجواز نفس العقد، و إما يكون العين المأخوذة بالمعاطاة، فالصور أربع:

الأولى: أن يكون جواز المعاطاة حقياً متعلقاً بنفس العقد كتعلق الخيار به. و لا ينبغى الإشكال حينئذ في شمول أدلة الخيارات للمعاطاة، إذ لا مانع من إجتماع

الجوازين، فإذا كان المتعاطيان في مجلس المعاملة كان جواز المعاطاة ثابتاً لهما، فإذا تلفت العينان أو إحداهما قبل الإفتراق سقط جواز المعاطاة، وبقي خيار المجلس. كما أنه إذا افتراقا قبل تلفهما أو إحداهما سقط خيار المجلس وبقي جواز المعاطاة، كما هو واضح.

الثانية: أن يكون جواز المعاطاة حَقِيًّا متعلِّقاً بالعين. والحكم في هذه الصورة أوضح من سابقتها، لمغايرة متعلق جواز المعاطاة لمتعلق الخيار، حيث إن متعلق جواز المعاطاة هو العين، ومتعلق الخيار هو العقد.

الثالثة: أن يكون جواز المعاطاة حكماً متعلِّقاً بنفس العقد كتعلق الخيار به. وقد يتوهم اللُغويُّ هنا، إذ المفروض إجتماع الجوازين على موضوع واحد وهو العقد، فجعل الخيار مع جواز المعاطاة طبعاً تحصيلً للحاصل.

لكن هذا التوهم فاسد، لأن اللغوية إنما تلزم إذا لم يمكن إنفكاك أحد الخيارين عن الآخر، والمفروض خلافه، لما عرفت في الصورة الأولى من إنفكاكهما، وأن النسبة بينهما عموم من وجه، لإجتماعهما مع وجود العينين قبل التفرق عن المجلس، وسقوط جواز المعاطاة وبقاء خيار المجلس، إذا تلفت العينان أو إحداهما قبل التفرق، وبقاء جواز المعاطاة وسقوط خيار المجلس كما إذا تفرقا عن المجلس وكانت العينان باقيتين. الرابعة: أن يكون جواز المعاطاة حكماً متعلِّقاً بالعين، والحكم هنا أوضح من سابقتها، لتغاير متعلق جواز المعاطاة لمتعلق الخيار المصطلح.

وبالجملة: فلا مانع ثبوتاً وإثباتاً من جريان جميع الخيارات في المعاطاة بناءً على كونها بيعاً جائزاً.

وأما الثانية الراجعة إلى الإشكال الإثباتي - المختص بخياري المجلس والحيوان الذي مرجعه إلى قصور الدليل - فيما تقدّم أيضاً في الأمر الأول من: أن المعاطاة كالبيع اللفظي مبنية - بحسب قصد المتعاطيين - على اللزوم، غاية الأمر أنه قام الدليل من

و الظاهر أنّ هذا^١ تفرّيع على القول بالإباحة في المعاطاة. و أمّا على القول بكونها مفيدةً للملك المتزلزل، فيلغى [فلا ينبغي] الكلام في كونها

(١) أي: صيرورة المعاطاة بيعاً أو معاوضةً مستقلةً، فإنّ الظاهر تفرّيعها على

الخارج على أنّ لزومها يكون بالتصرف و نحوه من الملزمات.

و الحاصل: أنّ الجواز العرضي لا ينافي للزوم الذاتي.

فالمحصل: مما ذكرنا جريان الخيارات مطلقاً حتى خياري المجلس و الحيوان في المعاطاة المقصود بها التملك المفيدة للملك الجائز من دون توهم مانع ثبوتي في كل خيار، و لا إثباتي في خصوص خياري المجلس و الحيوان.

و أمّا المعاطاة المقصود بها التملك - على القول بإفادتها للإباحة - فإنّ أريد بالخيار ردّ العين إلى ملك مالكها الأوّل فلا يثبت فيها، لأنّ العين لم تخرج من ملك مالكها حتى يثبت له حقُّ إستردادها. و إن أريد به سلطنة حلّ العقد و فسخه فلا يبعد ثبوته هنا، لكون المعاطاة على هذا القول أيضاً بيعاً عرفاً و شرعاً، غاية الأمر أنّ الشارع أناط تأثيرها في الملكية بطروء أحد الملزمات، نظير إناطة الملكية في الصرف و السلم بالقبض، ففسخ المعاطاة حينئذٍ يوجب إنتفاء الموضوع أعني به العقد، فتسقط المعاطاة عن قابلية التأثير في الملكية.

و بالجملة: فالخيار بمعنى السلطنة على حلّ العقد و فسخه جارٍ في المعاطاة المقصود بها الملك مع إفادتها شرعاً للإباحة، لكونها بيعاً عرفاً و شرعاً، غاية الأمر أنّ فعلية تأثيرها شرعاً في الملكية منوطة بطروء أحد الملزمات. و لا يقدح ذلك في صدق البيع الذي هو موضوع أدلة الخيارات، فللكل واحد من المتعاطيين رفع قابلية المعاطاة للتأثير في الملكية بالفسخ.

فتلخص من جميع ما ذكرناه: جريان جميع الخيارات في المعاطاة المقصود بها الملك المفيدة للملك المتزلزل أو الإباحة، من دون إشكال ثبوتي و لا إثباتي في ذلك.

معاوضةً مستقلةً أو بيعاً متزلاً قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم، إذ^(١) الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع، بلا إشكال في ذلك^(٢) عندهم على ما تقدّم من المحقق الثاني، فإذا^(٣) لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع^(٤) عدا ما أستفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار^(٥).

القول بالإباحة في المعاطاة، إذ على القول بإفادة المعاطاة للملك المتزلزل يلغو الترديد بين كونها بيعاً أو معاوضة، إذ الظاهر أن القائلين بإفادتها للملك المتزلزل جازمون بكونها بيعاً على ما تقدّم في كلام المحقق الثاني، فإذا لزمّت المعاطاة حينئذٍ بأحد ملزماتها صارت بيعاً لازماً.

(١) تعليل لقوله: «فيلغى الكلام» و حاصله: أن وجه اللغو هو عدم الإشكال عند القائلين بكون المعاطاة مفيدةً للملك في كونها بيعاً. و عليه فالترديد بين كونها بيعاً أو معاوضةً مستقلةً لغو.

و لا يخفى أن في بعض النسخ المطبوعة «فينبغي الكلام في كونها معاوضة ...» و لكنه سهو قطعاً، لمنافاته مع تعليل المصنف بقوله: «إذ الظاهر» فإنه تعليل لبيعية المعاطاة المفيدة للملك المتزلزل، و لا يبق موضوع للترديد بين البيعية و المعاوضة المستقلة حتى يبقى مجال للبحث فيه.

و كتّب سيدنا الأستاذ النوري رحمته في هامش نسخته: «الظاهر أن يقال: فلا ينبغي الكلام».

(٢) أي: في كون المعاطاة بيعاً عند القائلين بالملك.

(٣) هذا نظر المصنف و ليس تنمّةً لكلام المحقق الثاني.

(٤) من الخيارات التي تثبت للبيع اللازم من غير جهة الخيار، إذ المفروض

لزومها من جهة الملزمات، فهي لازمة لولا الخيار.

(٥) فلا يثبت شيء من تلك الخيارات في المعاطاة، لعدم كونها حينئذٍ من العقد

و قد تقدّم^(١) أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.
و كيف كان^(٢) فالأقوى أنّها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يُصحّح

المبني على اللزوم لولا الخيار، إذ المعاطاة عقد مبني على الجواز و التزلزل.
(١) أي: في أوائل التنبيه السادس، حيث قال: «و لم يثبت قبل التلف جواز
المعاملة على نحو جواز البيع الخياري ...، فإنّ الجواز فيه بمعنى جواز الرجوع ... الخ».
و قد تقدم نظيره في أواخر التنبيه السادس أيضاً، فراجع.
ثم إنّ هذا دفع توهم، و هو: أنّ المعاطاة أيضاً على القول بالملك بيع مبني على
اللزوم لولا الخيار المعبر عنه بجواز الرجوع.

و حاصل دفعه: أنّ الجواز في المعاطاة ليس بمعنى الخيار الذي هو حق، بل هو
جواز حكمي أجني عن الخيار، فلا يثبت الخيار المذكور في المعاطاة.
(٢) يعني: سواء أكان جواز الرجوع في المعاطاة حكماً كما في الهبة أم حقاً كما
في الخيار. أو سواء أكانت المعاطاة المفيدة للملك الجائز بيعاً أم معاوضة
مستقلة.

و كيف كان فظاهر العبارة منع ما أفاده الشهيد الثاني رحمته من إبتناء التريد
- في حكم المعاطاة من كونها بيعاً أو معاوضة مستقلة - على القول بالإباحة على ما
استظهره المصنف رحمته بقوله قبل أسطر: «و الظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة
في المعاطاة».

وجه المنع ما تقدم مراراً من أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي سواء
أفادت الملك المتزلزل أم الإباحة، فالمفيدة للإباحة الشرعية بيع أيضاً و إن كان فاسداً
لا يترتب عليه أثره المقصود إلا بطرء أحد الملزمات، نظير توقف الملك في بيع
الصرف و السلم على القبض. و على هذا لا بدّ من ترتيب أحكام البيع اللفظي على
المعاطاة المفيدة للإباحة، عدا الحكم المختص بالبيع المنعقد صحيحاً أي مفيداً
للملك اللازم بحسب طبعه، فإنّه لا يثبت في المعاطاة، لفرض إفادتها الإباحة بحكم

الشارع و لم يُمضِه إلا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه^(١). و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصَّ دليلُه بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر^(٢).

الشارع.

و لا يخفى أنّ ترتب أحكام البيع على المعاطاة المبيحة - بعد طرؤه الملزم - هو الذي إحتمله الشهيد الثاني رحمته في آخر كلامه بقوله: «اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه» بأن يكون التعاطي مقتضياً للملكية - و إن لم تترتب عليه من أوّل الأمر - و يتوقف فعلية التأثير على حصول الشرط و هو طرؤه الملزم.

(١) كالتصرف الاعتباري، و المزج و نحوهما من الملزمات.

(٢) يعني: لا بعد التلف. و غرضه من ذلك أنّ البيع العرفي على قسمين:

أحدهما: ما هو حكمٌ لخصوص البيع الواقع صحيحاً شرعياً من أوّل الأمر كالصيغة الخاصة، أو مطلق الصيغة على الخلاف.

و الآخر: ما هو حكمٌ لمطلق البيع العرفي، نظراً إلى عدم إنفهام الاختصاص من دليل ذلك الحكم، كالعلم بالعوضين و ثبوت الخيارات كلاً أو بعضاً، على الخلاف في أنّ المستفاد من أدلتها هو الإطلاق، أو المستفاد من أدلة بعضها الإطلاق كخيار العيب المستند إلى حديث نبي الضرر، فإنّ دليله لا يختص بالبيع العرفي الواقع صحيحاً من أوّل الأمر.

و الحاصل: أنّ المراد بالبيع الصحيح من أوّل الأمر هو البيع العرفي الذي يترتب عليه الحكم الشرعي من زمان وقوعه، و المراد من مقابلته هو عدم ترتب الأثر الشرعي عليه إلا بعد طرؤه أحد ملزمات المعاطاة، فهما مشتركان في كونها بيعاً عرفياً، و مفترقان في كون أحدهما موضوعاً للأثر الشرعي من حين وقوعه، و الآخر من حين طرؤه أحد الملزمات.

و المحكي^(١) عن حواشي الشهيد «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة

(١) الظاهر أنّ غرض المصنف رحمته من نقل كلام الشهيد الأوّل ثم توجيهه دفع ما يرد على قوله: «إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المترزّل بيع بلا إشكال» وتوضيح المطلب: أنّ المصنف جعل مصبّ ترديد الشهيد الثاني في المسالك «من صيرورة المعاطاة بعد التلف بيعاً أو معاوضةً مستقلة» المعاطاة المقصود بها الإباحة، دون المعاطاة المقصود بها الملك. و علّل ذلك بأنّ المعاطاة المفيدة للملك المترزّل بيع عند القائلين به كما صرح به المحقق الثاني رحمته، فلا يبقى وجهٌ لأن يتردّد الشهيد الثاني في كونها بيعاً أو معاوضةً مستقلة، و عليه لا بد أن يكون غرض المسالك التريدي في حكم المعاطاة بناءً على مشهور القدماء من الإباحة التعبدية، هذا.

لكن قد يُنافي هذا الحملُ تصریحُ الشهيد في حواشي القواعد من «أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة» وجه المناقاة: أنّها لو كانت بيعاً عندهم لم يبق مجال للجزم بكونها معاوضةً مستقلةً، فهذا الجزم شاهد على عدم تسالمهم على بيعيّتها، فتختلّ دعوى المصنف «إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المترزّل بيع بلا إشكال» بل هي إمّا معاوضةً مستقلة بلا إشكال كما إدّعه الشهيد، وإمّا هي بيعٌ على إشكال. و يترتب على هذا التنافي: إمكان الأخذ بإطلاق كلام المسالك من أنّ التريدي بين البيع و المعاوضة المستقلة جارٍ على كلّ من الملك و الإباحة، و لا وجه لتخصيصه بالإباحة كما إدّعه المصنف بقوله: «و الظاهر أنّ هذا تفرّيع على القول بالإباحة»، هذا. و قد تحلّص المصنف عن هذا الإشكال بمنع التنافي، و ذلك لأنّ جزم الشهيد رحمته بكونها معاوضةً مستقلة مبني على مسلكه في المعاطاة من كونها مفيدةً لإباحة التصرف غير المتوقف على الملك، بشهادة منعه عن إخراج المأخوذ بها في خمسٍ و هديٍّ و نحوهما مما يُناتط شرعاً بالملك.

أو^(١) لازمة».

و الظاهر^(٢) أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة. و كونها^(٣) معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل^(٤) من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى. لكن^(٤) لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بد أن

و على هذا فكونها معاوضة مستقلة ليس على حد سائر العقود المعاوضية الناقلة للأملك كالبيع القولي و الصلح و القرض و نحوها. بل مراده بالمعاوضة هو التعاوض في الإباحة، لوضوح أن الإباحة قد تكون بلا عوض كما في أكل المازة، و قد تكون مع العوض، و المعاطاة عند المشهور تكون من القسم الثاني. فإطلاق المعاوضة عليها بهذا اللحاظ، لا بلحاظ المبادلة في إضافة الملكية.

فتحصل: أن جزم الشهيد رحمته بالمعاوضة المستقلة ليس منافياً لما نسبته المصنف إلى القائلين بالملك المترزل من التصريح ببيعيتها.

هذا توضيح توجيه كلام الشهيد، و للمصنف إشكال عليه سيأتي بيانه.

(١) حرف العطف هنا للتنوع لا للترديد، يعني الجواز قبل الملزم، و اللزوم بعده.
(٢) هذا توجيه المصنف لكلام الشهيد، و قد أوضحناه بقولنا: «و قد تخلص المصنف عن هذا الاشكال بمنع التنافي». و عليه فالغرض إخراج الشهيد عن مخالفة القائلين ببيعية المعاطاة المفيدة للملك الجائز، إذ لو كان مقصوده من المعاوضة المستقلة المبادلة في الملكية كان مخالفاً لهم، و لكن حيث إن مختار الشهيد في المعاطاة معلوم وهو الإباحة الخاصة، فمراده من المعاوضة ليس المبادلة في الملكية.

(٣) دفع لما يتوهم من أن جعل مورد كلام الشهيد المعاطاة المفيدة للإباحة يناهض جعلها معاوضة لازمة أو جائزة، إذ لا تكون المعاطاة حينئذ من المعاوضات.

و محصل دفعه هو: أن إطلاق المعاوضة عليها إنما هو باعتبار كون كل^(٤) من العينين مباحاً عن الأخرى.

(٤) إشارة إلى إشكال على القول بالإباحة، و هو: أنه بناءً على كون المعاطاة

يقول بالإباحة اللازمة، فافهم^(١).

مفيدة للإباحة لا وجه لصيرورتها مملّكة بأحد الملزمات، إذ لا يوجب طرؤه الملزم حدوث الملكية اللازمة، بل لا يقتضي عروضه إلا لزوم المعاطاة، فإن كانت مفيدة للملك صارت لازمة بمعنى صيرورة الملك لازماً، وإن كانت مفيدة للإباحة صارت الإباحة لازمة بمعنى عدم جواز حلّ الإباحة الشرعية.

وقيل: إنه لم يظهر من الشهيد رحمته، خلاف ذلك، فالتزامه بصيرورة الإباحة لازمة غير بعيد.

(١) لعلّه إشارة إلى: عدم إباء كلام الشهيد عن كون الإباحة لازمة.

أو إلى: أنّ احتمال لزوم المعاطاة المفيدة للإباحة المنافي للإجماع على جوازها مندفع بأنّه مبني على أن يكون قول الشهيد: «جائزة أو لازمة» للترديد. وأما إذا كان للتنوع فلا يلزم إشكال أصلاً، لأنّ المعاطاة على هذا تارة تكون لازمة، وأخرى جائزة، يعني: أنّ المعاطاة جائزة قبل عروض الملزم و لازمة بعده.

الثامن^(١): لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة - التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة - بما إذا تحقَّق إنشاء التمليك أو الإباحة بالفعل و هو قبض العينين.

التنبيه الثامن: إلحاق الصيغة الملحونة بالمعاطاة

(١) الغرض من عقد هذا الأمر هو: بيان أنّ العقد الفاسد - لإختلال شرائط الصيغة - هل يرجع إلى المعاطاة أم لا؟ و بعبارة أخرى: المعاطاة التي تتحقق بقبض العينين قطعاً هل تنعقد بالصيغة غير الجامعة لشرائط الصحة كما في الجواهر أم لا؟
محصل ما أفاده المصنف رحمته في ذلك هو: أنه لا إشكال في تحقق البيع اللازم بإنشائه باللفظ المستجمع للخصوصيات الدخيلة فيه من الماضية و العربية والصراحة و نحوها، كما لا إشكال في تحقق المعاطاة بما إذا كان إنشاء التمليك أو الإباحة بإقباض العينين.

و يقع الكلام في أنه إذا حصل إنشاء التمليك بالصيغة الفاقدة لبعض شروط الصحة، فعلى القول بكفاية الإنشاء القولي بكلّ لفظٍ مبرزٍ عرفاً للاعتبار النفساني و إن لم يكن جامعاً لشرائط الصحة - بناءً على شمول معقد الاجماع على توقف العقود اللازمة على اللفظ لكل لفظ مبرزٍ عرفاً للاعتبار النفساني و إن لم يكن صحيحاً -

أما إذا حصل بالقول غير الجامع لشرائط اللزوم(*) فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قويناه سابقاً^(١) - بناءً على التخلص بذلك^(٢) عن إتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ -

فلا إشكال حينئذٍ في كون هذا الإنشاء صحيحاً لازماً.
 و على القول بمذهب المشهور - من إعتبار أمور زائدة على اللفظ - ففيه وجوه:
 الأول: كون هذا الإنشاء بحكم المعاطاة مطلقاً.
 الثاني: كونه بحكم المعاطاة بشرط تحقق قبض العين معه.
 الثالث: كونه فاسداً كغيره من العقود الفاسدة.
 (١) حيث قال قبل أسطر من نقل رواية: «إنما يحل الكلام و يحرم الكلام» ما لفظه: «نعم الإكتفاء في اللزوم بمطلق الإنشاء القولي غير بعيد»^أ.
 (٢) أي: بالإنشاء اللفظي غير الجامع للشرائط. و ظاهر كلمة «التخلص» أن الإجماع أجبنا إلى الإكتفاء بمطلق اللفظ في إنشاء العقود اللازمة، و لولا هذا الإجماع لأنكرنا شرطية اللفظ راساً، و قلنا بلزوم المعاطاة من أول الأمر.
 و على كل فوجه التخلص هو صدق «الإنشاء اللفظي» على الصيغة الملحونة أو الفاقدة لبعض الشرائط، و بهذا الصدق نخرج عن مخالفة الإجماع المزبور.

(*) الظاهر كونه غلطاً، و المناسب لما يذكره من قوله: «فان قلنا ... الخ» تبديل اللزوم بالصحة.

و كيف كان فملخص الكلام: أنه إذا حصل إنشاء التمليك بالقول غير الجامع لشرائط الصحة كأن يقول: «بعتك» فعلى القول بكفاية مجرد الإنشاء اللفظي في اللزوم و عدم الحاجة إلى غيره فلا إشكال في صحته و لزومه.
 و على القول بما عن المشهور من إعتبار أمور زائدة على اللفظ في اللزوم ففيه وجوه:

فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك^(١) عقداً لازماً.

(١) أي: بالقول غير الجامع للشرائط.

أحدها: رجوع ذلك الإنشاء القولي إلى المعاطاة مطلقاً، أي سواء تحقق معه قبض أم لا.

ثانيها: رجوعه إليها إذا تعقبه القبض مطلقاً، سواء حصل إنشاء آخر بهذا القبض أم لا. ثالثها: كونه بيعاً فاسداً لا يترتب عليه أثر سواء تحقق قبض بعده أم لا.

التحقيق أن يقال: إن المعاطاة إن كانت على طبق القاعدة فلا محيص عن الالتزام بكون إنشاء التمليك بالقول الفاقد لبعض شرائط الصحة بيعاً لازماً، إذ المفروض عدم نهوض دليل على إعتبار مبرزٍ خاص فيه، فدليل صحة البيع و نفوذه يقتضي صحة البيع المنشأ بلفظٍ فاقدٍ لشرائط الصحة، و لزومه كصحته إذا أنشئ بكتابة أو إشارة أو إلقاء حصة أو غير ذلك من كل فعل مبرز لاعتبار نفساني.

وإن كانت على خلاف القاعدة بأن اعتبر في صحة البيع لفظاً خاص كما اعتبر في النكاح والطلاق فلا ينبغي الإشكال في فساده إذا أنشئ بغير ذلك اللفظ الخاص، سواء أكان لفظاً أم فعلاً، و يكون الإنشاء بغير ذلك اللفظ الخاص كالعدم، و القبض به من صغريات المقبوض بالعقد الفاسد.

كما أنه إذا دل دليل على إعتبار لفظٍ خاصٍ بكيفية مخصوصة في لزوم العقد فلا ينبغي الإشكال أيضاً في صحته جوازاً، إذ المفروض كون المشروط بتلك الخصوصية هو اللزوم لصحة العقد و جوازه، فلا بد في الحكم باستمرار جوازه من ملاحظة دليل الجواز.

فإن كان له إطلاق يحكم بجواز العقد دائماً على حذو العقود الجائزة بالأصالة، ومع هذا الإطلاق لا وجه للتمسك باستصحاب الجواز، لحكومة الدليل الاجتهادي على الأصل العملي، فلا تصير هذه المعاملة لازمةً بطروء ملزمات المعاطاة، إلا إذا قام دليل خاص على اللزوم بها.

و إن لم يكن له إطلاق يُحكم باللزوم في غير القدر المتيقن، تمسكاً بعمومات

و إن قلنا^(١) بمقالة المشهور - من إعتبار أمور زائدة^(٢) على اللفظ - فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطة مطلقاً^(٣)، أو بشرط^(٤) تحقق قبض العين منه، أو لا يتحقق^(٥) به مطلقاً^(٦)؟

نعم^(٧) إذا حصل إنشاء آخر(*) بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطة.

(١) معطوف على «فان قلنا» وهذا شروع في بيان محلّ النزاع، وهو إلحاق الصيغة الفاقدة لبعض الشروط بالمعاطة.

(٢) مثل الماضية، و تقدّم الايجاب على القبول، والموالة، ونحوها.

(٣) هذا إشارة إلى الوجه الأول، و الإطلاق في مقابل قوله: «أو بشرط... الخ».

(٤) هذا إشارة إلى الوجه الثاني.

(٥) معطوف على قوله: «فهل يرجع» و هذا إشارة إلى الوجه الثالث. و ضمير

«به» راجع إلى الإنشاء القولي، يعني: أو لا يتحقق حكم المعاطة بالإنشاء القولي.

(٦) يعني: لا يكون الإنشاء القولي المزبور بحكم المعاطة مطلقاً، سواء تحقق معه قبض أم لا، فهذا الإنشاء عقد فاسد.

(٧) ظاهره الإستدراك على مورد البحث في هذا التنبیه من أنّ القول الفاقد لبعض الشرائط هل يُلحق بالمعاطة أم لا؟ حيث قال: «فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطة مطلقاً... الخ».

اللزوم، كما كان الأمر كذلك في المعاطة المتحققة بقبض العينين المفيدة للملك الجائز. غاية الأمر أنّ الجواز هناك كان بالسيرة و الاجماع على ما تقدّم في القول بجواز المعاطة، و هنا بدليل خاص لو قيل به.

(*) أو حصّل التراضي منهما بالتصرف في العينين، فإنّه يباح لهما التصرف

و لكن قوله: «نعم ... تحقق المعاطاة» إستثناءً منقطع، و غرضه توكيد بيان صورة أخرى ليست محلّ النزاع، لكونها بيعاً صحيحاً، كما لا ريب في صحة البيع في صورتين، إحداهما: إنشاؤه بالقول الجامع، و الأخرى: إنشاؤه بقبض العينين فكذا لا ريب في صحته في صورةٍ ثالثة، و هي: ما إذا إنتفت المتبايعان إلى أنّ القول الملحون لا يتحقق به البيع، فقصدنا إنشاء المعاملة بسبب آخر - و هو تعاطي العينين - و هو يوجب تحقق بيع صحيح، إذ ليست المعاطاة إلا إنشاء المعاملة بالفعل في قبالة إنشائها بالقول.

بذلك، و من المعلوم أنّ هاتين الصورتين خارجتان موضوعاً عن محلّ النزاع، و هو جريان حكم المعاطاة على الإنشاء بالصيغة الملحونة. فإذا فرض وقوع نفس المعاطاة بعد ذلك الإنشاء أو الرضا بالتصرف ولو مع فساد المعاملة - بحيث يكون الرضا به مغايراً للرضا المقوّم للمعاملة - كان خارجاً تخصّصاً عن موضوع البحث و عن حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد.

و إن أريد بقوله: «بشرط تحقق قبض العين» القبض بعنوان الوفاء - لا بعنوان المعاطاة - ففيه: أنّ القبض بعنوان الوفاء ليس دخيلاً في صحة العقد أصلاً، لأنّ المبرز للاعتبار النفساني هو الإنشاء بالصيغة الملحونة، فالعقد بدون القبض باطل، فضمّه إلى الإنشاء الباطل لا يصحّحه.

فالمتحصل: أنّ التفصيل بقوله: «أو بشرط تحقق قبض العين» غير سديد، لأنّه على تقدير كون القبض بنفسه معاطاةً خارج عن موضوع البحث، و هو إجراء حكم المعاطاة على الإنشاء بالصيغة الملحونة، لأنّ هذا القبض بنفسه معاطاة صحيحة، و لا يتوهم توقف صحة المعاطاة على عدم سبقها بعقد فاسد.

و على تقدير كون القبض وفاءً لما أنشئ باللفظ ليس له دخل في صحة العقد، لفرض بطلانه و عدم دخل القبض في صحته.

فالإنشاء^(١) القولي السابق كالعدم،

نعم تختلف هذه الصورة عن سابقتها بأن القبض الإنشائي وَقَعَ عقيب قول ملحون، بخلاف المعاطاة المتعارفة، فإنَّ القبض و الإقباض فيها إنشاء البيع من أول الأمر من دون سبق صيغة ملحونة عليها. و لكن هذا المقدار غير فارق في حكم الصورتين، فكلتاها مصداق للبيع المعاطاتي.

و بعبارة أخرى: القبض الواقع بعد الإنشاء القولي الفاقد لبعض الخصوصيات يقع تارةً بعنوان الوفاء بالعقد، و أخرى بعنوان إنشاء البيع بإنشاءٍ جديد، للعلم بعدم تأثير ذلك القول الناقص.

و الصورة الأولى هي محل النزاع في هذا التنبيه من كونها بحكم المعاطاة و عدمه. و أما الصورة الثانية فهي معاطاة صحيحة قطعاً، و لا شبهة فيها، و خارجة عن حريم النزاع.

(١) هذا أجنبي عن قوله: «نعم» و راجع إلى قوله: «فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة...» و يمكن أن يُدفع به توهم، بأن يقال: إنَّ إنشاء المعاملة و إن كان باللفظ الناقص الذي لا يُؤثّر عند المشهور في النقل و الانتقال، إلاَّ أنه قد تعقّبهُ القبضُ و الإقباضُ من البائع و المشتري، فيمكن أن يلحقه حكم المعاطاة، لتتحقق التعاطي من الطرفين حسب الفرض، مع زيادةٍ - على المعاطاة المتعارفة - و هي الإنشاء القولي الناقص.

و عليه فالصيغة الناقصة التي يلحقها التقابض لا تقلُّ عن المعاطاة المعهودة، فلا مجال لهذا البحث الطويل الذيل من جريان حكم المعاطاة على القول الناقص مطلقاً أو بشرط القبض.

و حاصل الدفع: منُعُ مقايسة القول الفاقد - المتعقب بالقبض - بالمعاطاة المعهودة، و بيانه: أنه يعتبر في مقام إنشاء العناوين الإعتبارية - من العقود

لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده^(١) خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً [مبنيًا]

والإيقاعات - القصد إلى العنوان و التسبب إليه باللفظ أو الفعل، أو إبرازه بأحدهما، على الخلاف في حقيقة الإنشاء. فإن أنشئت المعاملة بالإيجاب و القبول اللفظيين، أُعتبر تحقق قصد التملك مقترناً بهما، و تترتب آثار البيع على هذا الإنشاء القولي، فيجب الوفاء به بتسليم المبيع للمشتري، و الثمن للبائع، و لا يقصد المتبايعان إنشاء التملك بالقبض و الإقباض، و إنما قصدها بالقول.

و إن أنشئت المعاملة بالمعاطاة أُعتبر القصد إلى التملك و التملك حين التعاطي، لفرض التسبب به إلى العنوان البيعي.

و على هذا فإذا كان الإنشاء بالقول الملحون، و رَعِمَ المتبايعان تأثيره في النقل و الإنتقال كان قبض العينين خالياً عن قصد الإنشاء - كما يقصدانه في المعاطاة - بل هو مبني على وجوب الوفاء بذلك الإنشاء القولي الملحون، كما إذا كان ذلك اللفظ جامعاً للشرائط و الخصوصيات، حيث إن القبض المترتب عليه متمحض في الوفاء به، و ليس هناك قصد ثانوي لإنشاء المعاملة بالتقاض.

و لما كان الإنشاء الملحون ساقطاً عن التأثير عند المشهور - و كان القبض بعنوان الوفاء لا بعنوان الإنشاء الجديد - فلا محالة لم يتحقق سبب قولي و لا فعلي للتمليك. و هذا بخلاف المعاطاة المتعارفة، فإن التعاطي إنشاء التملك، و يشمله إطلاق دليل إمضاء البيع.

(١) أي: بعد القول غير الجامع لشرائط اللزوم. وجه عدم العبرة بهذا القبض هو خلوه عن قصد الإنشاء، لأنّ المتعاملين رَعِمًا تأثير ذلك القول، و اعتقداً وجوب الوفاء به، ضرورة كون الوفاء بالعقد الصحيح حقاً على كلا المتعاملين، فأقبض كلُّ منهما ماله للآخر أداءً لهذا الحق، لا إنشاءً جديداً للمعاملة. و حيث إن أصل الإنشاء باطل، فالقبض المتأخر عنه كذلك.

على كونه حقاً لازماً، لكونه^(١) من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ظاهر^(٢) كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين^(٣) الأوّل^(٤) تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق في صيغ عقود - على ما حكى عنه - بعد ذكره الشروط المعتبرة في الصيغة: «أنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه و علم التراضي منها كان معاطاة»^(٥) إنتهى.

(١) أي: لكون القبض حقاً لازماً، ووجه لزومه كونه من آثار الإنشاء القولي، ووفاء لما إلترما به من الإنشاء السابق.

(٢) هذا متعلق بقوله: «فهل يرجع ذلك الإنشاء» و غرضه بيان الأقوال في المسألة، و أنّ لكلّ من الوجوه الثلاثة قائلاً.

(٣) كالسيد المجاهد والفاضل الزاقي و صاحب الجواهر، قال في المناهل: «منهل: إذا كان إيجاب البيع و قبوله بغير العربية من الألفاظ الفارسية و غيرها، فلا إشكال حينئذٍ في صحة البيع، و إفادته بإباحة التصرف و نقل الملك، بناءً على المختار من إفادة المعاطاة ذلك، لظهور عدم القائل بالفصل بين الأمرين، و لفحوى ما دلّ على إفادة المعاطاة أو عمومها الملك. و هل يفيد ذلك اللزوم كما إذا كان الإيجاب و القبول عربيين أولاً؟ بالثاني صرح المحقق الثاني في حاشية الإرشاد و جامع المقاصد ... الخ». و قال في الجواهر: «لكن قد عرفت سابقاً: أنّ قصد التملك العقدي غير مشخص، مع فرض تحقق البيع بالمعاطاة التي منها الصيغة الملحونة مثلاً»^٣.

(٤) و هو كونه بحكم المعاطاة مطلقاً.

(٥) و قال بعده على ما حكى عنه: «لا يلزم إلّا بذهاب العينين».

أ : رسالة صيغ العقود و الايقاعات (ضمن مجموعة رسائل المحقق الكركي) ج ١، ص ١٧٨.

والمحاكي لهذه العبارة هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٩

ب : المناهل، ص ٢٧٠. مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦١ و ٣٦٢، المسألة الخامسة من مسائل الفصل

الأوّل. جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٧

و في الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق: «إنها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح»^(١) انتهى.
و ظاهر الكلامين^(٢) صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره^(٣).

و ظاهر^(٤) تصريح جماعة منهم المحقق و العلامة بأنه «لو قبض ما إبتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه» هو^(٥) الوجه الأخير^(٦)، لأن^(٧)

ثم إن هذا الكلام من المحقق الثاني صريح في كون الإنشاء القولي الملحون معاطاة، فيجري فيه ما يجري فيها من لزومه بتلف العينين، و جواز التراد قبله.

(١) وجه دلالة هذا الكلام على كون الصيغة الفاقدة للشرائط - التي هي مورد البحث - بحكم المعاطاة هو: أن المناط في إجراء حكم المعاطاة على الإشارة هو إفهام المقصود صريحاً، و من المعلوم وجود هذا المناط في موضوع البحث.

(٢) حيث إن رجوع الضمير - الذي هو إسم «كان» في قول المحقق تَبَيَّنَ «كان معاطاة» - إلى: إيقاع البيع بغير ما قلناه - مما لا ينبغي إنكاره.

و كذا قول الشهيد في الروضة: «إنها تفيد المعاطاة» فإن ضمير «إنها» راجع إلى الإشارة، و من المعلوم أن المستفاد منها كون نفس الإنشاء الملحون و الإشارة معاطاة.

(٣) أي: آثار الإنشاء بالقول الملحون، فلا يتحقق الإنشاء بالقبض حتى يتوهم تحقق المعاطاة بهذا التقابض.

(٤) مبتدأ معطوف على قوله قبل أسطر: «ظاهر كلام غير واحد من ... الخ» و هذا بيان القائل بالوجه الثالث، أي: كون الإنشاء القولي الملحون بحكم العدم.

(٥) خبر «و ظاهر».

(٦) و هو عدم جريان حكم المعاطاة على الإنشاء القولي الفاقد للشرائط.

(٧) هذا تقريب الظهور، و محصله: أن مرادهم ظاهراً بالعقد الفاسد الذي صرحوا فيه بالضمأن و عدم الملكية هو الإنشاء القولي الفاقد للشرائط الذي هو مورد بحثنا.

مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد إختلال شروط الصيغة^(١)، كما ربما يشهد به^(٢) ذكرُ هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين. و إما^(٣) يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر^(٤).

وجه الظهور: أنهم ذكروا هذا الكلام و هو قوله: «لو قبض ما ابتاعه ... الخ» بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين، فيكون قولهم: «لو قبض ما ابتاعه» تفريراً على فساد العقد لأجل فقدان شروط الصيغة، لا لفقدان شروط الأخر.

ولو سلمنا شمول العقد الفاسد لما إذا كان منشأ الفساد إختلال شروط العوضين و المتعاقدين أيضاً لم يقدح ذلك فيما نحن بصدده من كون الصيغة الملحونة موضوعاً للبحث و النزاع في جريان حكم المعاطاة فيها و عدمه. فكلامهم المزبور أعني به: «لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك ... الخ» شامل للإنشاء القولي الملحون.

و من هذا البيان ظهر وجهُ تعبير المصنف بـ «ظاهر تصريح» فإنَّ المحقق و العلامة صرحاً بحكم المقبوض بالعقد الفاسد من حيث عدم التملك و الضمان، و لم يصرّحاً بمنشأ الفساد، فاستظهر المحشون - من إطلاق الفساد - عدم تأثير الصيغة الملحونة.

(١) كتقدم الإيجاب على القبول، و الماضية بناءً على إعتبارها، و الموالاتة بين الإيجاب و القبول، و التطابق بينهما.

(٢) أي: بكون منشأ الفساد مجرد إختلال شروط الصيغة.

(٣) معطوف على «إما خصوص».

(٤) لشمول إطلاق «الفساد» لجميع موجبات الفساد من إختلال شروط الصيغة و العوضين و المتعاقدين، فالمراد بـ «غيره» هو الفساد من جهة إختلال شروط المتعاقدين كعدم بلوغ أحدهما، و العوضين، و ككون أحدهما مجهول الوصف.

و كيف كان^(١) فالصورة الأولى^(٢) داخلة قطعاً^(٣).
و لا يخفى^(٤) أنّ الحكم فيها^(٥) بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاة.
و ربما يجمع^(٦)

(١) أي: سواء أكان مرادُ المحقق و العلامة من العقد الفاسد خصوصَ الإنشاء القولي الفاقِد لبعض الشرائط، أم الأعم منه و من إختلال شروط المتعاقدين أو العوضين.

(٢) و هي كون فساد العقد لإختلال شروطه كما هو موضوع البحث.
(٣) لصدق «الفاسد» على الصيغة الفاقدة لشروطها، و لكون الكلام المزبور و هو «لو قبض ما إبتاعه بالعقد الفاسد ... الخ» مذكوراً بعد شروط الصيغة، و هذا قرينة على كون الكلام المذكور متفرّغاً على شروط الصيغة.
(٤) غرضه إبداء إشكالٍ على الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، و جعل العقد الملحون كالمعاطاة في الحكم بالإباحة.

و محصل الإشكال: منافاة الضمان للمعاطاة، لأنّ جريان حكم المعاطاة في الإنشاء القولي الملحون يقتضي عدم الضمان، فينافيه الحكم بالضمان.
فأجاب عنه المصنف بأنّ حكم المحقق و العلامة بضمان المقبوض بالعقد الفاسد قرينة على عدم لحوق حكم المعاطاة بالصيغة الملحونة، فالإنشاء الملحون يكون بحكم العدم. ولو كان هذا معاطاةً لم يكن وجهً للضمان فيه، لكونها صحيحة شرعاً حينئذٍ.

و عليه يظهر التهاوت بين نظر المحقق و العلامة من الحكم بالفساد، و بين نظر المحقق و الشهيد الثانيين من إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاطاة، و قد تصدّى السيد الفقيه العاملي رحمته الله للجمع بين كلامي الطائفتين.

(٥) أي: في الصورة الأولى و هي فقدان شروط الصيغة.

(٦) الجامع هو السيد الفقيه في مفتاح الكرامة في مبحث المقبوض بالعقد

بين هذا الكلام^(١) و ما تقدم^(٢) من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال^(٣): «إنّ موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة إنتفى الإذن، لترتب^(٤) على زعم

الفاسد. ذكره بعد نقل كلمات جمع من الأصحاب، آخرها عبارة المسالك و هي: «لا إشكال في الضمان - أي ضمان المقبوض، بالعقد الفاسد - إذا كان جاهلاً بالفساد، لأنه قديم على أن يكون مضموناً عليه فيحكم عليه به و إن تلف بغير تفریط». أ. (١) و هو: لو قبضَ ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه. (٢) حيث قال قبل أسطر: «بأنّ العقد الفاسد للشروط يكون معاطاة». (٣) هذا تقريب الجمع بين الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد و بين جريان حكم المعاطاة على العقد الفاسد.

و محصل الجمع بينهما هو تغاير الموضوع في المسألتين، إذ الموضوع في الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو تقيّد الإذن في التصرف بصحة المعاملة، بحيث يكون الرضا مفقوداً في صورة فساد المعاملة.

و الموضوع في جريان حكم المعاطاة هو صورة إطلاق الإذن لكلتا صورتى صحة المعاملة و فسادها، إمّا لحدوث الإذن و الرضا بالتصرف بعد علمهما بالفساد، بحيث يستند جواز التصرف إلى الرضا الحادث المستمرّ إلى زمان القبض، و إمّا لكون الإنشاء من أوّل الأمر على نحو تعدّد المطلوب. و لم يظهر من المحقق و العلامة رحمتهما القائلين بضمان المقبوض بالعقد الفاسد ذهباُهما إلى الضمان في صورة بقاء الإذن بالتصرف إلى زمان القبض، و عدم جريان حكم المعاطاة فيها حتى يكونا مخالفين للمحقق و الشهيد الثانيين.

(٤) أي: لترتب الإذن في التصرف على سبب واحد و هو إعتقاد صحة العقد، و حيث كان العقد فاسداً فلا إذن، لانقضاء الموقوف بانتفاء الموقوف عليه.

الصحة، فكان التصرف تصرفاً بغير إذنٍ و أكلاً للمال بالباطل، لإختصار وجه الحِلِّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارةً عن تراضٍ أو هبةً، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. والأولان^(١) قد إنتفيا بمقتضى الفرض. وكذا البواقي^(٢)، للقطع من^(٣) جهة زعمها صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف، مع عدم بذل شيءٍ في المقابل، فالرُّضا المقدم كالعدم^(٤). فإن^(٥) تراضيا(*) بالعوضين بعد العلم بالفساد، وإستمرَّ رضاها، فلا كلام في صحة المعاملة وَرَجَعَتْ إلى المعاطاة، كما إذا عُلِمَ الرُّضا من أوَّل الأمر بإباحتهما التصرف بأبي وجهٍ إتفق،

- (١) وهما البيع والتجارة عن تراض. و وجه إنتفائهما بعد إرتفاع الإذن واضح.
- (٢) أي: الهبة ونحوها من المجانيات، فإن إنتفاء الإذن يوجب إنتفاءها أيضاً.
- (٣) كلمة «من» نشوية، يعني: للقطع الناشئ عن زعم صحة المعاملة، حاصله: أنّ القطع بعدم الرضا بالتصرف ناشٍ عن عدم صحة المعاملة، حيث إنَّ الرُّضا كان متقوماً بصحة المعاملة، فإنتفاؤها يوجب إنتفاء الرُّضا قطعاً.
- (٤) لتقوُّمه بما يكون منتفياً واقعاً، فلا عبرة به.
- (٥) هذا بيان لمورد كلام المحقق والشهيد الثانيين ومن تبعهما - بناءً على الجمع المذكور في مفتاح الكرامة - و حاصله: أنّ مورد الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد هو صورة العلم بعدم الرُّضا بالتصرف على تقدير البطلان، و مورد جريان حكم المعاطاة - الملازم لعدم الضمان فيه - هو صورة العلم بتجدُّد الرضا به بعد العلم بالفساد. و على هذا الجمع لا يبقُ تهافت بين الكلامين.

(*) بل الظاهر أنّ مورد حكم المشهور بضمان المقبوض بالعقد الفاسد هو صورة تقيُّد الإذن بصحة المعاملة، فمع الفساد يستفي الإذن. و مورد كلام المحقق والشهيد الثانيين هو صورة إطلاق الإذن لصورتي صحة المعاملة وفسادها.

سواء صحّت المعاملة أو فسدت، فإنّ ذلك ليس^(١) من البيع الفاسد في شيء» (*).

أقول: المفروض^(٢) أنّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا يتضمّن إلاّ إنشاءً واحداً هو التملك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن

(١) حتى يكون المقبوض به من المقبوض بالمقد الفاسد المحكوم بالحرمة و الضمان.

(٢) غرضه تبيّح الإشكال على الجمع المزبور المشتمل على أمرين:

أحدهما: تحقق المعاطة بالتراضي الموجود حال العقد إذا علم بعدم تقيّده بصحة المعاملة. و قد تعرّض لهذا الأمر بقوله: «كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتها التصرف».

و قد أجاب المصنف عنه بقوله: «المفروض أنّ الصيغة ... الخ» و محصله: أنّ التراضي الموجود حين العقد مقيّد بالتملك لا مطلق، و من المعلوم إنتفاء المقيّد بانتفاء قيده، فبإنتفاء التملك ينتفي التراضي.

ثانيهما: حصول المعاطة بالتراضي الجديد الحادث بعد العقد و العلم بالفاسد. و قد تعرّض السيد العاملي لهذا الأمر بقوله: «فان تراضيا بالعوضين» الى قوله: «و رجعت إلى المعاطة».

و قد أجاب عنه المصنف بقوله: «مع أنّك عرفت ... الخ» و حاصله: أنّ كلام الشهيد و المحقق الثانيين لا يقبل الحمل على التراضي الجديد، و وقوع معاطة جديدة بالتقاطبض الواقع بعد العقد الفاسد، و ذلك لظهور كلامهما في حصول المعاوضة بنفس الإشارة المفهمة، و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقاطبض الحاصل بعدهما.

(*) لكنّه ليس من المعاطة المعهودة أيضاً، بل هو إباحة مالكيّة لا تلزم بملزومات

المعاطة. مع أنّ مورد كلام المحقق و الشهيد الثانيين عَلَيْهِمَا السَّلَامُ إلحاق نفس اللفظ الملحون بالمعاطة، و لا أثر من الرضا غير المعاملي في كلامهما.

الحاصل في ضمن التملك بعد فرض إنتفاء التملك^(١)، و الموجود بعده^(٢) إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خَرَجَ عن محل الكلام، لأنَّ المعاطاة حينئذٍ إنما تحصل(*) به لا بالعقد الفاقد للشرائط.

مع أنك^(٣) عرفت أنَّ ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصولُ المعاوضة و المراضة بنفس الإشارة المفهمة^(٤) بقصد البيع، و بنفس الصيغة^(٥) الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

(١) حيث إنه مقيد بالتملك، و بإنتفاء القيد ينتفي المقيد.

(٢) أي: بعد إنتفاء التملك العقدي. و هذا إشكال على ما ادَّعاه السيد العاملي رحمته من وجود إذن بعد فساد العقد، و محصل الإشكال: أنَّ الإذن المدَّعى إن كان إنشائياً حاصلًا بالتقابض بقصد المعاطاة كان خارجاً عن محل الكلام، و مندرجاً في حصول إنشاء جديد بعد الصيغة الملحونة، و هذه المعاطاة صحيحة بلا ريب كما سبق في قول المصنف رحمته: «نعم إذا حصل إنشاءً آخر بالتقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة». و إن كان هذا الإذن هو الذي تحقق بإنشاء الملحون فالمفروض فساده، فينتفي الإذن قطعاً.

(٣) هذا إشكال على حصول المعاوضة بالتقابض الحادث بعد الإنشاء الملحون، و قد تقدم آنفاً.

(٤) كما هو مصبّ كلام الشهيد الثاني رحمته.

(٥) كما هو مورد كلام المحقق الثاني رحمته.

(*) حصول المعاطاة التي هي محل الكلام في إفادتها الملك أو الإباحة بالتقابض - مضافاً إلى خروجها عن موضوع البحث - ممنوعٌ جداً، لأن تلك المعاطاة التي قامت السيرة على إباحة التصرف بها هي التي قصد بها التملك، لا مجرد التراضي بالتصرف، فإنه خارج عن المعاطاة المصطلحة. بل التراضي المزبور لا يجدي إلا الإباحة المالكية لا الشرعية التي هي المقصودة في المعاطاة.

و منه^(١) يعلم فسادُ ما ذكره من حصول المعاطاة بتراضٍ جديد بعد

(١) أي: و من ظهور كلام المحقق و الشهيد الثانيين - في حصول المعاوضة و المرأضة بنفس الإنشاء الملحون و الإشارة المفهمة - يُعلم فساد . . الخ، و هذا إشكال المصنف على ما ذكره السيد الفقيه العاملي رحمته في الأمر الأوّل بقوله: «فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد» و محصل الإشكال أمور:

الأوّل: أنّ الحمل على التراضي الجديد خلاف ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين، لما عرفت من ظهور كلاميهما في إلحاق نفس الإنشاء القولي الملحون و الإشارة المفهمة بالمعاطاة، و ليس من الرّضا الحادث عين و لا أثر في عبارتيهما، فيصير حملُ الكلامين على حصول المعاطاة بإنشاء جديد أجنبيّاً عنها، لا توجيهاً لها. الثاني: أنه لو سلّمنا إستناد حليّة التصرف في المالين إلى التراضي الجديد فهو مخصوص بما إذا علم المتبايعان فسادَ العقد، و عدم ترتب النقل و الإنتقال عليه، حتى يأذن كلّ منهما للآخر بالتصرّف فيما يأخذه. و أمّا إذا لم يعلما بالفساد أو علّما به و لم يرضيا بالتصرف فلا مجال لتوجيه السيد رحمته، إذ لا معنى للرّضا الجديد في هاتين الصورتين. مع أنّ كلام الفقهاء مطلق يعمّ جميع الصور الثلاث، يعني: سواء علما بفساد ذلك الإنشاء الناقص أم لم يعلما به، و سواء رضيا بالتصرف بعد العلم بالفساد أم لم يرضيا به.

و عليه يكون قول السيد رحمته: «فان تراضيا بعد العلم بالفساد» توجيهاً للصحة في صورة واحدة - و هي العلم بالفساد و الرضا الحادث - لا في جميع الصور، فالمناسب حينئذٍ التفصيل في إطلاق فتوى الأصحاب، لا دعوى توجيهه في جميع الصور.

الثالث: أنّ أصل هذا التوجيه - بفرض الرّضا الحادث - ممنوع، مع الغض عن إباء كلام الأصحاب عن حمله عليه. و سيأتي توضيح المنع عن قريب.

العقد غير^(١) مبنيٌّ على صحة العقد.

ثم^(٢) إنَّ ما ذكره من التراضي الجديد بعد العلم بالفساد - مع إختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور^(٣) مع أنَّ كلام الجميع مطلق - يرد عليه: أن^(٤) هذا التراضي

(١) بالجر صفة لـ «تراضٍ جديد».

(٢) قد عرفت توضيح هذا الإشكال آنفاً، و حاصله: أنَّ ذلك الجمع مختص بصورة علم المتعاملين بالفساد حتى يتراضيا بالإنشاء ثانياً بالقبض، مع أنَّ كلامهم مطلق، حيث إنَّهم حكموا بالفساد والضمان مطلقاً سواء علم المتبايعان بالفساد أم لا .
(٣) المراد من الصُور صورتان، إحداهما: علم المتبايعين بفساد الإنشاء القولي وعدم إنشاء إذنٍ جديد، والثانية: جهلها بفساده.

(٤) هذا أصل الإشكال على الجمع المزبور، و حاصله: أنَّ التراضي الجديد - المفروض حدوده بعد العلم بالفساد - غير مجدي على تقدير، وغير واقِع على تقدير آخر. و بيانه: أنَّ هذا التراضي إن كان لا على وجه المعاطاة، و لا تقابض آخر في البين، بل رضي كلُّ منهما بتصرُّف الآخر في ماله، ففيه: أنَّه على فرض حدوده إباحتُه مجانيَّة لا يترتب عليها إلا جواز التصرف المستند إلى طيب النفس. و هذا غير المعاطاة المصطلحة، و هي التي يقصد بها التملك، و تترتب عليها الملكية أو الإباحة الشرعية، و من المعلوم أنَّ المقصود بالمعاطاة هنا هو المصطلح منها.

و إن كان على وجه المعاطاة بأن كان التراضي منها على إنشاء التملك حتى تندرج في المعاطاة المصطلحة - التي هي من المعاوضات - ففيه: أنَّه ليس في المقام تراضٍ جديد، إذ المعاطاة المعهودة هي التي قصد بها التملك، كما تقدم عن المحقق الثاني، و من المعلوم عدم تراضٍ جديد على التملك بعد العلم بفساد العقد، بل التراضي الموجود فعلاً هو التراضي الذي كان على التملك السابق.

إن كان^(١) تراضياً آخر حادثاً بعد العقد، فإن كان لا على وجه المعاطاة، بل كلُّ منهما رضي بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاه صاحبه بتصرفه في ماله، فهذا ليس من المعاطاة، بل هي إباحة مجّانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع، لأنّه^(٢) كالإذن الحاصل من شاهد الحال^(٣)، ولا يترتب عليه أثر المعاطاة من اللزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع.

(١) لم يذكر المصنّف عدلاً لهذه الشرطية، فالأولى أن يقال: «إن هذا التراضي الحادث بعد العقد إن كان لا على وجه المعاطاة ... الخ».

(٢) تعليل لدوران هذه الإباحة المجّانية مدار العلم بالرضا، وعدم كفاية الجهل بالرجوع عن الإباحة.

(٣) في لزوم إحراز الإذن في إباحة التصرف، وعدم كفاية عدم العلم بالرجوع عن الإذن. والوجه في عدم الكفاية هو: أنّ الإذن بالتصرف إنحلاي، فكلُّ فردٍ من أفراد الطولية والعرضية لا بدّ أن يكون مقروناً بالإذن، فمع العلم به يجوز التصرف، وبدونه لا يجوز. ومع الشك لا مجال للإستصحاب، لتعدد الموضوع، ضرورة أنّ كل فردٍ من أفراد التصرف موضوع مستقل، وإستصحاب الإذن في الفرد المشكوك فيه تسريّة الحكم من موضوع إلى آخر، وهو أجنبي عن الاستصحاب و مندرج في القياس المسدود بابه.

و بالجملّة: فلا مجال لإستصحاب الإذن في الفرد من التصرف. بخلاف الرجوع في المعاطاة المفيدة للإباحة الشرعية، حيث إنّ غايتها رجوع المالك، ومع الشك فيه يستصحب عدم الرجوع.

ففرق واضح بين الرجوع في المعاطاة، وبين الإذن وطيب النفس في الإباحة المالكية، فإنّ الإباحة المالكية منوطة بالعلم بطيب النفس في كل فرد من

و إن كان^(١) على وجه المعاطاة فهذا ليس إلا التراضي السابق على^(٢) ملكية كل^٣ منها لملك الآخر، و ليس تراضياً جديداً - بناءً^(٣) على أن المقصود بالمعاطاة التملك كما عرفته من كلام المشهور^(٤) خصوصاً المحقق الثاني^(٥) -

أفراد التصرف.

(١) معطوف على: «فإن كان» و هذا شق آخر من المنفصلة، و قد عرفت توضيحه آنفاً.

(٢) متعلق بالتراضي، لا بالسابق، يعني: التراضي على مالكية كل منها لمال الآخر، و هذا التراضي هو الحاصل بالإنشاء الفاقد لبعض خصوصيات الصيغة، و لم يحصل هذا التراضي بإنشاء جديد بعد العلم بفساد الإنشاء الأول.

(٣) حاصله: أنه - بناءً على كون المقصود بالمعاطاة التملك - لا يكون هنا تراضٍ جديد على التملك، بل ذلك التراضي المتحقق حال العقد الفاسد. نعم بناءً على كون المقصود بالمعاطاة الإباحة فلا بد من التراضي الجديد على الإباحة، لأن التراضي السابق كان على التملك لا على الإباحة.

(٤) حيث إن محطَّ نظر المشهور القائلين بالإباحة التعبدية هو المعاطاة المقصود بها الملك، و قد إستظهر المصنف رحمته هذا من عبارات الأصحاب عندما خاض في تحقيق النزاع بين المحقق الكركي و صاحب الجواهر رحمتهما.

(٥) حيث نقل عنه المصنف بعد نقل الأقوال في المعاطاة ما لفظه: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم يكن كالعقد في اللزوم ... الخ»^ب.

أ: راجع الجزء الأول من هذا الشرح، ص ٣٣٦ إلى ٣٤٤

ب: راجع الجزء الاول من هذا الشرح، ص ٣٤٥ إلى ٣٤٧

فلا يجوز^(١) له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: «إنَّ الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي يدخل في المعاطاة» التراضي^(٢) الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة^(٣) (*).

(١) متفرع على كون المقصود بالمعاطاة التملك. وجه عدم الجواز هو: أنَّ المعاطاة عنده هي المقصود بها التملك، فالتراضي الجديد على الإباحة لا يوجب الإندراج في المعاطاة المزبورة، بل تكون هذه الإباحة أجنبية عن البيع المنقسم الى القولي والمعاطاتي.

(٢) مفعول «يريد».

(٣) يعني: المعاطاة المفيدة للإباحة.

هذا تمام ما أفاده المصنف حول الوجه الأوّل، وهو إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاطاة كما إختاره المحقق والشهيد الثانيان، والوجه الثالث وهو كونه عقداً فاسداً، الذي إختاره المحقق والعلامة، وما أفاده السيد العاملي رحمته من محاولة الجمع بينهما، ثم نقاش المصنف في الجمع المزبور. و سيأتي مختاره في إلحاق الإنشاء الملحون بالمعاطاة وعدمه.

(*) ولا يخفى أنَّ المحقق الخراساني رحمته جمع بين ما عن المشهور من عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد و ضمانه، وبين ما عن المحقق والشهيد الثانيين وغيرهما من جريان حكم المعاطاة على الإنشاء القولي غير الجامع للشرائط بما هذا لفظه: «و الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم إقتضائي لا فعلي، بمعنى: أنَّ قضية فساده بما هو عقد ذلك لو لم يجئ في البين الحكم بصحته بوجهٍ آخر أي بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في

و تفصيل^(١) الكلام: أَنَّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إمَّا أن يقع تقابضها بغير رضا من كلِّ منهما في تصرُّف الآخر، بل حَصَلَ قهراً عليها أو على أحدهما وإجباراً على العمل بمقتضى العقد، فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه^(٢).

(١) أي: تفصيل المطلب الذي عَقَدَ له هذا التنبيه الثامن و ما يصح إختياره فيه، لا تفصيل الكلام في الجمع بين الكلامين و رفع التهافت بينهما.

(٢) أي: وجه العمل بمقتضى العقد الفاسد إجباراً، و محصل ما أفاده من التفصيل هو: أَنَّ التعاطي بالعقد الفاسد يتصور ثبوتاً على وجوه:

أحدها: أن يترتب عليه التقابض من المتعاطيين قهراً عليهما أو أحدهما بعنوان الوفاء بالعقد. و لا إشكال في حرمة التصرف في هذه الصورة، لعدم مسوِّغ لهذا التصرف المشروط جوازَه بطيب نفس المالك المفقود هنا، إذ المفروض بطلان العقد و عدم تأثيره في التملك، و عدم التراضي منها في إباحة التصرف، فلا محالة يكون تصرفٌ كلُّ منها في مال الآخر حراماً و موجِباً للضمان.

المقامين، فتفطن^أ.

و فيه: أن الحمل على الحكم الإقتضائي و إن كان في نفسه حسناً، لكنه إمَّا يصح فيما إذا صار فعلياً ولو في بعض الأزمنة كالأحكام الأولية مثل وجوب الوضوء عند طرؤه عنوان ثانوي كالضرر، فإنَّ الجمع بين الحكم الأولي و الثانوي بحمل الأولي على الإقتضائي، و الثانوي على الفعلي في غاية المتانة. بخلاف المقام، فإنَّ جعل الحرمة و الضمان فيه بنحو الإقتضاء لغو، لعدم فعليتهما أصلاً، ضرورة وجود عنوان المعاطاة دائماً في المقبوض بالعقد الفاسد، فلا يصير شيء من الضمان و الحرمة في المقبوض بالعقد الفاسد في شيءٍ من الأزمنة فعلياً، بل يبقىان على الإقتضاء.

وكذا^(١) إن وَقَعَ على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلٍّ منها على ملكية الآخر إعتقاداً^(٢) أو تشريعاً، كما في كلِّ قبضٍ وَقَعَ على هذا الوجه^(٣)، لأنَّ^(٤) حيثية

ثانيها: أن يترتب التقابض على العقد الفاسد بعنوان الوفاء بمقتضى ذلك العقد وإن كان برضاها مقيداً بالوفاء، لبنائهما على صحة ذلك العقد إعتقاداً أو تشريعاً. وعبارة أخرى: يتقابضان مع التراضي بناءً على كون ذلك التقابض عملاً بمقتضى العقد، لإعتقاد صحته شرعاً - من جهة جهلها بفساد العقد واقعاً - أو تشريعاً بالبناء على صحة ذلك الإنشاء الفاقد لشروط التأثير. وحكم هذا الوجه هو الحرمة والضمان، لشمول قولهم: «المقبوض بالعقد الفاسد مضمون ويحرم التصرف فيه» له.

ثالثها: أن يكون التقابض بقصد إنشاء التمليك بعد الإعراض عن أثر العقد الأول. ولا إشكال في جواز التصرف، وعدم الضمان فيه، لكونه معاطاةً صحيحةً عقيب عقدٍ فاسدٍ.

رابعها: أن يكون الرضا بالتصرف مقارناً لإعتقاد الملكية، لا مقيداً به حتى يرتفع بانتفاء الملكية. وسيأتي حكم هذا الوجه من إبتناء شمول المعاطاة له على أمرين.

(١) يعني: وكذا لا إشكال في حرمة التصرف إن وقع التقابض على وجه الرضا... الخ. وهذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدم بقولنا: «ثانيها: أن يترتب... الخ».

(٢) يعني: أن التقابض - بعنوان الوفاء بالعقد الفاسد - موجب للضمان، سواء أكان عن إعتقادٍ بصحة العقد جهلاً بحقيقة الأمر، أو عن التشريع بالبناء على صحته مع العلم بفساده أو مع عدم العلم بصحته. والوجه في الضمان عدم حصول سبب حلئية التصرف والملكية.

(٣) أي: على وجه بناءٍ كلٍّ منها على ملكية القابض لما يقبضه.

(٤) تعليل لحرمة التصرف في كلا الوجهين، وهما: الإيجابار على العمل بمقتضى

كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه جهةً تقييدية^(١) مأخوذةً في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع كما في نظائره^(٢).

و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين.

العقد الفاسد، و رضا كلٍّ منهما بالتصرف في مال الآخر إعتقاداً بأنه ماله، أو تشريعاً. و حاصل التعليق: أنَّ المستفاد من مثل قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفسه» هو إعتبار طيب نفس المالك بتصرف الغير في ماله بما أنه ماله و هو مالكُه، فإذا أُنيط الرضا بكون القابض مالكاً إنتفى بانتفاء المالكية، إذ ليس رضا المالك - بما أنه أجنبي عن المال - كافياً في جواز التصرف.

و على هذا فإذا باع زيد كتاباً من عمرو بدينار - ببيع صحيح - و أقبضه الكتاب كان رضاه بالقبض من جهة كون القابض مالكاً مستحقاً للكتاب. و أما إذا كان يبيعه فاسداً فالمشترى القابض للمبيع يعلم بعدم مالكيته للكتاب و عدم إستحقاقه له، و حرمة التصرف فيه من جهة إنتفاء الملكية.

و الحاصل: أنَّ الرضا بالقبض ليس مطلقاً، بل مقيد بكون القابض مالكاً، و حيث إنَّ الملكية منتفية في الوجه الأوّل و الثاني كان الرضا بالقبض منتفياً أيضاً، فيكون تصرف الآخذ كتصرف الغاصب في الضمان و الحرمة.

(١) يعني: يتقيد الرضا بالتصرف بما إذا كان القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه.
(٢) كما إذا أعطى زيداً ديناراً لعمرو باعتقاد كونه مديوناً له، فأدّى دينه به، و رضي بتسليم عمرو للدينار و تصرفه فيه بما أنه مالكة، و لكن عليم عمرو بعدم إستحقاقه شيئاً على زيد، فإنه لا يجوز له التصرف في الدينار بمجرد رضا زيد بإقباضه إياه.

و وجه عدم الجواز هو: أنَّ رضا زيد بالتصرف في الدينار ليس مطلقاً، بل مقيد بكون القابض - و هو عمرو - مالكاً، و مع عدم مالكيته له واقعاً ينتفي رضا زيد بالتصرف في ماله، فإنَّ إنتفاء المقيد بانتفاء قيده من القضايا التي قياساتها معها.

كما أنه لا إشكال^(١) في الجواز إذا أعرضنا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاةً صحيحةً عقيب عقد فاسد.

و أما^(٢) إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد - من دون إستثنائه على إستحقاقه بالعقد السابق، و لا قصد لإنشاء التملك، بل وقع مقارناً لاعتقاد الملكية الحاصلة، بحيث^(٣) لولاها كان الرضا أيضاً موجوداً.

(١) إشارة إلى الوجه الثالث. و الوجه في عدم الإشكال في جواز التصرف فيه وإنتفاء الضمان هو كون التقابض حينئذٍ مصداقاً للمعاطاة، و عدم توقف صحتها على العقد السابق الفاسد حسب الفرض.

(٢) هذا إشارة إلى الوجه الرابع، و هو مقارنة الرضا بالتصرف لاعتقاد الملكية به لا مقيداً به، و كون العقد الفاسد وسيلةً للتصرف، بحيث لو سُئِلَ كُلُّ منها بعد فساد العقد «هل تكون راضياً بتصرف صاحبك في مالك» لأجاب بقوله: «نعم». و حكم هذا الوجه: أن إدخاله في المعاطاة منوط بأمرين:

أحدهما: كفاية الرضا الإرتكازي في حصول المعاطاة. و لعل ما أفاده في مفتاح الكرامة من قوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتها التصرف بأي وجهٍ إتفق» يرجع إلى ذلك. و الوجه في كفاية هذا الرضا المركوز في النفس - بل الرضا الشأني - هو صدق «طيب النفس» على هذا الرضا.

ثانيهما: عدم إعتبار إنشاء الإباحة أو التملك بالتقبض في إباحة التصرفات، بل عدم إعتبار فعلٍ في ذلك، و كفاية وصول كلٍّ من العوضين إلى المالك الآخر، و حصول الرضا بالتصرف قبله أو بعده.

فإن تمّ هذان الأمران صحَّ الوجه الرابع، و جاز التصرف لكلِّ واحدٍ منها، و إن نوقش فيها أو في أحدهما لم يصح، و لحقَّه حكمُ المقبوض بالعقد الفاسد، و سيأتي مناقشة المصنف في الأمر الثاني.

(٣) أي: بحيث لولا الملكية، و هو متعلق بقوله: «وَقَعَ» و بيان لمقارنة الرضا

وكان^(١) المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، و أوقعا العقدَ الفاسدَ وسيلةً له. و يكشف عنه^(٢) أنه لو سُئل كلُّ منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان^(٣) راضياً - فإدخال^(٤) هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين(*):

بالتصرف لا اعتقاد الملكية.

(١) معطوف على «لولاها» يعني: بحيث كان المقصود الأصلي ... الخ. وهذا من عطف العلة على المعلول.

(٢) أي: عن كون المقصود الأصلي من المعاملة هو التصرف.

(٣) جزاء الشرط في قوله: «لو سُئل».

(٤) جزاء الشرط في قوله: «و أما إن وقع الرضا بالتصرف» و غرضه بيان حكم الوجه الرابع، و قد عرفت آنفاً أن إدراجه في المعاطاة مبني على أمرين. أحدهما: عدم اشتراط المعاطاة بالرضا الفعلي.

وثانيهما: عدم توقف المعاطاة على خصوص الإنشاء الفعلي بالقبض و التعاطي، بل البناء على كفاية وصول كل من العوضين إلى الآخر في تحقق المعاطاة.

(*) قال السيد توفي: «الحق عدم تمامية شيءٍ منهما. أما الأول فلأن الرضا الباطني وإن كان كافياً في جواز التصرف في مال الغير، إلا أنه لا يكفي في لحوق حكم المعاطاة من اللزوم بالملزمات و غيره. و أما الثاني فلأنه لا بد في تحقق المعاملة من إنشاء قولي أو فعلي، فلا يكفي مجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر. و دعوى: أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، و أن السيرة التي هي عمدة الدليل موجودة في المقام كما ترى، فإننا نمنع أن مجرد الرضا كافٍ، بل لا بد من الإنشاء الفعلي أو القولي. و السيرة ممنوعة، و مسألة أخذ الماء و البقل و دخول الحمام ليست من باب المعاطاة، بل من باب الإذن المعلوم بشاهد الحال. و على فرضه فليست مورداً للسيرة المستمرة الكاشفة كما لا يخفى. فالتحقيق عدم لحوق حكم المعاطاة لهذا القسم، إلا أن

يرجع إلى ما ذكرنا من إنشاء التمليك و الرضا المطلق بالصيغة الفاسدة، بأن يكون هذه الصيغة بمنزلة المعاظة في إنشاء التمليك و التراضي به مطلقاً، فتدبر^أ.

أقول: الحق أن يقال: إن المعاظة لم ترد في دليل حتى يجب إتباع عنوانها، وإقامة الدليل على إلحاق شيء بها، فلا بد حينئذٍ من ملاحظة الأدلة القاضية بصحة هذه المعاملة الفعلية. فعلى القول بكونها بيعاً مفيداً للملك من أول الأمر كما اخترناه سابقاً فلا إشكال في إفادتها الملك اللازم، لإطلاقات أدلة البيع و التجارة، من غير فرق بين كون آلة الإنشاء قولاً و فعلاً و اجداً للخصوصيات أو فاقداً لها، إذ المناط صدق البيع العرفي عليه. وكذا الحال إذا كان الدليل سيرة العقلاء بما هم عقلاء، إذ لا فرق في نظرهم بين كون الإنشاء بالقول و الفعل.

و على القول بالملك عند التصرف أو غيره من ملزمات المعاظة، فإن إستند ذلك إلى السيرة الجارية على معاملة المأخوذ بالمعاظة معاملة المال المباح بإذن المالك مادام حياً، فيجوز العقلاء كلٌ تصرف فيه، و لا يحكمون بالضمان عند التلف، بل يحكمون بتعين الباقي للعرضية من دون فرق في ذلك بينهم بين الفعل و القول.

و إن إستند ذلك إلى إقتضاء، الجمع بين الأدلة له فيمكن الفرق بين الفعل و القول، حيث إن الجمع بين الأدلة منوط بنهوض الدليل على جواز كل تصرف، و هو في الفعل ثابت شرعاً دون القول، و ذلك لأن الإباحة المعاظية إما لأجل الرضا الضمني، و إما شرعية محضة مستندة إلى الإجماع، و المتيقن منه هو المعاملة الفعلية.

و أما الأولى - أي الإباحة لأجل الرضا الضمني - فقد تعرض لها المحقق الاصفهاني رحمته الله في حاشيته بما هذا لفظه: «فقد مرّ غير مرّة أن التسليط الخارجي حيث إنّه صادر عن الرضا، فإثبات يد الغير عليه - عن الرضا - له دلالة نوعية على الرضا بكل تصرف كان. بخلاف الإنشاء القولي الصادر عن الرضا، فإنه يدل على أن التمليك مرضي به. ولم يحصل. و التسليط الواقع بعده لا دلالة له نوعاً إلا على الالتزام بالمعاملة القولية،

لا عن الرضا به بخصوصه، وحيث إنه نوعاً بعنوان الوفاء بما اعتقد تأثيره فلذا لا يجدي في إستكشاف الرضا بالتصرفات.

وهذا هو الفارق بين المعاطاة والعقد الفاسد في إفادة الأولى للإباحة دون الثاني. وعليه فلا رضا ولو ضمناً في المعاملة القولية الفاقدة لما يشك في إعتبراره حتى يكون على طبقه إباحة شرعية، ليكون مقتضى الجمع بين الأدلة حصول الملك عند التصرف أو التلف^أ.

و محصل ما أفاده ^ب في الفرق بين المعاطاة وبين الإنشاء القولي الفاسد هو: أن التسليط الخارجي لما نشأ عن الرضا بكل تصرف فله دلالة نوعية على الرضا بكل تصرف، فمقتضى الجمع بين الأدلة حينئذ هو الملكية عند التصرف أو التلف. وهذا بخلاف الإنشاء القولي الفاسد، فإنه لا يبدل إلا على الرضا بالتعميل، والمفروض عدم حصوله. وأما التسليط الواقع بعده فإنه لما كان بعنوان الوفاء بما اعتقد تأثيره فلا يكشف عن الرضا بالتصرفات، هذا.

لكن فيه ما لا يخفى، حيث إن التسليط الخارجي لما كان بعنوان التعميل وإنشاء له فالرُضا أيضاً يكون بالتعميل، لا بالتصرفات في ماله بعنوان أنه ماله وهو مالكة، فوزان المعاطاة وزان الإنشاء القولي في عدم الدلالة على الرضا بالتصرفات.

وبالجملة: فمن ناحية الرضا لا فرق بين القول والفعل. فالإنشاء القولي الفاسد لا يترتب عليه أثر أصلاً حتى جواز التصرف، بخلاف الفعل وهو المعاطاة، فإنه بناءً على عدم تأثيره في الملكية يترتب عليه إباحة التصرف شرعاً، للإجماع والسيرة، للأجل الرضا الضمني فيه الموجود في كل من الإنشاء القولي الفاسد والمعاطاة وهي التقابض. فعدم كون الإنشاء القولي الفاسد معاطاة ليس لإعتبار وجود الرضا الضمني في المعاطاة الفعلية دون الإنشاء القولي الفاسد حتى يكون الفارق بينهما ذلك الرضا، بل الفارق بينهما

الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل^(١) الرضا الشأني، لأن^(٢)

(١) يعني: يتوقف إدراج الوجه الرابع في المعاطاة على كفاية الرضا الشأني الذي هو أخفى من الرضا الإرتكازي، فإن الرضا الإرتكازي موجود بالفعل في النفس، ولكن الشأني لاحظ له من الوجود فعلاً، وإنما هو بحيث لو إنتفت إلى ذات الشيء المرضي لرضي به.

ففي المقام لو إنتفت المتعاقدان إلى بطلان العقد وفساده و عدم حصول النقل الملكي لرضي كلُّ منهما بتصرف الآخر في ماله. وهذا الرضا الاقتضائي في قبال الرضا الفعلي، وهو الرضا بالتصرف إعتقاداً بصحة العقد وكون الآخذ مالكاً.

(٢) تعليل لتوقف إدخال الوجه الرابع في المعاطاة على كفاية الرضا الشأني،

هو وجود السيرة والإجماع على الإباحة في المعاطاة الفعلية، دون الإنشاء القولي الفاسد. فالفرق بين العقد الفاسد وبين المعاطاة حكمي لا موضوعي.

فتلخص: أن الإنشاء القولي الفاسد لا أثر له أصلاً، والمقبوض به بمنزلة المغصوب في الحرمة والضمان.

نعم مع العلم بالتراضي يجوز لهما التصرف. لكنه ليس من المعاطاة المصطلحة التي هي عبارة عن إنشاء التملك بالفعل. فما أفاده المحقق الثاني ومن تبعه من «كون الإنشاء القولي الفاسد معاطاة» لا يخلو من غموض.

وعليه فما عن الفقهاء عليه السلام «من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد وحرمة التصرف فيه» متين إن لم يكن تراخي منهما بالتصرف، وإلا فلا بأس بالتصرف وعدم الضمان لكن من باب الإذن والرضا في ذلك، لا من باب كونه معاطاة. فلا يمكن التوفيق بين كلام الفقهاء وبين ما عن المحقق الثاني ومن تبعه.

وحمل التراضي على تقابض جديد بعنوان المعاطاة خلاف ظاهر عبارة المحقق الثاني «كان معاطاة» لظهور رجوع ضمير «كان» في عبارته المزبورة إلى نفس ما أوقع و هو الإنشاء الملحون، فنفس الإنشاء الملحون معاطاة.

الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره. و قد صرح بعض^(١) من قارَب عصرنا بكفاية ذلك. و لا يبيدُ رجوعُ الكلام المتقدم ذكره^(٢) إلى هذا. و لعله يصدق طيب النفس^(٣) على هذا الأمر المركوز في النفس^(٤).

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض^(٥) بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كلٍّ من العوضين إلى المالك الآخر، و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور^(٦).

وبيانه: أن الرضا بالتصرف - الموجود فعلاً - لا ينفع من جهة الإعتقاد بصحة العقد، فإن كان المدار على الرضا الفعلي لم يندرج الوجه الرابع في المعاطاة، و إن كان على الرضا الشأني يندرج فيها.

(١) و هو صاحب المقابس^{١٣٨}.

(٢) و هو كلام السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، المتقدم مفاده في المتن بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر... و علم التراضي منها كان معاطاة...».

(٣) إشارة إلى قوله ^{عَلَى النَّفْسِ} «لا يحل دم امرئ مسلمٍ و لا ماله إلا بطيبة نفسٍ منه»^ب.

(٤) يمكن أن يستأنس من عدم المناقشة في كفاية الرضا الشأني إلترائه بها في المقام، و هو إدراج الوجه الرابع في المعاطاة.

(٥) يعني: من الطرفين، في قبال قوله: «و لا بمطلق الفعل» بأن يراد منه كفاية إعطاء أحدهما و أخذ الآخر في صدق المعاطاة.

(٦) لعل المراد بالوجه المذكور هو الوصول على وجه إنشاء الإباحة أو التملك، بأن لا يكون كفاية وصول العوض مجرداً عن القصد، إذ لا يتحقق به المعاطاة قطعاً.

أ: مقابس الأنوار، ص ١٣٨

ب: وسائل الشريعة ج ٣، ص ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الحديث: ١

وفيه^(١) إشكال، من^(٢) أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما يُنبئ عنه^(٣) قول العلامة رحمته الله في رد كفاية المعاطة في البيع: «إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد». وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم

(١) أي: وفي الأمر الثاني - وهو عدم اشتراط إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض حتى من طرف واحد - إشكال، وسيذكر المصنف رحمته الله وجهي الإشكال، ثم يُرجح كفاية وصول العوضين بناءً على القول بإفادة المعاطة للإباحة، لا الملك.

(٢) هذا أحد وجهي الإشكال على عدم اشتراط الإباحة أو التملك بالقبض، وتحققه بمجرد وصول كل من العوضين إلى مالك الآخر.

وحاصل هذا الوجه: أن محل النزاع بين العامة والخاصة في المعاطة هو العقد الفعلي كما يدل عليه قول العلامة في رد كفاية المعاطة في البيع: «أن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد» وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها «بعدم كون الأفعال كالأقوال في صراحة الدلالة». وكذا ما تقدم من الشهيد رحمته الله في قواعده: «من أن الفعل في المعاطة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة ...» إلى غير ذلك من العبارات التي تظهر منها أن محل الكلام في المعاطة هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، فالإنشاء المتحقق بغير ذلك خارج عن موضوع بحثهم في المعاطة.

وكذا يظهر ذلك من كلمات العامة، حيث إنه ذكر بعضهم «أن البيع ينعقد بالايجاب والقبول والتعاطي» فإن ظاهره هو التقابض.

و عليه فُبغِدَ بطلان هذا الأمر الثاني لا سبيل لإدراج الوجه الرابع في المعاطة، لعدم حصول التقابض بقصد الإنشاء، والمفروض عدم كفاية مجرد وصول العوضين إلى الطرفين.

(٣) أي: كما يُنبئ قول العلامة عن أن محل النزاع بين العامة والخاصة هو خصوص العقد الفعلي.

لزمها «بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة». أ. وكذا ما تقدّم من الشهيد عليه السلام في قواعده من «أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة»^٣. إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض.

وكذا كلمات العامّة، فقد ذكّر بعضهم: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول وبالتعاطي^١.

و من^٢ أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطي [التقابض] في كلماتهم مجرد^٣

(١) الظاهر في التقابض. وإرادة مطلق الفعل منه - ولو مجرد وصول العوضين - محتاجة إلى القرينة.

(٢) معطوف على قوله قبل أسطر: «من أن ظاهر ... الخ» وهذا ثاني وجهي الاشكال، ومقصوده تصحيح المعاطاة بمجرد وصول العوضين، وعدم توقفها على القبض ولو من طرف واحد.

وحاصله: أنّ عنوان التعاطي لم يقع في حيّز دليل حتى يتبع ذلك بخصوصه. وعليه فاللازم حينئذٍ ملاحظة دليل صحة المعاطاة، فإن إقتضى دليلها التعديّ عن التعاطي إلى كلّ فعل يدلّ على الرضا فلا بدّ من التعديّ إليه، وإلا فيقتصر على التعاطي، فنقول: إنّ عمدة الدليل على صحة المعاطاة هي السيرة الموجودة في غير صورة التقابض أيضاً، لوجودها في أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم، فإنّ بناء الناس على أخذها و وضع الفلوس في الموضع المعدّها. و بالجملة: فعلى هذا يكون المعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف.

(٣) خبر قوله: «أنّ عنوان التعاطي».

أ : جامع المقاصد . ج ٤ . ص ٥٨

ب : القواعد والفوائد . ج ١ . ص ١٧٨ ، رقم القاعدة ٤٧ و العبارة منقولة بالمعنى.

ج : تقدم نقل بعض كلماتهم في عدّ الأقوال في المعاطاة . فراجع ج ١ . ص ٣٢٩

الدلالة على الرضا، وأن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة^(١)، ولذا^(٢) تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين^(٣).

و السيرة موجودة في المقام^(٤)، فإن بناء الناس على أخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيات من ذكاكين أربابها مع عدم حضورهم، و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له، و على^(٥) دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه، و وضع الفلوس في كوز الحمامي.

فالمعيار^(٦) في المعاطاة وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف. وهذا^(٧) ليس ببعيد

(١) قد تكررت السيرة في كلمات الأصحاب، و إستدل بها المصنف على مدّعاء من إفادة الملك بقوله: «للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك».

(٢) يعني: و لأجل كون التعاطي لمجرد الدلالة على الرضا - و عدم خصوصية للتعاطي - تعدوا ... الخ.

(٣) يعني: حصّل إنشاء المعاملة بقبض أحد العوضين، و كان قبض العوض الآخر بعنوان الوفاء.

(٤) أي: في وصول العوضين - بدون التعاطي - مع الرضا بالتصرف.

(٥) معطوف على «أخذ الماء» يعني: أن بناء الناس على دخول الحمام مع ... الخ.

(٦) هذه نتيجة عدم دخل خصوصية التقابض في حصول المعاطاة.

و عليه تمّ إلى هنا إدراج الوجه الرابع في المعاطاة، لكنّه مقيد بالمعاطاة المبيحة لا المملّكة. و بهذه العبارة قد وفي المصنف عليه السلام بما وعدّه في التنبيه الثاني - في حكم إنقضاء المعاطاة بمجرد إيصال المثلن و أخذ المثلن - بقوله: «و سيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله تعالى».

(٧) يعني: و حصول المعاطاة بوصول المالكين أو أحدهما - مع التراضي بالتصرف - ليس ببعيد على القول بالإباحة.

على القول بالإباحة^(١) (*).

(١) لعل وجه هذا التقييد هو: أن دليل هذه المعاطاة - وهو السيرة - لا يساعد على أكثر من القول بالإباحة، ولا يساعد على القول بالملك.
هذا آخر ما أردنا إيرادَه من توضيح كلام المصنف رحمته في المعاطاة، ونرجو من فضله تعالى شأنه أن يمينَ علينا بالقبول، وأن ينفع به إخواننا المتقين من أهل العلم والفضل، زاد الله تعالى في تأييداتهم.

(* لا ينبغي الإشكال في حصول الإباحة بذلك، وعدم توقعها على التقابض. لكن ترتيب آثار المعاطاة عليها مشكّل جداً، فلا يلزم بما تلزم به المعاطاة، بل ليس ذلك إلا إباحة مالكية منوطة بطيب النفس.
وبالجملة: لا يكون ما أفاده المصنف رحمته من الصورة الرابعة - وإناطة كونها من المعاطاة بتسليم أمرين - ممّا يمكن المساعدة عليه.
إذ في أولهما: عدم كون طيب النفس الإنشائي في المعاملات - التي منها المعاطاة - كافياً في صحتها، وإن كان ذلك كافياً في جواز التصرفات الخارجية.
وفي ثانيهما: أن المتيقن من السيرة - التي هي عمدة الدليل على الإباحة المعاطاتية - هو التقابض الذي هو المعاطاة المتداولة بين الناس، والأمثلة المزبورة ليست من المعاطاة، بل من الإباحة المالكية المتقومة بطيب النفس.
مضافاً إلى: أن تصحيح هذه الصورة بالسيرة منافٍ لما تقدّم من الاستدلال بالسيرة على مملّكية المعاطاة، كمنافاته للخدشة فيها بكونها ناشئة من قلة المبالاة بالدين.
ووجه المنافاة إن السيرة على إنشاء المعاملة بالتقابض إما أن تكون مع قصد التملك أو الإباحة، ولا تعدد في عمل العقلاء والمشرعة حتى يعتمد عليه تارة في إفادة الملك، وأخرى في الإباحة. ثم لو فرض رمي السيرة بقلة المبالاة لم تكن دليلاً على شيء من الملك والإباحة كما لا يخفى، فتأمل في كلمات المصنف لعلك تجد للجمع بينها سبيلاً.

مقدمة^١

مقدمة في الفاظ عقد البيع

(١) قد تعرّض المصنف رحمته في هذه المقدمة لمقصدين.

أحدهما: البحث في اعتبار أصل اللفظ في البيع.

والثاني: في اعتبار الخصوصيات الملحوظة في اللفظ بعد إعتبار أصله.

وقد تضمّن المقصد الأول لأمرين:

أحدها: أن إعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود اللازمة ممّا نقل عليه

الاجماع، فأصالة اللزوم في الملك وإن إقتضت ترتب ملك لازم على المعاطاة المقصود

بها الملك، إلا أنّ الاجماع المزبور أوجبّ الخروج عن عموم أصالة اللزوم، وأنّ المفيد

للملك اللّازم هو الايجاب و القبول اللّفظيّان، فالمعاطاة تفيد الملك الجائز، و يتوقف

لزومها على طروء الملزم.

ثانيها: أن القدر المتيقن من الاجماع المتقدم هو صورة قدرة المتبايعين على

الإنشاء القولي، لكونه دليلاً لبيّناً. و أما العاجز عن مباشرة اللفظ كالأخرس فلا

خلاف و لا إشكال في قيام الإشارة فيه مقام اللفظ، سواء تمكّن من التوكيل أم لا.

هذا إذا قلنا بأنّ معاطاة الأخرس كمعاطاة المتكلم تفيد ملكاً جائزاً. و أما بناءً

على الفرق بينها، و أن الإنشاء الفعلي من الأخرس كالإنشاء القولي من غيره فلا يتوقف

في خصوص^(١) ألفاظ عقد البيع.

قد عرفت^(٢) أنّ إعتبار اللفظ في البيع - بل في جميع العقود - ممّا نُقل عليه الإجماع^(٣)، و تحقّق فيه الشهرة العظيمة^(٤)، مع الإشارة إليه في بعض

لزوم بيعه على الإشارة و الكتابة أصلاً، و ذلك لأنّ المتيقن من الإجماع على إعتبار اللفظ في اللزوم هو القادر عليه، فتكون معاطأته جائزة، و أمّا العاجز عن اللفظ فيبقى تحت عموم أصالة اللزوم. و سيأتي مزيد توضيح للفرق بين معاطاة الأخرس و غيره. نالها: أنّ الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة. و أمّا مع التمكن منها فقد تُرجم الإشارة، لكونها أظهر في الانشاء، هذا إجمال ما أفاده المصنف في المقصد الأول.

(١) يعني: الخصوصيات الدخيلة في ألفاظ عقد البيع، في قبال الإكتفاء بمطلق اللفظ فيه.

(٢) يعني: في أدلة اللزوم. ثم إنّ هذا شروع في المقصد الأول.

(٣) حيث قال بعد الفراغ من أدلة اللزوم: «و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع» ولم أظفر على تصريحه بالاجماع، و إن تكرر منه قوله: «العقود اللازمة تتوقف على اللفظ» فقال - في إعتبار الماضيّة و الموالاتة و الإعراب و البناء في عقد البيع - ما لفظه: «و كذا كل عقد لازم، لأنّ الناقل هو الألفاظ المخصوصة، و غيرها لم يدلّ عليه دليل» أ.

و قريب منه كلامه في الإجارة و الهبة و النكاح، فراجع. و لعلّه استفيد الاجماع من إرسال الحكم إرسال المسلمات.

(٤) كما في المسالك - في شرح ما أفاده المحقق رحمته من عدم كفاية التقابض في حصول الملك - حيث قال: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً»^ب و نحوه عبارته في شرح اللمعة.

أ: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٠

ب: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٧، الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٢

النصوص^(١). لكن هذا^(٢) يختص بصورة القدرة.
أما مع العجز عنه كالأخرس، فع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال
ولا خلاف في عدم إعتبار اللفظ، و قيام الإشارة مقامه^(٣).

(١) كقوله **عَلَيْهِ**: «أما يحل الكلام و يحرم الكلام» و قال المصنف **يُنْبَغِي** في ذيله:
«و كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور» ثم ذَكَرَ روايات أخر مشعرة
باعتبار اللفظ في عقد البيع^أ.

(٢) يعني: أن إعتبار اللفظ في العقود مختصٌ بحال القدرة. قال المحقق الأردبيلي
يُنْبَغِي: «أما يشترط أي اللفظ المعتبر مع الإمكان، و مع التعذر يقوم مقامه الإشارة كما
في الأخرس و من بلسانه آفة، فإنها بمنزلة تكلمه»^ب.

و في الروضة: «و تكني الإشارة الدالة على الرضا على الوجه المعين مع العجز
عن النطق لخرس و غيره، و لا تكني مع القدرة»^ج.
و في مفتاح الكرامة: «قد طفحت عباراتهم بأن العاجز عن النطق لمرضى
وشبهه كالأخرس»^د.

و كيف كان فالظاهر عدم إختصاص الحكم بالأخرس، بل موضوع المسألة
هو العاجز عن النطق و إن لم يكن أخرس.

و قال في الجواهر: «و دعوى إختصاص ذلك في خصوص الأخرس كما ترى،
ضرورة عدم الفرق بين الجميع، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بمدرك المسألة»^{هـ}.
(٣) لأنَّ الإشارة حينئذٍ - كالقول من القادر على التلفظ - عهدٌ مؤكَّد، فيشملة

أ: تقدم ذكرها في ج ١، ص ٥٧٤ و ٥٧٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨

ب: مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٤٤، ذكر هذا الكلام في شرح قول العلامة: «ولو تعذر النطق
كفت الاشارة».

ج: الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٥

د: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٣

هـ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥١

و كذا^(١) مع القدرة على التوكيل. لا لأصالة عدم وجوبه^(٢) - كما قيل^(٣) -

قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ توضيحه: أنّ الصادر من القادر على التلفظ قد يكون عهداً غير مؤكّد، وقد يكون مؤكّداً وهو المستمى بالعقد، فللقادر على التكلم سنخان من العهد. وكذلك يتصور هذان السنخان بالنسبة إلى العاجز عن النطق كالأخرس، فإنّ له أيضاً سنخين من العهد بلحاظ قوّة الدلالة على العهد و ضعفها، فإنّ للإشارة منه - كاللفظ من غيره - دلالة قويّة على العهد.

ولا مجال لتوهم لزوم تحريك لسانه هنا كلزومه في باب القراءة. وذلك لأنّ المطلوب هناك هو القراءة، وتحريك لسانه بما يناسبها هو المقدار المقدر عليه منها. بخلاف المقام، فإنّ المطلوب فيه هو الدلالة على تأكّد العهد، والإشارة من العاجز عن التكلم دالة عليه، فلا حاجة إلى تحريك اللسان.

هذا كله مضافاً إلى: إطلاق ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود. والمتيقن من الخارج هو القادر على التلفظ مباشرة، فإنّه يجب عليه الإنشاء اللفظي. وأما إذا كان عاجزاً عن التكلم مباشرة - وإن كان قادراً عليه تسببياً بالتوكيل - فلا يشمله الإجماع، فمقتضى الإطلاق الإكتفاء بالإشارة، وعدم توقف صحته على التوكيل.

(١) معطوف على «فمع عدم القدرة على التوكيل».

(٢) ولا لقوله ﷺ: «كلّمها غلب الله عليه فهو أولى بالذر» لقصوره عن نفي وجوب التوكيل.

(٣) لعلّ القائل المحقق الثاني رحمته فإنّه قال: «يجوز لمن لا يعلم الإيقاع بمقدوره، ولا يجب التوكيل للأصل. نعم يجب التعلم إن أمكن من غير مشقة عرفاً» فأستند رحمته في نفي وجوب التوكيل إلى أصالة عدم وجوبه.

لأنَّ^(١) الوجوب بمعنى الإِشْطِراط - كما فيما نحن فيه - هو الأصل (*).

(١) تعليل لقوله: «لا لأصالة» و غرضه منع جريان أصالة عدم وجوب التوكيل، بتقريب: أنَّ مقتضى الأصل عدم سببية ما شكَّ في سببته، من جهة احتمال إِشْطِراطه بشرط مفقود، فلا يحكم بتحقيق المسبب كالملكية إلَّا بعد وجود جميع ما يحتمل دخله في سببية السبب.

وبعبارة أخرى: أصالة عدم وجوب التوكيل لا مجرى لها في المقام، سواء أريد بها الاستصحاب أي أصالة عدم الجعل، أم أريد بها أصالة البراءة.

وجه عدم الجريان: أنَّ المشكوك فيه ليس هو الوجوب التكليفي - كالشك في وجوب الدعاء عند رؤية الهلال - حتَّى يدفع بأصالة عدم وجوبه، بل هو الوجوب الوضعي بمعنى إِشْطِراط صحة بيع الأخرس - و سائر معاملاته - بالتوكيل عند قدرته عليه، و من المعلوم أنَّ أصالة الفساد المحكَّمة في المعاملات تقتضي الإِشْطِراط، إذ بدون التوكيل يشك في تأثير إشارة الأخرس في مقام الإنشاء، فتأمل.

(* كونه الأصل هو الإِشْطِراط مبنًى على عدم عموم أو إطلاق في أدلة المعاملات، و إلَّا فأصالة العموم تنفي الشرطية. و لعلَّ مراد القائل بجريان أصالة عدم الوجوب ذلك، فليس مراده الأصل العملي، و معها لاتصل التوبة إلى الأصل العملي، و هو أصل عدم السببية أو عدم ترتب الأثر الذي هو المحكَّم في المعاملات.

ثم إنَّه قد يتوهم: أنَّ وجه عدم جريان أصالة عدم الإِشْطِراط هو عدم جريان أصالة البراءة في الأحكام الوضعية، و لذا دفعه المحقق الإيرواني رحمته بجريانها فيها، مستدلًّا على ذلك باستدلال الامام عليه السلام بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره و عتاقه، فلاحظ.

لكن الانصاف أنَّه ليس وجه عدم جريان أصالة عدم الوجوب ذلك، بل ما أفاده المصنف من فحوى ما ورد من عدم إعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، و من المعلوم أنَّه

بل^١ لفحوى ما ورد من عدم إعتبار اللفظ في طلاق الأخرس، فإنَّ حَمَلَهُ^٢ على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر.

(١) معطوف على « لا لأصالة» و غرضه إقامة الدليل على أنَّ العاجز عن النطق لا يجب عليه التوكيل حتى تُشْتَأَّ المعاملة بالإيجاب و القبول اللفظيين.

و محصل الاستدلال هو: إستفادة جواز البيع - بالإشارة - بالأولوية من حكم الشارع بصحة طلاق الأخرس بالإشارة المفهومة للمقصود، في معتبرة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها، و يضعها على رأسها، ثم يعترها»^أ.

و نحوها مرسله السكوني^ب.

و تقريب الدلالة: أنَّ إطلاقها يشمل صورة التمكّن من التوكيل. و حملُ هذا الإطلاق على صورة العجز عن التوكيل حملُ المطلق على الفرد النادر، فلا يجوز. و تعبير المصنف عليه السلام بالفحوى إنما هو لأجل إهتمام الشارع في الأعراض أشدَّ من إهتمامه في الأموال، فإذا كان إعتبار التلفظ بالطلاق - عند العجز عنه - ساقطاً حتى مع التمكّن من التوكيل، فسقوطه في المعاملات المالية التي ليست كالفروج في الأهمية بالأولوية.

(٢) أي: حملُ ما ورد في طلاق الأخرس على صورة العجز حملُ للمطلق على الفرد النادر، و هو في عدم الجواز كتخصيص العام بأكثر أفراده.

مع الدليل الاجتهادي لا تصل التوبة إلى الأصل العملي.

كما أنه لا تصل التوبة، إلى أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات، بعد وجود الدليل الاجتهادي على عدم إعتبار التوكيل الحاكم على أصالة الفساد.

أ : وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٠١، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، الحديث: ٥

ب : المصدر، ص ٣٠٠، الحديث: ٣

مع^(١) أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب^(٢).
ثم^(٣) لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة اللزوم - بعد القول بإفادتها للملكية -

(١) إشارة إلى دليل آخر على عدم وجوب التوكيل على العاجز عن التكلم، وحاصله: أن الظاهر نفي الخلاف عن عدم وجوب التوكيل، ففي مفتاح الكرامة: «ولم ينص أحدٌ على وجوب التوكيل في الأخرس، ولا إحتياط به»^أ.

(٢) أي: وجوب التوكيل.

(٣) يعني: أن العاجز عن مباشرة اللفظ كالأخرس تكون معاطاته لازمة وإن كانت معاطاة المتكلم جائزة. و غرضه تبييناً من هذه الجملة التنبيه على أمرين: الأول: الإستدراك على ما أفاده بقوله: «أما مع العجز عنه كالأخرس وقيام الإشارة مقامه ...» حيث إن ظاهره توقف لزوم عقد الأخرس على ما يقوم مقام اللفظ من إشارة مفهومة ثم كتابة، فلا يكفي مجرد التقابض في لزوم بيعه، كما لا يكفي من القادر على اللفظ.

و محصل الإستدراك: أن إعتبار الإشارة في معاملة الأخرس مبنيٌّ على إفادة المعاطاة للملك الجائز، فيقال: كما أن للقادر على اللفظ نحوين من الإنشاء، أحدهما لفظي لازم، و الآخر فعلي جائز، فكذا الأخرس. فإن إقتصر على التقابض كان كمعاطاة المتكلم مفيداً للملك الجائز. و إن ضمَّ الإشارة إلى التقابض كان إنشأوه مفيداً للملك اللازم.

و أما بناءً على ما هو الحق من عموم أصالة اللزوم - و أن الخارج عنها بالاجماع خصوص معاطاة المتمكّن من اللفظ - كانت معاطاة العاجز عنه باقية تحت عموم أصالة اللزوم.

و على هذا لا يجب على الأخرس إفهام مقصوده بالإشارة، ثم بالكتابة، بل يكفيه التعاطي بقصد البيع. و ذلك لما عرفت من أن الإجماع على إعتبار اللفظ في

العقود اللازمة دليل لبي، ولم يُعلم قيامه على خروج كل عقد فعلي عن عموم أصالة اللزوم، أو على خروج إنشاء خصوص القادر على اللفظ. وقد تقرّر في الأصول مرجعية أصالة العموم - عند دوران المخصّص المنفصل الجمل المرّد بين الأقل والأكثر - في ما عدا المتيقن من المخصّص. فيحكم بالفرق بين معاطاة القادر على التلفظ والعاجز عنه، بالجواز في الأوّل و اللزوم في الثاني.

و نتيجته: أنه لا يتوقف لزوم عقد الأخرس على الإشارة القائمة مقام اللفظ، بل كما تصحّ إشارته تصحّ معاطاته، و تنفيذ ملكاً لازماً.

الثاني: أن ظاهر المتن وجود سنخين من الإنشاء في العاجز عن التكلم، فتارة يأتي بالإشارة المفهمة للمقصود، فتقوم مقام اللفظ بالنسبة الى القادر عليه. و أخرى يقتصر على مجرّد الإعطاء و الأخذ بقصد التملك و التملك، فيكون كالتقايض من المتكلم. و لكن معاطاة القادر على التلفظ و العاجز عنه مختلفان حكماً، فهي من المتكلم جائزة، و من العاجز عنه لازمة.

و حيث كانت الإشارة و المعاطاة متمشّية من مثل الأخرس - و إن لم يكن بينهما فرق في الحكم - توقّف إحراز أحدهما على القرينة المعيّنة.

و هذا المطلب قد أفاده صاحب الجواهر رحمته أيضاً بقوله: «نعم يعتبر وجود القرينة الدالة على إرادة العقد بها - أي بالإشارة - أو المعاطاة. و بها يحصل الفرق بين المعاطاة و العقد في العاجز»^أ.

و لكنه في جملة أخرى من كلامه إستفاد من إطلاق كلام الفقهاء - من قيام إشارة الأخرس مقام الصيغة - أنهم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعاً، قال رحمته: «و لكن قد سمعت سابقاً إطلاق الأصحاب قيام الإشارة مقام العقد من غير إشارة إلى بيع المعاطاة. و فيه إشارة إلى عدم كونها بيعاً»^ب.

أ: جواهر الكلام ج ٢٢، ص ٢٥١

ب: جواهر الكلام ج ٢٢، ص ٢٥٢

فالقدرُ المخرَجُ^(١) صورةُ قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و الظاهر أيضاً كفاية الكتابة^(٢) مع العجز عن الإشارة، لفحوى ما ورد

و ظاهر هذا الكلام أنّ الشارع أقام إشارة الأخرس مقام اللفظ، و ليس له إنشاء آخر بالتقاض ليكون قسيماً للإشارة، بل كل ما عدا اللفظ مشمول لعنوان «الإشارة».

و على هذا يشكل ما في المتن من تصوير نحوين من الإنشاء في حق الأخرس كالقادر على التلفظ.

و قد أجاب المصنف عن هذا الاشكال بأنه لاوجه لإنكار المعاطاة من الأخرس، للفرق بين الإشارة و التقاض. و يمكن توجيه كلام الفقهاء - الذي استفيد منه إنكارهم لبيعية معاطاة الأخرس - بأحد أمرين:

الأول: أنه مبني على مرامهم من كون المعاطاة إباحة تعبدية لا بيعاً. و أمّا بناءً على بيعيتها - كما حققناها مفصلاً - فلا وجه لإختصاص المعاطاة بالقادر على التكلم بل يمكن صدورها من الأخرس أيضاً.

الثاني: أنهم قَدَّيْ بصدد بيان ما يقوم مقام الصيغة المعتبرة من التكلم، فقالوا بقيام إشارة الأخرس مقامها. و أمّا إنشاء المعاملة بالمعاطاة فلا يختلف فيه القادر على اللفظ و العاجز عنه حتى يحتاج إلى تصريح. و أمّا ترتب الإباحة أو الملك الجائز أو اللزوم على المعاطاة فهو أجنبي عن أصل تحقق الموضوع. و قد عرفت أنّ المصنف حكّم بلزوم الملك في معاطاة الأخرس تمسكاً بأصالة اللزوم. هذا.

(١) يعني: أنّ القدر الخارج - بالاجماع - عن عموم أصالة اللزوم هو معاطاة القادر على التكلم، فهي جائزة، و أما معاطاة الأخرس فباقية تحت العموم.

(٢) هذا إشارة إلى أمرٍ آخر يقوم مقام اللفظ - بالنسبة إلى العاجز عن التكلم - وهو الكتابة، و لكنّها متأخرة رتبةً عن الإشارة. فلا تصل النوبة إلى الإنشاء بالكتابة مع تمكُّنه من الإشارة المفهمة لمقصوده. و استدلّ المصنف قَدَّيْ على صحة إنشاء البيع

من النص^(١) على جوازها في الطلاق.
مع^(٢) أن الظاهر عدم الخلاف فيه.
و أما مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض^(٣) الإشارة.

بالكتابة بوجهين، أحدهما: فحوى جواز إنشاء الطلاق بها، ثانيهما: الإجماع.
(١) كخبر يونس: «في رجل أخرجت في الأرض بطلاق إمرأته. قال: إذا فعل في قبل الظهر بشهود، وفهم منه كما يفهم من مثله، ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة»^أ.

و قريب منه غيره، فإن الإكتفاء بالكتابة في الطلاق - مع شدة إهتمام الشارع بحفظ الفروج - يدلّ بالأولية على كفاية الكتابة في المعاملات المالية.

(٢) يعني: لو فرض عدم وفاء النصّ الوارد في طلاق الأخرس بالكتابة - بإثبات جواز إنشاء البيع - لم يقدح في الإلتزام بجواز إنشاء البيع بالكتابة، وذلك لتسالم الأصحاب على كفايتها، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، قال السيد الفقيه العاملي رحمته الله: «و أما الكتابة فكالإشارة كما في التحرير وغيره»^ب.

