



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



عليه  
صلى الله عليه وسلم

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

# مِصْبَحُ الْعِلْمِ

فِي الْمَعَارِفِ

بِإِسْنَادِ أَبِي بَكْرٍ  
بَنِي عَزَبَةَ

لِلْإِسْلَامِ

الْمَوْلَى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

بِإِسْنَادِ أَبِي بَكْرٍ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٢	مصباح الفقاهه المجلد ٢
١٢	اشاره
١٢	كتاب البيع
١٤	المعاملات و حكمه البحث عن حقيقتها
١٤	المال و حقيقته
١٥	الإضافه الحاصله بين المال و مالكه
١٨	الثن و وجه اختصاصه بالنقود
٢١	المبيع و اختصاصه بالأعيان
٢٦	بحث استطرادى فى تعريف الإجاره و مناقشته و جوابها
٢٧	نظره فى بيع الكلى فى الذمه
٢٧	ما هو المراد من العين التى نعتبرها فى المثلث؟
٢٨	ثم إن بيع الكلى فى الذمه على قسمين:
٣٣	البيع مبادله شىء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه
٣٣	ما هو المراد من كلمه المبادله المأخوذه فى تعريف البيع؟
٣٧	مفهوم المفاعله و عدم صدقه على البيع
٣٧	ما هو مفهوم المفاعله، هل يصدق ذلك على البيع الذى هو تبديل شىء بشىء؟
٣٨	رأى بعض مشايخنا المحققين فى معنى المفاعله و الجواب عنه
٤٠	الإجاره و عدم استعمالها فى نقل العين
٤٢	الثن و جواز كونه من المنافع
٤٤	عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا فى البيع
٤٧	نظره فى الحقوق
٤٧	اشاره
٤٩	أقسام الحقوق و أحكامها

٥٥	الملك و الحق و بيان الفارق بينهما
٥٦	الحق و الحكم و عدم وجود الفارق بينهما
٥٩	المجعول الشرعى و الشك فى أنه حق أو حكم
٦١	مفهوم الإنشاء و تعريفه
٦٣	حقيقه البيع و تعريفه
٦٨	أوهام حول تعريف البيع
٦٨	اشاره
٦٨	منها:
٦٨	و من النقوض.
٧١	و من النقوض:
٧١	و من النقوض.
٧٣	و من النقوض:
٧٥	و من النقوض:٦-٦ أنه إذا كان البيع تملك عين بمال انتقض طرده بالهبه المعوضه.
٧٨	و من النقوض:
٨٢	بحث فى بعض معان البيع
٨٢	اشاره
٨٢	المعنى الأول:إنشاء التمليك المتعقب بالقبول.
٨٦	المعنى الثانى:الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول،و هو الانتقال.
٨٧	المعنى الثالث:نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول.
٩٠	ألفاظ المعاملات أسماء للأعم
٩٢	التمسك بالإطلاق فى المعاملات
٩٦	الكلام فى المعاطاه
٩٦	المعاطاه و حقيقتها
٩٨	المعاطاه و بيان الأقوال فيها
٩٨	اشاره
٩٨	١-اللزوم على وجه الإطلاق،سواء أ كان الدال على التراضى لفظاً،أم كان غيره.

- ٢-اللزوم إذا كان الدال على التراضي أو على المعامله لفظا ..... ٩٩
- ٣-أن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه و إنما تصير لازمه بذهاب إحدى ..... ١٠٠
- ٤-أن المعاطاه تفيد إباحه جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك، ..... ١٠٠
- ٥-أنها تفيد إباحه جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك، ..... ١٠١
- ٦-أن المعاطاه معامله فاسده، ..... ١٠١
- ٧-ما ذكره السيد في حاشيته و إليك نص عبارته: ..... ١٠١
- الأقوال في المعاطاه و مداركها ..... ١٠١
- ما استدل به على أن المعاطاه تفيد الملكيه ..... ١٠٣
- كلام بعض الأساطين حول المعاطاه لتأسيس قواعد جديده ..... ١١٦
- اشاره ..... ١١٦
- منها: ..... ١١٧
- اشاره ..... ١١٧
- و قد أجاب عنه المصنف بوجهين: ..... ١١٧
- الأول:أن تبعيه العقود للقصد فيما إذا دل الدليل على صحه العقد: ..... ١١٧
- الثاني:أن تخلف العقود عن القصد لا غرابه فيه. .... ١١٨
- الأول:(أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضه إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان ..... ١١٨
- الثاني:أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء، ..... ١١٨
- الثالث:أنه إذا باع الإنسان ما يملكه مع ما لا يملكه: ..... ١١٩
- الرابع:بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه. .... ١١٩
- الخامس:أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعه كان ذلك زواجا ..... ١٢٠
- و من القواعد الجديده اللازمه على ..... ١٢١
- و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه:٣-أنه إذا قيل بأن المعاطاه-المقصود بها الملك-تفيد الإباحه لزمتم ..... ١٢٢
- اشاره ..... ١٢٢
- منها تعلق الخمس بما في يد أحد المتعاطيين، ..... ١٢٢
- و منها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك، ..... ١٢٣
- و منها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطاتي تعلق به ..... ١٢٣

- و منها: أن الربا يجرى فى البيع المعطاتي، ..... ١٢٣
- و منها أنه لو كانت المعاطاه مفيده الإباحه لزم من ذلك أن يتصف الأخذ بالمعاطاه بصفه الفقر ..... ١٢٣
- و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ..... ١٢٨
- و مما ذكره بعض الأساطين: ..... ١٢٨
- اشاره ..... ١٢٨
- الناحيه الأولى: كون التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر، ..... ١٢٨
- الناحيه الثانيه: أنه إذا تلف أحد العوضين تلفا قهريا فان قلنا بأن من تلف المال عنده ..... ١٢٨
- الناحيه الثالثه: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه كان التلف من الجانبين معيننا ..... ١٣٠
- الناحيه الرابعه: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلك ..... ١٣٠
- و مما ذكره بعض الأساطين ..... ١٣٢
- و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه: ..... ١٣٤
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بالأصل ..... ١٣٥
- اشاره ..... ١٣٥
- ١- أصله اللزوم فى الملك، ..... ١٣٥
- اشاره ..... ١٣٥
- الناحيه الأولى: أن المراد من استصحاب الملكيه فى المقام هو الاستصحاب الشخصى، ..... ١٣٥
- الناحيه الثانيه: أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكيه من الاستصحاب الكلى ..... ١٣٩
- الناحيه الثالثه: أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من ..... ١٤٢
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل السلطنه ..... ١٤٧
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بحرمه التصرف فى مال غيره ..... ١٤٩
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بأيه التجاره عن تراض ..... ١٥١
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالشرط ..... ١٥٣
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالعقد ..... ١٥٤
- الاستدلال على لزوم المعاطاه بأدله خيار المجلس ..... ١٥٥
- تتمه البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاه ..... ١٥٥
- نظره فى الاخبار المذكوره حول المعاطاه ..... ١٥٨



- ١٦٧ ..... تنبيهات المعاطاه
- ١٦٧ ..... اعتبار شروط البيع فيها
- ١٦٧ ..... اشاره
- ١٦٧ ..... و تحقيق هذه المسأله يقع فى نواحى شتى:
- ١٦٨ ..... الناحيه الأولى:أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تفيد إباحه التصرف فى
- ١٧٠ ..... الناحيه الثانيه:أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليك و التملك، و لم
- ١٧٢ ..... الناحيه الثالثه:أننا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الملكيه من أول
- ١٧٣ ..... جريان الخيار فى المعاطاه
- ١٧٧ ..... بيان مورد المعاطاه
- ١٧٧ ..... اشاره
- ١٧٨ ..... الناحيه الأولى:أن يكون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحه،
- ١٧٨ ..... الناحيه الثانيه:أن يكون الغرض من التعاطى هو التمليك و التملك،
- ١٧٩ ..... الناحيه الثالثه:أن يقصد كل من المعطى و الآخذ التمليك و التملك،
- ١٨٤ ..... تمييز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى
- ١٨٧ ..... أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطيين
- ١٨٧ ..... اشاره
- ١٨٨ ..... فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه بحسب قصد
- ١٨٨ ..... ١-ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله بمال الآخر
- ١٨٨ ..... ٢-ان يقصد كل من المتعاطيين تمليك ماله للآخر بإزاء تمليك الآخر ماله إياه
- ١٨٩ ..... ٣-أن يقصد البازل أولاً إباحه ماله للآخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه
- ١٨٩ ..... ٤-أن يقصد كل من المتعاطيين إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه
- ١٩١ ..... لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقعه على الملك بوجوه شتى:
- ١٩١ ..... ١-ان يكون غرض المبيع من قوله:أبحت لك ان تبيع مالى لنفسك توكيل
- ١٩٢ ..... ٢-أن يدل دليل خاص على كون مال المبيع ملكا للمباح له بمجرد الإباحه
- ١٩٣ ..... ٣-ما أشار إليه فى آخر كلامه، هو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع
- ١٩٣ ..... يقع الكلام فى التصرفات المتوقعه على الملك فى ناحيتين:

- الناحية الاولى: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك. ----- ١٩٣
- الناحية الثانية: أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفة على الملك لغير المالك فهل ----- ١٩٤
- ثم إنه بقي هنا أمران، ويهمننا التعرض لهما: ----- ١٩٨
- الأمر الأول انه إذا قلنا بجواز ----- ١٩٨
- الأمر الثاني: أنه هل يحكم بضمنان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق ----- ١٩٨
- بحث في جهات ----- ١٩٩
- الجهة الاولى: أنه قد يناقش في إخراج المأخوذ بالمعاطاه في ثمن الهدى ----- ١٩٩
- الجهة الثانية: أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه في الخمس و الزكاه؟ ----- ١٩٩
- الناحية الاولى: أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاه المتعلقين بذمه ----- ١٩٩
- الناحية الثانية: أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاه بماله أو بذمته أن يؤديهما ----- ٢٠٠
- الجهة الثالثة: أنه قد التزم المصنف-على ما هو ظاهر كلامه- بالملكيه التقديرية ----- ٢٠٠
- أقسام الإباحه المعوضه ----- ٢٠١
- الاولى: في صحه الإباحه بالعوض، ----- ٢٠١
- الناحية الثانية: أنه إذا قلنا بكون الإباحه بالعوض معاوضه مستقلة فهل يحكم ----- ٢٠١
- جريان المعاطاه في جميع العقود و الإيقاعات ----- ٢٠٣
- اشاره ----- ٢٠٣
- ثم إنه وقع الخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في جريان المعاطاه في ----- ٢٠٦
- ١-القرض حيث إنه و إن كان مقتضيا، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض ----- ٢٠٦
- ٢-الرهن حيث إن المعاطاه إما تنفيذ الإباحه المجرده، أو الملكيه الجائزه، ----- ٢٠٧
- ٣-الوقف حيث إنه صدقه في سبيل الله، فيكون لازما، ----- ٢٠٧
- ملزمات المعاطاه ----- ٢٠٨
- جريان الخيارات المصطلحه في المعاطاه ----- ٢٣٠
- اشاره ----- ٢٣٠
- و قبل تحقيق ذلك لا بد و أن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام: ----- ٢٣٠
- ١-أن يثبت فيه بالاشتراط و الجعل ----- ٢٣٠
- ٢-أن يثبت الخيار في البيع بالشرط الضمنى حسب ما يقتضيه بناء العقلاء ----- ٢٣١

٢٣١ ----- ٣- أن يكون الخيار ثابتاً في البيع بالدليل الشرعي التعبدى

٢٣٤ ----- العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغه هل يرجع الى المعاطاه أم لا

٢٣٨ ----- تعريف مركز

اشاره

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

عنوان و نام پدید آور: مصباح الفقاهه / من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ لمولفه محمدعلی التوحیدی التبریزی

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق. = ۱۹۹۶م = ۱۳۷۵.

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ - ۱۳۰۳، محرر

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

کتاب الیبع

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

## المعاملات و حكمه البحث عن حقيقتها

لا شبهه في 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 في حاجاته إلى التغالب، و التكالب، و المقاهره، كما هو الحال في سائر الحيوانات، و عليه فلا بد في 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. و جب التصدى لها عليهم كفايه.

## المال و حقيقته

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

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

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

ثم إن النسبه بين المال و الملك هى العموم من وجه، بديهه أنه قد يوجد الملك و لا- يوجد المال، كالحبه من الحنطه المملوكه، فإنها ملك و ليست بمال، و قد يتحقق المال، و لا يتحقق الملك. كالمباحات الأصلية قبل حيازتها، فإنها أموال، و ليست بمملوكه لأحد، و قد يجتمعان، و هو كثير.

ثم إنه لا- وجه لتخصيص المال بالأعيان، كما يظهر من الطريحي فى مجمع البحرين [١] بل المال فى اللغه و العرف يعم المنافع أيضاً، و لعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب.

### الإضافه الحاصله بين المال و مالكه

و حقيقه هذه الإضافه و أقسامها

ما هو حقيقه الإضافه بين المال و مالكه؟ لا- ريب فى أن الإضافه الموجوده بين المال و مالكه المسماه بالإضافه المالكيه على أقسام، لأنها فى الواقع و نفس الأمر إما إضافه ذاتيه تكوينيه، أو إضافه عرضيه حاصله بالأموال الخارجيه.

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

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

و المراد من الذاتى هنا ما لا يحتاج تحققة 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 سلطنه الشخص 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 فى ذمته: بأن يؤجر نفسه لغيره، أو يبيع ما فى ذمته، و من البين الذى لا ستار عليه: أن الشارع المقدس قد أمضى هذه السلطنه، و لم يمنع الناس عن التصرفات الراجعه إلى أنفسهم.

و ليس المراد من الملكيه هنا: الملكيه الاعتباريه، لكى يتوهم أن عمل الإنسان، أو نفسه ليس مملوكا له بالملكيه الاعتباريه.

و من هنا يتجلى لك: أنه لا- شبهه فى صدق المال على عمل الحر. و عليه فاستيفأه قهرا عليه موجب للضمان جزما. و كذلك الحال فى ضمان نفسه. غايه الأمر أن الشارع المقدس قد سلك فى ضمان النفس المحترمه، و ما يرجع إليها من الأعضاء و الأطراف غير ما سلكه فى ضمان الأموال، و جعل فى ذلك حدا خاصا و ديه مخصوصه.

و أما الثانيه (أعنى بها الإضافه العرضيه) فهى إما أن تكون إضافه أوليه و إما أن تكون إضافه ثانويه و الأولويه إما أصليه استقلاليه، أو تبعيه غيريه.

فالأوليه الأصليه، كالإضافه الماليه الحاصله بالعمل، أو بالحيازه، أو بهما معا، فالأول كالأعمال التى يعملها الإنسان فيحصل منها المال، كحيازه المباحات، بناء على عدم اعتبار قصد التملك فيها، كما هو الحق، و أما بناء على اعتبار القصد فى ذلك فحصول الملكيه فيها يحتاج إلى العمل القلبي.



و قد حكم العقلاء بحصول المالىه بمجرد الحيازه. بل اشتهر بين الفقهاء مرسلا أن(من حاز ملك[١]).

و قد روى عن النبى ص من طرق العامه[٢] و من طرق الخاصه[٣] أن(من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) و لكنه ضعيف السند، و غير منجبر بشىء.

و المهم فى 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 السريره، و الكوزيه، و الثوبيه و الحصيره توجب تحقق إضافه مالىه أخرى فى تلك الموارد وراء المالىه المتقومه بها، فتلك المالىه 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 الأصلية عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها.

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

فان هذا النتاج يضاف الى مالك الأصول إضافه أوليه تبعيه. أما إطلاق التبعيه فلكونها ثابتة 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 هي على قسمين: لأنها تاره تكون قهريه، و اخرى اختياريه.

أما الأولى فكالإضافه التي 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 فكالإضافه الحاصله من المعاملات. و من ذلك ما يحصل بالبيع التي نحن فى صدد بحثها.

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

### **الثلث و وجه اختصاصه بالنقود**

قوله: (البيع و هو فى الأصل كما فى المصباح [١] مبادله مال بمال). أقول قد كان دين الناس من لدن آدم ع أبى البشر الى زمان خاص، بل الى زماننا هذا فى بعض النقاط و الأصقاع (كالقرى و أشباهها) قد كان دينهم على تبادل المتاع

بالمتع 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 المثلن بالامتع. و إلا فإنه لا محذور قطعا فى صحه تحقق المبادله بين المتاعين عند المعامله و المعاوضه. و عليه فقد تقع المبادله بين المتاعين و قد تقع بين النقدين، و قد تقع بين عرض و نقد.

ثم إنه هل يشمل مفهوم البيع لجميع هذه الأقسام المذكوره، أم هو مختص ببعض دون بعض؟ لا- شبهه فى أن مفهوم البيع فى الجمله من المفاهيم الواضحه البديهيه الارتكازيه- التى يعرفها كل احد- كمفاهيم سائر العقود و الإيقاعات، إلا أنه لا يوجد مفهوم فى العالم إلا و يعرضه الاشتباه فى بعض مصاديقه. و من هنا ذكر المصنف (ره) فى أول كتاب الطهاره: أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهيم العرفيه. و مع ذلك ذكر: أنه قد يقع الشك فى صدقه على بعض الموارد، لعدم ضبط المفهوم تحقيقا فيرجع الى الأصول العمليه. و على هذا الضوء فلا بد من بيان حقيقه البيع على وجه يمتاز عن جميع ما عداه لكى تترتب عليه أحكامه الخاصه من شرائط المتعاقدين، و شرائط العوضين و الخيارات و غيرها.

و تحقيق ذلك: ان مفهوم البيع لا يساوق مفهوم المبادله بين شيئين، بل يطلق البيع على قسم خاص من المبادله. و ضابطه: ان امتياز البيع عن بقية أقسام المبادله بأحد وجهين:

الوجه الأول: أن يكون أحد العوضين متاعا، و العوض الآخر نقدا.

فالذى يعطى المتاع يسمى بائعا، و الذى يعطى النقد يسمى مشتريا. سواء أ كان نظر كل من المتعاملين فى مبادلتهم هذه الى تحصيل الربح، و حفظ ماله ماله معا، أم كان نظر كل منهما الى رفع حاجته فقط، كأن يشتري المأكولات للأكل، و يشتري المشروبات للشرب، و يشتري الملابس لللبس، و هكذا. أم كان نظر أحدهما إلى حفظ ماله ماله و تحصيل الربح معا، و نظر الآخر الى دفع الضروره و الاحتياج فقط.

الوجه الثانى: أن يكون كلا العوضين نقدا أو من العرض، و لكن كان نظر

أحد المتعاملين من المبادله إلى حفظ ماله في ضمن أى متاع كان، مع تحصيل الربح - كأهل التجاره - و نظر الآخر الى رفع حاجته فقط، فالأول يسمى بائعا. و الثاني يسمى مشتريا. و على هذا النهج يكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالىه 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 أى 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 ماله في 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 [١].

نعم يظهر من بعض كتب العامه [٢] جواز إطلاق البيع على مطلق المبادله، و المعاوضه، و لكن قد عرفت قريبا أن هذا الإطلاق على خلاف المرتكزات العرفيه.

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 المشتري. و من هنا ذكر الفيومي في المصباح: أنه (إذا أطلق البائع فالمبتادار الى الذهن باذل السلعه).

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

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظه الأصل في تعريف المصباح ما كان هو المتعارف في الأيام السالفه من كون البيع عباره عن مطلق المبادله بين الأموال، بديهيته أنه لو كان غرض الفيومي من هذه الكلمه هو اللغة لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظه الأصل عند شرح كل ماده ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب. و مجمع البحرين: في ماده المال و ذكرنا أن المال في الأصل الملك من الذهب، و الفضه، ثم أطلق على كل ما يكتنى و يملك من الأعيان.

### المبيع و اختصاصه بالأعيان

هل يجوز أن يكون المبيع من المنافع أم لا- بَدَّ و أن يكون من الأعيان؟ الظاهر أنه لا ريب في اشتراط كونه من الأعيان، بداهه اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتمليك الأعيان، فلا يعم تمليك المنافع و إذن فتختص الأدله الوارده في إمضاء البيع بنقل الأعيان. و تبعد عن تمليك المنافع رأسا.

نعم يظهر من المحكى عن المالكيه و الحنابله [١]جواز إطلاق البيع على تملك المنافع و لكنه على خلاف المرتكزات العرفيه.

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

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

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

و الدليل على حجيه الاستصحاب المزبور في 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 في عرف الأئمه عليهم السلام ظاهره في معانى مغايره لما هي ظاهره فيه فعلا. و من بين الذى لا ريب فيه أنه لا سبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور.

و يؤيد ما ذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران:

الأول: ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض - في البيع - بالأعيان، الثاني: ما ذكره بعض العامة (1) من أن البيع في اللغة إخراج ذات عن الملك بعوض. فتمليك المنفعة بالإجاره لا يسمى بيعاً. قيل:

إن ما ذكره الفيومي في المصباح من أن البيع في 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 قريباً أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقى لكى يلزم الأخذ بإطلاقه، و الحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين و المنفعة. بل هو تعريف لفظى مبنى على المسامحة 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 المنفعة. و هذا بخلاف البيع، فإن الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين كما أن صيغته أيضاً تتعلق بالعين. و هذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من اختصاص المعوض - في 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 العناية، و المجاز و قد ورد هذا الإطلاق فى كلمات الفقهاء. و فى الروايات العديده

ص: ١٢

(١-١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٧.

الوارده فى مواضع شتى: منها الأخبار [١] الداله على بيع خدمه المدبر. و منها الروايه الوارده فى بيع سكنى الدار [٢] و منها الأخبار  
الوارده فى بيع الأراضى الخراجيه

ص: ١٣



و شرائها[١]و قد ورد فى جملة من الأحاديث[٢]إطلاق لفظ الشراء على غير نقل الأعيان.

و قد ظهر لك مما أسلفناه الفارق بين البيع، و الهبة المعوضه، بداهه أن البيع -على ما عرفته آنفا-عبارة عن تبديل عين بشيء آخر، بخلاف الهبة المعوضه، فإن حقيقتها، و قوامها بالمجانیه المحضه، و إنما اعتبر فيها العوض بالاشتراط. و الشاهد على ذلك أنها لا تبطل بامتناع الموهوب له عن العوض، بل إنما يثبت له خيار تخلف الشرط، و سيأتى لك توضيح ذلك عند التعرض لتعريف البيع، و دفع النقوض عنه.

ص:١٤

## بحث استطرادي في تعريف الإجاره و مناقشته و جوابها

قد اشتهر بين الأصحاب تعريف الإجاره بأنها تملك المنفعه بعوض. و نوقش فيه بوجهين:

١ أن المنفعه معدومه حال الإجاره، و من البين الذي لا ريب فيه أن المعدوم غير قابل للتمليك. و الجواب عن ذلك:

أن الملكيه الشرعيه ليست من المقولات الحقيقه التكوينيّه، لكي يستحيل تعلقها بالأمر المعدومه، بل قوامها بالاعتبار الساذج. و من المعلوم أن الأمور الاعتباريه بما أنها خفيفه المؤنه جاز تعلقها بالأمر المعدومه إذا كانت مقدوره التسليم. و بديهي أن المنفعه و إن كانت معدومه، ولكنها مقدوره بتبع العين الخارجيه. و إذن فلا محذور في تعلق الملكيه الاعتباريه في الإجاره بالمنفعه المعدومه الملحوظه مع العين المستأجره. كما يصح تعلقها بالذمه. و من هنا حكم الفقهاء رضوان الله عليهم بصحة بيع الكلي في الذمه.

٢ أن منفعه الدار مثلا إنما هي سكنها، و لا ريب أن السكنى من اعراض الساكن دون الدار. و عليه فإذا صح تملك السكنى كان مالکها هو الساكن، لأنه موضوعها، لا صاحب الدار. و من البين أن ما لم يملكه المؤجر - و هو المالك - كيف يملكه للمستأجر. و قد ثبت في محله أن فاقد الشيء لا يكون معطيا له هذا ملخص ما أفاده بعض المدققين و لذا التجأ إلى تعريف الإجاره بأنها تملك العين المستأجره في جهه خاصه.

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

١ 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 تملك الدار نفسها، و تملك جهاتها التي منها سكنها

و على الجملة إن المستأجر إنما يملك من المؤجر الجبهه المتعلقة بالعين المستأجره.

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

٢ 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 المملكه إن كان نفس تلك الجبهه عاد محذور تعلق المملكه بالمنفعه. و إن كان هى العين المخصصه بجبهه، و العين المتحيثه بحيشه مخصوصه بما هى مقيده بها لزم اجتماع ملكين استقلاليين على عين واحده.

و تقييدها بالجبهه 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 الطول، و العمق. و لا شك فى أن هذا المعنى للعين يقابل المنفعه، و الحق، و جميع الاعراض 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 ما يتعلق بالبيع بشخصه، بداهه شمولها للأعيان الشخصيه، و للكلى المشاع- كثلث الدار- و للكلى فى المعين- كصاع من الصبره المعينه- و للكلى فى الذمه- كبيع من من الحنطه سلما، أو حالاً- و للكلى الثابت فى ذمه غيره، فان هذه الأمور يصدق عليها عنوان العين، و يتعلق بها 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.

و على هذا فشان الملكيه شأن الوجوب و الحرمة. فكما انهما يتعلقان بكلى الصلاه و الزناء من غير لحاظ خصوصيه فى متعلقهما- بحيث يكون متعلق الأمر و النهى هو الكلى، و يكون الموجود الخارجى مصداقا له- كذلك الملكيه، فإنها قد تتعلق بالكلى و إن كانت قد تتعلق بالجزئى الحقيقى أيضا. كما عرفته قريبا.

### ثم إن بيع الكلى فى الذمه على قسمين:

لأنه قد يتعلق بالكلى الثابت فى الذمه قبل البيع- كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره- و قد يتعلق بالكلى الثابت فى الذمه بنفس البيع، من غير أن يكون فيها شىء قبله. كما هو المتعارف فى بيع السلم و غيره من البيوع الكليه.

و قد نوقش فيه بوجهين:

١ أن البيع مبادله مال بمال، و لا- تتحقق هذه المبادله إلا بعد تحقق العوض و المعوض فى الوعاء المناسب لهما من الخارج، أو الذمه، و بما أنه لا وجود للكلى فى أى وعاء من الأوعيه قبل البيع، فلا يصح بيعه بوجه و قد يتوهم:

أن الكلى و إن لم يكن موجودا فى الذمه قبل البيع، إلا أنه يوجد فيها بنفس البيع، و لكن هذا التوهم فاسد.

بداهه أن نسبه البيع إلى متعلقه كنسبه الحكم إلى موضوعه، فكما يستحيل تكفل الحكم بموضوعه، و كذلك يستحيل تكفل البيع بإيجاد متعلقه. و الجواب عن ذلك:

أن البيع ليس إلا مبادله فى التمليك. و قد عرفت قريبا و ستعرف أيضا: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه التى لا تتوقف على وجود موضوع لها فى الخارج، أو فى الذمه. نعم لا بد و أن يكون متعلق الملكيه قابلا لتعلق الاعتبار به فى نظر العقلاء.

و عليه فالكلى قبل إضافته إلى الذمه و إن كان من المفاهيم الخياليه، و غير قابل لتعلق

البيع به رأساً. إلا أنه بعد إضافته إلى الذمه بعد من الأموال و يصير موردا لرغبات العقلاء، و محطا لتنافسهم.

و إذن فلا فرق فى صحه بيع ما فى الذمه بين أن يكون الكلى مملوكا قبل البيع- كبيع الدين ممن هو عليه، أو من غيره- و بين أن يكون مملوكا بالملكيه الاعتباريه بنفس البيع.

و فى الحقيقه أنه يحصل بالبيع هنا أمران:

١- تصاف الكلى بالملكيه.

٢- صيرورته ملكا للمشتري. و قد يجاب عن المناقشه المذكوره:

بأن البائع قبل تصديه للبيع يعتبر الكلى فى ذمه نفسه، ثم يبيعه من المشتري، و حينئذ فلا يكون الكلى غير قابل لتعلق البيع به. و الجواب عن ذلك:

أن الاعتبار المزبور لا يغير 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 أملا-ك على من اعتبر أمتعته 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 البديهي 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 بوجه شتى:

١ ما ذكره العلامة 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 الحرمة عرضان خارجيان، مع أنهما لا- يتعلقان إلا- بالأُمور الكليه الاعتباريه. كالصلاه و الزناء قبل أن يوجد فى الخارج، و على هذا

النهج للشارع، أو للعقلاء أن يعتبروا الكلى الذمى شيئاً موجوداً في الذمه لكى يكون موضوعاً للملكية 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 المقولى 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 فى كلامه المفهوم العام الصادق على المقولات التسع العرضيه، و على الأمور الاعتباريه الخالصه، بداهه أن لفظ العرض من العروض، و هو بمعنى اللقوق. و عليه فلا تكون الملكيه عنده من المقولات المتأصله بل تكون زائده على الماهيه. كما أن الوجود زائد عليها. و إذن فيرجع ما أفاده السيد من الجواب المتقدم إلى ما سيأتى من كون الملكيه أمراً اعتبارياً لا تأصلياً و من هنا ظهرت الحال فى الوجوب و الحرمة أيضاً.

٢- ما حكى عن الفاضل النراقى فى عوائده. و ملخصه: أن البيع عباره عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلاً فعلياً. سواء أ كان مالكا له بالفعل، أم كان مالكا له فى المستقبل كما إذا قال: بعتك منا من الحنطه بكذا مع أن الحنطه لم توجد الآن لديه، فيكون معناه أنى نقلت إليك المن الذى سأملكه من الحنطه بعد مدّه - و إذن فالنقل و إن كان فعلياً، إلا - أنه ليس بعرض لكى يحتاج إلى موضوع و ما هو عرض - و هو الملك - ليس بفعلى حتى يناقش فيه بعدم وجود الموضوع له، و يتوجه عليه:

أولاً: أن البيع ليس عباره عن نقل الملك. و سيأتى. و لا أن الملك من الأعراض المصطلحه. و قد تقدمت الإشارة إليه و ستعرض له تفصيلاً.

و ثانياً: أن نقل الملك بنفسه ليس من العناوين الاستقلاليه، و إنما هو بلحاظ

الإضافه أو المكان. و من البين الذى لا- ريب فيه أنه إذا استحالت إضافه الملكيه إلى المعدوم فإن النقل الحاصل بلحاظ تلك الملكيه أولى بالاستحاله.

٣- أن الملكيه أمر اعتبارى صرف، فلا يحتاج إلى محل موجود.

و توضيح ذلك:

أن الملكيه لها أربع مراتب:

١- الملكيه الحقيقيه، وهى السلطنه التامه، بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنه المالك حدوثا و بقاء، وهى مخصوصه بالله تعالى، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات-بالإضافه الإشراقية-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 مالكة لصورها-بالإضافه الإشراقية-ملكيه حقيقيه.

٢- مالكيه الإنسان لنفسه و أعضائه و أفعاله و ذمته، فإن هذه الأمور مملوكه له بالإضافه الذاتيه الأوليه-وقد عرفت ذلك فى أول الكتاب- و من هذا القبيل قوله تعالى حاكيا عن نبيه الأكرم موسى (عليه السلام) **إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي (١)**.

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.

٣- الملكيه المقوليه الخارجيه: وهى 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، وهى من الأعراض الخارجيه القائمه بالموجود الخارجى.

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

ص: ٢٠

ذلك، وربما يمضى الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحه. بل قد يعتبر الشارع ملكيه شىء 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 طبعى 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 الجملة إن الملكيه الاعتباريه لا مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كليا. فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقوليه [١] بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر.

ص: ٢١



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 في جواز بيع الكلى الذمى بما عرفته قريبا من أن الملكيه من مقوله الأعراض التي لا توجد إلا في محل موجود، و الكلى في الذمه ليس بموجود لكي يكون محلا للملكيه.

### **البيع مبادله شيء من الأعيان بعوض في جهه الإضافه**

### **ما هو المراد من كلمه المبادله المأخوذه في تعريف البيع؟**

قد عرفت آنفا: أن التعاريف اللغويه إنما هي تعاريف لفظيه. و قد سيقت لشرح الاسم، و الإشاره إلى المعرف-بالفتح-بوجه من الوجوه، لا بتمام الوجوه

لكى يمتاز عن جميع ما عداه. و على هذا فغرض الفيومي 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 شىء 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 التكوينية.

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

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

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

أما الوجه فى عدم اختصاصها بالإضافه الملكيه فلأن سهم سبيل الله من الزكاه ليس ملكا لشخص خاص. و لا لجهه معينه. و لذا صدر فى آيه الصدقات [١] بلفظه (فى) الظاهره فى بيان المصرف. و مع ذلك كله يجوز بيع السهم المزبور، و صرف ثمنه فى سبيل الله. كما يجوز بيع نماء العين الموقوفه فى سبيل الله و صرف ثمن ذلك فى

قربات الله مع أن تلك العين ليست بملك لأحد، ولا لجهه. وكذا نماؤها.

فيستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس بتبديل شيئين في الإضافة الملكية.

و لو سلمنا مالكيه الجهه في المثالين المذكورين فرضنا الكلام فيمن أوصى بصرف ماله في سبيل الله، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور لكي يصرف ثمنه في قربات الله لم يقع التبديل بين العوضين في الإضافة الملكية، بل في إضافه أخرى غيرها.

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

و على هذا فإذا كان المبيع موردا لغرض المشتري-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 السفهيه و الدليل على الفساد فيها أن السفهيه محجور شرعا عن المعاملات و إذن فلا وجه لأخذ قيد المال في تعريف البيع. قيل:

إذا تعلق غرض المشتري باشتراء ما لا يعد مالا في 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 المشتري 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 في 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 في نظر نوع العقلاء و إن كان ذا رغبة لدى بعضهم لغرض ما.

