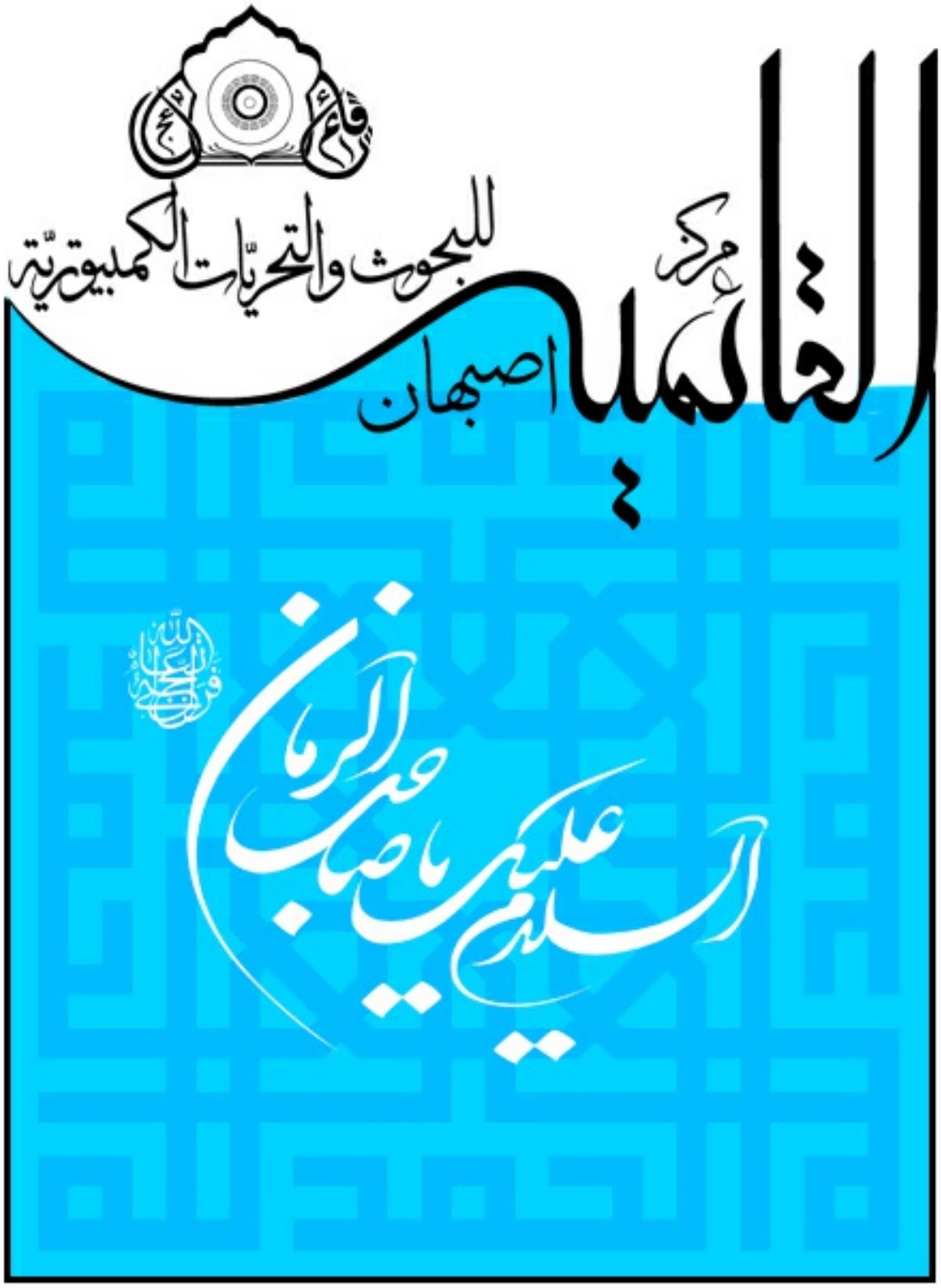

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

مصباح الفقه

في المعاملات

تقرير بحث السيد الأستاذ الأكبر آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الخوئي دام ظله

للمؤلف
السيد محمد تقي الخوئي

٢

بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المكاسب المحرمه

كاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

الفهرس ----- ۵
مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۲ ----- ۱۱
اشاره ----- ۱۱
[کتاب البیع] ----- ۱۱
اشاره ----- ۱۱
المعاملات و حکمه البحث عن حقیقتها ----- ۱۲
المال و حقیقته ----- ۱۲
الإضافه الحاصله بین المال و مالکه و حقیقه هذه الإضافه و أقسامها ----- ۱۳
الثمن و وجه اختصاصه بالنقود ----- ۱۶
المبیع و اختصاصه بالأعیان ----- ۲۰
بحث استطرادی فی تعریف الإجاره و مناقشته و جوابها ----- ۲۴
نظره فی بیع الکلی فی الذمه ----- ۲۶
ما هو المراد من العین التی نعتبرها فی المثمن؟ ----- ۲۶
ثم إن بیع الکلی فی الذمه علی قسمین: ----- ۲۶
البیع مبادله شی ء من الأعیان بعوض فی جهه الإضافه ----- ۳۱
ما هو المراد من کلمه المبادله المأخوذه فی تعریف البیع؟ ----- ۳۱
مفهوم المفاعله و عدم صدقه علی البیع ----- ۳۷
ما هو مفهوم المفاعله، و هل یصدق ذلک علی البیع الذی هو تبدیل شی ء بشی ء؟ ----- ۳۷
رأی بعض مشایخنا المحققین فی معنی المفاعله و الجواب عنه ----- ۳۸
الإجاره و عدم استعمالها فی نقل العین ----- ۴۰
الثمن و جواز کونه من المنافع ----- ۴۲
عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا فی البیع ----- ۴۳
نظره فی الحقوق ----- ۴۷
اشاره ----- ۴۷
أقسام الحقوق و أحکامها ----- ۴۹
الملک و الحق و بیان الفارق بینهما ----- ۵۶

الحق و الحكم و عدم وجود الفارق بينهما ----- ۵۷
المجعول الشرعی و الشک فی أنه حق أو حکم ----- ۶۰
مفهوم الإنشاء و تعریفه ----- ۶۳
حقیقه البیع و تعریفه ----- ۶۵
أوهام حول تعریف البیع ----- ۷۰
اشاره ----- ۷۰
منها: ۱- أن تعریف البیع بإنشاء تملیک عین بمال موقوف علی جواز الإیجاب بلفظ ملکت. و إلا لم یکن التملیک مرادفا للبیع. ----- ۷۰
و من النقوض. ۲ أنه إذا کان البیع إنشاء تملیک عین بمال لم یشمل ذلک بیع الدین ممن هو علیه، إذ الإنسان لا یملک مالا علی نفسه. ----- ۷۱
و من النقوض: ۳- أن تعریف البیع بإنشاء التملیک إلخ یشمل التملیک بالمعاطاه. ----- ۷۴
و من النقوض. ۴- انه إذا کان البیع إنشاء تملیک عین بمال انتقض منعه بالشراء، ----- ۷۴
و من النقوض: ۵- أنه إذا کان البیع إنشاء تملیک عین بمال انتقض طرده بالصلح علی تملک عین بمال ----- ۷۶
و من النقوض: ۶- أنه إذا کان البیع تملیک عین بمال انتقض طرده بالهبه المعوضه. ----- ۷۸
و من النقوض: ۷- أنه إذا کان البیع إنشاء تملیک عین بمال انتقض طرده بالقرض، ----- ۸۱
بحث فی بعض معان البیع ----- ۸۵
اشاره ----- ۸۵
المعنی الأول: إنشاء التملیک المتعقب بالقبول. ----- ۸۶
المعنی الثانی: الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول، و هو الانتقال. ----- ۹۰
المعنی الثالث: نفس العقد المرکب من الإیجاب و القبول. ----- ۹۱
ألفاظ المعاملات أسماء للأعم ----- ۹۴
التمسک بالإطلاق فی المعاملات ----- ۹۶
[الکلام فی المعاطاه] ----- ۱۰۱
المعاطاه و حقیقتها ----- ۱۰۱
المعاطاه و بیان الأقوال فیها ----- ۱۰۳
اشاره ----- ۱۰۳
۱- اللزوم علی وجه الإطلاق، سواء أ کان الدال علی التراضی لفظا، أم کان غیره. ----- ۱۰۳
۲- اللزوم إذا کان الدال علی التراضی أو علی المعامله لفظا ----- ۱۰۳
۳- أن المعاطاه تفید الملکیه الجائزه و إنما تصیر لازمه بذهاب إحدی العینین. ----- ۱۰۵
۴- أن المعاطاه تفید إباحه جمیع التصرفات حتی التصرفات المتوقفه علی الملک، ----- ۱۰۵

۵- أنها تفید إباحه جمیع التصرفات إلا ما یتوقف علی الملک، ۱۰۵
۶- أن المعاطاه معامله فاسده، ۱۰۶
۷- ما ذکره السید فی حاشیته و إلیک نص عبارته: (أنها معامله مستقله مفیده للملکیه. ۱۰۶
الأقوال فی المعاطاه و مدارکها ۱۰۶
ما استدل به علی أن المعاطاه تفید الملکیه ۱۰۸
کلام بعض الأساطین حول المعاطاه [لتأسیس قواعد جدیده] ۱۲۲
اشاره ۱۲۲
منها: ۱- أن العقود و ما قام مقامها تابعه للقصود من حیث الإیجاب و السلب: ۱۲۳
اشاره ۱۲۳
و قد أجاب عنه المصنف بوجهین: ۱۲۳
الأول: أن تبعیه العقود للقصود فیما إذا دل الدلیل علی صحه العقد: ۱۲۳
الثانی: أن تخلف العقود عن القصود لا غرابه فیه. ۱۲۴
اشاره ۱۲۴
الأول: (أنهم أطبقوا علی أن عقد المعاوضه إذا کان فاسدا یؤثر فی ضمان کل من العوضین القیمه، ۱۲۴
الثانی: أن الشرط الفاسد لا یفسد العقد المشروط به عند أکثر القدماء، ۱۲۴
الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما یملکه مع ما لا یملکه: ۱۲۵
الرابع: بیع الغاصب المال المغصوب لنفسه. ۱۲۵
الخامس: أن العاقد إذا ترک ذکر الأجل فی نکاح المتعه کان ذلک زواجا دائمیا ۱۲۶
و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۲- أن القول بالإباحه یلزمه الالتزام بأحد أمرین علی سبیل مانعه الخلو: ۱۲۶
و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۳- أنه إذا قیل بأن المعاطاه- المقصود بها الملک- تفید الإباحه لزمت منه مخالفه القواعد المتسالم علیها فی موارد شتی: ۱۲۷
منها تعلق الخمس بما فی ید أحد المتعاطیین، ۱۲۷
و منها أنه یعامل مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک، ۱۲۹
و منها أنه إذا باع أحد الشریکین حصته من غیر شریکه بالبیع المعاطاتی تعلق به حق الشفعه، ۱۲۹
و منها: أن الربا یجری فی البیع المعاطاتی، ۱۲۹
و منها أنه لو کانت المعاطاه مفیده الإباحه لزم من ذلک أن یتصف الآخذ بالمعاطاه بصفه الفقر ۱۲۹
و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۴- ما ذکره بعض الأساطین من «کون التصرف من جانب مملکا للجانب الآخر. مضافا إلی غرابه استناد الملک إلی التصرف». ۱۳۴
و مما ذکره بعض الأساطین: ۵- أن القول بالإباحه یستلزم مخالفه القواعد المتسالم علیها فی نواحی شتی: ۱۳۴
الناحیه الأولی: کون التلف السماوی من جانب مملکا للجانب الآخر، ۱۳۴

الناحیه الثانیه: أنه إذا تلف أحد العوضین تلفا قهریا فان قلنا بأن من تلف المال عنده یملک التالف قبل تلفه فهو عجیب، ---- ۱۳۵
الناحیه الثالثه: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفید الإباحه کان التلف من الجانبین معینا للمسمی من الطرفین. ---- ۱۳۵
الناحیه الرابعه: أنه إذا وضع الغاصب یده علی المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلک عنده. ---- ۱۳۵
و مما ذکره بعض الأساطین من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۶- أنه یجوز للآخذ بالمعاطاه أن یتصرف فی النماء الحادث من المأخوذ بالمعاطاه قبل التصرف فیه، ۱۳۸
و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۷- أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفید الإباحه لزم منه «قصر التملیک علی التصرف ---- ۱۴۰
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بالأصل ---- ۱۴۱
اشاره ---- ۱۴۱
۱- أصاله اللزوم فی الملک، ---- ۱۴۱
اشاره ---- ۱۴۱
الناحیه الأولی: أن المراد من استصحاب الملکیه فی المقام هو الاستصحاب الشخصی، ---- ۱۴۱
الناحیه الثانیه: أنا لو سلمنا کون استصحاب الملکیه من الاستصحاب الکلی و لکن لا محذور فی جریانه فی المقام، ---- ۱۴۶
الناحیه الثالثه: أنه إذا قلنا بعدم جریان الاستصحاب فی القسم الثانی من الکلی، ---- ۱۴۹
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بدلیل السلطنه ---- ۱۵۴
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بحرمه التصرف فی مال غیره ---- ۱۵۷
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بآیه التجاره عن تراض ---- ۱۵۹
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بدلیل وجوب الوفاء بالشرط ---- ۱۶۲
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بدلیل وجوب الوفاء بالعقد ---- ۱۶۳
الاستدلال علی لزوم المعاطاه بأدله خیار المجلس ---- ۱۶۳
تتمه البحث عما یرجع الی لزوم المعاطاه ---- ۱۶۴
نظره فی الاخبار المذکوره حول المعاطاه ---- ۱۶۷
تنبیهات المعاطاه ---- ۱۷۷
اعتبار شروط البیع فیها ---- ۱۷۷
اشاره ---- ۱۷۷
و تحقیق هذه المسأله یقع فی نواحی شتی: ---- ۱۷۷
اشاره ---- ۱۷۷
الناحیه الأولی: أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تفید إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه عند ما فقدت شیئا من شروط البیع؟. ---- ۱۷۹
الناحیه الثانیه: أنه إذا قصد المتعاطیان بالأخذ و الإعطاء التملیک و التملک، و لم تحصل الملکیه فی الخارج، ---- ۱۸۲
الناحیه الثالثه: أنا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملک تفید الملکیه من أول الأمر فهل یعتبر فیها شروط البیع؟ ---- ۱۸۳

جریان الخیار فی المعاطاه ---- ۱۸۴
بیان مورد المعاطاه ---- ۱۸۹
اشاره ---- ۱۸۹
الناحیه الاولی: أن یکون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحه، ---- ۱۹۰
الناحیه الثانیه: أن یکون الغرض من التعاطی هو التملیک و التملک، ---- ۱۹۰
الناحیه الثالثه: أن یقصد کل من المعطی و الآخذ التملیک و التملک، ---- ۱۹۱
تمییز البائع عن المشتری فی البیع المعاطاتی ---- ۱۹۷
أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطیین ---- ۲۰۱
اشاره ---- ۲۰۱
فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه- بحسب قصد المتعاطیین- علی أربعه أقسام: ---- ۲۰۲
۱- ان یقصد کل من المتعاطیین تملیک ماله بمال الآخر ---- ۲۰۲
۲- ان یقصد کل من المتعاطیین تملیک ماله للآخر بإزاء تملیک الآخر ماله إیاه ---- ۲۰۲
۳- أن یقصد الباذل أولا إباحه ماله للآخذ بإزاء أن یملک الآخذ ماله إیاه ---- ۲۰۳
۴- أن یقصد کل من المتعاطیین إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إیاه ---- ۲۰۳
لا بأس بالإذن فی التصرفات المتوقفه علی الملک بوجوه شتی: ---- ۲۰۵
۱- ان یکون غرض المبیح من قوله: أبحت لک ان تبیع مالی لنفسک توکیل المباح له فی نقل ماله- المبیح- الی نفسه- المباح له- ---- ۲۰۵
۲- أن یدل دلیل خاص علی کون مال المبیح ملکا للمباح له بمجرد الإباحه ---- ۲۰۶
۳- ما أشار إلیه فی آخر کلامه، و هو أن یکون ما نحن فیه من قبیل رجوع الواهب عن هبته لکی یقع البیع فی ملک الواهب. ---- ۲۰۶
یقع الکلام فی التصرفات المتوقفه علی الملک فی ناحیتین: ---- ۲۰۶
الناحیه الاولی: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغیر المالک. ---- ۲۰۶
الناحیه الثانیه: أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفه علی الملک لغیر المالک فهل ترجع نتیجتها الی المتصرف، أم یرجع ذلک الی المالک؟ ---- ۲۰۸
ثم إنه بقی هنا أمران، و یهمنا التعرض لهما: ---- ۲۱۲
الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز العتق عن غیره فهل یجزی ذلک عن العتق الواجب- کالکفاره و نحوها- أم لا؟ ---- ۲۱۲
الأمر الثانی: أنه هل یحکم بضمان المعتق عنه للمالک إذا استدعی منه عتاق عبده أم لا؟ ---- ۲۱۳
بحث فی جهات ---- ۲۱۳
اشاره ---- ۲۱۳
الجهه الاولی: أنه قد یناقش فی إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی ثمن الهدی ---- ۲۱۳
الجهه الثانیه: أنه هل یجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی الخمس و الزکاه؟ ---- ۲۱۳

اشاره ----- ۲۱۳
الناحیه الاولی: أنه هل یجوز لأحد أن یعطی الخمس أو الزکاه المتعلقین بذمه غیره أو ماله؟ ----- ۲۱۴
الناحیه الثانیه: أنه هل یجوز لمن تعلق الخمس أو الزکاه بماله أو بذمته أن یؤدیهما بمال شخص آخر؟ ----- ۲۱۴
الجهه الثالثه: انه قد التزم المصنف- علی ما هو ظاهر کلامه- بالملکیه التقدیریه فی دیه المیت. ----- ۲۱۴
أقسام الإباحه المعوضه ----- ۲۱۵
اشاره ----- ۲۱۵
الاولی: فی صحه الإباحه بالعوض، ----- ۲۱۵
الناحیه الثانیه: أنه إذا قلنا بکون الإباحه بالعوض معاوضه مستقله فهل یحکم بلزومها مطلقا، أم من طرف المباح له، أم یحکم بجوازها مطلقا وجوه؟. ----- ۲۱۵
جریان المعاطاه فی جمیع العقود و الإیقاعات ----- ۲۱۸
اشاره ----- ۲۱۸
ثم إنه وقع الخلاف بین الأصحاب رضوان اللّه علیهم فی جریان المعاطاه فی طائفه من العقود و الإیقاعات: ----- ۲۲۱
۱- القرض حیث إنه و إن کان مقتضیا، إلا أن تأثیره مشروط بالقبض الخارجی. ----- ۲۲۱
۲- الرهن حیث إن المعاطاه إما تفید الإباحه المجرده، أو الملکیه الجائزه، ----- ۲۲۲
۳- الوقف حیث إنه صدقه فی سبیل اللّه، فیکون لازما، ----- ۲۲۲
ملزمات المعاطاه ----- ۲۲۳
جریان الخیارات المصطلحه فی المعاطاه ----- ۲۴۷
اشاره ----- ۲۴۷
و قبل تحقیق ذلک لا بد و أن یعلم أن الخیار علی ثلاثه أقسام: ----- ۲۴۸
۱- أن یثبت فیه بالاشتراط و الجعل ----- ۲۴۸
۲- أن یثبت الخیار فی البیع بالشرط الضمنی حسب ما یقتضیه بناء العقلاء و الارتکاز العرفی ----- ۲۴۹
۳- أن یکون الخیار ثابتا فی البیع بالدلیل الشرعی التعبدی ----- ۲۴۹
العقد الفاقد لبعض شرائط الصیغه هل یرجع الی المعاطاه أم لا ----- ۲۵۲
تعریف مرکز ----- ۲۵۷

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۲

اشاره

شابک ۹۶۴-۹۱۸۰۷-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره BP،۱۹۰/خ۹م۶،۱۳۷۸

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[کتاب البیع]

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

المعاملات و حكمه البحث عن حقيقتها

لا شبهه فى ان الإنسان مدنى بالطبع لا يمكنه الاستقلال بحوائجه كلها.

و إذن فيتوقف حفظ نظام النوع، و صيانه كيانه على الاجتماع و تشريع المبادله بين الأموال، بداهه أنه لو لم يشرع ذلك لاحتاج كل واحد فى حاجاته إلى التغالب، و التكالب، و المقاهره، كما هو الحال فى سائر الحيوانات، و عليه فلا بد فى حفظ النظام من تشريع المعاملات. و على هذا الضوء فلا مناص من معرفه أحكام المعاملات و تنقيح قواعدها و تبويب أبوابها. و بما أن اشتغال جميع أفراد المكلفين بذلك يوجب اختلال النظام. وجب التصدى لها عليهم كفايه.

المال و حقيقته

ما هو حقيقه المال؟ و ما هو الفارق بينه و بين الملك؟ المال فى اللغه [١] ما ملكه الإنسان من الأشياء، و فى العرف أن الماليه إنما تنتزع من الشى ء بملاحظه كونه فى حد ذاته مما يميل إليه النوع، و يدخرونه للانتفاع به وقت الحاجه،

---

[١] فى أقرب الموارد: المال ما ملكته من جميع الأشياء، و عند أهل الباديه: النعم، يذكر و يؤنث، يقال: هو المال، و هى المال. ج أموال. و المال عند الفقهاء ما يجرى فيه البذل و المنع، فيخرج الرماد، و التراب، و الميته التى ماتت حتف أنفها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ۴

و يتنافسون فيه، و يبذلون بإزائه شيئا مما يرغب فيه من النقود و غيرها، ضروره أن منا من الحنطه ليس كالمن من التراب، فإن الأول ينتزع منه عنوان الماليه دون الثانى.

و أما عند الشرع فماليه كل شى ء باعتبار وجود المنافع المخلله فيه، فعدم المنفعه المحلّله (كالخمر و الخنزير) ليس بمال.

ثم إن النسبه بين المال و الملك هى العموم من وجه، بديهه أنه قد يوجد الملك و لا يوجد

المـال، كالحبه من الحنطه المملوكه، فإنها ملك و ليست بمال، و قـد يتحقق المال، و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصـليه قبل حيازتها، فإنها أموال، و ليست بمملوكه لأحد، و قد يجتمعان، و هو كثير.

ثم إنه لاـ وجه لتخصـيص المال بالأعيان، كما يظهر من الطريحى فى مجمع البحرين [١] بـل المال فى اللغه و العرف يعم المنافع أيضا، و لعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب.

الإضافه الحاصله بين المال و مالكه و حقيقه هذه الإضافه و أقسامها

مـا هو حقيقه الإضـافه بين المـال و مـالكه؟ لاـ ريب فى أن الإضافه الموجوده بين المال و مالكه المسـماه بالإضافه المالكيه على أقسام، لأنها فى الواقع و نفس الأمر إما إضافه ذاتيه تكوينيه، أو إضافه عرضيه حاصله بالأمور الخارجيه.

أما الأولى فكالاضافات الكائنه بين الأشخاص، و أعمالهم، و أنفسهم، و ذممهم، فإن إعمال كل شخص، و نفسه، و ذمته مملوكه له ملكيه ذاتيه،

---

[١] قـال: المـال فى الأصـل: الملـك من الـذهب و الفضه. ثم أطلق على كل ما يقتنى و يتملك من الأعيان، و أكثر ما يطلق عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٥

و هو واجد لها فوق مرتبه الواجديه الاعتباريه، و دون مرتبه الواجديه الحقيقه التى هى للّه جل و علا.

و المراد من الـذاتى هنا ما لا يحتاج تحققه إلى أمر خارجى تكوينى، أو اعتبارى، و ليس المراد به الذاتى فى باب البرهان: أى ما ينتزع من مقام الذات، و لا الذاتى فى باب الكليات الخمس: أعنى به الجنس، و الفصل. و هذا واضح لا ريب فيه.

و المراد من الملكيه الذاتيه ليس إلا سـلطنه الشـخص على التصرف فى نفسه، و شؤونها، بداهه أن الوجدان، و الضروره، و السيره العقلائيه كلها حاكمه بأن كل

أحد مسلط على عمله، و نفسه، و ما فی ذمته: بأن یؤجر نفسه لغیره، أو یبیع ما فی ذمته، و من البین الذی لا ستار علیه: أن الشارع المقدس قد أمضی هذه السلطنه، و لم یمنع الناس عن التصرفات الراجعه إلی أنفسهم.

و لیس المراد من الملکیه هنا: الملکیه الاعتباریه، لکی یتوهم أن عمل الإنسان، أو نفسه لیس مملوکا له بالملکیه الاعتباریه.

و من هنا یتجلی لک: أنه لا شبهه فی صدق المال علی عمل الحر. و علیه فاستیفاؤه قهرا علیه موجب للضمان جزما. و کذلک الحال فی ضمان نفسه. غایه الأمر أن الشارع المقدس قد سلک فی ضمان النفس المحترمه، و ما یرجع إلیها من الأعضاء و الأطراف غیر ما سلکه فی ضمان الأموال، و جعل فی ذلک حدا خاصا و دیه مخصوصه.

و أما الثانیه (أعنی بها الإضافه العرضیه) فهی إما أن تکون إضافه أولیه و إما أن تکون إضافه ثانویه و الأولویه إما أصلیه استقلالیه، أو تبعیه غیریه.

فالأولیه الأصلیه، کالإضافه المالیه الحاصله بالعمل، أو بالحیازه، أو بهما معا، فالأول کالأعمال التی یعملها الإنسان فیحصّل منها المال، کحیازه المباحات، بناء علی عدم اعتبار قصد التملک فیها، کما هو الحق، و أما بناء علی اعتبار القصد فی ذلک فحصول الملکیه فیها یحتاج إلی العمل القلبی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۶

و قد حکم العقلاء بحصول المالیه بمجرد الحیازه. بل اشتهر بین الفقهاء مرسلا أن (من حاز ملک [۱].

و قد روی عن النبی ص من طرق العامه [۲] و من طرق الخاصه [۳] أن (من سبق إلی ما لم یسبقه الیه مسلم فهو أحق به) و لکنه ضعیف السند، و غیر منجبر بشی ء.

و المهم فی المقام هو بناء

العقلاء، فإنه قائم على حصول الإضافه المالكيه بين المحيز، و المحاز.

و الثالث: كمن يحوز أشجارا، فيجعلها سريرا، أو يجوز ترابا، فيجعله كوزا، أو يجوز نباتا، فيجعله ثوبا أو حصيرا، أو غيرهما، فإن الصوره السريريه، و الكوزيه، و الثوبيه و الحصيريه توجب تحقق إضافه ماليه أخرى فى تلك الموارد وراء الماليه المتقومه بها، فتلك الماليه القائمه بها إنما حصلت من العمل و الحيازه معا.

ثم إن الوجه فى إطلاق الأول على هذه الإضافه هو أنه لم تسبق إضافه ذلك المال الى غيره. و الوجه فى إطلاق الأصليه عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها.

و أما الإضافه الأولويه التبعيه فهى ما تكون بين المالك، و بين نتاج أمواله،

---

[١] لم نجده فى أصول الحديث من كتب الخاصه و العامه، و نحتمل قريبا أنه قاعده فقهيه متصيده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه، و الفصول المتفرقه، كإحياء الموات، و التحجير و غيرهما، كبقيه القواعد الفقهيه المضروبه لبيان الأحكام الجزئيه.

[٢] عن ابن مضرس قال: أتيت النبى ص فبايعته فقال: من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له قال: فخرج الناس يتعادون، يتخاطون. سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۴۲.

[٣] قال النبى ص: من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به. راجع مبسوط الشيخ الطوسى أول كتاب إحياء الموات. و مستدرك الوسائل ج ۳ باب ۱ من أبواب إحياء الموات ص ۱۴۹.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷

فان هذا النتاج يضاف الى مالك الأصول إضافه أوليه تبعيه. أما إطلاق التبعيه فلكونها ثابته لما تحصل منه. و أما إطلاق الأوليه فلعدم سبق إضافه أخرى إليها.

و أما الإضافه الثانويه فالمراد بها ما قابل الإضافه الأوليه و إن طرأت على الأموال

مرارا عديده، نظير المعقولات الثانويه من جهه مقابلتها للمعقولات الأوليه.

و هى على قسمين: لأنها تاره تكون قهريه، و اخرى اختياريه.

أما الأولى فكالاضافه التى تحصل بسبب الإرث، أو الوقف، أو الوصيه بناء على كونها: (أى الوصيه) من الإيقاعات، و قد اخترناه فى محله. و وجه كونها قهريه هو حصول الملكيه للوارث، و الموقوف عليه. و الموصى له بالقهر، لا بالفعل الاختيارى.

و أما الثانيه فكالاضافه الحاصله من المعاملات. و من ذلك ما يحصل بالبيوع التى نحن فى صدد بحثها.

و لا يخفى على الفطن العارف أن ما ذكرناه من أقسام الإضافات المالكيه من الأمور البديهيه التى قياساتها معها.

الثمن و وجه اختصاصه بالنقود

قوله: (البيع و هو فى الأصل كما فى المصباح [١] مبادله مال بمال).

أقول قد كان ديدن الناس من لدن آدم ع أبى البشر الى زمان خاص، بل الى زماننا هذا فى بعض النقاط و الأصقاع (كالقرى و أشباهها) قد كان ديدنهم على تبديل المتاع

---

[١] البيع من الأضداد، مثل الشراء، و يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعه و يطلق البيع على المبيع، فيقال: بيع جيد- الى أن قال-: و الأصل فى البيع مبادله مال بمال، لقولهم: بيع رابح، و بيع خاسر. و ذلك حقيقه فى وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازا، لأنه سبب التمليك و التملك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٨

بالمتاع عند المعامله و المعاوضه، و كان ذلك من الأمور الصعبه جدا، خصوصا فى تعيين الأروش و قيم المتلفات. و لهذا بنى العقلاء على تخصيص الثمن بالنقود، و تخصيص المثمن بالامتعه. و إلا فإنه لا محذور قطعا فى صحه تحقق المبادله بين المتاعين عند المعامله و المعاوضه.

و علیه فقد تقع المبادله بین المتاعین و قد تقع بین النقدین، و قد تقع بین عرض و نقد.

ثم إنه هل یشمل مفهوم البیع لجمیع هذه الأقسام المذکوره، أم هو مختص ببعض دون بعض؟ لا شبهه فی أن مفهوم البیع فی الجمله من المفاهیم الواضحه البدیهیه الارتکازیه- التی یعرفها کل احد- کمفاهیم سائر العقود و الإیقاعات، إلا أنه لا یوجد مفهوم فی العالم إلا و یعرضه الاشتباه فی بعض مصادیقه. و من هنا ذکر المصنف (ره) فی أول کتاب الطهاره: أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهیم العرفیه. و مع ذلک ذکر: أنه قد یقع الشک فی صدقه علی بعض الموارد، لعدم ضبط المفهوم تحقیقا فیرجع الی الأصول العملیه. و علی هذا الضوء فلا بد من بیان حقیقه البیع علی وجه یمتاز عن جمیع ما عداه لکی تترتب علیه أحکامه الخاصه من شرائط المتعاقدین، و شرائط العوضین و الخیارات و غیرها.

و تحقیق ذلک: ان مفهوم البیع لا یساوق مفهوم المبادله بین شیئین، بل یطلق البیع علی قسم خاص من المبادله. و ضابطه: ان امتیاز البیع عن بقیه أقسام المبادله بأحد وجهین:

الوجه الأول: أن یکون أحد العوضین متاعا، و العوض الآخر نقدا.

فالذی یعطی المتاع یسمی بائعا، و الذی یعطی النقد یسمی مشتریا. سواء أ کان نظر کل من المتعاملین فی مبادلتهم هذه الی تحصیل الربح، و حفظ ماله معا، أم کان نظر کل منهما الی رفع حاجته فقط، کأن یشتری المأکولات للأکل، و یشتری المشروبات للشرب، و یشتری الملبوسات للبس، و هکذا. أم کان نظر أحدهما إلی حفظ ماله و تحصیل الربح معا، و نظر الآخر الی دفع الضروره و الاحتیاج فقط.

الوجه الثانی: أن

يكون كلا العوضين نقدا أو من العرض، و لكن كان نظر

أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان، مع تحصيل الربح- كأهل التجاره- و نظر الآخر الى رفع حاجته فقط، فالأول يسمى بائعا. و الثانى يسمى مشتريا. و على هذا النهج يكون الملحوظ فيما يعطيه المشترى هو الماليه الخالصه، لكى يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنيه.

و لا ريب فى أن هذا المعنى هو المتبادر من مفهوم البيع عند أهل العرف. بل هو أمر ارتكازى فى ذهن كل بشر من أهل أيه لغه كان. و يعرف ذلك كل منهم و لو من غير العارف باللغه العربيه، بديهه أن الغرض الأقصى و الغايه القصوى إنما هو معرفه مفهوم البيع، لا لفظه، و مادته. لكى يختص البحث بلفظ دون لفظ.

و إذا كان كلا العوضين عرضا، أو نقدا، و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح، و المنافع، مع حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج، و دفع الضروره فقط. و إذا كان كذلك فان ذلك لا يسمى بيعا جزما. بل هو معامله خاصه و يدل على صحه ذلك عموم آيه التجاره عن تراض [۱].

نعم يظهر من بعض كتب العامه [۲] جواز إطلاق البيع على مطلق المبادله، و المعاوضه، و لكن قد عرفت قريبا أن هذا الإطلاق على خلاف المرتكزات العرفيه.

---

[۱] يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ. النساء ۴: ۳۳.

[۲] فى الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲ ص ۱۴۸ عن الحنفيه: أن من أقسام البيع

مبادله سلعه بسلعه. و يسمونها مقايضه.

و فى ص ۱۵۲ عن المالكيه: أن من أقسام البيع بيع العرض بالعرض. و عن الحنابله: أن مفهوم البيع يشمل المقايضه، و هى مبادله سلعه بسلعه.

و فى ص ۱۵۴ عن الشافعيه: الثامن من أقسام البيع: بيع الحيوان بالحيوان و يسميه غيرهم مقايضه، و هو صحيح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰

و على هذا الضوء فإذا أراد أحد تبديل كتابه بكتاب شخص آخر، أو تبديل ثوبه بثوب غيره لمجرد دفع الاحتياج فإنه لا يتوهم أحد أن أيا منهما باع كتابه بكتاب غيره، أو باع ثوبه بثوب غيره. كما أنه لا يتوهم أحد أيضا أن باذل النقد هو البائع، و باذل العرض هو المشترى. و من هنا ذكر الفيومى فى المصباح: أنه (إذا أطلق البائع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعه).

و أما ما ذكره فى المصباح من أن (الأصل فى البيع مبادله مال بمال) فهو و إن كان شاملا لجميع أقسام المبادله، و لكنه ليس تعريفا حقيقيا، لقضاء الضروره بأن البيع ليس هو مطلق المبادله بين شيئين، بل هو تعريف لفظى، و تبديل لفظ بلفظ آخر أوضح منه، كقول أهل اللغه: السعدان نبت. و كذلك الحال فيما ذكره بعض العامه من أن البيع فى اللغه مقابله شى ء بشى ء.

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظه الأصل فى تعريف المصباح ما كان هو المتعارف فى الأيام السالفه من كون البيع عباره عن مطلق المبادله بين الأموال، بديهه أنه لو كان غرض الفيومى من هذه الكلمه هو اللغه لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظه الأصل عند شرح كل ماده ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه فى لسان العرب. و مجمع البحرين: فى ماده المال

و ذكرا أن المال فى الأصل الملك من الذهب، و الفضه، ثم أطلق على كل ما يقتنى و يتملك من الأعيان.

المبيع و اختصاصه بالأعيان

هل يجوز أن يكون المبيع من المنافع أم لا بدّ و أن يكون من الأعيان؟

الظاهر أنه لا ريب فى اشتراط كونه من الأعيان، بداهه اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتمليك الأعيان، فلا يعم تمليك المنافع و إذن فتختص الأدله الوارده فى إمضاء البيع بنقل الأعيان. و تبعد عن تمليك المنافع رأسا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱

نعم يظهر من المحكى عن المالكيه و الحنابله [۱] جواز إطلاق البيع على تمليك المنافع و لكنه على خلاف المرتكزات العرفيه.

و مع الإغضاء عما ذكرناه ان مجرد الشك فى صدق مفهوم البيع على تمليك المنافع يكفينا فى المنع عن شمول أدله إمضاء البيع له.

و حينئذ فدعوى أن المتبادر من مفهوم البيع تمليك العين فقط، و أن هذا المفهوم يصح سلبه عن تمليك المنفعه دعوى صحيحه. و لا ريب فى أن التبادر و صحه السلب من علائم الحقيقه. و عليه فيكون البيع حقيقه فى تمليك العين و مجازا فى غيره.

و إذا ثبتت هذه الدعوى فى العصر الحاضر ثبتت فى محاورات أبناء الأزمنه السالفه أيضا بأصاله عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقرى و قد ذكرنا فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول، أنه لا دليل على حجيه هذا الاستصحاب إلا فى مورد واحد، و هو أن يكون المتبادر الفعلى من اللفظ معنى خاصا، و شك فى كونه كذلك فى العهود البائده، و الأيام السالفه، فإن الاستصحاب القهقرى يقتضى بقاء اللفظ على معناه الأولى، و عدم انتقاله منه إلى معنى آخر يغايره.

و الدليل على حجيه الاستصحاب المزبور فى هذا المورد إنما

هو بناء العقلاء، و سيره العلماء، و ديدن الفقهاء، لأنه لو لا ذلك لا نسد عليهم باب الاجتهاد، و طريق الاستنباط، إذ من المحتمل القريب أن تكون الروايات فى عرف الأئمه عليهم السلام ظاهره فى معانى مغايره لما هى ظاهره فيه فعلا. و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا سبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور.

---

[۱] فى الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲ ص ۱۱۱ عن المالكيه: أنه يصح إطلاق البيع على نقل المنافع.

و فى ص ۱۵۲ عن الحنابله أن معنى البيع فى الشرع مبادله مال بمال، أو مبادله منفعه مباحه بمنفعه مباحه على التأبيد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲

و يؤيد ما ذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران:

الأول: ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض- فى البيع- بالأعيان، الثانى: ما ذكره بعض العامه «۱» من أن البيع فى اللغه إخراج ذات عن الملك بعوض. فتمليك المنفعه بالإجاره لا يسمى بيعا. قيل:

إن ما ذكره الفيومى فى المصباح من أن البيع فى الأصل مبادله مال بمال يشمل نقل المنافع، كشموله لنقل الأعيان، و عليه فلا وجه لتخصيص مفهوم البيع بتمليك الأعيان. و الجواب عن ذلك:

أنك قد عرفت قريبا أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقى لكى يلزم الأخذ بإطلاقه، و الحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين و المنفعه. بل هو تعريف لفظى مبنى على المسامحه و المساهله.

و بما أوضحناه ظهر لك الفارق بين البيع و الإجاره: و هو أن صيغه الإجاره و إن كانت تتعلق بالعين المستأجره. كقولك: آجرتك المتاع الفلانى إلخ إلا أن أثرها تمليك المنفعه. و هذا بخلاف البيع، فإن الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين كما أن صيغته أيضا

تتعلق بالعين. و هذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من اختصاص المعوض- فى البيع- بالأعيان و قال:

(و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع)

. و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمه البيع على تمليك المنافع مبنى على العنايه، و المجاز و قد ورد هذا الإطلاق فى كلمات الفقهاء. و فى الروايات العديده

---

(۱) راجع الفقه على المذاهب الأربعه ج ۲ ص ۱۴۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳

الوارده فى مواضيع شتى: منها الأخبار [۱] الداله على بيع خدمه المدبر. و منها الروايه الوارده فى بيع سكنى الدار [۲] و منها الأخبار الوارده فى بيع الأراضى الخراجيه

---

[۱] المرويه عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على ع قال: باع رسول اللّه ص خدمه المدبر، و لم يبع رقبته. ضعيفه بالنوفلى و عن أبى مريم عن أبى عبد اللّه ع قال: سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أ يطأها ان شاء، أو ينكحها، أو يبيع خدمتها فى حياته فقال: نعم أى ذلك شاء فعل. مجهوله بأبى مريم.

و عن على بن أبى حمزه سالم البطائنى قال: سألت أبا عبد اللّه ع عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حياته؟ قال: ان أراد بيعها باع خدمتها فى حياته، فإذا مات أعتقت الجاريه، و ان ولدت أولادا فهم بمنزلتها. ضعيفه بابن أبى حمزه. و مجهوله بقاسم بن محمد الجوهرى. التهذيب ج ۲ ص ۳۲۱، ۳۲۲. و الوافى ج ۶ ص ۸۹.

و الوسائل ج ۳ باب ۳ من أبواب التدبير.

[۲] المرويه عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح قال: سألته عن رجل فى يده دار ليست له، و لم تزل فى

يـده، و يد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضـى من آبائه أنها ليست لهم، و لا يدرون لمن هى، فيبيعها، و يأخذ ثمنها؟ قال ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها، و لا يـدرى لمن هى، و لا أظنه يجى ء لها رب أبـدا؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سـكناها، أو مكانها فى يـده فيقول لصاحبه: أبيعك سـكنای، و تكون فى يـدك كما هى فى يدى؟ قال: نعم يبيعها على هـذا. موثقه بابن عمار و غيره. التهذيب ج ۲، باب الغرر و المجازفه ص ۱۵۳، و الوافى ج ۱۰ ص ۱۳. و الوسائل ج ۲ باب ۱ من أبواب عقد البيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴

و شرائها [۱] و قد ورد فى جمله من الأحاديث [۲] إطلاق لفظ الشراء على غير نقل الأعيان.

و قـد ظهر لك مما أسـلفناه الفارق بين البيع، و الهبه المعوضه، بداهه أن البيع- على ما عرفته آنفا- عباره عن تبديل عين بشـى ء آخر، بخلاف الهبه المعوضه، فإن حقيقتها، و قوامها بالمجانيه المحضه، و إنما اعتبر فيها العوض بالاشتراط. و الشاهـد على ذلك أنهـا لا- تبطـل بامتناع الموهوب له عن العوض، بل إنما يثبت له خيار تخلف الشـرط، و سـيأتى لك توضـيح ذلك عنـد التعرض لتعريف البيع، و دفع النقوض عنه.

---

[۱] المرويه فى الكـافى ج ۱ باب ۱۴۰ اشـتراء أرض الخراج من السـلطان ص ۴۱۰. و باب ۱۳۱ قباله أرض أهل الـذمه، و جزيه رؤوسـهم، و من يتقبل الأرض من السلطان ص ۴۰۶. و باب ۱۳۳ الرجل يسـتأجر الأرض ص ۴۰۷. و التهذيب ج ۲ باب أحكام الأرضين ص ۱۵۸ و

الوسائل ج ۲، باب ۷۱ و باب ۷۲ من أبواب الجهاد، و باب ۱۳۳ ص ۴۷.

[۲] المرویه عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر ع عن رجل یرید أن یتزوج المرأه ینظر إلیها؟ قال: نعم إنما یشتریها بأغلی الثمن. حسنه بإبراهیم بن هاشم الکافی ج ۲ ص ۱۶. و الوافی ج ۱۲ ص ۵۸. و الوسائل ج ۳ باب ۳۹ ص ۱۱.

و عن عبد اللّه بن سنان قال: قلت لأبی عبد اللّه ع: الرجل یرید أن یتزوج المرأه فینظر الی شعرها؟ فقال: نعم إنما یرید أن یشتریها بأغلی الثمن. مجهوله بهیثم بن أبی مسروق النهدی و الحکم بن مسکین التهذیب ج ۲ ص ۲۳۵ و الوافی ج ۱۲ ص ۵۸. و الوسائل ج ۳ باب ۳۶ من أبواب مقدمات النکاح ص ۱۱.

و عن علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر ع قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما لیلتی و یومی لک یوما، أو شهرا، أو ما کان، أ یجوز ذلک؟

قال: إذا طابت نفسها، و اشتری ذلک منها لا بأس. صحیحه. الوافی ج ۱۲ ص ۱۱۸، و الوسائل ج ۳ باب ۶ من أبواب.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۵

بحث استطرادی فی تعریف الإجاره و مناقشته و جوابها

قد اشتهر بین الأصحاب تعریف الإجاره بأنها تملیک المنفعه بعوض. و نوقش فیه بوجهین:

۱ أن المنفعه معدومه حال الإجاره، و من البین الذی لا ریب فیه أن المعدوم غیر قابل للتملیک. و الجواب عن ذلک:

أن الملکیه الشرعیه لیست من المقولات الحقیقه التکوینیه، لکی یستحیل تعلقها بالأمور المعدومه، بل قوامها بالاعتبار الساذج. و من المعلوم أن الأمور الاعتباریه بما أنها خفیفه المؤنه جاز تعلقها بالأمور المعدومه إذا کانت مقدوره التسلیم. و بدیهی أن

المنفعه و إن كانت معدومه، و لكنها مقدوره بتبع العين الخارجيه. و إذن فلا محذور فى تعلق الملكيه الاعتباريه فى الإجاره بالمنفعه المعدومه الملحوظه مع العين المستأجره. كما يصح تعلقها بالذمه. و من هنا حكم الفقهاء رضوان اللّه عليهم بصحه بيع الكلى فى الذمه.

۲ أن منفعه الدار مثلا إنما هى سكناها، و لا ريب أن السكنى من اعراض الساكن دون الدار. و عليه فإذا صح تملك السكنى كان مالكها هو الساكن، لأنه موضوعها، لا صاحب الدار. و من البين أن ما لم يملكه المؤجر- و هو المالك- كيف يملكه للمستأجر. و قد ثبت فى محله أنّ فاقد الشى ء لا يكون معطيا له هذا ملخص ما أفاده بعض المدققين و لذا التجأ إلى تعريف الإجاره بأنها تمليك العين المستأجره فى جهه خاصه.

و يقابلها البيع، فإنه تمليك العين من جميع الجهات. و الجواب عن ذلك بوجهين:

۱ أن لسكنى الدار إضافتين: و هما إضافتها إلى نفس الدار، و إضافتها إلى ساكنها، و من البين أن تلك الدار مملوكه لمالكها بجميع شؤونها، و جهاتها، و ما يضاف إليها، و إذن فمالك الدار مسلط على تمليك الدار نفسها، و تمليك جهاتها التى منها سكناها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶

و على الجمله إن المستأجر إنما يتملك من المؤجر الجهه المتعلقه بالعين المستأجره.

و تلك الجهه تختلف حسب اختلاف الأعيان، و الأغراض. و عليه فلا محذور فى تعريف الإجاره بأنها تمليك المنفعه بعوض.

۲ ما ذكره بعض مشايخنا المحققين فى كتاب الإجاره من أنه لا يمكن جعل الإجاره تمليكا للعين فى جهه خاصه. و الوجه فى ذلك: (أن معروض الملكيه إن كان نفس تلك الجهه عاد محذور تعلق الملكيه بالمنفعه. و إن

كـان هى العين المخصـصه بجهه، و العين المتحيثه بحيثيه مخصوصه بمـا هى مقيـده بهـا لزم اجتماع ملكين اسـتقلاليين على عين واحده.

و تقييدها بالجهه تاره، و إطلاقها أخرى لا يوجب تعدد الموضوع).

نظره فى بيع الكلى فى الذمه

ما هو المراد من العين التى نعتبرها فى المثمن؟

المراد من العين ما إذا وجد فى الخارج كان جسما مشتملا على الأبعاد الثلاثه:

العرض، و الطـول، و العمـق. و لاـ شـك فى أن هـذا المعنى للعين يقابـل المنفعه، و الحق، و جميع الاـعراض المقوليه. و إذن فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل منفعه بمنفعه، و لا على تبديل حق بحق. و قد عرفت ذلك آنفا.

و ليس المراد من العين مـا يتعلق البيع بشـخصه، بـداهه شـمولها للأعيـان الشخصـيه، و للكلى المشاع- كثلث الـدار- و للكلى فى المعين- كصـاع من الصبره المعينه- و للكلى فى الـذمه- كبيع منّ من الحنطه سـلما، أو حالّـا- و للكلى الثـابت فى ذمه غيره، فان هـذه الأـمور يصـدق عليهـا عنوان العين، و يتعلق بهـا البيع مع أنها أمور قابله للانطباق على أفراد كثيره بل على أفراد غير متناهيه، فالصاع من الصبره يمكن انطباقه على يمين الصبره و يسارها و وسطها، و ناحيه أخرى غير تلك النواحى.

و هذا بين لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷

و على هـذا فشـأن الملكيـه شـأن الوجـوب و الحرمـه. فكمـا انهمـا يتعلقـان بكلى الصـلاه و الزنـاء مـن غير لحـاظ خصوصـيه فى متعلقهما- بحيث يكون متعلق الأمر و النهى هو الكلى، و يكون الموجود الخارجى مصـداقا له- كـذلك الملكيه، فإنها قـد تتعلق بالكلى و إن كانت قد تتعلق بالجزئى الحقيقى أيضا. كما عرفته قريبا.

ثم إن بيع الكلى فى الذمه على قسمين:

لأـنه قـد يتعلق بـالكلى الثـابت فى الـذمه قبل البيع- كبيع الـدين ممن هو عليه، أو من غيره- و قـد يتعلق بالكلى الثابت فى الـذمه بنفس البيع، من غير أن يكون فيها شى ء قبله. كما هو المتعارف فى بيع السلم و غيره من البيوع الكليه.

و قد نوقش فيه بوجهين:

۱ أن البيع مبادله مال بمال،

و لا- تتحقق هذه المبادله إلا- بعد تحقق العوض و المعوض فی الوعاء المناسب لهما من الخارج، أو الذمه، و بما أنه لا وجود للکلی فی أی وعاء من الأوعیه قبل البیع، فلا یصح بیعه بوجه و قد یتوهم:

أن الکلی و إن لم یکن موجودا فی الذمه قبل البیع، إلا أنه یوجد فیها بنفس البیع، و لکن هذا التوهم فاسد.

بداهه أن نسبه البیع إلی متعلقه کنسبه الحکم إلی موضوعه، فکما یستحیل تکفل الحکم بموضوعه، و کذلک یستحیل تکفل البیع بإیجاد متعلقه. و الجواب عن ذلک:

أن البیع لیس إلا- مبادله فی التملیک. و قد عرفت قریبا و ستعرف أیضا: أن الملکیه من الأمور الاعتباریه التی لا تتوقف علی وجود موضوع لها فی الخارج، أو فی الذمه. نعم لا بد و أن یکون متعلق الملکیه قابلا لتعلق الاعتبار به فی نظر العقلاء.

و علیه فالکلی قبل إضافته إلی الذمه و إن کان من المفاهیم الخیالیه، و غیر قابل لتعلق

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸

البیع به رأسا. إلا أنه بعد إضافته إلی الذمه بعد من الأموال و یصیر موردا لرغبات العقلاء، و محطا لتنافسهم.

و إذن فلا فرق فی صحه بیع ما فی الذمه بین أن یکون الکلی مملوکا قبل البیع- کبیع الدین ممن هو علیه، أو من غیره- و بین أن یکون مملوکا بالملکیه الاعتباریه بنفس البیع.

و فی الحقیقه أنه یحصل بالبیع هنا أمران:

۱- اتصاف الکلی بالملکیه.

۲- صیرورته ملکا للمشتری. و قد یجاب عن المناقشه المذکوره:

بأن البائع قبل تصدیه للبیع یعتبر الکلی فی ذمه نفسه، ثم یبیعه من المشتری، و حینئذ فلا یکون الکلی غیر قابل لتعلق البیع به. و الجواب عن ذلک:

أن الاعتبار المزبور لا یغیر

الكلى عن واقعه، و لا- يزيد فيه على حقيقته. بل هو بعد باق على حالته الأوليه، من دون أن يتصف بصفه الملكيه، و من هنا لا يطلق ذو أملاك على من اعتبر أمتعه كليه فى ذمه نفسه، نعم يتصف ذلك بصفه الملكيه بعد البيع، و قد عرفته قريبا. و هذا واضح لا خفاء فيه.

٢ أن الملكيه من مقوله الأعراض، و من البديهى أن مقوله الأعراض لا توجد إلا فى المحل الموجود، و الكلى الذمى لا وجود له قبل البيع لكى يكون محلا للملكيه، و معروضا لها. و الجواب عن هذه المناقشه بوجوه شتى:

١ ما ذكره العلامه الطباطبائى فى حاشيته، و حاصل كلامه: أن الملكيه و إن كانت من قبيل الأعراض الخارجيه، إلا أن حقيقتها متقومه باعتبار الشارع، أو العقلاء، و عليه فيمكن أن يكون موضوع هذه الملكيه موجودا أيضا باعتبار الشارع، أو العقلاء. كما أن الوجوب و الحرمه عرضان خارجيان، مع أنهما لا- يتعلقان إلا- بالأمور الكليه الاعتباريه. كالصلاه و الزناء قبل أن يوجدا فى الخارج، و على هذا

النهج فللشارع، أو للعقلاء أن يعتبروا الكلى الذمى شيئا موجودا فى الذمه لكى يكون موضوعا للملكيه و معروضا لها. و الجواب عنه:

أنه قد يراد من العرض المذكور فى كلامه العرض المقولى. و عليه فلا يسوغ له أن يجمع بين كون الملكيه من الأعراض، و بين كونها من الأمور الاعتباريه المتقومه بالاعتبار الساذج، ضروره أن الأعراض المقوليه من الأمور الواقعيه المتأصله، و هذا بخلاف الأمور الاعتباريه، إذ لا- واقع لها سوى الاعتبار المحض. و سيتضح لك أن الأمور الاعتباريه لا- تدخل تحت أيه مقوله من المقولات المتأصله.

و قد يراد من العرض

المزبور فی کلامه المفهوم العام الصادق علی المقولات التسع العرضیه، و علی الأمور الاعتباریه الخالصه، بداهه أن لفظ العرض من العروض، و هو بمعنی اللحوق. و علیه فلا تکون الملکیه عنده من المقولات المتأصله بل تکون زائده علی الماهیه. کما أن الوجود زائد علیها. و إذن فیرجع ما أفاده السید من الجواب المتقدم إلی ما سیأتی من کون الملکیه أمرا اعتباریا لا تأصلیا و من هنا ظهرت الحال فی الوجوب و الحرمه أیضا.

۲- ما حکی عن الفاضل النراقی فی عوائده. و ملخصه: أن البیع عباره عن نقل المالک ملکه إلی غیره نقلا فعلیا. سواء أ کان مالکا له بالفعل، أم کان مالکا له فی المستقبل کما إذا قال: بعتک منا من الحنطه بکذا مع أن الحنطه لم توجد الآن لدیه، فیکون معناه أنی نقلت إلیک المنّ الذی سأملکه من الحنطه بعد مدّه- و إذن فالنقل و إن کان فعلیا، إلا أنه لیس بعرض لکی یحتاج إلی موضوع و ما هو عرض- و هو الملک- لیس بفعلی حتی یناقش فیه بعدم وجود الموضوع له، و یتوجه علیه:

أولا: أن البیع لیس عباره عن نقل الملک. و سیأتی. و لا أن الملک من الأعراض المصطلحه. و قد تقدمت الإشاره إلیه و سنتعرض له تفصیلا.

و ثانیا: أن نقل الملک بنفسه لیس من العناوین الاستقلالیه، و إنما هو بلحاظ

الإضافه أو المکان. و من البین الذی لا ریب فیه أنه إذا استحالت إضافه الملکیه إلی المعدوم فان النقل الحاصل بلحاظ تلک الملکیه أولی بالاستحاله.

۳- أن الملکیه أمر اعتباری صرف، فلا یحتاج إلی محل موجود.

و توضیح ذلک:

أن الملکیه لها أربع مراتب:

۱- الملکیه الحقیقیه، و هی

السلطنه التامه، بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنه المالك حدوثا و بقاء، و هى مخصوصه باللّه تعالى، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات- بالإضافه الإشراقيه- ملكيه تامه، و محيط بها إحاطه قيوميّه.

و هذه المرتبه من الملكيه هى عليا مراتب الملكيه و لأجل ذلك لا تدخل تحت مقوله من المقولات. و نظير ذلك فى الممكنات إحاطه النفس بصورها. بداهه أن النفس مالكه لصورها- بالإضافه الإشراقيه- ملكيه حقيقيه.

۲- مالكيه الإنسان لنفسه و أعضائه و أفعاله و ذمته، فان هذه الأمور مملوكه له بالإضافه الذاتيه الأوليه- و قد عرفت ذلك فى أول الكتاب- و من هذا القبيل قوله تعالى حاكيا عن نبيه الأكرم موسى (ع) إِنِّی لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِی «۱».

و لا شبهه أن هذه المرتبه من الملكيه أيضا غير داخله تحت المقولات العرضيه و إنما هى عباره عن سلطنه الشخص على أفعاله سلطنه تكوينيه.

۳- الملكيه المقوليه الخارجيه: و هى عباره عن الهيئه الحاصله من إحاطه جسم بجسم آخر- كالهيئه الحاصله من التعمم و التقمص و التنعل و نحوها- و هذه المرتبه تسمى بمقوله الجده، و هى من الأعراض الخارجيه القائمه بالموجود الخارجى.

۴- الملكيه الاعتباريه التى يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى

---

(۱) المائده ۵: ۲۵.

ذلك، و ربما يمضى الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحه. بل قد يعتبر الشارع ملكيه شى ء لشخص و إن لم يعتبرها العقلاء. كما يتفق ذلك فى بعض أقسام الإرث.

و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا النحو من الملكيه ليست من الأعراض لكى تحتاج الى وجود الموضوع فى الخارج.

و مثال ذلك: أن الزكاه و الخمس يملكهما طبيعى الفقير و السيد، مع أنه لم يعتبر وجودهما فى

الخارج.

و أيضا قام الإجماع على صحه تمليك الكلى الذمى فى بيع السلف و نحوه، مع أن الأعراض لا بد لها من موضوع خارجى.

و على الجمله إن الملكيه الاعتباريه لا- مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كليا. فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقوليه [۱] بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر.

---

[۱] ذكر بعض المحققين من المشايخ وجهين آخرين لاستحاله دخول الملكيه المصطلحه تحت الأعراض المقوليه:

۱- (أن المقوله ما يقال على الشى ء، و يصدق عليه فى الخارج. فلا بد من أن يكون لها مطابق و صوره فى الأعيان- كالسواد و البياض و ما شابههما من الأعراض- أو يكون من حيثيات ماله مطابق، و من شؤونه الوجوديه. فيكون وجودها بوجوده. كمقوله الإضافه. و من الواضح أنه بعد وجود العقد مثلا لم يوجد ماله مطابق فى الخارج. و لم يتحيث ذات المالك و المملوك بحيثيه وجوديه.

بل على حالهما قبل العقد. و صدق المقوله بلا وجود مطابق، أو تحيثه بحيثيه واقعيه أمر غير معقول).

و يتوجه عليه: أن هذا الوجه ليس إلا مصادره واضحه، بداهه أن ذات المالك و المملوك، يتحيثان بعد عقد البيع بحيثيه واقعيه: و هى حيثيه المالكيه،-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن مورد البحث إنما هو المرتبه الرابعه من الملكيه القائمه بالاعتبار الساذج بلا احتياج الى محلّ موجود أصلا و رأسا.

و عليه فلا وجه للمناقشه فى جواز بيع الكلى الذمى بما عرفته قريبا من أن الملكيه من مقوله الأعراض التى لا توجد إلا فى محل موجود، و الكلى فى الذمه ليس بموجود لكى يكون محلا للملكيه.

البيع مبادله شى ء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه

ما هو المراد من كلمه المبادله المأخوذه فى تعريف البيع؟

قد عرفت آنفا: أن التعاريف اللغويه إنما هى تعاريف لفظيه. و

قد سيقت لشرح الاسم، و الإشاره إلى المعرف- بالفتح- بوجه من الوجوه، لا بتمام الوجوه

- و حيثيه المملوكيه. و إنما الكلام فى أن تلك الحيثيه أ هى من سنخ المقولات العرضيه أم هى من الأمور الاعتباريه.

٢- (أن المقولات لمكان واقعيتها لا تختلف باختلاف الأنظار، و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات، فان السقف الملحوظ إلى ما دونه فوق فى جميع الأنظار، و بالإضافه إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات مع أن المعاطاه مفيده للملك عرفا، و غير مفيده له شرعا).

و فيه أن اختلاف الأنظار فى جمله من الأشياء أمر ضرورى لا سبيل إلى إنكاره، إذ من البين الذى لا ريب فيه أن الفلاسفه قد اختلفوا فى عامه تعالى أنه يتعلق بجميع الأشياء تفصيلا جزئيه كانت أم كليه- كما ذهب اليه جلّ المحققين- أو لا يتعلق إلا بالكليات- كما ذهب إليه الشيخ الرئيس فى كتابيه الشفاء و الإشارات- و قد يختلف الطبيبان فى صحه شخص و مرضه أو أن الأمر الفلانى ينفع المزاج، أو يضره الى غير ذلك بل ربما يختلف أهل العرف فى ثبوت شى ء و عدمه، كالعلم، و العداله، و الشجاعه، و السخاء، و غيرها من الأوصاف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٣

لكى يمتاز عن جميع ما عداه. و على هذا فغرض الفيومى من ذكر كلمه المبادله فى تعريف البيع- أنه فى الأصل مبادله مال بمال- ليس إلا الإشاره الى أن البيع من سنخ المبادله.

