

كتاب النسخ

عن أبيات

الشيخ محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله

الشيخ الذي أكبر ولد له في الدنيا

السيد محمد بن أبي الحسين بن أبي

الشيخ محمد بن أبي الحسين بن أبي

الشيخ محمد بن أبي الحسين بن أبي

الشيخ محمد بن أبي الحسين بن أبي

الشيخ محمد بن أبي الحسين بن أبي

كَلَامُ السَّعِيدِ

مِنْ لُحَاثِ

الْفَقِيرِ الْحَقِيقِ الْعَظِيمِ وَالْأَصْوَدِ الْفَلَّاحِ

السَّيِّدِ الْإِسْلَامِيِّ الْكَبِيرِ وَكَاتِبِ اللَّهِ الْعَظِيمِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ هَادِي الْحُسَيْنِيِّ الْبَلَاذِي

الْبَغْدَادِيِّ سَنَةِ ١٣٩٥ هـ

تَقْرِيرٌ وَشَرْحٌ

السَّيِّدِ عَلِيِّ الْحُسَيْنِيِّ الْبَلَاذِي

الْبَغْدَادِيِّ

مَوْلَى كَلَامِ السَّعِيدِ



shiabooks.net

رابطہ بديل < niktba.net



✽ اسم الكتاب: کتابُ البيع - من أبحاث آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني

✽ تقرير وشرح: السيد علي الحسيني الميلاني

✽ نشر: الحقائق

✽ الطبعة: الاولى، ١٤٢٩

✽ المطبعة: وفا - قم

✽ الكمية: ١٠٠٠

✽ ردمك: ٢ - ٩٢ - ٢٥٠١ - ٩٦٤ - ٩٧٨ 978 - 964 - 2501 - 92 - 2

حقوق الطبع محفوظة للمركز

عنوان المركز: قم، شارع صفائي، فرع ٣٤، فرع إيراني زاده، رقم ٣٣، الهاتف: ٠٢٥١-٧٧٢٩٩٦٨

الفاكس: ٠٢٥١-٧٧٤٢٣١٢

عنوان مركز النشر: قم، شارع صفائي، مقابل صندوق قرض الحسنه دفتر تبليغات، الهاتف: ٠٢٥١-٧٨٣٧٣٢٠

عنوان مركز التوزيع في مشهد: شارع الشهداء، خلف حديقة نادري (باغ نادري)، فرع الشهيد خوراكیان، بناية

گنجینه کتاب التجارية، نشر نور الكتاب، الهاتف: ٠٥١١-٢٢٢٣١٣٠

عنوان مركز التوزيع في اصفهان: شارع چهارباغ پائین، أمام ملعب تختی الرياضي، المركز التخصصي للحوزة

العلمية في اصفهان، الهاتف: ٠٣١١-٢٢٢٣٤٢٣

الموقع: www.Al-haqaeq.org - البريد الإلكتروني: Info@Al-haqaeq.org



مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الأولين والآخرين.
أما بعد

فإن شرف علم الفقه لا يخفى وفضله لا ينكر، وقد كانت أحكام المعاملات من أولى إهتمامات فقهاء الطائفة منذ القديم.

فلما أُلِّف علامة الآفاق واستاذ الكل على الإطلاق، آية الله العظمى الحاج الشيخ مرتضى الأنصاري -تغمده الله بغفرانه وأسكنه فسيح جنانه- كتابه المعروف بـ«المكاسب»، أصبح هو المحور للدراسات العليا في فقه المعاملات، من قبل كبار الفقهاء في الحوزات العلمية، وما أكثر الكتب المصنفة في شرحه والتعليق المطولة والموجزة عليه.

وكان جدنا الفقيه العظيم، والمحقق المدقق الفذ، والمرجع الديني الكبير، آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني طاب ثراه، قد حضر هذا البحث في النجف الأشرف على أستاذي الفقهاء والمجتهدين، آية الله العظمى الشيخ ميرزا محمد حسين النائيني الغروي، المتوفى سنة ١٣٥٥، وآية الله العظمى الشيخ محمد حسين الإصفهاني الغروي، المتوفى سنة ١٣٦١.