(٣) قال الشهيد رحمته الله في شرائط صيغة البيع: «ولا - أي ولا تكفي - الكتابة حاضراً كان أو غائباً. ويكفي لو تعدّر النطق مع الإشارة» أي الإشارة المفهومة كما صرح بها في إشارة الأخرس. ونحوه كلام العلامة في النهاية^د.

و يظهر أيضاً من كاشف الغطاء على ما في الجواهر: «فما في شرح الاستاد من أن الكتابة قاصرة عن الإشارة لا يخلو من نظر»^{هـ}.

أ: وسائل الشريعة، ج ١٥، ص ٣٠٠، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث: ٤

ب: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٣

ج: الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٢

د: نهاية الأحكام، ج ٢، ص

ه: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥١

ولعلّه^(١) لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة.

وفي بعض روايات الطلاق^(٢) ما يدلّ على العكس^(٣)، وإليه ذهب الحلي^(٤) رحمته الله هناك^(٤) (*).

(١) يعني: ولعل وجه الترجيح هو كون الإشارة أصرح في الإنشاء من الكتابة، حيث إنّ الكتابة لا تفيد الإنشاء إلاّ بقرينة، فإنّ الإنسان غالباً يكتب شيئاً لغرض آخر غير الإنشاء كامتحان المداد والقلم، أو حكاية كلام شخصٍ سمعه، أو غير ذلك، فلا ظهور للكتابة في الإنشاء.

(٢) كصحيح ابن أبي نصر البزنطي: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجلٍ تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم، قال: أحرص هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغضٌ لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلق عنه وليّته؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك. قلت: فإنّه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من فعالة مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها».

(٣) حيث إنّه قدّم في رواية ابن أبي نصر الكتابة، ولو كانت متأخرة عن الإشارة كان اللازم تقديم الإشارة على الكتابة.

(٤) أي: في كتاب الطلاق، حيث قال: «و من لم يتمكّن من الكلام - مثل أن يكون أحرص - فليكتب الطلاق بيده إن كان ممن يحسن الكتابة، فإن لم يحسن فليؤم إلى الطلاق كما يؤمّي إلى بعض ما يحتاج إليه، فتى فهم من إيمانه ذلك وقع طلاقه»^(٣).

(* ينبغي قبل تحقيق كلام المصنف رحمته الله بيان مقدمة، وهي: أن الإعتبارات النفسانية - العقديّة أو الإيقاعية - تتصور ثبوتاً على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون مع الغض عن إبرازها بـميرز - قولي أو فعلي - موضوعاً لآثار شرعية، كإنكار النبوّة أو ضروري من ضروريات الدّين، أو الإعتقاد بشريك له تعالى، فإنّ

أ : وسائل الشيعة ج ١٥ ، ص ٣٠٠ ، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق ، الحديث ١ :

ب : السرائر الحاوي ج ٢ ، ص ٦٧٨ :

لكن يظهر من جماعة منهم ابن زهرة و المحقق الأردبيلي و الشهيد الثاني و غيرهم ^{تتبع} عدم الترتيب بين الإشارة و الكتابة، و أنّها في رتبة واحدة، بل كلّ ما يفهم منه الطلاق يجوز إنشاؤه به، و يظهر ذلك أيضاً من صاحب الجواهر، حملاً لما في حسنة البرنطي - من ذكر الكتابة - على كونها أحد أفراد ما يقع به الطلاق، فلا تدلّ المحسنة على تعيين تقديم الكتابة على الإشارة، فلاحظ.

مجزّد الإنكار النفساني - ولو بدون إبرازه بفعل أو قول - يوجب الإرتداد الذي هو موضوع لأحكام شرعية.

و كالتوبة، حيث إنّ حقيقتها الندم القلبي و العزم على ترك المعاصي من دون إعتبار إبرازها بمبرز قولي و إن كان أحوط.

و كالمعهد - على إحتمال ضعيف - فإنّه قد إحتمل بعض كفاية النيّة في ترتيب آثار المعهد عليها. لكنّه في غاية الضعف كما ثبت في محله.

ثانيها: أن تكون موضوعيتها للآثار الشرعية منوطة بإبرازها سواء أكان مبرزها قولاً أم فعلاً، كما في جملة من العقود و الإيقاعات كالوكالة و الإجارة و الهبة و الزهن و القرض و البيع و غيرها.

ثالثها: أن تكون موضوعيتها للآثار الشرعية منوطة بإبرازها بمبرز خاص كالطلاق و النذر و النكاح، فإن مبرزها لا بد أن يكون قولاً بنحو خاص. و كالإسلام، فإن إبرازه بالشهادتين موضوع للآثار الشرعية.

و ربما تكون أكثر الملكات كذلك، فإن ملكة العدالة أو الإجتهد مثلاً لا يترتب عليها الأثر الشرعي إلا إذا أبرزت. و كذلك الملكات الرذيلة، فإن الحسد مثلاً و إن كان بنفسه مذموماً، لكن موضوعيته للحرمة منوطة بالإبراز، كما يدلّ عليه حديث الرفع،

فيكون المبرز جهة تقيديّة.

إذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم: أنّ الكلام يقع في مقامين:

الأوّل: في ما يقتضيه الدليل الاجتهادي من إعتبار المبرز و عدمه.

و الثاني: في ما يقتضيه الأصل العملي عند الشك في إعتبار أصل المبرز، أو في

إعتبار مبرز خاص.

أما المقام الأوّل فأشباع الكلام فيه منوط بتتبع تامّ في أدلة تشريع الأحكام

للاعتبارات النفسانية في كلّ مقام، فإن ثبت بتلك الأدلة أنّ الموضوع ذلك الاعتبار

النفساني من حيث هو و إن لم يُبرز بمبرز فلا كلام. و إن ثبت بها أنّ الموضوع ذلك

الاعتبار النفساني أو الصفة النفسانية بوصف الإبراز - بحيث يكون الإبراز جهةً تقيديّةً -

فإن دلّت تلك الأدلة على إطلاق المبرز، و أنّه لا فرق فيه بين كونه قولاً و فعلاً، أو دلّت

على دخل مبرز خاصّ من قولٍ متخصّص بخصوصيات مادية و هيئّة كصبغتي الطلاق

و النكاح - على المشهور - فلا إشكال في ذلك.

و أمّا المقام الثاني فمحصل الكلام فيه: أنّ الشك في إعتبار المبرز يتصور على

وجهين:

الأوّل: أن يكون الشك في إعتبار أصل المبرز، كما إذا شك في أنّه هل يعتبر في

ترتيب آثار العدالة - بناءً على كونها ملكة - وجود مبرز أم لا.

الثاني: أن يكون الشك في إعتبار مبرزٍ خاص بعد دلالة الدليل على إعتبار أصل

المبرز، كما إذا دل الدليل على إعتبار إبراز البيع مثلاً بالقول، ثم شكّ في إعتبار كميّة

خاصة فيه كالماضوية و العربية، أو دلّ على إعتبار القول مطلقاً و شكّ في تحقّقه بالفعل

أيضاً.

أما الوجه الأوّل فملخص الكلام فيه: أنّ الشك فيه يرجع إلى الشك في جعل

الحكم الشرعي، فيرجع فيه إلى أصالة البراءة، لكونه من الشبهة الحكمية الناشئة من فقد

الدليل، فإذا شككنا في جعل ملكة العدالة - بوجودها الواقعي أو بوجودها العلمي - موضوعاً لأحكام تجري البراءة في تلك الأحكام إن كانت إلزامية، وأصالة العدم إن كانت غير إلزامية كما لا يخفى.

وأما الوجه الثاني فمحصل البحث فيه: أنه إن كان الشك في اعتبار كيفية خاصة - كالماضوية مثلاً - فمع إطلاق دليل صحة ذلك الأمر الاعتباري كقوله تعالى ﴿أحل الله البيع﴾ و«الصلح جائز بين المسلمين» وغير ذلك، فلا إشكال في الرجوع إلى ذلك الإطلاق المقتضي لنفي اعتبار الكيفية الخاصة، وعدم دخلها في موضوعية ذلك الاعتبار النفساني، فيحكم بجواز إبرازه بالقول مطلقاً وإن لم يكن بهيئة الماضي مثلاً.

ومع عدم إطلاق دليل صحة ذلك الاعتبار يحكم بعدم دخل كيفية خاصة في ترتب الأثر الشرعي، لأصالة البراءة أو أصالة العدم. وإن كان الشك في موضوعية ذلك الاعتبار إذا أبرز غير ما دلّ الدليل على مبرزيته كما إذا دلّ دليل - من إجماع أو غيره - على اعتبار إنشاء البيع بالقول، وشككنا في أنه إذا أنشئ بالفعل - من إشارة أو غيرها - فهل يترتب عليه ما يترتب على إنشائه بالقول من الآثار الشرعية أم لا؟ فهذا يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يكون الشك في اعتبار خصوص القول تعبداً مع كون الفعل مصداقاً لذلك الاعتبار كالبيع مثلاً، بحيث يكون صدق البيع عرفاً على المنشأ بالفعل كصدقه كذلك على المنشأ بالقول.

والآخر: أن يكون الشك في صدق العنوان الاعتباري على الفعل، كما إذا شك في صدق البيع على التمليك المنشأ بالفعل. وهذا أحد المسلكين في عدم إفادة المعاوضة اللزوم، حيث إنه قيل بعدم كون الفعل مصداقاً لعنوان من عناوين العقود، فيكون قاصراً عن إفادة التمليك فضلاً عن اللزوم، ولذا ذهبوا إلى إفادتها للإباحة.

والمسلك الآخر هو: إفادة المعاوضة للإباحة، لا لعدم مصداقيتها للبيع، بل للإجماع

المَدْعَى على إعتبار اللفظ في اللزوم، مع صدق العقد عليها على حد صدقه على القول، وإفادتها الالتزام والالتزام كإفادة اللفظ.

فإن كان الشك على الوجه الثاني - وهو الشك في صدق عنوان العقد - فيرجع الشك إلى وجود سبب الانتقال، و من المعلوم أن قضية الاستصحاب عدم الانتقال، و بقاء المالكين على ملك مالكيهما. و المراد بأصالة الفساد هو هذا الاستصحاب.

وإن كان الشك على الوجه الأول - وهو دخل مبرز خاص تعبدًا كالقول على وجه مخصوص في ترتب الأثر الشرعي على الاعتبار النسائي، مع فرض صدق العقد على الفعل - فالأصل يقتضي عدم الاعتبار، لأن دخل المبرز الخاص إنما يكون بالتعبد، فالشك فيه شك في الجعل الشرعي، و مقتضى الأصل عدمه. فإشياء الأمر الاعتباري بالفعل كإنشائه بالقول مما يترتب عليه الأثر الشرعي، لأن الشك في ترتب الأثر الشرعي عليه نشأ من احتمال دخل مبرز خاص فيه تعبدًا، و قد حُقِّق في محله جريان أصل البراءة في الوضعيات كجريانه في التكاليفيات.

فلا يصغى إلى ما قيل من: «أن الأصل في المقام يقتضي عدم ترتب الأثر، لأنه يشك في ترتبه على المبرز المزبور، و مقتضى الاستصحاب عدمه، فكل من المالكين باقٍ على ملك مالكة. و هذا مرادهم بكون الأصل في العقود الفساد».

و ذلك لأن الشك في ترتب الأثر ناشٍ عن الشك في دخل المشكوك إعتباره. ولما كان الدخول تعبدياً جرى فيه البراءة أو أصل العدم، و بعد جريان الأصل في الشك السببي لا يجري في الشك المسببي حتى يقال: إن الأصل الجاري فيه هو أصالة الفساد، فإن جريان أصالة الفساد منوط بأمور:

أحدها: عدم جريان أصالة البراءة في الجزئية و الشرطية و السببية و المانعية، إما لعدم تأصلها في الجعل و كونها منتزعة عن الأحكام التكليفية، و إما لاعتبار كون مجرى أصالة البراءة الشرعية حكماً إلزامياً حتى توجب مخالفته إستحقاق العقوبة عقلاً الذي ينفيه البراءة العقلية. و لذا قيل: إن البراءة الشرعية تنفي الملزوم و هو الحكم، و العقلية

تنفي اللازم و هو إستحقاق العقوبة، و من المعلوم أن الحكم الوضعي - كالتكليفي غير الإلزامي - لا يوجب إستحقاق العقوبة، فلا تجري فيه البراءة، فهي تختص بالحكم الإلزامي.

ثانيها: عدم تسبب أحد الشكين - أعني الشك في الفساد - عن الآخر، و هو الشك في الشرطية.

ثالثها: عدم حكومة الأصل السببي على المسببي.

رابعها: عدم جريان البراءة في المحصّلات، بناءً على كون الانشاء القولي و الفعلي في المعاملات منها.

خامسها: أن أصالة البراءة لا تثبت كون الفاقد لمشكوك الدخل موضوعاً للأثر المترتب على الاعتبار النفساني المبرز إلا على القول بالأصل المثبت.

توضيحه: أنه إذا شككنا في دخل الماضوية مثلاً في البيع بحيث لا يكون إنشاؤه وإبرازه بغير صيغة الماضي موضوعاً للأثر الشرعي، فنفي اعتبار الماضوية بأصالة البراءة لا يُثبت سببية الفاقد لها للأثر الشرعي إلا بناءً على حجية الأصول المثبتة. لكن الكل كما ترى.

إذ في الأول: أن أصالة البراءة تجري في الوضعيات كجريانها في التكليفات، لوجود المناط و هو كون المشكوك فيه قابلاً للوضع و الرفع التشريعيين في الوضعيات كوجوده في التكليفات.

و دعوى اعتبار كون مجرى البراءة متأصلاً في الجعل ممّا لا شاهد له، بل الشاهد على خلافها، حيث إن الرفع في مثل حديثه لما كان تشريعياً كان من الضروري صحة إسناد الرفع إلى ماله شأنية التشريع، و الرجوع فيه إلى الشارع بحيث لا يكون المرجع فيه إلا الشارع، فاعتبار تأصله في الجعل قيد زائد ينفي باطلاق أدلة البراءة. فلا فرق في مورد البراءة بين المتأصل في الجعل و غيره.

و على هذا فتجري البراءة في الحكم الوضعي مطلقاً سواء أكان متأصلاً في الجعل كالملكية والزوجية ونحوهما، أم منتزعاً عن حكم تكليفي كالجزئية التي تنتزع عن الأمر المتعلق بعدة أمورٍ بنحو الإرتباطية بأن كانت تلك الأمور مؤثرة في ملاك واحد. أو عن دخل شيءٍ في موضوع الحكم كدخل الاستطاعة في موضوع وجوب الحج، فإذا شكنا في دخل الرجوع إلى الكفاية في وجوبه أيضاً، فلا مانع من الرجوع إلى أصالة البراءة عن الدخل، فنفي شرطية الرجوع إلى الكفاية يمكن بالبراءة، لأجل كون منشأ إنتزاعها دخل الشارع ذلك في وجوب الحج. كما يمكن بإطلاق الدليل لو كان لفظياً أو مقامياً.

و لو لم يكن هذا الدخل شرعياً لما جاز التمسك لنفيه بالإطلاق، إذ لا فرق بين الدليل و الأصل في كون موردهما ممّا يقبل التشريع. فشرطية مثل الرجوع إلى الكفاية لوجوب الحج منتزعة عن دخل الشارع له في موضوع وجوبه.

لكن الحق عدم جريان البراءة في دخل الرجوع إلى الكفاية في وجوب الحج، لفقدان الإمتنان الذي هو شرط لجريان البراءة، لالعدم المجعولية.

و من هنا يظهر غموض ما في تقرير سيدنا المحقق الخوئي رحمته من «إنقسام الأحكام الوضعية إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون متأصلاً في الجعل كالملكية والزوجية والرقية ونحوها.

الثاني: أن يكون الحكم الوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه كالسببية و الشرطية و المانعية للوجوب مثلاً، فالسببية و الشرطية و المانعية منتزعة عن جعل الحكم و لحاظه مقيداً بقيده وجودي أو عديمي.

الثالث: أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف كالجزئية و الشرطية و المانعية للمأمور به، فإنها منتزعة من كيفية الأمر المتعلق بأشياء عديدة، فإنه ينتزع الجزئية لكل واحدٍ من تلك الأشياء، كما ينتزع الشرطية من الأمر المتعلق بشيءٍ مقيداً بوجود شيءٍ آخر كالإستقبال و الستر، و المانعية من الأمر بشيءٍ مقيداً بعدم شيءٍ آخر، كتقيّد الصلاة بعدم إستصحاب المصلّي أجزاء ما لا يؤكل لحمه.

وبالجملة: فالجزئية والشرطية والمانعية منتزعة عن كيفية الأمر، وليست متأصلة في الجعل، فلا تجري فيها البراءة، وإن قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية، نعم ترتفع هذه الأمور بإجراء البراءة في مناشيء إنتزاعها» انتهى ملخصاً.

وجه الغموض ما عرفت من: أن دليل إعتبار كون مجرى البراءة حكماً شرعياً هو كون الرفع تشريعياً لا تكوينياً. فلا بد في صحة إسناد الرفع التشريعي من كون المرفوع قابلاً للتشريع نفيًا وإثباتاً. ومن المعلوم أن صحة هذا الإسناد لا تتوقف إلا على كون المرفوع ممّا يرجع فيه وضعاً ورفعاً إلى الشارع دون غيره. وبديهي أن هذا لا يتوقف على كون المرفوع متأصلاً في الجعل، بل يكفي في ذلك قابلية منشئه للتشريع.

و عليه فلا فرق في جريان البراءة في الشرطية والسببية والمانعية بين كونها راجعة إلى موضوع الحكم، وبين كونها راجعة إلى متعلق الحكم، لأنها في كليهما منتزعة عن الدخل الشرعي. وقد عرفت صحة إسناد الرفع إلى الشرطية ونحوها بلحاظ إنتزاعها عن الدخل الشرعي، وعدم توقف صحته على كونها مجعولة بالذات.

ولو لم يكن هذا المقدار مصححاً لإسناد الرفع التشريعي لم يصح التمسك أيضاً بإطلاق الدليل الاجتهادي لنفيها. مثلاً إذا شككنا في شرطية الماضوية في العقد نتمسك في نفيها بإطلاق مثل «أحل الله البيع» وكذا إذا شككنا في وجوب الرجوع إلى الكفاية في الحج. فلا فرق في الرجوع إلى البراءة بين كون مجراها مجعولاً بالأصالة وبين كونه منتزعاً.

نعم يمنع عن جريان البراءة في الوضعيات باختصاص البراءة بالأحكام الإلزامية الموجبة مخالفتها لإستحقاق العقوبة، ولذا قيل: إن البراءة الشرعية تنفي الملزوم، والبراءة العقلية تنفي اللازم وهو إستحقاق المؤاخذه.

إلا أن يقال: إن إستدلال الإمام عليه السلام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره

وعتاقه يدل على جريان البراءة في الوضعيات.

و كيف كان ففي جريان أصالة العدم في الشرطية ونحوها غنى وكفاية، وبها يثبت عدم كون المشكوك فيه من أجزاء السبب المؤثر أو من شرائطه، ومع هذا الأصل لا يجري أصالة الفساد أي عدم النقل والانتقال، وإن كانت أصلاً تنزلياً حاكماً على البراءة التي هي أصل غير تنزيلي. وذلك لأن أصل البراءة هنا يكون في مرتبة السبب، وإستصحاب عدم الانتقال في مرتبة المسبب، وحديث حكومة الاستصحاب على البراءة إنما يكون في صورة إتحادهما رتبة.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لا مانع من جريان البراءة أو أصالة العدم في الشرطية، وإثبات عدم كون المشكوك فيه جزءاً من السبب المؤثر، نظير جريان البراءة عن الجزئية والشرطية والمانعية في متعلق التكليف كالصلاة، إذ المتيقن هو الأقل الجامع بين الأقل والأكثر.

و دعوى الفرق - كما في تقرير سيدنا الخوئي تبعاً لشيخ مشايخنا المحقق النانيني رحمته الله - بين متعلق التكليف كالصلاة إذا شك في شرطية أو جزئية أو مانعية شيء لها، وبين الأسباب كالشك في شرطية شيء كالصلاة للعقد «بجريان البراءة في الأول لكونه شكاً في تعلق الأمر بالمقيد به، فيدفع بأصالة البراءة، وأما الأقل أعني به الطبيعي الجامع بين المطلق والمقيد فهو مأمور به قطعاً. وعدم جريانها في الأسباب كالشك في شرطية شيء لصحة عقد أو إيقاع، لانعكاس الأمر فيها، حيث إن ترتب الأثر كالملكية أو براءة الذمة على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم، وترتب على الفاقد مجهول، فيدفع بالأصل. وهذا هو الفارق بين الشك في شرطية شيء للمأمور به، وبين الشك في شرطية للعقد أو الإيقاع» أخالية عن البينة، إذ مناط البراءة وهو الشك في الحكم الشرعي موجود في كل من متعلقات التكليف والأسباب.

و أما دعوى: «العلم بترتب الأثر في العقد والإيقاع على الواجد لمشكوك الشرطية

و الجهل بترتبه على الفاقد له، بخلاف متعلق التكليف، حيث إن الأقل معلوم الوجوب، فتجري البراءة في الزائد المشكوك فيه».

ففيها: أن منشأ العلم بحدود متعلق التكليف و سببية العقد إنما هو الأدلة البيانية المبيّنة لما له دخل في متعلق التكليف و في ترتب الأثر على العقد، فحيث نقول: نعلم بدخل ما قامت عليه الأدلة، مثلاً نعلم بدخل عشرة أشياء في متعلق التكليف كالصلاة، وبدخل أمور خمسة مثلاً في سببية العقد للأثر المقصود، و نشك فيما زاد على العشرة في المتعلق، و على الخمسة في العقد، فالشك في دخل الزائد شرعاً مشترك بين المتعلقات و الأسباب، حيث إننا نعلم بتعلق التكليف بالعشرة و بدخل الخمسة في سببية العقد، و نشك في الزائد، فينفى بالأصل.

و العلم بترتب الأثر على العقد الواجد لمشكوك الدخل شرعاً إنما هو من باب القدر المتيقن، لا لأجل العلم بكون الواجد بخصوصيته سبباً لترتب الأثر. وإلا فمقتضى البرهان ترتب الأثر على ما علم دخله في السببية بعد نفي مشكوك الشرطية بالأصل، و العلم بترتب الأثر من باب القدر المتيقن كالعلم بفراغ الذمة عن التكليف كذلك إذا أتى بالأكثر المشكوك فيه في متعلقات التكليف.

فجعل باب الأسباب على عكس باب متعلقات التكليف في غاية الغموض. و منه يظهر ما في قوله: «و ترتبه على الفاقد مجهول فيدفع بالأصل» و ذلك لأن أصالة عدم ترتب الأثر مبنية على عدم جريان البراءة في مشكوك الدخل في سببية العقد، و مع جريانها لا تصل النوبة إلى الأصل المسببي أعني به أصالة الفساد، فترتب الأثر على الفاقد مجهول وجداناً و معلوم تعبداً، كما أن فراغ الذمة عن التكليف بالإتيان بالأقل كذلك.

هذا إذا أريد بأصالة عدم ترتب الأثر ما هو المعروف بينهم من إستصحاب عدم النقل و الإنتقال.

و أما إذا أريد بها أصالة عدم سببية الأقل لترتب الأثر فلا تجري إن قصد بها البراءة، لعدم الإمتنان. بل جريانها يوجب الضيق، لأن إعتبار العاضوية مثلاً ضيق على المكلف.

و في الثاني: أن إنكار تسبب الشك في الفساد عن الشك في شرطية شيء للعقد مساوق لإنكار البديهي.

و في الثالث أولاً: ما قرّر في محلّه من حكومة الأصل السببي على المسيبي، وعدم الوجه في منع الحكومة.

و ثانياً: أنه - بعد تسليم عدم الحكومة - لا تجري أصالة الفساد أيضاً، لمعارضة أصالة البراءة لها، فتصل النوبة إلى القرعة أو الصلح القهري، لقاعدة العدل و الإنصاف، كما لا يخفى.

إلا أن يقال: بجريان أصالة الفساد و تقدمها على البراءة، لكونها أصلاً تنزلياً، دون أصالة البراءة.

إلا أن يدعى أن هذا التقدم مبنيّ على الحكومة التي أنكرها الخصم. فعلى هذا تجري أصالة الفساد و البراءة معاً و تتساقطان.

أللهم إلا أن يقال: إن الخصم أنكر الحكومة المترتبة على تعدد الرتبة، لا مع وحدتها، فإن حكومة الاستصحاب على البراءة مع وحدة رتبتها مما لا سبيل إلى إنكاره، فتجري أصالة الفساد بلا مانع.

و في الرابع أولاً: كون المقام أجنبياً عن باب المحصل، لأن ضابطه أن يكون الأثر المقصود مترتباً على المحصل قهراً بحيث يكون مسبباً توليدياً لا يتوسط بينه و بين الفعل المحصل له إرادة فاعل مختار كالإحراق المترتب على الإلقاء، و نقاء المحل عن النجاسة المترتب على الغسل و العصر مثلاً، و نحو ذلك. فإذا توسط ذلك خرج عن المحصل و دخل في باب الحكم و الموضوع، كوجوب الصلاة عند الدلوک، و وجوب

الزكاة عند تحقق شرائطها، فإن ترتب الحكم على موضوعه أجنبي عن باب المحصل. ومن المعلوم أن ترتب الأثر المقصود كالملكية على الإنشاء القولي والفعلية يكون من ترتب الحكم على موضوعه لا ترتب المعلول على علته.

و تسمية العقود أسباباً إنما هي بلحاظ نظر العرف، حيث إنهم يرون العقود أسباباً للآثار المترتبة عليها، وإلا فإن العقود والإيقاعات من صغريات الحكم والموضوع.

وثانياً: أنه - بعد تسليم كون المقام من المحصل - يمنع عدم جريان الأصل في مطلق المحصل، وإنما لا يجري في المحصل العقلي والعادي، دون الشرعي كالغسلتين والمسحنتين بناءً على كون المأمور به الطهارة النفسانية الحاصلة بها، وأنها محصّلات للمأمور به، لا أنها نفسه، فإذا شك في دخل شيء جزءاً أو شرطاً للمحصل الشرعي جرت فيه أصالة البراءة، ويثبت بها أن الأقل هو المحصل، وليس المشكوك فيه جزءاً له، هذا.

و في الخامس: أن مثبتة البراءة الجارية في متعلقات التكاليف - التي هي المركبات الإرتباطية و في الأسباب المركبة كالعقود - منوطة بكون التقابل بين الإطلاق والتقييد تقابل التضاد، إذ يلزم حينئذ إثبات أحد الضدين بنفي الضد الآخر. وهذا من أوضح مصاديق الأصل المثبت. بخلاف ما إذا كان التقابل بينهما تقابل العدم والملكية - كما هو الحق المحقق في محله - فلا يلزم إشكال الإثبات أصلاً، لأن الإطلاق على هذا أمر عديم، لأنه عبارة عن عدم تقييد ما من شأنه أن يقيد. مثلاً إذا جرت أصالة البراءة في الاستعاذة، فمقتضاها عدم تقييد الصلاة بها و كون أجزائها مطلقاً غير مقيدة بالاستعاذة.

وكذا الحال في جريان البراءة في مشكوك الجزئية أو الشرطية في باب الأسباب، فإذا جرت في نفي شرطية الماضية في عقد البيع مثلاً فمقتضاها عدم شرطية الماضية في سببية العقد للملكية، و عدم كون العقد مقيداً بالماضوية.

وبالجملة: بعد البناء على كون الإطلاق أمراً عديمياً، وأن التقابل بينه وبين التقييد تقابل العدم والملكية لا يلزم إشكال المثبتة أصلاً.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: عدم جريان أصالة الفساد، وعدم مانع من جريان أصالة البراءة في شرطية شيء كالماضوية للعقد، وإثبات سببية الأقل لترتب الأثر. وعدم الفرق في جريان البراءة بين متعلقات التكليف وبين الأسباب، وأن مجرى البراءة في كلا البابين هو الأكثر.

لكن الذي يُسهّل الخطب أن الشك في شرطية شيء للعقود يدفع بالإطلاقات اللفظية أو المقامية، ولا تصل النوبة إلى الأصل العملي حتى يقع الكلام في أنه أصالة الفساد أو أصالة الصحة، فينبغي أن يكون هذا البحث فرضياً.

نعم إذا كان الشك في صدق عنوان العقد - لا في شرطية شيء فيه تعبُداً - جرى فيه أصالة الفساد بلا كلام. وأما في الشك في دخل شيء فيه تعبُداً فلا مانع من جريان أصالة البراءة فيه، أو أصالة العدم بناءً على إختصاص البراءة بالأحكام الإلزامية، بعد فرض عدم إطلاق دليل إجتهادي يرفع الشك.

فعلى كل تقدير لا تصل النوبة إلى أصالة الفساد إلا إذا كان الشك في صدق أصل العنوان عرفاً، كما إذا شك في صدق عنوان البيع العرفي على الإنشاء الفعلي، أو شك في صدقه على الإنشاء القولي الفاقد للماضوية مثلاً، فإنه يجري في صورة الشك في صدق العنوان أصالة عدم ترتب الأثر، لأن مرجع الشك حينئذٍ إلى الشك في تحقق المؤثر في النقل عرفاً، والأصل عدم تحققه.

و قد تحصل مما تقدم أمور:

الأوّل: أن المرجع في الشك في تحقق العنوان العقدي أو الإيقاعي عرفاً بمبرز هو أصالة عدم حصول ذلك العنوان الموجب لعدم ترتب آثاره عليه، وإن شئت فعبر عن هذا الأصل بأصالة الفساد.

الثاني: أن المرجع عند الشك في دخل شيء تعبُداً في مبرز الاعتبار العقدي أو الإيقاعي هو البراءة، وعدم دخل ذلك المشكوك فيه، وكون فاقد مشكوك الشرطية مؤثراً

في الأثر المقصود من ذلك العقد أو الإيقاع. ولازم جريان البراءة فيه هو الصحة. هذا في الشبهة الحكمية.

وأما الموضوعية كما إذا شك في وجود شيء من الشرائط من شروط نفس العقد كالماضوية - بعد فرض تسلّم إعتبارها - أو من شروط العوضين أو من شروط المتعاقدين، فالإستصحاب وإن إقتضى عدمه المستلزم لفساد العقد أو الإيقاع، إلا أنه قد ادّعي الاجماعُ والسيرة على ترتيب آثار وجود المشكوك إعتباره، والحكم بصحة الانشاء العقدي.

الثالث: أنه إذا صدق الاعتبار النفساني بكل ما يكون مبرزاً له فلا محالة يكون نافذاً، لشمول أدلة ذلك العنوان له، فإذا صدق البيع مثلاً على الإنشاء القولي أو الإشاري أو الكتابي شَمَلَه مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾ و ﴿أوفوا بالعقود﴾ فيكون نافذاً، إلا إذا نهَضَ دليل على إعتبار مبرزٍ خاصّ في نفوذه كالاجماع المدّعى على إعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات، فلا يترتب حينئذٍ على إنشائها بغير اللفظ أثرٌ من آثار النفوذ.

لكن يختص ذلك بالتمكّن من التلفظ، لكون الاجماع دليلاً لُتِيّاً، والمتيقن منه خصوص القادر، كما إذا وَرَدَ «أكرم العلماء» ثم قام الإجماع على عدم وجوب إكرام البصريين منهم، فإنّ المتيقن منه هو خصوص فساقهم، فيخصّص العام به، لا بكلّ عالمٍ بصري وإن كان عادلاً.

وعليه فلا بدّ في تخصيص العام بالدليل اللّبي من الإقتصار على المتيقن، وفي الزائد عليه يرجع إلى العام المقترض للنفوذ بأيّ مبرزٍ أنشئ ذلك الاعتبار النفساني. وعلى هذا فتكون الإشارة والكتابة على حدّ سواء بالنسبة إلى العاجز عن التكلم، إلا إذا قام دليل خاص على الترتيب بينهما بتقديم الإشارة على الكتابة، فإنّه مع عدم هذا الدليل الخاصّ يحكم بعدم الفرق بين المبرزات، لأجل العمومات والإطلاقات الدالة على نفوذ العقود وصحتها.

نعم إن كان المخصّص لها دليلاً لفظياً كقوله ﷺ: «إنما يُحلّل الكلام ويُحرّم

الكلام» كان المرجع هذا المخصّص، و مقتضاه الشرطية المطلقة لللفظ المستلزمة لوحدة المطلوب، فإن لم يتمكّن من النطق فلا بدّ من التوكيل.

فقد ظهر مما ذكرنا: أن البيع الصادر من العاجز عن التكلم كالأخرس نافذ مطلقاً سواء أنشئء بالمعاطاة أم الإشارة أم الكتابة أم غيرها مما يكون مبرزاً عرفاً لذلك الأمر الاعتباري و إن كان قادراً على التوكيل، لما عرفت من أن المخصّص دليلٌ لبيّ فيقتصر على المتيقن منه، و قد قرّر في محله لزوم الرجوع إلى العموم فيما عدا المتيقن من المخصّص المجمل اللبي، لكون الشك في التخصيص الزائد. فمقتضى العمومات عدم الترتيب بين المبرزات، و كون الكل في عرض واحد، لعدم مرجّح لأحدها على الآخر بعد اشتراكها في المبرزية.

فالإلتزام بالترتيب بين الإشارة و الكتابة - بتقديم الأولى على الثانية - بلا مُلزم. واحتمال الاستناد في ذلك إلى أصرحيّتها في الإنشاء من الكتابة - كما أفاده المصنف رحمته - لا يخلو من غموض، لعدم وضوح أصرحية الإشارة من الكتابة أولاً لو لم نقل بالعكس. ولعدم دليل على إعتبار الأصرحية في المبرز، و كفاية الظهور العرفي في ذلك ثانياً، لصدق العنوان مع الظهور العرفي المعتبر عند أبناء المحاورة من دون حاجة إلى الصراحة فضلاً عن الأصرحية.

و بالجملة: فمع صدق العقد على كل مبرز لا بدّ من القول باللزوم. لكنّ الإجماع قام على إعتبار اللفظ في اللزوم، و المتيقن منه - على فرض تماميته - هو صورة القدرة على النطق، فبدونها يكون كل فعلٍ يصدر منه مبرز للاعتبار النفساني سواء أكان إشارة أم كتابةً مصداقاً للعقد، فيجب الوفاء به. و على هذا يسقط البحث عن إعتبار الترتيب بين الإشارة و الكتابة، لصدق العقد عرفاً على كل مبرز.

نعم يكون للبحث عن الترتيب مجال بناءً على التعبد، لا الصدق العرفي. فعلى القول بالصدق العرفي يقوم كل فعلٍ مبرزٍ مقام اللفظ، بإشارة الأخرس و كتابته و غيرهما من أفعاله المبرزة للأمر الاعتباري تقوم مقام اللفظ ولو كان قادراً على

التوكيل، لأن الأصل عدم إشرطه.

و على القول بعدم الصدق العرفي لإطلاق الأخبار الواردة في طلاق الأخرس، المستفاد منها بالفحوى حكم عقده وإيقاعه في سائر الأبواب، و حملها على صورة العجز عن التوكيل حمل لها على الفرد النادر، هذا.

و المتحصل مما ذكرنا: أن كل عقد أو إيقاع ينشأ بما يكون مبرزاً له عرفاً تشمله العمومات. إلا إذا ثبت بالدليل إعتبار مبرز خاص فيه، بحيث لو أنشئ بغيره لم يكن ممّا يترتب عليه الأثر المقصود. فلو فرض قيام الإجماع على إعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات وأغمض عن المناقشة فيه كان ذلك مختصاً بالقادر على التلفظ، فالعاجز عنه يُنشئ العقد والإيقاع بكل مبرز عرفي. ولا دليل على حصر المبرز في حقه باللفظ، فالأخرس وغيره ممن يعجز عن التكلم يصحّ عقده وإيقاعه بكل مبرز حصل، فلا ترتيب بين المبرزات للأخرس كما قيل.

وإطلاق ما دلّ على تقديم الإشارة على الكتابة وبالعكس يقيد بنص الآخر، فإن ما دلّ على إعتبار الكتابة ظاهر - بمقتضى إطلاقه - في التعيينية، ونصّ في إعتبار الكتابة. وما دلّ على إعتبار الإشارة ظاهر بإطلاقه في التعيينية أيضاً، ونصّ في إعتبار الإشارة، فيرفع ظاهر كل من الإطالقين بنص الآخر. ونتيجة هذا الجمع هو التخيير بينهما، هذا. ثم إنّه هل يتعدّى من الأخرس إلى من لا يقدر شرعاً على التكلم كمن خَلَفَ أو نذر على ترك التكلم بغير القرآن والصلاة مثلاً، كالتعدّي إلى من لا يقدر تكويناً على التكلم كما إذا ابتلى بمرض أوجب عجزه عن التكلم؟

الأقوى العدم، لأنّ التعدّي من موضوع إلى آخر منوط بالدليل، و المفروض عدمه، لورود الدليل في خصوص الأخرس، ولا موجب لإلقاء الخصوصية والتعدّي عنه إلى غيره ممن يعجز عن التكلّم شرعاً لنذر، أو تكويناً لمرض.

و عليه لا بدّ أن يكون إنشاء العقد أو الإيقاع بالنسبة إلى القادر على النطق تكويناً - العاجز عنه تشريعاً - بالقول، ولا يكفي الإشارة وغيرها من الأفعال الكافية في إنشاء الأخرس.

ثم^(١) الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ (*):

ما يعتبر في صيغة البيع مادةً وهينةً

(١) هذا شروع في المقصد الثاني و هو الخصوصيات المعتمدة في الصيغة بعد البناء على إعتبار أصل اللفظ في المعاملات. وقد بسطَ المصنف رحمته الكلام فيها في جهات ثلاث، إذ يقع البحث تارةً في مواد الألفاظ، و أخرى في الهيئات الإفرادية، و ثالثةً في الهيئات التركيبية.

و البحث في الجهة الأولى إما في إعتبار الصراحة و الظهور في المادة التي تُنشأ بها المعاملة، و إما في إعتبار لغةٍ خاصةٍ فيها، و على كلٍّ منها فالكلام تارةً في ألفاظ الإيجاب، و أخرى في ألفاظ القبول.

و البحث في الجهة الثانية - و هي الهيئة الإفرادية - عن إعتبار الماضوية. و في الجهة الثالثة عن أمور:

الأول: إعتبار تقدم الإيجاب على القبول.

الثاني: إعتبار الموالاتة بينها.

الثالث: إشتراط التنجيز في العقد.

الرابع: التطابق بين الإيجاب و القبول.

الخامس: بقاء المتعاقدين على أهلية الخطاب، و سيأتي تفصيل المباحث

بترتيب المتن ان شاء الله تعالى.

(*): ينبغي لتوضيح البحث من تقديم أمر، و هو: أن كلَّ عقدٍ يلاحظ فيه جهات

ثلاث: جهة اللفظ، و جهة الخطاب، و جهة العقد.

أما الأولى: فيعتبر فيها القصد، لتقوم العقد به كما اشتهر من تبعية العقد للقصد،

فلا يؤثر التلفظ السهوي. ولو باللفظ الجامع للخصوصيات المعتمدة فيه في ترتب الأثر

المقصود.

ثم إنه يجري في اللفظ إعتبارات ثلاثة:

الأول: الجنس ككونه عربياً مثلاً.

الثاني: الصنف مثل كونه من صيغ الماضي في اللغة العربية.

الثالث: الشخص العاقد، فلا بد أن يُوقع شخص جامع للشرائط المعتبرة في العاقد

اللفظ المتخصص بخصوصيته الجنسية كالعربية و النوعية كالماضوية وغيرها.

فَمَنْ قَصَدَ التَّلْفُظَ بِلَفْظٍ «بَعْتُ» فَقَدْ قَصَدَ اللَّفْظَ الْعَرَبِيَّ الْمَاضِي الَّذِي هُوَ مِنَ الْمَادَّةِ

الخاصة، فلا يكفي من اللفظ الذي ينشأ به إعتبار عقدي أو إيقاعي إلا ما هو مخصوص

بخصوصه، للاجماع، و لكون العقود المأمور بالوفاء بها هي المتعارفة التي يقصد فيها

لفظ مخصوص، ولأن الأصل عدم حصول النقل و الانتقال بغير اللفظ الخاص الكذائي

الذي قصد إنشاء الاعتبار النفساني به، فلا ينعقد بالتلفظ باللفظ الذي صدر منه سهواً،

وإن كان في حد ذاته صالحاً لأن يقع به العقد الخاص.

فإذا فرض صلاحية كل واحد من لفظي «ملكك و بعك» لإنشاء البيع، و كان العاقد

قاصداً لإنشائه بلفظ «بعك» و لكن سَهَا و قال: «ملكك» لم يكن مجزياً في تحقق البيع،

للاجماع، و للقاعدة، لأن الإنشاء باللفظ المقصود لم يقع، و الإنشاء الذي وقع باللفظ

الصادر غير مقصود.

ولو أتى بألفاظ متعددة ولم يعين واحداً منها للإنشاء به، فتارةً يجمع بين تلك

الألفاظ في الإيجاب كأن يقول في إنشاء النكاح: «زوّجت و أنكحت و تمتعت زينب من

موككك زيد على الصداق المعلوم» فيقول القابل: «قبلت». و أخرى يوجب بأحدها،

و يقع القبول بعده بلا فصل، ثم يوجب بالآخر فيتبعه قبوله، ثم يوجب بالثالث و يتبعه

قبوله، و هكذا.

و على التقديرين قد يكون قصد الإنشاء بجنس ما ينشأ به النكاح، الصادق على

كل واحدٍ من الألفاظ المتعددة المفروض عدم تعيين بعضها للإنشاء به. و قد يكون قصد

الإنشاء بواحدٍ مردّد بينها.

و الفرق بينهما: أنه على الأول يمكن أن يقع الإعتبار النفساني بالمجموع من حيث المجموع، لصدق الجنس على القليل والكثير. و بواحدٍ منها معلوم عند الله تعالى مجهول عندنا، لصدق الجنس عليه أيضاً. بخلاف الثاني، فإنه لا يقع فيه الإنشاء إلا بواحدٍ منهما، كما لا يخفى.

و قد يكون قصدُ الإنشاء بواحدٍ معيّن عند الله تعالى غير معيّن عنده. و قد يكون قصدُ الإنشاء بمجموع الألفاظ من حيث المجموع، بحيث يكون كل واحد منها جزءاً للمبرز.

و قد يكون قصدُ الإنشاء بكل واحد من الألفاظ بالاستقلال، و باعتبار سببية كل منها برأسه لتحقق العقد.

فهذه وجوه خمسة، تضرب في صورتين المتقدمتين - و هما: إتباع كل لفظٍ بقبولٍ يخصّه، و إتباع مجموع الألفاظ بقبولٍ واحد - و الحاصل من الضرب عشرة وجوه.

و قد ذكّر الفقيه المامقاني رحمته الله أن حكم الجميع هو عدم تحقق العقد إجماعاً. مضافاً إلى: أن المجموع من حيث المجموع ممّا لم يحصل له السببية شرعاً قطعاً. و استثنى من الصور المزبورة صورتين:

إحدهما: ما لو قصد كل منها مستقلاً، فإنه يصح في القسم الأول من قسمي الجمع بين الألفاظ المتعددة الصالحة للإنشاء بها، و صحته إنما هي باعتبار إتصال القبول بالإيجاب الصالح للإنشاء به، فيحصل الأمر الإعتباري الذي أريد إنشاؤه، و يقع الباقي من الألفاظ - المتقدمة على الإيجاب المتصل بالقبول - لغواً غير قادح في الإنشاء، فإذا قال: «أنكحتُ و زوجتُ و متعتُ» و قال القابل بلا فصل: «قبلتُ» صح، و وقع الإنشاء بقوله: «متعتُ» المتصل بالقبول، و وقع ما تقدمه من لفظي «أنكحتُ و زوجتُ» لغواً. ثانيتهما: قصد الإنشاء بكل من ألفاظ الإيجاب مستقلاً أيضاً. لكن مع تعقب كل منها بقبول يخصّه. و الوجه في صحة هذه الصورة هو حصول الإنشاء بالسبب الأول مع

إتصال قبوله به، و لغوية ما بعده من الألفاظ، لحصول المسبب بسببه الأول، و إمتناع تأثير السبب الثاني فيه، لإستحالة تحصيل الحاصل أ، هذا.

ثم إنّه من إعتبار إتصال القبول بالإيجاب يظهر عدم صحة الإنشاء في الصور التي يحصل فيها فصلٌ بين الإيجاب و القبول إذا كان الإنشاء باللفظ الأول، كما إذا قال: «أنكحْتُ و زوّجْتُ و متعتُ موكلتي موكلك» ثم قال القابل: «قبلتُ» و ذلك لوقوع الفصل بين الإيجاب و القبول بأجنبي - و هما الأخيران أعني بهما: زوّجْتُ و متعتُ - إذ لم يقصد بهما الإنشاء، فيكون الفصل بين الإيجاب و القبول بأجنبي، و قد صرحوا بمانعية الفصل بينهما من إنعقاد العقد.

وقد علم من ذلك: أنّه لو قصد الإنشاء في القسم الأول بالأخير صحّ العقد، لإتصال القبول به. و لو قصد الإنشاء بالأول في القسم الثاني لم يكن في صحته إشكال أصلاً، لتعيينه اللفظ، و إتصال القبول بالإيجاب، و يقع ما بعد هذا الإيجاب و القبول المتأخرين عنهما لغواً.

و إن قصد بالإيجاب و القبول المتأخرين الاحتياط بعد قصد الإنشاء بالأول بدون تردّد و تزلزلٍ جاز كما هو الشأن في كلّ احتياط بعد العمل بمقتضى الفتوى. و كذا لا إشكال في الصحة إذا قصد الإنشاء بالوسط و الأخير، و كان الإتيان بما تقدّمه لا على وجه التردّد و التزلزل، إذ لو كان على هذا الوجه لم يتحقق الإنشاء بالتأخر، لأنّ التزلزل في السابق يوجب التزلزل في اللاحق.

إلا أن يقال: إنّ التزلزل في الأول يوجب بطلانه، فيصح الإنشاء بما بعده، لكن بشرط توجه الموجب و إلتفاته إلى هذا المعنى حتى يقصد الإنشاء بالتأخر.

و قد حكى الفقيه المامقاني رحمته عن بعض مشايخه: أنّ المصنف رحمته كان في عقد النكاح يبتدئ بعقد فارسي، فيقول: «بزني دادم موكله خودم فلانه را بموكل خود فلان بمهر معلوم» ثم يأتي بالعقد العربي. و غير خفي أنّ مقصوده رحمته بذلك إنما هو الاحتياط.

و قد أورد عليه: بأن هذا خلاف الاحتياط، و أن الاحتياط في تركه، لأن الإكتفاء بالعقد الفارسي خلاف الإحتياط، لنقل الاجماع على إعتبار العربية في النكاح، بل في جميع العقود كما سيأتي إعتبارها في المتن عن جامع المقاصد.

فالأولى لمن يريد الإحتياط أن يقدم ما يقتضي الفتوى صحته، و يقصد به الإنشاء، ثم يأتي بما يحتمل صحة الإنشاء به على وجه الاحتياط. لا أن يقدم العقد الفارسي الذي لا يصح إلا في حق العاجز عن العقد العربي، فَمَعَ عدم صحته من القادر على العربي كيف يقدم على العربي تحصيلاً للاحتياط؟ بل إستشكل في مطلق التكرير حتى لو كان قد أتى بالأول على مقتضى الفتوى.

أقول: الإنصاف أنه بناءً على كون الإنشاء إبراز الأمر الإعتباري النفساني - لا إيجاد المعنى باللفظ - كما هو خيرة بعض المحققين لا إشكال في أصل جواز التكرار، لأن الاعتبار النفساني موجود، و الاحتياط يقع في إبرازه، فيجمع بين المبرزات طرّاً حتى يحصل العلم بوجود ما هو مبرز له واقعاً، فالاحتياط يكون في المبرزات، فلا يلزم التعليق في الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ حتى يستشكل فيه بلزوم عدم المعقولية، لاستلزامه وجود شيء على تقدير، و عدمه على آخر.

ولا يلزم أن يكون الإتيان بالمحتمل - لرعاية الإحتياط - بعد العمل بما يقتضيه الفتوى كما أفاده المحقق النائيني رحمته نظراً إلى لزوم مراعاة شأن الأمانة، فإن تقديم المحتمل الآخر على ما تقتضيه الحجة إلغاءً لاعتبار الأمانة و كسر لسورتها، هذا.

وجه عدم اللزوم أن هذا وجه إستحساني لا عبرة به، حيث إن الواقع يحرز بالاحتياط بإتيان كلا المحتملين على كل تقدير سواء قدم ما يقتضيه الحجة أم آخر.

وعليه فلا إشكال في حصول الإحتياط بتقديم اللغة الفارسية على العربية في عقد النكاح كما هو المحكي عن الشيخ رحمته على ما عرفت. كما لا إشكال في حصوله بتقديم

العربية على الفارسية، هذا.

و أما الجهة الثانية - وهي جهة الخطاب - فحاصل الكلام فيها: أنه لا بد من توجيه الخطاب إلى المخاطب وإسماعه إيّاه على الوجه المتعارف، وإصغاء المخاطب إلى المتكلم بحيث يلتفت إلى مفهوم كل كلمة برأسها حتى ينتهي المتكلم إلى آخر كلامه، فيعقبه المخاطب بالقبول. كما أنه لا بد من معرفة المتكلم بكل كلمة تجري في العقد ليقتصد معناها، ولا يكفي العلم بما يكون مقصوداً من جميع الكلام المؤلف من الكلمات المتعددة، فلو قال: «بعث هذا المتاع ممن أراد» فقال غيره: «قبلت أو اشتريت» لم ينعقد البيع، لعدم حصول التوجيه. وكذا لو قال: «بعث هذا من أحدكما» فقبل، لكون أحدهما مبهماً، فلا يقبل تعلق الإنشاء الإيجادي به في حال صدوره وتحققه.

و هذا بخلاف الإنشاء الطلبي بأحدهما المبهم المرّد كما في الواجب الكفائي والواجب التخييري، فإنه يصحّ هناك، لمجيء التخيير فيهما بعد الطلب، فيأتي من شاء منهما بالمأمور به، لكون الإنشاء الطلبي متعلقاً بصرف الوجود من المكلف، أو يأتي المأمور المعين بما شاء من فردي المأمور به.

وبالجملة: فالإنشاء الإيجادي لا بد له من متعلق يقوم به في الواقع حال صدوره،

هذا.

و أما الجهة الثالثة - وهي جهة العقد - فملخصها: أن القدر المتيقن الكافل بها هو اللفظ العربي الصحيح الصريح الماضي المنجز المشتمل على إيجاب البائع والقبول المتأخر المتصل المطابق معنى من المشتري. وهذا ممّا لا خلاف ولا إشكال فيه، بل الإجماع بقسميه عليه. هذا بحسب الإجمال.

و أما بحسب التفصيل فقد ذكر المصنف رحمته أن الكلام فيه يقع تارة في مواد الألفاظ، وأخرى في هيئاتها لكل من الإيجاب والقبول، وثالثة في هيئة تركيب الإيجاب مع القبول. وسيأتي الكلام فيها بترتيب المتن إن شاء الله تعالى.

تارة يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة^(١) و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية، و من حيث^(٢) اللّغة المستعملة في معنى المعاملة. و أخرى في هيئة كلّ من الإيجاب و القبول من حيث إعتبار كونه بالجملّة الفعلية، و كونه بالماضي^(٣).

و ثالثةً في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب^(٤) و الموالاة^(٥). أما الكلام من حيث المادة^(٦) فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات. قال

(١) سيأتي في المتن ما يُراد من صراحة صيغ العقود و ظهورها و كنايتها و مجازها، فانظر.

(٢) معطوف على «من حيث إفادة المعنى» يعني: أنّ البحث في موادّ الألفاظ يشمل أمرين، أحدهما: صراحة الألفاظ و ظهورها، و ثانيها: اللّغة التي تستعمل في معنى المعاملة من العربية و الفارسية و غيرها من اللّغات، فيمكن أن يكون في كلّ لغةٍ لأيّ واحدة من المعاملات لفظٌ صريح و ظاهر و كناية و مجاز. و لا ملازمة بين جهتي البحث، إذ يمكن أن تعتبر العربية في صيغ المعاملات من دون إعتبار الصراحة و الظهور، بل يكفي إنشاؤها بالكناية و المجاز. و يمكن أن يقال بكفاية اللغات الأخرى بشرط صراحة اللفظ أو ظهوره - المعتدّ به - في عنوان المعاملة.

(٣) فالبحث عن إعتبار العربية بحث عن المادّة، و عن الماضية بحثٌ عن الهيئة.

(٤) أي: تقدم الإيجاب على القبول.

(٥) أي: عدم الفصل المُخلّ - بصدق العقد - بين الإيجاب و القبول.

شروط مادة العقد

المبحث الأوّل: إعتبار الدلالة الوضعية

(٦) إن كان غرضه **تبيُّرٌ** من جعل عدم كفاية الكناية من مباحث مادة العقود هو ممّا يشاء القوم و متابعتهم في إعتبار الصراحة و الظهور الوضعي في صيغ العقود اللّازمة بلا نظرٍ إلى كون الكناية في المادة أو في الهيئة فلا بحث.

في التذكرة: «الرابع من شروط الصيغة التصريح، فلا يقع بالكناية^(١) مع النيّة، مثل قوله: أدخلته في ملكك^(٢) أو: جعلته لك، أو: خذهُ مِنِّي بكذا، أو: سلطتُك عليه بكذا، عملاً بأصالة^(٣) بقاء الملك، ولأن^(٤) المخاطب لا يدري بِمَ خوطب» انتهى.

وإن كان غرضه من قوله: «من حيث المادة» التقييد، وأنه لا مانع من الكناية من حيث الهيئة لم يخلُ عن إشكالٍ، لظهور بعض الكلمات في منع الإنشاء بالكناية مطلقاً سواء أكانت في المادة أم في الهيئة، في المبسوط: «و عندنا: أن قوله: - أنتِ مُطلقةٌ - إخبار عمّا مضى فقط، فإن نوى به الإيقاع في الحال فالأقوى أن نقول: أنه يقع به. و قال بعضهم هو كناية»^٣. و قال أيضاً: «فإن قال: - أنتِ الطلاق - فعندنا ليس بصريح، و الكناية لا تقول بها. و عندهم على وجهين، منهم من قال هو صريح، و منهم من قال: كناية»^٤.

و من المعلوم أنّ الفرق بين قوله: «أنتِ طالق» و بين «أنتِ مطلقةٌ أو أنتِ الطلاق» ليس إلا بحسب الهيئة، ضرورة اشتراكها في المادة. و لشيخ الطائفة تَبَيُّرٌ غير ما ذكرناه من العبارتين في فصل ما يقع به الطلاق و ما لا يقع به، فلاحظ.

(١) و هي: إستعمال اللفظ في معناه الحقيقي وإرادة لازمه أو ملزومه بحيث يكون المقصود الأصلي ذلك اللازم أو الملزوم، و كان إستعمال الألفاظ في معانيها للإنتقال إلى اللوازم أو الملزومات.

(٢) هذا من الإنتقال من اللازم إلى الملزوم الذي هو المبادلة بين المألين، وكذا ما بعده.

(٣) المعبر عنها بأصالة الفساد.

(٤) فلا يتمشئ منه القبول الذي هو أحد ركني العقد، إذ مع عدم علم المخاطب بما

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب: المبسوط في فقه الامامية، ج ٥، ص ٢٥

ج: المصدر، ص ٢٦

وزاد في غاية المراد على الأمثلة: «مثل قولك: أعطيتك بكذا، أو: تسلط عليه بكذا»^أ.

و ربما يبدل هذا^١ «باشتراط الحقيقة، فلا ينعقد بالمجازات» حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد.

أراده المتكلم لا يمكنه القبول حتى يتحقق عنوان العقد. وهذا الدليل ظاهر في أن عدم صحة العقد في مورد الكناية مستند إلى عدم تحقق المفهوم العرفي، لا إلى تعبد شرعي، كما هو ظاهر ما يأتي من كلام مفتاح الكرامة، لظهوره في كون عدم الصحة لأجل التسالم، لا من جهة عدم صدق مفهوم العقد عرفاً.

(١) أي: ربما يُبدل الشرط الرابع و هو التصريح، فإنه قد يعبر عنه باشتراط الحقيقة كما حكاه السيد الفقيه العاملي عن السيد العلامة الطباطبائي رحمتهما بقوله: «والذي اعتمده الاستاد الشريف دام ظلّه: لا فرق في المجازات بين قريبها وبعيدها في عدم إنعقاد العقود اللازمة بها، وقوفاً مع هذه القاعدة المسلّمة عندهم، إلا أن يقوم إجماع فينبع»^ب. و قريب منه ما في الجواهر، فراجع.

ثم إن الفقهاء اختلفوا في مادة الصيغة على أقوال ستة:

الأول: الإقتصار على القدر المتيقن، فلا يجوز إنشاء العقود و الإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكة.

الثاني: الإقتصار فيها على الألفاظ المنقولة عن الشارع الأقدس، و هو محتمل المنقول عن الإيضاح و المسالك.

و يدلّ عليه: أن مقتضى الإقتصار على القدر المتيقن الجمود على الألفاظ المأثورة، و عدم دليل على كفاية مطلق الصراحة، فيرجع في غيرها إلى الأصل.

أ : غاية المراد للشهيد الأول ، ص ٨٢

ب : مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٤٩ ، جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٢٤٩

ج : إيضاح الفوائد ، ج ٣ ، ص ١٢ و مسالك الأفهام ، ج ٥ ، ص ١٧٢

و المراد بالصرح - كما يظهر من جماعة من الخاصة و العامة في باب

و لعلّه يرجع إلى الوجه الأوّل كما قيل، بل ادّعي ظهور الرجوع إليه. لكنه لا يخلو من تأمل.

الثالث: أن يكون اللفظ صريحاً بمعنى كونه موضوعاً لعنوان العقد. كلفظ «بعث» في إنشاء البيع، و «صالحته» في إنشاء الصلح، و «أجرت» في الإجارة وهكذا، فتخرج الكنايات والمجازات. و حُكي عن العلامة الطباطبائي رحمته التصريح به في مصابحه.

و إليه يرجع ما ذكره الفخر من: «أن كل عقد لازم وّضَع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء» فلا بدّ من الإقتصار على القدر المتيقن، بناءً على أن ما عداه ليس من القدر المتيقن.

وكذا ما في إجارة المسالك.

و في مفتاح الكرامة: «وهو الذي طفحت به عباراتهم حيث قالوا في أبواب متفرقة كالسّم والنكاح وغيرهما: أنّ العقود اللازمة لا تتعقد بالمجازات ... و كذا لا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم و التصريف و الدفع و الإعطاء و الأخذ و نحو ذلك»^أ.

و على هذا فلا ينعقد عقدٌ و لا إيقاعٌ إلاّ بالألفاظ التي تعنوت بها عناوين العقود و الإيقاعات.

الرابع: كفاية كلّ لفظ له ظهور عرفي معتدّ به في المعنى المقصود. و هذا هو الذي حكاه المصنف عن جماعة. و هذا يشمل المشترك اللفظي و المعنوي و المجاز القريب و البعيد الجاري على قانون الإستعمال الصحيح.

و قد مال إليه المحقق الخراساني رحمته، حيث قال عقيب قول المصنف رحمته: «فالشهور عدم الوقوع» ما لفظه: «لكن مقتضى الإطلاقات في باب البيع وقوعه

الطلاق و غيره - ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغة^(١) أو شرعاً^(٢). ومن

بالكنيات وأسماء المجازات، بلا فرقٍ أصلي بين أن يكون القرينة على التجوز لفظاً أو غيره، لاستناد إنشاء التملك إلى اللفظ على كل تقديرٍ كما لا يخفى. نعم ربما يمكن المناقشة في صدق العقد على ما إذا وقع بالكناية، فإنه عهد مؤكد، ولا يبعد أن يمنع عن تأكده فيما إذا وقَّع بها، وذلك لسراية الوهن من اللفظ إلى المعنى، لما بينها من شدة الارتباط، بل نحو من الإتحاد^(٣).

الخامس: التفصيل في الألفاظ المجازية بين القريبة والبعيدة، فيصح بالأولى كما يصح بالحقيقة، بخلاف الثانية. وهذا مما أفاده المحقق الثاني رحمته في النكاح والسلم قال عليه السلام عند قول العلامة رحمته في القواعد: «و الأقرب إنعقاد البيع بلفظ السلم، فيقول: أسلمتُ إليك هذا الثوب في هذا الدينار» ما لفظه: «أي: يقول ذلك البائع، فيكون المسلم هو المبيع، والمسلم فيه هو الثمن ... الخ»^(٣).

و محصل وجهه هو شمول العمومات الدالة على صحة البيع وعدم شمولها للمجازات البعيدة، هذا.

السادس: ما حكاه الفقيه المامقاني رحمته عن بعض مشايخه: «من التفصيل في قرائن المجازات بين اللفظ الحقيقي وغيره، بعد التفصيل بجواز المجاز القريب وعدم جواز المجاز البعيد. ففصل في المجاز القريب بين ما لو كانت قرينته لفظاً حقيقياً وبين ما كانت غيره فلا يجوز. و لكننا لم نجد به قائلاً، و سألتنا الحاكي فلم يعرفه»^(٤).

(١) كلفظ «بعت» في إنشاء البيع.

(٢) كلفظ «ملكْتُ» مثلاً في إنشاء البيع، فإنه يصح إنشاؤه به شرعاً مع عدم

وضعه لغةً للبيع.

أ : حاشية المكاسب . ص ٢٧

ب : جامع المقاصد . ج ٤ ، ص ٢٠٧

ج : غاية الأمل . ص ٢٢٢

الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع^(١)، فيفيد إرادة نفسه^(٢) بالقرائن، وهي على قسمين عندهم جليّة وخفيّة. والذي^(٣) يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود الّلازمة، والفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع

(١) كلفظ «سَلَطْتُكَ» إذا فُرِض قيام دليل شرعاً على الإكتفاء به في مقام الإنشاء، بحيث يكون «سَلَطْتُكَ» بمنزلة «بعْتُكَ» وإن لم يكن لفظ «سَلَطْتُكَ» موضوعاً لغَةً لعنوان البيع، لأنّه وضع لللازمِ البيع وهو السلطنة، فلفظ «سَلَطْتُكَ» وضع للسلطنة التي هي من لوازم التملك الذي هو مفهوم البيع، على ما تقدّم تعريفه في كلام المصنف. (٢) أي: أنّ اللازم يفيد نفس العقد الذي هو الملزوم، فإنّ إرادته من التسليط - الذي هو لازمه - منوطة بالقرائن التي تنقسم إلى الجليّة والخفيّة.

(٣) غرضه تبيّحُ التعرض لما ينافي نسبة الحكم المزبور - أعني به إعتبار الوضع اللغوي في ألفاظ العقود، وعدم إنشائها بالمجازات والكنائيات - إلى المشهور، وذلك لوجهين:

أحدهما: النصوص المتفرقة في أبواب العقود الّلازمة، حيث يظهر منها الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي في العنوان الإعتباري الإنشائي.

ثانيهما: الفتاوى المتعرضة لصيغ العقود.

فهذان الوجهان يشهدان بمنع النسبة المزبورة إلى المشهور، فلا تعتبر الصراحة ولا الدلالة الحقيقيّة المستندة إلى الوضع اللغوي. هذا بحسب الدعوى.

وإستدلّ المصنف تبيّحُ بنقل جملة وافية من عبارات الأصحاب في إنشاء البيع والنكاح والوقف والرهن وغيرها كما ستأتي في المتن، ولم يذكر هنا من الروايات شيئاً، فلا بأس بالتبرُّك بذكر جملة منها:

الأولى: ما وردَ فيها إنشاء البيع بلفظ الأمر، مثل ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال: «سألْتُ أبا عبدالله عليه السلام عن السَّمسارِ أيشترى بالأجر؟ الى أن قال،

فيقول: خُذ ما رضيت ودَع ما كرهت، فقال: لا بأس^أ.
 و ظاهر الخبر - بملاحظة تقريره عليه السلام - كفاية إنشاء البيع بلفظ الأمر، و جواز
 تحيير المشتري بين الأخذ و الترك.

و نحوه ما ورد في بيع اللبن في الصَّرع بعد حلب مقدار منه في الاسكرجة^ب.
 و بهذا المضمون روايات أخرى في الأبواب المتفرقة.

الثانية: ما وُرد فيها إنشاء البيع بصيغة المضارع، مثل ما في معتبرة الحلبي عن
 أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قدم لأبي متاعاً من مصر، فصنَّع طعاماً و دعى له التجار،
 فقالوا له: نأخذه منك بده دوازده، فقال لهم أبي: و كم يكون ذلك؟ فقالوا: في العشرة
 آلاف ألفان، فقال لهم أبي: فإني أبيعكم هذا المتاع بإثني عشر ألف درهم، فباعهم
 مساومة^ج». و ظاهره صحة البيع بصيغة المضارع مع عدم تعقب إيجابه عليه السلام بقبولهم،
 بل يستفاد القبول من قولهم: «نأخذُ منك».

و نحوه ما ورد في شراء العبد الآبق مع الضميمة^د.
 الثالثة: ما ورد في بيع الصرف من إنشاء المعاملة تارةً بلفظ «أخذُ منك المائة
 بمائة و عشرة» كما في صحيحة عبد الرحمن بن المهجاج^ه، و يكون بطلان البيع لأجل الرِّبا.
 و أخرى من إنشائها بلفظ التحويل كما في رواية إسحاق بن عمار عن
 أبي عبدالله عليه السلام من قول المشتري للصَّراف: «حوِّلها - أي الدرهم الوضع - لي
 دنائير^و» الحديث، و تقريره عليه السلام إمضاء لوقوع بيع الصَّرف بلفظ التحويل.

أ : وسائل الشيعة ج ١٢ ، ٣٩٤ ، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود ، الحديث : ٢

ب : المصدر ، ص ٢٥٩ ، الباب ٨ من أبواب عقد البيع ، الحديث : ٢

ج : وسائل الشيعة ج ١٢ ، ص ٣٨٥ ، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود ، الحديث : ١

د : وسائل الشيعة ج ١٢ ، ص ٢٦٣ ، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود ، الحديث : ٢

ه : وسائل الشيعة ج ١٢ ، ص ٤٦٧ ، الباب ٦ من أبواب الصرف ، الحديث : ٣

و : وسائل الشيعة ج ١٢ ، ص ٤٦٣ ، الباب ٤ من أبواب الصَّرَف ، الحديث : ١

و نالثة من إنشائها بالاستبدال و التبديل كما في رواية الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن الرجل يستبدل الكوفية بالشامية وزناً بوزن، فيقول الصيرفي: لا أبدل لك حتى تُبدل لي يوسفية بغلّة وزناً بوزن، فقال: لا بأس»^أ.

الرابعة: ما ورد في بيع الزرع و الثمار من إنشاء المعاملة تارةً بلفظ «أبتاع» كما في رواية زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام «في زرعٍ بيعٍ و هو حشيش، ثم سنبل؟ قال: لا بأس إذا قال: أبتاع منك ما يخرج من هذا الزرع...» الحديث^ب.

و أخرى بلفظ التقبّل كما في معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «تقبّل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنةً و إن شئت فأكثر، و إن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر»^ج.
الخامسة: ما ورد في إنشاء عقد الصلح بقول أحد الشريكين للآخر: «لك ما عندك و لي ما عندي» و قد تقدم في (ص ٧١).

السادسة: ما ورد في إنشاء المزارعة بلفظ المضارع، كما في خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام: «لا ينبغي أن يُسمّى بذراً و لا بقرأ، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك، و لك منها كذا و كذا» الحديث^د. و لا يخفى ظهوره في صحة الإنشاء بلفظ المضارع، مع تقدم القبول فيه على الإيجاب.

السابعة: ما ورد في عقد المساقاة من إنشائها بلفظ الأمر، كما في معتبرة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجلٍ يعطي أرضه و فيها ماء أو نخل أو فاكهة، و يقول: إسقي هذا الماء و اعمره، و لك نصف ما أخرج الله عزّ وجلّ منه؟ قال: لا بأس»^ه فإنّ تقريره عليه السلام لما حكاها السائل من الصيغة دليل على صحة المساقاة بلفظ الأمر.

- أ : وسائل الشيعة ، ص ٤٦٩ ، الباب ٧ من أبواب الصرف ، الحديث : ١
ب : وسائل الشيعة ، ج ١٣ ، ص ٢٢ ، الباب ١١ من أبواب بيع الثمار ، الحديث : ٩
ج : وسائل الشيعة ، ج ١٣ ، ص ٨ ، الباب ٢ من أبواب بيع الثمار ، الحديث : ٤
د : وسائل الشيعة ، ج ١٣ ، ص ٢٠١ ، الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ، الحديث : ١٠
هـ : وسائل الشيعة ، ج ١٣ ، ص ٢٠٢ ، الباب ٩ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة ، الحديث : ٢

بقولٍ مطلق^(١)، و في بعض أنواعه^(٢)، و في غير البيع من العقود اللازمة هو^(٣) الإكتفاء بكل لفظٍ له ظهور عرفيٌّ معتدُّ به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: «بعثت و ملكت» و بين قوله: «نقلتُ إلى ملكك» أو «جعلته ملكاً لك بكذا»

الثامنة: ما ورد في وقوع عقد المضاربة بغير الصيغة المعهودة، كما في صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه قال في الرجل يُعطي المال، فيقول له: إنبت أرض كذا وكذا ولا تُجاوزها، وإشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن»^أ و ظاهرها تحقق المضاربة بإعطاء المال، و ضمان العامل بمخالفة ربِّ المال بتجاوزه عن البلدة المعينة للعمل و الإتجار فيها.

و المستفاد من مجموع هذه النصوص و غيرها جوازُ الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود من العقد أو الإيقاع، و لا تتوقف الصحة على صراحة الصيغة كما في التذكرة، و لا على الظهور الوضعي كما حُكي عن المصابيح، بل كما يجوز إنشاء البيع بلفظ «بعثت» فكذا يجوز بلفظ «ملكته» و نقلته إلى ملكك» و نحوهما من الألفاظ الظاهرة عرفاً في إنشاء الأمر الإعتباري البيعي.

(١) يعني: جميع أقسام البيع، سواء أكان المبيع كلياً أم شخصياً، و سواء أكان عَرَضاً أم نقداً كالدرهم و الدينار، و سواء أكان البيع برأس المال أم بأزيد منه أم بوضعية منه، و غير ذلك من الأقسام، فيجوز إنشاء البيع في هذه الأقسام بما ليس صريحاً فيه، كما يجابه بلفظ «السلم» مع كون المبيع شخصياً حالاً لا مؤجلاً.

(٢) كإنشاء بيع الصّرف بلفظ التبدیل و التحويل، و إنشاء بيع الزرع بلفظ التقبيل، و إنشاء بيع التشريك بلفظ «شركتك» و بيع التولية بلفظ «وليتك» مع عدم صراحة هذه الألفاظ في مفهوم البيع و هو إنشاء تمليك عين بمال.

(٣) خبر قوله: «و الذي يظهر».

وهذا^(١) هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين.
 وحُكي عن جماعة ممن تقدّمهم كالمحقق على ما حكي عن تلميذه كاشف
 الرموز «أنّه حكى عن شيخه المحقق: أنّ عقد البيع لا يلزم منه لفظ مخصوص»
 وأنّه^(٢) إختاره أيضاً.
 وحُكي عن الشهيد عليه السلام في حواشيه «أنّه جوّز البيع بكلّ لفظٍ دلّ عليه
 مثل: أسلمتُ إليك وعاوَضْتُكَ»^(٣).
 وحكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين^(٤).

(١) يعني: الإكتفاء بكلّ لفظٍ ظاهر عرفاً بنحو يعتدُّ به. ومقصود المصنف عليه السلام
 عدم تفوّده بهذا الإكتفاء، لأنّه مختار جمع من طبقة متأخري المتأخرين كالمحدث
 الفيض في محكي المفاتيح^أ، وصاحب الحدائق^ب. بل يستفاد من كلمات المتقدمين أيضاً
 كما سيأتي نقلُ جملةٍ منها في المتن، وقد ابتدأ الماتن بحكاية ما ذكروه في البيع، ثم
 ما يتعلق بصيغ سائر العقود.

(٢) معطوف على «أنّه» يعني: وحُكي عن الفاضل الآبي أنّه إختار مذهب
 المحقق. قال في بيع الفضولي: «وإذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا - وهو المحقق -
 دام ظلّه، لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، ولا للبيع لفظ مخصوص، بل
 يشكّل على الشيخين، لأنّها يخالفانه في المسألتين. والمختار عندنا إختيار شيخنا دام ظلّه»^ج.

(٣) قال في مفتاح الكرامة: «فجوّز - أي الشهيد - البيع بكلّ لفظ دلّ عليه،
 فقال: مثل: فارَضْتُكَ و سلّمتُ إليك، وما أشبه ذلك»^د.

(٤) قال في المسالك: «غير أن ظاهر كلام المفيد عليه السلام يدل على الإكتفاء في تحقق
 البيع بما دلّ على الرّضا به من المتعاقدين إذا عرفاه و تقابضاً. وقد كان بعض

أ: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٠

ب: الحدائق الناظرة، ج ١٨، ص ٣٥٤

ج: كشف الرموز، ج ١، ص ٤٤٦، والحاكي عنه هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٠

د: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٠

بل هو ظاهر العلامة في التحرير، حيث قال: «إنَّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النقل مثل: بعثك، أو ملّكتك، أو ما يقوم مقامهما^(١)». أ.

و نحوه المحكي عن التبصرة و الإرشاد^٣، و شرحه لفخر الاسلام.
فإذا كان^(٢) الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا؟»

بل^(٣) ربما يدعى: أنه^(٤) ظاهر كلّ من أطلق إعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و أتباعه^(٥)

مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدال كونه لفظاً. و إطلاق كلام المفيد أعم منه^ح.

(١) من كل لفظ يدلّ على إنشاء البيع و إن لم تكن دلالته عليه بالوضع، و عليه فيمكن نسبة عدم إعتبار لفظٍ خاصّ في البيع إلى العلامة^{بنيوي}.

(٢) هذا ما إستنتجه المصنف من كلام العلامة و غيره. و وجهه: أنّ البيع لما كان بمعنى «نقل العين» لزم جواز إنشائه بلفظ النقل و ما يفيد.

(٣) الإتيان بكلمة الإضراب من جهة أنّ مختار العلامة قد علّم من تصريحه بقوله: «أو ما يقوم مقامها» و المدعى لكفاية مطلق اللفظ يقول بعدم الحاجة إلى هذا التصريح. و ذلك لكفاية نفس إطلاق إعتبار الإيجاب و القبول في جواز الإنشاء بكلّ لفظ يدلّ على مقصود المتعاملين.

(٤) أي: أنّ الإكتفاء بكلّ لفظ له ظهور معتدّ به في المعنى المقصود.

لكن يمكن المناقشة فيه بورود الإطلاق في مقام إعتبار أصل اللفظ، لا في مقام بيان صحة إنشائه بكلّ لفظ له ظهور في المعنى المقصود من العقد أو الإيقاع، فتدبر.

(٥) قال في مفتاح الكرامة: «و قد يُدعى أنه - أي أنّ عدم إعتبار لفظ

أ: تحرير الأحكام. ج ١. ص ١٦٤

ب: تبصرة التلمين. ص ٨٨، إرشاد الأذهان. ج ١. ص ٣٥٩

ج: مسالك الأفهام. ج ٣. ص ١٤٧

فتأمل^١ .

و قد حُكي^٢ عن الأكثر: تجويزُ البيعِ حالاً بلفظِ السَّلْمِ.

مخصوص - ظاهر الأكثر كالشيخ وأبي يعلى وأبي القاسم القاضي وأبي جعفر محمد ابن علي الطوسي وأبي المكارم حمزة الحلبي وغيرهم، حيث إقتصروا على الإيجاب والقبول مُطْلِقِينَ، من دون تنصيصٍ على لفظ مخصوص^أ.

(١) إشارة إلى: أن إطلاق كلام من أطلق ناظرٌ إلى إعتبار هذا الجنس في مقابل غيره كالفعل، وليس مسوقاً لبيان صحة الإيجاب والقبول بكل لفظ له ظهور في إنشاء عنوان العقد أو الإيقاع. ولا بأس بنقل عبارة واحدة من عبارات الذين أطلقوا في المقال حتى تكون أمثودجاً نهتدي بها إلى حقيقة الحال، وهي عبارة الفنية، قال فيها: «أما شروطه فعلى ضربين: أحدهما شرائط صحة إنعقاده، والثاني شرائط لزومه. فالضرب الأول ثبوت الولاية في المعقود عليه، وأن يكون معلوماً مقدوراً على تسليمه منتفعاً به منفعةً مباحة، وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري، من غير إكراه ولا إجبارٍ إلّا في موضع^ب. انتهى المقصود من كلامه زيد في علوّ مقامه.

ومثله المحكي عن الشيخ عليه السلام في المبسوط.

(٢) المحاكي هو الشهيد الثاني في المسالك ، حيث قال في الإستدلال على ما أفاده المحقق من إنعقاد البيع بلفظ السَّلْمِ: «و هذا هو إختيار الأكثر^ج. ونسبه السيد العاملي إلى العلامة والمحقق والشهيدين والمحقق الثاني^د.

أ : مفتاح الكرامة . ج . ٤ . ص ١٥٠

ب : غنية النزوع (ضمن الجوامع الفقهية) . ص ٥٢٣

ج : مسالك الأفهام . ج . ٣ . ص ٤٠٥

د : مفتاح الكرامة . ج . ٤ . ص ١٤٩

و صرح جماعة^(١) أيضاً^(٢) في بيع التولية

(١) كالمحقق والعلامة والشهيد رحمهم الله.

(٢) يعني: كما جوز جماعة إنعقاد البيع بلفظ السَّلَم - الموضوع لنوع خاص منه - فكذا صرح جماعة بانعقاد بيع التولية والتشريك بلفظ «وَأَيْتُكَ وَشَرَكْتُكَ» مع عدم كونها موضوعين لغة للتملك البيعي، بل يدلان عليه بالقرينة.

ولا بأس بتوضيح هذين القسمين، فنقول: إن المعروف بين الفقهاء تقسيم البيع باعتبار الإخبار برأس المال، وعدم الإخبار عنه إلى أربعة أقسام، لأنه إن أخبر البائع بالثمن فباعه بزيادة كان مراجعةً، وإن باعه بنقيصة كان مواضعةً، وإن باعه بنفس الثمن كان توليةً، وإن لم يُخبر برأس المال أصلاً كان مساومةً.

وزاد الشهيد في الدروس واللمعة قسماً خامساً وسَمَّاهُ التَّشْرِيكَ، وفسره بقوله: «والتشريك هو أن يجعل له فيه نصيباً برأس ماله، وهو بيع أيضاً. ولو أتى بلفظ التشريك فالظاهر الجواز، فيقول: أشركتُك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه»^(٣).

ومحصله: أن التشريك يبيع جزء مشاع بجزء من الثمن الذي بذله المشتري، فهو نظير بيع التولية في كونه تملك العين بنفس رأس المال لا يزيد منه ولا أنقص. ولكنه يفترق عن بيع التولية بأن التشريك يبيع كسر مشاع من المبيع، كما إذا اشترى زيد داراً من عمرو بألف دينار، وأراد بيع نصفها من بكرٍ بخمسمائة دينار، فيقول: «شركتُك بنصفه بنسبة ما اشتريتُ» أو: «أشركتُك بنصف الثمن» فيقبله بكرٌ. ويصير شريكاً في الدار مع زيد، ولكل منهما نصفها. قال الشهيدان رحمهم الله: «وهو أي التشريك في الحقيقة يبيع الجزء المشاع برأس المال، لكنه يختص عن مطلق البيع بصحته بلفظه»^(٤).

و حيث إتضح بيع التولية والتشريك فنقول: إن غرض المصنف رحمهم الله من

أ: راجع: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٤٢ و ٤٣، تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٥٤٥، قواعد الأحكام

ص ٥٣ (الطبعة الحجرية) الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢١

ب: الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢١

ج: الروضة البهية، ج ٣، ص ٤٣٧

بانعقاده^(١) بقوله: «وَلَيْتَكَ العقد، أو: وَلَيْتَكَ السلعة» و التشارك^(٢) في المبيع بلفظ «شَرَكْتُكَ».

الإستشهاد بكلام جماعة في هذين البيعين هو: أن تجوزهم إنشاء بيع التولية بلفظ «وَلَيْتَكَ» دليل على كفاية مطلق اللفظ في البيع و عدم إعتبار الصراحة فيه. وجه الدلالة: أن معنى «وَلَيْتَكَ العقد أو السلعة» ليس تمليك عين بعوض - الذي هو حقيقة البيع - بل معناه جعل المشتري متولياً على العقد أو السلعة التي باعها بنفس الثمن الذي إشتراها به، و دلالة التولية على بيع المتاع برأس المال يكون بالقرينة كالمقابلة بين المتبايعين قبل العقد. هذا.

وكذا الحال في البيع بالتشارك، فإن قول البائع: «أشركتُك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه» لا يدل بالوضع على «إنشاء تمليك عين بمال» إلا مع القرينة، لأن «الشركة» أعم من أن تكون في العين و المنفعة، و من كونها حاصلة بسبب قهري كالإرث أو إختياري كالمزج و غير ذلك من موجباتها.

و على هذا فتجوزهم بيع التولية و التشارك بغير لفظ البيع - و التمليك و النقل و التبديل - شاهد على كفاية مطلق اللفظ في إنعقاد البيع، و عدم إعتبار الدلالة الوضعية فيه.

(١) أي: بانعقاد بيع التولية. فلا يرد على المصنف: أنه لا شهادة في جواز إنشاء بيع التولية بهذه الصيغة على جواز إنشاء مطلق البيع بهذا اللفظ.

وجه عدم الورد: أن المصنف لا يقصد الإستشهاد بكلام الجماعة على إنعقاد مطلق البيع بلفظ التولية، بل غرضه: أن البيع في جميع موارد «تمليك عين بعوض» فإذا جاز إنشاء صنّف خاص منه بلفظ التولية - مما ليس موضوعاً للمبادلة بين المالين - كان دليلاً على صحة إنعقاد البيع بالمجاز و الكناية، لأن مفاد البيع في جميع أفرادها هو المبادلة بلا فرقي بين التولية و المساومة و غيرها.

(٢) ظاهره كونه معطوفاً على «بيع التولية» فيكون القائل بجواز التشارك في البيع جماعة كما في التولية، و هو غير بعيد. لكن لم أقف في هذه العجالة على كلام غير

و عن المسالك^(١) في مسألة تقبُّل أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيءٍ معلوم من الثمرة «أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبُّل» مع أنّه

الشهيدين يَتَقَبَّلَانِ في جوازه و عدّه من أقسام البيع، ولذا فالأولى عطفه على «عن الأكثر» يعني: وقد حُكي التشريك في المبيع بلفظ شَرَكْتُكَ، وإن كان المحكي عنه بعضاً لا جماعةً.

(١) قال في المسالك: «و ظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ القبالة، و أنّ لها حكماً خاصاً زائداً على البيع و الصلح، لكون الثمن و الثمن واحدأ، وهو عدم ثبوت الرُّبا لوزاد أو نقص، و وقوعه بلفظ التقبيل، و هو خارج عن صيغتي العقدين» أ. و التقبُّل عبارة عن أن يكون بين الإثنين نخلٌ أو شجرٌ أو زرعٌ فيتقبَّل أحدهما بحصّة صاحبه - بعد خرص المجموع - بشيءٍ معلوم على حسب الحرص، و هي معاوضة مستثناة من المزابنة و المحاقلة معاً.

و قد دلّ على صحّته شرعاً صحيحة يعقوب بن شعيب التي رواها المشايخ الثلاثة قال: «سألْتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: إختَرِ إمّا أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيل [كيلاً] مسّى، و تعطيني نصف هذا الكيل إمّا زاد أو نقص. و إمّا أن آخذه أنا بذلك؟ قال: نعم لا بأس به» ب.

و صحيحة أبي الصلاح الكناني قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إنّ النبي صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة إليهم فخرّص عليهم، فجاؤا إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالوا: إنّهُ قد زاد علينا، فأرسل إلى عبدالله بن رواحة، فقال: ما يقول هؤلاء؟ فقال: خرّصت عليهم بشيءٍ، فإن شاؤا يأخذون بما خرّصت، و إن شاؤا أخذنا. فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السموات و الأرض» ج.

أ: مسالك الأنعام، ج ٣، ص ٣٧٠

ب: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٨، الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار، الحديث: ١

ج: المصدر، ص ١٩، الحديث: ٣

لا يخرج عن البيع أو الصلح^(١) أو معاملة^(٢) ثالثة لازمة عند جماعة.

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

و أما في غيره^(٣)، فظاهر جماعة^(٤) في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوّزه بقوله: «تصرّف فيه، أو: إنتفع به و عليك ردّ عوضه، أو: خُذْه بمثله

و غيرهما من الأخبار الكثيرة، و إن ردّها الحليّ بناءً منه على عدم حجية أخبار الآحاد. و ضعف مبناه يعني عن التكلم في ردّه. و المثبتون اختلفوا في كون هذه المعاملة صلحاً أو بيعاً أو معاملة مستقلة لازمة.

(١) يعني: أنّ لفظ «التقبّل» اجنبي - بحسب الوضع - عن كلّ من البيع و الصلح، فلو كانت القبالة بيعاً أو صلحاً كان إنشاؤها بصيغة «تقبّل هذا بكذا» شاهداً على كفاية مطلق الدلالة اللفظية. نعم بناءً على كون القبالة معاوضةً مستقلة كانت الصيغة المزبورة حقيقةً فيها.

و عليه فكان المناسب أن يقتصر المصنّف على احتمال كونها بيعاً أو صلحاً حتى يكون لفظ القبالة مجازاً فيها، إذ بناءً على الإستقلال لم يلزم مجاز و لا كناية، مع أنّ مقصوده تبيّهُ الإستناد إلى كفاية إنشائها بعنوان القبالة حتى إذا كانت معاملةً مستقلة. إلّا أن يقال: إن مادّة «القبول و القبالة» لا تدل بالوضع على هذه المعاملة، فتتّجه دعوى الماتن من عدم وضع صيغة «قبّلئك» لشيء من البيع و الصلح و المعاملة المستقلة.

(٢) أي: غير البيع. و قد أشرنا إلى أنّ المصنّف تصدّى لإثبات مرامه - من كفاية مطلق اللفظ في إنشاء العقود الأّزمة - بالإستشهاد بكلمات الفقهاء في موضعين، أحدهما فيما يخصّ البيع، و قد فرغ منه. و ثانيها ما ذكره في سائر العقود، و قد شرّع فيه بذكر صيغ القرض.

(٣) كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني، فراجع كلماتهم^(٥).

أ: راجع للوقوف على الأقوال. مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٣٩١ و ٣٩٢

ب: راجع شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٦٧. تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥. الدروس الشرعية، ج ٣.

٣١٨. مسالك الأنهار، ج ٣، ص ٤٤٠. جامع المقاصد، ج ٥، ص ٢٠. و غيرها مما نقلها

السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٣٣ و ٣٤

وَأَسْلَفْتُكَ» و غير ذلك^(١) مما عدّوا مثله في البيع من الكنايات^(٢). مع^(٣) أنَّ القرض من العقود اللازمة^(٤) على حسب لزوم البيع و الإجارة. و حُكي عن جماعة^(٥) في الرهن: أنَّ إيجابه يؤدّي بكل لفظٍ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقة عندك» و عن الدروس^(٦): تجويزه بقوله: «خُذْهُ أَوْ أَمْسِكْهُ بِمَالِكَ».

(١) كقول المقرض: «إصرفه و عليك مثله، و ملّكتك بمثله» و لاريب في أنّ التصرف في العين المقرّضة - و الإنتفاع بها - من لوازم القرض الذي هو «تمليك مال مع ضمان بدله» مثل «سلّطتُك عليه بكذا» في باب البيع، و من المعلوم أنّ ذكر اللّازم و إرادة الملزوم كناية.

(٢) يعني: فلا يعتبر لفظ خاص في إنشاء القرض.

(٣) فإنشاؤه بأيّ لفظٍ مع كونه من العقود اللازمة - ولو من طرف الدائن - يدل على عدم إعتبار لفظٍ خاصٍ فيه.

(٤) لعلّ مراده مَبْتَدَأُ لزوم القرض من طرف المقرض، أو اللزوم من طرف المقرض أيضاً إذا شرطاه في عقد لازم كالبيع و الإجارة. و إلّا فيشكل عدُّ القرض بنفسه من العقود اللازمة، فمقتضى تصرّح الشهيد الثاني و ظاهر المحقق الثاني تَبَيُّنًا كون القرض من العقود المجائزة، فراجع أ.

(٥) قال السيد الفقيه العاملي: «و صريح الشرائع و التحرير و الكتاب - يعني القواعد - و التذكرة و الدروس و اللمعة و المسالك و الرّوضة و مجمع البرهان و الكفاية و المفاتيح أنه - أي عقد الرهن - لا يختص بلفظٍ، و لا بلفظ الماضي»^(٣).

(٦) قال الشهيد فيه: «ولو قال: خذهُ على مالك أو بمالك فهو رهن. ولو قال: أمسكهُ حتّى أعطيك مالك و أراد الرهن جاز. ولو أراد الوديعة أو إشتبهه فليس

أ: جامع المقاصد، ج ٥، ص ٢٠ و ٢٤، مسالك الافهام، ج ٣، ص ٤٤٠

ب: مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٧٢

و حُكي عن غير واحد^(١) تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ «تعهدتُ المال و تقلدته» و شبه ذلك.
و قد ذكر المحقق^(٢) و جماعة ممن تأخر عنه جواز الإجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد.

أ. و عليه فتجويز إنشاء الرهن بصيغة الإمساك ليس مطلقاً، بل مقيد باقترانه بقصد الرهن.

و على كل حال فجواز إيجاب الرهن - مع كونه لازماً من قبل الراهن - بالألفاظ غير الدالة عليه بالوضع دليل على عدم اعتبار الصراحة أو الظهور الوضعي في إنشاء العقد.

(١) كشيخ الطائفة و العلامة، قال السيد العاملي في شرح قول العلامة: «الصيغة، و هي: ضمننتُ و تحملتُ و تكفلتُ و ما أدنى معناه» ما لفظه: «من الألفاظ الدالة عليه صريحاً كتقلدته و إترمته، و أنا بهذا المال ظهير، أو كفيل، أو ضامن، أو زعيم، أو حميل، أو قبيل، كما في المبسوط و غيره. و كذا لو قال: دين فلانٍ عليّ كما في التذكرة، لأنّ عليّ ضمان، لإقتضاء عليّ الالتزام»^٣.

(٢) قال المحقق رحمته: «أما لو قال: ملكك سكنى هذه الدار سنةً بكذا صحّ. وكذا: أعرنتك، لتحقق القصد إلى المنفعة»^٤ و وافقه المحقق الأردبيلي و غيره. و وجه الصحة - كما في المسالك - هو: «أنّ الإجارة لما كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين، و إنما تفيد تسلطه على المنفعة و ملكه لإستيفائها كان إطلاقها بمنزلة تملك المنفعة، فنصح إقامتها مقام الإجارة، كما يصح ذلك بلفظ الملك»^٥.

و المسألة خلافية، فاستشكل العلامة في التحرير في جوازه، و منعه في القواعد^٦

أ : الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٨٣

ب : مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٣٥١

ج : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٧٩

د : مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٧٣

ه : مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٧٤

و تردّد جماعة^(١) في إنعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة.
و قد ذكّر جماعة^(٢) جواز المزارعة بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض
للمزارعة.

و وافقه في المنع المحقّق و الشهيد الثانيان^أ.

و على تقدير الجواز فلا ريب في كون العارية مجازاً في «تملك المنفعة بعوضٍ
معين» عند وجود القرينة و القصد إلى تملك المنفعة و أخذ العوض، فتأمّ المناط في
إنعقاد الإجارة بلفظ العارية هو القصد إلى تملك المنفعة سواء أكان الدالّ عليه حقيقةً
أم كنايةً أم مجازاً. و عليه فيكون فتوى المحقق دليلاً على صحة التجوّز في صيغ العقود.
(١) كالمحقق و الشهيد في اللعنة، قال في الشرائع: «و كذا - أي لم تصح
الإجارة - لو قال: بعثك سكنها سنة، لإختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان، و فيه
تردّد»^ب. و وجه التردّد: أنّ البيع موضوع لنقل الأعيان، فلا يُنشأ به نقل المنافع،
فلا يجوز، و أنّه مع التصريح بقصد تملك المنفعة ينبغي الجواز.

و كيف كان فنفس تردّد المحقق رحمته شاهد على عدم إعتبار الصراحة في صيغ
العقود، إذ لو كانت معتبرة فيها لم يبق وجهٌ للتردّد، بل تعيّن الحكم بالبطان.
(٢) كالمحقق و العلامة و غيرهما رحمهم، قال في الشرائع: «و عبارتها أن يقول:
زارعتك، أو: إزرع هذه الأرض أو سلّمتها إليك - و ما جرى مجراه - مدّة معلومة
بخصّة من حاصلها». و زاد العلامة في التذكرة على الصيغ المذكورة ألفاظاً أخرى
وهي: «أو قبلتها بزراعتها أو بالعمل فيها مدة معلومة ... أو خذ هذه الأرض على
هذه المعاملة و ما أشبه ذلك، و لا تنحصر في لفظ معين، بل كل ما يؤدّي هذا المعنى»
و في القواعد زيادة صيغة «عاملتك»^ج.

أ: جامع المقاصد، ج ٥، ص ٨٣، مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٧٣

ب: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٧٩، الروضة البهية، ج ٤، ص ٣٢٨

ج: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤٩، تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٣٧، قواعد الأحكام، ص ٩٤

و عن مجمع البرهان^(١) - كما في غيره - أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضياً.
و عن المشهور^(٢) جوازها بلفظ «أزرع».

و حكى السيد العاملي إنعقادها بما أشبه هذه الصيغ عن آخرين، فراجع.
و الغرض: أن ما عدا لفظ «زارعتك» لا يدل بحسب الوضع اللغوي على عقد المزارعة، ولا بد من قرينة معينة للمراد، فهذا دليل على جواز الإكتفاء بمطلق اللفظ في العقود اللازمة.

(١) ظاهر العبارة: أن المحقق الأردبيلي جوزّ إنشاء المزارعة بالألفاظ المتقدمة إلا صيغة الأمر المذكورة في الشرائع والتذكرة وغيرهما، فاعتبر الماضي فيها. ولعلّ المصنف رحمته إعتد في نقل كلامه على مفتاح الكرامة أو غيره، وإلا فالمحقق الأردبيلي استظهر إنعقادها بالمضارع والأمر، قال: «و الظاهر أن لا خلاف في الجواز بكل لفظ يدل على المطلوب، مع كونه ماضياً، و الظاهر جوازها بالأمر أيضاً» فراجع^٣.

(٢) المناسب إلى المشهور هو الشهيد الثاني في الروضة، حيث قال: «و المشهور جوازها بصيغة: إزرع هذه الأرض»^٤.

و في الرياض: «و إستدل الأكثر بالصحيح السابق و نحوه على جواز المزارعة و المساقاة بصيغة الأمر»^٥.

لكن تأمل السيد العاملي في صحة النسبة^٦، فراجع.

أ : مفتاح الكرامة ، ج ٧ ، ص ٢٩٩

ب : مجمع الفائدة و البرهان ، ج ١٠ ، ص ٩٦ و ٩٨

ج : الروضة الهية ، ج ٤ ، ص ٤٧٦

د : رياض المسائل ، ج ١ ، ص ٦١١

هـ : مفتاح الكرامة ، ج ٧ ، ص ٢٩٩

و قد جوّز جماعة^(١) الوقف بلفظ «حرمتُ وتصدقتُ» مع القرينة الدالّة على إرادة الوقف، مثل «أن لا يباع ولا يورث» مع عدم الخلاف - كما عن غير واحد - على أنّها من الكنايات^(٢).

و جوّز جماعة^(٣) وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع، مع أنّه ليس صريحاً فيه.

(١) كالمحقق والعلامة والشهيد والمحقق الثاني رحمهم الله، في اللّعة وشرحها: «وأما حبستُ و سبّلتُ و حرمتُ و تصدقتُ ففتقرُ إلى القرينة كالتأبيد، و نفي البيع والهبة والإرث، فيصير بذلك صريحاً»^ب.

و لا يخفى صراحة كلامهما في إفتقار بعض الصيغ إلى القرينة، مع عدم وضعها بأنفسها للوقف، مع أنّه يجوز إنشاؤه بها.

(٢) وَ وَجَهُ كَوْنِ «حَرَمْتُ وَ تَصَدَّقْتُ وَ أَبَدْتُ» كِنَايَةً عَنِ الْوَقْفِ - كَمَا فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ - هُوَ إِشْتِرَاكُهَا فِي الِاسْتِعْمَالِ بَيْنَ الْوَقْفِ وَ بَيْنَ غَيْرِهِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى ضَمِّ قَرِينَةٍ تُدَلُّ عَلَى حُكْمٍ مِنْ أَحْكَامِ الْوَقْفِ مِثْلَ عَدَمِ جَوَازِ بَيْعِهِ وَ هَبْتِهِ.

(٣) كالمحقق والعلامة في بعض كتبه، والمحقق الثاني وغيرهم، قال في الشرائع: «و في متعتك تردّد، و جوازه أرجح»^ب. و جوّزه العلامة في القواعد والإرشاد، و منع منه في التذكرة^د.

و الغرض أنّ لفظ «التمتع» لم يوضع لغةً للنكاح الدائم، فجواز إنشائه به دليل على الإكتفاء باللفظ غير الصريح.

هذه جملة الكلمات التي إستظهر المصنف رحمهم الله منها كفاية مطلق اللفظ في العقود

أ : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢١١، تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٢٧، الدروس الشرعية، ج ٢،

ص ٢٦٣، جامع المقاصد، ج ٩، ص ٨ و ٩

ب : الروضة البهية، ج ٣، ص ١٦٤

ج : شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٧٣، قواعد الأحكام، ص ١٤٧ (الطبعة الحجرية)، إرشاد الأذهان،

ج ٢، ص ٦، جامع المقاصد، ج ١٢، ص ٦٩ و ٧٠

د : تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨١

و مع هذه الكلمات^(١) كيف يجوز أن يُسند إلى العلماء - أو أكثرهم - وجوبُ إيقاع العقد باللفظ الموضوع له^(٢)، و أنه^(٣) لا يجوز بالألفاظ المجازية خصوصاً^(٤) مع تعميمها للقريبة و البعيدة؟ كما تقدّم عن بعض المحققين^(٥).
و لعلّه^(٦) لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم - من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية في العقود اللازمة - مع^(٧) ما عرفت منهم من الإكتفاء في

اللازمة، و إن كان إستفادة الحكم من بعضها لا تخلو من شيء كما تقدم في مطاوي التوضيح.

(١) غرضه الإستنتاج من الفتاوى التي بدأت بقوله: «و الذي يظهر من النصوص و الفتاوى المتعرّضة لصيغها في البيع بقولٍ مطلق، و في بعض أنواعه، و في غير البيع من العقود اللازمة هو الإكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتدّ به في المعنى المقصود».
(٢) أي: الصريح، كما نصّ عليه في التذكرة.

(٣) يعني: كيف يجوز أن يُسند إلى العلماء المنع من الإنشاء بالألفاظ المجازية؟
(٤) قيّد لـ «لا يجوز» يعني: أن المانع من الإنعقاد بالمجاز إن كان مانعاً عن خصوص المجاز البعيد رُجماً أمكن توجيهه. و إن كان مانعاً عن مطلق المجاز قريبه و بعيده - كما نقله السيد العاملي عن مصابيح السيد بحر العلوم - كان في غاية الإشكال، إذ مع هذه الفتاوى المتقدمة في صيغ العقود اللازمة كيف يمنع عن المجاز القريب؟

(٥) و هو العلامة السيد الطباطبائي بحر العلوم رحمته الله في المصابيح.

(٦) الضمير للشأن. غرضه الجمع بين الكلمات من القول بوجود إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و عدم جواز إيقاعه بالألفاظ المجازية مع الإكتفاء في أكثر العقود بالألفاظ غير الموضوعة لذلك العقد. و حاصل وجه الجمع الذي أفاده المحقق الثاني هو حمل المجازات المنوعة على المجازات البعيدة، و مثّل للمجاز البعيد، بالخلع و الكتابة بالنسبة إلى إنشاء البيع، و مثّل للمجاز القريب بالتمليك و السّلم. و قريب منه كلامه في كتاب النكاح.

(٧) متعلق بالتنافي، يعني: التنافي بين ما اشتهر و بين ما عرفت منهم.

أكثرها بالألفاظ غير الموضوعية لذلك العقد بجمع المحقق الثاني - على ما حكى عنه في باب السلم والنكاح - بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، وهو جمع حسن.

والأحسن منه^(١) أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر^(٢) ليرجع الإفادة بالأخرة إلى

(١) لعل وجه الأحسنية هو الأشملية، توضيحه: أن لهم في عدم كفاية الألفاظ المجازية في العقود عبارتين: إحداهما: أنه لا يجوز التعبير بالألفاظ المجازية. والأخرى: أنه يعتبر كون ألفاظ العقود اللازمة من قبيل الحقيقة، كما أشار إليها بقوله: «أن يراد باعتبار الحقائق». و الجمع الذي ذكره المحقق الثاني لا ينطبق على العبارة الثانية، إلا بأن يراد بالحقيقة ما هو أعم منها و من المجاز القريب، وهو تكلف بعيد.

بخلاف ما ذكره المصنف رحمته من وجه الجمع، فإن مقتضاه التوسعة في اعتبار الحقيقة، بمعنى كون الدلالة مستندة إلى الحقيقة، سواء أكانت هي المفيدة لمضمون العقد ابتداءً، بأن يقع الإنشاء به، كأن يقول: «بعثك هذا المتاع بكذا» أم كانت مما يستند إليه دلالة اللفظ الذي وقع به الإنشاء، كقوله: «نقلتُ إليك هذا المتاع بالبيع» فإن نفس اللفظ الذي ينشأ به البيع - وهو لفظ «نقلتُ» - ليس موضوعاً لمعنى البيع، لكن دلالة على البيع يكون بسبب الوضع، حيث إن قرينته - وهي قوله: «بالبيع» - تدل بالوضع على معنى البيع، فيصدق على الصيغة: أنها تدل بالوضع على معنى البيع. (٢) كما في دلالة «تصدقْتُ» على الوقف بقرينة دلالة لفظ موضوع مثل «لا تباع ولا توهب ولا تورث» وكدلالة «متعتُ» على النكاح المؤبد بقرينة كلمة «الدائم» الموضوعية للدوام.

الوضع، إذ^(١) لا يعقل(*) الفرق في الوضوح - الذي هو مناط الصراحة - بين إفادة لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ. وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال^(٢) أو سبق مقال^(٣) خارج عن العقد، فإنّ الإعتماد عليه^(٤) في متفاهم المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جداً

وهذا معنى رجوع دلالة مثل «تصدّقتُ و متعتُ» إلى الوضع، يعني: أنّ القرينة تكون دلالتها وضعية، فتُعيّن المراد من ذي القرينة ببركة الوضع.

(١) تعليل لقوله: «و الأحسن منه» و قد عرفت توضيحه.

(٢) كما إذا أسّس مكاناً للصلاة فيه و عُلم من حاله أنّه يريد جعله مسجداً، ولكنّه إقتصر في صيغة الوقف على قوله: «تصدّقتُ» بدون تعقيبه بقوله: «صدقةٌ لا تباع و لا توهب و لا تورث» فإنّ العلم بالوقفية و إن كان حاصلًا من قرينة حالية، ولكن هذا الإنشاء لا يكتفي في مقام الوقف - بناءً على توجيه المصنف - لمُنْأَلِ الصيغة عن القرينة اللفظية المعيّنة للمراد.

(٣) كما إذا تناول الرجلُ و المرأةُ على النكاح الدائم بدون ذكر قرينة في صيغة العقد، كما إذا قالت: «متعتك نفسي بكذا» فإنّ القرينة المقالية السابقة على العقد غير كافيةٍ حينئذٍ، بل لا بد أن يُؤقَى بقيد الدوام في نفس العقد.

(٤) أي: فإنّ الإعتماد على المقترن بالعقد - من حالٍ أو مقالٍ سابق عليه - رجوعٌ عمّا أسّسوه من دوران صحة العقود مدار الأقوال.