و يضاف الى ذلك أنا لو سلمنا وجود الدليل على اعتبار المالىه 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 المشتري 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 [١] و من كلمات الفصحاء و أهل

قد تعارف بين الناس إعطاء الدراهم للخباز أو للبراز. و الأمر بإعطاء مقابلها من الخبز و الثوب للفقير، و لا شبهه في كون ذلك بيعا بالحمل الشائع. مع أن المثلث لم يدخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه. و الجواب عنه:

أن المثلث في أشباه ما ذكر قد دخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه.

نهاية الأمر أن المشتري قد و كلّ البائع في إعطاء المبيع لشخص آخر. و ان آيت عن هذا التوجيه فأننا لا نبالي في المنع عن صدق مفهوم البيع على ذلك، و حمله على الصلح، أو على الهبه المعوضه.

### مفهوم المفاعله و عدم صدقه على البيع

**ما هو مفهوم المفاعله، و هل يصدق ذلك على البيع الذي هو تبديل شيء بشيء؟**

الظاهر أن وزن (فاعل) للدلاله على المشاركه في الغالب: و المشاركه هي أن يفعل الواحد بالآخر ما يفعله الآخر به حتى يكون كل منهما فاعلا و مفعولا: نحو ضارب زيد عمروا و عليه فذكر المبادله في تعريف البيع يقتضى أن يكون البيع عباره عن مجموع فعل البائع و المشتري.

و لكن هذا واضح البطلان، ضروره أن البيع ليس إلا عباره عن فعل البائع فقط: و هو تبديل ماله بمال صاحبه، و من البديهي أن هذا المعنى غريب عن معنى المفاعله. و لا صلح بينهما بوجه بل لو فرضنا صدق مفهوم البيع على كل من فعل البائع و المشتري لكان الصادر

من كل منهما يباعا بنفسه. و إذن فلا- وجه لذكر كلمه المبادله فى تعريف البيع- كما صنعه صاحب المصباح، و تلقاه جماعه بالقبول- بل لا بد من تبديل لفظ المبادله فى تعريف البيع بكلمه التبديل، فان التبديل هو الذى يتحقق بفعل البائع.

نعم يشترط رضا المشتري بفعل البائع، و تحقق عنوان التبديل. و لكنه أجنبي عن قيامه بالمشتري، 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 يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ الَّذِينَ آمَنُوا (١) فان الغرض من الآيه الشريفه تصدى المنافقين لخديعه الله 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 خالغ المرأه. و بارزه بالحرب. و ساعده التوفيق. و واره 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 المجرد، 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،

ص: ٢٧

و خدع، و نصر، و نحوها- أو بواسطة الأداة: كما في الأفعال اللازمة- مثل جلس، و ذهب، و أمثالهما- و قسم من الأفعال المتعدية- كلفظ كتب و نظائره- بديهة أن تجاوز المادة في القسمين الأخيرين الى غير الفاعل إنما هو بواسطة الأداة. فيقال:

جلس إليه. و كتب إليه.

نعم لا- شبهه في أن كلمه (كتب) تدل على تجاوز المادة- و هي الكتابه- إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه- الذي هو مورد بحثنا- و إذا أريد تجاوز تلك المادة إلى المكتوب اليه فلا بد من الاستعانة بكلمه إلى و أما هيئه المفاعله- كخدع و ضارب و قامر و نحوها- فإن حيثه تعديه المادة عنها الى غيرها ملحوظه فيها مطابقه في مقام افاده النسبه، و هذا بخلاف الأفعال المجزّده 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 في 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 النبي ص:

انك رجل مضار (1): أى متصد لإضرار الأنصارى. و الجواب عن ذلك:

أن هيئه المفاعله لا تتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين، لما عرفته آنفا من دلالة المفاعله على المشاركه في الغالب: و هي 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 المادة دون صاحبه. فلا- يقال: ضارب زيد عمروا، أو صارعه، أو جادله، فيما إذا تصدى زيد

ص: ٢٨

لضرب عمرو، أو حربته، 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 الواضحة.

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

و واره في الأرض. و بارك في أمره. و أشباه ذلك من الأمثله.

و قد تكون بمعنى الكثره و المبالغه. و لعل من القبيل الثانى قول النبى (صلى الله عليه و آله) لسمره بن جندب: إنك رجل مضار، 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 شأنه 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:



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 سكنها.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-التي هى مورد للإجاره فى العين المستأجره-العلم باشمال العين المستأجره على حيثه الانتفاع بها:بأن تكون معده لذلك.

و من المعلوم أن اشمال الأشجار المثمره على حيثه 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

حال الإجاره. كاستتجار المنائح و البقرات و الشياه للبنها غير المحلوب. و استتجار المرضع ليرتضع الطفل من لبنها. و استتجار الشجره لثمرتها المعدومه. و السر فى ذلك ما أشرنا إليه من كون المنفعه فى أمثال هذه الموارد معلومه بوجه.

## الثلث و جواز كونه من المنافع

قوله: (و أما العوض فلا إشكال فى جواز كونه منفعه). أقول: لا ريب فى جواز كون الثمن من المنافع. سواء أقلنا باعتبار المالىه فى العوضين، أم لم نقل به، ضروره أن المنافع من أظهر مصاديق الأموال، لرغبه العقلاء إليها، و تنافسهم فيها.

نعم حكى عن بعض الأعيان: أن شأن العوض شأن المعوض. فكما يعتبر كون الثانى من الأعيان. و كذلك الأول.

و يمكن الاستدلال على هذا الرأى بوجه:

١- ما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع نقل الأعيان. و يرد عليه:

أن غرض الفقهاء رضوان الله عليهم من هذه العبارة هو المبيع، لأنهم ذكروها فى مقابل الإجاره التى هى لنقل المنافع. مع أن الأجره فيها تكون من الأعيان غالباً.

و لعل النكته فى عبارتهم هذه هى ملاحظه ناحيه الإيجاب، بداهه أن العقد إنما يتم بفعل الموجب. و أما القابل فليس له إلا الارتضاء بذلك الفعل، و نسبته الى نفسه.

٢- أن الأدله الداله على صحه البيع و نفوذه إنما هى منصرفه إلى البيوع المتعارفه. و من البديهى أنه لم يتعارف جعل العوض فى البيع من المنافع. و على فرض وجوده فى مورد فهو من الأفراد النادره التى تنصرف عنه الإطلاقات. و الجواب عن ذلك

أن مفهوم البيع-على ما عرفته آنفا-تبديل شيء بعوض في جهة الإضافة.

و لا يفرق في تحقق هذا المفهوم بين أن يكون كلا العوضين عينا، أو كلاهما منفعة، أو أحدهما عينا و الآخر منفعة.

و لكننا قد ذكرنا فيما سبق: أن المتبادر من الاستعمالات العرفية عدم صدق البيع على تمليك المنفعة. بل يعتبر في تحقق مفهومه أن يكون المبيع عينا. و أما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان. فيبقى تحت مفهوم البيع: و هو تبادل شيء بشيء في جهة الإضافة. فتشمله العمومات الدالة على صحة العقود.

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

٣- أن المنافع أمور معدومه، فلا يقع عليها البيع، ضروره أن الملكيه من مقوله الأعراض، و هي 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 التي لا- تتوقف على وجود موضوع لها في الخارج. بل لا- بد و أن يكون متعلقها قابلا- لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء، و قد عرفت ذلك فيما تقدم.

٤- ما ذكره الطريحي في مجمع البحرين، من أن المال في الأصل الملك من الذهب و الفضة. ثم أطلق على كل ما يقتنى، و يملك من الأعيان. و عليه فلا تكون المنفعة ثمتا في البيع، لأنه مبادله مال بمال. و المفروض أن المنفعة ليست من الأموال.

و يرد عليه:

أن المال ما يبذل بإزائه شيء حسب رغبة العقلاء و تنافسهم، و من الواضح أن هذا المعنى أعم من العين و المنفعة. بداهه أن المنفعة من مهمات ما يرغب فيه العقلاء.

## عمل الحر و جواز وقوعه ثمنا في 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 في جواز كونه منفعه).

و توضيح ذلك: أن عمل الحر تاره يلاحظ بعد وقوع المعاوضه عليه- كما إذا استأجره لبنائه داره، أو لنجاره بابه، أو لخياطه ثوبه، أو لغير ذلك من الأغراض العقلانيه- و أخرى يلاحظ قبل وقوع المعاوضه عليه.

و على الأول فلا- إشكال في جعل العمل المزبور ثمنا في البيع، بداهه كونه مالا- مملوكا للمستأجر. و له أن يتصرف فيه أى تصرف، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

كما أن عمل العبد و الدابه مال مملوك لصاحبها.

و الدليل على ماله عمل الحر في هذه الصوره أمور:

١- أنه يصح إطلاق ذى المال على المستأجر الذى ملك عمل الحر بالإجاره أو الصلح.

٢- أنه يجب على المستأجر المزبور حج البيت، لأنه قد استطاع اليه سبيلا، إذا كان عمل أجييره وافيا بزاده و راحلته.

٣- أنه يخرج المستأجر بعمل أجييره عن عنوان الفقراء، و يعامل معه معامله الأغنياء، إذا كفى ذلك العمل مئونه سنته. و إذن فيحرم عليه أخذ الزكاه. و سائر الوجوه الشرعيه المقرره للفقراء و المساكين.

٤- أنه إذا أتلف أحد عمل أجيير ضمنه لمستأجره، لقاعده الضمان بالإتلاف.

و لأجل هذه الأمور كلها نستكشف صدق مفهوم المال على عمل الحر بعد وقوع المعاوضه عليه. و السر في ذلك كله: أن عمله حينئذ مورد لرغبه العقلاء و ميلهم.

و على الثانى فإن قلنا باعتبار المالىه فى الثمن و المثلثن فلا يقع عمل الحر عوضا فى البيع، لأنه لا يعد مالا عرفا. و إن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمنا فيه.

و الشاهد على عدم كونه مالا فى هذه الصورة: أن الحر لا يكون مستطيعا بلحاظ عمله لكى يجب عليه الاكتساب، و تحصيل الزاد و الراحله. ثم السير الى بيت الله 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 تملك 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 مالىه الأشياء متقومه برغبه الناس فيها برغبه 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 الأصلية 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 شىء. 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 بالملكه الاعتباريه. بل هو مملوك لصاحبه بالملكه الذاتيه الأوليه على ما عرفت فى أول الكتاب.

نعم ربما يناقش فى ذلك بأن البيع - كما سبق - تبديل شىء 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 كلاً- من العوض و المعوض لا- بد و أن يكون مالاً- مملوكاً 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 لمثونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى. و بأمن الطريق فى بعض الأخبار [١].

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

نعم إذا أجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد، بحيث يكفى ذلك مثونه حجه و عياله، كان مستطيعاً. و السرفيه 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،

إذ المناط فى صحه هذا الإطلاق كون الإنسان مالكا لأمواله بالملكيه الفعلية الاعتباريه.

و قد عرفت قريبا: أن عمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه-غير مملوك له كذلك، لأن ثبوت شىء لشىء بالإضافه الاعتباريه إنما يصح فى غير موارد الثبوت الحقيقى.

و إلا- كان الاعتبار لغوا محضا، و تحصيله للحاصل. و من المفروض أن عمل الحر مملوك له بالإضافه الذاتيه. كما أن الله تعالى مالك لمخلوقاته بالإضافه الذاتيه الإشراقية.

و أما الوجه فى أن إتلاف عمل الحر لا يوجب ضمانه على المتلف فهو أن قاعده الضمان بالإتلاف ليست بروايه لكى يتمسك بإطلاقها فى الموارد المشكوكه. بل هى قاعده متصيده من الموارد الخاصه. و إذن فلا بد من الاقتصار فيها على المواضع المسلمه المتيقنه.

و مع الإغضاء عن ذلك، و تسليم كونها روايه أنها غريبه عن عمل الحر. إذ المستفاد منها أن إتلاف مال غيره موجب للضمان. و من الواضح أن الظاهر من كلمه (المال) هو المال المضاف الى مالكة بالإضافه الاعتباريه. و قد عرفت: أن عمل الحر قبل وقوع المعاوضه عليه-ليس كذلك. و عليه فلا يكون مشمولا لقاعده الضمان بالإتلاف.

نعم إذا كان الحر كسوبا: و له عمل خاص يشغل به كل يوم-كالبنايه و التجاره و الخياطه و غيرها-فان منعه عن ذلك موجب للضمان، للسيره القطعيه العقلانيه.

## نظرة فى الحقوق

### إشارة

قوله: (و أما الحقوق الأخرى). أقول: لا وجه لتوصيف كلمه (الحقوق) بلفظ (الأخرى) إذ لم تتقدم طائفه من الحقوق ليكون المذكور هنا طائفه أخرى منها.

و عليه فالوصف المزبور مستدرك جزما. و قد ضرب عليه فى بعض النسخ الصحيحه.

و يحتمل قريبا وقوع التصحيف فى عبارته المصنف بالتقديم و التأخير. و صحيحها هكذا

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 العبارة. و إليك نصه بلفظه:

(يمكن أن يكون الوصف توضيحياً، و يمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين و المنفعه أيضاً من الحقوق بالمعنى الأعم). و يرد عليه:

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

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



قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثة أقسام:

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

٢- 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 المشتري) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك لا محاله، و إن قبل السقوط و الإسقاط.

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 الله اعلم). و قد أجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع الدين ممن هو عليه، و بين ما نحن فيه بتقريب أن الملكيه علاقته 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 قواعد الإبراء مرددا بين التمليك و الإسقاط. 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 تقوم 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

ناقش المصنف في وقوعه ثمننا في البيع، لأنه -لغوه و عرفا- مبادله مال بمال. و من البين أن الحق ليس بمال لكي يقع عوضا في البيع. نعم إذا قلنا بعدم اعتبار المالىه في كل من الثمن و المثلثن أمكن جعل الحق ثمننا في البيع. هذا تفصيل ما ذكره المصنف في المقام.

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

و هي أن مثل هذا الحق لا يجوز جعله ثمننا في البيع. و لكن لم يدلنا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى في 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 أيضاً 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 حقاً مصطلحاً، إذ المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم: أن الفرق بين الحق و الحكم أن الحق نوع من السلطنه التي يكون أمرها بيد ذى الحق بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئاً من ذلك. و إذن فالأمثله المذكوره غريبه عن حدود الحق. و إنما هي من مصاديق الحكم المصطلح.

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

١- مالكيه الإنسان لما في ذمته.

ذكر المصنف (ره): أن جواز ملك الإنسان لما في ذمته معقول عقلاً، و جائز شرعاً.

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

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

و إلا لكان الاعتبار لغوا محضاً،و تحصيلاً للحاصل.و قد مرّ فيما سبق أن مالكيه الإنسان لذمته أمر تكوينى حقيقى،فلا يحتاج إلى الثبوت الاعترارى.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،بديهة أن النسبه بين المالك و المملوك عليه و إن كانت هى التضاييف.و لكن المتضائفين لا يستحيل اجتماعهما فى محل واحد دائماً فالله تبارك و تعالى عالم بذاته،و هو معلوم له و كل شاعر يحب 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 الوجودى.فلا مانع من صدقهما على شىء واحد.

٢-الفارق بين الملكيه و السلطنه:

ذكر المصنف:أن الملكيه لا تتوقف على المملوك عليه.و السلطنه تتوقف على المسلط عليه.

و التحقيق:أن هذا المعنى و إن كان صحيحاً بالإضافه إلى الملكيه المضافه إلى الأعيان الخارجيه.إلا انها لا تصح فى الملكيه المضافه إلى الذمم.فإن الكلى ما لم يصف إلى ذمه شخص خاص لا يبذل بإزائه شىء.و لا يرغب فيه العقلاء.

٣-اتحاد المسلط و المسلط عليه:

ذكر المصنف:أن مثل حق الشفعه و حق الخيار سلطنه فعليه،فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد.

و التحقيق:أن حق الشفعه لا تجوز المعاوضه عليه.لا من ناحيه المحذور الذى

ذكره المصنف، فإنه واضح الاندفاع، (و سيأتي قريباً) بل من جهة أن حق الشفعة إما أن يباع من المشتري، أو من غيره. و على الأول فيكون البيع لغوا محضاً، إذ المشتري مالك للحصه المبيعه قبل انتقال حق الشفعه إليه و عليه فلا معنى لاستحقاقه تملك تلك الحصه ثانياً بحق الشفعه. و على الثاني فلأن حق الشفعه استحقاق الشريك للحصه المبيعه في شركته لكي يضمها الى حقه. فالشريك قد أخذ موضوعاً لهذا الحق. و من بين الذي لا ريب فيه أنه لا يعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه، بديهة أن نسبه الحكم الى موضوعه كنسبه المعلول الى علته، فكما يستحيل انفكاك المعلول عن علته كذلك يستحيل انفكاك الحكم عن موضوعه.

و بتعبير آخر: أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعه وجدنا خصوصيه في مورده.

و تلك الخصوصيه هي العله التامه لثبوته للشريك فقط، دون غيره.

نعم تجوز المعاوضه على حق الشفعه من حيث الإسقاط بأن يجعل إسقاطه ثمناً في البيع، أو أجره في الإجاره، أو عوضاً في الصلح و الهبه، أو صداقاً في النكاح، و لكن هذا أجنبي عما نحن فيه، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضه على حق الشفعه، و جعله عوضاً في العقود المعاوضيه، لا المعاوضه على إسقاطه، فإن الإسقاط بنفسه عمل. و قد عرفت سابقاً: أن عمل الحر يجعل عوضاً في البيع و غيره من العقود المعاوضيه.

و أما حق الخيار فجواز المعاوضه عليه من حيث الاسقاط خارج عن موضوع بحثنا—و قد عرفته قريباً—و أما نقله الى غيره بالعقود المعاوضيه، و جعله عوضاً فيها فقد منعه المصنف من ناحيه استلزامه اتحاد المسلط و المسلط عليه.

و الجواب عن ذلك:

أولاً: أن هذا إنما يتم فيما إذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار. و أما إذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور. و إذن فالدليل أخص من المدعى.

ثانياً: أن هذا إنما يلزم فيما إذا كان متعلق السلطنه في الخيار هو البائع. دون

العقد. و لكن سيأتي في مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتبايعين و إلا لسقط خيار كل منهما بموت صاحبه.

و على هذا الضوء فثبوت حق الخيار لا- يحتاج الى وجود المسلط عليه لكي يلزم من نقله اليه اتحاد المسلط و المسلط عليه. بل شأنه شأن حق التحجير المتعلق بالأرض المحجرة.

ثالثاً: أنه لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار- لاستحاله اتحاد المسلط و المسلط عليه- لاستحال ملك الإنسان لما في ذمته بالأولوية القطعية، لاستحاله تملك الكلي بدون المملوك عليه. و حيث عرفت إمكان الثاني فكان الأول أولى بالإمكان.

رابعاً: أن مفهوم السلطنة و إن كان من المفاهيم الإضافية. إلا أن عنوان التضاييف لا يقتضى استحاله صدق المتضاييفين على شيء واحد. كما عرفته قريباً.

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

نعم ان الخيار المجعول بجعل المتبايعين، أو بجعل شرعى ترجع حقيقته- على ما حققناه في مبحث الخيارات- الى تحديد الملكية في 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 يأتي الكلام فيه إن شاء الله.

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

و يرد عليه ما ذكرناه في أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء، و يبذلون بإزائه شيئاً. و من البين أن حق التحجير مورد لرغبة العقلاء و تنافسهم.

فيكون مالا بالحمل الشائع. و إذن فلا محذور في جواز المعاوضه عليه من هذه الناحية.

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 في البيع،بداهه أن الحق حكم شرعى غير قابل لأن تتعلق به إضافه ملكيه أو غيرها.

و قد عرفت سابقا (1): 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 المشتري 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 المالكه عن كل من العوضين، و إيجاد إضافه أخرى مالكيه فيه. و عليه فلا يمكن جعل الحق ثمنا فى البيع.

و السر فى ذلك أن المالكه 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 البديهي أن مقابله هذه الإضافه بشيء تحتاج إلى إضافه أخرى

ص: ٤٣

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 الراجعة إليه - كالأمامه، و القضاوه. و الوزاره، و السلطنه، و أشباهها- و لأجل هذه المناقشه يلزمنا أن نمنع عن جواز تبديل حق بحق. أو تبديله بغيره، منعا مطلقا: أى سواء أصدق 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.

### الملك و الحق و بيان الفارق بينهما

ما هى حقيقه الملك، و حقيقه الحق، و ما هو الفارق بينهما؟ أن الثابت فى نظام الوجود لا يخلو عن أربعة أقسام: لأنه إما واجب، أو ممكن. و الثانى: إما جوهر، أو عرض، أو أمر اعتبارى قائم بنفس الاعتبار.

و لا ريب فى أن الأحكام كلها من قبيل الأمور الاعتباريه. سواء فيها الأحكام الشرعيه، و العقلانيه، و الوضعيه، 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 (1) و لا ريب فى أن هذه السلطنه إنما تتعلق بالأعيان الخارجيه

ص: ٤٤

تاره، و بالأفعال اخرى. فيقال: له السلطنه على المملكه. و هو سلطان الرعيه، و الناس مسلطون على أموالهم. و زيد مسلط على الخياطه و البناءه و التكلم و الكتابه و نحو ذلك من الأفعال.

و هذا بخلاف الحق و الحكم، فإنهما لا يتعلقان إلا بالأفعال. فيقال: يباح للإنسان أكل الخبز و شرب الماء. و يستحب له أكل الرمان و يجب على المكلف الإتيان بالصلاه الواجبه، و ترك المحرمات. و يحرم عليه شرب المسكر و أكل الربا، و استماع الغناء. و يكره له أكل 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 للمسكن و النفقه و المضاجعه من زوجها. و الأولياء لهم حق القيام بأمر المولى عليهم.

و حق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته و يقضى حاجته. و يحضر جنازته. و يكشف كربته.

و على الجملة: إن الفارق بين الحق و الحكم، و بين الملك: أن الأولين لا يتعلقان إلا بالأفعال. بخلاف الملك فإنه يتعلق بالأعيان تاره و بالأفعال اخرى. و إليك ملاحظه الاستعمالات الصحيحه الفصيحه.

## الحق و الحكم و عدم وجود الفارق بينهما

ما هو الفارق بين الحق و الحكم؟ لا ينبغي الريب في أن الحكم و الحق متحدان حقيقه، لأن قوامها بالاعتبار الصرف.

و توضيح ذلك: أن المجعولات الشرعيه على ستة أقسام:

١- التكليفي الإلزامي، كالواجبات و المحرمات.

٢- التكليفي غير الإلزامي. كالمستحبات و المكروهات و المباحات.

٣- الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ. كالبيع و الإجاره و الصلح و نحوها،



فإنها و إن كانت لازمه فى نفسها.و لكنها تنفسخ بالإقاله و نحوها.

٤-الوضعى اللزومى الذى لا يقبل الانفساخ،كالزواج،فإنه لا ينفسخ إلا فى موارد خاصه.

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

٦-الوضعى الترخيصى الذى لا يقبل الاسقاط،كالجواز فى الهبه،فإنه حكم مجعول للشارع.و لا يرتفع بالإسقاط.

و هذه الأمور الاعتباريه و إن اختلفت من حيث الآثار اختلافًا واضحًا، و لكنها تشترك 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 قريبًا-اختلافًا ظاهرًا.

فبعضها يقبل الاسقاط.و بعضها لا يقبله و السر فى هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثًا 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 الجملة: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 فارقًا بين جواز قتل المشرك-الذى يسمى حكمًا شرعيًا-و بين سلطنه ولى الدم على قتل القاتل الذى يسمى حقا شرعيًا،لقبوله الاسقاط.

ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقًا 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.

و من الغريب أن جمعا من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق و الحكم، حتى أن بعضهم قد ألحقه بالبيدييات، زعما منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس، و أبين من الأمس، و ذكر جماعه: أن الحق مرتبه ضعيفه من الملكيه، و صاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصه في فعل شيء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك.

و ذكر طائفه: أن الحق ما يقبل السقوط و الإسقاط، أو النقل و الانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور. إلى غير ذلك مما ذكره في هذا المقام. و لكنك قد عرفت: أنه لا يرجع شيء من ذلك إلى محصل.

نعم لا- مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفه من الأحكام: و هي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحه في الاصطلاح. و أظن- وإن كان الظن لا يغنى من الحق شيئا- أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء في حقيقه الحق و الحكم.

و بيان الفارق بينهما. و الله العالم.

و مما يدل على اتحاد الحق و الحكم أن لفظ (الحق) في اللغة بمعنى الثبوت. و لذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له، سواء أ كان تقررا تكوينيا أم كان اعتباريا. و هو بهذا المعنى قد استعمل في عدة موارد من الكتاب العزيز [١]

و من هنا يصح إطلاق كلمه (الحق) على الخبر الصادق، لثبوت مضمونه فى الواقع.

و لهذا أيضا يطلق الحق - بقول مطلق - على الله تعالى، لبطلان غيره فى جنبه سبحانه.

و من هنا قيل: إن أصدق شعر أنشئ فى الجاهليه هو قوله ألا كل شىء ما خلا الله

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، فإن كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به. و إلا فإن كان للدليل 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 شكنا فى بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (صلى الله عليه و آله):

(من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له) (١) و أنه إذا شكنا فى بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا) (٢). و مع عدم الإطلاق فى ذلك

ص: ٤٨

١- ١) قد أشرنا إلى مصادر الحديث فى ص ٦.

٢- ٢) الاسراء ٣٥: ١٧.

رجعنا إلى الآيات [١] و الروايات [٢] الداله على حرمه قتل النفس المحترمه.

و إن لم يكن هناك عموم أو إطلاق فإن قلنا بجريان الاستصحاب فى الشبهات الحكيمه 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 الحكيمه 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 يأتي تفصيل ذلك فى مبحث أحكام الخيار.

و إذا شكنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحا أنه يقبل النقل أولا فإن الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدله المثبتة 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

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 المصادقيه.و قد ثبت فى محله عدم جواز التمسك بالعام فى الشبهات المصادقيه.

و إلى هنا وقف القلم فى مبحث الحق و الحكم.و الله 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،لأننا 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 الرجل.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.

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 الجملة: 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 الحكاياه 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 بتفهمه. 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 العقلانى، و الفهم العرفى، و المعنى اللغوى، بديهى أن الوضع فى اللغة بمعنى الجعل و الإقرار و الإثبات و ما يراد منها من ألفاظ أيه لغه كانت. و عليه فالتزام المتكلم بإبراز 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 بإبراز مقاصده بالألفاظ المتداوله بين أهل اللسان

لتفهم أمر تعلق به غرضه-فهو واضح حقيقه.نهايه الأمر أن إطلاق الواضع على الجاعل الأول إنما هو لسبق زمانه،و قدم عهده.و لا فارق فيما ذكرناه بين الجمل الخبريه و الجمل الإنشائيه،و غيرهما من الألفاظ المفرده و المركبه التي هي من الامارات الجعليه.

نعم تفترق الجمل الإنشائيه عن الجمل الخبريه بأن الجمل الإنشائيه إنما وضعت بهيئاتها الإنشائيه لابرز أمر ما من الأمور النفسانيه:و هذا الأمر النفساني قد يكون اعتبارا من الاعترابات،كما في الأمر و النهي و العقود و الإيقاعات.و قد يكون صفة من الصفات،كما في التمني و الترجي.و لأجل ذلك أن الجمل الإنشائيه لا- تتصف بالصدق تاره و بالكذب أخرى.إذ ليس في مواردھا خارج تطابقه النسبه الكلاميه،أو لا تطابقه.

و هذا بخلاف الجمل الخبريه،فإنها موضوعه لابرز قصد الحكايه عن الثبوت أو السلب.و عليه فالهيئات التركيبيه للجمل الخبريه أماره على قصد المتكلم للحكايه عن النسبه،و هذه الحكايه قد تطابق الواقع فتكون الجمله صادقه،و قد تخالفه فتكون كاذبه.و قد اتضح لك مما ذكرناه أن المتصف بدء بالصدق و الكذب-في الجمل الخبريه-إنما هو الحكايه عن الواقع.و أما اتصاف الجمله الخبريه بهما إنما هو من قبيل وصف الشيء بحال متعلقه.

و المتحصل مما بيناه أن استعمال اللفظ في المعنى ليس إلا- إظهار المقاصد النفسانيه بمبرز خارجي سواء في ذلك الجمل و غيرها.و إذن فالإنشاء من مصاديق استعمال اللفظ في المعنى بلا ارتباط له بإيجاد المعنى باللفظ.

### حقيقه البيع و تعريفه

لا يخفى على الناقد البصير أن البيع ليس إنشاء ساذجا-و إن علم عدم تحقق الاعتبار النفساني-و إلا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهي و النائم و السكران و أمثالهم،و لا أنه صرف الاعتبار النفساني-و إن لم يقترن به المظهر الخارجي-

و إلا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفساني المحض من دون إبرازه بمبرز خارجي.

و هو باطل بالضرورة.

بل حقيقه البيع هي الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع أو للعقلاء أم لم يكن كذلك. و عليه فإذا اعتبر أحد تبديل ماله بمال غيره في أفق نفسه، ثم أظهر ذلك بمبرز خارجي صدق عليه مفهوم البيع جزماً. و كذلك الحال في سائر الأمور الإنشائية من العقود و الإيقاعات، و الأوامر و النواهي، فإن معنى الأمر -مثلاً- ليس إنشاء خالصاً، و لا اعتباراً ساذجاً. بل هو الاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي.

و إذا اطلعت على ما ذكرناه في معنى الإنشاء، و لاحظت ما بيناه في معنى المبادله (1) جاز لك تعريف البيع بأنه إنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهه الإضافه. و لا يتوجه عليه لزوم أخذ الإنشاء في المنشأ. كما سجله المصنف على ما ذكره المحقق الثاني من أن البيع نقل العين بالصيغه المخصوصه. و ذلك لأن هذه المناقشه واضحه الدفع نقضاً و حلاً، و سيأتي قريباً.

قوله: (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيه، و لا -متشريع بل هو باق على معناه العرفي). أقول: قد عرف الفقهاء البيع بتعاريف شتى غير ما ذكرناه:

١- ما ذكره الشيخ في المبسوط، و العلامه في التذكرة من أن البيع انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي. و رماه المصنف الى التسامح الواضح، و لم يبين سره. و لعل الوجه فيه أن الانتقال أثر للبيع، فلا يسوغ تعريف الشيء بأثره. إلا على سبيل العناية و المجاز.

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

ص: ٥٣



صفه للعوضين، فلا وجه لتعريف البعض بذلك. نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازاً، لأن ذلك من قبيل توصيف الشيء 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 أيضاً، لأنه أخذ الإنشاء فى تعريف البيع. و سيأتى قريباً. قيل:

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

و يرد عليه: أن البيع ليس من الأمور التوليدية لكى يتسبب إليه بالألفاظ، و يضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسماً 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 أمراً يمكن إنشاؤه بالصيغه. إلا أن النقل مقيداً 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

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 بعث نقلت بالصيغه، وإن كان غرضه هذا فإن أراد من الصيغه خصوص كلمه بعث فقد لزم منه الدور، إذ الغرض من التعريف معرفه ماده بعث، فلا- يمكن تعريف تلك ماده بما يشمل عليها. وإن أراد من الصيغه ما هو الأعم من كلمه بعث وجب الاقتصار على مجرد النقل و التملك. و الجواب عن ذلك:

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

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

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

و على الجملة: لا- مانع من أن يكون البيع اسما للنقل بالصيغه المخصوصه. و معه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلك يمكن إنشاؤه أيضا بصيغه بعث. 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 القنذ بالقنذ، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع- و سيأتى- بأنه إنشاء تملك عين بمال و من الواضح أن إنشاء التملك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغه المخصوصه.

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

١- أن لفظ النقل ليس مرادفاً للبيع بل هو من الكنايات. وقد ثبت في محله أنه لا يجوز استعمال الألفاظ الكنائية في التعاريف.

٢- أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود، بداهه أن المعاطاه بيع عند المحقق الثاني، مع أنها لم تنشأ بالصيغه أصلاً فضلاً عن الصيغه المخصوصه.

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

١- أن العقد مركب من الإيجاب و القبول. و إذن فيتوجه على هذا التعريف ما يتوجه على تعريف البيع بالإيجاب و القبول ٢- أن هذا التعريف لا يشمل البيع الفاسد، لأنه لا يقتضى استحقاق التصرف فى العوضين. مع أنه بيع جزماً. و عليه فلا يكون جامعاً لأفراد المحدود.

٣- 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 ٥- ما ذكره المصنف من أن البيع إنشاء تملك عين بمال. و يتوجه عليه وجوه:

١- أن لفظ العين يشمل الأعيان المتموله و غيرها. مع أنه (ره) اعتبر المالىه فى العوضين. فلا يكون تعريفه هذا مانعاً عن دخول الأعيان فى المحدود.

٢- أنه لو كان البيع إنشاء تملك عين بمال لزم منه أن يكون التبديل فيه فى الإضافه المملكه فقط. و قد عرفت خلاف ذلك فيما تقدم (١) و قلنا: إن البيع تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه. لا فى الإضافه المملكه و لا فى الإضافه المالىه.

٣- أنه لا دليل على اعتبار المالىه فى الثمن. و إنما المناط فى تحقق مفهوم البيع صدق عنوان المعاوضه عليه. و قد مرّ تفصيل ذلك فيما سبق (٢) كما اتضح لك ان الصحيح هو ما ذكرناه فى تعريف البيع من أنه إنشاء تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه.

ص: ٥٦

١- ١) ص ٢٣.

٢- ٢) ص ٢٤.