ثم إنه درس هذا البحث -بدوره- في النجف الأشرف، وحضر أبحاثه هناك

جماعة كبيرة من فضلاء الحوزة العلمية، الذين أصبح كثير منهم فيما بعد، من كبار المراجع ومشاهير الأعلام والأساتذة المرموقين.

ولو أنه بقي في النجف الأشرف واستمرّ في أبحاثه الفقهية والأصولية وغيرها، لتقدّم على جميع أقرانه، وكان الاستاذ الأعظم والمرجع الأعلى، كما سمعت من غير واحد من أساتذتي، كآية الله العظمى الميرزا محمد كاظم التبريزي وآية الله الشيخ مجتبی اللنكراني رحمة الله عليهما.

ولكنّه انتقل إلى كربلاء المقدّسة في سنة ١٣٥٦، وكان مجلس درسه في تلك الحوزة أيضاً عامراً بفضلائها في ذلك الوقت، حيث درّس الفقه والاصول والتفسير وغيرها.

ثم انتقل إلى مشهد الرضا عليه السلام، في سنة ١٣٧٣، فكان أحد المراجع العظام، وزعيم الحوزة العلمية بها، والملاذ الأكبر للأمة في الحوادث السياسية والاجتماعية الرّاهنة.



أما مرجعيته، فقد قال بأعلميته غير واحد من الأعلام المرجوع إليهم والمسموع قولهم في مختلف الأوساط، كالعلامة الطباطبائي صاحب (الميزان في تفسير القرآن) رحمة الله عليه، وآية الله العظمى الشيخ محمد تقي البهجة حفظه الله، وغيرهما، وهكذا جماعة كبيرة من الفضلاء في الحوزة العلمية وخارجها... ممّا أدّى إلى إقبال الناس عليه، يطلبون منه الرسالة العملية، حتى أذن بتجديد طبع رسالته، فانتشرت في البلاد ورجع إليه أهالي منطقة خراسان، ثم امتدّت مرجعيته إلى سائر المحافظات والمدن، وحتى قلّده الكثيرون من الشيعة في البلاد المجاورة، كأفغانستان وباكستان والعراق وسائر البلدان، وجاءت الحقوق الشرعية من المقلّدين، وشرع في المشاريع التي جرت بأمره.

وهكذا، فقد أصبح الزعيم الأكبر في الشئون الدينية بالمفهوم العام، إذ لم تقتصر جهوده على تأسيس المدارس والمعاهد الدينية فقط، بل أسس أو شيد كثيراً من الحمامات والمغتسلات والمستوصفات، إلى جنب المساجد والحسينيات، في مختلف المناطق، وحتى في قضايا الزلازل التي وقعت في البلاد أكثر من مرة في عهده، فإنه قد أوعز إلى بعض مقلديه بالمبادرة إلى إعادة بناء ما هدمته أو أصابته الزلازل من دور السكن وغيرها.

إلا أنه قد أولى الاهتمام البالغ بالحوزة العلمية، بتأسيس المدارس فيها أو تجديد بناء بعضها، وقد جعل للدروس في مدارسه برامج خاصة، يدرس فيها الطلاب مختلف العلوم الإسلامية، ويختبرون، ويشجع المشتغلون بالروايات والجوائز المادية والمعنوية، ولقد كان طاب ثراه، محباً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدين منهم، متفقداً لأحوالهم التفقد الأبوي بحنانٍ ولطف.

ثم إنه عزم على دعوة العلماء الأعلام للإقامة في مشهد والتدريس في الحوزة العلمية، حتى تزدهر وتنشط الدراسة أكثر فأكثر، وقد كان من أشهر من دعاهم واستجاب:

١ - شيخنا آية الله العظمى الوحيد الخراساني.

٢ - آية الله الشيخ علي الفلسفي.

٣ - آية الله الشيخ علي المشكيني.

ولا يخفى ما كان لتواجد هؤلاء الأعلام في الحوزة العلمية، من الأثر في الحركة العلمية وتوجه العلماء والفضلاء وإقبالهم عليها.