إلا أن تلك المبادله ليست مبادله فى المكان. كرفع شى ء من مكانه، و وضعه فى مكان آخر.

و لا مبادله فى اللبس، كتبديل عباءه بعباءه اخرى.

و لا مبادله فى السكنى. كتبديل دار بدار اخرى.

و لا مبادله فى الركوب كتبديل فرس بفرس آخر.

و لا

غير ذلك من أقسام المبادله الخارجيه التكوينيه.

بل المراد من تلك المبادله هى المبادله فى الإضافه الماليه، بديهه أن كلّ من المتبايعين يبدل ماله فى الإضافه الماليه- عند المبايعه- بمال آخر. و للإشاره الى هذه النكته القيمه الدقيقه قد أخذ الفيومى- فى مصباحه- قيد المال فى تعريف البيع.

و التحقيق أن مفهوم البيع فى الجمله من المفاهيم البديهيه الارتكازيه التى يعرفها كل أحد: و هو التبديل بين شيئين فى جهه الإضافه أيه اضافه كانت: أى سواء أ كانت إضافه ملكيه، أم كانت إضافه ماليه، أم إضافه حقيه، أم غيرها من أنحاء الإضافات.

و لا تختص هذه الإضافه بالإضافه الملكيه، و لا بالإضافه الماليه:

أما الوجه فى عدم اختصاصها بالإضافه الملكيه فلأن سهم سبيل اللّه من الزكاه ليس ملكا لشخص خاص. و لا لجهه معينه. و لذا صدر فى آيه الصدقات [1] بلفظه (فى) الظاهره فى بيان المصرف. و مع ذلك كله يجوز بيع السهم المزبور، و صرف ثمنه فى سبيل اللّه. كما يجوز بيع نماء العين الموقوفه فى سبيل اللّه و صرف ثمن ذلك فى

---

[1] قال اللّه تعالى إِنَّمَا الصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ وَ الْمَساكِينِ وَ الْعامِلِينَ عَلَيْها وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقابِ وَ الْغارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ. التوبه ۹: ۶۰.

قربات اللّه. مع أن تلك العين ليست بملك لأحد، و لا لجهه. و كذا نماؤها.

فيستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس تبديل شيئين فى الإضافه الملكيه.

و لو سلمنا مالكيه الجهه فى المثالين المذكورين فرضنا الكلام فيمن أوصى بصرف ماله فى سبيل اللّه، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور لكى يصرف ثمنه فى

قربات اللّه لم يقع التبديل بين العوضين فى الإضافه الملكيه، بل فى إضافه أخرى غيرها.

أما الوجه فى عدم اختصاص الإضافه المذكوره بالإضافه الماليه فلأنه لا دليل على اعتبار الماليه فى البيع. و إنما المناط فى تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضه عليه. و أما ما ذكره صاحب المصباح- من أن (الأصل فى البيع مبادله مال بمال)- فلا يكون دليلا على ذلك لعدم حجيه قوله.

و على هذا فإذا كان المبيع موردا لغرض المشترى- سواء أ كان مالا عند العقلاء أم لا كالحشرات- و اشتراه بأغلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. و هذا بين لا ريب فيه.

غايه ما يلزم كون المعامله على ما ليس بمال عرفا سفهيه. و لا دليل على بطلانها بعد ما شملته أدله صحه البيع. و الفاسد شرعا إنما هو معامله السفيه و الدليل على الفساد فيها أن السفيه محجور شرعا عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قيد المال فى تعريف البيع. قيل:

إذا تعلق غرض المشترى باشتراء ما لا- يعد مالا- فى نظر أهل العرف كان ذلك الغرض موجبا لعروض الماليه له. لما عرفته آنفا من أن ماليه الأشياء متقومه بنظر العقلاء، و رغبتهم فيها. و من البديهى أن المشترى من أفرادهم. و الجواب عن ذلك:

أن ماليه الأشياء و إن كانت متقومه برغبه العقلاء و تنافسهم فيها إلا أن المراد من العقلاء نوعهم، دون الشخص الواحد. و لأجل ذلك أن من اعتبر الماليه فى البيع فقد رتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات و العقارب و الديدان و الخنافس، و أشباهها

من هوام الأرض و صغار دوابها، و غير ذلك مما لا يعد مالا فى نظر نوع

العقلاء و إن كان ذا رغبه لدى بعضهم لغرض ما.

و يضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار الماليه فى البيع. إلا أن ذلك حكم شرعى غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ فى تعريفه. و لو صح أخذ ذلك فى تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها فى تعريفه. مع أنه واضح الفساد.

ثم لا- يخفى على الفطن العارف أن مفهوم البيع لا- يتحقق إلا بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه: بان يفكّ البائع إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن. و يفكّ المشترى إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع.

و مثال ذلك أنه إذا باع زيد طعامه من عمرو بدينار صار الدينار ملكا لزيد. و لو صار الدينار ملكا لبكر لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه.

و يستوضح هذا المعنى من الكتاب العزيز [1] و من كلمات الفصحاء و أهل

---

[1] قال الله تعالى وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَراهِمَ مَعْدُودَهٍ. يوسف ۱۲: ۲۰.

قال الله تعالى وَ لَبِئْسَ ما شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كانُوا يَعْلَمُونَ. البقره ۲: ۹۶.

قال الله تعالى فَلْيُقاتِلْ فِى سَبِيلِ اللّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَياهَ الدُّنْيا بِالْآخِرَهِ.

النساء ۴: ۷۶.

قال الله تعالى إِنَّ اللّهَ اشْتَرى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَ أَمْوالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّهَ.

التوبه ۹: ۱۱۳.

قال الله تعالى أُولئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الضَّلالَهَ بِالْهُدى. البقره ۲: ۱۶.

قال الله تعالى إِنَّ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الْكُفْرَ بِالْإِيمانِ. آل عمران ۳: ۱۷۱.

قال الله تعالى وَ لا تَشْتَرُوا بِآياتِى ثَمَناً قَلِيلًا. المائده ۵: ۴۸.

الى غير ذلك من الآيات الكثيره الظاهره فى أن دخول العوض مكان المعوض معتبر فى مفهوم البيع، و الشراء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۶

العرف و اللغه [1]. قيل:

قد تعارف بين الناس إعطاء

الدراهم للخباز أو للبزاز. و الأمر بإعطاء مقابلها من الخبز و الثوب للفقير، و لا شبهه فی کون ذلک بیعا بالحمل الشائع. مع أن المثمن لم یدخل فی ملک من خرج الثمن عن ملکه. و الجواب عنه:

أن المثمن- فی أشباه ما ذکر- قد دخل فی ملک من خرج الثمن عن ملکه.

نهایه الأمر أن المشتری قد و کلّ البائع فی إعطاء المبیع لشخص آخر. و ان أبیت عن هذا التوجیه فانّا لا نبالی فی المنع عن صدق مفهوم البیع علی ذلک، و حمله علی الصلح، أو علی الهبه المعوضه.

مفهوم المفاعله و عدم صدقه علی البیع

ما هو مفهوم المفاعله، و هل یصدق ذلک علی البیع الذی هو تبدیل شی ء بشی ء؟

الظاهر أن وزن (فاعل) للدلاله علی المشارکه فی الغالب: و المشارکه هی أن یفعل الواحد بالآخر ما یفعله الآخر به حتی یکون کل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زید عمروا و علیه فذکر المبادله فی تعریف البیع یقتضی أن یکون البیع عباره عن مجموع فعل البائع و المشتری.

و لکن هذا واضح البطلان، ضروره أن البیع لیس إلا عباره عن فعل البائع فقط: و هو تبدیل ماله بمال صاحبه، و من البدیهی أن هذا المعنی غریب عن معنی المفاعله. و لا صله بینهما بوجه بل لو فرضنا صدق مفهوم البیع علی کل من فعل البائع و المشتری لکان الصادر

---

[۱] فی القاموس کل من ترک شیئا و تمسک بغیره فقد اشتراه، و منه اشتروا الضلاله بالهدی.

من کل منهما بیعا بنفسه. و إذن فلا وجه لذکر کلمه المبادله فی تعریف البیع- کما صنعه صاحب المصباح، و تلقاه جماعه بالقبول- بل لا بد من تبدیل لفظ المبادله فی تعریف البیع بکلمه التبدیل، فان التبدیل هو الذی یتحقق بفعل البائع.

نعم یشترط رضا المشتری بفعل

البائع، و تحقق عنوان التبديل. و لكنه أجنبى عن قيامه بالمشترى، كقيامه بالبائع، و هذا بخلاف مفهوم المبادله، فإنه معنى قائم بشخصين، كما هو الشأن فى باب المفاعله على ما عرفته فى طليعه البحث.

رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعله و الجواب عنه

قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكا آخر فى معنى المفاعله. و حاصله: أنه قد اشتهر بين الأدباء و غيرهم أن الفارق بين الهيئات المجرده، و بين هيئه المفاعله إنما هو تقوم المعنى فى باب المفاعله بطرفين.

إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم. و من الاستعمالات الصحيحه خلاف ذلك. كقوله تعالى يُخادِعُونَ اللّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا «۱» فان الغرض من الآيه الشريفه تصدى المنافقين لخديعه اللّه و خديعه المؤمنين فقط. و غير ذلك من الآيات الكثيره الظاهره فى خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعله.

و يقال فى الاستعمالات العرفيه الصحيحه: عاجله بالعقوبه. و خالع المرأه. و بارزه بالحرب. و ساعده التوفيق. و واراه فى الأرض. و غير ذلك، فان جميع ذلك بين ما لا تصح نسبه الماده فيه الى الاثنين، و بين ما لم يقصد فيه ذلك و ان صحت النسبه المزبوره.

و عليه فلا بد من بيان الفارق بين هيئه الفعل المجرّد، و بين هيئه المفاعله.

و توضيح ذلك: أن الهيئات المجرده لم يلحظ فيها تجاوز الماده عن الفاعل الى غيره بحسب وضع الواضع. بل التجاوز فيها إما ذاتى- كجمله من الأفعال المتعديه: نظير ضرب،

---

(۱) البقره ۲: ۹.

و خدع، و نصر، و نحوها- أو بواسطه الأداه: كما فى الأفعال اللازمه- مثل جلس، و ذهب، و أمثالهما- و قسم من الأفعال المتعديه- كلفظ كتب و نظائره- بديهه أن تجاوز الماده فى القسمين الأخيرين الى غير الفاعل إنما هو

بواسطه الأداه. فيقال:

جلس إليه. و كتب إليه.

نعم لا- شبهه فى أن كلمه (كتب) تدل على تجاوز الماده- و هى الكتابه- إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه- الذى هو مورد بحثنا- و إذا أريد تجاوز تلك الماده إلى المكتوب اليه فلا- بد من الاستعانه بكلمه إلى و أما هيئه المفاعله- كخادع و ضارب و قامر و نحوها- فإن حيثيه تعديه الماده عنها الى غيرها ملحوظه فيها مطابقه فى مقام افاده النسبه، و هذا بخلاف الأفعال المجرّده المتعديه- كضرب و نصر و خدع و نحوها- فإن التعديه فيها من ذاتيات مفادها.

و عليه فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره صدق عليه أنه خدعه.

و لا يصدق عليه أنه خادعه إلا إذا تصدى لخديعه غيره و كذلك الحال فى ضرب و ضارب و نصر و ناصر و أشباهها من الأفعال المتعديه.

و من هنا يفرق بين ضار، و مضار، فان سمره بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الأنصارى- عند الدخول على عذقه من منزل الأنصارى- قال له النبى ص:

انك رجل مضار «۱»: أى متصد لإضرار الأنصارى. و الجواب عن ذلك:

أن هيئه المفاعله لا- تتقوم إلا- بصدور الفعل من الاثنين، لما عرفته آنفا من دلاله المفاعله على المشاركه فى الغالب: و هى أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به لكى يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمرا.

و من الواضح أن هذا المعنى لا- يتحقق بمجرد تصدى أحدهما لإيجاد الماده دون صاحبه. فلا يقال: ضارب زيد عمروا، أو صارعه، أو جادله، فيما إذا تصدى زيد

---

(۱) راجع فروع الكافى ج ۱ ص ۴۱۴.

لضرب عمرو، أو حربه، أو صراعه، أو

جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه و من صاحبه معا لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحه.

نعم قد تكون هيئه المفاعله بمعنى الفعل المجرد: نحو سافر زيد. و قاتله اللّه.

و واراه فى الأرض. و بارك فى أمره. و أشباه ذلك من الأمثله.

و قد تكون بمعنى الكثره و المبالغه. و لعل من القبيل الثانى قول النبى (ص) لسمره بن جندب: إنك رجل مضّار، و لا ضرر، و لا ضرار على مؤمن.

الإجاره و عدم استعمالها فى نقل العين

قوله: (كما أن لفظ الإجاره يستعمل عرفا فى نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجره).

أقول: إن كان مراده من الثمره على الشجره وجودها عليها فعلا- كما هو الظاهر من كلمه على- فلا شبهه أن الثمره ليست موردا للإجاره. بل استعمال لفظ الإجاره فى نقل الثمره غلط فاحش.

و إن كان مراده من الثمره على الشجره شأنيه ظهورها عليها فلا ريب حينئذ فى صحه تعلق الإجاره بالشجره، و تكون الثمره منفعتها المقصوده من إجارتها. و على هذا فيجوز استعمال لفظ الإجاره فى نقل الثمره استعمالا حقيقيا.

نعم قد يتوهم فى بعض الروايات [١] إسناد الإجاره إلى نفس الثمره قبل ظهورها على الشجره. و لعله الى هذا نظر المصنف فى كلامه [٢] قبل:

---

[١] فى الصحيح عن الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) قال تقبّل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنه. و إن شئت أكثر. و إن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجرها.

التهذيب ج ٢ ص ١٧٣. و الوافى ج ١٠ ص ١٣٩. و الوسائل ج ٢ باب ١٩ من أبواب المزارعه.

[٢] لكن المراد من الاستئجار فى الروايه الاشتراء، بداهه ان ظهور الثمره-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٠

إن ظهور الثمره

على الشجره فعلا لا يمنع عن صحه تعلق الإجاره بالشجره، فإن الثمره الموجوده على الشجره هى منفعتها المقصوده منها، كما أن منفعه الدابه ركوبها، و منفعه الدار سكناها. و الجواب عن ذلك:

أن الإجاره و إن كانت تمليكا للمنفعه إلا أن تلك المنفعه لا بد و أن تكون معلومه بوجه. و من البين الذى لا ريب فيه أن الثمره الموجوده على الشجره مجهوله المقدار. و إذن فتبطل الإجاره من ناحيه الجهاله. قيل:

إذا اقتضت الجهاله بطلان إجاره الشجره بعد ظهور ثمرتها اقتضت بطلان إجارتها قبل ظهور ثمرتها بالأولويه القطعيه، لشده الجهاله هنا. و الجواب عنه:

أن جهاله الثمره قبل ظهورها على الشجره لا تضر بإجاره الشجره. بديهه أن المناط فى ارتفاع الجهاله عن المنفعه- التى هى مورد للإجاره فى العين المستأجره- العلم باشتمال العين المستأجره على حيثيه الانتفاع بها: بأن تكون معدّه لذلك.

و من المعلوم أن اشتمال الأشجار المثمره على حيثيه الاثمار أمر معلوم، و إذن فلا تبطل الإجاره من ناحيه الجهاله. و هذا بخلاف الثمره الموجوده على الشجره فإنها مجهوله المقدار. و عليه فتبطل الإجاره من ناحيه الجهاله.

و يضاف إلى ذلك أن إجاره الشجره لثمرتها الموجوده خارجه عن مفهوم الإجاره جزما. إذ لا نحتمل أن يتوهم أحد صدق مفهومها على استئجار عين لأجل عين أخرى موجوده. كاستئجار الشاه للبنها المحلوب. و استئجار الأشجار لأغصانها الفعليه.

و استئجار المزرعه لزرعها الموجود. و هكذا فى نظائرها.

نعم قد تكون منفعه العين المستأجره ما يوجد من الأعيان و لكنها غير موجوده

- على الشجره ليس بشرط فى استئجار الشجره. و إنما هو شرط فى بيع الثمره. و عليه فالمراد من لفظ التقبل- المذكور فى صدر الروايه- الشراء دون الاستئجار.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲،

حال الإجاره. کاستئجار المنائح و البقرات و الشیاه للبنها غیر المحلوب. و استئجار المرضع لیرتضع الطفل من لبنها. و استئجار الشجره لثمرتها المعدومه. و السر فی ذلک ما أشرنا إلیه من کون المنفعه فی أمثال هذه الموارد معلومه بوجه.

الثمن و جواز کونه من المنافع

قوله: (و أما العوض فلا إشکال فی جواز کونه منفعه).

أقول: لا ریب فی جواز کون الثمن من المنافع. سواء أقلنا باعتبار المالیه فی العوضین، أم لم نقل به، ضروره أن المنافع من أظهر مصادیق الأموال، لرغبه العقلاء إلیها، و تنافسهم فیها.

نعم حکی عن بعض الأعیان: أن شأن العوض شأن المعوض. فکما یعتبر کون الثانی من الأعیان. و کذلک الأول.

و یمکن الاستدلال علی هذا الرأی بوجوه:

۱- ما اشتهر بین الفقهاء من أن البیع نقل الأعیان. و یرد علیه:

أن غرض الفقهاء رضوان اللّه علیهم من هذه العباره هو المبیع، لأنهم ذکروها فی مقابل الإجاره التی هی لنقل المنافع. مع أن الأجره فیها تکون من الأعیان غالبا.

و لعل النکته فی عبارتهم هذه هی ملاحظه ناحیه الإیجاب، بداهه أن العقد إنما یتم بفعل الموجب. و أما القابل فلیس له إلا الارتضاء بذلک الفعل، و نسبته الی نفسه.

۲- أن الأدله الداله علی صحه البیع و نفوذه إنما هی منصرفه إلی البیوع المتعارفه. و من البدیهی أنه لم یتعارف جعل العوض فی البیع من المنافع. و علی فرض وجوده فی مورد فهو من الأفراد النادره التی تنصرف عنه الإطلاقات. و الجواب عن ذلک

أن مفهوم البیع- علی ما عرفته آنفا- تبدیل شی ء بعوض فی جهه الإضافه.

و لا یفرق فی تحقق هذا المفهوم بین أن یکون کلا العوضین عینا، أو کلاهما منفعه، أو أحدهما عینا

و الآخر منفعه.

و لكنا قد ذكرنا فيما سبق: أن المتبادر من الاستعمالات العرفيه عدم صدق البيع على تمليك المنفعه. بل يعتبر فى تحقق مفهومه أن يكون المبيع عينا. و أما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان. فيبقى تحت مفهوم البيع: و هو تبديل شى ء بشى ء فى جهه الإضافه. فتشمله العمومات الداله على صحه العقود.

و يضاف الى ذلك أن غلبه الأفراد الخارجيه لا تمنع عن شمول أدله الإمضاء للفرد النادر.

۳- أن المنافع أمور معدومه، فلا يقع عليها البيع، ضروره أن الملكيه من مقوله الأعراض، و هى لا تتقوم إلا بالمحل الموجود. و من المفروض أن المنافع أمور معدومه. فيستحيل أن تكون موضوعا للملكيه. و يرد عليه:

أن الملكيه من الأمور الاعتباريه التى لا تتوقف على وجود موضوع لها فى الخارج. بل لا بد و أن يكون متعلقها قابلا لتعلق الاعتبار به فى نظر العقلاء، و قد عرفت ذلك فيما تقدم.

۴- ما ذكره الطريحى فى مجمع البحرين، من أن المال فى الأصل الملك من الذهب و الفضه. ثم أطلق على كل ما يقتنى، و يتملك من الأعيان. و عليه فلا تكون المنفعه ثمنا فى البيع، لأنه مبادله مال بمال. و المفروض أن المنفعه ليست من الأموال.

و يرد عليه:

أن المال ما يبذل بإزائه شى ء حسب رغبه العقلاء و تنافسهم، و من الواضح أن هذا المعنى أعم من العين و المنفعه. بداهه أن المنفعه من مهمات ما يرغب فيه العقلاء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۳

عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا فى البيع

قوله: (و أما عمل الحر فان قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال).

أقول: هذا الكلام استدراك عما تقدم منه (ره): و هو قوله:

(و أما العوض

فلا إشكال فی جواز کونه منفعه).

و توضیح ذلک: أن عمل الحر تاره یلاحظ بعد وقوع المعاوضه علیه- کما إذا استأجره لبنائه داره، أو لنجاره بابه، أو لخیاطه ثوبه، أو لغیر ذلک من الأغراض العقلائیه- و أخری یلاحظ قبل وقوع المعاوضه علیه.

و علی الأول فلا إشکال فی جعل العمل المزبور ثمنا فی البیع، بداهه کونه مالا مملوکا للمستأجر. و له أن یتصرف فیه أی تصرف، لأن الناس مسلطون علی أموالهم.

کما أن عمل العبد و الدابه مال مملوک لصاحبها.

و الدلیل علی ماله عمل الحر فی هذه الصوره أمور:

۱- أنه یصح إطلاق ذی المال علی المستأجر الذی ملک عمل الحر بالإجاره أو الصلح.

۲- أنه یجب علی المستأجر المزبور حجّ البیت، لأنه قد استطاع الیه سبیلا، إذا کان عمل أجیره وافیا بزاده و راحلته.

۳- أنه یخرج المستأجر بعمل أجیره عن عنوان الفقراء، و یعامل معه معامله الأغنیاء، إذا کفی ذلک العمل مئونه سنته. و إذن فیحرم علیه أخذ الزکاه. و سائر الوجوه الشرعیه المقرره للفقراء و المساکین.

۴- أنه إذا أتلف أحد عمل أجیر ضمنه لمستأجره، لقاعده الضمان بالإتلاف.

و لأجل هذه الأمور کلها نستکشف صدق مفهوم المال علی عمل الحر بعد وقوع المعاوضه علیه. و السر فی ذلک کله: أن عمله حینئذ مورد لرغبه العقلاء و میلهم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۳۴

و علی الثانی فإن قلنا باعتبار المالیه فی الثمن و المثمن فلا یقع عمل الحر عوضا فی البیع، لأنه لا یعد مالا عرفا. و إن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمنا فیه.

و الشاهد علی عدم کونه مالا فی هذه الصوره: أن الحر لا یکون مستطیعا بلحاظ عمله لکی یجب علیه الاکتساب، و تحصیل الزاد و الراحله.

ثم السير الى بيت اللّه الحرام.

و أيضا لو حبسه أحد لم يضمن عمله. مع أن تفويت منافع العبد أو الدابه أو سائر الحموله موجب للضمان.

هذا كله فيما إذا جعل عمل الحر ثمنا فى البيع. و أما جعله مثمنا فيه فليس بجائز قطعا، لأنه من المنافع. و قد عرفت فيما سبق أن المبيع لا بد و أن يكون من الأعيان، إذ لا يصدق مفهوم البيع على تمليك المنفعه بعوض.

و الحق: أنه لا يفرق فى صدق مفهوم المال على عمل الحر بين وقوع المعاوضه عليه و عدمه. و الوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقا من أن ماليه الأشياء متقومه برغبه الناس فيها رغبه عقلائيه. و لا يعتبر فى ذلك صدق الملك عليها، لأن النسبه بينهما هى العموم من وجه. إذ قد يوجد المال و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصليه قبل حيازتها، فإنها مال و ليست بمملوكه لأحد. و قد يوجد الملك، و لا يصدق عليه مفهوم المال. كحبه من الحنطه، فإنها ملك لصاحبه، و ليست بمال، إذ لا يبذل بإزائها شى ء. و قد يجتمعان.

و هو كثير. و من المعلوم أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه عليه- من مهمات الأموال العرفيه و إن لم يكن مملوكا لأحد بالملكيه الاعتباريه. بل هو مملوك لصاحبه بالملكيه الذاتيه الأوليه على ما عرفته فى أول الكتاب.

نعم ربما يناقش فى ذلك بأن البيع- كما سبق- تبديل شى ء من الأعيان بعوض فى الإضافه الاعتباريه. و من الواضح أن عمل الحر فاقد لهذه الإضافه. و إذن فلا يصلح لأن يكون طرفا للتبديل الاعتبارى فى جهه الإضافه.

و فيه أن عمل الحر و إن لم يكن مملوكا لصاحبه بالإضافه الاعتباريه قبل البيع،

و لكنها تعرض عليه بنفس البيع. و قد تقدم نظير ذلك فى البحث عن إمكان بيع الكلى فى الذمه.

و دعوى أن كلا- من العوض و المعوض لا- بد و أن يكون مالا مملوكا قبل البيع دعوى جزافيه، إذ لم يدل على ذلك دليل من النقل و الاعتبار.

و أما الوجه فى عدم وجوب الحج على الحر- بلحاظ استطاعته من ناحيه عمله- فلأن الاستطاعه إنما تتحقق بمالكيه المكلف- بالفعل- لما يحج به من الزاد و الراحله.

و بمالكيته لمئونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى. و بأمن الطريق فى بعض الأخبار [1].

و عليه فعمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه و إن كان مملوكا له بالملكيه الفعليه التكوينيه. و كذا بالملكيه الشأنيه الاعتباريه. إلا أنه لا يترتب عليهما ما هو أثر للملكيه الفعليه الاعتباريه.

نعم إذا آجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد، بحيث يكفى ذلك مئونه حجه و عياله، كان مستطيعا. و السر فيه هو ما ذكرناه من كون المدار فى الاستطاعه على الملكيه الفعليه الاعتباريه، دون الاقتضائيه.

و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يصح إطلاق ذى المال على الحر باعتبار عمله،

---

[1] المروى عن محمد بن يحيى الخثعمى قال: سأل حفص الكناسى أبا عبد اللّه (ع) و أنا عنده عن قول اللّه عز و جل وَ لِلّٰهِ عَلَى النّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ما يعنى بذلك؟ قال: من كان صحيحا فى بدنه. مخلى سربه. له زاد و راحله. فهو ممن يستطيع الحج. الخبر. فروع الكافى ج ۱ ص ۲۴۰، و الوافى ج ۸ ص ۴۹. و الوسائل ج ۲ باب ۸ من أبواب الحج. فى أقرب الموارد: السرب بالفتح الطريق. يقال: خل له

سربه: أی طریقه. فلان مخلی السرب: أی موسع علیه غیر مضیق علیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۳۶

إذ المناط فی صحه هذا الإطلاق کون الإنسان مالکا لأمواله بالملکیه الفعلیه الاعتباریه.

و قد عرفت قریبا: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- غیر مملوک له کذلک، لأن ثبوت شی ء لشی ء بالإضافه الاعتباریه إنما یصح فی غیر موارد الثبوت الحقیقی.

و إلا کان الاعتبار لغوا محضا، و تحصیلا للحاصل. و من المفروض أن عمل الحر مملوک له بالإضافه الذاتیه. کما أن اللّه تعالی مالک لمخلوقاته بالإضافه الذاتیه الإشراقیه.

و أما الوجه فی أن إتلاف عمل الحر لا یوجب ضمانه علی المتلف فهو أن قاعده الضمان بالإتلاف لیست بروایه لکی یتمسک بإطلاقها فی الموارد المشکوکه. بل هی قاعده متصیده من الموارد الخاصه. و إذن فلا بد من الاقتصار فیها علی المواضع المسلمه المتیقنه.

و مع الإغضاء عن ذلک، و تسلیم کونها روایه أنها غریبه عن عمل الحر. إذ المستفاد منها أن إتلاف مال غیره موجب للضمان. و من الواضح أن الظاهر من کلمه (المال) هو المال المضاف الی مالکه بالإضافه الاعتباریه. و قد عرفت: أن عمل الحر- قبل وقوع المعاوضه علیه- لیس کذلک. و علیه فلا یکون مشمولا لقاعده الضمان بالإتلاف.

نعم إذا کان الحر کسوبا: و له عمل خاص یشتغل به کل یوم- کالبنایه و التجاره و الخیاطه و غیرها- فان منعه عن ذلک موجب للضمان، للسیره القطعیه العقلائیه.

نظره فی الحقوق

اشاره

قوله: (و أما الحقوق الأخر).

أقول: لا وجه لتوصیف کلمه (الحقوق) بلفظ (الأخر) إذ لم تتقدم طائفه من الحقوق لیکون المذکور هنا طائفه أخری منها.

و علیه فالوصف المزبور مستدرک جزما. و قد ضرب علیه فی بعض النسخ الصحیحه.

و یحتمل قریبا وقوع التصحیف فی عباره

المصنف بالتقديم و التأخير. و صحيحها هكذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۷

و أما الحقوق فان لم تقبل المعاوضه بالمال فلا إشكال. و كذا لو لم يقبل النقل. و أما الحقوق الآخر القابله للانتقال إلخ.

و قد ذكر السيد فى حاشيته وجها آخر لتصحيح العباره. و إليك نصه بلفظه:

(يمكن أن يكون الوصف توضيحيا، و يمكن أن يكون تقييديا بعد اعتبار كون العين و المنفعه أيضا من الحقوق بالمعنى الأعم). و يرد عليه:

أن الحق المبحوث عن جواز جعله ثمنا ليس من سنخ العين، و لا من سنخ المنفعه لكى يحتاج تمييزه عنهما الى قيد احترازى. بل هو أمر يباين العين و المنفعه، فإنه عباره عن الإضافه الخاصه المتعلقه بالعين تاره، و بالمنفعه أخرى. و من هنا قد ناقش المصنف فى جعل حق التحجير ثمنا فى البيع بدعوى أنه ليس بمال- و سيأتى ذلك قريبا- مع أن الأرض المحجره مال بالحمل الشائع قطعا.

نعم لو كان مورد البحث فى العين أو المنفعه هو نفس الإضافه بين المالك و المملوك، أو كان مورد البحث فى الحقوق هو متعلقها، لكان الحق شبيها بالعين و المنفعه، و احتاج تخصيص البحث بالحقوق الى قيد احترازى. و لكن قد اتضح لك خلاف ذلك مما ذكرناه.

قوله: (كحق الشفعه و حق الخيار)

. أقول: الظاهر وقوع التحريف فى هذه العباره، ضروره أن حق الشفعه و حق الخيار من أمثله القسم الثانى للحق الذى أشار إليه المصنف

بقوله: (و كذا لو لم يقبل النقل)

. و الوجه فى ذلك أن القسم الثانى من الحق هو ما لا يقبل النقل الاختيارى و ان كان مما يقبل الانتقال بالسبب القهرى كالإرث- أو كان يقبل الاسقاط مجانا، أو مع العوض و

من الظاهر أن حق الشفعه و حق الخيار يقبلان الانتقال و الاسقاط مجانا أو مع العوض، فيكونان من مصاديق القسم الثانى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۳۸

أقسام الحقوق و أحكامها

قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثه أقسام:

۱- ما لا يقبل المعاوضه بالمال و حكم فيه بأنه لا يجوز جعله ثمنا فى البيع.

۲- ما لا يقبل النقل- و إن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه كالإرث- كحق الشفعه و حق الخيار. و حكم فيه أيضا بأنه لا يجوز جعله ثمنا فى البيع.

و استدل على أن هذا القسم من الحق لا يقبل النقل بما ذكره بعض الأصحاب من أن البيع تمليك من الطرفين (البائع و المشترى) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك لا محاله، و إن قبل السقوط و الاسقاط.

و ناقش فى هذا الرأى صاحب الجواهر، و إليك نص عبارته: (و فيه أن من البيع بيع الدين على من هو عليه. و لا ريب فى اقتضائه حينئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذى بعينه يقرر فى نحو حق الخيار و الشفعه و اللّه اعلم). و قد أجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع الدين ممن هو عليه، و بين ما نحن فيه بتقريب أن الملكيه علاقه خاصه بين المالك و المملوك. و لا حاجه لها إلى وجود المملوك عليه. و عليه فلا مانع من تملك الإنسان لما فى ذمته، و يترتب عليه سقوطه. و لذلك جعل الشهيد فى قواعده الإبراء مرددا بين التمليك و الاسقاط. مع أنه لو كان تملك الإنسان لما فى ذمته محالا لما جعل أمر الإبراء مرددا بينهما. و هذا بخلاف حق الشفعه

و حق الخيار و أشباههما من الحقوق التى تتقوم بطرفين (المسلط و المسلط عليه) فان ذلك سلطنه فعليه محتاجه إلى المسلط عليه. و على هذا النهج فلو نقلت هذه السلطنه ممن له الحق إلى من عليه الحق لزم منه اجتماع عنوانين متقابلين: (المسلط و المسلط عليه) فى شخص واحد و هو محال.

٣- ما يقبل النقل و الانتقال و يقابل بالمال فى الصلح كحق التحجير. و مع ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٣٩

ناقش المصنف فى وقوعه ثمنا فى البيع، لأنه- لغه و عرفا- مبادله مال بمال. و من البين أن الحق ليس بمال لكى يقع عوضا فى البيع. نعم إذا قلنا بعدم اعتبار الماليه فى كل من الثمن و المثمن أمكن جعل الحق ثمنا فى البيع. هذا تفصيل ما ذكره المصنف فى المقام.

أقول: أما القسم الأول (ما لا يقبل المعاوضه بالمال) فقد يراد منه ما يقبل النقل و الانتقال، و السقوط و الاسقاط قبولا مجانيا من دون أن يقابل بالمال- كحق القسم للضره على ما قيل- و عليه فما ذكره قدس سره و إن كان وجيها من حيث الكبرى:

و هى أن مثل هذا الحق لا يجوز جعله ثمنا فى البيع. و لكن لم يدلنا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى فى الخارج. و أما حق القسم فلا دليل على كونه من هذا القبيل.

و قد يراد من ذلك ما لا يقبل النقل و الانتقال، و لا السقوط و الاسقاط- كحق الولايه و الحضانه و أشباههما- و هو أيضا متين من حيث الكبرى المزبوره، لأنه لا تصح مقابله الحقوق بالمال إلا بلحاظ الجهات المذكوره. فإذا استحال عروض تلك الجهات على الحقوق لم تجز المعاوضه عليها.

و لكن

مثل هذا لا يسمى حقا مصطلحا، إذ المعروف بين الفقهاء رضوان اللّه عليهم: أن الفرق بين الحق و الحكم أن الحق نوع من السلطنه التى يكون أمرها بيد ذى الحق بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من ذلك. و إذن فالأمثله المذكوره غريبه عن حدود الحق. و إنما هى من مصاديق الحكم المصطلح.

و أما القسم الثانى (ما لا يقبل النقل) فيقع البحث عنه فى جهات شتى:

١- مالكيه الإنسان لما فى ذمته.

ذكر المصنف (ره): أن جواز ملك الإنسان لما فى ذمته معقول عقلا، و جائز شرعا.

و هذا موافق للتحقيق، لما ذكرناه فى أول الكتاب من مالكيه الإنسان لنفسه و فعله و ذمته بالإضافه التكوينيه الذاتيه الأوليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ۴٠

نعم لا يتصف ذلك بالملكيه الاعتباريه. لا من جهه استحاله اتحاد المالك و المملوك عليه. بل لأن الثبوت الاعتبارى إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكوينى حقيقى.

و إلا لكان الاعتبار لغوا محضا، و تحصيلا للحاصل. و قد مرّ فيما سبق أن مالكيه الإنسان لذمته أمر تكوينى حقيقى، فلا يحتاج إلى الثبوت الاعتبارى. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد يتوهم أن المالك و المملوك عليه من المتضائفين، و هما متقابلان. و إذن فيستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه.

و لكن هذا التوهم فاسد، بديهه أن النسبه بين المالك و المملوك عليه و إن كانت هى التضايف. و لكن المتضائفين لا يستحيل اجتماعهما فى محل واحد دائما فاللّه تبارك و تعالى عالم بذاته، و هو معلوم له و كل شاعر يحبّ نفسه. و إنما الاستحاله فيما كان بين المتضائفين تغاير وجودى كالعليه و المعلوليه. و من البديهى أن المالك و المملوك عليه لم يعتبر بينهما التغاير

الوجودی. فلا مانع من صدقهما علی شی ء واحد.

۲- الفارق بین الملکیه و السلطنه:

ذکر المصنف: أن الملکیه لا تتوقف علی المملوک علیه. و السلطنه تتوقف علی المسلط علیه.

و التحقیق: أن هذا المعنی و إن کان صحیحا بالإضافه إلی الملکیه المضافه إلی الأعیان الخارجیه. إلا انها لا تصح فی الملکیه المضافه إلی الذمم. فإن الکلی ما لم یضف إلی ذمه شخص خاص لا یبذل بإزائه شی ء. و لا یرغب فیه العقلاء.

۳- اتحاد المسلط و المسلط علیه:

ذکر المصنف: أن مثل حق الشفعه و حق الخیار سلطنه فعلیه، فلا یعقل قیام طرفیها بشخص واحد.

و التحقیق: أن حق الشفعه لا تجوز المعاوضه علیه. لا من ناحیه المحذور الذی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۴۱

ذکره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سیأتی قریبا) بل من جهه أن حق الشفعه إما أن یباع من المشتری، أو من غیره. و علی الأول فیکون البیع لغوا محضا، إذ المشتری مالک للحصه المبیعه قبل انتقال حق الشفعه إلیه و علیه فلا معنی لاستحقاقه تملک تلک الحصه ثانیا بحق الشفعه. و علی الثانی فلأن حق الشفعه استحقاق الشریک للحصه المبیعه فی شرکته لکی یضمها الی حقه. فالشریک قد أخذ موضوعا لهذا الحق. و من البین الذی لا ریب فیه أنه لا یعقل ثبوت الحکم لغیر موضوعه، بدیهه أن نسبه الحکم الی موضوعه کنسبه المعلول الی علته، فکما یستحیل انفکاک المعلول عن علته کذلک یستحیل انفکاک الحکم عن موضوعه.

و بتعبیر آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعه وجدنا خصوصیه فی مورده.

و تلک الخصوصیه هی العله التامه لثبوته للشریک فقط، دون غیره.

نعم تجوز المعاوضه علی حق الشفعه من حیث الإسقاط بأن یجعل إسقاطه ثمنا فی البیع، أو اجره

فی الإجاره، أو عوضا فی الصلح و الهبه، أو صداقا فی النکاح، و لکن هذا أجنبی عما نحن فیه، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضه علی حق الشفعه، و جعله عوضا فی العقود المعاوضیه، لا المعاوضه علی إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقا: أن عمل الحر یجعل عوضا فی البیع و غیره من العقود المعاوضیه.

و أما حق الخیار فجواز المعاوضه علیه من حیث الاسقاط خارج عن موضوع بحثنا- و قد عرفته قریبا- و أما نقله الی غیره بالعقود المعاوضیه، و جعله عوضا فیها فقد منعه المصنف من ناحیه استلزامه اتحاد المسلط و المسلط علیه.

و الجواب عن ذلک:

أولا: أن هذا إنما یتم فیما إذا نقل حق الخیار الی من علیه الخیار. و أما إذا نقل الی غیره فلا یلزم منه المحذور المذکور. و إذن فالدلیل أخص من المدعی.

ثانیا: أن هذا إنما یلزم فیما إذا کان متعلق السلطنه فی الخیار هو البائع. دون

العقد. و لکن سیأتی فی مبحث الخیارات أن الخیار إنما یتعلق بالعقد لا بالمتبایعین و إلا لسقط خیار کل منهما بموت صاحبه.

و علی هذا الضوء فثبوت حق الخیار لا یحتاج الی وجود المسلط علیه لکی یلزم من نقله الیه اتحاد المسلط و المسلط علیه. بل شأنه شأن حق التحجیر المتعلق بالأرض المحجره.

ثالثا: أنه لو استحال بیع حق الخیار ممن علیه الخیار- لاستحاله اتحاد المسلط و المسلط علیه- لاستحال ملک الإنسان لما فی ذمته بالأولویه القطعیه، لاستحاله تملک الکلی بدون المملوک علیه. و حیث عرفت إمکان الثانی فکان الأول أولی بالإمکان.

رابعا: أن مفهوم السلطنه و إن کان من المفاهیم الإضافیه. إلا أن عنوان التضایف لا

يقتضى استحاله صدق المتضايفين على شى ء واحد. كما عرفته قريبا.

و صفوه ما ذكرناه: أنه لا مانع من نقل حق الخيار الى شخص آخر من الناحيه التى ذكرها المصنف قدس سره.

نعم ان الخيار المجعول بجعل المتبايعين، أو بجعل شرعى ترجع حقيقته- على ما حققناه فى مبحث الخيارات- الى تحديد الملكيه فى البيع الى زمان فسخ من له الخيار. و من الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار. نعم هو قابل للإسقاط، و الانتقال إلى الوارث بأدله الإرث. و تمام الكلام موكول الى مبحث الخيارات. و يأتى الكلام فيه إن شاء اللّه.

و أما القسم الثالث: فهو ما يقبل النقل و الانتقال- كحق التحجير و نحوه- و قد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمنا فى البيع، لعدم صدق المال عليه.

و يرد عليه ما ذكرناه فى أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبذلون بإزائه شيئا. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبه العقلاء و تنافسهم.

فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور فى جواز المعاوضه عليه من هذه الناحيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۳

نعم يتوجه عليه أن الحق و إن كان قابلا للنقل و الانتقال، أو السقوط و الاسقاط، مجانا، أو بعوض. إلا أنه لا يمكن جعله ثمنا فى البيع، بداهه أن الحق حكم شرعى غير قابل لأن تتعلق به إضافه ملكيه أو غيرها.

و قد عرفت سابقا «۱»: أن البيع لا بد فيه من التبديل: بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر. نعم نقل الحق أو إسقاطه فعل من أفعال المكلف. فيصح جعله ثمنا. و إذن فيملك البائع على المشترى هذا الفعل. و يلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع.

كما هو الحال فى بقيه الأفعال المجعوله ثمنا.

و قد نوقش فى جعل الحق ثمنا فى البيع بمناقشه اخرى. و حاصلها: أن البيع- فى الواقع و نفس الأمر- ليس إلا إزاله الإضافه المالكيه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافه أخرى مالكيه فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمنا فى البيع.

و السر فى ذلك أن الملكيه من المفاهيم الإضافيه. فأحد طرفيها قائم بالمالك، و طرفها الآخر قائم بالمملوك. و من آثار هذه الإضافه أن يفكّ المالك- عند التبديل- إضافته القائمه بالمتاع، و يجعلها قائمه بالثمن، و يفكّ مالك الثمن إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع. و هذا هو البيع بالحمل الشائع. و يقابله باب الإرث، فإن فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على حاله.

و من الظاهر أن التبديل فى باب الحقوق من القبيل الثانى. ضروره أنه إذا جعل الحق عوضا فى معامله كان معناه زوال الحق من ذى الحق و ثبوته لشخص آخر، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه.

و ليس معناه وقوع التبديل بين المعوض و بين متعلق الحق كالأرض المحجره مثلا.

و لا أن معناه وقوع المعاوضه بين المعوض و نفس الحق ضروره أن الحق ليس إلا إضافه خالصه و من البديهى أن مقابله هذه الإضافه بشى ء تحتاج إلى إضافه أخرى

---

(١) ص ٢٥

لكى يقع التبديل فى تلك الإضافه. و يلزم منه التسلسل.

و على هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل حق بحق. و لا على تبديله بغيره.

كما أنه لا يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه فى الجهات الراجعه إليه- كالامامه، و القضاوه. و الوزاره، و السلطنه، و أشباهها- و لأجل هذه المناقشه يلزمنا أن

نمنع عن جواز تبـديل حق بحق. أو تبـديله بغيره، منعا مطلقا: أى سواء أصـدق عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك. و أنت خبير بأن المانع من تبديل الحقوق، و جعله ثمنا هو ما ذكرناه من استحاله تعلق الملكيه بالحكم الشرعى. و إلا فلو أمكن تعلقها به لم يكن مانع من تبديله، و جعله ثمنا. و بذلك تنقطع السلسله كما فى مبادله الأعيان و المنافع.

الملک و الحق و بيان الفارق بينهما

ما هى حقيقه الملك، و حقيقه الحق، و ما هو الفارق بينهما؟

أن الثابت فى نظـام الوجود لاـ يخلو عن أربعه أقسـام: لأـنه إمـا واجب، أو ممكن. و الثانى: إما جوهر، أو عرض، أو أمر اعتبارى قائم بنفس الاعتبار.

و لاـ ريب فى أن الأحكـام كلهـا من قبيـل الأـمور الاعتباريه. سواء فيها الأحكام الشـرعيه، و العقلائيه، و الوضـعيه، و التكليفيه، و الإلزاميه و الترخيصيه.

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمه المكلف.

و معنى الزوجيه اعتبار كل من الزوجين عدلا للآخر.

و معنى الملكيه اعتبار إحاطه المالك بالمملوك. و على هذا النمط كلما ورد عليك حكم من الأحكام.

و عليه فحقيقه الملكيه إنما هى السلطنه و الإحاطه: و هى مقوله بالتشكيك على مراتبها الأربع المتقدمه «۱» و لا ريب فى أن هذه السلطنه إنما تتعلق بالأعيان الخارجيه

---

(۱) ص ۲.

تاره، و بالأفعال اخرى. فيقال: له السـلطنه على المملكه. و هو سـلطان الرعيه، و الناس مسـلطون على أموالهم. و زيـد مسـلط على الخياطه و البنايه و التكلم و الكتابه و نحو ذلك من الأفعال.

و هـذا بخلاـف الحق و الحكم، فإنهمـا لاـ يتعلقان إلا بالافعال. فيقال: يباح للإنسان أكل الخبز و شـرب الماء. و يسـتحب له أكل الرمان و يجب على المكلف

الإتيان بالصلاه الواجبه، و ترک المحرمات. و يحرم عليه شرب المسکر و أکل الربا، و استماع الغناء. و يکره له أکل لحم الحمير و البغال.

و أيضا يقال: إن صاحب الخيار له حق فسخ العقد. و المرتهن له حق بيع العين المرهونه، و استيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه. و الزوجه لها حق المطالبه للمسکن و النفقه و المضاجعه من زوجها. و الأولياء لهم حق القيام بأمور المولى عليهم.

و حق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته و يقضى حاجته. و يحضر جنازته. و يکشف کربته.

و على الجمله: إن الفارق بين الحق و الحکم، و بين الملک: أن الأولين لا يتعلقان إلا بالأفعال. بخلاف الملک فإنه يتعلق بالأعيان تاره و بالأفعال اخرى. و إليک ملاحظه الاستعمالات الصحيحه الفصيحه.

الحق و الحکم و عدم وجود الفارق بينهما

ما هو الفارق بين الحق و الحکم؟

لا ينبغى الريب فى أن الحکم و الحق متحدان حقيقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف.

و توضيح ذلک: أن المجعولات الشرعيه على سته أقسام:

۱- التکليفى الإلزامى، کالواجبات و المحرمات.

۲- التکليفى غير الإلزامى. کالمستحبات و المکروهات و المباحات.

۳- الوضعى اللزومى الذى يقبل الانفساخ. کالبيع و الإجاره و الصلح و نحوها،

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۴۶

فإنها و إن کانت لازمه فى نفسها. و لکنها تنفسخ بالإقاله و نحوها.

۴- الوضعى اللزومى الذى لا يقبل الانفساخ، کالزواج، فإنه لا ينفسخ إلا فى موارد خاصه.

۵- الوضعى الترخيصى الذى يقبل الاسقاط، کحق الشفعه و حق الخيار، فلصاحب الحق أن يرفع يده عن حقه و يسقطه.

۶- الوضعى الترخيصى الذى لا يقبل الاسقاط، کالجواز فى الهبه، فإنه حکم مجعول للشارع. و لا يرتفع بالإسقاط.

و هذه الأمور الاعتباريه و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافا واضحا، و لکنها تشترک فى

أن قوامها بالاعتبار المحض و إذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعى أو العقلائى إلى الحق و الحكم لكى نحتاج إلى بيان الفارق بينهما. بل كلها حكم شرعى، أو عقلائى قد اعتبر لمصالح خاصه. بناء على مسلك العدليه من تبعيه الأحكام للملاكات الواقعيه.

نعم تختلف هذه الأحكام فى الأثر- كما أشرنا إليه قريبا- اختلافا ظاهرا.

فبعضها يقبل الاسقاط. و بعضها لا يقبله و السر فى هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثا و بقاء فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه، و قد يحكم بارتفاعه و لو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما. نعم المتبع فى ذلك- فى مقام الإثبات- هو الأدله الشرعيه.

و على الجمله: إن الجواز و اللزوم الوضعيين. كالجواز و اللزوم التكليفيين، فان جميعها من الأحكام الشرعيه و لا تفاوت فى ماهيتها و ذواتها و إن اختلفت آثارها.

فاعطف نظرك هل ترى فارقا بين جواز قتل المشرك- الذى يسمى حكما شرعيا- و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذى يسمى حقا شرعيا، لقبوله الاسقاط.

ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقا بين حق الحضانه و الأبوه، و الولايه و أشباهها مما لا يقبل الاسقاط، و بين حق الشفعه و حق الخيار القابلين للإسقاط، فافهم و اغتنم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۴۷

و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبديهيات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالك لشى ء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه فى فعل شى ء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر

على فعل أو ترک.

و ذکر طائفه: أن الحق ما یقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحکم، فإنه لا یقبل شیئا من هذه الأمور. إلی غیر ذلک مما ذکروه فی هذا المقام. و لکنک قد عرفت: أنه لا یرجع شی ء من ذلک إلی محصل.

نعم لا- مانع من تخصیص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحکام: و هی التی تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحه فی الاصطلاح. و أظن- و إن کان الظن لا یغنی من الحق شیئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء فی حقیقه الحق و الحکم.

و بیان الفارق بینهما. و اللّه العالم.

و مما یدل علی اتحاد الحق و الحکم أن لفظ (الحق) فی اللغه بمعنی الثبوت. و لذا یصح إطلاقه علی کل أمر متقرر فی وعائه المناسب له، سواء أ کان تقررا تکوینیا أم کان اعتباریا. و هو بهذا المعنی قد استعمل فی عده موارد من الکتاب العزیز [۱]

---

[۱] قال الله تعالی لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلی أَکْثَرِهِمْ (أی ثبت) یس ۳۶: ۶.

قال الله تعالی فَحَقَّ عَلَیْنا قَوْلُ رَبِّنا (أی ثبت) الصافات ۳۷: ۳۰.

قال الله تعالی أَ فَمَنْ حَقَّ عَلَیْهِ کَلِمَهُ الْعَذابِ (أی ثبت) الزمر ۳۹: ۲۰.

قال الله تعالی إِنَّ الَّذِینَ حَقَّتْ عَلَیْهِمْ کَلِمَتُ رَبِّکَ (أی ثبتت) یونس ۱۰: ۹۶.

قال الله تعالی وَ یُحِقُّ اللّهُ الْحَقَّ بِکَلِماتِهِ (أی یثبته) یونس ۱۰: ۸۲.

قال الله تعالی لِیُحِقَّ الْحَقَّ وَ یُبْطِلَ الْباطِلَ (أی یثبت) الأنفال ۸: ۸.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۴۸

و من هنا یصح إطلاق کلمه (الحق) علی الخبر الصادق، لثبوت مضمونه فی الواقع.

و لهذا أیضا یطلق الحق- بقول مطلق- علی اللّه تعالی، لبطلان غیره فی جنبه سبحانه.

و من هنا قیل: إن أصدق شعر

أنشئ فى الجاهليه هو قوله

ألا كل شى ء ما خلا اللّه باطل

. و إذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعيه. بل جميع الأمور الثابته فى أى صقع من الأصقاع، فلا وجه لتخصيصه بالأحكام فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منها.

المجعول الشرعى و الشك فى أنه حق أو حكم

إذا شك فى أن المجعول الشرعى حق اصطلاحى يقبل الإسقاط، أو أنه حكم اصطلاحى لا يقبله، فان كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به. و إلا فإن كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلك، و يثبت به كونه حكما.

و مثال ذلك: أنه إذا شك فى أن جواز أكل الماره من الشجره التى تمر عليها، أو جواز الفسخ فى الهبه حق أو حكم فإنه يتمسك بإطلاق ما دل على جوازهما.

و يثبت بذلك كونه حكما، فلا يسقط بالإسقاط.

و أنه إذا شككنا فى بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (ص):

(من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له) «۱» و أنه إذا شككنا فى بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى (وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً) «۲». و مع عدم الإطلاق فى ذلك

- قال اللّه تعالى كَذٰلِكَ حَقًّا عَلَيْنا نُنْجِ الْمُؤْمِنِينَ (أى ثابتا) يونس ۱۰: ۱۰۳.

قال الله تعالى وَ كانَ حَقًّا عَلَيْنا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ (أى ثابتا) الروم ۳۰: ۴۶.

إلى غير ذلك من الآيات المتظافره.

---

(۱) قد أشرنا إلى مصادر الحديث فى ص ۶.

(۲) الاسراء ۱۷: ۳۵.

رجعنا إلى الآيات [۱] و الروايات [۲] الداله على حرمه قتل النفس المحترمه.

و إن لم يكن هناك عموم أو إطلاق فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه استصحابنا الجواز المشكوك فيه بعد

إسقاطه. و نحرز بذلك كونه حكما. و إلا فيرجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظيه أو العمليه. فقد تكون نتيجه ذلك السقوط بالإسقاط. فيكون حقا.

و عليه فإذا شك فى أن حق الشفعه و حق الخيار من قبيل الحقوق، أو من قبيل الأحكام لم يجز إعمالهما بعد الاسقاط، لعدم الإطلاق فيما دل على ثبوتها لذى الخيار و الشفيع.

و إذن فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه رجعنا إليه. و إلا فإن العمومات الداله على حرمه أكل مال الناس من دون رضاه محكمه.

و إذا شك فى حق أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أولا- كحق الحضانه و الولايه و أمثالهما- فإن كان هنا دليل على قبوله النقل فإنه يحكم بقبوله الانتقال أيضا، إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصيه لمورد المشكوك فيه. و إلا فإنه يحكم بعدم انتقاله. و يأتى تفصيل ذلك فى مبحث أحكام الخيار.

و إذا شككنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحا أنه يقبل النقل أولا فإن الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدله المثبته لذلك هو اختصاصه بذى الحق فقط. فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل.

و دعوى أن الأصل جواز نقله تمسكا بالعمومات الداله على صحه العقود و نفوذها

---

[١] قال اللّه سبحانه وَ مٰا كٰانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلّٰا خَطَأً. النساء ۴: ۹۴.

قال اللّه سبحانه وَ مَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزٰاؤُهُ جَهَنَّمُ خٰالِداً فِيهٰا. النساء ۴: ۹۵.

قال اللّه سبحانه وَ لٰا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِى حَرَّمَ اللّٰهُ إِلّٰا بِالْحَقِّ. الانعام ۶: ۱۵۲.

[٢] المرويه فى فروع الكافى ج ٢ ص ٣١٥، ٣١۶، و التهذيب ج ٢ ص ۴٩١، و الوافى ج ٩ ص ٨٢.

دعوى جزافيه، فإن تلك العمومات ناظره إلى

بيان الحكم الوضعى: و هو إمضاء المعاملات العرفيه: أعنى بها ما يكون مورد المعامله فيها قابلا للانتقال إلى غيره. و مع الشك فى ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكا بها فى الشبهه المصداقيه. و قد ثبت فى محله عدم جواز التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه.

و إلى هنا وقف القلم فى مبحث الحق و الحكم. و اللّه ولى التوفيق، و عليه التوكل، و به الاعتصام.

مفهوم الإنشاء و تعريفه

قوله: (فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال).

أقول: إن واقع الإنشاء المقابل للاخبار و إن كان من الأمور الواضحه التى يعرفها الصبيان و المجانين حسب مرتكزاتهم فضلا عن البالغين، إلا أنه وقع الكلام فى حقيقته و فيما به يمتاز عن الأخبار، فالمعروف بين العلماء: أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ.

و لكن هذا التعريف مزيف، لأنا ذكرنا فى مبحث المشتقات من مدخل علم الأصول: أن المراد من إيجاد المعنى باللفظ إما إيجاد خارجى، أو إيجاد اعتبارى:

أما الإيجاد الخارجى فهو ضرورى البطلان، بداهه أن الموجودات الخارجيه برمتها مستنده إلى عللها الخاصه، و أسبابها المعينه، و مقدماتها الإعداديه، و من الواضح الذى لا ريب فيه أن اللفظ أجنبى عنها.

نعم قد يكون بعض الألفاظ من مبادئ الوجود الخارجى، كالكلام العنيف المؤثر فى اصفرار وجه الوجل. إلا أن هذا غريب عن إيجاد المعنى باللفظ فى نظام الوجود. كما يبعد عن إيجاد المعنى باللفظ ما هو المعروف بين أهل المعقول من أن اللفظ وجود للمعنى فى عالم اللفظ. و وجه البعد: أن ذلك لا يختص بالجمل الإنشائيه. بل يعم الجمل الخبريه و المفردات أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۱

و أما الإيجاد الاعتبارى فإن كان المراد به وجوده فى نفس المتكلم فهو واضح الفساد، فان الاعتبار النفسانى من

أفعال النفس، و من المعلوم أن أفعال النفس توجد فيها بفاعليتها بلا احتياج الى عالم الألفاظ أصلا و رأسا.

و إن كان المراد من الإيجاد الاعتبارى وجود المعنى فى اعتبار العقلاء فيتوجه عليه أن الإنشاء و إن كان موضوعا لاعتبار العقلاء. إلا أن هذا الاعتبار مترتب على تحقق الإنشاء فى الخارج. و كلامنا فى تصوير حقيقته، سواء أ كان ذلك موردا لاعتبار العقلاء أو الشرع، أم لم يكن.

و على الجمله: إنا لا نعقل معنى محصلا لتعريف الإنشاء بإيجاد المعنى باللفظ، سواء فى ذلك الإيجاد الاعتبارى و الإيجاد الخارجى.

و التحقيق: أن الإنشاء إبراز الاعتبار النفسانى بمبرز خارجى. كما أن الخبر إبراز قصد الحكايه عن الثبوت أو السلب بالمظهر الخارجى.

و السر فى ذلك أنا ذكرنا فى مبحث الوضع من مدخل علم الأصول: أن حقيقه الوضع هى التعهد و الالتزام النفسى بجعل لفظ خاص، أو هيئه خاصه مبرزا لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهيمه. و من البديهى أن هذا المعنى أمر اختيارى لكل من التزم بذلك و تعهد به. و الارتباط الحاصل بين الدال و المدلول أمر قهرى و منتزع من الالتزام المذكور.

و لا يخفى على الفطن العارف أن هذا المعنى للوضع موافق للوجدان و الذوق السليم، و الارتكاز العقلائى، و الفهم العرفى، و المعنى اللغوى، بديهه أن الوضع فى اللغه بمعنى الجعل و الإقرار و الإثبات و ما يراد منها من ألفاظ أيه لغه كانت. و عليه فالتزام المتكلم بابراز مقاصده- عند التفهيم- بالألفاظ الخاصه نوع من الوضع. و من هنا يطلق الواضع على مقنن القوانين فى المحاكم العرفيه.

و على هذا النهج فكل من تعهد بابراز مقاصده بالألفاظ المتداوله بين أهل اللسان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص:

لتفهیم أمر تعلق به غرضه- فهو واضع حقیقه. نهایه الأمر أن إطلاق الواضع علی الجاعل الأول إنما هو لسبق زمانه، و قدم عهده. و لا فارق فیما ذکرناه بین الجمل الخبریه و الجمل الإنشائیه، و غیرهما من الألفاظ المفرده و المرکبه التی هی من الامارات الجعلیه.

نعم تفترق الجمل الإنشائیه عن الجمل الخبریه بأن الجمل الإنشائیه إنما وضعت بهیئاتها الإنشائیه لابراز أمر ما من الأمور النفسانیه: و هذا الأمر النفسانی قد یکون اعتبارا من الاعتبارات، کما فی الأمر و النهی و العقود و الإیقاعات. و قد یکون صفه من الصفات، کما فی التمنی و الترجی. و لأجل ذلک أن الجمل الإنشائیه لا تتصف بالصدق تاره و بالکذب أخری. إذ لیس فی مواردها خارج تطابقه النسبه الکلامیه، أو لا تطابقه.

و هذا بخلاف الجمل الخبریه، فإنها موضوعه لابراز قصد الحکایه عن الثبوت أو السلب. و علیه فالهیئات الترکیبیه للجمل الخبریه أماره علی قصد المتکلم للحکایه عن النسبه، و هذه الحکایه قد تطابق الواقع فتکون الجمله صادقه، و قد تخالفه فتکون کاذبه. و قد اتضح لک مما ذکرناه أن المتصف بدء بالصدق و الکذب- فی الجمل الخبریه- إنما هو الحکایه عن الواقع. و أما اتصاف الجمله الخبریه بهما إنما هو من قبیل وصف الشی ء بحال متعلقه.

و المتحصل مما بیناه أن استعمال اللفظ فی المعنی لیس إلا إظهار المقاصد النفسانیه بمبرز خارجی سواء فی ذلک الجمل و غیرها. و إذن فالإنشاء من مصادیق استعمال اللفظ فی المعنی بلا ارتباط له بإیجاد المعنی باللفظ.