(*) عدم معقولية الفرق في الوضوح - بناءً على كون مناط الصراحة مطلق الوضوح في المراد و إن نشأ من القرينة - و إن كان متيناً، لكنه يوجب عدم الفرق حينئذٍ بين القرينة اللفظية و غيرها، لأنّ ظهور اللفظ في المراد و إن كان بمعونة قرينة حالية أيضاً لفظي، فيكون الإنشاء باللفظ الظاهر في المقصود، لا بغيره حتى يكون عدولاً عما بنى

رجوع(*) عمّا بُني عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد، ولذا^(١) (***) لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقالٍ أو إقتران حال تدلُّ على إرادة البيع جزءاً.

و مما ذكرنا^(٢) يظهر الإشكال في الإقتصار على المشترك اللفظي إتكالاً

(١) أي: و لأجل عدم العبرة بغير الأقوال منَعُوا من تحقّق العقد بالمعاطاة حتّى مع سبق مقاولته، أو إقتران التعاطي بقرينةٍ حاليّةٍ دالّةٍ على إرادة التملك البيعي.

(٢) أي: من إعتبار الدلالة اللفظيّة الوضعية - إمّا في نفس الصيغة، و إمّا في قرينتها على المراد، و أنّه لا تكفي القرينة القولية السابقة كالمقاولته، و لا القرينة الحالية المقارنة - يظهر عدماً جواز الإقتصار في مقام إنشاء العقود على المشترك اللفظي والمعنوي، لقصور اللفظ عن إفهام المقصود ما لم ينضمّ إليه قرينة لفظية. و القرينة الحالية لا عبرة بها، لعدم كونها لفظاً. نعم لو إنضمت القرينة الدالّة بالوضع على المراد من المشترك صحّ الإنشاء به.

عليه من عدم العبرة بغير الألفاظ في إنشاء المقاصد.

و أمّا بناءً على كون مناط الصراحة هو الوضع المستند إلى خصوص وضع اللفظ للمعنى المنشأ به - كما هو صريح تفسيرهم الصريح بما كان موضوعاً لعنوان العقد المنشأ به - فعدم الفرق غير معقول.

و الحاصل: أنّه لم يظهر وجه لحسن ما أفاده فضلاً عن أحسنيته، فتدبّر.

(*) كيف يكون رجوعاً مع وقوع الإنشاء بالقول، و كذا الإفهام؟ دون الفعل.

(**) فيه: أنّ ما لم يُجوزوه عقداً هو الإنشاء بالفعل المقرون بالقرينة، دون الإنشاء باللفظ المُفهم للمراد بسبب القرينة، فلا مجال لقياس أحدهما بالآخر.

على القرينة الحالية المعيّنة^(١) (*). وكذا المشترك المعنوي.

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا^(٢) الإستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله **تَبَيُّرٌ**: «لأنَّ المخاطب لا يدري بِمَ خوطب»^أ إذ ليس المراد أَنَّ المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجية. بل المراد أَنَّ الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ^٣ ما لم يقصد (***) الملزوم^(٤)، لأنَّ^(٥) اللازم الأعم - كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات - لا تدلّ على الملزوم

(١) لأنَّ ظهوره في البيع منوط بالقرينة، و مثاله «التملك» المشترك بين البيع والهبة كما قيل.

(٢) من عدم جواز الإتكال على القرينة المقالية السابقة على الإنشاء، أو الحالية المقارنة له. و مقصوده بقوله: «و يمكن» توجيه إستدلال العلامة **تَبَيُّرٌ** و جعله موافقاً لنفسه في مقام الجمع بين كلمات القوم الذي أفاده بقوله: «و الأحسن منه أن يقال ... الخ».

(٣) و هو عنوان المعاملة - كالبيع - إذا أنشئ بلفظ «تقلت» مثلاً.

(٤) و هو عنوان العقد كالبيع، يعني: ما لم يقصد المنشئ من اللازم - كالنقل الذي كُتِبَ به عن البيع - النقل الملازم للمعنى المنشأ و هو البيع. و يُرشد إلى هذا التفسير قوله بعد ذلك: «ما لم يقصد المتكلم خصوص ... الخ».

(٥) تعليل لقوله: «لما لم يدلّ».

(*) هذا منافٍ لما سيذكره من عدم الخلاف في صحة الإيجاب بلفظ «بعث» إذ لا إشكال في كونه مشتركاً لفظياً بين البيع و الشراء. و كثرة إستعماله في البيع ليست من القرائن اللفظية. و هذا وجه آخر لعدم صحة ما أفاده من الجمع المزبور.

(**) قصد الملزوم غير دخيل في الدلالة، ففي العبارة مسامحة. نعم قصد

الملزوم دخيل في إنشاء العنوان الاعتباري.

ما لم يقصد(*) المتكلم خصوصاً الفرد الجامع مع الملزوم الخاص، فالخطاب^(١) في نفسه محتمل^(٢) لا يدري المخاطب بمِ خطوب، وإنما يفهم بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم، و المفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة(**) أنّ النية بنفسها أو مع إنكشافها بغير الأقوال^(٣) لا تؤثر في النقل

(١) جزاء الشرط في قوله: «لما لم يدلّ».

(٢) يعني: أنّ الخطاب - المراد به العقد - لعدم إشتاله على لفظ يدلّ على عنوان المعاملة محتمل لإرادة معاملة أخرى، فلا يعلم المخاطب بالعقد بأيّ معنى خطوب به علماً مستنداً إلى اللفظ، وإنما يفهم المراد بالقرائن الخارجية اللفظية الكاشفة عن قصد المتكلم من اللازم الملزوم.

مثلاً: إذا قال البائع: «أدخلته في ملكك بكذا» أو: «جعلته ملكاً لك بكذا» أو: «مسلطاً عليه بكذا» لم يدلّ بنفسه على إرادة البيع، لأنّ إدخال المال في ملك المخاطب - وكذا جعله مسلطاً عليه - لازم أعم من البيع، لتحقيقه به وبالهبة وبالصلح، و من المعلوم أنّ اللازم الأعم لا يفيد بمجرد الملزوم الخاص، إلّا أن يقصد البائع خصوصاً الإدخال و الجعل المجتمع مع البيع، مع وجود كاشف عن قيده، حيث إنّه بدون الكاشف يكون خطاب «أدخلته في ملكك» محتملاً لعقود متعددة هي ملزومات الخطاب، و لا يتمكن المخاطب من أن يستفيد خصوصاً البيع أو الهبة مع قطع النظر عن القرائن الخارجية، و لا يعلم أنّ دخول المال في ملكه هل تحقّق بالبيع أم بالهبة المعوّضة أم بالصلح؟ مع فرض اختلاف أحكامها.

(٣) كما في المعاطاة، فإنّها فعل مجرّد عن اللفظ.

(*) ليست الدلالة تابعة لقصد المتكلم، و مراده بشيء لا يخلو من خفاء.

(**) قد تقدم أنفاً فساد هذه المقايسة.

و الانتقال^(١)، فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به.
 لكن هذا الوجه^(٢) لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية.
 ثم إنه ربما يدعى^(٣) أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية
 توفيقية، كما حكى عن الإيضاح من أن «كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة
 مخصوصة بالاستقراء»^(٤) فلا بد من الإقتصار على المتيقن^(٤).

(١) هذا أول الوجوه الأربعة في معنى قوله ﷺ: «إِنَّمَا يُجْلَى الْكَلَامُ وَ يُحْرَمُ الْكَلَامُ» حيث قال هناك: «أَنْ تَحْرِيْمَ شَيْءٍ وَ تَحْلِيلِهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالنُّطْقِ بِهَا، فَلَا يَتَحَقَّقُ بِالْقَصْدِ الْمَجْرَدِ عَنِ الْكَلَامِ، وَ لَا بِالْقَصْدِ الْمَدْلُولِ عَلَيْهِ بِالْأَفْعَالِ دُونَ الْأَقْوَالِ».

ثم إن الكناية يكون من الثاني، لأن نية الملزوم - الذي هو المقصود فيها - قد إنكشفت بغير الأقوال، لإنكشافها بالانتقال عقلاً من لفظ اللازم إلى المعنى الملزوم.
 (٢) أي: الوجه الذي ذكره لتطبيق كلام العلامة ﷺ - من إعتبار كون الدلالة مستندة إلى اللفظ - لا يجري في جميع أمثلة الكناية، لكونه أخص من المدعى و هو إلغاء مطلق الصيغ الكنائية، و ذلك لأن القرينة في بعضها - مثل: أدخلته في ملكك - لفظية، لأن القرينة فيه هو قوله: «في ملكك» و هو لفظ، فيصدق عليه: العقد اللفظي.
 (٣) الغرض من التعرض لكلام فخر المحققين - بعد توجيه كلام العلامة - هو رفع مانع آخر عما يتنافى مختار المصنف من كفاية مطلق اللفظ في مقام إنشاء العقود اللازمة، و توضيحه: أن فخر المحققين ﷺ إدعى حصر جواز الإنشاء في القدر المتيقن و هو الإقتصار على الحقائق. و لما كانت هذه الدعوى منافية لما أفاده المصنف في الجمع بين الكلمات - من جواز العقد بمطلق اللفظ المفيد له إفادة وضعية ولو كان مجازاً محفوفاً بالقرينة اللفظية الوضعية - تعرض لذكره و الإشكال عليه بقوله: «و هو كلام لا يحصل له» لمنافاته للروايات و فتاوى العلماء.

(٤) يعني: اللفظ الموضوع لذلك العقد، مثل «بعث» في البيع، و «وهبت» في

و هو كلام^(١) لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلاً عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها.

وأما ما ذكره الفخر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ^(٢) فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً هي إشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به^(٣) في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بدّ من إشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا^(٤) يجوز

الهبّة، و «أنكحتُ» في النكاح، و «وقفتُ» في الوقف، و هكذا سائر العناوين الإعتبارية.

(١) هذا إشكال المصنف على فخر الدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. و محصله: مخالفة دعواه للفتاوى المتقدمة، و للتوصو التي تقدم جملةً منها، و سيأتي بعضها الآخر في شرائط الصيغة إن شاء الله تعالى.

(٢) غرضه توجيه ما أفاده الفخر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - من وضع الشارع لكل عقد لازم صيغة مخصوصة - بما لا ينافي ما تقدّم في الجمع بين الكلمات من قول المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : «والأحسن منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود إعتبار الدلالة اللفظية . . الخ» فيكون الفخر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ موافقاً للمصنف لا مخالفاً له.

و ملخص التوجيه: أنه يحتمل أن يراد بالصيغة المخصوصة في كلام الفخر إشتغال الصيغة على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلا بد من إنشاء عقد النكاح بلفظ النكاح، و البيع بلفظ البيع، و هكذا سائر العقود.

(٣) أي: المعبر بذلك العنوان عن تلك المعاملة في كلام الشارع.

(٤) متفرع على لزوم إشتغال الصيغة على العناوين المعبر عنها في لسان الشارع، فإنّ «الهبّة» ليست مما عبّر بها في لسانه عن النكاح، و لذا لا يجوز إنشاء النكاح بها.

بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك(*)). و هكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع والإجارة ونحوهما.

فخصوصية اللفظ من حيث^١ إعتبار إشتاها على هذه العنوانات الدائرة في لسان الشارع أو ما^٢ يرادفها لغةً أو عرفاً، لأنها^٣ بهذه العنوانات موارد للأحكام الشرعية التي لا تحصى.

و على هذا^٤ فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في

- (١) خبر «فخصوصية» يعني: أن خصوصية الصيغة - بنظر فخر المحققين - تكون لأجل إشتراط العقود والإيقاعات بخصوص هذه الألفاظ أو ما يرادفها.
- (٢) معطوف على «العنوانات الدائرة». ولا يخفى أن تعميم العنوان للمرادف العرفي واللغوي مبني على توجيه المصنف لكلام الفخر، وإلا فعبارة الإيضاح صريحة في الإقتصار على القدر المتيقن مما ورد في الأدلة الشرعية.
- (٣) يعني: لأن العقود بهذه العنوانات من البيع والصلح والنكاح وغيرها موضوعات لأحكام شرعية، كموضوعية عنوان «البيع» لخيارى المجلس والحيوان وغيرها من الأحكام. فلا بد في تحققها من إنشائها بعناوينها حتى يترتب عليها أحكامها، فلو أنشئت بغيرها كانت أصالة الفساد المحكّة في المعاملات مقتضية لعدم ترتب أثر عليها.

(٤) أي: وبناءً على كون خصوصية اللفظ لأجل إشتاها على عناوين العقود فالضابط هو ... الخ. ومحصّل ما أفاده: أن المناط في إنشاء المعاملات هو الألفاظ

(*) الحق صحة العقد بكل لفظ له ظهور عرفي في مضمونه وإن لم يكن بالألفاظ المعبر بها عن ذلك المضمون في كلام الشارع، ضرورة أن العمومات تشملها، فلو شك في إعتبار لفظ خاص في صحة المعاملة فينبغي بالعمومات، فإن شمولها لما له ظهور عرفي من الألفاظ ليس بأدون من شمولها للأفعال التي يُنشأ بها العقود.

لسان الشارع(*)، إذ لو وَقَعَ بإنشاء غيرها فإن كانت لا مع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الإستمتاع - لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة.

الدائرة في لسان الشارع، لا بمعنى الإقتصار على الصيغ المتينة كما إدعاه فخر المحققين، بل نقول بأعميتها منها و مما يرادفها لغة أو عرفاً، فإذا أنشأ البيع بقوله: «ملكتُ» صح أيضاً، لإقترانه بذكر العوض، و من المعلوم أنّ «التملك على وجه المقابلة بين المالكين» هو البيع لا غير. و المفروض أنّ ذكر العوض يدلّ بالدلالة اللفظية الوضعية على ما يُراد من «ملكتُ» فلو لم تكن الصيغة بنفسها موضوعاً للعنوان المنشأ، و لم تنضم إليها قرينة لفظية دالة على المراد لم يصح الإنشاء به.

و على هذا فإذا أنشأت المرأة الزوجية بقولها: «وهبتُ نفسي لك بكذا، أو آجرتك نفسي أو سلطتك على البضع بكذا» لم تترتب عليها آثار الزوجية الدائمة والمنقطعة سواء قصدت حصول العُلقة بينها وبين الرجل أم لا. أمّا مع القصد فلعدم كون هذه الصيغ معهودة من الشارع في مقام إنشاء الزوجية، بل المعهود منها في لسانه هو التزويج و النكاح و التمتع بالدوام لا التسليط و الهبة و شبهها. فهذه كنايات عن التزويج، لأنّ لازم تحقق الزوجية في وعاء الإعتبار هو سلطنة الزوج على البضع و حلية الإستمتاع، و لا عبرة بالكناية كما تقدم.

و أمّا بدون القصد إلى الزوجية بأن كان مقصودها من «وهبتُ نفسي لك» إنشاء عقد الهبة حقيقة كان لغواً، إذ لا معنى لأنّ تهب المرأة نفسها لرجل أجنبي.

(*) بل الضابط ما عرفته من إعتبار كون اللفظ المنشأ به العقد ظاهراً عرفاً في مضمون العقد و إن لم يكن بتلك العنوانات الدائرة في لسان الشارع، فإنّ المنشأ مفاهيم تلك العناوين بأي لفظ كان.

و إن كانت بقصد^(١) هذه العناوين دَخَلت في الكناية التي عرفت أن تجويزها رجوعٌ إلى عدم إعتبار إفادة المقاصد بالأقوال^(٢). فإذ ذكره الفخر^(٣) مؤيداً لما ذكرناه^(٤) و إستفدناه من كلام والده^(٥) يَعْنَى.

و إليه^(٦) يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد من «أنَّ العقود متلقاةٌ من

(١) يعني: و إن قصدت المرأة عنوانَ الزوجية الدائمة أو الإنقطاعية دخلت صيغةً «وهبتُ نفسي» في الكناية، التي تقدم أن تجويز إنشاء العقود بها رجوعٌ إلى جواز إنشاء مضامين العقود بغير الأقوال الخاصة.

(٢) بناءً على أن دلالة الكناية على المراد عقلية و إن كان الإنتقال من اللازم إلى الملزوم بسبب اللفظ الموضوع للآزم.

(٣) من إعتبار صيغة مخصوصة من الشارع لكلِّ عقد لازم.

(٤) من إعتبار كون الدلالة مستندةً إلى الحقيقة سواء أكانت هي التي أنشئ بها العقد أم كانت هي قرينة اللفظ الذي أنشئ به.

و إلى هنا أخرجَ المصنّف فخرَ المحققين من المخالفين لمختاره، و أدرجه في الموافقين له. و يستمدّ المصنّف من كلمات الشهيد و المحقق الثانيين و الفاضل المقداد لتقوية مرامه.

(٥) حيث قال: «لأنَّ المخاطب لا يدري بِمِ خوطب».

(٦) أي: و إلى ما ذكره من الضابط المزبور - و هو وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع ... إلخ. فإنَّ قول جامع المقاصد: «لأنَّ العقود متلقاةٌ من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظٍ عقدٍ آخر ليس من جنسه» عبارةٌ أخرى لكلام المصنّف يَعْنَى، إذ المراد باللفظ الآخر الذي ليس من جنس العقد هي الألفاظ المغايرة للعناوين الدائرة على لسان الشارع، كمغايرة «هبة النفس» للزوجية، و مغايرة «الكتابة و الخلع» للبيع، و هكذا.

الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه»(*) . و ما^١ عن المسالك من «أنه يجب الإقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً بالمهودة لغة» .
و مراده بالمنقولة شرعاً هي الماثورة^٢ في كلام الشارع.

(١) معطوف على «ما» في قوله: «ما عن جامع المقاصد» يعني: ويُشير إلى ما ذكرناه كلاً في المسالك في إنشاء عقد الإجارة من وجوب الإقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً بالمهودة لغةً.

(٢) يعني: لا ما يتبادر منها من النقل عن معانيها اللغوية إلى المعاني الشرعية، إذ لا يراد هذا المعنى من المنقول هنا، لوضوح أنها في كلام الشارع - كلفظ البيع والصلح والنكاح وغيرها - مستعملة في معانيها الأولية من دون نقل لها إلى معاني أخرى.

(*) يحتتمل قريباً أن يُراد بعدم كون اللفظ الآخر من جنسه الألفاظ المجازية المستبشرة، حيث إنها لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء مضمون العقد الذي أراده المتعاقدان حيث لا يكون ما يُنشأ بها منشأً لانتزاع تلك العناوين في نظر العرف، لعدم كونها آلة لإنشائها، و من المعلوم أنه لا يصح التمسك حينئذٍ لصحتها و نفوذها بالعمومات، لأنها منزلة على العناوين العرفية. و أما ما لا يكون مُلغى في نظر العرف فيتعين البناء على صحة الانشاء به، من غير فرق بين الحقيقة و المجاز و المشترك اللفظي و المعنوي، عملاً بالعمومات أو الاطلاقات المقتضية للصحة و النفوذ من غير مخصص أو مقيد، إذ لا منشأ لتوهم التخصيص أو التقييد إلا توهم دعوى الإجماع على إعتبار لفظٍ خاص .
لكنها ممنوعة جداً، و الكلمات المتقدمة أقوى شاهد على المنع. و مع الغض عن شهادتها بعدم الاجماع فلا أقل من عدم ثبوته، الموجب لمرجعية القواعد العامة المقتضية للصحة.

و عن كز العرفان في باب النكاح «أنه حكم شرعي حادث، فلا بد له من دليل يدل على حصوله، و هو العقد اللفظي المستلق من النص^(١) ثم ذكر لإيجاب^(٢) النكاح ألفاظاً ثلاثة، و عللها بورودها في القرآن(*)».

و الشاهد على إرادة المأثور عن الشارع من كلمة «المنقولة» هو كلام الشهيد الثاني في إنشاء الإجارة بـ «أكريتك» حيث قال: «فهي من الألفاظ المستعملة أيضاً - يعني مثل آجرتك - لغة و شرعاً في الإجارة، يقال: أكريت الدار فهي مكرأة... الخ»^٣.
(١) فبدون التلق من الشارع تقتضي أصالة الفساد عدم تأثير الإنشاء في العنوان المقصود وهو الزوجية.

(٢) يعني: ذكر الفاضل المقداد لإيجاب النكاح ... الخ.

(*) مجرد ورود في مقام الحكاية عن مفاهيمها تشريعاً أو إخباراً - كقوله تعالى: ﴿و زوجناهم بحور عين﴾^٤، و قوله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين﴾^٥، و قوله تعالى: ﴿و أنكحوا الأيامي منكم﴾^٦ إلى غير ذلك من الآيات والروايات المتضمنة لألفاظ العقود - لا يصلح لتقييد أو تخصيص الإطلاقات أو العمومات، بعد صدق عناوينها بإنشائها بألفاظ آخر تدل عليها دلالة عرفية، فإنه مع هذا الصدق تشملها أدلة الصحة و النفوذ، لعدم صلاحية مجرد ورود تلك الألفاظ لتقييد الإطلاقات أو تخصيص العمومات، بعد صدق تلك العناوين عرفاً بغير ألفاظها، كأنشاء

أ: كز العرفان للفاضل المقداد، ج ٢، ص ١٤٦

ب: مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٧٢

ج: الطور، الآية: ٢٠

د: القصص، الآية: ٢٧

ه: النور، الآية: ٣٢

و لا يخفى أنّ تعليله هذا^(١) كالصرح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود،
و أنّها مُتَقَاةٌ من الشارع، و وجوب الإقتصار على المتيقن^(٢) (*).

و من هذا الضابط (***) تقدر على تمييز الصريح^(٣) المنقول شرعاً المعهود
لغةً من الألفاظ المتقدمة في أبواب العقود المذكورة من غيره. و أنّ الإجارة
بلفظ العارية غير جائزة (***)، و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلاً لا يبعد
جوازه،

(١) يعني: أنّ تعليق الفاضل المقداد **تَيَقُّنًا** - لإيجاب النكاح بخصوص ألفاظ
ثلاثة - بالورود في القرآن الكريم يكون كالصرح فيما ذكرناه ... الخ.
(٢) المراد بالمتيقّن هو ما دارَ و تداولَ في لسان الشارع، لا المتيقن بحسب
الصراحة و الظهور لغةً.

(٣) المراد بالصرح في نظر المصنف **تَيَقُّنًا** هو وضوح الدلالة بنفسه أو بضميمة
قرينة لفظية تدلّ بالوضع على إرادة المقصود من ذي القرينة. و قد تقدّم هذا بقوله: «إذ
لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة ... الخ» راجع (ص ٣٥٩).

البيع بلفظ «ملكّت» أو «نقلتُ في ملكك بكذا» و نحو ذلك ممّا له ظهور عرفي في إنشاء
البيع.

(*) لا وجه للإقتصار على المتيقّن بعد إقتضاء الأصل اللفظي - و هو أصالة
العموم - عدم الإقتصار على بعض الألفاظ، و جعل المدار على كل لفظ له ظهور عرفي
في إنشاء تلك العناوين الموجب لاندراجها تحت العمومات الدالة على الصحة.
(**) قد عرفت ما هو الضابط، و أنّه ظهور كل لفظ في إنشاء العناوين.

(***) وجه عدم الجواز عدم ظهور لفظ العارية عرفاً في مفهوم الإجارة، لاكونه
خارجاً عن الألفاظ المنقولة شرعاً.

و هكذا^(*).

(١) يعني: أن لسائر العقود ألفاظاً مأثورة عن الشارع أيضاً، لكن بعضها يدل على العنوان الإعتباري بنفسه، وبعضها يدل عليه بمعونة قرينة، كدلالة «تصدقْتُ» على الوقف بمعونة قوله: «لا تباغُ ولا توهب ولا تُوزرُ أبداً» ولا مانع من الإنشاء بكلا القسمين.

هذا تمام الكلام في البحث الكبرى، وهو أصل إعتبار الصراحة والظهور الوضعي في مواد ألفاظ العقود، وسيأتي الكلام في صفريات هذا البحث إن شاء الله تعالى.

(*) التحقيق في مواد صيغ العقود: أن موضوع الحكم في المعاملات سواء أكانت بيعاً أم غيره هو المعاملات المسيبية، لأنها بالحمل الشائع عقد و تجارة و صلح و هبة و غيرها مما أخذ عرفاً و شرعاً موضوعاً لأحكام.

و هذا المعنى المسيبي قد ينشأ بالهيئة التي تؤخذ من المواد الصادقة عليها عناوين المعاملات بالحمل الأولي، نظير: بعت و آجرت و صالحت.

و قد ينشأ ما يكون بالحمل الشائع أحد العناوين المزبورة من البيع و غيره بغير ما ذكر من الألفاظ المأخوذة من المواد الصادقة عليها عناوين المعاملات، كإنشاء البيع بلفظ «ملكتُ» و الإجارة بلفظ «سلطتُ» و هكذا.

و قد ينشأ بالكنايات و المجازات، أو بالأفعال و الكتابات أحياناً، إلى غير ذلك. و لا إشكال في أن موضوع وجوب الوفاء عند العقلاء هو المعنى المسيبي، فمعنى العقود في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ هي المعاهدات الواقعية و النقل الواقعي، من دون نظرٍ إلى آلات إنشائها و إيجادها، فالتمليك الواقعي مع العوض هو العقد و التجارة الموضوعان لوجوب الوفاء، لا ما هو متحقق بعنوان البيع السبي كلفظ «بعتُ» فلا وجه لما قيل من لزوم أخذ عناوين المعاملات كالبيع و الصلح و نحوهما في الصيغة التي ينشأ بها المسيبات.

كما لا وجه لتوهم كون موضوع الأدلة الشرعية كقوله تعالى: ﴿أحلَّ اللهُ البيع﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين» هو نفس هذه العناوين بما هي عناوين بالحمل الأولي؛ إذ الموضوع هي العناوين بالحمل الشائع، سواء أكانت آلة الإنشاء ألفاظاً شاملة على تلك العناوين كبعث في البيع و«هبت» في الهبة و نحوهما، أم لا، فإن الجمود على إعتبار إنشائها بالألفاظ الحاوية لمواد تلك العناوين يقتضي إعتبار إنشاء العقد بلفظ «عاقدت» و إيجاد البيع بخصوص لفظ «بعث» و إنشاء التجارة بلفظ الإتجار. مع أنه لم يحتمل أحد ذلك.

و هذا يدل على عدم إعتبار إنشاء المسببات بخصوص ألفاظ عناوينها الأولية. فكل معاقدة تحققت بأي سبب عقلائي - من لفظ أو فعل أو كتابة أو كناية بحيث يصدق عليها بالحمل الشائع أحد العناوين من البيع و الصلح و الهبة و غيرها - كان موضوعاً للأدلة الشرعية، و لوجوب الوفاء بها. فاللازم بيان الألفاظ التي ينشأ بها تلك العناوين المسيبة، فنقول:

إن تلك الألفاظ مأخوذة تارة من المواد التي تصدق عليها عناوين المعاملات كبعث في إنشاء البيع. و أخرى من ألفاظ الكنايات. وثالثة من ألفاظ مجازية. و رابعة من ألفاظ مشتركة بالإشتراك اللفظي. و خامسة من ألفاظ مشتركة بالإشتراك المعنوي. فهنا أبحاث خمسة:

الأول: في الألفاظ المأخوذة من المواد الصادقة عليها عناوين المعاملات. ولا ينبغي الإشكال في صحة الإنشاء بها على جميع الأقوال. و قد تقدم عن المصنف رحمته نفي الخلاف فيه فتوى و نصاً.

البحث الثاني: في إنشاء العقود بالكنايات. و قد منع عن الإنشاء بها المحقق النائيني رحمته على ما في تقرير بحثه الشريف.

و محصل ما أفاده أمور:

أخذها: الفرق بين الحكايات والإيجاديات، بتأدي الأولى بكل لفظ غير خارج عن أسلوب المحاورة ولو مجازاً أو كنايةً، و عدم تأدي الثانية كذلك، بل بما هو آلة لإيجادها و مصداق لعنوانها، فلا يكون إيجاد الألام أو الملازم إيجاداً للملزم أو الملازم الآخر.

ثانيها: أن الكناية ليست من المجاز، لكون الألفاظ فيها مستعملة في معانيها الموضوع لها، غاية الأمر أن استعمال الألفاظ في معانيها الحقيقية يكون بداعي الانتقال منها إلى ملزومها أو لازمها.

ثالثها: أن الأغراض الداعية إلى استعمال الألفاظ خارجة عن حيز العقود والإيقاعات، لعدم كون الألفاظ مستعملة في معانيها الموضوع لها، ومع عدم الاستعمال فيها لا تصلح تلك الألفاظ لإنشاء العقود بها.

رابعها: إنصراف أدلة العقود عن العقود المنشأة بتبعية إيجاد لوازمها، لكمال ضعف هذا النحو من الإيجاد بحيث تنصرف أدلة العقود عنها، ومع الشك في دخولها تحت العموم، فالأصل عدم ترتب الأثر عليها، هذا.

اقول: ما أفاده تَوَيَّرُ لا يخلو من التأمل و الغموض، إذ لافرق في جواز استعمال الكنايات بين الإخبار والإنشاء. توضيحه: أن الألفاظ في باب الكنايات لا تستعمل إلا في معانيها الحقيقية للدلالة على المعنى المكني عنه، فالإخبار في باب الكناية إخبار حقيقة عن المكني عنه، لا عن المعنى المستعمل فيه الذي هو الموضوع له، فقوله: «زيد كثير الرماد» مثلاً ليس إخباراً عن كثرة الرماد حقيقةً، بل هو إخبار عن جوده.

و الشاهد على ذلك أن مناط الصدق و الكذب عند أبناء المحاورة في مثل «زيد كثير الرماد» هو مطابقة المعنى المكني عنه للواقع و عدمها، لا مطابقة المعاني الموضوعية لها للواقع و عدمها، فلو لم يكن لزيد كثرة الرماد و لا الرماد أصلاً، و لكن كان جواداً

كان الإخبار صدقاً، لأنّ الإخبار ليس عن ذلك، بل عن جوده الموجود بالفرض.

فلو كان المعنى المكنّي عنه من قبيل الدواعي وكان الإخبار عن كثرة الرّماد حقيقةً لكان الصدق والكذب تابعين للمخبر به، وهو كثرة الرّماد وعدمها. مع أنّه ليس كذلك عند أبناء المحاورّة، إذ مناط الصدق عندهم في هذا الكلام هو كون زيد جواداً، لا ذا كثرة الرّماد حقيقة. فالمعاني التي وضعت لها الألفاظ في باب الكنايات مرادةً بالإرادة الإستعمالية دون الإرادة الجديّة، فإنّ المراد بهذه الإرادة هو المعنى المكنّي عنه.

هذا حال الإخبار بالكناية. وكذا الحال في الإنشاء بها، فقلوه: «خُذ هذا الكتاب وأعطني درهماً عوضه» إنشاءً بعبارة كناية، لأنّ الكناية ليست إنشاءً لللازم أو إخباراً به حتى يكون الملزوم مراداً بنحو الداعي، بل المخبر به و المنشأ هو نفس الملزوم بالاستعمال الصوري في المعاني الإفرادية، فهذا الإستعمال آلة للإخبار والإنشاء.

ومن هنا يظهر الفرق بين المعاني الكنائية والمعاني الإلزامية، ضرورة أنّه في الدلالة الإلزامية يقع الإخبار حقيقةً عن الملزوم، ثم يدلّ المعنى المطابقي -وهو الملزوم- على اللازم، فالدالّ على المعنى الإلزامي هو المعنى المطابقي، فهو من باب دلالة المعنى على المعنى، فقلوه: «طلعت الشمس» ليس إخباراً عن طلوعها الذي هو يدلّ على وجود النهار، ومن المعلوم أنّه من دلالة المعنى على المعنى، لا من دلالة اللفظ على المعنى.

فالمحصّل: أنّه لا مانع عن إنشاء المعاملة المسبّبة بالكنايات.

نعم يعتبر في الإنشاء بها أن يكون المعنى المنشأ المكنّي عنه من لوازم أو ملزومات المعاني الموضوع لها التي تستعمل فيها الألفاظ إستعمالاً صورياً، بحيث تكون تلك الألفاظ المستعملة في معانيها آلة لإيجاد المعنى المكنّي عنه بحسب المحاورات العرفية. وليس هذا شأن كل لازم و ملزوم، مثلاً قلوه: «خُذ هذا المتاع وأعطني درهماً عوضه» يكون آلة عند أبناء المحاورّة لإيجاد البيع، بخلاف قلوه: «أنت

مسَّط على هذا المال بدینار» فإن مجرد التسليط ليس لازماً للبيع بحيث يكون آلة لإنشاء البيع، إذ يمكن أن يكون التسليط على العين بإزاء مالٍ إجارتهَا، فليس التسليط لازماً مساوياً للبيع حتى يكون إنشاءً له.

و من هنا يمكن التفصيل بين الكنايات في جواز إنشاء البيع مثلاً بها بين اللوازم والملزومات، بأن يقال: إنَّ الأَلازم إن كان مساوياً للملزوم صحَّ إنشاء البيع مثلاً به، وإلا فلا. وكذا الحال في الإخبار، فإنَّه يصحَّ الإخبار عن جود زيد بأنَّه صاحب المضيف، لأنَّ هذه الجملة إخبار عرفاً عن جوده وكثرة ضيوفه، لكون وجود المضيف لازماً عرفاً للوجود، فيصحَّ الإخبار عنه بكونه صاحب المضيف. وفي مثل هذا الأَلازم والملزوم يصحَّ الإخبار عن المعنى المقصود بالكناية. وكذا في الإنشاء، فيصحَّ أن يقال: «عُفِّر الإِناء بالتراب» كنايةً عن ولوغ الكلب فيه، بعد تسلُّم كون الولوغ ممتازاً عن غيره من سائر النجاسات بالتعفير.

و يمكن التصالح بما ذكرناه من التفصيل بين اللوازم بين المحقق الثاني تَبَيُّر المانع عن إنشاء العقود بالكنايات وبين غيره ممَّن أصرَّ على جواز إنشائها بالكنايات، فيقال: إنَّ مقصود الميرزا تَبَيُّر من المنع هو الكنايات التي لا تكون المعاني المكني عنها ظاهرةً من الجمل الكنائية ظهراً عرفياً، ومقصود غيره هو ما إذا كانت الجمل الكنائية ظاهرة عرفاً في المعاني المكني عنها.

و بالجملة: بعد منع توقيفية ألفاظ العقود والایقاعات إلا ما خرج لابدً من الالتزام بإنشاء كلِّ عقد وإيقاع بكلِّ لفظ له ظهور عرفي في ذلك، سواء أكان ذلك اللفظ مشتقاً من المصدر الذي يكون إسمًا لذلك العقد أو الإيقاع أم غيره.

و دعوى: إنصاف أدلة النفوذ عن العقود المنشأة بالكنايات كما ترى، إذ بعد فرض ظهور الكناية في إنشاء الأَلازم بذكر الملزوم أو بالعكس لا وجه للإنصاف، بعد شيوع الإنشاء كذلك، وعدم خروج مثل هذا الإنشاء عن الأسباب المتعارفة، مع أنَّ الإنصاف الناشء عن ذلك مما لا يُعتنى به، كما ثبت في محله، هذا.

البحث الثالث: في إنشاء العقود بالمجازات. و عن شيخ مشايخنا المحقق النائيني على ما قرره عنه شيخنا الفقيه الخوانساري رحمته الله التفصيل بين المجاز المشهور و عدمه. و محصل ما أفاده عبارة عن مقدمة و أمرين.

أما المقدمة فهي: أن البيع وغيره من عناوين العقود و الإيقاعات عنوان بسيط غير مركب من الجنس و الفصل، فيمتنع إيجاده تدرجاً، فالتملك البيعي و القرضي و نحوهما من الهبة و الإجارة ليس جنساً، و البيعة و القرضية و نحوهما فصلاً، فالتملك في الجميع واحد، و الإختلاف بينها كالاختلاف بين أفراد البيع، يعني: أن الإختلاف بين التملك البيعي و غيره يكون من قبيل إختلاف أفراد البيع في الخصوصيات و المشخصات الفردية.

و أما الأمران اللذان رتبهما على هذه المقدمة و جعلهما نتيجة لها فأحدهما: أن المجاز غير المشهور لما إحتاج إلى قرينة صارفة فلا يمكن إنشاء العقد به، للزوم التناقض بين معناه الحقيقي المدلول عليه بالدلالة التصورية، و بين معناه المجازي المدلول عليه بالدلالة التصديقية، فإذا قال في مقام إنشاء الإجارة: «بعثك منفعة الدكان الفلاني بكذا في مدة كذا» لا يقع إجارة، لأن قوله: «بعثك» يدل على تملك العين، و قوله: «منفعة الدكان» يدل على تملك المنفعة لا العين، و هما متناقضان، و لذا قال المشهور بعدم إفادة قوله: «بعثك بلا ثمن، و أجرتك بلا أجرة» للهبة الصحيحة و العارية مع الإحتفاف بالقرينة الصارفة، و ليس ذلك إلا لأجل التناقض المزبور.

وثانيهما: عدم جواز إنشاء العقود ببعض المشتركة اللفظية و المعنوية، للزوم إيجاد البسيط بالتدرج، هذا.

و أنت خبير بما فيه.

أما في المقدمة فلما فيها من عدم البساطة، و أن البيع مركب من جنس إعتباري و هو التملك و فصل إعتباري و هو كونه مع العوض، فاختلاف البيع مع القرض و الهبة

إختلاف نوعي، فإن مفهوم البيع والقرض والهبة عرفاً هو التملك الجنسي المتفصل بالفصول المتقدمة، فإختلافها نوعي لا فردي.

فالحق أن ماهيات العقود مركبات إعتبارية وليست بسائط. نعم تحقّق الأمر الاعتراري العقلاني منوط بتامة أجزاء العقد، فذلك الاعترار عند العقلاء دفعي الوجود لا تدريجي الوجود. وهذا شيء آخر لاربط له بماهية العقد المركب من جنس وفصل إعتباريين، فمتى تحقّق إنشاء الموجب الملكية بالعوض بدالين والقبول من القابل إعتبر العقلاء عقيهما إنتقال المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع دفعاً لا تدريجاً، فكل من الإنشاء والمنشأ تدريجي التحقّق بتعدد الدال والمدلول، وإعتبار النقل بالحمل الشائع دفعي بعد تحقّق الإنشاء إيجاباً وقبولاً، هذا.

و أما الأمران اللذان جعلهما نتيجة للمقدمة المزبورة ففيهما: أنه لا فرق في إنشاء الماهية بين إنشائها بالحقائق، وبين إنشائها بالمشتركات اللفظية والمعنوية والمجازات، فإن الكّل في الإنشاء والإحتياج إلى تعدد الدال والمدلول على حدّ سواء.

و تخيل التناقض بين ما يوجد بحسب الدلالة التصورية و بحسب الدلالة التصديقية - يعني بين المعنى الحقيقي التصوري و المجازي التصديقي - في غاية الغموض، لأنه إن أريد لزوم التناقض بحسب الواقع، ففيه منع واضح، إذ المفروض أنه لم ينشأ إلا المعنى المجازي، وإتما جعل اللفظ الموضوع للمعنى الحقيقي الذي استعمل فيه آلة لإيجاد المعنى المجازي، فلا تناقض بين المعنى الحقيقي و المعنى المجازي الذي هو المراد الجدّي.

وإن أريد لزومه بنظر غير المتبايعين، ففيه: أيضاً ما لا يخفي، لأن ظهور الكلام في معناه - المتحصل من مجموع القرينة و ذبها - منوط بتامة أجزاء الكلام، فقبل تماميتها لا يتعقد ظهور في المراد، و بعد تماميتها يكون ظاهراً في المعنى المجازي فقط.

و مما ذكرنا ظهر حال البحث الرابع، و هو إنشاء العقود بالألفاظ المشتركة اللفظية، و البحث الخامس و هو إنشاء العقود بالألفاظ المشتركة المعنوية، و أنه لا مانع من الإنشاء

إذا عرفت هذا^١ فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول.
منها^٢: لفظ «بعث» في الإيجاب، و لا خلاف فيه فتوى و نصاً. و هو

المبحث الثاني: ألفاظ الإيجاب والقبول

أ: ألفاظ الإيجاب

(١) أي: ما تقدم من الضابط في صيغ العقود، و هي شرطية دلالة الصيغة وضماً بنفسها أو بمعونة القرينة اللفظية الدالة على المراد بالوضع. و قد عقد المصنف رحمته هذا المبحث - المتعلق بمواد ألفاظ العقود - لبيان الألفاظ التي ينشأ بها الإيجاب والقبول، و قدّم الكلام في ألفاظ الإيجاب، و المذكور منها في المتن أربعة.
(٢) أي: من ألفاظ الإيجاب والقبول، و هذا أول صيغ البيع.

بها بعد كون الإنشاء بها بتعدد الدال والمدلول.

و دعوى «إنصراف الإطلاقات كما في حاشية الفقيه المامقاني رحمته عن كل لفظ مجازي أو مشترك لفظي أو معنوي أفاد معنى البيع ولو بالقرينة، لقرب احتمال إنصرافها إلى المتعارف» غير مسموعة، لما ثبت في محله من عدم صلاحية التعارف للإنصراف المعتد به.

فالمحصّل من جميع ما ذكر: أنه لا مانع من إنشاء العقود والإيقاعات بكلّ لفظ يكون ظاهراً عرفاً في ذلك، من غير فرق بين الكنايات و المجازات بأقسامها، و الألفاظ المشتركة اللفظية و المعنوية، لما عرفت من أن الأحكام تتعلق بحقائق المسببات من غير أن تتقيّد بتحققها بسبب خاص، مثلاً وجوب الوفاء تعلق بالعقد الواقع بين المتعاقدين، و هو من مقولة المعنى، و لا دخل للألفاظ فيها إلا دخالة الإيجاد. كما أن المناسبة بين الحكم و الموضوع تقتضي كون موضوع وجوب الوفاء هو العقد بما هو قراراً محترماً، لا بما هو موجد باللفظ الكذائي كما لا يخفى.

وإن كان من الأضداد^(١) بالنسبة إلى البيع و الشراء،

و لا خلاف في صحة إنشاء الإيجاب به، بل إقتصر بعضهم عليه كما هو ظاهر ابن إدريس^أ.

وقد يقال: إنه يُفهم من عبارة الغنية حصرُ الإيجاب في «بعث» و القبول في «إشتريتُ و قبلت» و عليه فيكون الحصرُ معقد الإجماع الذي إدعاه فيها. لكنه ليس كذلك، لعدم ظهور عبارته في الحصر المدعى، حيث قال في الغنية: «و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري تحرُّزاً عن القول بانعقاده بالإستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، و هو أن يقول: بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنه لا يتعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: إشتريت أو قبلتُ حتى يتعقد... إلى أن قال: يدلّ على ما قلناه الإجماعُ المشار إليه. و أيضاً فما اعتبرناه مجمعٌ على صحة العقد به، و ليس على صحته بما عداه دليل»^ب.

و الظاهر أنّ منشأ فهم الحصر هو الفقرة الأخيرة، بتخيّل أنّ قوله: «فما اعتبرناه» إشارة إلى «بعتك» من البائع و «إشتريتُ أو قبلتُ» من المشتري.

لكنّك خيرٌ بأنّ قوله: «فما اعتبرناه» إشارة إلى ما سبق في أوّل الكلام من إعتبار حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري، لا خصوص لفظ «بعتك» فلاحظ.

(١) قال في المصباح: «باعه يبيعه يبعاً و مبيعاً فهو باع و يبيّع، و أباعه بالألف لغة، قاله ابن القطاع. و البيع من الأضداد مثل الشراء. و يطلق على كل واحد من المتعاقدين: أنّه باع. و لكن إذا أطلق البائع فالتبادر إلى الذهن باذل السلعة»^ج.

و عن شرح القاموس: التصريح بكونه من الأضداد. بل عن مصايح العلامة الطباطبائي رحمته: «نفي الخلاف عن وضعه للمعنيين، فيثبت أنّه مشترك لفظاً

أ : السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٢٥٠

ب : غنية النزوع في الاصول و الفروع (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٥٢٤.

ج : المصباح المنير، ص ٦٩

لكن كثرة إستعماله^(١) في وقوع البيع به تُعَيِّنُهُ.
و منها^(٢): لفظ «شريتُ» لوضعه له، كما يظهر من المحكي عن بعض أهل

بينها»^(*).

(١) لما كان «البيع» مشتركاً لفظياً بين إنشاء الموجب و القابل توقَّفَ جواز الإيجاب به على قيام قرينةٍ معيَّنة لأحد المعنيين، و قد أشار المصنف إلى قرينة كثرة إستعمال «بعثُ» في الإيجاب، فيتعيَّن له، دون القبول.
و يؤيِّده ما في المصباح من أنه إذا أُطلق «البائع» تبادلَ إلى الذَّهن بأدُلِّ السلعة. و يستفاد من كلامه مسألة أصولية، و هي: أن إشتهار المشترك في أحد معنیه يصير قرينةً على تعيُّنه^(**).

(٢) أي: و من ألفاظ الإيجاب و القبول لفظُ «شريتُ» و هذا ثاني ألفاظ

(*) فما أفاده السيد بقوله: «يمكن أن يقال: إنَّه مشترك معنوي بين البيع و الشراء... فيكون بمعنى التملك بالعوض أعم من الصريح كما في البيع، أو الضمني كما في الشراء»^٣. لا يخلو من غموض.
إذ فيه أولاً: ما عرفته من أنَّه من الأضداد.

وثانياً: أنَّ التملك الضمني خارج عن حدود البيع، كما تقدَّم في تعريفه.
لكن هذا الأشكال المذكور في تقارير سيدنا الخوئي رحمته الله لا يخلو من غموض، لأنَّ طبيعة التملك بالعوض تنطبق على فرديها، و هما التملك الأصلي المسمَّى بالبيع، و التملك الضمني المسمَّى بالشراء على نسقٍ واحدٍ، و يتميَّز أحد الفردين عن الآخر في مقام الإنشاء بالقرائن كجامع الطلب بالنسبة إلى الوجوب و الندب.
(**) لكن خالف فيه المحقق القمي رحمته الله - في البحث عن حال الفرد المحلِّي - لوجهين:

أ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٤

ب: حاشية المكاسب، ص ٨٧

ج: مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢٠

اللُّغة، بل قيل لم يستعمل في القرآن الكريم

الإيجاب، و هو من الأضداد أيضاً. في المصباح: «شريتُ المتاعَ أُشْرِيه: إذا أخذته بئمنٍ أو أعطيته بئمنٍ، فهو من الأضداد»^أ.
و في المجمع: «شراء: يُمدّ و يُقصر، و هو الأشهر. يقال: شريتُ الشيءَ أُشْرِيه، و شريُّ شراءً: إذا بعته و إذا اشتريته أيضاً، و هو من الأضداد»^ب.

أحدهما: عدم مدخلية مجرد الشهرة في أحد معاني المشترك في ترجيحه.
وثانيهما: معارضة الشهرة في المجاز المشهور بأصالة الحقيقة.
و في كليهما ما لا يخفى. أمّا الأول فلأنَّ الشهرة و إن لم تكن مرَّجحةً بنفسها، لعدم دليلٍ على الترجيح بها، لكنَّها تكون مرَّجحةً، لإيجابها الظهور العرفي.

و أمّا الثاني، فلأنَّ الشهرة في المجاز غير الشهرة في اللفظ المشترك، إذ المفروض كون المعنى المشهور حقيقياً، بخلاف المجاز المشهور، فإنَّ المعنى المشهور غير الحقيقي، فيعارضه أصالة الحقيقة.
و عليه فلا بأس بما في المتن من قرينية كثرة الإستعمال على تعيّن «بعث» للإيجاب.

مضافاً إلى ما تقدم من: أنَّ المدار على الظهور العرفي من أيّ سبب حصل، هذا. و إستند صاحبُ الجواهر رحمته إلى قرينتين أخريين:
الأولى: أنَّ الإبتداء بالمعاملة بحسب الطبع و الغلبة يكون من الموجب، فهذا قرينة مقامية على إرادة الإيجاب بلفظ البيع.

أ: المصباح المنير، ص ٣١٢

ب: مجمع البحرين: ج ١، ص ٢٤٥

ج: قوانين الاصول، ج ١، ص ٢٢٠

إِلَّا فِي الْبَيْعِ^(١). و عن القاموس «شراه يشريه ملكه بالبيع، و باعَه كاشترَاه، فهما ضدّ» و عنه أيضاً «كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشترَاه^(٢)»^أ.

(١) و في الجواهر أيضاً: «بل قيل: إنّه لم يرد في الكتاب العزيز غيره ...»^ب
و لم أظفر بالقائل به.

و كيف كان فقد وردَ في قوله تعالى: ﴿ و لبئس ما شروا به أنفسهم ﴾^ج
أي: باعوا به أنفسهم.

و قوله تعالى: ﴿ و شَرَوْهُ بَشَمْنٍ بَخْسٍ ﴾^د أي: باعوه.

و قوله تعالى: ﴿ و من الناس من يشرى نفسه إبتغاء مرضات الله ﴾^{هـ}.

و قوله تعالى: ﴿ فليقاتل في سبيل الله الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ ﴾^و
أي: يبيعونها.

(٢) مقتضى هذه العبارة كون «الإشترَاء» مشتركاً معنوياً بين إيجاب البائع و قبول المشتري، لصدق «ترك شيءٍ و أخذ شيءٍ آخر مكانه» على فعل كليهما.
و مقتضى عبارته الأولى - و هي كون «الشراء» من الأضداد - هو إشترآكه اللفظي و تعدُّد الوضع.

الثانية: كيفية ذكر المتعلقات، فإن «بعثت» في الإيجاب يتعدى إلى مفعولين، فيقول: «بعثتُ الدار» مثلاً، و في القبول إلى مفعول واحد.

أ : القاموس المحيط ، ج ٤ ، ص ٣٤٧ و ٣٤٨

ب : جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٢٤٤

ج : البقرة ، الآية : ١٠٢

د : يوسف ، الآية : ٢٠

هـ : البقرة ، الآية : ٢٠٧

و : النساء ، الآية : ٧٤

ز : جواهر الكلام ، ج ٢٢ ، ص ٢٤٥

و ربما يستشكل فيه^(١) بقلة إستعماله عرفاً في البيع، و كونه محتاجاً إلى القرينة المعيّنة، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء^(٢).

- (١) أي: يستشكل في وقوع البيع بلفظ «شريت» بوجوه ثلاثة:
- الأول: أن «شريت» و إن كان من الأضداد، و مقتضاه جواز إنشاء كل من البيع و الشراء به، إلا أن قلة إستعماله - عند العرف العام - في البيع توهم ظهوره فيه، و من المعلوم إناطة صحة الإنشاء بالظهور العرفي في المراد.
- الثاني: توقف إستعمال المشترك في أحد معنیه أو معانيه على القرينة المعيّنة.
- الثالث: عدم ورود إنشاء البيع بلفظ الشراء في الأخبار، و لا في كلام القدماء، و عليه فلا يكون لفظ «شريت» مأثوراً عن الشارع في مقام إيجاب البيع.
- (٢) اختلفوا في جواز الإيجاب بـ «شريت» فأجازه العلامة رحمته في التذكرة^أ و في الجواهر: «و يتحقق إيجابه بيعتاً قطعاً، بل و بشرية على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً. بل لعلها كذلك، لإشتراك كل من لفظي البيع و الشراء بين المعينين، فهما من الأضداد... إلى أن قال: فيصح إستعمال كل منهما حينئذ في الإيجاب على الحقيقة. و لا يقدح الإشتراك، و إلا لامتنع الإيجاب بالبيع. و لا ظهورهما في أشهرهما، لوضوح القرينة المعيّنة لغيره، و هي وقوع البيع من المشتري و الشراء من البائع. على أن إستعمال الشراء في البيع كثير... إلى أن قال: فلا بأس باستعمال كل منهما حينئذ في الإيجاب و القبول على الحقيقة»^ب.
- و محصل كلامه - زيد في علو مقامه - الإستدلال بأن مقتضي موجود و هو الوضع، و المانع مفقود، لأن المانع المتصور في المقام إنما هو الإجمال الناشئ من الاشتراك. و لكن فيه أولاً: أنه غير صالح للمنع، و إلا لمتنع من إستعمال البيع أيضاً. و ثانياً: أن الإجمال مرتفع بوجود القرينة المعيّنة.

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٤

و لا يخلو عن وجه^(١).

(١) و لعلّه توقيفية ألفاظ العقود، فلا بدّ من الإقتصار على القدر المتيقن، و هو ليس إلّا «بعث» إذ لا نصّ و لا إجماع على غيره، كما عن المصاييح، هذا(*)).

(*) لكن يمكن أن يقال: إنّه لا وجه لما استوجهه المصنف رحمته من المنع، إذ القرينة المعينة للمشترك إن كانت لفظية حقيقية فلا مانع منه عنده رحمته. و قاعدة التوقيفية قد وجهها المصنف رحمته عند نقل عبارة الفخر بما هذا نصّه: «ثم إنّه ربما يدعى أن العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الإيضاح من: أن كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء، فلا بد من الإقتصار على المتيقن» إلى أن قال المصنف «و أمّا ما ذكره الفخر فلعلّ المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً هي إشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرّجل والمرئى معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة فلا بد من إشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك».

و هذا التوجيه لا يقتضي أزيد من إعتبار كون اللفظ الذي يُنشأ به العقد موضوعاً لعنوان العقد، و لا يقتضي إعتبار شيوع إستعماله في الإيجاب حتى تكون أقلية إستعمال لفظ «شريت» في إيجاب البيع من إستعمال لفظ «بعث» فيه مانعة عن إنشاء الإيجاب. فالمتحصل: أنّه لا وجه للمنع الذي إستوجهه المصنف رحمته.

نعم يمكن توجيه المنع بوجه آخر، و هو: أن لفظ «الشراء» و إن استعمل في قديم الزمان في إنشاء إيجاب البيع، لكنه مهجور في هذه الأزمنة، و إنشاء الإيجاب به خارج عن المتعارف عند أبناء المحاورة، و لابد أن لا يكون لفظ العقد من الألفاظ المهجورة عندهم، و لذا إختار بعض المتأخرين المنع إستناداً إلى هذا الوجه، فتدبر.

و منها^(١): لفظ «مَلَكْتُ» بالتشديد. و الأكثر^(٢) على وقوع البيع به،

(١) أي: و من ألفاظ إيجاب البيع لفظُ «مَلَكْتُ» و هذا ثالث صيغ البيع.
(٢) قال في الجواهر: «و أمّا مَلَكْتُ فالأكثر - بل المشهور - على تحقق الإيجاب بها، بل عن جامع المقاصد في تعريف البيع ما يُشعرُ بالإجماع على صحة الإيجاب به في البيع»^أ.

و لكن في دلالة كلام جامع المقاصد على الإجماع بل الإشعار به تأمّل، بل منع.
و مقابل الأكثر ما عن الجامع للشرائع - لابن سعيد الحلبي - من «أنه لا يصح إلا بلفظ الماضي، و هو: بعْتُ أو شريتُ».

و كيف كان في صحة إنشاء إيجاب البيع بلفظ «مَلَكْتُ» أقوال:

أحدها: ما عن الأكثر، و هو وقوع البيع بلفظ مَلَكْتُ.

ثانيها: عدم وقوعه به، و هو المحكي عن جامع ابن سعيد.

ثالثها: ما نُسب إلى العلامة الطباطبائي رحمته من التفصيل بين تقييد «مَلَكْتُ» بالبيع و عدمه، بالوقوع في الأوّل، و عدمه في الثاني. و تبعه على ذلك صاحب الجواهر رحمته.

و إختار المصنف رحمته القول الأوّل، لوجهين:

أحدهما: الإِتِّفَاقُ المنقول في غاية المراد، و يؤيّده الإجماع المستشعر من جامع المقاصد.

ثانيها: أنّ التملك بالعوض - المنحلّ إلى مبادلة العين بالمال - هو المراد للبيع، و أنّه إذا إتصل بها ذكرّ العوض أفاد المجموع المركّب - بمقتضى الوضع التركيبي - البيع خاصة، فيكون صريحاً. و يؤيد هذا الوجه ما حكي عن فخر المحققين رحمته من كون «مَلَكْتُ» مرادفاً في لغة العرب لـ «بعْتُ».

فإن قلت: إنّ «التمليك» ليس مرادفاً للبيع، لإستعماله في الهبة بحيث لا يتبادر

بل ظاهر نكت الإرشاد الإتفاق^(١)، حيث قال: «إنّه لا يقع البيعُ بغير اللفظ المتفق عليه كبعثٌ وملكٌ» أ.

و يدل عليه^(٢) ما سبق في تعريف^(٣) البيع من أنّ التملك بالعوض - المنحل

عند الإطلاق غيرها، و من المعلوم أنّ تبادل الهبة من لفظ «ملكٌ» يمنع عن ظهوره في البيع. و عليه فلا يصح إنشاء البيع به، لأنّه حينئذٍ يكون من الإنشاء بالمجازات، و هو غير جائز عندهم، على ما تقدم تفصيله في المبحث الأوّل من مباحث موادّ صيغ العقود.

قلت: ليس التملك مرادفًا للهبة، و إنّما تفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة «التملك» حتّى يقال: إن إنسباق الهبة منه إلى الذهن يمنع عن ظهوره في البيع كي يمنع من إنشائه به. بل التبادر مستند إلى القرينة، و هي التجريد عن العوض، فالتملك مشترك معنّى بين ما يتضمّن المقابلة و بين ما يتجرّد عنها، فإنّ احتفّ الكلام بذكر العوض أفاد المجموع - بمقتضى وضعه التركيبي - البيع. و هذا هو مفهوم البيع حقيقةً، فصحة إرادة الهبة الموضّعة أو المصالحة من التملك المحفوف بذكر العوض منوطة بصحة العقد بلفظ غيره مع النية.

فالمتحصّل: أنّه يصحّ إنشاء البيع بلفظ «ملكٌ» للترادف.

(١) هذا إشارة إلى الدليل الأوّل على صحة إنشاء البيع بلفظ «ملكٌ» و هو الإجماع المنقول عن الشهيد رحمته الله.

(٢) أي: على وقوع البيع بـ «ملكٌ» و هذا هو الدليل الثاني، و قد تقدم توضيحه آنفًا بقولنا: «ثانيهما: أنّ التملك بالعوض ... الخ».

(٣) حيث قال في ردّ أصالة البيع في تملك الأعيان - و أعميته منه و من الهبة و الصلح - ما لفظه: «إن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلّا البيع، فلو قال: ملكتك

إلى مبادلة العين بالمال - هو المرادف للبيع عرفاً و لغةً كما صرّح به فخر الدين، حيث قال: «إنّ معنى بعثُ في لغة العرب: ملكْتُ غيري»^أ.

و ما قيل^(١): «من أنّ التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها» فيه^(٢): أنّ الهبة إنّما يُفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من مادة التملك^(٣)، فهي مشتركة معنىً بين ما يتضمّن المقابلة^(٤) و بين المجرد عنها،

كذا بكذا كان بيعاً، و لا يصحّ صلحاً و لا هبة معوّضة و إن قصدتها ...»^٣.

(١) لم أظفر بقائله، و حكاها في الجواهر أيضاً بقوله: «و دعوى ...» و لعلّ المقصود ما أفاده المحقق الثاني رحمته في بيع السلف بقوله: «لأنّه - أي التملك - شائع في الهبة، فإذا إنعقد بالأبعد فبالأقرب أولى»^٤.

و كيف كان ففرض القائل منع مرادفة التملك و البيع، فيمنع إنشاؤه به، و قد أوضحناه بقولنا: «فان قلت ...».

(٢) خبر و «ما قيل» و هذا جواب الإشكال، و قد أوضحناه بقولنا: «قلت: ليس التملك مرادفاً للهبة ...».

(٣) حتى تكون مادة «التملك» موضوعة لخصّة من طبيعة التملك، و هي خصوص التملك المجاني كي يكون البيع - و هو التملك بالعوض - معنىً مجازياً له، بل هذه المادة مشتركة معنوية بين التملك المعوّض و المجرد عنه، فأرادة كل واحدة من المحصّتين تتوقف على قرينة.

(٤) يعني: المقابلة بين المالكين، لا مطلق المبادلة ولو كانت بين تملك الواهب و تملك المتهب، كما هو حال الهبة المعوّضة.

أ : حكاها السيد الفقيه العاملي عن شرح الارشاد لفخرالمحققين - وهو مخطوط - مفتاح الكرامة، ج ٤،

ب : راجع الجزء الأوّل من هذا الشرح، ص ٢٤٦ و ٢٤٧

ج : جامع المقاصد، ج ٤، ص ٢٠٧

فإن إتصل^(١) بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع. وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريدُه الملكية المجانية. وقد عرفت سابقاً^(٢) أنّ تعريف البيع بذلك^(٣) تعريف بمفهومه الحقيقي،

و بعبارة أخرى: إن كان التملك مجرداً عن العوض أفاد الهبة غير المعوّضة. وإن كان متضمناً للعوض فهو على قسمين: أحدهما: أن يكون العوض عوضاً عن تملك الأول، فالمقابلة تقع بين تملك وتمليك، وهذا هو الهبة المعوّضة.

ثانيهما: أن يكون العوض عوضاً عن المال وهو العين التي ملكها الأول للثاني، فالمقابلة تقع بين نفس المالكين في إضافة الملكية، وهذا هو البيع.

و مقصود المصنف رحمته من «التمليك المتضمن للمقابلة الذي هو البيع» هو القسم الأخير كما أفاده في ردّ إنتقاض تعريف البيع بالصلح والهبة المعوّضة. وعليه لا يتوهم أن المقابلة موجودة في الهبة المعوّضة أيضاً لما عرفت من أنّ التقابل في الهبة ليس بين المالكين بل بين الفعلين. وإن شئت توضيح هذا المطلب أزيد مما هنا فراجع الجزء الأول من هذا الشرح ص (٢٤١ - ٢٤٨).

(١) هذا متفرع على كون مادة «التمليك» مشتركاً معنوياً بين البيع والهبة، فيلحقها حكمه، وهو توقف إرادة كل واحدة من الحصّتين على القرينة، فقرينة الهبة التجرّد عن ذكر العوض، وقرينة البيع ذكر العوض.

(٢) يعني: في رد ما أفاده كاشف الغطاء رحمته من حمل التملك بعوض على البيع، لكونه الأصل في تملك الأعيان.

(٣) أي: أن تعريف البيع بـ «التمليك المتضمن للمقابلة على وجه العوض» تعريف للبيع بمفهومه الحقيقي، وليس مشتركاً بينه وبين الهبة المعوّضة والصلح على عين بعوض.

و عليه فالمشترك بين البيع والهبة هو طبيعي تملك العين بعوض. وأمّا تملك

فلو أراد منه^(١) الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنى صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره^(٢) مع التية. و يشهد لما ذكرنا^(٣) قولُ فخر الدين في شرح الإرشاد: «انّ معنى بعثُ في لغة العرب ملكتُ غيري^(٤)».

عين في قبال عين أخرى فليس إلا البيع.

(١) أي: فلو أراد الموجبُ بقوله: «ملكتك الكتاب بدينار» غير البيع، بأن أراد الهبة المعوضة أو المصالحة توقّف صحته على إنقاد الهبة و الصلح بالألفاظ المجازية. ووجه المجازية: أنّ «تمليك عينٍ بإزاء عينٍ أخرى» هو البيع خاصةً، فإرادة غيره مجازٌ. (٢) كأنشاء البيع بغير لفظ «بعثُ» مثل «نقلته إليك و أدخلته في ملكك» و نحوها من المجاز و الكناية.

(٣) من كون البيع هو التملك بالعرض، و أنّ إنشاءه به صحيح.

(٤) و بهذا قد وفي المصنف رحمته بما وعد به في أوّل كتاب البيع في تعريفه بإنشاء التملك، و جوازه به، حيث قال: «و فيه: أنه الحق كما سيجيء» (*).

(*) و قد استدلّ أيضاً على جواز إنشاء البيع بلفظ «ملكتُ» بما في الجواهر من قوله: «و لعلّه لكونها حقيقة فيما يشمل البيع، فاستعمالها فيه حينئذٍ حقيقة، إذا لم يكن على جهة الخصوصية التي يكون استعمال الكلّي فيها مجازاً».

و كذا بما مرّ من كلام كاشف العطاء رحمته من «أن الأصل في تملك الأعيان بالعرض هو البيع، و في تملك المنافع هي الاجارة».

و في الكل ما لا يخفى. أمّا الاتفاق الذي نقله المصنف رحمته عن غاية المراد ففيه أولاً: عدم دلالة على الاجماع كما يظهر للمراجع. و كذا لا إشعار به في كلام المحقق الثاني.

و ثانياً: عدم إجماع قطعاً مع هذا الخلاف.

و ثالثاً: عدم إعتباره بعد تسليم تحققه، لعدم حجية الاجماع المنقول.

و أمّا ما استدُلّ به في المتن - من: أن التملك بالعوض المنحل إلى «مبادلة عين بمال» هو المرادف للبيع إذا إتصل به ذكرُ العوض فيكون صريحاً - ففيه: أن المراد بالصريح في كلامهم ليس ذلك، وإلا لجرى في «نقلته إليك و أدخلته في ملكك وجعلته لك» و المفروض عدمه كما لا يخفى على من لاحظَ التذكرة.

و الإستشهاد بكلام فخر المحققين على ترادف البيع و التملك ممنوع أيضاً، لأنه إن أراد الترادف لغةً توجه عليه أعمية التملك من البيع، لاشتراكه بينه و بين العطيّة و الهبة كما نُسب إلى الفقهاء و أهل اللغة. بل في المسالك - في مسألة إنعقاد البيع بلفظ السلم - مانصه: «و لا ريب أن السلم أقرب الى حقيقة البيع من التملك المستعمل شرعاً إستعمالاً شائعاً في الهبة، فإذا إنعقد بالأبعد لتأدية المعنى المراد، فالأقرب إذا أذاه أولى» و هو قريب من كلام جامع المقاصد المتقدم في التوضيح.

و إن أراد التفسير بالأعم لم يُجد في الدلالة على المطلوب و هو جواز إنشاء البيع به، لعدم دلالة العام على الخاص.

و أمّا ما أفاده صاحب الجواهر رحمته فيردّه: أنه مع إرادة الخصوصية - أي التملك المتخصص بخصوصية البيعة - يصير إستعمال لفظ «مَلَكْتُ» فيه مجازاً، و إستعمال المجازات في إنشاء العقود ممنوع عند الجماعة. و مع إرادة الكلّي لايجوز أيضاً، لأنّ معناه أعم من التملك البيعي، لشموله له و للصلح و الهبة بعوض.

و أمّا ما حكى عن كاشف الغطاء - من أصالة البيع في تملك الأعيان - ففيه: أن دعوى الأصالة ممنوعة جداً، إذ الجامع بين التمليكات المتشخصة هو نفس التملك، لأنه القدر المشترك بين جميع حصص التملك التي منها البيع و الصلح و الهبة، نظير

تحصُّص الحيوان بحصصٍ عديدة متفصِّلة بفصولٍ مشتتة، ولذا لا يكون أحدُ أنواع الحيوان مثلاً أصلاً لسائر أنواعه.

و عليه فلا معنى لكون البيع أصلاً في مقام الثبوت لسائر حصص التملك. هذا إذا أُريد بالأصل الأصالة الثبوتية. وإن أُريد به الأصالة الإثباتية - بمعنى كون غالب التملكيات في الخارج هو البيع - فلا تجدي في إثبات صحة إنشاء البيع بـ «مَلَكْتُ» لأنَّ هذا راجع إلى مقام الثبوت الذي هو أجنبي عن الغلبة الراجعة إلى مقام الإثبات، هذا. بقي التعرض للدليل القولين الآخرين.

أما دليل القول الثاني - وهو المنع عن وقوع البيع بلفظ التملك - فوجوه: أحدها: توقيفية صيغ العقود، و عدم معهودية تجوز العقد عنهم بلفظ «ملكْتُ» فتبقى أصالة الفساد سليمةً عن المانع.

و فيه: عدم ثبوت توقيفيتها، و إلا كان اللازم على الشارع تعيين لفظ أو ألفاظ لإنشاء العقود، لئلا يتجاوز عن تلك الألفاظ إلى غيرها.

ثانيها: ما حكاه المصنف رحمته بقوله: «و ما قيل من أنَّ التملك يستعمل في الهبة». و فيه: ما أجاب به في المتن بقوله: «إنَّ الهبة إنما يفهم من تجريده اللفظ ... الخ». ثالثها: أنَّ التملك حقيقة في القدر المشترك بين البيع والعطية والهبة، فإنَّ أُريدت خصوصية البيع من لفظه صار مجازاً، و استعمال الألفاظ المجازية في العقود غير جائز. وإن لم تُرد الخصوصية من اللفظ كان عنواناً عاماً غير منطبق على المقصود و هو البيع، فإنشاء إيجاب البيع بلفظ «مَلَكْتُ» غير جائز.

و فيه: أنَّ هذا مبني على القول باشتراط كون الصيغة بنفسها صريحة. و أما على القول بالاكْتفاء بكون المجموع المركَّب صريحاً - كما يظهر من الأكثر - فلا يتم، إذ المجموع المركَّب من لفظي التملك و العوض المنضم إليه يصير صريحاً في عنوان

البيع، فيكون نفس «ملكك» دالاً على طبيعة التمليك، والقيد دالاً على التمليك البيعي من باب تعدد الدال والمدلول، نظير «أعتق رقبة مؤمنة».

و أما دليل القول الثالث فهو ما أفاده في محكي المصاييح من: «أنه يشكل الإيجاب بلفظة - ملكك - لإحتمالها لغير البيع وإن كانت نصاً في الإيجاب. ولا يجدي ذكر العين وال عوض، لأن تمليكها به قد يكون بالهبة وال صلح، فلا يتعين بيعاً، إلا إذا قيده البائع به، فقال: ملكتك بالبيع. ومنه يظهر وجه المنع كما هو ظاهر الجامع، مع ضعف إطلاقه، كإطلاق غيره. ولو حمل المنع فيه على المجرد عن القيد، والجواز في غيره على المقيد زال الإشكال» إنتهى.

و نَسَج على منواله صاحب الجواهر رحمته بزيادة احتمال حمل المنع على ما إذا استعمل فيه مجازاً، بملاحظة الخصوصية، والمجاز لا ينعقد به العقد. والجواز على إستعماله على جهة الحقيقة وإن استفيدت الخصوصية من قيد آخر أ.

وفيه: أن التمليك المقرون بذكر العوض هو البيع حقيقة، ف قوله رحمته: «و لا يجدي ذكر العين والعوض... الخ» في غاية الإشكال، لأن الصلح والهبة المعوضة ليسا من التمليك بالعوض على وجه المقابلة، فلا حاجة في تعين «ملكك» في إنشاء إيجاب البيع إلى تقييده بذكر البيع، بأن يقال: ملكتك بالبيع، هذا.

و أما ما أفاده الجواهر من «حمل المنع على ما إذا استعمل فيه مجازاً... الخ» ففيه: أن المجاز - بعد فرض الظهور العرفي لللفظ في المعنى المقصود - مما لا مانع عنه، فلا فرق في الجواز بين كون الإستعمال على وجه الحقيقة وبين كونه على وجه المجاز.

و أما الإيجاب بـ «إشتريت»^(١) (*) في مفتاح الكرامة «أنه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة^(٢)، و المنقول عنها في نسختين من

- (١) هذا رابع ألفاظ الإيجاب بناءً على صحة إنشاء البيع به.
 (٢) ظاهر العبارة أن السيد الفقيه العاملي ظَفَرَ ببعض نسخ التذكرة و بنسختين

(*) قال الفقيه المامقاني رحمته: «الظاهر أنه تصحيف - شريت - كما هو الموجود في النسخة التي رأيناها، لبعُد الإقتصار عليها دون شريت. و يؤيده: أنه لم يذكر -إشتريت- بالخصوص أحد من الفقهاء في عداد ألفاظ إيجاب البيع، وإن كان بعض أهل اللغة ذكر استعماله في معنى الإيجاب و قبوله. ففي شرح القاموس يقال: إشتراه إذا ملكه بالبيع، و يقال: إشتراه إذا باعه»^أ.

و لكن قد يتجه عليه أولاً: أن الظاهر صحة ما في المتن و وقوع السهو في النسخة التي رآها رحمته، ضرورة أن المصنف رحمته لم يقتصر في صيغ الإيجاب على «إشتريت» حتى يُستبعد منه إهمال «شريت» بل قد جعلها في عداد صيغ الإيجاب، حيث قال قبل أسطر بعد ذكر صيغة «بعث» ما لفظه: «و منها: لفظ شريت، فلا إشكال في وقوع البيع به لوضعه له ... الخ».

و عليه فلو قال المصنف هنا: «و أما الإيجاب بشريت» لكان تكراراً مُخْلَافاً بنظام المطلوب. مضافاً إلى قوله في المتن: «و لكن الأشكال المتقدم في شريت أولى بالجريان هنا». و ثانياً: أن المصنف رحمته إقتصر في أول كلامه على نقل عبارة مفتاح الكرامة، و الموجود فيه في هذا المقام: «إشتريت» كما في المتن، فراجع.

و ثالثاً: أن المصنف لم يدع ذكر خصوص صيغة «إشتريت» في شيء من الكتب الفقهية، بل ادعى ذكرها في التذكرة، ثم استفادتها من عطف «ما أشبههما، و ما يقوم مقامهما» على قولهم: «بعث و ملكت».

و الإنصاف أنه لم يتضح لنا مراده رحمته و هو أعلم بما قال.

تعليق الإرشاد.

من تعليق الإرشاد للمحقق الثاني رحمته، و ظفر بتجوز العلامة رحمته إيجاب البيع بصيغة «إشتريت».

و قال السيد بعد العبارة المنقولة في المتن تأييداً لصحة الإيجاب بها: «و في القاموس: شراه يشريه إذا ملكه بالبيع، و باعه كاشترى، فهذا ضدّ. و فيه أيضاً: كل من ترك شيئاً و تمسك بغيره فقد إشتهاه».

و عليه يسهل الأمر في الإنشاء بـ «إشتريت» بعد كونه مشتركاً بين الإيجاب و القبول. و هذا لا ينافي ذكر صيغ ثلاث في كثير من كتب الأصحاب، و هي «بعثت و شريت و ملكت» كما حكاه السيد العاملي رحمته عن التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و التنقيح و صيغ العقود و تعليق الإرشاد.

وجه عدم التنافي: أنه يحتمل أن يكون ذكر الصيغ الثلاث للمثال، كما يحتمل أن يكون للحصر، فلا سبيل للجزم بالحصر حتى يكون ذكر «إشتريت» في بعض نسخ التذكرة منافياً للمشهور أو للمتفق عليه بينهم.

نعم المستفاد من عبارة العلامة في القواعد الحصر في الثلاث، حيث قال: «ولابدّ من الصيغة الدالة على الرضا الباطني، و هي الإيجاب كقوله: بعثت و شريت و ملكت».

و لكن إستظهر صاحب الجواهر^١ منها عدم الحصر، لأنّ العلامة ذكر أولاً لزوم الصيغة الدالة على الرضا الباطني، و هي عنوان كلي، ثم حكّم بأنّه الإيجاب و القبول، و أدخل «الكاف» على ألفاظ الإيجاب، و هي ظاهرة في التمثيل.

أ و ب : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٠ و ١٥١

ج : قواعد الأحكام، ص ٤٧ (الطبعة الحجرية).

د : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٧

أقول: قد يُستظهر^١ من عبارة كلِّ من عطف على بعثٌ و ملكتُ «شبههما» أو «ما يقوم مقامهما» إذ إرادة خصوص لفظ «شريتُ» من هذا بعيدٌ جداً.

وإن كان هذا الإستظهار لا يخلو من تأمل، إذ لا ظهور لعبارة العلامة في عدم الحصر.

(١) يعني: قد يُستظهر صحة الإيجاب بلفظ «اشتريتُ» من عبارة غير العلامة - في التذكرة - أيضاً، لأنَّ جمعاً بعد أن ذكروا صيغتي «بعثٌ و ملكتُ» عطفوا عليهما: «وما أشبهها أو ما قام مقامها».

فمن حواشي الشهيد على القواعد: «مثلُ قارضتُك و سلَّمتُ إليك و ما أشبه ذلك».

و عن التحرير: «الإيجاب اللفظ الدال على النقل مثل: بعثتُك و ملكتُك أو ما يقوم مقامهما». و من المعلوم أنَّ المراد ممَّا أشبه الصيغتين أو ممَّا قام مقامهما ليس خصوص «شريتُ» لعدم الدليل على هذا الحصر، بل المراد كل ما يدلُّ على الرضا بالبيع، فيشمل «اشتريتُ» الذي هو من ألفاظ الأضداد، و يكون إستعماله في الإيجاب حقيقةً لا مجازاً.

و يؤيد هذا الإستظهار ما إختاره الفاضل الآبي، و نسبه الى المحقق من عدم إعتبار لفظ خاص في البيع^أ.

و الحاصل: أنَّ مراد المصنف رحمته أن يكون «اشتريتُ» بمعنى «بعثتُ» بأن يراد منه إيجاب البيع، فيكون قول الموجب: «اشتريتُ مالي بمالك» بمعنى «بعثتُ مالي بمالك». لا أن يكون «اشتريتُ» بمعنى قبول البيع، و كان من تقديم القبول على الإيجاب، لأنَّه بهذا المعنى يخرج عن مورد النزاع.

و حملهُ^(١) على إرادة « ما يقوم مقامهما» في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعين^(٢) إرادة ما يرادفهما لغةً أو عرفاً، فيشمل «شريت» و «إشتريت».

لكن الإشكال المتقدم^(٣) في «شريت» أولى بالجرىان هنا^(٤)، لأن «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه^(٥). بخلاف

(١) أي: و حملُ العطف على إرادة ... الخ. و غرضه بيان توهم و دفعه. أما التوهم فتقريبه: أنه يمكن أن يراد من كلمتي «شبههما، يقوم مقامهما» أمر آخر غير ما إستظهره المصنف، بل المراد ما يدل على معنى «بعث و ملكت» في سائر اللغات، بأن يقول بالفارسية «فروختم، مال تو قرار دادم» و هكذا ترجمة الصيغتين في اللغات الأخرى.

و على هذا فلا يمكن أن يُنسب إلى الفقهاء إرادة صيغة «إشتريت» من كلمة «أو ما أشبه أو ما يقوم» و نتيجة ذلك منع قول المصنف: «قد يستظهر».

و أما الدفع فهو: أن حمل «ما أشبههما» على ترجمة «بعث» بالنسبة إلى العاجز عن العربية في غاية البعد، إذ لو كان مرادهم مدلول خصوص صيغتي «بعث و ملكت» في سائر اللغات لزم أن يقولوا: «إيجاب البيع: بعث و ملكت للقادر على العربية، و مرادفهما من سائر اللغات، أو: ما يقوم مقامهما من سائر اللغات» مع أنهم قالوا: «إيجاب البيع: بعث و ملكت و ما أشبههما» و لا مجال إلا لأن يُراد من «الشبه» سائر الألفاظ الدالة على إيجاب البيع مثل «شريت، إشتريت».

(٢) هذا متفرع على أبعديّة حمل العطف على المرادف من سائر اللغات.

(٣) و هو قلّة إستعماله عرفاً في البيع، و إحتياجه إلى القرينة المعينة.

(٤) يعني: في لفظ «إشتريت» و جه الأولوية هو إشتغال «إشتريت» على تاء

المطاوعة.

(٥) أي: لم يستعمل - في القرآن - إلا في البيع.

«إشتريتُ»^١ (*).

(١) فإنه لم يستعمل في إنشاء الإيجاب، بل إقتصار في محكي التذكرة - من ألفاظ القبول - على خصوص «إشتريتُ»^أ.

(*) قال سيدنا الاستاذ رحمته: «و ينبغي أن يكون جواز الإيجاب به مبنياً على جواز الإيجاب بالمجاز، لأن استعمال إشتريتُ بمعنى بعثُ و شريتُ مجاز»^ب.

و فيه ما عرفت من أن الإشتراء - كما تقدم عن شرح القاموس - من الأضداد، فاستعمال «إشتريتُ» في إيجاب البيع ليس مجازاً، بل هو حقيقة بقرينة معيّنته. و على تقدير المجازية لا بأس بها، لما مرّ من جواز الإنشاء بكلّ ما يكون ظاهراً عرفاً في المعنى المقصود، و عدم دليل تعبدي على اعتبار الإنشاء بما يكون دلالة على المقصود بالوضع، هذا.

ثم إنّه مع الغض عن كون «إشتريتُ» من الأضداد يمكن إثبات جواز الإيجاب به أيضاً، لأنّ الإشتراء كما عن القاموس «ترك الشيء و التمسك بغيره» و منه ﴿إشتروا الضلالة بالهدى﴾ و عليه فالإشتراء يستعمل حقيقة في الإيجاب.

و قد يقال: إن «إشتريتُ» متمحضة في القبول حقيقة، لكون هيئة الإفتعال و التفعّل لمطاوعة فعل الغير، كما يظهر من تقرير شيخ مشايخنا المحقق الثاني رحمته.

لكنّه ليس كذلك، لأنّ هذه المطاوعة عبارة عن إتخاذ الذات للمبدأ مطلقاً سواء أكان المبدأ صادراً من نفسه كالإكتساب و الإحتطاب و الإحتشاش و نحوها، و كما في التعمم و التعمص و التسرّيل و التكبر و نحوها، أم من غيره.

و عليه فإن تعلّقت المطاوعة بمال نفسه كان معناه إتخاذ المبدأ من نفسه، و هو تملك مال نفسه بعيوض. و إن تعلّقت بمال الغير كان معناه إتخاذ البيع من الغير، و حينئذ يكون مصداقاً للقبول و المطاوعة الحقيقية.

و منه يظهر أنّ وقوعه موقع الإيجاب يناسب مفهومه، لا أنه يبتنى على كون «الشراء و الاشتراء» من الأضداد، فلاحظ و تدبّر.

أ : مفتاح الكرامة، ج ٤، ١٥٢.

ب : نهج الفقاهة، ص ٩٦.

و دفع^(١) الإشكال في تعيين المراد منه بقرينة^(٢) تقديمه الدال على كونه إيجاباً، إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و إمّا لغلبة ذلك، غير^(٣) صحيح، لأنّ الإعتاد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت^(٤) ما فيه.

(١) مبتدأ، خبره «غير صحيح» و المراد بالإشكال هو قوله: «لكن الإشكال المتقدم في شريئ أولى بالجران هنا» و مقصود الدافع تصحيح إيجاب البيع بـ «إشترئ» فالإشكال الوارد على «شريئ» لا يجري في «إشترئ».

و حاصل وجه الدفع هو: أنّ إنشاء الإيجاب بلفظ «إشترئ» إن كان مع القرينة الموجبة لظهوره في إنشاء الإيجاب فلا بأس به. ثم إنّ القرينة عبارة عن لزوم تقديم الإيجاب على القبول، أو غلبة ذلك الموجبة لظهور «إشترئ» مع التقديم في إنشاء الإيجاب.

(٢) متعلق بـ «دفع» و بيان له، و ضمير «تقديمه» راجع إلى «إشترئ».

(٣) خبر «و دفع» و حاصل الإشكال على هذا الدفع عدم صلاحية القرينة - غير اللفظية - على تعيين المراد من ألفاظ العقود، فلا يصلح لزوم تقديم الإيجاب على القبول - أو غلبته - لتعيين المراد، و هو الإيجاب من لفظ «إشترئ».

(٤) حيث قال: «و الأحسن منه أن يراد باعتبار الحقائق في العقود إعتبار الدلالة الوضعية . . . إلى أن قال: و هذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد» لاحظ (ص ٣٥٨).

و حاصله: إعتبار الدلالة الوضعية في العقود، سواء أكان اللفظ الدال على إنشاء العقد بنفسه موضوعاً له، أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ آخر موضوع له، ليرجع الإفادة بالأخرة إلى الوضع، إلى آخر ما أفاده.

إلا^(١) أن يدعى أن ما ذُكر سابقاً - من إعتبار الصراحة - مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميّزه عمّا عداه من العقود. و أمّا تميّز إيجاب عقدٍ معيّن عن قبوله - الراجع إلى تميز البائع عن المشتري - فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي إستفادة المراد ولو بقرينة المقام، أو غلبته، ونحوهما. و فيه إشكال^(٢) (*).

(١) غرضه تصحيح الإعتاد على القرينة غير اللفظية كغلبة تقديم الإيجاب على القبول - أو لزومه - في الدلالة على تعيين المراد من ألفاظ العقود. و محصله: أن إعتبار صراحة الدلالة إنّما هو في تشخيص عنوان العقد كالبيع و تمييزه عمّا عداه من سائر العقود، لا في تمييز الإيجاب عن القبول في عقدٍ قد تميّز عنوانه عن غيره من العقود. و المفروض في المقام تميّز العقد - وهو البيع - عن سائر العقود، فلا تعتبر الصراحة في الدلالة على الإيجاب، بل تكفي الدلالة عليه بالقرينة المقامية.

(٢) أي: في عدم إعتبار الصراحة في لفظ الإيجاب - و تردّده بين الإيجاب والقبول، و تعيّن أحدهما بالقرينة - إشكال. وجه الإشكال: ظهور كلماتهم في عموم المنع لذلك، و عدم إختصاص إعتبار الصراحة بعنوان العقد، فالصراحة معتبرة في تميّز العقد عمّا عداه من العقود، و في تميّز إيجاب عقدٍ معيّن عن قبوله أيضاً، فتوجيه إنشاء الإيجاب بغير ما يكون صريحاً فيه بقوله: «إلا أن يدعى أن ما ذكر سابقاً... الخ» مشكل.

(*) و قد ظهر مما قدّمناه سابقاً عدم إعتبار الصراحة أصلاً، لا في تمييز عنوان العقد عمّا عداه من العقود، و لا في تمييز الإيجاب عن القبول.

نعم إذا إستند في إعتبار الصراحة إلى الاجماع فالمتيقن منه هو إعتبار الصراحة في الدلالة على تعيين عقدٍ خاص، لا في تمييز الإيجاب عن القبول. لكن في الاجماع ما لا يخفى.

وَأَمَّا الْقَبُولُ^(١) فَلَا يَنْبَغِي (*). الإشكال في وقوعه بلفظ: قَبِلْتُ وَرْضِيْتُ وإِشْتَرَيْتُ وِشْرَيْتُ^(٢) وَإِبْتَعْتُ وَتَمَلَّكْتُ وَتَمَلَّكْتُ مُحَقَّقًا. وَأَمَّا «بَعْتُ» فَلَمْ يَنْقَلْ إِلَّا مِنَ الْجَامِعِ، مَعَ أَنَّ الْمُحَكِّمِيَّ عَنِ جَمَاعَةٍ مِنْ أَهْلِ اللُّغَةِ^(٣) إِشْتَرَاكَ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.

ب: ألفاظ القبول

(١) هذا المقام الثاني من مبحث ألفاظ الإيجاب والقبول، ومحصل هذا المبحث على ما أفاده المصنف رحمته هو: أنه لا ينبغي الإشكال في وقوع القبول بلفظ «قَبِلْتُ» إلى آخر ما في المتن. وإشتراك بعضها لفظياً أو معنوياً غير قاذح بعد الإحتفاف بالقرينة المقالية أو الحالية على تعيين المعنى المقصود كما تقدم.

(٢) الأول مأخوذ من «شَرَيْتُ» بمعنى «بَعْتُ» فيكون بمعنى «إِبْتَعْتُ»، والثاني مقابل «بَعْتُ» لفرض كون «شَرَيْتُ» من الأضداد.

(٣) قال في مجمع البحرين: «و البيع الإيجاب والقبول» أ و مقصود المصنف رحمته أنه مع قول جماعة من اللغويين بإشتراك لفظ «البيع» بين البيع والشراء كيف لم يذكر لفظ «بَعْتُ» من ألفاظ القبول إلا بحسب بن سعيد في جامعه، على ما حكاه السيد العاملي من قوله: «و القبول: قَبِلْتُ أو شَرَيْتُ، أو بَعْتُ»^ب.

لكن الموجود في النسخة المطبوعة من الجامع «ابتعت» بدل «بعْتُ» فراجع.

(*). نفي الإشكال مبني على مذهبه رحمته من عدم إعتبار ألفاظ خاصة في إنشاء عقد البيع. وأما مع إعتبارها فلا يخلو نفي الإشكال عن الغموض كما لا يخفى. وكيف كان فالبحت فيما أفاده من ألفاظ القبول يقع في ناحيتين: إحداهما: في إنحصار الألفاظ الدالة على القبول و عدمه.

أ: مجمع البحرين، ج ٤، ص ٣٠٤

ب: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٢

ج: الجامع للشرائع، ص ٢٤٦

ثانيتها: في أن الأصل في القبول هل يكون أحدها، والآخر بدله، أم لا؟
أما الناحية الأولى فمحصّلها: أن مقتضى العباير التي عرفتها في المتن وغيرها مما
لم يُذكر عدم الانحصار.

و أما الناحية الثانية فمحصّلها عدم ثبوت أصلٍ وبدلٍ في ألفاظ القبول، لأن كلَّ
لفظٍ لا يصلح للقبول، إلا إذا دلَّ على معنى لا يمكن إنشاؤه ابتداءً، سواء أكان بلفظ
«قبلت» أم غيره. ولعل المراد بالأصل هو كون الدلالة على المعنى القبولي مطابقةً
منحصراً بلفظ «قبلت» فتأمل.

و لا بأس بالنظر إلى بعض كلماتهم في ألفاظ القبول، ففي السرائر أ ما ظاهره
الإقتصار على صيغتي «اشتريت» و «قبلت» لعدم ذكر غيرهما.

قيل: و قد يدعى إنفهام إنحصار ألفاظ القبول فيهما من عبارة الغنية.

و في جواهر القاضي عبدالعزيز بن البراج رحمته الله: «مسألة: إذا قال المشتري للبائع
بعني بكذا، و قال البائع: بعثك هل ينعقد البيع أم لا؟ الجواب: لا ينعقد البيع بذلك، وإنما
ينعقد بأن يقول المشتري بعد ذلك: قبلتُ أو اشتريتُ، لأن ما ذكرناه مجمع على ثبوت
العقد وصحته به، و ليس كذلك ما خالفه. و من ادعى ثبوته و صحته بغير ما ذكرنا فعليه
الدليل. و أيضاً فالأصل عدم العقد، و على من يدعى ثبوته الدليل»^٣.

و في التذكرة: «و القبول من المشتري قبلتُ أو إبتعتُ أو اشتريتُ أو تملككُ»^٤.

و في الدروس: «و القبول إبتعتُ و اشتريتُ و تملككُ و قبلت بصيغة الماضي»^٥.

و في القواعد: «و القبول و هو: اشتريتُ أو تملككُ أو قبلتُ».

و في جامع المقاصد في شرح هذه العبارة: «كان الأولى أن يقول: كاشتريتُ، لأن

أ : السرائر الحاوي . ج ٢ . ص ٢٥٠

ب : جواهر الفقه (ضمن الجوامع الفقهية). ص ٤٢١

ج : تذكرة الفقهاء . ج ١ . ص ٤٦٢

د : الدروس الشرعية . ج ٣ . ص ١٩١

و لعلّ الإشكال فيه^(١) كإشكال «شريت»^(*)

(١) أي: و لعلّ الإشكال في إنشاء القبول بصيغة «بعث» هو قلة الإستعمال في الإيجاب بـ «شريت».

إبتعت و نحوه قبول قطعاً^أ.

وجه الأولوية: أن ظاهر قول العلامة: «و القبول هو إشتريت ... الخ» هو الحصر، بخلاف التعبير بقوله: «كاشترت» فإنه كالصريح في التمثيل، لا الحصر.
و عن العلامة الطباطبائي رحمته: القطع بعدم الفرق بين الصيغ المؤدبة للمعنى لاعقلاً و لا شرعاً.

و في الجواهر: «ولو توقف النقل على خصوص اللفظ المعين لزم الإقتصار على بعث و اشترت و قبلت، و لم يجز غيره، لعدم ثبوته بعينه من نص و لإجماع. و رضيت في القبول أظهر من ملكت و شريت، و أقرب إلى مفهوم قبلت، فكان أولى بالجواز منهما»^ب.

و أنت بعد الإحاطة بما ذكرناه من العباير و غيرها مما لم نذكرها تعرف إختلافهم في إنحصار ألفاظ القبول في بعض ما ذكر و عدم إنحصارها فيه، فلا إجماع على الإنحصار، فلا بد حينئذ من المشي على طبق القواعد. و هي تقتضي جواز إنشاء قبول البيع بكل لفظ يكون ظاهراً في ذلك بحيث يعدّ مبرزاً له عند أبناء المحاورة، و يصدق عليه قبول العقد عرفاً، فإنه مع صدق البيع العرفي عليه تشمله العمومات كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾.

(*) لا يخفى أنه بعد البناء على كون الشراء من الأضداد - و بعد وجود القرينة الدالة على إرادة الإيجاب منه - لا ينبغي الإشكال في جواز إنشاء الإيجاب به.
وكذا الإشكال في إنشاء القبول بلفظ «بعث». و غلبة إستعماله في إنشاء الإيجاب

أ : جامع المقاصد . ج ٤ . ص ٥٧

ب : جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٢٤٧

في الإيجاب^(١).

واعلم أنّ المحكي عن نهاية الأحكام و المسالك «أنّ الأصل في القبول قبلت^(٢)، و غيره^(٣) بدل، لأنّ(*) القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الإبتداء، و الابتداء بنحو إشتريت و إبتعتُ ممكن» أ و سيأتي توضيح ذلك في إشتراط تقديم الإيجاب.

(١) المراد بالإشكال في «شريت» هو ما أفاده المصنف رحمته عند ذكر لفظ «شريت» بقوله: «و ربما يستشكل فيه بقلة إستعماله عرفاً في البيع، و كونه محتاجاً إلى القرينة المعيّنة، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء». فإشكال «بعثت» في القبول - وهو قلّة إستعماله فيه عرفاً - نظير الإشكال المزبور في «شريت» الذي يستعمل في الإيجاب.

(٢) قال في المسالك: «و في الحقيقة: هذه الألفاظ المتقدمة المعدّة قبولاً قائمة مقامه، لا نفسه، و إنّما القبول على الحقيقة: قبلت، و هو ممّا لا يصحّ الإبتداء به». (٣) يعني: و غير «قبلت» مثل «إشتريت، إبتعت» بدل عن «قبلت» و الدليل على أصالة هذه و بدليّة ما سواها هو إمتناع تقديم «قبلت» على الإيجاب، بخلاف «إبتعت و إشتريت» فإنّ الإبتداء بهما ممكن، و لذا عدّوهما من صيغ إيجاب البيع أيضاً، فلا تتمحضان في قبوله. إذ ليس القبول مجرد الرضا بفعل الغير حتى يمكن سبقه عليه، بل هو مطاوعة فعل الغير و متابعتة له، و من المعلوم إمتناع تقدمه على الإيجاب.

لا تمنع عن جواز إنشاء القبول به مع القرينة المعيّنة.

(*) هذا التعليل لا يثبت أصالة «قبلت» فقط، بل مقتضاه أصالة كلّ ما لا يمكن

الابتداء به كلفظ «تملكت»، و رضىت» و نحوهما ممّا يتضمن القبول.

ثم إنَّ في إنعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة و الإنفاذ و شبهها وجهين^(١) (*).

(١) لعلَّ منشأ المنع عدم كونها صريحةً، لعدم وضعها لعنوان القبول مثل لفظ «قبلتُ» و لا لعنوان طرف المعاملة كـ «إشتريتُ» و قد إشتراطوا الصراحة في ألفاظ العقود، مع عدم تصريح منهم بوقوع القبول بها، فلا ينعقد بها. و منشأ الإنعقاد أنَّ الظاهر إعتبار الصراحة في خصوص ألفاظ الإيجاب دون القبول، و لذا يكتفى فيه بلفظ «قبلتُ» من دون ذكر المفعول و هو البيع، للإستغناء عنه بالإقتران بلفظ الإيجاب «كبعْتُ» فإنَّ الإقتران المزبور قرينةٌ مقاميةٌ على إرادة القبول من لفظ «رضيتُ و أنفذتُ» و نحوهما أيضاً، لدلالة الإقتران على كون مضمونه تابعاً للإنشاء الإيجابي.

(* قال السيد ^{عنه} في حاشيته: «الظاهر أنَّ وجه الإشكال إستعمال هذه الألفاظ غالباً في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه و قبوله كما في إجازة الفضولي، و إجازة المرتهن بيع الراهن، و إمضاء الورثة تصرف الميت في الزائد عن الثلث، و هكذا. ولكنَّ الحق كفايتها في القبول بعد مساعدة معناها عليه، إذ لا فرق بينها و بين لفظ رضيتُ كما لا يخفى».

أقول: فيه أولاً: أنَّ عطف «و إمضاء الورثة... الخ» على قوله: «في إجازة الفضولي... الخ» غير سديد، لأنَّ الوصية بالزائد عن الثلث ليست عنده ^{عنه} من العقود حتى يكون إمضاء الورثة تنفيذاً للعقد، حيث قال مالفظه: «الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول، و كذا الوصية بالفك كالعتق. و أمَّا التمليكية فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً. و عليه تكون من العقود. أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل، فيكون من الإيقاعات و يحتمل قوياً عدم إعتبار القبول فيها، بل يكون الرد مانعاً. و عليه تكون من الإيقاع

الصريح الخ» أ.

ومع عدم كون الوصية من العقود لا يصح جعلها من العقود التي يتعقبها الإمضاء والانفاذ، لكونها حينئذٍ من الإيقاعات.

و ثانياً: أن جعل منشأ الإشكال غلبة استعمال هذه الألفاظ في مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه غيرٌ وجيه، لعدم صلاحية مجرد غلبة الاستعمال للمنع عن إنشاء القبول بتلك الألفاظ بعد مساعدة معانيها على صحة إنشائه بها.

ولعل غرضه ^{تبيُّر} من غلبة الإستعمال هو كون مورد أدلة الإمضاء المعاملات المتداوله بين العقلاء، فكُلُّ ما هو المتداول بينهم يكون مورد الأدلة، هذا. لكن يرد عليه: أن التداول لا يمنع عن شمول أدلة الإمضاء لغير الغالب بعد كونه عرفياً أيضاً و إن كان نادراً عندهم، فمجرد الغلبة لا يوجب إنصراف أدلة الإمضاء عن النادر.

فالأولى توجيه الأشكال بخفاء دلالتها على القبول، فتدبر.

وقال المحقق الإصفهاني ^{رحمته}: «لا ريب في أن عنوان الإمضاء والإجازة والإنفاذ لا يتعلق إلا بما له مضيٌّ وجواز و نفوذ. وما يترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد، لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكية بالإيجاب و القبول معاً، فلا معنى للتسبب بقوله: أمضيئ وأجزئ و أنفذت إلا في مثل العقد الفضولي، لا بالإضافة إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكناية، لأن النفوذ و الجواز و المضي لازم تحقق العقد بلحوق القبول للإيجاب، فيكون القبول المتمم للسبب ملزوماً للنفوذ و المضي و الجواز. فيظهر الرضا بالإيجاب - وهو الملزوم - بإنشاء لازمه وهو النفوذ مثلاً من حيث إنه لازم تمامية السبب بالقبول، وإظهار الرضا بالإيجاب، فيبتنى وقوع تلك الألفاظ موقع القبول على جواز العقد بالكناية.

مضافاً إلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى في محلّه من أن النفوذ و المضي و شبههما

معانٍ منتزعة من تأثير السبب أثره، لا أنها أمور إنشائية يتسبب بوجوداتها الإنشائية الى وجوداتها الحقيقية. و تمام الكلام فيه في محله^أ.

و فيه: أن عنوان الإمضاء والإجازة لا ينحصر تعلقهما بما فيه مضي و نفوذ بنحو السببية التامة كالعقد المتقوم بالإيجاب والقبول كما هو صريح قوله بَيِّنَاتٌ: «و ما يترقب منه ذلك هو السبب التام و هو العقد» لأن هذه الألفاظ تستعمل كثيراً مع عدم كون متعلقها سبباً تاماً للتأثير كإمضاء أحد الورثة العقد الخياري الذي أوقعه مورثهم، فإن الخيار مرورث لجميع الورثة، و إمضاء أحدهم لا يتعلق بسبب تام للتأثير، بل تمامية العقد في التأثير للزومي منوطة بإمضاء سائر الورثة.

و كحدّ القذف الذي يرثه الوارث، فإن عفى بعضهم لم يسقط حق الآخرين. و سائر الحقوق الموروثة مع تعدد الوارث و إنفاذ البعض.

و بالجملة: فالإمضاء و نحوه لا ينحصر تعلقه بالسبب التام، بل لا معنى لتعلقه به مع فرض إناطة تأثيره بالإمضاء، لأنه خلاف سببته التامة.

فالأولى أن يقال: إن الإمضاء يتعلّق بما فيه إقتضاء التأثير و إن تعلق بالإيجاب، فإن إمضاء من القابل عبارة عن إيجاد القبول الذي هو جزء السبب المؤثر، فالإنفاذ في العقود و الإيقاعات نظير الإيجاب في الواجبات، فإن الموجب قد يسدّ جميع أبواب عدم واجب كالواجب التعييني، و قد يسدّ بعض أبواب عدم واجب كالواجب التخيري، فإن المشرّع يسدّ أبواب عدمه إلا عدمه الناشئ عن وجود عدله، كسدّ أبواب عدم أحد الأبدال في الكفارة إلا عدمه الناشئ عن وجود غيره من الأبدال.

ففي المقام يكون الإنفاذ كذلك، فإمضاء الإيجاب لازم وجود القبول، فدلالته على القبول تكون من باب الكناية، لدلالة «أمضيّت» و نحوه على اللازم - أعني النفوذ - مطابقةً، و على الملزوم و هو تحقق القبول بالالتزام، لدلالة اللازم على الملزوم، كدلالة كثرة الزماد على الملزوم أعني الجود. فما أفاده المحقق المتقدم بَيِّنَاتٌ من كون دلالة هذه الألفاظ على القبول بالكناية في محله.

فرع: لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول^(١)، ثم اختلفا في تعيين الموجب والقابل، إمّا^(٢) بناءً على جواز تقديم القبول، وإمّا من جهة اختلافها في المتقدم، فلا يبعد الحكم بالتحالف^(٣)، ثم عدم ترتب الآثار المختصة.

(١) كلفظ «بعث» فإنه بناءً على ما عن ابن سعيد رضي الله عنه يجوز إنشاء قبول البيع به. ويؤيده - بل يدلّ عليه - ما تقدّم من كونه من الأضداد، فيستعمل لفظ «بعث» في كلّ من البيع والشراء. وكلفظ «شريت» المستعمل في كليهما.
(٢) غرضه بيان منشأ الاختلاف، وهو أحد أمرين:

الأول: عدم لزوم تقديم الإيجاب، فيختلف المتعاقدان، ويدّعي البادي بالإنشاء بقوله: «شريت» أنه أراد القبول، لعدم لزوم تقديم الإيجاب عليه، ويدّعي غيره أنك أردت الإيجاب، أو بالعكس.

الثاني: أنه يجب تقديم الإيجاب على القبول، غاية الأمر أنها يتنازعان في المتقدم، وأن البادي بالإنشاء هل هو هذا أم ذاك؟

ثم إن هذا النزاع لا يختص بما إذا وقع العقد بالألفاظ المشتركة، بل يعمّ ما إذا وقع بالألفاظ المختصة، بأن يختلفا في أن المتلفظ بصيغة الإيجاب هذا أو صاحبه؟ فلا يترتب هذا النزاع على إيقاع العقد بخصوص الألفاظ المشتركة بين الإيجاب والقبول.
(٣) لأنّ كلّاً منها مدّعٍ ومنكّرٍ، حيث إنه يدّعي كلّ منهما أنه مشتري الحيوان، ويُنكره الآخر.

و توضيح ما أفاده: أن الأثر يترتب تارةً على كلّ من الدعويين، كما إذا كان العوضان حيوانين كفرسٍ و غنمٍ، و ادّعى كلّ منهما أنه مشتري ليثبت له خيار الحيوان بناءً على إخصاصه بالمشتري، فيدّعي صاحبُ الفرس أنه اشتري الغنم بالفرس، فهو مشتري، والغنم مبيع، و يثبت له الخيار. و يدّعي صاحب الغنم أنه اشتري الفرس بالغنم، فالمبيع هو الفرس، و يكون له خيار الحيوان.

و الحكم حينئذٍ التحالف، لأنّ كلّاً منها مدّعٍ للشراء و منكّرٍ للبيع، فكلّ منهما مدّعٍ و منكّرٍ، و في مثله يجري التحالف.

مسألة^(١):

و أخرى يترتب الأثر على إحدى الدعويين، كما إذا كان أحد العوضين حنطةً و الآخر غنماً، فيدعي أحد المتبايعين أنه اشتري الغنم بالحنطة، فهو المشتري، و الغنم مبيع. و يدعي الآخر أن الغنم ثمن، و باع الحنطة به، فلا خيار لمن إنتقل إليه الحيوان. و بالجملة: فالتحالف المذكور في المتن متّجه في الصورة الأولى، دون الصورة الثانية التي هي من باب المدعي و المنكر، فإطلاق التحالف ممنوع.