قوله: (و لا يلزم عليه شىء مما تقدم. نعم يبقى عليه أمور) أقول: بعد ما عرف المصنف البيع بإنشاء تمليك عين بمال تصدى لذكر جملة من النقوض المتوجهه على التعريف المزبور. و الجواب عنها. و يحسن بنا التعرض لتلك النقوض و أجوبتها تأسيا له (ره).

### منها:

١- 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 بصحة الإيجاب بلفظ ملكت، لأن التمليك بالعوض ليس معنى آخر غير البيع. و قد صرح 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 الله، و نص على عدم صيرورته ملكا لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور- لكى يصرف ثمنه فى قربات الله- لم يقع التبديل بين العوضين فى الإضافه الملكيه. بل فى إضافه أخرى غيرها (١).

و أضف إلى ذلك أن الإنشاء بصيغه ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري 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.

٢ أنه إذا كان البيع بإنشاء تمليك عين بمال لم يشمل ذلك بيع الدين ممن

هو عليه، إذ الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

ص: ٥٧

و أجاب عنه المصنف بوجهين. و حاصل الوجه الأول: أنه يمكن أن يملك الإنسان مالا على نفسه. و تكون نتيجته سقوط ذلك المال عن ذمته. و نظير ذلك:

أن يكون أحد مديونا لغيره دينارا و اشترى الدائن متاعا من المديون بدينار كلى فى الذمه فإن الدينارين يسقطان بالتهاتر.

و حاصل الوجه الثانى: أنه إذا لم يعقل تملك الإنسان لما فى ذمته لم يعقل بيعه أيضا، إذ ليس للبيع لغه و عرفا معنى غير المبادله و النقل و التمليك، و ما يساويها من الألفاظ سواء أ كانت من اللغة العربيه أم كانت من غيرها و من هذه الناحيه قال فخر المحققين: (إن معنى بع فى لغه العرب ملكت غيرى، فإذا لم يعقل ملكيه ما فى ذمه نفسه لم يعقل شىء 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 [١].

والتحقيق: أن مالكيه الإنسان لدمته أمر ذاتي تكويني من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري، بديهه أن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي. وإلا لكان الاعتبار لغوا محضاً، و تحصيلاً للحاصل.

و عليه فإذا ملك شخص شيئاً في ذمه غيره فقد ملكه بالملكيه الاعتباريه. و إذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبذلت الملكيـه الاعتباريه بالملكيه الذاتيه التكوينيـه، لما عرفته من لغويه الثبوت الاعتباري في موارد الثبوت الحقيقي. و إذن فلا مجال

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. وقد علمت الفارق بينهما.

### و من النقوض:

٣- أن تعريف البيع بإنشاء التمليك إلخ يشمل التمليك بالمعاطاه.

مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاه ليست بيع. 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 التبعدى على أمثال ذلك. و إنما مورد الإجماع التبعدى هو المسأله الشرعيه و يضاف إلى ذلك أن جما غفيرا من أكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاه بيع صحيح. بل جملة من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعا لازما. و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع على عدم كونه بيعا

### و من النقوض.

٤- انه إذا كان البيع إنشاء تمليك عين بمال انتقض منعه بالشراء،

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

تقدم القبول على الإيجاب: بأن يكون التمليك من ناحيه المشتري أولاً، و البيع من ناحيه البائع ثانياً.

و ان كان مراده من التمليك الضمنى: ان ألفاظ الإيجاب و القبول انما تدل بالدلاله المطابقه على تمليك المشتري ماله للبائع، سواء فى ذلك تقدم القبول على الإيجاب و عدمه، ان كان مراده هذا 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 شىء بشىء فى جهه الإضافه. و من الضرورى أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر فى آن واحد، و فى مرتبه واحده. و عليه فلا يعقل وجود التمليك من ناحيه البائع إلا فى آن وجود التمليك من ناحيه المشتري.

و بتعبير آخر: أن البائع إنما ينشئ التبديل بين الثمن و المثلن فى جهه الإضافه فى مرتبه واحده. نعم يشترط رضا المشتري و قبوله لفعل البائع فى تحقق عنوان التبديل، و نتيجة ذلك: أن التمليكين (تمليك البائع و تمليك المشتري) يتحققان فى مرتبه واحده. و إذن فلا أصاله و لا تبعيه فى المقام.

و أضف إلى ذلك: أننا سلمنا كون التمليك من ناحيه البائع أصليا استقلاليا، و من ناحيه المشتري ضمنيا تبعيا. الا أن إطلاق التعريف شامل لكلا التمليكين و اذن فلا وجه لصرفه عن الثانى، و حصره فى الأول. قيل:

ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج، و يتحقق به التمليك و التملك فى عالم الاعتبار. و عليه فلا يبقى مجال لتمليك المشتري لكى ينتقض به تعريف البيع. و اذن فلا- شأن للمشتري الا- قبول الإيجاب من البائع و نسبه فعله الى نفسه فتكون منزله القبول فى البيع منزله الإمضاء فى المعاملات الفضوليه و فيه أن قبول الإيجاب و ان كان شرطا فى البيع، لا جزء مقوما له الا أن شروط البيع على ثلاثه أقسام



١- أن يكون شرطاً لإمضاء الشارع.

٢- أن يكون شرطاً لإمضاء العقلاء.

٣- أن يكون شرطاً لأصل الاعتبار: بأن يدور عليه مفهوم البيع وجوداً و عدماً. و من الواضح أن تعقب الإيجاب بالقبول من القبيل الثالث. بداهة انتفاء حقيقته البيع بانتفاء القبول. فكما ان التمليك و التملك يستندان إلى البائع كذلك يستندان إلى المشتري.

### و من النقوض:

٥- أنه إذا كان البيع إنشاءً تمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على

تملك عين بمال

و يتوجه عليه وجوه:

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

و من الظاهر أن هذا العنوان يغير عناوين سائر العقود، إذ المنشأ فيها (أولاً 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 نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تكون تمليك عين بعوض، فتتحد مع نتيجة البيع. و قد تكون تمليك عين مجاناً فتتحد مع نتيجة الهبه. و قد تكون تمليك منفعه بعوض فتتحد مع نتيجة الإجاره. و قد تكون تمليك منفعه مجاناً، فتتحد مع نتيجة العاربه. و قد تكون نتيجة 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 مصداقاً للبيع، و لا لغيره من العقود.

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

التسالم. و من الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان. بل لا بد و أن يتعلق ذلك إما بالفعل - كالإسقاط و العفو و التملك و أشباهها - أو بالحكم الوضعي كالملكيه و نحوها. بخلاف البيع، فإنه تبديل شيء من الأعيان بعوض (1).

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

و على الجملة: إن مفهوم التسالم و إن صدق على جميع العقود حتى النكاح، إلا أن المنشأ في كل عقد بدء غير ما هو المنشأ في الصلح. و إذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح، لأنهما متغايران مفهومًا [1]

ص: ٦٣

---

(١ - ١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣.

## و من النقوض: ٦- أنه إذا كان البيع تمليك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضه.

و التحقيق: أن الهبة على ثلاثة أقسام:

- ١- أن تكون مجانيا من غير أن تقابل بالعوض سواء أ كان ذلك بالاشتراط أم بإرادته المتهب.
  - ٢- أن لا يشترط الواهب عوضا في هبته إلا أن المتهب يعطى العوض من تلقاء نفسه قضيه لمقابله الإحسان بالإحسان.
  - ٣- أن يشترط الواهب عوضا في هبته بأن يهب شيئا للمتهب و يشترط عليه فعلا من الأفعال. و يسمى هذا هبة معوضه. و قد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك.
- و يتوجه عليه ما ذكره المصنف و توضيحه: أن حقيقه الهبة متقومه بتمليك الواهب ماله للمتهب تمليكا مجانيا من دون أن يعتبر العوض في ماهيتها. نهايه الأمر أنه قد يشترط فيها العوض، فتسمى هبة معوضه. و من الظاهر أن اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها، إذ الشرط ليس عوضا للتمليك، و لا بدلا عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط في الهبة شأن سائر الشروط المشروطه في بقيه العقود.

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

و يتضح ما ذكرناه وضوحا حليا بملاحظه التعويض غير المشروط في ضمن الهبة الأولى الصادره من الواهب، بداهه أن التعويض الصادر من المتهب هبه أخرى غير دخلية في حقيقه الهبة الأولى الصادره من الواهب. فيستكشف من ذلك أن حقيقه الهبة متقومه بالتمليك المجاني و هذا بخلاف البيع، فإنه متقوم باعتبار التبدل بين العوض

والمعوض، وإظهاره بمبرز خارجي. و عليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط، أو بتمليك المشتري فقط [١].

ص: ٦٥

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته قسمين آخرين للهبة غير ما تقدم:

١- أن تقع الهبة في مقابل الهبة، كما إذا قال الواهب:

ملكتك كذا بهبتك كذا، و يقصد بذلك وقوع الهبة بإزاء الهبة: بأن تكون كلمه (الباء) متعلقه بالتمليك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه و الفارق بين هذا القسم، و بين ما يشترط فيه العوض: أنه إذا لم يهب المتهب هنا بطلت الهبة الأولى، إذ المفروض أن كلا من التملكين وقع في مقابل الآخر. و من الظاهر أن مقتضى المقابلة هو انتفاء كل منهما بانتفاء الآخر. بخلافه هناك، فإن مخالفه الشرط فيه يوجب الخيار فقط.

و أما الفارق بينه و بين البيع فإن المقابلة هنا بين الفعلين. بخلاف البيع فإن المقابلة فيه بين العوضين.

٢- أن تقع المقابلة بين المال و الهبة: بأن يقول الواهب ملكتك كذا بمقابل ما أعطيتنى. نظير أن يقول: أكرمتك بعوض ما أعطيتنى. و يقصد فى هذا القسم وقوع المال بإزاء الهبة: بأن تكون كلمه (الباء) متعلقه بالتمليك بلحاظ نفسه أيضا.

و السر فى أن هذا القسم من أقسام الهبة دون البيع: أن العوض فيه لم يقابل بالعين لكى يكون ذلك من أفراد البيع، بل فى مقابل الفعل و هو التملك. و أما المال فهو مجانى صرف و لم يقع بإزائه شىء.

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

ملكتك هبتي لك كذا بهبتك إياي كذا.

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

## و من النقوض:

٧- أنه إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال انتقض طرده بالقرض،

لأنه أيضا إنشاء تملك عين بمال.

و أجاب عنه المصنف: (بأن مفهومه ليس نفس المعاوضه بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمه، لا- معاوضه للعين بهما).

و ناقش فيه المحقق ال-يروانى و إليك نصه «فأما هو مجرد تغيير للعبارة مع، كون واقعه هو المعاوضه، أو هو غير معقول، فان التملك على وجه ضمان المثل أو القيمه إن كان بمعنى المقابله على أن يكون تملك بإزاء عوض فى الذمه فذلك هو الأول، فإنه تملك بعوض فى الذمه. و إن كان لا بمعنى المقابله. بل كان التملك مجانيا و قد اشترط فى تملكه 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 لمالكة بجميع خصوصياته النوعيه و الصنفيه و الشخصيه-سواء أ كانت تلك الخصوصيات دخيله فى المالىه أم لا-بديده أن الثابت فى ذمه الضامن ابتداء إنما هو نفس العين. فيجب ردها إلى مالكة لقاعده ضمان اليد. و إذا تلفت العين وجب مثلها

على الضامن، لأنه أقرب إلى التالف و إن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتها، لاحتوائها على جميع ما هو دخيل في ماله 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 في الخصوصيات النوعيه و الصنفيه الدخيله في الماليه. و أما الخصوصيات الشخصيه غير الدخيله في الماليه فهي 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، بدهاه ان قاعده ضمان اليد لا تجرى في 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 في باب القرض- إلا بالنسبه إلى ماله 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 بأمر عديده.

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

و أوضحه السيد فى حاشيته بما هذا نضه(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 الزيادة 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 دلالة 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) مطلباً آخر غير ما فهمه السيد منه. و هو: أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضة، و دفع نقد آخر منهما- حين الأداء- الذى يساوى القرض فى المالىه و إن زاد عليه فى المقدار لا يستلزم الربا و مثال ذلك: أن يقترض أحد من صاحبه ريبالا عراقيا و يدفع عن بدله إلى المقرض أربعة دراهم. فان هذه الدراهم و إن كانت مساويه للرايات فى المالىه، و لكنها زائده عليها فى المقدار. و مع ذلك لا يكون هذا رباء.

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

و السر فى ذلك ما ذكرناه آنفا من ان معنى القرض 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 المالىه 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 شىء



مع الجهل بمقداره و أوصافه. و من الظاهر انه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضيه لا اعتبر فيه العلم بالمقدار و الأوصاف، لنهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن بيع الغرر (1) 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 لكي يتمكن من الأداء. إلا أنه أجنبي 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 و جوب العلم بمقدار القرض، و أنه لا يجوز الاقتراض بالكيل و الوزن المجهولين. و لكن ناقش فى ذلك بعض الأعاضم و نقل فيه القول بالجواز عن ظاهر جماعه آخرين بدعوى أن دليل نفي الغرر مختص بالبيع. غاية 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 البديهي أن هذا المناط موجود فى مطلق المعاملات المعاوضيه، و أما القرض فلا دليل على اعتبار نفي الغرر فيه، و لا أنه من قبيل المعاملات المعاوضيه. لكي يعتبر فيه نفي الغرر من هذه الناحيه و إذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض.

و هذه المناقشه فى غايه المتانهِ. و لكن يحسن بنا أن نقول: إن القرض خارج عن موضوع الغرر حتى مع وجود الدليل على نفي الغرر بقول مطلق، لأننا ذكرنا سابقاً: أن الثابت فى ذمه المقترض إنما هو ماله العين المأخوذه قرضاً، سواء أ كانت تلك العين معلومه المقدار و الأوصاف، أم كانت مجهوله كذلك.

نعم يعتبر العلم بمقدار القرض مقدمه للأداء. و من الواضح أن ذلك يمكن بعد الاقتراض أيضاً. و إذن فما ذكره المصنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين.

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

ص: ٧٠

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

أقول: لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقاييس. و ذكر السيد في حاشيته: أن (الظاهر انه الشيخ الكبير الشيخ جعفر في شرح القواعد). و مراده من غير ما ذكر غير ما ذكره هو (ره) و اختاره. و إلا فقد ذكر بعض هذه المعاني فيما تقدم. و إليك هذه المعاني التي تعرض لها المصنف:

- ١- الإيجاب المتعقب بالقبول، و إليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، و لعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع، و لذا لا يطلق لفظ البائع على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول.
- ٢- الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، و هو الانتقال، و يظهر هذا من المبسوط و غيره.
- ٣- نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول. و إليه ينظر كل من عرف البيع بالعقد.

### المعنى الأول: إنشاء التمليك 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.

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

و الوجه فى ذلك: أن البيع و ما يساويه فى المعنى من قبيل الإيجاب و الوجوب لا من قبيل الكسر و الانكسار، إذ كما ان الأمر قد يأمر بشىء، و لا يكون ذلك واجبا فى الخارج، كذلك البائع، فإنه قد ينشئ البيع، و هو لا يوجد فى الخارج.

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

١- ما ذكره السيد فى حاشيته. و صفوته: أن كل تمليك إنشائى ليس ببيع بل المراد من البيع هو الإيجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر. و الدليل على ذلك 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 المشتري لكان كاذبا فى اخباره. كما أنه إذا أخبر عن بيع داره. و أخبر أيضا عن عدم قبول المشتري 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 بين 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 الجملة: إن قوام العقود برمتها بالإيجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

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

٢- أنه لا وجه صحيح لتفرقه المصنف بين الإيجاب و الوجوب، و بين الكسر و الانكسار، بديهة أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحدانى لا تعدد فيه بوجه، وإنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط. كالإيجاد و الوجود، فإنهما شئ واحد.

غايه الأمر أن هذا الشئ 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 الأمر 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 لبي فلا- يؤخذ منه إلا- بالمقدار المتيقن. و القدر المتيقن هنا ما يكون التعليق فيه على الأمور الخارجيه عن صميم العقد و مفهومه.

ص: ٧٣

(١ - 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 في نظر الشارع.

و بتعبير آخر أن البيع له أربعة أقسام:

١- الإنشاء الساذج من غير أن ينضم إليه القبول. و لا شبهه في أن هذا لا يسمى بيعا حتى في 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 في نظر كل من الموجب و القابل، و لا يسمى بيعا عند العرف و الشرع.

٣- الإيجاب و القبول مع كونهما موردا للإمضاء أهل العرف دون الشرع.

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

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

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

قوله: (و كذلك لفظ النقل و الابدال و التملك و شبهها. مع أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها). أقول: حاصل كلامه: أن شأن البيع شأن النقل و الابدال و التملك، فكما لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضا في صدق مفهوم البيع.

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

بل هو كالنور على المنار. و عليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر في 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 شيء من مكان إلى مكان آخر، أم كان نقلا- اعتباريا و من هنا تطلق كلمه الناقله على آله النقل. كالحموله و السفن و السيارات و الطائرات و غيرها. و من الواضح جدا أنه لا يعتبر قيد التعقب بالقبول في هذا المفهوم الواسع. 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 (١).

و أما التمليك فإن النسبه بينه و بين البيع هي العموم من وجه، إذ قد يوجد التمليك و لا يصدق عليه مفهوم البيع، كما في الهبه، و الوصيه، و الإرث، و تمليك الله سبحانه الزكاه للفقراء و الخمس لبني هاشم، و غير ذلك. و قد يوجد البيع و لا يكون هناك تمليك. كبيع المتاع بسهم سبيل الله من الزكاه فإن هذا بيع و ليس فيه تمليك من ناحيه البائع (٢) و قد يجتمعان و هو كثير.

و إذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم كل من النقل و الإبدال و التمليك لا يلزم عدم اعتباره في مفهوم البيع الذي هو أخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقا، أو من وجه.

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

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

ص: ٧٥

١- ١) تقدم ذلك في ص ٩.

٢- ٢) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال في ص ٢٣.

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبة الموضوع إلى حكمه، و من البديهي أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدما رتبيا.

و على هذا فاستعمال كلمه البيع فى الانتقال من الأعلاط 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 يغير 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 إرادته 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 أجر-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 نسبة المصادر المجرده إلى المصادر المزيد فيها نسبة الوجود إلى الإيجاد. فكما أن الوجود و الإيجاد متحدان حقيقه، و مختلفان اعتبارا. كذلك

المصادر المجردة. 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 (عليه السلام) من بنت شعيب (عليه السلام) (قال: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنَكِّحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ) (١).

و وجه الاستدلال: أن معنى الآيه هو أن تأجرنى نفسك.

و لكن هذا الاستدلال فاسد، لأن كلمه أن تأجرنى فى الآيه الكريمه مستعمله فى معنى الجزاء و الثواب. أو أن المراد من ذلك أن تكون أجيرا الى -على سبيل شرط النتيجة- و هذا الأخير قد ذكر فى مجمع البحرين و لسان العرب.

ثم إنه قد نسب المصنف إلى الشهيد الثانى -و إن لم تثبت النسبه- أن إطلاق لفظ البيع على العقد مجاز لعلاقه السببيه.

ثم وجه كلامه، و حاصل توجيهه: أنه ليس مراد الشهيد من المسبب النقل الحاصل من الإيجاب الصرف، لأنه حاصل بنفس الإنشاء من دون توقفه على القبول، كما أن وجوب الضرب يتحقق فى نظر الأمر بالأمر فقط و إن لم يصر واجبا فى نظر غيره.

بل مراد الشهيد الثانى من المسبب إنما هو الأثر الحاصل من العقد فى نظر الشارع: و هو النقل و الانتقال و من الواضح أن ذلك لا- يحصل إلا بالعقد المركب من الإيجاب و القبول. و عليه فاستعمال لفظ البيع -الذى وضع للمسبب- فى نفس السبب إنما هو بعلاقه السببيه و المسببيه. و حينئذ فإضافه العقد إلى البيع بمعنى الأثر الحاصل من

ص: ٧٧



العقد إضافه لاميّه. و من قبيل إضافه السبب إلى المسبب-: أى عقد للبيع-لا إضافه بيانيه.

و على هذا التوجيه فيتوجه على الشهيد الثانى ما وجهه المصنف على المعنى الثانى المتقدم من أن البيع بمعنى الانتقال لم يوجد فى اللغه، و لا فى العرف، و إنما وقع ذلك فى تعريف جماعه تبعاً للمبسوط.

و يرد على المصنف أيضاً: أن معنى البيع ليس هو الأثر الحاصل منه فى نظر الشارع: أعنى به الانتقال لكى يصح إطلاقه على سببه مجازاً. بل ذلك الأثر حكم من أحكام البيع. و من الظاهر أنه لا يصح إطلاق البيع على حكمه و لو إطلاقاً مجازياً بل معنى البيع كما عرفت هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى (١).

نعم لو ثبت هذا الإطلاق لأمكن تصحيحه بما اشتهر بين العلماء من أن الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، فإنه على هذا يتسبب البائع بالإيجاب و القبول إلى إيجاد البيع. و حينئذ إطلاق كلمه البيع على الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول-و هو الانتقال- من قبيل إطلاق السبب على المسبب، لعلاقه السببيه و قد عرفت بطلان ذلك آنفاً.

و أما ما نسب إلى الشهيد الثانى (ره) من صحه إطلاق البيع على العقد المركب من الإيجاب و القبول فلم نجدّه فى لغه، و لا فى عرف بل إرادته هذا المعنى من العناوين المذكوره فى طليعه أبواب المعاملات غلط واضح. إذ لا معنى لان يراد من قول الفقهاء:

كتاب البيع-مثلاً- كتاب الإيجاب و القبول.

و الذى يحسن بنا أن نفهمه: أنه إذا صح إطلاق كلمه البيع على الإيجاب و القبول كان ذلك من ناحيه أخرى. و تحقيق ذلك: أنه قد يطلق البيع، و يراد به ما ذكرناه

ص: ٧٨

١- ١) قد تقدم ذلك فى ص ٥٣.

سابقاً من أنه إنشاءً بتبديل شيء من الأعيان بعوض. وقد عرفت فيما تقدم: أن البيع بهذا المعنى هو الإيجاب الساذج المتعقب بالقبول. كما أن الأمر كذلك في سائر العقود برمتها (١).

وقد يطلق البيع ويراد به المعاهده الخاصه الحاصله بين المتبايعين. ولعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الإيجاب المتعقب بالقبول. وإليه ينظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من أنه لزم البيع، أو وجب، أو لا بيع. وهو 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 فإنه يضافه العقد إلى البيع من قبيل الإضافة البيانيه، لا الإضافة 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

ص: ٧٩

١-١) تقدم فى ص ٧٢.

المعاملات، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالإطلاق في الأولى، و يتمسكون به في الثانية؟.

الناحية الأولى: أنه ذكر الشهيد الثاني (ره) في كتاب الايمان من المسالك:

(أن إطلاق البيع وغيره من العقود حقيقه في الصحيح مجاز في 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 إرادته الفاسد لم يسمع إجماعاً. و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبيل تفسيره بأحدهما، كغيره من الألفاظ المشتركة و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقه).

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

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

و على الجملة: إن البيع بمعنى الاسم المصدري حقيقه فيما هو المؤثر في الملكيه واقعا.

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

و يرد على المصنف: أن الملكيه من الأمور الاعتباريه الخالصه، لا- من الأمور التكوينييه الواقعيه. و من الظاهر أن الأمور الاعتباريه تدور من حيث الوجود و العدم مدار الاعتبار المحض. و عليه فلا نتصور التخطئه في 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 العقلائي، أو الأعم منه و من الاعتبار الشرعى فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم، و لما هو المؤثر فى الجملة و لو كان بعض أفراده غير مؤثر شرعا، كالبيع الربوى-مثلا-لأن ألفاظ العقود-على هذا المسلك-موضوعه للطبيعته 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 شىء-كالخمر و الخنزير و الميته-مع عدم وجود مصلحه فى ذلك، و حكم الشارع بعدم الملكيه هنا كشفنا عن خطأ 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.

### **التمسك بالإطلاق فى المعاملات**

قوله: (و أما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدله البيع و نحوه). أقول: قبل بيان التمسك بإطلاق أدله المعاملات يحسن بنا أن نبين أمرا: و هو أن التمسك بالإطلاق

يتوقف على إحراز انطباق الطبعه-التي أخذت في موضوع الحكم، أو متعلقه-على الفرد المشكوك فيه بحيث يتمحض الشك في شمول الحكم للفرد المشكوك فيه.

و أما لو كان الشك في أصل الصدق فإنه لا يجوز معه التمسك بالإطلاق. وهذا واضح لا شك فيه.

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

بل المراد به أن يكون في مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه الكلى، أو متعلقه: كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فأعتق رقبه مؤمنه، أو قال: أحل الله البيع، إذ لو كان المولى في مقام بيان الأجزاء و الشروط كما في روايه حماد الوارده في مقام بيان ماهيه الصلاه (1)، فإنه لا شبهه و لا كلام في جواز التمسك بالإطلاق لنفى ما تحتمل جزئيه أو شرطيه. 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 في جواز التمسك بالإطلاقات الوارده في إمضاء المعاملات، و نفى ما يحتمل دخله في صحتها. و إذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فإنه لا يجوز التمسك بتلك الإطلاقات في الموارد المشكوكه، و ذلك من جهه الشك في الانطباق، و عدم إحراز صدق عنوان البيع-مثلا- على ما يكون فاقدا لما يحتمل كونه جزءا أو شرطيا.

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

ص: ٨٢

و عليه فكل دليل ورد فى بيان أصل الحكم من الوجوب أو الحرمة أو غيرهما فإنه لا يصح التمسك بإطلاقه على كلا القولين. لعدم كون المتكلم فى مقام البيان من غير الجهة المزبوره. و كل دليل ورد فى بيان ماهية الواجب من الأجزاء و الشرائط فإنه يجوز التمسك بإطلاقه، لكون المتكلم فى مقام البيان. و هذا هو الحجر الأساسى فى بيان الفارق بين التمسك بالإطلاق و عدمه.

و وجه الضعف: أن ما ذكره السيد و إن كان متينا فى مورده، لأنه لا يصح التمسك بالإطلاق مع عدم كون المتكلم فى مقام البيان مطلقا، كما أنه إذا كان فى مقام بيان أجزاء الماهية و شرائطها صح التمسك بالإطلاق كذلك. إلا أنه راجع إلى الإطلاق المقامى. و من الواضح أن ذلك خارج عن الإطلاق اللفظى الذى يصح معه التمسك بالإطلاق على الأعمى، و قد وقع الإشكال فى التمسك به على الصحيحى.

ثم إن المصنف (ره) قد أشار إلى إمكان التمسك بالإطلاق على الصحيحى بنحوين:

١- الإطلاق المقامى. و توضيحه: أن لفظ البيع-مثلا-و إن كان اسما للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذى يراه الشارع مؤثرا فى الملكيه، إلا أنه لم يبين أسباب تلك المسببات التى أمضاها بالعمومات و الإطلاقات الداله على صحة العقود و لزومها. و عليه فيدور الأمر بين القول بأن المولى قد أهمل تلك العمومات و المطلقات. و بين القول بأنها ناظره إلى إمضاء الأسباب العرفيه للمعاملات. و إذن فيكون المؤثر عند العرف مؤثرا عند الشرع أيضا. و من الواضح الذى لا ريب فيه أن الدلاله الاقتضائيه، و صيانه كلام الشارع عن اللغويه تقتضى الثانى.

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.

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 جملة 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، لأننا كشفنا من مذاق الشارع كشفا قطعيا- و لو من غير ناحيه الإطلاق 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.

٢- 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 عبارته 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 (١) 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.

ص: ٨٤

(١- ١) قد تقدم تفصيله فى ص ٥٣.

و مع الإغضاء عما ذكرناه:و القول بوضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أمكن لنا إثبات الصحة و اللزوم فى الموارد المشكوكه بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١) ضروره أن البيع و إن كان حقيقه فى الصحيح الشرعى.و لكن المراد من البيع الذى تعلق به الحل فى الآيه الكريمة إنما هو البيع الإنشائي، إذ الظاهر من إحلال البيع إنما هو إمضاءه المولوى- كما هو الظهور الابتدائي أيضا من أدله سائر الأحكام- و من الواضح أنه لو كان المراد من البيع هو البيع الشرعى لكان ذلك الإمضاء لغوا محضا، و تحصيله للحاصل، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآيه أحل الله 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 صحة البيع و نفوذه عند الشارع إنما هو بهذه الآيه. و من البين أن حملها على الإرشاد يقتضى أن يكون إمضاءه بغيرها و هو خلف ظاهر.

و قد اتضح لك مما ذكرناه جواز التمسك بإطلاق قوله (عليه السلام):و المسلمون عند شروطهم (٢)على صحة البيع فى الموارد المشكوكه مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الإسلام إنما هو وفاء المسلم بشرطه. و من البديهي 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 جماعة: أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر).

ص: ٨٥

١- ١) سورة البقره الآيه ٢٧٤

٢- ٢) راجع الوافى ج ١٠ باب ٨٠ ص ٦٨



أقول: [١] لما كان تنقيح البحث في 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:

١- أن يبيع كل من المتعاطيين للآخر التصرف فيما يعطيه إياه من دون نظر الى تملكه.

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

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

٢- 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 بالإراداه و الاختيار. و عليه فإذا قصد كل من المتعاطيين- من إعطائه ماله لصاحبه- خصوص اباحه التصرف كان ذلك اباحه

مصطلحه، كما فى الضيافه و نحوها، و إذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين -مع حفظها عن التلف- انتفاعا مجانيا كان ذلك عارياً. و إذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعاً. 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 جلياً لمن تأمل فى كلماتهم.

و كذلك لا -نعرف وجهاً معقولاً- للالتزام بحصول الملكيه من التعاطى -لازمه كانت أم جائزه- مع قصد المتعاطيين الإباحه المصطلحه. بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبة فضلاً عن الفقهاء العظام.

و أيضاً لا وجه لما ارتكبه المحقق الثانى من حمل كلمات القائلين بالإباحه على الملك المترزلاً.

## المعاطاه و بيان الأقوال فيها

### إشاره

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

أقول: الظاهر أن الأقوال حول المعاطاه سبعه:

١- اللزوم على وجه الإطلاق، سواء أ كان الدال على التراضى لفظاً، أم كان غيره.

وقد نسبته غير واحد من أصحابنا إلى المفيد [١] وإلى بعض العامة [٢].

## ٢- اللزوم إذا كان الدال على التراضى أو على المعاملة لفظا

وقد حكاه الشهيد الثانى عن بعض مشايخه، ثم استجوده. إلا أنه عقبه بأنه مخالف لمقتضى الأصل [٣].

ص: ٨٨

والتحقيق: أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاه لا تكون ييعا إلا- بالقرينه الخاصه-و إلا فهي 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[١].

### ٣- أن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه و إنما تصير لازمه بذهاب إحدى

العينين.

و قد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني.و شيد أركانه في محكى تعليقاته على القواعد بما لا مزيد عليه.و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاه تفيد الإباحه.و هذا الرأي و إن لم يكن بعيدا في نفسه،إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالإباحه.

### ٤- 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 في المسالك: أن كل من قال بالإباحه قال بإباحه جميع التصرفات.

ص: ٨٩

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

كالوطى و العتق و البيع. و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد. و ينطبق عليه ما فى المبسوط من المنع عن و طى الجاربه المهداه بالهديه الخاليه عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

## ٦- أن المعاطاه معامله فاسده،

و هذا رأى نسب إلى العلامه فى نهايته.

و لكن حكى رجوعه عن ذلك فى كتبه المتأخره. بل لم يوجد له موافق فى هذا رأى. على أنه مسبق بالإجماع و ملحوق به.

## ٧- ما ذكره السيد فى حاشيته و إليك نص عبارته:

(أنها معامله مستقله مفيده للملكيه.

و ليست بيعا و إن كانت فى مقامه حكى عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده).

## الأقوال فى المعاطاه و مداركها

لا شبهه فى فساد معامله المعاطاتيه إذا لم يقم دليل على صحتها، أو على إفادتها الإباحه الشرعيه. و ستعرف قريبا قيام الدليل على كونها بيعا.

ثم إن مقتضى الإطلاقات و العمومات الداله على صحه البيع و لزومه هو القول بأن المعاطاه بيع لازم، لأن البيع- كما تقدم- هو الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى سواء فى ذلك كون المظهر فعلا و كونه قولاً و عليه فالمعاطاه بيع عرفى بالحمل الشائع، فتكون مشموله لتلك العمومات و الإطلاقات. و إذن فلا- وجه للمناقشه فيما نسب إلى المفيد من أن المعاطاه تفيد الملكيه اللازمه. و على هذا الضوء فلا- وجه لما وجه به شيخنا الأستاذ كلام جمع من الأصحاب القائلين بترتب الإباحه على التعاطى المقصود منه التمليك. من (أن البيع على ما عرفت هو التبديل، و حيث إن التبديل ليس تبديلا

خارجيا، بل تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله، وهذا أمر اعتبارى من سنخ المعانى.

و ما هو موجوده و آله إيجاده هو القول فقط).

و بعد ذلك إن قلنا بقيام الإجماع التعبدى على نفي اللزوم عن البيع المعاطاتى فتاره نفرض قيامه على نفي اللزوم مطلقا. و أخرى نفرض قيامه على نفيه إجمالا.

و على الأول فيثبت ما ذهب إليه المحقق الثانى من أن المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه و على الثانى فيثبت ما ذهب إليه بعض مشايخ الشهيد الثانى و الأردبيلى و صاحب الحدائق و غيرهم من أنها تفيد الملكيه اللازمه فيما إذا كانت القرينه القائمه على تراض المتعاطيين بالمعامله المعاطاتيه لفظا. بدهاه أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن و هو ما ذكرناه. و لكن الذى يسهل الخطب أن ثبوت الإجماع التعبدى- فى المقام- على نفي اللزوم إجمالا أو تفصيلا ممنوع.