حقیقه البیع و تعریفه

لا یخفی علی الناقد البصیر أن البیع لیس إنشاء ساذجا- و إن علم عدم تحقق الاعتبار النفسانی- و إلا لصدق مفهوم البیع علی بیع الهازل و

الساهی و النائم و السکران و أمثالهم، و لا أنه صرف الاعتبار النفسانی- و إن لم یقترن به المظهر الخارجی-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۵۳

و إلا لصدق مفهوم البیع علی الاعتبار النفسانی المحض من دون إبرازه بمبرز خارجی.

و هو باطل بالضروره.

بل حقیقه البیع هی الاعتبار النفسانی المظهر بمظهر خارجی، سواء أ کان ذلک ممضی للشارع أو للعقلاء أم لم یکن کذلک. و علیه فإذا اعتبر أحد تبدیل ماله بمال غیره فی أفق نفسه، ثم أظهر ذلک بمبرز خارجی صدق علیه مفهوم البیع جزما. و کذلک الحال فی سائر الأمور الإنشائیه من العقود و الإیقاعات، و الأوامر و النواهی، فإن معنی الأمر- مثلا- لیس إنشاء خالصا، و لا اعتبارا ساذجا. بل هو الاعتبار النفسانی المظهر بمبرز خارجی.

و إذا اطلعت علی ما ذکرناه فی معنی الإنشاء، و لاحظت ما بیناه فی معنی المبادله «۱» جاز لک تعریف البیع بأنه إنشاء تبدیل شی ء من الأعیان بعوض فی جهه الإضافه. و لا یتوجه علیه لزوم أخذ الإنشاء فی المنشأ. کما سجله المصنف علی ما ذکره المحقق الثانی من أن البیع نقل العین بالصیغه المخصوصه. و ذلک لأن هذه المناقشه واضحه الدفع نقضا و حلا، و سیأتی قریبا.

قوله: (ثم الظاهر أن لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیه، و لا متشرعیه بل هو باق علی معناه العرفی).

أقول: قد عرف الفقهاء البیع بتعاریف شتی غیر ما ذکرناه:

۱- ما ذکره الشیخ فی المبسوط، و العلامه فی التذکره من أن البیع انتقال عین مملوکه من شخص إلی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی. و رماه المصنف الی التسامح الواضح، و لم یبین سره. و لعل الوجه فیه أن الانتقال أثر للبیع، فلا یسوغ

تعريف الشى ء بأثره. إلا على سبيل العنايه و المجاز.

و أضف إلى ذلك أن البيع أمر قائم بالبائع، كالتمليك و التبديل. و الانتقال

---

(١) قد عرفت ذلك مفصلا فى ص ٢٢.

صفه للعوضين، فلا وجه لتعريف البعض بذلك. نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازا، لأن ذلك من قبيل توصيف الشى ء بحال متعلقه [١].

٢- ما أشتهر بين الفقهاء من أن البيع هو الإيجاب و القبول الدالين على الانتقال.

و ناقش فيه المصنف (ره) بأن البيع من مقوله المعنى دون اللفظ، فلا وجه لتفسيره به. على أن البيع ينشأ باللفظ. و لا معنى لإنشاء الإيجاب و القبول باللفظ. و لكن هذه المناقشه متوجهه إلى تعريف المصنف أيضا، لأنه أخذ الإنشاء فى تعريف البيع.

و سيأتى قريبا. قيل:

إن اللفظ سبب و البيع مسبب. فيستحيل تعريف المسبب بسببه.

و يرد عليه: أن البيع ليس من الأمور التوليديه لكى يتسبب إليه بالألفاظ، و يضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسما للسبب دون المسبب.

٣- ما حكى عن المحقق الكركى فى جامع المقاصد من أن البيع نقل العين بالصيغه المخصوصه.

و ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أنه إن كان غرض المحقق الثانى من هذا التعريف ان البيع نقل العين المنشأ بالصيغه المخصوصه فيرد عليه: أن النقل بنفسه و إن كان أمرا يمكن إنشاؤه بالصيغه. إلا أن النقل مقيدا بكونه منشأ بالصيغه غير قابل لتعلق الإنشاء به. و هو ظاهر.

و إن كان غرضه من ذلك أن البيع نفس النقل الخاص المرادف للبيع، و جعله

---

[١] ربما يناقش فى هذا التعريف بما ذكره فى الجواهر من أن البيع فعل، فلا يكون انتقالا. و فيه أن البيع و إن

كان من الفعل بمعناه اللغوى. إلا أنه أمر اعتبارى صرف. و من الواضح أن الأمور الاعتباريه غير داخله تحت مقوله الفعل بمعناها المصطلح المبائنه لمقوله الانفعال.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۵

مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل الذى تكون الصيغه سببا له. لا أن يكون التقييد مأخوذا فى مفهوم البيع لكى يكون مدلول بعت نقلت بالصيغه، و إن كان غرضه هذا فإن أراد من الصيغه خصوص كلمه بعت فقد لزم منه الدور، إذ الغرض من التعريف معرفه ماده بعت، فلا يمكن تعريف تلك الماده بما يشمل عليها. و إن أراد من الصيغه ما هو الأعم من كلمه بعت وجب الاقتصار على مجرد النقل و التمليك. و الجواب عن ذلك:

أن لفظ البيع- على ما تقدم بيانه قريبا- لم يوضع للاعتبار النفسانى الصرف:

أعنى به اعتبار التبديل بين المالين. كما أنه لم يوضع لمجرد الإنشاء من دون أن يكون هناك اعتبار نفسانى. بل هو موضوع للاعتبار المبرز فى الخارج بمبرز ما. و هذا المعنى كما يمكن أن يتحقق بغير صيغه بعت من الألفاظ الكاشفه عن اعتبار التبديل بين العوض و المعوض. كذلك يمكن أن يتحقق بصيغه بعت.

و هذا نظير لفظ الاذن و الإجازه و غيرهما مما وضع لابراز الرضا النفسى بمبرز ما، فإنه كما يمكن إبراز الرضا بلفظ آخر ينطبق عليه مفهوم الاذن. كذلك يمكن إبرازه بلفظ الإذن أيضا. فإذا قال: أذنت لك فى أن تفعل كذا فقد أبرز رضاه بهذه اللفظه، و يكون ذلك مصداقا للإذن فى الخارج.

و على الجمله: لا- مانع من أن يكون البيع اسما للنقل بالصيغه المخصوصه. و معه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلك يمكن إنشاؤه أيضا بصيغه بعت.

و لا يفرق فى ذلك بين القول: بأن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ- كما هو المشهور- و بين القول:

بأنه إظهار ما فى النفس من الاعتبار، كما هو المختار عندنا.

و يضاف إلى ذلك: أن ما وجهه المصنف على المحقق الثانى يتوجه على تعريفه حذو النعل بالنعل، و القذه بالقذه، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع- و سيأتى- بأنه إنشاء تمليك عين بمال و من الواضح أن إنشاء التمليك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغه المخصوصه.

نعم يتوجه على التعريف المزبور أمران، و قد تعرض لهما المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۶

۱- أن لفظ النقل ليس مرادفا للبيع. بل هو من الكنايات. و قد ثبت فى محله أنه لا يجوز استعمال الألفاظ الكنائيه فى التعاريف.

۲- أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود، بداهه أن المعاطاه بيع عند المحقق الثانى، مع أنها لم تنشأ بالصيغه أصلا فضلا عن الصيغه المخصوصه.

۴- ما حكى عن الحلبى من أن البيع عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن. و يرد عليه وجوه:

۱- أن العقد مركب من الإيجاب و القبول. و إذن فيتوجه على هذا التعريف ما يتوجه على تعريف البيع بالإيجاب و القبول ۲- أن هذا التعريف لا يشمل البيع الفاسد، لأنه لا يقتضى استحقاق التصرف فى العوضين. مع أنه بيع جزما. و عليه فلا يكون جامعا لأفراد المحدود.

۳- أن التعريف المذكور مشتمل على الدور، لمكان ذكر المبيع فيه، بداهه أن الغرض منه معرفه ماده بعت. و من الواضح أن ذكر ما يقتطف منها فى تعريفها دور واضح ۵- ما ذكره المصنف من أن البيع إنشاء تمليك عين بمال. و يتوجه عليه وجوه:

۱- أن لفظ العين يشمل الأعيان المتموله و غيرها. مع

أنه (ره) اعتبر الماليه فى العوضين. فلا يكون تعريفه هذا مانعا عن دخول الأغيار فى المحدود.

۲- أنه لو كان البيع إنشاء تمليك عين بمال لزم منه أن يكون التبديل فيه فى الإضافه الملكيه فقط. و قد عرفت خلاف ذلك فيما تقدم «۱» و قلنا: إن البيع تبديل شى ء بشى ء فى جهه الإضافه. لا فى الإضافه الملكيه و لا فى الإضافه الماليه.

۳- أنه لا دليل على اعتبار الماليه فى الثمن. و إنما المناط فى تحقق مفهوم البيع صدق عنوان المعاوضه عليه. و قد مرّ تفصيل ذلك فيما سبق «۲» كما اتضح لك ان الصحيح هو ما ذكرناه فى تعريف البيع من أنه إنشاء تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه.

---

(۱) ص ۲۳.

(۲) ص ۲۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۷

أوهام حول تعريف البيع

اشاره

قوله: (و لا يلزم عليه شى ء مما تقدم. نعم يبقى عليه أمور)

أقول: بعد ما عرف المصنف البيع بإنشاء تمليك عين بمال تصدى لذكر جمله من النقوض المتوجهه على التعريف المزبور. و الجواب عنها. و يحسن بنا التعرض لتلك النقوض و أجوبتها تأسيا له (ره).

منها: ۱- أن تعريف البيع بإنشاء تمليك عين بمال موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت. و إلا لم يكن التمليك مرادفا للبيع.

و قد أجاب عنه المصنف بصحه الإيجاب بلفظ ملكت، لأن التمليك بالعوض ليس معنى آخر غير البيع. و قد صرّح بذلك أيضا فى البحث عن ألفاظ العقود. و سيأتى.

و التحقيق: أنه لا ريب فى جواز إنشاء البيع بلفظ ملكت. و لكن هذا بعيد عن قضيه مرادفه التمليك للبيع. ضروره أنه ربما يتحقق مفهوم البيع و لا يكون هناك تمليك أصلا. و مثال ذلك: أنه إذا أوصى أحد بصرف ماله فى سبيل اللّه، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور- لكى يصرف ثمنه فى قربات اللّه- لم يقع التبديل بين العوضين فى الإضافه الملكيه. بل فى إضافه أخرى غيرها «۱».

و أضف إلى ذلك أن الإنشاء بصيغه ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشترى أصيلا. و أما إذا كان فضوليا، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فإنه لا يصح خطابه بلفظ ملكتك. بل لا بد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت.

و من النقوض. ۲ أنه إذا كان البيع إنشاء تمليک عين بمال لم يشمل ذلک بيع الدين ممن هو عليه، إذ الإنسان لا يملک مالا على نفسه.

---

(۱) قد تقدم تفصيل ذلک فی ص ۲۳.

خويی، سيد ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۵۸

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۵۸

و أجاب عنه المصنف بوجهين. و حاصل الوجه الأول: أنه يمکن أن يتملک الإنسان مالا على نفسه. و تکون نتيجته سقوط ذلک المال عن ذمته. و نظير ذلک:

أن يکون أحد مديونا لغيره دينارا و اشترى الدائن متاعا من المديون بدينار کلی فی الذمه فإن الدينارين يسقطان بالتهاتر.

و حاصل الوجه الثانی: أنه إذا لم يعقل تملک الإنسان لما فی ذمته لم يعقل بيعه أيضا، إذ ليس للبيع لغه و عرفا معنى غير المبادله و النقل و التمليک، و

ما يساويها من الألفاظ سواء أ كانت من اللغه العربيه أم كانت من غيرها و من هذه الناحيه قال فخر المحققين: (إن معنى بعت فى لغه العرب ملكت غيرى، فإذا لم يعقل ملكيه ما فى ذمه نفسه لم يعقل شى ء مما يساويها فلا يعقل البيع).

و التحقيق: أنه لا بأس بما ذكره فى الوجه الثانى. و أما الوجه الأول فيرد عليه أنه إذا صح ملك الإنسان لما فى ذمته حدوثا صح ذلك بقاء أيضا، بديهه أن الموانع العقليه لا يفرق فيها بين الحدوث و البقاء. إلا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم الشرعى، كما فى شراء العمودين فإنه حينئذ لا بأس من الالتزام بالملكيه الآنيه حدوثا لا بقاء. و لكن هذا فيما إذا كان ملك الإنسان لما فى ذمته بالملكيه الاعتباريه لا بالملكيه الذاتيه.

و قد عرفت ذلك سابقا فى البحث عن أقسام الحقوق و ستعرفه قريبا عند الجواب عن النقض [1].

---

[1] قد أجاب المحقق النائينى عن النقض المذكور فى المتن و إليك نص مقرر بحثه: (فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه و إن كان صحيحا، إلا أن البيع لم يقع على ما فى الذمه بقيد كونه فى الذمه ليكون من قبيل مالكيه الشخص لما فى ذمته. و ذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه فى الخارج. و لا شبهه أنه يعتبر فى المبيع أن يكون من الأعيان الخارجيه بل يقع البيع على الكلى:-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۵۹

و التحقيق: أن مالكيه الإنسان لذمته أمر ذاتى تكوينى من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتبارى، بديهه أن الثبوت الاعتبارى إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكوينى حقيقى. و إلا لكان الاعتبار

لغوا محضا، و تحصيلا للحاصل.

و عليه فإذا ملك شخص شيئا فى ذمه غيره فقد ملكه بالملكيه الاعتباريه. و إذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدلت الملكيه الاعتباريه بالملكيه الذاتيه التكوينيه، لما عرفته من لغويه الثبوت الاعتبارى فى موارد الثبوت الحقيقى. و إذن فلا مجال

- و هو من الحنطه- مثلا- فيصير المشترى: أعنى المديون مالكا لذلك الكلى على البائع. و حيث إن البائع كان مالكا لمن من الحنطه على ذمه المديون: و هو المشترى فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشترى. فيوجب سقوط ذمه كليهما. و هذا و إن لم يكن من التهاتر حقيقه، إلا أنه أشبه شى ء به) منيه الطالب ج ۱ ص ۴۳.

و يتوجه عليه: أن نتيجه ذلك البيع و إن كانت متحده مع نتيجه بيع الدين ممن هو عليه، إلا أن كلا منهما أجنبى عن الآخر، فان المبيع فى بيع الدين من غير من هو عليه هو بعينه المبيع فى بيع الدين ممن هو عليه، فكما أن المبيع فيما إذا كان المشترى غير من يكون الدين عليه إنما هو الكلى فى ذمه المديون. كذلك المبيع فيما إذا كان المشترى هو المديون.

و أما ما ذكره من أن الكلى المقيد بالذمه لا يقع عليه البيع، لأنه بهذا القيد لا يوجد فى الخارج فيتوجه عليه:

أن الكلى ما لم يضف إلى الخارج أو إلى ذمه شخص لا يتعلق به اعتبار الملكيه. و بما أن الكلى فى بيع الدين ممن هو عليه أو من غيره ليس هو الكلى الخارجى فلا مناص عن إضافته إلى الذمه. و لكن هذا الكلى غير مقيد بالذمه لكى يستحيل صدقه على الخارج. بل الذمه ظرف له: بمعنى

أن المطالب و الملزم بدفع الكلى هو المديون. و قد تقدم فى ص ۱۷ ما يوضحك معنى بيع الكلى فى الذمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۰

للمناقشه فى بيع الدين ممن هو عليه باستحاله ملك الإنسان لما فى ذمته. كما لا مجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك. بل يوجب البيع تبدل الإضافه الاعتباريه بالإضافه الذاتيه. فالحجر الاساسى للمناقشه فى بيع الدين ممن هو عليه إنما هو خلط الملكيه الذاتيه بالملكيه الاعتباريه. و قد علمت الفارق بينهما.

و من النقوض: ۳- أن تعريف البيع بإنشاء التمليك إلخ يشمل التمليك بالمعاطاه.

مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاه ليست ببيع. بل ادعى بعضهم الإجماع على ذلك. و إذن فينتقض ذلك التعريف بالمعاطاه.

و يرد عليه: أن المعاطاه بيع حقيقه لغه و عرفا. و أن غرض النافين إنما هو نفى الصحه أو اللزوم عن البيع المعاطاتى. و الذى يوضح ذلك أنه لا وجه لدعوى الإجماع على عدم كونها بيعا. لأن صدق مفهوم البيع عليها أمر عرفى و لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على أمثال ذلك. و إنما مورد الإجماع التعبدى هو المسأله الشرعيه و يضاف إلى ذلك أن جما غفيرا من أكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاه بيع صحيح. بل جمله من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعا لازما. و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع على عدم كونه بيعا

و من النقوض. ۴- انه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض منعه بالشراء،

فإن المشترى بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

و أجاب عنه المصنف و إليك نصه

(و فيه ان التمليك فيه ضمنى و انما حقيقته التملك بعوض. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث ان الاستئجار يتضمن تمليك العين بمال: أعنى المنفعه.

و لكنا لم نفهم معنى محصلا للتمليك الضمنى إذ يرد عليه أولا انه ان كان مراده من التمليك الضمنى التمليك التبعى: (بمعنى ان البائع يملك ماله للمشترى أولا و يملك المشترى ماله للبائع ثانيا) فيرد عليه: ان لازم ذلك ان ينعكس الأمر فيما إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۱

تقدم القبول على الإيجاب: بأن يكون التمليك من ناحيه المشترى أولا، و البيع من ناحيه البائع ثانيا.

و ان كان مراده من التمليك الضمنى: ان ألفاظ الإيجاب و القبول انما تدل بالدلاله المطابقيه على تمليك المشترى ماله للبائع، سواء فى ذلك تقدم القبول على الإيجاب و عدمه،

ان كان مراده هـذا فيرد عليه: ان هذا يرجع الى جهه الدلاله، و مقام الإثبات. فلا يوجب فرقا بين التمليكين لبا، و فى مقام الثبوت، بداهه ان البيع تبديل شـى ء بشى ء فى جهه الإضافه. و من الضرورى أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر فى آن واحـد، و فى مرتبه واحـده. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحيه البائع إلا فى آن وجود التمليك من ناحيه المشترى.

و بتعبير آخر: أن البـائع إنمـا ينشـئ التبـديل بين الثمن و المثمن فى جهه الإضـافه فى مرتبه واحـده. نعم يشترط رضـا المشترى و قبوله لفعـل البـائع فى تحقق عنوان التبـديل، و نتيجه ذلـك: أن التمليكين (تمليـك البـائع و تمليك المشترى) يتحققان فى مرتبه واحده. و إذن فلا أصاله و لا تبعيه فى المقام.

و أضف إلى ذلـك: أنـا سـلمنا كون التمليـك من نـاحيه البائع أصـليا اسـتقلاليا، و من ناحيه المشترى ضـمنيا تبعيا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانى، و حصره فى الأول. قيل:

ان مفهـوم البيع يوجـد بالإيجـاب السـاذج، و يتحقـق به التمليـك و التملـك فى عـالم الاعتبـار. و عليه فلاـ يبقى مجـال لتمليك المشترى لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلاـ شـأن للمشترى الاـ قبول الإيجـاب من البـائع و نسـبه فعله الى نفسه فتكون منزله القبول فى البيع منزله الإمضـاء فى المعاملات الفضوليه و فيه أن قبول الإيجـاب و ان كان شـرطا فى البيع، لا جزء مقوما له الا أن شروط البيع على ثلاثه أقسام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۲

۱- أن يكون شرطا لإمضاء الشارع.

۲- أن يكون شرطا لإمضاء العقلاء.

۳- أن

يكون شرطا لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجودا و عدما. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القبيل الثالث. بداهه انتفاء حقيقه البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشترى.

و من النقوض: ۵- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على تملك عين بمال

و يتوجه عليه وجوه:

۱- أن مفهوم الصلح هو التسالم، و يعبر عنه فى لغه الفارس بلفظ (سازش و سازكارى) و عليه فالمدلول المطابقى لكلمه الصلح انما هو إنشاء التسالم على أمر معلوم.

و من الظاهر أن هذا العنوان يغاير عناوين سائر العقود، إذ المنشأ فيها (أولا و بالذات) عنوان آخر غير عنوان التسالم، بديهه ان كل معامله و ان كانت لا تصدر الا عن تسالم بين الطرفين على تلك المعامله. لكنه غير عقد الصلح الذى يكون المنشأ فيه نفس هذا العنوان. فكم فرق بين إنشاء الصلح، و بين معامله وقع التسالم عليها من الطرفين.

نعم ان نتيجه إنشاء الصلح بعقده قد تكون تمليك عين بعوض، فتتحد مع نتيجه البيع. و قد تكون تمليك عين مجانا فتتحد مع نتيجه الهبه. و قد تكون تمليك منفعه بعوض فتتحد مع نتيجه الإجاره. و قد تكون تمليك منفعه مجانا، فتتحد مع نتيجه العاريه. و قد تكون نتيجه الصلح غير ذلك من الأمور: كما إذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع، أو على إسقاط لحق الدعوى. و على كل حال لا يكون الصلح مصداقا للبيع، و لا لغيره من العقود.

و مما يدل على مغايره البيع و الصلح مفهوما هو أن الصلح- كما عرفته قريبا-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۳

التسالم. و من الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان. بل لا بد و أن يتعلق ذلك إما بالفعل- كالإسقاط و العفو

و التمليك و أشباهها- أو بالحكم الوضعى كالملكيه و نحوها. بخلاف البيع، فإنه تبديل شى ء من الأعيان بعوض «۱».

و من هنا أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن أو على) فيقال: صالحتك عما علم بما علم. أو يقال: صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لى. بخلاف البيع، فإنه يتعدى إلى متعلقه بنفسه، فيقال: بعتك المتاع الفلانى بكذا. فيستوضح من ذلك: أن مفهوم أحدهما غير مفهوم الآخر.

و على الجمله: إن مفهوم التسالم و إن صدق على جميع العقود حتى النكاح، إلا أن المنشأ فى كل عقد بدء غير ما هو المنشأ فى الصلح. و إذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح، لأنهما متغايران مفهوما [۱]

---

[۱] ذكر المصنف (ره): أنه (و قد يتعلق الصلح) بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه: صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير).

أقول: يمكن أن يكون نظره فى ذلك إلى حسنه الحلبى عن الصادق (ع) فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه و كان من المال دين (و فى التهذيب: و كان المال عينا و دينا، و لم يقل: و عليهما دين) و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطنى رأس المال. و لك الربح، و عليك التوى (الهلاك) فقال: لا بأس إذا اشترطا فإذا كان شرط يخالف كتاب اللّه فهو رد إلى كتاب اللّه عز و جل.

فروع الكافى ج ۱ ص ۴۰۳. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۲. و التهذيب ج ۲ ص ۱۶۸. و الوسائل ج ۲ باب ۴ من أبواب أحكام الصلح.

فان هذه الروايه لا تخلو عن الاشعار بنفوذ الصلح فى أمثال الموارد. و يمكن أن يكون نظره إلى

إطلاق ما دل على نفوذ الصلح بين المسلمين، كروايه حفص بن

---

(۱) قد تقدم تفصيل ذلك فى ص ۲۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۴

و من النقوض: ۶- أنه إذا كان البيع تمليک عين بمال انتقض طرده بالهبه المعوضه.

و التحقيق: أن الهبه على ثلاثه أقسام:

۱- أن تكون مجانيا من غير أن تقابل بالعوض سواء أ كان ذلك بالاشتراط أم بإراده المتهب.

۲- أن لا يشترط الواهب عوضا فى هبته إلا أن المتهب يعطى العوض من تلقاء نفسه قضيه لمقابله الإحسان بالإحسان.

۳- أن يشترط الواهب عوضا فى هبته بأن يهب شيئا للمتهب و يشترط عليه فعلا من الافعال. و يسمى هذا هبه معوضه. و قد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك.

و يتوجه عليه ما ذكره المصنف و توضيحه: أن حقيقه الهبه متقومه بتمليك الواهب ماله للمتهب تمليكا مجانيا من دون أن يعتبر العوض فى ماهيتها. نهايه الأمر أنه قد يشترط فيها العوض، فتسمّى هبه معوضه. و من الظاهر أن اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها، إذ الشرط ليس عوضا للتمليک، و لا بدلا عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط فى الهبه شأن سائر الشروط المشروطه فى بقيه العقود.

و الشاهد على صدق مقالنا: أنه لو تخلف المتهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبه. بل يثبت للواهب خيار تخلف الشرط.

و يتضح ما ذكرناه وضوحا جليا بملاحظه التعويض غير المشروط فى ضمن الهبه الأولى الصادره من الواهب، بداهه أن التعويض الصادر من المتهب هبه أخرى غير دخليه فى حقيقه الهبه الأولى الصادره من الواهب. فيستكشف من ذلک أن حقيقه الهبه متقومه بالتمليک المجانى و هذا بخلاف البيع، فإنه متقوم باعتبار التبديل بين العوض

- البخترى الضعيف عن الصادق (ع) قال الصلح جائز بين المسلمين. و كمرسله الفقيه عن رسول اللّه (ص) الصلح جائز

بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۱. و الوسائل باب ۳ من أبواب أحكام الصلح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۵

و المعوض، و إظهاره بمبرز خارجى. و عليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط، أو بتمليك المشترى فقط [۱].

---

[۱] ربما يتوهم انتقاض التعريف بقسم آخر للهبه المعوضه الذى لم يتعرض له المصنف: و هو أن يهب الواهب ماله للمتهب على أن تكون داره- مثلا- للواهب بعنوان شرط النتيجه.

و لكنه أيضا أجنبى عن حد البيع، بداهه أن الدار و إن صارت ملكا للواهب بقبول المتهب الهبه. إلا أن ذلك من ناحيه الشرط دون العقد. و لذا لو فرض فساد الشرط- لعدم كون الدار ملكا للمشروط عليه، أو من جهه أخرى- لم تبطل الهبه بناء على ما هو المشهور بين الأصحاب من أن فساد الشرط لا يسرى إلى العقد. و هذا بخلاف البيع، فان العوض فيه يصير ملكا للبائع بنفس العقد. لا من قبل الشرط.

ثم إنه لا وجه لما ذكره المصنف (ره) من حصر تمليك العين بالعوض فى البيع.

و تحقيق ذلك فى نواحى شتى:

۱- ما أفاده المصنف من أنه لا معنى للرجوع إلى الأصل بعد انحصار التمليك بالعوض فى البيع، و عدم صدقه على غيره.

و فيه أن التمليك بالعوض غير منحصر فى البيع، بل له صنف آخر غير البيع، كتبديل عرض بعرض، أو نقد بنقد، أو منفعه بمنفعه من دون أن يجعل أحد العوضين ثمنا و الآخر مثمنا، فان ذلك خارج عن حدود البيع، و إنما هو قسم خاص من المعاملات المعاوضيه. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض. النساء ۴: ۳۳ ۲- أنه إذا وجدت معامله فى

الخارج و شک فی أنها بیع أو غیره حملت علی البیع، لغلبته علی سائر أفراد التملیک بالعوض، و قد حقق فی محله أن الظن یلحق الشی ء بالأعم الأغلب.

و فیه أنه لا دلیل علی حجیه الغلبه، و إذن فالظن الحاصل منها لا یغنی من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۶۶

ثم إنه ذکر السید فی حاشیته قسمین آخرین للهبه غیر ما تقدم:

۱- أن تقع الهبه فی مقابل الهبه، کما إذا قال الواهب:

ملکتک کذا بهبتک کذا، و یقصد بذلک وقوع الهبه بإزاء الهبه: بأن تکون کلمه (الباء) متعلقه بالتملیک بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه و الفارق بین هذا القسم، و بین ما یشترط فیه العوض: أنه إذا لم یهب المتهب هنا بطلت الهبه الأولی، إذ المفروض أن کلا من التملیکین وقع فی مقابل الآخر. و من الظاهر أن مقتضی المقابله هو انتفاء کل منهما بانتفاء الآخر. بخلافه هناک، فإن مخالفه الشرط فیه یوجب الخیار فقط.

و أما الفارق بینه و بین البیع فإن المقابله هنا بین الفعلین. بخلاف البیع فإن المقابله فیه بین العوضین.

۲- أن تقع المقابله بین المال و الهبه: بأن یقول الواهب ملکتک کذا بمقابل ما أعطیتنی. نظیر أن یقول: أکرمتک بعوض ما أعطیتنی. و یقصد فی هذا القسم وقوع المال بإزاء الهبه: بأن تکون کلمه (الباء) متعلقه بالتملیک بلحاظ نفسه أیضا.

و السر فی أن هذا القسم من أقسام الهبه دون البیع: أن العوض فیه لم یقابل بالعین لکی یکون ذلک من أفراد البیع، بل فی مقابل الفعل و هو التملیک. و أما المال فهو مجانی صرف و لم یقع بإزائه شی ء.

- الحق شیئا. و یضاف إلی ذلک أن بقیه أفراد التملیک بالعوض لیست بنادره. غایه الأمر

أن أفراد البيع أكثر. من غيرها.

۳- إذا أنشئ التمليك بالعوض بصيغه البيع، و احتملنا إراده المعنى المجازى من ذلك- كالصلح و الهبه المعوضه- حمل على البيع، لأصاله الحقيقه التى ثبتت حجيتها ببناء العقلاء، و إجماع العلماء، و سيره الرواه، و ديدن حمله الحديث.

و فيه أن الأصل بهذا المعنى و إن كان صحيحا، بل موردا للتسالم. و لكن الظاهر أنه ليس مراد القائل. كما هو واضح للمتأمل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۷

و التحقيق: أنا لا نعقل مقابله الهبه بالهبه أو بالمال مقابله معاوضيه بصيغه وهبته، لأن هذه الصيغه إنما تكفلت بإنشاء تمليك متعلقها (العين الموهوبه) للمتهب و مع ذلك يستحيل أن يتكفل بإنشاء تمليك نفسها له إلا بإنشاء آخر بأن يقول:

ملكتك هبتى لك كذا بهبتك إياى كذا.

و عليه فيكون كل من المتعاملين مالكا لعمل الآخر: أعنى به الهبه المذكوره فى العقد.

و من النقوض: ۷- أنه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض طرده بالقرض،

لأنه أيضا إنشاء تمليك عين بمال.

و أجاب عنه المصنف:

(بأن مفهومه ليس نفس المعاوضه بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمه، لا معاوضه للعين بهما).

و ناقش فيه المحقق الايروانى و إليك نصه «فإما هو مجرد تغيير للعباره مع، كون واقعه هو المعاوضه، أو هو غير معقول، فان التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمه إن كان بمعنى المقابله على أن يكون تمليكا بإزاء عوض فى الذمه فذلك هو الأول، فإنه تمليك بعوض فى الذمه. و إن كان لا بمعنى المقابله. بل كان التمليك مجانيا و قد اشترط فى تمليكه أن تكون الذمه مشغوله بحكم الشارع، كما تكون مشغوله فى موارد الضمانات فذلك هو الثانى).

و لكن هذه المناقشه غريبه عن مقصود المصنف، فان غرضه- على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمه

و سيأتى- أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره ضمنه لمالكه بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و الشخصيه- سواء أ كانت تلك الخصوصيات دخيله فى الماليه أم لا- بديهه أن الثابت فى ذمه الضامن ابتداء إنما هو نفس العين. فيجب ردها إلى مالكها لقاعده ضمان اليد. و إذا تلفت العين وجب مثلها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۶۸

على الضامن، لأنه أقرب إلى التالف و إن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتها، لاحتوائها على جميع ما هو دخيل فى ماليه العين.

و على هذا الضو. فمعنى القرض هو تمليك المقرض ماله للمقترض على وجه ضمان المثل. و حينئذ فيملك الدائن على المديون أمرا كليا منطبقا على كل فرد من الأفراد الخارجيه المساويه لما أخذه من القرض فى الخصوصيات النوعيه و الصنفيه الدخيله فى الماليه. و أما الخصوصيات الشخصيه غير الدخيله فى الماليه فهى لا تدخل تحت الضمان لأن الإنسان إنما يستقرض شيئا لدفع حاجته به. فلزوم إبقائه على حاله نقض للغرض و عليه فليس للمقرض ان يجبر المقترض على رد العين المأخوذه قرضا تمسكا بدليل ضمان اليد، بداهه ان قاعده ضمان اليد لا تجرى فى المقام، إذ المفروض ان يد المقترض لم تتعلق بمال غيره. و أما الضمان بالاقدام فلا يترتب عليه أزيد مما ثبت فيه التعهد. و قد عرفت قريبا: أن العهده لم تثبت- فى باب القرض- إلا بالنسبه إلى ماليه العين المأخوذه قرضا، لا بالنسبه إلى خصوصياتها الشخصيه. فيستوضح من ذلك أن القرض خارج عن حدود البيع.

و يتضح ما ذكرناه جليا بقياس القرض بالغصب، إذ لا فارق بينهما إلا من ناحيه أن المغصوب يضمن على الغاصب بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و

الشخصيه و هذا بخلاف القرض فان المال المأخوذ قرضا غير مضمون بالخصوصيات الشخصيه كما عرفته قريبا. و على هذا فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيع بالغصب، كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض أيضا. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد استشهد على خروج القرض عن مفهوم البيع بأمور عديده.

١- أنه لو كان القرض من أفراد البيع لجرى فيه رباء المعاوضه مع أنه لا يجرى فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ۶۹

و أوضحه السيد فى حاشيته بما هذا نصه (لا يشترط فى تحقق الربا فيه (القرض) ما يعتبر فى تحققه فى سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد، و اشتراط كونهما من المكيل و الموزون. بل يحرم فيه الزياده مطلقا و إن لم يكونا من جنس واحد، كما فى قرض القيميات، و كذا إن كان معدودا أيضا هذا).

ثم ناقش فى ذلك و إليك لفظه: (و لكن يمكن أن يمنع دلاله ذلك على عدم كونه معاوضه و إن كان أصل المطلب حقا، لوضوح أن القرض تمليك بالضمان، لا بعوض. و ذلك لإمكان اختصاص بعض المعاوضات بسعه دائره الربا فيه لدليل خاص فتدبر).

و الظاهر: أن المصنف (ره) يريد من

قوله: (لا يجرى فيه رباء المعاوضه)

مطلبا آخر غير ما فهمه السيد منه. و هو: أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضه، و دفع نقد آخر منهما- حين الأداء- الذى يساوى القرض فى الماليه و إن زاد عليه فى المقدار لا يستلزم الربا و مثال ذلك: أن يقترض أحد من صاحبه ريالا عراقيا و يدفع عن بدله إلى المقرض أربعه دراهم. فان هذه الدراهم و إن كانت مساويه للرايات فى الماليه، و لكنها زائده عليها فى

المقدار. و مع ذلك لا يكون هذا رباء.

إلا إذا استلزم زياده فى الماليه. و هذا بخلاف المعاملات المعاوضيه فإن شراء الريال الواحد بأربعه دراهم معامله ربويه قطعا.

و السر فى ذلك ما ذكرناه آنفا من ان معنى الفرض تمليك العين على وجه ضمان المثل أو القيمه. و من البين ان هذا العنوان أمر كلى قابل الانطباق على أفراده الخارجيه المساويه للعين المأخوذه قرضا فى الماليه و ان زادت عليها فى القدر. فيستكشف من ذلك ان باب القرض غريب عن باب المعاملات المعاوضيه. و الا لاتحدا فى الآثار.

قوله: (و لا الغرر المنفى فيها).

أقول: توضيح كلامه: أنه يجوز اقتراض شى ء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۰

مع الجهل بمقداره و أوصافه. و من الظاهر انه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضيه لاعتبر فيه العلم بالمقدار و الأوصاف، لنهى رسول اللّه (ص) عن بيع الغرر «۱» و عليه فلو أخذ المقرض قبضه من الدراهم المصبوبه بين يديه، و أقرضها لشخص من غير علم بمقدارها صح القرض. نعم لا بد للمقترض أن يعرف مقدار ذلك لكى يتمكن من الأداء. إلا أنه أجنبى عن حقيقه القرض و من هنا لا بأس باقتراض الطعام بصخره مجهوله، لإمكان الأداء بتلك الصخره و إن لم يعلم مقدارها إلى الأبد.

نعم ظاهر جمع من الفقهاء فى باب القرض وجوب العلم بمقدار القرض، و أنه لا يجوز الاقتراض بالكيل و الوزن المجهولين. و لكن ناقش فى ذلك بعض الأعاظم و نقل فيه القول بالجواز عن ظاهر جماعه آخرين بدعوى أن دليل نفى الغرر مختص بالبيع. غايه الأمر أنه يجوز التعدى منه إلى مطلق المعاملات المعاوضيه، للقطع بعدم الخصوصيه للبيع، إذ المناط فى النهى عن بيع الغرر

إنما هو رفع النزاع، و قطع المرافعه.

و من البـديهى أن هـذا المناط موجود فى مطلق المعاملات المعاوضـيه، و أما القرض فلا دليل على اعتبار نفى الغرر فيه، و لا أنه من قبيل المعاملات المعاوضيه. لكى يعتبر فيه نفى الغرر من هذه الناحيه و إذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض.

و هـذه المناقشه فى غايه المتانه. و لكن يحسن بنا أن نقول: إن القرض خارج عن موضوع الغرر حتى مع وجود الـدليل على نفى الغرر بقول مطلق، لأنـا ذكرنـا سابقـا: أن الثـابت فى ذمه المقترض إنمـا هو مـاليه العين المأخوذه قرضا، سواء أ كانت تلك العين معلومه المقدار و الأوصاف، أم كانت مجهوله كذلك.

نعم يعتبر العلم بمقـدار القرض مقـدمه للأداء. و من الواضـح أن ذلك يمكن بعد الاقتراض أيضا. و إذن فما ذكره المصـنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين.

و قد اتضح لك من جميع ذلك انه لا يعتبر ذكر العوض أيضا فى القرض.

---

(۱) سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۳۸

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۱

بحث فى بعض معان البيع

اشاره

قوله: (و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان أخر غير ما ذكر).

أقول: لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقابيس. و ذكر السـيد فى حاشيته: أن (الظاهر انه الشيخ الكبير الشيخ جعفر فى شرح القواعـد). و مراده من غير ما ذكر غير ما ذكره هو (ره) و اختاره. و إلا فقد ذكر بعض هذه المعانى فيما تقدم. و إليك هذه المعانى التى تعرض لها المصنف:

۱- الإيجاب المتعقب بالقبول، و إليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول فى تعريف البيع المصـطلح، و لعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع، و لذا لا يطلق لفظ البائع

على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول.

۲- الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، و يظهر هذا من المبسوط و غيره.

۳- نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول. و إليه ينظر كل من عرف البيع بالعقد.

المعنى الأول: إنشاء التمليک المتعقب بالقبول.

و قد ناقش فيه المصنف، و حاصل مناقشته: أن الإيجاب المتعقب بالقبول من أفراد البيع. و إنما انصرف إليه اللفظ لقيام القرينه الخارجيه على ان المراد من الإيجاب إنما هو الإيجاب المثمر. و من الواضح ان الأثر لا يترتب إلا على الإيجاب المتعقب بالقبول، دون الإيجاب الساذج. و لو لا هذه القرينه لكان المقصود من لفظ البيع الإيجاب المحض.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۲

و أضف الى ذلک أنه لم يقل أحد: أن تعقب الإيجاب بالقبول دخيل فى معنى البيع، و إن التزموا بكونه شرطا للانتقال الخارجى.

و الوجه فى ذلک: أن البيع و ما يساويه فى المعنى من قبيل الإيجاب و الوجوب لا من قبيل الكسر و الانكسار، إذ كما ان الآمر قد يأمر بشى ء، و لا يكون ذلک واجبا فى الخارج، كذلک البائع، فإنه قد ينشئ البيع، و هو لا يوجد فى الخارج.

و هذا بخلاف الكسر و الانكسار، فإن أحدهما لا ينفک عن الآخر. و يتوجه على هذه المناقشه وجوه.

۱- ما ذكره السيد فى حاشيته. و صفوته: أن كل تمليک إنشائى ليس ببيع بل المراد من البيع هو الإيجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر. و الدليل على ذلک هو التبادر. و صحه السلب. و من هنا لو أخبر أحد عن بيع داره، مع انه لم يتحقق فى الخارج إلا الإيجاب الساذج من دون ان يقبله المشترى لكان كاذبا فى اخباره. كما أنه إذا

أخبر عن بيع داره. و أخبر أيضا عن عدم قبول المشترى ذلك كان مناقضا فى كلامه. و هذا بخلاف ما إذا أخبر عن البيع ثم أخبر عن فقدان شرط من شرائط صحته فإنه لا يعد مناقضا فى اخباره، و قد يتوهم ان ذلك من ناحيه الانصراف و لكنه توهم فاسد، إذ لو صح هذا لجرى مثله عند فقدان سائر الشرائط أيضا. مع انه لو تحقق البيع بإيجابه و قبوله، و لكن كان فاقدا لبعض شرائط الصحه لصدق عليه مفهوم البيع قطعا.

و أضف الى ذلك: ان البيع من قبيل العقود، و من البين الذى لا ريب فيه انه لو كان الإيجاب الصرف بيعا من دون تعقبه بالقبول للزم منه ان يكون البيع من الإيقاعات، لا من العقود، و هو بديهى البطلان.

و على الجمله: إن قوام العقود برمتها بالإيجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۳

أى عقد من العقود بالإيجاب الساذج. سواء أ كان هذا الإيجاب متوجها إلى قابل شاعر، و لكنه لم يقبله، أم كان متوجها إلى جسم غير شاعر، كالجدار و نحوه.

۲- أنه لا وجه صحيح لتفرقه المصنف بين الإيجاب و الوجوب، و بين الكسر و الانكسار، بديهه أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحدانى لا تعدد فيه بوجه، و إنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط. كالإيجاد و الوجود، فإنهما شى ء واحد.

غايه الأمر أن هذا الشى ء الواحد بالنسبه إلى جهه الإصدار يسمى إيجادا، و بالنسبه إلى جهه الصدور يسمى وجودا. و كذا الحال فى التمليك و الملك. و الإيجار و الإجاره.

و الإيجاب و الوجوب. و الكسر و الانكسار. و أشباه ذلك.

و دعوى أن الوجوب ينفك عن الإيجاب. و لكن الكسر

لا ينفك عن الانكسار دعوى جزافيه، إذ الإيجاب أيضا لا ينفك عن الوجوب. إلا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر فى نظر الآمر فقط، لا فى الخارج، و فى جميع الأنظار.

٣- أن البيع «١» إنشاء تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه. و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول. و عليه فلا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر، أو على سبيل القضيه الحينيه.

و إذن فينحل البيع فى الحقيقه إلى قضيه شرطيه أو حينيه. فمعنى قول البائع بعت المتاع الفلانى من زيد: أنه بعته إياه إن قبله، أو حين قبوله.

و قد يتوهم أن ذلك يرجع إلى التعليق و هو مبطل للعقود بالضروره.

و لكن هذا التوهم بديهى الفساد، لأن بطلان العقود بالتعليق ليس من ناحيه الاستحاله العقليه لكى لا يقبل التقييد، أو التخصيص. بل إنما هو من ناحيه الإجماع.

و من الظاهر أن الإجماع دليل لبى فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن. و القدر المتيقن هنا ما يكون التعليق فيه على الأمور الخارجه عن صميم العقد و مفهومه.

---

(١) قد تقدم ذلك فى ص ٥٣.

و يضاف إلى ذلك أن العقود المتعارفه لا تخلو عن مثل هذا التعليق.

و المفروض أنها ممضاه للشارع.

فيستوضح من ذلك أن التعليق المذكور لا يضر بالعقود فى نظر الشارع.

و بتعبير آخر أن البيع له أربعه أقسام:

١- الإنشاء الساذج من غير أن ينضم إليه القبول. و لا شبهه فى أن هذا لا يسمى بيعا حتى فى نظر الموجب فلا يترتب عليه أى أثر من آثار البيع.

٢- الإيجاب و القبول من غير أن يلحق بهما الإمضاء من العرف أو الشرع فان ذلك يسمى

بيعا فى نظر كل من الموجب و القابل، و لا يسمى بيعا عند العرف و الشرع.

۳- الإيجاب و القبول مع كونهما موردا لإمضاء أهل العرف دون الشرع.

كبيع ما لا- يصح بيعه شرعا، نظير الميته و الخمر و الخنزير و أشباهها، فإن هذا يعد بيعا فى نظر المتبايعين و أهل العرف دون الشرع.

۴- الإيجاب و القبول مع التحاق الإمضاء من أهل العرف و الشرع بهما.

و لا شك فى أن هذا بيع بالحمل الشائع فى جميع الانظار. و قد اتضح لك مما بيناه أنه لا يوجد البيع فى أى وعاء من الأوعيه بالإيجاب الخالص. و من هنا لا- يطلق البائع على من أوجب البيع، و لم يتعقب ذلك بالقبول. و كذلك الحال فى سائر العقود برمتها.

قوله: (و كذلك لفظ النقل و الابدال و التمليك و شبهها. مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل فى معناها).

أقول: حاصل كلامه: أن شأن البيع شأن النقل و الابدال و التمليك، فكما لا يعتبر فى صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضا فى صدق مفهوم البيع.

و فيه أنك قد عرفت قريبا: أن اعتبار القبول فى مفهوم البيع أمر واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۵

بل هو كالنور على المنار. و عليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر فى مفهومه قيد التعقب بالقبول.

و أما النقل فهو موضوع لمفهوم عام: و هو كل ما صدق عليه عنوان النقل، سواء أ كان ذلك نقلا خارجيا كنقل شى ء من مكان إلى مكان آخر، أم كان نقلا- اعتباريا و من هنا تطلق كلمه الناقله على آله النقل. كالحموله و السفن و السيارات و الطيارات و غيرها. و من الواضح

جدا أنه لا- يعتبر قيد التعقب بالقبول فى هذا المفهوم الوسيع. و من هنا ظهر لك أنه لا وجه لقياس البيع بكلمه الإبدال أيضا، ضروره أن المبادله أعم من المبادله الخارجيه، و من المبادله الاعتباريه. كما أن المبادله الاعتباريه أعم من البيع و غيره «۱».

و أما التمليك فإن النسبه بينه و بين البيع هى العموم من وجه، إذ قد يوجد التمليك و لا يصدق عليه مفهوم البيع، كما فى الهبه، و الوصيه، و الإرث، و تمليك اللّه سبحانه الزكاه للفقراء و الخمس لبنى هاشم، و غير ذلك. و قد يوجد البيع و لا يكون هناك تمليك. كبيع المتاع بسهم سبيل اللّه من الزكاه فإن هذا بيع و ليس فيه تمليك من ناحيه البائع «۲» و قد يجتمعان و هو كثير.

و إذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول فى مفهوم كل من النقل و الابدال و التمليك لا يلازم عدم اعتباره فى مفهوم البيع الذى هو أخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقا، أو من وجه.

المعنى الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال.

و التحقيق أنه إن أريد من الانتقال اعتبار المالكيه بنظر العرف و الشرع فلا شبهه أن ذلك متأخر عن البيع تأخرا رتبيا- و إن أخذ البيع بمعنى المبيعه- لأن نسبه

---

(۱) تقدم ذلك فى ص ۹.

(۲) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال فى ص ۲۳.

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبه الموضوع إلى حكمه، و من البديهى أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدما رتبيا.

و على هذا فاستعمال كلمه البيع فى الانتقال من الأغلاط الواضحه، و معه لا يمكن تعريف البيع بالانتقال و إن أريد من الانتقال اعتبار الملكيه بنظر المتبايعين فإنه يجوز تعريف البيع بذلك، لأن الانتقال متحد

مع البيع وجودا- لما عرفت قريبا من اتحاد الإيجاد و الوجود- و إن تغايرا اعتبارا. و لكنه ليس معنى آخر يغاير المعنى الأول.

المعنى الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.

أقول: قد حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ما هذا نصه:

(الظاهر اتفاقهم على إراده هذا المعنى فى عناوين أبواب المعاملات حتى الإجاره و شبهها التى ليست هى فى الأصل اسما لأحد طرفى العقد).

و يتوجه على ذلك.

أنا لم نجد موردا يستعمل فيه لفظ البيع و غيره فى الإيجاب و القبول و إذن فلا وجه صحيح لحمل الألفاظ المذكوره فى طليعه عناوين المعاملات على ذلك. بل إن ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفى العقد. و هو الإيجاب.

و أما الإجاره و الوكاله فلا يبعد أن تكونا أيضا من أسماء فعل الموجب:

أما الإجاره فلأنها بمعنى الأجر. و الأجر قد يستعمل و يراد به الجزاء و الأجره.

و قد يستعمل مصدرا من أجر: بمعنى أكرى. بداهه أن أجر مجردا قد يستعمل بمعنى آجر- كما فى القاموس و مجمع البحرين- و على ذلك فالإجاره تكون مصدرا لأجر، كالكتابه التى هى مصدر لكتب.

و أما الوكاله فهى أيضا فعل الموجب، كالتوكيل، لأن الأفعال المجرده و المزيد فيها و إن اختلفت بالاعتبار، لكنها متحده وجودا.

و السر فى ذلك: أن نسبه المصادر المجرده إلى المصادر المزيد فيها نسبه الوجود إلى الإيجاد. فكما أن الوجود و الإيجاد متحدان حقيقه، و مختلفان اعتبارا. كذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۷۷

المصادر المجرده. و المصادر المزيد فيها و على هذا فاستعمال لفظ التوكيل فى الفعل الصادر من الموجب إنما هو بلحاظ جهه الصدور. و استعمال لفظ الوكاله فيه إنما هو بلحاظ نفس الفعل.

و قد يستدل على صحه استعمال لفظ الإجاره فى الإيجار بقوله (تعالى) فى

التحدث عن قصه تزويج موسى (ع) من بنت شعيب (ع) (قالَ: إِنِّی أُرِیدُ أَنْ أُنْکِحَکَ إِحْدَی ابْنَتَیَّ هاتَیْنِ عَلی أَنْ تَأْجُرَنِی ثَمانِیَ حِجَجٍ) «۱».

و وجه الاستدلال: أن معنی الآیه هو أن تأجرنی نفسک.

و لکن هذا الاستدلال فاسد، لأن کلمه أن تأجرنی فی الآیه الکریمه مستعمله فی معنی الجزاء و الثواب. أو أن المراد من ذلک أن تکون أجیرا لی- علی سبیل شرط النتیجه- و هذا الأخیر قد ذکر فی مجمع البحرین و لسان العرب.

ثم إنه قد نسب المصنف إلی الشهید الثانی- و إن لم تثبت النسبه- أن إطلاق لفظ البیع علی العقد مجاز لعلاقه السببیه.

ثم وجه کلامه، و حاصل توجیهه: أنه لیس مراد الشهید من المسبب النقل الحاصل من الإیجاب الصرف، لأنه حاصل بنفس الإنشاء من دون توقفه علی القبول، کما أن وجوب الضرب یتحقق فی نظر الآمر بالأمر فقط و إن لم یصر واجبا فی نظر غیره.

بل مراد الشهید الثانی من المسبب إنما هو الأثر الحاصل من العقد فی نظر الشارع: و هو النقل و الانتقال و من الواضح أن ذلک لا یحصل إلا بالعقد المرکب من الإیجاب و القبول. و علیه فاستعمال لفظ البیع- الذی وضع للمسبب- فی نفس السبب إنما هو بعلاقه السببیه و المسببیه. و حینئذ فإضافه العقد إلی البیع بمعنی الأثر الحاصل من

---

(۱) القصص ۲۸. الآیه: ۲۷.

العقد إضافه لامیه. و من قبیل إضافه السبب إلی المسبب-: أی عقد للبیع- لا إضافه بیانیه.

و علی هذا التوجیه فیتوجه علی الشهید الثانی ما وجهه المصنف علی المعنی الثانی المتقدم من أن البیع بمعنی الانتقال لم یوجد فی اللغه، و لا فی العرف، و إنما وقع ذلک

فی تعریف جماعه تبعا للمبسوط.

و یرد علی المصنف أیضا: أن معنی البیع لیس هو الأثر الحاصل منه فی نظر الشارع: أعنی به الانتقال لکی یصح إطلاقه علی سببه مجازا. بل ذلک الأثر حکم من أحکام البیع. و من الظاهر أنه لا یصح إطلاق البیع علی حکمه و لو إطلاقا مجازیا بل معنی البیع کما عرفت هو الاعتبار النفسانی المبرز بمبرز خارجی «۱».

نعم لو ثبت هذا الإطلاق لأمکن تصحیحه بما اشتهر بین العلماء من أن الإنشاء إیجاد المعنی باللفظ، فإنه علی هذا یتسبب البائع بالإیجاب و القبول إلی إیجاد البیع. و حینئذ فإطلاق کلمه البیع علی الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول- و هو الانتقال- من قبیل إطلاق السبب علی المسبب، لعلاقه السببیه و قد عرفت بطلان ذلک آنفا.

و أما ما نسب إلی الشهید الثانی (ره) من صحه إطلاق البیع علی العقد المرکب من الإیجاب و القبول فلم نجده فی لغه، و لا فی عرف بل إراده هذا المعنی من العناوین المذکوره فی طلیعه أبواب المعاملات غلط واضح. إذ لا معنی لان یراد من قول الفقهاء:

کتاب البیع- مثلا- کتاب الإیجاب و القبول.

و الذی یحسن بنا أن نفهمه: أنه إذا صح إطلاق کلمه البیع علی الإیجاب و القبول کان ذلک من ناحیه أخری. و تحقیق ذلک: أنه قد یطلق البیع، و یراد به ما ذکرناه

---

(۱) قد تقدم ذلک فی ص ۵۳.

سابقا من أنه إنشاء تبدیل شی ء من الأعیان بعوض. و قد عرفت فیما تقدم: أن البیع بهذا المعنی هو الإیجاب الساذج المتعقب بالقبول. کما أن الأمر کذلک فی سائر العقود برمتها «۱».

و قد یطلق البیع و یراد به المعاهده الخاصه

الحاصله بين المتبايعين. و لعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الإيجاب المتعقب بالقبول. و إليه ينظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من أنه لزم البيع، أو وجب، أو لا بيع. و هو الذى يفرض له البقاء و يتعلق به الفسخ و الإمضاء. و ترد عليه الشروط و الاحكام. و إذن فيمكن أن يقال: انه لم يوجد مورد يستعمل فيه لفظ البيع فى العقد الذى هو سبب للبيع. بل كل ما يتوهم كونه من هذا القبيل- كقولهم كتاب البيع، أو عقد البيع- فهو مستعمل فى المعاهده الخاصه. و حينئذ فإضافه العقد إلى البيع من قبيل الإضافه البيانيه، لا الإضافه اللاميه.

و المتحصل من جميع ذلك: أن إطلاق كلمه البيع على الإيجاب و القبول من الأغلاط الواضحه، لا من الاستعمالات المجازيه.

ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

قوله: (ثم إن الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من لك).

أقول: يقع البحث هنا فى ناحيتين:

١- أن ألفاظ المعاملات هل هى موضوعه للصحيح، أم للأعم منه و من الفاسد.؟

٢- أنه إذا قلنا بأنها موضوعه للصحيح فما هو الفارق بين العبادات، و بين

---

(١) تقدم فى ص ٧٢.

المعاملات، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالإطلاق فى الأولى، و يتمسكون به فى الثانيه؟.

الناحيه الأولى: أنه ذكر الشهيد الثانى (ره) فى كتاب الايمان من المسالك:

(أن إطلاق البيع و غيره من العقود حقيقه فى الصحيح مجاز فى غيره، لوجود خواص الحقيقه و المجاز فيهما. كمبادره المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره. و من ثم حمل الإقرار به عليه حتى لو ادعى إراده الفاسد لم يسمع إجماعا. و لو كان مشتركا بين الصحيح و الفاسد لقبل تفسيره بأحدهما،

كغيره من الألفاظ المشتركه و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقه).

و قد نوقش فى ذلك بأن مفهوم البيع أمر عرفى، و هو الذى يمضيه الشارع تاره، و يرده أخرى. و عليه فلا يعقل أخذ الصحه الشرعيه فى مفهومه، إلا على القول بالحقيقه الشرعيه فى ألفاظ العقود، و هو بديهى البطلان، إذ على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه فى ألفاظ العبادات فلا وجه لثبوتها فى ألفاظ المعاملات، و إنما هى موضوعه للمفاهيم العرفيه التى أمضاها الشارع تاره، و ردها اخرى. و تفصيل الكلام فى محله.

و أجاب المصنف عن هذه المناقشه، و حاصل كلامه: أنه يمكن أن يوضع لفظ البيع- مثلا- لما هو المؤثر فى الملكيه واقعا، و يكون الإمضاء من الشرع، أو العرف طريقا إلى ذلك نعم قد حكم الشارع- فى بعض الموارد- بعدم حصول الملكيه إلا أن ذلك من ناحيه تخطئه الشارع أهل العرف و إذن فلا منافاه بين أن يكون البيع مفهوما عرفيا، و بين أن يكون موضوعا لخصوص الحصه الصحيحه.

و على الجمله: إن البيع بمعنى الاسم المصدرى حقيقه فيما هو المؤثر فى الملكيه واقعا.

و من الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقه الشرعيه فى المفاهيم العرفيه.

و يرد على المصنف: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه الخالصه، لا من الأمور التكوينيه الواقعيه. و من الظاهر أن الأمور الاعتباريه تدور من حيث الوجود و العدم مدار الاعتبار المحض. و عليه فلا نتصور التخطئه فى الملكيه: بأن يوجد مورد توجد

فيه الملكيه، و لم يلتفت إليها أهل العرف، و إنما يكشف عنها الشارع تخطئه للعرف و على هذا المنهج فإذا قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر فى

الملكيه فإن كان المراد من الاعتبار هو الاعتبار العقلائى، أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعى فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم، و لما هو المؤثر فى الجمله و لو كان بعض أفراده غير مؤثر شرعا، كالبيع الربوى- مثلا- لأن ألفاظ العقود- على هذا المسلك- موضوعه للطبيعه الكليه، دون خصوص المؤثر شرعا.

و إن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعى فلا بد من القول بالحقيقه الشرعيه فى ألفاظ العقود. و حينئذ فيعود المحذور المتقدم: أعنى به أخذ الصحه الشرعيه فى المفهوم العرفى.

نعم يمكن الالتزام بجواز التخطئه فى نفس الاعتبار، إذ الاعتبار لا بد و أن يكون ناشئا من المصلحه الواقعيه الداعيه إليه فإذا اعتبر العقلاء ملكيه شى ء- كالخمر و الخنزير و الميته- مع عدم وجود مصلحه فى ذلك، و حكم الشارع بعدم الملكيه هنا كشفنا عن خطاء العقلاء فى اعتبارهم. و بهذا يصح الالتزام بوضع ألفاظ العقود للصحيح بأن يوضع لفظ البيع- مثلا- لما هو المؤثر فى الملكيه الناشئ اعتبارها من منشأ صحيح و حينئذ فيكون عدم إمضاء الشارع لما أمضاه العرف من العقود من باب التخطئه. و المتحصل مما ذكرناه: أن ألفاظ العقود موضوعه للأعم من الصحيح و الفاسد، لا للصحيح فقط.

التمسک بالإطلاق فی المعاملات

قوله: (و أما وجه تمسک العلماء بإطلاق أدله البيع و نحوه).

أقول: قبل بيان التمسک بإطلاق أدله المعاملات يحسن بنا أن نبين أمرا: و هو أن التمسک بالإطلاق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۲

يتوقف على إحراز انطباق الطبيعه- التى أخذت فى موضوع الحكم، أو متعلقه- على الفرد المشكوک فيه بحيث يتمحض الشک فى شمول الحكم للفرد المشكوک فيه.

و أما لو كان الشک فى أصل الصدق فإنه لا يجوز معه التمسک

بالإطلاق. و هذا واضح لا شك فيه.

و أيضا يتوقف التمسك بالإطلاق على أن يكون المتكلم فى مقام البيان، و لو فرض أنه كان فى مقام الإهمال و الاجمال لم يجز التمسك بالإطلاق. و ليعلم أنه ليس المراد من كون المتكلم فى مقام البيان أن يكون فى مقام بيان الأجزاء و الشرائط للمأمور به.

بل المراد به أن يكون فى مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه الكلى، أو متعلقه: كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فأعتق رقبه مؤمنه، أو قال: أحل اللّه البيع، إذ لو كان المولى فى مقام بيان الاجزاء و الشرائط كما فى روايه حماد الوارده فى مقام بيان ماهيه الصلاه «۱»، فإنه لا شبهه و لا كلام فى جواز التمسك بالإطلاق لنفى ما تحتمل جزئيته أو شرطيته. و لكن هذا إطلاق أحوالى، لا إطلاق لفظى الذى هو مورد بحثنا.

و بعد هذا التمهيد أنا إذا قلنا بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد فلا ريب فى جواز التمسك بالإطلاقات الوارده فى إمضاء المعاملات، و نفى ما يحتمل دخله فى صحتها. و إذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فإنه لا يجوز التمسك بتلك الإطلاقات فى الموارد المشكوكه، و ذلك من جهه الشك فى الانطباق، و عدم إحراز صدق عنوان البيع- مثلا- على ما يكون فاقدا لما يحتمل كونه جزءا أو شرطا.