و عليه فالإشكالُ الوارد على المتن أمران، أحدهما: حكمه بِإِطْلَاقِ بإطلاق التحالف. ثانيهما: جعل هذا الفرع متفرّجاً على إنشاء العقد بالألفاظ المشتركة، مع أنك عرفت عدم إختصاص النزاع بالألفاظ المشتركة.

المبحث الثالث: إعتبار العربية

(١) هذا إشارة إلى المبحث الثالث من الجهة الأولى - الباحثة عن خصوصيات موادّ العقود - و هو مسألة إعتبار العربية فيها، و قد نقل المصنف رَضِيَ عنهم أدلة ثلاثة على الإعتبار و ناقش فيها، ثم ذكر فروعاً ثلاثة ربّوها على شرطية العربية.

و محصل ما أفاده في أصل الاشتراط هو: أن المنسوب إلى جماعة من الفقهاء إعتبار العربية في العقد، لوجوه:

أحدها: التأسّي بالنبي و الأئمة عليهم الصلاة و السلام، حيث كان دأبهم على إنشاء العقود و الإيقاعات بالألفاظ العربية كما لا يخفى على المتتبع. هذا بحسب الصغرى.

و أما من حيث الكبرى فلا ريب في حجية فعلهم كحجية قولهم و تقريرهم عليهم الصلوة و السلام.

و على هذا فالتأسّي بهم عليهم الصلاة و السلام يقضي بإنشاء المعاملات بالعربية دون اللغات الأخرى التي لم تؤثر من الشارع الأقدس.

ثانيها: ما عن تعليق الإرشاد من: أن عدم صحة العقد بالعربي غير الماضي -كقوله: إبيعك أو: أنا بائع - يستلزم عدم صحة العقد بغير العربي بالأولوية، لكونه

المحكّي عن جماعةٍ منهم السيد عميدالدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان^(١): «إعتبارُ العربية في العقد^(٢)، للتأسي كما في جامع المقاصد^(٣)، و لأن^(٤) عدم صحته بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريقٍ أولى. و في الوجهين ما لا يخفى^(٥)».

فاقداً لكلّ من العربية و الماضية، فعدم صحة فاقداً إحداها يستلزم عدم صحة فاقداً كليتها بالأولوية كما لا يخفى.

(١) الحاكي لكلمات هذه العدة - عدا الفاضل المقداد، إذ لم يُنسب إليه إعتبارُ العربية - هو السيد الفقيه العاملي، فراجع.

(٢) المراد بالعقد هو البيع و نحوه، و أمّا النكاح فقد ادّعى شيخ الطائفة و العلامة عليه السلام اشتراطه بالعربية.

(٣) قال المحقق الثاني عليه السلام: «لأنّ الناقل هو الألفاظ المخصوصة، و غيرها لم يدلّ عليها دليل، و معلوم أنّ العقود الواقعة في زمن النبي صلى الله عليه وآله و الأئمة عليهم السلام إنّما كانت بالعربية».

و قال الفاضل الإصفهاني: «لأنّ العقود متلقاةً من الشارع مع الأصل^(٦)». (٤) هذا إشارة إلى الوجه الثاني المذكور بقولنا عن تعليق الارشاد: «ثانيها عدم صحة العقد... الخ».

(٥) إذ في أولهما: أنّ مجرد عدم تلفّظهم عليهم السلام - في مقام إنشاء العقود و الإيقاعات - إلّا باللغة العربية لا يدلّ على عدم جواز إنشائها باللغات الأخرى، لقوّة

أ: لاحظ كلام السيد عميد الدين و المحقق الثاني في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٢، و النسبة الى المحقق و الشهيد الثانيين في ص ١٦٤. و لاحظ كلام الفاضل المقداد في التنقيح، ج ٢، ص ١٨٤ و ج ٣، ص ٧. و كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد ج ٤، ص ٦٠، و ج ١٢ ص ٧٤، و كلام الشهيد الثاني في بيع الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٥، و في نكاح المسالك، ج ٧، ص ٩٥.
ب: كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ٧

و أضعف^(١) منها منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي، فالأقوى^(٢) صحته بغير العربي.

إحتال أن يكون إقتصارهم على اللغة العربية لأجل عدم الإبتلاء باللغات الأخرى، لأجل التشريع الموجب للإقتصار على العربي، حتى يكون من قبيل مناسك الحج الصادرة منه ﷺ الثابت كونها في مقام التشريع بقوله ﷺ: «خذوا عني مناسككم».

و عليه فلا يصلح التأمي المزبور لتقييد إطلاقات الصحة و النفوذ الشاملة لغير العربي. و في ثانيهما: منع الإستلزام المزبور، لأنّ غير الماضي بعيد عن معنى الإنشاء، بخلاف غير العربي المستعمل في مقام إنشاء العقد على طبق قواعد تلك اللغة. (١) هذا إشارة إلى ثالث الوجوه التي استدللّ بها على إعتبار العربية في العقد، وحاصله: منع صدق العقد على ما ينشأ بغير العربي مع التمكن من العربي، فالصدق منوط بالعربية، هذا.

و ضعفه في غاية الوضوح، لمخالفته للوجدان، بداهة صدق العقد العرفي على كل ما يصح عرفاً إنشاؤه به، و عدم تقوّم مفهوم العقد بإنشائه بالعربية، و عدم إعتبار العربية في إنشائه عقلاً أو شرعاً، فعمومات أدلّة الإمضاء تشمل المنشأ بغير العربي، كشمولها للمنشأ بالعربي.

و بعبارة أخرى: العقد هو الإلتزام المرتبطان بلا فرق بين كون المتعاقدين عربيين أو عجميين أو مختلفين، و من المعلوم أنّ الإلتزام أمر نفساني لا ربط له باللسان حتى يختص بأهل لغةٍ دون أخرى.

(٢) هذا متفرّع على بطلان الوجوه الثلاثة المستدلّ بها على إعتبار العربية، وحاصله: صحة العقد بغير العربية، لأنّها مقتضى إطلاقات الصحة. و نسب ذلك إلى المشهور، لعدم تعرض الأكثر لهذا الشرط، و إنّما تعرّض له جماعة، و هم بين مثبتٍ له و نافي.

و هل يعتبر عدم اللحن^(١) من حيث المادة^(٢) و الهيئة^(٣) بناءً على إشتراط العربي؟ الأقوى ذلك^(٤) بناءً على أن دليل إعتبار العربية هو لزوم الإقتصار على المتيقن من أسباب النقل.

و كذا^(٥) اللحن في الإعراب. و حكى^(٦) عن فخرالدين «الفرقُ بين ما لو قال: بَعْتُكَ بفتح الباء، و بين ما لو قال: جَوَزْتُكَ بدل زَوَّجْتُكَ، فصَحَّ الأوَّل دون الثاني، إلَّا مع العجز عن التعلم و التوكيل».

(١) هذا الفرع الأوَّل من فروع إعتبار العربية، و حاصله: أنه بناءً على إعتبار العربية هل تعتبر مطلقاً - أي من حيث المادة و الهيئة و الإعراب - أم لا، أم يفصل بين ألفاظ الإيجاب و القبول بالإعتبار فيها، و بين غيرها كالمعلقات بعدم الإعتبار فيها؟ فيه وجوه بل أقوال.

(٢) كإنشاء النكاح بقوله: «جَوَزْتُ» بدل «زَوَّجْتُ» لاختلاف مادتي الجواز و الزواج .

(٣) كالإنشاء بلفظ «أبيعُ و بائع» لتعدد الهيئة مع وحدة المادة.

(٤) أي: الإعتبار، بناءً على كون الدليل في إشتراط العربية هو الإقتصار على المتيقن من أسباب النقل، فيجري فيما عداه أصالة عدم ترتب الأثر.

(٥) هذا الفرع من فروع إعتبار العربية، يعني: و كذا يعتبر عدم اللحن في الإعراب بناءً على إستناد إعتبار العربية إلى المتيقن من أسباب النقل، فإذا قال: بعتُ - بفتح التاء ليكون للخطاب - لم ينعقد به البيع، و كذا إذا قال المشتري: «إشتريتُ أو قبلتُ» بفتح التاء أو كسرهما.

(٦) الحاكى هو السيد العاملي رحمته الله، و غرضه حكاية التفصيل في الصحة و عدمها بين اللحن المادّي و الصوري، فقيل بالصحة في الثاني دون الأوَّل، إلَّا مع العجز عن التعلُّم و التوكيل، فقوله: «بَعْتُكَ» صحيح، دون «جَوَزْتُكَ» بدل «زَوَّجْتُكَ».

و لعله^(١) لعدم معنى صحيح في الأوّل إلاّ البيع، بخلاف التجويز، فإنّ له معنىً آخر، فاستعماله في التزويج غير جائز .

ومنه^(٢) يظهر أنّ اللغات المحرّفة^(٣) لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى^(٤) .
ثمّ^(٥) هل المعتبر عربيّة جميع أجزاء الإيجاب و القبول كالثمن و المثمن، أم يكفي عربيّة الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول؟ حتى لو قال: «بعتك إين كتاب رابده درهم» كفى!

(١) أي: و لعلّ الفرق بين اللحن المادي و الصوري. لما كان يتوجه على فخر المحققين عليهم السلام سؤال الفرق فيما حكى عنه بين «بعتك» و بين ما لو قال: «جوّزتك» بدل «زوّجتك» حيث حكم بصحة العقد بالأوّل دون الثاني مع اشتراكهما في اللحن، غاية الأمر أنّه في الأوّل صوري و في الثاني مادي، تعرّض المصنف عليه السلام لإبداء الفرق بينهما بما حاصله: أنّه ليس للأوّل معنى صحيح إلاّ البيع، فهو مراد من أنشأ البيع به، بخلاف الثاني، فإنّ له معنىً آخر صحيحاً مغايراً للنكاح، فلا يجوز إستعماله في التزويج، إذ ليس مبرزاً حينئذٍ للاعتبار النفساني من التزويج، بعد فرض المغايرة بينهما.

(٢) أي: و من عدم قدح اللحن الصوري في صحة الإنشاء يظهر أنّه لا بأس بالإنشاء باللغات المحرّفة، ما لم تتغيّر المعنى، حيث إنّها مع هذا التحريف لا تخرج عن كونها موجدة أو مبرزة للإعتبارات النفسانية. و كذا الحال في الوصل بالسكون و الوقف بالحركة و نحوهما ممّا لا يوجب تغييراً في المعنى المقصود.

(٣) المراد باللغة المحرّفة هي الكلمة التي تتغيّر فيها هيئتها بتضعيف حرف مخفّف أو بالعكس، أو ضمّ الحرف المفتوح و نحوهما.

(٤) بخلاف ما اذا تغيّر المعنى، «كقبتلت» فإنّ معناه غير معنى: «قبتلت»

بالتخفيف.

(٥) هذا الفرع الثالث من فروع إعتبار العربيّة، و محصّله: أنّه هل تعتبر العربيّة

و الأقوى هو الأوّل^(١)، لأنّ^(٢) غير العربي كالمعدوم، فكأنّه لم يذكر في الكلام^(٣).

نعم^(٤) لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب - كما لا يجب في القبول^(٥) - واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ صحّ الوجه الثاني^(٦).

في كل جزءٍ من أجزاء الإيجاب و القبول؟ فلا بد أن يقول البائع: «بعتك هذا الكتاب بدينار» مثلاً، و يقول المشتري «قبلتُ ببيع الكتاب بدينارٍ» أم لا يعتبر ذلك، و إنّما المعتبر عربيّة نفس صيغتي الإيجاب و القبول، و إن كان غيرهما فارسيّاً أو غيره من اللغات، فلو قال: «بعتكُ إين كتاب را بده درهم» و قال المشتري: «قبلتُ ببيع إين كتاب را بده درهم» كفى!

(١) و هو إعتبار العربية في جميع أجزاء الإيجاب و القبول.
 (٢) تعليل لقوله: «و الأقوى هو الأوّل» و حاصله: أنّ الثمن و المثل من أجزاء العقد و من مقوماته، و الإنشاء لا يحصل إلّا بالمجموع، بحيث لا يصدق على الخالي عنها إسمُ العقد حتى تشمله العمومات و الإطلاقات، و لا أقلّ من الشك.
 (٣) و لعلّ وجهه كما في بعض الكلمات هو أنّه لا يلزم منه الفصلُ بين الإيجاب و القبول بالأجنبي، لأنّ تلك المتعلقات مرتبطة معنئاً بالصيغة التي أنشئ بها العقد و إن لم يكن الكلام جارياً على قانون الإستعمال.

(٤) إستدراك على قوله: «الأقوى هو الأوّل» و غرضه إقامة الدليل على قوله: «أم يكفي عربية الصيغة» و حاصله: أنّ في مسألة إشتراط صحة العقد بذكر متعلقاته وجهين، فبناءً على الإشتراط لا بدّ من ذكر المتعلقات بالعربيّة كنفس الصيغة. و بناءً على عدم الإشتراط يجوز ذكرها بالفارسية، فالمسألة مبنائية.

(٥) لظهوره في كونه قبولاً لما أنشأه الموجب، فلماوجب لإعادتها في القبول لأنّ المتعلقات من أجزاء الصيغة.

(٦) و هو كفاية عربيّة نفس الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول، و من

لكن^١ الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب (*).

المعلوم أنه بناءً على عدم إعتبار ذكر متعلقات الإيجاب - كعدم إعتباره في القبول - لا ينبغي الإشكال في كفاية العربية في الإيجاب و القبول، و عدم الحاجة إلى ذكر المتعلقات بالعربية.

(١) فعلى هذا يجب ذكرّ العوضين في الإيجاب باللغة العربية. ولعلّ وجهه ما عرفت آنفاً عند شرح قوله: «لأن غير العربي كالمعدوم» فيجب ذكر العوضين، لأنّها ركنان في المعاوضات، كركنيّة الزوجين في النكاح. و مقتضى الإقتصار على المتيقن هو ذكرهما بالعربية.

(* ينبغي تفصيل البحث في إعتبار العربية في صيغ العقود في مقامين:

الأوّل: فيما عدا النكاح من العقود الّلازمة، سواء أكانت بيعاً أم غيره.

و الثاني: في عقد النكاح.

أمّا المقام الأوّل فمحصله: أن المنسوب إلى المشهور عدم إعتبار العربية في صيغ

العقود الّلازمة، خلافاً لجماعة، حيث إنهم ذهبوا إلى إعتبار العربية فيها، لوجوه:

الأوّل: الأصل.

الثاني: التأمّي.

الثالث: أن عدم صحة العقد بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي

بالأولوية، لكون غير العربي فاقداً لقيدي العربية و الماضية معاً.

الرابع: أن غير العربي غير صريح، فهو من قبيل الكتابات التي وقع المنع عن

إستعمالها في العقود في كلمات الفقهاء. و هذا الوجه يظهر من كلام العلامة في التذكرة

لأنه بعد الحكم فيها بعدم الانعقاد بغير العربية عند علمائنا قال: «و هو قول الشافعي

و أحمد، لأنّه عدل عن النكاح و التزويج مع القدرة، فصار كما لو عدلّ إلى البيع و التمليك

و قال أبو حنيفة وأصحابه و الشافعي أيضاً: إنه ينعقد إعتباراً بالمعنى^أ.

الخامس: أن العقد بغير العربية لا يصدق عليه أنه عقد.

و زاد بعضهم أن غير العربية من اللغات ليست لغة، لأن غير العرب أعجم، والأعجم هو من لا لسان له، هذا.

و أنت خبير بما في الكل.

إذ في الأول - وهو الأصل - أنه لا أصل له مع الدليل، وهو عموم ما دل على نفوذ العقود و البيع و التجارة، فإن صدق هذه العناوين عرفاً على ما ينشأ بغير الألفاظ العربية مما لا يمكن إنكاره، و مع هذا الصدق كيف يصح التمسك بأصالة الفساد؟

و في الثاني: أن التأسي إنما يصح في الأفعال الواردة في مقام التشريع كأفعال الصلاة و الحج، لقوله صلى الله عليه وسلم: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي» و «خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ». و أما إذا وَرَدَ فِعْلٌ بَعْدَ وِرْوُدِ دَلِيلٍ عَامٍ عَلَى صِحَّةِ شَيْءٍ، ثُمَّ صَدَرَ عَمَلٌ يَكُونُ مُصَدِّقاً لِمَوْضِعِ ذَلِكَ الدَّلِيلِ، فَلَا وَجْهَ لِلزُّومِ التَّأْسِي حِينَئِذٍ حَتَّى يُقَالَ بِانْحِصَارِ المِصْدَاقِ فِيمَا صَدَرَ عَنِ التَّشْرِيعِ كَمَا فِي المَقَامِ، فَإِنَّ عَمُومَ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالعُقُودِ﴾ و نحوه يشمل العقد المنشأ بالعربي و الفارسي، فصدور العقود العربية منهم عليه السلام لا يدل على إنحصار العقود النافذة بما أنشئ باللفظ العربي حتى يجب التأسي.

و في الثالث: أن الماضي لا يختص باللغة العربية حتى يكون غير العربي فاقداً لقيدين، فلا أولوية في البين، بل هما سيان، لكون كل واحد منهما فاقداً لقيده و واجداً له. و في الرابع: أن كون غير العربي من الكنايات ممنوع أشد المنع، بداهة أن ترجمة لفظ «بعث» مثلاً و هي بالفارسية «فروختم» كنفس «بعث» تدل بالوضع على معنى البيع في الزمان. و لعل المستدل زعم أن الماضي مختص باللغة العربية، و هو معلوم الفساد، هذا. و في الخامس: أن تقوم العقد بالعربية مما يعلم بالضرورة خلافه، لصدق العقد العرفي على ما ينشأ بغير العربية من اللغات، فإن التشكيك في صدقه عليه خلاف

الضرورة و ما عليه العقلاء.

بل دعوى إنصراف العقود إلى المعهودة توجب القطع بعدم إعتبار العربية فيها، لكون العقود المتعارفة عند كلِّ ملةٍ مُنشأة بلغاتهم المختلفة.

و يظهر مما تقدّم ضعف احتمال عدم كون غير العربية لغةً.

فتلخص مما ذكرناه: عدم دليل على إعتبار العربية فيما عدا النكاح من العقود اللازمة حتى تخصص به عموماً أدلة النفوذ، فلو شك في إعتباره فمقتضى العمومات عدمه، فيصح إنشاء العقود اللازمة غير النكاح بكلِّ لغة، لصدق العقد عرفاً عليها، وعدم إعتبار العربية فيها شرعاً كما لا يخفى.

و أمّا المقام الثاني: و هو عقد النكاح ففي إعتبار العربية فيه خلاف. قال في المبسوط: «فإن عقداً بالفارسية، فإن كان مع القدرة على العربية فلا ينعقد بلا خلاف، وإن كان مع العجز فعلى وجهين: أحدهما، يصحّ، و هو الأقوى. و الثاني: لا يصح. فمن قال: لا يصحّ قال: يُوكّل من يقبلها عنه، أو يتعلّمها. و من قال: يصحّ، لم يلزمه التعلم. و إذا أجزى بالفارسية إحتاج إلى لفظ يفيد مفاد العربية على وجه لا يخلّ بشيء منه فيقول الولي: ابن زن را بتو دادم بزني، و معناه هذه المرأة زوّجتكها، و يقول الزوج: پذیرفتم بزني، يعني: قبلت هذا النكاح»^أ.

وقال العلامة رحمته في نكاح التذكرة: «لا ينعقد إلا بلفظ العربية مع القدرة، فلو تلفظ بأحد اللفظين - يعني: أنكحت و زوّجت - بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكّنه و معرفته بالعربية لم ينعقد عند علمائنا... إلى أن قال: و أمّا إذا لم يُحسن العربية، فإن أمكنه التعلم و حبّ، و إلا عقد بغير العربي للضرورة»^ب.

و قال المحقق رحمته: «و لا يجوز العدول عن هذين اللفظين إلى ترجمتهما بغير

أ : المبسوط في فقه الامامية . ج ٤ . ص ١٩٤

ب : تذكرة الفقهاء . ج ٢ . ص ٥٨٢

العربية إلا مع العجز عن العربية»^أ.

و عن حاشية المحقق الثاني عليها: «لا ريب في وقوع عقد النكاح بالعربية، فيبطل لو وَقَعَ بغيرها. والمراد بالعربي ما يكون لفظه باعتبار مادته و صورته. ولو غَيَّرَ بنية الكلمة أو لَحَنَ في إعرابها لم ينعقد مع القدرة على العربي، كما لو أتى بالترجمة مع العلم بلسان العرب. أمّا لو لم يكن عالماً بذلك و لم يمكنه التعلم أو أمكنه بمشقة العادة فإنه يكفيهِ الإيقاع بمقدوره و إن تمكَّن من التوكيل. و كذا كلُّ موضع يعتبر فيه اللفظ العربي».

و في القواعد: «و لا يصحّ بغير العربية مع القدرة، و يجوز مع العجز»^ب.

و قال المحقق الثاني في شرحه: «فلا ينعقد النكاح وغيره من العقود اللازمة بغيره من اللغات كالفارسية، مع معرفة العاقد، و تمكُّنه من النطق، ذَهَبَ إلى ذلك أكثر الأصحاب. و قال ابن حمزة: إن قدر المتعاقدان على القبول و الإيجاب بالعربية عقداً بها إستحباباً. و الأصحّ الأول، لما قلناه»^ج.

أقول: الذي يتحصل من الكلمات: أن في المسألة صوراً:

الأولى: التمكّن فعلاً من إنشاء النكاح بالعربي كالعالم باللغة العربية.

الثانية: العجز عن ذلك فعلاً مع التمكّن من التعلم أو التوكيل.

الثالثة: العجز منهما معاً.

أمّا هذه الصورة الأخيرة فقد ذكروا فيها عدم الخلاف و الإشكال في سحة العقد فيها بغير العربية، و قالوا: إن مثلها ما لو عَجَزَ عن التعلُّم و وحده مع التمكُّن من التوكيل، لأصالة عدم وجوب التوكيل. و إليه يشير إطلاق كلام العلامة: «و أمّا إذا لم يُحسن العربية فإن أمكنه التعلم و جب و إلا عقد بغير العربي للضرورة»

و أمّا الصورة الثانية فمقتضى الكلام المتقدم عن الشيخ في المبسوط: أن فيها قولين:

أ : شرائع الاسلام . ج ٠ ٢ . ص ٢٧٣

ب : قواعد الأحكام . ص ١٤٧ (الطبعة الحجرية).

ج : جامع المقاصد . ج ٠ ١٢ . ص ٧٤

أحدهما: أنه يصح بغير العربي، ولا يجب التعلم ولا التوكيل.

و الآخر: أنه لا يصح بغير العربي، فيجب التعلم أو التوكيل.

و يستدلُّ للأوّل - بعد البناء على إعتبار العربية في العقد - بأصالة البراءة عن وجوب التعلم والتوكيل، فيأتي بمقدوره الذي يصدق عليه العقد قطعاً، فيجب الوفاء به، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾. و برفع الحرج كما في كشف اللثام^١. و بفحوى الإجتزاء بإشارة الأخرس كما في كشف اللثام أيضاً، حيث إنّ اللفظ غير العربي أولى من الإشارة. ولعدم نصّ يدلُّ على الأمر بالعربية، كما فيه أيضاً.

والظاهر أنّ مراده ^٢ وجود أمانة على عدم إعتبار العربية، لأنّ عموم الإبتلاء به يقتضي بيان المعصومين ^٣ له، فعدم بيانهم ^٤ - مع شدة الحاجة إليه - دليلٌ على عدم إعتبار العربية كما هو الشأن في كلّ ما يعمّ به البلوى، هذا.

و أيّده الجواهر «بعدم عثوره على الخلاف في جواز العقد بغير العربي للعاجز عنه ولو مع التمكن من التوكيل. فما عن بعضهم من الإكتفاء بذلك مع العجز عن التوكيل لا يخلو من نظر»^٥. إنتهى ملخصاً.

و في الكلّ مالا يخفى

إذ في الأوّل: أنّه بناءً على إعتبار العربية فإن كان له إطلاق بحيث يكون ظاهراً في الشرطية المطلقة فيجب التعلم، و لا مجال للبراءة. و إن لم يكن له إطلاق فيتشبّث في ذلك بإطلاق أدلة نفوذ العقود الذي هو دليل إجتهادي. و معه لا تصل النوبة إلى أصل البراءة كما لا يخفى.

و في الثاني - بعد فرض جريانه في الأحكام الوضعية كما هو الأصحّ - أنّه أخص من المدعى.

و في الثالث: أنّه لا مجال للأولوية في الأحكام التعبدية، لعدم خروجها عن

أ : كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ٧

ب : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٠ و ٢٥١

القياس الممنوع إعماله في الأحكام الشرعية.

و في الرابع: أنه وإن كان متيناً في نفسه، لكنه ينافي ما بنى عليه من إعتبار العربية في العقد.

و أما الصورة الأولى - وهي التمكن الفعلي من إنشاء النكاح بالعربي كالعالم باللغة العربية - فقيل: إنه لا ريب في مصير الأكثر والمعظم إلى إعتبار العربية فيها، بل لم يحصل لنا دليلاً ولا روايةً عنوراً على مخالف في المسألة عدا أبي جعفر محمد بن علي بن حمزة، فإنه قال في كتاب النكاح من الوسيلة: «و إن قدر المتعاقدان على القبول والإيجاب بالعربية عقداً بها إستحباباً. و إن عجزا جاز بما يفيدها من اللغات»^أ و مراده بالإستحباب إما الإحتياط الإستحبابي و إن كان خلاف الظاهر، وإما إستحباب التبرك بألفاظ النبي ﷺ.

ثم إستدلوا على إعتبار العربية مع التمكن فعلاً منها بوجوه خمسة تقدمت في المقام الأول.

و زادوا عليها وجهاً سادساً، وهو: أن الإحتياط في الفروج يقتضى إعتبار العربية، ذكره في كشف اللثام^ب.

و جوابه: أن الإحتياط أصل عملي، و إطلاق الأدلة النافية لإعتبار العربية دليل إجتهادي، و معه لا تصل التوبة إلى الأصل العملي.

التحقيق أن يقال: إن النكاح من الأمور العقلانية المتداولة بين الناس، كما يرشد إليه قولهم **النكاح**: «لكل قوم نكاح» و عدم كونه من الماهيات المخترعة، فكل ما يصدق عليه عنوان النكاح يندرج في إطلاق أدلة نفوذ النكاح، و تقييده بالعربية منوط بدليل مفقود. ولو سلم فإنما هو بالنسبة إلى القادر فعلاً على العربية، و إن كان ذلك مخدوشاً أيضاً، لأنه ليس إلا الإجماع المدعى، مع مخالفة ابن حمزة في الوسيلة. و مع احتمال

أ : الوسيلة ضمن الجوامع الفقهية ، ص ٧٥٢

ب : كشف اللثام ، ج ١ ، كتاب النكاح ، ص ٧

إستنادهم إلى الوجوه المذكورة التي قد عرفت حالها.

و مخالفة كلام المحقق الثاني، حيث قال: «ذهب إلى ذلك أكثر الأصحاب» لقول العلامة: «لم ينعقد عند علمائنا» فإن الظاهر من الأول عدم الاتفاق، و ظاهر الثاني الإتفاق، لظهور «عند علمائنا» في الاجماع كما قرر في محله.

و مع الغض عن ذلك فالمتيقن منه هو صورة القدرة فعلاً على الإنشاء العربي، فيقتد الإطلاق بهذه الصورة فقط.

و بالجملة: فكل لفظ يكون مبرزاً للإعتبار النفساني - المعبر عنه بالزواج و النكاح و نظائرها - يشمله إطلاق أدلة صحة النكاح، لكونه عقداً عرفياً. فالقول بعدم إعتبار العربية مطلقاً حتى بالنسبة إلى القادر عليها فعلاً - لعدم دليل معتد به على تخصيص عموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود - هو الأقوى، و إن كان الأحوط شديداً مراعاتها للقادر عليها، و الله العالم.

ثم إنه على تقدير إعتبار العربية هل يعتبر فيها عدم اللحن مطلقاً، أي مادةً و هيئةً و إعراباً أم لا؟ الحق هو الأول بناءً على كون الدليل الاقتصار على المتيقن.

و أما بناءً على كونه غيره فالمتجه هو العربية المتداولة بين الناس بحيث تكون عندهم مبرزة للاعتبار النفساني، و إن كانت مخالفة للقواعد العربية و غلطاً بالنظر إليها، فالعربية الدارجة مما يصح الإنشاء بها كما لا يخفى.

فعلى هذا لا فرق في اللحن بين أن يكون في المادة كـ «جوزت» بدل «زوجت» و بين أن يكون في الصورة كـ «أبيع و باع» مثلاً بدل «بعث» و بين أن يكون في الإعراب كـ «بعث» بعد فرض كون الكل مفهوماً للمعنى المقصود في اللغة العربية الدارجة.

و أما اللغات المحرفة فإن كانت مفهومة للمعنى المقصود عند العرف الحاضر فلا بأس بها، و إلا فلا، إذ لا بد من الإنشاء بما يكون مبرزاً عند العرف. فالضابط في صحة الإنشاء بالألفاظ العربية - بناءً على إعتبار العربية - هو أن تكون مبرزة عرفياً للمعنى المقصود، من غير فرق بين أنحاء اللحن و اللغات المحرفة.

ثم إنّه ^{١١} هل يعتبر(*) كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ بأن يكون فارقاً بين معنى «بعثُ و أبيعُ و أنا بائع» أو يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأوّل ^٢، لأنّ عربيّة الكلام

١) هذا الفرع الثالث من فروع إعتبار العربية، ومحصّله: أنّه هل يعتبر أن يكون المتكلم بالألفاظ العربية عالماً بمعانيها تفصيلاً، بأن يُميّز بين معنى «بعثُ» و «أبيعُ» مثلاً، أم يكفي مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ وجهان، رجّح المصنف رحمته الأوّل، وسيأتي.

٢) وهو إعتبار العلم تفصيلاً بمعاني الألفاظ العربية، لما أفاده المصنف رحمته بقوله: «لأنّ عربيّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام ... الخ».

وحاصله: أنّ الإنشاء و الإخبار لما كانا من وجوه الإستعمال الذي هو متقومٌ بلحاظ اللفظ و المعنى، و إيجاد المعنى باللفظ بالإرادة، فلا يحصى عن تصوّر المعنى بالمقدار الذي يُريد إيجاده باللفظ حتّى يعقل توجه القصد إليه، فإنشاء ما لا معرفة له به تفصيلاً غير معقول. فهذا الوجه يقتضي معرفة معنى الكلام تفصيلاً حتّى يقصده المتكلم، و يستعمل الكلام فيه، فبدون المعرفة التفصيلية بالمعنى لا يصح إستعمال اللفظ فيه (***) .

(*) لا يخفى أنّ هذا الكلام لا يترتب على إعتبار العربية.

(**) إلا أن يقال: إنّ المقصود ليس وجود المعنى بالذات باللفظ، لاستحالة وجوده كذلك حتّى يحتاج إلى لحاظه تفصيلاً، بل الغرض وجود المعنى بالعرض، فيكفي في وجوده بالعرض قصد المعنى بالعرض، بأن يقصد العنوان المنطبق عليه فهراً، فيستعمل اللفظ في معنون هذا العنوان المقصود، و ليس إستعماله إلا أن يكون وجود اللفظ بالذات وجوداً بالعرض لذلك المعنى المقصود بالعرض. و عليه فيقصد العنوان المقصود كالبيع، و يستعمل اللفظ في معنون هذا العنوان المقصود، فيكون المعنون

ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وُضِعَ له عند العرب، فلا يقال: إنّه تكلم وأدّى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميّز^(١) بين معنى بعث وأبيع وأوجدت البيع وغيرها.

بل على هذا^(٢) لا يكفي معرفة أنّ «بعث» مرادف لقوله: «فروختم» حتى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز بين «بعثك وبعث» بالضم و«بعث» بفتح التاء، فلا ينبغي ترك الإحتياط، وإن كان في تعيّن^(٣) نظر، ولذا نصّ بعض على عدمه .

(١) ليقصد من كل جزء من أجزاء الكلام - مادّة و هيئة - معناه الموضوع له في لغة العرب، و يستعمله فيه، هذا.

لكن توقف صدق العربية على التمييز بهذا النحو مشكل جداً، لإناطته بكمال معرفة وخبرة، مع إختلاف بين أهل العربية في بعض الخصوصيات.

(٢) أي: على هذا الوجه المقتضي لمعرفة المعنى تفصيلاً - حتى يصحّ إستعمال اللفظ فيه - لا يكفي معرفة أنّ «بعث» مرادف . . . إلى آخر ما أفاده المصنف رحمته.

(٣) أي: في تعيّن الإحتياط و معرفته بهذا الوجه. وجه النظر عدم الدليل على الإعتبار، بعد كون المجموع في نظر العرف مُبرزاً للإعتبار النفساني.

مقصوداً بالعرض، و هو كافٍ في الإستعمال.

نعم لو كان جاهلاً بمضمون الصيغة رأساً فلا يصح الإنشاء بها قطعاً، لأنّه حينئذ بمنزلة إستعمال كلمة «ضربت و أكلت و شربت» مثلاً مكان «بعث».

فالمحصل: أنه لا دليل على إعتبار معرفة خصوصيات معاني الصيغ، و كون كل خصوصية مدلولاً عليها بكلمة خاصة، بل معرفته إجمالاً بأنّ مجموع الكلام يدلّ على المعنى المقصود كافية.

مسألة^١: المشهور^٢ (*) كما عن غير واحد: إشتراطُ الماضيّة، بل في التذكرة^٣:

الجهة الثانية: إعتبار الماضيّة

(١) هذه المسألة متكفلة لشرط الهيئة الإفرادية للصفة، و هي إعتبار الماضيّة، و عدمه.

(٢) كما في كلام المحقق الأردبيلي رحمته حيث قال: «لا دليل عليه - أي على عدم إنعقاد البيع بغير الماضي - واضحاً، إلا أنه مشهور». أ. و نحوه المحكي عن مفاتيح الشرائع ب.

(٣) لما كانت الشهرة تُؤذن بوجود المخالف في المسألة تصدّى المصنف رحمته لنقل

(*) الظاهر من الكلمات أن في إعتبار الماضيّة قولين:

أحدهما: و هو المنسوب إلى المشهور إعتبارها، إستناداً إلى وجوه ثلاثة: أحدها: الإجماع.

ثانيها: صراحة الماضي في الإنشاء، دون غيره من الأمر و المستقبل، لكون الثاني أشبه بالوعد، و الأول إستدعاءً لا إيجاباً. قال المحقق رحمته: «لأن ذلك أشبه بالاستدعاء و الاستعلام».

ثالثها: أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

و لكن الكل كما ترى، لعدم إحراز كون الاجماع تعبدياً، مع احتمال إستناد المجمعين إلى الوجوه الاعتبارية.

و عدم صراحة الماضي في الإنشاء إن أريد بها الوضع له، بداهة عدم الوضع له، إن لم نقل بوضعه للإخبار. و إن أريد بها الصراحة من ناحية القرينة، فالصراحة حينئذ ثابتة لغير الماضي أيضاً.

أ : مجمع الفائدة و البرهان ، ج ٨ ، ص ١٤٥

ب : مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٦٢

الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك أو إشتري مني.

الإجماع على إعتبار الماضي حتى لا يتوهم مخالفة أحدٍ فيه. قال العلامة في عداد شرائط الصيغة - ما لفظه: «الثاني: الإتيان بهما بلفظ الماضي، فلو قال: أبيعك، أو قال: أشتري، لم يقع إجماعاً، لانصرافه الى الوعد»^أ.

و في القواعد: «و لا بدّ من صيغة الماضي»^ب و قريب منه عبارة التحرير ج. و في الدروس: «فلا يقع بالأمر و المستقبل»^د و ربما يستفاد منه كونه من المسلّمات.

و لكن الأولى الإكتفاء بالشهرة الفتوائية بعد وجود المخالف، و هو القاضي ابن البرّاج كما سيأتي في المتن.

و كيف كان فالمستفاد من المتن وجوه ثلاثة على إعتبار الماضي في صيغ العقود. الأول: الإجماع المنقول.

الثاني: صراحة الماضي في الإنشاء.

الثالث: انصراف إطلاق أدلة الإمضاء إلى العقود المتعارفة خارجاً.

و عدم كون التعارف مقيّداً للإطلاقات.

و ثانيهما: عدم إعتبار الماضي، و جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، لصدق العقد على المنشأ بهما، فتشملة العمومات. و هذا القول منسوب إلى القاضي تَبَيَّنَ إستاناداً إلى ما ذكره المصنف تَبَيَّنَ في المتن.

أ : تذكرة الفقهاء ، ج ١ ، ص ٤٦٢

ب : قواعد الأحكام ، ص ٤٧

ج : تحرير الأحكام ، ج ١ ، ص ١٦٤

د : الدروس الشرعية ، ج ٣ ، ص ١٩١

و لعلّه^(١) لصراحتّه^(٢) في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه^(٣) بالوعد، و الأمر إستدعاء^(٤) لا إيجاب. مع^(٥) أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

(١) أي: و لعلّ إشتراط الماضيّة لأجل صراحة الماضي في الإنشاء، كما ورد في كلام جمع منهم المحقق و الشهيد الثانيان. و أوضحه في المسالك بقوله: «إنّما اعتبر في العقد لفظ الماضي، لأنّ الغرض منه الإنشاء، و هو صريح فيه، لاحتمال الوعد بالمستقبل، و عدم إقتضاء الأمر بإنشاء البيع من جانب الأمر، و إنّما أنشأ طلبه. و أمّا الماضي فإنّه و إن احتمل الإخبار، إلّا أنّه أقرب إلى الإنشاء، حيث دلّ على وقوع مدلوله في الماضي، فإذا لم يكن ذلك هو المقصود كان وقوعه الآن حاصلًا في ضمن ذلك الخبر. و الغرض من العقود ليس هو الإخبار. و إنّما هذه الصيغة منقولة شرعًا من الإخبار إلى الإنشاء، و الماضي ألصقُ بمعناه»^أ.

(٢) ليس المراد بالصراحة الوضع اللغوي، ضرورة عدم وضع صيغة الماضي لذلك، بل المراد بها الصراحة في الإنشاء، و منشؤها النقل الشرعي من الحكاية إلى الإيجاد، كما تقدم في عبارة المسالك.

و قال الشهيد رحمته: «و المأخذ في صراحة هذه - أي صيغ العقود و الإيقاعات - مجيئها في خطاب الشارع لذلك، و شيوعها بين حملة الفقه»^ب.

(٣) فلا يكون ظاهرًا في الإنشاء حتّى يقع به.

(٤) يعني: أنّ الأمر إستدعاءً و طلبٌ لإيجاب البيع، لا إيجابٌ له.

(٥) هذا هو الدليل الثالث على إعتبار الماضيّة، و هو مؤلف من مقدمتين:

الأولى: أنّ المتعارف من العقود - بحسب الوجود الخارجي - هو ما يُنشأ بلفظ الماضي، لا المضارع و لا الأمر، و لا الجملة الإسمية.

الثانية: أنّ دليل الإمضاء - كوجوب الوفاء بالعقود - منزّل على العقود

أ: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٣

ب: القواعد و الفوائد، ج ١، ص ١٥٣، رقم القاعدة: ٤٠، و لاحظ أيضاً ص ٢٥٣

و عن^(١) القاضي في الكامل و المهذب عدم إعتبارها. و لعلّه^(٢) لإطلاق البيع و التجارة، و عموم العقود^(٣).

المتعارفة في عصر التشريع، و لا يشمل إنشاءها بغير المتعارف. و نتيجة المقدمتين: عدم ترتب الأثر على العقود المنشأة بما عدا الماضي. (١) هذا إشارة إلى القول الآخر في المسألة، و هو عدم إناطة الصحة بالإنشاء بالماضي، فيجوز بالمضارع، كما ذهب إليه القاضي ابن البراج، على ما حكى عنه. قال العلامة في المختلف: «و قال ابن البراج في الكامل: لو قال المشتري: بعني هذا، فقال البائع: بعتك، إنعقد» و نحوه كلامه في المهذب^ب. و إستدل له المصنف رحمته بأدلة ثلاثة: الأول: إطلاق الآيات المباركة.

الثاني: خصوص النصوص الواردة في البيع، المتضمنة للإنشاء بالمضارع، فإنها صريحة في المدعى.

الثالث: فحوى النصوص المجوزة لإنشاء عقد النكاح بالمضارع، و سيأتي بيانها.

(٢) أي: و لعلّ عدم إعتبار الماضية.

(٣) هذا إشارة إلى الدليل الأوّل على صحة الإنشاء بالمضارع، و حاصله: أنّ مقتضى إطلاق آيتي جِلّ البيع و التجارة عن تراض، و عموم وجوب الوفاء بالعقود - الشاملين للعقود المنشأة بغير لفظ الماضي - هو نفي إعتبار الماضية. و التعارف بحسب غلبة أفراد الإنشاء بالماضي غير صالح لتقييد شمول الآيات المباركة. و دعوى الصراحة في الماضي مجازفة بعد كون إرادة الإنشاء منه خلاف وضعه اللغوي. و إرادة الإنشاء من المضارع على طبق وضعه، لا اشتراكه بين الحال و الإستقبال.

أ : مختلف الشيعة ، ج ٥ ، ص ٥٣

ب : المهذب ، ج ١ ، ص ٣٥٠

و ما دل^١ في بيع الآبق و اللبن

(١) معطوف على «إطلاق البيع» و هذا إشارة إلى الدليل الثاني، و هو الأخبار المتضمنة لإنشاء البيع بالمستقبل مع تقديم القبول على الإيجاب في بعضها.

فنها: ما ورد في بيع العبد الآبق مع الضميمة، كصحيحة رفاعة النخاس، قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً، فإن ذلك جائز»^أ.

و تقريب الدلالة: أنه عليه السلام علم رفاعة إنشاء شراء الجارية الآبقة مع ضميتها، بأن يقول للقوم: «أشتري منكم ...» و ظهور الصحيحة في إنعقاد المعاملة بصيغة المضارع مما لا ينكر.

و قريب منها معتبرة سماعة^ب عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء العبد الآبق. إلا أن يחדش في دلالتها على المدعى بأنهما في مقام بيان تجويز بيع الآبق مع الضميمة، لا في مقام بيان ما يتحقق به البيع و الشراء، فتأمل.

و منها: ما ورد في بيع اللبن في الضرع من صحته بصيغة الأمر، كما في موقفة سماعة، قال: «سألت عن اللبن يُشترى و هو في الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يُجلب لك منه أسكُرْجَة، فيقول: إشتَر مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة و ما في ضروعها بشمنٍ مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الأسكرجة»^ج.

أ : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٦٢. الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث : ١

ب : المصدر، ص ٢٦٣، الحديث : ٢

ج : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٩. الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث : ٢
و الأسكُرْجَة «بضم السين و الكاف و الزاء و التشديد: إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الأدم. و هر فارسية ... و قيل: و الصواب فتح الزاء، لأنه فارسي معرب» راجع الجمع البحرين، ج ٢، ص ٣١٠

في الضرع^(١) من الإيجاب بلفظ المضارع. و فحوى ما دلّ عليه في النكاح^(٢).

و لا يقدح إضمارها، للتصريح بأنّ المسؤول هو الامام أبو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام، كما في الفقيه بنقل الوسائل. مضافاً إلى عدم قدح الإضمار من مثل زارة و سماعه كما قرّر في محله.

و لا يخفى أنه قد تقدم في (ص ٣٤١ - ٣٤٣) نقل جملة من الأخبار التي ورد فيها الإنشاء بصيغة المستقبل إمّا من البائع أو المشتري، فراجع.

(١) قد عرفت أنّ رواية بيع اللبن متضمنة لإيجاب البيع بصيغة الأمر، لا المضارع. و لعلّ المراد عدم خصوصية في صيغة الماضي، سواء أكانت بلفظ المضارع أم الأمر، و الأمر سهل.

(٢) هذا إشارة إلى الدليل الثالث على عدم توقف صحة عقد البيع على الإنشاء بصيغة الماضي، و هو الإستدلال بأولوية جواز إنشاء البيع بالمضارع من جواز إنشاء النكاح به، و قد دلّت أخبار عديدة على صحة إنعقاد الزواج المنقطع بالمضارع مع ابتداء الزوج به، كرواية أبان بن تغلب، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوتُ بها؟ قال: تقول: أتزوجكِ متعةً على كتاب الله و سنة نبيّه لاوارثة و لا مورثة، كذا و كذا يوماً - وإن شئت كذا و كذا سنة - بكذا و كذا درهماً، و تسمّي من الأجر [من الأجل] ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت، و هي إمراؤك و أنت أولى الناس بها».

و لا ريب في ظهور تعليمه عليه السلام لصيغة النكاح المنقطع في إنعقاده بلفظ المضارع.

و قريب منه روايات أخرى من نفس الباب، فراجع. و تقريب الفحوى: أنّ الشارع الأقدس قد إهتمّ بالنكاح و أمرّ بالاحتياط فيه.

و لا يخلو هذا من قوة(*)

فإذا جَوَزَ إنشاءه بصيغة المضارع لزم تجويزه في البيع بطريق أولى، لأن أمر الأعراض أشدّ من الأموال.

(*) بل ينبغي الجزم بصحّته بعد وضوح عدم توقف إنشاء مفاهيم العقود والإيقاعات عرفاً على اللفظ، فعموم أدلة العقود يشمل ما ينشأ منها بغير اللفظ مثل ما ينشأ منها باللفظ. و تخصيصه باللفظ - فضلاً عن الماضيّة - منوط بالدليل، و هو مفقود. و مع الشك فيه يرجع إلى أصالة العموم، إذ هو المرجع في المخصص المجمل المرّدّد بين الأقلّ و الأكثر، فإنّه بعد فرض تخصيص عموم و جوب الوفاء بالعقود باللفظ - و أنّ و جوب الوفاء مختص باللفظ - إذا شكّ في إعتبار هيئّة خاصّة كالماضيّة في اللفظ يتمسك في نفي إعتبارها بعموم دليل و جوب الوفاء.

إلّا أن يستشكل في ذلك بعدم صدق مفهوم العقد على ما ينشأ بغير الماضي.

لكنه مندفع بما مرّ من وضوح صدقه عليه، هذا.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ قول القاضي بعدم إعتبار الماضيّة هو الأقوى، للعمومات، و معها لا حاجة إلى النصوص المشار إليها، لإمكان المناقشة في بعضها سنداً و دلالة، و في الآخر دلالة، لإحتمال ورودها في المقالة، لإنشاء المبيعة، أو إختصاصها بموردها كبيع الأبق و اللبن في الضرع، و عدم التعدّي إلى غيره، فيكون الدليل أخض من المدعى. نعم روايات النكاح ظاهرة في كون الإنشاء بالمستقبل، إلّا أن الفحوى ممنوعة، لأنّ عِظَمَ المفسدة في السّفاح يقتضي التوسعة و التسهيل في النكاح حفظاً للأنسب، و صوتاً لهم عن الوقوع في المفاسد. بخلاف الأموال، فإنّ من الممكن إعتبار بعض الامور في إنشاء تبديلها.

فالأولى الإستدلال على عدم إشتراط الماضيّة في ألفاظ الإيجاب و القبول بالعمومات.

لو فرض^(١) صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل^(٢).

(١) إختار المصنف قول القاضي في جواز الإنشاء بالمضارع، لكن لا مطلقاً بل قيده بما إذا كانت دلالة المستقبل على الإنشاء بنفسه، لا بمعونة قرينة مقامية، وهي كون المتكلم في مقام إيقاع المعاملة، فلو كانت دلالتة على الإنشاء بمعونة قرينة مقامية لم يصح، ولا بد من الإقتصار على الفعل الماضي.

و الوجه في هذا التقييد هو ما أفاده - في المبحث الأول مما يتعلق بمادة الصيغة - في توجيه كلمات القوم من: أنّ الصيغة إن دلت بحسب الوضع أو بمعونة قرينة لفظية منضمة إليها جاز الإنشاء بها. وإن دلت بقرينة مقامية مقارنته لها أو بقرينة لفظية سابقة على الإنشاء بالصيغة غير الصريحة لم يصح.

فعلی هذا لا بد من تقييد جواز الإنشاء بالمضارع بما إذا كانت الدلالة مستندة الى الوضع ولو بضميمة قرينة لفظية، كقرينية التأييد وعدم البيع والهبة والإرث على إرادة الوقف من صيغة «حرمت».

(٢) إشارة إلى: أنّ الصراحة الناشئة عن الوضع - بحيث لا تحتاج إلى قرينة لفظية أو مقامية - مفقودة في الماضي أيضاً، ضرورة أنّ فعل الماضي وُضع للإخبار لا الإنشاء، فهو صريح في الإخبار، ولا يكون ظاهراً في الإنشاء إلا بالقرينة. فدعوى: صراحة الماضي في الإنشاء بدون قرينة المقام في غاية الوهن والسقوط.

هذا بناءً على وضع الماضي للإخبار كما هو المشهور عند النحاة. وأما بناءً على كون الإخبارية والإنشائية من شؤون الإستعمال - من دون دخلها في نفس المعنى الموضوع له - فلا وجه أيضاً لدعوى الصراحة في الإنشاء أصلاً، فلا بد من الإلتزام بدلالة الماضي مع القرينة على الإنشاء. و حينئذ يكون الأمر والمضارع مع القرينة المقامية دالّين على الإنشاء أيضاً.

مسألة^(١): الأشهر كما قيل^(٢) لزوم تقديم الإيجاب على القبول،

شرائط الهيئة التركيبية

المبحث الأول: تقديم الإيجاب على القبول.

(١) الكلام من هذه المسألة إلى آخر المقدمة - التي عقدها لألفاظ صيغة البيع - ناظر إلى ما يعتبر في الهيئة التركيبية، وهي الجهة الثالثة من جهات البحث عن شؤون الصيغة، وقد أشرنا في (ص ٣٣٠) إلى أن مباحث هذه الجهة خمسة، أولها: إعتبار تقديم الإيجاب على القبول و عدمه.

و لا يخفى أن في المسألة أقوالاً نشير إليها، و سيأتي تفصيلها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

الأول: إشتراط تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً، و هو الأشهر.

الثاني: عدم إعتباره كذلك.

الثالث: التفصيل بين النكاح وغيره، بجواز تقديم القبول في النكاح، و إشتراط تقدم الإيجاب في سائر العقود.

الرابع: التفصيل بين كون القبول بصيغة الأمر، فيجوز التقديم سواء في البيع و النكاح وغيرهما، و بين غير صيغة الأمر فلا يجوز التقديم.

الخامس: مختار المصنف رحمته وهو التفصيل في ألفاظ القبول، و سيأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) القائل هو العلامة في المختلف، قال: «مسألة: و في إشتراط تقديم الإيجاب على القبول قولان، أشهرهما ذلك. إختاره الشيخ في المبسوط»^أ.

و نَسبه فخر المحققين إلى الشيخ أيضاً في محكى شرح الارشاد. لكن تأمل السيد الفقيه العاملي في النسبة، و قال: «والموجود فيه - أي في المبسوط - و إن تقدّم القبول فقال: بعنيه بألف، فقال: بعنك صحّ. و الاقوى عندي أنه لا يصحّ حتى يقول المشتري بعد ذلك: إشتريته. انتهى يعني كلام المبسوط. و لو لم يُسمّه قبولاً متقدماً

وبه^١ صرح في الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة، كما عن الإيضاح وجامع المقاصد^٢.

ولعله^٣ الأصل^٤ (*) بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق البيع والتجارة في الكتاب والسنة.

و زاد بعضهم^٥: «أن القبول فرع الإيجاب، فلا يتقدم عليه، وأنه

لأمكن أن نقول: إن حكمه بعدم الصحة لمكان الإستيجاب والإستدعاء كما تقدم، لأن محل النزاع ما إذا قال المشتري: إشتريت أو نحوه، فيقول البائع: بعث. لكن التسمية المذكورة وتفرقتها في المقام بين البيع والنكاح جوزتا للمصنف - يعني العلامة - نسبة ذلك إليه^أ.

(١) أي: وبالاشتراط صرح الشيخ وغيره بناءً على ما نسبة إليهم فخرالمحققين، حيث قال في الإيضاح: «ذهب الشيخ في المبسوط وابن حمزة وابن ادريس إلى الاشتراط»^ب.

(٢) قال فيه: «و الأصحُّ الإشتراط»^ج. ولا يخفى أن ظاهر العطف كون المحقق الثاني ناسباً إلى الشيخ وإبني حمزة وإدريس تصريحهم بالإشتراط. وليس الأمر كذلك، بل الناسبُ للتصريح هو الفخر فقط.

(٣) أي: ولعلَّ الاشتراط، وهذا أحد الوجوه التي إستدلَّ بها على ما يظهر من المتن، ومحصّله: جريان الإستصحاب بالتقريب الآتي.

(٤) هذا أول وجوه هذا القول، وهو إستصحاب عدم ترتب الأثر، بعد حمل العقود في الآية على العقود المتعارفة، وتسليم خروج العقد - المقدم قبوله على إيجابه - عن العقود المتعارفة، وإلا فلا وجه للتشبيث بالأصل مع الدليل الإجتهادي.

(٥) هذا ثاني الوجوه المستدلَّ بها على إشتراط تقدّم الإيجاب على القبول،

أ : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٤

ب : إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٢ لاحظ: الخلاف ج ٣، ص ٢٣٩ المسألة: ٥٦. الوسيلة لابن حمزة،

ص ٧٤٠ (ضمن الجوامع الفقهية)، السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٢٤٣ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ج : جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٠

تابع له، فلا يصح تقدُّمه عليه.

و حكى في غاية المراد عن الخلاف^(١) الإجماع عليه^(٢).
و ليس في الخلاف^(٣) في هذه المسألة إلا^(٤) «أنَّ البيع مع تقديم الإيجاب

وحاصله: تفرُّع القبول على الإيجاب و تبعيته له، و قد نقل المحقق الأردبيلي رحمته هذا الاستدلال عنهم بقوله: «و أن القبول فرع الإيجاب، فلا معنى لتقديمه»^أ.

و الموجود في جامع المقاصد: «فإنَّ القبول مبني على الإيجاب، لأنَّه رضاً به»^ب.

(١) قال في الخلاف: «إذا قال بعنيه بألف، فقال: بعثك، لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك: إشتريث أو قبلت. و قال الشافعي: يصح وإن لم يقل ذلك... إلى أن قال: دليلنا أنَّ ما إعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به، و ما إدَّعوه لا دلالة على صحته، و الأصل عدم العقد. و من إدَّعى ثبوته فعليه الدلالة»^ج.

(٢) هذا ثالث الوجوه المحتج بها على القول باشتراط تقدم الإيجاب على القبول، في غاية المراد: «و إستدل عليه في الخلاف بالاجماع و عدم الدليل على خلافه»^د.

(٣) قال في مفتاح الكرامة: «و قد نسب في غاية المراد و المسالك إلى الخلاف دعوى الاجماع. وهو وهم قطعاً، لأنِّي تتبعتُ كتاب البيع فيه مسألة مسألة، و غيره حتى النكاح فلم أجده إدَّعى ذلك، و إنما عبارته في المقام توهم ذلك للمستعجل، و هي قوله: دليلنا: أنَّ ما إعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به، و ما إدَّعوه لا دلالة على صحته، إلا أن يريد أنه إستدلَّ بأنَّه مجمع عليه»^{هـ}.

(٤) هذه العبارة الى قوله: «فيؤخذ» في محل رفع على أنها اسم «ليس»،

أ : مجمع الفائدة و البرهان ، ج ٨ ، ص ١٤٥

ب : جامع المقاصد ، ج ٤ ، ص ٦٠

ج : الخلاف ج ٣ ، ص ٤٠

د : غاية المراد ، ص ٨٠

هـ : مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٦٤

متفق عليه^(١)، فيؤخذ به» فراجع.
 خلافاً^(٢) للشيخ في المبسوط

وهي مضمون كلام شيخ الطائفة في الخلاف. و غرض المصنف الإعتراض على الشهيد رحمته - في نسبة الاجماع إلى الشيخ بما عرفته من كلام مفتاح الكرامة، لأن قيام الإجماع على ثبوت العقد مع تقدم الإيجاب لا يقتضي ثبوت الاجماع على فساد العقد بتأخره عن القبول، لإمكان صحته مع التأخر أيضاً وإن لم يكن إجماعياً.
 (١) هذا توجيه لدعوى الإجماع، و حاصله: أن المراد بالإجماع هنا هو كون العقد المقدم إيجابه على قبوله متيقن الصحة، فيؤخذ به و يترك غيره، لعدم الدليل على صحته.

و عبارة غاية المراد المتقدمة آنفاً قابلة لهذا التوجيه. لكن عبارة المسالك و هي قوله: «و ذهب جماعة من الأصحاب إلى إعتبار تقديمه بل ادعى عليه الشيخ في الخلاف الاجماع» لا تقبله، لظهورها في الإجماع المصطلح كما لا يخفى.
 لكن الإنصاف أن إستظهار الشهيد رحمته من عبارة الشيخ لا يخلو من قوة، لأنّ معقد الإجماع ليس مجرد صحة العقد بتقديم إيجابه على قبوله، بل معقده إستراط التقديم، لقوله: «دليلنا أن ما إعتبرناه مجمع» و من المعلوم أن ما إعتبره شيخ الطائفة هو تقديم الإيجاب على القبول، لا مجرد صحة العقد بتقديمه حتى يبقى مجال إحتمال صحته إذا تقدّم القبول على الإيجاب.

(٢) إشارة إلى القول الثاني، و هو عدم إعتبار تقدم الإيجاب على القبول، الذي إختاره شيخ الطائفة رحمته في نكاح المبسوط، لإلتزامه فيه بصحة النكاح والبيع عند تقدم القبول.

و لكنّه رحمته في بيع المبسوط خالف هذه الفتوى، و فصل بين البيع و النكاح، فاعتبر تقدم الإيجاب على القبول في خصوص عقد البيع، دون النكاح. فيكون مختاره

في باب النكاح^(١) و إن وافق الخلاف في البيع^(٢)، إلا أنه عدل^(٣) عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه^(٤) عدم الخلاف في صحته بين الإمامية، حيث إنه - بعد ما ذكر أن تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح، بأن يقول الرجل: «زوّجني فلانة» جائز بلا خلاف - قال: «أما البيع فإنه إذا قال: بعنيها، فقال: بعثكها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين. و قال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب»^(٥). و كيف كان^(٥) فنسبة القول الأوّل^(٦) إلى المبسوط مستندة إلى كلامه في باب البيع^(٧).

في عقد البيع موافقاً لما إختاره في الخلاف، و سيأتي من المصنف رحمته نقل كلامه في بيع المبسوط و نكاحه، فانتظر.

(١) فإنه في باب النكاح قال بعدم إشتراط تقدم الإيجاب على القبول، سواء في عقد النكاح و البيع، خلافاً لما فصله بينها في بيع المبسوط.

(٢) يعني: أنّ رأي شيخ الطائفة في بيع المبسوط موافق لرأيه في الخلاف، في إعتبار تقديم إيجاب البيع على قبوله.

(٣) يعني: أنّ شيخ الطائفة رحمته عدل في نكاح المبسوط عن تفصيله الذي إختاره في بيع المبسوط، و التعبير بالعدول لأجل تقدّم تحرير البيع على النكاح بحسب ترتيب أبواب الفقه، و إلا فلا ضرورة إلى تأليف أحدهما قبل الآخر.

(٤) يعني: ظاهر كلامه في نكاح المبسوط عدم الخلاف في صحة البيع مع تقدم القبول على الإيجاب، لقوله: «صحّ عندنا» و ظهور هذا اللفظ في الإجماع مما لا ينكر.

(٥) يعني: سواء تمّ ظهور كلمة «عندنا» في الإجماع على جواز تقديم القبول على الإيجاب، أم لم يتم، فنسبة ... الخ.

(٦) و هو إشتراط عقد البيع بتقديم الإيجاب على القبول.

(٧) يعني: في بيع المبسوط، الموافق لكلامه المتقدّم عن الخلاف.

وأما في باب النكاح^(١) فكلامه صريح في جواز التقديم كالمحقق رحمته الله في الشرائع^(٢) والعلامة في التحرير^(٣)، والشهيد^(٤) في بعض كتبها، وجماعة^(٥) ممن تأخر عنها، للعمومات^(٥) السليمة عما يصلح لتخصيصها.

وفحوى^(٦) جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة، المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعة

(١) من المبسوط، وقد تقدم كلامه في المتن. وعليه فراد المصنف من باب البيع والنكاح هو كتاب البيع والنكاح من المبسوط، لا عقد البيع والنكاح.

(٢) حيث قال في كتاب البيع: «و هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردّد، والأشبه عدم الإشتراط»^٣. نعم منَعَ المحقّق من إنعقاد البيع بالاستدعاء، فراجع.

(٣) قال الشهيد رحمته الله: «و لا ترتيب بين الإيجاب و القبول على الأقرب، وفاقاً للقاضي»^٤. و قريب منه كلامه في اللمعة.

و قال الشهيد الثاني بعد ذكر أدلة القولين: «و الأقوى الأول»^٥ أي: عدم الإشتراط.

ولكنه لم يرجّح في شرح اللمعة أحد القولين، فراجع.

(٤) كالمحقق الأردبيلي و الفاضل السبزواري رحمتهما الله.

(٥) هذا إشارة إلى وجه القول الثاني و هو عدم الإشتراط، و المذكور في المتن و جهان، أولها العمومات السليمة عن المخصص، فإنها قاضية بعدم إعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، و رافعة للشك في الإعتبار المزبور.

(٦) هذا ثاني وجهي القول بعدم إشتراط تقدّم الإيجاب على القبول مطلقاً، و حاصله: أنّ بعض الروايات - كخبري أبان بن تغلب و سهل الساعدي الدالّين على

أ: تحرير الاحكام . ج ١ . ص ١٦٤

ب: شرائع الاسلام . ج ٢ . ص ١٣

ج: الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩١، الرّوضه البهية، ج ٣، ص ٢٢٥

د: مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٤

ه: مجمع الفائدة و البرهان . ج ٨ . ص ١٤٤ . كفاية الأحكام ، ص ٨٩

على كتاب الله و سنة رسول الله ﷺ إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهي إمرأتك^(١)، و أنت أولى الناس بها^(٢).
و رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين - كما قيل^(٣) المشتمة

جواز تقديم القبول في صيغة النكاح على الإيجاب - يدل بالفحوى على جواز ذلك في غير النكاح كالبيع، لأنَّ أمر النكاح أشدَّ و أهمّ من غيره، فإذا كان تقديم القبول فيه جائزاً ففي غيره كالبيع الذي هو دون النكاح في الأهمية يكون التقديم جائزاً بالأولوية.

(١) لا يخفى أنَّ قوله عليه الصلاة و السلام: «فهي إمرأتك...» قرينة على كون «أتزوَّجك» في مقام إنشاء القبول، لا المقابلة، فيكون دليلاً على جواز إنشاء القبول بالمضارع، و على جواز تقديم القبول - بلفظ المضارع - على الإيجاب.

(٢) القائل هو الشهيد الثاني في مسألة جواز إنشاء النكاح بلفظ الأمر، حيث قال: «كما ورد في خبر سهل الساعدي المشهور بين العامة و الخاصة، و رواه كلٌّ منهما في الصحيح»^(٤). و لا يخفى أن المروي مُسنداً بطرقنا خالٍ عن هبة المرأة نفسها للنبي ﷺ، ثم تزويجها من رجل آخر، ففي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: زوّجني، فقال رسول الله ﷺ: مَنْ لهذه؟ فقام رجلٌ، فقال: أنا يا رسول الله زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: مالي شيءٌ، فقال: لا. قال: فأعادت، فأعاد رسول الله ﷺ الكلام، فلم يبق أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله ﷺ في المرة الثالثة: أتحسين من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه»^(٥).

و دلالتها على إنشاء صيغة النكاح الدائم - الذي تقدّم القبول فيه على الإيجاب - قوية جداً.

أ : وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث ١ :

ب : مسالك الافهام، ج ٧، ص ٨٩

ج : الكافي، الفروع، ج ٥، ص ٣٨٠، باب نوادر في المهر، الحديث : ٥. رواه عنه الشيخ في التهذيب،

ج ٧، ص ٣٥٤، الحديث : ١٤٤٤

على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنيها»^(١).
و التحقيق^(٢): «أَنَّ القبول إمّا أن يكون بلفظ «قبلتُ و رضيتُ» و إمّا أن يكون بطريق الأمر و الإستيجاب نحو: «بِعي» فيقول المخاطب «بعثك» و إمّا أن يكون بلفظ: «إشتريتُ و ملكتُ - مخففاً - و إبتعتُ».

- (١) و هو بلفظ الأمر، و لذا يستدل برواية سهل على أمرين.
أحدهما: صحة إنشاء النكاح بالأمر.
ثانيها: عدم إشتراطه بتقدم الإيجاب على القبول.
- (٢) بعد أن نَقَلَ المصنّف رَضِيَ قولين في المسألة شَرَعَ في بيان مختاره، في مقامين:
أحدهما: في حكم تقدم القبول على الإيجاب في خصوص عقد البيع.
و ثانيها: في حكمه في سائر العقود، و سيأتي المقام الثاني بقوله: «ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كلِّ قبولٍ يؤدّى بإنشاء مستقل».
- فالكلام فعلاً في المقام الأوّل، و قد فصل بين ألفاظ القبول، و قسمها إلى ثلاثة أقسام، و هي: أن إنشاء القبول يكون تارةً بلفظ «قبلتُ، رضيتُ، أمضيتُ، أنفذتُ» و نحوها ممّا له ظهور في إنشاء تملك الثمن مع سبق الإيجاب، بحيث لا ظهور له في ذلك بدون سبقه، نظير تحريك الرأس في مقام الجواب عن السؤال.
و يكون أخرى بما هو ظاهر في الإستدعاء كلفظ الامر، مثل قول المشتري: «بِعي الكتاب الفلاني بألف» فيقول البائع: «بعته إياك بكذا».
- و يكون ثالثةً بلفظ «ملككُ أو إشتريتُ أو إبتعتُ» و نحوها من الألفاظ الظاهرة في إنشاء التملك و التملك. فهذه أقسام ثلاثة.
- و أمّا حكمها فهو عدم جواز تقديم القبول في القسمين الأوّلين، و جوازه في القسم الثالث.
- و سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر^(١) عدم جواز تقديمه، وفاقاً لما عرفت^(٢) في صدر المسألة. بل^(٣) المحكي عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة: «أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ: قبلت» أ و هو^(٤) المحكي عن نهاية الأحكام

(١) هذا شروع في بيان حكم القسم الأول من ألفاظ القبول، و قد إستدل له المصنف رحمته بوجوه ثلاثة.

أولها: الإجماع المتضافر نقله.

ثانيها: إنصراف أدلة الإمضاء إلى العقود المتعارفة، و هي التي يتأخر قبولها عن إيجابها.

ثالثها: فرعية القبول على الإيجاب، و سيأتي توضيح كلامه.

(٢) من القول الأول أعني إشتراط تقديم الإيجاب على القبول، حيث قال: «الأشهر كما قيل: لزوم تقديم الإيجاب على القبول ...».

(٣) إشارة إلى وجه عدم جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «قبلت» والمراد بذلك نفي الخلاف. قال في المسالك: «و موضع الخلاف ما لو كان القبول بلفظ إبتعت أو شريت أو إشتريت أو تملكك منك كذا بكذا، بحيث يشتمل على ما كان يشتمل عليه الإيجاب. أما لو إقتصرت على القبول، و قال: قبلت و إن أضاف إليه باقي الأركان لم يكف بغير إشكال».

(٤) الضمير راجع إلى عدم جواز تقديم القبول، لا إلى دعوى عدم الخلاف، و ذلك لأن المذكور في نهاية العلامة رحمته هو قوله: «و لا فرق بين أن يتقدم قول البائع: بعث على قول المشتري: إشتريت، و من أن يتقدم قول المشتري: إشتريت، و يصح البيع في الحالتين على الأقوى. بخلاف ما لو قدم: قبلت، فإنه لا يعد قبولاً، و لا جزءاً

أ: الحاسكي عن هذه الكتب هو السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٥، و لاحظ

مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥٤، مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٤٦

و كشف اللثام في باب النكاح، و قد إعترف به^(١) غير واحد^(٢) من متأخري المتأخرين أيضاً.

بل المحكي هناك^(٣) عن ظاهر التذكرة^ب الاجماع عليه.

من العقد، فكان لغواً».

و كذا لا أثر من دعوى الاجماع في كلام الفاضل الإصهاني في نكاح كشف اللثام، فراجع.

(١) أي: بعدم جواز تقديم القبول.

(٢) منهم السيد الطباطبائي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في الرياض ج.

(٣) أي: في باب النكاح. و لكن قال الفقيه المامقاني رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «و لكنني قد لاحظتُ

مسألة تقديم الإيجاب على القبول هناك فليس فيها من ذلك أثر. نعم قال بعد ذكر رواية سهل الساعدي و ما في ذيله مما قدمنا ذكره ما لفظه: و قال أحمد: لا يصح العقد إذا قدم القبول، لأنَّ القبول إنما يكون للإيجاب، فتى وُجد قبله لم يكن قبولاً، لعدم معناه، فلم يصح كما لو تقدّم بلفظ الإستفهام. و لآئه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح، فإذا قُدِّمَ كان أولى كصيغة الاستفهام. و لآئه لو أتى بالصيغة المشروعة مقدّمة، فقال: قبلت هذا النكاح، فقال الوليُّ: زوّجتك ابنتي، لم يصح، فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها كان أولى. و لا بأس بهذا القول. إنتهى. فلعلَّ من حكى الاجماع عن ظاهرها - أي ظاهر التذكرة - إستفاد منها دعواه، من جهة أنه جعل الصيغة المشروعة التي أراد بها بقرينة المثال لفظ: قبلت، مقيساً عليه في مقام الاستدلال، فدلَّ

أ: المحاكي عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٥، لاحظ: نهاية الأحكام، ج ٢،

ص ٤٤٨، كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ٧

ب: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨٣

ج: رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١

و يدل عليه - مضافاً إلى ما ذكر^(١)، و إلى كونه^(٢) خلاف المتعارف من العقد - أن^(٣) القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدُّمه عليه.

ذلك على أن حكم المقيس عليه مما قام عليه الاجماع^(٤).
و الأمر كما أفاده **تَبَيُّرٌ** لعدم الظفر بالاجماع في هذه المسألة من نكاح التذكرة، وإنما هو نبي البأس عمًا قاله أحمد. و لم أعر على حكاية الاجماع في بيع مفتاح الكرامة و الجواهر أيضاً، و لم يظهر معتمد المصنف **تَبَيُّرٌ** في نسبة الاجماع إلى العلامة **تَبَيُّرٌ**.
(١) و هو نبي الخلاف المتقدم بقوله: «بل المحكي عن الميسية ... أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ: «قبلت». و كذا الاجماع المحكي عن التذكرة، بناءً على صحة الحكاية.

(٢) أي: و إلى كون تقديم القبول على الإيجاب خلاف المتعارف.
(٣) هذا في محلّ الرفع على أنه فاعل «يدل عليه» و هذا الوجه الثالث، و هو العمدة في إعتبار تأخّر مثل «قبلت» عن الإيجاب، لكون القبول متفرّجاً على الإيجاب و مبنياً عليه، فلا يتقدم عليه.

و توضيح كلام المصنف **تَبَيُّرٌ** هو: أن القبول العقدي متقوم بأمرين، أحدهما الرضا بالإيجاب، و الآخر إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب تبعاً لنقل الموجب ماله إلى القابل. و هذه الملاحظة يكون القبول فرع الإيجاب، بمعنى: كون تملك الثمن تبعاً لتمليك المبيع. و هذا المعنى من القبول لا يتحقق إلا إذا تأخّر عن الإيجاب، فلفظاً: «قبلت و رضيت» إذا تقدّما على الإيجاب لا يحصل المعنى المزبور بهما.

و بيان أوضح: أن القبول - الذي هو أحد ركني العقود المعاوضيّة - يدلّ بالمطابقة على تملك مال الموجب، و بالالتزام على تملك مال نفسه إلى الموجب بعنوان العوضيّة التي دلّ عليها حرف الباء في «ملكتك هذا بهذا». و لأجله يعتبر في القبول أمران:

وليس^(١) المراد من هذا القبول الذي هو ركن العقد مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إن الرضا بشيء لا يستلزم تحققه^(٢) قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل. بل المراد منه^(٣) الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله

الأول: الرضا بإيجاب الموجب المقضي لنقل ماله إلى القابل بعوض.

الثاني: أن يُنشئ القابل تملك ماله للموجب - في حال إنشاء القبول - بعنوان كونه راضاً بنقل الموجب.

و على هذا فإن تقدّم الإيجاب إجتماع هذان الأمران في القبول المتأخر، سواء أكان بلفظ «قبلت» أم بسائر ألفاظه. لأن المشتري يُنشئ تملكه للمبيع، و ينقل مال نفسه - في حال قبوله - على وجه العوضية إلى الموجب، و يتحقق معنى المعاوضة. و أما إذا تقدّم القبول على الإيجاب فلا يتحقق إلا الأمر الأول، و هو أصل الرضا بتملك الموجب ماله للقابل، لإمكان تعلق الرضا بما مضى و بما يأتي و لم يتحقق الأمر الثاني، و ذلك لأنه لم ينتقل بعد إلى القابل شيء حتى يتضمن قبوله تملك مال نفسه إلى الموجب بعنوان العوضية، فيصير القبول المتقدم لغواً، إذ لم يُنشأ نقل مال إلى القابل حتى يُنشئ هو تملك ماله لنفسه إلى الموجب. و بهذا تصح دعوى فرعية القبول على الإيجاب.

(١) هذا إلى قوله: «بالأمر المستقبل» إشارة إلى دليل القائل بجواز تقدم القبول على الإيجاب، و محصله: أن القبول ليس إلا الرضا بالإيجاب، و من المعلوم إمكان تعلق الرضا النفساني المبرز بـ «قبلت» بكل قول، سواء تحقق في الزمان السابق على الرضا، أم في الحال أم في المستقبل.

(٢) أي: تحقق الشيء المرضي قبل تحقق نفس الرضا الذي هو صفة نفسانية مُنشأة بقوله: «قبلت».

(٣) أي: بل المراد من القبول هو الرضا بالإيجاب بحيث ... الخ. و هذا جواب

في الحال^(١) إلى الموجب على وجه العوضية، لأن^(٢) المشتري ناقل كالبائع. وهذا^(٣) لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال^(٤)، فإن من رضي بمعاوضة يُنشئها الموجب في المستقبل لم ينقل^(٥) في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضي بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقاً، فإنه^(٦) يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضية.

و من هنا^(٧) يتضح فساد ما حكي عن بعض المحققين^(٨) في ردّ الدليل

الإستدلال، و محصله: أنّ القبول رضاً متفرع على الإيجاب، لا مطلقاً حتى يمكن تحقّقه قبله.

(١) أي: في حال القبول، يعني: أنّ القبول يدلّ بالمطابقة على تملك مال الموجب، وبالتضمّن على تملك مال نفسه له بعنوان كونه عوضاً.

(٢) تعليل لدلالة القبول تضمّناً على تملك العوض للموجب، و أنّه ليس مجرد تملك العوض، و هذا مفاد قوله: «على وجه يتضمّن».

(٣) أي: المعنى المذكور للقبول - أعني المتضمّن للنقل و التملك - لا يحصل إلاّ مع تأخر الرضا عن الإيجاب.

(٤) أي: في حال إنشاء القبول المتقدم على الإيجاب، لعدم حصول المتبوع - وهو نقل الموجب - حال إنشاء القبول حتى يملكه القابل بعنوان العوضية.

(٥) بل سينقل القابل - في المستقبل بعد إنشاء الإيجاب - ماله إلى الموجب. فلا نقل فعلاً في القبول المتقدّم على الإيجاب.

(٦) أي: فإنّ القابل يرفع - برضاه بالإيجاب المتقدم - يده عن ماله.

(٧) أي: من أنّ القبول هو الرضا بالإيجاب - على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب - يتضح فساد ... الخ.

(٨) و هو السيد بحر العلوم رحمته الله، على ما في مفتاح الكرامة، قال السيد العاملي رحمته الله

المذكور - وهو ^(١) كون القبول فرع الإيجاب و تابعاً له - وهو ^(٢): «أن تسبعية

في تصحيح تقديم القبول على الإيجاب: «أو يقال: إن تبعية القبول للإيجاب إنما هي على سبيل الفرض والتزليل، لا تبعية اللفظ لللفظ حتى يمتنع التقديم عقلاً، ولا القصد للقصد...» إلى آخر ما نقله في المتن، ثم قال السيد: «وهذا قد ذكره الأستاذ دام ظله منذ سنين. فكان الأقرب عدم الإشتراط» أ.

(١) أي: أن الدليل المذكور هو فرعية القبول للإيجاب.

(٢) أي: وردُّ الدليل المذكور أن تبعية... الخ، وهذا تقريب الرد الذي حُكي عن السيد بحر العلوم رحمته، والمستفاد من كلامه فرض أنحاء ثلاثة لتبعية شيءٍ لشيءٍ آخر، ويعتبر تقدُّم المتبوع في إثنتين منها.

الأول: تبعية لفظ للفظٍ آخر، وهو مخصوص بباب التوابع المذكورة في علم النحو، كتبعية المعطوف للمعطوف عليه، والصفة للموصوف، وهكذا.

الثاني: تبعية قصدٍ لقصدٍ آخر، مثل ما ذكره في بحث مقدمة الواجب، من تبعية قصد التقرب بالمقدمة لقصد التوصل بها إلى ذمها، بناءً على إعتبار قصد التوصل في إتصاف المقدمة بالمقدمية، فلو لم يقصد التوصل بها إلى ذمها إمتنع قصد التقرب بالمقدمة، لعدم إتصافها بالمقدمية بدون قصد التوصل حتى يتقرب بها.

الثالث: تبعية شيءٍ لشيءٍ فرضاً لا حقيقة، يعني: أن للتابع وجوداً مستقلاً غير متقوم بوجود المتبوع، ولكنه يفرض أحدهما متبوعاً و الآخر تابعاً.

إذا إتضحت أنحاء التبعية فاعلم: أن تقدُّم المتبوع على تابعه معتبرٌ في القسمين الأولين، دون القسم الثالث. أما تقدم المتبوع في القسم الأول فلأن الصفة و الحال ونحوهما تكون بياناً للملابسات متبوعاتها، فلا معنى لذكرها مقدماً على الموصوف و ذي الحال.

و أما تقدم أحد القصدين على الآخر في القسم الثاني فلما عرفت من أنه عقلي.

القبول للإيجاب ليس تبعية للفظ لللفظ^(١) ولا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولاً، كما يقول السائل في مقام الإنشاء: أنا راض بما تعطيني، و قابل لما تمنحني، فهو متناول قدام^(٢) إنشاء أو آخر. فعلى هذا^(٣) يصح تقديم القبول ولو بلفظ قبلت و رضيت إن لم يقم إجماع^(٤) على خلافه، إنتهى.

و أما عدم لزوم التقدم في القسم الثالث - و هو تبعية القبول للإيجاب - فلأن القابل يفرض نفسه متناولاً لما يأخذه من الموجب، و الموجب يفرض نفسه متناولاً لما يأخذه القابل، و إلا فكل منهما يعطى شيئاً و يأخذ بدله.

و حيث كانت تبعية القابل للموجب بالتنزيل و الإدعاء - لا بالحقيقة - أمكن تقدم إنشاء الرضا بالإيجاب قبل تحققه خارجاً. و نظيره إنشاء السائل رضاء بما سيعطيه المسؤول، فهو يفرض نفسه متناولاً قبل أن يتناوله المسؤول مالمأ. و نتيجة هذا البيان: جواز تقديم القبول على الإيجاب، إذ ليس الإيجاب أصلاً حقيقة و القبول فرعاً كذلك حتى يمتنع تقدم الفرع على الأصل، إذ الفرعية تكون بحض الفرض و التنزيل، هذا.

(١) قد عرفت آنفاً تبعية اللفظ لللفظ، و القصد للقصد، فإذا كانت التبعية حقيقةً تعين تأخر التابع عن متبوعه.

(٢) أي: سواء قدم السائل إنشاء رضاء بما يعطيه المسؤول أم أخره، فكما أن تقديمه لا يصير متناولاً و معطياً حقيقة بل هو متناول، فكذا في عقد البيع، فلو تقدم القبول لم يصير القابل متناولاً، بل هو متناول على كل حال، و المتناول هو الموجب.

(٣) أي: بناءً على كون تبعية القبول للإيجاب فرضية - لا حقيقة - يصح تقديم القبول حتى إذا كان بلفظ «قبلت» إلا إذا منعت من تقديمه الدليل التعبدي كالإجماع.

(٤) يعني: فالاستدلال بفرعية القبول باطل، إذ لا أصل و لا فرع حقيقة. و عليه فالمعول في منع تقديم القبول هو الإجماع لو تم.

و وجه الفساد^(١): ما عرفت سابقاً من أنّ الرّضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من^(٢) نقل ماله بإزاء مال صاحبه ليس فيه إنشاء نقلٍ من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال.

و ليس المراد^(٣) أنّ أصل الرّضا بشيءٍ تابعٌ لتحققه في الخارج أولاً قبل الرّضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال^(٤). بل المراد الرّضا الذي

(١) حاصل ما أفاده المصنف في ردّ كلام السيد بحر العلوم رحمته هو: منع مقايسة البيع بقبول السائل لما يعطيه المسؤول. و بيانه: أنّ القبول ليس مجرد الرّضا بالإيجاب حتى يصح تعلّقه بالمستقبل، بل هو الرّضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقلٍ ماله إلى الموجب في الحال بعنوان العوضية. و من المعلوم أنّ القبول - هذا المعنى - يتوقف على سبق الإيجاب، و لا يصح بدونه. و على هذا فعدم كون القبول تابعاً للإيجاب - نظير تبعية الصفة للموصوف - لا يوجب جواز تقدمه عليه.

(٢) بيان لـ «ما يصدر» يعني: إذا تقدّم القبول لم يكن رضا القابل بنقل ماله إلى الموجب فعلياً، بل هو رضاه بنقل ماله إلى الموجب في المستقبل.

(٣) يعني: أنّ السيد الأجل بحر العلوم رحمته فهم من الفرعية - المذكورة في كلمات الأصحاب - تبعية الرّضا بشيءٍ لتحقق ذلك الشيء خارجاً، و أنّ القبول متفرّع على وجود الإيجاب خارجاً، و لذا أورد عليهم بالنقض بما يقوله الفقير المستعطي من رضاه بإعانة من يُعينه، حيث إنّ رضاه موجود فعلاً مع عدم تحقق المرضي بعده. و ليكنّ الإيجاب و القبول من هذا الباب.

و لكن يرد على السيد منع هذا الاستظهار، إذ ليس المراد بالرّضا في عقد البيع طبيعي الرّضا، بل صنفٌ خاصٌ منه، و هو الرّضا على وجه يتضمّن نقل مالٍ فعلاً إلى الموجب بعنوان العوضية، و من المعلوم ترتب هذا الرّضا على الإيجاب و تفرّعه عليه و تبعيته له.

(٤) و هو قول السيد: «كما يقول السائل في مقام الإنشاء أنا راضٍ ... الخ».

يعدُّ ركناً في العقد^(١).

و مما ذكرنا^(٢) يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر كما لو قال: «يعني هذا بدرهم، فقال: بعثك» لأنَّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة

(١) و هو الرضا بالإيجاب على وجه يتضمَّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب في الحال على وجه العوضية.

و بهذا أثبتَّ المصنّف رحمته وجود المقتضي لمدَّعاه، و هو إمتناع تقديم «قبلتُ ورضيتُ» على الإيجاب، و بقي عليه رفع المانع، و المانع هو دليل القائل بجواز تقديم القبول مطلقاً على الإيجاب. و لكنَّه أحرَّ بيانه و تعرَّض لمنع تقديم القبول في القسم الثاني من ألفاظ القبول، و هو الأمر، هذا.

(٢) يعني: يظهر مما ذكرنا من وجه تأخير «قبلتُ» عن الإيجاب - الوجهُ في منع تقديم القبول بلفظ الأمر، حيث إنَّ القبول هو الرضا المتضمن لنقل مالٍ بالفعل إلى الموجب على وجه العوضية، و هذا الدليل الجاري في إنشاء القبول بلفظ «قبلتُ» يجري في إنشائه بصيغة الأمر، و بيانه: أنَّ الأمر لا يدلُّ على الرضا بالإيجاب المزبور، إذ طلب المعاوضة لا يدلُّ على أزيد من الرضا بالمعاوضة المستقبلية، و لا يدلُّ على الرضا بالنقل في الحال إلى البائع، فلا ينطبق مفهوم القبول على إنشائه بالأمر، فلا يصح تقديمه على الإيجاب، كما لا يصح إنشاء القبول بالأمر في صورة التأخر، لأنَّه طلب للحاصل.

و بالجملة: فلا يقع القبول بلفظ الأمر مطلقاً تقدِّم أو تأخر.

و لا يخفى أنَّ قوله: «و مما ذكرنا يظهر الوجه ... الخ» جملة معترضة بين الوجوه التي استدلَّ بها المصنّف على عدم جواز تقديم «قبلتُ ورضيتُ» و هي من قوله: «و يدلُّ عليه مضافاً إلى ما ذكر» إلى قوله: «و مما ذكرنا يظهر الوجه» و بين بعضها الآخر، و هو إبطال ما بقي من دليل الجواز، و هو قوله الآتي: «و أمَّا فحوى جوازه في النكاح ... الخ» ففتن.

على الرضا بها، لكن^(١) لم يتحقق - بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية - نقلٌ في الحال للدرهم إلى البائع كما لا يخفى.

و أما ما يظهر من المبسوط - من الإتفاق هنا^(٢) على الصحة به - فهوونٌ بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

و أما فحوى^(٣) جوازه في النكاح ففيها^(٤)

(١) يعني: مع أن المعتبر في القبول - الذي هو ركن العقد المعاوضي - إنشاء نقل ماله بالفعل بعنوان العوض، والمفروض عدم تحقق هذا النقل الفعلي إذا كان القبول بلفظ الأمر.

(٢) أي: في باب البيع، يعني: و أما ما يظهر من المبسوط - من الإتفاق في باب البيع على صحته بأمر المشتري - فهوونٌ بما سيأتي من مصير الأكثر إلى خلافه، فكيف يدعى الإجماع على الصحة بالأمر؟

و غرضه تبيُّهُ من التعرض لكلام شيخ الطائفة تبيُّهُ الإشارة إلى ما إستدلَّ به على جواز تقديم القبول إذا كان بصيغة الأمر على الإيجاب، ثم ردّه و التنبيه على ضعفه بعدم تحقق الإجماع، لمصير الأكثر على خلافه. و عليه فالمنع من تقديم القبول في باب البيع إذا كان بصيغة الأمر غير مخالف للإجماع حتى يشكّل المصير إليه.

(٣) هذا من الوجوه الدالة على جواز تقديم القبول بصيغة الأمر والمضارع. وقد تقدم تقريب الإستدلال بالفحوى في (ص ٤٣٦) عند قوله: «و فحوى جوازه في النكاح ... الخ» فراجع.

(٤) جواب «و أما فحوى» و قد ردّها المصنف تبيُّهُ بوجهين:

الوجه الأول: منع الحكم في الأصل - وهو النكاح - لعدم دلالة رواية سهل على تحقق القبول بلفظ الأمر و هو قول الصحابي: «زوّجنيها» حتى يدلّ على جواز تقديم القبول في غير النكاح بالأولية. وجه عدم الدلالة: أن في رواية سهل احتمالين: أحدهما: أن يكون قول الصحابي: «زوّجنيها» قبولاً مقدماً على إيجاب النكاح

بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «زَوَّجْتُكُمَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ» و قد أقرّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، و هذا الإحتمال مبنى إستفادة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر - في باب البيع - على الإيجاب، من باب الأولوية، لكون الأموال دون الأعراض في الأهمية و الاحتياط.

ثانيهما: أن يكون قولُ الصَّحَابِيِّ مَجْرَدَ إِسْتِدْعَاءِ التَّرْوِيجِ بِالْمَرْأَةِ فَالرَّجُلُ طَلِبَ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَزَوِّجَهَا مِنْهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِنَفْسِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَاجَةٌ بِهَا. و من المعلوم أن هذا الإستدعاء أجنبي عن تقدم قبول النكاح على إيجابه، بل لابد أن يكون الصَّحَابِيُّ أَنْشَأَ الْقَبُولَ بَعْدَ قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «زَوَّجْتُكَ أَوْ زَوَّجْتُكُمَا».

و يؤيد هذا الاحتمال الثاني ما ذكره جمع من الفقهاء من أنه لو كان قول الصحابي: «زَوَّجْنِيهَا» قبولاً مقدماً على الإيجاب لزم تحلُّ الكلام الأجنبي بين الإيجاب و القبول، و هو محاورة النبي مع الرجل حول الصِّدَاقِ. و حيث إن الموالاة بين الإيجاب و القبول معتبرة في العقود تَعَيَّنَ حَمْلُ رِوَايَةِ سَهْلِ عَلَى مَجْرَدِ الإِسْتِدْعَاءِ، وَ يُوْهَنُ بِهِ الإِحْتِمَالُ الأوَّلُ، وَ لَا يَبْقَى مَوْضِعٌ لِإِسْتِفَادَةِ الْفَحْوَى.

الوجه الثاني: لو سلّمنا دلالة رواية سهل على صحة النكاح بالقبول المقدم على الإيجاب قلنا يمنع أولوية البيع - بجواز التقديم - من النكاح، و ذلك لأنَّ الترتيب بين الإيجاب و القبول يقتضي تقديم الإيجاب، بلا فرقٍ بين عقد البيع و غيره. لكن الحكمة الخاصة بباب النكاح - و هي أَنَّ الإيجاب فيه من المرأة، و هي تستحي غالباً من الإبتداء - إقْتَضَتْ تَوْسِعَةَ الشَّارِعِ فِيهِ وَ تَرْخِيصَهُ فِي إِبْتِدَاءِ الزَّوْجِ بِالْقَبُولِ. كما وسَّعَ الشَّارِعُ لِلْمَكْلُوفِينَ فِي جِهَاتٍ أُخْرَى، فَجَوَّزَ نِكَاحَ الْفُضُولِ، وَ الْمَتْعَةَ حَذْراً مِنَ الإِبْتِلَاءِ بِالْحَرَامِ. و من المعلوم أنَّ هذه الحكمة منتفية في باب البيع، فليس هو مساوياً للنكاح في هذا الحكم فضلاً عن كونه أولى منه في تقديم قبوله على إيجابه.

هذا كله إذا أُريدَ إِسْتِفَادَةُ الْفَحْوَى مِنْ رِوَايَةِ سَهْلِ السَّاعِدِيِّ.

و أمَّا إِذَا أُريدَ إِسْتِفَادَتُهَا مِنْ رِوَايَةِ أَبَانَ فِسَائِي فِي الإِشْكَالِ فِيهَا.

- بعد الإغماض^(١) عن حكم الأصل^(٢) بناءً^(٣) على منع^(٤) دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول^(٥)، لإحتمال^(٦) تحقق القبول بعد إيجاب النبي ﷺ. ويؤيده^(٧) أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - منع^(٨) الفحوى. وقصور^(٩) دلالة رواية أبان من حيث إشتاها على كفاية قول المرنة:

(١) هذا إشارة إلى أول الوجهين، و قد تقدّم بقولنا: «الأول: منع الحكم في الأصل...».

(٢) أي: النكاح.

(٣) و أما بناءً على تمامية دلالة الرواية على جواز تقديم قبول النكاح على إيجابه لم يتجه هذا الاشكال الأول على شيخ الطائفة، و عليه فالإشكال مبنياً.

(٤) هذا تقريبُ الإشكال على حكم النكاح، و حاصله: منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر قبولاً لعقد النكاح، لإحتمال تحقق القبول بلفظ «قبلت» مثلاً بعد إيجاب النبي ﷺ. ثم أيد ذلك بأنه لولا تحقق القبول بعد إيجابه ﷺ يلزم فوات الموالاتة بين الإيجاب والقبول، فيبطل العقد.

(٥) أي: القبول المقدم على الإيجاب.

(٦) تعليل لمنع دلالة رواية سهل، و قد عرفت توضيحه.

(٧) لم يقل: «و يدلّ عليه» لإحتمال كون الرواية دليلاً على عدم إعتبار الموالاتة في هذا المورد.

(٨) مبتدأ مؤخر لقوله: «ففيها» وجهُ منع الفحوى: ما أفاده العلامة - و تبعه من تأخر عنه - بقوله: «و الجواب: المنع من المساواة بين النكاح والبيع، و إنما سوّغنا في النكاح، لضرورة لم توجد في البيع، و هي الحياء الحاصل للمرأة، فلا تُبَادِر إلى تقديم الإيجاب، فلهذا جوّزنا تقديم القبول، بخلاف البيع».

(٩) معطوف على «منع الفحوى» و غرضه دفعُ توهمٍ حاصل الوهم: أنّ

«نعم» في الإيجاب^(١).

ثم اعلم^(٢) أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر

الناقشة الأولى في رواية سهل الساعدي لا تجري في رواية أبان بن تغلب الواردة في إنشاء النكاح المنقطع بصيغة المضارع مع تقدّم القبول على الإيجاب.

وجه سلامة هذه الرواية عن المناقشة الأولى هو: أن الإمام عليه السلام علم أبان كيفية إنشاء المتعة بأن يقول لها: «أتزوّجك متعةً ... الخ» و تقول المرأة بعده: «نعم» ولعلّ هذه الرواية صريحة في جواز تقديم القبول على الإيجاب في باب المتعة. والإحتمال المتقدم في رواية سهل - من تحقق القبول بعد إيجاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقوله: «زوّجتك» - غير جارٍ في رواية أبان. و عليه يمكن الإستناد إلى هذه الرواية في إستفادة الفحوى.

و قد دفع المصنف رحمته الله هذا الوهم بما حاصله: قصور دلالة رواية أبان على تقديم قبول النكاح على إيجابه، وذلك لما ذكره جمع من الفقهاء من أن قولها: «نعم» في جواب القبول المقدم لا يكون إيجاباً مؤخراً. و عليه يُشكل العمل بظاهر رواية أبان لمخالفتها للقاعدة المسلّمة، و هي توقف العقد على إيجاب و قبول، سواء تقدّم الإيجاب أم تأخّر. ففي رواية سهل الساعدي لا مانع من جعل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «زوّجتك إياها» إيجاباً مؤخراً، و قول الرّجل: «زوّجنيها» قبولاً مقدماً، لكون كلتا الصيغتين صريحيتين في النكاح. بخلاف قولها: «نعم» في رواية أبان، فإنّه ليس إيجاباً. و حيث كانت الرواية مخالفة للقاعدة المسلّمة لم يمكن الأخذ بظاهرها فضلاً عن إستفادة الفحوى منها.

(١) يعني: و الحال أن الإقتصار على «نعم» في إيجاب النكاح ممنوع عندهم.

(٢) بعد أن إختار ما هو التحقيق عنده من عدم جواز تقديم القبول بصيغة

الأمر أراد أن يُنبّه على كليات الأصحاب فيه، و قد تعرّض لجملة منها.

إختلافاً كثيراً^(١) بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: «إن قال: بغيرها بألف، فقال: بعثك صحّ. و الأقوى عندي أنّه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: إشتريت»^أ.

و اختار ذلك في الخلاف^{ب(٢)}. و صرح به^(٣) في الغنية، فقال: «و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري حذراً عن القول بانعقاده بالإستدعاء من المشتري، و هو أن يقول: بغيره بألف، فيقول: بعثك، فبأنّه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: إشتريت أو قبلت»^ج.

و صرح به^(٤) أيضاً في السرائر و الوسيلة^د.

و عن جامع المقاصد^(٥) «أن ظاهرهم أنّ هذا الحكم إتفاقي»^{هـ}.

(١) الأولى إسقاط: «كثيراً» إذ ليس في المسألة أزيد من قولين، و التعبير بالاختلاف الكثير إنما يحسن مع كثرة الأقوال في المسألة، و المفروض أنّه ليس في هذه المسألة إلا قولان.

(٢) تقدّمت عبارة الخلاف في (ص ٤٣٣) فراجع.

(٣) يعني: صرح السيد أبو المكارم ابن زهرة بعدم صحة البيع عند تقدم القبول على الإيجاب.

(٤) أي: صرح إنا حمزة و إدريس بعدم الصحة كما صرح به أبو المكارم.

(٥) قال في شرح قول العلامة: «و لا الإستيجاب و الإيجاب» ما لفظه:

«ظاهرهم أنّ هذا الحكم إتفاقي، و ما قيل بجوازه في النكاح مستند إلى رواية ضعيفة».

أ : المبسوط في فقه الامامية . ج ٢ . ص ٨٧ و هذه العبارة مذكورة في بيع المبسوط.

ب : الخلاف . ج ٣ . ص ٣٩ . المسألة : ٥٦

ج : غنية النزوع في الاصول والفروع . ص ٥٢٢ (الجوامع الفقهية).

د : الوسيلة لابن حمزة (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٧٤٠ . السرائر الحاوي . ج ٢ . ٢٤٩ و ٢٥٠

هـ : جامع المقاصد . ج ٤ . ص ٥٩

و حُكي الإجماع^(١) عن ظاهر الغنية أيضاً أو صريحها أ.
و عن المسالك^(٢): «المشهور».

بل قيل^(٣): إنَّ هذا الحكم ظاهر كلِّ من إشتراط الإيجاب و القبول.
و مع ذلك^(٤) كلُّه فقد صرَّح الشيخُ في المبسوط^ب في باب النكاح بجواز

(١) الحاكي هو السيد العاملي، حيث قال: «و الإجماع ظاهر الغنية أو صريحها».
(٢) يعني: و حُكي عن المسالك أنَّ عدم صحة البيع - بتقديم القبول على الإيجاب - هو المشهور، حيث قال فيه - في شرح كلام المحقق: «و لا يتعدَّ إلا بلفظ الماضي ... و كذا في طرف القبول» - ما لفظه: «تبه بذلك على خلاف ابن البرَّاج، حيث جوزه بهما، و المشهور خلافه»ج.

و لا يخفى أنَّ الشهيد الثاني ادَّعى الشهرة في مسألة جواز الإنشاء بغير الماضي، لا في تقديم الإيجاب على القبول، إلاَّ أن يدَّعى التلازم بين الحكيم، فراجع المسالك.
(٣) القائل هو السيد الفقيه العاملي في عَدَم إنعقاد البيع بالاستيجاب و الإيجاب، قال تقيُّ: «و الحكم ظاهر كلِّ من إشتراط الإيجاب و القبول و الماضية فيها»^د.

و لعلَّ وجه الإستظهار هو دعوى ظهور «الأمر» في غير القبول، فلا يصح إنشاء القبول به. أو دعوى إعتبار الترتيب بينها في مقام الإشتراط من جهة عطف القبول على الإيجاب في كلماتهم، دون العكس.

(٤) أي: و مع هذه الكلمات - الدالة على عدم إنعقاد البيع باستدعاء المشتري و قبوله بلفظ الأمر - فقد صرَّح الشيخُ في باب النكاح بجواز تقديم القبول بصيغة الأمر، و عبارته مُشعرة بكون الجواز إجماعياً.

أ: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦١

ب: المبسوط في فقه الامامية، ج ٤، ص ١٩٤

ج: مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٥٩

د: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦١

التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا^(١) مشعرة - بقرينة السياق - إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: «إذا تعاقدنا، فإن تقدم الإيجاب على القبول، فقال: زوّجتك، فقال: قبلت التزويج صحّ. وكذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلاف. وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج^(٢): زوّجنيها، فقال: زوّجتكها صحّ، وإن لم يُعد الزوج القبول، بلا خلاف، لخبر الساعدي، قال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله ﷺ. فقال زوّجتكها بما معك من القرآن، فتقدم القبول وتأخر الإيجاب. وإن كان هذا في البيع فقال: يغنيها، فقال: بعثكها، صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين. وقال قوم منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب» إنتهى.

و حُكي جواز التقديم بهذا اللفظ^(٣) عن القاضي في الكامل.
بل يمكن نسبة هذا الحكم^(٤) إلى كلٍّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق، و تمسك^(٥) له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن

(١) يعني: قال شيخ الطائفة: «صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين» و من المعلوم إشعار «عندنا» بالإجماع عند الخاصة لولا ظهوره فيه. و حينئذٍ كيف يمكن الجمع بين دعوى إتفاق الاصحاب - على صحة تقديم القبول بلفظ الأمر بالبيع - مع الكلّيات المتقدمة عن جماعةٍ منهم؟

(٢) يعني: قال الزوج لوليّ الزوجة: «زوّجنيها» فزوّجها الوليُّ منه.
(٣) أي: لفظ الأمر، مثل «بغنيها» و حكاها في المختلف عن المهذب أيضاً.
(٤) وهو جواز التقديم بلفظ «بغنيها» و الوجه في صحة هذه النسبة هو: إطلاق القول بجواز التقديم، إذ من صغريات القبول لفظ الأمر، فتدبر.

(٥) معطوف على «جوّز» أي: كلٌّ من جوّز و تمسك لجواز تقديم القبول على الإيجاب برواية سهل، إذ هذا التمسك قرينة على أنّ مراده من القبول هنا ما يعمّ الأمر،

القبول بطلب التزويج^(١).

إلا^(٢) أن المحقق عليه السلام - مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الإيجاب والإيجاب - صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب. وذكر العلامة عليه السلام الإيجاب واليجاب، وجعله خارجاً عن قيد إعتبار

إذ لو إختص بغير الأمر لما صح الاستدلال برواية سهل، فلا بد أن يكون كذلك في باب البيع أيضاً، لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة.

(١) بقول الرجل: «زوّجنيها يا رسول الله صلى الله عليه وسلم».

(٢) استدراك على قوله: «بل نسبة هذا الحكم» وتضعيف لإستفادة نسبة تجويز تقديم القبول - بلفظ الأمر - إلى كل من أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب، وذلك لأن المحقق مع تصريحه بعدم كفاية الإيجاب واليجاب في البيع أطلق جواز تقديم القبول على الإيجاب، حيث قال: «و لا ينعقد إلا بلفظ الماضي، فلو قال: اشتري أو ابتع أو أبيعك، لم يصح. وكذا في طرف القبول، مثل أن يقول: يعني، لأن ذلك أشبه بالإستدعاء أو بالإستعلاء. و هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردّد. والأشبه عدم الإشتراط»^أ.

و العبارة صريحة في عدم صحة البيع بالإستيجاب واليجاب، و صحته بتقديم القبول. وكذا العلامة.

فالجزم بعدم كفاية الإيجاب واليجاب و التردّد في شرطية تقديم الإيجاب على القبول - كما في قواعد العلامة^ب - يكشف عن عدم صحة إنشاء القبول بالأمر حتى يقع البحث عن جواز تقديمه على الإيجاب، و عدمه، فإنّ هذا البحث فرع صحة إنشاء القبول بالأمر في نفسه. و مع عدم صحته كذلك لا يبقى موضوع للبحث عن جواز تقديم القبول المنشأ بلفظ الأمر، و عدمه.

أ : شرائع الاسلام . ج ٢ . ص ١٣

ب : قواعد الأحكام . ص ٤٧ (الطبقة الحجرية).

الإيجاب و القبول كالمعاطاة^(١)، و جزمَ بعدم كفايته، مع أنه تردّد في إعتبار^(٢) تقديم القبول.

و كيف كان^(٣) فقد عرفت^(٤) أن الأقوى المنع في البيع، لما عرفت^(٥).
بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا^(٦) بناءً على إعتبار
الماضوية فيما دلّ على القبول^(٧).

ثم إن هذا^(٨) كلّهُ بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية
مطلق اللفظ في لزوم، و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك.

(١) يعني: كما أن المعاطاة خارجة عن العقد، إذ ليس فيها إيجاب و قبول لفظيان،
فكذا الإستيجاب و الإيجاب خارجان عن العقد.

(٢) الأولى التعبير بالجواز، إذ ليس الكلام في لزوم تقديم القبول و إعتباره، بل
في جوازه كما لا يخفى.

(٣) يعني: سواء أكانت نسبة جواز تقديم القبول بلفظ الأمر - إلى كلّ من جوّز
تقديم القبول على الإيجاب - صحيحة بقولٍ مطلق، أم غير صحيحة فقد عرفت ... الخ.

(٤) بقوله: «و مما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر ...».

(٥) من قوله: «لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن

لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال للدرهم إلى البائع» يعني: أنّه

يعتبر في القبول دلالاته على الرضا بالإيجاب، و على تضمّن النقل في حال القبول،

والمفروض قصور صيغة الأمر عن إفادة النقل الضمني.

(٦) أي: في إنشاء القبول بالأمر.