لقد اهتم بأمر الحوزة العلمية اهتماماً بالغاً، خدماً للمذهب والعلم والعلماء، وللعتبة المقدسة الرضوية، إذ كان يرى أن الحوزة تعدّ من شئون العتبة المطهرة، وأنه كلما تقدّمت الحوزة وازدهرت، ازداد مشهد الإمام عليه السلام شوكةً وعظمةً

وجلالته، وقد سمعت منه هذا المعنى أكثر من مرة.

وليس الدرس فقط، فقد اهتم كثيراً بالجانب العقيدي والتربوي، فقد كان بالإضافة إلى المعاشرة مع الطلاب بالأدب السامية والأخلاق الفاضلة، ليكون قدوة لهم. يلقي عليهم في المناسبات محاضرات توجيهية، ولا زالت تعاليمه موجودة في الأذهان إلى هذا الزمان.



واشتهر السيد الجد طاب ثراه بالمراعاة والمحافظة على حدود الشريعة المقدسة، في أصولها وفروعها وسننها، وخاصة في مجال الأصول الاعتقادية، وبالأخص فيما يتعلق بمقامات ومنازل أهل البيت والعرة النبوية المطهرة، وتلك فتاواه ضد بعض الأفكار المضللة من بعض المعممين وغيرهم، موجودة في الوثائق التاريخية الخالدة.

وكذلك فيما يتعلق بالقوانين الوضعية المخالفة للشريعة المقدسة، التي حاولت الحكومة آنذاك تطبيقها في البلاد، فقد صمد طاب ثراه في مقابلها وتحمل أنواع الأذى والمضايقات للحيلولة دون وصول الحكومة إلى مآربها.

لقد سمعنا منه مراراً قوله: علينا أن نقف أمام ترويج الأباطيل والمنكرات في هذا البلد المتعلق بأهل البيت والإمام المهدي المنتظر أرواحنا فداء. وبالفعل، فقد وفق كثيراً، وسدد الله تعالى خطاه على طريق الحق والدفاع عن الدين.

إنه كان دائماً يستمدّ العون من الإمام عجل الله فرجه، ويأمر بالتوسل به في كل الأوقات، وكانت رعايته عليه السلام له مشهودة في كافة المجالات.



ومن الأنطاف الربوبية وعنايات الأنمة الأطهار في حقّه، ما كان عليه طاب

ثراه من الكمالات المعنوية والحالات الروحية، فتلك قضيته مع شيخنا آية الله الحاج الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، فقد سمعتها من شيخنا مشافهةً، وهي موجودة بخطه في مذكراته.

كما أن له معي أيضاً قضية مشابهة لها.

وتلك قضيته مع من حضر عنده في حال الجنابة، وقد تكرر ذلك، فإنه كان يذكرهم، وقال لأحدهم في غرفته الخاصة: إن الملائكة لتهبط إلى هذا المكان وتروح، لكونه محلاً لمذاكرة القرآن وروايات المعصومين، من أجل استنباط الأحكام وهداية الناس، فما كان ينبغي لك أن تحضر هنا بهذه الحال.

وتلك قضيته مع زائر من زوار الإمام عليه السلام، قد قضى ليلته في القطار بالفسق والفجور، فلما وصل إلى مشهد، انتبه من غفلته وندم على ما فرط، فاعتم لذلك بشدة، ولم يدخل الحرم حتى المساء، خجلاً من الإمام عليه السلام، فلما حضر الصلاة، في الصحن الشريف خلف السيد الجد، وجاء بعد الصلاة للسلام عليه، خاطبه السيد بقوله: أنت محبوب عند الإمام عليه السلام لأنك جئت لزيارته وهو يحب زواره، غير أن عملك كان سيئاً وأنت نادم عليه وتائب منه، فادخل الحرم ولا بأس عليك.

وهذه نبذة من كراماته الباهرة، علمنا ببعضها في أيام حياته، وما كنا نتحدث بها لعدم رضاه بذلك.