و قد انجلى لك مما بيناه ضعف ما أفاده السيد فى حاشيته، و حاصله: أنه كلما صح التمسك بالإطلاق فى مورد من المعاملات على الأعمى صح التمسك به فى ذلك على الصحيحى أيضا، بداهه أنه ليس الموضوع له عند الصحيحى عنوان الصحيح، بل ما يكون جامعا للشرائط الشرعيه حسب ما يستفاد من الأدله.

---

(۱) الوافى

ج ۵ ص ۱۲۷.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۸۳

و علیه فکل دلیل ورد فی بیان أصل الحکم من الوجوب أو الحرمه أو غیرهما فإنه لا یصح التمسک بإطلاقه علی کلا القولین. لعدم کون المتکلم فی مقام البیان من غیر الجهه المزبوره. و کل دلیل ورد فی بیان ماهیه الواجب من الأجزاء و الشرائط فإنه یجوز التمسک بإطلاقه، لکون المتکلم فی مقام البیان. و هذا هو الحجر الأساسی فی بیان الفارق بین التمسک بالإطلاق و عدمه.

و وجه الضعف: أن ما ذکره السید و إن کان متینا فی مورده، لأنه لا یصح التمسک بالإطلاق مع عدم کون المتکلم فی مقام البیان مطلقا، کما أنه إذا کان فی مقام بیان أجزاء الماهیه و شرائطها صح التمسک بالإطلاق کذلک. إلا أنه راجع إلی الإطلاق المقامی. و من الواضح أن ذلک خارج عن الإطلاق اللفظیّ الذی یصح معه التمسک بالإطلاق علی الأعمی، و قد وقع الإشکال فی التمسک به علی الصحیحی.

ثم إن المصنف (ره) قد أشار إلی إمکان التمسک بالإطلاق علی الصحیحی بنحوین:

۱- الإطلاق المقامی. و توضیحه: أن لفظ البیع- مثلا- و إن کان اسما للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذی یراه الشارع مؤثرا فی الملکیه، إلا أنه لم یبین أسباب تلک المسببات التی أمضاها بالعمومات و الإطلاقات الداله علی صحه العقود و لزومها. و علیه فیدور الأمر بین القول بأن المولی قد أهمل تلک العمومات و المطلقات. و بین القول بأنها ناظره إلی إمضاء الأسباب العرفیه للمعاملات. و إذن فیکون المؤثر عند العرف مؤثرا عند الشرع أیضا. و من الواضح الذی لا ریب فیه أن الدلاله الاقتضائیه، و صیانه کلام الشارع عن اللغویه تقتضی الثانی.

و هذا هو الفارق

بين العبادات و المعاملات، لأن العبادات ماهيات جعليه، و حقائق غير مغروسه فى أذهان أهل العرف لكى نستكشف من إطلاق كلام الشارع موافقته للمفاهيم العرفيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۴

و لا يخفى على الناقد البصير أن المراد من التمسك بالإطلاق هو هذا المعنى دون الإطلاق اللفظى لكى يناقش فيه بعدم ورود الحكم على المقسم الذى هو من جمله مقدمات التمسك بالإطلاق. و الجواب عن ذلك:

أن التمسك بالإطلاق المقامى إنما يجوز فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقنه، و إلا فينصرف إليها الإطلاق من دون أن تلزم اللغويه من الإهمال. و من البين أن مقامنا من هذا القبيل، لأنا كشفنا من مذاق الشارع كشفا قطعيا- و لو من غير ناحيه الإطلاقات الوارده فى إمضاء العقود- أن بعض ما هو سبب للبيع عرفا مؤثر فى الملكيه جزما، و إذن فلا يبقى مجال للتمسك بالإطلاق المقامى صيانه لكلام الشارع عن اللغويه.

۲- أن تحمل المطلقات الوارده فى مقام إمضاء البيع على المعنى المصدرى الذى يراد من لفظ بعت، و حينئذ فيستدل بحكم الشارع على نفوذ العقود مطلقا على أن ما هو بيع بالمعنى المصدرى عند العرف مؤثر عند الشارع أيضا.

و يتوجه عليه أن هذا النحو من التمسك بالإطلاق و إن كان صحيحا. و لكنه عباره أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم، بداهه أن ما يصدق عليه لفظ البيع بالمعنى المصدرى أعم من الصحيح و الفاسد، و عليه فلا محذور لنا فى التمسك بإطلاقات المعاملات فى الموارد المشكوكه.

و التحقيق: أن لفظ البيع ليس اسما للسبب، و لا أنه اسم للمسبب، بل إنما هو اسم للاعتبار المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى «۱» و إذن فلا مانع عن التمسك

بالإطلاقات و العمومات الداله على صحه البيع و لزومه. و على هذا فلا مناص لنا عن الالتزام بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح و الفاسد.

و لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى سائر العقود، بل الإيقاعات أيضا.

---

(١) قد تقدم تفصيله فى ص ٥٣.

و مع الإغضاء عما ذكرناه: و القول بوضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أمكن لنا إثبات الصحه و اللزوم فى الموارد المشكوكه بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ «١» ضروره أن البيع و إن كان حقيقه فى الصحيح الشرعى. و لكن المراد من البيع الذى تعلق به الحل فى الآيه الكريمه إنما هو البيع الإنشائى، إذ الظاهر من إحلال البيع إنما هو إمضاؤه المولوى- كما هو الظهور الابتدائى أيضا من أدله سائر الأحكام- و من الواضح أنه لو كان المراد من البيع هو البيع الشرعى لكان ذلك الإمضاء لغوا محضا، و تحصيلا للحاصل، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآيه أحل اللّه البيع الممضى. الا أن يلتزم بكون الآيه إرشادا إلى البيع الصحيح و لكن ذلك مخالف لظاهرها. بل لا معنى لحملها على الإرشاد، إذ المفروض أن انكشاف صحه البيع و نفوذه عند الشارع انما هو بهذه الآيه. و من البين أن حملها على الإرشاد يقتضى أن يكون إمضاؤه بغيرها و هو خلف ظاهر.

و قد اتضح لك مما ذكرناه جواز التمسك بإطلاق قوله (ع): و المسلمون عند شروطهم «٢» على صحه البيع فى الموارد المشكوكه مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الإسلام انما هو وفاء المسلم بشرطه. و من البديهى أن الحديث بهذا المعنى إمضاء تشريعى للشروط المتعارفه. و حكم مولوى بلزوم العمل بها

و انهائها و إتمامها.

[الكلام فى المعاطاه]

المعاطاه و حقيقتها

قوله: (اعلم أن المعاطاه على ما فسره جماعه: أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر).

---

(۱) سوره البقره الآيه ۲۷۴

(۲) راجع الوافى ج ۱۰ باب ۸۰ ص ۶۸

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۶

أقول: [۱] لما كان تنقيح البحث فى المعاطاه و بيان مورد الأقوال فيها متوقفا على بيان ما نتصور به حقيقتها تصدى المصنف بدءا لبيان ذلك ثم عقبه بذكر الأقوال فيها و حاصل كلامه: أن المعاطاه تتصور على وجهين:

۱- أن يبيح كل من المتعاطيين للآخر التصرف فيما يعطيه إياه من دون نظر الى تمليكه.

۲- أن يتعاطيا على وجه التمليك و التملك، لا بعنوان الإباحه المحضه، و قد ذكر بعضهم فى تصوير ذلك وجهين آخرين:

۱- أن يتعاط كل من المتعاطيين بغير قصد البيع، و لا التصريح بالإباحه، بل يعطى أى منهما شيئا ليتناول شيئا آخر.

۲- أن يقصد كل منهما الملك المطلق، لا البيع فقط، و لا الإباحه الخالصه.

و يتوجه على الوجه الأول: أن الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختياريه- كحركه المرتعش- لكى يكون ذلك خاليا عن القصد و الإراده.

و انما هو فعل اختيارى صادر من فاعله بالإراده و الاختيار. و عليه فإذا قصد كل من المتعاطيين- من إعطائه ماله لصاحبه- خصوص اباحه التصرف كان ذلك اباحه

---

[۱] لم يرد عنوان المعاطاه فى آيه و لا روايه و لا فى معقد إجماع، بل إنما عبر بذلك جمع من الفقهاء عما تداول بين الناس من المعامله الخاصه الفاقده للصيغه التى تسمى بالمعامله المعاطاتيه.

ثم إن البحث هنا يقع تاره فى صدق مفهوم البيع على المعاطاه، و أخرى فى كونها مشموله للأدله الداله على صحه البيع و نفوذه.

لا- يخفى على الفطن العارف أن تحرير البحث على هذا النهج أحسن و أضبط. و لكن الفقهاء رضوان اللّه عليهم قد أغفلوا ذلك، و سلكوا مسلكا آخر فى تحرير البحث فى المعاطاه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۷

مصطلحه، كما فى الضيافه و نحوها، و إذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين- مع حفظها عن التلف- انتفاعا مجانيا كان ذلك عاريه. و إذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعا. و حينئذ فلا يوجد عنوان آخر فى مورد المعاطاه غير العناوين المذكوره و بذلك يظهر بطلان الوجه الثانى، و إذن فينحصر البحث فى المعاطاه بالوجهين الأولين.

ثم إن مورد البحث فى الوجه الأول ما تقصد منه الإباحه المحضه، كما فى الضيافه و أشباهها. و مورد البحث فى الوجه الثانى ما يقصد منه الملك. و عليه فلا وجه صحيح لما اختاره صاحب الجواهر (ره) من بقاء الإباحه فى كلمات الأصحاب على ظاهرها و الطعن على من جعل محل النزاع عندهم ما يقصد منه التمليك، و ذلك لأن كلماتهم عاصيه عن الحمل على الإباحه الخالصه، و يتضح ذلك جليا لمن تأمل فى كلماتهم.

و كذلك لا- نعرف وجها معقولا- للالتزام بحصول الملكيه من التعاطى- لازمه كانت أم جائزه- مع قصد المتعاطيين الإباحه المصطلحه. بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبه فضلا عن الفقهاء العظام.

و أيضا لا وجه لما ارتكبه المحقق الثانى من حمل كلمات القائلين بالإباحه على الملك المتزلزل.

المعاطاه و بيان الأقوال فيها

اشاره

قوله: (فالأقوال فى المعاطاه على ما يساعده ظواهر كلماتهم سته).

أقول: الظاهر أن الأقوال حول المعاطاه سبعه:

۱- اللزوم على وجه الإطلاق، سواء أ كان الدال على التراضى لفظا، أم كان غيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۸

و قد نسبه غير واحد من أصحابنا إلى المفيد [۱] و إلى بعض العامه [۲].

۲- اللزوم إذا كان الدال على التراضى أو على المعامله لفظا

و قد حكاه الشهيد الثانى عن بعض مشايخه، ثم استجوده. إلا أنه عقبه بأنه مخالف لمقتضى الأصل [۳].

[۱] لکن العباره المنقوله عنه غیر ظاهره فی ذلک قال فی محکی المقنعه:

(و البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعا، و تراضیا بالبیع، و تقابضا، و افترقا بالأبدان) لأن مراده من هذه العباره بیان الشرائط لصحه البیع و لزومه. و أما عدم تعرضه لاعتبار الصیغه فی البیع فلا یدل علی عدم اعتبارها فیه، إذ من المحتمل القریب أن یکون ذلک من جهه أن اعتبارها فی لزوم البیع من المسلمات، و قد حکی عنه فی نکاح المقنعه أنه لم یتعرض لاعتبار الصیغه فی النکاح، و الطلاق مع أن اعتبارها فیهما من البدیهیات.

و عن العلامه فی المختلف: أن للمفید قولا یوهم الجواز، ثم ساق العباره المتقدمه. و عن کشف الرموز- فی باب الفضولی- نسبه اعتبار اللفظ المخصوص فی البیع إلی المفید و الطوسی. و علی هذا فلا یسوغ لنا أن ننسب الرأی المذکور إلی المفید (ره) کما أنه لم ینسب إلی غیره من قدماء الإمامیه. و إذن فلا نعرف وجها صحیحا لقول المصنف: إنه (یکفی فی وجود القائل به قول العلامه فی التذکره: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصیغه). و لعل غرض العلامه من التعبیر بالأشهر الإشاره إلی ما نسب إلی المفید. و قد عرفت فساد النسبه و اللّه العالم.

[۲] فی شرح فتح القدیر ج ۵: أن البیع ینعقد بالتعاطی.

و فی الفقه علی المذاهب الأربعه ج ۲: الصیغه فی البیع أمران: القول.

و

ما يقوم مقامه. و المعاطاه و عن الشافعيه: أن البيع لا- ينعقد إلا- بالصيغه الكلاميه لا بالمعاطاه. و نسب الخلاف فى ذلك إلى الحنفيه.

[۳] قد حكى هذا الرأى فى الحدائق عن جماعه من متأخرى المتأخرين،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۸۹

و التحقيق: أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاه لا- تكون بيعا إلا- بالقرينه الخاصه- و إلا فهى أعم من البيع و غيره- فهو متين، و إن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينه اللفظيه و غيرها فهو فاسد، لعدم الدليل على الفرق بينهما [۱].

۳- أن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه و إنما تصير لازمه بذهاب إحدى العينين.

و قد اخترع هذا الرأى المحقق الثانى. و شيد أركانه فى محكى تعليقته على القواعد بما لا- مزيد عليه. و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاه تفيد الإباحه. و هذا الرأى و إن لم يكن بعيدا فى نفسه، إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالإباحه.

۴- أن المعاطاه تفيد إباحه جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك،

مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه، إلا- أنه يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين، أو بما هو بمنزله التلف. بل فى المسالك: أن كل من قال بالإباحه قال بإباحه جميع التصرفات.

كالمولى المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد. و المحدث القاسانى فى المفاتيح، و الفاضل السبزوارى فى الكفايه و حكاه أيضا عن جماعه من المحدثين، ثم استقر به و استدل عليه بالروايات الكثيره، و سيأتى التعرض لبعضها عند الاستدلال على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع بالروايات.

[۱] قيل: إنه ثبت اعتبار مطلق اللفظ فى لزوم البيع بالإجماع، و مقتضاه أنه لا تكفى المعاطاه فى ذلك، و الجواب عنه:

أنه ليس هنا إجماع تعبدى لكى يجب الأخذ به، إذ من المحتمل القريب أن يكون اتفاق الفقهاء على هذا من ناحيه الروايات المشعره باعتبار اللفظ فى لزوم البيع و يضاف إلى ذلك: أن القائل بعدم اشتراط اللفظ فى البيع كثير جدا، و معه لا مجال لدعوى الإجماع التعبدى فى المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۰

۵- أنها تفيد إباحه جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك،

كالوطی و العتق و البیع. و هذا هو المحکی عن حواشی الشهید علی القواعد. و ینطبق علیه ما فی المبسوط من المنع عن وطی الجاریه المهداه بالهدیه الخالیه عن الإیجاب و القبول اللفظیین.

۶- أن المعاطاه معامله فاسده،

و هذا الرأی نسب إلی العلامه فی نهایته.

و لکن حکی رجوعه عن ذلک فی کتبه المتأخره. بل لم یوجد له موافق فی هذا الرأی. علی أنه مسبوق بالإجماع و ملحوق به.

۷- ما ذکره السید فی حاشیته و إلیک نص عبارته: (أنها معامله مستقله مفیده للملکیه.

و لیست بیعا و إن کانت فی مقامه حکی عن الشیخ الکبیر الشیخ جعفر قده).

الأقوال فی المعاطاه و مدارکها

لا شبهه فی فساد المعامله المعاطاتیه إذا لم یقم دلیل علی صحتها، أو علی إفادتها الإباحه الشرعیه. و ستعرف قریبا قیام الدلیل علی کونها بیعا.

ثم إن مقتضی الإطلاقات و العمومات الداله علی صحه البیع و لزومه هو القول بأن المعاطاه بیع لازم، لأن البیع- کما تقدم- هو الاعتبار النفسانی المبرز بمظهر خارجی سواء فی ذلک کون المظهر فعلا و کونه قولا و علیه فالمعاطاه بیع عرفی بالحمل الشائع، فتکون مشموله لتلک العمومات و الإطلاقات. و إذن فلا وجه للمناقشه فیما نسب إلی المفید من أن المعاطاه تفید الملکیه اللازمه. و علی هذا الضوء فلا وجه لما وجه به شیخنا الأستاذ کلام جمع من الأصحاب القائلین بترتب الإباحه علی التعاطی المقصود منه التملیک. من (أن البیع علی ما عرفت هو التبدیل، و حیث إن التبدیل لیس تبدیلا

خارجیا، بل تبدیل أحد طرفی الإضافه بمثله، و هذا أمر اعتباری من سنخ المعانی.

و ما هو موجده و آله إیجاده هو القول فقط).

و بعد ذلک إن قلنا بقیام الإجماع التعبدی علی نفی اللزوم عن البیع المعاطاتی فتاره نفرض قیامه علی نفی اللزوم مطلقا. و أخری نفرض قیامه علی نفیه إجمالا.

و علی الأول فیثبت ما ذهب إلیه المحقق الثانی من أن المعاطاه تفید الملکیه الجائزه و علی الثانی فیثبت ما ذهب إلیه بعض مشایخ الشهید الثانی و الأردبیلی و صاحب الحدائق و غیرهم من أنها تفید الملکیه اللازمه فیما إذا کانت القرینه القائمه علی تراض المتعاطیین بالمعامله المعاطاتیه لفظا. بداهه أن الإجماع دلیل لبی فلا یؤخذ منه إلا بالمقدار

المتیقن و هو ما ذکرناه. و لکن الـذی یسـهل الخطب أن ثبوت الإجماع التعبدی- فی المقام- علی نفی اللزوم إجمالا أو تفصـیلا ممنوع.

و لا یخفی علیک أن الالتزام بهـذا الرأی فیما إذا کان مـدلول القرینه اللفظیه هو التراضـی بالمعامله. و أما إذا کان مـدلولها نفس المعامله کان ذلک خارجا عن حدود المعاطاه، بل یصیر مصداقا للبیع اللفظی. و تتوقف صحته علی عدم اعتبار اللفظ الخاص فی إنشاء البیع و لعل هذا هو غرض المصنف مما کتبه فی الهامش، و هذا نصه:

(و لکن فی عد هذا من الأقوال فی المعاطاه تأمل)

. ثم لو فرضـنا خروج المعاطاه عن مورد الإطلاقات و العمومات الداله علی نفوذ البیع و لزومه. أو فرضنا قیام الإجماع علی أنها لا تفید الملکیه- و إن قصدها المتعاطیان- إلا أنه قامت السیره القطعیه علی جواز التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه.

و علیه فـان کـان مفاد تلک السـیره هو مطلق التصـرفات حتی التصـرفات المتوقفه علی الملک ثبت القول بالإباحه المطلقه. و إن کان مفادها هو جواز التصرف فی الجمله ثبتت الإباحه الخاصه أی التصرفات غیر المتوقفه علی الملک، ضروره أن ذلک هو

القدر المتیقن من السیره المزبوره.

و إذن فمـدرک القول بالإبـاحه- سواء أ کـانت الإبـاحه مطلقه أم کـانت خـاصه- إنمـا هو الإجمـاع، و علیه فـالمراد من الإبـاحه المزبوره هی الإباحه الشرعیه، لا الإباحه المالکیه لکی یتوقف تحققها فی الخارج علی کونها مقصوده للمتعاطیین.

و من هنا یندفع ما أورده المحقق الثانی علی القائلین بأن المعاطاه تفید الإباحه من أن القول بها ینافی قاعده تبعیه العقود للقصود، فإن الملک المقصود حصوله بالتعاطی غیر واقع بالفرض. و الواقع- و هو الإباحه الخالصه- غیر مقصود

و وجه الاندفاع:

أن هذا الاشكال إنما يتوجه على هؤلاء القائلين بالإباحه إذا كان مرادهم من ذلك الإباحه المالكيه، لا الإباحه الشرعيه. و قد عرفت كونها شرعيه. و موضوعها التعاطى الخارجى المقصود به الملك و قد حكم بها الشارع عند تحقق موضوعها. كما حكم بإباحه أموال الناس للمضطرين عند المخمصه و المجاعه.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما ارتكبه صاحب الجواهر من حمل كلمات القائلين بالإباحه على فرض قصد المتعاطيين الإباحه المصطلحه إنما هو ناشئ من الغفله عن مدرك الأقوال فى المعاطاه.

ثم إذا قلنا بكون المعاطاه معامله مستقله، كما حكاه السيد عن الشيخ الكبير كان ذلك خارجا عن حدود البيع المعاطاتى الذى هو مورد بحثنا. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض.

ما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه

قوله: (و ذهب جماعه تبعا للمحقق الثانى إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوه

أقول: يقع البحث هنا تاره فى أن المعاطاه تفيد الملكيه. و أخرى فى أن الملكيه

الحاصله بالمعاطاه هل هى ملكيه لازمه أم هى ملكيه جائزه؟. و سيأتى الكلام فى الجهه الثانيه.

أما الجهه الأولى فيمكن الاستدلال عليها بوجوه شتى:

۱- السيره القطعيه المستمره القائمه على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيصاء و التوريث و غير ذلك من آثار الملك.

و أجاب عنه المصنف، و إليك لفظه

(و أما ثبوت السيره و استمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قله المبالاه فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.)

و يرد عليه: أنه لا ريب فى قيام السيره- بين المسلمين بل بين عقلاء العالم- على صحه المعامله المعاطاتيه و

ترتیب آثار الملکیه علی المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم یردع عن هذه السیره فتکون حجه شرعیه. و لو شککنا فی ثبوت الردع فالأصل عدمه. قیل:

إن ثبوت الردع عن ذلک من الوضوح بمکان، لقیام الإجماع علی أن المعاطاه لا تفید الملکیه. و إذن فتسقط السیره عن الاعتبار.

و یرد علیه: أنه لم یقم إجماع تعبدی علی ذلک. غایه الأمر أنه نقل الإجماع علیه. و قد نقحنا فی علم الأصول عدم حجیته، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعین إلی رأی المعصوم (ع) و من المحتمل القریب أن یکون استنادهم فی فتواهم بعدم لزوم البیع المعاطاتی إلی الروایات المشعره باعتبار اللفظ فی البیع. و سیأتی التعرض لها.

۲- قوله (تعالی) وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبٰا. البقره. الآیه ۲۷۴.

و تقریب الاستدلال بهذه الآیه علی أن المعاطاه تفید الملکیه بوجهین:

الوجه الأول أنها تدل علی صحه البیع المعاطاتی بالدلاله المطابقیه، لأن معنی الحل

فی اللغه هو الإطلاق و الإرسال. و یعبر عنه فی لغه الفارس بکلمه (بازداشتن) و یقابله التحریم، فإنه بمعنی المنع و الحجر. و لا ریب أن الحل بهذا المعنی یناسب الحلیه الوضعیه و التکلیفیه کلتیهما. و علیه فکما یصح استعمال لفظ الجل فی خصوص الحلیه الوضعیه، أو التکلیفیه کذلک یصح استعماله فی کلتیهما معا. و یختلف ذلک حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هکذا الحال فی لفظ التحریم- الذی هو مقابل الحل- فإنه یعم التحریم الوضعی و التحریم التکلیفی کلیهما، و إراده خصوص أحدهما دون الآخر فی بعض الموارد من ناحیه القرائن الحالیه أو المقالیه.

و إذن فلا وجه للمناقشه فی شمول لفظ الحل للحلیه الوضعیه و التکلیفیه معا بعدم

وجود الجامع بينهما. و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجيه. و قد يتعلق بالأفعال الخارجيه. و قد يتعلق بالأمور الاعتباريه المبرزه بمبرز خارجى.

و على الأول فلا يصح الكلام إلا بالتقدير، للدلاله الاقتضائيه، و صيانه لكلام المتكلم عن اللغويه. و من هذا القبيل قوله (تعالى) (أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ وَ طَعامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتابَ حِلٌّ لَكُمْ، وَ طَعامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الْمُؤْمِناتِ) «۱» فإن متعلق الحل فى هذه الآيه إنما هو المطاعم و المآكل و المناكح.

و من الواضح أنه لا معنى لحليه هذه الأمور بنفسها، بل المراد من حليتها إنما هو حليه ما تعلق بها من الأفعال المناسبه لها من الأكل و الشرب و النكاح.

و على الثانى فلا شبهه فى صحه الكلام بلا احتياج إلى التقدير، و منه قوله (تعالى) (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَهَ الصِّيامِ الرَّفَثُ إِلى نِسائِكُمْ) «۲». و كذلك الحال فى الثالث، و مثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات- التى هى الاعتبارات النفسانيه المظهره بمبرز

---

(۱) المائده: الآيه: ۵

(۲) البقره الآيه: ۱۸۷

خارجى- فإنها بنفسها قابله للحليه وضعا و تكليفا من دون احتياج إلى التقدير و من ذلك قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ).

و لا يخفى عليك أن هذه الصور الثلث- التى ذكرناها فى استعمالات كلمه الحل- جاريه بعينها فى استعمالات كلمه التحريم أيضا طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و المتحصل من جميع ما بيناه: أن معنى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) هو أن اللّه قد رخص فى إيجاد البيع، و أطلقه، و أرسله، و لم يمنع عن تحققه فى الخارج و إذن فتدل الآيه الكريمه دلاله مطابقيه على جواز البيع تكليفا، و على

نفوذه وضعا.

و من الواضح الذى لا خفاء فيه أن المعاطاه بيع فتكون مشموله للآيه.

و إذن فلا يتوجه عليه أى محذور من المحاذير و اللّه العالم.

و قد ذكر بعض مشايخنا المحققين: أنه لا شبهه فى (دلاله الآيه بالمطابقه على الصحه. نظرا إلى أن الحليه أمر يناسب التكليف و الوضع، و لذا ورد فى باب الصلاه حلّت الصلاه فيه: أى جازت، و وقعت فى محلها، فالحليه منسوبه إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكيه. و المراد:- و اللّه العالم- أنه تعالى أحله محله، و أقره مقره، و لم يجعله كالقمار بحكم العدم. و أما جعله من الحل فى قبال الشد:- بمعنى أنه لم يصد عنه، و جعله مرخى العنان فى تأثيره- فغير وجيه، لأن الحل فى قبال الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من الحلول).

و يرد عليه: أن أحل من الحلول و إن وقع فى الاستعمالات العرفيه الصحيحه الفصيحه، بل فى الكتاب المجيد [1] إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الإطلاق و الإرسال الذى ورد فى الآيات التى تقدمت الإشاره إليها قريبا. و ورد أيضا فى استعمالات أهل العرف و اللغه كثيرا. و تتأكد إراده هذا المعنى الثانى فيما إذا استعمل

---

[1] قوله تعالى وَ أَحَلُّوا قَوْمَهُمْ دارَ الْبَوارِ. إبراهيم ۱۴، الآيه: ۲۸

لفظ الحل فى مقابل كلمه التحريم، كما فى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) و وجه التأكد: أن الحل إذا أخذ بمعنى الحلول كان مقابله الإزاله، لا التحريم.

الوجه الثانى: ما ذكره المصنف، و حاصله: أن المراد من حليه البيع فى الآيه الكريمه إنما هو الحليه التكليفيه، لمقابلتها مع حرمه الربا الظاهره فى الحرمه التكليفيه

و من الواضح أن الحليه التكليفيه لا يصح تعلقها بالبيع، لأنه إنشاء تمليک عين بمال.

و حليه ذلک لا تحتاج إلى البيان. و عليه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل فى الآيه بالتصرفات المترتبه على البيع. و حينئذ فتدل الآيه على حليه التصرفات بالمطابقه و على حليه البيع بالالتزام و من هنا ظهر أنه لا يمكن أن يراد من قوله تعالى (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) الحليه الوضعيه، لكى تدل الآيه على صحه البيع دلاله مطابقيه. و بما أن المعاطاه من أفراد البيع عرفا فتكون مشموله للآيه و عليه فالحليه فى الآيه الشريفه لا تدل على حصول الملكيه بل إنما تدل على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملک- كالبيع و العتق و الوطى و الإيصاء- و من البين الذى لا ريب فيه أن إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملک فى غير مورد المعاطاه من ناحيه الإجماع على وجود الملازمه بينهما. و أما المعاطاه فالقائلون بعدم إفادتها الملک قد حكموا بإفادتها الإباحه على وجه الإطلاق حتى صرح الشهيد الثانى فى المسالک بأن من أجاز المعاطاه قد سوغ جميع التصرفات. غايه الأمر أن الالتزام بإباحه جميع التصرفات يقتضى الالتزام بسبق الملک آنا ما على التصرفات الموقوفه على الملک. و لا يقتضى ذلک الالتزام بسبق الملک من أول الأمر لكى بتوهم أن مرجع هذه الإباحه أيضا إلى الملک.

و قد اتضح لک من ذلک فساد ما قيل من أنه لا وجه للالتزام بالملكيه التقديريه، إذ لو كانت المعاطاه مؤثره فى الملكيه لأثرت فيها من أول الأمر و إلا فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۷

و وجه الفساد: أن الالتزام بالملكيه التقديريه انما هو من جهه الجمع بين الأدله، و

الا فإن المعاطاه لا تؤثر إلا فی الإباحه المطلقه.

و لکن یرد علی المصنف وجوه.

۱- أنه لا ملزم لتخصیص الحل فی الآیه بالحل التکلیفی فقط، بل یعم ذلک الحلیه التکلیفیه و الوضعیه، بمعنی واحد و قد عرفته قریبا.

۲- أنه لا وجه صحیح لصرف الحل فی الآیه إلی حلیه التصرفات. و منع تعلقه بنفس البیع بدعوی أن حلیه إنشاء البیع أمر واضح لا یحتاج الی البیان، و ذلک لأنا ذکرنا فیما سبق: أن البیع هو الاعتبار النفسانی المبرز بمبرز خارجی، سواء أ تعلق به الإمضاء من ناحیه الشرع و العرف، أم لم یتعلق به ذلک، بل سواء أ کان فی العالم عرف و شرع أم لم یکن. و هذا المعنی هو الذی قد یکون موضوعا للحرمه و قد یکون موضوعا للحلیه. کما ان الأمر کذلک فی سائر المعاملات.

۳- ما ذکره شیخنا الأستاذ و حاصله: ان اباحه جمیع التصرفات إذا اقتضت الملک فی سائر المعاملات و التجارات اقتضته فی المعاطاه أیضا، إذ لا فارق بینهما الا من ناحیه توهم الإجماع فی سائر المقامات دون المعاطاه و لکن هذا التوهم فاسد، بداهه أن الإجماع دلیل لبی فلا یؤخذ منه إلا بالمقدار المتیقن، و هو حصول الملکیه آنا ما فی سائر المقامات أیضا. و إذن فلا بد إما من الالتزام بحصول الملکیه من أول الأمر فی المعاطاه و غیرها، و إما من الالتزام بعدم حصولها فیهما إلا آنا ما قبل التصرف.

۴- أنه إذا دلت الآیه علی جواز مطلق التصرفات حتی المتوقف منها علی الملک أستفید من ذلک حصول الملکیه من الأول. و علیه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلک، و التجائه إلی القول بالملکیه التقدیریه.

قیل: إن جواز التصرف شرعا لا

يلازم حصول الملكيه، كما أن الشارع قد

حكم بجواز التصرف فى أموال الناس عند الضروره و المجاعه من غير أن يكون ذلك ملكا للمتصرف. نعم التصرفات المتوقفه على الملك تكشف عن تحقق الملك آنا ما قبل التصرف لأجل الجمع بين الأدله. و الجواب عن ذلك:

أن التصرفات التى حكم بحليتها فى الآيه المباركه هى التصرفات المترتبه على البيع، و من الواضح أن التصرف المترتب على البيع تصرف مالكى، و جواز التصرف المالكى يكشف عن الملكيه كشفا قطعيا. و عليه فدليل حليه البيع يدل على حليه التصرف بالدلاله المطابقيه، و على حصول الملكيه من أول الأمر بالدلاله الالتزاميه.

و أما الالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصرف فلازمه الالتزام بجواز التصرفات المتوقفه على الملك بغير عنوان المالكيه مع فرض تحقق البيع فى الخارج. و هذا بعيد عن مدلول الآيه حسب ما يفهمه أهل العرف من الكلام.

قيل: إن الآيه لا دلاله فيها على تأثير البيع فى الملكيه أصلا، إذ المفروض أن الحل قد تعلق بالتصرف و من الواضح أنه إذا أريد من التصرف المزبور التصرف المالكى لزم منه تعرض الحكم لإثبات موضوعه و هو أمر غير معقول. و الجواب عنه:

أن الحل فى الآيه و إن تعلق بالتصرف ابتداء- على رأى المصنف- إلا أن إحلال التصرف يكشف عن حصول الملكيه و لا يلزم من ذلك تعرض الحكم لإيجاد موضوعه. نعم إذا قلنا بتحقق الملكيه من ناحيه جواز التصرف لزم منه تكفل الحكم بإثبات موضوعه و لكنه بعيد عما نحن فيه. قيل:

إنا لو سلمنا دلاله الآيه على جواز البيع وضعا و تكليفا، أو قلنا بدلالتها على حليه التصرفات، و استكشفنا منها الملكيه من أول الأمر، لكنها

لا- تشمل المعاطاه، لعدم صدق البيع عليه، إذ البيع إما من مقوله اللفظ- كما عن بعض الاعلام- بدعوى أنه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسى الذى هو مدلول الكلام اللفظى، و هو باطل بالضروره، أو أنه من مقوله المعنى بدعوى أنه لو كان من قبيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۹۹

اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ، و على كلا التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاه:

أما على الأول فواضح. و أما على الثانى فلأن البيع و إن كان من قبيل المعنى، و لكن صدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ، إذ المفروض أن الكلام النفسى مدلول للكلام اللفظى، و من الواضح جدا أن المعاطاه لم تبرز باللفظ فتكون خارجه عن حدود البيع جزما. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس اسما لمجرد اللفظ، و إلا- لزم تحققه بالتكلم بلفظ بعت و إن لم يتحقق به الإنشاء، و لا أنه اسم للاعتبار النفسانى غير المبرز بمظهر خارجى، و إلا لزم تحققه بالاعتبار الساذج و إن لم يكن مبرزا فى الخارج. بل هو اسم للاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى. و من الواضح أنه لا يعتبر فى المبرز أن يكون من قبيل الألفاظ.

بل كما يصح إبراز الاعتبار النفسانى باللفظ، كذلك يصح إبرازه بغيره. و على كل حال لا صله للمقام بالكلام النفسى الذى ذكرنا بطلانه فى محله: و مما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه.

۳- قوله (ص): (إن الناس مسلطون على أموالهم) «۱» و وجه الاستدلال: أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف فى أمواله بأنحاء التصرفات، سواء فى ذلك التصرفات الخارجيه و الاعتباريه. و من التصرفات الاعتباريه

البيع المعاطاتى، و إذن فالمنع عن جواز البيع المعاطاتى مناف لعموم الحديث.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوى المزبور ضعيف السند، و غير مذكور فى كتب الشيعه إلا مرسلا و من الواضح أنا لا نعتمد على المراسيل فى شى ء من الأحكام الشرعيه، لأنها غير مشموله لأدله حجيه الخبر. قيل:

إن النبوى المزبور و إن كان ضعيفا من ناحيه الإرسال، و لكن قد عمل به

---

(١) البحار ج ١ ص ١٥۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٠٠

المشهور، بل أرسله الفقهاء فى كتبهم الاستدلاليه إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهيه المسلمه، و يلتجئون إليها فى موارد شتى. و إذن فيكون عملهم هذا جابرا لوهن الخبر و ضعفه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا التوهم فاسد كبرى و صغرى: أما الوجه فى فساد الكبرى فلأنه لا دليل على انجبار ضعف الروايه بعمل المشهور، لأن الشهره إن كانت حجه فى نفسها أخذ بها و إلا فإن ضمها إلى غير الحجه لا يفيد الاعتبار و قد اشتهر فى الألسنه أن فاقد الشى ء لا يكون معطيا له نعم إذا كان عملهم وسيله إلى توثيق الروايه كان ذلك قرينه على حجيتها. بل قد يكون عمل شخص واحد بروايه سببا لتوثيقها. إلا أنه غريب عن انجبار ضعف الخبر بعمل المشهور، فان هذا فيما لم تعلم وثاقه الرواه، بل لم تعلم رواه الخبر- كما فى المراسيل- و من البديهى أن عمل المشهور فى أشباه ذلك لا يكشف عن وثاقه الرواه. نعم يحتمل أنهم اطلعوا على قرائن لم نظفر بها. و لكن هذا الاحتمال لا يغنى من الحق شيئا. مع أنه منقوض بما صرحوا به من عدم انجبار ضعف الدلاله بعمل المشهور، و الملاك

فیهما واحد. و احتمال الاطلاع علی القرائن مشترک بینهما و أما الوجه فی منع الصغری فلأن من المحتمل القریب أن المشهور قد استندوا فی فتیاهم بصحه البیع المعاطاتی بغیر النبوی من الوجوه التی استدل بها علی ذلک. و من البین الذی لا ریب فیه انه بناء علی انجبار ضعف الروایه بعمل المشهور فإن الشهره إنما تکون جابره لوهن الروایه إذا علم استناد المشهور إلیها. علی أن المشهور بین القدماء هو القول بالإباحه. و إذن فلا شهره فی المقام لکی تکون جابره لضعف النبوی و أما الشهره بین متأخری المتأخرین فلیست بجابره اتفاقا.

ثانیا: أنا لو سلمنا اعتبار النبوی من حیث السند لکن لا نسلم دلالته علی المقصود، فان المحتمل فی معناه وجوه ثلاثه:

۱- أن یراد من الحدیث تسلط الناس علی کل تصرف من أنحاء التصرفات

کمّا و کیفا. و علیه فإذا شککنا فی جواز تصرف خارجی أو اعتباری من حیث الوضع و التکلیف تمسکنا بالحدیث المزبور لإثبات مشروعیه ذلک. و لکن یرد علیه:

أولا: أن الالتزام بهذا الوجه یقتضی أن یکون النبوی فی مقام التشریع:

بأن یدل علی جواز کل تصرف لم تثبت مشروعیته من ناحیه الشارع. و علی هذا فإذا شککنا فی جواز تصرف تکوینی- کالأکل و الشرب- أو اعتباری- کالبیع المعاطاتی و نحوه- تمسکنا بالنبوی لإثبات مشروعیه ذلک التصرف، و من البدیهی أنه لم یقل به متفقه فضلا عن الفقیه.

ثانیا: أن هذا الوجه یقتضی الالتزام بمشروعیه غیر واحد من المحرمات الإلهیه- کأکل جمله من الأطعمه المحرمه و شرب جمله من الأشربه المحرمه و لبس جمله من الألبسه المحرمه التی هی مملوکه للمتصرف- فإن النسبه بین دلیل السلطنه و بین أدله

بعض المحرمات هی العموم من وجه، فیتعارضان فی مورد الاجتماع و یتساقطان فیرجع إلی أصاله الإباحه، مع أن هذا ضروری البطلان. و المتحصل من ذلک أن الوجه المزبور لا یمکن الالتزام به.

۲- ما ذکره المصنف و حاصله: أن عموم الحدیث إنما هو باعتبار أنواع السلطنه- کالبیع و الإجاره و الهبه و الصلح و غیرها- و إذا شککنا فی مشروعیه نوع منها- کالمزارعه و المضاربه و المساقاه مثلا- تمسکنا بعموم الحدیث و نحکم بثبوت السلطنه هنا أیضا. و أما إذا علمنا بمقدار السلطنه و کمیتها بأن قطعنا بأن سلطنه خاصه نافذه فی حق شخص کبیع ماله من غیره و لکن شککنا فی کیفیه هذه السلطنه و أن هذا البیع هل یوجد بالتعاطی أم لا بد فیه من القول الدال علیه فإنه حینئذ لا یجوز لنا أن نتمسک بدلیل السلطنه لإثبات مشروعیه المعاطاه فی الشریعه المقدسه. و قد اتضح لک من توضیح کلام المصنف الفارق بین هذا الوجه و بین سابقه حیث ان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۲

العموم فی الوجه الأول باعتبار الکمیه و الکیفیه و فی الوجه الثانی باعتبار الکمیه فقط و یرد علیه: أن الالتزام بهذا الوجه یقتضی أیضا أن تکون الروایه فی مقام التشریع و علیه فیجوز التمسک بعموم النبوی فی أی مورد شککنا فی جواز نوع خاص من السلطنه- کالشک فی جواز أکل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الروایه حسب المتفاهم العرفی و لأجل ذلک لم یتمسک به أحد فی أمثال ذلک. و من هنا ذکروا: أن دلیل السلطنه لم یرد فی مقام التشریع بل إنما ورد لإثبات السلطنه للمالک فی الجهات المشروعه.

۳- ما هو التحقیق من

أن دليل السلطنه يتكفل ببيان استقلال المالك فى التصرف فى أمواله فى الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف فى تلك الجهات، و ليس لغيره أن يزاحمه فى ذلك، و عليه فشأن دليل السلطنه شأن الأوامر المسوقه لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و الكيف.

و على الجمله: إن دليل السلطنه لا يدل على استقلال الملاك فى التصرف فى أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحيه خاصه كان ذلك مخصصا لعموم الحديث. و قد تجلى لك من ذلك أنه لو شك فى جواز تصرف خاص- كالبيع المعاطاتى أو جواز الاعراض عن مال معين- فإنه لا يجوز التمسك فى مشروعيه ذلك بدليل السلطنه. و مما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه:

۴- (قوله تعالى) (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) النساء الآيه: ۲۸.

فإن الآيه الشريفه قد دلت على انحصار جواز التصرف فى أموال الناس بما يكون تجاره عن تراض عرفا. و البيع المعاطاتى كذلك و بيان ذلك بوجهين:

۱- أن المراد من الأكل فى الآيه الكريمه ليس هو الازدراد- على ما هو معناه الحقيقى- بل إنما هو كنايه عن التملك- و إن لم يكن ذلك المال من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۳

جنس المأكولات كالدار و البستان و الدكان و أشباه ذلك- و قد تعارف هذا النحو من الاستعمال فى القرآن الكريم و فى كلمات الفصحاء، بل فى غير لغه العربيه أيضا ثم ان دخول كلمه الباء السببيه على كلمه الباطل، و مقابلتها فى الآيه مع التجاره عن تراض قرينتان على توجه الآيه

إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الفاسده.

و عليه فان كان الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه كان مفاد الآيه أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض و إذن فتفيد الآيه حصر الأسباب الصحيحه للمعامله بالتجاره عن تراض و إن كان الاستثناء منقطعا كانت الآيه ظاهره ابتداء فى بيان الكبرى الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض من غير أن تتعرض للحصر، و عليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد فى العرف من الأسباب الباطله، و لا من التجاره عن تراض. بل تكون الآيه بالنسبه إليه مهمله. و لكن يمكن إثبات دلاله الآيه على الحصر حينئذ بالقرينه المقاميه بدعوى أن اللّه (تعالى) بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات، و تمييز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل، و لا ريب أن الإهمال مما يخل بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقرينه المقاميه و إذن فالآيه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات فى التجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا و على كلا التقديرين فتدل الآيه بالمطابقه على صحه البيع المعاطاتى، و كونه مفيدا للملك، فان عنوان التجاره عن تراض ينطبق عليه عرفا. و مما يؤيد كون الآيه راجعه إلى بيان أسباب المعاملات تطبيقها فى بعض الروايات على القمار باعتبار كونه من الأسباب الباطله «١» ٢ أن يراد من الأكل فى الآيه الكريمه التصرف: أى لا تتصرفوا فى أموال الناس بالأسباب الباطله، فإنه حرام إلا أن يكون ذلك السبب تجاره عن

---

(١) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما

يكتسب به.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۴

تراض. و عليه فتدل الآيه بالمطابقه على حليه التصرفات تكليفا- التى تترتب على التجاره عن تراض- و تدل على حصول الملكيه من أول الأمر بالملازمه العرفيه، لما عرفت عند الاستدلال بآيه حل البيع على المقصود من أن السلطنه التكليفيه على جميع التصرفات فى شى ء كاشفه عرفا عن مالكيه المتصرف لرقبه هذا الشى ء و إن كانت الملكيه تنفك عن السلطنه أحيانا- كما فى المحجور- و لكن السلطنه المطلقه لا تنفك عن الملكيه عرفا. و لا يخفى عليك: أنه يجرى فى هذا الوجه جميع ما تقدم من النقض و الإبرام حول الوجه الثانى من وجهى الاستدلال على أن المعاطاه تفيد الملكيه.

و قد ذكر المحقق صاحب البلغه: أنه لو كان الاستثناء فى آيه التجاره عن تراض متصلا لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثره التخصيص المستهجن، بداهه أن أسباب حل الأكل ليس منحصرا بالتجاره عن تراض، بل يحل ذلك بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و أروش الجنايات و سائر النواقل الشرعيه و الإباحات. سواء أ كانت الإباحه مالكيه، أم كانت شرعيه و إذن فلا ملازمه بين أكل المال بالباطل، و بين ما لا يكون تجاره عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه أن جمله من الأمور التى ذكرها المحقق المزبور ليست مقابله للتجاره عن تراض، بل هى قسم منها، كالهبات التى منها الصدقات المستحبه و الوصايا بناء على اعتبار القبول فيها، و سائر النواقل الشرعيه كالإجاره و الجعاله و نحوهما. و جمله منها و إن كانت خارجه عن حدود التجاره عن تراض- كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها- و لكن الالتزام بخروجها

عن ذلک لا یستلزم کثره التخصیص، بداهه أن الباقی تحت العام أکثر من الخارج.

و یضاف إلی ما ذکرناه: أن المستثنی منه فی الآیه إنما هو أکل مال غیره بعنوان التملک: بأن یتملک الإنسان باختیاره مال غیره بغیر التجاره عن تراض، و ما لا یکون کذلک- کالوقوف و الزکوات و الأخماس و المال الموصی به وصیه تملیکه بناء علی

عدم اعتبار القبول فیها و أروش الجنایات- خارج عن حدود المستثنی و المستثنی منه تخصصا لا تخصیصا [۱].

کلام بعض الأساطین حول المعاطاه [لتأسیس قواعد جدیده]

اشاره

قوله: (و لذا ذکر بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد فی مقام الاستبعاد أن القول بالإباحه المجرده مع قصد المتعاطیین التملیک و البیع مستلزم لتأسیس قواعد جدیده).

---

[۱] قد أغفل المصنف الاستدلال علی مقصوده بقوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المائده ۵ الآیه: ۲. مع أنه استدل به- فیما سیأتی قریبا- علی أصاله اللزوم فی العقود.

و الوجه فی ذلک: أن الآیه إنما تدل علی لزوم العقد دلاله مطابقیه، بداهه أن الأمر بالوفاء بالعقد إرشاد إلی لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ. و إذا دلت الآیه علی لزومه بالمطابقه دلت علی صحته بالالتزام، إذ لا معنی لفساد العقد مع لزومه.

و من البین الذی لا ریب فیه أن المعاطاه عقد بالحمل الشائع، فتکون مشموله لعموم الآیه.

و لکن ذکر المصنف فیما سیأتی قریبا: (أن الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاه، بل ادعاه صریحا بعض الأساطین فی شرح القواعد) و علی هذا فیکون الإجماع قرینه منفصله علی عدم شمول الآیه للمعاطاه من حیث الدلاله المطابقیه. و قد ثبت فی محله أن الدلاله الالتزامیه تابعه للدلاله المطابقیه.

و علیه فإذا سقطت دلاله الآیه بالمطابقه علی لزوم المعاطاه سقطت دلالتها

الالتزامیه علی صحتها. و إذن فتنصرف الآیه الکریمه عن المعاطاه، و تختص بالعقود اللفظیه:

و هذا بخلاف آیتی حل البیع و التجاره عن تراض فإنهما تدلان علی صحه البیع بالمطابقه، و علی لزومه بالالتزام، و من البدیهی أن سقوط الدلاله الالتزامیه لا تضر بالدلاله المطابقیه. هکذا ینبغی أن یحرر المقام، لا علی الوجه الذی ارتکبه غیر واحد من المحشین.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۶

أقول: یحسن بنا أن نبحث حول کلامه لکی یتضح لنا أن القول بالإباحه مع قصد الملک من التعاطی هل یستلزم تأسیس قواعد جدیده أم لا. و تلک القواعد ما یلی.

منها: ۱- أن العقود و ما قام مقامها تابعه للقصود من حیث الإیجاب و السلب:

اشاره

أی وقوع ما یقصد، و عدم وقوع ما لم یقصد. و من البین أن القول بالإباحه مخالف لهذه القاعده إیجابا و سلبا. لأن ما قصده المتعاطیان لم یحصل فی الخارج، و ما حصل فی الخارج لم یقصده المتعاطیان.

و قد أجاب عنه المصنف بوجهین:

الأول: أن تبعیه العقود للقصود فیما إذا دل الدلیل علی صحه العقد:

بمعنی ترتب الأثر المقصود منه علیه. و علی هذا فلا یعقل الحکم بالصحه مع عدم ترتب الأثر المزبور علیه. و هذا بخلاف ما إذا لم یدل دلیل علی ذلک- کالعقد المعاطاتی- و لکن حکم الشارع المقدس فی مورده بالإباحه، فإنه لا یلزم منه تخلف العقد عن القصد، بداهه أن الإباحه المذکوره لیست إباحه عقدیه لکی یلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنما هی إباحه شرعیه مترتبه علی المعاطاه ترتب الحکم علی موضوعه. و علیه فمنزله ذلک منزله حکم الشارع بجواز الأکل من أموال الناس فی المخمصه و المجاعه، و بجواز أکل الماره من ثمره الشجره التی تمر بها و إن لم یرض المالک بذلک. انتهی ملخص کلامه فی الوجه الأول [۱].

---

[۱] الأولی فی الجواب أن یقال: إن کانت المعاطاه مشموله للعمومات الداله علی صحه البیع فلا شبهه فی کونها بیعا صحیحا و مؤثره فی الملکیه من دون أن یلزم من ذلک تخلف العقد عن القصد. نعم لو ورد دلیل الإمضاء علی خلاف ما قصده المتعاقدان لزم منه تخلف العقد عن القصد. إلا أنه بعید عن المقام. و لا یفرق فیما ذکرناه بین القول بحصول الملکیه من أول الأمر: و بین القول بحصولها آنا ما قبل التصرف.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۷

الثانی: أن تخلف العقود عن القصود لا غرابه فیه.

اشاره

و قد وقع فی جمله من الموارد:

الأول: (أنهم أطبقوا علی أن عقد المعاوضه إذا کان فاسدا یؤثر فی ضمان کل من العوضین القیمه،

لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فیما یقتضیه صحیحه، مع أنهما لم یقصدا إلا ضمان کل منهما بالآخر. و توهم أن دلیلهم علی ذلک قاعده الید مدفوع بأنه لم یذکر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا علی الوجه الأول، و هو إقدامهما علی الضمان، فلاحظ المسالک).

و یرد علیه: أن سبب الضمان فی العقود الفاسده- علی ما سیأتی- إنما هو الید نهایه الأمر أن الاقدام یکون منقحا لموضوع ضمان الید. و قد ذکرنا فی محله: أن الاقدام بنفسه لو کان موجبا للضمان، لتحقق الضمان بتحقق المعامله فی الخارج بالإیجاب و القبول، مع عدم تحقق القبض و الإقباض، إذ المفروض تحقق الاقدام علی المعامله من ناحیه المتعاملین، مع أنه باطل بالضروره. فیستکشف من ذلک أن سبب الضمان فی أمثال الموارد هو الید دون الاقدام.

الثانی: أن الشرط الفاسد لا یفسد العقد المشروط به عند أکثر القدماء،

مع أن ما قصد- و هو العقد المقید بالشرط الفاسد- غیر واقع. و الواقع الذی هو ذات العقد لم یقصد. نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد یفسد العقد لم یتوجه هذا النقض علی بعض الأساطین. و لکن التحقیق خلافه. و یأتی تفصیل ذلک فی مبحث. الشروط إنشاء اللّه.

- و إن لم تکن المعاطاه مشموله للعمومات الداله علی صحه البیع فلا شبهه فی أنها لا تؤثر فی الملکیه، إلا أنه قامت السیره القطعیه علی إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه حتی التصرف المتوقف علی الملک من دون أن یلزم من ذلک تخلف العقد عن القصد، إذ المفروض أن الإباحه المترتبه علی المعاطاه إباحه شرعیه لا إباحه عقدیه و هذا واضح لا خفاء فیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۰۸

و التحقیق: أن الشرط قد یکون قیدا لأصل العقد بحیث یکون الإنشاء معلقا علی حصول الشرط: بأن قال البائع:

بعتك المتاع الفلانى إن قدم الحاج. و إلا فلا أبيع، و قد يكون الشرط التزاما آخر فى ضمن الالتزام العقدى من دون أن يكون الملتزم به قيدا لأصل العقد. و على الأول فالتعليق يوجب فساد العقد و إن لم يكن الشرط فاسدا لقيام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود. و على الثانى فالالتزام بصحه العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلف المقصود عن القصد و تفصيل الكلام فى محله.

الثالث: أنه إذا باع الإنسان ما يملكه مع ما لا يملكه:

بأن ضم مال نفسه إلى مال غيره و باعهما من شخص واحد فى صفقه واحده- فإنه لا شبهه فى صحه هذا البيع عند المحققين. مع أن ما هو مقصود للمتبايعين لم يقع فى الخارج، و ما هو واقع فيه غير مقصود لهما. و الجواب عن ذلك:

أن البيع المذكور و إن كان واحدا بحسب الصوره و لكنه منحل إلى بيعين غايه الأمر أن أحدهما صحيح منجزا، و الآخر صحيح مشروطا بإجازه المالك.

و السر فى ذلك أن حقيقه البيع متقومه بإنشاء تبديل شى ء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه كما تقدم «۱» و من البديهى الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى لا ربط له بقصد المالكين و معرفتهما. و عليه فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع. و إذن فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه. نعم مع عدم إجازه المالك يثبت للمشترى خيار تبعض الصفقه. و لكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذى هو محل الكلام فى المقام.

الرابع: بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه.

فقد ذكر جمع كثير أن البيع يقع عن المالك فضولا، و تتوقف صحته على إجازته. مع أن المقصود- و هو كونه

---

(۱) راجع ص ۵۳.

للبائع- لم يقع، و الواقع- و هو وقوع البيع عن المالك- غير مقصود. و الجواب عن ذلك:

ما أشرنا إليه آنفا من أن البيع إنشاء تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه.

و من الظاهر أن قصد وقوعه عن المالك، أو عن البائع خارج عن حدوده.

و سيأتى التعرض لهذه المسأله فى البحث عن بيع الفضولى. نعم لو كان شأن المالكين فى البيع شأن الزوجين فى عقد الزواج لكان ما ذكره المصنف من النقض- على

بعض الأساطين- صحيحا، و لكن الأمر ليس كذلك.

الخامس: أن العاقد إذا ترک ذکر الأجل فی نکاح المتعه کان ذلک زواجا دائمیا

و قد ذکر هذا فی موثقه ابن بکیر [۱]. و أفتی به جمع من الفقهاء رضوان اللّه علیهم. مع أن المقصود- و هو نکاح المتعه- لم یقع. و الواقع- و هو نکاح الدائم- غیر مقصود.

و التحقیق: أنه إذا کان بناء العاقد- قبل مباشرته بإیقاع العقد- علی إنشاء نکاح المتعه، و لکن نسی ذکر الأجل عند الإنشاء و قصد الزواج الدائم فلا شبهه فی أن الواقع حینئذ یکون نکاحا دائمیا و علیه فلا یلزم منه تخلف العقد عن القصد.

و إذا کان بناء العاقد علی إیقاء عقد المتعه حتی فی مقام الإنشاء، و الاشتغال بإجراء الصیغه، و مع ذلک نسی ذکر الأجل فی مقام التلفظ، أو ترکه عمدا فان الظاهر حینئذ بطلان العقد، بداهه أن الزواج الدائم لم یقصد، و لم ینشأ، لأن الإنشاء- کما عرفته مرارا- عباره عن إبراز الأمر النفسانی فی الخارج. و إذا لم یقصد العاقد الزواج الدائم لم یکن ذلک مبرزا باللفظ. و أما الزواج المنقطع فلا یقع أیضا فی

---

[۱] قال: (قال أبو عبد اللّه (ع) ما کان من شرط قبل النکاح هدمه النکاح و ما کان بعد النکاح فهو جائز. و قال: إن سمی الأجل فهو متعه. و إن لم یسم الأجل فهو نکاح بات). الکافی ج ۲ ص ۴۵. و الوافی ج ۱۲ ص ۹۶.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۰

الخارج، إذ یعتبر فی صحته ذکر الأجل علی ما نطقت به الروایات «۱»، و المفروض أنه مفقود فی المقام. و هذا بین لا ریب فیه.

و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۲- أن القول بالإباحه یلزمه الالتزام بأحد أمرین علی سبیل مانعه الخلو:

و هما الالتزام بأن إراده التصرف- فی المأخوذ بالمعاطاه- مملکه، و الالتزام بأن التصرف بنفسه من المملکات، و کلا الأمرین بعید جدا، بداهه أن المالک

لم يقصد إلا تمليك ماله من الأول، و عليه فالالتزام بحصول الملكيه بتصرف غير المالك، أو بإرادته التصرف من دون أن يكون ذلك مقصودا للمالك بعيد غايته.

و يتوجه عليه ما أفاده المصنف. و حاصله: أنه لا مانع من الالتزام بحصول الملكيه بإراده التصرف، فان الجمع بين الأدله يقتضى ذلك، ضروره أن الأصل يقتضى بقاء المأخوذ بالمعاطاه فى ملك مالكه الأول. و قد قامت السيره القطعيه على جواز التصرف لكل من المتعاطيين فيما انتقل إليه. و قد ثبت فى الشريعه المقدسه أن بعض التصرفات- كالعتق و البيع و الوطى- لا يسوغ لغير المالك. و من البين الذى لا ريب فيه أن الجمع بين هذه الأدله يقتضى الالتزام بالملكيه حين إراده التصرف. و عليه فيكون شأن التصرف فى المقام شأن تصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما تصرفا بالعتق و البيع و الوطى و أشباهها [1].

---

[1] أقول: إن التصرفات الصادره من المتعاطيين على قسمين:

القسم الأول: ما لا يتوقف جوازه على الملك- كالأكل و الشرب و اللبس و نحوها- فان جواز هذه التصرفات لا ينوط بملك الرقبه، بل تجوز لغير المالك أيضا إذا دل عليه دليل. و قد فرضنا أن السيره قد دلت عليه فى المقام غايه الأمر أن يكون الإتلاف فى محل الكلام موجبا للضمان بالمسمى، دون المثل أو القيمه. و على هذا فلا نحتاج الى الالتزام بملكيه التصرف، أو بإرادته لكى نتمسك فى إثبات

---

(1) راجع الوافى ج 12 ص 95.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج 2، ص: 111

و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: 3- أنه إذا قيل بأن المعاطاه- المقصود بها الملك- تفيد الإباحه لزمت منه مخالفه القواعد المتسالم عليها فى موارد شتى:

منها تعلق الخمس بما فى يد أحد المتعاطيين،

مع أنه ليس بمالك له.

و توضيح ذلك: أنه إذا أعطى أحد المتعاطيين دينارا لصاحبه، و أخذ منه متاعا يساوى أحد عشر دينارا فإنه قد ربح فى هذه المعامله المعاطاتيه

عشره دنانير و إذا بقى هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل- و لم يحصل مملك فى البين، كتصرف المشترى فى المتاع، أو تصرف البائع فى الثمن، أو تلف أحد العوضين- ثبت فيه الخمس. و عليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك، و هو فقه جديد.

و قد يتوهم: أن غرض بعض الأساطين من ذلك هو استبعاد تعلق الخمس بالأرباح و المنافع الحاصله من الاتجار بالمأخوذ بالمعاطاه و لكنه توهم فاسد، فإنه مخالف لصراحه كلامه بديهه أنه (ره) قد فرض مورد الاستبعاد فيما إذا كان العوضان باقيين، مع عدم تحقق التصرف من أحد المتعاطيين، و من البين الذى لا ريب

- ذلك بالجمع بين الأدله. قيل:

انه لا يتحقق الضمان بالمسمى الا مع ملك الضامن لما هو بدل عن المسمى، و عليه فلا مناص عن الالتزام بمملكيه التصرف أو إرادته و الجواب عن ذلك:

أنا لو سلمنا توقف الضمان بالمسمى على ملك الضامن للعوض و لكن لا نسلم توقف ذلك على مملكيه التصرف أو إرادته. بل يمكن الالتزام بحصول الملكيه آنا ما قبل التصرف من ناحيه الجمع بين الأدله. كما التزم به المصنف سابقا عند الاستدلال على صحه المعاطاه بآيتى حل البيع و التجاره عن تراض.

القسم الثانى من التصرفات: ما يتوقف جوازه على الملك- كالعتق و الوطى و البيع- و قد اتضح لك حكمه مما ذكرناه فى القسم الأول، بديهه أن الجمع بين الأدله يقتضى الالتزام بحصول الملك آنا ما قبل التصرف. بلا احتياج فى ذلك الى مملكيه التصرف أو إرادته. و هذا واضح لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۲

فيه أن حصول الربح بالتجاره لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: و هما

التصرف، و تلف العين و لو حكما. و حينئذ فلا يتوجه على بعض الأساطين ما ذكره شيخنا المحقق و إليك نصه (أما خمس ربح التجاره بالمأخوذ بالمعاطاه فلا محاله يكون حصول الربح مسبوقا بالتكسب و التصرف فى المال، فيكون مملكا له و لأصله. و ليس هذا غريب آخر زياده على غرابه مملكيه التصرف).