(٧) يعني: فلا ملازمة بين جواز تقديم القبول بلفظ «قبلت» و بين جوازه بلفظ

الأمر. وجه عدم الملازمة: أن الماضوية روعيت في «قبلت» و لم تُراعَ في صيغة الأمر،

ففي الإنشاء بالأمر إشكال زائد على الإنشاء بـ «قبلت» مقدماً على الإيجاب.

(٨) أي: أن عدم كفاية إنشاء القبول بالأمر مبني على الإلتزام بتوقف العقود

و أما على ما قوينا [ما اخترناه] سابقاً في مسألة المعاطاة^(١) من أن البيع العرفي موجب للملك، و أن الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يَقم إجماع على عدم اللزوم، و هو^(٢) ما إذا خَلَّتِ المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها للزوم. و أما في غير ذلك فالأصل اللزوم.

اللازمة على إنشائها بالصيغ الخاصة الماثورة عن الشارع. و أما إن قلنا بكفاية المعاطاة في النقل الملكي - لكونها بيعاً عرفياً مفيداً للملك، و الأصل في الملك هو اللزوم - إتجه الإلتزام بانعقاد البيع بكل ما يكون مصداقاً له عرفاً.

إلا أن يقوم دليل مانع عن الأخذ بهذا الإلتزام، و المانع هو الإجماع على أحد الأمرين، إما على توقف اللزوم على الإنشاء بمطلق اللفظ، و أن التعاطي لا يفيد الملك اللزوم. و إما على توقف اللزوم على صيغة خاصة، بحيث لا يترتب على مطلق اللفظ الكاشف عن القصد.

فإن تمَّ الإجماع على أحد الأمرين أُخِذَ بمقتضاه، و إلا فلا بدَّ من القول باللزوم إذا أنشئ البيع باللفظ، و لكن تقدّم قبوله - بصيغة الأمر - على إيجابه. و المفروض عدم وجود إجماع في البين بعد تصريح شيخ الطائفة رحمته بانعقاد البيع بأمر المشتري و إيجاب البائع بعده.

(١) حيث إنه رحمته أثبت أولاً إفادة المعاطاة للملك، ثم أثبت أصالة اللزوم في كل ملك.

(٢) هذا بيان معقد الإجماع، و هو أحد الأمرين، إما خَلُوَ المعاملة عن اللفظ رأساً، و إما خَلُوَها عن اللفظ الخاص الماثور عن الشارع، فإذا أنشئت بلفظ كنائي أو مجازي و كانت القرينة مقالية سابقة على الإنشاء، أو مقامية مقارنة له لم تصح، لانتفاء الدلالة الوضعية. و أما إذا أنشئت بلفظ الأمر فلا إجماع على عدم تأثيره في اللزوم.

و قد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته^(١)، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا^(٢)، و حُكي عن الكامل أيضاً، فتأمل^(٣).

و إن كان^(٤) التقديم بلفظ: «إشتريتُ أو ابتعتُ أو تملكْتُ أو ملكْتُ هذا بكذا» فالأقوى جوازه، لأنّه إنشاء ملكيته للمبيع بازاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة

(١) يعني: فيفيد الملك، و لا إجماع على عدم لزومه، فالأصل يقتضي لزومه.

(٢) حيث قال في عبارته المنقولة في المتن: «صحّ عندنا».

(٣) لعلّه إشارة إلى ما تقدم من موهوبية دعوى الشيخ لنسي الخلاف بمصير الأكثر إلى خلافه حتّى هو يُنشئ في بيع المبسوط.

(٤) معطوف على ما تقدم في (ص ٤٣٩) من قوله: «فان كان بلفظ قبلتُ» و غرضه يُنشئ الاستدلال على جواز تقديم ثالث أقسام ألقاظ القبول على الإيجاب و توضيح ما أفاده: أنّه لا يعتبر في صدق العقد و المعاوضة عرفاً المطاوعة لإنشاء الغير، ضرورة أنّ العقد متقوم بالترامين مرتبطين مُبرزين، و من المعلوم حصول إبرازهما بلفظ «ملكْتُ» قبولاً و «بعْتُ» إيجاباً، لأنّ معنى «ملكْتُ» و «إشتريتُ» إنشاء ملكية المبيع بازاء ماله عوضاً، فالمشترى يُنشئ المعاوضة حقيقة كالبائع، غاية الأمر أن البائع يُنشئ ملكية ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه، و المشتري يُنشئ تملك مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، فكل منهما يُخرج ماله إلى ملك صاحبه، و يُدخل مال صاحبه في ملك نفسه.

إلا أنّ بين الإدخالين فرقاً، فالإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، لأنّ دخول الثمن في ملك البائع يُفهم من قول البائع: «بكذا» بعد قوله: «بعْتُ» حيث إنّ «بعْتُ» يدلّ على خروج المال عن ملك البائع، و ذكر العوض يدلّ على دخول الثمن في ملكه بازاء المبيع. و الإدخال في القبول يُفهم من نفس لفظ «ملكْتُ» فإنّ معناه تملك المبيع بازاء الثمن، فالمشترى يُنشئ بمثل «ملكْتُ، تملكْتُ، إشتريتُ» دخول مال البائع

كُلُّ مِنْهَا يُخْرَجُ مَالَهُ إِلَى صَاحِبِهِ وَ يُدْخَلُ مَالُ صَاحِبِهِ فِي مَلِكِهِ، إِلَّا^(١) أَنْ
 الْإِدْخَالَ فِي الْإِجْبَابِ مَفْهُومٌ مِنْ ذِكْرِ الْعَوْضِ^(٢)، وَ فِي الْقَبُولِ مَفْهُومٌ مِنْ نَفْسِ
 الْفِعْلِ^(٣)، وَ الْإِخْرَاجُ بِالْعَكْسِ^(٤)، وَ حِينَئِذٍ^(٥) فَلَيْسَ فِي حَقِيقَةِ الْإِشْتِرَاءِ مِنْ حَيْثُ

فِي مَلِكِهِ، وَ الْبَائِعُ يُنْشِئُ بِقَوْلِهِ: «بَعْتُ» خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مَلِكِهِ، وَ بِذِكْرِ الْعَوْضِ
 يَتَمَلَّكُ الثَّمَنُ بَازَاتِهِ.

وَ الْحَاصِلُ: أَنَّ الْإِدْخَالَ فِي الْإِجْبَابِ يُفْهَمُ مِنْ ذِكْرِ الْعَوْضِ، وَ فِي الْقَبُولِ مِنْ
 نَفْسِ لَفْظِ «تَمَلَّكْتُ». وَ الْإِخْرَاجُ بِالْعَكْسِ، لِأَنَّهُ فِي الْإِجْبَابِ يَكُونُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ الَّذِي
 يُنْشَأُ بِهِ الْإِجْبَابُ، فَإِنَّ مَعْنَى «بَعْتُ»: أَخْرَجْتُ الْمَبِيعَ عَنْ مَلِكِي. وَ الْإِخْرَاجُ فِي الْقَبُولِ
 يَكُونُ بِذِكْرِ الْعَوْضِ. فَإِذَا قَدَّمَ الْمُشْتَرِي الْقَبُولَ، وَ قَالَ: «إِشْتَرَيْتُ هَذَا الْكِتَابَ بِدِينَارٍ»
 فَدَلَّاهُ عَلَى إِخْرَاجِ الدِّينَارِ عَنْ مَلِكِهِ تَكُونُ بِذِكْرِ الْعَوْضِ وَ هُوَ الدِّينَارُ.

وَ بِالْجَمْعَةِ: فَمَا هُوَ الْمَعْتَبَرُ فِي الْقَبُولِ مِنْ أَمْرَيْنِ - أَحَدُهُمَا الرِّضَا بِالْإِجْبَابِ،
 وَ الثَّانِي نَقْلُ الثَّمَنِ فِي حَالِ الْقَبُولِ - مَتَحَقِّقٌ فِي هَذَا الْقِسْمِ الثَّلَاثُ. أَمَّا الرِّضَا فَوَاضِحٌ.
 وَ أَمَّا نَقْلُ الثَّمَنِ فَلِأَنَّهُ يُنْشِئُ مَلَكَتَهُ لِلْمَبِيعِ بَازَاءَ مَالِهِ عَوْضاً. وَ لَا يُعْتَبَرُ فِي الْقَبُولِ مَا
 عَدَا هَؤُلَاءِ الْأَمْرَيْنِ كَالْمَطَاوَعَةِ، إِذْ لَا دَلِيلَ عَلَى إِعْتِبَارِهَا فِي مَفْهُومِ الْقَبُولِ.

(١) هَذَا بَيَانُ الْفَارِقِ بَيْنَ الْإِدْخَالَيْنِ وَ الْإِخْرَاجَيْنِ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ تَوْضِيحُهُ بِقَوْلِنَا:
 «إِلَّا أَنْ بَيْنَ الْإِدْخَالَيْنِ فَرْقاً ... الخ».

(٢) يَعْنِي مِنْ قَوْلِهِ: «بِدِينَارٍ» لَا مِنْ نَفْسِ قَوْلِهِ: «بَعْتُ».

(٣) أَي: نَفْسِ اللَّفْظِ، فَإِنَّ قَوْلَ الْقَابِلِ: «قَبِلْتُ» مِثْلًا يَدُلُّ عَلَى إِدْخَالِ الْمَبِيعِ فِي
 مَلِكِهِ، وَ إِخْرَاجِ الثَّمَنِ عَنْ مَلِكِهِ، وَ «بَعْتُ» يَدُلُّ عَلَى الْإِخْرَاجِ عَنِ الْمَلِكِ، وَ ذَكَرُ
 الْعَوْضِ يَدُلُّ عَلَى الْإِدْخَالِ أَي إِدْخَالَ الثَّمَنِ فِي مَلِكِهِ.

(٤) يَعْنِي: إِخْرَاجَ الْإِجْبَابِ يَسْتَفَادُ مِنْ نَفْسِ «بَعْتُ» وَ إِخْرَاجَ الْقَبُولِ يُفْهَمُ مِنْ
 ذِكْرِ الْعَوْضِ.

(٥) يَعْنِي: وَ حِينَ دَلَّاهُ «إِشْتَرَيْتُ» عَلَى تَمَلِّكِ الْقَابِلِ مَالَهُ لِلْمَوْجِبِ بِعَنْوَانِ

هو^(١) معنى القبول^(٢).

لكنه^(٣) لما كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاءً إنتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب^(٤) تحقق المطاوعة و مفهوم القبول

العوضية في حال الإنشاء فليس ... الخ».

(١) يعني: في نفسه مع الفصّ عن وقوعه عقيب الإيجاب.

(٢) حتّى يلزم تأخره عن الإيجاب من حيث كونه قبولاً، كما لزم تأخر لفظ

«قبلت» عن الإيجاب.

(٣) هذا دفع دخلٍ يرد على قوله: «فليس في حقيقة الإشتراء معنى القبول» وحاصل الدخل هو: أنّ الإشتراء إن كان دالاً على إدخال مال الغير في ملكه وإخراج مال نفسه إلى ملك الموجب كان كالإيجاب الذي هو إخراج و إدخال، ولم يبق وجهٌ لعدّ «إشتريت» من أفاظ القبول الذي يفهم منه مطاوعة فعل الغير، و من المعلوم إعتبار سبق فعلٍ حتى يمكن مطاوعته.

و عليه فيكون وزان «إشتريت» وزان «قبلت» في إعتبار تأخره عن الإيجاب،

إذ القبول إمضاء فعل الغير.

و قد دفعه المصنف بما حاصله: أنّ تسمية «إشتريت» قبولاً ليس لأجل إتخاذ مفهومأ مع «قبلت» حتى يمتنع تقدّمه على الإيجاب، بل لأجل أنّ الغالب من العقود والبيوع الخارجية يُنشأ فيها الإيجاب أولاً، ثم يتبعها القبول، إمّا بلفظ «قبلت» أو رضىً أو إشتريت أو ملكت» فيستفاد من كلّ منها المطاوعة و الإنفعال، و من المعلوم أنّ هذه الغلبة الوجودية لا تتغير مدلول اللفظ، فالمطاوعة تستفاد من «قبلت» إشتريت» لكنّها في «قبلت» مدلول اللفظ، و في «إشتريت» مستفاد من القرينة المقامية، وهي غلبة تأخر القبول عن الإيجاب.

(٤) خبر قوله: «و إنشاء».

أُطلق^١ عليه القبول^٢. وهذا المعنى^٣ مفقود في الإيجاب المتأخر، لأنَّ المشتري إنَّما ينقل ماله إلى البائع بالإلتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، وَ البائع إنَّما يُنشئ إنتقال الثمن إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

و قد صرَّح^٤ في النهاية و المسالك - على ما حكى - «بأنَّ إشتريتُ ليس قبولاً حقيقةً^٥ و إنَّما هو بدلٌ، و أنَّ الأصل^٦ في القبول قبلتُ، لأنَّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الإبتداء به، و لفظ إشتريتُ يجوز الإبتداء به»^أ.

- ١) جواب «لَمَّا كان» و ضميراً «وقوعه، عليه» راجعان إلى الإشتراء.
- ٢) فإطلاق القبول و دلالته على المطاوعة إنَّما تكون بقرينة المقام، و هو وقوعه عقيب الإيجاب غالباً. و لا يرد عليه ما في بعض الحواشي من: أنه إذا لم يدلَّ بنفسه على المطاوعة فكيف يدلَّ عليها إذا وقع عقيب الإيجاب؟
- ٣) يعني: تحقق المطاوعة و مفهوم القبول بسبب التأخُّر مفقود في الإيجاب المتأخُّر، لفقده ما يوجبه و هو إنشاء البائع إنتقال الثمن إلى نفسه بالمدلول المطابق للصيغة، لأنَّ الإنتقال يكون بالمدلول الإلتزامي. كما أنَّ نقل المشتري إياه إلى البائع -وإن تقدَّم - إنَّما هو بالدلالة الإلتزامية لا المطابقة.
- ٤) غرضه من الإستشهاد بكلام النهاية و المسالك هو: أنَّ «إشتريتُ» ليس من ألفاظ القبول بالأصالة، إذ القبول يعتبر فيه الرِّضا بإيجاب الغير و مطاوعته له، لكونه مبنياً عليه، و حيث إنَّ «إشتريتُ» لا يدلُّ على هذه الخصوصية لم يكن أصلاً في القبول، بل بدلاً عن «قبلتُ» و «رضيتُ».
- ٥) لعدم كون دلالته على القبول بالمطابقة، بل لقرينة مقامية، و هي وقوعه عقيب الإيجاب.

٦) بمعنى كون ما يدلُّ على الإنشاء الذي لا يجوز الإبتداء به - لتفرُّعه على إنشاء آخر - هو لفظ القبول، لأنَّه وُضع للإنشاء المسبوق بإنشاءٍ آخر، بخلاف لفظ

و مرادُها أنه بنفسه لا يكون قبولاً، فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وَقَعَ عقيبٌ تمليك البائع. كما أن «رضيْتُ بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً، ولذا منعنا عن تقديمه. فكلُّ من «رضيْتُ وِ اشتريْتُ» بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدُّم والتأخر متعاكسان^(١).

فإن قلت^(٢): إنَّ الإجماع على إعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: «اشتريتُ» حتَّى يقع قبولاً، لأنَّ إنشاء مالكية مال الغير إذا وقع عقيبٌ تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الإنتقال و قبول الأثر، فيكون «اشتريتُ»

«اشتريتُ» مثلاً، لأنَّه مما يمكن الإنشاء به بدون سبق إنشاءٍ عليه، فيسقط بهذا ما عن بعضٍ: من أننا لا نفهم معنىً لكون الأصل في القبول «قبلتُ».

(١) توضيحه: أن «رضيْتُ» يفيد المطاوعة التي بها يكون إنشاء لنقل ماله إلى البائع، ولأجل تأخر المطاوعة إمتنع تقدُّم «رضيْتُ» على الإيجاب، فإنشاء النقل مرتب على المطاوعة. بخلاف «اشتريتُ» فإنه لا يدلُّ على المطاوعة إلا إذا تأخر عن الإيجاب، لكنَّه يدلُّ على إنشاء نقل ماله. —

و بالجملة: «رضيْتُ» يدلُّ على المطاوعة، ولا يدلُّ بنفسه على إنشاء النقل إلا إذا تأخر، و «اشتريتُ» يدلُّ على إنشاء النقل، ولا يدلُّ على المطاوعة إلا إذا تأخر، فهما في إفادة المطاوعة و النقل متعاكسان.

(٢) هذا إشكال على ما قواه من جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريتُ» ونحوه. و محصل الإشكال: خلؤُ عقد البيع عن القبول، و إنحصار الإنشاء في الإيجاب. و توضيحه: أنَّ الإجماع على إعتبار القبول يوجب تأخيره عن الإيجاب حتَّى يقع قبولاً، فدلالة «اشتريتُ» على القبول إنما تكون بسبب تأخيره، و إلا كان إيجاباً لا قبولاً، إذ إنشاء التملك لا يجعله قبولاً إلا إذا وقع عقيبٌ تمليك الغير.

و الشاهد على أعمية إنشاء التملك من القبول العقدي هو صحة تملك الملتقط للقطعة، و كذا صحة تملك الحائز - للمباحات الأصلية - بالحيازة، مع أنه لا تمليك من

متأخراً^(١) إلزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدم، فإن مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة، فإنه لا قبول فيه رأساً.

قلت^(٢): المسلم من الإجماع هو إعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب. و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة و قبول الأثر فلا.

فقد تبين من جميع ذلك^(٣): أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعاً لتضمن

طرف آخر حتى يقبله الملتقط والحائز، بل هو تملك ابتدائي.

و على هذا فدلالة «إشتريت» على القبول منوطة بتأخره عن الايجاب، إذ تقدمه لا يلزم التملك القبولي. و حيث إن «بعث» المتأخر عنه إيجاب العقد، فيلزم قيام البيع بإيجابين و خلوه عن القبول، و من المعلوم تقوّم العقود بركنين، إذ هو الفارق بينها و بين الإيقاعات القائمة بإنشاء واحدٍ. و لا مفرّ من هذا المحذور إلّا إنكار تقدم القبول ولو كان بلفظ «إشتريت، تملكث، ملكت، ابتعت».

(١) حال من «إشتريت» و قوله: «إلزاماً» خبر «فيكون».

(٢) هذا جواب الإشكال المزبور، و محصله: أن المتيقن من الإجماع هو الرضا بالإيجاب، و لا دليل على إعتبار أزيد من ذلك في القبول كالمطوعة و غيرها.

(٣) الظاهر أن المشار إليه هو ما أفاده في «قلت: المسلم من الإجماع هو إعتبار القبول... الخ».

و محصله: أن القبول العقدي متقوم بأمرين، أحدهما: الرضا بالإيجاب، والآخر: الدلالة على إنشاء نقل العوض إلى الموجب، و هذان متحققان في القبول المتقدم على الإيجاب، إذا كان بلفظ «إشتريت» و أخواته.

و لا يعتبر في القبول أمرٌ ثالث و هو المطوعة الحقيقية للإيجاب، و لا إنشاء التأثير من تأثير البائع و تملكه، إذ لو كان هذا دخیلاً في القبول إمتنع تقديمه في جميع ألفاظه.

إنشاء النقل، وللرضا بإنشاء البائع، تقدّم أو تأخّر، ولا يعتبر^(١) إنشاء إنفعال نقل البائع.

فقد تحصّل مما ذكرناه^(٢) صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ «إشتريت» وفاقاً لمن عرفت^(٣).

بل^(٤) هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف، حيث إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع

(١) حتى يجب تأخيرُهُ عن الإيجاب، تحقيقاً لمعنى المطاوعة و الإنفعال و التأثير.
 (٢) يعنى: بما أفاده من أوّل القسم الثالث إلى هنا، حيث قال: «وإن كان التقديم بلفظ «إشتريت» . . . الخ». و مقصوده بَيِّنَةُ إنبات أن جواز تقديم القبول بلفظ مثل «إشتريت» و إن كان مقتضى الدليل و الصناعة، إلّا أنّه لم يتفرّد به حتى يستوحش من المصير إليه، بل ذهب جمعٌ من أعيان الفقه إلى جوازه، كما سيأتي ذكرهم.

(٣) بقوله في أوائل هذه المسألة: «وأمّا في باب النكاح - من المبسوط - فكلامه صريحٌ في جواز التقديم - أي تقديم قبول البيع على إيجابه - كالمحقق رحمته الله في الشرائع، والعلامة في التحرير، و الشهيدين في بعض كتبهما و جماعة ممن تأخّر عنها» راجع (ص ٤٣٦).

(٤) أي: جواز تقديم القبول على الإيجاب ظاهرٌ إطلاق شيخ الطائفة في كتاب الخلاف، حيث إنّه - مع كونه في مقام بيان شرائط الصحة - لم يمنع إلّا عن الإنعقاد بالإستيجاب و الإيجاب مثل «يعني، فيقول بعثك» و من المعلوم عدم الملازمة بين المنع عن الاستيجاب و الإيجاب، و بين المنع عن تقديم مثل «إشتريت». وجه عدم الملازمة قصورٌ «يعني» عن الدلالة على القبول المعتبر في العقد من جهة عدم دلالة الأمر على الرضا الفعلي بالإيجاب حتى يملك القابل ماله بعنوان العوضية للموجب. و هذا بخلاف «إشتريت» و أخواته المتكفلة لهذه الجهة.

عن الإنعقاد بالإستيجاب و الإيجاب. و قد عرفت^(١) عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل «إشتريت».

و كذا السيد في الغنية^أ، حيث أطلق إعتبار الإيجاب و القبول. و إحترزَ بذلك عن إنعقاده بالمعاطاة و بالإستيجاب و الإيجاب^(٢).

و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي^ب، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الإنعقاد^(٣).

و الحاصل: أن المصريح بذلك^(٤) - فيما وجدت من القدماء - الحلي

(١) لعل مراده *قَبِيحٌ* ما تقدّم تارةً بقوله: «لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال ...» وأخرى بقوله: «إلا أن المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الإستيجاب و الإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب».

و التصريح بجواز تقديم «إشتريت» و إن لم يُذكر في العبارتين، إلا أنّ القدر المتيقّن من جواز تقديم القبول على الإيجاب - عند الكل - هو «إشتريت» و أخواته، دون «قبلت» و رضيت».

(٢) فيستفاد من إطلاق إعتبار الإيجاب و القبول في عقد البيع شرطيتها المطلقة سواء تقدم الإيجاب أم تأخّر.

(٣) لقوله: «و اشترطنا الإيجاب و القبول، لخروجه من دونها عن حكم البيع» و لم يشترط تقدم الإيجاب على القبول.

(٤) أي: المنع عن تقديم القبول على الإيجاب.

أ: غنية النزوع في الفروع والاصول (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٥٢٤. و قد تقدم كلام السيد في ص ٤٥٢

ب: الكافي في الفقه، ص ٢٥٢

وإينُ حمزة^(١).

فمن التعجب بعد ذلك^(٢) حكاية الإجماع عن الخلاف^ب على تقديم الإيجاب مع^(٣) أنه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الإستيجاب والإيجاب «بأن^(٤) ما عدها بجمع على صحته وليس على صحته دليل» و لعمري أن مثل هذا مما يُوهن الإعتاد على الاجماع المنقول.
وقد نَبهنا على أمثال ذلك^(٥) في موارد^(٦).

(١) قال الأول: «فإن كان القبول متقدماً على الإيجاب فالبيع غير صحيح». وقال الثاني في عداد شروط صيغة البيع: «و الثامن من تقديم الإيجاب على القبول». (٢) يعني: بعد موافقة جمع، وإطلاق الشيخ في الخلاف، وإطلاق السيد والحلي، فإنه بعد هذه الموافقة تكون دعوى الاجماع على إعتبار تقديم الإيجاب على القبول بعيدة جداً.

(٣) غرضه تضعيف الإجماع بما حاصله: أنه لا دلالة في كلامه على دعوى الإجماع على ذلك، لأن مفاده دعوى الإجماع على صحة العقد بغير الإستيجاب والإيجاب، و أين هذا من دعوى الإجماع على إعتبار تقديم الإيجاب؟ والمُجدي إنما يكون هذه الدعوى، وهي مما لا يدلّ عليه كلامُ الخلاف.

(٤) متعلق بالاستدلال، يعني: إستدلّ الشيخُ بقوله: «أن ما عدها ... الخ».

(٥) يعني: أمثال هذا الموهن، وهو مصير جمع كثير إلى ما يخالف الإجماع، إذ يستكشف هذه المخالفة عدمُ إتفاق الفقهاء على الحكم حتى يحرز به رأي الامام عليه السلام.

(٦) كما تَبه في بحث الإجماع المنقول على الإشكال العام في الإجماعات المنقولة - بعد توجيه دعاوي الإجماع ونقل كلام المحقق الشوشتري في كشف القناع - بما لفظه: «و بالجملة: فالإنصاف بعد التأمل و ترك المسامحة بإبراز المظنون بصورة القطع -

أ : السرائر الحاوي . ج ٢ ، ص ٢٤٣ ، الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٧٤٠

ب : قد تقدم في ص ٤٣٣ ، والحاكي هو الشهيد في غاية المراد ، والشهيد الثاني في المسالك .

نعم^١) يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم^٢) لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثم إنّ ما ذكرنا^٣) جارٍ في كلّ قبولٍ يؤدّي بإنشاء مستقل كالإجارة التي

كما هو متعارف محصلي عصرنا - أن إتفاق من يمكن تحصيل فتاواهم على أمرٍ كما لا يستلزم عادةً موافقة الإمام عليه السلام، كذلك لا يستلزم وجود دليل معتبر عند الكلّ من جهة أو من جهات شتى. فلم يبق في المقام إلا أن يُحصّل المجتهد أمارات آخر من أقوال باقي العلماء وغيرها، ليضيفها إلى ذلك، فيحصل من مجموع المحصّل له والمنقول إليه - الذي فرض بحكم المحصّل من حيث وجوب العمل به تعديداً - القطع في مرحلة الظاهر باللازم، وهو قول الامام عليه السلام أو وجود دليل معتبر الذي هو أيضاً يرجع إلى حكم الإمام عليه السلام بهذا الحكم الظاهري المضمون لذلك الدليل ... الخ^أ، فراجع.

(١) إستدراك على ما قواه من جواز تقديم القبول على الإيجاب، و حاصل الإشكال: أنّ المتعارف من الصيغة لما كان تقديم الإيجاب على القبول كان هذا التعارف مقيداً لإطلاق وجوب الوفاء بالعقود، كتقييد تعارف الموالاة بين الإيجاب والقبول لإطلاق الأدلة. ولا فرق بين التعارف في المسألتين، ولا وجه للتفكيك بينهما بأن يكون موجبا لإنصراف الإطلاق في مسألة الموالاة، ولا يكون موجبا له في مسألة تقدم الإيجاب على القبول. ولذا يشكل الحكم بجواز تقديم القبول على الإيجاب وإن كان التقديم مقتضى الصناعة.

(٢) هذه نتيجة الإشكال في تقديم القبول بلفظ «إشتريت». وهذا تمّ الكلام في المقام الأوّل وهو حكم تقدم القبول على الإيجاب في خصوص عقد البيع. وسيأتي الكلام في المقام الثاني وهو حكم تقدم القبول في سائر العقود.

(٣) من جواز تقديم القبول إذا كان متضمناً لإنشاء مستقل في نفسه، مثل «إشتريت، إبتعت» ونحوهما، وإن لم يكن قبولا بالمعنى الأخص، وهذا شروع في

يُودَى قَبُولَهَا بِلَفْظِ «تَمَلَّكَتُ مِنْكَ مَنفَعَةً كَذَا، أَوْ مَلَكْتُ» وَالنِّكَاحُ الَّذِي يُودَى

المقام الثاني، والمستفاد من كلامه تقسيم ألفاظ القبول في سائر العقود إلى أقسام، وأنه يجوز تقديمه على الإيجاب في بعضها، دون بعض. وقبل توضيح الأقسام ينبغي التنبيه على أن المصنف رحمته ذكّر وجهين في أقسام ألفاظ القبول.

أحدهما: ما أفاده بقوله: «ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كل قبول ... إلى قوله: وقد عرفت أن قبلت ورضيت مع التقديم لا يدل ...».

و ثانيهما: ما أفاده بقوله: «فتلخص مما ذكرنا إلى قوله: فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين». ويمكن أن يختلف مفاد الوجهين كما سيأتي ذكره في آخر البحث.

و توضيح الوجه الأول هو: أنه إما أن يكون القبول إلزاماً بنقل مالٍ أو التعهد بشيءٍ آخر - غير نقل المال - بعنوان العوضية، وإما أن يكون مجرد الرضا بالإيجاب من دون أن يتضمّن نقل مالٍ إلى الموجب، أو التعهد له بشيءٍ آخر.

و الأول إما أن يكون الإلزام القبولي مغايراً للإيجاب، أو مماثلاً له. و الثاني إما أن يكون القبول مطاوعةً للإيجاب، وإما أن يكون مجرد الرضا به، فهذه أقسام أربعة. أما القسم الأول فكالقبول في بابي الإجارة و النكاح، فإن أنشئ قبول الإجارة بلفظ «قبلت ورضيت» تعين تأخره عن الإيجاب، لما تقدم في تأخره عنه في البيع. وإن أنشئ بلفظ «ملكْتُ أو تملكْتُ منفعة الدار بكذا» جاز تقديمه، لدلالته على إنشاء نقل الأجرة بعنوان العوضية للمنفعة، فيكون نظير إنشاء الشراء بلفظ «إشتريت و تملكْتُ».

و كذا الحال في قبول النكاح، فإن أنشئ بلفظ «قبلت» لزم تأخيره. وإن أنشئ بلفظ «نكحتُ، تزوجتُ» جاز تقديمه على إيجاب الزوجة، لدلالة «تزوجتُ» على التعهد بالزوجية و بأحكامها المترتبة عليها، سواء تقدّم على الإيجاب أم تأخر. و أما القسم الثاني - و هو كون القبول إلزاماً بشيءٍ مماثل للإيجاب -

فكالمصلحة المعوضة، كما إذا صالح زيد عمرواً على الدار بألف دينار، فكلُّ منها مصالح و متصالح، من جهة إنشائها التسالم على مبادلة الدار بالألف. و حكمه لزوم تأخير القبول عن الإيجاب، و ذلك لأجل تركُّب العقد من إيجاب و قبول. و لما كان هذا الصلح قائماً بهما على السوية - و ليس كالبيع و الإجارة - توقّف تميّزُ القابل عن الموجب بأن يُنشأ القبولُ بلفظ «قبلتُ» دون «صالحْتُ» و إلا يلزم تركُّب العقد من إيجابين، و هو ممنوع، فلا مناص من إنشاء القبول بلفظ «قبلتُ» و يلزم تأخيره حينئذٍ عن الإيجاب، لما تقدم في البيع.

و أما القسم الثالث - و هو عدم تكفل القبول للإلتزام بنقل شيءٍ إلى الموجب، و إنّما هو مجرد الرضا بالإيجاب - فإنْ أنشئ بما لا يتضمن المطاوعة جاز تقديمه على الإيجاب، كأنشاء قبول الهبة و القرض بلفظ «ملكْتُ» فإنّه يدلُّ على الرضاتمليك الواهب و المقرض، و لا يفهم منه الإنفعال بالإيجاب و المطاوعة له، فلا مانع من تقديمه.

و كذا الحال في الصلح على إسقاط حقٍّ أو إسقاط دين، كما إذا كان زيد مديوناً لعمروٍ بدينار فصالحه عمرو على إبراء ذمته، فلا مانع من سبق قبول زيد على إيجاب عمرو، لأنَّ قبوله محض الرضا بالإيجاب.

و إنْ أنشئ بما يدلُّ على المطاوعة لزم تأخيره عن الإيجاب، كما في إنشاء قبول الرهن و الهبة و القرض بلفظ «إرتنتُ، إتهبتُ، إقرضتُ» فإنَّ قبول هذه العقود و إن لم يدل على الإلتزام بنقل شيء إلى الموجب، بل هو مجرد الرضا بالإيجاب، لكن يمتنع تقديمه من جهة ظهور الهيئته في الإنفعال بالإيجاب و المطاوعة له، فلا بد من سبق فعل من الموجب حتى يصح الإنفعال به.

هذا توضيح القسم الثالث من أفاظ القبول. و قد ظهر به القسم الرابع أيضاً، لأنَّ القبول في عقدٍ واحد كالهبة يختلف حكمه من حيث جواز تقديمه إن لم يدل على

قبوله بلفظ «نكحتُ و تزوجتُ»^(١).

و أمّا^(٢) ما لا إنشاء في قبوله إلّا «قبلتُ» أو ما يتضمّنه^(٣) ك «إرتهنتُ» فقد يقال: بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا إلترام في قبوله لشيء، كما كان^(٤) في قبول

المطّوعة، و عدم جوازه إن تضمّن المطّوعة.

هذا تقريب ما أفاده المصنف رحمته من أقسام القبول، و سياقي تطبيق المتن عليها.

(١) هذا إشارة إلى القسم الأول، و مثاله قبول الإجارة و النكاح إذا كان بلفظ «تملكتُ و تزوجتُ» لا ما إذا كان بلفظ «قبلتُ». و حكمه جواز تقديم القبول فيه كجوازه في البيع إذا كان بلفظ «إشتريتُ». و قد تقدّم توضيحه بقولنا: «أمّا القسم الأول فكالقبول في بابي الإجارة و النكاح ... الخ».

(٢) هذا إشارة إلى قسم آخر من ألفاظ القبول في عدة من العقود، و هو القبول الذي لا يدلّ على إنشاء مستقل، لعدم دلّالته على إلترام بشيء، على حدّ دلالة «إشتريتُ» على الإلترام بنقل ماله إلى البائع، فالمنشأ في هذا القسم الثاني ليس إلّا الرضا بالإيجاب، نظير قبول الرهن و الهبة و القرض.

و قد يقال بجواز تقديمه على الإيجاب، لما مرّ من أن الرضا كما يجوز تعلّقه بأمر حاليّ كذلك يجوز تعلّقه بأمر إستقبالي.

لكن المصنف رحمته منع من إطلاق هذا، و فصلّ بين إنشاء القبول بما يدلّ على مجرّد الرضا بالإيجاب، و بين ما يدلّ على المطّوعة لإنشاء الغير و الانفعال به. و قد تقدّم توضيحه بقولنا: «و أمّا القسم الثالث و هو عدم تكفل القبول للإلترام بنقل شيء للموجب ... الخ».

(٣) يعني: يتضمّن القبول نفس الرضا بالإيجاب، و لا يتضمّن الإلترام بشيء للموجب.

(٤) هذا بيان للمنفى و هو «الالترام بنقل شيء».

البيع إلزامٌ بنقل ماله إلى البائع، بل لا يُنشأ به معنىٌ غير الرضا بفعل الموجب. و قد تقدّم^(١) أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمرٍ مترقّب كما يجوز تعلّقه بأمرٍ محقق، فيجوز أن يقول: «رضيتُ برهناك هذا عندي» فيقول: «رهنت».

و التحقيق^(٢) عدم الجواز، لأنّ إعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن. و لا يخفى^(٣) أنه لا يصدق الإرتهان على قبول الشخص إلّا بعد تحقق الرهن، لأنّ^(٤) الإيجاب إنشاءٌ للفعل [للنقل] والقبول إنشاءٌ للإنفعال [للإنتقال]. وكذا^(٥) القبول في الهبة و القرض، فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول فيها إلزامٌ بشيءٍ، و إنّما يحصل به الرضا بفعل الموجب.

(١) حيث قال: «إنّ الرضا بشيءٍ لا يستلزم تحقّقه قبله، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقيل...» راجع (ص ٤٤٢).

(٢) غرضه عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في هذا القسم الثاني، لأنّ القبول إنشاءٌ للإنفعال المترتب على الفعل الذي هو الإيجاب، فإنّ عنوان «المرتهن، و المقترض» مثلاً لا يتحققان إلّا بعد حصول الإيجاب، هذا.

و فيه: أنّ عنوان المرتهن يتحقق بالرّضا بحصول الرهن، و لا يتوقف على إنشاء القبول بمفهومٍ يتضمّن معنى المطاوعة. و قد تقدم منه أنّ عدم نهوض دليل على إعتبار إنشاء القبول بمفهومٍ متضمّن لمعنى المطاوعة.

(٣) يعني: و من المعلوم أنّ «الإرتهان» يكون على هيئة «الإفتعال» الذي أُشرب فيه مطاوعة فعل الغير.

(٤) تعليل لقوله: «لا يصدق إلّا بعد تحقق الرهن» و محصله: أنّ إنشاء الرهن إنشاءٌ للفعل، و قبول الرهن إنشاءٌ لمطاوعة فعل الراهن.

(٥) يعني: أنّ القبول في عقدي الهبة و القرض يكون كقبول الرهن في أنّها من حيث عدم تضمّنها إنشاءً نقلٍ مالٍ إلى الموجب - ينبغي جواز تقديمها على الإيجاب، لكن مانع تقديم «إرتهننتُ» و هو المطاوعة مانعٌ عن تقديم «إتبهتُ و إقترضتُ».

و نحوها^(١) قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط و التملك بغير عوض.
و أما المصالحة^(٢) المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الإلتزام بها

(١) يعني: و نحوُ القبول في الهبة و الرهن و القرض قبولُ الصلح المتضمنِ للإسقاط ما في الذمة، أو حقاً، أو المتضمن للتملك بغير عوض، إذ ليس في قبولها إلتزام بشيء، بل ليس إلا الرضا بالإيجاب، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

(٢) محصله: إبداء الفرق بين المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض، و بين المصالحة المشتملة على المعاوضة. وحاصل الفرق بينهما هو: أن الإلتزام القبولي ليس مغايراً للإلتزام الإيجابي، فالبادي منها لا محالة يتصف بالإيجاب، لصدق الإيجاب - و هو إنشاء التسام - لفةً و عرفاً عليه، فلو كان الإنشاء التسلمي المتأخر مثله لتركب العقد من إيجابين. و الإجماع قام على توقف العقد على القبول، فلا بد من إنشاء القبول بلفظ القبول و نحوه مما يفيد حتى يتألف العقد من إيجاب و قبول، و من المعلوم إعتبار تأخر لفظ «قبلت» عن الإيجاب.

و بعبارة أخرى: أن هنا أمرين يقتضيان إنشاء قبول المصالحة المعوضة بلفظ «قبلت» و يتعين تأخره عن الإيجاب.

الأول: أنه يجوز لكل واحد من المتصلحين الإبتداء بإنشاء الصلح، فكلُّ مُصلح و مُصلح. و وجهه: إستواء نسبة عنوان «الصلح» إليهما. و ليست المصالحة كالبيع في كون أحد طرفي المعاملة بائعاً و موجباً، و الآخر قابلاً و مشترياً، فإذا أرادا المصالحة على الكتاب بدينار جاز لكلُّ منهما إنشاء المعاملة، و لا يتعين الإيجاب من مالك الكتاب كما كان في البيع.

الثاني: أن الإجماع إنعقد على توقف عنوان العقد على إيجاب أحد الطرفين و قبول الآخر له، و لا يحصل عقد بإيجابين و إن كانا مرتبطين.

و نتيجة هذين الأمرين: أنه يتعين إنشاء قبول الصلح بلفظ «قبلت» إذ لو أنشأ كلُّ منهما بلفظ «صالحت» - بمقتضى جوازه لهما - لزم خلؤ عقد الصلح من قبول،

جائزاً من الطرفين و كان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر - كان^(١) البادي منها موجباً، لصدق الموجب عليه^(٢) لغةً و عرفاً. ثم لما انعقد الإجماع (*) على توقف العقد على القبول^(٣) لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول. إذ لو قال أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر، فيلزم تركب العقد من إيجابين^(٤).

و تحقق من جميع ذلك^(٥): أن تقديم القبول في الصلح أيضاً^(٦) غير جائز، إذ لا قبول فيه بغير لفظ: «قبلت و رضيت» و قد عرفت^(٧) أن «قبلت و رضيت»

و تركبه من إيجابين، و هو ممنوع. و حيث إن لفظ «قبلت» مما يلزم تأخره عن الإيجاب - لأنه ليس مطلق الرضا بالإيجاب، بل هو الرضا المتضمن للنقل في الحال إلى الموجب - تعين تأخره عن إيجاب الصلح.

(١) جواب قوله: «فلما كان...» و قد عرفت وجه تعين البادي بالإنشاء في

الإيجاب، و المتأخر في القبول.

(٢) أي: صدق الموجب على البادي. و وجه تصديده لإنشاء عنوان الصلح

بقوله: «صالحتك» فهو المصالح بحسب اللغة، لتلبسه بالعنوان، و كذا بحسب العرف.

(٣) يعني: فلا يجوز إنشاء قبول الصلح مقدماً على الإيجاب، لعدم دلالة على

نقل العوض في الحال، مع أنه لا بد في القبول من دلالة عليه.

(٤) و من المعلوم عدم كون الإيجابين المنضم أحدهما إلى الآخر عقداً.

(٥) المشار إليه قوله: «و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة» إلى قوله: «فيلزم

تركب العقد من إيجابين».

(٦) يعني: كما لا يجوز في كل عقد معاوضي يُنشأ قبوله بلفظ «قبلت و رضيت».

(٧) يعني بقوله: «لأن المشتري ناقل كالبائع، و هذا لا يتحقق إلا مع تأخر

(*) لا يخفى أنه قد تقدم منه تذييل قريباً كون المتيقن من الإجماع هو إعتبار القبول

بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، و من المعلوم حصول هذا بلفظ «صالحتك» أيضاً.

مع التقديم لا يدلّ على إنشاءٍ لنقل العوض في الحال.
فتلخص مما ذكرنا^(١): أنّ القبول في العقود على أقسام، لأنّه إمّا أن يكون
إلتزاماً بشيءٍ من القابل كنقل مالٍ عنه، أو زوجيّة، وإمّا أن لا يكون فيه سوى
الرّضا بالإيجاب.

و الأوّل^(٢) على قسمين، لأنّ الإلتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون
نظير الإلتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغائراً كالإشتراء.
والثاني^(٣) أيضاً على قسمين، لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة
كالإرتهان^(٤) و الإتهاب و الإقتراض ، و إمّا أن لا يثبت فيه إعتبار أزيد من

الرّضا عن الإيجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال ...» راجع (ص ٤٤٣).
(١) يعني: ممّا ذكرناه من قولنا: «و التحقيق أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ
قبلت... الخ» وهذا التلخيص وجه ثانٍ لبيان أقسام ألفاظ القبول في جميع العقود،
سواء أكانت عهدية - معاوضيّة وغير معاوضيّة - أم إذنيّة.
و محصلّ هذا التفصيل: أنّ القبول على أربعة أقسام، لأنّه إمّا الإلتزام يُغايّر
الإلتزام الإيجابيّ كما في الشراء و الإجارة و النكاح، و إمّا موافق له كالصلح
المعاوضيّ، و إمّا رضا بالإيجاب مع المطاوعة، أو بدونها.
(٢) و هو ما يكون القبول فيه إلتزاماً بشيءٍ من القابل، في قبّال إلتزام الموجب.
(٣) و هو ما يكون القبول فيه مجرد الرّضا بالإيجاب.

(٤) لا يخفى أنّ المصنف رحمته فرّق في الوجه الأوّل بين الرهن و بين الهبة
والقرض، حيث حكّم بتأخير قبول الرهن من جهة إعتبار المطاوعة في «إرتهننتُ
وقبلتُ» و لكن مقتضى تعليقه في الهبة و القرض بأنّه «لا يحصل من إنشاء القبول
منها إلتزام بشيءٍ، و إنّما يحصل به الرّضا بفعل الموجب» و كذا تنظير الصلح على
الإبراء - أو التمليك بغير عوضٍ - بالهبة هو جواز تقديم قبول الهبة و القرض على
الإيجاب، و حينئذٍ يختلف الوجهان المذكوران في حصر ألفاظ قبول العقود، فمقتضى

الرّضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما^(١)، فتقديم القبول على الايجاب لا يكون إلّا في القسم الثاني^(٢) من كلّ من القسمين^(٣).

الوجه الأوّل جواز تقديم القبول في الهبة و القرض. و مقتضى الوجه الثاني لزوم تأخير قبولها، هذا.

أقول: لا يبعد أن يكون مقصود المصنف رحمته من تجويز تقديم القبول في الهبة و القرض في الوجه الأوّل هو إنشاء قبولها بغير لفظ «إتهدتُ و إقرضتُ» كما إذا أنشأ المتهدب و المقرض بـ «ملكْتُ و تملكْتُ» فإنّه لا مانع من تقديم هذا القبول، لأنّه مجرد الرّضا بالإيجاب، بلا دلالة على المطاوعة.

و مقصوده رحمته في الوجه الثاني من إمتناع تقديم قبول الهبة و القرض هو إنشاؤه بما يدلّ على المطاوعة، كقول المتهدب و المقرض «إتهدتُ، إقرضتُ» فإنّه من جهة ظهوره في الإنفعال بالإيجاب يتعيّن تأخّره عنه كتأخر «قبلتُ».

و بهذا لا يبقى منافاة بين الوجهين، و إن كان الوجه الثاني أوفى بياناً لأقسام قبول العقود، و لذا تعرّض فيه لتقديم قبول العقود الإذنية كالوكالة، و لم يتعرض له في الوجه الأوّل.

(١) كالوديعة من العقود المجائزة.

(٢) و هو ما أشار إليه بقوله: «أو متغائراً كالإشتراء» و حاصله: كون الإلتزام القبولي متغائراً للإلتزام الإيجابي، فإنّ الإلتزام الإيجابي البيعي في إعتبار العرف هو نقل المال على أن يكون معوضاً عن مال الغير، و الإلتزام الشرائي في إعتبارهم هو نقل ماله على أن يكون عوضاً عن مال الغير.

(٣) قد عرفت الوجه الثاني من وجهي القسم الأوّل. و أمّا الوجه الثاني من وجهي القسم الثاني فهو كون القبول مجرد الرّضا بالإيجاب من دون إعتبار المطاوعة فيه. و قد أشار إليه بقوله: «و إمّا إن لا يثبت فيه إعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب... الخ».

ثم^(١) إن مغايرة الإلتزام في قبول البيع لإلتزام إيجابه إعتبار عرفي، فكلُّ من إلتزمَ بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمّى مشترياً، وكلُّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بائعاً.

و بعبارة أُخرى: كلُّ مَنْ مَلَكَ مالهَ غيرهَ بعوضٍ فهو البائع، وكلُّ من مَلَكَ^(٢) مالَ غيرهَ بعوضٍ ماله فهو المشتري، وإلاَّ^(٣) فكلُّ منها في الحقيقة يُملِكُ مالهَ غيرهَ بإزاء مال غيره، و يملك مال غيره بإزاء ماله.

(١) غرضه يبيِّنُ من هذه العبارة إلى آخر البحث - بعد تقسيم العقود بلحاظ جواز تقديم القبول على الإيجاب - هو تمييز البائع عن المشتري حتى يظهر أن قبول البيع إن كان بلفظ «قبلت» لم يصح تقديمه، وإن كان بلفظ «إشتريت» جاز تقديمه. وهذا المطلب قد سبق بيانه في موضعين، أحدهما: في ثالث تنبيهات المعاطاة، والآخر في هذا البحث في جواز تقديم «إشتريت» على الإيجاب، حيث قال: «لأنه - أي القبول - إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع، إلا أن البائع يُنشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري يُنشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله ... الخ».

و على هذا فحاصل ما أفاده هنا هو: أن الإلتزام بالنقل والتملك متحقق في كلِّ من الإيجاب و القبول، فلا فرق بحسب الدقة بينهما، و لكن الفارق بينهما في مقام الإثبات موكول الى العرف، فمن إلتزمَ بنقل ماله إلى الغير على أن يكون عوضاً عما مَلَكَه الغيرُ سُميَ مشترياً، و من إلتزمَ بنقل ماله على أن يكون عوضه مال الآخر سُميَ بائعاً.

(٢) أي: تَمَلَّكَ مالَ الغير بعوض مال نفسه.

(٣) أي: مع الغض عن الإعتبار العرفي يصدق عنوان «البائع والمشتري» على كلِّ واحد منها، لأنَّ البيع «مبادلة مال بمال» و الشراء هو «ترك شيءٍ و أخذ آخر» و من المعلوم إنطباق التعريفين على كلا المتبايعين.

هذا تمام الكلام في توضيح كلمات المصنف رحمته في بحث تقديم الإيجاب على القبول (*).

(* لا يخفى أن البحث في هذه المسألة يقع في مقامين:

الأول: في الإحتمالات والأقوال المتطرفة فيها.

والثاني: فيما ينبغي المصير إليه والإعتماد عليه.

أما المقام الأول: فنخبة الكلام فيه: أن في المسألة إحتمالات خمسة، بل أقوالاً كذلك.

الإحتمال الأول: وهو الأشهر - كما في المختلف - لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً. وفي التذكرة في شرائط الصيغة: «تقديم الإيجاب على الأقوى» ونحوه ما في الإيضاح وعن التنقيح. وفي جامع المقاصد وعن صبيح عقوده: «والأصح الاشتراط»^أ وعن تعليقه على الإرشاد: «انه الاظهر» بل في غاية المراد والمسالك «إدعى عليه الشيخ في الخلاف الاجماع»^ب وفي النسبة منع كما في مفتاح الكرامة.

وكيف كان فالدليل على هذا القول أمور ثلاثة، وهي بين دليل عقلي و نقلي.

أحدها: أصالة عدم ترتب الأثر بدون تقديم الإيجاب على القبول، بعد البناء على إختصاص عموم أدلة الصحة بهذه الصورة، هذا.

لكن فيه ما لا يخفى إذ لا منشأ لهذا الإختصاص إلا غلبة تقدم الإيجاب على القبول، وهي لا تصلح للتخصيص، والإنصراف المسبب عنها أيضاً لا ينهض لتخصيص العمومات. وتمسك الأصحاب بتلك العمومات في دفع ما يشك في إعتباره في العقد أقوى شاهد على عدم سقوط عمومها - بالإنصراف - عن الاعتبار.

أ: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٦٠

ب: غاية المراد، ص ٨١، مسالك الأنفهام، ج ٣، ص ١٥٣

الثاني: دلالة العقل على كون القبول فرع الإيجاب، و الفرع لا يتقدم على الأصل،
وإلا يلزم الخلاف، هذا. و سيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.
الثالث: الاجماع الذي حكاه الشهيدان رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا في غاية المراد والمسالك عن الشيخ
في الخلاف.

لكن فيه أولاً: أن إرادة الاجماع المصطلح من عبارة الخلاف مشكلة، لظهورها في
إرادة القدر المتيقن، كتيقن الطهارة مع الامتزاج في تطهير المياه. و تيقن صحة الصلاة مع
التسبيحات الأربع ثلاث مرات، فإن التيقن في مقام تحصيل العلم بالصحة غير الاجماع
على إعتبار ما شك في إعتباره، كما لا يخفى.

لأن الإنصاف ظهور كلام الشيخ في الإجماع لا في القدر المتيقن، وذلك بقربته
قوله: «ان ما اعتبرناه مجمع» كما ذكرناه في التوضيح في (ص ٤٣٤).

و ثانياً: أن الإجماع مع إختلاف الفقهاء و تعدد الأقوال غير حاصل.
و ثالثاً: - بعد تسليم الاجماع - أنه ليس بحجة، لكونه من الاجماع المنقول كما
ثبت في محله.

و رابعاً: - بعد تسليم حجية المنقول - أنه يكون حجة إذا لم يكن مدركياً، و في
المقام يحتمل أن يكون مستند المجمعين أصالة الفساد، أو تفرع القبول على الإيجاب.
ومع هذا الاحتمال لا يكون إجماعاً تعديلاً كاشفاً قطعياً عن السنة، هذا.

الاحتمال الثاني في المسألة: عدم إعتبار التقدم مطلقاً، و هو خيرة الشيخ في نكاح
المبسوط، و المحقق في الشرائع، حيث قال فيه: «و هل يشترط تقديم الإيجاب على
القبول؟ فيه تردد، و الأشبه عدم الاشتراط». أ. و العلامة في التحرير، قال فيه: «و الأقرب
عدم اشتراط تقديم الإيجاب»^٣. و الشهيدان في بعض كتبهما كالمعنى و الروضة، حيث

أ : شرائع الاسلام . ج ٢ . ص ١٣

ب : تحرير الأحكام . ج ١ . ص ١٦٤

قالا فيهما: «و لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول و إن كان تقديمه أحسن»^أ.
 و قال في الدروس: «و لا ترتب بين الإيجاب و القبول على الأقرب وفاقاً
 للقاضي عليه السلام»^ب.

و جَعَلَهُ الشهيد الثاني في المسالك هو الأقوى ج.
 و في الكفاية: «و هل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ الأقرب العدم»^د.
 و في مجمع البرهان «أنه الاظهر»^{هـ}.
 و قال الشيخ عليه السلام في نكاح المبسوط: «و أما ان تأخر الإيجاب فسبق القبول، فإن
 كان في النكاح صحّ بلا خلاف، لخبر الساعدي. و إن كان هذا في البيع فقال: بعينها، فقال:
 بعثكها صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين»^و.
 و الوجه في هذا القول أمران:

أحدهما: الإطلاقات السليمة عن المقيّد، و قد عرفت في وجوه القول الأوّل عدم
 صلاحية تلك الوجوه لتقييد الإطلاقات، و من المعلوم صدق البيع و التجارة و العقد على
 ما تقدّم فيه القبول على الإيجاب، فتشملة العمومات و الإطلاقات، هذا.
 ثانيهما: الروايات الواردة في باب النكاح الدالة على جواز تقديم القبول تارةً بلفظ
 المضارع، كما في خبر أبان المتقدم المتضمن لقول الرجل: «أتزوّجك على كتاب الله
 و سنة رسوله عليه السلام» الحديث. و أخرى بصيغة الأمر كما في خبر سهل بن سعد

أ : الروضة البهية . ج ٣ . ص ٢٢٥

ب : الدروس الشرعية . ج ٣ . ص ١٩١

ج : مسالك الأفهام . ج ٣ . ص ١٥٤

د : كفاية الأحكام . ص ٨٩

هـ : مجمع الفائدة والبرهان . ج ٨ . ص ١٤٤

و : المبسوط في فقه الامامية . ج ٤ . ص ١٩٤

الساعدي: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَاءَتْ إِلَيْهِ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَالَ ﷺ: لَا إِرْبَةَ لِي فِي النِّسَاءِ. فَقَالَتْ: زَوَّجْنِي بِمَنْ شِئْتَ مِنْ أَصْحَابِكَ، فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوِّجْنِيهَا، فَقَالَ ﷺ: هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ تُصَدِّقُهَا، فَقَالَ وَاللَّهِ مَا مَعِيَ إِلَّا رِدَائِي هَذَا، فَقَالَ ﷺ: إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ تَبَقَى وَلَا رِءَاءَ لَكَ، هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ سُورَةٌ كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ ﷺ: زَوِّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.

بناءً على كون القبول فيهما هو قول أبان: «أَتَزَوِّجُكَ» وقول ذلك الصحابي: «زَوِّجْنِيهَا» والإيجاب قول المرأة: «نعم» وقوله ﷺ بعد فصل طويل: «زَوِّجْتُكَهَا عَلَى مَا تَحْسِنُ» أو «عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ» وإلا لا يَصِحُّ الإِسْتِدْلَالُ بِهِمَا كَمَا لَا يَخْفَى. وإشكال إختصاصهما بالنكاح مندفع بأولوية غير النكاح منه، وبدعوى الجزم بعدم الفرق بين الماضي والمضارع والأمر، وأن كل من قال بجواز التقديم في الأمر قال به في الماضي. بخلاف العكس، لأن بعض من قال بالجواز في الماضي قال بالعدم في الأمر، بل هذا أحد الأقوال في المسألة كما سيجيء إن شاء الله تعالى.

أقول: العمدة في إثبات القول الثاني - أعني به عدم الإشتراط مطلقاً - هو الوجه الأول أي الإطلاقات، لما تقدم من منع أولوية غير النكاح منه. كما أن دعوى الجزم بعدم الفرق بين الماضي وغيره ممنوعة، إذ لا منشا لها مع احتمال دخول الخصوصية كما لا يخفى. فالأولى الإقتصار على الوجه الأول، وهو كافٍ في إثبات المدعى.

الاحتمال الثالث: في المسألة هو التفصيل بين النكاح وغيره، بالجواز في الأول مطلقاً وإن كان بغير الأمر، والعدم في الثاني وإن كان بالأمر.

ولعل وجهه بالنسبة الى الجواز في النكاح منع الإطلاق في الأدلة العامة في النكاح وغيره، لكونها في مقام التشريع، لا لبيان خصوصيات العقود، وإختصاص دليل الجواز كروايتي أبان وسهل المتقدمتين بالنكاح، فالمرجع في غيره من سائر العقود

أصالة الفساد المقتضية لعدم الجواز.

و أما وجه التعميم إلى جميع ألفاظ القبول في النكاح فلعلّه دعوى القطع بأولوية الماضي بالجواز من غيره، ولا أقلّ من التساوي، هذا.

وفيه: أما بالنسبة إلى الجواز في النكاح فلمنع عدم الإطلاق في الأدلة العامة، ومقتضاه جواز تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً، من دون حاجة إلى التمسك بدليل خاص كروايتي أبان و سهل المتقدمتين، حتّى يقال باختصاص جواز تقديم القبول حينئذٍ بالنكاح، و العدم في غيره لأصالة الفساد. بل مقتضى الإطلاقات عدم الفرق بين النكاح و غيره.

و أما بالنسبة إلى جهة تعميمه إلى جميع ألفاظ القبول في النكاح فلمنع القطع بأولوية الماضي بالجواز من غيره، بعد احتمال دخل خصوصية المضارع و الأمر في النكاح.

الاحتمال الرابع: التفصيل بين كون القبول بصيغة الأمر، فيجوز مطلقاً، و بين كونه بغيرها، فلا يجوز مطلقاً. و لعلّ وجهه في العقد الإيجابي هو إختصاص دليل الجواز بالأمر، و يتعدّى عن مورده - أعني به النكاح - إلى غيره بالأولوية، فيجوز تقديم القبول بلفظ الأمر في غير النكاح أيضاً.

و في العقد السلبي - أعني به عدم الجواز بغير الأمر في النكاح و غيره - هو قصور الإطلاقات، لإنصرافها إلى العقود المتعارفة، فيرجع في غير النكاح - الذي هو مورد النص و ما يلحق به بالفحوى - إلى أصالة الفساد القاضية ببطلان العقد المقدم قبوله بغير الأمر على إيجابه، هذا.

و فيه ما لا يخفى، إذ في الأوّل أولاً: أنّ دليل النكاح لا يختصّ بالأمر - بعد تسليم كون الأمر، و هو قول الصحابي: «زوّجني» في مقام إنشاء القبول، لا المقابلة - لورود المضارع أيضاً في رواية أبان المتقدمة.

و ثانياً: منع أولوية غير النكاح من النكاح حتى يتعدى إلى غير النكاح كما تقدّم آنفاً.

و في الثاني: منع قصور الإطلاقات و إنصرافها إلى العقود المتعارفة كما عرفت أيضاً. فالإطلاق محكّم، و مقتضاه جواز تقديم القبول - مطلقاً - على الإيجاب بعد صدق العقد العرفي، هذا.

الاحتمال الخامس: الذي إختاره المصنف رحمته هو التفصيل بين ألفاظ القبول، و الظاهر أنه أول من فصل في المقام.

و محصل ما أفاده هو: أن إنشاء القبول تارة يكون بلفظ «ملكك أو تملكك أو إشتريت أو إبتعت» و نحوها من الألفاظ الظاهرة في إنشاء التملك و التمليك التبعي. و أخرى يكون بلفظ «قبلت أو رضيت أو امضيت أو أنفذت» و نحوها ممّا له ظهور في إنشاء التمليك مع سبق الإيجاب، بحيث لا ظهور له في ذلك بدون سبقه، نظير تحريك الرأس في مقام الجواب عن السؤال.

و ثالثة يكون بما هو ظاهر في الإستدعاء كلفظ الأمر، مثل قول المشتري: «بعني الكتاب الفلاني بألف» و قول البائع له: «بعته إياك بكذا».

أمّا القسم الأول: فيجوز تقديمه على الإيجاب. و الوجه فيه عدم إعتبار عنوان القبول و المطاوعة في صدق مفهوم العقد العرفي، ضرورة أن العقد متقوم بالتزامين مرتبطين مبرزين، و من المعلوم حصول إبرازهما بلفظ: «ملكك» قبلاً، و «بعك» مثلاً إيجاباً، لأن معنى «ملكك و إشتريت» و نحوهما ممّا تقدّم هو إنشاء ملكية المبيع بإزاء ماله عوضاً، فالمشتري يُنشئ المعاوضة حقيقةً كالبائع، غاية الأمر أن البائع يُنشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري يُنشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله. فكلُّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه، و يُدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض، و الإدخال في القبول يُفهم من نفس اللفظ و هو

«ملكْتُ» و نحوه، فإنَّ معناه ملكت المبيع بإزاء الثمن بذكر العوض و هو الدينار.
 وبالجملة: فما هو المعتبر في القبول - من الرُّضا بالإيجاب، و نقل الثمن في
 الحال - متحقق. أمَّا الرُّضا فواضح. و أمَّا الثاني فلأنَّه أنشأ ملكية المبيع بإزاء ماله عوضاً،
 و لا يعتبر في القبول ما عدا هذين الأمرين كالمطوعة، فإنَّه لا دليل على إقرارها في مفهوم القبول.
 لا يقال: إنَّ «التاء» في «إشتريتُ و ابتعتُ و تملكْتُ» يدلُّ على مطوعة الفاعل
 لغيره، و قبوله لأثره، فالتاء في «إشتريتُ» يدل على مطوعة فاعله لفاعل «شريتُ»
 فلا فرق بين «قبلتُ و إشتريتُ» إلا أنَّ دلالة الأول على المطوعة تكون بالمادة، و الثاني بالهيئة.
 فإنَّه يقال: لا تدلُّ «تاء» المطوعة على لزوم صدور مدخولها من فاعل غير فاعل
 الفعل، بل يكفي فيه مجرد الصلاحية لذلك، فيصحُّ أن يقال: «إكتسى زيدٌ أو إهتدى»
 و إن لم يكن له كاسٍ و هادٍ.

نعم لعلَّ الغالب صدور مدخول تاء المطوعة من فاعلٍ غير فاعل الفعل. لكنَّه
 لا يوجب إعتبار ذلك فيه، فلا دليل على إعتبار المطوعة في مفهوم القبول، هذا.
 و قد أورد على ما أفاده المصنف رحمته - من جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ
 إشتريتُ و نحوه - بوجوه.

الأول: ما عن المحقق الثاني رحمته على ما في تقرير بحثه الشريف، و محصله: أنَّه
 يعتبر في القبول - بأيِّ لفظ كان - مطوعة الإيجاب و الإنفعال و التأثير منه، و إلا كان أجنبياً
 عن الإيجاب و غير مرتبط به، و كان إيقاعاً لا عقداً، فلا بدَّ من الإرتباط بين الإيجاب
 و القبول بمطوعة الثاني له، فالمطوعة معتبرة في مفهوم القبول، سواء أكان بلفظ «قبلتُ»
 أم «إشتريتُ» و نحوه. و عليه فلا بدَّ من تقديم الإيجاب على القبول، و إلا فمع التقديم لا
 يسمُن قبولاً، بل إيجاباً، هذا.

و أوجب عنه تارةً بعدم إعتبار شيءٍ في القبول سوى الرُّضا بالإيجاب، و من

المعلوم أنه لا يمنع عن جواز التقديم.

وفيه ما لا يخفى، لأن مجرد الرضا بالإيجاب ليس قبولاً للإيجاب. ودعوى كونه قبولاً لا شاهد عليها.

وأخرى - بعد تسليم إعتبار المطاوعة - أن المعتبر منها هي الإنشائية القابلة للتقدم دون الحقيقية غير القابلة له، هذا.

الثاني: ما في المتن من الاجماع على إعتبار القبول في العقد، وهو متضمن لمعنى المطاوعة حتى يقع قبولاً.

وفيه ما قيل من: أن المتيقن من الاجماع هو إعتبار القبول الشامل للرضا بالإيجاب. لكنه ممنوع بأن المتيقن إعتبار المطاوعة أيضاً في القبول، فبدونها يشك في ترتب الأثر على العقد، ومقتضى أصالة الفساد عدمه، فتدبر.

الثالث: ما في حاشية المحقق الاصفهاني رحمته من: «أن مفهوم الإشتراء أو الإبتاع متضمن لإتخاذ المبدء، فإن كان بعنوان إتخاذه من الغير فلا محالة يكون مطاوعة قصدية، وإلا كان من إنشاء بيع مال الغير فضولاً، لا إنشاء الملكية قبولاً»، هذا.

وقد أوجب تارة: بأن المطاوعة الإنشائية لا تمنع من التقديم.

وأخرى: بأن صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائماً، هذا.

وأنت خبير بما فيهما، إذ في الأول: أنه لا فرق بين المطاوعة الحقيقية والإنشائية في لزوم التأخر، إذ المفروض ترتبها على فعل الفاعل، كما في الانكسار المترتب على الكسر، والإنتقال المترتب على النقل، فتقدم القبول الإنشائي ينافي إعتبار المطاوعة.

والحاصل: أنه لا فرق في المطاوعة الإعتبارية والحقيقية، لأن تقديم القبول على الإيجاب خلاف ما فرض فيه من المطاوعة. نظير ما قيل في دفع إشكال الشرط المتأخر من: أن الممتنع هو تأخر الشرط في العلل التكوينية دون الاعترافية التي يمكن إعتبارها قبل حصول ماله دخل فيها، فبأنك خبير بأن إعتبار الملكية مثلاً قبل إجازة

المالك منافٍ لفرض دخل الإجازة فيه، و يكون ذلك خُلُفاً كما لا يخفى.
 وفي الثاني: أن ظهور باب الإفتعال في المطاوعة ممّا لاسبيل إلى إنكاره،
 ولا يصار إلى خلافه إلا بالقربة، أو عدم قابلية المورد للمطاوعة كالإحتطاب
 والإحتشاش ونحوهما، فتدبر.

الرابع: ما أوجب تردّد المصنف رحمته من قوله: «نعم يشكل الأمر بأن المعهود
 المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب. ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة
 الآتية وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال».

وفيه: أن التعارف لا يُقيّد الإطلاق. و فرق بين المقام وبين الموالة، حيث إن
 فوات الموالة مُخلٌ بالمعاقدة عرفاً، فاعتبار الوصل بين الإيجاب والقبول دخيل في
 صدق العقد العرفي، بخلاف تقديم الإيجاب على القبول، فإنّه إذا ثبت كان بالتعبّد
 كما لا يخفى.

أو يقال في الفرق بين المقامين: بأن التعارف هنا من قبيل الغالب المتخلف في
 بعض الموارد، بشهادة ما ورد في بعض نصوص عقد النكاح من قول الزوج: «أترؤجك
 وقول الزوجة: نعم». وهذا بخلاف التعارف في الموالة، إذ لم يعرف تخلف له.
 والتعارف على النحو الأوّل - وهو المتخلف في بعض الموارد - لا يُقيّد الإطلاق،
 بخلاف التعارف على النحو الثاني، فإنّه يُقيّده، فمع فرض صدق العقد العرفي على
 الإيجاب والقبول المنفصلين لا يشمل: ﴿أوفوا بالعقود﴾ لفوات الموالة المعتبرة في
 العقود المقيّدة لإطلاق أدلة الصحة، هذا.

وأما القسم الثاني: - وهو أن يكون القبول بلفظ «قبلت ورضيت» ونحوهما -
 فقد ذهب إلى عدم الجواز. والوجه في ذلك - على ما في المتن - أمور ثلاثة:

الأول: الاجماع المحكي عن التذكرة.

والثاني: أن العقد المتقدم قبوله على إيجابه خلاف المتعارف، فلا يشمل عموم

﴿ أو فوا بالعقود ﴾ بعد إنصرافها إلى العقود المتعارفة.

و الثالث: أن القبول - الذي هو أحد ركني العقد معاوضي - فرع الإيجاب، لأنه عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله في الحال إلى الموجب عوضاً، إذ المشتري كالبايع ناقل، فلا بدّ من تقدم الإيجاب عليه، وإلا لم يكن معنى للقبول.

نعم لو كان القبول عبارة عن مجرد الرضا بالإيجاب توجه تقديم القبول عليه، لأن مجرد الرضا يتعلّق بالشيء الماضي والحال والمستقبل .

وبالجملة: فلا يدلّ «قبلت» و«رضيت» على إنشاء نقل الثمن في حال التكلم إلا مع تأخرهما عن الإيجاب الدال على نقله عن المشتري تبعاً، هذا.

وفي الكل ما لا يخفى: إذ في الأول: عدم ثبوت الإجماع، وعدم صحة نسبه إلى التذكرة كما تقدم في التوضيح. وعلى تقدير ثبوته يحتمل أن يكون مدركياً، لاحتمال إستناد المجمعين إلى بعض الوجوه كالفرعية، فراجع.

وفي الثاني: عدم صلاحية التعارف لتقييد الإطلاقات.

وفي الثالث: أن المراد بالفرعية إن كان فرعية المعلول للعلة في الوجود، ففيه: أن فساده أوضح من أن يُذكر، إذ لازمه وجود القبول قهراً بمجرد وجود الإيجاب، كما هو شأن المعلولات الحقيقية.

وإن كان فرعيته للعلة في التأثير لا أصل الوجود ففيه أولاً: أنه ليس أولى من العكس.

وثانياً: أنه أجنبي عن مورد البحث الذي هو جواز تقديم القبول من حيث الوجود الإنشائي، ومقتضى الفرعية المذكورة عدم جوازه من حيث التأثير، وهو لا يدلّ على لزوم تأخير القبول بوجوده الإنشائي.

وإن كان فرعية العرض للمعروض في قيام القبول بالإيجاب - بأن يقال: إن القبول كسائر الأفعال المتوقف تحقّقها على وجود مفعول به قبلها كالأكل والشرب المتعلقين

بالمأكل والمشروب - ففيه: أنه إن أريد من وجود الإيجاب قبل القبول حتى يرد عليه القبول وجوده الإنشائي الخارجي فهو مصادرة، لأنه عين محل النزاع.

وإن أريد منه مطلق وجوده - ولو كان ذهنياً - فهو ممّا لا إشكال فيه، لكنه لا يُثبت المقصود، وهو عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب الإنشائي الخارجي.

وبعبارة أخرى: الأفعال من حيث الاحتياج إلى وجود المتعلق - المعبر عنه بالمفعول به تارة، وبالموضوع أخرى، وبمتعلق المتعلق ثالثة - تكون على أقسام.

أحدها: احتياجها إلى خصوص الوجود الخارجي كالأكل والشرب.

ثانيها: احتياجها إلى خصوص الوجود الذهني كالطلب، إذ لو تعلّق بالوجود الخارجي لزم طلب المحاصل المحال.

ثالثها: احتياجها إلى مطلق الوجود كالقبول، فإنّه يتعلّق بالإيجاب الموجود خارجاً أو ذهنياً، كالرضا المتعلّق بإيجاب يوجد في المستقبل، فليتامل.

وإن كان فرعية الإنفعال للفعل ففيه: أن ترتب الإنفعال على الفعل وتأخره عنه إنّما هو في الفعل والإنفعال الحقيقيين كالكسر والإنكسار، دون الفعل والإنفعال

الإنشائيين، لصحة الإنفعال الإنشائي وإن لم يكن هناك فعل، لا واقعاً ولا إنشاءً، حيث إنّ الإنفعال الإنشائي ليس إلاّ إنشاءً لمفهومه، وإستعمال اللفظ فيه بقصد تحقّقه. فالقبول

والمطوعة الإنشائيان لا يتوقّفان على وجود الإيجاب لا خارجاً ولا إنشاءً، وإنّما يتوقّفان بوجودهما الواقعي على وجود الإيجاب.

والحاصل: أن للقبول والمطوعة أنحاء من الوجود الذهني والخارجي والإنشائي، ومحلّ البحث هنا هو وجودهما الإنشائي الذي لا يتوقف على وجود الإيجاب قبله، فيصح إنشاء القبول والمطوعة قبل الإيجاب.

ثم إنه على فرض التنزّل - والالتزام بتوقف وجودهما الإنشائي أيضاً على وجود الإيجاب - يمكن القول بجواز تقديم القبول على الإيجاب أيضاً. بيانه: أن عدم الجواز

حينئذٍ مبني على كون القبول العقدي إنفعالاً متضمناً لمعنى المطاوعة. وذلك ممنوع، لأن الإِنفعال -الذي هو التأثير- في قبال الفعل و هو التأثير، وإحداث الأثر لا يتصور في القبول العقدي، لأن مورد التأثير إما هو المال، لعروض الإنتقال عليه، فيتأثر المال بالإبتيع والإنتقال. وإما هو القابل، فكأنَّ الموجب بنقل ماله إلى المشتري بعوض يؤثر في المشتري، و هو يتأثر به.

إذ يلزم على الأول أن يكون القبول العقدي صفةً للمال دون المشتري، فلا يصح جعل المشتري قابلاً، بل القابل هو المال. و من البديهي أن القابل هو المشتري لا المال، كما أن الموجب هو البائع لا المبيع، فإنَّ الموجب و القابل وصفان للمتعاملين لا العوضين. كما لا يخفى.

و يلزم على الثاني أن يصح إنشاء القبول بلفظ «إنفعلت و تأثرت» و فساده بمكان من الوضوح.

إلا أن يقال: إن عدم صحة إنشاء القبول بلفظ «إنفعلت و تأثرت» يحتمل أن يكون تعبداً محضاً.

لكن فيه: أنه لم يثبت تعبد هنا، فلاحظ.

و الذي يشهد بعدم كون القبول العقدي إنفعالاً: أنه لا يستعمل شيء من ألفاظ القبول إلا متعدياً، و من المعلوم أن التعدي ينافي معنى الإِنفعال، فليس القبول العقدي - وإن كان بلفظه - إنفعالاً للإيجاب، بل هو عبارة عن مجرد الرضا بالإيجاب الذي هو نقل الموجب ماله إلى المشتري أصالةً، و نقل مال المشتري إليه تضمناً.

و بعبارة أخرى: التأثير و هو تملك المبيع أصالةً، و التأثر و هو تملك مال المشتري تبعاً لكلاهما مستند إلى الموجب، و ناشٍ من إيجابه، و لا يصدر من المشتري إلا صرف الرضا بهذين التأثير و التأثر. و حيث إن هذا الرضا قائم بالصورة الذهنية كالطلب فلا يتوقف على وجود الإيجاب خارجاً فعلاً، بل يكفي وجود الإيجاب خارجاً

في المستقبل في تعلق القبول بمعنى الرضا المزبور به، ولا يحتاج إلى تقدم الإيجاب عليه في الخارج. وسيأتي في المقام الثاني إن شاء الله تعالى مزيد بيان لإثبات كون القبول مجرد الرضا بالإيجاب، فانظر.

و أما القسم الثالث - وهو أن يكون القبول بصيغة الأمر - فقد ذهب المصنف رحمته إلى منع تقديمه على الإيجاب، لأن الأمر لا يدل إلا على طلب المعاوضة والرضا بها، ولا يدل على نقل الثمن إلى البائع في الحال عوضاً عن المبيع، إذ المفروض عدم تحقق الإيجاب قبله. ودعوى الاتفاق على صحة تقدم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب كما في المبسوط موهونة بمصير الأكثر إلى خلافه، فلا إجماع أصلاً.

ثم إنه ينبغي تحرير محل النزاع في الأمر، فنقول وبه نستعين: إن استعمال الأمر في مقام المعاملة يتصور على ثلاثة أقسام:

أحدها: مجرد الطلب، والدلالة على رضائه بالمعاملة لو إتفق معه البائع، من دون قصد الطالب للقبول به، بل غرضه طلب المعاملة من البائع. ولا ينبغي الإشكال في عدم كفايته عن القبول، كما لا ينبغي نسبة القول بصحة العقد به - إذا لحقه الإيجاب من دون إتياعه بالقبول المعبر - إلى أحد من فقهاءنا، لفقدان قصد القبول مع تقوُّم القبول به.

ثانيها: مجرد الدلالة على الرضا بالمأمور به وهو البيع من دون قصد إلى الطلب، من باب استعمال اللفظ الموضوع لللازم في الملزوم، فتدُل صيغة الأمر حينئذٍ على مجرد الرضا بما يوجبه الموجب في المستقبل، ولا تدل على الرضا بنقل الثمن في الحال إلى البائع. وهذا أيضاً لا يتحقق به القبول، لعدم كونه رضىً بنقل الثمن في الحال، والمفروض أن القبول على مذهب المصنف رحمته عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل الثمن في الحال إلى الموجب، فلا يكون هذا الأمر قبولاً حتى يلتزم العقد بالحقوق القبول - الذي هو ركن - بالإيجاب.

ثالثها: الدلالة على معنى «إشترت» من باب استعمال اللفظ الموضوع للملزوم في اللازم، إذ من لوازم طلب البيع قبوله والقيام بالإشتراء، فاستعملت صيغة الأمر في

إنشاء هذا اللازم.

وهذا ممّا ينبغي أن يكون محلاً للنزاع، دون الأولين، لوضوح عدم كفايتهما في تحقق العقد، لما عرفت من عدم دلالتهما على الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله إلى الموجب في الحال، و من المعلوم أنّ هذا المعنى هو القبول العقدي، والمفروض عدم حصوله بهما. بخلاف المعنى الأخير، لحصول القبول العقدي به، غاية الأمر أنّ دلالة الأمر على هذا اللازم تكون على سبيل المجاز، للقرينة المقاليّة أو المقامية، فيصح إستعماله على مذهب المحقق الثاني رحمته فيصير حاله حال «إشترت» فإن جوزنا تقديم القبول بصيغة الأمر فهو وإلا فلا.

و من هنا يظهر: أنّ منع المصنف رحمته عن تقديمه على الإيجاب ناشٍ عن حمل الأمر على المعنى الأول، وهو الدلالة على مجرد الطلب كما هو صريح كلامه: «لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها ... الخ».

و أنت خبير بأنّ الأمر بالمعنى الذي أفاده المصنف رحمته لا يصلح لأن يكون قبولاً عقدياً حتى يقع محلاً للنزاع في جواز تقديمه على الإيجاب، إذ لا يدلّ بهذا المعنى على القبول العقدي أصلاً، فلا يصحّ إنشاء القبول به و إن تأخّر عن الإيجاب.

فالحقّ أن يقال: إنّ الأمر إذا دلّ على القبول العقدي بالقرينة فهل يجوز تقديمه على الإيجاب أم لا؟ فإنّ هذا ينبغي أن يقع مورداً للنزاع في جواز تقديم القبول بصيغة الأمر، كالنزاع في تقديمه إذا كان بصيغة الماضي، و يأتي ما هو مقتضى التحقيق إن شاء الله تعالى.

هذا تمام الكلام في المقام الأول أعني به: الاحتمالات و الأقوال في مسألة إعتبار تقدم الإيجاب على القبول و عدمه.

و أمّا المقام الثاني: - أعني به الحقّ الذي ينبغي الاعتماد عليه - فتتقيحه منوط بتقديم أمور:

الأول: أنه لا ريب في ترُكُّب العقد من الإيجاب و القبول، و أن مجموعهما موضوع لحكم الشارع أو العقلاء من الأمر الاعتباري كالملكية والزوجية و نحوهما. و الفارق بين العقد و بين الإيقاع هو كون موضوع الأمر الاعتباري بسيطاً في الإيقاع غير محتاج إلى إنشاء آخر يسمّى بالقبول كباب التحرير و النذر و غيرها من الإيقاعات، و مركباً في العقد أي محتاجاً في ترتب الأثر إلى إنشاء آخر يسمّى بالقبول. و نتيجة هذا الأمر أن الإنشاءين المقومين للعقد العرفي موجودان مع تقدم القبول على الإيجاب.

الثاني: أنه لا بدّ في الأدلة اللبّية - كالإجماع - من الأخذ بالمتيقن، إذ لا إطلاق لها حتى يؤخذ به، و هذا بخلاف الأدلة اللفظية، فإنها على قسمين:

أحدهما: أن تكون مجمّلة، كما إذا كانت في مقام التشريع فقط، كقوله تعالى: ﴿ أقيموا الصلاة و أتوا الزكاة ﴾.

و الآخر: أن يكون لها إطلاق أو عموم، كما إذا كانت في مقام البيان من سائر الجهات أيضاً غير جهة التشريع.

الثالث: أن الإيجاب و القبول المعتبرين في العقود لا حقيقة شرعية لهما، فلا بدّ في تحقيق مفهومهما من الرجوع إلى العرف.

الرابع: أن النزاع في إعتبار تقدّم الإيجاب على القبول إنما هو مع إنحفاظ عنوان القبول مع تقدّمه على الإيجاب، و إلا فلا معنى للنزاع في تقدم القبول مع خروجه عن عنوانه، و تبدّله بعنوان الإيجاب.

الخامس: أنه لا ريب في صدق العقد العرفي على العقد المتقدم إيجابه على قبوله، فلا يتقوّم مفهوم العقد عرفاً بتقدم الإيجاب على القبول، فاعتبار تقدمه لو قيل به لا بدّ أن يكون بدليل شرعي.

و الغرض من هذا الأمر هو: أن الإرتباط المقوّم لعقدية الإنشاءين موجود مع تقدم القبول على الايجاب.

إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: أن المتيقن من الإجماع القائم على إعتبار القبول في العقد هو كون القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب و تقريره و تشييته. و إعتبار المطاوعة و الإنفعال خصوصية زائدة لا دليل على إعتبارها في مفهوم القبول، فإن المتيقن من الإجماع الدال على إعتبار القبول في العقد هو الرضا بالإيجاب. و إعتبار قيد زائد فيه -كالإنفعال و المطاوعة و إنشاء نقل- مما لا دليل على إعتباره، بعد وضح صدق مفهوم العقد العرفي على العقد الذي يكون قبوله رضاً بالإيجاب من دون خصوصية أخرى معه. و لو شك في إعتبارها شرعاً ينفي بعموم و جوب الوفاء بالعقود.

فوزان القبول و زان «جزاكم الله خيراً» لمن عمل عملاً، و شأنه تقرير عمل الموجب. كما أن المناسب للفظ القبول عرفاً هو هذا المعنى، فإنه قبول لإيجاب الموجب و رضاً به، فليس شأن القبول إنشاء نقل مثلاً في قبالة إنشاء الموجب، و إلا كان العقد مركباً من إيجابين، لا إيجاب و قبول، كما إذا قال المشتري بعد قول البائع: بعثك هذا المتاع بدينار: «نقلت الدينار إليك بهذا المتاع» فإن هذا الكلام من المشتري إيجاب لا قبول.

و الحاصل: أن تمام ماهية البيع توجد بإيجاب البائع و قبول المشتري لهذا الإيجاب، و لا تحتاج إلى إيقاع المشتري ملكية المبيع أو البائع ملكية الثمن، لأن الإيجاب متضمن لذلك، و المحتاج إليه في ترتب الأثر هو قبول المشتري، و رضاه بما أوقعه الموجب، فليس القبول نقلاً و إنتقالاً جديداً، بل الإنشاء الصادر من المشتري ليس إلا رضاً بالإيجاب.

فما أفاده المصنف رحمته من إعتبار تضمّن القبول للنقل و للرّضا بالإيجاب لا يخلو من غموض.

إذ فيه أولاً: عدم الدليل على إعتبار النقل في القبول، كما عرفت.
و ثانياً: منافاته لما اختاره رحمته في ثاني تنبيهات المعاطاة من كفاية الإعطاء من

طرف واحد في تحقق البيع المعاطاتي. وجه المنافاة أنه لا يتحقق حينئذ فعل من المشتري حتى يكون نقلاً للثمن، بل يحصل منه أخذ، وهو متمم لفعل المعطي، وليس إنشاء لنقل الثمن كما لا يخفى.

كما أن ما أفاده المحقق الثاني في تعليقه على ما في تقرير بحثه الشريف: «من أن كلاً من الموجب والقابل في عقود المعاوضة يُنشئ أمرين، أحدهما بالمطابقة، و ثانيهما بالتزام، فالموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقة، ويتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً، والقابل بعكس ذلك» لا يخلو أيضاً من غموض.

لما فيه أولاً: من منافاته لتحقيق البيع المعاطاتي بإعطاء واحد كما عرفت آنفاً، فتأمل.

وثانياً: أن تملك الثمن بالقبول لا بد أن يكون مقصوداً للمشتري، لتبعية العقد للقصد، كسائر الأمور القصدية المتقومة بالقصد، ومن المسلم فقده في غالب البيوع، لجهل المشتري باعتبار قصد نقل الثمن، فيلزم بطلان كثير منها، وهو كما ترى.

و ثالثاً: يلزم تركب العقد من إيجابين: تملك البائع للمبيع، و تملك المشتري للثمن، و هذا غير الإيجاب والقبول المقومين للعقد.

ورابعاً: يلزم أن يكون مفهوم القبول - الذي هو أحد ركني العقد في العقود المعاوضية - مغايراً لمفهوم القبول في سائر العقود، و لازم هذا تعدد الوضع للقبول على حسب تعدد أنواع العقود، و لا أظن التزام أحدٍ بذلك، هذا.

و قد ظهر أيضاً مما ذكرناه ما في تفصيل المصنف في بين ألفاظ القبول، بجواز التقديم إذا كان بلفظ «إشتريت» و نظائره مما هو ظاهر في التملك و التملك التبعية و بعده إذا كان بلفظ «قبلت» و نحوه مما هو ظاهر في مطاوعة فعل الموجب، أو كان بصيغة الأمر، بدعوى: أن «إشتريت» و نحوه يدل على الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن

النقل في الحال، فيجوز تقديمه. و أن لفظ «قبلت» متفرع على الإيجاب، و لم يحصل بعد، فلا يجوز. وكذا لفظ الأمر، فإنه يدل على الرضا بالمعاملة، و لا يدل على الرضا بالنقل في الحال، فالأمر إذن في إيقاع البيع، لا قبول للإيجاب، هذا.

و ذلك لماعرفت من أن القبول العقدي ليس إلا الرضا بفعل الموجب، سواء حصل الإيجاب أم لم يحصل بعد، ضرورة أن الرضا كما يتعلق بأمر حالي كذلك يتعلق بأمر إستقبالي. و لا يعتبر في القبول النقل في الحال، لما مر من عدم دخله في شيء من العقود شرعاً و لا عرفاً. ولو كان إنشاء النقل دخيلاً في مفهوم القبول لما كان التقديم جائزاً بأي لفظ كان، لامتناع إتصاف القبول بهذا المعنى إلا مع التأخر، لأن نقل الثمن لازم تملك المبيع، و بدون تملكه لا ينشأ تملك الثمن. ولو لم يكن دخيلاً في مفهومه جاز تقديم القبول بأي لفظ كان.

فهذا النزاع الراجع إلى مقام الإثبات غير مناسب، لأن مفهوم القبول إما يقبل التقديم و إما لا يقبله. فعلى الأول يجوز مطلقاً، و على الثاني لا يجوز كذلك، و إن كان بلفظ: إشتريت و إبتعت.

ولو سلم إعتبار المطاوعة في القبول فلا مانع من إنشائه مقدماً على الإيجاب بأحد نحوين، إما بنحو الإشتراط، كأن يقول: «إن بعنتي هذا المتاع بكذا قبلت» نظير الواجب المشروط، فيتحقق القبول الحقيقي المتمم لموضوع الأمر الاعتراري بعد الإيجاب. و إما بنحو الواجب التعليقي، فيقبل الإيجاب في موطن تحققه، كإيجاب الصلاة في الغد، فالإنشاء فعلي و المنشأ إستقبالي.

و على التقديرين لا مانع من إنشاء القبول قبل الإيجاب سواء أكان بلفظ «إشتريت أم قبلت» أم الأمر. و الفرق بينها إنما هو في كيفية الدلالة، فإن دلالة «قبلت» و رضيت» على القبول و هو الرضا بالإيجاب إنما تكون بالمطابقة، و على النقل و التملك بالالتزام، و دلالة

«إشتريت» و نحوه على القبول - بالمعنى المزبور - إنما تكون بالالتزام، و على النقل و التملك بالمطابقة. و دلالة الأمر على القبول إنما تكون بالكنائية، لأنَّ مطلوبة البيع الذي هو مادة الأمر يلزمها الرضا بإيجابه.

لكن هذا الفرق ليس بفارق في جهة البحث و هي تقدُّم القبول على الإيجاب. ولو نوقش في دلالة بعض الألفاظ على القبول مع تقدُّمها على الايجاب، فإنَّما هو مناقشة صغروية لا تغدح في البحث الكبيروي، و هو تقدم القبول على الايجاب بعد كون القبول هو الرضا بالإيجاب، و عدم إعتبار شيءٍ آخر - كالنقل في الحال - فيه. و بالجملة: فالحقُّ جواز تقديم القبول مطلقاً ولو كان بلفظ الأمر، إن كان مفهوم القبول بسيطاً و هو الرضا بالايجاب، لما عرفت من جواز تعلُّق الرضا بإيجاب إستقبالي كتعلُّقه بإيجاب حاليٍّ، و عدم جواز التقديم إن كان مفهومه مركباً من الرضا بالإيجاب و النقل في الحال، و إن كان بلفظ «إشتريت و إبتعت و ملكت». فمناط جواز التقديم و عدمه هو بساطة مفهوم القبول و تركُّبه من غير دخل لدلالة الألفاظ من حيث الصراحة و عدمها في ذلك، كما لا يخفى.

كما أنه قد ظهر مما ذكرنا أيضاً غموض تفصيل آخر، و هو ما أفاده المصنف رحمته أيضاً من الفرق بين أنواع العقود، و ملخصه: أن القبول في العقود على أقسام، لأنَّه إنما إلتزام بشيءٍ كالإلتزام بنقل ماله إلى الغير عوضاً عن ماله كما في العقود المعاوضيّة كالبيع و الاجارة، و ما بحكمهما كالنكاح، فإنَّ القابل و هو الزوج يلتزم بالزوجيّة. و هذا القسم يتصور على وجهين:

أحدهما: كون الإلتزام الحاصل من القابل نظير الإلتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة المعاوضيّة، حيث إنَّ كلّاً منهما يتسالم صاحبه على المال. ثانيهما: كونه مغايراً له كالإشتراء، إذ الملحوظ فيه عوضيّة لمال آخر.

وإما مجرد الرضا بالإيجاب من دون إلزام بشيء. وهذا القسم يتصور أيضاً على وجهين:

الأول: أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالإرتهان والإتهاب والإقتراض.
والثاني: أن لا يعتبر فيه أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعارية والوديعة، فإن القبول فيها يحصل بمجرد الرضا بإيجاب التوكيل والإعارة والإيداع، وليس فيه إنشاء للإلزام.

و تقديم القبول على الإيجاب إنمّا يكون في صورتين:
إحدهما: كون القبول إلتزاماً مغايراً للإيجاب كالإستراء.

ثانيتها: كون القبول مجرد الرضا من دون إعتبار المطاوعة فيه، كالقبول في المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التمليك بغير عوض، و في الوكالة والعارية والوديعة لأن في هاتين الصورتين ينبغي أن ينازع في جواز تقديم القبول على الإيجاب و عدمه، حيث إن تقديمه فيهما على الإيجاب لا يخرج عن معنى القبول.

بخلاف الصورتين الأخرين - و هما كون القبول إلتزاماً نظير إلتزام الموجب كالمصالحة المعاوضة. و كون القبول الرضا بالإيجاب مع إعتبار المطاوعة فيه - فإن التقديم في الأولى يوجب تركب العقد من إيجابين، و في الثانية يوجب فوات المطاوعة المعتبرة في مفهوم القبول. هذا محصل ما يستفاد من كلام المصنف رحمته.

و الإشكال فيه يظهر مما أسلفناه، إذ القبول العقدي في جميع أنواع العقود ليس له معنى متعدّد و وضع كذلك. و الوجه في إعتبار القبول في العقد إما العرف، لتركب العقد عندهم من الإيجاب و القبول، فالقبول حينئذٍ مقوم للعقد العرفي. و إما الإجماع على إعتبار القبول في العقد.

و على التقديرين لا وجه لاعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب في ظرف تحققه، إذ لا يحكم العرف بأزيد منه. و كذا الإجماع، لأن المتيقن منه هو إعتبار مجرد الرضا

بالايجاب. ولا دليل على اعتبار المطاوعة - أو فعلية الايجاب حين القبول - في مفهوم القبول أو في تأثيره.

فالتحقيق: أن القبول في جميع العقود بمعنى واحد، وهو الرضا بالايجاب مطلقاً، سواء تقدّم أم تأخّر، لما عرفت من صحة الرضا بشيء مستقبل كالحالي.

و أما الإلتزام بالشئ في بعض العقود - كالإلتزام بالنقل في البيع والزوجية في النكاح - فليس دخيلاً في مفهوم القبول، وإنما هو من لوازمه، حيث إن الرضا بالايجاب يختلف مقتضاه بحسب إختلاف أنحاء الايجاب، فإن إيجاب الزوجية يستلزم أن يكون الرضا به إلتزاماً بالزوجية، والرضا بتسالم زيد مثلاً على مال يكون قبولاً للصلح.

و بالجملة: ففي جميع أنواع العقود ليس القبول فيها إلا مجرد الرضا بما أوجبه الموجب من غير فرق في ذلك بين العقود اللازمة المعاوضية والإذنية والمجانبة.

هذا مضافاً إلى ما في بعض أمثلة التفصيل المزبور من المناقشة، حيث إنه ﷺ جعل قبول القرض مجرد الرضا بالايجاب من دون إلتزام بشئ، مع أن الواضح إلتزام المقترض بضمان العين المقترضة مثلاً أو قيمة.

وكيف كان فمقتضى التحقيق جواز تقديم القبول بأي لفظ كان على الايجاب في أي عقد كان، فتدبر.

و مما ذكرنا تعرف ما في كلمات المصنف ﷺ من الإضطراب، هداانا الله تعالى إلى حقائق أحكامه بحق محمد و عترته سادة أوليائه صلوات الله عليهم إلى يوم لقائه.

و من جملة شروط العقد: الموالاة^(١) بين إيجابه و قبوله.
ذكرة الشيخ في المبسوط في باب الخلع^(٢)،

المبحث الثاني: شرطية الموالاة بين الإيجاب و القبول

(١) هذا هو المبحث الثاني من مباحث الجهة الثالثة المتكفلة لشرائط الصيغة من حيث الهيئة التركيبية. و البحث في هذه المسألة عن شرطية الموالاة بين الإيجاب و القبول، و إخلال الفضلي بينهما - بالأجنبي. و قد يُعبّر عن هذا الشرط بالفورية في كلام بعضهم، كما في حاشية الفقيه المامقاني رحمته. و سيأتي تصريح شيخ الطائفة باعتبار الفورية في الخلع.

و في الجواهر: «و أمّا الإتصال فعن جماعة منهم الفاضل في النهاية و الشهيد و المقداد و المحقق: أنه يشترط أن لا يتأخّر القبول بحيث لا يعدّ جواباً، و لا يضرّ تخلُّل أني أو تنفّس أو سعال»^ب.

و في مفتاح الكرامة - بعد حكاية الإشتراط عن الجماعة المذكورين - : «قلت: هو مما لا ريب فيه»^ج.

(٢) ذكره شيخ الطائفة في خصوص الخلع، و لم يذكره على وجه القضية الكلية الجارية في سائر العقود. قال في المبسوط: «إذا طلقها بألف أو على ألف، فقد طلقها

أ : غاية الأمال . ص ٢٥١

ب : جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٢٥٥

ج : مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ١٦٥

طلاقاً بعوض ألف. و يقتضي أن يكون جوابه على الفور، فإن تراخى لم يصح أن يطلّقها على ما طلبتا، فإن طلق كان ابتداءً طلاقاً من جهته، و يكون رجعيّاً^(٣) إنتهى موضع الحاجة من كلامه زيد في علوّ مقامه.

(١) قال تيّز في بيع النهاية: «و يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب و القبول، و لا يتخلّلها كلام أجنبي عن العقد، إذا خرج بذلك عن القبول عرفاً»^(٤). و إعتبر في نكاح القواعد وحدة مجلس الإيجاب و القبول.

و جوز في نكاح التذكرة التراخي، فقال: «أمّا يصح العقد إذا صدر في مجلس واحد و لم يتشاعلاً بينه بغيره و إن تراخى أحدهما عن الآخر، إذا عدّ الجواب جواباً للإيجاب ... الخ»^(٥) فراجع.

و على هذا فإن أمكن إستفادة الفورية من إشتراط وحدة المجلس فهو، و إلا فنحصّر نسبة شرطية الفورية إلى العلامة في صراحة عبارة النهاية.

(٢) قال الشهيد تيّز في شرائط الوقف: «و رابعها: القبول المقارن للإيجاب، إذا كان - أي الوقف - على من يمكن فيه القبول»^(٦).

و يستفاد إعتبار الموالة أيضاً من مفهوم قوله في شرائط عقد البيع: «و لا يقدر تخلّل أي أو تنفس أو سعال»^(٧).

و رجّح الشهيد الثاني في الروضة إشتراط الوقف بالقبول - إذا كان الوقف على من يمكن في حقه القبول - ثم قال: «فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة من

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٤، ص ٣٦٢

ب: نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٥٠

ج: قواعد الأحكام، ص ١٤٧ (الطبعة الحجرية)

د: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨٣

ه: الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٦٤

و: الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩١

والمحقق الثاني^(١) و الشيخ المقداد^(٢).

قال الشهيد في القواعد^(٣): «الموالة معتبرة في العقد ونحوه^(٤)، و هي^(٥)»

إتصالة بالإيجاب عادة^(٦).

(١) كما في موضعين من جامع المقاصد، أحدهما: في عقد البيع، حيث قال:

«ويشترط وقوع القبول على الفور عادةً من غير أن يتخلل بينهما كلام أجنبي»^(٧).

ثانيهما: في عقد النكاح، حيث شرط العلامة إتحاد المجلس، وإستظهر منه المحقق

الثاني الموالة، فقال: «و كذا يشترط إتحاد مجلس الإيجاب و القبول، فلو تعدّد - كما

لوقالت الزوجة: زوّجت نفسي من فلان، و هو غائب، فبلغه، فقبل - لم يصحّ، لأنّ

العقود اللازمة لا بدّ فيها من وقوع القبول على الفور عادةً، بحيث يُعدّ جواباً للإيجاب

وكذا لو تخلّل بينهما كلام آخر أجنبي»^(٨).

و تعرّض العلامة تتبيّر في التذكرة لفرعين، أحدهما: إتحاد المجلس كما نقلناه آنفاً،

و الآخر: تأخر القبول عن الإيجاب بما لا يتعارف، كما إذا كان غائباً عن مجلس

الإيجاب. و يظهر من عقد فرعين تعددهما موضوعاً، فراجع التذكرة^(٩).

(٢) إستند الشهيد تتبيّر في إعتبار الموالة إلى فتاوى فقهاءنا تتبيّر في مسائل

خمس، و نقل فتوى بعض العامة في مسألة تخلّل التحميد و التوصية بين إيجاب عقد

النكاح و قبوله.

(٣) ممّا يعدّ فيه الشيطان أو الأشياء واحداً، أو يعدّ أجزاء المركّب واحداً كالصلاة.

(٤) أي: الموالة. توضيحه: أنّ الملحوظ في إعتبار الإتحاد بين الإيجاب

أ: التنقيح الرابع، ج ٢، ص ٢٤

ب: الروضة البهية، ج ٣، ص ١٦٥

ج: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٩

د: جامع المقاصد، ج ١٢، ص ٧٨

ه: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨٢

مأخوذة من إعتبار الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه^(١). وقال بعض العامة^(٢):

والقبول هي تبعية القبول له كتبعية المستثنى للمستثنى منه، فكأن ملاك الإتصال في الاستثناء - وهو التبعية - جارٍ في جميع التوابع، فتعدّوا من باب الإستثناء إلى كل ما لوحظ فيه التبعية، وترتّب عليها الآثار الشرعية. وجعلوا العقد من الموارد الملحوظ فيها التبعية، حيث إنّ القبول تابع للإيجاب، فيعتبر الإتصال والموالة بين الإيجاب والقبول كإعتبارهما بين المستثنى والمستثنى منه.

والحاصل: أنّ تبعية المستثنى للمستثنى منه وشدّة إرتباطه به لما كانت في غاية الوضوح - بحيث كان الإستثناء من النفي إثباتاً ومن الإثبات نفيّاً، وكان موجِباً لقلب المستثنى منه من المدح إلى الذم، ومن الصدق إلى الكذب، ومن الإيمان الى الكفر، ومن الإقرار إلى الإنكار، وبالعكس - كان إعتبار الموالة بينها في غاية الوضوح، وجعل مأخذاً وأصلاً لإعتبار الموالة في سائر الأمور المتّصلة كالعقود.

(١) فلو أقرّ بقوله: «لزيدٍ عليّ خمسون ديناراً» وبعد ساعة قال: «إلاّ خمس دنائير» لم يسمع منه هذا الإستثناء حتى يكون إقراره بخميسٍ وأربعين، بل يُحتملونه الخمسين، ويجعلون إستثناء الخمس إنكاراً لإقراره بالخمسين، ومن المعلوم عدم العبارة بالإنكار بعد الإقرار. وهذا بخلاف ما لو إتصل المستثنى بالمستثنى منه، فإنّه يُقبل منه الإعتراف بخميسٍ وأربعين.

و عليه فسماعُ الإستثناء عند الإتصال بالمستثنى منه - و عدمُ سماعه عند الفصل الماحي لوحدة الكلام - دليلٌ قطعي على إعتبار الوحدة بين أجزاء الكلام الواحد، وكذا بين أجزاء كل مركّب إعتباري.

(٢) في الفقه على المذاهب الأربعة في شروط عقد النكاح: «واشترط الشافعية والمالكية الفور، واغفروا الفاصل اليسير الذي لا يقطع الفور عرفاً»^أ.

لا يضر^(١) قول الزوج بعد الإيجاب: الحمد لله و الصلاة على رسول الله ﷺ قبلتُ نكاحها.

و منه^(٢) الفورية في إستتابة المرتد، فيعتبر في الحال. و قيل: إلى ثلاثة أيام^(٣).
و منه^(٤) السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله.

(١) و هو يضرُ بناءً على ما سمعته من جامع المقاصد من قوله: «و كذا لو تخلل بينها بكلام آخر أجني».

(٢) أي: و من إعتبار الإتصال و التوالي: ما ذكره في توبة المرتد من حيث إعتبار الفورية فيها عقيب إستتابه من طرف الحاكم الشرعي. فلو لم يثب فوراً قُتل هذا بناءً على ما نُسب إلى المشهور.

و أما بناءً على إمهاله ثلاثة أيام لم تكن هذه المسألة من فروع الموالاتة، لأجنيبتها عنها.

و يدل على فورية إجابة المرتد بعد الإستتابة عدة نصوص:

منها: ما في معتبرة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في حديث، قال: «قلت: فنصراني أسلم ثم إرتد؟ قال: يستتاب، فإن رجع، و إلاً قُتل». و ظهورها في وجوب الرجوع فوراً و عدم إمهاله مما لا يُنكر.

(٣) و هو مروى أيضاً، مثل ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: المرتد عن الإسلام تعزل عنه إمرأته، و لا تُؤكل ذبيحته، و يستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب، و إلاً قتل يوم الرابع»^٣.

(٤) أي: و من إعتبار التوالي: حكمهم بقدر السكوت في أثناء الأذان.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٥٤٧، الباب ٣ من أبواب حد المرتد، الحديث: ١، و نحوه الحديث

و منه ^(١) السكوتُ الطويل في أثناء القراءة، أو قراءة غيرها خلالها ^(٢).
وكذا التشهُدُ ^(٣).

و منه ^(٤) تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعة.

و إعتَبَرَ بعضُ العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة ^(٥).

و استدلَّ في الجواهر على إعتبار الموالة بين فصول الأذان بوجوه ثلاثة:
الأصل، و فعلُهم ظيَّر، و الإستفادة من الأدلة الخالية عن المعارض أ.
و الكلُّ مخدوش، إذ في الأوَّل عدم معارضته للإطلاق الدالَّ على عدم الإعتبار.
و في الثاني: الإجمال. و الإستفادة من الأدلة على خلافه.

فالتحقيق أنَّ المعتبر هو عدم إنحاء الصورة عند المتسرعة بسكوت طويل
أو أعمال أجنبية، كأنحاء صورة الصلاة على ما ثبت في محله. فالموالة بالمعنى المقصود
هنا غير مستبرة في الأذان.

(١) أي: و من إعتبار التوالي: حكهم بقدر السكوت الطويل الماحي للهيئة
الكلامية المعتبرة في صحة كونه كلاماً، و كذا الكلام الأجنبي الماحي.

لكنك خير بأنَّه أجنبي عن الموالة المعتبرة في شيء، مع إنحفاظ عنوانه،
ضرورة أنَّ الماحي محلُّ بعنوان القراءة، لا بالفورية فقط.