وبهذا نكتفي في التعريف به طاب ثراه^(١).



(١) ومن أراد التفصيل فليرجع إلى كتاب «علم وجهاده» تأليف عتنا العلامة الحجة السيد محمد علي الميلاني المطبوع في جزئين.

وأما كتاب البيع....

فلقد درّس طاب ثراه في الحوزة العلميّة بمشهد المقدّسة:

كتاب الإجارة

وكتاب الصّلاة

وكتاب الزكاة

وكتاب الخمس

على كتاب «شرائع الإسلام» للمحقّق الحليّ.

ثمّ درّس كتاب البيع، على كتاب «المكاسب» ولكنّه لم يتمّ كما سيأتي.

وقد كان كتاب البيع آخر أبحاثه، وكان قد وعد تلامذته بتدريسه إجابةً

لطلبهم، ولذا قال في أوّل البحث: كنت قد وعدت غير مرّة بالبحث في المعاملات

وفي خصوص البيع من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوّان الوفاء

بالوعد والشروع في بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق وأستخيره في ذلك.

وكان الشروع فيه في اليوم الثاني عشر من ربيع الأول سنة ١٣٩١.

وجعل عنوان البحث -كما ذكرنا- كتاب البيع للشيخ الأعظم، فهو أوّلاً يشرح

عبارة الشيخ ويقرّر مراده، بأدب رفيع وتواضع جميل لمكانة الشيخ العلميّة، وربّما

ألجأته المحافظة على مقام الشيخ والإحترام له، إلى توجيه كلامه وحمل عبارته

على خلاف ما هي ظاهرة فيه، قائلاً: إنّ مقام الشيخ يقتضي أن يكون مراده كذا

لا كذا وإن كان ظاهر عبارته.

ثمّ يتعرّض لكلمات الأكابر حول كلام الشيخ وغيره بالبحث والنقد، فإذا ما

أراد أن يشكّل على الشيخ أو أحدٍ منهم قال: «هذا سهو من قلمه» أو «لا يمكن

المساعدة عليه»، وربما اقترن ذلك بقوله: «إنه كبير ونحن صغار بالنسبة إليه ولكنّ

ماذا نفعل!» بل قد وجدناه إذا أراد الردّ على الكلام لا يصرّح باسم قائله، حفظاً لعلو

مقامه ورفعة مكانته.

إن الأكابر الذين يتعرّض السيّد الجدّ لأرائهم من المتأخّرين عن الشيخ الأعظم هم:

١ - الشيخ حبيب الله الرشتي، بتقرير تلميذه الإشكوري.

٢ - الشيخ محمد حسن المامقاني، صاحب «غاية الآمال» وهو جدّه لأُمّه.

٣ - الشيخ محمد كاظم الخراساني، في تعليقه المكاسب، ويعبّر عنه به «المرحوم الأخوند».

٤ - السيّد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، في حاشية المكاسب، ويعبّر عنه به «المرحوم السيّد».

٥ - الشيخ ميرزا محمد حسين النائيني، ويعبّر عنه به «الميرزا الاستاذ».

٦ - الشيخ محمد حسين الإصفهاني، ويعبّر عنه به «شيخنا الاستاذ».

وهذان الأخيران هما استاذاه في الفقه والاصول.

والجدير بالذكر، أنّ ظاهر كلامه أحياناً - لدى النقل عن أحد استاذيه رأياً - هو الحكاية عنه مباشرة، كقوله في بعض الموارد: «وكان الاستاذ يقول... وكنا نشكل عليه» ممّا يدلّ على استحضاره لمطالب مشايخه.

وكم كان يعتزّ بهم، خاصّةً بأستاده الشيخ الإصفهاني، فإنّه كان يعتني بأقواله، ويراجع حاشيته على المكاسب، وكان يحتفظ بنسختين منها، وقد قال لي يوماً: «إنّ لي - والحمد لله - مطالب في المكاسب لم يتعرّض لها الشيخ الاستاذ، فكأنّه كان يحمّد الله على أنّ وفقّه للاستدراك على إفادات شيخه في مباحث البيع.