و لا- يخفى عليك أن الالتزام بهذا رأى فيما إذا كان مدلول القرينه اللفظيه هو التراضى بالمعامله. و أما إذا كان مدلولها نفس المعامله كان ذلك خارجا عن حدود المعاطاه، بل يصير مصداقا للبيع اللفظى. و تتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص فى إنشاء البيع و لعل هذا هو غرض المصنف مما كتبه فى الهامش، و هذا نصه:

(و لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاه تأمل).

ثم لو فرضنا خروج المعاطاه عن مورد الإطلاقات و العمومات الداله على نفوذ البيع و لزومه. أو فرضنا قيام الإجماع على أنها لا تفيد الملكيه- و إن قصدنا المتعاطيان- إلا أنه قامت السيره القطعيه على جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه.

و عليه فان كان مفاد تلك السيره هو مطلق التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك ثبت القول بالإباحه المطلقه. و إن كان مفادها هو جواز التصرف فى الجملة ثبتت الإباحه الخاصه أى التصرفات غير المتوقفه على الملك، ضروره أن ذلك هو

القدر المتيقن من السيره المزبوره.

و إذن فمدرك القول بالإباحه-سواء أ كانت الإباحه مطلقه أم كانت خاصه- إنما هو الإجماع،و عليه فالمراد من الإباحه المزبوره هى الإباحه الشرعيه،لا الإباحه المالكيه لكى يتوقف تحققها فى الخارج على كونها مقصوده للمتعايطين.

و من هنا يندفع ما أورده المحقق الثانى على القائلين بأن المعاطاه تفيد الإباحه من أن القول بها ينافى قاعده تبعيه العقود للقصود،فإن الملك المقصود حصوله بالتعاطى غير واقع بالفرض.و الواقع-و هو الإباحه الخالصه-غير 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 المخمضه و المجاعه.

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

ثم إذا قلنا بكون المعاطاه معامله مستقله،كما حكاها 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 تبعاً 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 سياتى الكلام فى الجهه الثانيه.

أما الجهه الأولى فيمكن الاستدلال عليها بوجه شتى:

١-السيره القطعيه المستمره القائمه على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك فى التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطى و الإيضاء 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 معامله المعاطاتيه و ترتيب آثار الملكيه على المأخوذ بها. و بما أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيره فتكون حجه شرعيه. و لو شككنا فى ثبوت الردع فالأصل عدمه. قيل:

إن ثبوت الردع عن ذلك من الوضوح بمكان، لقيام الإجماع على أن المعاطاه لا تفيد الملكيه. و إذن فتسقط السيره عن الاعتبار.

و يرد عليه: أنه لم يقم إجماع تعبدى على ذلك. غايه الأمر أنه نقل الإجماع عليه. و قد نقحنا فى علم الأصول عدم حجتيه، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأى المعصوم (عليه السلام) و من المحتمل القريب أن يكون استنادهم فى فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتى إلى الروايات المشعره باعتبار اللفظ فى البيع. و سياتى التعرض لها.

٢-قوله (تعالى) وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا. البقره. الآيه ٢٧٤.

و تقريب الاستدلال بهذه الآيه على أن المعاطاه تفيد الملكيه بوجهين:

الوجه الأول أنها تدل على صحه البيع المعاطاتى بالدلاله المطابقه، لأن معنى الحل



فى اللغة هو الإطلاق و الإرسال. و يعبر عنه فى لغة الفارس بكلمه (بازداشتن) و يقابله التحريم، فإنه بمعنى المنع و الحجر. و لا ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كليهما. و عليه فكما يصح استعمال لفظ الجمل فى خصوص الحليه الوضعيه، أو التكليفيه كذلك يصح استعماله فى كليهما معا. و يختلف ذلك حسب اختلاف الموارد و القرائن. و هكذا الحال فى لفظ التحريم-الذى هو مقابل الحل- فإنه يعم التحريم الوضعى و التحريم التكليفى كليهما، و إرادته خصوص أحدهما دون الآخر فى بعض الموارد من ناحيه القرائن الحالیه أو المقاليه.

و إذن فلا وجه للمناقشه فى شمول لفظ الحل للحليه الوضعيه و التكليفيه 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 بالأمر 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) (أَجَلٌ لَّكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَّكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ، وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ) (1) 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) (أَجَلٌ لَّكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ) (2). و كذلك الحال فى الثالث، و مثاله: أن يتعلق الحل بالمعاملات-التي هى الاعتبارات النفسانيه المظهره بمبرز

ص: ٩٤

١- ١) المائده: الآيه: ٥

٢- ٢) البقره الآيه: ١٨٧

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

ولا- يخفى عليك أن هذه الصور الثلاث-التي ذكرناها في استعمالات كلمه الحل -جاريه بعينها في استعمالات كلمه التحريم أيضا طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و المتحصل من جميع ما بيناه: أن معنى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) هو أن الله قد رخص في إيجاد البيع، و أطلقه، و أرسله، و لم يمنع عن تحققه في الخارج و إذن فتدل الآية الكريمة دلالة مطابقيه على جواز البيع تكليفا، و على نفوذه وضعا.

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

و إذن فلا يتوجه عليه أي محذور من المحاذير و الله العالم.

و قد ذكر بعض مشايخنا المحققين: أنه لا شبهه في (دلالة الآية بالمطابقه على الصحه. نظرا إلى أن الحلية أمر يناسب التكليف و الوضع، و لذا ورد في باب الصلاة حلت الصلاة فيه: أي جازت، و وقعت في محلها، فالحليه منسوبه إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكيه. و المراد: -و الله العالم- أنه تعالى أحله محله، و أقره مقره، و لم يجعله كالقمار بحكم العدم. و أما جعله من الحل في قبال الشد:- بمعنى أنه لم يصد عنه، و جعله مرخي العنان في تأثيره-فغير وجيه، لأن الحل في قبال الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من الحلول).

و يرد عليه: أن أحل من الحلول و إن وقع في الاستعمالات العرفيه الصحيحه الفصيحه، بل في الكتاب المجيد [١] إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الإطلاق و الإرسال الذي ورد في الآيات التي تقدمت الإشارة إليها قريبا. و ورد أيضا في استعمالات أهل العرف و اللغه كثيرا. و تتأكد إرادته هذا المعنى الثاني فيما إذا استعمل

لفظ الحل فى مقابل كلمه التحريم، كما فى قوله (تعالى) (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) 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 تملك عين بمال.

و حليه ذلك 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 مطابقه. 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 الملك - كالبيع و العتق و الوطى و الإيضاء- و من بين الذى لا ريب فيه أن إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك فى غير مورد المعاطاه من ناحيه الإجماع على وجود الملازمه بينهما. و أما المعاطاه فالقائلون بعدم إفادتها الملك قد حكموا بإفادتها الإباحه على وجه الإطلاق حتى صرح الشهيد الثانى فى المسالك بأن من أجاز المعاطاه قد سوغ جميع التصرفات. غايه الأمر أن الالتزام بإباحه جميع التصرفات يقتضى الالتزام بسبق الملك آنا ما على التصرفات الموقوفه على الملك. و لا يقتضى ذلك الالتزام بسبق الملك من أول الأمر لكى بتوهم أن مرجع هذه الإباحه أيضا إلى الملك.

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

و وجه الفساد: أن الالتزام بالملكيه التقديرية انما هو من جهه الجمع بين الأدله، و الا فإن المعاطاه لا تؤثر إلا فى الإباحه المطلقه.

و لكن يرد على المصنف وجوه.

١- أنه لا ملزم لتخصيص الحل فى الآيه بالحل التكليفى فقط، بل يعم ذلك الحليه التكليفيه و الوضعيه، بمعنى واحد و قد عرفته قريبا.

٢- أنه لا وجه صحيح لصرف الحل فى الآيه إلى حليه التصرفات. و منع تعلقه بنفس البيع بدعوى أن حليه إنشاء البيع أمر واضح لا يحتاج الى البيان، و ذلك لأننا ذكرنا فيما سبق: أن البيع هو الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى، سواء أ تعلق به الإمضاء من ناحيه الشرع و العرف، أم لم يتعلق به ذلك، بل سواء أ كان فى العالم عرف و شرع أم لم يكن. و هذا المعنى هو الذى قد يكون موضوعا للحرمة و قد يكون موضوعا للحليه. كما ان الأمر كذلك فى سائر المعاملات.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ و حاصله: ان اباحه جميع التصرفات إذا اقتضت الملك فى سائر المعاملات و التجارات اقتضته فى المعاطاه أيضا، إذ لا فارق بينهما الا من ناحيه توهم الإجماع فى سائر المقامات دون المعاطاه و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو حصول الملكيه آنا ما فى سائر المقامات أيضا. و إذن فلا بد إما من الالتزام بحصول الملكيه من أول الأمر فى المعاطاه و غيرها، و إما من الالتزام بعدم حصولها فيهما إلا آنا ما قبل التصرف.

٤- أنه إذا دلت الآيه على جواز مطلق التصرفات حتى المتوقف منها على الملك أستفيد من ذلك حصول الملكيه من الأول. و عليه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلك، و التجائه إلى القول بالملكيه التقديرية.

قيل: 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 المتوقعه 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 مالكي، و جواز التصرف المالكى يكشف عن الملكيه كشافا قطعيا. و عليه فدليل حليه البيع يدل على حليه التصرف بالدلاله المطابقه، و على حصول الملكيه من أول الأمر بالدلاله الالتزاميه.

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

قيل: إن الآيه لا دلالة 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 بتحقيق الملكيه من ناحيه جواز التصرف لزم منه تكفل الحكم بإثبات موضوعه و لكنه بعيد عما نحن فيه. قيل:

إننا لو سلمنا دلالة الآيه على جواز البيع وضعا و تكليفا، أو قلنا بدلالاتها 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

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 بعث 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.

٣- قوله (صلى الله عليه و آله): (إن الناس مسلطون على أموالهم) (١) و وجه الاستدلال: أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف فى أمواله بأئحاء 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 الشيعة إلا مرسلا و من الواضح أنا لا نعتمد على المراسيل فى شىء 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

ص: ٩٩

المشهور، بل أرسله الفقهاء فى كتبهم الاستدلاليه إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهيه المسلمه، و يلتجئون إليها فى موارد شتى. و إذن فىكون 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 الشيء 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، فإن هذا فيما لم تعلم وثاقه الرواه، بل لم تعلم رواه الخبر- كما فى المراسيل- و من البديهي 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 الملا-ك فىهما واحد. و احتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما و أما الوجه فى منع الصغرى فلأن من المحتمل القريب أن المشهور قد استندوا فى فتياهم بصحة البيع المعاطاتي بغير النبوى من الوجوه التى استدلت بها على ذلك. و من البين الذى لا- ريب فيه انه بناء على انجبار ضعف الروايه بعمل المشهور فإن الشهره إنما تكون جابره لوهن الروايه إذا علم استناد المشهور إليها. على أن المشهور بين القدماء هو القول بالإباحه. و إذن فلا شهره فى المقام لكى تكون جابره لضعف النبوى و أما الشهره بين متأخرى المتأخرين فليست بجابره اتفاقا.

ثانيا: أنا لو سلمنا اعتبار النبوى من حيث السند لكن لا نسلم دلالة على المقصود، فإن المحتمل فى معناه وجوه ثلاثه:

١- أن يراد من الحديث تسلط الناس على كل تصرف من أنحاء التصرفات

كَمَا و كَيْفَا. و عَلَيْهِ فَإِذَا شَكَّكْنَا فِي جَوَازِ تَصَرُّفِ خَارِجِي أَوْ اِعْتِبَارِي مِنْ حَيْثُ الْوَضْعِ وَ التَّكْلِيفِ تَمَسُّكْنَا بِالْحَدِيثِ الْمَزْبُورِ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيهِ ذَلِكَ. و لَكِنْ يَرُدُّ عَلَيْهِ:

أَوَّلًا: أَنْ الْاِتِّتْرَامَ بِهَذَا الْوَجْهِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ فِي مَقَامِ التَّشْرِيْعِ:

بَأَنْ يَدُلَّ عَلَى جَوَازِ كُلِّ تَصَرُّفٍ لَمْ تَثْبِتْ مَشْرُوعِيَّتَهُ مِنْ نَاحِيَةِ الشَّارِعِ. و عَلَى هَذَا فَإِذَا شَكَّكْنَا فِي جَوَازِ تَصَرُّفِ تَكْوِينِي - كَالْأَكْلِ وَ الشَّرْبِ - أَوْ اِعْتِبَارِي - كَالْبَيْعِ الْمَعَاطَاةِ وَ نَحْوِهِ - تَمَسُّكْنَا بِالنَّبَوِيِّ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيهِ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ، وَ مِنْ الْبَدِيهِيِّ أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِهِ مَتَّفِقَةً فَضْلًا عَنِ الْفَقِيهِ.

ثَانِيًا: أَنْ هَذَا الْوَجْهِ يَقْتَضِي الْاِتِّتْرَامَ بِمَشْرُوعِيهِ غَيْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ الْإِلَهِيَّةِ - كَالْأَكْلِ جَمْلَةً مِنَ الْأَطْعَمَةِ الْمَحْرَمَةِ وَ شَرْبِ جَمْلَةٍ مِنَ الْأَشْرَبَةِ الْمَحْرَمَةِ وَ لِبَسِّ جَمْلَةٍ مِنَ الْأَلْبَسَةِ الْمَحْرَمَةِ الَّتِي هِيَ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَتَّصِرِّفِ - فَإِنَّ النِّسْبَةَ بَيْنَ دَلِيلِ السُّلْطَنَةِ وَ بَيْنِ أَدْلِهِ بَعْضُ الْمَحْرَمَاتِ هِيَ الْعَمُومُ مِنْ وَجْهِ، فَيَتَعَارَضَانِ فِي مَوْرَدِ الْاِجْتِمَاعِ وَ يَتَسَاقَطَانِ فَيَرْجِعُ إِلَى أَصَالِهِ الْإِبَاحَةِ، مَعَ أَنْ هَذَا ضَرُورِي الْبَطْلَانِ. وَ الْمَتَّحَصِلُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْوَجْهَ الْمَزْبُورَ لَا يُمْكِنُ الْاِتِّتْرَامَ بِهِ.

٢- مَا ذَكَرَهُ الْمَصْنِفُ وَ حَاصِلُهُ: أَنَّ عَمُومَ الْحَدِيثِ إِنَّمَا هُوَ بِاِعْتِبَارِ أَنْوَاعِ السُّلْطَنَةِ - كَالْبَيْعِ وَ الْإِجَارَةِ وَ الْهَبَةِ وَ الصَّلْحِ وَ غَيْرِهَا - وَ إِذَا شَكَّكْنَا فِي مَشْرُوعِيَّةِ نَوْعٍ مِنْهَا - كَالْمَزَارَعَةِ وَ الْمُضَارَبَةِ وَ الْمَسَاقَاةِ مَثَلًا - تَمَسُّكْنَا بِعَمُومِ الْحَدِيثِ وَ نَحْكُمُ بِثُبُوتِ السُّلْطَنَةِ هُنَا أَيْضًا. وَ أَمَّا إِذَا عَلَّمْنَا بِمَقْدَارِ السُّلْطَنَةِ وَ كَمِّيَّتِهَا أَنَّ قِطْعَنَا أَنَّ سُلْطَنَةَ خَاصَةٍ نَافِذَةٌ فِي حَقِّ شَخْصٍ كَبِيْعٍ مَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَ لَكِنْ شَكَّكْنَا فِي كَيْفِيَّةِ هَذِهِ السُّلْطَنَةِ وَ أَنَّ هَذَا الْبَيْعَ هَلْ يَوْجَدُ بِالتَّعَاطَى أَمْ لَا بَدْفِيهِ مِنَ الْقَوْلِ الدَّالِّ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَنَا أَنْ نَتَمَسَّكَ بِدَلِيلِ السُّلْطَنَةِ لِإِثْبَاتِ مَشْرُوعِيَّةِ الْمَعَاطَاةِ فِي الشَّرِيْعَةِ الْمَقْدَسَةِ. وَ قَدْ اِتَّضَحَ لَكَ مِنْ تَوْضِيْحِ كَلَامِ الْمَصْنِفِ الْفَارِقَ بَيْنَ هَذَا الْوَجْهِ وَ بَيْنَ سَابِقِهِ حَيْثُ اِن



العموم فى الوجه الأول باعتبار الكمية و الكيفيه و فى الوجه الثانى باعتبار الكمية فقط و يرد عليه: أن الالتزام بهذا الوجه يقتضى أيضا أن تكون الروايه فى مقام التشريع و عليه فيجوز التمسك بعموم النبوى فى أى مورد شككنا فى جواز نوع خاص من السلطنه- كالشك فى جواز أكل لحم الأرنب و نحوه و هذا خلاف الظاهر من الروايه حسب المتفاهم العرفى و لأجل ذلك لم يتمسك به أحد فى أمثال ذلك. و من هنا ذكروا: أن دليل السلطنه لم يرد فى مقام التشريع بل إنما ورد لإثبات السلطنه للمالك فى الجهات المشروعه.

٣- ما هو التحقيق 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 فشان دليل السلطنه شأن الأوامر المسوقه لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الكم و الكيف.

و على الجملة: 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:

٤- (قوله تعالى) (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) النساء الآيه: ٢٨.

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:

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

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 لغة 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 دلالة الآيه على الحصر حيثئذ بالقرينه المقاميه بدعوى أن الله (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 (1) 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

ص: ١٠٣

---

١- ١) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما يكتسب به.

تراض. و عليه فتدل الآيه بالمطابقه على حليه التصرفات تكليفا-التي 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 شىء كاشفه عرفا عن مالكيه المتصرف لرقبه هذا الشىء 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 بكثرة التخصيص المستهجن،بداهه أن أسباب حل الأكل ليس منحصر بالتجاره عن تراض،بل يحل ذلك بالهبات و الوقوف و الصدقات و الوصايا و أروش الجنایات 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 جملة من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابله للتجاره عن تراض،بل هى قسم منها،كالهبات التي منها الصدقات المستحبه و الوصايا بناء على اعتبار القبول فيها،و سائر النواقل الشرعيه كالإجاره و الجعالة و نحوهما.و جملة منها و إن كانت خارجة عن حدود التجاره عن تراض-كالوقوف و الإباحات و الوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها-و لكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثره التخصيص،بداهه أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج.

و يضاف إلى ما ذكرناه:أن المستثنى منه فى الآيه إنما هو أكل مال غيره بعنوان التملك:بأن يملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجاره عن تراض،و ما لا يكون كذلك-كالوقوف و الزكوات و الأخماس و المال الموصى به وصيه تملكه بناء على

عدم اعتبار القبول فيها و أروش الجنايات-خارج عن حدود المستثنى و المستثنى منه تخصصا لا تخصيصا[١].

## كلام بعض الأساطين حول المعاطاه لتأسيس قواعد جديده

### اشاره

قوله:(و لذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد أن القول بالإباحه المجرده مع قصد المتعاطيين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديده).

ص:١٠٥

أقول: يحسن بنا أن نبحث حول كلامه لكي يتضح لنا أن القول بالإباحه مع قصد الملك من التعاطى هل يستلزم تأسيس قواعد جديده أم لا.و تلك القواعد ما يلي.

**منها:**

**أشاره**

١- أن العقود و ما قام مقامها تابعه للقصود من حيث الإيجاب و السلب:

أى وقوع ما يقصد،و عدم وقوع ما لم يقصد.و من الين أن القول بالإباحه مخالف لهذه القاعده إيجابا و سلبا.لأن ما قصده المتعاطيان لم يحصل فى الخارج،و ما حصل فى الخارج لم يقصده المتعاطيان.

**و قد أجاب عنه المصنف بوجهين:**

**الأول: أن تبعيه العقود للقصود فيما إذا دل الدليل على صحه العقد:**

بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه.و على هذا فلا يعقل الحكم بالصحه مع عدم ترتب الأثر المزبور عليه.و هذا بخلاف ما إذا لم يدل دليل على ذلك- كالعقد المعاطاتى-و لكن حكم الشارع المقدس فى مورد الإباحه، فإنه لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، بداهه أن الإباحه المذكوره ليست إباحه عقديه لى يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنما هى إباحه شرعيه مترتبه على المعاطاه ترتب الحكم على موضوعه.و عليه فمنزله ذلك منزله حكم الشارع بجواز الأكل من أموال الناس فى المخصه و المجاعه،و بجواز أكل الماره من ثمره الشجره التى تمر بها و إن لم يرض المالك بذلك.انتهى ملخص كلامه فى الوجه الأول[١].

ص: ١٠٦

## الثانى: أن تخلف العقود عن القصد لا غرابه فيه.

و قد وقع فى جملة من الموارد:

### الأول: (أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر فى ضمان

كل من العوضين القيمة،

لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. و توهم أن دليلهم على ذلك قاعده اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا - بعضهم معطوفا على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك).

و يرد عليه: أن سبب الضمان فى العقود الفاسده - على ما سيأتى - إنما هو اليد نهائيه الأمر أن الاقدام يكون منقحا لموضوع ضمان اليد. و قد ذكرنا فى محله: أن الاقدام بنفسه لو كان موجبا للضمان، لتحقق الضمان بتحقيق المعامله فى الخارج بالإيجاب و القبول، مع عدم تحقق القبض و الإقباض، إذ المفروض تحقق الاقدام على المعامله من ناحيه المتعاملين، مع أنه باطل بالضروره. فيستكشف من ذلك أن سبب الضمان فى أمثال الموارد هو اليد دون الاقدام.

### الثانى: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء،

مع أن ما قصد - و هو العقد المقيد بالشرط الفاسد - غير واقع. و الواقع الذى هو ذات العقد لم يقصد. نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد لم يتوجه هذا النقض على بعض الأساطين. و لكن التحقيق خلافه. و يأتى تفصيل ذلك فى مبحث. الشروط إنشاء الله.

ص: ١٠٧

و التحقيق: أن الشرط قد يكون قيذا لأصل العقد بحيث يكون الإنشاء معلقا على 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 قيذا 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 بصحة 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 صحة 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 الصورة و لكنه منحل إلى بيعين غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزا، و الآخر صحيح مشروطا بإجازة المالك.

و السر فى ذلك أن حقيقه البيع متقومه بإنشاء تبادل شىء من الأعيان بعوض فى جهه الإضافه كما تقدم (1) 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 إجازة المالك يثبت للمشتري 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- هو كونه

ص: ١٠٨

للبيع-لم يقع،و الواقع-و هو وقوع البيع عن المالك-غير مقصود.و الجواب عن ذلك:

ما أشرنا إليه آنفا من أن البيع إنشاء بتبديل عين بعوض في جهة الإضافة.

و من الظاهر أن قصد وقوعه عن المالك،أو عن البائع خارج عن حدوده.

و سيأتى التعرض لهذه المسألة في البحث عن بيع الفضولى.نعم لو كان شأن المالكين في البيع شأن الزوجين في عقد الزواج لكان ما ذكره المصنف من النقص -على بعض الأساطين-صحيحا،و لكن الأمر ليس كذلك.

### **الخامس: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعه كان ذلك زواجا**

دائما

و قد ذكر هذا في موثقه ابن بكير[١].و أفتى به جمع من الفقهاء رضوان الله عليهم.مع أن المقصود-و هو نكاح المتعه-لم يقع.و الواقع-و هو نكاح الدائم- غير مقصود.

و التحقيق:أنه إذا كان بناء العاقد-قبل مباشرته بإيقاع العقد-على إنشاء نكاح المتعه،و لكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء و قصد الزواج الدائم فلا شبهه في أن الواقع حينئذ يكون نكاحا دائما و عليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد.

و إذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعه حتى في مقام الإنشاء،و الاشتغال بإجراء الصيغه،و مع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلفظ،أو تركه عمدا فان الظاهر حينئذ بطلان العقد،بداهه أن الزواج الدائم لم يقصد،و لم ينشأ،لأن الإنشاء -كما عرفته مرارا-عبارة عن إبراز الأمر النفساني في الخارج.و إذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزا باللفظ.و أما الزواج المنقطع فلا يقع أيضا في

ص:١٠٩



الخارج، إذ يعتبر في صحته ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات (١)، والمفروض أنه مفقود في المقام. وهذا بين لا ريب فيه.

## و من القواعد الجديدة اللازمه على

القول بالإباحه:

٢- أن القول بالإباحه يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعه الخلو:

و هما الالتزام بأن إرادته التصرف- في المأخوذ بالمعاطاه- مملكه، و الالتزام بأن التصرف بنفسه من الممتلكات، و كلا الأمرين بعيد جدا، بداهه أن المالك 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 بإرادته التصرف، فان الجمع بين الأدله يقتضى ذلك، ضروره أن الأصل يقتضى بقاء المأخوذ بالمعاطاه في ملك مالكة الأول. و قد قامت السيره القطعيه على جواز التصرف لكل من المتعاطيين فيما انتقل إليه. و قد ثبت في الشريعه المقدسه أن بعض التصرفات - كالعق و البيع و الوطى - لا يسوغ لغير المالك. و من البين الذى لا ريب فيه أن الجمع بين هذه الأدله يقتضى الالتزام بالملكيه حين إرادته التصرف. و عليه فيكون شأن التصرف في المقام شأن تصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما تصرفا بالعق و البيع و الوطى و أشباهها [١].

ص: ١١٠

## إشاره

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 دنائير و إذا بقى هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل- و لم يحصل مملك فى البين، كتصرف المشتري 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

فيه أن حصول الربح بالتجاره لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: وهما 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 مسبقا 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 للمشتري أن يطالب المقاسمه من الشريك الآخر.

و عليه فان قلنا بأن المعاطاه تفيده الملكيه فلا محذور فيه. و إن قلنا بأنها لا تفيده 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 تفيده الملكيه كان ذلك موافقا للقواعد الشرعيه. و إن قلنا بأنها تفيده الإباحه لزم من ذلك جريان الربا فى المباحات. و من الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد.

### **و منها أنه لو كانت المعاطاه مفيده للإباحه لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاه بصفه الفقر**

و لو كان المأخوذ بذلك يكفى مؤنته و مؤنه عياله سنه واحده- إذا لم يكن

عنده مال آخر يكفيه و لعياله حولا كاملا.

و لزم أيضا أن لا- تزول صفة الغنى عن المعطى، لكونه مالكا لما أعطاه لصاحبه بالمعاملة 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) [١].

ص: ١١٣

و يحسن بنا أن نتعرض لأجوبه تلك الأمور، وإليك ما يلي:

أما الأخماس فهي لا تتعلق إلا بالملك، كما هو الظاهر من الأدلة الشرعية، و عليه فلا محذور في الالتزام بعدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه على القول بكونها مفيدة للإباحه و أما الزكوات فلا شبهه في تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاه مع تمام النصاب، و مضى الحول عليه، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون المأخوذ بالمعاطاه ملكا للآخذ و بين عدمه لإطلاق الأدله، مثلا إذا اشترى أحد-بالبيع المعاطاتي-خمسا من الإبل، و لم يوجد مملك في البين إلى أن مضى عليها حول كامل تعلقت بها الزكاه جزما و تكون العين مشتركة بين المالك و بين المستحقين للزكاه بناء على تعلق الزكاه بالعين [١]. نعم إذا كان عند الآخذ بالمعاطاه ما تعلقت به الزكاه و لكن كان أقل من النصاب إلا أنه وصل

ص: ١١٤

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاه إليه فإنه لا تجب فيه الزكاه، بدهاه أن ما هو مملوك للآخذ لم يصل إلى حد النصاب و المأخوذ بالمعاطاه ليس ملكا له على الفرض لكي يتم به النصاب.

و أما صفه الغنى المانع عن أخذ الحقوق الشرعيه فهي غير متوقفه على الملك، بل كل من تمكن من مؤونه نفسه و عياله سنه واحده- و لو من المباحات- فهو غنى.

و أما الاستطاعه فهي إنما تتحقق بكون المكلف واجدا-بالفعل-لما يحج به من الزاد و الراحله، و بمالكيتته لمؤونه عياله بالفعل أو بالقوه. و قد فسرت الاستطاعه بهذا المعنى و بأمن الطريق في بعض الأخبار (1). و من السبين أن هذا المعنى من الاستطاعه كما يتحقق بالملك كذلك يتحقق بالمباحات أيضا التي 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 الشريك

ص: ١١٥

---

١-١) قد تقدم ذلك في ص ٣٥.

للحصه المبيعه فى شركته لكى يضمها إلى حقه. و المفروض أن المعاطاه لم تؤثر فى الملكيه بل فى الإباحه فقط. و عليه فلم يحصل النقل و الانتقال بالتعاطى حتى يثبت به حق الشفعه للشريك [١].

و أما حق المقاسمه و المفارزه فهو لا يختص بالمالك بل يثبت لكل من جاز له التصرف فى المال المشاع و إن لم يكن مالكا لجزء منه.

و أما الإيرث فهو أيضا لا- يتوقف على الملك، بل موضوعه ما تركه الميت و من الظاهر أن المأخوذ بالمعاطاه مما تركه الميت، فيكون لو ارثه.

و يضاف إلى ذلك: أن موت أحد المتعاطيين يؤثر فى لزوم المعاطاه. و هذا واضح. و من هنا اتضح لك جواز الوصيه بالمأخوذ بالمعاطاه. ضروره أنها تصير لازمه بموت الموصى.

و أما ما ذكره من استلزام القول بالإباحه جريان الربا فى المباحات فهو من العجائب. بديهه أن مورد البحث فى المقام إنما هو المعاطاه الواجده لجميع شرائط البيع إلا- الصيغه الخاصه. و عليه فإذا كانت المعاطاه ربويه لم تؤثر فى شىء من الملكيه و الإباحه، لفسادها من ناحيه الربا، و إذن فلا إباحه فى المقام لكى يلزم جريان

الربا فيها. وهذا ظاهر لا خفاء فيه.

### و من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه:

٤- ما ذكره بعض الأساطين من «كون التصرف من جانب مملكا

للجانب الآخر. مضافا إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف».

و قال المصنف:

(و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه).

و وجه الظهور: أنه لما كان التصرف من جانب مملكا للمتصرف لزم كونه مملكا للجانب الآخر أيضا، الذي لم يصدر منه التصرف و إلا لزم اجتماع العوض و المعوض في ملك المتصرف.

و عليه فكما أن الجمع بين الأدله يقتضى كون التصرف مملكا للمتصرف كذلك يقتضى كونه مملكا للطرف الآخر أيضا،

### و مما ذكره بعض الأساطين:

#### إشاره

٥- أن القول بالإباحه يستلزم مخالفه القواعد المتسالم عليها فى نواحى شتى:

### الناحيه الأولى: كون التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر،

لاتفاق الفقهاء على أن كلا من المتعاطين 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، بدييه 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،

بدييه 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





انعدام الملكية، لا- زمان حدودها، و من ذلك يظهر بطلان الالتزام بالملكية بعد التلف فان من الواضح أن تملك المعدوم غير معقول. على أن ذلك لغو محض، إذ لا يترتب عليه أى أثر من آثار الملكية. و إن قلنا بعدم كون التالف ملكا للآخذ لزم أن يكون بدله ملكا للجانب الآخر مجاناً فهو غريب، و إذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكية- فى البيع المعاطاتى- من أول الأمر.

### **الناحية الثالثة: أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه كان التلف من الجانبين معنا**

للمسمى من الطرفين.

و عليه فلا يرجع كل من المتعاطيين إلى المثل أو قيمه لكى يكون لأحدهما حق الرجوع إلى ما به التفاوت بين العوضين، مع أن القاعده- على القول بعدم الملك- تقتضى الضمان بالمثل أو قيمه، دون المسمى، بديهه أن الضمان بالمسمى يقتضى كون التالف ملكا للمتلف، و عليه فيعود الاشكال المتقدم: أعنى حصول الملكية بلا سبب، أو بسبب التلف.

### **الناحية الرابعة: أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف ذلك**

عنده.

فان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملكية 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 الأصلي 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 النواحي غير الناحيه الأخيره بما حاصله: أن دليل ضمان اليد يقتضى كون كل من العوضين مضمونا لمالكة الأصلي بعوضه الواقعى أعنى به المثل أو قيمه. لكن مقتضى الإجماع و السيره على عدم الضمان بالعوض الواقعى يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنده، و بضميمه أصاله عدم حصول الملكية إلا بالمقدار المتيقن تثبت الملكية قبل زمان التلف بأن، و عليه فالجمع بين

هذه الأدلة 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 بالملكىه التقديرىه: أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالإجماع المزبور و القول بعدم الضمان بالمثل أو القيمه فى مورد التعاطى، و بين التخصص: أى الالتزام بحصول الملكىه-فى ذلك-من أول الأمر حفظا لعموم دليل اليد عن التخصص. و قد حقق فى محله أنه كلما دار الأمر بين التخصص و التخصص فىقدم الثانى. و عليه فمقتضى القاعده أن نحكم بحصول الملكىه-فى مورد المعاطاه من أول الأمر. و لكن الأصل المذكور يقتضى عدم تحقق الملكىه إلا آنا ما قبل التلف و عليه فشأن المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع.

ثم إن غرض المصنف من تقديم التخصص على التخصص ليس هو إثبات الضمان بالمسمى من ناحيه الدليل الدال على ضمان اليد، بل غرضه من ذلك إنما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصص، و إبقائه على عمومه. و أما الضمان بالمسمى فإنما يثبت بحصول الملكىه فى مورد المعاطاه. و إذن فلا- يتوجه على المصنف ما ذكره السيد و هذا نصه: (أن الحكم بالضمان بعوض المسمى ليس عملا- بعموم على اليد، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمه، لا المسمى، فمع فرض الإجماع على الملكىه لا بد من الالتزام بتخصص قاعده اليد إذا لم نحكم بالملكىه من أول الأمر).