(٢) الضميران راجعان إلى القراءة.

(٣) فإنَّ التشهُدُ عنوان واحد لا يتحقق إلا باتصال أجزائه.

(٤) أي: و من إعتبار التوالي. و غرضه - ظاهراً - هو: أنَّ ما دلَّ على اعتبار

العدد في الجمعة يقتضي إعتبار دخولهم في الصلاة قبل الركوع على وجه يُعدَّ تمامُ
الصلاة فعلاً لجمعهم.

(٥) و هذا أولى من سابقه، لأنَّه أمسَّ بالموالة.

ومنه ^(١) الموالاتة في التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر. و الموالاتة في سنة التعريف ^(٢)، فلو رَجَعَ ^(٣) في أثناء المدة إستؤنف ليتوالى»^أ إنتهى.

(١) أي: ومن إعتبار التوالي: الموالاتة في التعريف. ولعل المراد بهذا التعريف هو تعريف اللقطة في أولها، يعني تعتبر الموالاتة بين الإلتقاطها وبين تعريفها، بحيث لا يتخلل زمان معتدُّ به بين الإلتقاط وبين التعريف الأول.

وكذا يعتبر التوالي بين التعريفات أثناء سنة واحدة، إذ لو تخلل زمان طويل بين التعريفات لم يتذكر السامع أن التعريف الثاني والثالث تكرر للتعريف الأول، وإحتمل أنه تعريف للقطعة أخرى غير اللقطة الأولى التي عرّفها مرةً مثلاً. وعلى هذا يعتبر التوالي بين التعريفات حتى لا تصير اللقطة نسياً منسياً. قال الشهيد رحمته: «والضابط أن يتابع بينها بحيث لا ينسى إتصال الثاني بمتلوّه»^ب.

(٢) أي: تعريف اللقطة في أثناء السنة.

(٣) أي: فلو رَجَعَ عن التعريف في أثناء السنة إستأنف التعريف. و بيانه: أنه -بناءً على إعتبار التابع في التعريف في حوله كامل - إذا عرّف الملتقط اللقطة شهراً مع التابع المعتبر كتعريفها في كل أسبوع مرةً مثلاً، ثم ترك التعريف شهرين، وجب عليه تعريفها سنةً كاملة بعد الشهر الثالث، وذلك لأنّ التعريف في الشهر الأول قد إنقطع أثره بفوات الموالاتة والتكرار في الشهر الثاني والثالث، فلو شرع في التعريف في الشهر الرابع لم يكن متابعةً للتعريف في الشهر الأول. و حيث إنه يجب التعريف حولاً كاملاً وجب عليه أن يُعرّفها من الشهر الرابع، وأن يجعله مبدأ سنة التعريف مع رعاية الموالاتة بين الدفعات. ولو لم يكن التوالي معتبراً لم يسقط التعريف في الشهر الأول عن الأثر، ولم يقدح تخلل شهرين بدون التعريف، وكان يكفيهِ إلحاق تسعة أشهر بما تقدم حتى يتمّ الحول.

أ : القواعد و الفوائد، ج ١، ص ٢٣٤، رقم القاعدة: ٧٣، و تمام كلام الشهيد هذا: «ليتوالى الانجاش

-أي الاعلان - و قيل: يبني».

ب : الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٨٨

أقول: حاصله^(١) أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة إتصالية في العرف، فلا بدّ في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من إعتبار صورته الإتصالية. فالعقد المركّب من الإيجاب و القبول - القائم بنفس المتعاقدين - بمنزلة^(٢) كلام واحد مرتبّ ببعضه ببعض، فيقدح تخلّل الفصل المُخلّ بهيئته^(٣) الإتصالية. و لذا^(٤) لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد.

و إنضباط ذلك^(٥) إنّما يكون بالعرف، فهو في كل أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كلّ واحدٍ منها، و يجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان و القراءة. و ما ذكره^(٦) حسنٌ لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطاً بصدق

(١) قد تقدّم في (ص ٥٠١) تقريب هذا الحاصل، فراجع.

(٢) خبر قوله: «فالعقد المركّب» و قوله: «القائم» صفة للعقد.

(٣) متعلّق بـ «يقدح» و الضمير راجع إلى العقد.

(٤) أي: و لأجل قدح تخلّل الفصل المزبور لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطول كسنة أو أزيد.

(٥) يعني: و ضبط الفصل المفرط - المُخلّ بالهيئة الإتصالية - موكولاً إلى العرف، و لاحقاً معيّن له، فتختلف مراتب الفصل بحسب قصر الزمان و طوله، فالفصل بالسعال و العطاس بين حروف كلمة واحدة و بين مثل المضاف و المضاف إليه قاذح في صدق الكلمة و شبهها. و الفصل بين المبتدأ و الخبر بالعطاس مثلاً ربما لا يكون مُخلّاً بالهيئة التركيبية. و السكوت دقيقةٌ أو أكثر ربما يكون ماحياً لصورة قراءة السورة مثلاً، و هكذا.

(٦) أورد المصنّف على كلام الشهيد رحمته بوجوه ثلاثة:

أولها: يتعلق بما أفاده من إعتبار الموالة بين الإيجاب و القبول، من جهة توقف صدق العقد على التوالي بينها.

العقد عرفاً، كما هو مقتضى^(١) التمسك بأية الوفاء بالعقود، و بإطلاق كلمات الأصحاب في إعتبار العقد في اللزوم بل الملك. أما لو كان^(٢) منوطاً بصدق البيع

ثانيتها: يتعلّق بما أفاده من جعل مبنى شرطية الموالاة الرّبط بين المستثنى منه والمستثنى.

ثالثها: في الفروع التي فرّعها الشهيد على شرطية الفورية و التابع. أما الاشكال الأوّل فتقريبه: أنّ ما أفاده الشهيد رحمته حسنٌ لو كان دليل الملك و اللزوم الآية المباركة الأمّرة بالوفاء بالعقود، حيث إنّها أناطت ترتب الملك و اللزوم بعنوان «العقد» و لا يُحرز صدقه إذا انفصل القبول عن الإيجاب بما لا يتسامح عرفاً فيه. و أمّا لو كانا مترتين على عنوان «البيع» أو «التجارة عن تراضٍ» لم يقدح عدم صدق العقد على الإيجاب و القبول، المنفصل أحدهما عن الآخر، و ذلك لكفاية صدق «البيع و التجارة» عليه، حيث إنّها موضوعان - في آيتي: ﴿ جِلُّ البَيعِ وَ التَّجَارَةِ عَنِ التَّرَاضِ لِلصَّحَّةِ وَ اللِّزُومِ.﴾

و عليه فلا موجب حينئذٍ لإعتبار الموالاة فيه، لعدم دوران الصحة و اللزوم مدار عنوان العقد حتى نلتزم باعتبار الموالاة فيه. هذا توضيح الإشكال الأوّل.

و أما الإشكال الثاني و الثالث فسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

(١) يعني: أنّ ما أفاده الشهيد رحمته من دوران الملك و اللزوم مدار صدق العقد مستندٌ إلى وجهين. أحدهما: ظهور الآية المباركة في أنّ ما يجب الوفاء به هو العقد. ثانيها: إطلاق كلمات الأصحاب، حيث حكموا بترتب الإباحة على المعاطاة، و قالوا: «إنّها ليست يبعاً و لا عقداً» و من المعلوم أنّ إطلاق «العقد» محمول على العقد العرفي غير الصادق على ما إذا لم يتصل القبول بالإيجاب فوراً.

(٢) هذا هو إشكال المصنف على الشهيد رحمته، و حاصله - كما عرفت - عدم إحصار دليل الإمضاء في الأمر بالوفاء بالعقود.

أو التجارة عن تراض فلا يضره^(١) عدم صدق العقد.
وأما جعل المأخذ في ذلك^(٢) إعتبار الإتصال بين الإستثناء و المستثنى منه

(١) يعني: أن عدم صدق العقد لا يضرُ الملك و اللزوم. و وجه عدم الإضرار عدم التلازم بين العقد و البيع و التجارة، فيمكن صدقها و عدم صدق العقد.
(٢) أي: إعتبار الموالة. و هذا هو الإشكال الثاني على كلام الشهيد. و مقصود المصنف رحمته تحقيق إستدلاله على إعتبار الموالة بقوله: «و هي مأخوذة من إعتبار الإتصال بين الإستثناء و المستثنى منه» و بيانه: أنه لاريب في إعتبار الإتصال في الإستثناء، لكن الكلام في شرطية الإتصال و الموالة في مطلق المركبات كالعقد و الصلاة، و كذا غير المركبات، كما في التابع في تعريف اللقطة في الحول، و من المعلوم أن الإستثناء جزئي من جزئيات هذه المسألة، و مجرد إعتبار الموالة في هذا الجزئي لا يكفي في تأسيس قاعدة كلية بعنوان شرطية الموالة في أجزاء الكلام الواحد، و كذا في غير الكلام مما له صورة إتصالية. و وجه عدم الكفاية أنه إستقراء ناقص لا يعول عليه في ضرب القانون.

و لا ينحصر إستدلال الشهيد - بتتبع حال بعض الأفراد على تأسيس الأصل - بالمقام، بل تكرر منه في كتاب القواعد: «أن الأصل كذا» مع أنه رحمته لم يظفر بدليل عام، و إنما توصل إليه بملاحظة بعض الأفراد، فاصطاد منها أصلاً عاماً و قاعدة كلية. و لكن الإبتقال من باب الاستثناء إلى إعتبار الموالة في العقد و غيره لا يخلو من شيء.
ثم تصدئ المصنف رحمته لتوجيه إستفادة الفورية و الموالة من باب الاستثناء بيان آخر، و محصله: أن إرتباط المستثنى بالمستثنى منه أشدّ و أكد من ربط سائر التوابع و الملابس بمبتوعاتها، لما عرفت في تقريب كلام الشهيد من دوران صدق الإخبار على إلحاق المستثنى بالمستثنى منه فوراً، بحيث لو لم يلحقه أو لحقه بالتراخي كان المراد الإستعمالي هو المستثنى منه خاصة، و كان هو مدار الصدق و الكذب، كما إذا قال: «ما دخل في الدار أحد» مع دخول زيد فيها، فإن لم يتصل به قوله: «إلا زيد»

فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة^(١)، فإن أكثر الكليات إنما يُلْتَفَتُ إليها من التأمل في مورد خاص^(٢). وقد صرَّح^(٣) في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا.

حكم العرف بكذب الخبر. وهذا الربط الوثيق غير معتبر في سائر التوابع كالحال وذيه، فإذا قال: «جاء زيد» ولم يقل «راكباً» كان صادقاً في إخباره.

ولما كان الرِّبْطُ في جملة الإستثناء أقوى منه في اللواحق الأخرى جعلوه مبنى حكمهم باعتبار الموالاتة في مطلق التابع سواء أكان من مقولة اللفظ أم أمراً آخر مما يتوقف صدق العنوان على الهيئة الإتصالية بين أجزائه كتعريف اللقطة في سنة واحدة. هذا توضيح توجيه المصنف لجعل الإستثناء أساساً لشرطية التوالي مطلقاً، ولكنه **تَبَيَّنَ** جَعَلَهُ وجهاً بعيداً، وسيأتي تقريبه.

(١) وهي إعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول.

(٢) يعني: أن كثيراً من القواعد الشرعية تستنبط من حكم الشارع في قضية شخصية، كما أن كثيراً منها وردت بلسان ضرب القانون والحكم العام.

(٣) غرضه الإستشهاد بخصوص كلمات الشهيد **تَبَيَّنَ** في القواعد على الإنتفات إلى الحكم الكلي من تتبع بعض جزئياته، وقد تكرر قول الشهيد: «الأصل كذا». كقوله: «الأصل أن كلاً من الواجب والندب لا يجوزي عن صاحبه، لتغاير الجهتين».

وقوله: «الأصل في الأسباب عدم تداخلها إلا في مواضع».

و «أن الأصل في العقود الحلول...».

و «الأصل أن كل أحد لا يملك إجبار غيره إلا في مواضع».

و «الأصل عدم تحمل الانسان عن غيره ما لم يأذن له إلا في مواضع» و غير

ذلك مما لا يخفى على المتتبع في قواعد **تَبَيَّنَ**.

وعلى هذا فقوله في مسألتنا: «الموالاتة معتبرة في العقود، وهي مأخوذة... الخ»

ويحتمل بعيداً^(١) أن يكون الوجه فيه: أن الإستثناء أشدُّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق، لخروج^(٢) المستثنى منه معه عن حدِّ الكذب إلى الصدق، فصدقه^(٣) يتوقف عليه، فلذا كان طولُ الفصل هناك^(٤) أقبح، فصار أصلاً في إعتبار الموالة بين أجزاء الكلام، ثم تعدى^(٥) منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً^(٦) أو معنى^(٧)

مبني على إستفادة شرطية التوالي - في العقود وغيرها - من الرِّبط الموجود في موردٍ خاصٍّ وهو المستثنى منه والمستثنى.

(١) وجهُ البُعد: أن إعتبار الإِتصال في ما كان الرِّبط فيه أشدَّ - كالإستثناء - لا يُلزِمُ ثبوته في ما كان الرِّبط فيه أخفَّ. مع أنَّ الشهيد رحمته الله جعلَ الإستثناء منشأً لإعتبار الإِتصال و التوالي في مواردٍ أُخرى مع عدم كون الرِّبط فيها بمثابة الإستثناء، ومن المعلوم أنه لا أولوية ولا مساواة في البين حتَّى يتَّجه التعدي من الأشد إلى الأخف.

(٢) يعني: أن الحاجة إلى المستثنى لأجل خروج الخبر عن الكذب إلى الصدق، وهذا بخلاف سائر التوابع كالحال والصفة والتأكيد، فإن إهمالها في الكلام لا يؤثِّر في صدق الخبر وكذبه أصلاً.

(٣) يعني: فصدقُ المستثنى منه يتوقفُ على وصل المستثنى به فوراً.

(٤) أي: الفصلُ بين المستثنى والمستثنى منه أقبح من الفصل بين مثل الحال وذو الحال، فإذا كان وصلُ الحال بذيه لازماً كان وصلُ المستثنى بالمستثنى منه أُلزم و أكد. ولأجل هذه الآكديَّة جعلَ الشهيدُ الإستثناء منشأً لشرطية الموالة في العقود وغيرها. والضمير المستتر في «صار» راجع إلى كون طول الفصل أقبح في باب الإستثناء.

(٥) يعني: تعدى الشهيد رحمته الله من باب الإستثناء إلى التوابع ونحوها.

(٦) كالتأكيد اللفظي، فإنه - مع تحلُّل زمانٍ معتدِّ به بين المؤكِّد والمؤكِّد - يخرج الكلام عن ضابط التأكيد اللفظي.

(٧) كالمحمول، فإنَّ الفصل الطويل بينه وبين الموضوع يمنع عن حصول الرِّبط

أو من ^(١) حيث صدق عنوان خاص عليه، لكونه عقداً أو قراءة، أو أذاناً، ونحو ذلك.

ثم ^(٢) في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتد، فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه: إن المطلوب في الإسلام الإستمرار، فإذا انقطع فلا بد من إعادته ^(٣) في أقرب الأوقات.

و أما مسألة الجمعة ^(٤) فلأن هيئة الإجتماع في جميع أحوال الصلاة من

المعنوي بينها.

(١) معطوف على قوله: «لفظاً» أي: سائر الأمور المرتبطة بالكلام من حيث صدق عنوان على الكلام، كعنوان العقد و القراءة و الأذان، و الدعاء بالمأثور مما له عنوان خاص، و التشهد، و غيرها من صنوف الكلام.

(٢) هذا هو الإشكال الثالث على الشهيد رحمته، و هو ناظر إلى تطبيق شرطية الموالة على بعض الموارد، و محصل الإشكال: أن المرتد و إن وجبت عليه التوبة - بعد الإستتابة - فوراً، لكنه ليس بلحاظ إعتبار الموالة بين الإستتابة و التوبة، بل بلحاظ مطلوبة الإسلام من المرتد في كل حال حتى حال الإستتابة و قبلها و بعدها، فيجب عليه الرجوع إلى الدين الحنيف من هذه الجهة، لامن جهة رعاية الموالة بين إستتابته و توبته.

هذا لو لم يؤخذ بالأخبار التي تمهله ثلاثة أيام، ثم يُقتل بعدها لو لم يتب فيها. و أما بناءً على الأخذ بها فلا يبقى مجال لإعتبار التوالي عرفاً بين الإستتابة و التوبة، لوضوح أن الفصل بثلاثة أيام محلّ بالتوالي و الإتصال قطعاً.

(٣) أي: إعادة الاسلام في أول الأزمنة، فليست المسألة من فروع الموالة.

(٤) هذا مورد ثانٍ جعله المصنف رحمته أجنياً عن عموم إعتبار الموالة بين أجزاء مركب واحدٍ عنواناً، و حاصله: أن إنعقاد صلاة الجمعة بتحريم المأمومين قبل الركوع ليس لأجل إعتبار الإتصال و الموالة بين تحريم الإمام و تحريمهم، بل لأجل

القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها^(١).
و للتأمل في هذه الفروع^(٢) و في صحة تفرعها على الأصل المذكور
بمجال^(٣).

ثم إن^(٤) المعيار في الموالة موكولٌ

مطلوبية القدوة في جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود و التشهد
و غيرها، فالإخلال بها قادح في تحقق الجماعة، و أين هذا من إشتراط الجمعة بالموالة؟
(١) أي: بهيئة الإجتاع، يعني: أن عدم تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع
محلٌ بهيئة الإجتاع، المطلوبة في جميع أحوال الصلاة.

(٢) يعني: لو سلّمنا إعتبار الهيئة الإتصالية في القراءة و فصول الأذان و نحوهما لم
يكن ذلك متفرّعاً على شرطية الموالة، بل لدليل خاص، كما تقدّم في مطلوبية التدئين
بالإسلام في كل حال، و مطلوبية هيئة الإجتاع في صلاة الجماعة، فلولا هذا الدليل
الخاص لأمكن نفي شرطية الإلتصال بأصالة البراءة.

(٣) مبتدأ مؤخر لقوله: «للتأمل» و وجه مجال التأمل هو ما أفاده في قوله:
«و يحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه» الذي حاصله: أن إعتبار الإلتصال في باب
الاستثناء - لشدته و أكديته - لا يقتضي إعتباره في مطلق التابع و المتبوع مع عدم
وثاقه الرّبط بينها.

(٤) غرضه من هذا الكلام إلى آخر البحث تعيين المرجع في تحقق التوالي بين
شئين أو أشياء، و أن ماذا يكون مناط الفصل بينها أو بينها؟ و قد أفاد أولاً: أن
الموالة لاحقيقة شرعية لها، فالمرجع في تشخيص مفهومها هو العرف، و من المعلوم
أنها تختلف باختلاف مواردها، فالموالة في قراءة كلمات آية أضيقت دائرة من الموالة
في آيات سورة واحدة.

ثم أفاد ثانياً: أن الاستفادة من خبر سهل الساعدي - الوارد في تزويج إمراة
بالصحابي - جوازُ الفصل بين إيجاب النكاح و قبوله بكلام طويل أجنبي عن صيغة

إلى العرف^(١) كما في الصلاة والقراءة والأذان ونحوها.
 و يظهر^(٢) من رواية سهل الساعدي المتقدمة في مسألة تقديم القبول
 جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي^(٣)، بناءً^(٤) على ما فهمه
 الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي: «زَوَّجْنِيهَا» والإيجاب قوله بعد
 فصل طويل: «زَوَّجْتُكَهَا بما معك من القرآن»^(٥).
 ولعلّ هذا^(٦)

النكاح، بناءً على ما اختاره جمعٌ منهم الشهيد الثاني رحمته الله من أن قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:
 «زَوَّجْتُكَهَا» إيجابٌ مؤخَّر، وقول الرجل: «زَوَّجْنِيهَا» قبولٌ مقدَّم.
 وأما بناءً على ما اختاره آخرون من توجيه الخبر، وعدم الأخذ بظاهره تعيّن
 الرجوع إلى العرف في سعة مفهوم الموالاة وضيقتها في كل موردٍ.

(١) كما أفاده صاحب الجواهر رحمته الله أيضاً، حيث قال: «قلت: المدار في هذه
 الموالاة على العرف، فإنه الحافظ للهيئة المتعارفة سابقاً في العقد الذي نزلنا الآية عليه،
 فإن الظاهر عدم تغييرها».

(٢) مقصوده من الاستشهاد برواية سهل التوسعة في مفهوم الموالاة تبعيداً،
 وعدم الإقتصار على تحديدها عرفاً.

(٣) المراد بالأجنبي هو الكلام غير المرتبط بالصيغة ومتعلقاتها من صدق
 وشرطٍ في ضمن العقد ونحوهما.

(٤) وأما بناءً على ما فهمه جمعٌ - من عدم كون قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «زَوَّجْتُكَهَا»
 إيجاباً مؤخَّراً، ولا قول الرجل: «زَوَّجْنِيهَا» قبولاً مقدِّماً - كان الخبر أجنبياً عن إلغاء
 الموالاة بين القبول المقدَّم والإيجاب المؤخَّر.

(٥) إذ لو لم يكن قول الصحابي: «زَوَّجْنِيهَا» قبولاً - بأن تحقَّق منه القبول بعد
 الإيجاب بلا فصل - كان التوالياً محققاً.

(٦) يعني: ولعلّ لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - بناءً على ما

موهينٌ آخر^(١) للرواية، فافهم^(٢) (*).

فهمه الأصحاب من كون قول الصحابي: «زوّجنيها» قبولاً بلفظ الأمر مقدماً على الإيجاب من دون وقوع قبول آخر عقيبهِ - موهينٌ آخر للرواية، و مُسَقِّطٌ لها عن الاعتبار. (١) أشار به إلى موهينٍ آخر تقدّم في بحث تقدم القبول - إذا كان بصيغة الأمر - بقوله: «و أمّا ما يظهر من المبسوط من الإتفاق هنا على الصحة به فهوونٌ بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه» فإنّ مصير الأكثر إلى خلاف مضمون الرواية يُوهينُ إعتبارها، و يرفع الوثوق بها، لأنّه إعراضٌ عنها.

(٢) إشارة إلى: أنّ هذه الرواية إن دلّت على جواز الفصل بين الإيجاب والقبول لزم العمل بها، لا أنّه مُوهينٌ لها، كيف؟ و لم يَقم دليل تام على إعتبار الموالاتة حتى يكون ذلك موهناً لهذه الرواية، بل لو لم تنهض هذه الرواية على جواز الفصل كان مقتضى الأصل جوازه.

نعم يمكن أن يكون الموهن ضعف السند.

إلا أن يقال: إنّه يكفي في الوثوق بها توصيف الشهيد الثاني رحمته لها في المسالك بكونها «مشهورة بين العامة والخاصة، و أنّه رواها كل منها في الصحيح». مضافاً إلى: أن بمعناها رواية موصوفة بالصحة، هداًنا الله تعالى إلى أحكامه.

(*). قد عرفت ذهاب جمع إلى اشتراط صحة العقد بالموالاتة المعبر عنها في بعض الكلمات بالفورية، والمراد بها العرفية، بمعنى عدم تخلُّل الفصل بما يخلُّ بوحدة الموجود التدريجي فيما إذا أخذ بقيد وحدته موضوعاً لآثار، وإلا فلا تتصور الموالاتة الحقيقية بين أجزاء الموجود التدريجي المتشابه مع العدم، لتقومه بالأخذ والترك. هذا بالنسبة إلى موجود واحدٍ و تدريجي.

و أمّا الموجودان المستقلان كالإلتزامين القائمين بشخصين أو الكلامين كذلك فمعنى إتصالهما هو عدم تخلُّل زمان بينهما حقيقةً أو عرفاً. و حيث إنّ المدار على صدق العقد العرفي فلا بدّ من عدم التخلُّف بين إيجابه وقبوله، لتقوم العقد المعنوي واللفظي

المبرز له بعدم تخلُّل زمانٍ معتدُّ به عرفاً بين جزئيه، فاعتبار الموالة حينئذٍ لكونها مقومة لعنوان العقد لا للتعبُّد.

و التحقيق: أن هنا عناوين عديدة:

أحدها: العهد، وهو الإلتزام القلبي أو الجعل المعاملي.

ثانيها: العقد، وهو ربط أحد الإلتزامين بالآخر، فحيثية العهد غير حيثية العقد، لأنَّ العهد بمنزلة الموضوع للعقد، حيث إنَّ الرِّبَط بين الشئيين متفرِّع عليهما، وربطُ أحد الإلتزامين بالآخر ليس كارتباط لفظ بلفظٍ و كلام بكلام حتى يقال: إنَّ الإرتباط مساوق للإتصال المتقدم وهو الوصل من حيث الزمان.

بل مناط العقدية في مقام السببية إنَّما هو بارتباط مدلول أحد الكلامين بالآخر، بحيث يصلح أن يتسبَّب به إلى مبادلة خاصة، ويكون الآخر قبولاً لذلك التسبب لا لأمرٍ آخر. و ربط أحد الإلتزامين بالآخر إنَّما هو بلحاظ ورودهما على أمرٍ واحد، وهو كون أحد المالين بإزاء الآخر في الملكية مثلاً. فالجامع الرابط بين الإلتزامين هو وحدة الملتزم به. و من المعلوم أنَّ هذا المعنى من الارتباط لا يناط بعدم تخلُّل الزمان بين الكلامين الدالِّين على المدلولين، بل يناط ببقاء الإلتزام الإيجابي على حاله إلى أن يلحقه القبول، وإن تخلُّل زمانٌ معتدُّ به بين الإيجاب والقبول، إذ لا يتحقق الرِّبَط بين موجود ومعدوم، ولذا لو أوجب البيع ولم يقبل القابل إلا بعد مضيِّ زمانٍ من الإيجاب - و وعظه الموجب بأنَّ هذا البيع ينفعلك، و بيِّن منافعه و مصالحه حتى قَبِل المشتري - لم يكن مانع من صحة هذا البيع.

نعم لو أُلغِيَ الموجبُ لإتزامه الإيجابي لغا القبول، لإنتفاء الإيجاب.

فغاية تقرب الموالة بين الإيجاب والقبول هي: أن الإيجاب والقبول لما كانا قائمين بأثر واحد فَلَهُمَا بنظر العرف جهة وحدة، فكأنَّهما كلام واحد يترتب عليه أثر واحد. و من المعلوم أنَّ الاتصال العرفي المساوق للوحدة منوط بعدم تخلُّل زمانٍ معتدُّ به بين الإيجاب والقبول.

ثالثها: البيع ونحوه من العناوين الإنشائية، فيمكن أن يقال: إن كان دليل الصحة واللزوم ﴿أوفوا بالعقود﴾ فلا يشمل البيع والتجارة حتى يقال بكونهما من العقود التي تعتبر فيها الموالة، إذ لم يؤخذ في موضوع دليل الصحة واللزوم عنوان العقد، هذا. لكن فيه ما لا يخفى، ضرورة أن البيع والصلح والإجارة ونحوها من العقود العرفية بلا إشكال.

نعم يمكن أن لا تكون التجارة عقداً كالتملك بالحيازة، فتأمل. لكنه نادر. فلا فرق في إعتبار الموالة بين كون دليل الصحة ﴿أوفوا بالعقود﴾ وبين كونه ﴿أحل الله البيع﴾ وتجارة عن تراض، هذا.

ثم إنه لا بأس بالإشارة إلى الوجوه المستدل بها على إعتبار الموالة في العقد، وهي بين ما ظاهره كون دخل الموالة في العقد عرفياً بمعنى تقوّم العقد بالموالة، وبين ما ظاهره كون الدخل تعبدياً، وبين ما ظاهره كون الدخل عقلياً.

الأول: ما عن ابن أدریس وغيره من قاعدة توقيفية ألفاظ العقود. وفيه ما لا يخفى، إذ الإطلاقات تقضي بعدم إعتبار الموالة وعدم التوقيفية، إلا ما خرج.

الثاني: ما نقله المصنف عن الشهيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وحاصله: أن الموجود التدريجي - المركب من أمرين أو أمور - إذا كان له عنوان واحد كالصلاة فلا بد في ترتيب الحكم المعلق عليه من إعتبار صورته الإتصالية الحافظة لوحده المقومة لعنوانه. والعقد المركب من الإيجاب والقبول من هذا القبيل، فإنه وإن كان قائماً بشخصين وموجوداً بوجودين، لكنهما لوحدة أثرهما بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، فيقدح في صدق العنوان تخلل الفصل المخل بهيته الإتصالية، ولذا لا تصدق المعاقد إذا كان الفصل بين الإيجاب والقبول كثيراً جداً، كسنة أو أزيد.

والحاصل: أن دخل الموالة في العقد بناءً على هذا التقريب عرفي ومقوّم لمفهومه العرفي. كما أن الوجه الأول المنسوب إلى ابن إدریس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ناظرٌ إلى كون دخل

الموالة في العقد تعديتاً، هذا.

و فيه ما عرفت آنفاً من: أن العقد هو الربط بين الالتزامين، ولا يناف ذلك الربط بعدم تخلل زمانٍ بينهما، إذ الربط غير الاتصال الزماني، هذا.

و أما ما أجاب به المصنف عن هذا الدليل بأن ما أفاده الشهيد رحمته حسن لو كان دليل الملك وال لزوم مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ مما أناطهما بعنوان العقد العرفي. أما لو كان منوطين بصدق البيع أو التجارة عن تراضٍ، فلا يضره عدم صدق العقد، لكفاية صدق البيع و التجارة عليه، فلا موجب حينئذٍ لاعتبار الموالة فيه، لعدم إناطة الصحة و اللزوم بعنوان «العقد» حتى يلتزم باعتبار الموالة فيه.

ففيه أولاً: أن البيع و الصلح و غيرهما من العقد العرفي، لاشتمالها على الإيجاب و القبول اللذين يتقوم بهما كل عقد.

نعم قد لا يصدق العقد على التجارة كتملك المباحات، فإنه تجارة غير عقد كما قيل.

لكن فيه: عدم صدق التجارة عليه، بل الصادق عليه هو الفائدة، فصدق العقد على البيع و التجارة على حد سواء.

إلا أن يقال: إن تملك العامل للجعل في باب الجعالة تجارة أيضاً، مع عدم كون الجعالة عقداً، بل هي إيقاع، فتأمل.

و ثانياً: أن العقد هو الربط بين الإلتزامين. و قد عرفت عدم توقف الربط العقدي على عدم تخلل زمانٍ معتد به بين الإيجاب و القبول، و من المعلوم أن تخلل زمان بين الإيجاب و القبول الحاكين عن ذلك الربط لا يوجب انفصام الإلتزامين القائمين بالنفس، كما لا يخفى.

و دعوى: وحدة الإيجاب و القبول اللفظيين الحاكين عن الإلتزامين المرتبطين، كما ترى، حيث إن مورد اعتبار الموالة هو العقد لا الكلامان الحاكيان عنه، فمن ناحية

العقد العرفي لا يمكن الحكم باعتبار الموالة في العقد.
 مع أنه لو كان التوالي معتبراً في العقد من حيث إنه عقد عرفي لزم إعتباره في جميع أنواع العقود من اللازمة والجائزة - كما هو مقتضى إطلاق كلام الشهيد في القواعد - إذ اللزوم والجواز من أحكام العقد لا من مقوماته. مع أن الشهيد الثاني لم يعتبر الموالة في الوديعة التي هي من العقود الجائزة، و قال في أول وديعة الروضة: «وكيف كان لاتجب مقارنة القبول للإيجاب قولياً كان أو فعلياً».
 فلو كان الوجه في إعتبار الموالة عنوان العقدية فلا بد من الالتزام باعتبارها في كل عقد لازماً كان أو جائزاً.

وكيف كان فقد أورد المحقق النائيني رحمته على ما عرفته من جواب المصنف عن الدليل المذكور - الذي استدل به الشهيد رحمته - بوجه:
 أحدها: أن البيع والصلح والتجارة والنكاح ليست إلا العقود المتعارفة، فلا بد من الموالة فيها قضية لعقديتها.

و فيه: أن التعارف لا يوجب إنصراف الإطلاق إلى خصوص العقود المتعارفة، حتى يقال: إن دليلي البيع والتجارة بمنزلة ﴿أوفوا بالعقود﴾ في كون الموضوع عنوان العقد.

ثانيها: أنه لا يصح التمسك بإطلاق دليلي البيع والتجارة لنفي إعتبار الموالة، لعدم كونهما في مقام البيان من جميع الجهات، هذا.
 وفيه أولاً: أن التمسك بالإطلاق المزبور لإمضاء الأسباب يكشف عن ورودهما في مقام بيان الجهات.

و ثانياً: أن الشك في ورودهما في مقام البيان كافٍ في الإطلاق، للأصل العقلاني على ما قرّر في محله.

ثالثها: أنه لا يمكن التفكيك بين الصحة و اللزوم إلا بدليل خارجي من الإجماع ونحوه، من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين، أو جعلهما لأنفسهما أو لأجنبي، فهذه المعاملة و هي الإيجاب و القبول - اللذان تخلل الفصل بينهما - لا يشملها ﴿ أوفوا بالعهود ﴾ الذي هو دليل اللزوم، و لأجل ذلك لا يحكم بلزومها، فلا بد من البناء على فسادها أيضاً، لما عرفت من عدم التفكيك بين الصحة و اللزوم إلا بدليل على عدم اللزوم، و ذلك الدليل مفقود هنا، فلا محيص عن الحكم بفسادها، هذا.

و فيه أولاً: عدم إنحصار دليل لزوم البيع بـ ﴿ أوفوا بالعهود ﴾ لدلالة قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ ﴾ على اللزوم، حيث إن الأكل بالفسخ ليس تجارةً عن تراضٍ، فيكون من الأكل بالباطل كما تقدم تفصيله في أدلة لزوم المعاطاة.

و ثانياً: عدم دليل على التلازم بين الصحة و اللزوم.

و ثالثاً: أن عدم شمول ﴿ أوفوا بالعهود ﴾ لا يدل على عدم اللزوم حتى يحكم -بضميمة عدم الفصل - بالفساد، إذ يمكن أن يقال: بكفاية دليل الصحة -بضميمة عدم الفصل بين الصحة و اللزوم - في الحكم باللزوم، هذا.

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله على ما في تقرير بحثه الشريف من: «أن في المعاملة خلعاً و لبساً، حيث إن البائع يخلع ثوب الملكية عن نفسه و يلبسه شخصاً آخر، فتخلل الفصل بين الإيجاب و القبول يوجب تحقق الخلع مع عدم ثبوت اللبس و يلزم منه تحقق الإضافة بلا مضاف إليه. أو أن في المعاملة إيجاد علقه، و مع الفصل بين الإيجاب و القبول يلزم تحقق العلقه بلا محل. و كلاهما باطل، فلا بد من إتصال القبول بالإيجاب»، هذا.

و فيه أولاً: النقض بالزمان القصير المتخلل بين الإيجاب و القبول في جميع

الموارد، إذ لا فرق في هذا المحذور العقلي - و هو لزوم قيام الإضافة و العلقه بذاتهما وبلا محلّ و بغير مضافٍ إليه - بين قصر الزمان و طوله.

و ثانياً: - بعد تسليمه - أنه لا يبقى مجال للتردّد و الإشكال في إعتبار الموالة في بعض العقود، و هو العقود العهدية غير المشتملة على المعاوضة كالهبة و الرهن، لأنّ اللبس و الخلع موجودان في الهبة أيضاً، إذ إضافة الملكية تخلع من الواهب، و يكتسبها المتّهب، فإذا تخلّل الفصل بين الإيجاب و القبول لزم الخلع بلا لبس مدّة من الزمان.

و ثالثاً: أنّ الخلع و اللبس الإنشائيين يتحققان بالإيجاب من دون حاجة إلى القبول أصلاً، فالموجب يُنشئ تمام ماهية البيع و يملك المبيع و يتملك الثمن، و القابل يُنفذ هذا الإيجاب، فلا ينفصل اللبس عن الخلع. و أمّا الخلع و اللبس الاعتباريان اللذان يحكم بهما الشرع أو العقلاء فلا يحصلان إلا بالقبول، فبوجوده يتحققان معاً في آنٍ واحد من دون تخلّل لحظةٍ بينهما، فلا يلزم المحذور العقلي و هو تحقق الإضافة بلا محل، فابتناء إعتبار الموالة في العقد على هذه المسألة العقلية ليس في محله.

الوجه الرابع: ما يظهر من حاشية المحقق الإيرواني رحمته و هذا نصّه: «و كأن إعتبار التوالي ناشٍ من إعتبار المطابقة بين الإيجاب و القبول، بتوهم: عدم حصول المطابقة مع التأخر، لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخر القبول فإمّا أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحّته حصول النقل من حين الإيجاب كما في الاجازة على القول بالكشف، فيكون النقلُ حاصلًا قبل حصول تمام العقد، و ذلك باطل. أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب أعني النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب و القبول. و هذا المحذور و إن كان يعمّ صورة التوالي أيضاً، لتحقق الفصل هناك أيضاً ولو بيسير، لكن هذا المقدار من التخلف لا يضر بالمطابقة العرفية، فلا يوجب الحكم بالفساد».

و فيه أولاً: أن الإلتزام بصحة العقد من حين الإيجاب بأن يكون القبول كاشفاً عن صحته كذلك حقيقة أو حكماً ممّا لا مانع عنه، لما مرّ مراراً من أن الموجب يُشئىء تمام ماهية العقد، فالقبول كاشف - كالأجازة في الفضولي - فيكون القبول قبولاً لتتمام مضمون الإيجاب من دون محذور.

هذا ما أفيد، لكنه لا يخلو من تأمل، وجهه: أن جعل القبول كاشفاً لا جزء السبب المؤثر في المسبب خلاف مقتضى العقد، لأن مقتضاه كون كلا الإنشائين سبباً، لا كون القبول واسطة إثباتية، وإلا كان إيقاعاً لا عقداً.

و ثانياً: أن مضمون الإيجاب ليس إلا مجرد التمليك أو التبديل بين المالين، من دون دخل للزمان فيه بأن يكون التبديل مقيّداً بزمان الإيجاب، إلا أن ترتب الأثر عليه عرفاً و شرعاً منوط بضم القبول إليه.

و بعبارة أخرى: الزمان ظرف لتحقيق المسببات لا قيد لها، فالقبول - بعد ضمّه إلى الإيجاب - يؤثّر في الأمر الإعتباري العقلاني و الشرعي، فمضمون الإيجاب هو النقل الإنشائي، و أمّا الأمر الإعتباري فهو يترتب على القبول الذي هو قبولٌ لتتمام المضمون في صورتين، و هما: كون مضمون الإيجاب النقل من الحين، أو كون مضمونه مجرد النقل الإنشائي، و العلقّة الاعتبارية تترتب على القبول، ففي كلتا صورتين يكون القبول قبولاً لتتمام مضمون الإيجاب من دون محذور.

فتحصل من جميع ما ذكرناه أمور:

الأوّل: أن العقد و البيع و التجارة و الإجارة و الصلح و غيرها من أنواع العقود أسام للمسببات التي ليست هي من الأمور التدريجية الوجود، و لا من مقولة الألفاظ حتى تلاحظ فيها الموالاة المقومة للهئنة الاتصالية، فليس العقد هو السبب أعني الإيجاب و القبول حتى يكون مركباً تدريجياً اعتبر فيه الموالاة، إذ لازمه إنتفاء العقد بوجود القبول، لإنعدام الألفاظ، و لا معنى لوجود العقد مع إنعدامها. و قد تقدّم أن العقد هو نفس الرّبط

بين الالتزامين، و من المعلوم كونه بسيطاً لا مركباً حتى تلاحظ الموالة بين أجزائه. نعم يعتبر في صحة العقد بقاء الالتزام الايجابي إلى زمان تحقق الالتزام القبولي.

الثاني: أن قياس العقد على القراءة و التشهد و الأذان و غيرها - كما في عبارة الشهيد المتقدمة - في غير محله، لأنها من الأمور المتدرجة الوجود، بخلاف العقد الذي هو دفعي الوجود، لبساطته.

و بالجملة: فلا موضوع للموالة في العقود حتى يبحث عن إعتبارها و عدمه.

نعم هذان الإشكالان مبنيان، لأنَّ الشهيدين جَعَلَا ألفاظ المعاملات أسامي للأسباب على ما تقدم مشروحاً في محلّه أ.

الثالث: أنه لا فرق في العقود بين أنواعها في عدم موضوع لإعتبار الموالة فيها، لكون مفهوم العقد في جميع أنواعه واحداً غير قابل لتطرق بحث الموالة فيه، هذا.

ثم إنه لو سلم كون العقد من مقولة اللفظ حتى يندرج في الأمر التدريجي - القابل لجريان بحث الموالة فيه - فنقول: إنه لا دليل على إعتبار الموالة فيه، لإطلاق أدلة الإيماء، و معه لا تصل النوبة إلى أصالة عدم ترتب الأثر.

نعم لما كان الإيجاب و القبول بمنزلة السؤال و الجواب كانت الموالة المعتبرة بينهما بمثابة لا يخرج القبول عما هو بمنزلة الجواب. و أما الموالة على حدّ الموالة المعتبرة في الأذان و الصلاة و القراءة و نحوها فهو مما لا يساعده دليل.

بل ربما يستدل على عدم إعتبار الموالة في العقود بما دلّ على إهداء مارية القبطية، حيث إنه وقع بين إيجابه و قبوله فصل طويل. و ذلك لأنَّ النجاشي ملك الحبشة - بعد تشرفه بالاسلام - بعث إلى النبي ﷺ بهدايا، و بعث إليه مارية القبطية أم إبراهيم عليها السلام، و بعثَ إليه بثياب و طيب كثير و فريس.

ويدلّ أيضاً على عدم إعتبار الموالة فحوى ما ورد في قول الصحابي: «زوّجنيها»

و الايجاب بعد فصل طويل «زُوِّجْتُهَا».

و ما في تقارير المحقق النابيني رحمته من توجيه الإتصال و الموالة في الهدايا المرسله من الأمكنة البعيدة بقوله: «و لكن الحق إعتبار الاتصال فيها أيضاً. وإرسال الهدايا من البلاد البعيدة لا يدل على جواز الانفصال، فإن تحقق الأفعال مختلف، فمنها ما لا يحتاج إلى زمان ممتد، كما لو وقعت في حضور المتعاطيين. و منها ما يحتاج إليه كالهدايا المرسله من الأماكن البعيدة، فإن الفعل لا يتحقق إلا بوصولها إلى يد المهدئ إليه. و جميع هذه الأفعال الصادرة من الواسطة كأنها صادرة من الموجب، فهو بمنزلة من كان في المشرق، و كانت يده طويلة تصل إلى المغرب، فمدَّ يده و أعطى شيئاً لمن كان في المغرب، فإن فعله يتم في زمان وصول يده إلى المغرب، فتأمل جيداً»^أ.

لا يخلو من غموض، للفرق الواضح بين ما نحن فيه و بين المثال المزبور، و ذلك لأن المهدئ من المكان البعيد ربما يغفل عن هديته حين وصولها إلى المهدئ إليه، فلا يمكن تنزيل فعل الرسول منزلة فعل المرسل. و هذا بخلاف المثال، فإن المهدئ في ذلك هو المرسل الذي يكون بنفسه متصدياً لإنشاء العقد من دون فصل بين إيجابه و قبوله، لعدم كون طول اليد مُخْرِجاً للفعل الواحد عن وحدته كما لا يخفى.

ويدل أيضاً على عدم إعتبار الموالة قيام السيرة بين التجار المتدينين على المعاملة بالكتابة و البرقية مع تخلُّل فصلٍ طويل بين إيجابها و قبولها، مع عدم مناقشة أحدٍ في صحتها.

فالمحصل: أن العقد - بناءً على كونه المسبب - لا معنى لاعتبار الموالة فيه. و بناءً على كونه السبب و هو الايجاب و القبول - كما هو ظاهر الشهيدين رحمتهما - يتصور فيه التوالي، لكن لا دليل على إعتبار أزيد من الموالة الرابطة للجواب بالسؤال، فقياس العقد

من ناحية الموالة على الصلاة و أشباهها في غير محله.
 بقى الكلام فيما أفاده الشهيد رحمته بقوله: «و هي مأخوذة من إعتبار الاتصال بين
 المستثنى و المستثنى منه ... الخ» و الظاهر أن مراده كون الاستثناء منشأ للإنتقال إلى إعتبار
 الموالة في العقد و غيره مما يعتبر فيه الاتصال، و ذلك لأن تبعية المستثنى للمستثنى منه
 أوجبت إعتبار الإتصال و الموالة بينهما، ففي جميع موارد التبعية لابد من مراعاة الموالة.
 و الإيجاب و القبول في العقود من هذا القبيل، حيث إن القبول تابع للإيجاب، فالتبعية
 تقضي باعتبار الاتصال بينهما أيضاً، هذا.

و أنت خبير بما فيه، حيث إن منشأ إعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه
 هو تقوم معنى كلمة «إلا» الذي هو معنى حرفي بالطرفين، فلا محيص عن إعتبار الاتصال
 بين المستثنى و المستثنى منه حتى يتحقق تلك النسبة و الربط. و هذا بخلاف العقد
 بمعنى الإيجاب و القبول، فإنهما بمنزلة السؤال و الجواب، و من المعلوم عدم إعتبار
 الفورية العرفية بينهما، و إنما المعتبر فيهما عدم تخلل زمان معتد به بينهما بحيث
 يخرجان عن السؤال و الجواب.

و كذا ما هو بمنزلةهما كالتسليم و ردّه، و الورود في المسجد و صلاة تحيته.
 و أما العقد بالمعنى البسيط - أعني به المسبب - فقد عرفت إمتناع جريان نزاع
 إعتبار الموالة و عدمه فيه. فعلى التقديرين لا وجه لجعل الموالة في باب الإستثناء أصلاً
 لإعتبار الموالة في العقد، هذا.

و من جملة الشروط التي ذكرها جماعة: التنجيز^(١) في العقد، بأن^(٢) لا يكون معلقاً على شيءٍ بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان إنعقاد المعاملة في صورة وجود

المبحث الثالث: إعتبار التنجيز

(١) هذا ثالث المباحث المتعلقة بالجهة الثالثة المتكفلة لشروط الهيئة التركيبية لصيغ العقود، وهو ما ذكره جماعة من شرطية التنجيز أو مانعية التعليق. وقد تعرّض المصنف رحمته في هذا البحث لمقامات أربعة:

الأول: في معنى التنجيز.

الثاني: في نقل كلمات الأصحاب حتى يظهر منها أنّ إعتباره ثابت عندهم، وأن التنجيز شرط أو التعليق مانع.

الثالث: في دليل إعتبار هذا الشرط.

الرابع: في تحقيق المسألة مورداً ودليلاً، وسيأتي الكلام في كلّ منها بالترتيب.

(٢) هذا إشارة إلى المقام الأول، وهو معنى التنجيز المبحوث عنه في صيغ العقود، ومحصله: أنّ التنجيز عبارة عن الإرسال وعدم إناطة الإنشاء بشيءٍ من أدوات الشرط، وفي مقابله التعليق الذي هو إناطة العقد بشيءٍ من أداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان إنعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشرط، كما إذا قال: «بعثك هذا الكتاب بدينار إن جاء زيد في هذا اليوم» وقال المشتري: «قبلت هكذا» أي القبول كالإيجاب مشروط بمجيء زيد، فقصدُهما للبيع منوط بمجيئه، بحيث لا يقصدان البيع في صورة عدم ذلك الشرط، فالتنجيز حينئذٍ عبارة عن قصدهما البيع بدون الإناطة بالشرط.

ذلك الشيء، لا في غيرها^(١).

وتمن^(٢) صرح بذلك^(٣) الشيخ والحلي^(٤) والعلامة^(٥) وجميع من تأخر

(١) يعني: في غير صورة وجود ذلك الشيء الذي أنيط العقدُ به، من شرطٍ أو صفة.

(٢) هذا إشارة إلى المقام الثاني، وهو أقوال الفقهاء في إعتبار التنجيز في العقود.

(٣) أي: باشتراط التنجيز، قال شيخ الطائفة رحمته الله في الخلاف: «إذا قال - أي الموكل - إن قدم الحاج أو رأس الشهر فقد وكلتُك في البيع، فإن ذلك لا يصح... دليلنا أنه لا دليل على صحة هذا العقد، و عقد الوكالة يحتاج إلى دليل». أ.

وقال في المبسوط: «وأما الوقف فلا يدخله الخياران - يعني خياري المجلس و الشرط - لأنه متى شرط فيه لم يصح الوقف»^ب.

(٤) قال في وقف السرائر: «و شيخنا أبو جعفر رحمته الله ذهب إلى أن دخول الشرط في الوقف يُبطله. ذكر ذلك في المبسوط و في مسائل خلافه في كتاب البيوع، لأن عقد الوقف لازم من الطرفين، مثل عقد النكاح»^ج و الاستفادة من التعليل أن كل عقد لازم من الطرفين حكمه التنجيز، و عدم صحة دخول الشرط فيه.

(٥) قال في التذكرة: «يشترط في الوقف التنجيز، فلو علّقه على شرط أو صفة لم يجوز، مثل أن يقول: إذا جاء زيد فقد وقفْتُ داري. أو يقول: إذا جاء رأس الشهر وقفْتُ عبدي، كما لا يصح تعليق البيع و الهبة»^د.

وقال في الهبة: «و أن يكون العقد منجزاً، فلو علّقه على شرط لم يصح، كالبيع»^{هـ}.

أ: الخلاف، ج ١، ص ٦٥٥ (الطبعة الثانية ١٣٧٧).

ب: المبسوط في فقه الامامية، ج ١، ص ٨١

ج: السرائر الحاوي: ج ٣، ص ١٥٨ و ١٥٩

د: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٤٣٣

ه: المصدر، ص ٤١٥

و قال في هبة القواعد: بعد إعتبار التنجيز: «و لا يصح تعليق العقد». و في نكاحه: «و يشترط التنجيز، فلو علّقه على شرط لم يصح» و في وقفه: «و يشترط تنجيزه، فلو علّقه بصفة أو بشرط لم يقع»^{أ.}

١) قال الشهيد في الدروس في شرائط الوقف: «و خامسها: التنجيز، فلو علّق بشرط أو وصفٍ بطل، إلّا أن يكون واقعاً، و الواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفتُ إن كان يوم الجمعة»^{ب.}

و في اللعة و شرحها في شرائط الوقف: «و شرطه - مضافاً إلى ما سلف - التنجيز» إلى آخر ما في الدروس، وأضاف قوله: «وكذا في غيره من العقود اللازمة»^{ج.} و إشرط المحقق التنجيز في صحة الوقف، و فرّع عليه قوله: «و لو قال: وقفتُ إذا جاء رأس الشهر، أو: إن قدم زيد، لم يصح»^{د.}

و علّق عليه الشهيد الثاني بما لفظه: «هذا تفرّيع على إشرط التنجيز ... و تبّه بالمثاليين على أنّه لا فرق بين تعليقه بوصفٍ لا بدّ من وقوعه كمجيء رأس الشهر، وهو الذي يطلق عليه الصفة، و بين تعليقه بما يحتمل الوقوع و عدمه كقدوم زيد، وهو المعبر عنه بالشرط. و إشرط تنجيزه مطلقاً موضع وفاتي كالبيع و غيره من العقود، و ليس عليه دليل بخصوصه»^{هـ.}

و قال أيضاً في مسألة «إن كان لي فقد بعته» ما لفظه: «إنّ التعليق ينافي الإنشاء

أ : قواعد الأحكام ، ص ١١٠ ، ١٤٧ ، ص ١٠٧ (الطبعة الحجرية)

ب : الدروس الشرعية ، ج ٢ ، ص ٢٦٤

ج : الزوضة البهية ، ج ٢ ، ص ١٦٩

د : شرائع الاسلام ، ج ٢ ، ص ٢١٧

هـ : مسالك الأفهام ، ج ٥ ، ص ٣٥٧

و المحقق الثاني^(١) و غيرهم^(٢) قدس الله أرواحهم .

و عن فخرالدّين في شرح الارشاد في باب الوكالة: «أنّ تعليق الوكالة على الشرط لا يصحّ عند الإمامية، و كذا غيره من العقود لازمة كانت أو جائزة»^أ.

و عن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه^ب.

و ظاهر المسالك في مسألة إشتراط التنجيز في الوقف: الإتفاق عليه.

و الظاهر عدم الخلاف^(٣)

في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول»^د.

(١) قال في شرائط الوقف: «أحدّها: تنجيزه، فلو علّق بشرط أو صفة ... لم يصحّ، لعدم الجزم به، كما لا يصحّ تعليق البيع و الهبة»^{هـ}.

و قال في بطلان عقد الهبة بالتعليق: «لأنّه مع التعليق لا جزم بانشاء التمليك»^و.

و قال في النكاح: «يشترط في عقد النكاح التنجيز قطعاً، لإنتفاء الجزم بدونه،

فيبطل لو علّقه بأمرٍ محتملٍ أو متوقع الحصول»^ز.

(٢) منهم الفاضل المقداد في التنقيح و السيد الطباطبائي في وقف الرياض و وكالته.

(٣) لكن تأمّل جمع في إعتبار التنجيز في الوكالة كالمحقق الأردبيلي و الفاضل

أ : حكاة السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة . ج ٧ . ص ٥٢٦

ب : حكاة السيد الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة . ج ٤ . ص ١٦٥ . تمهيد القواعد . ص ١١٧ . و ليس فيه دعوى الاجماع : و لعلّ السيد حكاة عن موضع آخر .

ج : مسالك الأفهام . ج ٥ . ص ٣٥٧ الحدائق الناضرة . ج ٢٢ . ص ١٠ و ١١

د : مسالك الأفهام . ج ٥ . ص ٢٧٦

هـ : جامع المقاصد . ج ٩ . ص ١٤ و ١٥

و : جامع المقاصد . ج ٩ . ص ١٤٣

ز : جامع المقاصد . ج ١٢ . ص ٧٧

فيه كما إعترف به غير واحد و إن لم يتعرّض الأَكْثَرُ في هذا المقام^(١).
و يدل عليه^(٢) فحوى فتاواهم و معاهد الإجماعات في إشتراط التنجيز في
الوكالة، مع كونه من العقود المجائزة التي يكفي فيها كلُّ ما دلَّ على الإذن، حتَّى أنَّ
العلامة^(٣) إدعى الاجماع

السبزواري و المحدث البحراني، فراجع كلماتهم أ.

بل عن المحقق القمي رحمته التصريح بأن التعليق في الوكالة لا يضرب بصحتها^٣.
(١) يعني: أن أكثر الفقهاء لم يتعرّضوا لشرطية التنجيز في خصوص عقد البيع،
ولكن يستفاد من كلماتهم في أبواب متفرقة - كالوقف و الهبة و النكاح و الوكالة
و غيرها - تسالمهم على الإشتراط.

(٢) أي: على إشتراط التنجيز، و هذا إشارة الى المقام الثالث و هو بيانُ الدليل
على توقف صحة العقد على عدم تعليقه على شرطٍ أو صفةٍ، و قد تعرّض المصنف رحمته
أولاً لكون المسألة إجماعية، و ثانياً للوجه الذي إستند إليه المجمعون.

أما أصل إتفاقهم على الإشتراط في باب البيع فيستفاد من فحوى شرطية
عندهم في عقد الوكالة مع كونه من العقود الإذنية التي لا يعتبر في إنشائها ما يعتبر في
إنشاء العقود اللازمة كالماضوية و الموالاتة بين الايجاب و القبول، فإذا توقفت صحة
الوكالة على تنجيزها كان توقُّف صحة البيع و النكاح - و نحوهما من العقود اللازمة -
عليه بالأولوية القطعية.

و أما وجه الإشتراط فهو منافاة التعليق للجزم حال الإنشاء، و سيأتي بيانه.
(٣) مقصوده رحمته من الإستشهاد بكلام العلامة رحمته إثبات وضوح شرطية
التنجيز - و مبطلية التعليق - في عقد الوكالة التي يكفي فيها كلُّ ما دلَّ على الإذن.
وبيانه: أن تعليق الوكالة مبطل، بخلاف تعليق الموكل فيه، مع إشتراكهما في الإنباطة

أ : جمع الفائدة والبرهان ، ج ٩ ، ص ٥٣٣ و ٥٣٤ ، كفاية الأحكام ، ص ١٢٨ ، الهدائق الناضرة ،

ج ٢٢ ، ص ١٠ و ١١

ب : جامع الشتات ، ج ١ ، ص ٣٠٧

على ما حكى^١ عنه على عدم صحة أن يقول الموكل: أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبع عبدي و على صحة قوله: أنت وكيل، ولا تبع عبدي إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً^٢

والتوقف، فإذا قال: «أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبع عبدي» كان باطلاً، لعدم فعلية التوكيل، لفرض توقفه على حلول يوم الجمعة، وهو معدوم حال الإنشاء. وإذا قال: «أنت وكيل، ولا تبع عبدي إلا في يوم الجمعة» صح، لفعلية التوكيل وإن كان التصرف الموكل فيه إستقبالياً.

و الفارق بين المثالين - مع اشتراكهما في التعليق - أن المعلق في الأول هو أصل مضمون العقد و هو التوكيل و الإذن، و المفروض إشتراط العقود بالتنجيز. و هذا بخلاف المثال الثاني، فإن المعلق ليس أصل التوكيل، بل الموكل فيه. و لولا دخل التنجيز تعُدأ في العقود لكان اللازم التسوية بين المثالين بصحتها معاً أو بطلانها كذلك. إلا أن الدخل التعبدي إقتضى بطلان الأول و صحة الثاني.

(١) المحامي لهذه العبارة عن العلامة جمع منهم الشهيد الثاني و المحقق الأردبيلي و السيد الفقيه العاملي قنبري أ و هو حكاية بالمعنى، لا لنص كلامه، قال في التذكرة: «لا يصح عقد الوكالة معلقاً بشرط أو وصف، فإن عُلقت عليها بطلت، مثل أن يقول: إن قدم زيد، أو: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك، عند علمائنا ... و الفرق ظاهر بين تنجيز العقد و تعليق التصرف، و بين تعليق العقد. إذا ثبت هذا فلا خلاف في تنجيز الوكالة و تعليق العقد، مثل أن يقول: وكلتك في بيع العبد و لا تبعه إلا بعد شهر، فهذا صحيح» ب.

(٢) و هو الإذن في إنشاء البيع يوم الجمعة.

أ : مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٢٤٠، مجمع الفائدة و البرهان، ج ٩، ٥٣٣، مفتاح الكرامة، ج ٧،

و فرّق^(١) بينها جماعة بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق «بأن^(٢) العقود لما كانت مُتلقاة من الشارع أُنيطت بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها» فإذا كان الأمر كذلك^(٣) عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع؟

و بالجملة: فلا شبهة في إتفاقهم على الحكم^(٤).

و أمّا الكلام^(٥) في وجه الإشتراط، فالذي صرّح به العلامة في التذكرة «أنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء^(٦)» بل^(٧) جعل الشرط هو الجزم، ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق.

(١) هذا الفارق المذكور في المسالك، قال تتبرر بعد نقل المثالين عن التذكرة: «وهذا و إن كان في معنى التعليق، إلّا أنّ العقود لما كانت متلقاة من الشارع أُنيطت بهذه الضوابط ... الخ». و قد تقدّم بيان الفارق بين بطلان تعليق الوكالة، و صحة تعليق التصرف الموكل فيه.

(٢) متعلّق بقوله: «فرّق» و هذا كلام الشهيد الثاني تتبرر.

(٣) يعني: فإذا كان التعليق مُبطلاً في عقدٍ جائز مثل الوكالة فكيف لا يكون مُبطلاً في عقد لازم كالبيع؟

(٤) أي: بطلان العقد بالتعليق يكون متفقاً عليه بينهم.

(٥) مقصوده من هذا الكلام: أن إعتبار التنجيز و إن كان اجماعياً، لاتفاقهم عليه، لكن إشتراطه ليس تعبداً محضاً، بل من جهة إناطة الإنشاء بالجزم، و هو منوط بتجريده عن التعليق.

(٦) هذا نقل بالمعنى، إذ الموجود في عبارة التذكرة «الجهل بشبوتها - أي المشيئة - حال العقد» - نعم في عبارة المسالك الآتية في المتن التصريح بمنافاة التعليق للإنشاء.

(٧) الوجه في الإضراب واضح، إذ لو كان مستند إعتبار التنجيز مجرد منافاة

قال: «الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرطٍ لم يصحّ وإن كان الشرطُ المشيئةً، للجهل بثبوتها حال العقد، وبقائها^(١) مدّته. وهو أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندهم الصّحة، لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، لأنّه لو لم يشأ لم يشتر» انتهى كلامه.

و تبعه على ذلك الشهيد رحمته الله في قواعده^(٢)، قال: «لأنّ الإستقال بحكم الرّضا^(٣)، و لا رضا إلّا مع الجزم، و الجزم ينافي بالتعليق» انتهى.

التعليق للجزم كان ظاهراً في مانعية التعليق، لا في شرطية التنجيز. و هذا بخلاف ما لو كان التنجيز شرطاً، فإنّ بطلان العقد بالتعليق يستند إلى فقد الشرط، لا إلى وجود المانع، و من المعلوم تقدّم رتبة الشرط على عدم المانع.

و عليه فيظهر من عبارة التذكرة أمران:

أحدهما: كون التنجيز - المعبر عنه بالجزم - هو الشرط، لا كون التعليق مانعاً. و الآخر: كون إعتبار التنجيز على طبق القاعدة، و أنّه ليس من باب التعبد.

(١) أي: بقاء المشيئة مدّة العقد في ما لو علم ثبوتها قبل العقد، و جهل بقاءها حال العقد.

(٢) ذكره الشهيد في قاعدةٍ عنوانها بقوله: «التكاليف الشرعية بالنسبة إلى قبول الشرط و التعليق أربعة أقسام» إلى أن قال: «الثالث: ما يقبل الشرط دون التعليق على الشرط، كالبيع و الصلح و الإجارة والرهن، لأنّ الانتقال ... الخ».

(٣) توضيحه: أنّ الانتقال و ترتّب الأثر على العقد إنّما هو لأجل الرّضا فعلاً بالانتقال، و لا راضاً بالانتقال مع التعليق، لأنّه رضا تقديري لا فعلي، و لا يجرز الرّضا الفعلي - الذي أُنيط به نفوذ المعاملة - إلّا بالجزم بالإنشاء.

و بالجملة: لا يجرز الرّضا الفعلي - المحكوم بالعدم بالأصل - إلّا بالجزم، فالتعليق ينافيه.

أ : تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب : القواعد و الفوائد، ج ١، ص ٦٥، رقم القاعدة: ٣٥

و مقتضى ذلك^(١) أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول^(٢) كما صرح به^(٣) المحقق في باب الطلاق.

و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته «أن التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود و الإيقاعات

(١) يعني: و مقتضى منفاة التعليق للجزم هو اختصاص بطلان العقد بما إذا كان المعلق عليه مجهول الحصول. و غرض المصنف رحمته التنبيه على أن استدلال الشهيد رحمته على مبطلية التعليق بقوله: «و لا رضا إلا مع الجزم...» و إن كان مقتضياً - بإطلاقه - لمبطلية التعليق سواء أكان المعلق عليه مجهول الحصول أم معلومه، إلا أن الشهيد رحمته صرح في كلامه الآتي بأنه لا مانع من تعليق العقد على أمر معلوم الحصول سواء أكان حالياً أم إستقبالياً، فالحالي كما إذا قال المالك: «إن كان لي فقد بعته» و الإستقبالي كما إذا قال: «بعتك إن قديم يوم الجمعة» فالتعليق فيها غير قاذح، لفعلية رضاه بالبيع و عليه يختص البطلان بما إذا كان المعلق عليه مجهول الحصول، كقوله: «بعتك إن قدم زيد من السفر» مع عدم إحراز مجيئه.

(٢) إذ مع العلم بمحصله يكون التعليق صورياً، فالرضا الفعلي محرز.

(٣) يعني: صرح المحقق بأن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، قال رحمته في كتاب الطلاق: «و يشترط في الصيغة تجريدها عن الشرط و الصفة في قول مشهور، لم أقف فيه على مخالف متا» إلى أن قال: «تفريع: إذا قال: أنت طالق في هذه الساعة إن كان الطلاق يقع بك، قال الشيخ رحمته: لا يصح، لتعليقه على الشرط. و هو حق إن كان المطلق لا يعلم. أما لو كان المطلق يعلمها على الوصف الذي يقع معه الطلاق فينبغي [ينبغي] القول بالصحة، لأن ذلك ليس بشرط، بل أشبه بالوصف و إن كان بلفظ الشرط» أ.

حيث^(١) يكون المعلق عليه مجهول الحصول^(٢) أ.
 لكن^(٣) الشهيد في قواعده ذكّر في الكلام المتقدم «أنّ الجزم ينافي التعليق

(١) ظرّف لقلوه: «انما ينافي» وهذا تقريب المنافاة و موردها، و حاصله: أنّ منافاة التعليق للإنشاء إنّما تكون في التعليق على أمرٍ مجهول الحصول، لأنّه مع العلم بمحصله لا تعليق حقيقةً وإن كان تعليقاً صورةً.

(٢) فإذا كان المعلق عليه معلوم الحصول - ولو في المستقبل - لم يقدح في صحة الإنشاء.

و الأولى نقل جملةٍ من كلام الشهيد الثاني في شرح قول المحقق «و طريق التخلّص أن يقول الموكل: إن كان لي فقد بعته من الوكيل، فيصح البيع، و لا يكون هذا تعليقاً للبيع على الشرط، و يتقاضان» فقال في المسالك: «إنّما لم يكن ذلك شرطاً - مع كونه بصيغته - لأنّ الشرط المبطل ما أوجب توقف العقد على أمرٍ يمكن حصوله وعدمه. و هذا أمرٌ واقع يعلم الموكل حاله، فلا يضرُّ جعله شرطاً. و كذا القول في كل شرطٍ عُلم وجوده، كقول البائع يوم الجمعة مع علمه به: إن كان اليوم الجمعة فقد بعته بكذا».

و الاستفادة منه صحة التعليق في ما كان المعلق عليه متحققاً خارجاً، مثل كون المبيع مملوكاً له.

(٣) غرضه من هذا الإستدراك التنبيه على إختلاف الشهيدين تَبَيَّنَا في مورد منافاة التعليق للجزم، فالشاهد الأول جواز التعليق في موردٍ واحد، و هو كونه معلوم الحصول حال الإنشاء، كما في مثل: «إن كان لي فقد بعته» مع كونه مملوكاً له، فلو كان المعلق عليه معلوم الحصول في المستقبل لم يصح.

و لكن ظاهر الشهيد الثاني صحته إذا عُلم وجوده، حيث قال في عبارته المتقدمة آنفاً: «و كذا القول في كل شرطٍ علم وجوده». لكن عموم هذه العبارة

لأنه بقرضة عدم الحصول - ولو قُدِّر العلم بمحصوله كالتعليق على الوصف^(١) - لأن^(٢) الإعتبار بجنس الشرط دون أنواعه^(٣)، فاعتبر المعنى العام^(٤) دون خصوصيات الأفراد».

ثم قال: «فإن قلت: فعلى هذا^(٥) يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل: إن كان لي فقد بعته منك بكذا.

للشرط غير الموجود فعلاً محل تأمل.

- (١) عبارة القواعد هكذا: «ولو قُدِّر علمُ حصوله كالمعلق على الوصف. . .».
- (٢) تعليل لمنافاة التعليق للإنشاء و إن كان المفروض العلم بمحصوله كالتعليق على الوصف. و حاصل تقريره: أن جنس الشرط بحسب الوضع الأولي - مع الغض عن الخصوصيات الخارجية المنوعة الموجبة للتفصيل في منافاة الشرط للإنشاء بين الوجود و العدم - ينافي الجزم المعتبر في الإنشاء.
- و بعبارة أخرى: إعتبار عدم التعليق في العقد إنما هو بلحاظ جنس الشرط بعناه العام الساري في جميع الأفراد، لا الشرط بلحاظ خصوصياته النوعية والشخصية، فأداة الشرط تُخرج الإنشاء عن الإرسال و تجعله منوطاً بشيء، مهما كان المعلق عليه.
- (٣) المراد بأنواع الشرط هو معلوم الحصول في الحال أو في الاستقبال، و مجهوله كذلك، فإن الشرط في جميع موارد محتمل الحصول و العدم. نعم إذا كان معلوم التحقق حال الإنشاء صح، لكون التعليق صورياً لاجدباً.
- (٤) يعني: أن المعتبر هو مانعية الشرط و منافاته للجزم - بما هو شرط - مع الغض عن كون المعلق عليه حاصلاً حين الإنشاء أم لا.
- (٥) أي: فبناءً على تقدير كون المناط في مبطلية التعليق جنس الشرط يلزم بطلان العقد حتى في قوله في صورة إنكار التوكيل: «إن كان لي فقد بعته منك»، مما كان التعليق على أمر معلوم الوجود في ظرف الإنشاء. و الحال أنه صحيح، فيستكشف من ذلك أن المدار على خصوصيات الشرط لا جنسه، إذ المفروض وجود الجنس.

قلت^(١): هذا تعليق على واقع، لا متوقع الحصول، فهو^(٢) علةٌ للوقوع أو مصاحبٌ له^(٣)، لا معلقٌ عليه الوقوع.
و كذا نقول^(٤) لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج، و إنكار التزويج

و أما كون التعليق هنا على أمرٍ معلوم الوجود فلقوله في الجواب: «إنَّ هذا تعليق على واقع» يعني على أمرٍ يعلنان أنه واقع في ظرف الإنشاء، ضرورة أن مجرد وقوعه في ظرف الإنشاء في الواقع - بدون العلم به - لا يمنع عن التردد، و معه يبقى التنافي - بين التعليق عليه و بين الجزم - على حاله.

(١) محصل هذا الجواب: أن التعليق هنا صوري لا حقيقة له، لأنَّ التعليق الحقيقي منوط بعدم العلم بتحقق المعلق عليه حين الإنشاء، فرجع قوله: «إن كان لي فقد بعته» إلى قوله: «لما كان لي فقد بعته».

و الحاصل: أن العبرة بمنس الشرط، لكن يعتبر فيه الجهل بتحقق المعلق عليه و ترتب حصوله، و هنا لا ترتب، إذ لا جهل.

(٢) يعني: أن وجود المعلق عليه واقعاً علةٌ لوقوع المنشأ - أي البيع - الذي أنشأه بقوله: «إن كان لي فقد بعته» فملوكية المبيع فعلاً علةٌ لوقوع البيع بهذا الإنشاء المزبور.

(٣) معطوف على «علة» يعني: أن مملوكية المال ليست علةً لوقوع البيع، و إنما تكون مصاحبةً للعلة، إذ العلة هي إرادة البيع، و يصحبها مملوكية المال.

(٤) يعني: يصح التعليق في مثالين آخرين، أحدهما: إذا تنازع رجل و امرأة في الزوجية، فادعتها المرأة و أنكرها الرجل، فتنحلُّ المرافعة بأن يقول الرجل: «إن كانت زوجتي فهي طالق» فيقع الطلاق - على تقدير تحقق الزوجية واقعاً - مع كونه معلقاً. و لا يقدح هذا التعليق، لأنَّ المعلق عليه - و هو الزوجية - متحققٌ في وعاء الإعتبار، و ليس متوقع الحصول كما في قدوم زيد من السفر. هذا إذا كان أصل التزويج ثابتاً. و أما إذا لم تكن بينها عُلقة كان الطلاق المزبور لغواً، من جهة إنتفاء الموضوع.

حيث تدعيه^(١) المرأة: «إن كانت زوجتي فهي طالق» إنتهى كلامه ﷺ.
 و علل العلامة في القواعد صحة - إن كان لي فقد بعته - «بأنه^(٢) أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطاً. وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه^(٣) لا يوجب شكاً في البيع، ولا وقوفه^(٤)» إنتهى ب.
 وتفصيل الكلام^(٥): أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، وإما

ثانيهما: إذا تنازع الرجل والمرأة، فادعت أن الرجل وكل شخصاً في أن يزوجني منه، وقد تزوجت به، وأنكر الرجل هذه الوكالة، فيصح أن يقول: «إن كانت زوجتي فهي طالق» على ما تقدم في المثال الأول.

(١) بأن ادعت التزويج أو التوكيل فيه.

(٢) هذا نقل بالمعنى، وإلا فعبارة القواعد هكذا: «فإن قال: إن كانت الجارية لي فقد بعتكها، أو قال الموكل: إن كنت أذن لك في شرائها بألفين فقد بعتكها، فالأقرب الصحة، لأنه أمر واقع يعلمان وجوده ...» إلى آخر ما في المتن.

(٣) يعني: أن الشرط المعلوم وجوده لا يوجب شكاً ولا ترديداً في إنشاء البيع.

(٤) يعني: لا يوجب هذا التعليق توقف البيع على ذلك المعلق عليه، إذ العلم بمحصله حال البيع يوجب كون التعليق صورياً لا حقيقياً.

(٥) بعد أن أشار المصنف رحمته إلى جملة من كلمات الفقهاء وما استدلوا به على شرطية التنجيز تعرض للمقام الرابع المتكفل لتحقيق المسألة موضوعاً ومحمولاً، وأفاد فيه مطالب ثلاثة:

الأول: في ذكر أقسام التعليق بالنظر إلى المعلق عليه، وبيان حكم كل منها.

الثاني: في تحقيق الوجوه المستدل بها على اعتبار التنجيز.

الثالث: في حكم تردد المنشئ وعدم جزمه بتحقق شرط الصحة، وسيأتي تفصيل الأخيرين بتبع المتن. فنقول وبه نستعين وبوليه صلوات الله وسلامه عليه وآله نستجير:

يكون محتمل التحقق. و على الوجهين فإمّا أن يكون تحقّقه - المعلوم أو المحتمل - في الحال أو المستقبل.

المطلب الأوّل في أقسام التعليق، و محصله: أنّ المعلّق عليه إمّا معلوم الحصول، أو مشكوك الحصول، و على كلّ منها فإمّا أن يكون المعلّق عليه ممّا يتوقف عليه صحة العقد شرعاً، أو يكون أجنبيّاً عن العقد، فالمجموع ثمانية أقسام.

أما التعليق على مصحّح العقد - كشرائط العوضين و المتعاقدين بالنسبة إلى البيع - فكالموارد الأربعة التي ذكّرها في المتن.

أولها: قابلية المبيع للمتلّك و للبيع شرعاً، بأن لا يكون ساقطاً عن المالية كالخمر و الخنزير.

ثانيها: قابلية المبيع للإخراج عن ملك البائع بعد الفراغ عن ملكيته، كعدم كون الأمة أمّ ولد، و عدم كونه وقفاً و لا رهناً.

ثالثها: قابلية المشتري للمتلّك، بأن لا يكون عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء.

رابعها: قابلية المشتري للمعاملة معه - بعد كونه مالكاً - بأن لا يكون صبيّاً.

فإذا قال: «بعتك هذا بشرط أن لا يكون خمراً» أو «بعتك هذه الأمة على أن لا تكون أمّ ولد» أو «بعتك هذا على أن تكون حُرّاً» أو «بعتك على أن لا تكون صغيراً» كان المعلّق عليه ممّا يتوقف صحة العقد عليه. و في كل واحد من هذه الأمثلة تقادير أربعة، إذ المعلّق عليه إمّا معلوم الحصول في الحال أو في الاستقبال، و إما مجهول الحصول كذلك.

و أما الصور الأربع التي يُصرّح فيها بالتعليق و لم يكن المعلّق عليه دخيلاً في صحة العقد، فقد ظهرت مما تقدّم عند نقل الأقوال، كما إذا باع ماله معلقاً على مجيء زيدٍ أو طلوع الشمس، فإن المجيء و الطلوع ليسا من شرائط صحة البيع، فإذا علّق البيع عليها فإمّا أن يكونا معلوم الحصول حال الإنشاء، و إمّا في الاستقبال، و إمّا أن يشك في الحصول في الحال أو في الاستقبال. فهذه صور أربع.

هذا كلّهُ في صور التصريح بالتعليق. و زاد المصنف بشيء ما إذا كان التعليق لازماً

و على التقادير فإمّا أن يكون الشرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد، ككون^(١) الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً، أو ممّا^(٢) يصحّ إخراجه عن الملك كغير أمّ الولد وغير الموقوف ونحوه^(٣)، و كون^(٤) المشتري تمّن يصح تملكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، و تمّن يجوز العقد معه^(٥) بأن يكون بالغاً.

لل كلام و إن لم يصرّح فيه بأداة الشرط، كما إذا قال: «بعثك هذا يوم الجمعة» بأن يكون ظرف حصول الملكية للمشتري هو يوم الجمعة، فيجري فيه ما تقدّم من أنّ الإنشاء إن كان في يوم الجمعة فالمعلّق عليه محرز الحصول في الحال، و إن كان يوم الخميس فالمعلّق عليه محرز الحصول في الإستقبال.

هذا إجمال صور التعليق، و سيأتي بيان أحكامها عند شرح كلمات المصنف رحمته إن شاء الله تعالى.

(١) قد عرفت أنّ المذكور في المتن - من شرائط الصحة - أمور أربعة. أوّلاً: قابلية المبيع للتمكّن، و عدم إلغاء ماليته العرفية، بأن لا يكون خمرأ و لا خنزيراً، فإذا قال: «بعثك هذا على أن لا يكون خمرأ» كان المعلّق عليه ممّا يتوقف صحة العقد عليه شرعاً.

(٢) هذا ثاني الأمور التي تتوقف صحة العقد عليها شرعاً. (٣) ممّا لا يكون المأل ملكاً طليقاً لأحد المتبايعين، كبيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن، كأن يقول: «بعثك هذا على أن لا يكون رهناً».

(٤) معطوف على «كون» في قوله: «ككون الشيء» و هذا ثالث الأمور، و هو قابلية المشتري للتمكّن بأن لا يكون عبداً و لا كافراً حربياً.

(٥) هذا رابع الامور المعتبرة شرعاً في البيع، و هو بلوغ المتعاقدين، فإنّ الصبي مسلوب العبارة، بأن يقول البائع: «بعثك على أن تكون بالغاً».

و نظير هذه الامور الأربعة الدخيلة في الصحة ما تقدّم من تعليق الطلاق على زوجية المرأة، كما إذا قال: «إن كانت هند زوجتي فهي طالق» و أنه من التعليق على واقع لا على متوقّع.

و إما^(١) أن لا يكون كذلك^(٢).

ثمّ التعليق إما مصرّح به^(٣)، و إما لازم من الكلام، كقوله: «مَلَكْتُكَ هذا بهذا يوم الجمعة» و قوله في القرض و الهبة: «خُذْ هذا بعوضه^(٤)» أو «خُذْه بلا عوض يوم الجمعة^(٥)» فَإِنَّ التَّمْلِيكَ^(٦) مَعْلَقٌ عَلَى تَحَقُّقِ الْجُمُعَةِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي

(١) معطوف على قوله: «فإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد».

(٢) بأن يكون أجنبياً عن المصحّح للعقد، كأن يقول: «بعثك هذا المتاع

إن صليت صلاة الليل» فإن هذا الشرط ليس من شروط صحة البيع.

(٣) قد عرفت صُورَ صراحة التعليق، و أمّا التعليق المستفاد من الدلالة

الالتزامية فالمستفاد من المتن أن له صورتين:

إحدهما: أن يتضمّن الإنشاء ظرفاً، مثل «اليوم، و عند، و حين» و نحوها،

كما إذا قال: «بعثك هذا بهذا يوم الجمعة» فَإِنَّ الْبَيْعَ مَعْلَقٌ عَلَى تَحَقُّقِ يَوْمِ الْجُمُعَةِ إِمَّا فِي الْحَالِ كَمَا إِذَا كَانَ زَمَانَ الْإِنشَاءِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، أَوْ فِي الْإِسْتِقْبَالِ كَمَا إِذَا كَانَ الْإِنشَاءُ يَوْمَ الْخَمِيسِ.

ثانيتها: أن لا يتضمّن الإنشاء ظرفاً، و إنّما يستفاد التعليق من توقف صحة

البيع على أمرٍ واقعي كالملكية، كما إذا باع الولد مال والده بظنّ موته حتى ينتقل إليه، و يخرج عن الفضول، فيقول: «بعثك هذا بكذا» فَإِنَّ تَوْقِفَ صِحَّةِ الْبَيْعِ عَلَى مَمْلُوكِيَةِ الْمُبِيعِ - أَوْ مَلِكِ أَمْرِ الْبَيْعِ - أَمْرٌ وَاقِعِي سِوَا عُلُقِ الْإِنشَاءِ عَلَيْهِ بَأَن يَقُولَ: «بِعَثْكَ إِنْ كَانَ لِي» أَمْ لَمْ يُعْلَقْ عَلَيْهِ.

(٤) أي: «خُذْ هذا بعوضه يوم الجمعة» و هذا تعليق القرض - بالدلالة

الالتزامية - على يوم الجمعة، و هو من التعليق على أمرٍ معلوم الحصول في الحال إن كان ظرف الإنشاء يوم الجمعة، أو في الإستقبال إن كان الإنشاء قبل الجمعة.

(٥) هذا مثال تعليق الهبة بما ليس صريحاً.

(٦) يعني: فَإِنَّ التَّمْلِيكَ - بِالْقَرْضِ أَوْ بِالْهَبَةِ - وَإِنْ كَانَ مَنْجِزاً، لَعَدَمِ التَّصْرِيحِ بِأَدَاءِ

الاستقبال. و لهذا^(١) إحتمل العلامه في النهاية و ولده في الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته، معللاً «بأن العقد و إن كان منجزاً في الصورة، إلا أنه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك».

فما كان منها معلوم الحصول^(٢) حين العقد فالظاهر أنه غير قاذح، وفاقاً

الشرط، لكنه معلق واقعاً على تحقق الجمعة في الحال أو في الإستقبال.

(١) أي: و لأعمية التعليق من الصريح و الضمني إحتمل العلامه و ولده **يَبْتَئَا** بطلان بيع الوارث مال مورثه بظن موته. قال العلامه: «ولو باع مال أبيه بظن أنه حي و هو فضولي، فبان أنه كان ميتاً حينئذٍ، و أن المبيع ملك للعاقده، فالأقوى الصحة، لصدوره من المالك» ثم فرق **يَبْتَئَا** بين إخراج زكاة فيبطل، و يبعه فيصح، لعدم توقف البيع على النية، ثم قال: «و يحتمل البطلان، لأنه و إن كان العقد منجزاً في الصورة، إلا أنه في المعنى معلق، و تقديره: إن مات مورثي فقد بعثك. و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره» و نحوه كلام فخر المحققين، فراجع.

هذا تمام الكلام في ذكر صور التعليق، و سيأتي بيان أحكامها إن شاء الله تعالى.
(٢) يعني: معلوم الحصول مطلقاً سواء توقف عليه صحة العقد أم لا. و هذا شروع في بيان حكم الأقسام المتقدمة، فأفاد عدم قدح التعليق في صورتين، و يجمعهما كون المعلق عليه معلوم التحقق حين العقد مطلقاً، سواء أكان من قبيل ما هو مصحح للعقد أم لا، كما إذا قال: «إن كان لي فقد بعثك» مع كونه ملكاً له أو قال: «بعثك إن كان اليوم الجمعة» مع كون يوم الإنشاء الجمعة.

و الوجه في صحة العقد: ما تقدم في كلام جمع من أن التعليق فيها صوري، وأنه تعليق على واقع لا على متوقع، فشرط الصحة - وهو الجزم بالإنشاء - متحقق بالفعل.

لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيد والمحقق الثاني والصيمري^(١).
وحُكي^(٢) أيضاً عن المبسوط والإيضاح في مسألة ما لو قال: إن كان لي
فقد بعته^أ.

بل لم يوجد في ذلك^(٣) خلاف صريح. ولذا^(٤) إدعى في الرياض في باب

(١) ظاهر العطف أن المصنف رحمته نقل كلاماً عن الصيمري كما نقل عن المحقق
والعلامة والشهيد وغيرهم، فأحال بقوله: «وفاقاً لمن عرفت» على ما سبق
نقله عنهم.

لكن لم نجد في المتن من أول بحث التنجيز إلى هنا تصريحاً بكلام الصيمري.
ولعل مراد المصنف بقوله: «وفاقاً لمن عرفت» أعم من صرح باسمه ومن أدرجه في
عموم: «و جميع من تأخر عنه كالشاهدين والمحقق الثاني وغيرهم رحمته» فتصح نسبة
عدم القدر إلى هذه الجماعة حتى الصيمري.

وكيف كان فهو - كما في مقدمة المقابس والذريعة - الشيخ مفلح بن الحسن
[الحسين] الصيمري من تلامذة ابن فهد الحلبي رحمته، وله كتاب غاية المرام في شرح
شرائع الإسلام^٣، ونقل السيد العاملي عنه في كتاب الوكالة إعتبار التنجيز، فراجع ج.

(٢) يعني: وحُكي عدم القدر - في التعليق على ما هو معلوم المحصول حين
العقد - عن المبسوط والإيضاح، وسيأتي في المتن نقل كلام المبسوط، ومورده
وإن كان معلوم التحقق حال الإنشاء، لكنه مختص بمصحح النقل لا مطلقاً.

(٣) أي: في عدم قاذحية التعليق على الشرط المعلوم حصوله حال العقد.

(٤) أي: ولأجل عدم وجود الخلاف الصريح - في جواز التعليق على معلوم
المحصل - إدعى السيد الطباطبائي عدم الخلاف في الصحة، قال رحمته في وقف الرياض:

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٣٨٥، إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٣٦٠.

ب: مقابس الأنوار، المقدمة، ص ١٨، الذريعة إلى تصانيف الشيعة، ج ١٦، ص ٢٠.

ج: مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٥٢٦.

الوقف: عدم الخلاف فيه صريحاً^(١).

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة^(٢) فالظاهر أنه^(٣) داخل في معقد إتفاقهم على عدم الجواز،

«و يشترط فيه التنجيز، فلو علّقه على شرط متوقع أو صفة مترتبة، أو جعل له الخيار في فسخه متى أراده من دون حاجة بطل بلا خلاف فيه، و في الصحة لو كان المعلق عليه واقعاً، و الواقف عالمٌ بوقوعه كقوله: وقفتُ إن كان اليوم الجمعة. و كذا في غيره من العقود. و بعدم الخلاف صرح جماعة»^(٤).

و المقصود من نقل كلام السيد أنه إدعى عدم الخلاف في الصحة، كما حكاه عن جماعة، و به يقوى نقل الإجماع على عدم مانعية التعليق على الشرط المعلوم وقوعه حال الإنشاء. هذا حكم التعليق على معلوم الحصول في الحال.

(١) هذا بيان حكم قسم آخر، و هو التعليق على معلوم التحقق في الإستقبال كطلوع الشمس و مجيء الجمعة إذا كان الإنشاء قبلها، وهو مبطل للإنشاء، لكونه داخلياً في معقد إجماعهم على عدم جواز التعليق. فالمعول في البطان هو الإتفاق المزبور.

فان قلت: إن تعليل إعتبار التنجيز في بعض الكلمات «باشترط الجزم» - كما تقدّم في عبارة التذكرة - يقتضي جواز التعليق على ما يعلم بم حصوله بعد الإنشاء، لتحقق الجزم بالإنشاء عند العلم بم حصول المعلق عليه في المستقبل.

قلت: نعم، لكن لما كان مستند شرطية التنجيز هو الإجماع تعيّن الحكم بالبطان في هذا القسم.

(٢) في قبالة التعليق على الشرط، و هو ما لا يقين بم حصوله في المستقبل كقدوم

زيد.

(٣) أي: أن معلوم الحصول في المستقبل مشمول للإجماع على بطان التعليق عليه.

و إن كان^(١) تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لايجري فيه كما إعترف به^(٢) الشهيد فيما تقدم عنه^(٣)، و نحوه الشهيد الثاني فيما حُكي عنه^(٤).
بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه^(٥) مما لاخلاف فيه بيننا، بل بين العامة، فإنه قال: «إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشهر فقد

(١) مقصوده من هذه الجملة: أنَّ المجمعين إستندوا إلى منافاة التعليق للجزم بالإنشاء، و مقتضاه جواز التعليق على معلوم الحصول في المستقبل، لفعلية الجزم والرّضا حال الإنشاء. إلا أنه مع ذلك يحكم ببطان هذا التعليق، لأجل الإجماع.

(٢) يعني: كما إعترف الشهيد رحمته بدخول الشرط المعلوم الحصول في المستقبل في معقد إفتاقهم على عدم الجواز.

(٣) حيث قال: «إنَّ الجزم ينافي التعليق، لأنّه بقرضة عدم الحصول ولو قُدّر العلم بمحصله كالتعليق على الوصف لأن الإعتبار بجنس الشرط دون أنواعه ... الخ» و قد تقدّم كلامه في (ص ٥٣٠).

(٤) حيث قال: «من شرط الوكالة وقوعها منجزة عند علمائنا، فلو علّقها على شرط متوقّف، و هو ما يمكن وقوعه وعدمه، أو صفةٍ و هي ما كان وجوده في المستقبل محققاً كطلوع الشمس ... لم يصح».

(٥) يعني: يظهر من عبارة المبسوط: كونُ عدم جواز التعليق على معلوم التحقق في المستقبل ممّا لا خلاف فيه عند الكلّ. والوجه في الإتيان بكلمة «بل» هو أنّ المصنف إستظهر أولاً شمول معقد الاجماع لهذا القسم، من جهة الإطلاق. و لكن عبارة المبسوط صريحة في الاجماع على بطلان الوقف بالتعليق على معلوم الحصول في المستقبل، و معه لايبقى مجال توهم الجواز، بأن يقال: إنَّ الاجماع دليلٌ لبي يقتصر على المتيقن منه، فلا يبطل التعليق على ما يعلم تحقّقه بعد الإنشاء.

وقفته^(١) لم يصحّ الوقف بلا خلاف، لأنّه مثل البيع والهبة. وعندنا مثل العتق أيضاً» أنتهى، فإنّ ذيله^(٢) يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالإمامية^(٣). نعم مماثلته للعتق مختصة بهم.

و ما كان منها مشكوك الحصول^(٤) - و ليس صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج - فهو المتيقّن من معقد إتفاقهم.

(١) عبارة المبسوط هكذا: «فقد وقفْتُ هذه الدار على فلانٍ لم يصحّ ... الخ».

(٢) يعني: فإنّ ذيل قول الشيخ: «لأنّه مثل البيع والهبة ... الخ» يدلّ على إتفاق المسلمين على اشتراط التنجيز في الوقف والبيع والهبة. و أمّا العتق، فأشترطه بالتنجيز من مختصات الفرقة المحقّقة أيدهم الله تعالى.

(٣) إذ لو كانت مماثلة الوقف للبيع والهبة مختصة بالإمامية لنبّه الشيخ عليها كما نبّه عليها في العتق فقال: «و عندنا مثل العتق» فكان المناسب أن يقول: «لأنّ الوقف مثل البيع والهبة والعتق عندنا» فتفرقته بَيِّنُهُ في المماثلة - بين البيع والهبة وبين العتق - كاشفة عن إتفاق جميع المسلمين على بطلان البيع والهبة والوقف بالتعليق على ما يُعلم حصوله في المستقبل.

(٤) هذا بيان حكم قسم آخر من أقسام التعليق، و هو كون المعلق عليه مشكوك الحصول و لم يكن مصححاً للعتق. سواء أكان ظرف تحقّقه حال الإنشاء أم بعده، كما إذا قال: «بعثك إن قدم الحاج» و شكّ في قدومهم حال العقد و في المستقبل.

و حكم هذا القسم البطلان، لكونه القدر المتيقّن من معقد إجماعهم على شرطية التنجيز، فلو نوقش في إطلاق المعقد بالنسبة إلى القسم السابق - و هو معلوم الحصول في المستقبل - لم يكن مجال للمناقشة في بطلان هذا القسم، لكونه المتيقّن من مورد إتفاقهم على قدح التعليق.

و ما كان صحة العقد معلقة عليه^(١) كالأمثلة المتقدمة^(٢) فظاهر إطلاق كلامهم يشملهم.

إلا أن^(٣) الشيخ في المبسوط حكى في مسألة: «إن كان لي فقد بعته» قولاً

(١) هذا حكم قسم رابع، وهو التعليق على مصحح العقد، وقد تقدم أن المذكور في المتن أمور أربعة يتوقف عليها صحة البيع شرعاً، وهي مائة المبيع شرعاً بأن لا يكون خمرأً، وقابليته للبيع بأن يكون ملكاً طلقاً، وقابلية المشتري للتملك بأن لا يكون عبداً، وقابليته للمعاودة معه بكماله بالبلوغ والعقل.

و التعليق على كل واحدٍ منها إما بالتصريح بأداة الشرط، وإما بالدلالة الإلزامية. و حكم هذا القسم - بماله من الصور - لا يخلو من بحث، فذهب المصنف أولاً إلى البطلان، لإطلاق معقد الإجماع على قاحية التعليق، ثم نقل - ثانياً - عن شيخ الطائفة ما يقتضي تجويزه. ثم تأمل فيه ثالثاً، وسيأتي بيانها بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا ما أبداه أولاً، وهو بطلان التعليق على مصحح العقد.

(٣) مقصود المصنف رحمته من نقل كلام شيخ الطائفة المناقشة في تحقق الإجماع على بطلان الإنشاء بتعليقه على ما يكون دخيلاً في صحته. و بيانه: أنه إذا اشتري الوكيل جاريةً بعشرين ديناراً، وخالفه الموكل، إما لإنكار أصل الوكالة، وإما لدعواه بأن التوكيل كان في شرائها بعشرة لا بعشرين، فترافعا إلى الحاكم، فقال قوم بأنه يأمر الموكل بأن يبيعهما للوكيل، و يأمر الوكيل بالقبول، فيقول الموكل: «إن كنت أمرت أن تشتريها بعشرين فقد بعتك إياها بعشرين» و يقبله الوكيل. فإن أجاب الموكل أمر الحاكم و باعها من وكيله تملكها الوكيل ظاهراً و باطناً، و يثبت للموكل على ذمته العشرون ديناراً، كما يثبت العشرون له على ذمة الموكل، لأن الوكيل اشتراها بماله، فيتقاضان في الثمن.

و في هذا الفرض قال الشيخ بعد ما نقل إيجاب الموكل: «فمن الناس من قال: لا يصح، لأنه علقه بشرط، و البيع بشرط لا يصح. و منهم من قال: يصح، لأنه لم يُشرط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنه إنما يصح بيعه لهذه الجارية من الوكيل إن

من بعض الناس بالصحة، وأن الشرط لا يضره، مستدلاً^(١) «بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل^(٢) إذا كان أذن له في الشراء^(٣)، فإذا إقتضاه^(٤) الإطلاق لم يضر إظهاره و شرطه،

كان قد أذن له في الشراء بعشرين، فإذا إقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره و شرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن و تسليم المثل، و ما أشبه ذلك»^(١).

و الجملة الأخيرة و هي قوله: «لأنه إنما يصح بيعه ... فإذا إقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره» هي محط نظر المصنف من نقل عبارة المبسوط، لأن الشيخ رحمته لم يناقش في دليل بعض الناس، و لم يحكم بطلان بيع الموكل من جهة التعليق. و مقتضاه صحة البيع المعلق على شرط صحته.

(١) حال من «بعض الناس».

(٢) يعني: يكون بائع الجارية هو الموكل، و المشتري لها هو الوكيل.

(٣) إذ لو لم يكن أذن للوكيل في شراء الجارية بعشرين لم يصح بيع الموكل، لكونه أجنبياً عن الجارية. فقوله: «بعثك إن كانت لي» تعليق على ما يتوقف صحة البيع عليه، و لا مانع من هذا التعليق.

(٤) الضمير راجع الى الشرط، و المقصود بالإطلاق هو إطلاق البيع و عدم تعليقه على «إن كان لي» و مقصود بعض الناس من هذه الجملة: أن بيع الموكل للجارية يتوقف على أن تكون ملكاً له، إذ لو لم يكن المبيع ملكاً للبائع - أو بحكم الملك - لم يترتب الأثر شرعاً على الإنشاء. و حيث اعتبرت الملكية فيه كانت صحة البيع منوطاً بها، سواء صرح بهذا الإشتراط بأن يقول: «بعثك الجارية إن كانت لي بكذا» أم لم يصرح به، كما إذا قال: «بعثكها بكذا» فإن التعليق على الملكية ثابت في الواقع و نفس الأمر، و لا يختلف حكمه من حيث الإظهار و الإطلاق.

كما^(١) لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلن أو ما أشبه ذلك^(٢) «إنتهى». وهذا الكلام^(٣) وإن حكاه عن بعض الناس، إلا أن الظاهر إرتضاؤه له. وحاصله^(٤): أنه كما لا يضرّ إشتراط بعض لوازم^(٥) العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلق عليه^(٦) في الواقع، فتعليقه ببعض مقدّماته كالإلزام^(٧) ببعض غاياته، فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضي العقد

(١) يعني: أن التعليق على شرط صحة البيع و مقدّماته الشرعية غير قادح، كما لا يقدح تعليق البيع على لوازمه و آثاره الشرعية، بأن يقول: «بعثك هذا المال بكذا إن قبضته و أقبضت الثمن»، وجه عدم القدح: أن العقد الصحيح يجب الوفاء به بتسليم المبيع و الثمن، بلا فرق بين التصريح به في العقد و إهمال ذكره.

(٢) مثل كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع.

(٣) أي: القول بالصحة - في التعليق على شروط الصحة التي يقتضيها إطلاق العقد - و إن حكاه شيخ الطائفة عن بعض الناس، لكن ظاهر سكوته إرتضاؤه له، و بهذا الإرتضاء لا وجه لدعوى الإجماع على بطلان التعليق في هذا القسم.

(٤) يعني: و حاصل هذا الكلام، و مقصود المصنف رحمته تقريب كلام بعض الناس الذي إختاره الشيخ أيضاً، و محصله التسوية في جواز التعليق بين كون المعلق عليه مصححاً للعقد و دخيلاً في ترتب الأثر عليه، و بين كونه من آثار صحته و لوازمه المترتبة عليه. و الوجه في التسوية تقيد العقد واقعاً بما علق عليه، سواء صرح به أم لا، فلا فرق بين قوله: «بعثك إن كان لي» و قوله: «بعثك إن سلّم المبيع».

(٥) قد عرفت المراد بكلّ من لوازم العقد و مقدّماته.

(٦) مثل كون المبيع ملكاً للبائع، و ممّا يجوز بيعه، و قابلية المشتري للتمكّن، و قابليته للخطاب.

(٧) خبر قوله: «فتعليقه» والمراد بغايات العقد آثاره و أحكامه المترتبة على صحته.

إتزامه^(١)، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه ومقيّداً به.
و هذا الوجه^(٢) وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد.

(١) مثل إلزام المشتري بدفع الثمن، لأنّ إطلاق العقد يقتضي هذا الإلزام وإن لم يُصرّح به في الإنشاء.

(٢) الذي نقله في المبسوط و إرتضاه. و غرض المصنف ﷺ من هذا الكلام أنّ حكم شيخ الطائفة ﷺ بصحة البيع المعلق على مملوكية المبيع وإن كان مانعاً عن إنعقاد الإجماع على مبطلية التعليق في هذا القسم، إلا أن أصل هذا الوجه الذي إعتد عليه بعضُ الناس - لإثبات عدم منافاة التعليق هنا للجزم بالإنشاء - غير سديد، وبيانه: أنّ في البيع مرحلتين:

إحدهما: الإنشاء القائم بالبائع، و هو لا يتوقف على أزيد من إعتبار النقل الملكي و إيجاده بالصيغة المعهودة، أو إبرازه بها، على الخلاف في حقيقة الإنشاء. و هذا هو البيع بالمعنى المصدرى، و يتمشئ من غير المالك أيضاً، خصوصاً بناءً على القول بأنّ صحة عقد الفضول تكون على طبق القاعدة، على ما سيأتي تفصيله في محله إن شاء الله تعالى.

ثانيتها: إمضاء الشارع و حكمه بالملكية الماثلة لما أنشأه المتبايعان، و هذا هو البيع المسببى أو الإسمي. و كلُّ شرطٍ إعتبره الشارع في موضوع حكمه فهو دخيل في هذه المرحلة مثل كون المبيع ملكاً طليقاً للبائع، و بلوغ المتعاقدين، و أهلية المشتري للتملك، و غيرها.

و من المعلوم أنّ البيع بمعناه المصدرى الذي هو فعل البائع غير معلق على شيءٍ من الشرائط الشرعية، بل هي أمور خارجة عن الإنشاء، و إنما تكون دخيلة في البيع الإسمي. و عليه فإذا قال الموكل: «بعتك الجارية بعشرين إن كانت لي» كان الإنشاء معلقاً، و لم يحصل الجزمُ المعترى في العقد. و لا يمكن تصحيحه «بأن المعلق عليه مما يقتضيه إطلاق العقد» حتى يكون التعليق صورياً.

لأن^(١) المعلق على ذلك الشرط في^(٢) الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي^(٣) هو وظيفة المتكلم، فالمعلق^(٤) في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق^(٥) على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم

وجه عدم الإمكان: أن المعلق عليه - وهو ملكية المبيع - ليس مما يقتضيه إطلاق العقد، وذلك لعدم توقف إنشاء البيع على ملكية المبيع حتى يكون العقد - بحسب طبعه - مقتضياً لها، وإنما يكون المعلق على هذا الشرط هو البيع بمعناه الإسمي، والمفروض أن الملكية الشرعية أمرٌ خارج عن فعل العاقد، وليس مما يقتضيه إنشاء البيع.

و الحاصل: أن مدلول العقد لاتعلق فيه واقعاً على ملكية المبيع لعدم كونها شرطاً للإنشاء كما عرفت. وما فيه التعليق - وهو إمضاء الشارع و ترتيب الأثر على العقد - ليس من كلام المتكلم، إذ المنشئ إنما يتمكن من إعتبار الملكية و النقل في نظر نفسه، لا في نظر الشارع، فالملكية الشرعية لم يُنشئها البائع أصلاً حتى تكون معلقة أو منجزة.

(١) تعليل لعدم النهوض، و قد عرفته آنفاً.

(٢) و هو ملكية المبيع.

(٣) صفة لـ «إنشاء» و المراد بالكلام الإنشائي هو «بعث» يعني: دون إنشاء هو مدلول الكلام الإنشائي الذي هو صفة المتكلم في مقام الإنشاء. و عليه بإضافة «الإنشاء» إلى «مدلول الكلام» بيانية، و لا يُراد بالمدلول الملكية الإعتبارية المنشأة.

(٤) و هو البيع المصدرى، فإنه غير معلق على ملكية المبيع، و لا على غيرها من الشرائط الشرعية.

(٥) و هو إمضاء الشارع و حكمه بترتيب الأثر على العقد، فإنه معلق على ملكية المبيع، سواء صُرح بهذا التعليق أم لم يُصرح به.

على شيء، بل ولا منجزاً^(١)، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام^(٢).
 إلا^(٣) أن ظهور إرتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظن بتحقيق الإجماع
 عليه^(٤).

مع أن^(٥) ظاهر هذا التوجيه - لعدم قدح التعليق - يدلُّ على أن محلَّ

(١) لعدم كون الأثر الشرعي ممَّا أنشأه البائع حتى يتمكن من إنشائه منجزاً
 تارةً ومعلّقاً أخرى، و من المعلوم أن المعلق والمنجز وصفان للإنشاء الذي هو فعل
 المنشئ، فالملكية الشرعية لا تقبل التعليق ولا التنجيز.

(٢) وهو «بعث». ووجه خروج الأثر الشرعي عن الإنشاء هو كون وضعه
 ورفعها بيد الشارع لا البائع.

(٣) استدراك على قوله: «وإن لم ينهض» وحاصله - كما عرفت - أن الوجه
 المنقول في المبسوط وإن كان محذوفاً، لكن إرتضاء شيخ الطائفة له يمنع عن تحقق
 الإجماع على مبطلية التعليق في هذا القسم، وهو ما إذا كان المعلق عليه مصحح العقد
 وكان مشكوك الحصول.

(٤) أي: على قدح التعليق على ما يكون صحة العقد متوقفاً عليه.

(٥) هذه الجملة إلى قوله: «فلا وجه لتوهم إختصاصه بصورة العلم» ليست
 إشكالاً آخر على ما حكاها شيخ الطائفة رحمته عن بعض الناس وإرتضاه، بل هي
 متممة لقوله: «إلا أن ظهور إرتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظن بالخلاف» فكأنه قال:
 «إلا أن إرتضاء الشيخ له يفيد أمرين، أحدهما عدم الظن بانعقاد الإجماع على قدح
 التعليق على مصحح العقد. ثانيهما: أن دعوى بعض الناس وتوجيهه يقتضيان صحة
 التعليق - إذا كان المعلق عليه ممَّا يقتضيه إطلاق العقد - سواء أكان العاقد عالماً بتحقيقه
 حال الإنشاء أم شاكاً فيه».