و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك،

و تترتب عليه جميع آثار الملكيه من الاستطاعه و تعلق الزكاه و حق الديان به و كونه إرثا للورثه و وجوب الإنفاق منه و جواز الوصيه به، و لو كانت المعاطاه مفيده للإباحه لزم من ذلك تعلق الأمور المذكوره بالمباحات، مع أنها لا تتعلق بغير الاملاك.

و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتى تعلق به حق الشفعه،

مع أنه لا يتعلق إلا بالبيع المؤثر فى الملكيه. و من هنا لو أباح أحد الشريكين حصته لغيره لم يتعلق به حق الشفعه.

و منها تعلق حق المقاسمه بذلك، و مثاله: أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص آخر بالبيع المعاطاتى جاز للمشترى أن يطالب المقاسمه من الشريك الآخر.

و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكيه فلا محذور فيه. و إن قلنا بأنها لا تفيد إلا الإباحه الخالصه لزم منه ثبوت حق المقاسمه لغير الملاك.

و منها: أن الربا يجرى فى البيع المعاطاتى،

كما يجرى فى البيع اللفظى. و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكيه كان ذلك موافقا للقواعد الشرعيه. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه لزم من ذلك جريان الربا فى المباحات. و من الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد.

و منها أنه لو كانت المعاطاه مفيده الإباحه لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاه بصفه الفقر

و لو كان المأخوذ بذلك يكفى مئونته و مئونه عياله سنه واحده- إذا لم يكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۳

عنده مال آخر يكفيه و لعياله حولا كاملا.

و لزم أيضا أن لا تزول صفه الغنى عن المعطى، لكونه مالكا لما أعطاه لصاحبه بالمعامله المعاطاتيه. و إذن فيجوز للأول أخذ الحقوق الشرعيه المقرره للفقراء و المساكين، و لا يجوز ذلك للثانى و إن لم يكن عنده ما يكفيه و لعياله سنه واحده. و من

الظاهر أن هذا أمر عجيب.

و قد أجاب المصنف عن جميع الأمور المذكوره بما هذا لفظه:

(و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها) [1].

---

[1] لا يخفى عليك ما فى عباره المصنف من الغلق و الاضطراب و اشتباه المراد كما يظهر لمن يعطف النظر على كلمات المحشين. و الذى نفهمه منها: أنه لا مانع من الالتزام بعدم تعلق الأمور المذكوره بالمأخوذ بالمعاطاه، مع بقاء مقابله، و عدم تصرف كل من المتعاطيين فيما بيده، بداهه أنه لا محذور فى الالتزام بذلك إلا الاستبعاد المحض. و من البين الذى لا ريب فيه أن مجرد الاستبعاد لا يوجب أن تكون المعاطاه مفيده للملكيه لكى يصح الالتزام بتعلق الأمور المزبوره بما فى يد كل من المتعاطيين. قيل:

إنه لا مناص عن الالتزام بتعلق تلك الأمور بالمأخوذ بالمعاطاه لأن بناء المتشرعه و سيرتهم القطعيه على أن

شأن ذلک شأن سائر الأملاک. و الجواب عنه:

أن هـذا و إن کـان صـحیحا إلا أن الالتزام به من ناحیه السیره لا من ناحیه الاسـتبعاد الـذی هو مورد بحثنا. و إذن فتکون السیره دلیلا علی الملک بلا حاجه إلی الاسـتبعاد المزبور. و علی هـذا التفسیر فمرجع الضـمیر المجرور فی کلمه (دفعه) هو لفظ العـدم المحذوف المضاف إلی کلمه التعلق. و القرینه علی الحذف هی سیاق الکلام.

و یمکن أن یکون غرض المصنف من تلک العباره: أنه لا شبهه فی تعلق الأمور المذکوره- فی کلام بعض الأساطین- بالمأخوذ بالمعاطاه- و إن کان ذلک-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۴

و یحسن بنا أن نتعرض لأجوبه تلک الأمور، و إلیک ما یلی:

أمـا الأخماس فهی لا تتعلق إلا بالملک، کما هو الظاهر من الأدله الشـرعیه، و علیه فلا محـذور فی الالتزام بعـدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطـاه علی القول بکونهـا مفیـده للإبـاحه و أمـا الزکوات فلاـ شـبهه فی تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه مع تمام النصاب، و مضـی الحول علیه، و لا یفرق فی ذلک بین أن یکون المأخوذ بالمعاطاه ملکا للآخـذ و بین عـدمه لإطلاق الأدله، مثلا إذا اشتری أحد- بـالبیع المعاطاتی- خمسا من الإبل، و لم یوجـد مملک فی البین إلی أن مضـی علیها حول کامل تعلقت بها الزکاه جزما و تکون العین مشترکه بین المالک و بین المسـتحقین للزکاه بناء علی تعلق الزکاه بالعین [۱]. نعم إذا کان عند الآخذ بالمعاطاه ما تعلقت به الزکاه و لکن کان أقل من النصاب إلا أنه وصل

- من المباحات- بـداهه أنه لا مانع من أن یکون قسم خاص من المباح- الـذی یجوز فیه مطلق التصـرف حتی المتوقف منه علی الملک- فی حکم الملک، و

لا محذور فيه إلا الاستبعاد المحض، و هو بنفسه لا يصلح للمانعيه عن تعلق الأمور المزبوره بالمأخوذ بالمعاطاه.

و أما دعوى أن تعلق تلك الأمور بذلك مخالف للسيره، لقيامها على عدم تعلقها بغير الاملاك، فبملاحظه السيره يستكشف ملكيه المأخوذ بالمعاطاه فهى إن صحت كان القول بالملكيه حينئذ مستنده إلى السيره، لا إلى الاستبعاد، و لا الى لزوم مخالفه القواعد الشرعيه.

و لكن الظاهر أن غرض المصنف هو الاحتمال الأول: بديهه أن مقصود بعض الأساطين إنما هو استبعاد عدم تعلق الأمور المذكوره بالمأخوذ بالمعاطاه.

و قد تصدى المصنف لدفع هذا الاستبعاد و ليس غرض بعض الأساطين استبعاد تعلق الأمور المذكوره بالمأخوذ بالمعاطاه لكى يكون كلام المصنف مسوقا لرفع هذا الاستبعاد و إثباتا لتعلق تلك الأمور بذلك. هذا و اللّه العالم بالضمائر.

[۱] الذى يستفاد من الأدله أن الزكاه متعلقه بالعين و أن النصاب مشترك بين

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاه إليه فإنه لا- تجب فيه الزكاه، بداهه أن ما هو مملوك للآخذ لم يصل إلى حد النصاب و المأخوذ بالمعاطاه ليس ملكا له على الفرض لكى يتم به النصاب.

و أما صفه الغنى المانعه عن أخذ الحقوق الشرعيه فهى غير متوقفه على الملك، بل كل من تمكن من مئونه نفسه و عياله سنه واحده- و لو من المباحات- فهو غنى.

و أما الاستطاعه فهى إنما تتحقق بكون المكلف واجدا- بالفعل- لما يحج به من الزاد و الراحله، و بمالكيته لمئونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى و بأمن الطريق فى بعض الأخبار «۱». و من البين أن هذا المعنى من الاستطاعه كما يتحقق بالملك كذلك يتحقق بالمباحات أيضا التى منها المأخوذ

بالمعاطاه على القول بالإباحه، و قد انجلى مما بيناه أنه يصح تعلق حق النفقات و الديون بالمأخوذ بالمعاطاه.

و أما حق الشفعه فلا يصح تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاه لأنه استحقاق الشريک

المالک و بين المستحقين للزکاه، سواء أ کان الاشتراک على نحو الإشاعه أم کان ذلک على نحو الکلى فى المعين، و هذا الرأى هو المشهور بين الأصحاب رضوان اللّه عليهم. و هنا احتمالات أخر:

۱- أن الزکاه متعلقه بالذمه من غير أن تتعلق بالعين رأسا.

۲- أن الزکاه متعلقه بالعين کتعلق حق الرهن بالعين المرهونه، فتکون حالها حال بيع العين المرهونه فى حال الرهانه، ثم فکها عن ذلک.

۳- أن الزکاه متعلقه بالعين کتعلق حق الجنايه بالعبد الجانى، و عليه فيکون بيعها التزاما بالزکاه فى الذمه کما أن المالک إذا باع عبده الجانى تعلق أرش الجنايه بذمته و من هنا اتضح لک الفارق بين الصورتين الأخيرتين.

---

(۱) قد تقدم ذلک فى ص ۳۵.

للحصه المبيعه فى شرکته لکى يضمها إلى حقه. و المفروض أن المعاطاه لم تؤثر فى الملکيه بل فى الإباحه فقط. و عليه فلم يحصل النقل و الانتقال بالتعاطى حتى يثبت به حق الشفعه للشريک [۱].

و أما حق المقاسمه و المفارزه فهو لا يختص بالمالک بل يثبت لکل من جاز له التصرف فى المال المشاع و إن لم يکن مالکا لجزء منه.

و أما الإرث فهو أيضا لا يتوقف على الملک، بل موضوعه ما ترکه الميت و من الظاهر أن المأخوذ بالمعاطاه مما ترکه الميت، فيکون لوارثه.

و يضاف إلى ذلک: أن موت أحد المتعاطيين يؤثر فى لزوم المعاطاه. و هذا واضح. و من هنا اتضح لک جواز الوصيه بالمأخوذ بالمعاطاه. ضروره أنها تصير لازمه

بموت الموصی.

و أما ما ذکره من استلزام القول بالإباحه جریان الربا فی المباحات فهو من العجائب. بدیهه أن مورد البحث فی المقام إنما هو المعاطاه الواجده لجمیع شرائط البیع إلا الصیغه الخاصه. و علیه فإذا کانت المعاطاه ربویه لم تؤثر فی شی ء من الملکیه و الإباحه، لفسادها من ناحیه الربا، و إذن فلا إباحه فی المقام لکی یلزم جریان

---

[۱] نعم یظهر من المحقق الخراسانی أن حق الشفعه یتعلق بالمأخوذ بالمعاطاه و إن لم یصر ملکا للآخذ. و الوجه فی ذلک أن موضوع حق الشفعه إنما هو بیع أحد الشریکین حصته من غیر شریکه، سواء أ کان ذلک مفیدا للملکیه أم کان مفیدا للإباحه. و یتوجه علیه.

أولا: أن ذلک خلاف الظاهر من أدله الشفعه إذ الظاهر منها اعتبار الملکیه فی متعلق حق الشفعه.

ثانیا: أن موضوع حق الشفعه إنما هو البیع کما اعترف به المحقق المذکور و من البین أن المعاطاه المفیده للإباحه خارجه عن حدود البیع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۷

الربا فیها. و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

و من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۴- ما ذکره بعض الأساطین من «کون التصرف من جانب مملکا للجانب الآخر. مضافا إلی غرابه استناد الملک إلی التصرف».

و قال المصنف:

(و أما کون التصرف مملکا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه).

و وجه الظهور: أنه لما کان التصرف من جانب مملکا للمتصرف لزم کونه مملکا للجانب الآخر أیضا، الذی لم یصدر منه التصرف و إلا لزم اجتماع العوض و المعوض فی ملک المتصرف.

و علیه فکما أن الجمع بین الأدله یقتضی کون التصرف مملکا للمتصرف کذلک یقتضی کونه مملکا للطرف الآخر أیضا،

و مما ذکره بعض الأساطین: ۵- أن القول بالإباحه یستلزم مخالفه القواعد المتسالم علیها فی نواحی شتی:

الناحیه الأولی: کون التلف السماوی من جانب مملکا للجانب الآخر،

لاتفاق الفقهاء على أن كلا من المتعاطيين يملك لما بيده من المأخوذ بالمعاطاه مع تلف بدله من الجانب الآخر و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملك فلا محذور فيه و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه فيلزم أن يكون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر، بديهه أنه لم يحدث فى المقام إلا أمران، و هما التعاطى و التلف و المفروض أن الأول لا يفيد إلا الإباحه، و عليه فلا بد لنا إما من القول بكون التلف مؤثرا فى الملكيه فهو غريب، أو القول بحصول الملكيه بغير سبب فهو محال.

الناحيه الثانيه: أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب،

بديهه أنه ملكيه لو حصلت بغير سبب لزم تحقق المعلول بدون علته. و إن حصل ذلك بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علته، و من البين أن كليهما غير معقول. و إن قلنا بحصول الملكيه مع التلف فهو بعيد، إذ لا موجب للالتزام بالملكيه فى خصوص زمان التلف دون ما قبله. على أن زمان التلف هو زمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۸

انعدام الملكيه، لا زمان حدوثها، و من ذلك يظهر بطلان الالتزام بالملكيه بعد التلف فان من الواضح أن تملك المعدوم غير معقول. على أن ذلك لغو محض، إذ لا يترتب عليه أى أثر من آثار الملكيه. و إن قلنا بعدم كون التالف ملكا للآخذ لزم أن يكون بدله ملكا للجانب الآخر مجانا فهو غريب، و إذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكيه- فى البيع المعاطاتى- من أول الأمر.

الناحيه الثالثه: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه كان التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين.

و عليه فلا يرجع كل من المتعاطيين إلى المثل أو القيمه لكى يكون لأحدهما حق الرجوع إلى ما به التفاوت بين العوضين، مع أن القاعده- على القول بعدم الملك- تقتضى الضمان بالمثل أو القيمه، دون المسمى، بديهه أن الضمان بالمسمى يقتضى كون التالف ملكا للمتلف، و عليه فيعود الاشكال المتقدم: أعنى حصول الملكيه بلا سبب، أو بسبب التلف.

الناحيه الرابعه: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلك عنده.

فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكيه فلا محذور فيه، لأن الغاصب يكون ضامنا للمغصوب منه. و إن قلنا بأنها تفيد الإباحه فإن قلنا بأن الغاصب ضامن للمغصوب منه:

أعنى المباح له دون المالك الأصلى الذى هو المبيح- لزم أن يكون الغصب أو التلف عند الغاصب مملكا. و هو غريب، و إن قلنا بعدم الملك و أنه ليس له حق المطالبه، و إنما هو ثابت للمبيح فهو بعيد، و مناف للسيره القطعيه.

و قد أجاب المصنف عن تلك النواحى غير الناحيه الأخيره بما حاصله: أن دليل ضمان اليد يقتضى كون كل من العوضين

مضـمونا لمـالكه الأصـلى بعوضه الواقعى أعنى به المثـل أو القيمه. لكن مقتضـى الإجمـاع و السـيره على عـدم الضـمان بالعوض الواقعى يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنـده، و بضـميمه أصاله عـدم حصول الملكيه إلا بالمقدار المتيقن تثبت الملكيه قبل زمان التلف بآن، و عليه فالجمع بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۱۹

هذه الأدله يقتضى كون كل من العوضين ملكا لكل من المتعاطيين آنا ما قبل التلف، و حينئذ فيكون التلف موجبا لتعين المسمى من الجانبين. سواء فى ذلك كون التلف من جانب واحد و كونه من جانبين.

و السر فى الالتزام بالملكيه التقديريه: أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالإجماع المزبور و القول بعدم

الضمان بالمثل أو القيمه فی مورد التعاطی، و بین التخصص: أی الالتزام بحصول الملکیه- فی ذلک- من أول الأمر حفظا لعموم دلیل الید عن التخصیص. و قد حقق فی محله أنه کلما دار الأمر بین التخصیص و التخصص فیقدم الثانی. و علیه فمقتضی القاعده أن نحکم بحصول الملکیه- فی مورد المعاطاه من أول الأمر. و لکن الأصل المذکور یقتضی عدم تحقق الملکیه إلا آنا ما قبل التلف و علیه فشأن المقام شأن تلف المبیع قبل قبضه فی ید البائع.

ثم إن غرض المصنف من تقدیم التخصص علی التخصیص لیس هو إثبات الضمان بالمسمی من ناحیه الدلیل الدال علی ضمان الید، بل غرضه من ذلک إنما هو حفظ الدلیل المزبور عن التخصیص، و إبقائه علی عمومه. و أما الضمان بالمسمی فإنما یثبت بحصول الملکیه فی مورد المعاطاه. و إذن فلا یتوجه علی المصنف ما ذکره السید و هذا نصه: (أن الحکم بالضمان بعوض المسمی لیس عملا بعموم علی الید، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القیمه، لا المسمی، فمع فرض الإجماع علی الملکیه لا بد من الالتزام بتخصیص قاعده الید إذا لم نحکم بالملکیه من أول الأمر).

و أجاب المصنف عن الناحیه الأخیره بما هذا لفظه:

(و أما ما ذکره من صوره غصب المأخوذ بالمعاطاه فالظاهر- علی القول بالإباحه- أن لکل منهما المطالبه ما دام باقیا، و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملک بالتلف تلفه من مال المغصوب منه).

ثم قال:

(نعم لو لا قام إجماع کان تلفه من مال المالک لو لم یتلف عوضه قبله).

و غرضه من هذه العباره الأخیره: أنه لو لا الإجماع علی الملکیه قبل تلف

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۰

العین کان مقتضی القاعده اختصاص الملک بالمطالبه، لأن

العين قد تلفت فی ملکه نعم لو تلفت العین الأخری قبل تلف المغصوب اختص المغصوب منه بالمطالبه، و وجهه ظاهر.

و لکن النسخه المشهوره هکذا

(نعم لو قام إجماع إلخ)

و علیه فغرض المصنف من هذه العباره: أنه إذا قام الإجماع علی عدم حصول الملکیه- فی البیع المعاطاتی- بتلف أحد العوضین- عند الغاصب، مع بقاء العوض الآخر- کان التلف فی ملک المالک الأصلی، فیکون له حق المطالبه من الغاصب، و لا یثبت ذلک الحق للمغصوب منه: أعنی المباح له. إلا أن هذا لیس بصحیح، بدیهه أن عدم کون التلف- عند الغاصب- مملکا لا یحتاج إلی الإجماع، بل یستغنی عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاه فی ملک مالکه الأصلی. و هذا واضح لا شک فیه.

و مما ذکره بعض الأساطین من القواعد الجدیده اللازمه علی القول بالإباحه: ۶- أنه یجوز للآخذ بالمعاطاه أن یتصرف فی النماء الحادث من المأخوذ بالمعاطاه قبل التصرف فیه،

و علیه فجواز التصرف فی النماء إما من ناحیه أن حدوث النماء مملک للنماء، و إما من ناحیه أن المالک الأصلی قد أذن للمباح له أن یتصرف فی النماء، کإذنه فی التصرف فی أصله. و علی الأول فإن قلنا بأن حدوث النماء مملک للنماء فقط، لا لأصله فهو بعید، إذ لا وجه للتفکیک- فی ذلک- بین النماء و أصله خصوصا فی النماء المتصل. علی أنه لم یعهد من مذاق الشارع المقدس أن یکون حدوث النماء فی العین من جمله الأسباب لتملک النماء. و إن قلنا بأن حدوث النماء مملک لنفسه و لأصله معا، أو قلنا بأنه مملک لأصله بالأصاله و لنفسه بالتبعیه فهو غریب، فان ذلک مناف لظاهر أکثر الفقهاء القائلین بعدم حصول الملکیه فی المأخوذ بالمعاطاه من دون التصرف فیه المتوقف علی الملک، و علی الثانی- و هو أن یکون التصرف فی النماء مستندا إلی إذن المالک- فشمول الاذن فی التصرف فی النماء

الالتزام به، بديهه أن المالك الأصلى لم يأذن للمباح له إلا فى التصرف فى نفس المأخوذ بالمعاطاه، لا فى متفرعاته الحاصله بعد التعاطى. انتهى حاصل ما أفاده بعض الأساطين و قد أجاب عنه المصنف «ره» بوجهين:

الأول: أن حكم النماء- الحاصل من المأخوذ بالمعاطاه- حكم أصله، فكما أن الأصل ليس ملكا للآخذ، كذلك النماء. نعم يجوز للمباح له أن يتصرف فى النماء، كما كان له أن يتصرف فى أصله.

الوجه الثانى: أنه يمكن أن يكون النماء حادثا فى ملك المباح له بمجرد إباحه أصله: بأن يكون إباحه الأصل موضوعا لحكم الشارع بملكيه النماء انتهى ملخص كلامه فى الوجهين.

و لكن يتوجه على الأول: أن المالك الأصلى إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا فى التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه، كان تصرف المباح له فى النماء تصرفا فى مال غيره بدون إذنه، فهو حرام عقلا و شرعا.

و يتوجه على الثانى: أنه لا دليل على حدوث النماء فى ملك المباح له، إذ لم يحدث فى البين مملك لذلك النماء، و لا لأصله، و لا لهما معا. و لا يقاس هذا بما تقدم سابقا من تصوير ترتب الإباحه الشرعيه على التعاطى، مع قصد المتعاطيين الملكيه، لما عرفته من أن ذلك من ناحيه الجمع بين الأدله، و لا شبهه أن هذا لا يجرى فى المقام [۱].

---

[۱] قد أجاب المحقق النائينى عن بعض الأساطين بما هذا نص مقرره:

«فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله «ص» الخراج بالضمان أن يكون النماء ملكا له «المباح له» بناء على ما سيجى ء فى معنى الخبر. و حاصله: أن كل من تعهد ضمان شى ء بالتضمين المعاملى فمنافعه له. و

هذا من غير فرق بين أن يكون التضمين على نحو الإباحه أو التمليك، فان مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن:

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۲

و يمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقى:

۱- أن النماء و إن لم يصر ملكا للمباح له و لكن يجوز له التصرف فيه، بداهه أن الاذن فى التصرف فى شى ء يلازم عرفا الاذن فى التصرف فى توابعه و لوازمه فجواز التصرف فى النماء من لوازم جواز التصرف فى الأصل.

۲- أن يكون كل واحد من النماء و أصله ملكا للمباح له، ضروره أن المعاطاه بيع عرفى، فتكون مشموله للعمومات الداله على صحه البيع و نفوذه. و لا ريب فى أن مقتضى ذلك إنما هو حصول الملكيه فى البيع المعاطاتى من أول الأمر.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۲، ص: ۱۲۲

كما هو كذلك فى موار البيع بالصيغه و لكنا قد التزمنا بعدم حصول الملكيه فى مورد البيع المعاطاتى من ناحيه الإجماع. و من الظاهر أن الإجماع دليل لبى فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، و هو قبل حصول النماء فى المأخوذ بالمعاطاه. و إذن فلا مانع من التمسك بتلك العمومات و الحكم بصيروره ذلك ملكا للآخذ بمجرد حصول النماء فيه.

و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ۷- أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه لزم منه «قصر التمليك على التصرف

مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن فى التمليك. فيرجع إلى كون المتصرف فى تمليكه نفسه موجبا قابلا. و ذلك جار فى القبض، بل هو أولى منه، لاقترانه بقصد

- و معنى كون الشخص ضامنا لما يتملكه، أو لما أبيح له هو أنه لو تلف يكون دركه عليه، و يكون عوضه المسمى ملكا للطرف الآخر إلخ».

و النبوى مذكور فى سنن البيهقى

ج ۵ ص ۳۲۱.

و لکن یرد علی المحقق المزبور أن النبوی المذکور ضعیف السند، و غیر منجبر بشی ء علی أنه لا تشمل موارد التضمین علی نحو الإباحه. لأن لازم ذلک أن لا یکون للمالک الأصلی حق الرجوع إلی النماء، مع عدم کون الأصل ملکا للمباح له، و هو بعید.

و أضف إلی ذلک أن الجواب المزبور التزام بالتفکیک بین الأصل و نمائه و هو غریب.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۳

التملیک دونه».

و یتوجه علیه: أنه لا مانع من اتحاد الموجب و القابل فی العقود، کما هو واضح علی أنک قد عرفت فیما تقدم: أن الجمع بین الأدله یقتضی کون التصرف بنفسه مملکا للمتصرف بلا احتیاج فی ذلک إلی إذن المالک الأصلی لکی یلزم منه اتحاد الموجب و القابل. و أما القبض فهو لا یتوقف علی الملک حتی یلزم کونه مملکا من جهه الجمع بین الأدله. و هذا بخلاف بعض أقسام التصرف، کالبیع و العتق و الوطی، فإن ذلک متوقف علی الملک جزما. کما عرفته قریبا.

الاستدلال علی لزوم المعاطاه بالأصل

اشاره

هل الأصل فی المعاطاه و سائر العقود هو اللزوم، أم هو الجواز؟ الظاهر هو الأول و قد استدل علیه المصنف بوجوه شتی منها:

۱- أصاله اللزوم فی الملک،

اشاره

لأنا إذا فرضنا حصوله بالبیع المعاطاتی ثم شککنا فی زواله بفسخ أحد المتعاطیین و عدم زواله اقتضی الاستصحاب بقاءه.

و توضیح ذلک یقع فی نواحی ثلث: الناحیه الأولی أن المراد من الاستصحاب المذکور هو الاستصحاب الشخصی، لا الکلی. الناحیه الثانیه: أنا لو سلمنا کونه کلیا، إلا أنه لا محذور فی جریانه فی المقام الناحیه الثالثه: ما هو مقتضی القاعده فیما إذا لم یتضح لنا أحدهما، بل دار الأمر بین کون الاستصحاب المزبور کلیا، و بین کونه شخصیا؟ ثم إن الکلام فی هذه النواحی مع الأعضاء عن عدم جریان الاستصحاب فی الأحکام الکلیه الإلهیه، و إلا فلا مورد للاستصحاب فی أمثال الموارد، علی ما حققناه فی علم الأصول.

الناحیه الأولی: أن المراد من استصحاب الملکیه فی المقام هو الاستصحاب الشخصی،

لأن الملکیه لها حقیقه واحده فإذا ترتبت علی البیع و نحوه من العقود المعاوضیه و شککنا فی بقائها و زوالها حکمنا ببقائها من ناحیه الاستصحاب.

و لیست لهذه الملکیه حقائق متعدده لکی یکون استصحابها کلیا، و أما التزلزل و الاستقرار فلیسا من ناحیه الاختلاف فی حقیقه الملک و ماهیته، بل هما منتزعان من حکم الشارع بجواز فسخ العقد و عدمه. و منشأ هذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوین المعاملات التی هی موضوع لحکم الشارع بالملکیه لا اختلاف حقیقه الملک.

و بتعبیر آخر: أن مورد الاستصحاب الکلی ما یکون المشکوک فیه مرددا بین الفرد الزائل و الفرد الباقی بحیث یکون الشک من ناحیه تردد المشکوک فیه بینهما، فإنه حینئذ یستصحب الکلی الجامع بین هذین الفردین، و مثال ذلک: الحیوان المردد بین ما یعیش سنه، و ما لا یعیش إلا یوما واحدا. و کالحدث المردد بین الأصغر الزائل بالوضوء، و الأکبر الذی لا یرتفع إلا بالغسل، و

غير ذلك من الأمثله.

و أما لو كان الشك من ناحيه بقاء الفرد الحادث و ارتفاعه فى نفسه، لا من ناحيه كون الحادث مرددا بين الزائل و الباقى فإن المورد حينئذ إنما هو مورد الاستصحاب الشخصى، و ذلك كالشك فى بقاء الأمور الشخصيه و زوالها. و لا شبهه أن الملكيه من القبيل الثانى، مثلا إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته و شككنا فى أنها هبه جائزه لكى تنفسخ بالفسخ، أو هبه لازمه حتى لا تزول بالفسخ إذا شك فى ذلك استصحبنا الملكيه، لأن الشك فى بقاء شخص الملكيه و زوالها من ناحيه احتمال اقترانها بالرافع، لا من جهه تردد هذه الملكيه بين الفرد الزائل و الفرد الباقى.

و من الواضح أنه لو كان مجرد الشك فى بقاء شى ء و زواله لاحتمال تحقق الرافع من الاستصحابات الكليه لكان جل الاستصحابات لو لم يكن كلها من قبيل الاستصحاب الكلى و هو واضح البطلان. و اذن فلا يتوجه على استصحاب الملكيه فى المقام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۵

ما يتوجه على الاستصحاب الكلى من المناقشات [۱].

---

[۱] قيل: إنا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان أن سبب الملك اللازم- كالبيع- يغاير سبب الملك الجائز- كالهبه- تغايرا حقيقا و عليه فلو كانت الملكيه الحاصله منهما حقيقه واحده، و ماهيه فأرده لزم من ذلك تأثير ماهيات كثيره فى ماهيه واحده، و هو محال. و إذن فالملك الجائز، و الملك اللازم مختلفان نوعا، لاختلاف سببهما. و على هذا فاستصحاب الملكيه مع الشك فى زوالها و بقائها من الاستصحابات الكليه، لا الشخصيه.

و أجاب عنه بعض المحققين من المشايخ، و إليك لفظه: أن (اختلاف السبب بما هو سبب كاشف قطعى عن اختلاف المسبب.

و أما اختلاف ذات السبب فلا، لإمكان تأثير السببين بجامعهما أثرا واحدا، و هو الملك، و بخصوصيتهما حكمين مختلفين و هما اللزوم و الجواز).

و فيه أن إمكان تأثير الأسباب العديده بجامعهما أثرا واحدا لا يكفى فى إثبات اتحاد المسبب لكى نستصحبه بشخصه مع الشك فى بقائه و زواله و التحقيق: أن الجواب عن المناقشه المزبوره بوجهين:

١- أن فى إطلاق السبب على عنوان المعامله مسامحه واضحه، إذ لا تأثير له فى الملكيه بوجه، غير أنه موضوع للملكيه الشرعيه أو العقلائيه. و لا شبهه أن هذه الملكيه تتشخص باعتبار المعتبر، و اذن فالملكيه المترتبه على عنوان المعامله ملكيه شخصيه. فإذا شك فى بقائها و زوالها استصحبناها.

و بتعبير آخر: أنه قد يراد من الملك مفهومه القابل للصدق على جميع أفراد الملك. و لا ريب فى أنه كلى، و لكنه خارج عن محل البحث، بداهه أن المترتب على المعامله ليس هو المفهوم، بل مصداقه.

و قد يراد به ما اعتبره المنشئ فى عالم الاعتبار، و أظهره بمبرز خارجى. و لا شبهه فى أن هذا جزء من عنوان المعامله- كالصلح و الهبه و البيع- ضروره-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٦

ثم إن المصنف «ره» قد أيد ما أفاده من أن اللزوم و الجواز من أحكام السبب المملك، لا من خصوصيات الملكيه- بما حاصله:

أنه لو كان اللزوم و الجواز من ناحيه حقيقيه الملك لكان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين إما بجعل المالك، أو بحكم الشارع، و على الأول فيلزم تأثير قصد المالك فى الرجوع و عدمه، و هو واضح البطلان. و على الثانى فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو أيضا بديهى الفساد، لما عرفته فيما تقدم قريبا

من أن العقود تابعه للقصود، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشئ.

نعم يمكن أن يكون إنشاء المنشئ موضوعا لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشئ.

و لكنه غريب عن قاعده تبعيه العقود للقصود.

و لكن يرد عليه أن الملكيه المنشئه فى كل عقد إنما هو ملكيه أبديه فى غير موارد جعل الخيار، و ذلك لما بيناه فى محله من استحاله الإهمال فى الواقعيات،

أنها عباره عن الاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى. و لا شك فى أن المعتبر النفسانى ليس إلا أمرا شخصيا.

و قد يراد من الملك الملكيه الشرعيه. و بديهى أنها ليست إلا إمضاء لما اعتبره المنشئ، فتكون شخصيه بشخصيه ما اعتبره المنشئ. و عليه فإذا شك فى بقائه كان استصحابه من الاستصحاب الشخصى.

٢- أن اختلاف الملكيه فى اللزوم و الجواز انما هو باختلاف المصالح التى دعت الى اعتبار الملك لازما تاره. و جائزا تاره أخرى، و من البديهى أن هذا أجنبى عن نفس الملكيه التى هى أمر اعتبارى محض.

و قد تجلى لك من ذلك فساد ما قيل من أن الملكيه المترتبه على المعاملات و ان كانت شخصيه و لكنها ذات مراتب شتى، فتكون كليه من هذه الناحيه و اذن فالاستصحاب الجارى فيها استصحاب كلى لا شخصى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٢٧

و عليه فالمجعول فى الواقع إما مطلق أو مقيد، و بما أنه غير مقيد على الفرض لعدم جعل الخيار فيه، فلا مناص عن كونه مطلقا، و إذن فيلزم من إمضاء الشارع العقد مقيدا تخلف العقد عن القصد، سواء أ قلنا بأن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملكيه، أم قلنا بأنهما من أحكام السبب المملك. و لكن لا محذور فى تخلف

العقد عن القصد.

و قد وقع نظيره فی موارد شتی- کبیع الصرف و السلم و غیره- و قد أشرنا إلی ذلک فی البحث عن کلام بعض الأساطین:

الناحیه الثانیه: أنا لو سلمنا کون استصحاب الملکیه من الاستصحاب الکلی و لکن لا محذور فی جریانه فی المقام،

لأنه من القسم الثانی من أقسام استصحاب الکلی الذی أثبتنا حجیته فی مبحث الاستصحاب من علم الأصول. و قد أشار المصنف إلی جریانه هنا

بقوله: (مضافا إلی إمکان دعوی کفایه تحقق القدر المشترک فی الاستصحاب فتأمل).

و قد ناقش فیه المحقق الخراسانی بما هذا نصه: (لا مجال لدعوی الکفایه علی مختاره من عدم حجیه الاستصحاب مع الشک فی المقتضی. کما لا شبهه فی صحتها علی ما هو المختار من حجیته).

و ذکر السید: (أن ما ذکره المصنف (قده) لا وجه له فیما إذا کان الشک فی المقتضی أصلا، إذ حینئذ لا ارتفاع حتی یقال: إن الشک فیه مسبب عن وجود الفرد القصیر مثلا و الأصل عدمه).

و لکن التحقیق: أن ما نحن فیه لیس من موارد الشک فی المقتضی لکی یتوجه علی المصنف منافاه ما ذکره هنا لما بنی علیه فی الأصول.

و تحقیق: المقام و بیان أن الشک هنا لیس من موارد الشک فی المقتضی: أن الاحکام المجعوله علی ثلاثه أقسام:

۱- ما یکون معلوم الدوام فی نفسه ما لم یطرأ علیه رافع، کالملکیه و الزوجیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۲۸

و الطهاره و النجاسه و غیرها من الأمور الاعتباریه، فإنها بنفسها مقتضی للبقاء ما لم یطرأ علیه رافع.

۲- ما یکون مغیا بغایه معینه بحیث ینعدم ذلک بنفسه بعد حصول تلک الغایه من غیر أن یکون له استعداد البقاء فی عمود الزمان، کالزوجیه المنقطعه، فإن ذلک ینصرم بنفسه بعد تحقق غایته بلا استناد إلی عروض عارض له.

۳- ما یکون مشکوک الغایه، کما

إذا تحققت زوجيه بين رجل و امرأه، و لم يعلم كونها دائميه أو منقطعه.

أما القسم الأول فلا شبهه فى أن الشك فى بقائه من قبيل الشك فى الرافع فيجرى فيه الاستصحاب على مسلك المصنف و غيره.

و أما القسم الثالث فلا شبهه فى أن الشك فيه من قبيل الشك فى المقتضى فلا يجرى فيه الاستصحاب على مسلك المصنف، لأن المتيقن إذا لم يكن بنفسه مقتضيا للبقاء و قابلا للجرى العملى على طبقه، لاحتمال كونه محدودا بحد معين لم يكن عدم ترتيب الآثار عليه عند الشك فى بقائه من مصاديق نقض اليقين بالشك. و هذا الذى ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده فى فرائده حول هذا البحث، مع ما ذكره فى مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فورى، أم لا. و لكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام.

و أما القسم الثانى فمع العلم بتحقق الغايه لا مجال لأن يجرى فيه الاستصحاب.

كما أنه لا شبهه فى جريان الاستصحاب فيه مع الشك فى بقائه قبل تحقق الغايه، لأن ذلك من موارد الشك فى الرافع.

و إذا شك فى حصول الغايه فحينئذ قد يكون الشك فيه من ناحيه الشبهه الحكميه، كالشك فى أن الغايه لوجوب صلاتى المغرب و العشاء هل هى نصف الليل أم هى طلوع الفجر و قد يكون الشك فى ذلك من ناحيه الشبهه المفهوميه، كالشك

فى أن الغروب الذى جعل غايه لوجوب صلاتى الظهر و العصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمره المشرقيه. و قد يكون الشك فى ذلك من ناحيه الشبهه الموضوعيه كالشك فى طلوع الشمس الذى جعل غايه لوجوب صلاه

الصبح.

أما القسمان الأولان فالشک فی موردهما من الشک فی المقتضی فلا یجری فیهما الاستصحاب علی مسلک المصنف.

و أما الثالث فلا شبهه فی جریان الاستصحاب فیه، لأن الشک فی طلوع الشمس و عدمه و إن لم یکن شکا فی الرافع حقیقه، إذ الرافع إنما یکون زمانیا، لا- نفس الزمان و لکنه بمنزله الرافع فی أنظار أهل العرف. و إذن فیکون ذلک مشمولا لأدله حجیه الاستصحاب هذا. و تفصیل الکلام فی مبحث الاستصحاب من علم الأصول.

و المتحصل من جمیع ما ذکرناه: أنا لو سلمنا عدم کون استصحاب الملکیه من الاستصحاب الشخصی. و لکنه من قبیل القسم الثانی من أقسام الاستصحاب الکلی الذی لا شبهه فی جریانه. و لیس ذلک من موارد الشک فی المقتضی لکی یحکم بعدم جریان الاستصحاب فیه بناء علی مسلک المصنف.

ثم إن المناقشات المتوجهه علی القسم الثانی من أقسام الاستصحاب الکلی و إن کانت کثیره. و لکن المهم منها أمران:

۱- أن وجود الکلی بوجود فرده، و عدم الکلی بعدم فرده. و علیه فالکلی فی ضمن الحصه الزائله مقطوع الزوال. و هو فی ضمن الحصه الأخری مشکوک فیه من أول الأمر. و إذن فالکلی مردد بین مقطوع الزوال و مشکوک الحدوث و الجواب عن ذلک:

أن وجود الکلی لیس إلا- عین وجود فرده. غایه الأمر أن الفرد ملحوظ بشرط شی ء. و الکلی ملحوظ لا بشرط: أی عاریا عن الخصوصیات الفردیه و المشخصات الوجودیه. و علیه فإذا کان وجود الکلی أمرا یقینیا، و کان التردد فی

خصوصیاته صح أن یقال: إنه متیقن الوجود، و یشک فی بقائه. و إذن فتکون أرکان الاستصحاب فی نفس الکلی تامه.

۲- أن الشک فی بقاء الکلی،

و فی ما هو القدر المشترک بین الفردین مسبب عن الشک فی حدوث الفرد الذی یبقی معه القدر المشترک علی تقدیر حدوثه. و إذا حکم بأصاله عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترک، بدیهه أن الأصل السببی حاکم علی الأصل المسببی علی ما حقق فی محله. و الجواب عنه:

أن الشک فی بقاء الکلی و ارتفاعه لیس مسببا عن الشک فی حدوث ذلک الفرد الذی نشک فی حدوثه. بل إنما هو من لوازم کون الحادث ذلک الفرد الذی لا یحتمل بقاؤه، أو الفرد الذی لا یحتمل ارتفاعه. و من الواضح أنه لیس هنا أصل یعین أحدهما.

و مثال ذلک: أنه إذا تردد الحدث الصادر من المکلف بین الأکبر و الأصغر ثم توضأ فإنه حینئذ یشک فی ارتفاع ذلک الحدث و بقائه. و علیه فلا یترتب علی أصاله عدم حدوث الأکبر ارتفاع کلی الحدث إلا بضمیمه القطع بأن الحادث هو الحدث الأصغر. و من البین أن هذا لا یثبت بأصاله عدم حدوث الأکبر.

و أضف إلی ذلک: أن أصاله عدم حدوث أی واحد من الفردین معارض بدء بأصاله عدم حدوث الفرد الآخر. و تسقطان بالمعارضه. فیبقی استصحاب کلی الحدث سلیما عن المعارض. و فی المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملکیه یعارض استصحاب عدم الفرد الجائز منها الذی یرتفع بالفسخ. فیسقطان للمعارضه. فیرجع إلی استصحاب نفس الکلی الذی هو متیقن سابقا، و مشکوک فیه لاحقا. و لعل المصنف رحمه اللّه قد أشار إلی هذین الإشکالین مع جوابهما بالأمر بالتأمل.

الناحیه الثالثه: أنه إذا قلنا بعدم جریان الاستصحاب فی القسم الثانی من الکلی،

و شککنا فی أن الاستصحاب فیما نحن فیه هل هو من الاستصحاب الشخصی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۱

لکی یحکم بجریانه، أم هو من الاستصحاب الکلی لکی یحکم

بعدم جريانه، إذا كان الأمر كذلك فان كان المانع عن جريان الاستصحاب فى الكلى هو المناقشه الأولى المتقدمه قريبا-: أعنى بها تردد الكلى بين كونه فى ضمن الفرد الذى لا يحتمل بقاؤه، و بين كونه فى ضمن الفرد الآخر الذى هو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجرى الاستصحاب هنا، لأنه إذا خرج القسم الثانى من الكلى عن أدله الاستصحاب و شككنا فى أن المورد من القبيل الخارج، أو من القبيل الباقى تحت العام، كان التمسك بعموم تلك الأدله تمسكا بالعموم فى الشبهه المصداقيه. و هو لا يجوز على ما حقق فى محله.

و إن كان المانع عن ذلك هو المناقشه الثانيه المتقدمه أيضا-: أعنى بها حكومه الأصل السببى عليه- فلا مانع عن استصحاب الملكيه، لأنه إن كان الاستصحاب كليا فالمانع موجود: و هو الأصل الحاكم. و إن كان شخصيا فالمانع غير موجود.

و حينئذ فيقع الشك فى وجود المانع عن استصحاب الملكيه، و عدم وجوده. و من البين الذى لا ريب فيه أنه ما لم يحرز الأصل الحاكم لا مانع عن جريان الأصل المحكوم و إذن فلا مانع عن استصحاب الملكيه فى المقام. و لعل هذا هو مراد المصنف من

قوله: (مع أنه يكفى فى الاستصحاب الشك فى أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك، أو من لوازم السبب المملك)

بل هذا هو أمس بكلامه، فان الإيراد المهم على جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من الكلى هو الإيراد الثانى.

و يمكن أن يكون غرضه من هذه العباره: أن المنع عن جريان استصحاب الملكيه مبنى على إحراز أن اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك و من الظاهر أنا إذا لم نحرز ذلك لم يكن مانع عن الاستصحاب المذكور.

و قد ذكر

شیخنا الأستاذ بما حاصله: أن المورد و إن کان من موارد التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه، إلا أنه لا بأس به فی المقام، بداهه أن المانع عن جریان الاستصحاب فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۲

القسم الثانی من أقسام الکلی إنما هو العقل من ناحیه أن الکلی إن کان فی ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال. و إن کان فی ضمن الفرد الآخر فهو مشکوک الحدوث و علیه فإذا شککنا فی مورد أنه من مصادیق الاستصحاب الشخصی لیجری فیه الاستصحاب، أو من مصادیق الاستصحاب الکلی لکی لا یجری فیه ذلک، حکمنا بجریانه فیه، ضروره أن المخصص لعموم لا تنقض الیقین بالشک دلیل لبی فیقتصر فیه بالأفراد المتیقنه، و یتمسک فی غیرها بعموم أدله الاستصحاب انتهی ملخص کلامه. و الجواب عن ذلک:

أن هذه الکبری التی أفادها و إن کانت مسلمه فی نفسها علی ما نقحناه فی علم الأصول، و لکنها لا تنطبق علی ما نحن فیه، بداهه أن التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه فیما إذا کان هناک فرد معلوم، و دار أمره بین دخوله فی أفراد المخصص، و عدم دخوله فی ذلک من ناحیه شبهه خارجیه. کما إذا ترددت الید الموضوعه علی مال الناس بین کونها ید ضمان و کونها ید أمانه. و کالماء المردد بین کونه معتصما، و کونه غیر معتصم و کالعام المردد بین دخوله تحت الخاص و دخوله تحت العام، فإن أشباه هذه الأمثله من صغریات التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه. و أما إذا شک فی صدق عنوان العام علی فرد فهو لیس من موارد التمسک بالعام قطعا. و المقام من هذا القبیل.

و السر فی ذلک: أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد

القضيه المتيقنه مع القضيه المشكوكه لكى يكون رفع اليد عن اليقين السابق من نقض اليقين بالشك. و من الظاهر أن هذا المعنى لم يحرز فى المقام، إذ بناء على المناقشه الأولى التى وجهوها على الاستصحاب الكلى كانت القضيه المتيقنه غير القضيه المشكوكه. فإذا احتمل كون الاستصحاب من الاستصحاب الكلى لم يمكن التمسك بأدله الاستصحاب، لعدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك.

ثم إنه ذكر السيد فى حاشيته: (أن التحقيق إمكان استصحاب الفرد الواقعى المردد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۳

بين الفردين، فلا حاجه إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا).

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مردد فى الواقع حتى فى علم اللّه (تعالى) فهو بديهى البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد فى أى وعاء من الأوعيه. و إن كان المراد منه الموجود المعين على ترده: بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجى مع قطع النظر عن الخصوصيات المفرده فهو عين الكلى، لا شى ء آخر وراءه.

قوله: (و كذا لو شك فى أن الواقع فى الخارج هو العقد اللازم، أو الجائز، كالصلح من دون عوض و الهبه. نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجمله).

أقول حاصل كلامه: أنه كما تجرى أصاله اللزوم فى أى عقد شك فى لزومه و عدمه. كذلك تجرى فى أى عقد وقع فى الخارج، و شك فى أنه من القسم الجائز أو اللازم، لأنه حينئذ يشك فى أن العقد الموجود فى الخارج هل يرتفع بالفسخ، أم لا يرتفع بذلك فيستصحب بقاؤه. و تثبت به نتيجه اللزوم. و عليه فتأثير الفسخ فى العقد يتوقف على إحراز أنه عقد جائز، و إلا فلا يؤثر فيه الفسخ. و

هذا واضح لا شک فیه.

و مثال ذلک: أنه إذا وقع عقد فی الخارج، و دار أمره بین الصلح بلا- عوض لکی یکون لازما، و بین الهبه غیر المعوضه لکی یکون جائزا، إذا کان کذلک فان کان النزاع هنا فی لزوم العقد و جوازه من غیر نظر إلی عنوانی الصلح و الهبه بأن یدعی أحد المتعاقدین لزوم العقد، و یدعی صاحبه جوازه- فیجب تقدیم دعوی مدعی اللزوم، لأن دعواه موافقه للأصل فیکون منکرا. و إن کان النزاع فی أن الواقع فی الخارج هل هو الصلح بلا- عوض، أم هو الهبه غیر المعوضه فیحکم بالتحالف إذ لا- أصل لنا فی المقام حتی یعین أحد الأمرین. و الجواب عن ذلک:

أولا: أن هاتین الصورتین کلتیهما من صغریات المدعی و المنکر، لا التداعی ضروره أن مصب الدعوی فیهما لیس إلا اللزوم و الجواز، لا کل واحد من عنوانی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۴

الصلح و الهبه، لأن الغرض من دعوی الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثیر الفسخ فیه. کما أن الغرض من دعوی الهبه هو إثبات جواز العقد، و تأثیر الفسخ فیه. و إذن فمرجع النزاع فی المقام إلی اللزوم و الجواز. فیکون ذلک خارجا عن مورد التداعی.

و بتعبیر آخر: أن النظر فی باب المرافعات إنما هو إلی الغرض الأقصی، و إلی النتیجه المترتبه علی الدعوی. و علیه فان کان قول کل من المترافعین موافقا للأصل من ناحیه، و مخالفا له من ناحیه أخری فهو من موارد التداعی. و إن کان قول أحدهما موافقا للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعی و المنکر. و أما کیفیه ترتیب الدعوی من دون أن تکون هذه الکیفیه موردا للغرض فلا

يترتب عليها أثر مهم فی باب المرافعات. و إذن فلا ثمره لإثبات أن العقد الموجود فی الخارج صلح بلا عوض، أو هبه غير معوضه.

ثانيا: أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأی واحد من عنوانی الصلح و الهبه، و لكن لا نسلم انتهاء الأمر إلی التحالف، إذ يترتب الأثر علی الأصل الجاری فی ناحيه الهبه و هو عدم جواز الرجوع إلی العين الموهوبه، ضروره أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبه و من الظاهر أن أصاله عدم كون العقد- الواقع فی الخارج- هبه تنفی ذلك ابتداء، و تثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقه، بلا احتياج إلی الواسطه العقليه فی ترتب الأثر. و أما الأصل الجاری فی ناحيه الصلح فلا يترتب عليه جواز الرجوع إلا علی القول بالأصل المثبت، لأن جواز الرجوع إلی العين من اللوازم العقليه لعدم الصلح. و من البين أنه لا معارضه بين الأصلين الذين ترتب الأثر الشرعی علی أحدهما دون الآخر [۱].

---

[۱] قد ذكر المصنف فی خلال كلماته عند التكلم علی أصاله اللزوم ما هذا لفظه: «بل ربما يزاد استصحاب بقاء علقه المالك الأول». و لم يتعرض لجوابه.

نعم تعرض لهذا الاشكال، و جوابه فی أوائل مبحث الخيارات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۵

الاستدلال علی لزوم المعاطاه بدليل السلطنه

و مما استدل به المصنف علی لزوم المعاطاه:

۲- قوله (ص): إن الناس مسلطون علی أموالهم. البحار ج ۱ ص ۱۵۴

- و التحقيق: أنه إن كان المراد من العلقه المالكيه هو الملكيه فلا شبهه فی ارتفاعها بالبيع المعاطاتی. و ليست هنا ملكيه اخری لكی نستصحبها، و إلا لزم اجتماع المالكين فی ملك واحد.

و ان كان المراد منها هو جواز الرجوع الی العين، و استرجاعها من الآخذ بالمعاطاه فلا ريب فی أن ذلك

لم يكن موجودا سابقا، و أنه مشكوك الحدوث فعلا، فالأصل يقتضى عدمه، دون بقائه و ان كان المراد منها أن الملكيه الثابته للمالك لها مراتب شتى التى لم يعلم زوال جميعها بالبيع المعاطاتى، بل من المحتمل القريب أن الملكيه إذا زالت بحدها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه. كما أن الألوان تزول مرتبتها القويه و تبقى مرتبتها الضعيفه. ان كان المراد من بقاء علقه المالك هو ذلك فيرد عليه:

أولا: أن الملكيه من أيه مقوله كانت- جده أو اضافه- ليست قابله للشده و الضعف حتى تعتبر بحدها الضعيف تاره. و بحدها القوى تاره أخرى، بل هى أمر بسيط، فإذا زالت زالت بأصلها.

ثانيا: أنا لو سلمنا كون الملكيه الحقيقيه ذات مراتب لكنا لا نسلم جريان ذلك فى الملكيه الاعتباريه، بداهه أن اعتبار أيه مرتبه منها مغاير لاعتبار مرتبتها الأخرى. و عليه فإذا زال اعتبار المرتبه القويه لم يبق بعده اعتبار آخر.

و ان كان المراد من بقاء علقه المالك هو بقاء سلطنته و قدرته على التصرف فى العين و عدم جواز مزاحمته فى تصرفاته فى ذلك إذ الملكيه و السلطنه أمران متغايران. و لذا ينفك أحدهما عن الآخر كما سيأتى، فيتوجه عليه أن السلطنه و ان-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۶

و بيان الاستدلال بذلك على لزوم المعاطاه: أنك قد عرفت فيما تقدم أن المعاطاه تفيد الملكيه. و من الظاهر أن الملكيه لا تنفك عن السلطنه الفعليه على التصرف فى المملوك بأنحاء التصرفات إلا مع قيام الدليل الخارجى على الانفكاك- كما فى موارد الحجر و عليه فسلطنه كل مالك تقتضى بقاء ماله فى ملكه، و لا يجوز لغيره أن يزاحمه فى تصرفاته، و يخرجه عن ملكه، فان ذلك مناف

لسلطنه المالک الفعليه.

و من هنا ينـدفع ما توهم من أن غايه ما يسـتفاد من الحـديث أن المالک له السـلطنه على ماله فعلا. و هذا لا ينافى زوالها برجوع المالک الأصلى إلى ما أعطاه لصاحبه

- كانت مغايره للملكيه، و لكن التغاير بينهما من قبيل تغاير الحكم و موضوعه لأن الملكيه موضوع للسلطنه، و اذن فتدور السلطنه مـدار موضوعها. نعم قـد ينفك أحـدهما عن الآخر لدليل خاص و لذا أن المحجور مالک، و لكنه ممنوع عن التصـرف فى ماله لسـفه أو جنون أو صغر أو فلس. و أيضا أن الحاكم و الولى و الوصى لهم السلطنه على أشخاص خاصه. و لكنهم ليسوا بمالكين، قيل:

ان المتيقن فى المقام انما هو سقوط الملكيه، و أما السلطنه الثابته للمالک فزوالها مشكوک فيه فنستصحبها. و الجواب عن ذلک:

أن قوام الاستصـحاب انمـا هو باتحـاد القضـيه المتيقنه، و القضـيه المشـكوكه، و من الواضـح أنه لاـ اتحـاد بينهما فى المقام، لأن القضـيه المتيقنه انما هى السلطنه المترتبه على الملک ترتب الحكم على موضوعه، كما عرفته قريبا. و القضيه المشكوكه انما هى السلطنه العاريه عن الملک، إذ المفروض زوال الملكيه بالمعامله المعاطاتيه.

و أضف الى ذلک: أن استصـحاب السـلطنه يقتضـى ثبوتها للمالک الأول: بأن يكون له التصرف فى العين. و لا ريب فى أن هذا لا يفيدنا شيئا، لأن غرضنا إثبات العلقه للمالک الأول بحيث تسلب بها مالكيه المتعاطى. و لا شک فى أنه لم يكن للمالک الأول هذه السلطنه من أول الأمر. و اذن فلا يكون استصحاب السلطنه حاكما على أصاله اللزوم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۷

بالبيع المعاطاتى. نعم يمكن إثبات الملكيه للمالک الثانى بعد رجوع المالک الأول إلى العين بالاستصحاب إلا أنه

رجوع عن التمسک بدلیل السلطنه إلی التمسک بالأصل الذی تقدم البحث عنه تفصیلا.

و وجه الاندفاع أن الحکم بعدم جواز انتزاع ملک المالک الثانی إنما هو بهذه السلطنه الفعلیه. و لا شبهه فی أنها مانعه عن تأثیر رجوع المالک الأول فی إزاله ملکیته.

و علی هذا فلا نحتاج إلی الاستصحاب لکی یکون ذلک رجوعا عن التمسک بدلیل السلطنه إلی التمسک بالاستصحاب.

و یتوجه علی هذا الاستدلال أولا: أن النبوی المذکور ضعیف السند و غیر منجبر بشی ء، و لا أنه مذکور فی کتب الشیعه إلا مرسلا. و من البین أنا لا نعتمد علی المراسیل فی شی ء من الأحکام الشرعیه.

ثانیا: أن المقصود من النبوی المذکور بیان استقلال المالک فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعه، و عدم کونه محجورا عن التصرف فی تلک الجهات. و لیس لغیره أن یزاحمه فی ذلک.

و علیه فلا دلاله فی الحدیث علی استقلال الملاک فی التصرف فی أموالهم من جمیع الجهات. و بأی تصرف من أنحاء التصرفات. و أیضا لا دلاله فیه علی استمرار السلطنه الفعلیه للمالک و بقائه حتی بعد رجوع المالک الأول فی مورد المعاطاه. و قد تقدم تفصیل ذلک عند الاستدلال علی إفاده المعاطاه الملکیه.

الاستدلال علی لزوم المعاطاه بحرمه التصرف فی مال غیره

و مما استدل به المصنف علی لزوم المعاطاه:

۳- قوله (ع) لا یحل مال امرئ إلا عن طیب نفسه [۱]. و وجه

---

[۱] فی الاحتجاج ص ۲۶۷ عن أبی الحسین محمد بن جعفر الأسدی عن أبی جعفر محمد بن عثمان العمری (ره) عن صاحب الزمان عجل اللّه فرجه قال: «فلا یحل-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۸

الاستدلال به علی ذلک: أن سبب حلیه التصرف فی أموال الناس إنما هو منحصر برضی المالک فلا یحل شی ء من التصرفات المالکیه

فيها إلا باذنه و رضاه. قيل:

إن المستفاد من الروايه إنما هو حرمه التصرف فى أموال الناس بدون رضاهم.

و لا ريب فى أنه بعد رجوع المالك الأول إلى ما أعطاه لصاحبه بالمعاطاه لم يبق موضوع لحرمه التصرف فى مال غيره. و الجواب عنه:

أن تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك أيضا. و من الواضح أنه لا معنى

- لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه».

و فى الوسائل ج ۱ باب ۳ من أبواب مكان المصلى: عن سماعه عن أبى عبد اللّه (ع) فى حديث: أن رسول اللّه (ص) قال: من كانت عنده أمانه فليؤدها الى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيبه نفس منه، موثقه بزرعه و سماعه الواقفين.

و عن تحف العقول عن رسول اللّه (ص): أنه قال فى خطبه حجه الوداع:

أيها الناس إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَهٌ. و لا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه. مرسله.

و فى المستدرك ج ۱ ص ۲۲۲: عن عوالى اللئالى عن رسول اللّه (ص) قال:

المسلم أخو المسلم. لا يحل ماله إلا عن طيب نفسه مرسله. و عنه (ص) قال: لا يحلبن أحدكم ماشيه أخيه إلا بإذنه. مرسله.

و فى فروع الكافى ج ۱ ص ۴۲۶ عن محمد بن زيد الطبرى قال: كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبى الحسن الرضا (ع) يسأله الاذن فى الخمس فكتب إليه بسم اللّه الرحمن الرحيم. لا يحل مال إلا من وجه أحله اللّه. مرسله. أقول هذه هى الروايات التى تدل على حرمه التصرف فى مال غيره بدون اذنه و أما ما نقله المصنف فى المتن من انه «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب

نفسه» فلم نجده على هذه الكيفيه فى كتب الحديث و يحتمل قريبا وقوع السقط فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۳۹

لحرمه التملك إلا فساده و عدم تأثيره فى الملكيه. و عليه فمفاد الروايه أنه لا يحل التصرف فى مال أحد و لا تملكه بأى سبب من الأسباب إلا بطيب نفسه.

و لكن يتوجه على الاستدلال المزبور: أن الحل فى اللغه هو الإطلاق و الإرسال.

و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و قد تقدم فى البحث عن إفاده المعاطاه الملكيه أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كلتيهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحل فى خصوص الحليه الوضعيه أو التكليفيه. كذلك يصح استعماله فيهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف القرائن و الموارد. مثلا: إذا أسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتباريه- كالبيع و نحوه- أريد منه الحل الوضعى و التكليفى معا. و إذا أسند ذلك إلى الأعيان الخارجيه أريد منه الحل التكليفى فقط: أعنى به الترخيص فى الفعل. كقوله (تعالى) (وَ يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّباتِ) «۱» و هكذا الحال فى لفظ التحريم. و عليه فلفظ الحل فى الروايه الشريفه إنما نسب الى المال. و هو إما من الأعيان الخارجيه، أو من المنافع. و على كلا التقديرين فلا معنى لحليه ذلك إلا باعتبار ما يناسبه- كالتصرف- و إذن فيراد من حليه المال حليه التصرف فيه. كما أن المراد من حليه المأكولات حليه استعمالها و هكذا فى كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع. و على هذا فمعنى الروايه: أن الشارع المقدس لم يرخص فى التصرف فى مال امرئ إلا بطيب نفسه. و إذن فهى أجنبيه عما نحن فيه.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بآيه التجاره عن تراض

و مما استدل

به المصنف (ره) على لزوم المعاطاه:

۴- قوله (تعالى) «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ» «۲» و ملخص كلامه: أن الاستدلال بهذه الآيه على لزوم البيع المعاطاتى- بل على لزوم مطلق التجاره عن تراض- تاره بعقد

---

(۱) سوره الأعراف. الآيه: ۱۵۷.

(۲) سوره النساء. الآيه: ۳۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۰

المستثنى: و هو قوله (تعالى) إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ. و اخرى بعقد المستثنى منه: و هو قوله (تعالى) لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ أما العقد الأول فمفاده: أنه لا يجوز لأحد أن يتملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطله التى لم يمضها الشارع- كالقمار و الغزو و البيع الربوى و بيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و أشباه ذلك- إلا أن يكون هذا السبب تجاره عن تراض. و على هذا فالأكل فى الآيه الشريفه كنايه عن التملك و التصرف. كما هو المتعارف فى كلمات الفصحاء، بل فى كل لغه. و إذن فتدل الآيه على أن حليه تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحه منحصره فى التجاره عن تراض، فأن غيرها من أسباب المعاملات التى منها التملك بالفسخ فاسده. و لا يفرق فى انفهام الحصر من الآيه الشريفه بين كون الاستثناء متصلا- كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربيه- و بين كونه منقطعا. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال بالآيه على كون المعاطاه مفيده للملك.