و أجاب المصنف عن الناحيه الأخيره بما هذا لفظه: (و أما ما ذكره من صورته غضب المأخوذ بالمعاطاه فالظاهر-على القول بالإباحه- أن لكل منهما المطالبه ما دام باقيا، و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه). ثم قال:

(نعم لو لا قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله).

و غرضه من هذه العبارة الأخيره: أنه لو لا الإجماع على الملكىه قبل تلف

العين كان مقتضى القاعده اختصاص الملك بالمطالبه، لأن العين قد تلفت في ملكه نعم لو تلفت العين الأخرى قبل تلف المغصوب اختص المغصوب منه بالمطالبه، ووجهه ظاهر.

و لكن النسخه المشهوره هكذا (نعم لو قام إجماع إلخ) و عليه فغرض المصنف من هذه العبارة: أنه إذا قام الإجماع على عدم حصول الملكيه- في البيع المعاطاتي- بتلف أحد العوضين- عند الغاصب، مع بقاء العوض الآخر- كان التلف في ملك المالك الأصلي، فيكون له حق المطالبه من الغاصب، و لا يثبت ذلك الحق للمغصوب منه: أعنى المباح له. إلا أن هذا ليس بصحيح، بديهه أن عدم كون التلف- عند الغاصب- مملكا لا يحتاج إلى الإجماع، بل يستغنى عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاه في ملك مالكة الأصلي. و هذا واضح لا شك فيه.

### و مما ذكره بعض الأساطين

من القواعد الجديده اللازمه على القول بالإباحه:

٦- أنه يجوز للأخذ بالمعاطاه أن يتصرف في النماء الحادث من المأخوذ

بالمعاطاه قبل التصرف فيه،

و عليه فجواز التصرف في النماء إما من ناحيه أن حدوث النماء مملك للنماء، و إما من ناحيه أن المالك الأصلي قد أذن للمباح له أن يتصرف في النماء، كإذنه في التصرف في أصله. و على الأول فإن قلنا بأن حدوث النماء مملك للنماء فقط، لا لأصله فهو بعيد، إذ لا وجه للتفكيك- في ذلك- بين النماء و أصله خصوصا في النماء المتصل. على أنه لم يعهد من مذاق الشارع المقدس أن يكون حدوث النماء في العين من جملة الأسباب لتملك النماء. و إن قلنا بأن حدوث النماء مملك لنفسه و لأصله معا، أو قلنا بأنه مملك لأصله بالأصله و لنفسه بالتبعيه فهو غريب، فان ذلك مناف لظاهر أكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكيه في المأخوذ بالمعاطاه من دون التصرف فيه المتوقع على الملك، و على الثاني- و هو أن يكون التصرف في النماء مستندا إلى إذن المالك- فشمول الاذن في التصرف في النماء أمر خفي لا يمكن

الالتزام به، بديهي أن المالك الأصلي لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطاه، لا في متفرعاته الحاصله بعد التعاطي. 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 في النماء، كما كان له أن يتصرف في أصله.

الوجه الثاني: أنه يمكن أن يكون النماء حادثا في ملك المباح له بمجرد إباحه أصله: بأن يكون إباحه الأصل موضوعا لحكم الشارع بملكه النماء انتهى ملخص كلامه في الوجهين.

و لكن يتوجه على الأول: أن المالك الأصلي إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في المأخوذ بالمعاطاه، كان تصرف المباح له في النماء تصرفا في مال غيره بدون إذنه، فهو حرام عقلا و شرعا.

و يتوجه على الثاني: أنه لا دليل على حدوث النماء في ملك المباح له، إذ لم يحدث في البين مملك لذلك النماء، ولا لأصله، و لا لهما معا. و لا يقاس هذا بما تقدم سابقا من تصوير ترتب الإباحه الشرعيه على التعاطي، مع قصد المتعاطيين الملكيه، لما عرفته من أن ذلك من ناحيه الجمع بين الأدله، و لا شبهه أن هذا لا يجري في المقام [١].

و يمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقي:

١- أن النماء و إن لم يصر ملكا للمباح له و لكن يجوز له التصرف فيه، بداهه أن الاذن فى التصرف فى شىء يلازم عرفا الاذن فى التصرف فى توابعه و لوازمه فجواز التصرف فى النماء من لوازم جواز التصرف فى الأصل.

٢- 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.

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 لبي 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 للأخذ بمجرد حصول النماء فيه.

### و من القواعد الجديده اللزمه على القول بالإباحه:

٧- أنه إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه لزم منه «قصر التملك على التصرف

مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن فى التملك. فيرجع إلى كون المتصرف فى تملكه نفسه موجبا قابلا. و ذلك جار فى القبض، بل هو أولى منه، لاقتترانه بقصد

و يتوجه عليه: أنه لا- مانع من اتحاد الموجب و القابل فى العقود، كما هو واضح على أنك قد عرفت فيما تقدم: أن الجمع بين الأدله يقتضى كون التصرف بنفسه مملكا للمتصرف بلا احتياج فى ذلك إلى إذن المالك الأصلي لكى يلزم منه اتحاد الموجب و القابل. و أما القبض فهو لا- يتوقف على الملك حتى يلزم كونه مملكا من جهه الجمع بين الأدله. و هذا بخلاف بعض أقسام التصرف، كالبيع و العتق و الوطى، فإن ذلك متوقف على الملك جزما. كما عرفته قريبا.

## الاستدلال على لزوم المعاطاه بالأصل

### اشاره

هل الأصل فى المعاطاه و سائر العقود هو اللزوم، أم هو الجواز؟ الظاهر هو الأول و قد استدل عليه المصنف بوجوه شتى منها:

### ١- أصله اللزوم فى الملك،

### اشاره

لأننا إذا فرضنا حصوله بالبيع المعاطاتى ثم شككنا فى زواله بفسخ أحد المتعاطيين و عدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه.

و توضيح ذلك يقع فى نواحي ثلث: الناحيه الأولى أن المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصى، لا الكلى. الناحيه الثانيه: أنا لو سلمنا كونه كليا، إلا أنه لا محذور فى جريانه فى المقام الناحيه الثالثه: ما هو مقتضى القاعده فيما إذا لم يتضح لنا أحدهما، بل دار الأمر بين كون الاستصحاب المزبور كليا، و بين كونه شخصا؟ ثم إن الكلام فى هذه النواحي مع الأعضاء عن عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه الإلهيه، و إلا فلا مورد للاستصحاب فى أمثال الموارد، على ما حققناه فى علم الأصول.

### الناحيه الأولى: أن المراد من استصحاب الملكيه فى المقام هو الاستصحاب الشخصى،

لأن الملكيه لها حقيقه واحده فإذا ترتبت على البيع و نحوه من العقود المعاوضيه و شككنا فى بقائها و زوالها حكمنا ببقائها من ناحيه الاستصحاب.

و ليست لهذه الملكيه حقائق متعدده لكى يكون استصحابها كلياً، و أما التزلزل و الاستقرار فليسا من ناحيه الاختلاف فى حقيقه الملك و ماهيته، بل هما منتزعان من حكم الشارع بجواز فسخ العقد و عدمه. و منشأ هذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوين المعاملات التى هى موضوع لحكم الشارع بالملكيه لا اختلاف حقيقه الملك.

و بتعبير آخر: أن مورد الاستصحاب الكلى ما يكون المشكوك فيه مردداً بين الفرد الزائل و الفرد الباقي بحيث يكون الشك من ناحيه تردد المشكوك فيه بينهما، فإنه حينئذ يستصحب الكلى الجامع بين هذين الفردين، و مثال ذلك: الحيوان المردد بين ما يعيش سنه، و ما لا يعيش إلا يوماً واحداً. و كالحادث المردد بين الأصغر الزائل بالوضوء، و الأكبر الذى لا يرتفع 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 مردداً بين الزائل و الباقي 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، مثلاً إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته و شككنا فى أنها هبه جائزه لكى تفسخ 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 جهة تردد هذه الملكيه بين الفرد الزائل و الفرد الباقي.

و من الواضح أنه لو كان مجرد الشك فى بقاء شىء 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



ما يتوجه على الاستصحاب الكلى من المناقشات [١].

ص: ١٢٥

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 حقيقه 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،

ص: ١٢٤

و عليه فالمجوعول فى الواقع إما مطلق أو مقيد، و بما أنه غير مقيد على الفرض لعدم جعل الخيار فيه، فلا مناص عن كونه مطلقاً، و إذن فىلزم من إمضاء الشارع العقد مقيداً 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 فى موارد شتى -كبيع الصرف و السلم و غيره- و قد أشرنا إلى ذلك فى البحث عن كلام بعض الأساطين:

### **الناحيه الثانيه:أنا لو سلمنا كون استصحاب الملكيه من الاستصحاب الكلى**

و لكن لا محذور فى جريانه فى المقام،

لأنه من القسم الثانى من أقسام استصحاب الكلى الذى أثبتنا حجيتة فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول. و قد أشار المصنف إلى جريانه هنا بقوله:(مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك فى الاستصحاب فتأمل).

و قد ناقش فيه المحقق الخراسانى بما هذا نصه:(لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره من عدم حجيه الاستصحاب مع الشك فى المقتضى. كما لا شبهه فى صحتها على ما هو المختار من حجيتة).

و ذكر السيد:(أن ما ذكره المصنف(قده)لا وجه له فيما إذا كان الشك فى المقتضى أصلاً، إذ حينئذ لا ارتفاع حتى يقال:إن الشك فيه مسبب عن وجود الفرد القصير مثلاً و الأصل عدمه).

و لكن التحقيق:أن ما نحن فيه ليس من موارد الشك فى المقتضى لكى يتوجه على المصنف منافاه ما ذكره هنا لما بنى عليه فى الأصول.

و تحقيق:المقام و بيان أن الشك هنا ليس من موارد الشك فى المقتضى:أن الاحكام المجعوله على ثلاثه أقسام:

١-ما يكون معلوم الدوام فى نفسه ما لم يطرأ عليه رافع، كالملكيه و الزوجيه

و الطهاره و النجاسه و غيرها من الأمور الاعتباريه، فإنها بنفسها مقتضى للبقاء ما لم يطرأ عليه رافع.

٢- ما يكون مغيا بغايه معينه بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغايه من غير أن يكون له استعداد البقاء في عمود الزمان، كالزوجه المنقطعه، فإن ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقق غايته بلا استناد إلى عروض عارض له.

٣- ما يكون مشكوك الغايه، كما إذا تحققت زوجه بين رجل و امرأه، و لم يعلم كونها دائميه أو منقطعه.

أما القسم الأول فلا شبهه في أن الشك في بقاءه من قبيل الشك في الرفع فيجری فيه الاستصحاب على مسلك المصنف و غيره.

و أما القسم الثالث فلا- شبهه في أن الشك فيه من قبيل الشك في 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 في بقاءه من مصاديق نقض اليقين بالشك. و هذا الذى ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده في فرائده حول هذا البحث، مع ما ذكره في مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فوري، أم لا. و لكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام.

و أما القسم الثانى فمع العلم بتحقيق الغايه لا مجال لأن يجرى فيه الاستصحاب.

كما أنه لا شبهه في جريان الاستصحاب فيه مع الشك في بقاءه قبل تحقق الغايه، لأن ذلك من موارد الشك في الرفع.

و إذا شك في حصول الغايه فحينئذ قد يكون الشك فيه من ناحيه الشبهه الحكميه، كالشك في أن الغايه لوجوب صلاتى المغرب و العشاء هل هي نصف الليل أم هي طلوع الفجر و قد يكون الشك في 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 فالشك فى موردهما من الشك فى المقتضى فلا يجرى فيهما الاستصحاب على مسلك المصنف.

و أما الثالث فلا شبهه فى جريان الاستصحاب فيه، لأن الشك فى طلوع الشمس و عدمه و إن لم يكن شكاً فى الرفع حقيقه، إذ الرفع إنما يكون زمانياً، لا- نفس الزمان و لكنه بمنزله الرفع فى أنظار أهل العرف. و إذن فيكون ذلك مشمولاً لأدله حجيه الاستصحاب هذا. و تفصيل الكلام فى مبحث الاستصحاب من علم الأصول.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنا لو سلمنا عدم كون استصحاب الملكيه من الاستصحاب الشخصى. و لكنه من قبيل القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى الذى لا شبهه فى جريانه. و ليس ذلك من موارد الشك فى المقتضى لكى يحكم بعدم جريان الاستصحاب فيه بناء على مسلك المصنف.

ثم إن المناقشات المتوجهه على القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى و إن كانت كثيره. و لكن المهم منها أمران:

١- أن وجود الكلى بوجود فرده، و عدم الكلى بعدم فرده. و عليه فالكلى فى ضمن الحصره الزائله مقطوع الزوال. و هو فى ضمن الحصره الأخرى مشكوك فيه من أول الأمر. و إذن فالكلى مردد بين مقطوع الزوال و مشكوك الحدوث و الجواب عن ذلك:

أن وجود الكلى ليس إلا- عين وجود فرده. غايه الأمر أن الفرد ملحوظ بشرط شىء. و الكلى ملحوظ لا- بشرط: أى عارياً عن الخصوصيات الفرديه و المشخصات الوجوديه. و عليه فإذا كان وجود الكلى أمراً يقينياً، و كان التردد فى

خصوصياته صح أن يقال: إنه متيقن الوجود، ويشك في بقاءه. و إذن فتكون أركان الاستصحاب في نفس الكلى تامه.

٢- أن الشك في بقاء الكلى، و في ما هو القدر المشترك بين الفردين مسبب عن الشك في حدوث الفرد الذى يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه. و إذا حكم بأصالة عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك، بديهه أن الأصل السببى حاكم على الأصل المسببى على ما حقق فى محله. و الجواب عنه:

أن الشك في بقاء الكلى و ارتفاعه ليس مسببا عن الشك في حدوث ذلك الفرد الذى نشك في حدوثه. بل إنما هو من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذى لا يحتمل بقاءه، أو الفرد الذى لا يحتمل ارتفاعه. و من الواضح أنه ليس هنا أصل يعين أحدهما.

و مثال ذلك: أنه إذا تردد الحدث الصادر من المكلف بين الأكبر و الأصغر ثم توضحاً فإنه حينئذ يشك في ارتفاع ذلك الحدث و بقاءه. و عليه فلا يترتب على أصالة عدم حدوث الأكبر ارتفاع كلى الحدث إلا بضميمة القطع بأن الحادث هو الحدث الأصغر. و من البين أن هذا لا يثبت بأصالة عدم حدوث الأكبر.

و أضف إلى ذلك: أن أصالة عدم حدوث أى واحد من الفردين معارض بدء بأصالة عدم حدوث الفرد الآخر. و تسقطان بالمعارضه. فيبقى استصحاب كلى الحدث سليماً عن المعارض. و فى المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملكيه يعارض استصحاب عدم الفرد الجائز منها الذى يرتفع بالفسخ. فيسقطان للمعارضه. فيرجع إلى استصحاب نفس الكلى الذى هو متيقن سابقاً، و مشكوك فيه لاحقاً. و لعل المصنف رحمه الله قد أشار إلى هذين الإشكالين مع جوابهما بالأمر بالتأمل.

### **الناحية الثالثه: أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من**

الكلى،

و شككنا فى أن الاستصحاب فيما نحن فيه هل هو من الاستصحاب الشخصى

ص: ١٣٠

لكى يحكم بجريانه، أم هو من الاستصحاب الكلى لكى يحكم 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 شخصا 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 العبارة: 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 شيخنا الأستاذ بما حاصله: أن المورد و إن كان من موارد التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه، إلا أنه لا بأس به فى المقام، بداهه أن المانع عن جريان الاستصحاب فى

القسم الثانى من أقسام الكلى إنما هو العقل من ناحيه أن الكلى إن كان فى ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال. و إن كان فى ضمن الفرد الآخر فهو مشكوك الحدوث و عليه فإذا شككنا فى مورد أنه من مصاديق الاستصحاب الشخصى ليجرى فيه الاستصحاب، أو من مصاديق الاستصحاب الكلى لكى لا- يجرى فيه ذلك، حكمنا بجرئانه فيه، ضروره أن المخصص لعموم لا تنقض اليقين بالشك دليل لى فيقتصر فيه بالأفراد المتيقنه، و يتمسك فى غيرها بعموم أدله الاستصحاب انتهى ملخص كلامه. و الجواب عن ذلك:

أن هذه الكبرى التى أفادها و إن كانت مسلمه فى نفسها على ما نقحناه فى علم الأصول، و لكنها لا تنطبق على ما نحن فيه، بداهه أن التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه فيما إذا كان هناك فرد معلوم، و دار أمره بين دخوله فى أفراد المخصص، و عدم دخوله فى ذلك من ناحيه شبهه خارجيه. كما إذا ترددت اليد الموضوعه على مال الناس بين كونها يد ضمان و كونها يد أمانه. و كالماء المردد بين كونه معتصما، و كونه غير معتصم و كالماء المردد بين دخوله تحت الخاص و دخوله تحت العام، فإن أشباه هذه الأمثله من صغريات التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه. و أما إذا شك فى صدق عنوان العام على فرد فهو ليس من موارد التمسك بالعام قطعاً. و المقام من هذا القبيل.

و السر فى ذلك: أن قوام الاستصحاب إنما هو باتحاد القضييه المتيقنه مع القضييه 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 القضييه المتيقنه غير القضييه 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



بين الفردين، فلا حاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرنا).

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مردد في الواقع حتى في علم الله (تعالى) فهو بديهي البطلان، إذ لا وجود للفرد المردد في أي وعاء من الأوعيه. و إن كان المراد منه الموجود المعين على ترده: بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجي مع قطع النظر عن الخصوصيات المفردة فهو عين الكل، لا شيء آخر وراءه.

قوله: (و كذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم، أو الجائز، كالصلح من دون عوض و الهبه. نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة). أقول حاصل كلامه: أنه كما تجرى أصالة اللزوم في أي عقد شك في لزومه و عدمه. كذلك تجرى في أي عقد وقع في الخارج، و شك في أنه من القسم الجائز أو اللازم، لأنه حينئذ يشك في أن العقد الموجود في الخارج هل يرتفع بالفسخ، أم لا. يرتفع بذلك فيستصحب بقاءه. و تثبت به نتيجة اللزوم. و عليه فتأثير الفسخ في العقد يتوقف على إحراز أنه عقد جائز، و إلا فلا يؤثر فيه الفسخ. و هذا واضح لا شك فيه.

و مثال ذلك: أنه إذا وقع عقد في الخارج، و دار أمره بين الصلح بلا عوض لكي يكون لازما، و بين الهبه غير المعوضه لكي يكون جائزا، إذا كان كذلك فان كان النزاع هنا في لزوم العقد و جوازه من غير نظر إلى عنواني الصلح و الهبه بأن يدعى أحد المتعاقدين لزوم العقد، و يدعى صاحبه جوازه - فيجب تقديم دعوى مدعى اللزوم، لأن دعواه موافقه للأصل فيكون منكرا. و إن كان النزاع في أن الواقع في الخارج هل هو الصلح بلا عوض، أم هو الهبه غير المعوضه فيحكم بالتحالف إذ لا أصل لنا في المقام حتى يعين أحد الأمرين. و الجواب عن ذلك:

أولا: أن هاتين الصورتين كليهما من صغريات المدعى و المنكر، لا التداعي ضروره أن مصب الدعوى فيهما ليس إلا اللزوم و الجواز، لا كل واحد من عنواني

الصلح و الهبه، لأن الغرض من دعوى الصلح هو إثبات لزوم العقد و عدم تأثير الفسخ فيه. كما أن الغرض من دعوى الهبه هو إثبات جواز العقد، و تأثير الفسخ فيه. و إذن فمرجع النزاع فى المقام إلى اللزوم و الجواز. فيكون ذلك خارجا عن مورد التداعى.

و بتعبير آخر: أن النظر فى باب المرافعات إنما هو إلى الغرض الأقصى، و إلى النتيجة المترتبة على الدعوى. و عليه فان كان قول كل من المترافعين موافقا للأصل من ناحيه، و مخالفا له من ناحيه أخرى فهو من موارد التداعى. و إن كان قول أحدهما موافقا للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعى و المنكر. و أما كيفية ترتيب الدعوى من دون أن تكون هذه الكيفيه موردا للغرض فلا يترتب عليها أثر مهم فى باب المرافعات. و إذن فلا- ثمره لإثبات أن العقد الموجود فى الخارج صلح بلا- عوض، أو هبه غير معوضه.

ثانيا: أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأى واحد من عنوانى الصلح و الهبه، و لكن لا نسلم انتهاء الأمر إلى التحالف، إذ يترتب الأثر على الأصل الجارى فى ناحيه الهبه و هو عدم جواز الرجوع إلى العين الموهوبه، ضروره أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبه و من الظاهر أن أصله عدم كون العقد-الواقع فى الخارج- هبه تنفى ذلك ابتداء، و تثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقه، بلا احتياج إلى الواسطه العقليه فى ترتب الأثر. و أما الأصل الجارى فى ناحيه الصلح فلا- يترتب عليه جواز الرجوع إلا- على القول بالأصل المثبت، لأن جواز الرجوع إلى العين من اللوازم العقليه لعدم الصلح. و من البين أنه لا- معارضه بين الأصلين الذين ترتب الأثر الشرعى على أحدهما دون الآخر[1].

## الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة

و مما استدلل به المصنف على لزوم المعاطاة:

٢- قوله (صلى الله عليه و آله): إن الناس مسيطون على أموالهم. البحار ج ١ ص ١٥٤

ص: ١٣٥

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 يخرج عنه ملكه، فان ذلك مناف لسلطنه المالك الفعليه.

و من هنا يندفع ما توهم من أن غايه ما يستفاد من الحديث أن المالك له السلطنه على ماله فعلا. و هذا لا ينافى زوالها برجوع المالك الأصلى إلى ما أعطاه لصاحبه

ص: ١٣٦

بالبیع المعاطاتی. نعم يمكن إثبات الملكيه للمالك الثاني بعد رجوع المالك الأول إلى العين بالاستصحاب إلا أنه رجوع عن التمسك بدليل السلطنه إلى التمسك بالأصل الذي تقدم البحث عنه تفصيلا.

و وجه الاندفاع أن الحكم بعدم جواز انتزاع ملك المالك الثاني إنما هو بهذه السلطنه الفعلية. و لا شبهه في أنها مانعه عن تأثير رجوع المالك الأول في إزاله ملكيته.

و على هذا فلا نحتاج إلى الاستصحاب لكي يكون ذلك رجوعا عن التمسك بدليل السلطنه إلى التمسك بالاستصحاب.

و يتوجه على هذا الاستدلال أولا: أن النبوى المذكور ضعيف السند و غير منجبر بشيء، و لا أنه مذكور في كتب الشيعة إلا مراسلا. و من البين أنا لا نعتمد على المراسيل في شيء من الأحكام الشرعيه.

ثانيا: أن المقصود من النبوى المذكور بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف في تلك الجهات. و ليس لغيره أن يزاحمه في ذلك.

و عليه فلا- دلالة في الحديث على استقلال الملاك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات. و بأي تصرف من أنحاء التصرفات. و أيضا لا دلالة فيه على استمرار السلطنه الفعلية للمالك و بقاءه حتى بعد رجوع المالك الأول في مورد المعاطاه. و قد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال على إفاده المعاطاه الملكيه.

### **الاستدلال على لزوم المعاطاه بحرمه التصرف في مال غيره**

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

٣- قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه [١]. و وجه

الاستدلال به على ذلك: أن سبب حليه التصرف في أموال الناس إنما هو منحصر برضى المالك فلا يحل شيء من التصرفات المالكية فيها إلا بأذنه و رضاه. قيل:

إن المستفاد من الرواية إنما هو حرمة التصرف في أموال الناس بدون رضاهم.

و لا- ريب في أنه بعد رجوع المالك الأموال إلى ما أعطاه لصاحبه بالمعطاء لم يبق موضوع لحرمة التصرف في مال غيره. و الجواب عنه:

أن تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك أيضا. و من الواضح أنه لا معنى

ص: ١٣٨

لحرمة 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 كليهما. 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 الطَّيِّبَاتِ) (١) 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:

٤- قوله (تعالى) «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَضٍ مِنْكُمْ» (٢) و ملخص كلامه: أن الاستدلال بهذه الآيه على لزوم البيع المعاطاتى- بل على لزوم مطلق التجاره عن تراض- تاره بعقد

ص: ١٣٩

١- ١) سورة الأعراف. الآيه: ١٥٧.

٢- ٢) سورة النساء. الآيه: ٣٣.

المستثنى: هو قوله (تعالى) إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ. و اخرى بعقد المستثنى منه: هو قوله (تعالى) لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ أما العقد الأول فمفاده: أنه لا يجوز لأحد أن يملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطله التي 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 كناية عن التملك و التصرف. كما هو المتعارف فى كلمات الفصحاء، بل فى كل لغة. و إذن فتدل الآيه على أن حليه تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحه منحصره فى تجاره 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 تجاره عن تراض. و أن غير ذلك يعد من الأسباب



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 العبارة: 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 إرادته ذلك من كلمه الباطل فى الآيه فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لأننا 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 المصادقيه. و هذا ظاهر.

### **الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالشرط**

و مما استدل به المصنف رضوان الله عليه على لزوم المعاطاه:

٥- قوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم [١] و حاصل كلامه هنا: أن

الشرط فى اللغة عباره عن مطلق الالتزام. فيشمل الالتزامات المعاملية. 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:

أولاً- أن الشرط فى اللغة 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 شرطاً: ألزمه شيئاً فيه. و إذن فالشروط الابتدائيه خارجه عن حدود الروايه.

ثانياً: 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، لأنه من علائم الايمان. و على هذا فشان الروايه شأن قولنا: إن المؤمن عند عدته.

### الاستدلال على لزوم المعاطاه بدليل وجوب الوفاء بالعقد

و مما استدل به المصنف على لزوم المعاطاه:

٦- قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

لا- ريب فى دلالة هذه الآيه الكريمه على لزوم السبع 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 اللغة أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغة أيضاً.

و المراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه، و عدم انفساخه بالفسخ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفاً لكان فسخ العقد حراماً و هو واضح البطلان. و عليه فمفاد الآيه: أنه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً. و من الواضح جداً أن المعاطاه عقد عرفى كسائر العقود، فتكون مشموله لعموم الآيه.

ص: ١٤٢

و مما استدلل به المصنف على لزوم المعاطاه:

٧- الأخبار (١) الداله على لزوم البيع و وجوبه بعد تفرق المتبايعين. و قد عرفت أن المعاطاه بيع بالحمل الشائع، فتكون مشموله لعموم تلك الروايات. قيل:

إن هذه الروايات و إن دلت على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد. إلا أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من ناحيه خيار المجلس فقط، لا- من جميع النواحي، و على وجه الإطلاق. و إذن فتبعد تلك الروايات عما نحن فيه. و الجواب عن ذلك:

أن هذا الاحتمال و إن كان ممكنا في مقام الثبوت، ولكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبوره في مقام الإثبات، فإن إطلاقها يقتضى اللزوم-على وجه الإطلاق- بعد التفرق. فلا موجب لصرافها 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 في شرحه على القواعد. و تعاضده الشهره المحققه بين الأصحاب. بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخري المتأخرين.

نعم نسب هذا الرأي إلى المفيد(ره) إلا أن العبارة المحكيه عنه لا تدل على ذلك.

بل ادعى في الغنيه الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعا. و لا شبهه في أن هذه الدعوى صريحه في عدم لزوم المعاطاه.

ص: ١٤٣

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا يرجع شيء من الأمور المذكوره إلى معنى محصل:

أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام(عليه السلام) و من الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام(عليه السلام) بين المجمعين. أو قاعده اللطف التى أسسها الشيخ الطوسى(ره)، أو الحدس القطعى.

أما الأول فهو بديهي الفساد، لعدم العلم بوجود الامام(عليه السلام) 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 آخر. 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 البديهي 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

دعوى الملكيه،فضلا عن كونها مؤيده لحصولها إلا أن يكون غرض المدعى-من الشهره هو الشهره بين متأخرى المتأخرين.و لكن هذه الشهره معارضه مع الشهره بين القدماء القائمه على أن المعاطاه تفيد الإباحه.

و على الجملة:إنا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء على عدم لزوم المعاطاه لم يكشف ذلك عن الدليل المعبر،بديهه أن قيام الإجماع على نفي اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع.كما نبه عليه المصنف إذ القول باللزوم فرع الملكيه و من الظاهر انه لم يقل بها الا المحقق الثانى و جمع ممن تأخر عنه.و أما قدماء الأصحاب فذهبوا الى أن المعاطاه تفيد الإباحه.

قوله:(بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيره التى يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى) أقول:حاصل كلامه:أن السيره قائمه على عدم الاكتفاء بالتعاطى فى الأشياء الخطيره و الأمتعه المهمه.بل الناس ينشؤون فيها البيع بالألفاظ المتداوله بينهم.نعم يكتفون بالتعاطى فى الأشياء الزهيده.و الأمتعه المحقره و لا يلتزمون فيها بعدم جواز الرجوع.

و يرد عليه:ان السيره المزبوره لا تصلح لتقييد الأدله المتقدمه الداله على لزوم المعاطاه،بديهه أن عدم اكتفاء الناس بالتعاطى فى المعاملات المهمه ليس من ناحيه السيره بل إنما هو من جهه تقليدهم لعلمائهم القائلين بكون المعاطاه مفيده للإباحه.

و أضيف الى ذلك:ان الالتزام بهذه السيره يقتضى الفرق بين المعاطاه فى الأشياء الخطيره.و بين المعاطاه فى الأشياء الحقيه و من الواضح انه لم يلتزم به المشهور من الأصحاب و ان ذهب اليه بعض العامه[١]و لكنه مخالف لإطلاق الأدله الداله

## نظرة فى الاخبار المذكوره حول المعاطاه

قوله: (وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار). أقول: قد ذكر السيد فى شرح هذه العبارة ما هذا نصه: (يعنى يظهر اشتراط اللزوم بكون إنشاء المعامله باللفظ فى الجملة. 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 العبارة المتقدمه-الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجهها صحيحا، بديهة أنه لا دلالة فى الخبر الوارد فى بيع المصحف، و لا- فى الخبر الوارد فى بيع أطنان القصب، و لا- فى الروايات الآتية-الوارده فى أن المحلل و المحرم هو الكلام-لا دلالة فى شىء من هذه الروايات [١] على اعتبار اللفظ فى لزوم البيع، فإنها غير ناظره إلى كيفية 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: (وقد يظهر ذلك من غير

واحد من الاخبار) إشاره الى ما ذكره قبل هذه العبارة من جعل اللفظ من جمله القرائن على قصد التمليك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الروايات العديده [١] بل يظهر من جمله منها [٢] 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 [٣] 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 أربعة:

١- أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل بأن يختص التحليل و التحريم بالنطق.

ص: ١٤٧

٢- أن يراد به اللفظ مع مضمونه. و يكون الغرض ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعى يختلف باختلاف المضامين المؤداه بالكلام.

٣- 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 نفيًا. و انما يحرم إثباتًا). ٤- 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 لكثرة 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 صيروره العصير خمرا محرم و تخليلها محلل.

و الجلل محرم لما يؤكل لحمه. و استبرأؤه محلل. و خلط المال الحرام بالمال الحلال محرم.

و تخميسه محلل. و أيضا وطى الحيوان الذى يؤكل لحمه محرم. و الدخول بالمرأه محرم لتزويج بنتها و الإيقاب فى الغلام محرم لتزويج أمه و بنته و أخته.



و أيضا قد جوز الشارع المقدس التصرف فى أموال الناس فى موارد شتى من دون أن يكون فيها محلل كلامى. و ذلك كالتصرف فى الأراضى الواسعه و الأنهار الكبار و كأكل الماره من ثمره الشجره الممرور بها بل ورد فى القرآن الكريم جواز الأكل من بيوت الأصدقاء و الأحباء و إن لم يدل عليه أذن لفظى (١).

و أيضا قد اتفق المسلمون من الشيعة و أهل السنه على اثلام ذلك الحصر فى فى باب العقود أيضا، فإنهم قد التزموا بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه. سواء أ كانت المعاطاه مفيده للملك، أم كانت مفيده للإباحه. و لم ينسب الى احد فساد ذلك إلا إلى العلامة فى بعض كتبه، و قد ثبت رجوعه عن هذا الرأى فى بعض كتبه الأخرى و دعوى انصراف الخبر عن الأمور المذكوره لكيلا تلزم كثره التخصيص دعوى جزافيه.

ثانيا: أن الروايه لا تنطبق على هذا الوجه، إذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الإمام (عليه السلام) عن الرجل يقاوله، و يقول له: اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا.

و أجاب الإمام (عليه السلام) عن هذا السؤال: بأنه أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قال السائل: بلى. قال الامام (عليه السلام): لا بأس به إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام. و عليه فهذه الروايه -سؤالا و جوابا- أجنيبه عن مورد المعاطاه، و إنما هى تبين حكم البيع قبل الاشتراء.

و الذى نفهمه من الروايه -و لو بقريته الروايات التى ذكر فيها قوله (عليه السلام):

إنما يحرم الكلام -و سيأتى قريبا التعرض لها فى الحاشيه- أن المضمون الواحد إذا أنشئ بكلام كان محللا. و إذا أنشئ بكلام آخر كان محرما. أو أن الكلام الواحد يكون محللا فى مورد و محرما فى مورد آخر. و ذلك لأن الكلام من قبيل الاعراض. و قد ثبت فى محله أن الزمان و المكان مفردان للأعراض. و هذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التكلم على المعنى الثانى و الثالث.