و مقصود المصنف رحمته من قوله: «مع أن ... الخ» هو أن التعليل المتقدم في عبارة
 المبسوط - لو تمَّ في نفسه و سلم عن الإشكال - يقتضي صحة العقد المعلق على
 ما يقتضيه إطلاقه، كملكية المبيع في قول الموكل: «بعثك هذه الجارية بعشرين

الكلام فيما لم^(١) يعلم وجود المعلق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهم إختصاصه بصورة العلم^(٢).

إن كانت لي» سواء أكان عالماً واقعاً بملكيتها - و يكون إنكار الوكالة في الظاهر - أم شاكاً فيها كما إذا عرّض النسيان عليه، و لم يتذكر التوكيل.

و الوجه في إقتضاء التعليق إطلاق الجواز لصورتي العلم و الشك هو كون المعلق عليه مما يتوقف عليه تأثير العقد، حتى أن إنشاء المؤكّل لو كان منجزاً كان تتجيزه صورياً، لكون البيع معلقاً بحسب الواقع و نفس الأمر على الملكية.

و عليه ينبغي أن يكون شيخ الطائفة قائلاً بجواز التعليق - في ما يقتضيه إطلاق العقد - في قسمين أحدهما: أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول. ثانيها: أن يكون مشكوك الحصول.

فكما يحصل الظن بعدم الإجماع على البطلان في صورة العلم بحصول الشرط، فكذا يحصل الظن بعدم الإجماع في صورة الشك في حصوله. و لا موجب لاختصاص نظر الشيخ بالعلم بالحصول كما توهمه بعضهم.

هذا ما إستفاده المصنف رحمته من أصل دعوى بعض الناس و من تعليقه، ثم أيد المصنف هذا التعميم بكلام الشهيد رحمته و سيأتي.

(١) ظاهر العبارة إختصاص مورد النزاع بالشك في وجود المعلق عليه، مع أن غرضه رحمته أعمية التعليق من العلم و الشك، و لذا فالأولى أن يقال: «إن محل الكلام أعم مما لم يعلم وجود المعلق عليه ... الخ» و ذلك بقرينة قوله بعده: «بصورة العلم».

(٢) لم أقف على من خصّ صحة التعليق - المذكور في كلام الشيخ - بصورة العلم، لكن يظهر من تعبير جمع كالحقق و الشهيد الثانيين الإختصاص، لما تقدّم عنها من: «أن التعليق إنما ينافي الإنشاء حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول. أما مع العلم بوجوده فلا، لانتفاء الشك حينئذ في الإنشاء» و مفروض كلامها تعليق البيع على ملكية الجارية، فراجع.

و يؤيد ذلك^(١) أن الشهيد في قواعده جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: بعثك إن قبلت.
و يظهر منه^(٢) ذلك أيضاً^(٣) في آخر القواعد.

(١) يعني: و يؤيد أن محل النزاع أعم - من صورة علم العاقد بالملق عليه، وشكّه فيه - ما يستفاد من موضعين من قواعد الشهيد رحمته، ففي الموضع الأول حكّم بصحة تعليق البيع على شرط صحة العقد، كإضمام القبول إلى الإيجاب، فإذا قال: «بعثك هذا بكذا إن قبلت» صحّ، مع أن عقديّة العقد متوقفة على لحوق القبول، فصحة تعليق الإيجاب على تحقق القبول - مع الجهل بتحقيقه - تقتضي أولوية صحة ما تقدم في كلام المبسوط، حيث إن الملّق عليه - فيه - ليس شرط أصل العقد، بل شرط ترتب الآثار الشرعية عليه.

قال الشهيد رحمته: «و منه تعليق البيع على الواقع، أو على ما هو شرط فيه. والأصح إنعقاده مثل: بعثك إن كان لي، أو: بعثك إن قبلت. و يحتمل البطلان».
و في الموضع الثاني حكّم الشهيد رحمته بصحة تعليق البيع على مشيئة المشتري، وهو - كالتعليق على القبول - شرط صحة نفس الإنشاء، لا شرط ترتب الأثر الشرعي عليه، قال: «أمّا لو علم الوجود فإنّ العقد صحيح، و لا شرط و إن كان بصورة التعليق ... و لو قال: بعثك بمائة إن شئت، فهذا تعليق بما هو من قضاياه، إذ لو لم يشأ لم يشتر»^ب.

(٢) يعني: يظهر من الشهيد صحة تعليق العقد على ما هو شرط فيه - و هو مشكوك الحصول - كقبول الشترى و مشيئته.

(٣) يعني: كما ظهر جواً التعليق في أوائل القواعد.
هذا تمام الكلام في أقسام التعليق الصريح، و أحكامها.

ثم إنك^(١) قد عرفت أن العمده في المسألة هو الاجماع.
و ربما يتوهم أن الوجه في إعتبار التنجيز هو^(٢) عدم قابلية الإنشاء
للتعليق.

و أما التعليق الذي يكون لازم الكلام فسيأتي حكم بعض أقسامه في
(ص ٥٦٥) بقوله: «ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء ... الخ» فانتظر.

(١) هذا شروع في المطلب الثاني الذي تعرّض له في المقام الرابع، و هو تحقيق
الوجوه التي إستدل بها الفقهاء على إعتبار التنجيز. فالدليل الأول - و هو المعتمد -
الاجماع الذي حكاه عن جمع، كالشيخ و ابن إدريس و العلامة و غيرهم، و قد تقدمت
كلماتهم في المقام الثاني، فراجع.

(٢) هذا إشارة إلى ثاني الوجوه المستدل بها على إعتبار التنجيز، و قد تقدم نقله
- في أول المسألة - عن تذكرة العلامة رحمته من منافاة التعليق للجزم، و تقدم بيانه
إجمالاً هناك، و يأتي مزيد توضيح له في التعليقة إن شاء الله تعالى.

و أورد المصنف رحمته عليه بأن المراد بالإنشاء - الذي يُنافي التعليق للجزم به -
إما هو إيجاد المعنى باللفظ، و إما هو المنشأ أي البيع المسببي المفسر بالمبادلة و التملك
و النقل. فإن أريد التنافي للإنشاء - بالمعنى الأول - فلنا باستحالة التعليق فيه، و ذلك
لأن الإنشاء من قبيل الإيجاد الحقيقي في عدم القابلية حينئذٍ للإناطة و التعليق، لأن
الإنشاء - بهذا المعنى - عبارة عن إستعمال اللفظ في المعنى، و إخطار المعنى بسببه، و من
المعلوم ترتب هذا الإخطار على إلقاء اللفظ فقط.

و إن أريد بالإنشاء ما هو محلّ الكلام - أعني به المنشأ - بأن يكون المعلق على
الشرط هو الأمر الإعتباري كالملكية في باب البيع فلا مانع من تعليقه، بل هو واقع
كما يظهر من نظائره سواء في باب الأوامر و المعاملات. أمّا في الأوامر فكتعليق
وجوب الإكرام بالمجيء في قوله: «إن جاءك زيد فأكرمه» حيث إن المجيء قيد للمنشأ
و هو الوجوب المستفاد من الهيئة. و أما في المعاملات فكالوصية التملكية، فإن

و بطلانه واضح^(١)، لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام^(٢) فالتعليق غير متصور فيه، إلا أنّ الكلام ليس فيه^(٣).

و إن كان الكلام^(٤) في أنّه - كما يصحّ إنشاء الملكية المتحققة على كلّ تقدير - فهل يصحّ إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غدّاً» و «خذ^(٥) المال قرضاً أو قراضاً إذا أخذته من فلان» و نحو

الموصي يُنشئ ملكية المال للموصى له، و لكنها معلقة على موته.

و عليه فالإنشاء بالمعنى الثاني يكون تعليقه واقعاً شرعاً و عرفاً فضلاً عن إمكانه، فلا وجه لما قيل من «منافاة التعليق للجزم بالإنشاء» لحصول الجزم بالملكية على تقدير، كحصوله في الملكية على كل تقدير، هذا.

(١) قد إتضح وجه البطلان بقولنا: «و أورد المصنف رحمته عليه بأنّ المراد بالإنشاء ... الخ».

(٢) قد عرفت بما ذكرناه في توضيح الإيراد أنّ الأولى أن يقال: «إن كان هو الكلام» أي تعليق نفس اللفظ، و ذلك بقرينة الشقّ الثاني الذي هو من تعليق المنشأ. و يمكن أن تكون الإضافة بيانية، فتأمل.

(٣) يعني: أنّ مراد العلامة و غيره من منافاة التعليق للجزم بالإنشاء ليس منافاته لنفس الكلام و الصيغة.

(٤) الأنسب - بقرينة المقابلة - أن يقال: «و إن كان المراد تعليق المنشأ للملكية ... الخ» فإذا قال: «بعثك هذا بهذا إذا قديم الحاج» يراد به تعليق الملكية -الحاصلة من البيع - على قدوم الحاج، فلا بيع قبل قدومهم.

(٥) بأن يكون معناه: تحقق الملكية بالإقراض على تقدير أخذ مال المقرض ممن هو عنده، فلو لم يأخذه منه فلا قرض. و كذا الحال في إنشاء عقد المضاربة على تقدير أخذ رأس المال ممن بيده المال.

ذلك^(١) فلاريب^(٢) في أنه أمرٌ متصوّر^(٣) واقع في العرف و الشرع كثيراً في الأوامر^(٤) و المعاملات من العقود و الإيقاعات. و يتلو هذا الوجه^(٥) في الضعف ما قيل من: أنّ ظاهر ما دلّ على سببية

(١) كالوصية التمليلية، و النذر و السبق و الرّماية و الجمعالة.

(٢) جزء الشرط في قوله: «و إن كان الكلام».

(٣) يعني: أنّ الملكية التعليقية ممكنة في نفسها، و واقعة في الخطابات الشرعية و العرفية.

(٤) كتعليق و جوب الحج و الزّكاة مثلاً على الإستطاعة و النّصاب، و غيرهما

من سائر الواجبات المشروطة.

(٥) أي: عدم قابلية الإنشاء للتعليق. و هذا إشارة إلى ثالث الوجوه المستدلّ

بها على إعتبار التنجيز. و هو ما أفاده صاحبُ الجواهر رحمته - بعد إبطال عدم قابلية

الإنشاء للتعليق - بقوله: «بل لمنافاته - أي: التعليق - ما دلّ على سببية العقد، الظاهر

في ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليقُ أثره بشرطٍ من المتعاقدين دون الشارع

معارضٌ لذلك، بل هو شبه إثبات حكم شرعي من غير أهله. و للشك في شمول الآيّة

و نحوها له ... الخ^أ. و كذا منَعَ رحمته من التعليق في بحث الشروط^ب، و في باب

الطلاق^ج، فراجع.

و حاصله: أنّ ظاهر أدلة الإمضاء و الصحة هو ترتيب الآثار المقصودة من

حين العقد، و ذلك منوط بإطلاق العقد و تنجيزه حتى تترتب عليه فعلاً، فع تعليقه

لا تشمله الأدلّة من حينه، و مع عدم شمولها له من زمان صدوره لا تشمله بعده أيضاً،

فالعقود المعلقة غير مشمولة لأدلة الصحة لا حدوداً و لا بقاءً أي بعد حصول المعلق

عليه، فع عدم الدليل على الصحة يرجع إلى أصالة الفساد، هذا.

و أورد المصنف رحمته عليه بوجوه خمسة أو ستة:

أ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٣

ب : جواهر الكلام ج ٢٣، ص ١٩٨

ج : جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ٧٨ و ٧٩

العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعلق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك^(١).

وفيه - بعد الغض عن عدم^(٢) إحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ لأن^(٣) دليل حلية البيع وتسلط الناس على أموالهم

الأول: أنه لو سلمنا إقتضاء الأمر بالوفاء بالعقود لترتيب الأثر الشرعي على كل عقد من حين الإنشاء، قلنا بعدم إحصار دليل صحة البيع في هذه الآية المباركة حتى يقال ببطان العقد المعلق، فيمكن القول بصحته، وذلك بعد تمامية مقدمتين:

الأولى: أنه قد تقدم في أدلة ملكية المعاطاة ولزومها دلالة آتي ﴿حل البيع﴾ و ﴿التجارة عن تراض﴾ على صحة كل ما هو بيع - بالحمل الشايع - بنظر العرف. وكذلك إستدل صاحب الجواهر رحمته على مشروعية بعض أقسام المعاطاة بحديث السلطنة.

الثانية: أن تعليق بعض أفراد البيع على الشرط واقع عرفاً و شرعاً، ولا ترتب الملكية فيه على نفس العقد، ففي بيع الصرف لا يفيد نفس الإنشاء الملكية الشرعية، بل تتوقف على القبض.

وبعد تمامية هذه الكبرى والصغرى يظهر أن إطلاق «حلية البيع» يقتضي صحة كل بيع عرفي سواء أكان منجزاً أم معلقاً، فإن كان منجزاً ترتب المسبب من حين إنشاء السبب. وإن كان معلقاً توقّف ترتب المسبب على حصول المعلق عليه، ولا محذور في تأخر المسبب عن سببه وإنفكاكه عنه بعد إطلاق دليل الإمضاء.

هذا توضيح الإيراد الأول، وسيأتي بيان سائر المناقشات.

(١) أي: لترتب المسبب حال وقوع سببه وهو العقد.

(٢) هذا إشارة إلى أول إيرادات المصنف على صاحب الجواهر رحمته، وقد عرفته آنفاً.

(٣) تعليل لقوله: «عدم إحصار».

كافٍ في إثبات ذلك^(١) - أن^(٢) العقد سببٌ لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على

(١) أي: في إثبات صحة البيع ولزومه، سواء أكان منجزاً أم معلقاً.
ولا يخفى أن عدّ حديث السلطنة من أدلة الصحة واللزوم مبني على إقرار صاحب الجواهر رحمته بكونه مشرعاً، إذ على هذا يتجه إشكال المصنف رحمته عليه بأن الحديث يدل - كآية حلّ البيع - على نفوذ تصرف المالك في ماله بالبيع والوقف والهبة ونحوها، سواء أكانت أسبابها منجزاً أم معلقة.
وبهذا يظهر عدم المجال للإشكال على المصنف بأن الحديث غير مشرع أصلاً أو لخصوص الأسباب، فلا وجه لعدّه من أدلة الصحة واللزوم.
وجه عدم المجال ما عرفت من توجيه الإيراد على ما يعترف به صاحب الجواهر أعلى الله مقامه.

(٢) هذا هو الإشكال الثاني على كلام الجواهر، ومقصود المصنف منع ما إستفاده صاحب الجواهر من آية وجوب الوفاء بالعقود حتى لو كان دليل الإبراء منحصرأ فيها.

و توضيحه: أن الآية الشريفة وإن دلّت على سببية العقد لترتب المسبب عليه، إلا أنها قاصرة عن إثبات ترتب المسبب من حين الإنشاء، وذلك لأنّ المراد بالعقود التي يجب الوفاء بها هو العهود على ما ورد تفسيرها بها في معتبرة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، ومن المعلوم أنّ العهد يصدق حقيقةً على العهد المعلق كصدقه على المنجز، فإن كان مدلول العهد منجزاً وجب الوفاء به فوراً، وإن كان مدلوله معلقاً على أمرٍ مترقب الحصول - كما في غالب موارد النذر - وجب الوفاء به معلقاً على حصول الشرط.

و على هذا فليس مفاد «أوفوا بالعقود» عدم ترتب الأثر على العقود المعلقة على ما يتوقع حصوله، بل مفادها وجوب العمل بمقتضى العقد، فإن كان منجزاً

طبق مدلوله^(١). فليس مفاد «أوفوا بالعقود» إلا مفاد «أوفوا بالعهد» في^(٢) أن العقد كالعهد إذا وَقَعَ على وجه التعليق فترقّب تحقق المعلق عليه - في تحقق المعلق - لا يوجب^(٣) عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل^(٤): أنه إن أُريد بالمسبّب هو مدلول العقد^(٥) فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها. وإن أُريد به^(٦) الأثر الشرعي

ففوراً، وإن كان معلقاً فعند حصول المعلق عليه.

هذا إذا كان المراد بالأثر الذي يجب ترتيبه على العقد و العهد هو حكم الشارع، كالملكية الشرعية في البيع، و الزوجية كذلك في النكاح، و هكذا. و إما إذا كان المراد بالأثر ما يعتبره نفس العاقد - مع الغضّ عن إمضائه شرعاً - فهو يترتب على الإنشاء معلقاً كان أو منجزاً، و يستحيل إنفكاكه عنه. فإن النسبة بين الإنشاء و المنشأ - بهذا المعنى - نسبة الإيجاد و الوجود، لا يعقل إنفكاكهما، لا نسبة الإيجاب و الوجوب.

(١) فإن كان مدلول العقد منجزاً ترتب المسبّب عليه من حينه، و إن كان معلقاً و جَب الوفاء به عند تحقق الشرط.

(٢) هذا وجه إتحاد مفاد الوفاء بالعقد و بالعهد.

(٣) خبر قوله: «فترقّب» و قوله: «إذا وقع» قيد للعهد.

(٤) هذا الحاصل و إن كان متيناً، لكن المصنف لم يعترض قبله لاستحالة تخلف المسبّب عن الإنشاء، كالملكية التي يعتبرها البائع مع الغضّ عن إمضاء الشارع، كما يعتبر الفساق ملكية الخمر و نحوه مما أسقط الشارع ماليته. فهذه لا تتخلف عن العقد أصلاً مع فرض إلتفات العاقد و قصده.

و كيف كان فقد تقدم توضيح كلا الشقين.

(٥) أي: مضمونه العرفي، لكن مع قطع النظر عن تقرير الشارع و تصحيحه.

(٦) أي: و إن أُريد بالمسبّب الأثر الشرعي - كما هو ظاهر كلام الجواهر، لأنّه

- و هو ثبوت الملكية - فيمنع^(١) كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزّة، بل^(٢) هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق^(٣) كان أثره الشرعي الملك غير المعلق، وإن كان معلقاً^(٤) فأثره الملكية المعلقة.
مع أن^(٥) تخلف الملك عن العقد كثير جداً.

الذي قد ينفك عن العقد، فيتخيّل عدم وجوب الوفاء به فيمنع كون ... الخ.

(١) جزاء الشرط في قوله: «وإن أريد» وقد تقدّم وجه المنع.

(٢) يعني: بل المسبّب الذي هو الأثر الشرعي يكون مطلق الملك أعم من المنجز والمعلق. والدليل على هذه الأعمية صدق «العقد والعهد» على كلّ من الإنشاء المنجز والمعلق، ولا مقيّد في البين حتى تختصّ الصحة بالمنجز.

(٣) كما إذا قال: «بعثك هذا الكتاب بدينار» فقبل المشتري، فيجب الوفاء به فوراً.

(٤) كما إذا قال: «بعثك هذا الكتاب بدينار إن كان لي، أو: إن جاء زيد» فقبل

المشتري.

(٥) ظاهر السياق - كما استفاده بعض أجلّة المحشين كالفقيه المامقاني رحمته أ - أنه إشكال ثالث على استدلال صاحب الجواهر رحمته، فيكون المقصود منع إختصاص مفاد الآية المباركة بما إذا كان العقد سبباً تاماً حتى يترتب الأثر عليه حال وقوعه كي تختصّ الصحة بالعقد المنجز.

وجه المنع: أن الشارع حكّم بصحة عقود كثيرة مقتضية للملكية، و يتوقف

تمامية السبب على تحقّق أمر آخر، فلو إختصّت الآية بالعقود التي تكون تمام السبب في التأثير لزم التخصيص الكثير، أو عدم كون الآية دليلاً على صحتها.

فنها: بيع الصّرف، فتخلف الملكية عن الإنشاء حتى القبض.

ومنها: بيع المعاطة بناءً على الإباحة، لتوقف الملك - عند القائل به - على

مع^١ أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: «بعثك إن شئت، و: إن قبلت، فقال: قبلت» فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.

طروء المُلْزِم.

ومنها: بيع الفضولي بناءً على النقل، فالملكية متوقفة على لحوق الإجازة.
ومنها: الهبة، فإن انتقال العين إلى المتهب منوط بالقبض.
ومنها: الوقف على الذرية، فإن البطون المتأخرة تتلقى الملكية من الواقف، مع ما بين الإنشاء والتملك من الفصل الكثير.

ومنها: الوصية، فالعين الموصى بها تنتقل إلى الموصى له بعد موت الموصي.
ومنها: المضاربة، فإن العامل يتملك الحصة بعد ظهور الربح، لا بنفس العقد.
ومنها: عقد المساقاة، فإن العامل يتملك حصته من الثمرة بعد ظهورها.
ومنها: عقد السبق والرماية، لتوقف تملك السبق على تقدم أحدهما على الآخر.
ومنها: غير ذلك من موارد تخلف الملك عن العقد. ويستكشف من مجموعها عدم كون العقد سبباً تاماً لحصول الملك في جميع الموارد، فكيف إدعى صاحب الجواهر حصر مفاد الآية في ترتب المسببات على الإنشاءات حال وقوعها؟ هذا ولا يخفى أنه يمكن أن تكون العبارة مستمدة للإشكال الثاني، وتقريبه: أن المصنف رحمته جعل مفاد الآية الشريفة وجوب الوفاء بمضمون العقد، فإن كان منجزاً فنجزاً، وإن كان معلقاً فمعلقاً. ولكنه لم يأت بشاهد على هذه الدعوى، فكان لصاحب الجواهر رحمته منعها، وحصر المدلول في وجوب الوفاء بالعقود منجزاً. وحينئذ يمكن جعل قول المصنف رحمته: «مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً» دليلاً على منع الحصر، وأن العقود المملّكة التي يتخلف أثرها عنها كثير كما عرفت، فتكون الآية دليلاً على صحة كلا القسمين، والوفاء في كل منها بحسبه، و عليك بالتأمل في المتن ليتبين لك حقيقة الأمر.

(١) هذا رابع ما أورده المصنف على صاحب الجواهر رحمته، ومحصّله: أخصية الدليل من المدعى، وهو مبطلية مطلق التعليق، وبيانه: أنه لو كان مفاد وجوب الوفاء بالعقود ترتيب الأثر الشرعي على سببه - وهو العقد - فوراً كان مقتضاه قرح

مع^(١) أن هذا^(٢) لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد حينئذ^(٣) يكون مراعى^(٤)

التعليق في بعض الأقسام، أعني ما إذا كان المعلق عليه إستقبالياً، فلو كان مقارناً للعقد فلا بد من صحته، إذ لا يلزم حينئذ تخلف الأثر عن المؤثر، كما إذا علقه البائع على قبول المشتري أو على مشيئته، فقال: «بعثك إن قبلت، أو: إن شئت» فقال المشتري: «قبلت» فإن النقل لا ينفك عن هذا الإنشاء كما هو واضح. مع أن مقصود صاحب الجواهر منع التعليق مطلقاً مهما كان المعلق عليه.

(١) هذا خامس ما أورده على كلام الجواهر، ومحصله أيضاً أخصية الدليل من المدعى، و غرض المصنف رحمته: أن دليل صاحب الجواهر رحمته - على فرض تماميته - يقتضي صحة التعليق على شرط متحقق واقعاً، ولكنه مشكوك الحصول بنظر المتعاقدين، كما إذا قال البائع: «بعثك إن كان لي، أو: بعثك إن كان هذا اليوم يوم الجمعة» فتبين كونه مالكا للمبيع و كون يوم الإنشاء الجمعة.

و الوجه في الصحة: أن محذور تخلف المسبب عن السبب - الذي إعتد عليه صاحب الجواهر في إعتبار التنجيز - لا يلزم في المثالين، غاية أن المتبايعين لا يعلمان بترتب الأثر الشرعي على العقد، للجهل بحصول المعلق عليه، فإذا إنكشف لها تحققه حال الإنشاء تبين لها موضوعية العقد لوجوب الوفاء به. هذا مقتضى دليل صاحب الجواهر رحمته، مع أنه جعله وجهاً لبطلان العقد المعلق مطلقاً حتى فيما كان المعلق عليه حاصلًا حال العقد، و كان مشكوك الحال بنظر المتعاقدين.

(٢) أي: ما إستدل به صاحب الجواهر - من إقتضاء الآية الشريفة ترتب الأثر على العقد فوراً - لا يجري... الخ.

(٣) يعني: حين كون الشرط - المشكوك تحققه - موجوداً في حال الإنشاء.

(٤) حتى ينكشف حال الشرط، فإن كان موجوداً حال الإنشاء كان العقد

لا موقوفاً^(١).

مع^(٢) أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها، كما لا يخفى.

صحيحاً من حينه، وإن كان معدوماً كان العقد باطلاً، لمحدور تخلف الأثر عن المؤثر. (١) يعني: حتى يلزم التخلف، إذ الموقوف هو العقد المتخلف مقتضاه عن نفس العقد، لتوقفه على ما لا وجود له فعلاً.

(٢) هذا إيراد سادس على كلام الجواهر، ومحصله: أخصية الدليل من المدعى، وذلك لأمرين مسلمين:

الأول: أن البحث عن شرطية التنجيز لا يختص بالبيع، بل عام لجميع الإنشاءات من العقود والإيقاعات، فإن نهض دليل على الإشتراط لم يختص بباب دون آخر، وإن لم ينهض فكذا، أي يجوز تعليق الإنشاء مطلقاً. و الوجه فيه: أن ما استدل به على الإعتبار - كالإجماع و ما تقدم من كلام الجواهر - لا يختص بالبيع. وعليه فاللزام القول بالإشتراط مطلقاً، أو بالعدم كذلك، ولا وجه للتفصيل بين العقود.

الثاني: أن سببية العقود لترتب مسباتها عليها مختلفة، فمنها ما يكون بمقتضى طبعه سبباً تاماً، ولا ينفك مسببه عنه كالبيع والإجارة والصلح وغيرها. ومنها ما لا يكون كذلك، بل يتخلف الأثر عن العقد كالوصية التمليلية والوقف والهبة والمضاربة والمساقاة ونحوها، فالعقد يكون جزء السبب، والجزء الآخر هو الأمر المتأخر كالموت في باب الوصية، والقبض في الهبة والوقف، وهكذا.

و بناءً على هذين الأمرين نقول: إن الآية الشريفة التي إستدل بها صاحب الجواهر - لو تم دلالتها - تقتضي شرطية التنجيز في القسم الأول من العقود، مع أن المدعى إعتباره مطلقاً. و بيانه: أن الآية تدل على ترتب المسبب على السبب - أي العقد - مباشرةً وبلا فصل، ومن المعلوم عدم كون جميع العقود مقتضية لترتيب الأثر فوراً، لما عرفت من أن جملةً منها ليست أسباباً تامةً لمسباتها، بل هي مشروطة

و ليس الكلام^(١) في خصوص البيع، و ليس على هذا الشرط في كل عقد دليلٌ على حدة.

ثم الأضعف^(٢) من الوجه المتقدم: التمسك^(٣) في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الإقتصار فيها على المتيقن، و ليس^(٤) إلاّ العقد العاري عن التعليق.

بأمور متأخرة عن العقد كالتبضع في بيع الصرف، و ظهور الرّبح في المضاربة، وهكذا. فيلزم جواز تعليق هذا القسم بأن يقول الموصي: «أوصيتُ بهذا المال لزيدٍ إن قدم الحاج» ووجه الجواز واضح، لفرض إختصاص مدلول الآية بالعقود التي تكون أسباباً تامّة، لا مقتضيةً.

مع أنّ الإلتزام بهذا التفصيل ممّا لاوجه له، لما عرفت من أنّ هذا البحث لا يختص ببعض العقود، و لا دليل آخر على شرطية التنجيز في سائر العقود، فلو قيل بطلان مثل الوصية بالتعليق كان قولاً بغير علم.

(١) قد تقدم توضيح هذا آنفاً بقولنا: «الأوّل: أن البحث عن شرطية التنجيز...».

(٢) الجمع بين تعريف صيغة التفضيل و «من» لا يساعده القواعد الأدبية.

(٣) هذا رابع الوجوه المستدل بها على إعتبار التنجيز، و هو مذكور في مفتاح الكرامة، لكنه منعه بقوله: «و فيه ما فيه» و تقدم في كلام المحقق و الشهيد الثانيين «أنّ العقود لمّا كانت متلقاة من الشارع نيطت بهذه الضوابط، و بطلت في ما خرج عنها» و ينسب هذا الوجه إلى جماعة من القدماء كالقاضي في جواهره. و أشار إليه صاحب الجواهر رحمته في عبارته المتقدمة أيضاً. و حاصله: أنّ الإنشاءات أسباب حَكَم الشارع بتأثيرها في مسبباتها، فإذا شك في جواز التسبب بالإنشاء - المعلق على شيءٍ - - لأنّ تعيين الإقتصار على المتيقن، و هو العقد العاري عن التعليق، إذ لو علّقه لم يندرج في دليل الصحة، فيرجع فيه إلى أصالة الفساد.

(٤) يعني: و ليس المتيقن من الأسباب الشرعية إلاّ العقد العاري عن التعليق.

إذ فيه^(١): «أن إطلاق الأدلة مثل حليّة البيع، و تسلّط الناس على أموالهم، وحلّ التجارة عن تراضٍ، و وجوب الوفاء بالعقود، و أدلة^(٢) سائر العقود كافٍ^(٣) في التوقيف.

و بالجملة^(٤): فإثبات هذا الشرط في العقود - مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف^(٥) على وجه التعليق -

(١) هذا ردُّ الإستدلال المزبور، و حاصله: أن إطلاق الأدلة المصححة للعقود كافٍ في التوقيف، فع الصدق العرفي على العقد المعلق يتشبّه بتلك الإطلاقات، و معها لا مجال للإقتصار على المتيقّن الذي يكون مورده إجمال الدليل. و قد سبق هذا المطلب في أوّل ما أورده المصنف على صاحب الجواهر عليه السلام.

(٢) معطوف على «الأدلة» يعني: إطلاق أدلة العقود، كقوله قاله عليه السلام: «النكاح سُنتي، و الصلح جائز بين المسلمين» و نحوها أدلة صحة الإجارة و القرض و المضاربة و غيرها، فإنّ إطلاقها مسوق لإمضاء المتعارف منها. و لما كان المتعارف إنشاءها منجزاً تارةً و معلقاً أخرى كان مقتضى إطلاق الأدلة صحة كلا القسمين. و عليه تكون العقود التعليقية توقيفيةً أيضاً، لكفاية الإطلاق في إثبات صحتها شرعاً.

(٣) خبر قوله: «أنّ إطلاق» يعني: أنّ توقيفية الأسباب المعلقة - كالمنجزّة - ثابت بالإطلاق، و لا وجه لحصر الأسباب المضاة شرعاً في خصوص المنجزّة منها. (٤) هذا ملخص ما أفاده بقوله: «و ربما يتوهم أن الوجه في إعتبار التنجيز ...» إلى هنا. يعني: أنّ المعتمد من الوجوه المستدل بها على شرطية التنجيز هو الإجماع، لا سائر الوجوه التي عرفت ضعفها.

(٥) غرضه من هذه الجملة أنّه لا مجال لتوهم إنصراف إطلاق الأدلة إلى خصوص المنجزّة - لشيوعها و ندرة المعلقة - كما هو حال سائر الإطلاقات المنصرقة عن أفرادها النادرة. و جهّ عدم المجال ما تقدّم من منع ندرة العقود المعلقة، بل المتعارف كلا القسمين.

بغير^١ الإجماع محققاً أو منقولاً^٢ مشكلاً^٣.

ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء^٤. و أما إذا أنشأ من غير تعليق صح

(١) متعلق بـ «إثبات».

(٢) ظاهر العبارة تسليم أصل الإجماع و تردّده بين المحصل و المنقول.

لكن في مفتاح الكرامة و الجواهر ما ظاهره المجزم بتحصيل الإجماع فضلاً عن نقله، ففي الأول: «و الدليل على ذلك بعد الإجماع نقلاً و تحصيلاً: أنّ الأصل عدم جواز الوكالة، خرجت المنجزة بالإجماع و بعض الأخبار، و بقي الباقي»^أ.

و في الثاني: «و شرطها - أي الوكالة - أن تقع منجزة كغيرها من العقود، بلا خلافٍ أجده، بل الإجماع بقسميه عليه»^ب.

(٣) لأنّ رفع اليد عن العمومات - المقتضية للصحة - بدون المخصّص مشكلاً

جداً.

(٤) هذا هو المطلب الثالث الذي تعرّض له في المقام الرابع، و غرضه من هذا

الكلام إلى آخر المسألة بيان حكم ما إذا كان الإنشاء منجزاً صورةً، و لكن تردّد المنشيء في تحقق شرط عرفي أو شرعي ممّا يتوقف عليه الأثر، و هذا قسم من أقسام التعليق غير الصريح، بل هو لازم الكلام، على ما سبق منه في (ص ٥٤١) من التنظير بما إذا باع شخص مال مورّثه بظنّ موته، و قد نقل هناك عن العلامة إحتمال بطلانه لكونه معلّقاً واقعاً و إن كان منجزاً صورةً.

و كيف كان فحصل ما أفاده بَيِّنَات: أنّ ما دلّ على بطلان الإنشاء بالتعليق

- بالإجماع - يقتضي الإختصاص بإناطة الإنشاء بشرط أو صفة. و أما إذا كانت الصيغة منجزة و لكن تردّد المنشيء في ترتب الأثر عليها - للشك في تحقق شرط صحتها عرفاً أو شرعاً - كانت صحيحةً و خارجةً عن مورد مَبْطِلِيَةِ التعليق، كما

أ: مفتاح الكرامة. ج ٧. ص ٥٢٦

ب: جواهر الكلام. ج ٢٧. ص ٣٥٢

العقد^(١) و إن كان المنشيء متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن يُنشيء البيع و هو لا يعلم أنّ المال له^(٢)، أو أنّ المبيع مما يتمول^(٣)، أو أنّ المشتري راضٍ حين الإيجاب^(٤) أم لا، أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه

إذا باع شيئاً و هو مترددٌ في مآلته العرفية أو الشرعية، أو شكّ في رضا المشتري جداً بالإيجاب، و غير ذلك من الأمثلة المذكورة في المتن.

و وجه الصحة في الجميع - يعني سواء أكان الشرط المشكوك تحقّقه مقوماً للعنوان عرفاً أم مأخوذاً فيه تعبّداً - هو تجرّد الإنشاء عن أداة الشرط، و لا دليل على إعتبار جزم المنشيء.

هذا ما ذكره المصنف رحمته في مطلع كلامه، و لكنه إستدرك عليه بالفرق بين كون المشكوك فيه مقوماً، فيبطل الإنشاء، و غيره فيصح، و سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(١) هذا مبني على الإستناد إلى الاجماع. و أمّا بناءً على ما حكاه عن العلامة من إعتبار الجزم في الإنشاء فيبطل في هذا القسم أيضاً، كما احتمله هو و فخر المحققين في بيع مال المورث بظنّ موته، فراجع.

(٢) هذا مثالٌ للشرط الذي له دخلٌ شرعاً في ترتب الأثر على الإنشاء، و لا دخل له فيه عرفاً.

(٣) هذا مثال للشرط المصحح للعقد عرفاً، فإنّ البيع عندهم «مبادلة مال بمال» فع عدم مآلته المبيع لا يقع البيع العرفي حتى يمكن إمضاؤه شرعاً، فإذا شكّ البائع في أنّ المبيع مما يتمول، لم يكن جازماً بالبيع و المبادلة، و مع ذلك يصحّ إنشاؤه، لخلوّه عن الشرط.

(٤) هذا أيضاً لو كان شرطاً مصححاً للعقد كان بالتعبد، لا لدخله عرفاً في

عرفاً^(١) أو شرعاً^(٢).

بل^(٣) الظاهر أنّه لا يقدح إعتقاد عدم ترتب الأثر^(٤) عليه إذا تحقّق القصد إلى التملك العرفي.

و قد صرّح بما ذكرنا^(٥) بعض المحققين^(٦)، حيث قال: «لا يُجْزَلُ زعمُ فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد».

(١) كالشك في رضا المشتري بالإيجاب و كراهته له، فإنّ المعاهدة الاختيارية متوقفة عرفاً على الرضا.

(٢) كجملة من شرائط المتعاقدين و العوضين، فالبلوغ شرط تعبدي، و كذا عدم سقوط العوضين عن المالية، فبإدلة الخمر و الخنزير عقد عرفي، لكن نهى الشارع عنها، لعدم قابلية العوض للملك شرعاً. و العقل و قابلية الخطاب شرط عرفي.

(٣) غرضه الإضرار - عن عدم قدح تردّد المنشيء - إلى أنّ إعتقاد عدم ترتب الأثر شرعاً لا يقدح أيضاً في الصحة إذا اجتمعت الشرائط العرفية المقومة للمعاملة، و كان عدم إمضاء الشارع لأجل فقد شرط تعبدي كبلوغ المتعاقدين، فلا مانع من تمثي القصد إلى البيع إذا كان المشتري صبيّاً مميّزاً.

(٤) يعني: الأثر الشرعي. و أمّا الأثر العرفي فيمتنع القصد إليه عند العلم بعدم ترتبه.

(٥) من صحة الإنشاء غير المعلق، و لكن إعتقد المنشيء بعدم إمضائه شرعاً. (٦) و هو المحقق صاحب المقابس، في مسألة إشتراط البيع بالقصد، حيث قال: «و لا يعتبر أيضاً علمه بصحة العقد، و لا يُجْزَلُ زعمه فسادَه ما لم يتسبّب لارتفاع قصده من الأصل، و إلحاقه باللعب و الهزل».

و الظاهر أنّ مورد كلامه إعتقاد الفساد الناشئ من إختلال الشرائط الشرعية، فيقصد البيع العرفي، و لا ينقاد للأحكام التعبدية.

نعم^(١) ربما يُشكل الأمر في فقد الشروط المقومة، كعدم الزوجية، أو الشك فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية. وكذا الرقية في العتق^(٢). وحينئذ^(٣) فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من

(١) هذا إستدراك على قوله: «و أما إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد وإن كان المنشئ متردداً».

و محصله: أن ما ذكرناه - من صحة العقد المنجز مع تردّد المنشئ، بل مع إعتقاده بالفساد شرعاً - لا يمكن تسليم إطلاقه، سواء أكان الشرط المشكوك تحقّقه مقوماً عرفياً للمعاملة أم شرعياً، بل ينبغي التفصيل بينهما، ونقول ببطلان العقد في الشرط المقوم عرفاً، سواء أكان مقطوع الإنتفاء أم مشكوكاً فيه، كما إذا طلق امرأة يشك في زوجيتها، فقال: «هي طالق».

والوجه في البطلان عدم تمشي القصد الجدّي إلى الطلاق - الذي هو فكّ علقه الزوجية - مع الشك في موضوعه، فيكون كإنشاء المازل والعاث في عدم ترتب الأثر عليه. وكذا الحال في إنشاء العتق مع الشك في كون المعتق مملوكه، أو مع العلم بعدم مملوكيته له.

(٢) لتقوم العتق بالرقية، كتقوم الطلاق بالزوجية، والزوجية بأجنبية المرأة، وهكذا. ثم لا يخفى أن مقصود المصنف رحمته من «عدم تحقق القصد إليه منجزاً» هو القصد الجدّي. فلا يمكن التسبب بصيغتي الطلاق و العتق عند عدم إحراز الزوجية والرقية. و أمّا إيجادهما رجاءً فلا مانع منه، كما تبّه عليه بقوله: «فإذا مسّت الحاجة ...» و سياتي.

(٣) يعني: و حين إنتفاء القصد المنجز - في فقد الشرط المقوم - فإذا مسّت ... الخ، وغرضه رحمته بيان طريق الإحتياط فيما لو شك في تحقق الشرط المقوم، كما إذا شك في زوجية المرأة - إمّا للشك في محرمتها بالرّضاع أو لفقد بعض ما يشكّ شرطيته في الصيغة أو لغير ذلك - جاز له التخلّص منها بأحد طريقتين:

ذلك للإحتياط^(١) - وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه^(٢) - فلا بد^(٣) من إبرازه بصورة التنجّز و إن كان في الواقع معلقاً^(٤)، أو يوكل غيره الجاهل^(٥) بالحال بإيقاعه.

الأول: أن يُنشئ - بنفسه - صيغة الطلاق منجزاً، فيقول لها: «أنت طالق» ولا يعلّقه على قوله: «إن كنت زوجتي» فيصحّ الطلاق، لكونه منجزاً صورةً و إن كان برجاء تحقّقه.

الثاني: أن يوكل من يكون جاهلاً بالشبهة التي حصلت للزوج، فيطلّقها الوكيل منجزاً أيضاً. و بكلا الطريقين يتحقّق الإحتياط، و تبين المرأة منه.

فإن قلت: إن في كلا الوجهين جهةً مشتركة مصحّحة للطلاق، و هي الإنشاء منجزاً، و ذلك لأنّ توكله لغيره منجز صورةً و معلق حقيقةً، إذ لو لم تكن الزوجية متحقّقة واقعاً كانت الوكالة صورية أيضاً، فلا يبقُ فرق بين طلاق الزوج و طلاق وكيله.

قلت: نعم و إن كان التوكيل في الطلاق معلقاً واقعاً على تحقّق الزوجية، فيبطل على تقدير إنتفاء الزوجية، إلا أن أصل الإذن في الطلاق باقٍ بحاله، و يتمشّي من الوكيل القصد إلى الطلاق، فيقع صحيحاً. هذا في تقوم الطلاق بالزوجية.

و كذا الحال في مثال العتق، كما إذا تردّد الوارث في أن مورّثه أعتق عبده أم لا، فيمكنه الإحتياط بإجراء الصيغة بنفسه، فيقول: «أنت حرٌّ» أو بتوكيل الغير الجاهل بشبهة موكله.

(١) متعلق بـ «الحاجة» يعني: إحتاج الى الإحتياط لينجو من الشبهة.

(٢) إذ لو قلنا بجواز تعليق الإنشاء على مصحّحه لم يكن وجهه للتوكيل، بل يُطلّقها معلقاً بقوله: «أنت طالق إن كنت زوجتي».

(٣) جزء قوله: «فإذا مسّت».

(٤) هذا هو الطريق الأول، و قوله: «أو يوكل» إشارة الى الطريق الثاني.

(٥) تقييد الغير بالجاهل لأجل أنه يتمشّي منه الجزم بالإنشاء، إذ لو كان عالماً

و لا يقدح فيه^(١) تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل^(٢)، لأن^(٣) فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب إرتفاع الإذن.

الإ^(٤) أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشك في أنها محرمة عليه، فظهر جليها. و علل ذلك بعدم الجزم حال العقد، قال:

بشبهة موكله كان مثله في عدم القصد الجدّي.

(١) أي: و لا يقدح في التوكيل في الطلاق كونه معلقاً واقعاً على موضوعه وهو الزوجية، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «إن قلت ...».

(٢) المراد بالفعل هنا هو الطلاق أي يكون أمره بيد الزوج، و كذا أمر العتق بيد السيّد.

(٣) تعليل لقوله: «لا يقدح» و تقدم توضيحه بقولنا: «قلت ...».

(٤) هذا إستدراك على قوله: «فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجّز» يعني: أنّ ما ذكرناه من صحة الإنشاء منجزاً - مع التردّد في الشرط المقوم - يُشكل بما أفاده الشهيد تقريباً من الجزم بالبطلان في مسائل ثلاث:

الأولى: تزويج المرأة المشكوك كونها محرماً حتى يبطل نكاحها، و أجنبية حتى يحلّ، مع أنّ إحراز أجنبية المرأة مقوم لإنشاء النكاح، ثمّ تبين بعد العقد كونها ممّن يحلّ نكاحها.

الثانية: طلاق امرأة أو مخالعتها مع الشك في زوجيتها، ثمّ تبين كونها زوجة، مع تقوّم القصد الجدّي إلى الطلاق بإحراز زوجيتها.

الثالثة: تولية نائب الإمام عليه السلام شخصاً للقضاء بين الناس، مع شكّه في أهليته، ثمّ تبين كونه أهلاً، مع وضوح توقف إنشاء هذا المنصب الشاخ على إحراز أهليته المنسوب.

و يظهر من تعليل البطلان في هذه الفروع الثلاثة «بإنتفاء الجزم» مخالفةً الشهيد لما أفاده المصنف من الصحة، و كفاية خلوّ الإنشاء عن أداة الشرط و إن كان

«و كذا الإيقاعات، كما لو خالغَ امرأةً أو طلقها و هو شاكٌّ في زوجيتها، أو ولى نائبُ الامام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته و إن ظهر أهلاً»^(١).
ثم قال: «و يخرج من هذا^(٢) بيعُ مال مورثه لظنّه حياته، فبان ميئاً، لأنّ الجزم هنا^(٣) حاصل،

المنشيء متردداً.

(١) العبارة منقولة بتصرفٍ يسير غير قادح في المعنى، فراجع القواعد.
(٢) أي: و يخرج من الجزم بالبطلان بيعٌ ... و الأولي أن يقال: «و ليس من هذا القبيل بيعٌ ...» لعدم مناسبة الخروج مع التعليل بعدم الجزم.
و كيف كان فاستثنى الشهيدُ من عموم حكمه بالبطلان - لأجل تردّد المنشيء - مسألتين، و احتمل صحتها شرعاً.

الأولى: أن يبيع شخصٌ مال مورثه ظناً بحياته، فتبين بعد البيع إنتقالُ المال إلى البائع بالإرث. و الوجه في الصحة تحقُّق الجزم بالبيع، غايته كونه فضولياً. و تردّد المالك بين البائع و المورث غير قادح في الجزم بنفس المعاملة.
و يحتمل البطلان أيضاً كالفروع الثلاثة المتقدمة، و ذلك لإنتفاء القصد إلى الخصوصية و هي بيع المال بما أنه ملكه، فإنّ الظن بحياة المالك يوجب تردّده في مالكية نفسه، فلو قصد البيع لنفسه كان غير جازم حال الإنشاء.

الثانية: أن يزوّج الولد مملوكةً أبيه ظناً بحياته حتى يكون العقد عليها تصرفاً في ملك الغير، فتبين بعده إنتقالها إليه، و أنه زوج أمة نفسه. و وجهُ الصحة و البطلان كما تقدّم في المسألة الأولى، هذا.

(٣) أي: في هذا المثال، لإمكان القصد إلى البيع و إن لم يكن مالكاً، كما في بيع الفضولي، فالتملك غير معلق، و خصوصية المالك مشكوكة.

لكنّ خصوصية البائع^(١) غير معلومة. و إن قيل بالبطلان أمكن، لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوج أمة أبيه فظهر ميئاً^(٢) أنتهى.
و الظاهر^(٣) الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه^(٣) بإمكان الجزم فيها، دون مثال الطلاق، فافهم^(٤).

(١) الأولى تبديله بـ «المالك» لأنّ خصوصيته مشكوكة، وإلا فخصوصية البائع - وهو المنشئ للبيع - معلومة. إلا أن يكون مراد الشهيد^(٢) من البائع من يبيع بوصف كونه مالكا لا مجرد المنشئ، و من المعلوم عدم العلم بخصوصية البائع بوصف مالكيته.

(٢) مقصوده^(٢) المناقشة في ما دعاه الشهيد^(٢) من الجزم بالبطلان - في المسائل الثلاث المتقدمة أولاً - بالفرق بين مسألة الطلاق و مسألتى التزويج و التولية، و الفارق إمكان الجزم فيها، فيصحان، دون الطلاق فيبطل. أما صحة التزويج مع المرأة المشكوك جلها و حرمتها فلأنّ كون المرأة أجنبية غير مقوم لمفهوم التزويج لالفة و لاعرفاً، وإنما تكون معتبرة في صحته شرعاً، فيتمشئ القصد الجدي إلى التزويج. و أما صحة التولية - مع الشك في عدالة المنسوب و أهليته - فلأنّ العدالة شرط شرعي، و ليس مقوماً لعنوان «القاضي» عرفاً.

و أما بطلان الطلاق فلأنه مزيل لعلقة الزوجية، و اعتبر في تحقق مفهومه الزوجية، و لا يتحقق بدونها، و لذا لا يمكن الجزم فيه ولو تشريعاً. و هذا بخلاف التزويج و التولية، فإنه يمكن الجزم ولو بعنوان التشريع.
(٣) و هما مسألتا التزويج و التولية.

(٤) لعله إشارة إلى أنّ الإنشاء خفيف المؤونة، فجزد إناطة التسبب به شرعاً إلى حصول الأمر الإعتباري كالزوجية و الحرّية و الطلاق لا يمنع عن الإنشاء معلقاً على الأجنبية و الرقية و الزوجية.

وقال في موضع آخر: «ولو طَلَّقَ بحضور خنثيين فظهر رجلين أمكن الصحة^(١). وكذا بحضور من يظنُّه فاسقاً فظهر عدلاً. و يُشكِلان في العالم بالحكم، لعدم قصده إلى طلاق صحيح^(٢)» انتهى.

(١) هذا أيضاً من الفروع التي رتبها الشهيد رحمته على زعم فقد شرط الصحة الشرعية، فتبيّن بعد الإنشاء تحقُّقه حاله. وقد ذكّر رحمته في القواعد فروعاً عديدة، إلّا أنّ المنقول منها في المتن إثنان:
الأول: أن يُطَلِّق الزوج أو وكيله بحضور شخصين ظنَّ أنّهما خنثيان، فتبيّن كونها رجلين.

الثاني: أن يُطَلِّق بحضور رجلين يظنُّ فسقهما، فظهرت عدالتهما. فحكّم رحمته بصحة الطلاق - مع كون المطلق متردداً حال الإنشاء - وذلك لأنّ مفهوم الطلاق عرفاً لا يتوقف على كون الشاهدين رجلين، فيمكن إنشاؤه ولو مع عدم حضورهما. غاية الأمر أنّ ترتب الأثر شرعاً منوط بحضور عدلين، فإنّ تحقُّق ذلك لآثر الطلاق، وإلّا فلا. وكذا الحال في الظن بفسقهما و ظهور عدالتهما.

(٢) لاجابة إلى قصد عنوان الصحيح بحيث يكون شرطاً لصحة العقد، بل المدار على قصد المعاملة العرفية ولو مع العلم بانتفاء الأثر الشرعي، لانتهاء شرطه كما في بيع الغاصب (*).

(* تنقيح البحث في هذه المسألة منوط بالتعرض لجهات:

الأولى: في معنى التنجيز.

والثانية: في نقل كلمات الأصحاب حتى يظهر أنّ إعتباره ثابت عندهم، وأنّ

التنجيز شرط أو أنّ التعليق مانع.

والثالثة: في مورد إعتباره.

والرابعة: في دليل إعتبار هذا الشرط.

أما الجهة الأولى فملخصها: أن التنجيز عبارة عن الإرسال، و عدم إناطة الإنشاء بشيء، في مقابل التعليق الذي هو الإناطة بشيء.

و أما الجهة الثانية: فتقف عليها بالمراجعة إلى ما حررناه في الحاشية التوضيحية. و ظاهر عباراتهم كون التنجيز شرطاً، حيث إنهم جعلوا مبطلية التعليق متفرعة على إعتبار التنجيز، فقالوا: «التنجيز شرط في صحة العقد، فلو علقه على شرط أو صفة لم يصح» فلاحظ كلماتهم. و تظهر الثمرة في حال الشك، فعلى شرطية التنجيز لا أصل لإحرازه، بخلاف مانعية التعليق، فإنه يجري فيه أصالة عدم تحققه.

و الحاصل: أن الشرط لا بد من إحرازه، لكونه وجودياً، و لا يحرز بالأصل، لكونه مسبقاً بالعدم. بخلاف المانع، فإن عدمه المساوق لوجود الممنوع يحرز بالأصل، فلو اشتملت عبارة الإنشاء على شيء يشك في كونه موجباً للتعليق أمكن نفي التعليق بالأصل، بأن يقال: إن الكلام قبل وجود ما يشك في إيجاد تعليق العقد لم يكن معلقاً قطعاً، و بعد وجوده يستصحب عدم تعليقه.

و كيف كان فكلماتهم في المقام مضطربة جداً، لظهور بعضها - كعبارة فخر الاسلام المتقدمة - في كون التعليق مبطلاً للعقود و الإيقاعات مطلقاً لازمة كانت أو جائزة. و ظهور إطلاق بعضها كعبارة المحقق و الشهيد الثانيين المتقدمة أيضاً في التعميم للعقود اللازمة و الجائزة، مع التقييد بكون المعلق عليه مجهول الحصول. و صراحة بعضها في إبطال التعليق مطلقاً للعقود اللازمة من الطرفين، كعبارة السرائر المتقدمة أيضاً.

و بالجملة: فعباراتهم مضطربة بالنسبة إلى المعلق عليه من حيث كونه معلوم الحصول و مجهول الحصول، و حالياً و إستقبالياً، و مما يتوقف صحة العقد عليه شرعاً كالقبض في الهبة و بيع الصرف و القدرة على التسليم، أو مما يتوقف عليه حقيقة المنشأ كالقبول في البيع و الزوجية في الطلاق. و كذا بالنسبة إلى المعلق من حيث كونه عقداً مطلقاً أو لازماً من الطرفين.

ولهذا الإضطراب أوضح المصنف رحمته هذه المسألة بتقسيم المعلق عليه على أقسام ثمانية، بأن المعلق عليه إما معلوم التحقق وإما محتمله، وعلى التقديرين إما يكون أمراً حالياً أو إستقبالياً، وعلى التقادير الأربعة إما يتوقف عليه صحة العقد شرعاً، وإما لا يكون كذلك، فالأقسام ثمانية.

ولكن في تقارير بحث السيد المحقق الخوئي رحمته: «الأولى جعل الأقسام اثني عشر، فإن المعلق عليه على التقادير الأربعة إما يتوقف عليه حقيقة العقد ومفهومه كتوقف البيع على القبول أو الطلاق على الزوجية. وإما يتوقف عليه صحته شرعاً كالقبض في الهبة، والقدرة على التسليم في بيع السلم. وإما لا يكون شيء من ذلك، فالأقسام اثني عشر» أ، هذا.

ولكن الحق صحة تقسيم المصنف وعدم الحاجة إلى إدراج ما علق عليه مفهوم العقد في التقسيم، لأن مورد البحث هو تعليق العقد، فتعليق مفهوم العقد خارج عن محل البحث، لأن التعليق يعرض العقد، فقبل تحققه لا عقد حتى يقال: إنه منجز أو معلق. إلا أن يتسامح ويقال: إن المراد بالمعلق أعم من العقد وجزئه حتى يشمل تعليق الإيجاب فقط، كقوله: «بعثك هذا المتاع بكذا إن قبلت» فإن القبول مقوم للعقد، ولا يتحقق العقد إلا به، ومع ذلك يصح تعليق العقد - أي الإيجاب - به.

أو يقال: إن مفهوم العقد ينشأ بالإيجاب فقط، وليس القبول إلا تنفيذاً له، فيصح أن يعلق العقد وهو الإيجاب على القبول، فتأمل.

وبالجملة: فمع فرض تقويم العقد بالقبول لا يعقل تعليق العقد به، لأنه من التعليق على نفسه، فينحل قوله: «بعثك هذا المتاع بكذا بشرط أن تقبل» إلى: إنشاء البيع على تقدير تحققه. والمفروض أن العقد أسام للمسببات، وهي بسيطة لا تتحقق إلا بعد حصول القبول. فمرجع هذا الشرط إلى: أن إنشاء البيع متوقف على وجوده، وليس هذا

إلا توقف الشيء على نفسه.

فلعل الأولى في التقسيم أن يلاحظ كل من الشرط والمشروط والمشروط به، بأن يقال: إن الشرط إما صريح وإما ضمني، والمشروط به إما ماضوي كمجيء زيد في الأمس وإما حالي وإما إستقبالي.

ثم إنه على التقادير الستة إما معلوم العدم وإما معلوم الوجود وإما مشكوكه، فالأقسام ثمانية عشر، ومن ضربها في كون المشروط به مقوماً لمفهوم العقد أو لصحته أو أجنبياً عن المفهوم والصحة معاً تنتهي الصور إلى أربع وخمسين، ثم بضرب هذه الصور في كون التعليق في الإنشاء والمنشأ مادةً وهيئةً تنتهي الصور إلى مائتين وإثنين وستين.

أما صور التعليق في الإنشاء بجملتها - من كون المعلق عليه ماضوياً أو حالياً أو إستقبالياً، وكونه معلوم الوجود أو العدم، أو مشكوك الوجود والعدم، وكونه مقوماً لمفهوم العقد أو لصحته أو أجنبياً عنهما، وكون الشرط صريحاً أو ضمناً، وكون المعلق عقداً بأنواعه أو إيقاعاً فهي ساقطة عن التقسيم، لأن الإنشاء - سواء أكان إستعمال اللفظ في المعنى بقصد إيجاده، وحاصله إيجاد المعنى باللفظ، في قبال الإخبار الذي هو إستعمال اللفظ في معناه بقصد الحكاية عنه، أم كان إبرازاً للإعتبار النفساني باللفظ - لا يعقل تعليقه بشيء، لأن الإنشاء نظير الإيجاد التكويني، فكما لا يعقل الإيجاد التكويني كالضرب معلقاً على شيء، ضرورة أنه يوجد في الخارج وإن علقه على كون المصروب شخصاً معيناً، فإن الضرب يوجد وإن لم يكن المصروب ذلك الشخص بل غيره، فكذلك لا يعقل تعليق الإيجاد الإنشائي، فإن الإنشاء بعد كونه من شؤون إستعمال اللفظ في المعنى كالإخبار - والمفروض تحقُّق الإستعمال - فلا محالة يوجد الإنشاء، لتقومه بإستعمال اللفظ في المعنى، وهو معلوم الحصول. وسيأتي مزيد توضيح لذلك إن شاء الله تعالى.

و أما الجهة الثالثة - وهي مورد إعتبار التنجيز - فيظهر من كلماتهم أن مورد كل إنشاء سواء أكان عقداً أم إيقاعاً، كما يظهر من بعض الوجوه التي أقاموها على إعتبار هذا الشرط، كمنافاة التعليق للإنشاء.

و أما الجهة الرابعة - وهي الدليل على إعتبار التنجيز المعبر عنه أحياناً بالجزم - فنخبة الكلام فيها: أنهم إستدلوا على إعتباره بوجوه:

الأول: دعوى الاجماع على ذلك، ولذا فرعوا عليه بمطلية التعليق، حيث إنه رافع للشرط أعني به التنجيز، فبطلان العقد يستند إلى فقدان شرطه، لا إلى وجود المانع. وقد عرفت في الجهة الثانية دعوى جماعة الإتفاق على ذلك.

لكن فيه: أن المحتمل قوياً كونه مدركياً، وأن مستند المجمعين الوجوه الاعتبارية التي إستند إليها الفقهاء، فلم يثبت كونه إجماعاً تعدياً كاشفاً قطعياً عن قول المعصوم أو فعله أو تقريره ^{عليه السلام}.

الثاني: ما عن جماعة من القدماء كالقاضي في جواهره، حيث إنه إستدل على المنع عن المضاربة بغير الدرهم والدينار، فكان عدم الدليل عندهم دليلاً على العدم. ومحصل هذا الوجه هو: أن العقود و الأسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الإقتصار على المتيقن. وهو العقد الخالي عن التعليق.

وفيه: أن الأخذ بالمتيقن إنما يصح إذا لم يكن هناك إطلاق أو عموم يدل على مشروعية كل عقد عرفي، فإن مقتضى القاعدة حينئذ التمسك بذلك، والحكم بصحة كل ما يصدق عليه العقد. والمفروض وجود العمومات و الإطلاقات الدالة على صحة كل عقد، فلا مجال للأخذ بالمتيقن. نعم له مجال إن كان دليل صحة العقود لبيئاً كالإجماع، لكنه ليس كذلك، هذا.

الثالث: ما عن شيخ مشايخنا المحقق النائيني ^{رحمته} من: إنصاف أدلة صحة المعاملات عن العقود المتعلقة، لأنها خلاف ما تعارف بينهم من تنجيز العقود وعدم

تعليقها، فأدلة الصحة منسرفة إلى العقود المتعارفة، و هي المنجزة. و عليه فلا دليل حينئذٍ على صحة العقد المعلق، و مقتضى أصالة الفساد بطلانه. هذا.

و فيه: ما مرّ مراراً من عدم صلاحية التعارف للتقييد.

مضافاً إلى وقوع التعليق كثيراً في العقود، فكون التعليق فيها غير متعارف ممنوع. الرابع: ما أفاده صاحب الجواهر رحمته في عبارته المنقولة في التوضيح، و حاصله: أن ظاهر أدلة الصحة هو ترتيب الآثار من حين العقد، و ذلك منوط بإطلاق العقد، فمع تعليقه لا تشمل الأدلة من حينه، و مع عدم شمولها له من زمان صدوره لا تشمل به بعده أيضاً، فالعقود المعلقة غير مشمولة لأدلة الصحة لا حدوثاً و لا بقاءً أي بعد حصول المعلق عليه. فمع عدم الدليل على الصحة يرجع إلى أصالة الفساد، هذا.

و فيه: أن العقد إن كان عبارة عن الإيجاب و القبول و ما يتعلّق بهما من الشرائط و القيود فوجوب الوفاء به بمعنى ترتيب آثار الصحة عليه منوط بتماميته، كما هو شأن كل موضوع و حكم. و من المعلوم أن موضوع و جوب الوفاء لا يتم إلا بحصول المعلق عليه، و مقتضى جعل الحكم على نحو القضية الحقيقية هو توقف فعلية الحكم على فعلية موضوعه، فلا موضوع لوجوب الوفاء قبل حصول المعلق عليه، حتى لا يشمل دليل وجوب الوفاء.

و إن كان عبارة عن ربط الإلتزامين الواردين على مورد واحد فوجوب الوفاء به -بمعنى عدم نقضه و حله - لا يترتب أيضاً إلا على تمامية سببه، لأن العقد المسببي لا يحصل إلا بتحقق جميع ما له دخل في سببه.

و الحاصل: أن وجوب الوفاء مترتب على موضوعه - سواء أكان منجزاً أم معلقاً - فإمضاء الشارع للعقد تابع لجعل المتعاقدين، فإن كان العقد منجزاً أي مطلقاً فأثره الشرعي الملكية المنجزة غير المشروطة، و إلا كان أثره الملكية المعلقة، و لا يجب الوفاء

إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الحال في النذر والعهد ونحوهما، ولا يتخلف عنه، وإلا يلزم الخلف والمناقضة كما حقق في محلّه. ولا يلزم التخلف المزبور في المقام أصلاً، سواء أكان العقد أمراً بسيطاً دائراً بين الوجود والعدم أم مركباً من الإيجاب والقبول، هذا.

و قد أجاب عنه المصنف رحمته بوجوه:

أحدها: أن دليل الصحة واللزوم غير منحصر بأوفوا بالعقود، لأن دليل حلية البيع، وتسلط الناس على أموالهم كافٍ في إثبات ذلك، هذا.

وفيه أولاً: أنه أحص من المدعى الذي هو أعم من البيع، لاختصاصه بالبيع، فيبقى غيره من العقود التعليقية خالياً عن دليل الإمضاء. وأما دليل السلطنة ففيه: أنه ليس مشرعاً كما تقدم عن المصنف رحمته في مباحث المعاطاة. هذا ما أفيد.

و يمكن منعه بأن إشكال المصنف ناظر إلى ما إرتضاه صاحب الجواهر من مشرعية قاعدة السلطنة للأسباب. و عليه يتجه الاستدلال بقاعدة السلطنة على صحة العقد المعلق كالمنجز.

و ثانياً: أن ما إدعاه المستدل - من ظهور آية وجوب الوفاء بالعقد في ترتب الأثر من حين وقوع العقد - جارٍ في آية حل البيع، و دليل السلطنة أيضاً، فهما يدلان على ترتب الملكية من حين تحقق البيع أو عقد آخر، و لا يدلان على صحة العقود المعلقة من البيع وغيره.

ثانيها: أنه ينتقض بالعقود التي يتخلف مقتضاها بالتأخر عن نفس تلك العقود كبيع الصرف والسلم والوصية والمعاملات المعاطاتية بناءً على إفادتها الإباحة مع قصد الملكية، فإن بيع الصرف مثلاً لا يترتب أثره إلا بعد القبض في المجلس. بل وكذا البيع الخياري، إذ البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فالأثر اللزومي لا يترتب إلا بعد الإفتراق.

و فيه: أن القياس مع الفارق، لكون التعليق فيها ثابتاً بالدليل الخاص، فلا وجه

للتقص، هذا ما قيل.

لكن الصواب أن يقال: إنه لا يلزم التخلف المزبور أصلاً، لما عرفت من أن وجوب الوفاء لا ينفك عن موضوعه، ومن المعلوم أن الحكم لا يترتب إلا على موضوعه الذي يتقوم وجوده بما علق عليه، فإذا كان بيعُ الصرف منوطاً بالقبض فالقبض يكون جزءاً أو شرطاً في البيع، فما لم يتحقق القبض لا يتم موضوع وجوب الوفاء، هذا.

ثالثها: أنه أحص من المدعى الذي هو مبطلية التعليق مطلقاً سواء أكان المعلق عليه خارجاً عن حقيقة العقد كمدوم الحاج أم داخلاً في حقيقته كتعليق البيع على القبول، كما إذا قال البائع: «بعثك هذا الكتاب بدينار إن قبلت» فإن مثل هذا التعليق داخل في محل النزاع، مع عدم لزوم تأخر مقتضى العقد عن وجوده، فلا يصح الاستدلال بهذه الآية على عدم صحة التعليق مطلقاً ولو لم يلزم تأخر الأثر زماناً عن العقد.

الخاص: ما عن العلامة في التذكرة من: أن التعليق ينافي الجزم بالإنشاء، إذ الإنشائية كالإجبارية من وجوه استعمال اللفظ، ولا يعقل تعليقهما على شيء، بل هما إما توجدان وإما لا توجدان، فوجودهما معلقاً غير معقول. فالوجود الإنشائي كالتكويني - كالضرب على شخص - غير قابل للتعليق، بداهة وقوع الضرب عليه وإن لم يكن المضروب ذلك الشخص المقصود.

وهذا وجه عقلي لإستحالة التعليق في الإنشاء، لإستلزام التعليق للتناقض، كما عن المحقق النائيني رحمته، حيث إن لازم التعليق عدم وجود المعلق - وهو الإنشاء - قبل تحقق المعلق عليه، فوجود الإنشاء قبله مناقض له، فيلزم أن يكون الإنشاء قبل حصول المعلق عليه موجوداً ومدوماً، وهذا محال. فلا بد أن يكون تعليق الإنشاء خارجاً عن مورد البحث، فمورد إعتبار التعليق هو المنشأ، لا الإنشاء، هذا.

و فيه: ما في المتن من أن مورد التعليق ليس هو الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى

باللفظ، لأن ذلك حاصل بمجرد إلقاء اللفظ، فلا يقبل الفرض و التعليق كالإيجاد التكويني، فيمتنع تقييده و تعليقه، و بنفس إمتناع التقييد يمتنع الإطلاق أيضاً، لما قرر في محله من كون التقابل بينهما تقابل العدم و الملكة.

و الإخبار كالإنشاء في إمتناع تعليقه، فإنه يحصل بمجرد إلقاء اللفظ بقصد الحكاية و إن كان المخبر به معلقاً، كالإخبار بفساد العالم إذا تعددت الآلهة، فإن الإخبار فعلي، و المخبر به تعليقي.

بل محلّ الكلام هو المنشأ كالمبادلة أو التمليك في البيع، كأن يقول: «بعتك إن جاء زيد» و كقوله: «إن جاءك زيد فأكرمه» فإنّ المجيء قيد للمنشأ و هو الوجوب المستفاد من الهيئة، فنفس البيع معلق على المجيء، كتعليق الوجوب الذي هو المنشأ على المجيء، فتعليق المنشأ - كالبيع - نظير الوجوب المشروط، فمصّب النزاع في إعتبار التنجيز هو المنشأ، و من المعلوم قابليته للتعليق كالوصية التمليلية، فإن الملكية معلقة على الموت، هذا.

و فيه أولاً: أن الإنشاء ليس مجرد إلقاء اللفظ لإخطار المعنى حتى يمتنع تعليقه و يكون كالإيجاد التكويني غير القابل للتعليق، بل هو نفس الإيجاد التكويني، لأن اللفظ الموجود بالتلفظ موجود تكويني لا إنشائي إعتباري. بل الإنشاء نحو خاص من إستعمال اللفظ و إلقاء المعنى به، فالإنشاء متقوم بتلك الخصوصية بحيث لا يوجد في الوعاء المناسب له إلا بوجود تلك الخصوصية. ففرق واضح بين الإيجاد الإنشائي و التكويني، فإن الثاني لا يقبل التعليق و الإناطة، بخلاف الأول، لأن إنشاء الأمور الاعتبارية غير إنشاء الأمور التكوينية، إذ الأول متقوم بقصد حصول المنشأ، بخلاف الثاني، إذ الإيجاد و الوجود متحدان ذاتاً مختلفان إعتباراً، و الوجود عين التحقق، و هو ينافي الفرض و التعليق، فالإنشاء إيجاد إعتباري قابل للتعليق، و الإيجاد الحقيقي غير قابل له.

و ثانياً: أن الإنشاء لو كان مجرد إلقاء مدلول الكلام لزم صدقه على الكلام الصادر من النائم و الساهي، و من المعلوم عدمه، لأن الإنشائية خصوصية قصدية من خصوصيات الإستعمال متقومة بالقصد، و الإنشائية و الإخبارية خارجتان عن حريم

مدلول اللفظ.

فالإنشاء في الأمور الإعتبارية قابل للتعليق، لأنه عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ بكيفية خاصة، بحيث يتقوم الإنشاء بها، فإنشاء الملكية مثلاً تارة لا يعلّق على شيء، كأن يقول: «بعثك هذا المتاع بكذا» وأخرى يعلّق على شيء، كأن يقول: «بعثك إذا قدم الحاج» فإن إنشاء الملكية حينئذٍ معلّق على قدوم الحاج، بحيث لا تتحقق الملكية إلا إذا قدم الحاج.

والمراد بتعليق الإنشاء هو هذا المعنى، وهذا التعليق هو الذي أنكره في الأصول على ما حكى عنه، حيث أنكر رجوع القيود إلى الهيئة، وأرجعها إلى المادة كالفصول، فإلزم بالواجب المعلّق دون المشروط لأحد وجوه:

من خصوص المعنى الحرفي غير القابل للتقييد.

و من كونه إيجابياً غير قابل للمحاذ و التعليق، لكون الإيجاد كالوجود يتمتع بتعليقه.

و من كون المعنى الحرفي - الذي يكون معنى الهيئات منه - آلياً غير قابل للمحاذ الإستقلالي، لتضاد الآلية و الإستقلالية، فيمتنع لحاظهما في شيء واحد.

و لكن قد ثبت في الأصول بطلان هذه الوجوه، و بنينا على إمكان تقييد الهيئة و صيرورة الوجوب مشروطاً. فلو قال: «إذا دخل الوقت فصل» أو: «بعثك هذا إذا جاء زيد» كان الشرط قيداً للوجوب و إنشاء البيع، بحيث لا يكون إنشاء للوجوب و النقل إلا في ظرف تحقق الشرط، فبدونه لا وجوب و لا نقل. فالوصية التمليلية من قبيل الواجب المشروط، و الإجارة بالنسبة إلى منفعة السنة الآتية تكون من قبيل الواجب المعلّق، لكون الملكية حاصلة بالفعل، و المنفعة المملوكة متأخرة زماناً.

و بالجملة: إذا قال: «بعثك هذا المتاع بدينار إذا قدم الحاج» فهنا أمور:

أحدها: الألفاظ المذكورة.

ثانيها: معانيها الإفرادية.

ثالثها: معانيها التركيبية.

رابعها: الأثر الشرعي أو العرفي المترتب على هذه الألفاظ.
 أما الأول فهو أجنبي عن الإنشاء، لأن وجود الألفاظ تكويني، لا إعتباري.
 و أما الثاني فوجودها حين إستعمال الألفاظ - كوجودها قبله - ذهني، ويعرضها الوجود اللفظي عنايةً، وإلا فالوجود اللفظي حقيقة لنفس الألفاظ.
 وأما الثالث فهو كالثاني في إحضار المعاني التركيبية في الذهن، فوجود اللفظ تكويني و المعنى ذهني، فالموجود الإعتباري الإنشائي لا بد أن يترتب على قصد خصوصية، و هي قصد تحقق المعنى في وعاء الإعتبار، فما لم يقصد ذلك لا يتصف الكلام بالإنشاء، فمجرد التلفظ بلفظٍ وإستعماله في معناه لا يكون إنشاءً.
 و قصد إيجاد المعنى في ضقع الإعتبار تارةً يكون مطلقاً، كقوله: «بعثك هذا بكذا» فإن القائل يوجد البيع - الذي هو المبادلة مثلاً - في عالم الإعتبار بلا شرط، فالإنشاء مطلق لا معلق. و أخرى يكون معلقاً كالمثال المزبور، فإن البائع يُنشئ البيع في عالم الاعتبار معلقاً على قدوم الحاج، بحيث لا يوجد البيع الإعتباري إلا حين قدوم الحاج، فقبله لإنشاء و لا منشأ، و حينه يوجد الإنشاء و المنشأ، فالإيجاد والوجود غير منفكين، نظير «إن بنيت مسجداً فصلّ فيه» فإنشاءً الوجوب يكون بعد بناء المسجد، و قبله لا وجوب و لا إنشاء، فالتعليق في الإنشاء من الأمور المتداولة عند الشارع و العرف.
 فدعوى «إمتناع التعليق في الإنشاء، و إرجاعه إلى المنشأ» في غاية الغرابة. و لعل المدعى خلط بين اللفظ الذي هو موجود تكويني يمتنع تعليقه كغيره من الموجودات التكوينية، و بين الإنشاء الذي هو أمر إعتباري كالإيجاب، فزعم أن الإنشاء هو اللفظ الذي يمتنع تعليقه.

فتلخص مما ذكرنا: أن التعليق في الإنشاء من الأمور المتداولة عرفاً و شرعاً، و لا يعقل التفكيك بين الإنشاء و المنشأ في التعليق و لامعنى لتعليق الإنشاء و تنجيز المنشأ، فبأنهما كالإيجاب و الوجوب و الإيجاد و الوجود من الإتحاد الذاتي

والاختلاف الاعتباري. ففي المثال يكون إيجاب الصلاة و وجوبها بعد بناء المسجد، فلا إيجاب ولا وجوب قبله.

نعم آلة الإنشاء - وهي اللفظ الخاص مثل «بعث» - توجد فعلاً وجوداً تكوينياً، وهذا الوجود أجنبي عن الإيجاد الاعتباري الذي هو مفاد الإنشاء.

وقد ظهر مما ذكرنا - من كون الإنشاء إيجاباً اعتبارياً تابعاً لإعتبار المعبر من الإطلاق والتقييد والتنجز والتعليق - فساد قياس الإيجاد الانشائي بالإيجاد التكويني، كإيجاد الأكل والشرب واللبس والضرب وغيرها من الأفعال الخارجية، فإن إيجابها لا يقبل التعليق، فإن الأكل يتحقق ولو لم يكن المأكول ما قصده الأكل، كما إذا أكل شيئاً معلقاً على كونه حنطة ثم تبين أنه شعير، فإن الأكل تحقق. فالوجود التكويني غير قابل للتعليق، بخلاف الوجود الاعتباري، فإنه قابل لذلك في إنشاء الأمور الاعتبارية كالملكية والزوجية.

والحاصل: أن حقيقة الإنشاء إيجاد المعنى في وعاء الإعتبار، لا إيجاد المعنى باللفظ الذي هو مقوم الاستعمال. ومن المعلوم أن الإيجاد الاعتباري تابع لكيفية إعتبار معتبره، فإن علقه على شيء توقّف وجوده في وعاء الاعتبار على وجود ذلك الشيء، فلا وجه لإستحالة تعليق الإنشاء، كما عن المحقق النائيني قده، ولا منافاته للجزم حال الإنشاء كما عن العلامة في التذكرة، لعدم إعتبار الجزم في الإنشاء. بل هو أمر ممكن وواقع في العرفيات والشرعيات كالوصية والتدبير والنذر، فإنشاء العقود معلقاً مما لا مانع عنه، لصديق العقد عرفاً مع التعليق وبدونه على نسق واحد، فاعتبار التنجز محتاج إلى الدليل.

بل يمكن أن يقال: إن الجزم في الإنشاء المعلق كالإخبار المعلق موجود، فإن الإخبار بفساد العالم على فرض تعدد الآلهة جزمي لا ترديد فيه. وكذا الإنشاء، فإن الإنشاء في قوله: «بعثك إن جاء زد» جزمي، إذ لا ترديد له في البيع على تقدير مجيء زيد.

و على فرض كون مثل هذا الإنشاء خالياً عن الجرم منعم الكبرى و هو إعتبار الجرم في الإنشاء، لصدق العقد و الإيقاع عرفاً مع الجرم، فلو قال شاكاً في كون شخص عبده أو امرئته فلانية زوجته: «أنت حرُّ لوجه الله» و «أنت طالق» فأصاب، صدَّق في العرف عتق عبده و طلاق زوجته.

وكذا الحال إذا قال: «بعثك هذا المال» برجاء كونه ماله - و كان في الواقع ماله - صدَّق عرفاً أنه باع ماله، فلا يعتبر الجرمُ في الصدق العرفي، فاعتبار الجرم مع هذا الصدق لا بد أن يكون تعبداً محضاً.

و بالجملة: فالتعليق في الإنشاء خالٍ عن المحذور.

بل لا وجه لرجوع القيد إلى المنشأ في بعض الموارد، كما إذا أنشأ بالفعل الملك يوم الجمعة، فإن لازمه جواز إنشاء الملك لشخص آخر يوم السبت، و لثالث يوم الأحد، نظير باب الإجارة، فيكون الجميع مالكاً بالفعل كلُّ ملكية قطعة من الزمان، مع أن الملك ليس متكرراً بتكرُّر الزمان، و ليس المملوك متعدداً في المملوكية كالمنافع في كل يوم. فالصواب رجوع القيد إلى الإنشاء، و بطلان رجوعه إلى المنشأ، لعدم تعدُّد المملوك حتى ينتقل في زمان إلى شخص، و في غيره إلى شخص آخر. بل المملوك نفس الشيء، و الزمان ظرف له.

وأما إذا رجع إلى الهيئة فالتملك لنفس الطبيعة لا مقيدة بيوم الجمعة، إذ المقيد حينئذٍ هو نفس التملك، فكأنه قال: «أوجدتُ يوم الجمعة ملكية المتاع الفلاني لك» فإنشاء التملك معلق على يوم الجمعة، فقبله لا عقد و لا إنشاء.

و السر في ذلك: أن القيد إن رجع إلى الهيئة كانت الطبيعة مطلقة. ففي المثال تكون الملكية مطلقة، و التملك مقيداً بيوم الجمعة. فالنتيجة: أن في يوم الجمعة صار المتاع ملكاً للمشتري، فطبيعة المتاع صارت مملوكةً له في يوم الجمعة، فالتملك و الإنشاء معلق على يوم الجمعة، فقبله لا تملك و لا عقد.

وإن رجع إلى المادة و المنشأ كان التمليك بلا قيد و الإنشاء بلا تعليق، فلا بد من تحققه و من وجود الملكية فعلاً، لامتناع إنفكاك المنشأ عن الإنشاء. لكن الملكية مقيدة بيوم الجمعة، لا مطلقة، لأن مقتضى هذا العقد هو وجود الملكية المقيدة بيوم الجمعة لا الطبيعة المطلقة، فللمتاع المزبور ملاك متعددة حسب اقتضاء القيود الراجعة إلى المادة. وهذا كما ترى.

و لازم رجوع القيد إلى المادة أيضاً تمامية العقد فعلاً، و عدم جواز الرجوع من المتعاقدين قبل حصول القيد و المعلق عليه. بخلاف ما إذا رجع إلى الهيئة، إذ العقد إنما يكون على تقدير حصول القيد، فبدونه لا عقد، بل إنشاء معلق، و لا يصير عقداً إلا بعد حصول المعلق عليه.

فالمتحصل: أنه لا وجه لاعتبار الجزم في الإنشاء لا عقلاً و لا عرفاً من باب تقوّم عنوان العقد أو الإيقاع عرفاً بالإنشاء المنجز، حتى يقال: إن التنجيز مقوّم لمفهوم العقد العرفي أو الإيقاع كذلك. فلا بد أن يكون إعتباره بدليل نقلي، و هو مفقود أيضاً، لأن الاجماع غير ثابت أولاً، لما عرفت من تصريح المحقق القمي قده بصحة الوكالة مع التعليق.

مضافاً إلى: أن المسألة لم تكن معنونة، و إنما إستندوا فيها إلى باب الوكالة والوقف و نحوهما.

و ثانياً: بعد تسليمه - لا يكون إجماعاً تعديلاً، لإستناد المجمعين إلى الوجوه المذكورة، فيكون مدركياً. و لا أقل من صيرورته محتمل المدركية، فيسقط عن الاعتبار. و كذا الحال في سائر أدلتهم التي عرفت ضعفها، فلا دليل على مبطلية التعليق ليخصّص به عموم أدلة صحة العقود، فالمرجع هو العمومات و الإطلاقات، و بها يدفع احتمال مانعية التعليق أو شرطية التنجيز.

فتلخص: من جميع ما ذكرناه أمور:

الأول: أن التعليق لا ينافي الإنشاء أصلاً، سواء أكان عقداً أم إيقاعاً.

الثاني: أنه لا فرق في القيود بين دخلها في قوام العقد أو الإيقاع كتزويج من يشك في أنوثيته، و طلاق من يشك في زوجيتها، و بين دخلها في الصحة كالطلاق بحضور رجلين يشك في عدالتهما، وبيع ما يشك في كونه مما يتمول، لما عرفت من عدم منافاة التعليق للإنشاء. و بين ما لا يكون دخيلاً في شيءٍ منهما.

الثالث: أنه لا فرق في القيود بين الحالية و الإستقبالية، و بين معلوم الحصول و مشكوكه، و بين كونها صريحة و ضمنية، و بين كون صيغة العقد جملةً إسمية و بين كونها جملة فعلية - كما في حاشية الفاضل الشهيد قريباً - بزعم «صحة التعليق في الأولى، و بطلانه في الثانية، إستناداً إلى عدم المانع عن الصحة في الأولى، لعدم دلالتها على الزمان، لأنها تدل على مجرد ثبوت المحمول للموضوع، فهي تقبل التقييد بالزمان المستقبل و بمقابله. بخلاف التعليق في الثانية أي الجملة الفعلية، حيث إن التعليق فيه ينافي مدلول الفعل ماضياً كان أو مضارعاً، أما في الماضي فلأن مدلوله صدور الفعل قبل حصول القيد، و قضية التعليق صدوره بعده. و كذا الكلام في المضارع فيما إذا قصد به الإنشاء.

و لا مجال للتصرف في أحد الطرفين بقربة الآخر، للزوم محذور فوات الإنشاء على تقدير محذور فوات التعليق على آخر. نعم يصح فيه إذا كان المعلق عليه أمراً حالياً معلوم الحصول»^أ.

و ذلك لأن الجملة الفعلية الدالة على الزمان - على ما عن النحاة - لا بد أن تنسلخ عن الزمان إذا استعملت في مقام الإنشاء، فحينئذ تكون كالجملة الإسمية في إنسلاخها عن الزمان، فتصلح للتقييد بالقيود. و عليه فلا فرق بين الجملة الفعلية و الاسمية في جواز تعليق الإنشاء بها و عدمه.

الرابع: أنه لا فرق في جواز التعليق بين كون المعنى الذي يراد إنشاؤه في حد

ذاته متقوماً بمعنى آخر بحيث يمتنع إنشاؤه بدون ذلك الشيء كالزهن، فبأنه متقوم بالذنين، وبدونه لا يعقل إنشاء الرهن، لأنه وثيقة للذنين. وكالطلاق والعتق، فبأنهما متوقفتان حقيقة على الزوجية والرؤية، لأن الأول إزالة علاقة الزوجية، ومن المعلوم توقف ذلك على الزوجية، والثاني فك الرقية، فبدونها لا معنى للعتق. وبين عدم كونه متقوماً بغيره وإن توقّف تأثيره عرفاً أو شرعاً على شيء كإناطة زوجية المرأة بأجنبيّتها وكقضاة من لا أهلية له، إذ مفهوم الزوجية غير متقوم بالأجنبيّة، وكذا مفهوم القضاة بالأهليّة، بل الأجنبيّة والأهلية شرطان شرعاً لهما.

فالتفكيك بين القسمين بدعوى: «عدم تحقق الجرم بالإنشاء في الأول دون الثاني، إذ مع عدم العلم بالزوجية والرؤية لا يعقل حصول الجرم بالإنشاء. بخلاف الثاني، لحصول الجرم بالإنشاء فيه ولو مع عدم القطع بالأجنبيّة وعدم الأهلية، بل ومع العلم بالعدم، إذ المفروض عدم تقوم مفهومهما بذلك» ممّا لا وجه له، لما عرفت من عدم مانع عن الإنشاء معلقاً، لصدق الطلاق على قول من قال لامرأته: «أنت طالق إن كنت زوجتي». وصدق العتاق على قول من قال: «أنت حرٌّ إن كنت عبدي» فتبين كون المرأة زوجته، والرجل عبده كما لا يخفى.

الخامس: أنه قد ظهر مما ذكرنا: أن التنجيز - على تقدير إعتبره - يكون من شرائط المعنى المنشأ، لا من شرائط الصيغة كالعربية والماضوية كما هو ظاهر المحقق النائيني رحمته، حيث قال: «لا ينحصر التعليق في أداة الشرط، بل كل ما كان في معنى التعليق ولو بغير الأداة». خلافاً للمصنف رحمته، حيث يظهر منه كونه شرطاً للصيغة، لأنه قال: «فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، ولنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من إبرازه بصورة التنجيز».

وإن أمكن أن يقال بعدم ظهور عبارته في كون التنجيز من شرائط الصيغة، وأن إبرازه بصورة التنجيز لأجل كون الصيغة حاكية عن المعنى المنشأ.

و كيف كان فالأقوى ما ذكرناه من كون التنجيز بعد تسليم إعتباره شرطاً للمعنى المنشأ، هذا.

و قد ظهر من هذا البيان جريان بحث إعتبار التنجيز و عدمه في المعاطاة أيضاً، لأن مقتضى عدم كونه من شرائط الصيغة - بل من شرائط المعنى الإنشائي - تطرّفه في المعاطاة أيضاً، فيقال: إنه يعتبر في الإنشاء سواء أكان باللفظ أم بالفعل أن يكون منجزاً. لكن الأصحّ على ما تقدم عدم إعتبار التنجيز في الإنشاء، فيصح بداعي احتمال حصول المسبّب به، فله إنشاء مفهوم الطلاق بهذا الوجه، فيقع طلاقاً حقيقياً إذا كانت المرأة زوجته واقعاً، وإلا يقع لغواً.

و الحاصل: أن الجزم في المعاملات كالجزم في العبادات، فكما لا يعتبر ذلك في العبادات على الصحيح، فكذلك في المعاملات، والله تعالى هو العالم بالأحكام.

تكلمة: الظاهر أن توقيت البيع بمنزلة التعليق، إذ لا فرق - على ما تقدم - بين كون المعلق عليه زماناً و زمانياً. فعلى القول باعتبار التنجيز في البيع كان التوقيت مبطلاً، وإلا فلا، فإذا قال: «بعثك هذا بعد شهر مثلاً» صحّ، بناءً على عدم إعتبار التنجيز، و بطلّ بناءً على إعتباره.

لكن حكمي الاجماع على بطلانه، فإن ثبت ذلك فلا كلام، و إلا فمقتضى عدم إعتبار التنجيز في العقود هو الصحة، كما قيل بصحة الإجارة مع التوقيت، كما إذا قال: «أجرتك هذه الدار بكذا بعد شهر».

قال في مفتاح الكرامة: «و يشترط في البيع أن لا يكون موقتاً، لأنه لا يقبل التوقيت كما تقبله الإجارة، فإنه يصح أن يؤجرهم بعد سنة، و لا يصح أن يبيعه كذلك» أ. هذا بعض الكلام فيما يتعلق بالتنجيز في الإنشاءات العقديّة و الإيقاعية.

و من جملة شروط العقد: التطابقُ بين الإيجاب و القبول^(١).

المبحث الرابع: التطابق بين الإيجاب و القبول

(١) هذا هو المبحث الرابع من مباحث الهيئة التركيبية في صيغة البيع، و قد إشتروا مطابقة القبول للإيجاب، في التذكرة: «لابدّ من التطابق في المعنى بين الصيغتين»^أ.

و في القواعد: «و لابدّ من التطابق بين الإيجاب و القبول. فلو قال: بعثك هذين بألف، فقال: قبلتُ أحدهما بخمسةائة، أو: قبلتُ نصفها بنصف الثمن، أو قال: بعثكما هذا بألف، فقال أحدهما: قبلتُ نصفه بنصف الثمن لم يقع»^ب.

وقال في الجواهر - بعد نقل تصريح غير واحد من الأصحاب باعتبار هذا الشرط - ما لفظه: «لكن على معنى المطابقة بينها بالنسبة إلى المبيع و الثمن، لا مطلق التطابق، للإتفاق على صحة الإيجاب يبعثُ و القبول بإشترتُ. بل الظاهر صحة قبلتُ النكاح مثلاً لإيجاب زوّجتك، كما عن جماعة التصريح به. بل المراد المطابقة التي مع إنتفائها ينتفي صدق القبول لذلك الإيجاب و بالعكس ... الخ»^ج.

أ : تذكرة الفقهاء . ج ١ . ص ٤٦٢

ب : قواعد الأحكام . ص ٤٧ (الطبعة المحرّبة).

ج : جواهر الكلام . ج ٢٢ . ص ٢٥٥

فلو^(١) اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المثمن أو الثمن، أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد.

و وجه هذا الإشرط واضح، وهو^(٢) مأخوذ من إعتبار القبول، وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: «بعته من موكلك بكذا» فقال: «إشتريته لنفسي» لم ينعقد. و لو قال: «بعث هذا من موكلك» فقال الموكل غير المخاطب: «قبلت» صح^(٣).

(١) هذا متفرع على إعتبار التطابق، ويستفاد منه أن المراد بالمطابقة هو المطابقة في المضمون والمعنى دون اللفظ، فلا يلزم أن يكون قبول البيع - الذي أنشئ إيجابه بلفظ «بعث» أو إيجاب النكاح بلفظ «أنكحت» - إبتعاً، أو قبلت النكاح. بل لو قال «إشتريت» و في الثاني «قبلت التزويج» صح، لتطابق الإيجاب والقبول في المعنى.

(٢) أي: إشرط التطابق مأخوذ... الخ. توضيحه: أن منشأ إعتبار التطابق هو إعتبار القبول في العقد، حيث إن القبول عبارة عن الرضا بالإيجاب كما تقدم سابقاً، فلا بد في تحقق القبول من كونه رضا بالإيجاب، و لا يحصل ذلك إلا بتطابق القبول والإيجاب في المعنى الإنشائي، بأن يتحقق الرضا بالإيجاب على النحو الذي حصل، إذ بدون التطابق لا يكون القبول رضا بالإيجاب، و لا يرتبط به، و لا يعد قبولاً - أي رضا بالإيجاب - بل يكون شيئاً آخر، فلا يتحقق الربط بين الإلزامين.

و إن شئت فقل: إن نفس المعاهدة و المعاهدة تتقوم بالتطابق بين الإيجاب والقبول، إذ مع التخالف لا تصدق المعاهدة على شيء واحد، فإن المعاهدة على أمر لا تتحقق إلا بوحدة المورد الذي تعاقدا عليه.

(٣) لوجود التطابق، فإن قول الموكل: «قبلت» يكون رضا بالإيجاب.

وكذا^(١) لو قال: «بعثك» فأمرَ المخاطبُ وكيله بالقبول، فقبل.
 ولو قال: «بعثك العبد بكذا» فقال: «إشتريتُ نصفَه بتمامِ الثمن»
 أو نصفه^(٢) لم ينعقد^(٣).
 وكذا^(٤) لو قال: «بعثك العبدَ بمائة درهم» فقال: «إشتريتُه بعشرة دنانير».
 ولو قال للإثنين: «بعثكما العبد بألف» فقال أحدهما: «إشتريتُ نصفَه
 بنصفِ الثمن» لم يقع^(٥). ولو قال كلُّ منهما ذلك لا يبعد الجواز^(٦).
 ونحوه لو قال البائع: «بعثك العبد بمائة» فقال المشتري: «إشتريتُ كلِّ
 نصف منه بمخمسين» وفيه إشكال^(٧).

- (١) لصدق تطابق الإيجاب و القبول حينئذٍ.
 (٢) بالجرّ معطوف على «تمام الثمن» أي: يقول المشتري: «إشتريتُ نصفَه بنصفِ
 الثمن».
 (٣) لعدم المعاقدة على ذلك، فإنّ مضمون الإيجاب شيء غير مضمون القبول،
 فلا تتحقق المعاقدة المتقوّمة بربط الإلزامين، المنوط بوحدة الملترزم به.
 (٤) لعدم صدق المعاقدة أيضاً على ذلك، فإنّ القبول ليس مرتبطاً بالإيجاب،
 لاختلافهما في الثمن، فلا تتحقق المعاهدة على مبادلة العبد بمائة.
 (٥) لاختلاف الإيجاب و القبول في الثمن و المثلن، إذ المبيع تمامُ العبد بألفٍ،
 لانصفَه بمخمسائة.
 (٦) إذ لا إختلاف بينها إلا في العبارة، فإنّ البيع ينحلُّ حقيقةً إلى بيعين،
 أحدهما: بيع نصفه من أحدهما بمخمسائة، و الآخر: كذلك أيضاً.
 (٧) و هو: أنّ الإيجاب إنّما وَقَعَ على بيع المجموع، بحيث يكون إنتقال كلِّ نصفٍ
 من العبد إلى المشتري ضمناً، و القبول إنّما وَقَعَ على الرضا بانتقال كل نصفٍ
 بالإستقلال، فلا يتحقق التطابق بين الإيجاب و القبول، هذا.

لكن فيه تأمل، لأن مقتضى الإيجاب إجماله إلى إيجابين بالنسبة إلى بيع النصفين، فقبول أحدهما قبول لأحد الإيجابين، فالتطابق بين أحد الإيجابين مع قبوله موجود، فلا بأس بالصحة بالنسبة إليه، وإن كان الخيار ثابتاً، لتخلف الإيجاب الآخر عن قبوله، فليتأمل (*).

(* قد عرفت أنهم عدّوا من شرائط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، والمراد به هو التطابق على إنشاء المعنى المقصود لهما، لا التطابق في جميع الجهات حتى اللفظ كي لا يصحّ القبول مثلاً بلفظ «قبلت» فيما إذا كان إيجاب البيع بلفظ «بعثك» وإيجاب النكاح بلفظ «أنكحت».

قال في نكاح التذكرة: «لا يشترط إتفاق اللفظ من الموجب والقابل، فلو قال الموجب: زوّجتك، فقال الزوج: أنكحت، أو قال الموجب: أنكحتك، وقال الزوج: تزوّجت، صحّ العقد إجماعاً»^أ.

وفي نكاح القواعد - بعد اشتراط إتحاد المجلس -: «فلو قالت زوّجت نفسي من فلان، وهو غائب، فبلغه فقبل، لم ينعقد. وكذا لو أحرّ القبول مع الحضور بحيث لا يعدّ مطابقاً للإيجاب»^ب.

لكن ذلك معنى آخر ينطبق على اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول. وقد عرفت في التوضيح عبارة الجواهر الدالة على اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول في المبيع والتمن، لا مطلق المطابقة.

وكيف كان يكون تعبير المصنف أولي، لكونه أجمع من تعبير الجواهر.

أ : تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٥٨٢

ب : قواعد الأحكام، ص ١٤٧ (الطبعة الحجرية)

و تنقيح المقام يتوقف على البحث عن جهات:

الأولى: في كون التطابق من شروط الصيغة أم من شروط مضمونها أعني به العقد الذي هو الإلتزامان المرتبطان.

الثانية: في أن موردها جميع الخصوصيات المذكورة في الإيجاب، أو خصوص ما يتحقق به عنوان العقد، و هو المطابقة لما يتقوم به الإيجاب.

الثالثة: في الدليل على إعتبراره.

أما الجهة الأولى فملخصها: أن الإيجاب و القبول لا يراد بهما إلا مضمونهما، فإن إيجاب البيع ليس إلا تبديل مال بمال مثلاً، و ليس لللفظ خصوصية حتى يقال: إن التطابق شرط للصيغة على حدو شرطية العربية و الماضوية لها، فليس القبول إلا رضا بهذا المضمون. و من هنا صحَّ إختلاف ألفاظ الإيجاب و القبول، فيصح أن يقول قابل عقد النكاح: «قبلت التزويج» مع كون الإيجاب بلفظ «أنكحت» و أن يقول قابل البيع: «اشتريت أو تملكث» مع كون الإيجاب بلفظ «بعث».

و قد عرفت تصريح التذكرة بعدم إشتراط إتفاق ألفظ من الموجب و القابل. و قد مرَّ تصريحه أيضاً في التذكرة بأنه «لابد من التطابق في المعنى بين الصيغتين» فعباراتهم مشتملة على إعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول مطلقاً كما في القواعد، أو «التطابق في المعنى بين الصيغتين» كما في التذكرة.

لكن هذه العبارة تفسر عبارة القواعد، خصوصاً بعد ما عرفت من تصريحهم بعدم إعتبر المطابقة اللفظية بين الإيجاب و القبول في النكاح الذي إهتم فيه الشارع غاية الاهتمام.

فقد ظهر ممَّا ذكرنا في هذه الجهة أمور:

الأول: أن مورد التطابق هو العقد لا الإيقاع، لعدم إشماله على الإيجاب و القبول. الثاني: أن التطابق من شرائط العقد أعني به الإلتزامين، لا الصيغة حتى يكون من

قبيل العربية والماضوية.

الثالث: أن التطابق لا يختص إعتباره بالعقد اللفظي، بل يعمّ العقد ولو كان بالمعاطاة، إذ المفروض أن التطابق شرط لنفس العقد الذي يُنشأ تارةً باللفظ، وأخرى بالفعل، كما لا يخفى.

و أما الجهة الثانية: فملخّص البحث فيها: أن التطابق بين الإيجاب والقبول يتصور على وجوه:

أحدها: أن يلاحظ بالإضافة إلى المبيع، كأن يقول البائع: «بعثك عبدي بألف دينار» فقال المشتري: «قبلتُ بيع العبد بذلك الثمن». لا ينبغي الإرتياب في إعتبار المطابقة هنا، إذ لو قال المشتري: «قبلتُ بيعَ الجارية بألف دينار» لم يكن هذا قبولاً لما أنشأه الموجب، بل كان إنشاءً أجنبياً عن الإنشاء الإيجابي، فلا يتحقّق عنوان العقد الذي هو عبارة عن التزامين مرتبطين كما لا يخفى.

ثانيها: أن يلاحظ بالإضافة إلى الثمن، كأن يقول البائع: «بعثك عبدي بألف دينار» ويقول المشتري: «قبلتُ ذلك بألف درهم» لا ينبغي الإشكال أيضاً في بطلان العقد وعدم تحقّقه، لأنّ المعاهدة والمعاقدة لم تتحقّق بينهما، فإنّ الإنشاء القبولي - الذي هو عبارة عن إمضاء الإيجاب والرضاه - لم يحصل، فلم يتحقّق عنوان البيع بينهما، لعدم التزامين مرتبطين بينهما، بل حصل بينهما إنشاءان أجنبيّان مندرجان تحت عنوان الإيقاع للعقد، فإنهما إيقاعان، كما لا يخفى.

ثالثها: أن يلاحظ بالإضافة إلى نفس المعاملة، كأن يقول البائع: «بعثك هذا الكتاب بدينار» فإن قال المشتري: «قبلت هذا البيع بهذا الثمن» فلا إشكال في الصحة. وأما إذا قال: «قبلت هبةً أو صلحاً هذا الكتاب» فلا إشكال في البطلان، لعدم إتفاق الإنشائين على عنوان واحد حتى يرتبطا، فيكون كلّ واحد من الإنشائين أجنبياً عن الآخر، فلا تحصل معاهدة بينهما حتى تشملها العمومات المقتضية للصحة.

رابعها: أن يلاحظ بالنسبة إلى البائع والمشتري، فلو قال زيدٌ لعمرو: «بعتك هذا الكتاب بدينار» و قال عمرو: «قبلتُ البيع لخالد» بطل العقد، لعدم ورود الإيجاب والقبول على موردٍ واحدٍ.

ودعوى «عدم دخل خصوصية البائع والمشتري في صحّة البيع، حيث إنّ الرُّكن فيه العوضان. بخلاف النكاح، إذ الركن فيه الزَّوجان، فمقتضى القاعدة عدم لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول في البائع والمشتري، بل هذا التطابق معتبر في النكاح الذي ركنه الزَّوجان» غير مسموعة، لأنّ عدم لزوم التطابق بين الإيجاب والقبول - في البائع والمشتري - إنّما هو فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية.

أما مع كون أحدهما - فضلاً عن كليهما - كلياً ذمياً فإنه لا بدّ من إعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري، بداهة إختلاف ذمم الأشخاص من حيث الإعتبار، فزُبَّ شخص لا يعتمد عليه إلا في الأمور الحقيرة، وشخص آخر يعتمد عليه في الأمور الخطيرة، فلا بدّ حينئذٍ من المطابقة بين البائع والمشتري.

و عليه فإذا باع زيدٌ متاعه من عمرو بمائة دينار في الذمة، فليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره، ولا لغيره أن يقبله لنفسه. وهذا هو ما أشار إليه المصنف رحمته الله بقوله: «فحينئذٍ لو قال بعته من موكلك بكذا فقال: اشتريته لنفسي لم ينعقد».

وكذا إذا باع زيدٌ عبده بمائة من بكر و خالد، فقال أحدهما: «قبلتُ بيع نصفه بخمسين ديناراً» فإنّ التطابق هنا أيضاً مفقود، لأنّ الإيجاب عبارة عن تملك العبد لإثنين لا لواحد .

أقول: إعتبار التطابق في هذه الصورة بين البائع والمشتري غير ظاهر، بل المدار على رضا البائع باشتغال ذمّة القابل بالثمن، فعلى تقدير كون القابل وجيهاً عند البائع فلا دليل على إعتبار التطابق المزبور، بعد وضوح عدم دخل خصوصية البائع والمشتري في صحّة البيع، ولذا لا يتفحصون عن المالك غالباً، ويشترون الأمتعة من غير سؤال

و فحص عن مُلاكها، هذا.

خامسها: أن يلاحظ التطابق بين الإيجاب و القبول في أجزاء المبيع والتمن، فإذا قال: «بعتك داري بمائة دينار» فقال المشتري: «قبلتُ بيع نصف الدار بخمسين ديناراً» فعن المحقق النائيني رحمته بطلان البيع، لعدم إرتباط كلام أحدهما بالآخر، حيث قال مقررُ بحثه الشريف: «و مما ذكرنا ظهر أنه لا بدّ من إتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع والشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط، و قبل الآخر بلا شرط، أو باع البائع عبيدين، و قبل المشتري أحدهما، و غير ذلك ممّا هو نظير ما ذكرناه لم يصحّ أيضاً، لعدم إرتباط كلام أحدهما بالآخر»^أ.

و لا يخفى أنّ ذكر المثال الثاني - و هو قوله: أو باع البائع عبيدين ... الخ - غير مناسب، لأنّه تفريع على إتحاد المنشأ في التوابع و الشروط، مع أنّه تبعيض في المبيع، أو هو مع التمن كما لا يخفى.

و كيف كان فأيدّه سيدنا المحقق الخوئي رحمته بما هذا لفظ المقرّر: «لأنّ مرجع بيع الدار بخمسين ديناراً مثلاً إلى بيع كل نصف منها بخمسة و عشرين ديناراً مع إشتراط كلّ منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجّع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط، و قد مرّ حكمه»^ب.

و قد ذكرَ قبل ذلك لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول في الشروط أيضاً.

لكن الحق عدم إعتبار التطابق في الشروط، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

سادسها: التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد.

قيل: بصحة العقد مع عدم التطابق في الشروط، نظراً إلى أجنبية الشرط عن العقد، حيث إنّه إلتزام آخر غير الإلتزام العقدي.

أ : منية الطالب ج ١، ص ١١٤

ب : مصباح الفقاهة ج ٣، ص ٧٤

و هذا هو الأقوى بناءً على كون دخل الشرط بنحو تعدد المطلوب كالواجبات التي ثبت لها القضاء، فإن قضاءها يكشف عن كونها بنحو تعدد المطلوب، فتعدّد المطلوب يكون في الوضعيات والتكليفات معاً، ففوات الشرط لا يوجب بطلان العقد، لعدم كون الشرط مقوماً له، بل خارجاً عنه غير موجب فواته لفوات العقد.