و أما العقد الثانى فمفاده: أن تملك أموال الناس بغير رضى منهم تملك بالباطل عرفا و شرعا. إلا أن يأذن به الشارع الذى هو المالك الحقيقى، و عليه فيكون تملك المال بالفسخ أكلا له بالباطل، إلا أن يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعى:

بأن يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ و نحوه من دون رضى المالك. و حينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجا عن الأكل بالباطل. و على هذا فشأن التملك بالفسخ الثابت شرعا شأن أكل الماره من ثمره الشجره الممرور بها، و الأخذ بالشفعه، و غيرهما من الموارد التى قد أذن الشارع فى التصرف فى أموال الناس بدون إذنهم.

و من هنا أتضح لك جليا أن التوهم المتقدم فى التكلم على الروايتين- و هما دليل السلطنه. و دليل حرمه التصرف فى أموال الناس غير جار فى المقام لكى نحتاج الى جوابه، لأن المستفاد من الآيه- كما عرفته- إنما هو حصر تملك أموال الناس- على الوجه الشرعى- فى التجاره عن تراض. و أن غير ذلك يعد من الأسباب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۱

الباطله. و إذن فلا يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطاه مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول إليه أول الكلام. و هذا واضح لا خفاء فيه.

و فى بعض نسخ المتن هكذا: (أن التوهم المتقدم جار هنا) و لكنه سهو من قلم النساخ بديهه أن صريح كلام المصنف على خلافه و يمكن أن يكون الغرض من هذه العباره: أن التوهم المتقدم جار هنا مع جوابه و لكنه خلاف الظاهر منها.

و يرد عليه: أن هذا الاستدلال مبنى على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفى لكى يكون ذلك أمرا معلوما فى نظر أهل العرف و متميزا عن السبب الصحيح.

و أما لو أريد منه الباطل الواقعى- كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعه للمفاهيم الواقعيه- أو احتملت إراده ذلك من كلمه الباطل فى الآيه فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأنا نحتمل احتمالا عقلائيا أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحه

للأكل لا من الأباطيل الواقعيه. و عليه فيكون التمسك بالآيه فى المقام من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه. و هذا ظاهر.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالشرط

و مما استدل به المصنف رضوان اللّه عليه على لزوم المعاطاه:

۵- قوله (ص): المؤمنون عند شروطهم [۱] و حاصل كلامه هنا: أن

---

[۱] عن منصور بزرج عن عبد صالح «ع» قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأه إلى أن قال «ع»: قل له فليف للمرأه بشرطها، فان رسول اللّه «ص» قال: المؤمنون عند شروطهم. موثقه بابن فضال. التهذيب ج ۲ ص ۲۱۹. الاستبصار ج ۳ ص ۲۳۲. الوافى ج ۱۲ ص ۸۰.

و قد ذكر فى جمله من الروايات: المسلمون عند شروطهم. و فى بعضها فان المسلمون عند شروطهم. الوافى ج ۱۰ ص ۶۸. و ج ۱۲ ص ۸۰. و الوسائل ج ۲ باب ۶ من أبواب أحكام العقود.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۲

الشرط فى اللغه عباره عن مطلق الالتزام. فيشمل الالتزامات المعامليه. سواء أ كانت مبرزه بمظهر قولى، أم كانت مبرزه بمظهر فعلى. و عليه فمعنى الروايه: هو أن المؤمن ملزم بشرطه، و أن شرطه لا يزول بالفسخ. و الجواب عن هذا الاستدلال:

أولا: أن الشرط فى اللغه بمعنى الربط بين شيئين. و قد أشير إليه فيما حكى عن القاموس من أن الشرط هو الالتزام فى بيع و نحوه. و فى أقرب الموارد: شرط عليه فى البيع و نحوه شرطا: ألزمه شيئا فيه. و إذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول الروايه للشروط الابتدائيه. و لكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما

هو الالـتزام التكليفى: أى يجب على كـل مؤمن الوفـاء بشـرطه، لأـنه من علاـئم الايمـان. و على هـذا فشأن الروايه شأن قولنا: إن المؤمن عند عدته.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالعقد

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

۶- قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱».

لا ريب فى دلاله هذه الآيه الكريمه على لزوم البيع المعاطاتى، بل على لزوم كل عقد، لأن معنى الوفاء هو التمام. و من هنا يقال: الدرهم الوافى: أى الدرهم التام.

و معنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغه أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغه أيضا.

و المراد من الأمر بالوفاء بالعقـد هو الإرشاد إلى لزومه، و عـدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفيا لكان فسخ العقد حراما و هو واضـح البطلاـن. و عليه فمفـاد الآـيه: أنه يجب الوفاء بكل ما صـدق عليه عنوان العقـد عرفا. و من الواضـح جـدا أن المعاطاه عقد عرفى كسائر العقود، فتكون مشموله لعموم الآيه.

---

(۱) سوره المائده الآيه: ۱.

الاستدلال على لزوم المعاطاه بأدله خيار المجلس

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

۷- الأخبار «۱» الـداله على لزوم البيع و وجوبه بعـد تفرق المتبايعين. و قد عرفت أن المعاطاه بيع بالحمل الشائع، فتكون مشـموله لعموم تلك الروايات. قيل:

إن هـذه الروايـات و إن دلت على لزوم البيع بعـد تفرق المتبـايعين عن مجلس العقـد. إلاـ أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من نـاحيه خيـار المجلس فقط، لا من جميع النواحى، و على وجه الإطلاق. و إذن فتبعـد تلك الروايات عما نحن فيه. و الجواب عن ذلك:

أن هـذا الاحتمـال و إن كـان ممكنـا فى مقام الثبوت، و لكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبوره فى مقام الإثبات، فإن إطلاقها يقتضى اللزوم- على وجه الإطلاق- بعد التفرق. فلا موجب لصرفها الى اللزوم من ناحيه خيار المجلس. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

تتمه البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاه

ربما يتوهم: أن الظاهر- فيما نحن فيه- قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه. بل ادعاه صريحا بعض الأساطين فى شرحه على القواعد. و تعاضده الشهره المحققه بين الأصحاب. بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخرى المتأخرين.

نعم نسب هذا الرأى إلى المفيد (ره) إلا أن العباره المحكيه عنه لا تدل على ذلك.

بل ادعى فى الغنيه الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعا. و لا شبهه فى أن هذه الدعوى صريحه فى عدم لزوم المعاطاه.

---

(۱) راجع الوافى ج ۱۰ ص ۶۸.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۴

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا يرجع شى ء من الأمور المذكوره إلى معنى محصل:

أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزما، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام (ع) و من الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين. أو قاعده اللطف التى

أسسها الشيخ الطوسى (ره)، أو الحدس القطعى.

أما الأول فهو بديهى الفساد، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين القائلين:

بأن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه. و أما الثانى فلأن قاعده اللطف غير تامه، كما حقق ذلك فى محله. و أما الثالث فلأن من المحتمل القريب، بل و من المظنون قويا أن كثيرا من القائلين بكون المعاطاه مفيده للملكيه الجائزه إنما استندوا فى رأيهم هذا الى وجوه أخر. و إذن فليس لنا فى المقام إجماع محصل تعبدى.

و أما الإجماع المنقول فلا دليل على حجيته و قد ذكرنا ذلك فى علم الأصول.

و يضاف إليه: أنه لا أساس لنقل الإجماع إلا حصوله فى زمان، فإذا اضمحل الإجماع المحصل- لما ذكرناه قريبا- اضمحل الإجماع المنقول أيضا.

و أما ما ذكره فى الغنيه من قيام الإجماع على أن المعاطاه ليست ببيع فهو واضح البطلان، لأن المعاطاه بيع بالحمل الشائع. و مفهوم البيع من المفاهيم العرفيه. و من البديهى أنه لا معنى لقيام الإجماع التعبدى على المفاهيم العرفيه إثباتا أو نفيا إلا أن يكون مراده من ذلك نفى الصحه أو اللزوم، و عليه فيجاب عنه بأن الإجماع المنقول لا دليل على حجيته.

و أما الشهره فقد ذكرنا فى علم الأصول أنه لم يقم دليل على حجيتها لأنها لا تفيد إلا الظن. و الظن لا يغنى من الحق شيئا. و مع الإغضاء عن ذلك: أن الشهره قد قامت على أن المعاطاه تفيد الإباحه، و لم تقم على أنها تفيد الملكيه الجائزه، ضروره أن القول بالملكيه لم يكن مغروسا بين قدماء الأصحاب. و إنما ذهب اليه المحقق الكركى، و شيد أساسه، ثم تبعه جمع من متأخرى المتأخرين حتى اشتهر بينهم. و إذن فتبعد الشهره عن

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

دعوی الملکیه، فضلا عن کونها مؤیده لحصولها إلا أن یکون غرض المدعی- من الشهره هو الشهره بین متأخری المتأخرین. و لکن هذه الشهره معارضه مع الشهره بین القدماء القائمه علی أن المعاطاه تفید الإباحه.

و علی الجمله: إنا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء علی عدم لزوم المعاطاه لم یکشف ذلک عن الدلیل المعتبر، بدیهه أن قیام الإجماع علی نفی اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع. کما نبه علیه المصنف إذ القول باللزوم فرع الملکیه و من الظاهر انه لم یقل بها الا المحقق الثانی و جمع ممن تأخر عنه. و أما قدماء الأصحاب فذهبوا الی أن المعاطاه تفید الإباحه.

قوله: (بل یمکن دعوی السیره علی عدم الاکتفاء فی البیوع الخطیره التی یراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضی)

أقول: حاصل کلامه: أن السیره قائمه علی عدم الاکتفاء بالتعاطی فی الأشیاء الخطیره و الأمتعه المهمه. بل الناس ینشؤون فیها البیع بالألفاظ المتداوله بینهم. نعم یکتفون بالتعاطی فی الأشیاء الزهیده. و الأمتعه المحقره و لا یلتزمون فیها بعدم جواز الرجوع.

و یرد علیه: ان السیره المزبوره لا تصلح لتقیید الأدله المتقدمه الداله علی لزوم المعاطاه، بدیهه أن عدم اکتفاء الناس بالتعاطی فی المعاملات المهمه لیس من ناحیه السیره بل إنما هو من جهه تقلیدهم لعلمائهم القائلین بکون المعاطاه مفیده للإباحه.

و أضف الی ذلک: ان الالتزام بهذه السیره یقتضی الفرق بین المعاطاه فی الأشیاء الخطیره. و بین المعاطاه فی الأشیاء الحقیره و من الواضح انه لم یلتزم به المشهور من الأصحاب و ان ذهب الیه بعض العامه [۱] و لکنه مخالف لإطلاق الأدله الداله

---

[۱] عن الشافعیه أنه لا ینعقد البیع بالمعاطاه. نعم مال صاحب الإحیاء إلی جواز البیع بها فی

الأشياء اليسيره لأن الإيجاب و القبول يشق فى مثلها عاده. الفقه على المذاهب الأربعه. ج ۲ ص ۱۵۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۶

على لزوم المعاطاه

نظره فى الاخبار المذكوره حول المعاطاه

قوله: (و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار).

أقول: قد ذكر السيد فى شرح هذه العباره ما هذا نصه: (يعنى يظهر اشتراط اللزوم بكون إنشاء المعامله باللفظ فى الجمله. و لعل نظره فى ذلك الى ما أشرنا إليه سابقا (أى عند الاستدلال على صحه المعاطاه) من الخبر الوارد فى بيع المصحف و الوارد فى بيع أطنان القصب. و يمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الاخبار التى ادعى إشعارها أو ظهورها).

و التحقيق: انه ان كان نظر المصنف- من العباره المتقدمه- الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجها صحيحا، بديهه أنه لا دلاله فى الخبر الوارد فى بيع المصحف، و لا فى الخبر الوارد فى بيع أطنان القصب، و لا فى الروايات الآتيه- الوارده فى أن المحلل و المحرم هو الكلام- لا دلاله فى شى ء من هذه الروايات [۱] على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع، فإنها غير ناظره إلى كيفيه إنشاء البيع. و ان كان نظره الى غيرها من الروايات فلم نجدها فى أصول الحديث و لا فى كتب الاستدلاليه.

و أضف الى ذلك: انه لو كانت هنا روايه تدل على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لتمسك بها المصنف بها فى المقام. و لم يحتج الى التمسك بالسيره. بل لم يبق مجال

لقوله (بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين أهل السوق و التجار)

ضروره أنه بعد وجود الروايه المعتبره الداله على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع لا تصل النبوه إلى الأمور

الاستحسانيه.

و لكن نحتمل قويا أن تكون كلمه ذلك فى قوله: (و قد يظهر ذلك من غير

«۱» سيأتى قريبا التعرض لجميع هذه الروايات فى الحاشيه.

واحد من الاخبار) إشاره الى ما ذكره قبل هذه العباره من جعل اللفظ من جمله القرائن على قصد التمليك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الروايات العديده [۱] بل يظهر من جمله منها [۲] ان إنشاء البيع باللفظ كان متعارفا بين التجار و أهل السوق.

و على هذا فلا وهن فى كلام المصنف (ره).

قوله: (بقى الكلام فى الخبر [۳] الذى تمسك به فى باب المعاطاه).

أقول: قد استدل بهذا الخبر تاره على ان المعاطاه لا تفيد اباحه التصرف. و تاره أخرى على انها ليست بلازمه جمعا بينه، و بين ما دل على صحه مطلق البيع، كما صنعه فى الرياض.

ثم انه قد احتمل المصنف فى قوله «ع» انما يحلل الكلام، و يحرم الكلام.

وجوها أربعه:

۱- أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بأن يختص التحليل و التحريم بالنطق.

---

[۱] هى الروايات الداله على كون المشترى مختارا فى إيجاب البيع و عدمه بعد المقاوله على المبيع الشخصى غير الموجود عند البائع. الوافى ج ۱ باب ۱۰۹ ص ۹۴

[۲] هى الروايات المشعره باعتبار اللفظ فى إنشاء العقود و سنتعرض لها قريبا فى الحاشيه.

[۳] المروى عن خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع) الرجل يجيئنى فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أ ليس ان شاء أخذ، و ان شاء ترك؟ قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و فى نسخه الكافى المطبوعه قد ذكر ابن نجيح بدل

ابن الحجاج. و على كلا التقديرين فالروايه مجهوله، لأنهما مجهولان. فروع الكافى ج ۱ ص ۳۸۶، و الوافى ج ۱۰ ص ۹۵.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۸

۲- ان يراد به اللفظ مع مضمونه. و يكون الغرض ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعى يختلف باختلاف المضامين المؤداه بالكلام.

۳- أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون الاختلاف فى التحريم و التحليل باعتبار الوجود و العدم و قد بنى المحدث القاسانى على هذا المعنى فى الوافى و قال: (الكلام هو إيجاب البيع و انما يحلل نفيا. و انما يحرم إثباتا.)

۴- أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و من الكلام المحرم إيجاب البيع لانه بيع قبل الشراء. و هو ليس بجائز.

و لا يخفى عليك ان أساس الاستدلال بالخبر المذكور على عدم لزوم المعاطاه أو على عدم إفادتها الملكيه، أو على عدم إفادتها إباحه التصرف مبنى على الوجه الأول.

و بيان ذلك: انه يستفاد من ذلك الخبر ان المحلل و المحرم- فى الشريعه المقدسه- انما هو منحصر فى الألفاظ المبرزه للمقاصد. و انه لا يقع التحليل و التحريم بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز، و لا بالقصد المبرز بغير الألفاظ. و على هذا فلا وجه لما التزم به صاحب الرياض من الاستدلال بالخبر المزبور على عدم لزوم المعاطاه جمعا بينه و بين ما دل على صحه مطلق البيع.

و يرد عليه أولا: أن حصر المحلل و المحرم فى الكلام يستلزم التخصيص بالأكثر لكثره المحلل و المحرم- فى الشريعه المقدسه- من غير الألفاظ ضروره ان تنجس المأكولات و المشروبات محرم. و تطهيرها محلل و التذكيه محلله، و عدمها محرم و غليان العصير العنبى محرم و ذهاب ثلثيه محلل.

و صیروره العصیر خمرا محرم و تخلیلها محلل.

و الجلل محرم لما یؤکل لحمه. و استبراؤه محلل. و خلط المال الحرام بالمال الحلال محرم.

و تخمیسه محلل. و أیضا وطی الحیوان الذی یؤکل لحمه محرم. و الدخول بالمرأه محرم لتزویج بنتها و الإیقاب فی الغلام محرم لتزویج أمه و بنته و أخته.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۴۹

و أیضا قد جوز الشارع المقدس التصرف فی أموال الناس فی موارد شتی من دون أن یکون فیها محلل کلامی. و ذلک کالتصرف فی الأراضی الواسعه و الأنهار الکبار و کأکل الماره من ثمره الشجره الممرور بها بل ورد فی القرآن الکریم جواز الأکل من بیوت الأصدقاء و الأحباء و إن لم یدل علیه أذن لفظی «۱».

و أیضا قد اتفق المسلمون من الشیعه و أهل السنه علی انثلام ذلک الحصر فی فی باب العقود أیضا، فإنهم قد التزموا بجواز التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه. سواء أ کانت المعاطاه مفیده للملک، أم کانت مفیده للإباحه. و لم ینسب الی احد فساد ذلک إلا إلی العلامه فی بعض کتبه، و قد ثبت رجوعه عن هذا الرأی فی بعض کتبه الأخری و دعوی انصراف الخبر عن الأمور المذکوره لکیلا تلزم کثره التخصیص دعوی جزافیه.

ثانیا: أن الروایه لا تنطبق علی هذا الوجه، إذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الإمام (ع) عن الرجل یقاوله، و یقول له: اشتر هذا الثوب أربحک کذا و کذا.

و أجاب الإمام (ع) عن هذا السؤال: بأنه أ لیس إن شاء أخذ و إن شاء ترک قال السائل: بلی. قال الامام (ع): لا بأس به إنما یحلل الکلام، و یحرم الکلام. و علیه فهذه الروایه- سؤالا و جوابا- أجنبیه عن مورد

المعاطاه، و إنما هی تبین حکم البیع قبل الاشتراء.

و الذی نفهمه من الروایه- و لو بقرینه الروایات التی ذکر فیها قوله (ع):

إنما یحرم الکلام- و سیأتی قریبا التعرض لها فی الحاشیه- أن المضمون الواحد إذا أنشئ بکلام کان محللا. و إذا أنشئ بکلام آخر کان محرما. أو أن الکلام الواحد یکون محللا فی مورد و محرما فی مورد آخر. و ذلک لأن الکلام من قبیل الاعراض. و قد ثبت فی محله أن الزمان و المکان مفردان للأعراض. و هذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التکلم علی المعنی الثانی و الثالث.

---

(۱) سوره النور ۲۴. الآیه: ۶۰.

و توضیح ذلک: أنه ثبت فی الشریعه المقدسه أن إیجاب الطلاق ببعض الألفاظ الداله علی بینونه الزوج عن الزوج لا یکون محرما و لا- محللا- مثلا- إذا قال الرجل لزوجه: أنت بریه أو خلیه أو طلقتک لم یؤثر ذلک فی البینونه و لا یحل للمرأه التزویج بزوج آخر. و إذا قال الرجل لزوجه: أنت طالق. أو هی طالق، أو زوجتی طالق بانت عنه زوجته و یحل لها التزویج بزوج غیره. و إذن فالمضمون الواحد و هو بینونه الزوج عن الزوج إذا أبرز بکلام کان محرما و محللا و إذا أبرز بکلام آخر لم یکن محرما و لا محللا.

و هذه بین یدینا الأخبار الوارده فی المزارعه. [۱] فإنها تصرح بأن جعل أجره الزرع للبذر و البقر محرم. و عدمه محلل.

و یضاف إلی ذلک ما رواه البجلی قال: قلت لأبی عبد اللّه (ع): الرجل یجیئنی یطلب المتاع، فأقاوله علی الربح، ثم أشتریه فأبیعه منه؟ فقال: أ لیس إن شاء أخذ

---

[۱] عن سلیمان بن خالد قال: سألت

أبا عبـد اللّه (ع) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال لا ينبغى أن يسـمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام.

و عن عبد اللّه بن سنان أنه قال فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول:

ثلث للبقر و ثلث للأرض و ثلث للبذر. قال: لا تسم شـيئا من الحب و البقر، و لكن تقول: ازرع فيها كذا و كذا إن شـئت نصـفا و إن شئت ثلثا.

و عن الحلبى قال: سئل أبو عبد اللّه (ع) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا؟ قال: لا ينبغى أن يسمى شيئا فإنما يحرم الكلام.

و عن أبى الربيع الشـامى عن أبى عبـد اللّه «ع» مثله و زاد قبـل قوله: (فإنما يحرم الكلام) و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط. و لا يسمى بذرا و لا بقرا. الوافى ج ۱ ص ۱۳۶ و ۱۳۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۱

و إن شاء ترك؟ قلت بلى قال: لا بأس به فقلت: إن عنـدنا من يفسده قال: و لم قلت: باع ما ليس عنده. قال فما تقول فى السـلف قـد بـاع صاحبه ما ليس عنـده؟ فقلت بلى. قال: فإنما صـلح من قبل أنهم يسـمونه سـلما. إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه «۱» فان الظاهر من هذه الروايه و ما يساويها فى المضمون أن إيجاب البيع محلل فى محل، و محرم فى محل آخر.

قيل: إن هذه الروايه غريبه عن المعنى المذكور. و انما هى ظاهره فى صحه بيع ما ليس

عنده. كما يستوضح ذلك بملاحظه قول الامام (ع) (فما تقول فى السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده) و اذن فلا إشعار فيها باتصاف الكلام بصفه المحرميه تاره و بصفه المحلليه أخرى بل يكون محللا فقط. و الجواب عن ذلك:

أن بيع ما ليس عند البائع قد يكون شخصيا. و قد يكون كليا: أما الأول فلا شبهه فى بطلانه من ناحيه الجهاله، و للروايات الخاصه. و أما الثانى فلا شبهه فى صحته لأن الكلى أمر معلوم فلا جهاله فيه لكى توجب بطلان البيع. و من الواضح: أن السلف من القبيل الثانى. و عليه فغرض الامام (ع) من ذكر السلف- فى الروايه المزبوره- إنما هو بيان أن السلف و ان كان من بيع ما ليس عنده إلا أنه ليس من القسم الباطل، بل هو من القسم الصحيح. و قد أشار الإمام (ع) الى ذلك بقوله (إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه): أى تقدر على أدائه ثم لا يخفى عليك: أن المراد من الحليه و الحرمه إنما هو الوضعى دون التكليفى ضروره أن جعل الثلث للبذر و البقر ليس من المحرمات التكليفيه قطعا.

و قد يتوهم: أن المراد من الكلام هو الالتزام النفسى دون اللفظ الصادر من المنشئ لصحه إطلاق الكلام و القول على الالتزام النفسى. و منه قوله (تعالى) لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ و قوله: (تعالى) وَ حَقَّ عَلَيْهِمُ الْقَوْلُ بل كثر ذلك فى الاستعمالات

---

(١) الوافى ج ١٠ ص ٩۴.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٥٢

الصحيحه الفصيحه. و من ذلك ما يقال: أعطيته قولا: أى العهد و الالتزام، و أيضا يقال:

إن كلام الليل يمحوه النهار: أى الالتزامات النفسانيه.

و علیه فکون الکلام محرما و محللا- بلحاظ أن المثمن یکون حراما علی البائع و حلالا للمشتری. و أن الثمن یکون حراما علی المشتری و حلالا للبائع.

و لکن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الروایه أن المحرمیه و المحلیه من أوصاف الکلام اللفظی دون الالتزام النفسی. علی أن هذا المعنی لا- یجتمع مع الروایات الوارده فی المزارعه الظاهره فی أن الکلام المحرم غیر الکلام المحلل و قد تقدمت هذه الروایات قریبا فی الحاشیه.

و قد تجلی لک من جمیع ما ذکرناه فساد الوجه الرابع الذی ذکره المصنف: بأن یراد من الکلام المحلل خصوص المقاوله. و من الکلام المحرم خصوص إنشاء البیع.

و وجه الفساد: أن الکلام المحرم غیر مربوط بإنشاء البیع کما فی روایات المزارعه. علی أن لازمه أن یراد من الکلام فی الفقرتین الکلام المعهود لکی یکون کل من الکلام المحلل و الکلام المحرم ممتازا عن الآخر و من الواضح أنه لا قرینه علی هذه الدعوی لا فی هذه الروایه التی هی مورد بحثنا. و لا فی روایات المزارعه، و لا فی غیرهما من الروایات.

و أما الوجه الثالث الذی ذکره المصنف- بأن یکون الکلام الواحد باعتبار وجوده محرما و باعتبار عدمه محللا- فهو و ان کان یناسب ما نحن فیه و روایات المزارعه أیضا کما هو ظاهر. و لکن یرد علیه:

أولا: أن الظاهر من قوله (ع) إنما یحرم الکلام و یحلل الکلام ان المؤثر التام فی الحرمه و الحلیه إنما هو وجود الکلام. لا أن وجوده محرم و عدمه محلل. علی أن ذلک یستلزم التفکیک بین الفقرتین فهو أمر مستهجن فلا یصدر من المعصوم.

و أضف الی ذلک ما ذکره بعض مشایخنا المحققین و إلیک نصه: (أن

المحلل على عدم الكلام لا يخلو عن مسامحه إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ببقاء علته، لا بعدم عله ضده كما أن إطلاق المحرم على الإيجاب المتعلق بما ليس عنده: أى الإيجاب فى غير محله ففيه أيضا مسامحه، إذ عدم حليه المال بعدم حصول الإيجاب الصحيح، لا بحصول الإيجاب الفاسد).

ثم إنه قد استظهر المصنف من الروايه اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر.

و هذا لفظه:

(نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع: بأن يقال: إن حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام. إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام. إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام فى مورد الروايه هو عدم إمكان المعاطاه فى خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكه الأول فتأمل)

و الجواب عن ذلك:

أولا: أنه لو تم هذا كان لازمه أن لا تترتب الإباحه على المعاطاه. و من البين أن هذا خلف الفرض، لأن المفروض جواز التصرف فى مورد المعاطاه. و إنما البحث فى أنها تفيد الملك اللازم أولا.

ثانيا: أن الحصر فى الروايه غير ناظر إلى المعاطاه نفيا و إثباتا و إنما هو باعتبار مورد الروايه إذ فرض فيه صدور الكلام من المشترى، و قد ذكر الامام (ع) أنه ينقسم الى قسمين، و بين أن قسما منه محلل، كالمقاوله على متاع ليس عند البائع و قسم منه محرم كإيجاب البيع عليه. و إذن فالإنشاء الفعلى خارج عن حدود الروايه موضوعا و أما ما ذكره من

أن وجه انحصار إيجاب البيع فی الكلام إلخ فيتوجه عليه.

أولا- أنا لا نسلم عدم إمكان المعاطاه فی مورد الروايه. بديهه أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال. و لذا أشار اليه الرجل بكلمه (هذا) و قال لصاحبه: اشتر هذا الثوب أربحك كذا، و لا أقل من الاحتمال و معه لا يتم الاستدلال.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۴

ثانيا: أنا لو سلمنا غياب المتاع- فی مورد الروايه- عن المتعاملين. و لكنا لا نسلم اختصاص المعاطاه بالتعاطی من الطرفين. ضروره أن المعاطاه كما تتحقق بالتعاطی من الطرفين، كذلك تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سيأتی ذلك فی تنبيهات المعاطاه. و لعل المصنف قد أشار الی هذين الإشكالين أو إلی أحدهما بالأمر بالتأمل.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلاله فی روايه ابن نجيح علی اعتبار اللفظ فی صحه البيع أو لزومه لكی تدل علی فساد المعاطاه أو علی عدم لزومه.

علی أن هذه الروايه التی بين يدينا مجهوله فلا يمكن الاستدلال بها علی الحكم الشرعی [۱].

---

[۱] قد استدل علی اعتبار اللفظ فی صحه البيع بوجوه شتی غير روايه ابن نجيح ۱- ما عن أبی هريره أن رسول اللّه (ص) نهی عن بيعتين: الملامسه و المنابذه الحديث، سنن البيهقی ج ۵ ص ۳۴۱ و عنه أيضا أن رسول اللّه (ص) نهی عن بيع الغرر و عن بيع الحصاه. سنن البيهقی ج ۵ ص ۳۴۲. و وجه الاستدلال بذلك علی المقصود: أن النبی (ص) إنما نهی عن إنشاء البيع باللمس و النبذ و إلقاء الحصاه لانتفاء اللفظ فيها. و من الواضح أن المعاطاه فاقده له فتكون مشموله للنبويين المزبورين و لو بتنقيح المناط. و الجواب

عن ذلک:

أولا: أنهما ضعيفا السند، و غير منجبرين بشی ء.

ثانيا: أن النهی عن البيوع المذکوره من ناحيه الجهاله و الغرر فلا ربط له بالمعاطاه إذ المفروض أنها واجده لجميع الشرائط إلا اللفظ.

ثالثا: أن بطلان إنشاء البيع باللمس و النبذ و إلقاء الحصاه لا يستلزم بطلان إنشائه بغيرها من الأفعال لإمکان أن يکون النهی عن إنشاء البيع بها من ناحيه نکته خاصه لا نعلمها. و عليه فلا يمکن قياس المعاطاه بها. و اذن فتکون المعاطاه مشموله للعمومات الداله علی صحه المعاملات.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۵

تنبيهات المعاطاه

اعتبار شروط البيع فيها

اشاره

قوله: (و ينبغی التنبيه علی أمور).

أقول: لما فرغ المصنف من بيان صحه البيع المعاطاتی و لزومه نبه علی أمور يحسن بنا التعرض لها:

الأمر الأول: أنه هل يعتبر فی البيع المعاطاتی ما يعتبر فی البيع بالصيغه من الشروط؟

و تحقيق هذه المسأله يقع فی نواحی شتی:

اشاره

۲- قيام الإجماع علی اعتبار اللفظ فی صحه البيع و المعاطاه فاقده له، فتکون فاسده.

و يرد عليه: أن الإجماع المحصل غير حاصل، و الإجماع المنقول ليس بحجه.

و عليه فلا يمکن تخصيص العمومات الداله علی صحه العقود و لزومها بذلک.

۳- الأخبار الكثيره الظاهره فی اعتبار اللفظ فی صحه البیع. و بما أن المعاطاه خالیه عن اللفظ فتکون فاسده، و نقتطف من تلک الأخبار ما یلی:

عن عبد الرحمن بن سلیمان عن أبی عبد اللّه (ع) قال: سمعته یقول: إن المصاحف لن تشتری فإذا اشتریت فقل إنما أشتری منک الورق و ما فیه من الأدم و حلیته و ما فیه من عمل یدک بکذا و کذا. مجهوله بعبد الرحمن.

و عن سماعه عن أبی عبد اللّه (ع) قال: سألته عن بیع المصاحف و شرائها؟

قال: لا تشتر کتاب اللّه عز و جل، و لکن اشتر الحدید و الورق و الدفتین و قل: اشتریت منک هذا بکذا و کذا. ضعیفه بعثمان بن عیسی. الوافی ج ۱ ص ۳۷.

و عن العجلی عن أبی عبد اللّه (ع) فی رجل اشتری من رجل عشره آلاف طن فی أنبار بعضه علی بعض من أجمه واحده و الأنبار فیه ثلاثون طن فقال البائع قد بعتک من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشتری قد قبلت و اشتریت و رضیت إلخ صحیحه الوافی ج ۱۰ ص ۹۲. و التهذیب ج ۲ ص ۱۵۲.

و عن سماعه قال: سألته عن بیع الثمره

هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۶

الناحيه الأولى: أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تفيد إباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه عند ما فقدت شيئا من شروط البيع؟.

قد ذكر المصنف:

(أن المتعاطيين إذا قصدا مجرد الإباحه فلا إشكال فى عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا. و على هذا فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدله الداله على صحه هذه الإباحه العوضيه من خصوص أو عموم، و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعده هو نفى شرطيه غير ما ثبت شرطيته كما أنه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس).

- فقال لا إلا أن يشترى معها شيئا غيرها رطبه أو بقلا فيقول: أشترى منك هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا إلخ.

ضعيفه بعثمان بن عيسى. فروع الكافى ج ۱ ص ۳۷۸. و الوافى ج ۱۰ ص ۷۲.

و عن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) أنه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، و لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه. فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لى ما عندى قال: لا بأس بذلك إذا تراضيا، و طابت أنفسهما. حسنه بإبراهيم بن هاشم. فروع الكافى ج ۱ ص ۴۰۳. و الوافى ج ۱۰ ص ۱۲۱ و عن الحلبى عن أبى عبد اللّه (ع) أنه قال فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما. صحيحه فروع الكافى ج ۱ ص ۳۹۷. و التهذيب ج

۲ ص ۱۶۹ و الوافی ج ۱۰ ص ۱۱۹.

و عن یحیی بن الحجاج قال: سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل قال لی اشتر هذا الثوب أو هذه الدابه و بعنیها أربحک فیها کذا و کذا؟ قال لا بأس بذلک لیشتریها و لا یواجبه البیع قبل أن یستوجبها أو یشتریها. صحیحه.

و عن جراح المدائنی قال: قال أبو عبد اللّه (ع): إنی أکره بیع ده یازده و ده دوازده لکن أبیعک بکذا و کذا ضعیفه بجراح و قاسم بن سلیمان.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۷

لأن السیره دلیل لبی فلا بد من الاقتصار فیها بالمقدار المتیقن.

و یتوجه علیه: أن المقصود من دلیل السلطنه إنما هو بیان استقلال المالک فی التصرف فی أمواله فی الجهات المشروعه، و عدم کونه محجورا عن التصرف فیها فی تلک الجهات، و لیس لأحد أن یزاحم المالک فی ذلک. و علیه فدلیل السلطنه لا یتکفل بإثبات السلطنه للمالک علی أی تصرف، سواء ثبتت مشروعیته مع قطع النظر عن دلیل السلطنه أم لا.

و أضف إلی ذلک: أن دلیل السلطنه ضعیف السند، و غیر منجبر بشی ء فلا یمکن الاعتماد علیه فی إثبات الحکم الشرعی و قد تقدم ذلک عند الاستدلال به علی لزوم المعاطاه.

- و عن محمد قال: قال أبو عبد اللّه «ع» إنی أکره بیع عشره بأحد عشر و عشره باثنی عشر و نحو ذلک من البیع و لکن أبیعک بکذا و کذا مساومه إلخ ضعیفه بمعلی بن محمد.

و عن العلاء قال: قلت لأبی عبد اللّه «ع» الرجل یرید أن یبیع بیعا فیقول أبیعک بده دوازده فقال: لا بأس إنما هی هذه المراوضه فإذا جمع البیع جعله جمله واحده. صحیحه. الوافی ج ۱۰

ص ۹۳ و ۹۴.

و عن عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه «ع» قال: لا- بأس بأن تبیع الرجل المتاع لیس عندک تساومه ثم تشتری له نحو الذی طلب ثم توجبه علی نفسک ثم تبیعه منه بعد. صحیحه فروع الکافی ج ۱ ص ۳۸۶. و الوافی ج ۱۰ ص ۹۵ الی غیر ذلک من الروایات المذکوره فی الأبواب المتفرقه.

و لکن غایه ما یستفاد منها أن المعاملات المزبوره فی تلک الروایات إنما أنشئت باللفظ، و من البدیهی أنه لا إشعار فی ذلک علی اعتبار اللفظ فی صحه البیع أو لزومه فضلا عن الدلاله علیه. و هذا واضح لا خفاء فیه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۸

أما السیره فإن کان المراد بها السیره العقلائیه فلا شبهه فی قیامها علی إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه حتی التصرفات المتوقفه علی الملک. و لکن لا- یمکن الاعتماد علی هذه السیره مع قطع النظر عن کونها ممضاه للشارع. و إن کان المراد بها السیره المتشرعیه فلا- ریب فی قیامها علی إباحه التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه. و لکن لا یمکن الاعتماد علیها أیضا فیما إذا شک فی جواز أصل التصرف- کالتصرفات المتوقفه علی الملک من البیع و العتق و الوطی و نحوها- بل لا بد و أن یرجع هنا الی دلیل کل تصرف یشک فی جوازه و عدمه.

و مثال ذلک: أنه إذا شک أحد المتعاطیین فی جواز أکل المأخوذ بالمعاطاه- التی قصد بها الإباحه- رجع الی ما دل علی جواز أکله أو حرمته. و هکذا لو شک فی ناحیه أخری غیر جواز الأکل. و لا- یرجع فی شی ء من تلک الموارد إلی أدله حرمه التصرف فی مال غیره إذ المفروض أن

المالـک قـد أذن للآخـذ أن يتصـرف فی المـأخوذ بالمعاطـاه و معه لا يبقی مجال للرجوع الی تلک الأدله. و إن شـئت قلت: إن جواز التصـرف فی نفسه إنمـا ثبت بمـا دل عليه من أمـاره أو أصـل و من الظـاهر أن حرمه التصـرف فيه بما أنه مال غيره مرتفعه بإجـازه المالـک و اذنه علی الفرض. و إذن فالمقتضـی موجود و المـانع مفقود. و علی هـذا فلاـ يعتـبر فی المعاطـاه المقصود بها الإباحه أی شرط من شروط البيع. و حينئذ فلو أعطی أحد لغيره ألف دينار بإزاء دينار واحد لم يلزم منه الربا.

الناحيه الثانيه: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليک و التملک، و لم تحصل الملکيه فی الخارج،

و لكن حكم الشارع بجواز التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه فهل يعتبر فيها شروط البيع؟

قـد ذكر المصـنف: أن المعاطاه المقصود بها الملک بيع عرفی و ان ترتبت عليه الإباحه الشـرعيه. و حينئـذ فيعتبر فيها ما يعتبر فی البيع من الشروط كلها. نعم قد وقع فی بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا ان المراد من ذلک نفی اللزوم، لا نفی البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۵۹

حقيقه انتهی ملخص كلامه.

و تحقيق ما أفاده المصنف بوجهين:

۱- أنا ذكرنا مرارا عديده: أن المعاطاه المقصود بها الملک بيع عرفی فتكون مشموله للعمومات الداله علی صحه البيع و لزومه. و عليه فلاـ بـد من الاـلتزام بكونهـا مفيـده للملک من أول الأمر، نعم قام الإجماع التعبـدی علی أن الشارع المقـدس لم يمض البيع المعاطاتی علی النحو الذی قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطی الخارجی، بل أمضاه بعد تحقق شی ء ما من التصرف و غيره و عليه فالمعاطـاه بيع حقيقه، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فی البيع اللفظی من الشـروط غير الصـيغه، بـديهه أن الشارع و إن لم يمض الملكيه المنشئه

بالمعاطاه إلى زمان خاص و حكم بإباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فى هذا الزمان. إلا أن ذلك لا يخرج المعاطاه عن كونها بيعا عرفا و شرعا، كما أن حكمه بتوقف حصول الملكيه على القبض فى بيع الصرف و السلم لا يخرجهما عن حقيقه البيع.

٢- أن مقصود كل من المتعاطيين إنما هو تمليك ماله لصاحبه بإزاء ما يأخذه منه و ليس غرضهما من هذا التمليك بالعوض إلا إيجاد البيع، و حيث إنه فاقد للصيغه فيحكم بفساده، كسائر المعاملات الفاقده لشروطها. و لكن قام الإجماع على جواز التصرف للآخذ فيما أخذه بالمعاطاه، و لم يقم دليل على ذلك فى سائر المعاملات الفاسده. و بما أن الإجماع دليل لبى فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن و هو أن تكون المعاطاه واجده لجميع شرائط البيع- حتى الشروط التى وقع الخلاف فى اعتبارها فيه- إلا الصيغه.

و على الجمله: إن ما قصده المتعاطيان لم يقع فى الخارج. و قد قام الإجماع على جواز التصرف لكل منهما فيما أخذه من صاحبه. و أيضا قد اقتضت الضروره الشرعيه حرمه التصرف فى مال غيره بدون إذنه. فالجمع بين هذه الأمور يقتضى جواز التصرف فى المورد المتيقن، و هو البيع الجامع للشرائط.

و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا يفرق فيما ذكرناه بين أن يكون اعتبار الشرط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٠

فى البيع من ناحيه الدليل اللفظى، و بين أن يكون ذلك من ناحيه الإجماع، فإنه على كل تقدير لا يجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه إلا مع احتواء المعاطاه جميع شرائط البيع إلا الصيغه.

الناحيه الثالثه: أنا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الملكيه من أول الأمر فهل يعتبر فيها شروط البيع؟

الظاهر: انه لا شبهه حينئذ فى كون المعاطاه بيعا عرفا و شرعا.

و عليه فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى البيع من

الشروط. و يجرى عليها ما يجرى على البيع من الأحكام.

و قد يفصل فى المقام بين الشروط التى ثبت اعتبارها فى البيع بدليل لفظى، و بين الشروط التى ثبت اعتبارها فيه بدليل لبى، فان ما هو من القبيل الأول فيعتبر فى المعاطاه أيضا، و ما هو من القبيل الثانى فيختص بالبيع اللفظى. و هذا التفصيل ليس من ناحيه أن الإجماع دليل لبى فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن، بل من ناحيه ان الإجماع متصيد من فتاوى الأصحاب و من البين ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظى اللازم من غير جهه الخيار دون المعاطاه المترتب عليها الملكيه الجائره.

و لكن لا مجال لهذا التوهم بعد صدق البيع على المعاطاه، و كونها مشموله للعمومات الداله على صحه البيع، فإن المناقشه فى ذلك من قبيل المناقشه فى الأمور البديهيه.

قوله: (و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا)

أقول: ملخص كلامه:

أنه إذا حكمنا بكون المعاطاه بيعا عرفيا- و إن لم تفد الإباحه الشرعيه- حرم فيها الربا و كذلك إذا قلنا بأنها ليست بيعا، لأنها حينئذ معاوضه مستقله شرعيه- سواء أ كانت جائزه أم كانت لازمه- كما اعترف به الشهيد فى موضع من الحواشى. بل يمكن الحكم بحرمه الربا فى المعاطاه إذا قصد منها المتعاطيان الإباحه، لا الملك، فان ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۱

أيضا معاوضه عرفا فتأمل.

جريان الخيار فى المعاطاه

قوله: (و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم).

أقول: قبل التعرض لحكم المسأله لا بد و أن يعلم أنه وقع الاشتباه فى موضعين من عباره المصنف:

الأول: أنه حكم بعدم جريان الخيار فى المعاطاه قبل لزومها و علل ذلك بأن المعاطاه معامله جائزه عند الأصحاب، فلا معنى لجريان الخيار فيها. و جهه الاشتباه هى

أن الخيار لا ينافى جواز المعاطاه. و إنما ينافى الإباحه. و عليه فلا بد و أن تكون عباره المصنف هكذا

(لأنها إباحه عندهم)

و الشاهد على صدق مقالنا أمران الأول: أن المشهور بين القدماء هو أن المعاطاه تفيد الإباحه، لا الملك الجائز، الثانى: ما ذكره المصنف عقيب التعليل المذكور من أنه

(و إن قلنا بإفاده الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا).

و يضاف الى ذلك كله أنا وجدنا فى بعض النسخ الصحيحه لفظ (اباحه) بدل كلمه (جائزه).

الثانى: أن المصنف حكم بثبوت الخيار فى المعاطاه بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم و جهه الاشتباه هى أن المعاطاه المفيده للملك بيع من الأول. غايه الأمر أنها بيع جائز.

ثم إن تحقيق الكلام هنا يقع فى جهات شتى:

الجهه الاولى: أنه هل يثبت الخيار فى المعاطاه المقصود بها الإباحه؟.

الظاهر: أنه لا يثبت فيها الخيار لا فى مقام الثبوت، و لا فى مقام الإثبات:

أما الأول فلأن معنى الخيار إنما هو ملك فسخ العقد- كما يأتى فى مبحث الخيارات- و من الواضح أن المعاطاه المقصود بها الإباحه ليست من العقود لكى يثبت فيها الخيار، بل هى تفيد إباحه خالصه و يجوز لكل من المتعاطيين التصرف فيما أخذه من

صاحبه، و لا يكون هذا التصرف تصرفا محرما، إذ المفروض أن مالكه الأصلى قد أذن فى ذلك.

أما الثانى فلأنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار فى المعاطاه لم تكن مشموله لأدله الخيار إثباتا و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجهه كما أنه أغفل التعرض للمعاطاه التى ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر. و يجرى فيه الخيار المصطلح جزما. و لعل عدم تعرضه لهاتين

الجهتين لأجل الوضوح.

الجهه الثانيه: أن المعاطاه المقصود بها الملك التى تترتب عليها الملكيه الجائزه هل يثبت فيها الخيار مطلقا، أم لا يثبت فيها ذلك مطلقا، أم يفصل بين الخيارات الثابته بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها فى المعاطاه- كخيارى المجلس و الحيوان- لأن أدلتها مختصه بالمعامله التى تكون لازمه من غير ناحيه الخيار. و المفروض أن المعاطاه ليست كذلك. و بين الخيارات الثابته بدليل عام- كخيار الغبن و نحوه- لأن أدلتها غير مختصه بالمعاملات التى تكون لازمه من غير ناحيه الخيار.

فقد التزم المصنف بالوجه الأول فى مطلع كلامه، و أنه يحكم بثبوت الخيار فى المعاطاه و إن كان يظهر أثره بعد لزومها. و عليه فيصح إسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم.

و احتمل التفصيل المتقدم فى آخر كلامه. و ذهب بعضهم الى القول الثانى، و أن الخيارات مطلقا لا تجرى فى المعاطاه. بديهه أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد. و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض و إذن فجعل الخيار فى المعاطاه لغو محض و تحصيل للحاصل.

و التحقيق: أن الخيارات مطلقا تجرى فى المعاطاه، بناء على أنها تفيد الملك الجائز، ضروره أن الجواز الثابت فى المعاطاه التى تفيد الملك الجائز إما جواز حقى كان

أمره بقاء و ارتفاعا بيد المتعاملين، أو جواز حكمى كان أمره بيد الشارع. دون المتعاملين، كالجواز فى الهبه. و على كلا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد، أو العين المأخوذه بالمعاطاه.

فإن كان جواز المعاطاه جوازا حقيا، و قلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتى كان ذلك مشمولا لأدله الخيارات. و عليه فيثبت الخيار فى البيع المعاطاتى لكل من المتعاطيين بسببين. و من الظاهر أنه لا

محذور فی ذلک، لأن نظائره کثیره فی الفقه. و حینئذ فیمتاز البیع المعاطاتی عن بقیه البیوع باختصاصه بخیار خاص. و ان شئت فسمه بخیار المعاطاه و علی هذا فیجوز ارتفاع أحدهما و بقاء الآخر: کما إذا تلفت احدی العینین فی المجلس، فإنه حینئذ یرتفع خیار المعاطاه، و یبقی خیار المجلس، و إذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خیار المجلس، و بقی خیار المعاطاه.

و إذا قلنا بتعلق خیار المعاطاه بالعین کان الأمر أوضح، لأن متعلق خیار المعاطاه أجنبی عن متعلق الخیار المصطلح، فلا یجتمعان فی مورد واحد لکی یناقش فیه بلزوم اللغویه. و هذا ظاهر لا خفاء فیه.

و ان کان جواز المعاطاه جوازا حکمیا، و قلنا بتغایر متعلقه مع متعلق الخیارات المصطلحه فلا شبهه فی ذلک أیضا و ان قلنا باتحاد متعلقهما فربما یتوهم ان ذلک یوجب اللغویه و تحصیل الحاصل. و لکن هذا التوهم فاسد. لأنه انما تلزم اللغویه فیما إذا لم یمکن انفکاک أحد الخیارین عن الآخر مع ان الانفکاک بینهما من الوضوح بمکان، بدیهه ان النسبه بینهما هی العموم من وجه، إذ قد یسقط خیار المعاطاه و یبقی الخیار المصطلح، و قد یسقط الثانی و یبقی الأول، و قد یجتمعان سقوطا و بقاء و اذن فلا محذور فی اجتماع خیار المعاطاه مع الخیارات المصطلحه ثبوتا و إثباتا و هذا واضح لا ریب فیه.

أما التفضیل المتقدم الذی احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع نقضا و حلا:

أما الأول فلأنه لو تم ذلک التفضیل فی المعاطاه لجری مثله فی البیع بالصیغه أیضا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۴

طابق النعل بالنعل، و القذه بالقذه، لأنه إذا اجتمعت فیه عده من أسباب الخیار- و قد

فرض أن دليل كل واحد منها مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحيه هذا الخيار- لزم الحكم بعدم اجتماع الخيارات فيه أيضا. مع أنه لم يلتزم بذلك أحد.

أما الثانى فلأن أدله الخيارات و إن اختصت بعقد كان طبعه على اللزوم و لكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه: بمعنى أنه إذا وجد عقد فى الخارج و لم يقترن بما يقتضى جوازه كان ذلك العقد لازما فى نفسه. و هذا لا ينافى جوازه من الجهات الأخر العارضه.

و قد أشير الى هذه النكته القيمه فى أخبار خيار المجلس التى تدل على ان المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «۱» فان الظاهر من وجوب البيع و لزومه- فى تلك الروايات- إنما هو لزومه من ناحيه خيار المجلس فقط. و هو لا ينافى جواز البيع من ناحيه خيار آخر.

الجهه الثالثه: أنه هل يجرى الخيار فى المعاطاه المقصود بها الملك- التى لا تؤثر إلا فى الإباحه- أم لا؟

لا- شبهه فى صدق البيع عليها عرفا، نهايه الأمر أنه قام الإجماع على عدم تأثيرها فى الملكيه عند الشارع الى زمان معين الا ان ذلك لا- يمنع عن صدق البيع عليها بالحمل الشائع و اذن فتكون المعاطاه مشموله للعمومات الداله على صحه البيع، فيحكم بكونها بيعا فى نظر الشارع. كما أن حصول الملكيه فى بيع الصرف و السلم يتوقف على القبض الخارجى و عليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار فى العقد هو تسلط ذى الخيار على فسخه فسخا فعليا: بان يتمكن من إرجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلا شبهه فى أن المعاطاه- بناء على الإباحه- غير مشموله لأدله الخيارات، بديهه ان

الثابت بالفعل لكل من المتعاطيين ليس إلا إباحه التصرف فيما أخذه من صاحبه، و انما تحصل الملكيه فى ذلك

---

(۱) الوافى ج ۱۰ ص ۷۰.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۵

بعد تحقيق احدى الملزمات و من الظاهر أن اباحه التصرف ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه بلا احتياج الى فسخ المعاطاه بالخيار المصطلح. الا ان يتوهم أن الإباحه المترتبه على المعاطاه ليست إباحه مالكيه لكى ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف، و انما هى إباحه شرعيه. و من الظاهر أن الإباحه الشرعيه باقيه ما لم يحكم الشارع برفعها و لكن هذا التوهم فاسد، بديهه أن الإباحه هنا إنما ثبتت بالإجماع، و المتيقن منه إنما هو بقاء الباذل فى اذنه السابق، فلا يشمل صوره رجوعه عن إذنه.

و على الجمله: إنه لو كان الغرض من جعل الخيار فى العقد ترتب الأثر الفعلى عليه لم يجر ذلك فى المعاطاه المقصود بها الملك- التى تفيد الإباحه- و لكنه بديهى البطلان ضروره اجتماع الخيارات العديده فى البيع و غيره من العقود.

و ان كان المقصود من ثبوت الخيار فى العقد تمكن ذى الخيار من إلغاء ما هو مؤثر فى النقل و الانتقال فلا شبهه حينئذ فى جريان الخيار المصطلح فى المعاطاه- المقصود بها الملك التى تفيد الإباحه- لأنها قابله للتأثير فى الملكيه فإذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطيين كان لكل منها أن يرفع تلك القابليه برفع موضوعها لكى لا تلحق بها الملكيه، و إذن فيكفى فى صحه جعل الخيار فى المعاطاه التمكن من إلغائها عن قابليه التأثير فى الملكيه.

بيان مورد المعاطاه

اشاره

الأمر الثانى: أن المتيقن من مورد المعاطاه إنما هو تحقق الأخذ و الإعطاء من الطرفين- كما يقتضيه مفهوم المفاعله و لا شبهه

فی صدق البیع علی ذلک، و کونه مشمولا للعمومات الداله علی صحه البیع و لزومه.

و لو تحقق الإعطاء من طرف و الأخذ من طرف آخر فهل یصدق علیه مفهوم البیع؟ و تحقیق ذلک یقع فی نواحی شتی:

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۶

الناحیه الاولی: أن یکون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحه،

و لا شبهه فی أن ذلک لیس بیعا. نعم جاز للآخذ أن یتصرف فی المأخوذ بالمعاطاه.

الناحیه الثانیه: أن یکون الغرض من التعاطی هو التملیک و التملک،

و تترتب علیه الملکیه فی الخارج، فلا شبهه فی أن ذلک بیع عرفا، فیکون مشمولا للعمومات الداله علی صحه البیع، و یحکم بکونه بیعا فی نظر الشارع أیضا.

و الوجه فی ذلک: أن عنوان المعاطاه لم یرد فی روایه، و لا فی آیه، و لا أنه معقد للإجماع التعبدی لکی یحفظ علی هذا العنوان و یؤخذ منه بالمقدار المتیقن. بل محور البحث فی المقام هو أن البیع یتحقق بالإنشاء الفعلی کما أنه یتحقق بالإنشاء القولی.

و علیه فلا بد من ملاحظه الفعل الذی ینشأ به البیع، فان صدق علیه مفهوم البیع حکم بکونه بیعا، و إلا فلا، و من الواضح أن الإعطاء من أحد المتعاطیین مع قصد التملیک یعد إیجابا للبیع عرفا، و یکون الأخذ الخارجی من الطرف الآخر قبولا له. بل أکثر المعاملات المعاطاتیه الواقعه فی الخارج من هذا القبیل، لتحققها فی الخارج بالإعطاء من جانب و بالأخذ من جانب آخر. و علیه فیکون الإعطاء المتأخر من جانب الآخذ وفاء بالعقد ضروره أنه لو کان العطاء من قبله مطاوعه للزم الانفکاک بین الإیجاب و القبول فی المعاطاه الواقعه نسیئه بل لزم کون الإنشاء مراعی بالإعطاء المتأخر من ناحیه الآخذ نهایه الأمر أنه یجوز للآخذ أن یتصرف فیما أخذه من صاحبه علی سبیل التضمین و لا ریب فی ان ذلک کله بدیهی البطلان، و خلاف السیره المتشرعیه و العقلائیه.

و ذکر شیخنا الأستاذ: أن البیع تبدیل أحد طرفی الإضافه بإضافه أخری، و من المعلوم ان الإعطاء من طرف واحد و الأخذ من الطرف الآخر لیس مصداقا لذلک. بل نسبته الیه و الی

الهبه المعوضه متساويه. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإعطاء من الطرفين فان التبديل المكانى هنا بطبعه الأصلى انما هو تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتباريه بإضافه أخرى كذلك فهو بيع حقيقه. و عليه فإخراجه من دائره البيع، و إدخاله فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۷

دائره الهبه يحتاج الى مئونه زائده.

و على الجمله: إن التبديل الاعتبارى فى باب المعاطاه يدور مدار التبديل الخارجى و حيث إن التبديل الخارجى متحقق فى فرض حصول التعاطى من الطرفين، فيترتب عليه التبديل الاعتبارى انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن البيع و ان كان تبديل مال بمال، و لكن المراد من التبديل هنا ليس هو التبديل الخارجى المكانى بل المراد به هو التبديل الاعتبارى و من الظاهر ان هذا المعنى يتحقق بالاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى.

الناحيه الثالثه: أن يقصد كل من المعطى و الآخذ التمليک و التملک،

و لكن لم يحصل فى الخارج إلا الإباحه إلى زمان حصول الملك. و الظاهر أن هذا من افراد البيع الحقيقى، لأن تأخير الملكيه لا يخرجه عن كونه بيعا، كما أن بيع الصرف و السلم لا يخرجان عن حدود البيع بتأخر الملكيه فيهما الى زمان القبض. نعم قد يناقش فى جواز التصرف قبل حصول المملك، لانه لم يثبت إلا بالإجماع، و من الظاهر أن المتيقن منه ما يكون التعاطى من الطرفين، لا من طرف واحد إلا أن يتمسك فى إثبات جواز التصرف هنا بدليل السلطنه، و قد عرفت فيما تقدم أنه غير تام. لا من حيث السند، و لا من حيث الدلاله قيل:

إنكم حكمتم- فى الناحيه الأولى- بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه و إن كان التعاطى من طرف واحد- فلما ذا لا تحكمون بذلك فى هذه الناحيه. و الجواب عنه:

أن الإباحه

المترتبه على التعاطى فى الناحيه الأولى إباحه مالكيه و من الواضح أن المالك إذا رضى بجواز التصرف فى ماله لم يلزم منه محذور أصلا و أما الإباحه المترتبه على التعاطى فى هذه الناحيه فهى إباحه شرعيه. و عليه فلا بد من ملاحظه دليلها. و قد عرفت أن الدليل على هذه الإباحه انما هو الإجماع. و الإجماع دليل لبى فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن.

و لكن الذى يسهل الخطب: أن الإجماع- بل السيره أيضا- قائم على جواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۶۸

التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه- و إن كان التعاطى من طرف واحد- و لذا نرى بالعيان، و نشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم و تشتت أصنافهم يتعاملون فيما بينهم بالمعامله المعاطاتيه فى الأشياء الحقيره و الخطيره. و لم نر و لم نسمع- الى الان- أن يتوقف أحد فى جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه، حتى مع تحقق التعاطى من طرف واحد مع أن المغروس فى أذهان القدماء، و المشهور فيما بينهم أن أغلب المعاملات المعاطاتيه إنما تنعقد بالتعاطى من طرف واحد و يكون الإعطاء من ناحيه الآخذ وفاء بالتزامه، لا قبولا للإيجاب المتقدم- و قد تقدم ذلك آنفا- نعم لو شك فى دخوله فى معقد الإجماع لاتجه الحكم بعدم دخوله فيه كما هو واضح.

و قد يتوهم انعقاد البيع المعاطاتى بمجرد وصول المثمن إلى المشترى و وصول الثمن إلى البائع بأى نحو اتفق و ان لم يصدق عليه الإعطاء فضلا عن التعاطى.

و الوجه فى ذلك ما أسلفناه سابقا من أن عنوان المعاطاه لم يرد فى آيه، و لا فى روايه، و لا فى معقد إجماع لكى ندور مدار هذا العنوان و نجعله موردا للنقض و

الإبرام و مركزا للنفى و الإثبات. بل انما عبر بها عن المعامله الخاصه المتعارفه بين الناس.

و اذن فيكون المدار فى ذلك هو الصدق العرفى و عليه فأى فعل كان قابلا لابراز ما فى النفس من اعتبار الملكيه صدق عليه عنوان المعامله المعاطاتيه و تشمله العمومات الداله على صحه البيع و لزومه سواء أ كان ذلك الفعل تعاطيا من الطرفين أم من طرف واحد أم لم يكن هنا تعاط أصلا، بل كان مجرد وصول الثمن إلى البائع و وصول المثمن إلى المشترى بأى نحو اتفق.

و قد مثل المصنف لذلك بأمور:

١- أن يرتوى الظامى من قربه السقاء مع غيبته و يجعل عوضه فى المكان المعدله مع علمه بأن السقاء راض بذلك.

٢- أن يلتقط شخص شيئا حقيرا من مخازن الخضارين أو البقالين أو العطارين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٦٩

مع غيبتهم عن دكاكينهم، و يجعل عوض ما يأخذه فى صندوقهم، مع العلم أو الاطمئنان العادى برضا المالك بذلك.

٣- أن يرد أحد الحمام و لا يجد فيه صاحبه، و يغتسل فيه، و يضع أجرته فى المكان المعد لها مع علم الوارد بأن الحمامى راض بذلك.

و لكن الظاهر: أن الأمثله المزبوره كلها غريبه عن مقصود المتوهم: أعنى به تحقق المعاطاه بمجرد أخذ المثمن و وضع الثمن مكانه- بل تلك الأمثله إما من صغريات الأقسام الماضيه، أو أنها خارجه عن حدود المعاطاه بالكليه:

أما المثال الأول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص و الحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الأشخاص الظمأ شديد الظمآن، و قد يكون عطشانا عاديا. أما الأول فلا يرتوى إلا بشرب مقدار كثير من الماء و أما الثانى فيصير ريانا بشرب المقدار اليسير منه. و

من الواضح أن هذا الاختلاف الفاحش يوجب غرريه البيع و إذن فلا محيص الا عن جعل أشباه ذلك من قبيل الإباحه بالعوض. و الدليل على صحه هذه الإباحه هو السيره القطعيه، لأنها قائمه على ذلك فى الأشياء الحقيره و الأمتعه الزهيده. بل يمكن أن يكون المثال المذكور من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه. فتكون مشموله لآيه التجاره عن تراض. نهايه الأمر أنها غرريه و من الواضح أن دليل نفى الغرر و هو النبوى [1] مختص بالبيع، فلا يجرى فى غيره.