ص: ١٤٩

و توضيح ذلك: أنه ثبت في الشريعة المقدسه أن إيجاب الطلاق ببعض الألفاظ الداله على بينونه الزوج عن الزوج لا يكون محرما ولا محلا. مثلا: إذا قال الرجل لزوجته: أنت بريه أو خليه أو طلقتك لم يؤثر ذلك في بينونه و لا يحل للمرأة التزويج بزواج آخر. إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق. أو هي طالق، أو زوجتي طالق بانت عنه زوجته و يحل لها التزويج بزواج غيره. و إذن فالمضمون الواحد و هو بينونه الزوج عن الزوج إذا أبرز بكلام كان محرما و محلا و إذا أبرز بكلام آخر لم يكن محرما و لا محلا.

و هذه بين يدينا الأخبار الوارده في المزارعه. [١] فإنها تصرح بأن جعل أجره الزرع للبذر و البقر محرم. و عدمه محلل.

و يضاف إلى ذلك ما رواه البجلي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يجيئني يطلب المتاع، فأقوله على الربح، ثم أشتريه فأبيعه منه؟ فقال: أليس إن شاء أخذ

و إن شاء ترك؟ قلت بلى قال: لا بأس به فقلت: إن عندنا من يفسده قال: و لم قلت: باع ما ليس عنده. قال فما تقول فى السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده؟ فقلت بلى. قال: فإنما صلح من قبل أنهم يسمونه سلماً. إن أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه (1) فإن 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 (عليه السلام) (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 محللاً فقط. و الجواب عن ذلك:

أن بيع ما ليس عند البائع قد يكون شخصياً. و قد يكون كلياً: 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 القليل الثانى. و عليه فغرض الامام (عليه السلام) 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 (عليه السلام) 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 الحرمة إنما هو الوضعى دون التكليفى ضروره أن جعل الثلث للبذر و البقر ليس من المحرمات التكليفية قطعاً.

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

ص: ١٥١

الصحيحه الفصيحه.و من ذلك ما يقال:أعطيته قولاً:أى العهد و الالتزام،و أيضا يقال:

إن كلام الليل يمحوه النهار:أى الالتزامات النفسانيه.و عليه فكون الكلام محرما و محللا بلحاظ أن المثنى يكون حراما على البائع و حلالا للمشتري.و أن الثمن يكون حراما على المشتري و حلالا للبائع.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الروايه أن المحرميه و المحلليه من أوصاف الكلام اللفظى دون الالتزام النفسى.على أن هذا المعنى لا- يجتمع مع الروايات الوارده فى المزارعه الظاهره فى أن الكلام المحرم غير الكلام المحلل و قد تقدمت هذه الروايات قريبا فى الحاشيه.

و قد تجلى لك من جميع ما ذكرناه فساد الوجه الرابع الذى ذكره المصنف:بأن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله.و من الكلام المحرم خصوص إنشاء البيع.

و وجه الفساد:أن الكلام المحرم غير مربوط بإنشاء البيع كما فى روايات المزارعه.على أن لازمه أن يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام المعهود لكى يكون كل من الكلام المحلل و الكلام المحرم ممتازا عن الآخر و من الواضح أنه لا- قرينه على هذه الدعوى لا فى هذه الروايه التى هى مورد بحثنا.ولا فى روايات المزارعه،ولا فى غيرهما من الروايات.

و أما الوجه الثالث الذى ذكره المصنف-بأن يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرما و باعتبار عدمه محللا-فهو و ان كان يناسب ما نحن فيه و روايات المزارعه أيضا كما هو ظاهر.و لكن يرد عليه:

أولا:أن الظاهر من قوله(عليه السلام)إنما يحرم الكلام و يحلل الكلام ان المؤثر التام فى الحرمة و الحليه إنما هو وجود الكلام.لا أن وجوده محرر و عدمه محلل.على أن ذلك يستلزم التفكيك بين الفقرتين فهو أمر مستهجن فلا يصدر من المعصوم.

و أضف الى ذلك ما ذكره بعض مشايخنا المحققين و إليك نصه:(أن إطلاق

المحلل على عدم الكلام لا- يخلو عن مسامحة 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 مسامحة، إذ عدم حليه المال بعدم حصول الإيجاب الصحيح، لا بحصول الإيجاب الفاسد).

ثم إنه قد استظهر المصنف من الرواية 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 الرواية هو عدم إمكان المعاطاه فى خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة 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 الرواية غير ناظر إلى المعاطاه نفيا و إثباتا و إنما هو باعتبار مورد الرواية إذ فرض فيه صدور الكلام من المشتري، و قد ذكر الامام (عليه السلام) 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 الرواية موضوعا و أما ما ذكره من أن وجه انحصار إيجاب البيع فى الكلام إلخ فيتوجه عليه.

أولا: أنا لا- نسلم عدم إمكان المعاطاه فى مورد الرواية. بديهيه 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.

ثانياً: أنا لو سلمنا غياب المتاع- في مورد الروايه- عن المتعاملين. و لكننا لا نسلم اختصاص المعاطاه بالتعاطى من الطرفين. ضروره أن المعاطاه كما تتحقق بالتعاطى من الطرفين، كذلك تتحقق بالإعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر. و سيأتى ذلك فى تنبيهات المعاطاه. و لعل المصنف قد أشار الى هذين الإشكاليين أو إلى أحدهما بالأمر بالتأمل.

و المتحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلالة فى روايه ابن نجيح على اعتبار اللفظ فى صحه البيع أو لزومه لكى تدل على فساد المعاطاه أو على عدم لزومه.

على أن هذه الروايه التى بين يدينا مجهوله فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم الشرعى [١].

## تنبيهات المعاطاه

### اعتبار شروط البيع فيها

#### اشاره

قوله: (و ينبغي التنبيه على أمور). أقول: لما فرغ المصنف من بيان صحة البيع المعاطاتي و لزومه نبه على أمور يحسن بنا التعرض لها:

الأمر الأول: أنه هل يعتبر في البيع المعاطاتي ما يعتبر في البيع بالصيغه من الشروط؟

**و تحقيق هذه المسأله يقع في نواحي شتى:**

ص: ١٥٥

## الناحية الأولى: أن المعاطاه المقصود بها الإباحه هل تقيد إباحه التصرف في

المأخوذ بالمعاطاه عند ما فقدت شيئاً من شروط البيع؟.

قد ذكر المصنف: (أن المتعاطيين إذا قصدا مجرد الإباحه فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفياً ولا شرعاً. و على هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدله الداله على صحه هذه الإباحه العوضيه من خصوص أو عموم، و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعده هو نفي شرطيه غير ما ثبت شرطيه كما أنه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس).

ص: ١٥٦



لأن السيره دليل لبي فلا بد من الاقتصار فيها بالمقدار المتيقن.

و يتوجه عليه: أن المقصود من دليل السلطنه إنما هو بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعه، و عدم كونه محجورا عن التصرف فيها في تلك الجهات، و ليس لأحد أن يزاحم المالك في ذلك. و عليه فدليل السلطنه لا يتكفل بإثبات السلطنه للمالك على أى تصرف، سواء ثبتت مشروعيتها مع قطع النظر عن دليل السلطنه أم لا.

و أضف إلى ذلك: أن دليل السلطنه ضعيف السند، و غير منجبر بشيء فلا يمكن الاعتماد عليه في إثبات الحكم الشرعى و قد تقدم ذلك عند الاستدلال به على لزوم المعاطاه.

ص: ١٥٧

أما السيره فإن كان المراد بها السيره العقلائييه فلا شبهه فى قيامها على إباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه حتى التصرفات المتوقفه على الملك. و لكن لا- يمكن الاعتماد على هذه السيره مع قطع النظر عن كونها ممضاه للشارع. و إن كان المراد بها السيره المتشرعيه فلا- ريب فى قيامها على إباحه التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه. و لكن لا يمكن الاعتماد عليها أيضا فيما إذا شك فى جواز أصل التصرف- كالتصرفات المتوقفه على الملك من البيع و العتق و الوطى و نحوها- بل لا بد و أن يرجع هنا الى دليل كل تصرف يشك فى جوازه و عدمه.

و مثال ذلك: أنه إذا شك أحد المتعاطيين فى جواز أكل المأخوذ بالمعاطاه -التي قصد بها الإباحه- رجح الى ما دل على جواز أكله أو حرمة. و هكذا لو شك فى ناحيه أخرى غير جواز الأكل. و لا يرجع فى شىء من تلك الموارد إلى أدله حرمة التصرف فى مال غيره إذ المفروض أن المالك قد أذن للأخذ أن يتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه و معه لا يبقى مجال للرجوع الى تلك الأدله. و إن شئت قلت: إن جواز التصرف فى نفسه إنما ثبت بما دل عليه من أماره أو أصل و من الظاهر أن حرمة التصرف فيه بما أنه مال غيره مرتفعه بإجازة المالك و اذنه على الفرض. و إذن فالمقتضى موجود و المانع مفقود. و على هذا فلا يعتبر فى المعاطاه المقصود بها الإباحه أى شرط من شروط البيع. و حينئذ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بإزاء دينار واحد لم يلزم منه الربا.

### **الناحيه الثانيه: أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ و الإعطاء التمليك و التملك، و لم**

تحصل الملكيه فى الخارج،

و لكن حكم الشارع بجواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فهل يعتبر فيها شروط البيع؟ قد ذكر المصنف: أن المعاطاه المقصود بها الملك بيع عرفى و ان ترتبت عليه الإباحه الشرعيه. و حينئذ فيعتبر فيها ما يعتبر فى البيع من الشروط كلها. نعم قد وقع فى بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا ان المراد من ذلك نفى اللزوم، لا نفى البيع

حقيقه انتهى ملخص كلامه.

و تحقيق ما أفاده المصنف بوجهين:

١- أنا ذكرنا مرارا عديده: أن المعاطاه المقصود بها الملك بيع عرفى فتكون مشموله للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه. و عليه فلا بد من الالتزام بكونها مفيده للملك من أول الأمر، نعم قام الإجماع التعبدى على أن الشارع المقدس لم يمض البيع المعاطاتى على النحو الذى قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطى الخارجى، بل أمضاه بعد تحقق شىء ما من التصرف و غيره و عليه فالمعاطاه بيع حقيقه، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى البيع اللفظى من الشروط غير الصيغه، بديده 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 تملك ماله لصاحبه بإزاء ما يأخذه منه و ليس غرضهما من هذا التملك بالعوض إلا إيجاد البيع، و حيث إنه فاقد للصيغه فيحكم بفساده، كسائر المعاملات الفاقده لشروطها. و لكن قام الإجماع على جواز التصرف للأخذ فيما أخذه بالمعاطاه، و لم يقم دليل على ذلك فى سائر المعاملات الفاسده. و بما أن الإجماع دليل لبي 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 الجملة: 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 حرمة 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

فى البىع من ناحىه اللى لفظى، و بىن أن يكون ذلك من ناحىه الإجماع، فإنه على كل تقدير لا يجوز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه إلا مع احتواء المعاطاه جمىع شرائط البىع إلا الصىغه.

### الناحىه الثالثه: أنا إذا قلنا بأن المعاطاه المقصود بها الملك نفىد الملكىه من أول

الأمر فهل ىعتبر فىها شروط البىع؟

الظاهر: انه لا شبهه حىنئذ فى كون المعاطاه بىعا عرفا و شرعا.

و علىه فىعتبر فىها جمىع ما ىعتبر فى البىع من الشروط. و ىجرى عليها ما ىجرى على البىع من الأحكام.

و قد يفصل فى المقام بىن الشروط التى ثبت اعتبارها فى البىع بدلىل لفظى، و بىن الشروط التى ثبت اعتبارها فىه بدلىل لى، فان ما هو من القىبل الأول فىعتبر فى المعاطاه أىضا، و ما هو من القىبل الثانى فىختص بالبىع اللفظى. و هذا التفصىل لىس من ناحىه أن الإجماع دلىل لى فىقتصر فىه بالمقدار المتىقن، بل من ناحىه ان الإجماع متصىد من فتاوى الأصحاب و من البىن ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظى اللازم من غير جهه الخىار دون المعاطاه المترتب عليها الملكىه الجائره.

و لكن لا مجال لهذا التوهم بعد صدق البىع على المعاطاه، و كونها مشموله للعمومات الداله على صحه البىع، فإن المناقشه فى ذلك من قىبل المناقشه فى الأمور البدىهيه.

قوله: (و بما ذكرنا ىظهر وجه تحرىم الربا فىه أىضا) أقول: ملخص كلامه:

أنه إذا حكمنا بكون المعاطاه بىعا عرفىا-و إن لم تفد الإباحه الشرعىه-حرم فىها الربا و كذلك إذا قلنا بأنها لىست بىعا، لأنها حىنئذ معاوضه مستقله شرعىه-سواء أ كانت جائزه أم كانت لازمه-كما اعترف به الشهىد فى موضع من الحواشى. بل ىمكن الحكم بحرمه الربا فى المعاطاه إذا قصد منها المتعاطىان الإباحه، لا الملك، فان ذلك

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 (إباحه) 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، ولا يكون هذا التصرف تصرفا محرما، إذ المفروض أن مالكة الأصل قد أذن في ذلك.

أما الثاني فلأنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار في المعاطاه لم تكن مشموله لأدله الخيار إثباتا و هذا واضح لا ريب فيه.

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجبهه كما أنه أغفل التعرض للمعاطاه التي ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر. و يجرى فيه الخيار المصطلح جزما. و لعل عدم تعرضه لهاتين الجهتين لأجل الوضوح.

الجبهه الثانيه: أن المعاطاه المقصود بها الملك التي 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 في المعاطاه-كخيارى المجلس و الحيوان-لأن أدلتها مختصه بالمعامله التي 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 التي تكون لازمه من غير ناحيه الخيار.

فقد التزم المصنف بالوجه الأول في مطلع كلامه، و أنه يحكم بثبوت الخيار في المعاطاه و إن كان يظهر أثره بعد لزومها. و عليه فيصح إسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم.

و احتمال التفصيل المتقدم في آخر كلامه. و ذهب بعضهم الى القول الثانى، و أن الخيارات مطلقا لا تجرى في المعاطاه. بديهه أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد. و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض و إذن فجعل الخيار في المعاطاه لغو محض و تحصيل للحاصل.

و التحقيق: أن الخيارات مطلقا تجرى في المعاطاه، بناء على أنها تفيد الملك الجائز، ضروره أن الجواز الثابت في المعاطاه التي تفيد الملك الجائز إما جواز حقى كان

أمره بقاء و ارتفاعا يبيد المتعاملين، أو جواز حكى كان أمره يبيد الشارع. دون المتعاملين، كالجواز فى الهبه. و على كالا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد، أو العين المأخوذه بالمعاطاه.

فإن كان جواز المعاطاه جوازا حقا، و قلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتى كان ذلك مشمولا لأدله الخيارات. و عليه فيثبت الخيار فى البيع المعاطاتى لكل من المتعاطين بسببين. و من الظاهر أنه لا- محذور فى ذلك، لأن نظائره كثيره فى الفقه. و حينئذ فيمتاز البيع المعاطاتى عن بقيه البيوع باختصاصه بخيار خاص. و ان شئت فسمه بخيار المعاطاه و على هذا فيجوز ارتفاع أحدهما و بقاء الآخر: كما إذا تلفت احدى العينين فى المجلس، فإنه حينئذ يرتفع خيار المعاطاه، و يبقى خيار المجلس، و إذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق الملزم سقط خيار المجلس، وبقى خيار المعاطاه.

و إذا قلنا بتعلق خيار المعاطاه بالعين كان الأمر أوضح، لأن متعلق خيار المعاطاه أجنبى عن متعلق الخيار المصطلح، فلا يجتمعان فى مورد واحد لكى يناقش فيه بلزوم اللغويه. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و ان كان جواز المعاطاه جوازا حكما، و قلنا بتغاير متعلقه مع متعلق الخيارات المصطلحه فلا شبهه فى ذلك أيضا و ان قلنا باتحاد متعلقهما فرما يتوهم ان ذلك يوجب اللغويه و تحصيل الحاصل. و لكن هذا التوهم فاسد. لأنه انما تلزم اللغويه فيما إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر مع ان الانفكاك بينهما من الوضوح بمكان، بديهى ان النسبه بينهما هى العموم من وجه، إذ قد يسقط خيار المعاطاه و يبقى الخيار المصطلح، و قد يسقط الثانى و يبقى الأول، و قد يجتمعان سقوطا و بقاء و اذن فلا محذور فى اجتماع خيار المعاطاه مع الخيارات المصطلحه ثبوتا و إثباتا و هذا واضح لا ريب فيه.

أما التفضيل المتقدم الذى احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع نقضا و حلا:

أما الأول فلأنه لو تم ذلك التفضيل فى المعاطاه لجرى مثله فى البيع بالصيغه أيضا

طابق النعل بالنعل، والقذة بالقذة، لأنه إذا اجتمعت فيه عده من أسباب الخيار- وقد 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 الثاني 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 في الخارج و لم يقترن بما يقتضى جوازه كان ذلك العقد لازما في نفسه. و هذا لا ينافي جوازه من الجهات الأخر العارضة.

و قد أشير الى هذه النكته القيمه في أخبار خيار المجلس التي تدل على ان المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع (١) فان الظاهر من وجوب البيع و لزومه- في تلك الروايات- إنما هو لزومه من ناحيه خيار المجلس فقط. و هو لا ينافي جواز البيع من ناحيه خيار آخر.

الجهه الثالثه: أنه هل يجرى الخيار في المعاطاه المقصود بها الملك- التي لا تؤثر إلا في الإباحه- أم لا؟ لا شبهه في صدق البيع عليها عرفا، نهايه الأمر أنه قام الإجماع على عدم تأثيرها في 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 في نظر الشارع. كما أن حصول الملكيه في بيع الصرف و السلم يتوقف على القبض الخارجى و عليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد هو تسلط ذى الخيار على فسخه فسخا فعليا: بان يتمكن من إرجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلا شبهه في أن المعاطاه -بناء على الإباحه- غير مشموله لأدله الخيارات، بديهه ان الثابت بالفعل لكل من المتعاطين ليس إلا إباحه التصرف فيما أخذه من صاحبه، و إنما تحصل الملكيه في ذلك

ص: ١٦٤



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 البازل فى اذنه السابق، فلا يشمل صورته رجوعه عن اذنه.

و على الجملة: 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 للمتعاطين كان لكل منها أن يرفع تلك القابليه برفع موضوعها لكى لا تلحق بها الملكيه، و إذن فيكفى فى صحه جعل الخيار فى المعاطاه التمكّن 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 فى صدق البيع على ذلك، و كونه مشمولاً للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه.

و لو تحقق الإعطاء من طرف و الأخذ من طرف آخر فهل يصدق عليه مفهوم البيع؟ و تحقيق ذلك يقع فى نواحي شتى:

## الناحية الاولى: أن يكون الغرض من الأخذ و الإعطاء مجرد الإباحه،

و لا شبهه فى أن ذلك ليس بيعا. نعم جاز للأخذ أن يتصرف فى المأخوذ بالمعاطاه.

## الناحية الثانيه: أن يكون الغرض من التعاطى هو التمليك و التملك،

و تترتب عليه الملكيه فى الخارج، فلا شبهه فى أن ذلك بيع عرفا، فىكون مشمولا للعمومات الداله على صحه البيع، و يحكم بكونه بيعا فى نظر الشارع أيضا.

و الوجه فى ذلك: أن عنوان المعاطاه لم يرد فى روايه، و لا فى آيه، و لا أنه معقد للإجماع التعبدى لكى يحفظ على هذا العنوان و يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. بل محور البحث فى المقام هو أن البيع يتحقق بالإنشاء الفعلى كما أنه يتحقق بالإنشاء القولى.

و عليه فلا بد من ملاحظه الفعل الذى ينشأ به البيع، فان صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعا، و إلا فلا، و من الواضح أن الإعطاء من أحد المتعاطيين مع قصد التمليك يعد إيجابا للبيع عرفا، و يكون الأخذ الخارجى من الطرف الآخر قبولا له. بل أكثر المعاملات المعاطاتيه الواقعه فى الخارج من هذا القبيل، لتحققها فى الخارج بالإعطاء من جانب و بالأخذ من جانب آخر. و عليه فىكون الإعطاء المتأخر من جانب الأخذ و فاء بالعقد ضروره أنه لو كان العطاء من قبله مطاوعه للزم الانفكاك بين الإيجاب و القبول فى المعاطاه الواقعه نسيئه بل لزم كون الإنشاء مراعى بالإعطاء المتأخر من ناحيه الأخذ نهايه الأمر أنه يجوز للأخذ أن يتصرف فيما أخذه من صاحبه على سبيل التضمنين و لا ريب فى ان ذلك كله بديهى البطلان، و خلاف السيره المتشرعيه و العقلانيه.

و ذكر شيخنا الأستاذ: أن البيع تبديل أحد طرفى الإضافه بإضافه أخرى، و من المعلوم ان الإعطاء من طرف واحد و الأخذ من الطرف الآخر ليس مصداقا لذلك. بل نسبتة اليه و الى الهبه المعوضه متساويه. و هذا بخلاف ما إذا تحقق الإعطاء من الطرفين فان التبديل المكانى هنا بطبعه الأسمى انما هو تبديل لأحد طرفى الإضافه الاعتباريه بإضافه أخرى كذلك فهو بيع حقيقه. و عليه فأخراجه من دائره البيع، و إدخاله فى

دائرته الهبه يحتاج الى مئونه زائده.

و على الجملة: إن التبدیل الاعباری فی باب المعاطاه یدور مدار التبدیل الخارجی و حیث إن التبدیل الخارجی متحقق فی فرض حصول التعاطی من الطرفين، فیترتب علیه التبدیل الاعباری انتهى ملخص كلامه.

و یرد علیه: أن البیع و ان كان تبدیل مال بمال، و لكن المراد من التبدیل هنا لیس هو التبدیل الخارجی المکانی بل المراد به هو التبدیل الاعباری و من الظاهر ان هذا المعنى يتحقق بالاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى فعلى أو قولى.

### **الناحية الثالثة: أن يقصد كل من المعطى و الآخذ التمليك و التملك،**

و لكن لم يحصل فی الخارج إلا الإباحه إلى زمان حصول الملك. و الظاهر أن هذا من افراد البیع الحقیقى، لأن تأخیر الملكیه لا یرجعه عن كونه بیعا، كما أن بیع الصرف و السلم لا یرجان عن حدود البیع بتأخر الملكیه فیهما الى زمان القبض. نعم قد یناقش فی جواز التصرف قبل حصول المملك، لانه لم یثبت إلا بالإجماع، و من الظاهر أن المتیقن منه ما یكون التعاطی من الطرفين، لا من طرف واحد إلا- أن یتمسك فی إثبات جواز التصرف هنا بدلیل السلطنه، و قد عرفت فیما تقدم أنه غیر تام. لا من حیث السند، و لا من حیث الدلاله قیل:

إنكم حکمتم- فی الناحیه الأولى- بجواز التصرف فی المأخوذ بالمعاطاه و إن كان التعاطی من طرف واحد- فلما ذا لا تحکمون بذلك فی هذه الناحیه. و الجواب عنه:

أن الإباحه المترتبه على التعاطی فی الناحیه الأولى إباحه مالکیه و من الواضح أن المالك إذا رضی بجواز التصرف فی ماله لم یلزم منه محذور أصلا و أما الإباحه المترتبه على التعاطی فی هذه الناحیه فهی إباحه شرعیه. و علیه فلا بد من ملاحظه دلیلها. و قد عرفت أن الدلیل على هذه الإباحه انما هو الإجماع. و الإجماع دلیل لبی فلا یؤخذ منه الا بالمقدار المتیقن.

و لكن الذى یسهل الخطب: أن الإجماع- بل السیره أيضا- قائم على جواز

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 الحقيه 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 المثلن إلى المشتري 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 لابرز 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 المثلن إلى المشتري 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

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 المثلث و وضع الثمن مكانه- بل تلك الأمثله إما من صغريات الأقسام الماضيه، أو أنها خارجه عن حدود المعاطاه بالكلية:

أما المثلث الأول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص و الحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الأشخاص الظمأ شديد الظمآن، و قد يكون عطشاناً عادياً. 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 غريبه 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 الحقيه و الأمتعه الزهيد. بل يمكن أن يكون المثلث المذكور من قبيل المعاوضه الخاصه التمليكيه. فتكون مشموله لآيه التجاره عن تراض. نهايه الأمر أنها غريبه و من الواضح أن دليل نفى الغرر و هو النبوى [١] مختص بالبيع، فلا يجرى فى غيره.

و أما المثلث 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 غالباً

الأشخاص المعينين فى ذلك و عليه فكل من يأخذ متاعا من دكاكين هؤلاء الكاسيين 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 الجملة: 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 و كيلا من الطرفين فى تبديل أحد طرفى الإضافه بمثله، لوضوح عدم توكيل المالك شخصا معينا). و الجواب عن ذلك:

أن تعيين الوكيل إنما يعتبر فى الوكالات الشخصيه دون الوكالات النوعيه فلو قال أحد إنى و كلت شخصا من أهل النجف المحترم فى بيع متاعى أو إيجار دارى لكان عقد الوكاله باطلا جزما. و إذا قال: إن علماء النجف و كلائى فى بيع كتبى، أو تعمير مدرستى. أو بنائه المساجد من خالص مالى كان ذلك صحيحا قطعاً بديده أن تعيين عنوان كلى فى التوكيل الذى ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معين، لا انه كتوكيل شخص غير معلوم.

و اما المثال الثالث فهو أيضا غريب عن البيع المعاطاتى، بل هو بعيد عن الإجاره المعاطاتيه أيضا:

اما بعده عن البيع المعاطاتى فلأن الماء الذى يستعمله الوارد على الحمام غير معلوم المقدار. و إذن فلا يصح بيعه لكونه غريبا. و أما بعده عن الإجاره المعاطاتيه فلانه يشترط فى الإجاره إمكان الانتفاع من العين المستأجره مع بقاء عينها. و من الواضح ان الماء المستعمل فى الحمام لا تبقى عينه بعد الاستعمال. و عليه فلا يصح وقوع الإجاره عليه. قيل:

إن العين المستأجرة إنما هي نفس الحمام و المياه المستعمله فيه تعد منفعه له. و إذن فيكون مورد المثال الثالث من موارد الإجاره المعاطاتيه. و الجواب عن ذلك:

أن من أركان الإجاره إنما هو تعيين المده فيها فإذا انتفى ذلك بطلت الإجاره من أصلها. و من البديهي أن المغتسلين فى الحمامات يختلفون بحسب الحالات، فإنه يتوقف فيها بعضهم ساعه و يلبث فيها آخر ساعتين و هكذا. و مع ذلك لا يمكن الالتزام بكون ما نحن فيه من قبيل الإجاره المعاطاتيه.

و على 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 نصور 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 الوديعة 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، لأننا 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 بشيء 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، بديهيه أن هذه الإباحه إنما تثبت بالإجماع، و هو دليل لبي 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 المعترف فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاه أمكن خلو المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادله شيء بشيء من غير إيصال، و لا يبعد صحته مع

صدق البيع عليه بناء على الملك و اما بناء على القول بالإباحه فالاشكال المتقدم هنا أكد) و الوجه فى كون الاشكال المتقدم هنا أكد هو العلم بعدم قيام السيره هنا على اباحه التصرف دون الصوره السابقه و هى أن يكون التعاطى من طرف واحد.

أقول: إن كان غرضه من اللفظ المزبور الصيغه الخاصه الفاقد له لبعض شرائطها فلا- يترتب عليه أثر بوجهه، بل شأنها شأن تسميه الأجره للبذر و البقر فى عقد المزارعه.

و عليه فلا وجه صحيح للمصنف أن يلتزم بحصول النقل و الانتقال بذلك اللفظ-بناء على أن المعاطاه تفيد الملكيه-و أن يناقش فى جواز التصرف فى العوضين على القول بأنها تفيد الإباحه.

و ان كان غرضه من ذلك أن اللفظ إذا كان فاقدًا لبعض شرائط الصيغه- فى مقام الإنشاء- كان ذلك مقاوله و من الواضح أن المقاوله تكشف عن اعتبار الملكيه، كما أن صيغه بعت تكشف عن ذلك. و إذن فتشمله العمومات الداله على صحه البيع، إن كان مراده من اللفظ هو هذا فيتوجه عليه أن المبرز بالمقاوله إنما هو التبانى على البيع و المبرز بصيغه بعت و نحوها إنما هو نفس البيع. و من الواضح أن أحدهما يباين الآخر. و اذن فلا يعقل ان يجعل احد المتباينين مصداقا لصاحبه، و لا ان إبراز البناء على البيع يستلزم إبراز ما عليه البناء، و هو اعتبار الملكيه.

### تمييز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى

الأمر الثالث: أنه بما ذا يميز البائع عن المشتري فى البيع المعاطاتى؟ لا شبهه فى أن الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري، لأنهما من الأمور الواضحه التى لا يحتاج الى البيان، ضروره أن من أنشأ البيع يسمى بائعا، و من يقبل ذلك يسمى مشتريا. و لا أن الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر فى



موارد الشبهات المصدقيه: بأن يوجد بيع معاطاتي فى الخارج و لم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجيه، بدييه أن ذلك راجع الى باب المرافعات، و لا صل له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومي البائع و المشتري سعه و ضيقا لكي 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 ماله 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 كرباتة فقط فإن الأول يسمى بائعا و الثانى يسمى مشتريا و على هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري هو المالىه الخالصه لكي 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 ماله 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 أربعة:

١- أن يكون ذلك بيعا و شراء بالنسبه الى كل من المتبايعين، لأن البيع

مبادله مال بمال، كما فى المصباح. و الاشتراء ترك شىء 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 حث بذلك. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع، و لا أحكام المشتري، لانصرافهما فى أدله تلك الأحكام-الى من كان بائعا محضا، أو مشتريا محضا فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان فى معامله واحده-مصادقا لهما باعتبارين.

و لكن يتوجه عليه: ان عنوان البائع و عنوان المشتري 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 الجملة الا- أنه لا- يتم فى جميع الموارد، بديهى أنه لا شبهه فى جواز تقديم القبول على الإيجاب فى البيوع اللفظيه. و عليه فيمكن أن يقصد المعطى أولا- فى البيع المعاطاتى- قبول الإيجاب المتأخر. و إذن فلا دليل على الحكم بكون البازل أولا بائعا، و كون البازل ثانيا مشتريا على وجه الإطلاق.

٣- أن يكون ذلك صلحا معاطاتيا، لان المصالحه بمعنى التسالم، و من الواضح أن كل واحد من المتعاطيين يتسالم على تبديل ماله بمال صاحبه و من هنا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندى على الصلح (١).

و لكن يرد عليه: أنه إن كان المراد من الصلح ما هو مصادقا لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو حسن، لأن مفهوم التسالم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتى النكاح، الا

ص: ١٧٤

(١- ١) قد تقدمت هذه الروايه فى ص ١٥٦.

أن المنشأ فى كل عقد بدء غير ما هو المنشأ فى الصلح، بديهة أن كل معاملة و إن كانت لا تصدر الا عن تسالم من الطرفين على تلك المعاملة لكنه غير عقد الصلح الذى يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح. فكم فرق بين إنشاء الصلح و بين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين. نعم ان نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد تتحد مع نتيجة بعض العقود الآخر.

و إن كان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحة التى تتميز عن بقية العقود فهو واضح البطلان، ضروره أن التعاطى المذكور بعيد عن مفهوم الصلح و حقيقته.

و أما الروايه المزبوره فلا وجه لحملها على الصلح بل هى تناسب الهبه المعوضه. و هذا واضح لا ريب فيه.

٤- ان يكون ذلك معاوضه مستقلة من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفه. و هذا هو الصحيح عندنا. و تدل على صحته آيه التجاره عن تراض (١) و لا ريب أن أمثال هذه المعامله كثيره فى العرف.

### أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطين

#### إشاره

الأمر الرابع: فى أقسام المعاطاه بحسب قصد المتعاطين.

و لا ريب فى أن أصل المعاطاه- و هى إعطاء كل من المتعاطين ماله لصاحبه- يتصور على وجوه.

و يحسن بنا قبل التعرض لحكم تلك الوجوه أن نقدم ما لا- يستغنى عنه، و هو بيان الفارق بين هذا الأمر، و بين الأمر الثانى. و حاصله: ان جهه البحث فى الأمر الثانى إنما هى متمحظه فى بيان مورد المعاطاه. و بيان ما هو المبرز الخارجى لما قصده المتعاطيان.

و لذا ذكر المصنف فى طليعه البحث عنه: (أن المتيقن من مورد المعاطاه حصول التعاطى فعلا من الطرفين).

ص: ١٧٥

و وجه البحث فى الأمر الرابع إنما هى بيان ما قصده المتعاطيان، و لذا ذكر المصنف فى مطلع كلامه هنا أن أصل المعاطاه يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجه شتى و إذن فمرجع البحث فى أحد الأمرين غير ما هو مرجع البحث فى الأمر الآخر، فلا تنافى بينهما و عليه فلا وجه لما أورده شيخنا الأستاذ على المصنف، و إليك نص مقرر بحثه: (أن الإيجاب و القبول يتحقق بدفع العين أولاً من البائع و قبضها من المشتري، و خروج ما يدفعه المشتري ثانياً و يقبضه البائع عن حقيقه المعاوضه، فيلزم أن يكون المعامله حاصله دائماً بدفع العين أولاً و قبضها، و يكون دفع المشتري دائماً خارجاً عن حقيقه المعاوضه و على هذا فلا وجه لما التزم به فى الأمر الثانى من أن المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين. لأن المفروض أن العطاء الثانى لا اثر له، و لا يتحقق به الا عنوان الوفاء بالمعاطاه).