و دعوى: بطلان العقد، لأجل عدم التطابق بين الإيجاب والقبول في الشروط - كما في تقرير سيدنا المحقق الخوئي رحمته الله نظراً إلى: «أن تعليق اللزوم يرجع إلى جعل الخيار، وهذا الجعل يرجع إلى تحديد المنشأ، وعدم التطابق فيه يوجب البطلان». انتهى ملخصاً.

غير مسموعة، لأن التطابق العقدي موجود بالنسبة إلى الالتزام الأول، كما هو قضية إنحلال العقد إلى عقدين أو أزيد، نظير إنحلال رواية متضمنة لجعل - سقط بعضها عن الحجية - إلى روايات تكون بعضها حجةً، وبعضها غير معتبرة، فالشرط لا يوجب تحديد المنشأ الأول بحيث يوجب وحدة المنشأ، حتى يلزم التطابق، بل هناك إنشاءان والالتزامان ومطلوبان يوجب تخلف الثاني سلطنة المشروط له على حل الالتزام الأول، وهذه السلطنة حكم شرعي مترتب على عدم وفاء المشروط عليه بالشرط، فالخيار مجعول شرعي موضوعه تخلف الشرط، فالشارط لم يجعل الخيار حتى يكون مرجعه إلى تحديد المنشأ.

و الحاصل: أن إنحلال الإيجاب المتضمن لقيود إلى إيجابات يقتضي إنحلال القبول أيضاً، فإذا طابق القبول جميع مراتب الإيجاب كانت العقود التي إنحل إليها الإيجاب صحيحة، وإلا كان الصحيح خصوص العقد المطابق لقبوله.

و أما إنحلال عقد إلى عقود ففي غاية الوضوح، كبيع المملوك و غير المملوك معاً، و كبيع ما يملكه مع مملوك الغير كذلك.

و عليه فإذا باع كتابه و فرسه بعشرة، و قبل المشتري بيع أحدهما بخمسة دراهم

صَحَّ البيع بالنسبة إليه، و بَطَلَ بالإضافة الى الآخر، هذا.
 و أما الجهة الثالثة: فملخَّص الكلام فيها: أنه يظهر من المصنَّف و غيره أن منشأ
 إعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول هو إعتبار القبول في العقد، إذ القبول - بمعنى الرُّضا
 بالإيجاب - لا يصدق إلَّا على الرُّضا بما أنشأه الموجب، و لا نعني بالتطابق إلَّا هذا،
 فاعتبار هذا الشرط يكون حقيقةً مقوِّماً لمفهوم المعاهدة و المعاقدة. و لذا قال المحقق
 الخراساني في مقام بيان شرطية التطابق ما لفظه: «ضرورة أنه لولا التطابق لما قَصِدَا أمراً
 واحداً، بل لكلِّ همٍّ و قصدٍ، فلا يكون بينهما عقد»^أ. فدخل التطابق في العقد عرفي،
 لكونه مقوِّماً لمفهوم العقد العرفي.

و عليه فوزان إعتبار التطابق و زان إعتبار القبول في العقد، نظير شرائط تنجيز
 العلم الإجمالي كالإبتلاء، فإنها توجب العلم بالحكم الفعلي، لا أنها شرائط منجزية العلم
 بالحكم الفعلي.

و بعبارة أخرى: تلك الشرائط مقوِّمة لحصول العلم المزبور، فجعل العلم بالحكم
 الفعلي مشروطاً بها لا يخلو عن مسامحة.

و كيف كان فإناطة المعاهدة بالتطابق المزبور ممَّا لا ينبغي الإرتياب فيه، فشرطيته
 في العقد من القضايا التي قياساتها معها، فلا يحتاج إثبات شرطيته إلى إقامة برهان،
 فليست شرطيَّة التطابق على حدِّ شرطيَّة العربية و الماضوية و التنجيز بعد تسليمها، حيث
 إنَّها شروط تعبُدِيَّة لا بدَّ من إقامة الدليل على إعتبارها.

و المتحصل: أن الكبرى مسلَّمة، إلَّا أن تطبيقها على صغرياتها مشكَّل، كما عرفت
 في جملة من الموارد.

منها: كون الإيجاب مشروطاً بشرط، و القبول خالياً عنه.
 و منها: ما إذا أوجب البائع لشخصين، فقَبِلَ أحدهما نصفَ المبيع بنصف الثمن.

ومنها: ما إذا باع شيئين بثمن معين، وقَبِلَ القابل أحدهما بنصف الثمن.
فالتحقيق أن يقال: إن في كل موردٍ ينحل العقد عرفاً إلى عقدين أو عقود أو إلى عقدٍ و شيءٍ آخر، فقبَل القابل البعض المنحل يقع التطابق بينهما، كما إذا قاوَل المشتري البائع في بيع عبده بمائة وبيع ثوبه بمائة، بحيث لا يكون بين البيعين إرتباط في الغرض، فباعهما بمأتين، وكان الجمع بينهما في العبارة لمجرد السهولة، ففي مثل هذه الصورة ينحل البيع في نظر العقلاء إلى بيعين، فإذا قبل المشتري أحدهما - كبيع العبد - يصدق أنه باع عبده بمائة، و يكون القبول مطابقاً للإيجاب.

بخلاف ما إذا كان في الواقع و بنظر العقلاء - أو في نظر المنشيء - ربط بينهما، فباع المجموع بما هو مجموع، فإن المشتري إذا قبل البعض لا يكون قبولاً له، ولا مطابقاً لإيجابه، كما إذا باع الباب فقبل أحد مصراعيه، لا يتحقق المطاوعة و التطابق، فيكون البيع باطلاً.

وهكذا الكلام في الشروط، فعلى القول بانحلالها و كونها التزاماً في التزام يكون القبول بلا شرط قبولاً و مطابقاً للإيجاب. وعلى القول بعدم انحلالها لا يكون القبول المجرد عن الشرط مطابقاً للإيجاب. فالمدار في المطابقة و عدمها على الإنحلال و عدمه. فعلى الأول يحصل التطابق بين الإيجاب و القبول، فيصح في أحد العقدين دون الآخر. أو في الالتزام العقدي دون الشرطي. و تشخيص موارد الإنحلال بنظر العرف، فمع إحراز الإنحلال أو عدمه لا كلام، و مع الشك في قابلية المنشأ للانحلال يرجع إلى أصالة الفساد، للشك في عقديته مع عدم إحراز التطابق.

و بالجملة: فاعتبار التطابق إنما هو لأجل تقوُّم العقد به، فالشك في التطابق يوجب الشك في تحقق العقد، و الأصل عدمه.

ففي جميع موارد الشك في انحلال العقد يشك في التطابق، و مرجع هذا الشك إلى الشك في صدق العقد، فمقتضى أصالة الفساد عدم ترتب الأثر المقصود عليه.

و من هنا يقال: إنَّ الصداق و إن لم يكن ركناً في عقد النكاح إلا أنه شرط له، كقبول الموصى له بناءً على عدم كون الوصية التمليلية عقداً، وليست شرطيةً على حدِّ سائر الشروط التي لا تكون قيداً للعقد حتى يبطل العقد بالإخلال بها، بل الصداق شرط كالقيد، فإذا لم يقصد الزوج إشتغال ذمته بالصداق، و قَبِلَ النكاح كذلك بطل العقد، لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول، فإنَّ المستفاد من النصوص أنه لا بدَّ في إستحلال الفرج من بذل شيءٍ ولو تعليم سورة من القرآن، إلا في تحليل الإماء، لأنه من شؤون تصرفات المالك في ملكه و سلطته على ماله، غايته أن تصرفه في ماله تارةً مباشريةً، و أخرى تسببيةً، كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في شرطية التطابق، و الله تعالى هو العالم.

و من جملة الشروط في العقد: أن يقع كلُّ من إيجابه في حالٍ يجوز لكلِّ واحدٍ منهما الإنشاء^(١)

المبحث الخامس: إعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد

(١) هذا آخر شروط الهيئة التركيبية لصيغة البيع، و هو أهلية المتعاقدين من حين الشروع في الإيجاب إلى الفراغ من القبول.

و توضيحه: أنه لا ريب في توقف صحة العقد على جملة من الأمور الدخيلة فيها عرفاً أو شرعاً، فالأوّل كقابلية التخاطب في المتعاقدين، و عدم سقوطها عنها بموتٍ أو جنونٍ أو إغماءٍ أو نحوها. و الثاني كالبلوغ و عدم الحجر بفلسٍ أو رقٍّ أو مرضٍ موتٍ. فيبحث عن أنه هل يكفي إجتماع الشرائط في البائع حال الإيجاب خاصة، فيصح إنشاءه و إن اختلف بعضها قبل إنضمام القبول، أو أنه يعتبر بقاؤها إلى لحوق القبول بالإيجاب؟

و كذا هل يكفي في الصحة أهلية المشتري حين القبول و إن لم يكن أهلاً له حال الإيجاب، أم تعتبر حال إنشاء البائع أيضاً؟ أفاد المصنف **تَبَيُّرٌ** - تبعاً للقوم - إشتراط العقد بأهلية كلِّ من الموجب و القابل في حال إنشاء الآخر، لأنَّ للعقد حالة وحدانية، فبقاء كلِّ واحدٍ من الموجب و القابل على صفة الإنشاء شرط لمجموع العقد، فانتفاء الشرط من أحدهما حالة الإنشاء يوجب عدم إنعقاد العقد، فالمعاهدة و المعاقدة لا تصدق إلّا مع إتصافها بالشرائط حال الإنشاء.

فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خَرَجَ البائعُ حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد^(١).

ثم^(٢) إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء - بل النوم - فوجهُ الإعتبار عدم تحقق معنى المعاهدة والمعاهدة حينئذٍ .

و أمَّا^(٣) صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي فهو^(٤) شرط حقيقة لا ركن، فإنَّ حقيقة الوصية الإيصاء، ولذا^(٥) لو مات قبل القبول قام

و الوجه في هذا الشرط فيما إذا كان فقدانه موجباً لعدم قابلية فاقده للتخاطب كالموت والجنون واضح، إذ لا معنى لمعاهدة العاقل مع المجنون أو النائم أو المغمى عليه.

(١) جواب قوله: «فلو كان» و قد تقدّم آنفاً وجهُ عدم الإنعقاد.

(٢) مقصوده أنَّ القابلية المعتبرة في المتعاقدين تكون مقومةً لعقدية العقد، سواء أكانت لأجل أهلية التخاطب، أم لأجل إعتبار الرضا في العقد.

(٣) هذا إشكال على إعتبار بقاء كلِّ من المتعاقدين على الشرائط إلى تمام العقد، و حاصله: أنَّ الموصى له حين ما يقبل الوصية التمليلية ليس للموجب - و هو الموصي - أهلية الإنشاء، لفرض موته، و هذا دليل على عدم إعتبار أهلية كل منهما حال إنشاء الآخر.

(٤) هذا دفع الإشكال، و حاصله: أنَّ قبول الموصى له ليس ركناً كركنية القبول في العقود، بل قبول الوصية شرطاً لها لاجزئ للعقد، فإنَّ الوصية حقيقة هي الإيصاء الذي هو من الإيقاعات، لا العقود. و مورد البحث في هذه المسألة هو العقد لا الإيقاع، فالوصية خارجة عنه موضوعاً.

(٥) يعني: و لأجل كون الوصية التمليلية إيصاءً - أي إيقاعاً لا عقداً - يقوم الوارث مقامه، إذ لو كانت عقداً كان القبول ركناً، و اللّازم حينئذٍ البطلان، و عدم قيام

وارثه مقامه. ولو ردّ جاز له القبول^(١) بعد ذلك.

وإن كان^(٢) لعدم الإعتبار برضاها فلخروجه أيضاً^(٣) عن مفهوم التعاهد والتعاقد، لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضاً كلّ منهما لما يُنشئهُ الآخر حين إنشائه، كمن

الوارث مقام الموصي له، إذ المفروض إنتفاء السبب الموجب للحق - وهو العقد - بانتفاء جزئه أعني به القبول، فلم يتحقق سبب تأمّ لحقّ الموصي له حتّى ينتقل إلى وارثه. فقيام الوارث مقام الموصي له يكشف عن كون إيجاب الموصي سبباً تامّاً لثبوت حقّ للموصي له، فينتقل ذلك الحقّ إلى وارثه، ولا يصحّ ذلك إلا إذا كانت الوصية إيقاعاً.

(١) يعني: لو ردّ الموصي له جاز لوارثه قبول الوصية بعد موت الموصي له مادام الموصي حيّاً. وهذا يدلّ على عدم كون القبول ركناً، إذ لو كان ركناً لكان الرّد مانعاً عن إنضمامه مع الإيجاب، كما هو كذلك في جميع العقود، هذا.

ثمّ إنّ جواز القبول بعد الرّد إنّما هو في الرّد الواقع حال حياة الموصي، أمّا ما كان حال موته وقبل قبول الموصي له فلا خلاف في عدم جواز القبول بعده، وفي الجواهر «الإجماع بقسميه عليه». أ. وتقيح ذلك موكول إلى محله.

(٢) معطوف على قوله: «إن كان» وحاصله: أنّ عدم قابلية الموجب والقابل إن كان لعدم العبرة برضاها كالمحجور بفلس أو سفه، فوجهُ إعتبار الأهلية في الموجب والقابل أيضاً هو الوجه السابق، حيث إنّ عدم الأهلية يوجب إلغاء رضاها شرعاً، فكان التعاهد منها كالعدم في نظر الشارع وإن لم يكن كذلك في نظر العرف، فهذا العقد عقد عرفي ذو أثر عرفي وإن لم يكن شرعياً ذا أثر كذلك.

(٣) يعني: كخروج العقد عن مفهوم التعاهد في القسم الأوّل، وهو عدم أهلية المتخاطب.

يعرض له الحجر بقلس أو سفه^(١)، أو رفقاً لو فرض^(٢)، أو مرض موت.
و الأصل^(٣) في جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغا الإيجاب
السابق. وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممن لا يُعتبر
رضاه^(٤) كالصغير.

فصحة كلٍّ من الإيجاب و القبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلم من
أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، و به يتم معنى المعاقدة، فإذا لم يكن هذا
المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً^(٥) لم يتحقق معنى
المعاقدة.

(١) لا يخفى: أن ذكر الحجر بالقلس و شبهه لا يناسب المقام و هو البطلان،
ضرورة أن الحجر بالمذكورات لا ينافي الصحة، لأن تصرف المحجور بها يصح
بالإجازة. و الحمل على رضا المالك بما أنه مالك لأمر العقد كما ترى.

(٢) كما إذا كان البائع حريياً، فاسترق قبل قبول المشتري.
(٣) يعني: أن منشأ الالتفات إلى وجه اعتبار ما ذكرناه - من اعتبار رضا كلٍّ
من المتعاقدين حال إنشاء الآخر في حصول المعاقدة و المعاهدة - هو وضوح فساد
الإيجاب بفسخ الموجب قبل إنشاء القبول مع عدم رضا القابل بهذا الفسخ، ففساد
الإيجاب يكشف إننا عن اعتبار رضا كلٍّ منها - حال إنشاء الآخر - في تحقق المعاهدة.
و عليه فلا يتجه ما أفاده المحقق الإيرواني تتبع «من أن هذا عين المسألة المبحوث
عنها، لا أصلها».

(٤) يعني: لا عبرة برضاه شرعاً، و إن كان معتبراً عرفاً كما في المميز.
(٥) كبيع الراهن بدون إذن المرتهن الذي تعلق حقه بالعين المرهونة.
لكن عدم تحقق المعاهدة عرفاً هنا ممنوع، بل عدم الصحة فيه إنما هو لأجل
تعلق حق الغير بالمعقود عليه، و لذا يصح إذا تعقبه الرضا ممن له الحق.

ثم إنهم^(١) صرحوا بجواز حقوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه^(٢) عدم إعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده^(٣) فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول^(٤).

و من هنا يظهر أن الحكم بصحة بيع المكره إذا لحقه الرضا ليس على خلاف القاعدة، بل على طبقها. فما في المتن «من كون الحكم بالصحة في بيع المكره إذا لحقه الرضا على خلاف القاعدة للاجماع» غير ظاهر، بل هو على طبق القاعدة، لأن المفقود حال العقد هو الرضا الذي لا يعتبر تقارنه مع العقد.

(١) غرضه أنه لا يرد النقض ببيع المكره الذي لا يكون حين الإنشاء راضياً، مع أن الرضا دخيل في المعاهدة، فلا تكون أهلية المتعاقدين - في حال إنشاء كل منها - دخيلة في المعاهدة. فصحة بيع المكره دليل على عدم دخل الرضا حين الإنشاء في الصحة. وعلى هذا تنحصر القابلية في القسم الأول و هو أهلية التخاطب.

وجه عدم ورود النقض: أن إعتبار الرضا وطيب النفس حال الإنشاء مسلم، ولا ينافيه صحة عقد المكره الملحق بالرضا، و ذلك لخروجه بالإجماع عن القاعدة المقتضية للسفوية الإنشاء الفاقد للرضا، هذا. لكنه محل تأمل، فراجع التعليق.

(٢) يعني: و مقتضى تصريحهم بجواز حقوق الرضا ببيع المكره هو عدم إعتبار أصل رضا المتعاقدين حين العقد.

(٣) أي: حصول الرضا بعد العقد.

(٤) يعني: أن صحة عقد المكره - الفاقد للرضا حال الإنشاء - تقتضي بالأولوية

القطعية صحة العقد الذي تحقق الرضا فيه بعد الإيجاب و قبل القبول.

و وجه الأولوية: مقارنة القبول لشرط الصحة أي الرضا بالإيجاب. و عليه

فلا وجه لجعل الرضا من الشرط المقوم لمفهوم المعاهدة والمعاقدة.

اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَلْتَزِمَ^{١)} بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع (*).

١) هذا جواب النقص، يعني: لولا الإجماع كان إعتبار مقارنة الرضا للعقد مقتضياً لبطلان عقد المكره.

(* و تنقيح البحث في هذا الشرط منوط ببيان جهات. الأولى: في مورد هذا الشرط، و أنه هو العقد أو المتعاقدان. والثانية: في إنقسام عدم أهلية المتعاقدين إلى قسمين. والثالثة: فيما يقتضيه الأصل مع فرض فقدان الدليل. أما الجهة الأولى فنخبة الكلام فيها: أن الظاهر أن أول من تنبه لاعتبار هذا الشرط هو المصنف رحمته، و لم نظفر بمن تعرض له قبله، و لعل عدم التعرض له لأجل عدم كونه شرطاً زائداً على أصل العقد، حيث إنه مقوم له، بداهة تقوم التعاقد بقابلية المشتري حين إيجاب البائع للتخاطب، و إلا فلا يتحقق التعاهد بين الموجب و بين من يكون كالجدار أو الحمار، فهذا من الأمور المحققة للموضوع، و لذا عدّ من شرائط العقد، لتقوم مفهوم العقد العرفي بأهلية كل من المتبايعين للإنشاء، و لم يعدّ من شرائط المتعاقدين مع كون عدّه منها أشبه.

و أما الجهة الثانية فحاصلها: أن عدم أهلية المتعاقدين تارة يكون مانعاً عن تحقّق أصل التعاقد، كأن يكونا غافلين عرفاً غير قاصدين لمداول اللفظ. و أخرى يكون مانعاً عن الرضا بالعقد، فالكلام يقع في موضعين:

الأول: في عدم الأهلية المانع عن تحقّق التعاهد.

و الثاني: في المانع عن الرضا المعتبر في العقد.

أما الموضع الأول ففيه أقوال:

الأول: ما اختاره المصنف و المحقّق النائيني رحمته من إعتبار واجدية كل منهما لجميع القيود المعتبرة في تحقّق العقد في حال إنشاء الآخر، و جعل المحقّق النائيني هذا

الشرط كسابقه من القضايا التي قياساتها معها، حيث قال مقرر بحثه الشريف ما لفظه: «لا يخفى أن هذا الشرط أيضاً كالشرط السابق من القضايا التي قياساتها معها، بل منشأ إعتباره هو المنشأ لإعتبار الشرط السابق، لأنَّ العقد لا ينعقد إلا بفعل الإثنين، فلو فقد حين إنشاء أحدهما شرائط العقد فوجودها سابقاً أو لاحقاً لا أثر له، و مجرد تحقق الشرط حين إنشاء الآخر لا يفيد بعد كون إنشائه جزءاً من العقد، لا إيقاعاً مستقلاً، فلو كان المشتري حين إنشاء البائع نائماً لا يصحَّ العقد، وكذلك العكس. و التفصيل بينهما كما في حاشية السيد عليه السلام لا وجه له، وما يدَّعيه من الصحَّة بلا إشكال في العقود الجائزة، فإنَّها في العقود الإذنية لا الهديَّة»^أ.

الثاني: عدم إعتبارها فيهما كما في حاشية المحقق الأيرواني عليه السلام، حيث قال - بعد قول المصنف عليه السلام: فوجه الإعتبار عدم تحقق معنى المعاهدة - ما لفظه: «فيه منع، فإنَّه لا يعتبر في تحقق مفهوم المعاهدة إلا وجود الشرائط المعتبرة في كلِّ من المتعاقدين حال إنشاء نفسه»^ب.

و محصله: أنه إن كان إعتبار هذا الشرط لأجل توقف مفهوم المعاهدة فذلك غير ظاهر، ضرورة صدق المعاهدة على الإنشائين اللذين كان إنشاء كل من المتعاقدين في حال واجديته لشرائط إنشاء نفسه و إن لم يبقَ على تلك الشرائط حين إنشاء الآخر، فلو كان بقاؤه عليها شرطاً فلا بد أن يكون شرطاً تعديداً، لا مقوماً لمفهوم العقد كما هو المفروض في الموضوع الأول.

الثالث: إعتبار واجدية القابل للشرائط في حال الإيجاب، و عدم إعتبارها بالنسبة إلى الموجب، تُسب ذلك إلى السيد عليه السلام في بعض الفروض.

الرابع: عكس ذلك، بأن كان الموجب جامعاً للشرائط حين القبول، من دون إعتبار ذلك في القابل حين إنشاء الإيجاب.

أ : منية الطالب، ج ١، ص ١١٤

ب : حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩٢

أقول: تنقيح الكلام في الموضوع الأول يتوقف على صَرفِ عنان البحث الى مقامات ثلاثة:

الأول: في الإيجاب، و الثاني في القبول، و الثالث فيما بينهما.
 أمّا المقام الأول: فملخّص البحث فيه: أنّه قد استدل - كما في المتن - لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود - حين إنشاء الإيجاب - بأنّ المعاقدة لا تتحقّق بدونها. و أيّده المحقّق الاصفهاني رحمته بما حاصله: أنّ مناط المعاهدة مع الغير يقتضي كونهما معاً كذلك في حال الإيجاب و القبول، إذ معيّة المتعاقدين ليست معيّة جسم مع جسم، ولا معيّة حيوان مع حيوان، بل معيّة شاعر ملتفت إلى ما يلتزم للغير و يلتزم الغير له، و إلا فلا ينقذ القصدُ الجدّي في نفس العاقل إلى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار. و علمه بالتفاته فيما بعد لا يصحّح المعاهدة معه فعلاً، هذا.

و فيه: أنّ حقيقة العقد ليست من مقولة الفعل، و لا من مقولة اللفظ، و لا من الإعتبارات النفسانية المحضة، بل هي ارتباط أحد الإلتزامين بالآخر، و الرابطة بينهما - كما تقدم سابقاً - هو وحدة الملتزم به. و الإلتزام قائم بالنفس، و لا يسقط عن صلاحية إرتباطه باللتزام آخر بعروض عارض من نوم أو إغماء أو جنون، فإنّ الإلتزامات النفسانية لا تسقط عن الإعتبار بشيء من ذلك.

و توضيح المقام منوط بتقديم مقدّمتين.

إحدهما: عدم إعتبار التخاطب في شيء من العقود - غير النكاح و المعاملات الدمية - حتى يلتزم باعتبار الأهلية في المتعاقدين في زمان الإنشائين و ما بينهما، فإنّ البيع مثلاً - كما تقدّم في صدر الكتاب - هو التبدل بين المالين، أو المبادلة بينهما، من دون نظر إلى حيثية التخاطب، فهذه الحيثية أجنبية عن حقيقة البيع، فإذا قال الدلال مثلاً: «بعث هذا الكتاب بدينار» و إستيقظ نائمٌ و إلتفت إلى هذا الإيجاب و قال: «قبلت»

فلا ينبغي الإرتياب في صدق البيع عرفاً عليه مع عدم الأهلية المصححة للتخاطب.
 ثانيتهما: كون القبول تنفيذاً للإيجاب وإمضاءً له كالأجازة في عقد الفضولي،
 فكما لا يعتبر في المجيز أهليته للأجازة حين عقد الفضولي، فكذلك في القابل،
 فالإيجاب هنا بمنزلة عقد الفضولي، والقبول بمنزلة الإجازة.
 وبعد لحاظ هاتين المقدمتين يتضح عدم اعتبار أهلية القابل حين إنشاء
 الإيجاب.

وقد ظهر مما ذكرنا ضعف ما في كلام المحقق المزبور من قوله: «إذ معية
 المتعاقدين إنما هي معية شاعرٍ ملتفتٍ إلى ما يلتزم للغير و يلتزم الغير له، وإلا فلا ينقدح
 القصد الجددي في نفس العاقل... الخ».

وجه الضعف: أن البيع ونحوه ليس إلا تبديلاً إنشائياً بين شيئين، وليس البيع من
 المعاهدة المعتبر فيها وجود الشرائط للمتعاهدين حين التعاهد. والقبول ليس إلا إمضاءً
 للإيجاب.

وعلى تقدير كون البيع من المعاهدات يمكن أيضاً منهُ اعتبار الشرائط لكل
 منهما حال تحقق المعاهدة، لصدق المعاهدة العرفية على العهد الذي صدرَ من أحدهما
 حالَ نوم الآخر، وبعد إستيقاضه قَبْلَ ذلك العهد، فإنه عقد عرفي بلا إشكال، وهو
 موضوع للاعتبار العقلاني والشرعي، هذا.

ولا إشكال في إنقذاح القصد الجددي في نفس الموجب مع علمه بلحوق القبول
 بعد دقيقة من شخص نائم بعد إستيقاضه، فلا يتوقف إنقذاح القصد الجددي على التفات
 شخص خاص إلى إيجابه و واجديته لشرائط الإنشاء حين الإيجاب.

بل يمكن أن يقال: بعدم اعتبار القصد الجددي في الإنشاء، وكفاية الإنشاء
 الإيجابي برجاء لحوق القبول من شخصٍ ما، كما تقدم في بحث التنجيز.

وأما ما قيل في وجه اعتبار واجدية القابل للشرائط حال الإيجاب من: «أنه

لا ريب في أنه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الأثر على الالتزام النفساني أن يُظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فإذا كان الطرفُ غير قابل للتخاطب فالإظهار له كلا إظهار، فلأجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الإيجاب، فتدبر، فإنه دقيق».

فيتوجه عليه: أن المراد بالإظهار إن كان إنشاء الإيجاب بشرط قابلية القابل للتخاطب حينه، ففيه ما عرفت من منع إعتبار أهلية المتعاقدين للتخاطب، لخروج التخاطب عن ماهية العقد.

وإن كان مجرد الإظهار لمن هو طرفه في المعاملة، فيكفي في صحة القبول إطلاع القابل على إنشاء الموجب بأي نحو كان ولو بعد إفاقة من إغمائه أو جنونه.

وبالجملة: فلا تكون أهلية القابل حين إنشاء الإيجاب ممّا هو مقوم لمفهوم العقد العرفي كما هو مدعى الخصم، هذا.

و أما المقام الثاني: - وهو إعتبار أهلية الموجب حين إنشاء القبول - فقد استدلّ عليه بوجوه:

أحدها: ما تقدم أنفاً من قولنا: «وأمّا ما قيل في وجه إعتبار واجدية القابل للشرائط ... الخ» وفيه: ما مرّ، فلاحظ.

ثانيها: أن القبول لما كان متممًا للعقد ومُخرِجاً لكل من المالين عن ملك ماله فلا بدّ أن يكون الموجب أيضاً في هذا الحال أهلاً للتملُّك حتى يترتب الأثر على إلتزامه النفساني، هذا.

وفيه: أن التملك الإنشائي الذي هو حقيقة البيع قد أنشأه البائع، وبالقبول يتمّ موضوع الأمر الإعتباري وهو الملكية، فلو كان الموجب حيناً ملكه، وإلا يملكه وارثه إن أمضى هذا العقد، حيث إنّ المال إنتقل قَبْل القبول إلى الوارث الذي هو يقوم مقام الموجب المالك.

فالمتحصل: أن العقد العرفي لا يتقوم ببقاء الموجب على شرائط الانشاء إلى

زمان القبول، هذا.

ثالثها: عدم تحقق المعاهدة من جهة إنتفاء الإلتزام النفساني بالإغماء و الجنون مثلاً، فلا يبقى إلتزام من الموجب حتى يرتبط بالإلتزام القابل، هذا.

وفيه: عدم زوال الإلتزامات النفسانية بالموت فضلاً عن النوم و الإغماء. ولو كان الموت مزيلاً للإلتزام النفساني لم يكن فرق بين وقوع الموت قبل لحوق الإلتزام القبولي و بعده، لأنّ ضمّ إلتزام آخر إلى الإلتزام الإيجابي مثلاً لا يوجب بقاءه إن كان الموت مزيلاً له.

و بالجملة: لا يتقوم العقد العرفي بواجديّة الموجب لشرائط الإنشاء حال القبول، هذا.

و أمّا المقام الثالث فقد ظهر حاله ممّا مرّ في المقامين المتقدمين، فلا يعتبر أهلية المتعاقدين للإنشاء في الزمان المتخلّل بين إنشائهما.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه في الموضوع الأوّل - و هو عدم الأهلية الموجب لعدم تحقق المعاهدة العرفية - أن إعتبار واجدية كلّ من المتعاقدين لشرائط الإنشاء مختصّ بحال إنشاء نفسه. و لا دليل على إعتبارها في كلّ منهما في زمان الإنشائين و بينهما، و الله العالم.

و أمّا الموضوع الثاني - و هو إعتبار الشرائط المعتبرة في صحة العقد ونفوذه بعد واجديتهما لما هو دخیل في تحقق العقد العرفي - فاختلفوا فيه أيضاً على أقوال.

و ملخّص الوجه في إعتبار الشرائط الزائدة على الأمور المقوّمة للعقد العرفي: أنّه قد إستدل المصنّف رحمته على إعتبارها في المتعاقدين حال كلّ واحد من الإنشائين على ما إستفاد من عبارته بوجهين:

الأوّل: عدم تحقق معنى المعاهدة بدون رضا المتعاقدين أو أحدهما، كما هو صريح عبارته، حيث قال: «وإن كان لعدم الإعتبار برضاها فلخروجه أيضاً عن مفهوم

التعاهد والتعاقد، لأنَّ المعبر فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما يُنشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر... الخ» فإنه صريح في كون الرُّضا دخيلاً في مفهوم العقد، لا أنه شرط تعبدية في العقد العرفي، هذا.

و لكن فيه ما لا يخفى، فإنه مصادرة واضحة، لأنَّ دخل الرضا في مفهوم العقد العرفي أول الكلام، بل المعلوم خلافه، وإلا لكان عقد المكره والصبي المميز والزَّاهن بدون إذن المرتهن والمفلس وغيرهم من المحجورين عن التصرف غير قابل للإجازة، لعدم كونه عقداً عرفياً على الفرض، مع القطع بأنها عقود عرْفية قابلة للتأثير بالإجازة. ودعوى: كون جميعها خارجةً بالاجماع كما ترى، لأنَّ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل يخرج العقد العرفي الباطل شرعاً - بلسان العموم - عن القواعد المقتضية للبطلان، فيكون الاجماع مخصّصاً لعموم ما دلَّ على بطلان العقد بعدم الرُّضا حقيقةً كعقد المكره، أو تنزيلاً كعقد المحجور بفلس أو سفهٍ أو غيرهما، فإنَّ رضاهما كالعدم شرعاً.

وما أفاده المحقق الإيرواني في توجيه كلام المصنف رحمته بقوله: «العلل المراد أن رضاهما بعد أن كان في نظر الشارع كلا رضا، والمفروض أن رضاهما مما يعتبر في تحقق مفهوم التعاهد لاجرم كان تعاذهما في نظره بمنزلة العدم، فلا يكون عقدهما عقداً معتبراً شرعاً وإن كان عقداً عرفياً ذا أثر عرفي»^أ.

لا يخلو من غموض، لأنَّ تنزيل رضا المحجور عليه شرعاً بمنزلة العدم في ترتب الأثر الشرعي لا يُخرج العقد عن مفهومه العرفي الذي لا يعتبر فيه الرُّضا، ولذا كان عقد المكره عقداً حقيقةً مع عدم الرُّضا به حين إنشائه.

و الحاصل: أنَّ العقد الفاقد للرُّضا حقيقةً أو تنزيلاً عقداً عرفي غير مؤثر شرعاً، فليس الرُّضا مقوماً لمفهوم العقد العرفي كما هو واضح.

الثاني: برهان إثبي، و هو: أن لغوية الإيجاب بفسخ الموجب له قبل تمامية القبول تكشف إننا عن شرطية رضا الموجب إلى زمان القبول المتّم للعقد الذي هو الموضوع للأمر الاعتباري، إذ لو لم يكن الرضا شرطاً كذلك لم يؤثر الفسخ، حيث إن ما يهدمه الفسخ عين ما يُعَمِّره الرضا، هذا.

وفيه: ما لا يخفى، ضرورة أن لغوية الإيجاب إنما هي بسبب الفسخ، لأن الإلتزام ينحل حقيقةً به، فلا يبقى بعد الفسخ إيجاب حتى ينضم إليه القبول ويرتبط به حتى يحصل منهما عقد. فلغوية الإيجاب بفسخ الموجب أجنبية عن المقام، فلا تكشف عن إعتبار رضا الموجب حال إنشاء القابل، وعن تحقق معنى التعاقد.

و هذا بخلاف الموت و النوم و الإغماء، فإنها لا توجب إنحلال الإلتزام، ولذا لا تبطل العهود و الإلتزامات بالموت إلّا ما ليس إلتزاماً حقيقةً كالعقود الجائزة، فلو أوجب البائع مات - فضلاً عن الجنون و النوم - وقيل المشتري تم موضوع الإعتبار، غاية الأمر أن وارث الموجب يقوم مقامه، لانتقال المال إليه قبل قبول المشتري.

و بالجملة: فالشرط في لحوق القبول بالإيجاب حتى يتحقق العقد هو بقاء الإلتزام الإيجابي و عدم إنحلاله بالفسخ، لا بقاء الموجب على شرائط الإنشاء إلى تمامية القبول.

و كذا لا يشترط أهلية القابل لشرائط الإنشاء حين الإنشاء الإيجابي، فلو كان محجوراً لصغر أو فليس أو سفه أو نحوها و زال الحجر بعد إنشاء الإيجاب وقيل الإيجاب كان ذلك عقداً عرفياً. فعدم الأهلية المانع عن إعتبار الرضا شرعاً بالإيجاب حين إنشائه لا يمنع عن تحقق العقد العرفي كما أفاده المصنف رحمته. فلا ينبغي جعل الحجر شرعاً مانعاً عن تحقق المعاهدة العرفية، بل هو مانع عن تأثير العقد شرعاً.

نعم إذا كان الحجر للجنون أو عدم التمييز فمنع تحقق المعاهدة عرفاً في محلّه. وأما إذا كان لتعلق حق الغير بحق المرتهن و الغرماء فمنع المعاهدة العرفية غير ظاهر جداً.

فالمحصل: أنه لا يعتبر بقاء أهلية الإنشاء من ناحية الشروط الشرعية في المتعاقدين في زمان الإنشاءين ولا بينهما، بل العبرة بوجود تلك الشرائط في كل من المتعاقدين حال إنشاء نفسه، هذا.

و أما الجهة الثالثة فملخص الكلام فيها: أن وجه اعتبار الشرائط في تمام آتات الإنشائين في كل من المتعاقدين إن كان لعدم صدق العقد العرفي فقد عرفت ما فيه. وإن كان لدليل خاص شرعي ففيه: أنه لم يقم دليل تام على اعتبار أهلية كل من المتعاقدين في جميع آتات الإنشائين و بينهما، فإذا شك في اعتبارها شرعاً فالمرجع إطلاق أدلة نفوذ العقود.

و دعوى: إنصرافها إلى العقود المتعارفة، و خروج المقام عن العقود المتعارفة، قد عرفت سابقاً ما فيها. نعم بناءً على تسليمها يرجع إلى أصالة الفساد.

فتلخص من جميع ذلك: أن واجدية المتعاقدين للشروط العرفية المقومة لمفهوم العقد العرفي كالحياة والعقل والإلتفات معتبرة في حال إنشاء كل منهما لنفسه، وليست معتبرة في جميع آتات الإنشائين و بينهما.

و أما الشروط الشرعية المعتبرة في صحة العقد و نفوذه فهي معتبرة فيهما في الجملة ولو بعد العقد، ولذا يصح بيع المكره بعد حصول رضاه و طيب نفسه، و بيع المحجور عن التصرف لفلس أو رهن أو غيرهما، إذ لا شبهة في صحته بعد إرتفاع الحجر، فإن سلطنة المالك معتبرة في البيع ولو بعد العقد.

و بالجملة: فالشروط العرفية معتبرة في خصوص حال الإنشاء. و أما الشروط الشرعية فهي معتبرة في المتعاقدين في الجملة ولو بعد العقد، لأنها معتبرة في موضوع إعتبار الشارع، فهي جزء الموضوع، و بتحققها يتم الموضوع. و إعتباراً مقارنتها لنفس العقد محتاج إلى الدليل.

ففرق واضح بين الشروط التعريفية المقومة للعقد، و بين الشروط الشرعية المقومة لصحته و ترتب الأثر عليه، فلاحظ و تدبر.

فرع^(١): لو اختلف المتعاقدان إجتهداً أو تقليداً في شروط الصيغة، فهل

إختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

(١) الغرض من عقد هذا الفرع هو بيان حكم العقد الذي اختلف المتعاقدان في شرائطه صحّةً و فساداً.

و توضيحه: أنه لا كلام في صحة العقد الذي روعيت فيه الشروط المعتبرة فيه بنظر المتعاقدين، فإذا إجتهدا في شرطية تقدم الإيجاب و الفارسية و الماضية و قالوا بعدمها، فعقدا بالفارسي المضارع المقدم قبوله على إيجابه صحّ. و كذا الحال إذا قلدا مجتهداً نافياً لا اعتبار ما ذكر، أو قلد كلُّ منها مجتهداً فاتّفقا في الفتوى.

و أما إذا إجتهدا و اختلفا في الرأي، أو قلد أحدهما من يقول بعدم جواز تقديم القبول و بجواز العقد بالفارسي، و قلد الآخر من يقول بالعكس، بأن جوّز تقديم القبول و إشرط العربية، فيتجه هذا البحث، و هو: أنه هل يجوز لكل واحد من المتعاقدين العمل برأيه أو برأي مقلّده، مع فرض بطلانه بنظر الآخر؟ أم تتوقف صحة العقد على رعاية كافة الشرائط حتى يعتقد كلاهما بصحّته، أفاد المصنف رحمته أن في المسألة وجوهاً ثلاثة:

الأول: صحّة العقد في حقّها مطلقاً، سواء لزم من عمل كلُّ منها على مقتضى مذهبه كون العقد المركّب منها ممّا لا قائل بسببته للنقل، أم لا.

الثاني: عدم صحة العقد في حقّها مطلقاً.

يجوز أن يكتفي كلُّ منهما بما يقتضيه مذهبه^(١) أم لا؟ وجوه، ثالثها: إشتراط عدم كون العقد المركَّب منها ممَّا لا قائل بكونه سبباً في النقل، كما لو فرضنا أنه

الثالث: التفصيل بين أن يكون العقد المركَّب منها ممَّا لا قائل بسببته للنقل فيبطل، وأن لا يكون ممَّن لا قائل بسببته فيصح.

مثاله: ما لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الإيجاب، مع قوله بعدم جواز العقد بالفارسي، و قال البائع بجواز العقد بالفارسي، فقدَّم المشتري القبول باللفظ العربي عملاً بمذهبه، وأوجَّب البائع بالفارسي عملاً بمذهبه، فصلَّ من ذلك عقد فارسي مقدَّم القبول. ومن المعلوم أنَّ القائل بالعربية يعتبرها في جميع العقد المركب من الإيجاب و القبول، فمع كون الإيجاب فارسياً لا يكون العقد عربياً، بل يصدق عليه العقد بالفارسي في الجملة. فالقائل باعتبار العربية يحكم بفساد العقد المزبور من جهة عدم العربية، و القائل بوجوب تأخير القبول عن الإيجاب يحكم بفساده من جهة تقدُّم القبول، فلا يوجد قائل بسببته هذا العقد للنقل.

و مثال ما إذا وجد قائل بسببته هو: أن يكون القائل باعتبار العربية موجباً، فأوجَّب بالعربية، وقَبِلَ الآخَرُ بالفارسية، فإنَّه يوجد قائل بسببته هذا العقد، لأنَّ من لا يعتبر العربية يقول بسببته، مع فرض تقدُّم إيجابه على قبوله.

(١) بمعنى الإكتفاء بما يقتضيه مذهبه بالنسبة إلى خصوص ما يصدر منه، و أمَّا بالنسبة إلى الصادر من الآخر فيعمل بما يقتضيه مذهبه، لا مذهب نفسه، فإذا اختلفا في إعتبار العربية، و كان القائل باعتبارها موجباً كفى صدور الإيجاب منه بالعربية، وإن كان القبول بالفارسية. فلا يلزم أن يقع القبول بالعربي أيضاً، بل يكتفي في القبول بمذهب القابل، فيكون كلُّ من الإيجاب و القبول صحيحاً بمذهب مُنْسِئِهِ فقط، فاجتهاد كلُّ واحدٍ منها أو تقليده حجةٌ على الآخر، و إلا فحجة إجتهاذ كلِّ منهما في تمام العقد تقتضي فساد.

لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب، و جواز^(١) العقد بالفارسي.
أردوها أخيراً^(٢).

و الأولان^(٣) مبنيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة^(٤)
الواقعية الإضطرارية^(٥).

(١) الواو للمعية، و مقصوده التمثيل للوجه الثالث، و قد عرفته آنفاً.

(٢) لأردنية وجهه و هو العلم الإجمالي ببطلان هذا العقد القائل بفساده كل واحد من المتعاقدين، و من المعلوم عدم جواز ترتيب آثار الصحة على عقد لم يقل أحد بصحته.

وجه الأردنية: أن المرجع في العقد مجتهدان، أحدهما يُفتي بجواز العقد الفارسي، و الآخر بجواز تقديم القبول على الإيجاب، فموضوع فتوى أحدهما مغاير لموضوع فتوى الآخر. نظير ما قيل في العبادات من صحة صلاة واجدة لتسيحة واحدة و فاقدة للسورة، إستناداً إلى فتوى من يكتفي بتسيحة واحدة و من يُفتي بعدم جزئية السورة، فإن هذه الصلاة باطلة برأي كل منهما. لكن كل واحد منها مرجع في جزء من الصلاة، لا في مجموعها حتى يقال: إن كل واحد منها قائل بطلانها.

(٣) و هما الصحة مطلقاً و الفساد كذلك.

(٤) خبر قوله: «أن الأحكام» أي: هل تكون بمنزلة ... الخ.

(٥) المراد بها هي السببية، يعني: أن معنى الصحة و الفساد هو الخلاف في كون الأمارات حجة على الموضوعية أو على الطريقية. و على الأول يكون قيام الأمانة على شيء موجباً لحدوث مصلحة في المؤدى موجبة لتشريع الحكم على طبقها و إن كان مخالفاً للحكم الواقعي الأولي، فتكون الأمانة من العناوين الثانوية المغيرة لأحكام العناوين الأولية.

و على الثاني - و هو الطريقية - تكون مؤدياتها أحكاماً عُدرية.

فعلى الموضوعية يصح العقد، و على الطريقية لا يصح.

فالإيجاب^(١) بالفارسية من المجتهد القائل بصحته - عند من يراه باطلاً - بمنزلة^(٢) إشارة الأخرس، وإيجاب العاجز عن العربية، وكصلاة^(٣) المتيمم بالنسبة إلى واجد الماء؟ أم^(٤) هي أحكامٌ عذرية^(٥) لا يُعذر فيها إلا من اجتهد أو قلّد فيها^(٦). والمسألة محرّرة في الأصول.
هذا^(٧) كلّه إذا كان بطلان العقد

(١) هذا متفرّع على سببية الأمارات، لأنّ صحة الإيجاب الفارسي عند القائل بصحته حكم واقعي ثانوي، فيكون صحيحاً عند القائل باعتبار العربية، لكون الإيجاب الفارسي عند من يعتبر العربية بمنزلة إشارة الأخرس، إذ لا شبهة في كون إشارة الأخرس إيجاباً أو قبولاً صحيحاً عند من يرى إعتبار العربية مثلاً كصحة إيتام المتوضّء بالمتيمم.

(٢) خبر قوله: «فالإيجاب».

(٣) فإنّ صحة صلاة التيمم حكم واقعي ثانوي، و صحة صلاة المتوضّء حكم واقعي أولي.

(٤) معطوف على «الأحكام المجتهد فيها».

(٥) هذا هو الطريقة، فمؤدّيات الأمارات حينئذٍ أحكام عذرية مختصة بمن اجتهد أو قلّد فيها، إذ يمكن أن يكون الحكم العذري موضوعاً للأثر بالنسبة إلى الغير، مثل ما دلّ على «أنّ لكلّ قوم نكاحاً» حيث إنّ نكاح كل قوم حكم عذري، لا يجوز للغير تزويجها لنفسه أو لغيره.

(٦) يعني: فيختصّ الإجزاء بذلك المجتهد ومقلّده، دون غيره، فلا ينفذ بالإضافة إلى شخص آخر.

(٧) أي: إبتناء المسألة على السببية والطريقة. و غرضه الإشارة إلى تفصيل بين الشروط. و محصله: أنّ إبتناء المسألة على كون الأحكام الظاهرية أحكاماً إضطرارية أو عذرية إنّما يكون في غير الشروط الثلاثة من الصراحة و العربية

عند كل^١ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر كالصراحة والعربية والماضوية والترتيب^٢.

و أما الموالاة والتنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن إختلافها يوجب فساد المجموع^٣، لأنّ بالإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الإنشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً، فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً أو لم يبقّ على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد^٤ مشروعية ذلك^٥ لم يحجز من القائل بطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب

والماضوية و نحوها ممّا يستند بطلان العقد فيه إلى فعل أحد المتعاقدين. و أما الشروط التي توجب فساد العقد عند كليهما كالموالاة و غيرها فلا يبتني بطلان العقد بها على المبنى المزبور من طريقية الأمارات و سببيتها، بل يبطل مطلقاً.

(١) الظاهر أنّ الصحيح أن تكون العبارة هكذا: «عند أحد المتخالفين» بدل «كلّ من المتخالفين».

(٢) ليس الترتيب و ما تقدّمه من الشروط الثلاثة مما يوجب فساد العقد عند كلّ من المتعاقدين، إذ القائل بعدم إعتبارها لا يذهب إلى إعتبار عدمها.

(٣) أي: فساد مجموع جزئي العقد، و هذا قرينة على لزوم بدليّة «أحد» عن لفظ «كل» في العبارة المتقدمة، لأنّ فساد المجموع عبارة أخرى عن فساده عندهما معاً، و هذا الفساد عند كلّ منهما ناشٍ عن فعل الآخر.

(٤) متعلق بقوله: «علّق، لم يبقّ».

(٥) أي: الإيجاب التعليقي، أو الإيجاب الذي لم يبقّ موجباً على صفة صحّة الإنشاء إلى زمان القبول، فإنّ الموجب إذا أنشأ الإيجاب المعلق أو المنجز لكن لم يبقّ على صفة الإنشاء إلى آخر زمان القبول - مع إعتقاد الموجب مشروعية الإيجاب وصحّته في هاتين الصورتين - لم يحجز وضعاً للقابل الذي يرى بطلان هذا الإيجاب أن يُنشئ القبول، لاعتقاده لغويّة الإيجاب و كونه كالعدم، و مع هذا الاعتقاد يصير

بالقبول. وكذا^(١) القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالة بزعم صحة ذلك، فإنه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد إعتبار الموالة، فتأمل^(٢).

القبول أيضاً لغواً، فلا يتم العقد الذي هو موضوع الأثر.

(١) المفروض في مثال الموالة إعتقاد الموجب باعتبارها، وإعتقاد القابل بعدمها، فإنه إذا تخلل الفصل بين الإيجاب والقبول لم يجز للموجب ترتيب الأثر على هذا العقد، لعدم تحقق عنوان المعاهدة بنظره.

(٢) لعلّه إشارة إلى المناقشات التي ذكرناها في التعليقة في قسم الشروط

فراجعها(※).

(*) تنقيح البحث في هذا الفرع منوط ببيان الوجوه والإحتمالات المتصورة في إختلافهما في الشروط، فنقول وبه نستعين: إن الشرط المختلف فيه تارة يكون عرفياً بمعنى إختلافهما في كونه دخيلاً في مفهوم العقد عرفاً كالقصد إلى مدلول العقد، والموالة والتنجز بناءً على كونهما من الشرائط المقومة لمفهوم العقد العرفي، بأن يكون القائل باعتبارهما مدعياً لتقوم العقد العرفي بهما، والقائل بعدم إعتبارهما منكرراً لذلك. وأخرى يكون شرعياً.

و على الأول قد يكون دليل الشرط المختلف فيه كُتِباً، وقد يكون لفظياً. وثالثة قد يكون العقد الفاسد للشرط المختلف فيه فاسداً عند الكل، كما إذا فرضنا عدم القائل بسببية العقد المركب من الإيجاب العربي المتأخر، والقبول الفارسي المتقدم. وقد يكون صحيحاً بنظر أحدهما دون الآخر كالعقد الملتئم من الإيجاب العربي المتقدم، والقبول الفارسي المتأخر، فإنه صحيح عند القائل منهما بعدم إعتبار العربية.

ورابعة قد يكون بطلان رأي الطرف معلوماً للطرف الآخر، وقد يكون مظنوناً له بالظن الإجتهادي. فإن كان بطلان العربية مثلاً معلوماً للطرف الآخر صحَّ العقد،

وإن كان مظلوناً بطل.

و خامسةٌ قد يكون المستند في نفي شرطية ما رآه أحد المتعاقدين شرطاً أمانةً، وقد يكون المستند فيه أصلاً.

و سادسةٌ: أن إختلاف المتعاقدين قد يكون موجباً لفساد الجزئين كالتعليق، فإن قبول الإيجاب المعلق قبولٌ تعليقي، و كالترتيب القائم بكلا الجزئين. فصور المسألة كثيرة.

الأولى: ما إذا كان الإختلاف في الشرط العرفي كالتنجيز و الموالاة. و حكمها الرجوع إلى العرف في أنه هل يصدق عليه مفهوم العقد عرفاً أم لا. فعلى تقدير الصدق يكون صحيحاً، لأنه عقد عرفي يشمل مثل ﴿ أو فوا بالعقود ﴾ و على فرض عدم الصدق أو الشك فيه لا وجه للصحة، لعدم شمول دليل الصحة له، إما للقطع بعدم موضوعه، أو الشك فيه، و مقتضى أصالة الفساد عدم الصحة.

الثانية: ما إذا كان دليل الشرط بُنيّاً كالأجماع، فإن المتيقن من الاجماع هو غير صورة الاختلاف الناشئ عن الاجتهاد كاعتبار العربية، فإن الوجه فيه - كما قيل - هو الاجماع، فيقتصر على المتيقن المزبور، و يرجع في صورة الإختلاف إلى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد، فيحكم بصحته.

و مثل الدليل اللبّي الدليل اللفظي المجمل، فإن المتيقن منه هو غير صورة إختلاف المتعاقدين إجتهاداً أو تقليداً. نعم إذا كان للدليل إطلاق فينتهي على إعتباره حتى في صورة الاختلاف.

الثالثة: ما إذا كان العقد فاسداً عند الكل، كالعقد المركّب من الايجاب العربي المتأخّر و القبول الفارسي المتقدم، و فرضنا عدم قائل بصحته، لأن كلاً من القائلين باعتبار العربية و عدمه يقول بفساد هذا العقد. أما القائل باعتبار العربية فلفقدان العربية. و أما القائل بعدم إعتبارها فلفقدان الترتيب، هذا.

و نظير ذلك ما ذكره جمعٌ من محشّي العروة من أنّه إذا كان هناك مجتهدان متساويان، وكان أحدهما يرى عدم وجوب السورة، ولا يرى الإجتزاء بمرّة واحدة في التسيحات الأربع. والآخر يرى الاكتفاء بها، ولكنّه يرى وجوب السورة، فقلّد العامي كلّاً منهما في فوائه فصلّى بغير السورة مقتصراً على المرّة الواحدة في التسيحات الأربع، فإنّ هذه الصلاة - بعد فرض إنحصار المجتهد في الدنيا بهما - باطلة عند الكل.

و لكن فيه: أن مثل هذا الاجماع لا يصلح للإستناد إليه لعدم توارد أقوال المجمعين على عنوان واحد، بل كلّ أفتى بعنوانٍ غير العنوان الذي أفتى به صاحبه، ويخطئ كلّ من المفتيين صاحبه في الفتوى، فمورد الإجماع عنوان إنتزاعي، لأنّه ينتزع عن كل واحدة من الفتويين المتعلّقتين بعنوانين مختلفين كالعربية و الترتيب، فالمرجع هو عموم دليل الصحة بعد وضوح إستناد كل من المتعاقدين إلى حجة.

و المصنف رحمته جعل الفساد في هذا العقد - الذي لا قائل بصحّته - أردء الوجوه، ولعلّه لما عرفته أنفأ.

وكذا الحال في نظيره المتقدّم عن جمع، وأنّ الصحيح ما ذهب إليه السيّد رحمته في العروة، من أن المقلّد يجتزىء بالصلاة المذكورة، لإستناذه - في كلا عمليه - إلى حجة شرعية، وهي فتوى من يُقلّده.

والمقام أيضاً كذلك، لأنّ كلّاً من المتعاقدين مستندٌ إلى حجة شرعية سواء أكان هناك قائل بصحة العقد المركّب أم لا.

و أمّا إذا كان العقد صحيحاً بنظر أحدهما دون الآخر كالعقد الملتئم من الإيجاب العربي المتقدم و القبول الفارسي المتأخر - حيث إنّهُ صحيح عند القابل المنكر لإعتبار العربية، و فاسد عند الموجب القائل باعتبارها - فابتنى المصنف رحمته صحة العقد و فساده على كون الأحكام الظاهرية أعداراً صرفة أو أحكاماً واقعية ثانوية إضطرابية، كإشارة

الأخرس، والعاجز عن العربية، وتيمم المعذور عن الطهارة المائية.

فعلى الأول يختص الحكم الظاهري بمن قامت عنده الأمانة دون غيره، فيبطل العمل بالنسبة إلى غيره الذي لا يقول بالصحة. فمن لا يعتبر العربية - ولذا يُنشىء الإيجاب بالفارسية - لا يترتب عليه أثر عند القابل الذي يعتبر العربية، ولا يجوز له أن يجتزى بالإيجاب الفارسي، فيكون العقد فاسداً.

و على الثاني لا يختص به، بل يكون نافذاً في حق غير من قامت عنده الأمانة أيضاً، فإجتهااد كل مجتهد نافذاً بالنسبة إلى مجتهد آخر أيضاً. وعليه فيصح العقد المؤلف من الإيجاب الفارسي والقبول العربي، لنفوذ الاجتهاد المؤدّي إلى عدم اعتبار العربية بالنسبة إلى من لم يؤدّ اجتهاده إلى اعتبارها.

و بالجملة: فبناءً على الموضوعية في الإمارات يصح العقد المزبور، و بناءً على الطريقة لا يصح، هذا.

ولكن نيه: أن مجرد البناء على السببية والطريقة لا يوجب صحة العقد في الأول و فساده في الثاني، بل لا بدّ من ملاحظة دليل الاعتبار. فإن كان مقتضاه عموم تنزيل مؤذيات الإمارات منزلة الأحكام الواقعية لغير من قامت عنده الأمانة، أو عموم العذر كذلك إقتضى ذلك صحة العقد. وإن لم يكن لدليل الأمانة عموم أو إطلاق إختصص الحكم أو العذر بمن قامت عنده الأمانة، فلا يصحّ العقد المزبور مطلقاً وإن قلنا بسببية الإمارات لا طريقتها.

والحاصل: أن مجرد السببية لا يستلزم صحة العقد - الملتئم من الإيجاب الفارسي والقبول العربي - عند القابل القائل باعتبار العربية في العقد. وكذا لا يستلزم مجرد الطريقة فساد العقد المذكور.

فالحقُّ أن يقال: إن دليل اعتبار الأمانة إن أحرزَ عمومه لغير من قامت لديه فلا إشكال في الإجزاء كإمامة المتيمّم للمتوضّئ مثلاً؛ وإن أحرز عدم عمومه له

فلا ينبغي الإشكال في عدم الإجتزاء. وإن كان مجملاً فمقتضى الأصل عدم الاكتفاء، إذ المتيقن إختصاص مؤدَى الأمانة على كَلِّ من السببية والطريقة بمن قامت عنده.

و عليه فمقتضى أصالة الفساد فساد العقد المزبور، إلا إذا قام دليل خاص على جواز إجتزاء غير من قامت عنده الأمانة به، كصحة إيتمام المتطهر المائي بالمطهر الترابي، للنصوص الدالة على ذلك، كموثق ابن بكير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أجنب ثم تيمم فأمتأ ونحن طهور؟ فقال: لا بأس به» أ و قريب منه غيره.

و كحرمة تزويج المعقودة بالفارسي على من يرى فساد العقد بالفارسي، لما دلَّ على «أن لكل قوم نكاحاً» حيث إنه يشمل نكاح المؤمن المعتقد لصحة العقد الفارسي بالأولوية، بعد أن شمل نكاح أهل الأديان الفاسدة.

مضافاً إلى: صدق ذات البعل عرفاً عليها. و البعد عن مذاق الشارع من أن يُجوز تزويج زوجة الغير بمجرد إجتزائه، هذا.

الرابعة: التفصيل بين القطع بالخلاف و الظن المعتبر، كما إذا قطع مجتهد بفساد العقد الفارسي، فلا يصح العقد المؤلف من الايجاب العربي و القبول الفارسي، و يصح إن كان ظاناً بفساده.

و قد ذكره السيد عليه السلام في حاشيته على المتن في مسألة تبدل الرأي، حيث قال في صورة العلم بمخالفة الأحكام الاجتهادية للواقع ما لفظه: «لا يجوز ترتيب الأثر، بل يجب النقض لو رتب، سواء أكان ذلك بالنسبة إلى نفسه، كما إذا تبدل رأيه بالإنكشاف العلمي، أو بالنسبة إلى غيره ممن علم خطائه في إصابة الواقع، و هو الذي عنوانه في الأصول هو: أنه هل هي أحكام شرعية أو عذرية ... الخ»^٣.

و محصل ما أفاده عليه السلام بطوله هو التفصيل بين العلم بالخلاف و الظن به، بالإجزاء

أ : وسائل الشيعة، ج ٥، ص ٤٠١، الباب ١٧ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث: ٢

ب : حاشية المكاسب، ص ٩٣

والصحة في الثاني، والعدم في الأول. ففي المقام إن كان أحد المتعاقدين عالماً باعتبار العربية كان العقد فاسداً، لأن القبول الفارسي مقطوع الفساد عنده، فلا ينضم إلى الإيجاب العربي. وإن كان ظاناً باعتبارها الموجب للظن بفساد العقد المزبور كان العقد صحيحاً، لأن دليل إعتبار الظن متساوي النسبة إلى الظنين.

و الظاهر أن مقصوده تَبَيُّرٌ عدم كون الاجتهاد الثاني هادماً للاجتهاد الأول بحيث يجب تدارك الأعمال السابقة المأتي بها على طبقه، لأن كلاً من الاجتهادين ظني، ودليل إعتبار الظن متساوي النسبة إليهما، فالظن الثاني لا يهدم الأول رأساً، بل يهدمه بالنسبة إلى الأعمال اللاحقة.

وقوله تَبَيُّرٌ: «وكذا لو كان رأيه عدم وجوب السورة... إلى قوله: لأنه كان مطابقاً للظن الذي هو حجة في ذلك الزمان كهذا الظن الألاحق» كالصريح في صحة العمل السابق، لكونه مطابقاً للظن الذي كان حجة في ذلك الزمان. فعلى تقدير مخالفة العمل السابق للواقع لا تجب إعادته لموافقته للطريق المعتبرة في ظرف الإتيان به.

و غرضه تَبَيُّرٌ من قوله: «لأن دليل حجية الظن متساوي النسبة إلى الظنين» هو ظن المجتهدين، كما إذا ظن أحدهما إجتهاداً بجواز العقد الفارسي، والآخر كذلك بعدمه، فإن دليل إعتبار الظن متساوي النسبة إلى الظنين. وأما بالنسبة إلى تبدل الرأي فلا معنى لتساوي الدليل إلى الظنين، إذ المفروض زوال الظن بعدم وجوب السورة، وتبدل الظن به بوجوبها، فلا ظن بعدم وجوبها بعد تبدله.

و المحاصل: أن دعوى حجية الظن السابق وكونه عذراً بالنسبة إلى الأعمال السابقة في محلها، فإنها ثابتة بالسيرة الجارية على عدم قضاء الأعمال السابقة الواقعة على طبق الآراء المعدول عنها، أو الفتاوى التي مات المفتون بها. بل لا يخطر ببال أحد احتمال وجوب القضاء بعد العدول عن الرأي، أو بعد موت المجتهد، والرجوع إلى الحي. فهذا التسالم العملي المسمى بالسيرة يثبت إعتبار الظن الإجتهدى ما دام موجوداً، كدوران كل

حكم مدار وجود موضوعه.

نعم بعد زوال الإجتهااد الأول يجب تطبيق العمل على الإجتهااد الثاني، إذ لا موضوع للدليل الإجتهااد الأول.

فما أفاده بعضُ أجلة العصر من قوله: «و فيه أن الطرق الإجتهاادية الظنية إذا قامت على خلاف إجتهااده الأول أو إجتهااد مجتهد آخر يكشف منها فعلاً بطلان الاجتهااد السابق و خطاؤه. و مع قيام الأمانة المعتبرة على بطلانه أو بطلان كل إجتهااد يخالفه لا يكون دليل الحجية متساوي النسبة إليهما، بل يختص الاجتهااد الفعلي بالحجية دون غيره، فلو دلّ دليل على طهارة الغسالة، و كان في طريقه ضعف، و كان مقتضى إجتهااده الأول وثاقة الراوي، ثم تبدّل رأيه إلى عدم الوثاقة، فلا شبهة في هدم إجتهااده الثاني الأول، لقيام الطريق الفعلي على بطلانه. و لا وجه لانطباق دليل حجية الظن عليه».

لا يخلو من غموض، لأنّ في قوله: «يكشف منها فعلاً بطلان الاجتهااد السابق... الخ» أن المراد بالبطلان إن كان مطلقاً حتّى فيما مضى، ففيه: ما عرفت من قيام السيرة على خلافه. و إن كان بالإضافة إلى خصوص الأعمال اللاحقة فهو صحيح. لكن السيد صاحب العروة لم يذكر هذا، بل قوله: «كهذا الظن اللاحق» كالصريح في الإعترااف بحجية الإجتهااد الثاني في الزمان اللاحق.

فقول السيد رحمته: «لأنّ دليل حجية ظن المجتهد متساوي النسبة إلى الظنين» ناظر إلى كل واحد من الظنين الحاصلين لكلّ من المجتهدين، لأنّ الظنين الموجودين فعلاً هما موجودان لهما، حيث إن أحدهما ظانٌ بصحة العقد الفارسي، و الآخر ظانٌ بفساده. و لا مانع من حجية كلّ واحدٍ من الظنين في حق صاحبه. و مقتضاه و إن كان جواز تزويج المرأة المعقودة بالعقد الفارسي لمن يرى بطلان العقد الفارسي، و عدم حصول النكاح بذلك، إلا أنّ الدليل الخاص كقولهم: «لكل قوم نكاح» أو وجوب الإحتياط في الفروج أو «صدق ذات البعل عرفاً عليها» يقتضى عدم الجواز.

و بالجملة: فلا مانع من إنطباق دليل إعتبار الظن على كلا الظنين الحاصلين للمجتهدين، غاية الأمر أن لزوم ترتيب الأثر على كل واحد منهما بالنسبة إلى ظن الآخر منوط بالدليل، وقد قام في موارد تقدّمت الإشارة إلى بعضها.

فالمتمحصل: أنه مع العلم بشرطيّة أو مانعية شيءٍ للعقد لا يكون ظنٌ غيره على خلافه حجة عليه. إلا فيما قام الدليل على وجوب إتباع ظنّ الغير و ترتيب الأثر عليه كموارد النكاح، لأن لكلّ قوم نكاحاً. و مع الظن بالشرطيّة أو المانعية يجب ترتيب الأثر عليه، فلو ظنّ عدم شرطية العربية في العقد لم يجز لمن يظنّ إعتبارها تزويج المرأة المعقودة بالفارسيّة كما تقدّم.

و يمكن أن يصحّح العقد بأن يقال: إنّ الفتويين المتعارضتين في شروط العقد تسقطان عن الاعتبار، و يرجع إلى عموم دليل نفوذ العقود، بعد وضوح صدق العقد العرفي عليه.

الخامسة: التفصيل في نفي الشرطية بين كون مستنده الأصول العمليّة كأصالتي الحلّ و الطهارة و كحديث الرفع، و بين كونه الأمارات العقلانية أو الشرعية، بالصحة في الأوّل، و البطلان في الثاني.

توضيحه: أن مفاد الأصول بالنسبة إلى الشاك كالحكم الواقعي في ترتيب الآثار، فالإيجاب الفارسي من الشاك في إعتبار العربية إستناداً إلى حديث الرفع في نفي إعتبارها إيجاب واقعي عند الشارع، فبضمّ القبول إليه يتمّ ركنا المعاملة التي هي متقوّمة بإيجاب صحيح واقعي، و قبول كذلك، و المفروض تحقّقهما. و لا معنى لبطلان ما هو وظيفة الشاك الذي يرجع إلى الأصول العملية، إذ لا واقع له حتى يكون خلافه باطلاً، فلماحالة يكون مقتضى الأصل العملي صحيحاً أي مقرّراً شرعياً للشاك. فإذا كان الإيجاب الفارسي من الشاك صحيحاً، فلا ينبغي الشك في تمامية المعاملة حينئذ بانضمام القبول العربي إليه.

و هذا بخلاف ما إذا كان مستند عدم الشرطية الأمانة بإطلاق دليل نفوذ العقود، بتقريب: أن إطلاقه ينفي كل شك في شرط أو مانع، فيفتي لأجل ذلك بعدم إعتبار العربية مثلاً. والمجتهد الآخر يرى عدم الإطلاق، وأن إستفادة إطلاق هذا الدليل خطأً ومخالف للواقع، فيعتقد بطلان الإيجاب الفارسي، ومع هذا الإعتقاد كيف ينضمُّ القبول العربي إليه حتى يتم ركنا العقد.

و بالجملة: يكون نفي الشرطية و المانعية بالأصول العملية في المعاملات كنهما بها في العبادات، ولذا يصح الإقتداء بمن يكون إجتهاده مخالفاً لإجتهاه إمامه في مانعية شيء، مع إستناد الإمام في عدم المانعية إلى حديث الرفع الحاكم على أدلة إعتبار الشرائط و الموانع. فصلاة الإمام عند المأموم صحيحة واقعاً، لأن الشاك في المانعية وظيفته نفي المانعية بحديث الرفع.

فما أفاده الفقيه الطباطبائي في العروة في بطلان العقد من قوله: «لأنه - أي البيع - متقوم بطرفين» لا يخلو إطلاقه من غموض، لما عرفت من أن البطلان إنما يتم إذا كان المستند في نفي الشرطية إطلاق الدليل الإجتهادي، لأن المثبت للشرطية يُخطئه. و أما إذا كان مستنده مثل حديث الرفع فلا وجه للبطلان كما لا يخفى.

السادسة: ما أفاده المصنف رحمته من التفصيل بين الشروط التي يسري فسادها إلى إنشاء الآخر، بحيث يبطل مجموع الإيجاب و القبول، كالموالة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، و بين الشروط التي لا يسري فسادها إلى إنشاء الآخر كالصراحة و العربية و نحوهما، ببطلان العقد في الأول و صحته في الثاني، فلا يجدي في الصحة كون الأحكام الظاهرية أعداراً، أو بمنزلة الواقعية الإضطرارية التي بنى المصنف رحمته صحة العقد و فساده عليها، بل العقد باطل على كلا التقديرين، لعدم تحقق العقد العرفي مع إختلال أحد الشروط المزبورة كالموالة

والتنجيز وبقاء أهلية المتعاقدين إلى آخر العقد، هذا.

و لا يخفى أن هذا التفصيل بحسب الكبرى صحيح، لكن الإشكال كله في الصغريات، فإنَّ عدَّ التنجيز من الشروط المقومة لمفهوم العقد عرفاً ممنوع، لما مرَّ سابقاً من عدم الدليل على إعتبار التنجيز، لا في حقيقة العقد، ولا في صحته و تأثيره. أما الأوّل فواضح، لما عرفت من صحة الإنشاء المعلق عرفاً، و عدم توقف صدق العقد على التنجيز.

و أما الثاني فلأنَّ الموجب إن كان قائلاً باعتباره و أنشأ الإيجاب منجزاً بقوله: «بعثك هذا الكتاب بدينار» و قال القابل: «إن طلعت الشمس قبلت» فلا يسري التعليق إلى الإيجاب، لأنَّ الإيجاب الذي هو فعل الموجب دون القابل قد وُجد متشخصاً، و بعد وجوده يمتنع تعليق وجوده على شيء، نظير تعليق الضرب الواقع على شخص بأن يكون ذلك واقعاً إن كان المضروب يهودياً دون ما إذا كان مسلماً، فإنَّ هذا التعليق في غاية البشاعة، فلا يكون العقد من هذه الجهة فاسداً.

و توهمُ فساده لأجل عدم التطابق بين الإيجاب و القبول فاسد، لعدم دليل على إعتبار هذا المقدار من التطابق بين الإنشائين، فيصح العقد مطلقاً، أمّا مع طلوع الشمس فلتحقّق الشرط و فعليته. و أمّا بدونه فلما مرَّ أيضاً من أنَّ الموجب - الذي هو موجد البيع - لا يملك التملك الحالي، إذ الحال ظرفٌ للإيجاب و إنشائه، فالمنشأ نفس التملك، و بضمّ القبول إليه يتمّ السبب سواء لحق به في الحال أو الاستقبال.

و إن كان القابل قائلاً باعتبار التنجيز و الموجب قائلاً بعدم إعتباره فأنشأ الموجب معلقاً، و قال: «بعثك هذا الكتاب بدينار إن طلعت الشمس» فقبل القابل و قال: «قبلت» صحَّ العقد أيضاً، لعدم كون القبول معلقاً، و إنّما هو قبول إيجاب معلق. ففرق واضح بين تعليق القبول على شيء، بأن يقول: «قبلت إن جاء زيد» و بين قوله عقيب: «بعثك إن جاء زيد» - «قبلت هذا الإيجاب المعلق» إذ القبول في الأوّل معلقٌ دون الثاني، لكونه قبولاً

منجزاً لهذا المعلق.

فالمحصل: أن التنجيز ليس ممّا يوجب إنتفاؤه فساد مجموع العقد، فلا ينبغي عده ممّا يسري فساده إلى جزئي العقد، كما لا يخفى.

و أما الموالاتة فإن كان معتبرها هو القابل فلا يصحّ إنشاء القبول مع الفصل المخلّ بالموالاتة، فمع الفصل كذلك لا ينضمّ القبول إلى الإيجاب، و يسري فسادُ القبول المتأخر كذلك إلى الإيجاب، فيفسد كلا جزئي العقد.

و إن كان القائل باعتبارها هو الموجب، فأوجب، و لم يقبل المشتري إلا مع الفصل المفوّت للموالاتة، فسُدّ الإيجاب بنظر الموجب، لأنّه يرى سقوط الإيجاب عن صلوحه لضمّ القبول إليه، فقبّل تحقق القبول خرج إيجابه عن الصحة التأهليّة بنظر الموجب.

و كذا الكلام في بقاء الأهلية، فإنّ إعتبره الموجب خرج إيجابه - المتعقب بالحجر - عن الصحة التأهليّة، فلا ينضم إليه القبول في نظره. و إن إعتبره القابل كان الإيجاب المتعقب بالحجر كلا إيجاب، فلا ينضم إليه القبول.

فالمحصل: أن العقد الفاقد للأهلية و الموالاتة فاسد بكلا جزئيه، بخلاف الفاقد للعربية و الماضوية و الصراحة. هذا على مذاق المصنف رحمته. و قد تقدم الإشكال في إعتبار الموالاتة و بقاء الأهلية إلى آخر العقد، فيسقط ما فرّعه عليهما، فلاحظ و تدبّر.

و أمّا الترتيب فقد جعله المصنف أيضاً مما لا يسري فساده إلى الجزء الآخر كالصراحة و العربية. لكن أورد عليه في تقرير سيدنا الخوئي: «بأنّه مثل الموالاتة و التنجيز ممّا يسري فسادُه إلى الجزء الآخر، نظراً إلى أنّ التقدّم و التأخر متضايقان، فإذا تقدّم القبول على الإيجاب فقد تأخّر الإيجاب عن القبول، فيسري فسادُ القبول المتقدّم إلى الإيجاب المتأخر» هذا.

وفيه: أنه لا يعتبر عنده بَيِّنَةٌ تقدم الإيجاب و تأخر القبول من حيث التقدّم والتأخر، بل قاذحية تقدم القبول إنما هي لأجل عدم تضمّنه للنقل في الحال، و من المعلوم عدم سراية هذه الخصوصية الى الإيجاب، لأنّه متضمّن للنقل في الحال مطلقاً تقدّم أو تأخر. نعم بناءً على كون تقدم الإيجاب على القبول لأجل الإقتصار على ما هو المتداول في العقود، فيكون الإيجاب المتأخر فاقداً للصفة المعتبرة فيه، وهي التداول الذي يجب الإقتصار عليه.

لكن هذا الوجه مبنى على إنصراف العقود إلى خصوص المتداولة والمتعارفة. وقد تقدم منعه، وأنّ الحق خلافه. كما أنّ مقتضى التحقيق عدم تضمّن الإيجاب وكذا القبول للتملك و التملك في الحال، بل الحال ظرف لهما. و إنصراف العقود إلى المتعارفة قد عرفت سابقاً ما فيها، مع الغضّ عن كون كلّ من تقدم الإيجاب و القبول على الآخر متداولاً عند العرف.

تتمة فيها مطلبان:

الأوّل: أنّ السيد بَيِّنَةٌ ذكر في حاشيته وجهاً لفساد العقد مع اختلاف المتعاقدين في الشروط. و محصل ذلك الوجه: أن العقد متقوم بطرفين، و يجب على كلّ من المتبايعين إيجاد عقد البيع، و هو عبارة عن الإيجاب و القبول، فلا يجوز لواحد منهما الأكل إلا بعد ذلك، فمع إعتقاد أحدهما ببطلانه - ولو لأجل بطلان أحد جزئيه - لا يجوز له ترتيب الأثر. و إنّما يتم ما ذكره المصنف بَيِّنَةٌ لو كان المؤثر في حق البائع في جواز الأكل الإيجاب الصحيح، و بالنسبة إلى المشتري القبول الصحيح. و ليس كذلك، إذ المؤثر المجموع، و هو فعل كل واحد منهما.

و بعبارة أخرى: ليس جواز القبول معلقاً على وجود إيجاب صحيح من الغير حتى يقال: إنّ المفروض أنّه محكوم بالصحة عند الموجب، بل البيع فعل واحد تشريكي. و لا بدّ من كونه صحيحاً في مذهب كلّ منهما ليتمكن ترتيب الأثر عليه، وهذا

بخلاف مسألة النكاح، فإن الفعل للأول، والثاني مرتب عليه أثره أ. وحاصل كلامه - بعد أن قال: إن ترتب الأثر على ظن المجتهد الآخر إنما يجوز فيما إذا كان فعله قائماً مقام فعله موضوعاً للأثر بالنسبة إليه كالنكاح وغيره، دون ما كان فعله قائماً مقام فعله، كاستيجار الولي للقضاء عن الميِّت من يعتد بطلان صلته، فإن فعل الأجير فعل المستأجر - هو: أن ما نحن فيه أعني إختلاف المتعاقدين في الشروط من هذا القبيل، لتقومه بطرفين. فلا بد أن يكون صحيحاً في مذهب كل منهما، لما أفاده في تقليد العروة، فالبيع فعل واحد صادر منهما، فلا بد من كونه صحيحاً عندهما معاً، هذا. وفيه أولاً: أن فعل الأجير ليس فعل المستأجر، لأنه نائب عن الميِّت لا عن المستأجر، ولذا قال في العروة بوجود عمل الأجير على مقتضى تكليف الميِّت إجتهداً أو تقليداً.

وثانياً: بعد الغض عن ذلك - أن تنزيل المقام منزلة فعل الأجير غير وجيه، إذ لا يعقل أن يكون فعل كل من المتعاقدين فعل الآخر، ضرورة أنه لا يعقل أن يكون الإيجاب قبولاً والقبول إيجاباً، إذ الإيجاب فعل الموجب، والقبول فعل القابل كما هو ظاهر قوله بَيِّنَات في الحاشية: «و يجب على كل من المتبايعين إيجاد عقد البيع، وهو عبارة عن الإيجاب والقبول» إلى آخر ما تقدم، حيث إن ظاهره أن العقد - الذي هو الإيجاب والقبول - يوجد كل من المتعاقدين. مع أنه لا يعقل أن يكون العقد بهذا المعنى فعلاً لكل واحد منهما، بل كل منهما يوجد جزءاً من العقد الذي هو موضوع الأثر، وإن كان إعتبارُ القبول إعتبار الإمضاء والتنفيذ لما أوجبه الموجب كما تقدم سابقاً.

والحاصل: أن كون البيع فعلاً واحداً تشريكاً غير وجيه، كيف؟ والإيجاب والقبول عرضان لمحلين، ويمتنع إتحادهما وجوداً، ولذا ينطبق على العرضين لمحلين ضابط التركيب، لا التقييد.

فَاللَّازِمُ حِينَئِذٍ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ مُطَابِقًا لِلْحُجَّةِ عِنْدَ مَوْجِدِهِ، فَالْإِجَابُ الصَّحِيحُ عِنْدَ الْمَوْجِبِ وَكَذَا الْقَبُولُ الْمَقْبُولُ عِنْدَ الْقَابِلِ كَافٍ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَتَرْتَّبُ الْأَثْرُ عَلَيْهِ. نَظِيرُ الصَّلَاةِ الْفَاقِدَةِ لِلسُّورَةِ إِسْتِنَادًا إِلَى فَتْوَى مَنْ لَا يَرَى جَزئِيَّتَهَا، وَالْمَشْتَمَلَةَ عَلَى الْمَرَّةِ الْوَاحِدَةِ فِي التَّسْبِيحَاتِ الْأَرْبَعِ، إِعْتِمَادًا عَلَى فَتْوَى مَنْ يَكْتَفِي بِالْوَّاحِدَةِ، فَإِنَّ هَذِهِ الصَّلَاةَ صَحِيحَةً، لِأَنَّ كُلًّا مِنْ فَقْدَانِهَا لِلسُّورَةِ وَالثَّلَاثِ مِنَ التَّسْبِيحَاتِ مِمَّا يَسْتَنْدُ إِلَى الْحُجَّةِ، فَإِنَّ مَجْمُوعَ الصَّلَاةِ لَمْ يَقَعِ عَنْ تَقْلِيدِ أَحَدِ الْمُجْتَهِدِينَ حَتَّى يَقَالَ: إِنَّهُ لَمْ يَقُلْ أَحَدٌ مِنْهُمْ بِصِحَّتِهَا، بَلْ وَقَعَ بَعْضُهَا عَنْ تَقْلِيدِ وَاحِدٍ، وَبَعْضُهَا الْآخَرَ عَنْ تَقْلِيدِ آخَرَ.

فَإِذَا كَانَتِ الصَّلَاةُ الَّتِي هِيَ أَهَمُّ الْأَرْتِبَاطِيَّاتِ كَذَلِكَ كَانَتِ الْبَيْعُ وَنَحْوُهُ مِنَ الْعُقُودِ -الَّتِي هِيَ مِنَ الْمَرْكَبَاتِ الْأَرْتِبَاطِيَّةِ- أَوْلَى.

فَالْتَحْقِيقُ أَنْ يَقَالَ: إِنَّ الْمَرْجِعَ فِي الْمَقَامِ هُوَ عَمُومٌ مَا دَلَّ عَلَى وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ. تَوْضِيحُهُ: أَنَّ الشُّكَّ فِي إِعْتِبَارِ صِحَّةِ مَجْمُوعِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ عِنْدَ كُلِّ مِنْهُمَا يَرْجِعُ إِلَى الشُّكِّ فِي شَرْطِيَّةِ ذَلِكَ شَرْعًا، بَعْدَ صَدَقِ الْعَقْدِ الْعَرَفِيِّ عَلَى الْعَقْدِ الْمَرْكَبِ مِنَ الْإِجَابِ الْعَرَبِيِّ وَالْقَبُولِ الْفَارْسِيِّ مَثَلًا. وَالْمَرْجِعُ حِينَئِذٍ هُوَ الْعَمُومُ الْمَزْبُورُ، وَمَعَ هَذَا الْوَجْهِ الْوَاضِحِ لَا حَاجَةَ إِلَى جَعْلِ مَبْنَى الْمَسْأَلَةِ كَوْنِ الْأَحْكَامِ الظَّاهِرَةِ إِضْطِرَّارِيَّةً أَوْ عَذْرِيَّةً، فَلَاحِظْ وَتَدَبَّرْ، وَاللَّهُ الْعَالِمُ.

المطلب الثاني: أَنَّهُ قَدْ أوردَ الْمُحَقِّقُ الْخِرَاسَانِي عَلَى مَا أَفَادَهُ الْمُصَنِّفُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ الصَّحَّةِ بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْأَحْكَامِ الْاجْتِهَادِيَّةِ وَاقِعِيَّةِ إِضْطِرَّارِيَّةٍ - بِمَا حَاصِلُهُ: أَنَّ مَجْرَدَ ذَلِكَ لَا يَجْدِي فِي الصَّحَّةِ إِلَّا إِذَا ثَبِتَ كَوْنُهَا إِضْطِرَّارِيَّةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْغَيْرِ الَّذِي لَهُ مَسَاسُ بِالْعَقْدِ، وَإِلَّا فَمَجْرَدُ كَوْنِهِ حَكْمًا حَقِيقِيًّا فِي حَقِّ نَفْسِ الْمَوْجِبِ أَوِ الْقَابِلِ لَا يَجْدِي فِي الصَّحَّةِ.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَقْيِيدِ إِطْلَاقِ الصَّحَّةِ - عَلَى الْقَوْلِ بِكَوْنِ الْأَحْكَامِ الظَّاهِرَةِ

بمنزلة الاضطرارية - بما إذا كانت كذلك حتى في حق الغير، هذا.^أ
 و قد ناقش فيه المحقق الاصفهاني رحمته بما محصله: أن الاشكال مبني على كون الملكية من الأمور الواقعية التي كشف عنها الشارع، إذ بناءً على حجية الأمانة على الموضوعية يتجه البحث عن إطلاق التعبد بالآثار و تقييده بخصوص من قامت عنده، فإذا كانت الملكية متوقفة واقعاً على العقد بالعربية و أنشأ الموجب بالفارسي و هو يرى صحته، فتصرفه و إن كان في مال الغير حقيقةً، لكنه جائز حقيقةً، لحدوث مصلحة في التعبد بالأمانة - كإطلاق وجوب الوفاء بالعقود - غالبيةً على مفسدة التصرف في مال الغير، و التعبد بالملكية تعبد بآثارها، و حينئذٍ يمكن الإطلاق و التقييد. فبناءً على الإطلاق يجوز للمعتقد جميع التصرفات المترتبة على الملك، و لا يجوز لغيره التصرف فيه بدون رضاه، و إن لم يعتقد سببية ما يراه المعتقد سبباً. و بناءً على التقييد يجوز لخصوص المعتقد التصرف فيه، و لا يحرم على الطرف الآخر - الذي لا يرى سببية الإنشاء بالفارسي - التصرف فيه بدون رضا الموجب.

و أما بناءً على ما هو الحق من كون الملكية من الإعتبارات الوضعية يشكل ما أفاده المحقق الخراساني رحمته، إذ كما تكون الملكية مجعولة شرعاً فكذا سببها مجعولة أيضاً، فالعقد الفارسي الذي قامت الحجة على سببته شرعاً يصير ذا مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية شرعاً، فهو سبب تام في التأثير يقتضي ترتيب الملك عليه ولو في حق الطرف الآخر الذي لا يرى سببية الانشاء الفارسي.

و هذا بخلاف الأحكام التكليفية، فإن مجرد قيام الأمانة على خلاف الواقع لا يوجب بدلية مصلحة المؤدى عن مصلحة الواقع، و لذا يجب التدارك، هذا.^ب

أقول: الظاهر ورود الاشكال على المحقق الخراساني رحمته القائل بأن الملكية

أ : حاشية المكاسب . ص ٢٩

ب : حاشية المكاسب . ج ١ . ص ٧٤

إعتبار شرعي وضعي كما صرّح به في بحث الأحكام الوضعية من الكفاية و حاشية الرسائل. الا أنه يبقى سؤال الفرق بين التكليف و الوضع، فإنّ لسان التعبد بالأمانة سواء على الطريقية أو الموضوعية هو وجوب تصديق العادل مثلاً، فلو كان مدلوله حدوث مصلحة بقيامها يتدارك بها ما يفوت من مصلحة الواقع لزم التعبد بها سواء أكان المضمون إنشاء المعاملة بالفارسي أم وجوب صلاة الجمعة، و لم يظهر وجه التفصيل بين البابين، هذا.

بل لا حاجة الى التدارك، لأنّه على السببية يكون من تبدل الموضوع كصيرورة المسافر حاضراً، لا من انكشاف الخلاف.
و عليك بملاحظة ما اختاره هذ المحقّق في بحث الإجزاء من حاشية الكفاية، لعلّك تستفيد منه و مما أفاده هنا أمراً آخر.
و كيف كان فالمختار ما ذكرناه في المسألة الثالثة (في ص ٦٢٢) والله هو الهادي للصواب.

هذا آخر ما أوردناه في هذا الجزء، و سيأتي الكلام إن شاء الله تعالى في الجزء الثالث في المقبوض بالعقد الفاسد، و الحمد لله أولاً و آخرأً، و صلى الله على سيّد المرسلين و آله الغرّ الميامين، و اللعنة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

الفهرست

تنبيهات المعاطاة ٣٠٣ - ٥

التنبيه الأول: اشتراط صحة المعاطاة بشرائط البيع اللفظي و جريان احكامه فيها ... ٤٧ - ٥

المعاطاة المقصود بها الملك بيع قبل طروء الملزم ٦

عدم اشتراط المعاطاة المقصود بها الاباحة بشرائط البيع ٩

تطرق احتمالات ثلاثة في اشتراط المعاطاة المقصود بها الملك بشرائط البيع ٢٤ - ١٤

ترجيح الاحتمال الأول ٢٥

كلام الشهيد في نفي شرائط البيع اللفظي عن المعاطاة، و توجيهه ٢٧

جريان أحكام البيع في المعاطاة ٣٥

أ: حرمة الربا في البيع المعاطاتي ٣٥

ب: جريان الخيارات في المعاطاة ٣٩

احتمال التفصيل بين الخيارات المختصة بالبيع و غيرها، و المناقشة فيه ٤٢

التنبيه الثاني: إنشاء المعاطاة بوجوه أربع ٦٣ - ٤٨

الأول: إنشاؤها بالتعاطي من الطرفين ٤٨

٦٤٠ هدى الطالب / ج ٢

٥٠ الثاني: إنشاؤها باعطاء أحدهما وأخذ الآخر

٥٣ الثالث: إنشاؤها بإيصال الثمن وأخذ الثمن

٥٥ الرابع: إنشاؤها بالصيغة الملحونة

٥٧ مناقشة المحقق الايرواني في اعتبار التعاطي من الطرفين

٥٨ مناقشة المحقق النائيني والايرواني في تحقق المعاظة باعطاء أحدهما

٦٠ تحقيق الوجه الثالث

٦٤ - ٧٥ التنبيه الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاظة

٦٥ إذا كان العوضان عروضاً تطرّق في تمييز البائع وجوه

٧٢ ترجيح احتمال كون الدافع أولاً هو البائع

٧٣ بيان المختار في المسألة

٧٦ - ١٤٦ التنبيه الرابع: أقسام المعاظة بحسب قصد المتعاطين

٧٧ القسم الأول: تملك المال بازاء مال الآخر

٨١ القسم الثاني: تملك المال بازاء تملك مال الآخر

٨٣ عدم كونه بيعاً، وإحتمال كونه هبةً معوضة، والمناقشة فيه

٨٤ تصحيحه بجعل تملك الثاني داعياً لا شرطاً

٨٦ تصحيحه بجعله صلحاً

٨٦ القسم الثالث: إباحة أحدهما بازاء تملك الآخر

٨٦ القسم الرابع: قصد كل منهما إباحة ماله

٨٩ - ٩٢ مناقشة المحقق النائيني والاصفهانى في القسم الثاني

٩٣ الاشكال في القسم الثالث والرابع بوجهين

٩٣ الاشكال في القسم الثالث والرابع بمنع إباحة مطلق التصرف

٦٤١	الفهرست.....
١٢٤ - ٩٥	دفع الاشكال الاول بوجوده ثلاثة، والمناقشة في كل منها.....
٩٥	الأول: قصد التوكيل بلسان الاباحة، أو التملك كنايةً.....
٩٥	المناقشة في هذا الوجه بعدم قصد التملك و لا التوكيل.....
١٠٠	الثاني: قيام الدليل تعبداً على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة.....
١٠٢	عدم قيام الدليل في المقام على الملك الأنبي.....
١٠٤	الاستشهاد بما ذكره العلامة من دفع مال إلى غيره ليشتري به طعاماً لنفسه.....
١٠٨	تصحیح الاباحة المطلقة بالالتزام بالملك التقديري.....
١٠٩	المناقشة بعدم الدليل عليه في المقام.....
١١٤	قصور دليل الاباحة عن تصحيح اباحة مطلق التصرف.....
١١٤	الثالث: تصحيح الاباحة المطلقة بتظهيرها برجوع الواهب و ذي الخيار، والنظر فيه.....
١١٦	الفرق بين الملك التقديري في تملك الميت للدية و بين رجوع الواهب.....
١١٧	فذلكة الوجوه الثلاثة.....
١٢١	كلام جمع في تسليط الغاصب على الثمن و إباحة التصرف له.....
١٢٥	تحقيق الأشكال الثاني، و تصحيح الاباحة بالعوض بالصلح.....
١٢٨	دلالة حديث السلطنة على كون الاباحة بالعوض معاملة مستقلة.....
١٢٩	لو كانت معاملة مستقلة فهل هي لازمة أم لا؟.....
١٣٢	الاشكال في الاباحة بازاء الاباحة، و دفعه.....
١٣٤	تحقيق حكم إباحة مطلق التصرف.....
١٣٨	النظر في توقف البيع و العتق و الوقف و نحوها على الملك.....
١٤٧ - ١٧٩	التنبيه الخامس: جريان المعاطاة في غير البيع.....
١٤٨	كلام المحقق الثاني في إستظهار جريان المعاطاة في الاجارة و الهبة.....
١٥٢	مناقشة المصنف في ما استظهره المحقق الثاني.....
١٥٧	الاشكال على مناقشة المصنف في كلام المحقق الثاني.....

- استظهار المصنف جريان المعاطاة في غير البيع ١٦٠
- الاشكال في جريانها في الرهن ١٦٢
- ما احتمله الشهيد من جواز وقف المساجد بغير الصيغة ١٦٩
- تحقيق جريان المعاطاة في غير البيع ١٧٠
- تحقيق جريان المعاطاة في غير البيع حتى العقود المتوقفة على القبض ١٧٢
- عدم جريان المعاطاة في عقد النكاح ١٧٦

التنبيه السادس: ملزمات المعاطاة ١٨٠ - ٢٥٤

- تأسيس الأصل على كل من الملك والاباحة ١٨١
- الملزم الأول: تلف العينين ١٨٣ - ١٩٢
- تلف إحدى العينين ١٩٣ - ٢٠٦
- تحقيق الكلام في صور تلف العينين أو إحداهما ٢٠٦ - ٢١٢
- الملزم الثاني: كون أحد العوضين ديناً في ذمة الآخر ٢١٣ - ٢١٧
- سقوط الدين و امتناع اشتغال الذمة به مرة أخرى ٢١٣
- الملزم الثالث: نقل العينين أو إحداهما بعقد لازم أو جائز ٢١٧ - ٢٤٢
- حكم النقل بالنقل اللازم على كل من الملك والاباحة ٢١٧ - ٢٢٠
- عود العين إلى المتعاطي بحدوث سبب الفسخ ٢٢٠ - ٢٣٢
- إستصحاب بقاء ملك المتعاطي للمأخوذ بالمعاطاة و جواز التراد، و عدمه ٢٢١
- عدم جواز التراد بناءً على القول بالاباحة ٢٢٥
- تقريب جواز التراد بناءً على الاباحة بوجهين آخرين ٢٢٦ - ٢٣٢
- حكم النقل بالنقل الجائز ٢٣٢ - ٢٣٦
- الفرق بين الجواز الحقيقي والحكمي ٢٣٤
- حكم عقد الفضول على المأخوذ بالمعاطاة ٢٣٧ - ٢٤٢
- نفوذ إجازة كلا المالكين، و لزوم المعاطاة بها بناءً على الملك والاباحة ٢٣٧ - ٢٤٠

الفهرست ٦٤٣

جوار ردُّ كل منهما عقدَ الفضول قبل إجازة الآخر ٢٤١

لو رجع الأول فأجاز الثاني ٢٤١

الملزم الرابع: مزج إحدى العينين أو كليهما ٢٤٥ - ٢٤٣

التصرف غير المغتبر للصورة ملزم أم لا؟ ٢٤٦

جواز الرجوع في المعاطاة حكم كما في الهبة ٢٤٨

الملزم الخامس: موت أحد المتعاطيين ٢٥٢ - ٢٤٩

الفرق بين الموت والجنون ٢٥٢

التنبيه السابع: المعاطاة بعد اللزوم بيع أو معاوضة مستقلة ٢٧٠ - ٢٥٥

كلام الشهيد الثاني في بيان الاحتمالين و ما يترتب عليهما ٢٦١ - ٢٥٥

جواز جعل الخيار في المعاطاة المفيدة للملك الجائز ٢٦٤

استظهار حمل الوجهين في كلام الشهيد على خصوص الاباحة ٢٦٤

المعاطاة بيع عرفي سواء أفادت الملك أم الاباحة تعبداً ٢٦٦

كلام الشهيد في القواعد من جواز المعاطاة أو لزومها ٢٦٨

التنبيه الثامن: إلحاق الصيغة الملحونة بالمعاطاة ٣٠٣ - ٢٧١

تحقق المعاطاة بانسانها بالقبض بعد الصيغة الملحونة ٢٧٤

عدم العبرة بالقبض المبني على الوفاء بالصيغة الملحونة ٢٧٦

كلام المحقق الثاني وغيره من إلحاق الصيغة الملحونة بالمعاطاة ٢٧٨

كلام المحقق والعلامة في شمول المقبوض بالعقد الفاسد للمقام ٢٧٩

الجمع بين الكلامين بما أفاده السيد العاملي ٢٨١ - ٢٩٠

مناقشة المصنف في الجمع المزبور بوجوه ٢٨٥ - ٢٩٠

مختار المصنف في المسألة، وتوقف اللاحق على أمرين ٢٩٥

الاستشكال في الأمر الثاني ٣٠٠

٦٤٤ هدى الطالب / ج ٢

إختيار المصنف اللاحق بناءً على الإباحة دون الملك ٣٠٢

٣٠٤ مقدمة في ألفاظ عقد البيع

٣٠٥ اعتبار اللفظ في العقود اللازمة

٣١٢-٣٠٦ إكتفاء العاجز عن التلفظ بالإشارة أو الكتابة

٣٠٧ عدم وجوب التوكيل على العاجز

٣١٢ إكتفاء العاجز عن التكلم بالكتابة

٣١٣ ترجيح الإشارة على الكتابة و عدمه

٣٢٩-٣١٤ تحقيق دخل اللفظ في الانشاء

٣١٦ الرجوع إلى أصالة عدم اشتراط اللفظ لو شك فيه

٣١٦ أنحاء الشك في إعتبار اللفظ

٣١٨ ما يحتمل منعه عن جريان أصالة عدم الاشتراط

٣٢٠ كلام بعض الأعاضم في أقسام الحكم الوضعي، والنظر فيه

٣٢٢ ما أفيد من الفرق في جريان البراءة بين التكليف والوضع، والنظر فيه

٣٢٧ جريان أصالة البراءة عن الشرطية في الشبهة الحكمية والموضوعية

٣٣٠ الخصوصيات المعتبرة في الصيغة ماذةً و هيئةً

٣٣١ صحة إنشاء الأمر الاعتراري بصيغ متعددة

٣٣٦ ما يعتبر في مادة الصيغة

٣٣٦ المبحث الأول: اعتبار الظهور الوضعي و عدم الاعتداد بالكناية

٣٤١ ما اختاره المصنف من الاكتفاء بالظهور العرفي

٣٤٢ النصوص الدالة على كفاية مطلق الظهور العرفي

٣٥٧-٣٤٥ الاستشهاد بكلمات الفقهاء للإكتفاء بالظهور العرفي دون الصراحة و الوضع اللغوي

الفهرست..... ٦٤٥

كلام المحقق الثاني في الجمع بين كلمات الفقهاء ٣٥٨

ما افاده المصنف في مقام الجمع بين الكلمات ٣٥٨

توجيه كلام العلامة في التذكرة ٣٦١

كلام فخر المحققين في توقيفية صيغ العقود، و المناقشة فيه ٣٦٣

تحقيق الكلام في مواد صيغ العقود ٣٧٨- ٣٧١

كلام المحقق النائيني قده في المنع عن الانشاء بالكناية ٣٧٥- ٣٧٣

كلام المحقق النائيني في المنع عن الانشاء بالمجازات ٣٧٧- ٣٧٦

المبحث الثاني: الفاظ الايجاب و القبول ٤٠٧- ٣٧٨

أ: ألفاظ الايجاب ٣٧٨- ٣٩٩

ب: ألفاظ القبول ٤٠٠

انشاء البيع بالألفاظ المشتركة ٤٠٧

المبحث الثالث: اعتبار العربية ٤٠٨- ٤٢٠

هل يعتبر عدم كون المادة و الهيئة ملحونة؟ ٤١١

هل تعتبر العربية في خصوص الصيغة أم يعتبر في المتعلقات أيضاً ٤١٢

تحقيق اعتبار العربية ٤١٤

إعتبار الماضوية ٤٢٣- ٤٢٥

أدلة اعتبار الماضوية ٤٢٥

شرائط الهيئة التركيبية ٤٢٦- ٦٣٦

الاول: اعتبار تقديم الايجاب على القبول ٤٣١- ٤٩٧

الاشارة إلى ما استدل به على الاعتبار ٤٣٢

- اختلاف أنظار شيخ الطائفة في المسألة ٤٣٣
- الإشارة إلى دليل القول بجواز تقديم القبول على الإيجاب ٤٣٦
- تحقيق المصنف في المسألة؛ و تقسيم ألفاظ القبول في البيع إلى ثلاثة أقسام. ٤٣٨ - ٤٦٧
- القسم الأول: لفظ «قبلت» ونحوه، ولا يجوز تقديمه على الإيجاب ٤٣٩
- الاستدلال بالاجماع والتعارف و بفرعية القبول للإيجاب ٤٤١
- مناقشة السيد بحر العلوم في تفرع القبول على الإيجاب و النظر فيها ٤٤٣ - ٤٤٧
- اشكال المصنف على ما أفاده السيد بحر العلوم. ٤٤٦
- اشكال المصنف على جواز التقديم بفحوى جوازه في النكاح ٤٤٨
- القسم الثاني من ألفاظ القبول: لفظ الأمر ٤٥١
- اختلاف الفقهاء في جواز تقديم القبول بلفظ الأمر، وإثبات الجواز ٤٥٢
- جواز تقديم القبول بلفظ الأمر. ٤٥٧
- القسم الثالث: لفظ «إشترت» و شبهه، و جواز تقديمه على الإيجاب ٤٥٨
- كلام العلامة و الشهيد الثاني في كون بعض ألفاظ القبول أصلاً، و بعضها بدلاً ٤٦١
- عدم إعتبار المطاوعة في قبول البيع ٤٦٣
- أقسام القبول في سائر العقود ٤٦٧ - ٤٧٥
- تقريب أقسام القبول في مطلق العقود بوجه آخر ٤٧٤
- مرجعية العرف في الفرق بين الإيجاب و القبول في باب البيع ٤٧٦
- تحقيق إعتبار تقدم الإيجاب على القبول ٤٧٧ - ٤٩٧
- المبحث الثاني: إعتبار الموالاة بين الإيجاب و القبول ٤٩٨ - ٥٢٣**
- الفروع التي فرّعها الشهيد على إعتبار الموالاة ٥٠٠ - ٥٠٤
- مناقشة المصنف في كلام الشهيد بوجه ثلاثة ٥٠٥ - ٥١١
- مرجعية العرف في صدق الموالاة في كل مورد ٥١١
- تحقيق شرطية الموالاة ٥١٣ - ٥٢٣

المبحث الثالث: اشتراط الإنشاء بالتنجيز ٥٢٤ - ٥٨٩

كلمات الفقهاء في اعتبار التنجيز ٥٢٥ - ٥٣٥

الاجماع المتضافر نقله على اعتبار التنجيز في الوكالة ٥٢٨

إستدلال جمع على اعتبار التنجيز بمنافاة التعليق للجزم حال الانشاء ٥٣٠

كلام الشهيد في إطلاق مانعية التعليق ٥٣٣ - ٥٣٦

كلام المصنف في أنحاء التعليق بالنظر إلى المعلق عليه ٥٣٦ - ٥٤٠

القسم الأول: التعليق على معلوم الحصول حال العقد، و حكمه الجواز ٥٤٠

القسم الثاني: التعليق على معلوم الحصول في المستقبل، و حكمه البطلان ٥٤٢

القسم الثالث: اذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول و مصححاً للعقد و حكمه البطلان ٥٤٤

القسم الرابع: التعليق على مصحح الإنشاء، و حكمه البطلان ٥٤٥

ظهور كلام شيخ الطائفة في صحة هذا القسم، و المناقشة فيه ٥٤٥ - ٥٥٠

مناقشة المصنف في ما نقله الشيخ عن بعض العامة ٥٤٨ - ٥٥٠

استفادة عدم تحقق الاجماع في هذا القسم من سكوت الشيخ ٥٥٠

ما أفاده الشهيد من صحة التعليق على مصحح الإنشاء و لو كان مشكوكاً ٥٥٢

أدلة اعتبار التنجيز ٥٥٣ - ٥٦٤

الأول: الاجماع ٥٥٣ - ٥٥٥

الثاني: عدم قابلية الإنشاء للتعليق، و المناقشة فيه ٥٥٣ - ٥٦٤

الثالث: ما استدل به صاحب الجواهر رحمته و ما يرد عليه ٥٥٥ - ٥٦٣

الرابع: ما استدل به بعض الفقهاء من الاقتصار على القدر المتيقن، و ما يرد عليه ٥٦٣

الفرق بين تعليق الإنشاء و تردد المنشئ ٥٦٥ - ٥٧٣

كلام صاحب المقابس في عدم اخلال زعم فساد المعاملة ٥٦٧

ما أفاده المصنف في الفرق بين الشرط المقوم للإنشاء و غيره ٥٦٨

كلام الشهيد في التفصيل بين الشرط المقوم عرفاً و شرعاً ٥٧١ - ٥٧٣

تحقيق المسألة ٥٧٣ - ٥٨٩

٦٤٨ هدى الطالب / ج ٢

المبحث الرابع: اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول ٥٩٠ - ٦٠١

تحقيق المسألة ٥٩٣ - ٦٠١

المبحث الخامس: إعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد ٦٠٢ - ٦١٥

تحقيق المسألة ٦٠٧ - ٦١٥

فرع: اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة ٦١٦ - ٦٣٤

هل الأحكام الظاهرية بمنزلة الواقعة الاضطرارية أم هي عذرية ٦١٨

تفصيل المصنف بين الشروط ٦١٩ - ٦٢١

تفصيل الكلام في المسألة ٦٢١ - ٦٣٥

الفهرست ٦٣٩ - ٦٤٨