و أما المثال الثانى فهو من مصاديق البيع المعاطاتى المتعارف غايه الأمر أن إيجابه ليس بمباشره المالك، بل انما هو بمباشره وكيله. و ذلك لان الخضار و البقال و العطار و أمثالهم من سائر أصناف التجار انما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاكينهم فى بيع أمتعتهم بالقيمه المتعارفه و وضع أثمانها فى الموضع المعد للنقود كما أنهم يوكلون غالبا

---

[1] عن أبى هريره أن رسول اللّه (ص) نهى عن بيع الغرر سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۴۲.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۰

الأشخاص المعينين فى ذلك و عليه فكل من يأخذ متاعا من دكاكين هؤلاء الكاسبين فهو ينشئ البيع بأخذه هذا من قبل المالك، و يقبله من نفسه بوضع ثمن ذلك المتاع فى المكان المعدله. و اذن فيتحقق البيع المعاطاتى هنا بالتعاطى من الطرفين- الذى هو المقدار المتيقن من مورد المعاطاه- و يكون ذلك نظير قول القائل: أعتق عبدك عنى. و على الجمله: إنه لا بأس بالالتزام بكون هذا المثال من البيوع التوكيليه، كسائر البيوع الصادره من أولياء الملاك و وكلائهم.

و قد ناقش فى ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرره: (لا يمكن تصحيحه بكونه وكيلا من الطرفين

فی تبدیل أحد طرفی الإضافه بمثله، لوضوح عدم توکیل المالک شخصا معینا). و الجواب عن ذلک:

أن تعیین الوکیل إنما یعتبر فی الوکالات الشخصیه دون الوکالات النوعیه فلو قال أحد إنی وکلت شخصا من أهل النجف المحترم فی بیع متاعی أو إیجار داری لکان عقد الوکاله باطلا جزما. و إذا قال: إن علماء النجف وکلائی فی بیع کتبی، أو تعمیر مدرستی. أو بنائه المساجد من خالص مالی کان ذلک صحیحا قطعا بدیهه أن تعیین عنوان کلی فی التوکیل الذی ینطبق علی أشخاص معینین کتوکیل شخص معین، لا انه کتوکیل شخص غیر معلوم.

و اما المثال الثالث فهو أیضا غریب عن البیع المعاطاتی، بل هو بعید عن الإجاره المعاطاتیه أیضا:

اما بعده عن البیع المعاطاتی فلأن الماء الذی یستعمله الوارد علی الحمام غیر معلوم المقدار. و إذن فلا یصح بیعه لکونه غرریا. و أما بعده عن الإجاره المعاطاتیه فلانه یشترط فی الإجاره إمکان الانتفاع من العین المستأجره مع بقاء عینها. و من الواضح ان الماء المستعمل فی الحمام لا تبقی عینه بعد الاستعمال. و علیه فلا یصح وقوع الإجاره علیه. قیل:

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۱

إن العین المستأجره انما هی نفس الحمام و المیاه المستعمله فیه تعد منفعه له. و إذن فیکون مورد المثال الثالث من موارد الإجاره المعاطاتیه. و الجواب عن ذلک:

أن من أرکان الإجاره انما هو تعیین المده فیها فإذا انتفی ذلک بطلت الإجاره من أصلها. و من البدیهی أن المغتسلین فی الحمامات یختلفون بحسب الحالات، فإنه یتوقف فیها بعضهم ساعه و یلبث فیها آخر ساعتین و هکذا. و مع ذلک لا یمکن الالتزام بکون ما نحن فیه من قبیل الإجاره المعاطاتیه.

و علی هذا الضوء فالمثال

الثالث أيضا من قبيل الإباحه بالعوض، أو من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه كما جعلنا المثال الأول أيضا من هذا القبيل. و المتحصل من جميع ما ذكرناه انا لم نتصور من تلك الأمثله قسما آخر للمعاطاه غير الاقسام الماضيه.

نعم يمكن تصوير قسم آخر لها: و هو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر إما بعنوان الوديعه أو بالغصب، أو بإطاره الريح أو بغير ذلك. ثم قصد كل منهما كون ما بيده عوضا عما فى يد صاحبه. و حينئذ فلا يبعد صدق مفهوم البيع على ذلك، لأنا ذكرنا مرارا أن البيع هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى. و من الظاهر أنه لم ترد آيه و لا روايه، و لا انعقد إجماع على اختصاص ذلك المبرز بشى ء خاص و لا أن عنوان المعاطاه قد ورد فى دليل لكى يؤخذ به و يحكم بعدم صدقه على ما نحن فيه و عليه فإبقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجى لاعتبار الملكيه.

نعم إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك لا تفيد إلا الإباحه الشرعيه لم يجز التصرف لكل من الجانبين فيما عنده من المال، بديهه أن هذه الإباحه إنما ثبتت بالإجماع، و هو دليل لبى فلا يشمل هذا القسم من المعاطاه.

ثم إن للمصنف هنا كلاما لم نحققه الى الآن، و إليك لفظه:

(ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعتبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاه أمكن خلو المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادله شى ء بشى ء من غير إيصال، و لا يبعد صحته مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۲

صدق البيع عليه بناء على الملك و اما بناء على القول بالإباحه فالإشكال المتقدم هنا

آکد)

و الوجه فی کون الاشکال المتقدم هنا آکد هو العلم بعدم قیام السیره هنا علی اباحه التصرف دون الصوره السابقه و هی أن یکون التعاطی من طرف واحد.

أقول: إن کان غرضه من اللفظ المزبور الصیغه الخاصه الفاقده لبعض شرائطها فلا یترتب علیه أثر بوجه، بل شأنها شأن تسمیه الأجره للبذر و البقر فی عقد المزارعه.

و علیه فلا وجه صحیح للمصنف أن یلتزم بحصول النقل و الانتقال بذلک اللفظ- بناء علی أن المعاطاه تفید الملکیه- و أن یناقش فی جواز التصرف فی العوضین علی القول بأنها تفید الإباحه.

و ان کان غرضه من ذلک أن اللفظ إذا کان فاقدا لبعض شرائط الصیغه- فی مقام الإنشاء- کان ذلک مقاوله و من الواضح أن المقاوله تکشف عن اعتبار الملکیه، کما أن صیغه بعت تکشف عن ذلک. و إذن فتشمله العمومات الداله علی صحه البیع، إن کان مراده من اللفظ هو هذا فیتوجه علیه أن المبرز بالمقاوله إنما هو التبانی علی البیع و المبرز بصیغه بعت و نحوها إنما هو نفس البیع. و من الواضح أن أحدهما یباین الآخر. و اذن فلا یعقل ان یجعل احد المتباینین مصداقا لصاحبه، و لا ان إبراز البناء علی البیع یستلزم إبراز ما علیه البناء، و هو اعتبار الملکیه.

تمییز البائع عن المشتری فی البیع المعاطاتی

الأمر الثالث: أنه بما ذا یتمیز البائع عن المشتری فی البیع المعاطاتی؟ لا شبهه فی أن الغرض من هذا الأمر لیس هو تمییز مفهوم البائع عن مفهوم المشتری، لأنهما من الأمور الواضحه التی لا یحتاج الی البیان، ضروره أن من أنشأ البیع یسمی بائعا، و من یقبل ذلک یسمی مشتریا. و لا أن الغرض من ذلک هو تمیز أحدهما عن الآخر فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)،

موارد الشبهات المصداقيه: بأن يوجد بيع معاطاتى فى الخارج و لم يميز فيه البائع عن المشترى من جهه الأمور الخارجيه، بديهه أن ذلك راجع الى باب المرافعات، و لا صله له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومى البائع و المشترى سعه و ضيقا لكى يتوضح مقدار صدقهما. و قد سمى المصنف أشباه ذلك فى أول كتاب الطهاره بالشبهه فى الصدق، و مرجعه فى الحقيقه إلى الشبهه المفهوميه و لذا أن الأصحاب لم يجعلوها قسما آخر وراء الشك فى أصل المفهوم.

و إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا فالذى يعطى العرض يسمى بائعا، و الذى يعطى النقد يسمى مشتريا لقيام سيره العقلاء و ديدنهم على ذلك. و إذا كان كلا العوضين نقدا، أو كان كلاهما متاعا و لكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان مع كون غرضه فى ذلك هو تحصيل الربح و المنفعه- كأهل التجاره و الكسب- و كان نظر الآخر الى رفع حاجته و كشف نوائبه و كرباته فقط فإن الأول يسمى بائعا و الثانى يسمى مشتريا و على هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشترى هو الماليه الخالصه لكى يكون ذلك قائما مقام النقود، و يعنون بعنوان الثمنيه و مثال ذلك: أن يعطى أحد مقدارا من الحنطه ليأخذ لحما و كان غرضه من إعطاء الحنطه أنها تساوى درهما فان هذا يسمى مشتريا، و باذل اللحم يسمى بائعا. و إذا انعكس الأمر انعكس الصدق أيضا.

و ان كان كلا العوضين عرضا، أو نقدا- من غير سبق مقاوله تدل على كون أحدهما

بائعا و الآخر مشتريا و كان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح و المنافع مع حفظ ماليه ماله فى ضمن أى متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج و دفع الضروره فقط- كتبديل عباءه بعباءه أو كتاب بكتاب- إن كان كذلك فذكر المصنف فيه وجوها أربعه:

١- أن يكون ذلك بيعا و شراء بالنسبه الى كل من المتبايعين، لأن البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧۴

مبادله مال بمال، كما فى المصباح. و الاشتراء ترك شى ء و التمسك بغيره كما فى القاموس و لا شبهه فى تحقق هذين العنوانين بفعل كل واحد من المتعاطيين. و عليه فلو حلف أى منهما على عدم الاشتراء حنث بذلك. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع، و لا أحكام المشترى، لانصرافهما- فى أدله تلك الأحكام- الى من كان بائعا محضا، أو مشتريا محضا فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان- فى معامله واحده- مصداقا لهما باعتبارين.

و لكن يتوجه عليه: ان عنوان البائع و عنوان المشترى بالمعنى المزبور العام كما يصدق على كل منهما فى المقام، كذلك يصدق على كل من المتبايعين فى كل بيع، حتى فيما إذا كان أحد العوضين نقدا و العوض الآخر عرضا، و لازم ذلك أن لا يختص أحد المتبايعين فى البيوع المتعارفه بكونه بائعا، و ثانيهما بكونه مشتريا، و هذا بديهى البطلان.

٢- أن يكون ذلك بيعا بالنسبه الى من يعطى متاعه أو لا، لصدق الموجب عليه، و شراء بالنسبه إلى الآخذ، لكونه قابلا.

و يتوجه عليه: أن هذا الوجه و إن كان صحيحا فى الجمله الا أنه لا يتم فى جميع الموارد، بديهه أنه لا شبهه فى جواز تقديم القبول على الإيجاب فى البيوع اللفظيه. و

علیه فیمکن أن یقصد المعطی أولا- فی البیع المعاطاتی- قبول الإیجاب المتأخر. و إذن فلا دلیل علی الحکم بکون الباذل أولا بائعا، و کون الباذل ثانیا مشتریا علی وجه الإطلاق.

۳- أن یکون ذلک صلحا معاطاتیا، لان المصالحه بمعنی التسالم، و من الواضح أن کل واحد من المتعاطیین یتسالم علی تبدیل ماله بمال صاحبه و من هنا حملوا الروایه الوارده فی قول أحد الشریکین لصاحبه لک ما عندک و لی ما عندی علی الصلح «۱».

و لکن یرد علیه: أنه إن کان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن، لأن مفهوم التسالم أمر وسیع یشمل جمیع العقود حتی النکاح، الا

---

(۱) قد تقدمت هذه الروایه فی ص ۱۵۶.

أن المنشأ فی کل عقد بدء غیر ما هو المنشأ فی الصلح، بدیهه أن کل معامله و إن کانت لا تصدر الا عن تسالم من الطرفین علی تلک المعامله لکنه غیر عقد الصلح الذی یکون المنشأ فیه نفس عنوان الصلح. فکم فرق بین إنشاء الصلح و بین إنشاء معامله وقع التسالم علیها من الطرفین. نعم ان نتیجه إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتیجه بعض العقود الآخر.

و إن کان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحه التی تتمیز عن بقیه العقود فهو واضح البطلان، ضروره أن التعاطی المذکور بعید عن مفهوم الصلح و حقیقته.

و أما الروایه المزبوره فلا وجه لحملها علی الصلح بل هی تناسب الهبه المعوضه. و هذا واضح لا ریب فیه.

۴- ان یکون ذلک معاوضه مستقله من غیر أن یدخل هذا تحت أحد العناوین المتعارفه. و هذا هو الصحیح عندنا. و تدل علی صحته آیه التجاره

عن تراض «۱» و لا ریب أن أمثال هذه المعامله کثیره فی العرف.

أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطیین

اشاره

الأمر الرابع: فی أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطیین.

و لا ریب فی أن أصل المعاطاه- و هی إعطاء کل من المتعاطیین ماله لصاحبه- یتصور علی وجوه.

و یحسن بنا قبل التعرض لحکم تلک الوجوه أن نقدم ما لا یستغنی عنه، و هو بیان الفارق بین هذا الأمر، و بین الأمر الثانی. و حاصله: ان جهه البحث فی الأمر الثانی إنما هی متمحضه فی بیان مورد المعاطاه. و بیان ما هو المبرز الخارجی لما قصده المتعاطیان.

و لذا ذکر المصنف فی طلیعه البحث عنه:

(أن المتیقن من مورد المعاطاه حصول التعاطی فعلا من الطرفین).

---

(۱) سوره النساء ۴ الآیه: ۳۳.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۶

و جهه البحث فی الأمر الرابع إنما هی بیان ما قصده المتعاطیان، و لذا ذکر المصنف فی مطلع کلامه هنا ان أصل المعاطاه یتصور بحسب قصد المتعاطیین علی وجوه شتی و إذن فمرجع البحث فی أحد الأمرین غیر ما هو مرجع البحث فی الأمر الآخر، فلا تنافی بینهما و علیه فلا وجه لما أورده شیخنا الأستاذ علی المصنف، و إلیک نص مقرر بحثه: (أن الإیجاب و القبول یتحقق بدفع العین أولا- من البائع و قبضها من المشتری، و خروج ما یدفعه المشتری ثانیا و یقبضه البائع عن حقیقه المعاوضه، فیلزم أن یکون المعامله حاصله دائما بدفع العین أولا و قبضها، و یکون دفع المشتری دائما خارجا عن حقیقه المعاوضه و علی هذا فلا وجه لما التزم به فی الأمر الثانی من ان المتیقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطی فعلا من الطرفین. لان المفروض أن العطاء الثانی لا اثر له، و لا یتحقق

به الا عنوان الوفاء بالمعاطاه).

و وجه عـدم المنافاه بين الأمرين: انه لا تنافى بين الالتزام بأن الإيجاب و القبول يحصـلان بالإعطاء و القبض أولا، و ان دفع العين ثانيـا خـارج عن حقيقه المعاطـاه، بـل هو وفـاء بالعقـد، و بين القول بـأن المتيقن من مورد المعاطـاه هو مـا إذا حصل التعاطى من الطرفين، فـان العقـد و ان تم بالإقبـاض و القبض أولا الا ان المتيقن منه قبال العقـد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضا و اذن فلا تنافى بين الأمرين.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك

فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه– بحسب قصد المتعاطيين– على أربعه أقسام:

١– ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله بمال الآخر

و عليه فيتم الإيجـاب و القبول بـدفع العين الاـولى و قبضـها، و يكون دفع العين الثانيه خارجا عن حقيقه المعاطاه بل يكون ذلك وفـاء لمـا التزم به بـإزاء مـا تملكه و على هـذا فلو مـات القابـل بعـد المطاوعه و قبل دفع العوض لم تبطل المعاطاه، لأنه مات بعد تحققها فى نظام الوجود.

٢– ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إياه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٧٧

بحيث تكون المعاطـاه متقومه بالعطـاء من الطرفين مع كون التمليـك بـإزاء التمليـك و عليه فلو مـات الثـانى قبـل أن يملك ماله للأـول لم تتحقق المعاطـاه، إذ المفروض أن المقابله بين التمليكين، لا الملكين. و لا ريب أن هـذا المعنى بعيـد عن مفهوم البيع، لمـا عرفته فى أول الكتاب من أنه يعتبر فى مفهوم البيع ان يكون المبيع من الأعيان، و من الواضـح ان نفس التمليك من الأفعال، فلا يقع مبيعا. نعم هو قريب من الهبه المعوضه من ناحيه، و بعيـد عنها من ناحيه اخرى: أما قربه منها فمن جهه أن كلا من المالين خـال عن العـوض، إذ المفروض أن المقـابله قـد وقعت بين التمليكين، لاـ بين الملكين، فتكـون كـالهبه المعـوضه، لأجـل وقـوع التمليـك بـإزاء التمليـك و أمـا بعـده عنها فمن جهه أن حقيقه الهبه– معوضه كانت أم غيرها– عباره عن العطيه بلا بـدل فقوامها بالمجانيه. و أما اعتبار العوض فى الهبه المعوضه فإنما هو على نحو الداعويه و الاشتراط، لا على نحو المقابله و المعاوضه.

و من الظـاهر أن المفروض فى المقـام إنما هو وقوع التمليك بإزاء التمليك، لا على نحو المجان، و بلا بـدل. و الاولى أن يجعل هذا القسم من التعاطى إما من قبيل المصالحه على أمر معين، أو من قبيل المعامله المستقله و هذا ظاهر

لا خفاء فيه.

۳- أن يقصد الباذل أولا إباحه ماله للآخذ بإزاء أن يملک الآخذ ماله إياه

فتقع المبادله بين الإباحه و التمليک.

۴- أن يقصد کل من المتعاطيين إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه

فتقع المقابله بين الاباحتين، أو تکون الإباحه الاولی بداعی الإباحه الثانيه انتهی ملخص کلام المصنف.

و لا يخفی علی الفطن العارف: أن الوجوه المتصوره فی المقام و إن کانت کثيره- کما أوضحها- غير واحد من المحشين- و لکن يتضح حکمها من الأقسام المذکوره.

و من هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الأقسام المتصوره فی المقام.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۸

أما القسم الأول-: أعنی به وقوع المقابله بين المملوکين- فهو المصداق الواضح للبيع المعاطاتی، فيکون مشمولا للعمومات الداله علی صحه البيع و لزومه، و تترتب عليه أحکامه و آثاره. و قد فصلنا ذلک فی الأمر الأول.

و اما القسم الثانی:- أعنی به وقوع المبادله بين التمليکين- فلا نعقل له معنی محصلا، بديهه أن حقيقه البيع عباره عن إعدام إضافه مالکيه عن کل من العوضين، و إيجاد إضافه أخری مالکيه فی کل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنه المالک بسلطنه اخری لکی يحتاج ذلک الی وجود سلطنه ثالثه. و هکذا حتی يلزم منه التسلسل. و هذا بخلاف مقابله التمليک بالتمليک، فإنها تحتاج الی وقوع المقابله بين السلطنتين، و هو يحتاج إلی سلطنه أخری، و هکذا الی غير النهايه. و اذن فمقابله التمليک بالتمليک بعيد عن حدود البيع.

و أضف الی ذلک: ان مفهوم البيع انما هو إنشاء تبديل عين بعوض- و قد تقدم ذلک عند البحث عن تعاريف البيع- و من المعلوم ان التمليک بنفسه من قبيل الافعال، فلا يقع مبيعا.

ثم ان من المستحيل نقل التمليک الی غيره بدء بإعطاء العين، أو بقبول ملکيتها بل لا بد فی نقل التمليک من إنشاء آخر يتضمن ذلک، کقوله ملکتک تمليکی العين الفلانيه، أو بأن يشترط

التمليك فی ضمن عقد لازم: بأن باع داره من شخص، و اشترط فی ضمن البیع ان یملکه ماله الفلانی بحیث یکون متعلق الشرط نفس التملیک دون المملوک.

و علی الجمله إن الملکیه الشرعیه اعتبار شرعی غیر قابل للتملیک، و التملیک العقدی فعل من أفعال العاقد، و هو و إن کان قابلا للتملیک، الا انه غیر قابل له بتملیک المال لفظا بمثل ملکت، أو بإعطاء المال فعلا. و قد اتضح لک مما أوضحناه حکم القسم الثالث و القسم الرابع أیضا، و انه لا تتصور الإباحه بإزاء الإباحه، و لا الإباحه بإزاء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۷۹

التملیک بإعطاء العین و قبضها.

ثم ان المصنف قد ناقش فی القسمین الآخرین- الثالث و الرابع- من ناحیتین: الأولی: ان الإباحه من حیث هی إباحه لا تسوغ التصرفات المتوقفه علی الملک، الا علی نحو التشریع. الثانیه: ان الإباحه بإزاء التملیک- التی ترجع الی عقد مرکب من اباحه و تملیک- خارجه عن المعاوضات المعهوده شرعا و عرفا، و لا شبهه فی أن صدق التجاره علی هذه المعاوضه محل تأمل، فضلا عن صدق البیع علیها: و اذن فلا تکون مشموله لآیه التجاره عن تراض، و لا غیرها. ثم أطال الکلام حول ذلک نقضا و إبراما و لکن قد ظهر لک مما أسلفناه انه لا موضوع لهاتین المناقشتین أصلا و رأسا الا انه لا بأس بالتعرض لهما تأسیا للمصنف (ره).

فنقول: اما المناقشه الأولی فحاصل ما ذکره فیها: ان المالک و ان کان له ان یبیح التصرف فی أمواله لشخص آخر الا انه لا ینفذ إذنه إلا فی التصرفات المشروعه مع قطع النظر عن اذن المالک، بدیهه ان اذن المالک لیس مشرعا لکی یوجب جواز

التصرف فی ماله للمجاز له علی وجه الإطلاق. و علیه فلا یجوز للمالک ان یأذن لغیره فی بیع ماله لنفسه، لإنه لا بیع إلا فی ملک. بل یستحیل عقلا صدق مفهوم البیع علیه لان مفهومه مبادله مال بمال، و من الواضح انه لا یتحقق هذا المفهوم الا برفع الإضافه المالکیه عن احد العوضین و وضعها علی العوض الآخر. و علیه فإذا لم یدخل الثمن فی فی ملک من خرج المثمن عنه کان ذلک خارجا عن مفهوم البیع قطعا. و لا یعقل صدق مفهوم البیع علی ما هو خارج عنه.

نعم

لا بأس بالإذن فی التصرفات المتوقفه علی الملک بوجوه شتی:

۱- ان یکون غرض المبیح من قوله: أبحت لک ان تبیع مالی لنفسک توکیل المباح له فی نقل ماله- المبیح- الی نفسه- المباح له-

ثم بیع ذلک المال لنفسه- المباح له- أو ان المبیح یوکل المباح له فی بیع ماله، ثم نقل ثمنه الی نفسه- المباح له

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۰

أو یقصد المبیح تملیک ماله للمباح له بقوله: أبحت لک مالی إلخ بحیث تکون الإباحه بمنزله إنشاء الهبه، و یکون بیع المباح له بمنزله القبول. و علیه فیکون ذلک نظیر قول القائل: أعتق عبدک عنی بکذا، حیث إن القول المزبور استدعاء لتملیک المولی عبده لذلک الرجل، و إعتاق المولی عبده جواب للاستدعاء المزبور فیتحقق هنا بیع ضمنی.

و علیه فیکون العبد ملکا للمستدعی آنا ما، ثم ینعتق عن قبله.

و فیه أن ما نحن فیه بعید عن هذا الوجه بجمیع شقوقه، إذ لیس المقصود هنا اذن المالک للمباح له فی نقل المال الی نفسه أولا، و لا فی نقل الثمن الیه ثانیا، و لا أن المالک قصد التملیک بقوله: أبحت لک إلخ، و لا أن المخاطب قصد التملک عند البیع، لکی یتحقق هنا تملیک ضمنی مقصود للمتکلم و المخاطب بالدلاله الاقتضائیه. کما کان کذلک فی قضیه أعتق عبدک

عنى.

۲- أن يدل دليل خاص على كون مال المبيح ملكا للمباح له بمجرد الإباحه

فيستكشف من ذلك الدليل ان البيع الذى أوقعه المباح له قد وقع فى ملكه، أو قام دليل خاص على صيروره الثمن ملكا للمباح له، فإنه يستكشف من ذلك الدليل دخول الثمن فى ملك المبيح آنا ما- لكى لا يستحيل صدق مفهوم البيع عليه- ثم انتقاله من ملك المبيح الى ملك المباح له. و عليه فيكون ما نحن فيه بمنزله شراء العمودين، فإنهما يدخلان فى ملك المشترى آنا ما، ثم ينعتقان عليه جمعا بين ما دل على أنه لا عتق إلا فى ملك، و بين ما دل على أن الإنسان لا يملك عموديه.

و هذا الوجه أيضا لا يجرى فى المقام، إذ لم يدلنا دليل خاص على صحه هذه الإباحه العامه. و أما دليل السلطنه فلا تزاحم الأدله الداله على توقف بعض التصرفات على الملك- كالعتق و البيع و الوطى و نحوها- بل هى حاكمه على دليل السلطنه.

و السر فى ذلك: أن دليل السلطنه قد أثبت السلطنه على الأموال، دون الاحكام، فيكون ناظرا الى نفوذ سلطنه المالك فى التصرفات التى ثبت جوازها- فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۱

الشريعه المقدسه- مع قطع النظر عن دليل السلطنه. و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه، و بين شراء العمودين.

۳- ما أشار إليه فى آخر كلامه، و هو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع الواهب عن هبته لكى يقع البيع فى ملك الواهب.

فكما أن بيع الواهب يقتضى دخول العين الموهوبه فى ملكه، كذلك أن تصرف المباح له تصرفا يتوقف على الملك يقتضى دخول المال المباح فى ملكه.

و هذا الوجه أيضا غريب عما نحن فيه إذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكى تكشف صحته عن الملكيه آنا ما ملكيه تحقيقيه قبل تحقق ذلك التصرف. انتهى ملخص كلام المصنف.

أقول

يقع الكلام فى التصرفات المتوقفه على الملك فى ناحيتين:

الناحيه الاولى: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك.

لا ريب فى أنها قد تكون تكوينيه، و قد تكون اعتباريه: أما التصرفات التكوينيه فلا تجوز لغير المالك و ان كان صدورها عنه بعنوان النيابه عن المالك.

و بيان ذلك: أنه إذا دل دليل بالخصوص على جواز تلك التصرفات التكوينيه لغير المالك أخذ به- كوطى الجاريه المملوكه

الثابت جوازه بالتحليل- و إن لم يدل دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنه، لأنه ناظر الى جواز التصرفات التى هى مشروعه للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنه و أن هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعا عن تلك التصرفات. و أما التصرفات التى نشك فى مشروعيتها، أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشموله لدليل السلطنه، لعدم كونه مشرعا. و على هذا فلو أذن المالك لأحد فى التصرف فى ماله تصرفا متوقفا على الملك لم يمكن إثبات مشروعيته بدليل السلطنه هذا كله فى التصرفات التكوينيه.

أما التصرفات الاعتباريه فلا تتوقف صحتها على الملك، بل لا تتوقف صحتها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۲

على اذن المالك و توكيله، لما سيأتى من الحكم بصحه العقود الفضوليه التى لحقتها اجازه المالك.

نعم ربما يتوهم قيام الإجماع على بطلان العتاق الصادر من غير المالك، سواء أ كان ذلك باذن المالك، أم كان فضوليا، ضروره أن إذن المالك لا يؤثر فى مشروعيه التصرفات المتوقفه على

الملـك، و انمـا يؤثر اذنه فى رفع الحرمه التكليفيه فقـط. و إذن فمنزله العتـاق منزله الطلاـق. فكمـا أن الطلاـق لاـ يصـح من غير الزوج، كذلك ان العتاق لا يصح من غير المالك، الا أن يعد فعل غير المالك فعلا للمالك، كالوكيل.

و لكن هـذا التوهم فاسـد، بـديهه أنه ليس فى المقـام إجماع تعبـدى، بل من المحتمل القريب ان يكون مسـتند المجمعين ما دل على عدم نفوذ العتق إلا فى ملك، و سـيأتى عدم ارتباطه بمقصود المستدل و اذن فلا محذور فى صحه العتق من غير المالك. و هـذا لا يقاس بالطلاق، لـدلاله الدليل على انه لا يصح من غير الزوج، بخلاف العتاق، فإنه لم يدل دليل على عدم صـحته من غير المالك. قيل:

انه لا يصح العتاق من غير المالك، لا من جهه الإجماع كما توهم، بل من جهه ما دل على انه لا عتق إلا فى ملك «١» و الجواب عن ذلك:

ان سبيل ذلك سبيل ما دل على انه لا بيع إلا فى ملك و المراد بهما أحد الأمرين:

الأول: اعتبار الملك الفعلى فى صـحه البيع و العتق، فلا يصـح بيع أو عتق ما يملكه بعد ذلك الثانى: اعتبار الانتساب الى المالك فى نفوذ البيع و العتق، فلا ينفذ على المالك بيع الأجنبى، و على كلا التقديرين فالروايه لا تنافى صـحه البيع الفضولى، و لا صحه العتق الصادر من غير المالك مستندا إلى اذن المالك و المتحصل من جميع ما بيناه هو صحه العتاق باذن المالك

النـاحيه الثانيه: أنه إذا قلنا بجواز التصـرفات المتوقفه على الملك لغير المالك فهل ترجع نتيجتها الى المتصـرف، أم يرجع ذلك الى المالك؟

---

(١) راجع الوافى ج ۶ ص ۸۳.

لا ريب فى ان التصرفات التكوينيه خارجه عن مورد بحثنا، إذ لا يشك احد من العقلاء فى ان

نتيجه أى فعل يصدر من أى فاعل ترجع الى فاعل هذا الفعل، لا الى غيره، بديهه انه لا معنى لأن يشرب أحد ماء فيرتوى غيره، أو يأكل أحد طعاما فيشبع الآخر، أو ينام واحد فيستريح صاحبه، أو يشتغل احد بالعلوم فيكون غيره عالما. و هكذا سائر الأفعال التكوينيه.

و اما التصرفات الاعتباريه- كالبيع و نحوه- فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره، لما عرفته مرارا من ان حقيقه البيع تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه، و مقتضى ذلك هو انتقال المثمن من ملك مالكه الى ملك مالك الثمن و بالعكس: بأن يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و يجعلها قائمه بالثمن، و يفك المشترى إضافته القائمه بالثمن، و يجعلها قائمه بالمتاع.

و مثال ذلك: أنه إذا باع زيد طعامه من بكر بدينار صار الدينار ملكا لزيد، و لو صار ذلك الدينار ملكا لخالد لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه. و اذن فيستحيل ان ترجع نتيجه البيع الى غير المالك. و من هنا اتضح لك ان قول القائل: (بع مالى لنفسك) إن رجع الى ما ذكره المصنف من الوجوه الثلثه المتقدمه فلا بأس به و الا فلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط.

و قد تجلى لك مما أوضحناه حكم سائر العقود و المعاوضات التمليكيه. و أيضا ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين، كما ظهر لك من ذلك وجه الالتزام فيه بالملكيه الآنيه التحقيقيه. و وجه الظهور: أنه قد ورد فى الشريعه المقدسه أن الإنسان لا يملك عموديه «۱» و ورد فيها أيضا انه يجوز للابن أن يشترى عموديه. و قد عرفت قريبا: انه يستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل فى

---

(۱) راجع

الوافی ج ۶ ص ۹۶.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۴

جهه الإضافه و من الواضح ان الجمع بین هذه الأمور یقتضی الالتزام بدخول العمودین فی ملک الابن آنا ما، ثم انعتاقهما علیه من غیر ان یکون لهذه الملکیه دوام و ثبات. بل حصولها مقدمه لزوالها. و اذن فالالتزام بهذه الملکیه یقتضی تخصیص ما دل علی ان الإنسان لا یملک عمودیه، و لا یمکن الالتزام بتخصیص ما ذکرناه- و هو انه لا یمکن صدق مفهوم البیع علی ضده- بدیهه ان الاحکام العقلیه غیر قابله للتخصیص. و هذا واضح لا ریب فیه.

و قد ظهر لک من مطاوی ما ذکرناه ان الإنسان یملک عمودیه آنا ما ملکیه تحققیه لا ملکیه تقدیریه فرضیه علی ما اشتهر فی ألسنه المحصلین، لعدم ترتب الأثر علی الملکیه التقدیریه بوجه. و علی هذا فلا وجه للمصنف ان یفرق بین شراء العمودین. و بین بیع الواهب عبده الموهوب أو عتقه حیث التزم بالملکیه الآنیه التقدیریه فی الأول و بالملکیه التحقیقیه فی الثانی مع أنهما من واد واحد.

و قد اتضح لک أیضا مما بیناه ان المراد من الجمع بین الأدله- الذی یوجب الالتزام بالملکیه الآنیه التحقیقیه- إنما هو الجمع بین الدلیل العقلی-: اعنی استحاله صدق مفهوم البیع علی ضده- و بین ما دل علی جواز شراء العمودین، و بین ما دل علی ان الإنسان لا یملک عمودیه، و لیس المراد من الجمع بین الأدله الجمع بین ما دل علی انه لا عتق إلا فی ملک و بین ما دل علی جواز شراء العمودین، و بین ما دل علی ان الابن لا یملک عمودیه، ضروره انه لو کان المانع عن شراء العمودین هو نفی جواز العتق

إلا فی ملک لأمکن تخصیصه بما دل علی جواز شرائهما و انعتاقهما من دون ان یترتب علیه محذور لعدم استحاله العتاق فی غیر الملک. و هذا بخلاف ما کان المانع هو الدلیل العقلی، فإنه غیر قابل للتخصیص هذا کله فی البیع.

و اما العتاق فهل یمکن ان ترجع نتیجته الی غیر المالک أم لا بد و ان ترجع الی المالک فقط؟

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۵

الظاهر أنه لا ریب فی صحه العتق عن غیر المالک، إذ لم یرد فی آیه و لا فی روایه و لا فی معقد إجماع عدم جواز ذلک و لم یقم دلیل عقلی أیضا علی استحالته. بل لو التزمنا- فی الناحیه الأولی باشتراط صدور العتق من المالک لما دل علی نفی جواز العتق إلا فی ملک، فان هذا لا یکون وجها للالتزام بعدم الجواز هنا، إذ المفروض أن المتصدی للعتق إنما هو المالک، لانه بنفسه أعتق عبده عن غیره تبرعا.

و نتیجه البحث: أن المالک إذا أعتق أحد ممالیکه عن نفسه أو عن غیره، أو أذن لأحد أن یعتقه عن نفسه أو عن المالک أو عن ثالث کان العتاق نافذا، إذ لا نری مانعا عقلیا و لا مانعا شرعیا عن ذلک. بل یدل علی نفوذه و لزومه قوله (تعالی) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، إذ لیس المراد بالعقد فی الآیه الکریمه هو العقد المصطلح الذی یحتاج إلی الإیجاب و القبول لکی تخرج الإیقاعات عن حدودها، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد علی ما أسلفناه فی البحث عن لزوم المعاطاه. و من الظاهر أن العقد بأحد هذین المعنیین یشمل الإیقاعات أیضا.

و قد تبین لک مما تلوناه علیک: أنا لا نحتاج فی تصحیح قول الرجل

لصاحبه أعتق عبدك عنى الى ما ذكره الأصوليون من دلالته على التمليك دلاله اقتضائيه- التى تتوقف عليها صحه الكلام عقلا أو شرعا- و وجه عدم الاحتياج الى ذلك ما ذكرناه قريبا من أن عتق المالك عبده عن غيره بمكان من الإمكان. و عليه فقول القائل لأخيه: أعتق عبدك عنى محمول على استدعاء العتق التبرعى المجانى. هذا كله ما يرجع الى بيان الكبرى الكليه فى حكم التصرف فى مال غيره مع إذن المالك فيه تصرفا تكوينيا أو اعتباريا.

ثم إنه يحسن بنا أن نصرف الكلام الى بيان انطباق تلك الضابطه على بعض الأمثله المعروفه فى الألسنه: و هو قول القائل: أعتق عبدى عن نفسك. و قوله أعتق عبدك عنى:

أما المثال الأول فإن رجع الى توكيل غيره فى تملك العبد ببيع و نحوه ثم عتقه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۶

عن نفسه فإنه لا يخالف القواعد الشرعيه. و إن لم يرجع ذلك الى التوكيل، بل أخذنا بظاهره، و هو العتاق المجانى، فإن قلنا بأن العتق لا يصدر الا من المالك- و ان كانت نتيجته راجعه إلى غيره- كان الكلام المذكور لغوا محضا فى نظر الشارع. و إن قلنا بجواز صدور العتق من غير المالك، مع إذن المالك فى ذلك صح الكلام المزبور بظاهره بلا احتياج إلى التأويل.

أما المثال الثانى:- أعنى به أعتق عبدك عنى- فإن رجع الى توكيل المالك فى شراء عبده للمستدعى ثم عتقه عنه فلا محذور فيه بوجه. و إن أخذنا بظاهره و قلنا بجواز العتق عن غيره تبرعا و مجانا- سواء أسبقه الاستدعاء، أم لم يسبقه ذلك- كان المثال المزبور صحيحا بظاهره بلا احتياج إلى التأويل، و الا فيكون لغوا محضا.

ثم إنه بقى هنا أمران، و يهمنا التعرض لهما:

الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز العتق عن غيره فهل يجزى ذلك عن العتق الواجب- كالكفاره و نحوها- أم لا؟

التحقيق: أنه لو

قلنا بجواز العتق عن شخص آخر لم يجز ذلك عن العتق الواجب لأنا ذكرنا فی مبحث التعبدی و التوصلی: أن إطلاق الأوامر المتوجهه إلی المكلفين يقتضی مباشرتهم بامتثالها، و من هنا لا تسقط الواجبات العباديه- كالصوم و الصلاه و الحج و نحوها- عن أی مكلف بامتثال غيره، و لا يقاس ذلك بالديون الماليه التی يجوز أداؤها لكل أحد مجانا، إذ علم فی الشريعه المقدسه ضروره أنه يجوز لأی شخص أن يؤدی دين أخيه المؤمن تبرعا، بل هو أمر استحبابی جزما.

الأمر الثانی: أنه هل يحكم بضمان المعتق عنه للمالك إذا استدعی منه عتاق عبده أم لا؟

لا شبهه فی عدم ضمانه بذلك إذا كان عتق المالك عبده عن غيره تبرعا و مجانا.

و إن لم يكن قصد المالك العتق المجانی فإن علم من حال المستدعی التماس العتاق مجانا فلا شبهه فی عدم الضمان أيضا، كما هو كذلك فی موارد التسؤل، و الا فيحكم بالضمان.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۷

و نظير ذلك قول القائل لأحد احمل هذا المتاع الی محل فلانی، أو احلق رأسی، أو غير ذلك، فان الآمر فی جميع هذه الموارد يضمن عمل المأمور جزما.

بحث فی جهات

اشاره

قوله: (و عرفت أيضا: أن الشهيد فی الحواشی لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی الخمس و الزكاه و ثمن الهدی).

أقول: بقيت هنا جهات من البحث لا بد من التعرض لها:

الجهه الاولی: أنه قد يناقش فی إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی ثمن الهدی

و لكن لا وجه لهذه المناقشه، لان الهدی قد يشتری بالثمن الكلی، ثم يعطی ذلك من مال المبيح و قد يشتری بالثمن الشخصی، و هو مال المبيح: أما الأول فلا شبهه فی صحته، إذ لا مانع من أداء الدين من مال شخص آخر مع اذنه فی ذلك أما الثانی فلا وجه له أيضا، إذ لم يدلنا دليل علی اعتبار كون الهدی ملكا لمن يجب عليه.

الجهه الثانيه: أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فی الخمس و الزكاه؟

اشاره

تاره نقول بتعلق الخمس و الزكاه بالعين، كما هو الظاهر. و أخری نقول بتعلقهما بالذمه، و علی كلا التقديرين يقع الكلام فی

ناحیتین:

الناحیه الاولی: أنه هل یجوز لأحد أن یعطی الخمس أو الزکاه المتعلقین بذمه غیره أو ماله؟

الظاهر هو عـدم الجواز: أما بناء علی تعلقهما بالعین فواضح. أما بناء علی تعلقهما بالذمه فلان الأوامر ظاهره فی ثبوت المکلف به فی ذمه نفس المکلف، و عدم سقوطه عنه بامتثال غیره إیاه إلا بدلیل خاص.

و من الظاهر ان الدلیل و ان دل علی جواز أداء الدین الثابت فی ذمه شخص

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۸

آخر الا ان شموله لما یعتبر فیه قصد القربه غیر معلوم. و أصاله الإطلاق یندفع بها احتمال سقوطه.

الناحیه الثانیه: أنه هل یجوز لمن تعلق الخمس أو الزکاه بماله أو بذمته أن یؤدیهما بمال شخص آخر؟

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزکاه بالعین لم یجز للمالک ان یعطیهما من مال غیره.

نعم یجوز له تبـدیلهما بغیره من ماله فقط لـدلیل خاص. و ان قلنا بتعلقهما بالذمه إما ابتداء- کما ذهب الیه جمع من الأصـحاب- أو قلنا بتعلقهما بالعین بدء، و لکنهما قد انتقلا إلی الذمه بعد إتلافهما فإن الظاهر انه لا شـبهه فی أدائهما من مال شخص آخر مع الاذن فیه، لا من ناحیه اعتبار قصد القربه فی ذلک و لا من ناحیه تعلقهما بالعین:

اما عـدم الشـبهه فی ذلک من الناحیه الاولی فلأن ما یعطی بـدل الخمس و الزکاه و ان کان ملکا لغیره، و لکن المتصـدی للأداء إنما هو نفس المکلف، فله ان یضیف ذلک الی المولی، و یأتی به امتثالا لأمره تبارک و تعالی.

اما عـدم الشـبهه فی ذلک من الناحیه الثانیه فلأن حق الساده و الفقراء إذا فرضـنا تعلقه بالـذمه ابتـداء أو انه انتقل إلی الـذمه بقاء لتلف العین کان لصاحب الذمه ان یطبقه علی ای فرد یرید.

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المکاسب)؛ ج ۲، ص: ۱۸۸

الجهه الثالثه: انه قد التزم المصنف- علی ما هو ظاهر کلامه- بالملکیه التقدیریه فی دیه المیت.

و لعله من ناحیه الجمع بین ما دل علی توقف الإرث علی الملک، و بین ما دل علی ان دیه المیت للوارث.

و التحقيق: انه ان قلنا بعدم توقف إرث الديه على الملك فلا مجال للالتزام بالملك التقديرى. و ان قلنا بتوقفه على الملك- كما هو مبنى كلام المصنف- فلا مناص عن الالتزام بالملكيه التحقيقيه، إذ لا يترتب اثر على الملكيه الفرضيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۸۹

أقسام الإباحه المعوضه

اشاره

قوله: (و اما الكلام فى صحه الإباحه بالعوض سواء صححنا إباحه التصرفات المتوقفه على الملك، أم خصصنا الإباحه بغيرها).

أقول: محصل كلامه: أن البحث هنا يقع فى ناحيتين:

الاولى: فى صحه الإباحه بالعوض،

و قد نوقش فى ذلك بأنها خارجه عن المعاوضات المتعارفه المعهوده شرعا. على أنه يتأمل فى صدق عنوان التجاره عليها فضلا عن البيع.

نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل السلطنه، و دليل وجوب الوفاء بالشرط و يمكن ان يكون ذلك نوعا من الصلح، لان الصلح هو التسالم، و من البين أن ما نحن فيه مصداق للتسالم.

و دعوى: أن ذلك لم ينشأ بلفظ الصلح لكى يكون مصدقا له دعوى جزافيه، إذ لم يشترط فى حقيقه المصالحه إنشاؤها بلفظ الصلح. و من هنا حمل الأصحاب ما ورد فى الروايه «۱» قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى على المصالحه مع أنه لم ينشأ بماده الصلح أو التسالم. و من ذلك أيضا ما ورد «۲» فى مصالحه الزوجين

الناحيه الثانيه: أنه إذا قلنا بكون الإباحه بالعوض معاوضه مستقله فهل يحكم بلزومها مطلقا، أم من طرف المباح له، أم يحكم بجوازها مطلقا وجوه؟.

أقواها أولها، لعموم المؤمنون عند شروطهم، ثم أوسطها، لأن المباح له قد أخرج ماله عن ملكه دون المبيح، فان ماله باق على ملكه، و أنه مسلط عليه.

---

(۱) قد تقدمت هذه الروايه فى ص ۱۵۶.

(۲) راجع الوافى ج ۱۲ ص ۱۴۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۰

و التحقيق: أن الإباحه بالعوض خارجه عن حدود الصلح، بداهه أنها مغايره لمفهوم الصلح. و مجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحه.

و الا لزم إرجاع جميع العقود- حتى النكاح- الى الصلح بل الإباحه بالعوض تتصور على وجوه شتى:

١- أن تجعل نفس الإباحه عوضا فى المعامله: بأن يقول أحد لصاحبه: بعتك هذا الكتاب بإزاء أن تبيحنى كتابك الآخر و هذا لا شبهه فى صحته و لزومه للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها.

و دعوى: أن الإباحه من قبيل الاعمال و الأفعال، فهى لا تكون عوضا فى العقود المعاوضيه دعوى

جزافيه لأنا ذكرنا فى أول الكتاب: ان عمل الحر و إن لم يكن مبيعا فى البيع، و لكن يصح جعله عوضا فيه. و اذن فلا نعرف وجها صحيحا لما ذكره المصنف من التأمل فى صدق التجاره عن تراض على الإباحه المعوضه.

و أما الاستدلال على صحه ذلك بقوله (ص): المؤمنون عند شروطهم «۱» فيرد عليه أولا: أن الشرط فى اللغه بمعنى الربط بين شيئين. و من الواضح أن الشروط الابتدائيه لا يصدق عليها عنوان الشرط. فتكون خارجه عن حدود الروايه.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول الروايه للشروط الابتدائيه. و لكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعى: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفى: أى يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، لانه من علائم إيمانه.

۲- أن تكون الإباحه مشروطه بالتمليك: بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله.

۳- أن تكون الإباحه معلقه بالتمليك: بأن يبيح ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله.

---

(۱) راجع الوافى ج ۱۲ ص ۸۰.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۱

۴- أن يكون التمليك عنوانا للموضوع بأن يقول: أبحت مالى هذا لمن يملكنى عشره دنانير.

۵- أن يبيح ماله لزيد بداعى أن يملك زيد ماله إياه.

أما الوجه الثانى فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجه فبقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيح. و إن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التمليك، لوجوب الوفاء بالشرط.

أما الوجه الثالث فلا شبهه فى أن الإباحه فيه بمنزله الحكم و ما علقت به الإباحه بمنزله الموضوع. و عليه فإذا تحقق الموضوع- بأن ملك المباح له ماله للمبيح- تثبت الإباحه، كترتب وجوب الحج على وجود الاستطاعه الخارجيه. و

من هنا ظهر حكم الوجه الرابع أيضا.

أما الوجه الخامس فهو خارج عن حريم الإباحه المعوضه. إذ الداعى لا يعتبر عوضا، و لا يضر تخلفه فى المعاوضات و غيرها.

جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات

اشاره

الأمر الخامس: هل تجرى المعاطاه فى غير البيع من العقود و الإيقاعات؟.

تحقيق المقام: أنه إذا قلنا بأن مقتضى القاعده هو انحصار العقود و الإيقاعات بالألفاظ لم تجر المعاطاه إلا فى مورد قام دليل خاص- من نص أو إجماع أو سيره- على جريانها فيه، و ذلك لأن المعاطاه حينئذ على خلاف القاعده، فيقتصر فى مخالفتها على مورد الدليل.

و إذا قلنا بأن القاعده تقتضى صحه إنشاء العقود و الإيقاعات بكل ما هو صالح لابراز الاعتبار النفسانى جرت المعاطاه فى جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها فى فرد خاص، أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشى ء خاص.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۲

و لكن الظاهر أنه لم يرد- فى آيه و لا فى روايه و لا فى معقد إجماع- انحصار المبرز فى جميع العقود و الإيقاعات بمبرز معين. و عليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاه فى جميعها إلا ما خرج بالدليل. و إذن فيكون ما هو المنشأ بالافعال من المعاملات مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما.

ثم إنه منع شيخنا الأستاذ عن جريان المعاطاه فى النكاح و الوصيه و التدبير و الضمان:

أما الوجه فى عدم جريانها فى النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لضده- و هو الزناء- بل هو مصداق له حقيقه و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا يمكن إنشاء شى ء من الأمور الإنشائيه بضده.

أما الوجه فى عدم جريان المعاطاه فى الوصيه و التدبير و الضمان فلأنها أمور لا

تنشأ إلا بالقول، ضروره أنه ليس فی مواردها فعل يكون مصداقا لأحد هذه العناوين المذكوره، بداهه أن انتقال الدين من ذمه إلى ذمه- الذی هو معنى الضمان- لا يمكن أن يتحقق بأی فعل من الأفعال، و كذلك العتق و الملكيه و القيمومه بعد موت الموصی. انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه: أن كون الفعل ضدا للنكاح إنما هو من ناحيه أن الشارع قد اعتبر فی عقد النكاح مبرزا خاصا- و هو اللفظ- و لا ريب فی أن مورد البحث فی المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك. و عليه فالزوجيه فی نفسها- مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزا خاصا- قابله للإنشاء بالفعل. و عليه فيكون الفعل بنفسه مصداقا للنكاح بالحمل الشائع.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا ما أفاده شيخنا الأستاذ و لكنه مختص بالفعل الخاص، و لا يعم كل فعل من إشاره و نحوها.

فغايه الأمر: أنه لا تحصل الزوجيه فی نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقا للتزويج عرفا و فی نظر العقلاء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۳

أما الضمان فلعل وجه المناقشه فی عدم حصوله بالمعاطاه أنه نقل المال من ذمه إلى ذمه، فلا يتحقق بالفعل الخارجی.

و لكن يتوجه عليه: أن النقل إنما هو فی عالم الاعتبار- كالتمليك فی البيع و غيره- و الاعتبار أمر قائم بالنفس، و اللفظ أو الفعل مبرز له، و لا مانع من أن يكون الفعل مبرزا لاعتبار الانتقال و إن كان هو الإشاره و نحوها.

أما التدبير و الوصيه فمنشأ المناقشه فيهما إنما هو حصر الإنشاء المعاطاتی بالإعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه لا يعقل إنشاء العناوين المذكوره بذلك، بداهه أنهما أمران استقباليان،

فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقق قبل الموت.

و عليه فكل ما يوجد فى الخارج من الأفعال لا يكون مصداقا للتدبير أو الوصيه.

و الجواب عن ذلك:

أن عنوان المعاطاه لم يرد فى دليل خاص لكى يقتصر على تحقق التعاطى من الطرفين حفظا لذلك العنوان، بل إنما التزمنا بمشروعيه المعاملات المعاطاتيه من ناحيه قيام الفعل مقام القول فى إبراز الأمور النفسانيه. و على هذا فلا يختص الإنشاء الفعلى بالإعطاء و الأخذ الخارجيين. بل يجرى ذلك فى جميع ما هو قابل لابراز الاعتبار النفسانى من الإشاره و غيرها، و من هنا يصح طلاق الأخرس بالإشاره المفهمه.

و على الجمله: إن القاعده الأوليه تقتضى جريان المعاطاه فى جميع العقود و الإيقاعات. بداهه أنها ليست إلا الاعتبارات النفسانيه المبرزه بمبرز خارجى فعلى أو قولى. فإنه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الإيقاع. فيكون مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات، نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ فى إنشاء عقد النكاح، و اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الطلاق. و عليه فيكون ذلك تخصيصا للقاعده المذكوره كما لا يخفى.

و قد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود و الإيقاعات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۴

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعامله كالاعطاء و الأخذ الخارجيين، فإنه يصدق عليهما عنوان البيع و نحوه. و بعض الأفعال لا يصدق عليه ذلك، كإخراج الرجل زوجته من بيته، فإنه لا يصدق عليه عنوان الطلاق. كما اتضح لك أيضا: أنه لا احتياج الى تطويل الكلام هنا بالنقض و الإبرام، كما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين.

ثم إنه نوقش فى جريان المعاطاه- على القول بكونها مفيده للملك- فى الهبه، لقيام الإجماع على أن الهبه لا تفيد

الملكيه إلا ـ بالإيجاب و القبول اللفظيين و عليه فجريان المعاطاه فى الهبه متوقف على القول بإفاده المعاطاه الإباحه، و هذا مخالف لمذهب المحقق الثانى فبناء على مسلكه لا تجرى المعاطاه فى الهبه.

و لكن هذه المناقشه واضحه الاندفاع، بداهه أنه ليس هنا إجماع آخر غير الإجماع الذى توهم قيامه على اعتبار اللفظ فى إنشاء مطلق العقود و الإيقاعات- كما نبه عليه السيد فى حاشيته- و من الواضح أن هذا الإجماع ليس بتمام.

ثم إنه وقع الخلاف بين الأصحاب رضوان اللّه عليهم فى جريان المعاطاه فى طائفه من العقود و الإيقاعات:

١- القرض حيث إنه و إن كان مقتضيا، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض الخارجى.

و عليه فلو انعقد القرض بمجرد الفعل: أعنى به القبض و الإقباض لزم منه اتحاد المقتضى و الشرط، و هو محال، ضروره أن المقتضى يغاير الشرط فى الوجود، و إذا فرضنا اتحادهما لزم منه اجتماع الضدين، و هذا واضح لا ريب فيه.

و أضف الى ذلك: أن رتبه الشرط متأخره عن رتبه المقتضى، فلو فرض اتحادهما لزم منه أن يكون شى ء واحد متقدما و متأخرا. و الجواب عن ذلك:

أن الحكم الشرعى إنما يتحقق بجعل الشارع، و يستحيل أن يؤثر فيه موجود خارجى بنحو الاقتضاء أو الاشتراط. و التعبير عن موضوع الحكم بالسبب أو الشرط اصطلاح من العلماء. و واقع الأمر أنه لا سببيه و لا شرطيه، بل الحكم قد جعل على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ١٩٥

نحو القضيه الحقيقيه على الموضوع المقدر وجوده بخصوصياته المعتبره فيه. فقد اعتبر فى صحه القرض تحقق الإنشاء و حصول القبض، فقد يتعددان وجودا و قد يتحدان. نعم الشرط العقلى- الذى هو عباره عما تتم به فاعليه الفاعل، أو قابليه القابل- يستحيل اتحاده مع المقتضى، لاستلزامه ما تقدم من المحذور.

و يكشف عما ذكرناه أنه لو تمت المناقشه المذكوره لجرى مثلها فى الهبه و بيع الصرف و السلم، مع أن

وضوح تحققها بالقبض الساذج كالشمس فی کبد السماء.

۲- الرهن حیث إن المعاطاه إما تفید الإباحه المجرده، أو الملکیه الجائزه،

و من البین أن کلتیهما لا تلائم الرهان، بداهه أن العین المرهونه وثیقه للمرتهن. و بدیهی أن جواز الرهن ینافی الاستیثاق. و الجواب عن ذلک:

أن القول بالإباحه أو الملکیه الجائزه إنما هو من ناحیه توهم الإجماع علی أن المعاطاه لا تفید الملکیه أصلا، أو الملکیه اللازمه من أول الأمر، و إلا لکانت المعاطاه مشموله للأدله الداله علی صحه العقود و الإیقاعات و لزومهما و من الظاهر أن الإجماع دلیل لبی، فلا یؤخذ منه الا بالمقدار المتیقن، و هو العقود التی تتصف باللزوم تاره و بالجواز أخری و اما العقود التی هی لازمه فی ذاتها- کالرهن- فهی خارجه عن معقد الإجماع، و لا أقل من الشک فی ذلک. فهو کاف فی إثبات مقصودنا.

و الذی یدلنا علی هذه النکته القیمه: أن کلمات أغلب المجمعین ظاهره، بل صریحه فی أن المعاطاه مفیده للإباحه أو الملک الجائز. و لیس معقد الإجماع فی کلماتهم أن ما لیس فیه لفظ من العقود و الإیقاعات فهو غیر لازم و إذن فلا بأس بجریان المعاطاه فی الرهن و یکون لازما من أول الأمر إذ لا نطمئن بدخوله فی معقد الإجماع المتقدم.

و یضاف إلیه: أن ذلک الإجماع لیس بحجه، لعدم العلم بکشفه عن رأی المعصوم علیه السلام. و ما هذا شأنه لا یکون دلیلا علی إثبات الحکم الشرعی.

۳- الوقف حیث إنه صدقه فی سبیل اللّه، فیکون لازما،

لانه لو کان جائزا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۶

لأمکن رجوعه، و ما کان للّه لا یرجع، و علیه فلا تجری فیه المعاطاه التی هی جائزه فی نفسها.

و لکن قد اتضح جوابه مما ذکرناه فی الرهن. علی أنه لم یثبت کون الوقف من الأمور القربیه و یضاف الی ذلک قیام السیره القطعیه علی تحقق الوقف

بالمعاطاه، إذ كثيرا ما يوقفون الأمتعه بالمعاطاه، كالفراش و السراج و الظرف و غيرها.

و قد ظهر مما ذكرناه- من جريان المعاطاه فى الوقف- جريانها فى العتق أيضا.

كما اتضح لك من جميع ما بيناه جريانها فى كل عقد و إيقاع، و أن الإنشاء الفعلى فى جميع ذلك قائم مقام الإنشاء القولى، إلا ما خرج بالدليل، كالطلاق و النكاح.

ملزمات المعاطاه

الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه.

قد ذكرنا- فى الأمر السابق و غيره- أن الإنشاء الفعلى قائم مقام الإنشاء القولى فى جميع المعاملات، و أن هذا الإنشاء الفعلى يصدق عليه عنوان المعاطاه، و يكون مشمولا للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما. و عليه فلا مجال للبحث عن ملزمات المعاطاه. و هذا بين لا ريب فيه.

نعم يحسن بنا البحث عن ذلك تبعا للمصنف. و قد أسس هو (ره) أصلا أمام البحث عن ملزمات المعاطاه، و حاصله: أنه بناء على إفاده المعاطاه الملك فالأصل فيها اللزوم، لما أسلفناه من الوجوه الثمانيه الداله على لزوم جميع العقود التى منها المعاطاه.

و على هذا فالأصل فى المعاطاه هو اللزوم، أما بناء على القول بالإباحه فمقتضى الأصل فيها هو عدم اللزوم، لأنه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته، لأن الناس مسلطون على أموالهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۷

و قد يتوهم: أن الإباحه الثابته قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابته بعد رجوعه أيضا، إذ الأصل بقاؤها على حالها.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان دليل السلطنه حاكم على الأصل المذكور و يضاف الى ذلك: أن الاستصحاب لا يجرى فى الشبهات الحكميه.

ثم إنك قد عرفت- فى البحث عن لزوم المعاطاه- أن ما نظمه المصنف

من الوجوه الثمانيه التى استدل بها على لزوم المعاطاه لا- يتم إلا- بعضه. و قد تقدم أيضا- فى الأمر السابق و غيره- أن دعوى الإجماع على عدم لزوم المعاطاه- لكى يكون ذلك تخصيصا للأدله الداله على لزوم المعاملات- دعوى جزافيه، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى على ذلك. و على هذا فلا وجه للبحث عن ملزمات المعاطاه، لأنها لازمه من أصلها. نعم بناء على ثبوت الإجماع على جوازها- كما هو مبنى المصنف- فلا بد من التكلم فى ملزماتها.

و لا- يخفى عليك: أن الإجماع على جواز المعاطاه- على تقدير تماميته- ليس مفاده هو الجواز فى زمان دون زمان حتى يقال: إنه بعد ثبوت الجواز من أول الأمر لا- معنى للرجوع الى العمومات و إنما المرجع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص، بل معقد الإجماع هو حصه خاصه من الجواز. و هى حل العقد بتراد العينين، و هذا أمر ثابت غير محدود الى زمان. أما الجواز من دون تراد فهو لم يثبت من أول الأمر.

و المراد من الملزم- هنا- ما لا يتمكن معه المتعاطيان من حل المعاطاه، لانتفاع موضوع الجواز، و هو تراد العينين.

و بذلك يظهر: أنه لا وجه لما أفاده السيد فى حاشيته، و إليك نصه بلفظه:

(لا يخفى أن هذا الأصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الإجماع على الجواز فى الجمله، و اشتراط اللزوم بالصيغه، و المفروض فى المقام إنما هو بعد الإجماع المذكور. إذ الكلام فى الملزمات، و الملزم فرع ثبوت الجواز. و معه لا يتم من الوجوه الثمانيه إلا استصحاب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۸

الملكيه منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجا عنها من أول الأمر).

و على الجمله: إنا إذا

قلنا بإفاده المعاطاه الملكيه فلا شبهه فى أصاله اللزوم مع الشك فى ارتفاع الملكيه و بقائها و إذا قلنا بإفادتها الإباحه فقد ذكر المصنف: ان الأصل فيه هو الجواز.