و وجه عدم المنافاه بين الأمرين: انه لا تنافى بين الالتزام بأن الإيجاب و القبول يحصلان بالإعطاء و القبض أولاً، و ان دفع العين ثانياً خارج عن حقيقه المعاطاه، بل هو وفاء بالعقد، و بين القول بأن المتيقن من مورد المعاطاه هو ما إذا حصل التعاطى من الطرفين، فان العقد و ان تم بالإقباض و القبض أولاً- الا ان المتيقن منه قبال العقد اللفظى هو ما تعقبه الإعطاء من الطرف الثانى أيضاً و اذن فلا تنافى بين الأمرين.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك

#### **فاعلم انه قسم المصنف المعاطاه - بحسب قصد**

المتعاطيين - على أربعة أقسام:

#### **١- ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر**

و عليه فيتم الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، و يكون دفع العين الثانى خارجاً عن حقيقه المعاطاه بل يكون ذلك وفاء لما التزم به بإزاء ما تملكه و على هذا فلو مات القابل بعد المطاوعه و قبل دفع العوض لم تبطل المعاطاه، لأنه مات بعد تحققها فى نظام الوجود.

#### **٢- ان يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله للآخر بإزاء تملك الآخر ماله إياه**

بحيث تكون المعاطاه متقومه بالعطاء من الطرفين مع كون التملك بإزاء التملك و عليه فلو مات الثانى قبل أن يملك ماله للأول لم تتحقق المعاطاه، إذ المفروض أن المقابله بين التملكين، لا الملكين. و لا ريب أن هذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع، لما عرفتة فى أول الكتاب من أنه يعتبر فى مفهوم البيع ان يكون المبيع من الأعيان، و من الواضح ان نفس التملك من الأفعال، فلا يقع مبيعا. نعم هو قريب من الهبه المعوضه من ناحيه، و بعيد عنها من ناحيه اخرى: أما قربه منها فمن جهه أن كلا من المالين خال عن العوض، إذ المفروض أن المقابله قد وقعت بين التملكين، لا بين الملكين، فتكون كالهبه المعوضه، لأجل وقوع التملك بإزاء التملك و أما بعده عنها فمن جهه أن حقيقه الهبه-معوضه كانت أم غيرها-عباره عن العطيه بلا بدل فقوامها بالمجانیه. و أما اعتبار العوض فى الهبه المعوضه فإنما هو على نحو الداعويه و الاشرط، لا على نحو المقابله و المعاوضه.

و من الظاهر أن المفروض فى المقام إنما هو وقوع التملك بإزاء التملك، لا على نحو المجان، و بلا بدل. 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.

### ٣- أن يقصد البادل أو لا إباحه ماله للأخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إياه

فتقع المبادله بين الإباحه و التملك.

### ٤- أن يقصد كل من المتعاطيين إباحه ماله للآخر بإزاء إباحه الآخر ماله إياه

فتقع المقابله بين الاباحتين، أو تكون الإباحه الاولى بداعى الإباحه الثانيه انتهى ملخص كلام المصنف.

و لا يخفى على الفطن العارف: أن الوجوه المتصوره فى المقام و إن كانت كثيره - كما أوضحها- غير واحد من المحشين- و لكن يتضح حكمها من الأقسام المذكوره.

و من هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الأقسام المتصوره فى المقام.

أما القسم الأول:- أعنى به وقوع المقابله بين المملوكين-فهو المصداق الواضح للبيع المعاطاتي،فيكون مشمولاً للعمومات الداله على صحه البيع و لزومه، و تترتب عليه أحكامه و آثاره.و قد فصلنا ذلك في الأمر الأول.

و اما القسم الثاني:- أعنى به وقوع المبادله بين التملكين-فلا نعقل له معنى محصلاً،بديهه أن حقيقه البيع عباره عن إعدام إضافه مالكيه عن كل من العوضين،و إيجاد إضافه أخرى مالكيه في كل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنه المالك بسلطنه اخرى لكي يحتاج ذلك الى وجود سلطنه ثالثه.و هكذا حتى يلزم منه التسلسل.و هذا بخلاف مقابله التملك بالتمليك،فإنها تحتاج الى وقوع المقابله بين السلطنتين،و هو يحتاج إلى سلطنه أخرى،و هكذا الى غير النهايه.و اذن فمقابله التملك بالتمليك بعيد عن حدود البيع.

و أضف الى ذلك:ان مفهوم البيع انما هو إنشاء تبديل عين بعوض-و قد تقدم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع-و من المعلوم ان التملك بنفسه من قبيل الافعال،فلا يقع مبيعاً.

ثم ان من المستحيل نقل التملك الى غيره بدء بإعطاء العين،أو بقبول ملكيتها بل لا بد في نقل التملك من إنشاء آخر يتضمن ذلك،كقوله ملكتك تملكى العين الفلانيه،أو بأن يشترط التملك في ضمن عقد لازم:بأن باع داره من شخص، و اشترط في ضمن البيع ان يملكه ماله الفلاني بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك.

و على الجملة إن الملكيه الشرعيه اعتبار شرعى غير قابل للتمليك،و التملك العقدى فعل من أفعال العاقد،و هو و إن كان قابلاً للتمليك،الا-انه غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل ملكت،أو بإعطاء المال فعلاً.و قد اتضح لك مما أوضحناه حكم القسم الثالث و القسم الرابع أيضاً،و انه لا تتصور الإباحه بإزاء الإباحه،و لا الإباحه بإزاء

التمليك بإعطاء العين و قبضها.

ثم ان المصنف قد ناقش فى القسمين الآخريين-الثالث و الرابع-من ناحيتين:الأولى:ان الإباحه من حيث هى إباحه لا تسوغ التصرفات المتوقفه على الملك،الا-على نحو التشريع.الثانيه:ان الإباحه بإزاء التمليك-التي ترجع الى عقد مركب من اباحه و تمليك-خارجة عن المعاوضات المعهوده شرعا و عرفا،و لا شبهه فى أن صدق التجاره على هذه المعاوضه محل تأمل،فضلا عن صدق البيع عليها:و اذن فلا تكون مشموله لآيه التجاره عن تراض،و لا غيرها.ثم أطال الكلام حول ذلك نقضا و إبراما و لكن قد ظهر لك مما أسلفناه انه لا موضوع لهاتين المناقشتين أصلا و رأسا الا انه لا بأس بالتعرض لهما تأسيا للمصنف(ره).

فقول:اما المناقشه الأولى فحاصل ما ذكره فيها:ان المالك و ان كان له ان يبيح التصرف فى أمواله لشخص آخر الا انه لا ينفذ إذنه إلا فى التصرفات المشروعه مع قطع النظر عن اذن المالك،بديهه ان اذن المالك ليس مشرعا لكى يوجب جواز التصرف فى ماله للمجاز له على وجه الإطلاق.و عليه فلا يجوز للمالك ان يأذن لغيره فى بيع ماله لنفسه،لأنه لا-بيع إلا-فى ملك.بل يستحيل عقلا-صدق مفهوم البيع عليه لأن مفهومه مبادله مال بمال،و من الواضح انه لا يتحقق هذا المفهوم الا برفع الإضافه المالكيه عن احد العوضين و وضعها على العوض الآخر.و عليه فإذا لم يدخل الثمن فى فى ملك من خرج المثلث عنه كان ذلك خارجا عن مفهوم البيع قطعاً.و لا يعقل صدق مفهوم البيع على ما هو خارج عنه.

نعم

**لا بأس بالإذن فى التصرفات المتوقفه على الملك بوجوه شتى:**

**١-ان يكون غرض المبيع من قوله:أبحت لك ان تبيع مالى لنفسك توكيل**

المباح له فى نقل ماله-المبيح-الى نفسه-المباح له-

ثم يبيع ذلك المال لنفسه -المباح له-أو ان المبيح يوكل المباح له فى بيع ماله،ثم نقل ثمنه الى نفسه-المباح له

ص:١٧٩

أو يقصد المبيح تمليك ماله للمباح له بقوله: أبحث لك مالى إلخ بحيث تكون الإباحه بمنزله إنشاء الهبه، و يكون بيع المباح له بمنزله القبول. و عليه فيكون ذلك نظير قول القائل: أعتق عبدك عنى بكذا، حيث إن القول المزبور استدعاء لتمليك المولى عبده لذلك الرجل، و إعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور فيتحقق هنا بيع ضمنى.

و عليه فيكون العبد ملكا للمستدعى أنا ما، ثم ينعق عن قبله.

و فيه أن ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه، إذ ليس المقصود هنا اذن المالك للمباح له فى نقل المال الى نفسه أولا، و لا فى نقل الثمن اليه ثانيا، و لا أن المالك قصد التمليك بقوله: أبحث لك إلخ، و لا أن المخاطب قصد التملك عند البيع، لكى يتحقق هنا تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب بالدلاله الاقتضائيه. كما كان كذلك فى قضيه أعتق عبدك عنى.

## ٢- 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 أنا 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 المشتري أنا ما، ثم ينعقان 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 تراحم 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



الشريعة المقدسه-مع قطع النظر عن دليل السلطنه.و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه،و بين شراء العمودين.

### ٣- ما أشار إليه في آخر كلامه، وهو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع

الواهب عن هبته لكي يقع البيع في ملك الواهب.

فكما أن بيع الواهب يقتضى دخول العين الموهوبه في ملكه، كذلك أن تصرف المباح له تصرفا يتوقف على الملك يقتضى دخول المال المباح في ملكه.

و هذا الوجه أيضا غريب عما نحن فيه إذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكي تكشف صحته عن الملكيه آنا ما ملكيه تحقيقه قبل تحقق ذلك التصرف.انتهى ملخص كلام المصنف.

أقول

### يقع الكلام في التصرفات المتوقفه على الملك في ناحيتين:

#### الناحية الاولى: أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك.

لا- ريب في أنها قد تكون تكوينيه، وقد تكون اعتباريه: أما التصرفات التكوينية فلا تجوز لغير المالك و ان كان صدورها عنه بعنوان النياحه عن المالك.

و بيان ذلك: أنه إذا دل دليل بالخصوص على جواز تلك التصرفات التكوينية لغير المالك أخذ به- كوطى الجاربه المملوكه الثابت جوازه بالتحليل-و إن لم يدل دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنه، لأنه ناظر الى جواز التصرفات التى هى مشروعها 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 مشروعيتها بدليل السلطنه هذا كله فى التصرفات التكوينية.

أما التصرفات الاعتباريه فلا تتوقف صحتها على الملك، بل لا تتوقف صحتها

على اذن المالك و توكيله،لما سيأتى من الحكم بصحة العقود الفضوليه التى لحقتها اجازة 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 الملك،و انما يؤثر اذنه فى رفع الحرمة التكليفيه فقط.و إذن فمنزله العتاق منزله الطلاق.فكما أن الطلاق لا- يصح من غير الزوج،كذلك ان العتاق لا يصح من غير المالك،الا أن يعد فعل غير المالك فعلا للمالك،كالوكيل.

و لكن هذا التوهم فاسد،بديهة أنه ليس فى المقام إجماع تعبدى،بل من المحتمل القريب ان يكون مستند المجمعين ما دل على عدم نفوذ العتق إلا فى ملك،و سيأتى عدم ارتباطه بمقصود المستدل و اذن فلا محذور فى صحة العتق من غير المالك.و هذا لا يقاس بالطلاق،لدلاله الدليل على انه لا- يصح من غير الزوج،بخلاف العتاق،فإنه لم يدل دليل على عدم صحته من غير المالك.قيل:

انه لا- يصح العتاق من غير المالك،لا من جهة الإجماع كما توهم،بل من جهة ما دل على انه لا عتق إلا فى ملك (1)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 صحة البيع و العتق،فلا يصح 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 فالرواية لا تنافى صحة البيع الفضولى،و لا صحة العتق الصادر من غير المالك مستندا إلى اذن المالك و المتحصل من جميع ما بيناه هو صحة العتاق باذن المالك

**الناحية الثانية:أنه إذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفه على الملك لغير المالك فهل**

ترجع نتيجتها الى المتصرف،أم يرجع ذلك الى المالك؟

ص: ١٨٢

(١-١) راجع الوافى ج ٦ ص ٨٣.

لا ريب في ان التصرفات التكوينية خارجة عن مورد بحثنا، إذ لا يشك احد من العقلاء في ان نتيجة أى فعل يصدر من أى فاعل ترجع الى فاعل هذا الفعل، لا الى غيره، بديهة 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. وهكذا سائر الأفعال التكوينية.

و اما التصرفات الاعتبارية- كالبيع و نحوه- فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره، لما عرفته مرارا من ان حقيقة البيع تبديل عين بعوض في جهة الإضافة، و مقتضى ذلك هو انتقال المثل من ملك مالكة الى ملك مالكة الثمن و بالعكس: بأن يفك البائع إضافته القائمة بالمتاع و يجعلها قائمة بالثمن، و يفك المشتري إضافته القائمة بالثمن، و يجعلها قائمة 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 بوجهه. و اذن فيستحيل ان ترجع نتيجة البيع الى غير المالك. و من هنا اتضح لك ان قول القائل: (بع مالى لنفسك) إن رجوع الى ما ذكره المصنف من الوجوه الثلاثة المتقدمة فلا بأس به و الا فلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط.

و قد تجلى لك مما أوضحناه حكم سائر العقود و المعاوضات التمليلية. و أيضا ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين، كما ظهر لك من ذلك وجه الالتزام فيه بالملكية الآتية التحقيقه. و وجه الظهور: أنه قد ورد فى الشريعة المقدسه أن الإنسان لا يملك عموده (1) و ورد فيها أيضا انه يجوز للابن أن يشتري عموده. و قد عرفت قريبا: انه يستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل فى

ص: ١٨٣

جبهه الإضافة و من الواضح ان الجمع بين هذه الأمور يقتضى الالتزام بدخول العمودين فى ملك الابن آنا ما، ثم انعتاقهما عليه من غير ان يكون لهذه الملكيه دوام و ثبات. بل حصولها مقدمه لزوالها. و اذن فالالتزام بهذه الملكيه يقتضى تخصيص ما دل على ان الإنسان لا يملك عموديه، و لا يمكن الالتزام بتخصيص ما ذكرناه- و هو انه لا يمكن صدق مفهوم البيع على ضده- بديها ان الاحكام العقليه غير قابله للتخصيص. و هذا واضح لا ريب فيه.

و قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه ان الإنسان يملك عموديه آنا ما ملكيه تحقيقه لا ملكيه تقديرية فرضيه على ما اشتهر فى ألسنه المحصلين، لعدم ترتب الأثر على الملكيه التقديرية بوجه. و على هذا فلا وجه للمصنف ان يفرق بين شراء العمودين. و بين بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه حيث التزم بالملكيه الآنيه التقديرية فى الأول و بالملكيه التحقيقه فى الثانى مع أنهما من واد واحد.

و قد اتضح لك أيضا مما بيناه ان المراد من الجمع بين الأدله-الذى يوجب الالتزام بالملكيه الآنيه التحقيقه-إنما هو الجمع بين الدليل العقلى-:اعنى استحاله صدق مفهوم البيع على ضده- و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الإنسان لا يملك عموديه، و ليس المراد من الجمع بين الأدله الجمع بين ما دل على انه لا عتق إلا فى ملكك و بين ما دل على جواز شراء العمودين، و بين ما دل على ان الابن لا يملك عموديه، ضروره انه لو كان المانع عن شراء العمودين هو نفى جواز العتق إلا فى ملكك لأمكن تخصيصه بما دل على جواز شرائهما و انعتاقهما من دون ان يترتب عليه محذور لعدم استحاله العتاق فى غير الملك. و هذا بخلاف ما كان المانع هو الدليل العقلى، فإنه غير قابل للتخصيص هذا كله فى البيع.

و اما العتاق فهل يمكن ان ترجع نتيجه الى غير المالك أم لا بد و ان ترجع الى المالك فقط؟

الظاهر أنه لا ريب في صحة العتق عن غير المالك، إذ لم يرد في آيه و لا في روايه و لا في معقد إجماع عدم جواز ذلك و لم يعم دليل عقلي أيضا على استحالته. بل لو التزمنا- في الناحية الأولى باشتراط صدور العتق من المالك لما دل على نفي جواز العتق إلا في ملك، فان هذا لا يكون وجها للالتزام بعدم الجواز هنا، إذ المفروض أن المتصدى للعتق إنما هو المالك، لانه بنفسه أعتق عبده عن غيره تبرعا.

و نتيجة البحث: أن المالك إذا أعتق أحد ممالিকে عن نفسه أو عن غيره، أو أذن لأحد أن يعتقه عن نفسه أو عن المالك أو عن ثالث كان العتاق نافذا، إذ لا نرى مانعا عقليا و لا مانعا شرعيا عن ذلك. بل يدل على نفوذه و لزومه قوله (تعالى) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، إذ ليس المراد بالعتق في الآيه الكريمة هو العقد المصطلح الذي يحتاج إلى الإيجاب و القبول لكي تخرج الإيقاعات عن حدودها، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد على ما أسلفناه في البحث عن لزوم المعاطاة. و من الظاهر أن العقد بأحد هذين المعنيين يشمل الإيقاعات أيضا.

و قد تبين لك مما تلوناه عليك: أنا لا نحتاج في تصحيح قول الرجل لصاحبه أعتق عبدك عنى الى ما ذكره الأصوليون من دلالة على التمليك دلالة اقتضائية- التي تتوقف عليها صحة 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 الأمثلة المعروفة فى الألسنه: و هو قول القائل: أعتق عبدى عن نفسك. و قوله أعتق عبدك عنى:

أما المثال الأول فإن رجوع الى توكيل غيره فى تملك العبد بيع و نحوه ثم عتقه

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 نتيجه 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 يهمنى 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 لأننا ذكرنا فى مبحث التعبدى و التوصلى:أن إطلاق الأوامر المتوجهه إلى المكلفين يقتضى مباشرتهم بامثالها،و من هنا لا تسقط الواجبات العباديه-كالصوم و الصلاه و الحج و نحوها-عن أى مكلف بامثال غيره،و لا- يقاس ذلك بالديون المالىه التى يجوز أداؤها لكل أحد مجانا،إذ علم فى الشريعه المقدسه ضروره أنه يجوز لأى شخص أن يؤدى دين أخيه المؤمن تبرعا،بل هو أمر استحبابى جزما.

### **الأمر الثانى:أنه هل يحكم بضمان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق**

عبده أم لا؟

لا شبهه فى عدم ضمانه بذلك إذا كان عتق المالك عبده عن غيره تبرعا و مجانا.

و إن لم يكن قصد المالك العتق المجانى فإن علم من حال المستدعى التماس العتاق مجانا فلا شبهه فى عدم الضمان أيضا،كما هو كذلك فى موارد التسؤل،و الا فيحكم بالضمان.

و نظير ذلك قول القائل لأحد احمل هذا المتاع الى محل فلانى، أو احلق رأسى، أو غير ذلك، فان الأمر فى جميع هذه الموارد يضمن عمل المأمور جزما.

### بحث فى جهات

قوله: (و عرفت أيضا: أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى). أقول: بقيت هنا جهات من البحث لا بد من التعرض لها:

#### الجهة الاولى: أنه قد يناقش فى إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى ثمن الهدى

و لكن لا وجه لهذه المناقشه، لان الهدى قد يشتري بالثمن الكلى، ثم يعطى ذلك من مال المبيح و قد يشتري بالثمن الشخصى، و هو مال المبيح: أما الأول فلا شبهه فى صحته، إذ لا مانع من أداء الدين من مال شخص آخر مع اذنه فى ذلك أما الثانى فلا وجه له أيضا، إذ لم يدلنا دليل على اعتبار كون الهدى ملكا لمن يجب عليه.

#### الجهة الثانية: أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه؟

تاره نقول بتعلق الخمس و الزكاه بالعين، كما هو الظاهر. و أخرى نقول بتعلقهما بالذمه، و على كلا التقديرين يقع الكلام فى ناحيتين:

#### الناحية الاولى: أنه هل يجوز لأحد أن يعطى الخمس أو الزكاه المتعلقين بذمه

غيره أو ماله؟

الظاهر هو عدم الجواز: أما بناء على تعلقهما بالعين فواضح. أما بناء على تعلقهما بالذمه فلان الأوامر ظاهره فى ثبوت المكلف به فى ذمه نفس المكلف، و عدم سقوطه عنه بامثال غيره إياه إلا بدليل خاص.

و من الظاهر ان الدليل و ان دل على جواز أداء الدين الثابت فى ذمه شخص

آخر الا ان شموله لما يعتبر فيه قصد القرابه غير معلوم. و أصله الإطلاق يندفع بها احتمال سقوطه.

### **الناحيه الثانيه: أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاه بماله أو بذمته أن يؤديهما**

بمال شخص آخر؟

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزكاه بالعين لم يجز للمالك ان يعطيها من مال غيره.

نعم يجوز له تبديلها بغيره من ماله فقط لدليل خاص. و ان قلنا بتعلقها بالذمه إما ابتداء- كما ذهب اليه جمع من الأصحاب- أو قلنا بتعلقها بالعين بدء، و لكنهما قد انتقلا إلى الذمه بعد إتلافهما فإن الظاهر انه لا شبهه في أدائهما من مال شخص آخر مع الاذن فيه، لا من ناحيه اعتبار قصد القرابه في ذلك و لا من ناحيه تعلقها بالعين:

اما عدم الشبهه في ذلك من الناحيه الاولى فلأن ما يعطى بدل الخمس و الزكاه و ان كان ملكا لغيره، و لكن المتصدى للأداء إنما هو نفس المكلف، فله ان يضيف ذلك الى المولى، و يأتي به امثالا لأمره تبارك و تعالى.

اما عدم الشبهه في ذلك من الناحيه الثانيه فلأن حق الساده و الفقراء إذا فرضنا تعلقه بالذمه ابتداء أو انه انتقل إلى الذمه بقاء لتلف العين كان لصاحب الذمه ان يطبقه على اى فرد يريد.

### **الجهه الثالثه: انه قد التزم المصنف- على ما هو ظاهر كلامه- بالملكيه التقديرية**

في ديه الميت.

و لعله من ناحيه الجمع بين ما دل على توقف الإرث على الملك، و بين ما دل على ان ديه الميت 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.

ص: ١٨٨



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 (١) 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 (٢) 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.

ص: ١٨٩

١- ١) قد تقدمت هذه الروايه فى ص ١٥٦.

٢- ٢) راجع الوافى ج ١٢ ص ١٤٧.

و التحقيق: أن الإباحه بالعوض خارجه عن حدود الصلح، بدهه 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: بعثك 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 لأننا ذكرنا فى أول الكتاب: ان عمل الحر و إن لم يكن مبيعا فى البيع، و لكن يصح جعله عوضا فيه. و اذن فلا نعرف وجهها صحيحا لما ذكره المصنف من التأمل فى صدق التجاره عن تراض على الإباحه المعوضه.

و أما الاستدلال على صحه ذلك بقوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم (١) 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.

٢- أن تكون الإباحه مشروطه بالتملك: بأن يبيح ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله.

٣- أن تكون الإباحه معلقه بالتملك: بأن يبيح ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله.

ص: ١٩٠

٤- أن يكون التمليك عنوانا للموضوع بأن يقول:أبحت مالى هذا لمن يملكنى عشره دنانير.

٥- أن يبيح ماله لزيد بداعى أن يملك زيد ماله إياه.

أما الوجه الثانى فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة 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 علقته 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

#### إشاره

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 لابرز الاعتبار النفسانى جرت المعاطاه فى جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها فى فرد خاص،أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشىء خاص.

و لكن الظاهر أنه لم يرد- في آيه و لا في روايه و لا في معقد إجماع- انحصار المبرز في جميع العقود و الإيقاعات بمبرز معين. و عليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاه في جميعها إلا ما خرج بالدليل. و إذن فيكون ما هو المنشأ بالافعال من المعاملات مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما.

ثم إنه منع شيخنا الأستاذ عن جريان المعاطاه في النكاح و الوصيه و التدبير و الضمان:

أما الوجه في عدم جريانها في النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لصدده- و هو الزناء- بل هو مصداق له حقيقه و من البين الذى لا ريب فيه أنه لا يمكن إنشاء شىء من الأمور الإنشائية بصدده.

أما الوجه في عدم جريان المعاطاه في الوصيه و التدبير و الضمان فلأنها أمور لا تنشأ إلا بالقول، ضروره أنه ليس في موارد فعل يكون مصداقاً لأحد هذه العناوين المذكوره، بداهه أن انتقال الدين من ذمه إلى ذمه- الذى هو معنى الضمان- لا يمكن أن يتحقق بأى فعل من الأفعال، و كذلك العتق و الملكيه و القيمومه بعد موت الموصى. انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه: أن كون الفعل ضدًا للنكاح إنما هو من ناحيه أن الشارع قد اعتبر في عقد النكاح مبرزاً خاصاً- و هو اللفظ- و لا ريب في أن مورد البحث في المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك. و عليه فالزوجيه في نفسها- مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصاً- قابله للإنشاء بالفعل. و عليه فيكون الفعل بنفسه مصداقاً 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 في نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً و في نظر العقلاء.

أما الضمان فلعل وجه المناقشه فى عدم حصوله بالمعاطاه أنه نقل المال من ذمه إلى ذمه، فلا يتحقق بالفعل الخارجى.

و لكن يتوجه عليه: أن النقل إنما هو فى عالم الاعتبار- كالتملك فى البيع وغيره- والاعتبار أمر قائم بالنفس، واللفظ أو الفعل مبرز له، ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال وإن كان هو الإشاره ونحوها.

أما التدبير و الوصيه فمنشأ المناقشه فيهما إنما هو حصر الإنشاء المعاطاتى 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 مصداقاً للتدبير أو الوصيه.

و الجواب عن ذلك:

أن عنوان المعاطاه لم يرد فى دليل خاص لكى يقتصر على تحقق التعاطى من الطرفين حفظاً 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 لإبراز الاعتبار النفسانى من الإشاره وغيرها، و من هنا يصح طلاق الأخرس بالإشاره المفهمه.

و على الجملة: 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 مشمولاً 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 تخصيصاً للقاعده المذكوره كما لا يخفى.

و قد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود و الإيقاعات.

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعامله كالأعطاء 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 في جريان المعاطاه-على القول بكونها مفيده للملك-في الهبه، لقيام الإجماع على أن الهبه لا تفيد الملكيه إلا بالإيجاب و القبول اللفظيين و عليه فجريان المعاطاه في الهبه متوقف على القول بإفاده المعاطاه الإباحه، و هذا مخالف لمذهب المحقق الثاني فبناء على مسلكه لا تجرى المعاطاه في 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 الله 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 يغير 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 شىء 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

نحو القضييه الحقيقيه على الموضوع المقدر وجوده بخصوصياته المعتمبره فيه.فقد اعتبر فى صحه القرض تحقق الإنشاء و حصول القبض،فقد يتعدان وجودا و قد يتحدان.نعم الشرط العقلى-الذى هو عبارته 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 فى كبد السماء.

## ٢-الرهن حيث إن المعاطاه إما تفيد الإباحه المجرده،أو الملكيه الجائزه،

و من السبب أن كليهما لا- تلائم الرهان،بداهه أن العين المرهونه وثيقه للمرتهن.و بديهى أن جواز الرهن ينافى الاستيثاق.و الجواب عن ذلك:

أن القول بالإباحه أو الملكيه الجائزه إنما هو من ناحيه توهم الإجماع على أن المعاطاه لا تفيد الملكيه أصلا،أو الملكيه اللازمه من أول الأمر،و إلا لكانت المعاطاه مشموله للأدله الداله على صحه العقود و الإيقاعات و لزومهما و من الظاهر أن الإجماع دليل لى،فلا- يؤخذ منه الا- بالمقدار المتيقن،و هو العقود التى تتصف باللزوم تاره و بالجواز أخرى و اما العقود التى هى لازمه فى ذاتها-كالرهن-فهى خارجه عن معقد الإجماع،ولا أقل من الشك فى ذلك.فهو كاف فى إثبات مقصودنا.

و الذى يدلنا على هذه النكته القيمه:أن كلمات أغلب المجمعين ظاهره،بل صريحه فى أن المعاطاه مفيده للإباحه أو الملك الجائزه.و ليس معقد الإجماع فى كلماتهم أن ما ليس فيه لفظ من العقود و الإيقاعات فهو غير لازم و إذن فلا- بأس بجريان المعاطاه فى الرهن و يكون لازما من أول الأمر إذ لا نظمئن بدخوله فى معقد الإجماع المتقدم.

و يضاف إليه:أن ذلك الإجماع ليس بحجه،لعدم العلم بكشفه عن رأى المعصوم عليه السلام.و ما هذا شأنه لا يكون دليلا على إثبات الحكم الشرعى.

## ٣-الوقف حيث إنه صدقه فى سبيل الله،فيكون لازما،

لانه لو كان جائزا

لأمكن رجوعه، و ما كان لله لا يرجع، و عليه فلا تحرى فيه المعاطاه التى هى جائزه فى نفسها.

و لكن قد اتضح جوابه مما ذكرناه فى الرهن. على أنه لم يثبت كون الوقف من الأمور القريبه و يضاف الى ذلك قيام السيره القطعيه على 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 مشمولاً 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) أصلاً أمام البحث عن ملزمات المعاطاه، و حاصله: أنه بناء على إفاده المعاطاه الملك فالأصل فيها اللزوم، لما أسلفناه من الوجوه الثمانية 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



و قد يتوهم: أن الإباحه الثابته قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابتة 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 الحكيمه.

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 التبعدى على ذلك. و على هذا فلا وجه للبحث عن ملزومات المعاطاه، لأنها لازمه من أصلها. نعم بناء على ثبوت الإجماع على جوازها- كما هو مبنى المصنف- فلا بد من التكلم فى ملزوماتها.

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 الجملة، و اشتراط اللزوم بالصيغه، و المفروض فى المقام إنما هو بعد الإجماع المذكور. إذ الكلام فى الملزومات، و الملزم فرع ثبوت الجواز. و معه لا- يتم من الوجوه الثمانيه إلا استصحاب

الملكيه منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجا عنها من أول الأمر).

و على الجملة: إنا إذا قلنا بإفاده المعاطاه الملكيّه فلا شبهه في أصله اللزوم مع الشك في ارتفاع الملكيّه 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 في 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 في الخارج ما يمنع المالك عن أعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعامله المعاطاتيه - و ان وقع في 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 في الخارج ما يحتمل معه اللزوم. و الا - فنتمسك بالأدله الداله على صحه المعاطاه و لزومها، فيحكم بترتب الملكيّه عليها ملكيه لازمه.

و أورد شيخنا الأستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر الرابع في الإباحه بالعوض من أن الأقوى اللزوم، فان مدرك الأقوال الثلاثه جار في 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 في المقام انما هو المعاطاه المقصود بها الملك و عليه

فلا وجه للتمسك بقوله (صلى الله عليه و آله): المؤمنون عند شروطهم (١) لان ما التزم به المتعاطيان - و هو الملك - لم يتحقق فى الخارج، و ما حصل فى الخارج - و هو الإباحه الشرعيه - لم يقصده، و لم يلتزم به.

و هذا بخلاف ما أفاده المصنف فى الأمر الرابع، فان كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاه المقصود بها الإباحه المعوضه 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 العباثر: 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 قطعاً).

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 أصله 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.

ص: ١٩٩

١ - ١) قد تقدم هذا الخبر فى ص ١٤١.

قوله: (و اما على القول بالملك). أقول: حاصل كلامه: أنه لا- شبهه في ثبوت الفارق بين جواز المعاطاه، و بين جواز البيع الخياري، ضروره أن متعلق الجواز في المعاطاه إنما هو العين بحيث إن لكل من المتعاطيين أن يسترد ما أعطاه لصاحبه- نظير الجواز في الهبه المتعلق برد العين الموهوبه- فإن هذا هو المتيقن من جواز المعاطاه الثابت بالإجماع و لم يثبت جواز المعاطاه على نحو جواز العقد الخياري لكي نستصحه بعد التلف. و هذا بخلاف متعلق الجواز في البيع الخياري فإنه نفس العقد و من هنا قد عرف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد، و على هذا فلا- موضوع لجواز التراد في المعاطاه بعد تلف العينين، بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياري، فإنه باق بعد تلف العينين أيضا، إذ المفروض بقاء متعلقه، و هو العقد.

و يرد عليه: أنه إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجي فهو غير مفيد، بديهة أن مجرد رد العين خارجا مع بقائها في 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 في 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 لبي، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن، و هو ما إذا أمكن تراد العينين. و في 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 الثاني، 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 احدي العينين أو بعضها على القول بالملك) أقول: حاصل كلامه: أنه لا شبهه في لزوم العقد مع تلف احدي العينين على القول

بالمالك، 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 بأصالة براءة ذمه المالك المزبور عن مثل العين التي 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 أصالة بقاء السلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، لأن الشك في الضمان مسبب عن الشك في السلطنه، و من الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسببي مع جريان الأصل السببي.

و أضف الى ذلك: أن مالك العين الموجوده ضامن ببدل العين التالفه جزما.

و إنما الاختلاف في أن البديل المضمون هل هو البديل الحقيقي-: أعني به المثل أو القيمه- أو البديل المسمى-: أعني به العين الموجوده- و عليه فلا تجرى هنا أصاله عدم الضمان لكي يتوهم تعارضها بأصاله بقاء السلطنه، بديهه أن أصاله براءة الذمه مخالفه للعلم الإجمالي بالضمان و من البين أن العلم المذكور مانع عن جريان أصاله براءة الذمه: و إذن فتصبح أصاله بقاء السلطنه سليمه عن المعارض.

و يضاف الى ذلك كله: أن عموم دليل السلطنه كما يقتضى تسلط مالك العين الموجوده على ماله: بأن يأخذه من صاحبه. كذلك يقتضى تسلط مالك العين التالفه على ماله: بأن يأخذ بدله الحقيقي- من المثل أو القيمه- من الطرف الآخر. و على هذا فلا يختص دليل السلطنه بطرف واحد، بل يجرى ذلك في كلا الطرفين. و حينئذ فلا مجال للتمسك بالدليل الفقاهي-: أعني به استصحاب براءة الذمه عن المثل و القيمه

مع وجود الدليل الاجتهادى:- أعنى به دليل السلطنه-انتهى ملخص كلام المصنف.

و فيه مواقع للنظر و المناقشه و يتضح لك ذلك فى ضمن أسئله و أجوبتها:

١- أن اليد الموضوعه على المأخوذ بالمعاطاه-على القول بالإباحه-هل توجب الضمان؟.

الظاهر: أن اليد هنا يد ضمان، ضروره أن المعاطاه و إن كانت مفيده للإباحه إلا أن الأخذ و الإعطاء فيها ليسا بمجانين، بل فى مقابل العوض المسمى. و عليه فإذا تلفت احدى العينين و بقيت الأخرى كانت العين الباقية بدلا جعليا عن العين التالفه و من هنا قد التزم المصنف-عند البحث عن كلام بعض الأساطين-بالضمان المعاوضى فى المأخوذ بالمعاطاه، و انما التزم بذلك من ناحيه الجمع بين الأدله و إذا لم تكن العين الباقية بدلا جعليا عن العين التالفه و جب الخروج عن عهدها بإعطاء المثل أو القيمه.

نعم لا تكون اليد موجه للضمان فى موردين:

الأول: أن يسلط المالك غيره على التصرف 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 اليد يد أمانه-سواء فى ذلك الأمانه الشرعيه و الأمانه المالكيه-فإن يد الامانه لا توجب الضمان، ضروره أنه ليس على الأمين سبيل. و لا ريب أن كلا الوجهين بعيد عما نحن فيه. و إذن فلا مناص فى المقام-عن القول بالضمان، لقاعده ضمان اليد.

٢- إذا تلفت احدى العينين و بقيت الأخرى فهل تبقى سلطنه المالك فى العين الباقية على القول بالإباحه؟.

لا نعقل وجها صحيحا لبقاء سلطنه المالك فى العين الباقيه على القول بالإباحه: أما على مسلكنا فلأن الأدله قد دلت على صحه المعاطاه و لزومها من أول الأمر، و قد خرجنا عن ذلك حسب الفرض -من قيام الإجماع على عدم الملكيه من أول الأمر- فى المقدار المتيقن و هو ما إذا كانت العينان موجودتين. أما إذا تلفت إحداهما فلا إجماع على عدم الملكيه فى الآن المتصل بالتلف فيتمسك بالأدله، و تثبت بها الملكيه اللازمه فى ذلك الآن.

أما على مسلك المصنف فلأن الجمع بين الأدله -على ما صرح به فى جواب الشيخ كاشف الغطاء رضوان الله 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 مالکها 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 القضييه المتيقنه و القضييه المشكوكه، و إذا تلفت احدى العينين استكشفنا منه دخول كل من العوضين فى ملك أى من المتعاطيين. و إذن فيتعدد موضوع الاستصحاب بتعدد القضييه المتيقنه و القضييه المشكوكه، و معه لا مجال للاستصحاب.

نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادى كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجوده فى ملك مالکها الأول. و يترتب عليه جواز انتزاعها من يدمن هى بيده بقاعده

السلطنة، 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، لأننا نعلم بأن ذمه من تلف عنده المال غير مشغوله بشىء ما لم يطالبه الآخر و عليه بقاء كل من المالين فى ملك مالكة الأول معلوم البطلان و اذن فلا مجال لاستصحاب السلطنة، لا فى العين الباقية. و لا فى العين التالفه.

و مما ذكرناه يظهر عدم جواز التمسك لإثبات سلطنة المالك الأول على العين الباقية بقاعده السلطنة. و عليه فلا وجه لتمسك المصنف بها لإثبات السلطنة لكل من الطرفين، سواء فيه مالك العين الموجوده و مالك العين التالفه بل لو أغمضنا عما ذكرناه من الجزم بثبوت الملكيه للأخذ قبل التلف-و لو بآن-لم يمكن التمسك بقاعده السلطنة فى المقام، لأن التمسك بها لإثبات السلطنة لأحد المتعاطيين أو لكليهما من قبيل التمسك بالعام فى الشبهه المصدقيه، فإن التمسك بدليل السلطنة إنما يصح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنة، و هو المال المضاف الى المالك، و من المحتمل خروج المال الذى انتقل الى غيره-بيعه و نحوه- عن حدود ذلك الموضوع بحيث صار موضوعا لسلطنة المنقول اليه. و بديهى أنه مع الشك فى ذلك لا مجال للتمسك بدليل السلطنة. و كذلك الحال فى إثبات السلطنة بدليلها فى العين التالفه. و عليه فان جرى استصحاب الملكيه ترتب عليه جواز رجوع المالك بماله و إلا لم يمكن التمسك بقاعده السلطنة لإثبات جواز الرجوع، لأن الشبهه مصدقيه.

٣- أن أصاله بقاء السلطنة 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 سلطنة المالك الأول و عدم بقائه، و الأصل الجارى فى الشك السببى حاكم على الأصل الجارى فى الشك المسببى.



الثانى: أن يقال إن الاستصحاب الجارى فى طرف يتقدم على البراءه الجاربه فى الطرف الآخر، لحكومته دليل الاستصحاب على دليل البراءه، فإذا علمنا بعدم مطابقه أحدهما للواقع - كما هو الحال فى المقام - تعين العمل بالاستصحاب، ويرتفع بذلك موضوع البراءه. وقد ذهب الى هذا جمع من المحققين. و عليه فيجری استصحاب السلطنه، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعى دون المسمى.

أما الوجه الأول فيرد عليه: أنا ذكرنا فى محله أن مجرد كون أحد الأصلين سببياً و الآخر مسبباً لا يسوّغ حكومه الأول للثانى، بل لا بد فى ذلك أن يكون ارتفاع الثانى أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأول، و من البديهى أن عدم البراءه عن الضمان بالمثل - أو قيمه ليس من الآثار الشرعيه لاستصحاب السلطنه لكى يترتب عليه ارتفاع أصله البراءه عن الضمان بالبدل الواقعى. و إنما الأثر الشرعى المترتب على استصحاب السلطنه هو جواز رجوع مالك العين إليها.

و من لوازمه العقليه ضمانه بالبدل الواقعى للعين التالفه، ضروره قيام القرينه الخارجيه على أن مالك العين التالفه لم يعطها لمالك العين الباقيه إعطاء مجانياً، و من البديهى أن هذه الملازمه الخارجيه لا تدلّ على ارتفاع الأصل المسببى بالأصل السببى إلا على القول بالأصل المثبت. و هذا واضح لا ريب فيه.

أما الوجه الثانى فيرد عليه أولاً: أن دليل الاستصحاب إنما يكون حاكماً على أصله البراءه فيما إذا كان مجراها واحداً، فإن الواقع حينئذ يحرز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع إلى البراءه. أما إذا تعدد المجرى فلا موجب للتقديم، فإذا علمنا إجمالاً بوقوع نجاسه فى الماء أو علمنا بكون المائع الآخر بولاً كان استصحاب عدم وقوع النجس فى الماء معارضاً بقاعده الطهاره فى المائع الآخر، لا أن الاستصحاب يجرى و ثبت به نجاسه ذلك المائع، و المقام من هذا القبيل إلا أن يلتزم بحجيه الأصل المثبت، فإنه لا مانع حينئذ من جريان الاستصحاب و حكومته على أصله الطهاره أو أصله البراءه.

و عليه فالعمل باستصحاب السلطنة، و تقديمه على أصاله براءة الذمه عن الضمان منوط بحجيه الأصل المثبت، فيحكم بعدم براءة الذمه عن البديل الواقعي، لأنه من اللوازم العقليه لبقاء السلطنة.

ثانيا: أنه يمكن قلب أصاله البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمه إلى استصحاب براءة الذمه عن المثل أو القيمه فإن ذمه مالك العين الموجوده لم تكن مشغوله بالبديل الواقعي للعين التالفه قبل التلف، فالأصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضا. و إذن فيقع التعارض بين الاستصحابين، و بعد ذلك يرجع الى أصاله البراءة.

و على الجملة لم نعقل وجها صحيحا لتقديم استصحاب السلطنة في العين الموجوده على أصاله البراءة عن البديل الواقعي في العين التالفه. نعم إذا تمسكنا في المقام باستصحاب الملكيه في كلا المالين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصاله البراءة، فإن الحكم باشتغال ذمه الطرف الآخر بالمثل أو القيمه من الآثار الشرعيه لبقاء ما تلف في يده على ملكه مالكة الأول. لكن قد عرفت ما في 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 ملكه مالكة الأول قاض بضمان المثل أو القيمه، و معه لا تصل النوبه إلى أصاله البراءة عن الضمان بالمثل و القيمه، و لا الى استصحاب السلطنة في العين الباقيه فضلا عن جريانه في العين التالفه.

قوله: (و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمه أحد المتعاطيين فعلى القول بالملك

يملكه من في ذمته فيسقط عنه، و الظاهر انه في حكم التلف، لان الساقط لا يعود.

و يحتمل العود و هو ضعيف). أقول: قد ذكرنا سابقا-عند البحث عن النقوض المتوجهه على تعريف البيع، و عند البحث عن الحق و الحكم-ان كل احد مالك لذمته و ما فيها بالملكه الذاتيه التكويني، لا بالملكه الاعتباريه العرضيه، بداهه انه لا معنى للثبوت الاعتبارى في موارد الثبوت التكويني، فإن الاعتبار في أمثال الموارد لغو محض و تحصيل للحاصل. و عليه فإذا ملك الإنسان شيئاً في ذمه غيره فقد ملكه بالملكه الاعتباريه، فإذا انتقل ذلك المملوك الى المملوك عليه-و هو المديون-تبدلت الإضافه الاعتباريه بالإضافه التكويني. و عليه فلا مجال للقول باستحاله ملكيه الإنسان لما في ذمته و لو كانت الملكيه ملكيه ذاتيه. كما لا مجال لدعوى ملك الإنسان لما في ذمته حدوثاً و سقوطه بقاء إذ لو أمكن ملكه له ملكيه اعتباريه حدوثاً أمكن ذلك بقاء أيضاً و على كل حال فالظاهر لزوم المعاطاه حينئذ من أول الأمر، و ذلك للعمومات الداله على لزومها. و قد خرجنا عن ذلك بالإجماع و لكنه-على تقدير تسليمه-مختص بما إذا أمكن التراد، و هو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضيين ديناً و بذلك يظهر أنه إذا كان أحد العوضيين-ديناً-و لو كان على ذمه غير المتعاطيين-حكم بلزوم المعاطاه من أول الأمر.

قوله: (و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه فافهم) أقول: ربما يتوهم من ظاهر عباره المصنف أنه إذا كان أحد العوضيين ديناً في ذمه أحد المتعاطيين حكم بلزوم المعاطاه على القول بالإباحه، كما حكم بلزومها أيضاً على القول بالملك.

و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن كون الإباحه موجه لسقوط ما في الذمه من الدين لا يزيد على التلف الحقيقي-على القول بالإباحه-و قد عرفت قريباً أن المصنف لم يلتزم باللزوم في فرض التلف الحقيقي-على القول بالإباحه-بل التزم بجريان أصاله السلطنه في العين الباقيه و الرجوع الى البدل الواقعي في العين التالفه. و المظنون قويا أن غرض المصنف من تنزيل القول بالإباحه-هنا-على القول بالملك هو أن الإباحه

توجب سقوط الدين. كما أن التملك يوجب سقوطه.

و قد ناقش فيه شيخنا الأستاذ بأن (إباحه الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط، لأن كون الدين مباحا لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرفات فيه بإسقاطه عما في ذمته و المصالحة عليه و سائر أنحاء التصرفات الجائزه على القول بالإباحه فيرجع مالك ما في 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 أوجدنا مصداق التسليط فلا- فرق بينه و بين الملك، فكما انه لا يعقل ان يملك الإنسان ما فى ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطا عليه. فتتجه 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. بمرتبته 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

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 [١].

ص: ٢٠٩

أما تغير العين المأخوذة 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 إجازة المالك الأول رجوعا كبيعته و سائر تصرفاته المتوقفه على الملك و لكنه لا يخلو عن إشكال. و إن أجازة المالك الثانى لزمّت المعاطاه بغير إشكال و إذا قلنا بأن المعاطاه تفيد الإباحه انعكس الحكم إشكالا و وضوحا: بمعنى أنه تنفذ إجازة المالك بغير شبهه، و لكن يتردد فى نفوذ إجازة 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،

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 الإجازة 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 فبيما 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 كالأجازة فى أنه يكون رجوعا عن المعاطاه.

و إن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولى صارت المعاطاه لازمه. فإن شأن الإجازة الصادره منه شأن البيع الصادر منه. فكما أن البيع توجب لزوم المعاطاه، كذلك الإجازة.

أما إشكال المصنف (ره) فى تأثير إجازته فعله مبنى على أن الجمع بين الأدله - كما أفاده قدس سره - يقتضى الالتزام بالملكيه آنا ما قبل التصرف المتوقع عليها و هذا لا يتحقق فى فرض الإجازة. و إنما يتحقق فى فرض بيعه بنفسه، و ذلك فان

الصحيح أن الإجازة 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 الإجازة ناقله صحت إجازة المباح له كيبه 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 و افيه 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 بالاطلاقات، 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 مالكةا. 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 أجازة المالك الثانى كانت الإجازة نافذه بلا- إشكال، لأنها إجازة من المالك، و لزمّت المعاطاه، لا انتقال العين الى شخص آخر. و إن رده سقط العقد الفضولى عن قابليته للإجازة منه أو من المالك الأول، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك، فيلغو العقد الواقع على ماله، على هو المعروف من عدم تأثير الإجازة بعد الرد.

و لكنه مع ذلك لا تخرج المعاطاه من التزلزل الى اللزوم، بديهه أن رده هذا ليس إلا هدمًا للعقد الفضولى، و جعله كالعدم، و هذا لا يلازم المعاطاه بوجه. و إن أجازة المالك الأول أوردته كان ذلك فسخا للمعاطاه، لما عرفته قريبا من دلالة الإجازة أو الرد



على رجوعه عن عقد المعاطاء و الا فهو أجنبي عن إجازة العقد الواقع على ملك غيره و رده فالإجازة أو الرد كاشفه عن الرجوع بالدلالة الالتزامية.

أما إشكال المصنف في تأثير إجازته فلعله مبنى على أن فسخ المالك الأول و رجوعه عن المعاطاء إنما يؤثر من حينه، فالمبيع يرجع إليه من حين الفسخ. وهذا لا يمكن الالتزام به هنا، فإن الإجازة 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 مالكة الأول غير فسخه، و هو متأخر عن العقد الفضولى زمانا. نعم لا بأس بالالتزام بتأثير الإجازة-على القول بالنقل-إلا أنه خلاف المبنى.

و يمكن دفع الإشكال أولا- بأنه لو تم فإنما يترتب عليه عدم صحه العقد الفضولى بإجازة المالك الأول و لا يترتب عليه بقاء المعاطاء على حالها و عدم انفساخها بتلك الإجازة، ضروره أن الإجازة- كما عرفته- كاشفه عن رجوع المالك الأول لا محاله، سواء في ذلك تأثيرها في صحه العقد الفضولى و عدمه.

ثانيا: أن الكشف الذى التزم به المصنف (ره) هو الكشف الحسمى، دون الكشف الحقيقى، و الكشف الحسمى نقل حقيقه. و إنما يفترق عن النقل بلزوم ترتيب ما هو الممكن من آثار الملكيه السابقه من حين الإجازة. و بما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكيه السابقه- حال العقد- من حين الإجازة فلا يحكم بترتيبها. بل يحكم بترتب الملكيه حال الإجازة.

ثم انه ذكر المصنف (ره): أنه (لو رجع الأول فأجاز الثانى فإن جعلنا الإجازة كاشفه لغى الرجوع. و يحتمل عدمه، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ.

و يلغوا الإجازة. و ان جعلناها ناقله لغت الإجازة قطعا) و التحقيق: أن الإجازة-على القول بالكشف و يأتى فى مبحث البيع الفضولى- قد تكون منزله المعرف المحض لصحه العقد الفضولى من الأول من دون دخل لها فى

صحة العقد أصلاً. وقد تكون دخيله في تأثير الإنشاء السابق: إما على سبيل الشرط المتأخر. وإما على سبيل كونه قيدياً على أن يكون المؤثر في الملكيه هو الإنشاء السابق المقيد بتعقب الإجازة.

و على المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الإجازة الصادره من المالك الثاني - وإن تأخرت - تؤثر في العقد الفضولي و اما رجوع المالك الأول - وإن تقدم - فلا - يؤثر في ذلك، إذ الإجازة 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:

أولاً: أن هذا المعنى للكشف و إن كان محتملاً في مقام الثبوت، و لكن لا دليل عليه في مقام الإثبات. بل الأدله المداله على اعتبار الرضا في صحة العقد تدل على عدمه.

ثانياً: أنا لو سلمنا أن الإجازة المتأخره معرفه لصحة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذى ينتسب إليه العقد بالإجازة، لا من كل أحد. و من الواضح أن رجوع المالك الأول يرفع موضوع الإجازة من المالك الثانى، فلا تكون إجازته صادره من المالك لكى تكون معرفه لصحة العقد من أول الأمر.

و بتعبير آخر: أن الإجازة المعرفه إنما هى الإجازة 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 الإجازة 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، بدهاه أن المؤثر فى تأثير الإنشاء إنما هو

الإجازة اللاحقة الصادره من المالك الثاني، لا كل إجازة- وإن صدرت من غير المالك- وقد عرفت آنفا أن المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الأول. و عليه فلا- تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه لكي يكون مشمولاً للعمومات الداله على صحة العقود و لزومها. و اذن فالإجازة المتأخره الصادره من المالك الثاني لاغيه.

ثم لو رجع المالك الأول صريحا أو بالدلاله الالتزاميه- كما إذا أجاز العقد الفضولى أوردته- و قارنته الإجازة من المالك الثاني فإن قلنا بشمول الإجماع- القائم على جواز المعاطاه- لصوره رجوعه حال إجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لإجازة المالك الثاني. و ان لم نقل بذلك كان رجوع المالك الأول- فى تلك الحاله- لاغيا.

هذا كله فى حكم المضمن. 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 لبي 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 نظمئن 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

المأخوذ بالمعاطاه بغيره، إذ لو أخذ أحد دهنًا من بقال-بالباع المعاطاتي-فمزجه بدهن آخر فإنه لا يشك أحد في أنه ليس للأخذ ان يردده إلى البائع. و احتمال أن تكون المعاطاه حينئذ لازمه من طرف المشتري و جائزه من طرف البائع بعيد غايته هذا كله فيما إذا لم يكن المزج موجباً 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 في مسأله المعاطاه نظير الفسخ في العقود اللازمه حتى يورث بالموت، و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعامله. بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه. و على القول بالإباحه نظير الرجوع في إباحه الطعام إلخ). أقول:

لا- شبهه في أن جواز الرجوع في المعاطاه جواز حكمي، كجواز الرجوع في الهبه و كجواز الرجوع في إباحه الطعام- كما ذكره المصنف- الا- أن جواز الرجوع في العقود الخياريه أيضاً من قبيل الحكم، لما عرفته في البحث عن الحكم و الحق من أنه لا فارق بينهما بحسب الواقع، بل الفارق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أي حكم كان رفعه بيد المكلف يسمى حقا، و ما لا يكون كذلك يسمى حكماً و الا فالحق أيضاً حكم شرعي غايته أنه يقبل الارتفاع باختيار المكلف له و من الظاهر أن الجواز في البيع الخياري من هذا القبيل، بخلاف الجواز في الهبه، و المتبع في كل مورد هو دلاله الدليل.

ثم ان الجواز في بيع المعاطاه انما ثبت لخصوص المتعاطيين، و لا يثبت لو ارثهما و الوجه في ذلك: أن العمومات الداله على لزوم العقد تقتضى لزوم المعاطاه من أول الأمر لكونها عقداً بالحمل الشائع. و لكن الإجماع- على تقدير تسليمه- قد انعقد

على جوازها. و بما أنه دليل لبي 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 لانزومه 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 فى المعاطاه المقصود بها الملك. و قد انعقد الإجماع-على تقدير تسليمه-على عدم تأثيرها فى الملكيه، و ترتب إباحه التصرف عليها.

لكن القدر المتيقن من ذلك ثبوت الإباحه لنفس المتعاطيين، و عدم ترتب الملك على المعاطاه فى زمان حياتهما الى آن قبل موت أحدهما، و حيث لا- إجماع بعد ذلك فالمرجع هى الإطلاقات. و بذلك تثبت الملكيه لهما فينتقل المال من الميت الى وارثه.

و إذن فمنزله ما نحن فيه منزله نقل العين المأخوذه بالمعاطاه إلى غيره بشىء من النواقل الاختياريه فكما أن الثانى ملزم للمعاطاه، كذلك الأول.

و أضف الى ذلك قيام السيره القطعيه على لزوم المعاطاه بموت أحد المتعاطيين، إذ لم نر و لم نسمع الى الان رجوع الوارث إلى المأخوذ بالمعاطاه بعد موت مورثه. بل إذا أراد الرجوع الى ذلك عدّه الناس خارجا عن سلك العقلاء. و كذلك الحال فى رجوع الحى إلى ورثه الميت فيما أخذه منه بالمعاطاه، فالسيره كاشفه عن انتقال المأخوذ بالمعاطاه إلى وارث الميت و لزومه بلا فرق بين القول بأن المعاطاه تفيد الملك، و القول بأنها تفيد الإباحه.

و قد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطيين لم يجر الرجوع الى الآخر سواء فيه القول بالملك و القول بالإباحه، فإن الدليل على جواز المعاطاه إنما هو الإجماع -على تقدير تحققه- و لا نطمئن بوجوده فى هذه الصوره، بل يرجع الى أدله اللزوم

على كلا القولين و إذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولى المجنون على كلا القولين.

## جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه

### أشاره

الأمر السابع: فى جريان الخيارات المصطلحه فى المعاطاه و عدم جريانها فيها.

قد تكلمنا فى ذلك إجمالاً فى الأمر الأول، و أو كل المصنف-هناك-البحث عن ذلك الى ما سيأتى، و هنا موعده فنقول:

لا ينبغى الشك فى عدم جريان الخيار و لا غيره من أحكام البيع على المعاطاه المقصود بها الإباحه، إذ لا صلح بين هذا القسم من المعاطاه و بين البيع بوجه لكى تجرى عليها أحكامه بل شأن المعاطاه المقصود بها الإباحه شأن إباحه الطعام و نحوه فى الضيافات و غيرها. و هل يسوغ لأحد أن يتوهم جريان الخيارات-مثلاً-فى الضيافات و أشباهها من أقسام الإباحات؟.

و أيضاً لا ينبغى الشك فى جريان الخيار و سائر أحكام البيع على المعاطاه المقصود بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملك اللازم من أول الأمر، بداهه أنها على هذا الرأى لا يقصر عن البيع اللفظى بشىء فتكون موضوعاً للأحكام الجاربه عليه حذو النعل بالنعل و القذه بالقذه، إذ لا-نعرف وجهاً صحيحاً لاختصاص الأحكام المزبوره بالبيع اللفظى. و إنما الإشكال فى جريان الخيار و سائر أحكام البيع على المعاطاه المقصود بها الملك إذا قلنا بإفادتها الملك الجائر أو الإباحه.

**و قبل تحقيق ذلك لا بد و أن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام:**

### أ- أن يثبت فيه بالاشتراط و الجعل

و لو من جهه اشتراط فعل على أحد المتبايعين أو اشتراط صفه فى أحد العوضين، فان مرجع الاشتراط فى هذه الموارد الى

جعل الخيار أيضا، لأننا لا نعقل وجها صحيحا لجعل الشرط في البيع إلا ثبوت الخيار فيه للمشروط له على تقدير التخلف، بداهه أن مرجع الاشتراط إما الى توقف أصل العقد على تحقق الشرط، أو الى توقف لزومه عليه. و على الأول فيلزم التعليق في العقود، و هو مبطل للبيع إجماعا. و على الثاني فلزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط، و الا فهو جائز. و هذا هو معنى كون العقد خياريا.

## ٢- أن يثبت الخيار في البيع بالشرط الضمني حسب ما يقتضيه بناء العقلاء

و الارتكاز العرفي

من غير تصريح بالشرط في ضمن العقد. و مثاله: أن يشتري أحد من غيره عرضا خاصا بدينار مع الجهل بقيمته الواقعيه فبان أنه لا يسوى إلا- بدرهم، فإنه لا- ريب في ثبوت الخيار للمشتري، للارتكاز القطعي، و بناء العقلاء على اشتراط البيع بكون العوضين متساويين في الماله و إذا تخلف ذلك ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمني الثابت بالارتكاز.

## ٣- أن يكون الخيار ثابتا في البيع بالدليل الشرعي التعبدى

بحيث يكون البيع بنفسه و عنوانه موضوعا لذلك الخيار تعبدا من غير احتياج الى الاشتراط الصريح في متن العقد، أو الى الارتكاز العقلائي. و ذلك كخيارى الحيوان و المجلس، فإنهما ثابتان للبيع بدليل خاص تعبدى و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا وجه للمناقشه في جريان الخيار في القسمين الأولين على المعاطاه بناء على إفادتها الملك الجائز، فإنها بيع عرفا و شرعا. بل لو لم تكن بيعا أيضا لجرى عليها الخيار في هذين القسمين، بداهه أن دليل ثبوت الخيار في هذين القسمين غير مختص بالبيع، بل يعم كل معاوضه و إن لم يكن بيعا.

و قد نوقش في جريان الخيار عليها حينئذ بأن أثر الخيار إنما هو جواز العقد، و من الواضح أن المعاطاه جائزه بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض. و عليه فجعل الخيار في المعاطاه لغو محض، و تحصيل للحاصل كما نوقش- أيضا- في جريان الخيار المختص

بالباع-كخيارى المجلس و الحيوان-على المعاطاه بأن الظاهر من دليل جعل الخيار اختصاصه بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحيه هذا الخيار، فلا يشمل المعاطاه، لكونها جائزه بطبعها الاولى.

أما المناقشه الأولى فقد تقدم جوابها عند التكلم على الأمر الأول، و يأتى -أيضا- فى مبحث الخيارات.

أما المناقشه الثانيه 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 مالكة 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 يرضع عقد المعاطاه، و كان كل من المالكين باقيا على ملكه-غايه الأمر أنه أباح لكل من المتعاطيين التصرف فى مال الآخر- فكيف يمكن القول بصحة 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 مستقلة، 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 اشترط 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 شىء 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 بتحقيق شىء 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 شىء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان،فإنها لو سلمت أنها ليست ببيع كانت معاوضه مستقلة،و قد رتب عليها الشارع ابتداء خلاف ما قصده المتعاطيان الى زمان تحقق الملزم.و رتب عليها ما قصده المتعاطيان بعد تحقق الملزم،و من الظاهر

أن ذلك لا يمنع عن جريان الخيار-الذى لم يختص دليله بالبيع-عليها

### العقد الناقذ لبعض شرائط الصيغه هل يرجع الى المعاطاه أم لا

الأمر الثامن: أنه لا ريب فى تحقق المعاطاه المصطلحه-التي 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:

١-القول برجوع ذلك الى المعاطاه.

٢-القول برجوعه إليها إذا تعقبه القبض و الإقباض.

٣-القول بعدم رجوعه إليها، بل يكون ذلك من البيوع الفاسده. و قد أطل المصنف الكلام-هنا-و لكن الظاهر أنه لا يترتب ثمر مهم على هذه الإطاله.

و التحقيق: أن حقيقه كل أمر إنشائى من الأوامر و النواهي و العقود و الإيقاعات متقومه بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، سواء أ كان هذا المبرز فعلا من الأفعال الجوارحيه، أم كان قولاً. و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بالقول، أو بحصه خاصه منه، بل يعم القول و الفعل كليهما. إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار مبرز معين فى صحه عقد أو إيقاع و نفوذه شرعاً، كما هو الحال فى اعتبار اللفظ فى صحه عقد النكاح و فى اعتبار اللفظ الخاص فى صحه الطلاق. و على هذا الضوء فيصح إنشاء عقد البيع و غيره بأى مبرز كان من غير أن يكون مشروطاً بصيغه خاصه فضلاً عن أن تكون هذه الصيغه مشروطه بشرط لكى يتكلم فى أنه إذا وقع خلل فى بعض ما يرجع الى هذه الصيغه من الشرائط هل تشملها العمومات و المطلقات الداله على صحه ذلك

ص: ٢٢٢

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 الفاقد له لتلك الخصوصيه بيعا صحيحا جائزا، إذ المفروض أن المشروط بتلك الخصوصيه إنما هو لزوم العقد دون صحته، و عليه فان كان لدليل الاشرط 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-التي 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 الاشرط إلا- أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما إذا كان إطلاق، و أما إذا لم يكن إطلاق فى دليل الاشرط 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 بشىء من شرائطها، و حينئذ فلا يجوز لكل من المتعاطيين أن يتصرف فيما أخذه من العوض مستندا الى هذا العقد، سواء أ حصل فيه قبض و إقباض، أم لم يحصل فيه ذلك، فإن شأن المقبوض بذلك شأن المقبوض بسائر العقود الفاسده. و لا يقاس ذلك بالمعامله المعاطاتيه على القول بعدم

إفادتها الملك، فان جواز تصرف كل من المتعاطين فيما انتقل اليه إنما ثبت بالإجماع، و بالسيره القطعيه، و لا إجماع فى محل الكلام فتحصل أن الصيغه الفاقد له للخصوصيه- المعتره فى ترتيب الملكيه و نفوذ المعامله-وجودها كالعدم، فلا يترتب عليها إباحه التصرف أيضا.

نعم إذا كان القبض و الإقباض، لا على سبيل الوفاء بالعقد الفاسد، بل على سبيل المعامله المعاطاتيه مع قطع النظر عن العقد السابق بحيث يكون الفعل مع قطع النظر عن ذلك العقد مبرزاً للاعتبار النفسانى إذا كان كذلك كان ذلك مصداقاً للبيع المعاطاتى، و يترتب عليه جميع ما يترتب على المعاطاه من الاحكام و الآثار، إذ ليس من شرائط صحه المعامله المعاطاتيه أن لا يسبقها عقد فاسد و مثل ذلك ما إذا رضى المالك بجواز التصرف فى ماله غير مبنى على العقد الفاسد، فإنه يجوز التصرف فيه حينئذ. لكن الإباحه فى هذا الفرض إباحه مالكيه. و أما الإباحه المترتبه على المعاطاه-على القول بإفادتها ذلك- إباحه شرعيه و قد نقدم تفصيل ذلك فى الأبحاث السابقه. و هذان الموردان خارجان عن دائره حرمة التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد خروجاً تخصيصاً.

و على الجملة: إنا إذا اعتبرنا لفظاً خاصاً فى صحه البيع كان الفاقد لذلك بيعاً فاسداً، و لا يجرى عليه حكم المعاطاه. و أما فرض تحقق المعاطاه بالقبض و الإقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبى عن محل الكلام، لأن ما هو صحيح لا صلح له بالعقد اللفظى و ما هو عقد لفظى قد فسد من أصله و كذلك الحال فى فرض العلم برضا المالك بالتصرف لا من جهه الوفاء بالعقد الفاسد.

قوله: (و لا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع، لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال). أقول: قد يناقش فى المنع عن جواز التصرف مع الشك فى بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا يترتب عليه جواز التصرف ما لم يعلم بارتفاعه.

و لكن تندفع هذه المناقشه بأن حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه و رضاه حكم انحلالى بحسب الأفراد العرضيه و الطويله. و عليه فكل فرد من تلك الافراد محكوم بحرمة التصرف ما لم يحرز فيه إذن المالك. و من الواضح أن إسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر غير داخل فى الاستصحاب. بل هو داخل فى القياس.

و على الجملة: إن الإباحه الثابته فى محل الكلام إباحه مالكيه، و هى تدور مدار الرضا فى كل فرد من الأفراد العرضيه أو الطويله للتصرف، فما أحرز به رضا المالك فهو. و إلا لم يجز لعموم ما دل على عدم جوازه. و قد ظهر لك مما ذكرناه بطلان قياس المقام بما إذا شك فى رجوع المالك فى المعامله المعاطاتيه، حيث إنه لا شك فى جواز التصرف -حينئذ- على القول بإفادتها الإباحه دون الملك تمسكا باستصحاب عدم الرجوع و وجه الظهور: أن الإباحه الثابته فى مورد المعامله المعاطاتيه إباحه شرعيه. غايتها رجوع المالك فإذا شك فى تحقق الغايه استصحاب عدمه.

أما الإباحه فى محل الكلام فهى إباحه مالكيه التى تدور مدار رضا المالك فى كل فرد من أفراد التصرف، فان لم يحرز فى فرد لم يجز التصرف فيه و لا- يمكن الحكم بجوازه مع الشك فى ثبوت الجواز لفرد آخر غيره. نعم إذا كان المالك قد أذن فى تصرف ما بالخصوص أو بالعموم، و شك فى بقاءه، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصحاب إذنه فى جواز ذلك التصرف فى ظرف الشك لكن أين ذلك من الشك فى الاذن بالنسبه الى ذلك التصرف حدوثا الذى هو مورد الكلام و الى هنا وقف القلم فى مبحث المعاطاه.

و بذلك قد تم الجزء الثانى من كتابنا مصباح الفقاهه فى المعاملات. و يتلوه الجزء الثالث إنشاء الله. الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها 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 وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً 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 النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://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 كيوسك 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؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية  
اصبحان

# الغمامة

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

**www.Ghaemiyeh.com**

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