و لكن الظاهر: أن الأصل فيه هو اللزوم و تفصيل ذلك: أنه إذا لم يتحقق فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم فلا بأس بما ذكره المصنف من التمسك بدليل السلطنه لإثبات جواز الرجوع لكل من المتعاطيين الى ماله، إذ المفروض أنه لم يتحقق فى الخارج ما يمنع المالك عن إعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعامله المعاطاتيه- و ان وقع فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم- فلا يجوز التمسك بدليل السلطنه لجواز رجوع المالك الى ماله، لان القدر المتيقن من الإباحه الثابته بالإجماع و السيره ما لم يتحقق فى الخارج ما يحتمل معه اللزوم. و الا فنتمسك بالأدله الداله على صحه المعاطاه و لزومها، فيحكم بترتب الملكيه عليها ملكيه لازمه.

و أورد شيخنا الأستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافى ما ذكره فى الأمر الرابع فى الإباحه بالعوض من أن الأقوى اللزوم، فان مدرك الأقوال الثلاثه جار فى مطلق ما يفيد الإباحه، سواء كان قصد المتعاطيين الإباحه أو التمليك مع ترتب الإباحه على فعلهما، فان وجه الجواز مطلقا هو أن العقود التسليطيه دائره مدار الاذن و التسليط.

و وجه اللزوم مطلقا كفايه عموم المؤمنون عند شروطهم لإثبات اللزوم.

و وجه التفصيل أن المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه ثانيا دون المبيح، فإنه باق على سلطنته، فإذا كان مختار المصنف اللزوم فكيف يصح قوله: و اما على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم).

و يرد عليه: أن مورد البحث فى المقام انما هو المعاطاه المقصود بها

الملك و عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۱۹۹

فلا وجه للتمسك بقوله (ص): المؤمنون عند شروطهم «۱» لان ما التزم به المتعاطيان- و هو الملك- لم يتحقق فى الخارج، و ما حصل فى الخارج- و هو الإباحه الشرعيه- لم يقصداه، و لم يلتزما به.

و هذا بخلاف ما أفاده المصنف فى الأمر الرابع، فان كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاه المقصود بها الإباحه المعوّضه و عليه فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط، و يكون ذلك حاكما على دليل السلطنه.

ثم ذكر المصنف

(أن تلف العوضين ملزم إجماعا على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر: أما على القول بالإباحه فواضح، لان تلفه من مال مالكه، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه. و توهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع. بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه، و لم يرد الرجوع. إنما الكلام فى الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعا).

و يرد عليه: أن هذا البيان إنما يتم على القول بكون الإباحه المترتبه على المعاطاه- المقصود بها الملك- إباحه مالكيه. و لكن قد ذكرنا مرارا انها إباحه شرعيه و عليه فيجرى هنا ما أفاده المصنف- عند التكلم على كلام بعض الأساطين- من الالتزام بحصول الملكيه آنا ما قبل التلف و انما التزم بذلك هناك من ناحيه الجمع بين الأدله و إذن فاللازم عليه أن يحكم هنا بكون التلف فى ملك المالك الثانى، و كونه ضامنا بالمسمى، بديهه أن الإجماع يقتضى عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمه، إذ المفروض أن المعاطاه لم تفد إلا الإباحه، و

قاعده ضمان اليد تقتضى كون التلف من ذى اليد. و أصاله بقاء المال فى ملك مالكه الأول يقتضى عدم تحقق الملكيه إلا آنا ما قبل التلف. و إذا حصلت الملكيه فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمى و هذا واضح لا ريب فيه.

---

(١) قد تقدم هذا الخبر فى ص ١۴١.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٠

قوله: (و اما على القول بالملك).

أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهه فى ثبوت الفارق بين جواز المعاطاه، و بين جواز البيع الخيارى، ضروره أن متعلق الجواز فى المعاطاه إنما هو العين بحيث إن لكل من المتعاطيين أن يسترد ما أعطاه لصاحبه- نظير الجواز فى الهبه المتعلق برد العين الموهوبه- فإن هذا هو المتيقن من جواز المعاطاه الثابت بالإجماع و لم يثبت جواز المعاطاه على نحو جواز العقد الخيارى لكى نستصحبه بعد التلف. و هذا بخلاف متعلق الجواز فى البيع الخيارى فإنه نفس العقد و من هنا قد عرف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد، و على هذا فلا موضوع لجواز التراد فى المعاطاه بعد تلف العينين، بخلاف جواز الفسخ فى البيع الخيارى، فإنه باق بعد تلف العينين أيضا، إذ المفروض بقاء متعلقه، و هو العقد.

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجى فهو غير مفيد، بديهه أن مجرد رد العين خارجا مع بقائها فى ملك الآخذ بالمعاطاه لا يترتب عليه أثر و إن كان المراد من التراد هو أن فسخ العقد لا يكون إلا بتراد العين خارجا، أو بعد تحقق التراد فى الخارج فهو متين: و لكنه ليس شيئا آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد، لأن الأدله الداله على لزوم العقود إنما تدل على لزوم

كل عقد و قد قام الإجماع على أن المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الإباحه إلى زمان معين، و من الواضح أن الإجماع دليل لبى، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين. و فى غير هذه الصوره يتمسك بعموم العام و اذن فلا بد للمصنف أن يعلل لزوم المعاطاه مع تلف العينين بأن المأخوذ بالمعاطاه إنما تلف من ملك المالك الثانى، فلا يجوز للمالك الأول أن يرجع إليه، إذ المتيقن من جواز الرجوع انما هو صوره الفسخ بتراد العينين و هو غير ممكن مع تلفهما.

قوله: (و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك)

أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهه فى لزوم العقد مع تلف احدى العينين على القول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۱

بالملك، لأن جواز المعاطاه إنما يبقى مع إمكان تراد العينين، و المفروض أن إحداهما قد تلفت، و إذن فتصير المعاطاه لازمه.

أما على القول بالإباحه فربما يتوهم أن الأصل هنا عدم اللزوم، لأن الأصل أن سلطنه مالك العين الموجوده باقيه على حالها و لكن هذا التوهم فاسد، إذ الأصل المذكور معارض بأصاله براءه ذمه المالك المزبور عن مثل العين التى تلفت عنده و عن قيمته و عليه فهذه المعارضه معارضه بالعرض، لا معارضه بالذات. و دعوى ثبوت الضمان هنا لقاعده الضمان باليد دعوى جزافيه، ضروره أن اليد هنا ليست بيد ضمان، لا قبل تلف العين و لا بعده.

نعم يمكن أن يقال: إن أصاله بقاء السلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، لأن الشك فى الضمان مسبب عن الشك فى السلطنه، و من الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسببى مع

جریان الأصل السببی.

و أضف الی ذلک: أن مالک العین الموجوده ضامن ببدل العین التالفه جزما.

و إنما الاختلاف فی أن البدل المضمون هل هو البدل الحقیقی-: أعنی به المثل أو القیمه- أو البدل المسمی-: أعنی به العین الموجوده- و علیه فلا تجری هنا أصاله عدم الضمان لکی یتوهم تعارضها بأصاله بقاء السلطنه، بدیهه أن أصاله براءه الذمه مخالفه للعلم الإجمالی بالضمان و من البین أن العلم المذکور مانع عن جریان أصاله براءه الذمه: و إذن فتصبح أصاله بقاء السلطنه سلیمه عن المعارض.

و یضاف الی ذلک کله: أن عموم دلیل السلطنه کما یقتضی تسلط مالک العین الموجوده علی ماله: بأن یأخذه من صاحبه. کذلک یقتضی تسلط مالک العین التالفه علی ماله: بأن یأخذ بدله الحقیقی- من المثل أو القیمه- من الطرف الآخر. و علی هذا فلا یختص دلیل السلطنه بطرف واحد، بل یجری ذلک فی کلا الطرفین. و حینئذ فلا مجال للتمسک بالدلیل الفقاهی-: أعنی به استصحاب براءه الذمه عن المثل و القیمه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۲

مع وجود الدلیل الاجتهادی-: أعنی به دلیل السلطنه- انتهی ملخص کلام المصنف.

و فیه مواقع للنظر و المناقشه و یتضح لک ذلک فی ضمن أسئله و أجوبتها:

۱- أن الید الموضوعه علی المأخوذ بالمعاطاه- علی القول بالإباحه- هل توجب الضمان؟.

الظاهر: أن الید هنا ید ضمان، ضروره أن المعاطاه و إن کانت مفیده للإباحه إلا أن الأخذ و الإعطاء فیها لیسا بمجانیین، بل فی مقابل العوض المسمی. و علیه فإذا تلفت احدی العینین و بقیت الأخری کانت العین الباقیه بدلا جعلیا عن العین التالفه و من هنا قد التزم المصنف- عند البحث عن کلام بعض الأساطین- بالضمان المعاوضی فی المأخوذ بالمعاطاه،

و انما التزم بـذلك من ناحيه الجمع بين الأدله و إذا لم تكن العين الباقيه بـدلا جعليا عن العين التالفه وجب الخروج عن عهـدتها بإعطاء المثل أو القيمه.

نعم لا تكون اليد موجبه للضمان فى موردين:

الأول: أن يسـلط المالك غيره على التصـرف فى ماله مجانا و بلا عوض، فتلف المال عند المتصرف، فان اليد هنا ليست مضمنه، لان المالك قد ألغى احترام ماله بتسليط غيره عليه بلا عوض. و هذا هو الحجر الاساسى للقاعده المعروفه: و هى كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

الثانى: أن تكون اليـد يد أمانه- سواء فى ذلك الأمانه الشـرعيه و الأمانه المالكيه- فإن يد الامانه لا توجب الضـمان، ضـروره أنه ليس على الأمين سبيل. و لا ريب أن كلا الوجهين بعيد عما نحن فيه. و إذن فلا مناص- فى المقام- عن القول بالضـمان، لقاعده ضمان اليد.

٢- إذا تلفت احدى العينين و بقيت الأخرى فهل تبقى سلطنه المالك فى العين الباقيه على القول بالإباحه؟.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٣

لا نعقل وجها صـحيحا لبقاء سـلطنه المالك فى العين الباقيه على القول بالإباحه: أما على مسـلكنا فلأن الأدله قد دلت على صحه المعاطـاه و لزومهـا من أول الأمر، و قـد خرجنا عن ذلك حسب الفرض- من قيام الإجماع على عـدم الملكيه من أول الأمر- فى المقـدار المتيقن و هو مـا إذا كـانت العينـان موجودتين. أمـا إذا تلفت إحـداهما فلا إجماع على عـدم الملكيه فى الآن المتصـل بالتلف فيتمسك بتلك الأدله، و تثبت بها الملكيه اللازمه فى ذلك الآن.

أمـا على مسـلك المصـنف فلأن الجمع بين الأدله- على مـا صـرح به فى جواب الشـيخ كاشف الغطاء رضوان اللّه عليه حين ما ادعى أن القول

بالإباحه يستدعى تأسيس قواعد جديده- يقتضى الالتزام بالملكيه فى آن قبل تلف احدى العينين. و على كل حال فقد تلفت العين فى ملك مالكها الثانى. و انتقل ماله الى الطرف الآخر. و مع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها. بل لو قلنا ببقاء السلطنه- فى العين الموجوده- للمالك الأول لزم منه الجمع بين العوض و المعوض على مسلكنا و مسلك المصنف كليهما.

بل لزم منه الجمع بين المتنافيين، ضروره أن الحكم بالملكيه مع تلف احدى العينين يقتضى انقطاع سلطنه المالك الأول عن العين الموجوده و من الواضح أن القول بثبوتها له مناف لذلك.

و قد انجلى لك مما بيناه: أنه لا وجه للقول باستصحاب سلطنه المالك الأول فى العين الموجوده، بداهه أن جريان الاستصحاب مشروط باتحاد الموضوع فى القضيه المتيقنه و القضيه المشكوكه، و إذا تلفت احدى العينين استكشفنا منه دخول كل من العوضين فى ملك أى من المتعاطيين. و إذن فيتعدد موضوع الاستصحاب بتعدد القضيه المتيقنه و القضيه المشكوكه، و معه لا مجال للاستصحاب.

نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادى كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجوده فى ملك مالكها الأول. و يترتب عليه جواز انتزاعها من يدمن هى بيده بقاعده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۴

السلطنه، كما أن مقتضى الأصل بقاء العين التالفه فى ملك الآخر الى زمان تلفها، و يترتب عليه الضمان بالمثل أو القيمه.

و لكن هذا مقطوع العدم، لأنا نعلم بأن ذمه من تلف عنده المال غير مشغوله بشى ء ما لم يطالبه الآخر و عليه فبقاء كل من المالين فى ملك مالكه الأول معلوم البطلان و اذن فلا مجال لاستصحاب السلطنه، لا فى العين الباقيه. و لا فى العين

التالفه.

و مما ذكرناه يظهر عدم جواز التمسك لإثبات سلطنه المالك الأول على العين الباقيه بقاعده السلطنه. و عليه فلا وجه لتمسك المصنف بها لإثبات السلطنه لكل من الطرفين، سواء فيه مالك العين الموجوده و مالك العين التالفه بل لو أغمضنا عما ذكرناه من الجزم بثبوت الملكيه للآخذ قبل التلف- و لو بآن- لم يمكن التمسك بقاعده السلطنه فى المقام، لأن التمسك بها لإثبات السلطنه لأحد المتعاطيين أو لكليهما من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه، فإن التمسك بدليل السلطنه إنما يصح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنه، و هو المال المضاف الى المالك، و من المحتمل خروج المال الذى انتقل الى غيره- ببيع و نحوه- عن حدود ذلك الموضوع بحيث صار موضوعا لسلطنه المنقول اليه. و بديهى أنه مع الشك فى ذلك لا مجال للتمسك بدليل السلطنه. و كذلك الحال فى إثبات السلطنه بدليلها فى العين التالفه. و عليه فان جرى استصحاب الملكيه ترتب عليه جواز رجوع المالك بماله و إلا لم يمكن التمسك بقاعده السلطنه لإثبات جواز الرجوع، لأن الشبهه مصداقيه.

٣- أن أصاله بقاء السلطنه على تقدير جريانها هل تكون حاكمه على أصاله البراءه عن الضمان بالمثل أو القيمه؟.

ذهب المصنف (ره) الى ذلك. و يمكن تقرير الحكومه بوجهين:

الأول: أن يقال إن الشك فى ثبوت الضمان بالمثل و عدمه مسبب عن الشك فى بقاء سلطنه المالك الأول و عدم بقائه، و الأصل الجارى فى الشك السببى حاكم على الأصل الجارى فى الشك المسببى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٢، ص: ٢٠٥

الثانى: أن يقال إن الاستصحاب الجارى فى طرف يتقدم على البراءه الجاريه فى الطرف الآخر، لحكومه دليل الاستصحاب على دليل البراءه، فإذا علمنا بعدم مطابقه أحدهما للواقع- كما

هو الحال فی المقام- تعین العمل بالاستصحاب، و یرتفع بذلک موضوع البراءه. و قد ذهب الی هذا جمع من المحققین. و علیه فیجری استصحاب السلطنه، فیحکم بالضمان بالبدل الواقعی دون المسمی.

أما الوجه الأول فیرد علیه: أنا ذکرنا فی محله أن مجرد کون أحد الأصلین سببیا و الآخر مسببیا لا یسوّغ حکومه الأول للثانی، بل لا بد فی ذلک أن یکون ارتفاع الثانی أو ثبوت ضده أثرا شرعیا للأول، و من البدیهی أن عدم البراءه عن الضمان بالمثل- أو القیمه لیس من الآثار الشرعیه لاستصحاب السلطنه لکی یترتب علیه ارتفاع أصاله البراءه عن الضمان بالبدل الواقعی. و إنما الأثر الشرعی المترتب علی استصحاب السلطنه هو جواز رجوع مالک العین إلیها.

و من لوازمه العقلیه ضمانه بالبدل الواقعی للعین التالفه، ضروره قیام القرینه الخارجیه علی أن مالک العین التالفه لم یعطها لمالک العین الباقیه إعطاء مجانیا، و من البدیهی أن هذه الملازمه الخارجیه لا تدلّ علی ارتفاع الأصل المسببی بالأصل السببی إلا علی القول بالأصل المثبت. و هذا واضح لا ریب فیه.

أما الوجه الثانی فیرد علیه أولا: أن دلیل الاستصحاب إنما یکون حاکما علی أصاله البراءه فیما إذا کان مجراهما واحدا، فان الواقع حینئذ یحرز بالاستصحاب فلا یبقی مجال للرجوع إلی البراءه. أما إذا تعدد المجری فلا موجب للتقدیم، فإذا علمنا إجمالا بوقوع نجاسه فی الماء أو علمنا بکون المائع الآخر بولا کان استصحاب عدم وقوع النجس فی الماء معارضا بقاعده الطهاره فی المائع الآخر، لا أن الاستصحاب یجری و تثبت به نجاسه ذلک المائع، و المقام من هذا القبیل إلا أن یلتزم بحجیه الأصل المثبت، فإنه لا مانع حینئذ من جریان الاستصحاب و حکومته علی أصاله الطهاره

أو أصاله البراءه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۶

و عليه فالعمل باستصحاب السلطنه، و تقديمه على أصاله براءه الذمه عن الضمان منوط بحجيه الأصل المثبت، فيحكم بعدم براءه الذمه عن البدل الواقعى، لأنه من اللوازم العقليه لبقاء السلطنه.

ثانيا: أنه يمكن قلب أصاله البراءه عن الضمان بالمثل أو القيمه إلى استصحاب براءه الذمه عن المثل أو القيمه فإن ذمه مالك العين الموجوده لم تكن مشغوله بالبدل الواقعى للعين التالفه قبل التلف، فالأصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضا. و إذن فيقع التعارض بين الاستصحابين، و بعد ذلك يرجع الى أصاله البراءه.

و على الجمله لم نعقل وجها صحيحا لتقديم استصحاب السلطنه فى العين الموجوده على أصاله البراءه عن البدل الواقعى فى العين التالفه. نعم إذا تمسكنا فى المقام باستصحاب الملكيه فى كلا المالين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصاله البراءه، فإن الحكم باشتغال ذمه الطرف الآخر بالمثل أو القيمه من الآثار الشرعيه لبقاء ما تلف فى يده على ملك مالكه الأول. لكن قد عرفت ما فى هذا الاستصحاب آنفا.

و قد ظهر لك مما أوضحناه: أن أدله صحه البيع و لزومه إنما تدل على ترتب الملكيه على المعاطاه من أول الأمر غايه الأمر أنه على تقدير تحقق الإجماع لزم منه الالتزام بالإباحه الى أن تتلف احدى العينين. و أما مع التلف فيحكم بالملكيه قبله آنا ما، لعدم الإجماع حينئذ.

و لو أغضمنا عن الأدله الاجتهاديه الا أن استصحاب بقاء كل من المالين على ملك مالكه الأول قاض بضمان المثل أو القيمه، و معه لا تصل النوبه إلى أصاله البراءه عن الضمان بالمثل و القيمه، و لا الى استصحاب السلطنه فى العين الباقيه فضلا عن جريانه فى

العين التالفه.

قوله: (و لو كان أحد العوضين دينا فی ذمه أحد المتعاطيين فعلی القول بالملک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۷

يملکه من فی ذمته فيسقط عنه، و الظاهر انه فی حکم التلف، لان الساقط لا يعود.

و يحتمل العود و هو ضعيف).

أقول: قد ذکرنا سابقا- عند البحث عن النقوض المتوجهه علی تعريف البيع، و عند البحث عن الحق و الحکم- ان کل احد مالک لذمته و ما فيها بالملکيه الذاتيه التکونيه، لا بالملکيه الاعتباريه العرضيه، بداهه انه لا معنی للثبوت الاعتباری فی موارد الثبوت التکوينی، فإن الاعتبار فی أمثال الموارد لغو محض و تحصيل للحاصل. و عليه فإذا ملک الإنسان شيئا فی ذمه غيره فقد ملکه بالملکيه الاعتباريه، فإذا انتقل ذلک المملوک الی المملوک عليه- و هو المديون- تبدلت الإضافه الاعتباريه بالإضافه التکوينيه. و عليه فلا مجال للقول باستحاله مالکيه الإنسان لما فی ذمته و لو کانت الملکيه ملکيه ذاتيه. کما لا مجال لدعوی ملک الإنسان لما فی ذمته حدوثا و سقوطه بقاء إذ لو أمکن ملکه له ملکيه اعتباريه حدوثا أمکن ذلک بقاء أيضا و علی کل حال فالظاهر لزوم المعاطاه حينئذ من أول الأمر، و ذلک للعمومات الداله علی لزومها. و قد خرجنا عن ذلک بالإجماع و لکنه- علی تقدير تسليمه- مختص بما إذا أمکن التراد، و هو لا يمکن مع فرض کون أحد العوضيين دينا و بذلک يظهر أنه إذا کان أحد العوضين- دينا- و لو کان علی ذمه غير المتعاطيين- حکم بلزوم المعاطاه من أول الأمر.

قوله: (و الظاهر أن الحکم کذلک علی القول بالإباحه فافهم)

أقول: ربما يتوهم من ظاهر عباره المصنف أنه إذا کان أحد العوضين دينا فی ذمه أحد المتعاطيين حکم

بلزوم المعاطاه على القول بالإباحه، كما حكم بلزومها أيضا على القول بالملك.

و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن كون الإباحه موجبه لسقوط ما فى الذمه من الدين لا يزيد على التلف الحقيقى- على القول بالإباحه- و قد عرفت قريبا أن المصنف لم يلتزم باللزوم فى فرض التلف الحقيقى- على القول بالإباحه- بل التزم بجريان أصاله السلطنه فى العين الباقيه و الرجوع الى البدل الواقعى فى العين التالفه. و المظنون قويا أن غرض المصنف من تنزيل القول بالإباحه- هنا- على القول بالملك هو أن الإباحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۸

توجب سقوط الدين. كما أن التمليك يوجب سقوطه.

و قد ناقش فيه شيخنا الأستاذ بأن (إباحه الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط، لان كون الدين مباحا لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرفات فيه بإسقاطه عما فى ذمته و المصالحه عليه و سائر أنحاء التصرفات الجائزه على القول بالإباحه فيرجع مالك ما فى الذمه إلى ملكه الذى أباحه لمن عليه، لعموم الناس مسلطون و سائر الأدله).

ثم أجاب عن هذه المناقشه بأن (الإباحه التى هى محل البحث فى باب المعاطاه ليست بالمعنى الذى حملها عليه صاحب الجواهر من أن إفاده المعاطاه الإباحه إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطيين الإباحه، بل المراد منها التسليط المالكى على التقريب المتقدم، فإذا أوجدا مصداق التسليط فلا فرق بينه و بين الملك، فكما انه لا يعقل ان يتملك الإنسان ما فى ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطا عليه. فنتيجه التسليط أيضا السقوط و التلف، و التالف لا يعود).

و الصحيح ان القول باللزوم- فيما كان احد العوضين دينا- لا يتوقف على استحاله تملك الإنسان لما فى ذمته، أو

سلطنته عليه، و إلا فقد عرفت: ان مالكيه الإنسان لما فى ذمته. بمرتبه من الإمكان، بل هى من أعلى مراتب المالكيه، غايه الأمر ان قوام هذه المالكيه بالإضافه الذاتيه، لا بالإضافه الاعتباريه العرضيه، و كذلك تسلط الإنسان على ما فى ذمته، فإنه بمكان من الإمكان، بل القول باللزوم مبنى على ما ذكرناه من ان الأدله قد دلت على صحه المعاطاه و لزومها من أول الأمر، فلو قلنا بالملكيه، و سلمنا الإجماع على الجواز لم نقل به فى المقام، لان المتيقن من معقد الإجماع غير ما إذا كان احد العوضين دينا، كما أنا لو قلنا بالإباحه من جهه الإجماع على عدم الملكيه بالمعاطاه كان المتيقن من معقده غير ذلك أيضا.

فيلتزم بالملكيه و بلزومها بالمعاطاه من الأول فيما إذا كان احد العوضين دينا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۰۹

فى الذمه، لاستحاله تراد العينين حينئذ، فلا يشمله الإجماع القائم على الجواز أو الإباحه.

قوله: (و لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم إلخ)

أقول: إذا نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم فلا شبهه فى لزوم المعاطاه، ضروره أن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلى غيره كالتلف، سواء فى ذلك القول بالملك و القول بالإباحه. و على هذا فلو عادت العين ثانيا الى ملك الآخذ بالمعاطاه لم يثبت بذلك حق الرجوع لمالكها الأول، لسقوطه بنقل العين الى غيره، فعوده اليه ثانيا يحتاج الى دليل، و هو منفى. و كذلك الحال فى سائر التصرفات المتوقفه على الملك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا فارق فى لزوم المعاطاه بنقل العين الى غيره بين أن يكون ذلك بعقد لازم و بين كونه بعقد جائز [۱].

---

[۱] قد يتوهم: أن تعلق حق الرجوع بالمأخوذ بالمعاطاه يخرجه

عن كونه طلقا، و إذن فتبطل المعامله على ذلك قبل لزوم المعاطاه. و لكن هذا التوهم فاسد، لأن الخيار لم يتعلق بالعين، بل إنما تعلق بالعقد. قيل:

إن جواز التراد كان ثابتا قبل التصرف، و نشك فى سقوطه بعد التصرف الناقل مع رجوع العين الى المتصرف فنستصحبه. و الجواب عن ذلك: أن جواز الرجوع قد سقط بنقل العين الى غيره. فلا مجال لاستصحابه. بل إنما يستصحب عدم جواز الرجوع بعد رجوع العين إلى ناقله.

نعم قد وجهه بعض المحققين و إليك لفظه: (موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان، و هذا موضوع محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، و إنما الشك فى أن تخلل النقل رافع للحكم عن موضوعه.

و لكن يتوجه عليه: أن الجواز فى باب المعاطاه و إن كان متعلقا بالعقد- كبقيه الخيارات- إلا أنه ثابت بالإجماع. و من الظاهر أن المتيقن منه إنما هو عدم تحقق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۰

أما تغير العين المأخوذه بالمعاطاه فهو أيضا يوجب لزوم المعاطاه بناء على ما ذكرناه من أن القاعده تقتضى لزوم المعاطاه من حين العقد، فلو تم إجماع فالقدر المتيقن منه هو الجواز قبل وقوع ما يحتمل معه اللزوم، و أما بعده فيتمسك بإطلاق ما دل على اللزوم.

أما على مسلك المصنف (ره) فلا تصير المعاطاه لازمه بذلك، بديهه أن التغير لا يتوقف على الملك لكى نلتزم به من ناحيه الجمع بين الأدله، و نحكم بلزوم المعاطاه.

قوله: (و لو باع العين ثالث فضولا).

أقول: حاصل كلامه: أنه إذا باع العين ثالث فضولا- و قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكيه لم يبعد أن تكون إجازه المالك الأول رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته المتوقفه على الملك و لكنه لا يخلو عن إشكال.

و إن أجازه المالك الثانى لزمت المعاطاه بغير إشكال و إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه انعكس الحكم إشكالا و وضوحا: بمعنى أنه تنفذ إجازه المالك بغير شبهه، و لكن يتردد فى نفوذ إجازه المباح له فإذا أجاز العقد الواقع على العين فضولا نفذت إجازته. و أن العين باقيه فى ملك المالك، فإذا أجاز المباح له العقد الفضولى الواقع على العين لم تنفذ إجازته،

التصرفات المتوقفه على الملك و إلا فيسقط ذلك، فتصير المعاطاه لازمه و عليه فلا يبقى مجال للاستصحاب، لا من ناحيه التفصيل بين ما ثبت المستصحب بالدليل اللبى، و بين غيره، بل من ناحيه عدم وجود المستصحب، لأن موضوع جواز الفسخ هنا ليس مطلق ما يملكه المتعاطيان كما زعمه المحقق المذكور. بل ما يملكه المتعاطيان قبل تحقق التصرف المتوقف على الملك. و إذن فلا يبقى مجال لاستصحاب الجواز، لانتفاع موضوعه جزما، سواء فى ذلك القول بالإباحه و القول بالملكيه و عليه فأصاله اللزوم محكمه.

و قد تجلى لك مما أوضحناه أنه لا فارق فى سقوط الجواز و عدم عوده ثانيا بين أن يكون رجوع العين بالفسخ و الإقاله، و بين رجوعها بمعامله جديده أو إرث أو نحوهما.

و هذا بين لا ريب فيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۱

لأنه كغيره من الأجانب.

و التحقيق: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه، و أجاز المالك الأول العقد الفضولى الواقع على العين كانت إجازته رجوعا عن المعاطاه، لأن المفروض أن العين باقيه على ملكه، و الناس مسلطون على أموالهم، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولا كبيعه له بنفسه، فيكون فسخا للمعاطاه. و من هنا يظهر أن له رد العقد الفضولى أيضا، لأنه هو المالك، فله الإجازه و

الرد.

و هل يكون رده- على القول بالإباحه رجوعا- عن المعاطاه؟ قد يقال بعدمه نظرا الى أن رد العقد الفضولى لا يترتب عليه إلا بقاء ماله على ما كان عليه مملوكا له.

و هذا لا ينافى إباحته للمتعاطى فتبقى الإباحه على حالها.

و لكن فى هذا خلطا بين المعاطاه المقصود بها الإباحه و بين المعاطاه المقصود بها الملكيه مع ترتب الإباحه عليها بالتعبد ففيما إذا أعطى المالك ماله و قصد به الإباحه لم يكن رد العقد الواقع عليه فضولا رجوعا عن الإباحه بخلاف إجازته. و أما إذا أعطى ماله قاصدا به التمليك فهو أجنبى عن ذلك المال فى اعتباره. و الإباحه الشرعيه مترتبه على هذا الاعتبار حدوثا و بقاء فما دام هذا الاعتبار كان باقيا فهو أجنبى عن المال، فليس له رد العقد الواقع عليه فرده يكشف بالدلاله الالتزاميه عن رجوعه فى المعاطاه و إرجاع مملوكه الى نفسه، فكان الرد كالإجازه فى أنه يكون رجوعا عن المعاطاه.

و إن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولى صارت المعاطاه لازمه. فإن شأن الإجازه الصادره منه شأن البيع الصادر منه. فكما أن البيع توجب لزوم المعاطاه، كذلك الإجازه.

أما إشكال المصنف (ره) فى تأثير إجازته فلعله مبنى على أن الجمع بين الأدله- كما أفاده قدس سره- يقتضى الالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصرف المتوقف عليها و هذا لا يتحقق فى فرض الإجازه. و إنما يتحقق فى فرض بيعه بنفسه، و ذلك فان

الصحيح أن الإجازه كاشفه لا ناقله. و عليه فلا بد من الالتزام بدخول المال المعطى فى ملك المباح له قبل البيع الفضولى آنا ما، و هذا مناف للقول بالإباحه، كما هو المفروض نعم لو كانت

الإجازه ناقله صحت إجازه المباح له كبيعه بلا إشكال.

و يندفع هذا الاشكال بما ذكرناه من أن القول بالإباحه لم يدل عليه دليل غير الإجماع المدعى على عدم تأثير المعاطاه فى الملكيه. و إلا- فالاطلاقات وافيه بإفادتها لها- كما فى العقد اللفظى- و المتيقن من الإجماع على تقدير تسليمه إنما هو ما قبل صدور العقد الفضولى المتعقب بإجازته. و أما فى غيره فيتمسك بالإطلاقات، و تثبت بذلك الملكيه من حين صدور العقد، فيصح بإجازته، و ينتقل البدل اليه.

نعم لا- يؤثر رده فى إبطال العقد الفضولى، إذ المفروض أن العين باقيه فى ملك مالكها. و أما المباح له فليس له إلا- جواز التصرف فيها دون رد العقد الواقع عليها. و إن شئت قلت: إن غايه ما يترتب على رد المباح له أنه لا يضاف إليه العقد الفضولى. فتكون العين باقيه على حالها من عدم تصرف المباح له فيها. و هذا لا ينافى جواز تصرف المالك فيها بإجازته للعقد المترتب عليها فيكون هذا رجوعا عن المعامله المعاطاتيه هذا كله على القول بالإباحه.

أما على القول بالملك فان أجازه المالك الثانى كانت الإجازه نافذه بلا إشكال، لأنها إجازه من المالك، و لزمت المعاطاه، لانتقال العين الى شخص آخر. و إن رده سقط العقد الفضولى عن قابليته للإجازه منه أو من المالك الأول، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك، فيلغو العقد الواقع على ماله، على هو المعروف من عدم تأثير الإجازه بعد الرد.

و لكنه مع ذلك لا تخرج المعاطاه من التزلزل الى اللزوم، بديهه أن رده هذا ليس إلا هدما للعقد الفضولى، و جعله كالعدم، و هذا لا يلازم المعاطاه بوجه. و إن أجازه المالك الأول أورده كان ذلك

فسخا للمعاطاه، لما عرفته قريبا من دلاله الإجازه أو الرد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۳

على رجوعه عن عقد المعاطاه و الا فهو أجنبى عن إجازه العقد الواقع على ملك غيره و رده فالإجازه أو الرد كاشفه عن الرجوع بالدلاله الالتزاميه.

أما إشكال المصنف فى تأثير إجازته فلعله مبنى على أن فسخ المالك الأول و رجوعه عن المعاطاه إنما يؤثر من حينه، فالمبيع يرجع اليه من حين الفسخ. و هذا لا يمكن الالتزام به هنا، فإن الإجازه إذا صحت لا بد من أن تكشف عن الملكيه حال العقد، و المفروض أنه لا يمكن الالتزام به هنا، لفرض أنه لا موجب لرجوع المال الى مالكه الأول غير فسخه، و هو متأخر عن العقد الفضولى زمانا. نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازه- على القول بالنقل- إلا أنه خلاف المبنى.

و يمكن دفع الإشكال أولا: بأنه لو تم فإنما يترتب عليه عدم صحه العقد الفضولى بإجازه المالك الأول و لا يترتب عليه بقاء المعاطاه على حالها و عدم انفساخها بتلك الإجازه، ضروره أن الإجازه- كما عرفته- كاشفه عن رجوع المالك الأول لا محاله، سواء فى ذلك تأثيرها فى صحه العقد الفضولى و عدمه.

ثانيا: أن الكشف الذى التزم به المصنف (ره) هو الكشف الحكمى، دون الكشف الحقيقى، و الكشف الحكمى نقل حقيقه. و إنما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكيه السابقه من حين الإجازه. و بما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكيه السابقه- حال العقد- من حين الإجازه فلا يحكم بترتبها. بل يحكم بترتب الملكيه حال الإجازه.

ثم انه ذكر المصنف (ره): أنه

(لو رجع الأول فأجاز الثانى فإن جعلنا الإجازه كاشفه لغى الرجوع. و يحتمل

عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ.

و يلغوا الإجازه. و ان جعلناها ناقله لغت الإجازه قطعا)

و التحقيق: أن الإجازه- على القول بالكشف و يأتى فى مبحث البيع الفضولى- قد تكون منزله المعرف المحض لصحه العقد الفضولى من الأول من دون دخل لها فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۴

صحه العقد أصلا. و قد تكون دخيله فى تأثير الإنشاء السابق: إما على سبيل الشرط المتأخر. و إما على سبيل كونه قيدا على أن يكون المؤثر فى الملكيه هو الإنشاء السابق المقيد بتعقب الإجازه.

و على المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الإجازه الصادره من المالك الثانى- و إن تأخرت- تؤثر فى العقد الفضولى و اما رجوع المالك الأول- و إن تقدم- فلا يؤثر فى ذلك، إذ الإجازه تكشف عن انتقال المال عن مالكه الأول إلى غيره من حين العقد و حينئذ فالرجوع الصادر من المالك الأول لغو محض، فإنه رجوع بعد انتقال العين الى ثالث، فلا موضوع له. و الجواب عن ذلك:

أولا: أن هذا المعنى للكشف و إن كان محتملا فى مقام الثبوت، و لكن لا دليل عليه فى مقام الإثبات. بل الأدله الداله على اعتبار الرضا فى صحه العقد تدل على عدمه.

ثانيا: أنا لو سلمنا أن الإجازه المتأخره معرفه لصحه العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذى ينتسب إليه العقد بالإجازه، لا من كل أحد. و من الواضح أن رجوع المالك الأول يرفع موضوع الإجازه من المالك الثانى، فلا تكون إجازته صادره من المالك لكى تكون معرفه لصحه العقد من أول الأمر.

و بتعبير آخر: أن الإجازه المعرفه إنما هى الإجازه التى تصدر ممن يرجع إليه

أمر العين- التى وقع عليه العقد- بحيث يصح له أن يبيعها. و إذا فرض أنه خرج عن دائره اختياره بفسخ المعاطاه لم تصح الإجازه لكى تكون كاشفه. و بما ذكرناه يظهر حكم ما لورد المالك الأول، ثم أجاز المالك الثانى، حيث ذكرنا ان الرد رجوع منه فى عقد المعاطاه بالدلاله الالتزاميه.

و على المعنى الثانى فالأمر أوضح، بداهه أن المؤثر فى تأثير الإنشاء انما هو

الإجازه اللاحقه الصادره من المالك الثانى، لا كل اجازه- و إن صدرت من غير المالك- و قد عرفت آنفا أن المالك الثانى قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الأول. و عليه فلا تؤثر إجازته فى انتساب العقد إليه لكى يكون مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و اذن فالإجازه المتأخره الصادره من المالك الثانى لاغيه.

ثم لو رجع المالك الأول صريحا أو بالدلاله الالتزاميه- كما إذا أجاز العقد الفضولى أورده- و قارنته الإجازه من المالك الثانى فإن قلنا بشمول الإجماع- القائم على جواز المعاطاه- لصوره رجوعه حال إجازه المالك الثانى فلا يبقى مجال لإجازه المالك الثانى. و ان لم نقل بذلك كان رجوع المالك الأول- فى تلك الحاله- لاغيا.

هذا كله فى حكم المثمن. و قد ظهر من جميع ما تلوناه عليك حكم الثمن أيضا.

قوله: (و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد و يحتمل الشركه و هو ضعيف. أما على القول بالإباحه فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به).

أقول:

التحقيق: أنه لا قصور فى شمول العمومات- الداله على لزوم المعاطاه المقصود بها الملك- لمحل الكلام نهايه الأمر انه يحكم

بجوازها للإجماع. و من البين الذى لا شك فيه أن الإجماع- على تقدير تحققه- دليل لبى فلا بد من الاقتصار فيه على المقدار المتيقن، و هو ما كان المأخوذ بالمعاطاه موجودا عند الآخذ بالمعاطاه و متميزا عن غيره من جميع الجهات. و عليه فإذا امتزج ذلك بغيره لم نطمئن بوجود الإجماع على الجواز. و اذن فلا بد من الحكم بلزوم المعاطاه فى هذه الصوره. سواء فى ذلك القول بالملكيه و القول بالإباحه. و على هذا فلا وجه لما احتمله المصنف من الالتزام بالشركه على القول بالملك. كما لا وجه لاستصحاب بقاء السلطنه على القول بالإباحه.

و أضف الى ذلك قيام السيره القطعيه على عدم جواز الرجوع مع امتزاج

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۶

المأخوذ بالمعاطاه بغيره، إذ لو أخذ أحد دهنا من بقال- بالبيع المعاطاتى- فمزجه بدهن آخر فإنه لا يشك أحد فى أنه ليس للآخذ ان يرده إلى البائع. و احتمال أن تكون المعاطاه حينئذ لازمه من طرف المشترى و جائزه من طرف البائع بعيد غايته هذا كله فيما إذا لم يكن المزج موجبا لصدق التلف على المال المأخوذ بالمعاطاه، و الا كان الحكم باللزوم مع الامتزاج أوضح.

و قد اتضح لك مما بيناه حكم التصرف المغير للعين، كطحن الحنطه و فصل الثوب بل دعوى السيره المتقدمه هنا بمكان من الوضوح. و اذن فلا مجال لاستصحاب جواز التراد على القول بالملك. كما لا وجه للقول بعدم اللزوم على القول بالإباحه.

قوله: (ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير الفسخ فى العقود اللازمه حتى يورث بالموت، و يسقط بالإسقاط ابتداء أو فى ضمن المعامله. بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبه. و على القول بالإباحه

نظير الرجوع فى إباحه الطعام إلخ).

أقول:

لا- شبهه فى أن جواز الرجوع فى المعاطاه جواز حكمى، كجواز الرجوع فى الهبه و كجواز الرجوع فى إباحه الطعام- كما ذكره المصنف- الا أن جواز الرجوع فى العقود الخياريه أيضا من قبيل الحكم، لما عرفته فى البحث عن الحكم و الحق من أنه لا فارق بينهما بحسب الواقع، بل الفارق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أى حكم كان رفعه بيد المكلف يسمى حقا، و ما لا يكون كذلك يسمى حكما و الا فالحق أيضا حكم شرعى غايته أنه يقبل الارتفاع باختيار المكلف له و من الظاهر أن الجواز فى البيع الخيارى من هذا القبيل، بخلاف الجواز فى الهبه، و المتبع فى كل مورد هو دلاله الدليل.

ثم ان الجواز فى بيع المعاطاه انما ثبت لخصوص المتعاطيين، و لا- يثبت لوارثهما و الوجه فى ذلك: أن العمومات الداله على لزوم العقد تقتضى لزوم المعاطاه من أول الأمر لكونها عقدا بالحمل الشائع. و لكن الإجماع- على تقدير تسليمه- قد انعقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۷

على جوازها. و بما أنه دليل لبى فلا بد من الأخذ بالمقدار المتيقن منه. و من المعلوم أن المقدار المتيقن من الإجماع هو ثبوت الجواز فى المعاطاه ما دام المتعاطيان باقيين فى الحياه و لا إجماع على الجواز فيما إذا مات أحدهما أو كلاهما و إذن فتصير المعاطاه لازمه للعمومات المزبوره و عليه فلا- مجال لتوهم انتقاله الى الوارث بأدله الإرث. و لا يفرق فى ذلك بين القول بأن المعاطاه تفيد الملكيه أو الإباحه: أما على الأول فواضح أما على الثانى فلان الإباحه الثابته هنا ليست إباحه مالكيه. و إنما هى إباحه شرعيه قد ثبتت

بالإجماع، فإن الكلام إنما هو فی المعاطاه المقصود بها الملک. و قد انعقد الإجماع- علی تقدیر تسلیمه- علی عدم تأثیرها فی الملکیه، و ترتب إباحه التصرف علیها.

لکن القدر المتیقن من ذلک ثبوت الإباحه لنفس المتعاطیین، و عدم ترتب الملک علی المعاطاه فی زمان حیاتهما الی آن قبل موت أحدهما، و حیث لا إجماع بعد ذلک فالمرجع هی الإطلاقات. و بذلک تثبت الملکیه لهما فینتقل المال من المیت الی وارثه.

و إذن فمنزله ما نحن فیه منزله نقل العین المأخوذه بالمعاطاه إلی غیره بشی ء من النواقل الاختیاریه فکما أن الثانی ملزم للمعاطاه، کذلک الأول.

و أضف الی ذلک قیام السیره القطعیه علی لزوم المعاطاه بموت أحد المتعاطیین، إذ لم نر و لم نسمع الی الان رجوع الوارث إلی المأخوذ بالمعاطاه بعد موت مورثه. بل إذا أراد الرجوع الی ذلک عده الناس خارجا عن سلک العقلاء. و کذلک الحال فی رجوع الحی إلی ورثه المیت فیما أخذه منه بالمعاطاه، فالسیره کاشفه عن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلی وارث المیت و لزومه بلا فرق بین القول بأن المعاطاه تفید الملک، و القول بأنها تفید الإباحه.

و قد تبین لک مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطیین لم یجز الرجوع الی الآخر سواء فیه القول بالملک و القول بالإباحه، فإن الدلیل علی جواز المعاطاه إنما هو الإجماع- علی تقدیر تحققه- و لا نطمئن بوجوده فی هذه الصوره، بل یرجع الی أدله اللزوم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۸

علی کلا القولین و إذن فلا وجه صحیح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولی المجنون علی کلا القولین.

جریان الخیارات المصطلحه فی المعاطاه

اشاره

الأمر السابع: فی جریان الخیارات المصطلحه فی المعاطاه و عدم جریانها فیها.

قد تکلمنا فی ذلک

إجمالا فی الأمر الأول، و أو کل المصنف- هناک- البحث عن ذلک الی ما سیأتی، و هنا موعده فنقول:

لا ینبغی الشک فی عدم جریان الخیار و لا غیره من أحکام البیع علی المعاطاه المقصود بها الإباحه، إذ لا صله بین هذا القسم من المعاطاه و بین البیع بوجه لکی تجری علیها أحکامه بل شأن المعاطاه المقصود بها الإباحه شأن إباحه الطعام و نحوه فی الضیافات و غیرها. و هل یسوغ لأحد أن یتوهم جریان الخیارات- مثلا- فی الضیافات و أشباهها من أقسام الإباحات؟.

و أیضا لا ینبغی الشک فی جریان الخیار و سائر أحکام البیع علی المعاطاه المقصود بها الملک إذا قلنا بإفادتها الملک اللازم من أول الأمر، بداهه أنها علی هذا الرأی لا یقصر عن البیع اللفظی بشی ء فتکون موضوعا للأحکام الجاریه علیه حذو النعل بالنعل و القذه بالقذه، إذ لا نعرف وجها صحیحا لاختصاص الأحکام المزبوره بالبیع اللفظی. و إنما الإشکال فی جریان الخیار و سائر أحکام البیع علی المعاطاه المقصود بها الملک إذا قلنا بإفادتها الملک الجائز أو الإباحه.

و قبل تحقیق ذلک لا بد و أن یعلم أن الخیار علی ثلاثه أقسام:

۱- أن یثبت فیه بالاشتراط و الجعل

و لو من جهه اشتراط فعل علی أحد المتبایعین أو اشتراط صفه فی أحد العوضین، فان مرجع الاشتراط فی هذه الموارد الی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۱۹

جعل الخیار أیضا، لأنا لا نعقل وجها صحیحا لجعل الشرط فی البیع إلا ثبوت الخیار فیه للمشروط له علی تقدیر التخلف، بداهه أن مرجع الاشتراط إما الی توقف أصل العقد علی تحقق الشرط، أو الی توقف لزومه علیه. و علی الأول فیلزم التعلیق فی العقود، و هو مبطل للبیع إجماعا. و علی الثانی فلزوم العقد متوقف علی الوفاء بالشرط، و الا فهو جائز. و هذا هو

معنی کون العقد خیاریا.

۲- أن یثبت الخیار فی البیع بالشرط الضمنی حسب ما یقتضیه بناء العقلاء و الارتکاز العرفی

من غیر تصریح بالشرط فی ضمن العقد. و مثاله: أن یشتری أحد من غیره عرضا خاصا بدینار مع الجهل بقیمته الواقعیه فبان أنه لا یسوی إلا بدرهم، فإنه لا ریب فی ثبوت الخیار للمشتری، للارتکاز القطعی، و بناء العقلاء علی اشتراط البیع بکون العوضین متساویین فی المالیه و إذا تخلف ذلک ثبت للمشروط له خیار تخلف الشرط الضمنی الثابت بالارتکاز.

۳- أن یکون الخیار ثابتا فی البیع بالدلیل الشرعی التعبدی

بحیث یکون البیع بنفسه و عنوانه موضوعا لذلک الخیار تعبدا من غیر احتیاج الی الاشتراط الصریح فی متن العقد، أو الی الارتکاز العقلائی. و ذلک کخیاری الحیوان و المجلس، فإنهما ثابتان للبیع بدلیل خاص تعبدی

و إذا عرفت ما تلوناه علیک فاعلم أنه لا وجه للمناقشه فی جریان الخیار فی القسمین الأولین علی المعاطاه بناء علی إفادتها الملک الجائز، فإنها بیع عرفا و شرعا. بل لو لم تکن بیعا أیضا لجری علیها الخیار فی هذین القسمین، بداهه أن دلیل ثبوت الخیار فی هذین القسمین غیر مختص بالبیع، بل یعم کل معاوضه و إن لم یکن بیعا.

و قد نوقش فی جریان الخیار علیها حینئذ بأن أثر الخیار إنما هو جواز العقد، و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنی لجوازها بالعرض. و علیه فجعل الخیار فی المعاطاه لغو محض، و تحصیل للحاصل کما نوقش- أیضا- فی جریان الخیار المختص

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۰

بالبیع- کخیاری المجلس و الحیوان- علی المعاطاه بأن الظاهر من دلیل جعل الخیار اختصاصه بعقد کان وضعه علی اللزوم من غیر ناحیه هذا الخیار، فلا یشمل المعاطاه، لکونها جائزه بطبعها الاولی.

أما المناقشه الأولی فقد تقدم جوابها عند التکلم علی الأمر الأول، و یأتی- أیضا- فی مبحث الخیارات.

أما المناقشه الثانیه فقد

تقدم جوابها- أيضا- فى الأمر الأول و أضف إليه أنه إن أريد- من ظهور دليل الخيار فى الاختصاص بعقد كان مبناه على اللزوم- اللزوم عند المتعاقدين فلا شبهه فى أن المعاطاه أيضا كذلك. و إن أريد من ذلك اللزوم عند الشارع فهو غير صحيح فى البيع اللفظى أيضا، إذ قد يجتمع خيار المجلس و الحيوان، و هما مع خيار آخر. و قد اتضح لك مما أوضحناه جريان الأرش هنا أيضا، إذ لا قصور فى شمول دليله لما نحن فيه. هذا كله على القول بإفاده المعاطاه الملك.

أما على القول بإفادتها الإباحه فلا مانع من ثبوت الخيار لها الذى لا يختص دليله بالبيع فقط- كما فى القسمين الأولين على ما عرفته آنفا- إلا أن أثر ثبوت الخيار حينئذ ليس رجوع الملك الى مالكه الأول، إذ المفروض أن المال بعد باق على ملكه. و لم ينتقل منه الى غيره ليرجع اليه بالفسخ، بل أثره سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخ المعامله و عدم بقاء أحد المتعاطيين على التزامه. و قد بينا ذلك فى الأمر الأول.

نعم يشكل ذلك فى مقام الإثبات و إقامه الدليل، فان دليل نفوذ الشرط يختص بالعقد الممضى شرعا. فإذا فرضنا أن الشارع لم يمض عقد المعاطاه، و كان كل من المالين باقيا على ملك مالكه- غايه الأمر أنه أباح لكل من المتعاطيين التصرف فى مال الآخر- فكيف يمكن القول بصحه الشرط الواقع فى ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط، أو بدليل وجوب الوفاء بالعقد بماله من القيود؟.

و المتحصل: أن دليل ثبوت الخيار و ان لم يشمل جعل الخيار فى المعاطاه- بناء

على إفادتها الإباحه- إلا أنه لا إشكال فى إمكان

ثبوته فيها: و يترتب عليه سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخه.

و انما الإشكال فى ثبوت الخيار الذى اختص دليله بالبيع.

قد يقال: بعدم ثبوت ذلك فى المعاطاه- على القول بإفادتها الإباحه- لعدم كونها بيعا، بل هى معاوضه مستقله، كما احتمله الشهيد الثانى فى المسالك.

و يرد عليه: أنها بيع عرفى. و إمضاء الشارع لها مشروط بتحقق الملزم. و عليه فهى كبيع الصرف الذى اشترطت صحته بالقبض فى المجلس فكما أن حصول الملكيه فى بيع الصرف متأخر عن البيع، كذلك المعاطاه. نعم تفترق المعاطاه- عن غيرها بجواز تصرف كل من المتعاطيين قبل حصول الملكيه، و لا يجوز ذلك فى غيرها. و الفارق بينهما إنما هو قيام الإجماع على جواز التصرف فى المعاطاه. و عليه فلا مانع من ثبوت الخيار- المختص دليله بالبيع- فى المعاطاه على القول بترتب الإباحه عليها دون الملك. نعم إن دليل خيارى المجلس و الحيوان لا يعم ما إذا لم يصح العقد شرعا. و لم يتعلق به الإمضاء خارجا. و عليه فلا يبقى مجال لثبوت مثل هذا الخيار فى المعاطاه على هذا القول هذا كله قبل أن يتحقق شى ء من الملزمات التى تقدمت.

أما بعد تحققه فعقد المعاطاه عقد صحيح يجرى عليه خيار المجلس و خيار الحيوان فإنه بيع نافذ، فيعمه دليل الخيار الثابت فيه. و يترتب على ذلك أن غايه خيار المجلس- حينئذ- هو الافتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقق شى ء من الملزمات، كما أن مبدء الثلاثه فى خيار الحيوان إنما هو حين تحققه.

و بما ذكرناه يظهر جريان الخيار الثابت فى القسمين الأولين- أيضا- على المعاطاه بعد تحقق شى ء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان، فإنها لو سلمت أنها ليست ببيع كانت معاوضه مستقله،

و قـد رتب عليها الشارع ابتـداء خلاف ما قصـده المتعاطيان الى زمان تحقق الملزم. و رتب عليها ما قصـده المتعاطيان بعـد تحقق الملزم، و من الظاهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۲

أن ذلك لا يمنع عن جريان الخيار- الذى لم يختص دليله بالبيع- عليها

العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغه هل يرجع الى المعاطاه أم لا

الأمر الثامن: أنه لا ريب فى تحقق المعاطاه المصطلحه- التى هى معركه الآراء بين الخاصه و العامه- بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل، و هو قبض العينين. أما إذا حصل ذلك بالقول غير الجامع للشرائط فهل يترتب عليه ما يترتب على المعاطاه؟.

الأقوال فى المقام ثلاثه:

۱- القول برجوع ذلك الى المعاطاه.

۲- القول برجوعه إليها إذا تعقبه القبض و الإقباض.

۳- القول بعـدم رجوعه إليها، بل يكون ذلك من البيوع الفاسـده. و قد أطال المصـنف الكلام- هنا- و لكن الظاهر أنه لا يترتب ثمر مهم على هذه الإطاله.

و التحقيق: أن حقيقه كل أمر إنشائى من الأوامر و النواهى و العقود و الإيقاعات متقومه بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، سواء أ كان هذا المبرز فعلا من الأفعال الجوارحيه، أم كان قولا. و عليه فلا وجه لتخصـيص ذلك المبرز بالقول، أو بحصه خاصه منه، بل يعم القول و الفعل كليهما. إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار مبرز معين فى صـحه عقد أو إيقاع و نفوذه شرعا، كما هو الحال فى اعتبار اللفظ فى صـحه عقـد النكاح و فى اعتبار اللفظ الخاص فى صـحه الطلاق. و على هـذا الضوء فيصـح إنشاء عقد البيع و غيره بأى مبرز كان من غير أن يكون مشـروطا بصـيغه خاصه فضـلا عن أن تكون هذه الصيغه مشروطه بشرط لكى يتكلم فى أنه إذا وقع خلل فى بعض

ما يرجع الى هذه الصيغه من الشرائط هل تشمله العمومات و المطلقات الداله على صحه ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۳

العقد و لزومه و مع الإغضاء عن هذا المنهج الصحيح، و الالتزام باعتبار قيود معينه فى صيغه البيع أو غيره فهل يحكم بفساد الصيغه مع الإخلال ببعض قيودها، أم يحكم عليها بحكم المعاطاه؟

التحقيق: أن ما يدل على اعتبار الصيغه الخاصه فى البيع- مثلا- قد يكون ظاهرا فى اعتبارها فى لزومه، فيحكم بكون البيع بالصيغه الفاقده لتلك الخصوصيه بيعا صحيحا جائزا، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصيه إنما هو لزوم العقد دون صحته، و عليه فان كان لدليل الاشتراط إطلاق أخذ به، و يحكم بأن العقد الفاقد لها جائز دائما، كسائر العقود الجائزه و مع وجود الإطلاق لا موضوع للتمسك باستصحاب الجواز، إذ لا مجال لجريان الأصل العملى مع وجود الأصل اللفظى. و عليه فيكون الأصل فى هذه المعامله- التى هى مورد بحثنا- هو الجواز. فلا يحكم بلزومها بما يوجب لزوم المعاطاه، لا من ناحيه الجمع بين الأدله- كما هو مذهب المصنف- و لا من ناحيه الأخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز- كما هو المختار عندنا- بل المتبع هو إطلاق دليل الاشتراط إلا أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما إذا كان إطلاق، و أما إذا لم يكن إطلاق فى دليل الاشتراط فيتمسك فى غير المقدار المتيقن بعموم أدله اللزوم فى العقود و معه- أيضا- لا وجه للرجوع الى استصحاب الجواز، كما كان الأمر كذلك على القول بإفاده المعاطاه الملكيه الجائزه.

و قد يكون ما يدل على اعتبار الصيغه الخاصه ظاهرا فى اعتبارها فى صحه العقد، لا فى لزومه، فيحكم بفساد العقد مع الإخلال بها،

أو بشی ء من شرائطها، و حینئذ فلا یجوز لکل من المتعاطیین أن یتصرف فیما أخذه من العوض مستندا الی هذا العقد، سواء أ حصل فیه قبض و إقباض، أم لم یحصل فیه ذلک، فإن شأن المقبوض بذلک شأن المقبوض بسائر العقود الفاسده. و لا یقاس ذلک بالمعامله المعاطاتیه علی القول بعدم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۴

إفادتها الملک، فان جواز تصرف کل من المتعاطیین فیما انتقل الیه إنما ثبت بالإجماع، و بالسیره القطعیه، و لا إجماع فی محل الکلام فتحصل أن الصیغه الفاقده للخصوصیه- المعتبره فی ترتب الملکیه و نفوذ المعامله- وجودها کالعدم، فلا یترتب علیها إباحه التصرف أیضا.

نعم إذا کان القبض و الإقباض، لا- علی سبیل الوفاء بالعقد الفاسد، بل علی سبیل المعامله المعاطاتیه مع قطع النظر عن العقد السابق بحیث یکون الفعل مع قطع النظر عن ذلک العقد مبرزا للاعتبار النفسانی إذا کان کذلک کان ذلک مصداقا للبیع المعاطاتی، و یترتب علیه جمیع ما یترتب علی المعاطاه من الاحکام و الآثار، إذ لیس من شرائط صحه المعامله المعاطاتیه أن لا یسبقها عقد فاسد و مثل ذلک ما إذا رضی المالک بجواز التصرف فی ماله غیر مبنی علی العقد الفاسد، فإنه یجوز التصرف فیه حینئذ. لکن الإباحه فی هذا الفرض إباحه مالکیه. و أما الإباحه المترتبه علی المعاطاه- علی القول بإفادتها ذلک- إباحه شرعیه و قد نقدم تفصیل ذلک فی الأبحاث السابقه. و هذان الموردان خارجان عن دائره حرمه التصرف فی المقبوض بالعقد الفاسد خروجا تخصیصا.

و علی الجمله: إنا إذا اعتبرنا لفظا خاصا فی صحه البیع کان الفاقد لذلک بیعا فاسدا، و لا یجری علیه حکم المعاطاه. و أما فرض تحقق المعاطاه بالقبض

و الإقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبی عن محل الکلام، لأن ما هو صحیح لا صله له بالعقد اللفظی و ما هو عقد لفظی قد فسد من أصله و کذلک الحال فی فرض العلم برضا المالک بالتصرف لا من جهه الوفاء بالعقد الفاسد.

قوله: (و لا یکفی فیه عدم العلم بالرجوع، لأنه کالإذن الحاصل من شاهد الحال).

أقول: قد یناقش فی المنع عن جواز التصرف مع الشک فی بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا یترتب علیه جواز التصرف ما لم یعلم بارتفاعه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۲، ص: ۲۲۵

و لکن تندفع هذه المناقشه بأن حرمه التصرف فی مال غیره بدون إذنه و رضاه حکم انحلالی بحسب الأفراد العرضیه و الطولیه. و علیه فکل فرد من تلک الافراد محکوم بحرمه التصرف ما لم یحرز فیه إذن المالک. و من الواضح أن إسراء حکم من موضوع الی موضوع آخر غیر داخل فی الاستصحاب. بل هو داخل فی القیاس.

و علی الجمله: إن الإباحه الثابته فی محل الکلام إباحه مالکیه، و هی تدور مدار الرضا فی کل فرد من الأفراد العرضیه أو الطولیه للتصرف، فما أحرز به رضا المالک فهو. و إلا لم یجز لعموم ما دل علی عدم جوازه. و قد ظهر لک مما ذکرناه بطلان قیاس المقام بما إذا شک فی رجوع المالک فی المعامله المعاطاتیه، حیث إنه لا شک فی جواز التصرف- حینئذ- علی القول بإفادتها الإباحه دون الملک تمسکا باستصحاب عدم الرجوع و وجه الظهور: أن الإباحه الثابته فی مورد المعامله المعاطاتیه إباحه شرعیه. غایتها رجوع المالک فإذا شک فی تحقق الغایه استصحب عدمه.

أما الإباحه فی محل الکلام فهی إباحه مالکیه التی تدور مدار رضا المالک

فی کـل فرد من أفراد التصـرف، فان لم یحرز فی فرد لم یجز التصـرف فیه و لا یمکن الحکم بجوازه مع الشک فی ثبوت الجواز لفرد آخر غیره. نعم إذا کـان المالک قـد أذن فی تصـرف ما بالخصوص أو بالعموم، و شک فی بقائه، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصـحاب إذنه فی جواز ذلک التصـرف فی ظرف الشک لکن أین ذلک من الشک فی الاذن بالنسبه الی ذلک التصرف حدوثا الذی هو مورد الکلام و الی هنا وقف القلم فی مبحث المعاطاه.

و بـذلک قـد تم الجزء الثـانی من کتابنا مصـباح الفقاهه فی المعاملات. و یتلوه الجزء الثالث إنشاء اللّه. الحمـد للّه أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ۱۴۲۶ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثرها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبيّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ في المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين في الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسک kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.

مركز القائمية للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبهان
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