قلنا: إنه كان طاب ثراه محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدين منهم، متفقداً لأحوالهم... هذا بالنسبة إلى سائر الناس، فكيف بتلامذته؟

وأما بالنسبة إلى أهل العلم من أحفاده، فقد تضاعفت رعايته وعنايته المعنوية والمادية....

لقد كنت في أيام الصيف - في أغلب السنين - في خدمته، ولكنها كانت أسفاراً قصيرة، فلما اضطربت أوضاع حوزة النجف الأشرف، وخاصةً بعد وفاة آية الله العظمى السيد محسن الحكيم رحمة الله عليه سنة ١٣٩٠، وتعلّلت الدروس، سافرت إلى مشهد المقدسة، وفي هذه المرة طال المكث عنده، فكنت أحضر بحته، وأستفيد منه الكثير من الفوائد العلمية، وأتعلّم منه الأخلاق الكريمة، إذا سأله أجبني، وفي كثير من الأوقات كان يبتدأني، فيفيض عليّ من علمه، أو يمتحنني بسؤال، أو يأمرني باستخراج مطلب في مكتبته، أو باستنساخ مكتوب من مكاتيبه، فكان قد عرف عني من مجموع تلك الأمور شيئاً أصبح السبب في شدة عنايته بي ورعايته لي، حتى أنه قال لي غير مرة: «أتمنى أن تبقى عندي» وقال لغير واحد من الأشخاص من الأسرة وغيرها: «الأمل في هذا الولد كبير».

ولقد انعكست عنايته بي في مكاتيبه إليّ^(١):

فلقد جاء في أحدها: «إني أذكرك في قلبي كثيراً ولك سهم في غالب أدعيتي، خبّرني عن أحوالك وأمورك باستمرار».

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

بسم الله الرحمن الرحيم
والحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

(١) اقتصرنا منها على محل الحاجة، ولا يخفى أنها كلّها معنوية بعنوان «قرة عيني» وكان اسمي وعلي الأصغر لوجود أخ لي اسمه «علي الأكبر» حفظه الله، لكنهم خاطبوني فيما بعد بـ «علي» وبهذا عرفت في سائر الأوساط.

وفي كتاب بتاريخ شهر رمضان سنة ١٣٨٤، يوصي بالبرّ بالوالدين:

اسم قلمی: ۱۱

[illegible]

وفى كتاب أرسله بتاريخ ٢ ذي القعدة الحرام سنة ١٣٨٦، يوصى بالمداومة

على صلاة الليل:

سید قاسم:

نہ جبر میں ہے نہ وسوسہ بہنا و غلا

[illegible]

وكان يمدني بالكتب التي أحتاج إليها أو تنفعني في سبيل التحصيل:

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
فمن أراد أن يعرف ما في هذا الكتاب من فوائد
وآداب وجملة ما فيه من فوائد كثيرة
دستور الكتاب في بيان ما في هذا الكتاب من فوائد
الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

وهذا کتاب آخر أرسله إلي في ۱۸ ربيع الأول سنة ۱۳۹۰، وهو من أحسن
المکاتیب التوجيهية الراقية:

سبحانك

مردود عزیزم سید صمد حفظہ اللہ

ایمیل خبر برائے شادیہ میں، تم جواب نہ دینے پر تیرا دل

طاسا، ایسے ہی کہ جس کی بات ہے وہ سیرتِ محمدیہ

سیرتِ محمدیہ حضرت محمدیہ و مقصدِ برسیہ ^{نصیب} ^{مکاتیب}

جو دینِ حق کی طرف ہم سب سے غافل تھے

کہ جمع ہونے والی سیرتِ محمدیہ و سیرتِ نبویہ

اور سیرتِ اہل بیت و سیرتِ اہل بیت و سیرتِ اہل بیت

سیرتِ نبویہ و سیرتِ اہل بیت و سیرتِ اہل بیت

ہر ایک کے لئے ایک کتاب و سیرتِ محمدیہ

و سیرتِ اہل بیت و سیرتِ اہل بیت

و سیرتِ اہل بیت و سیرتِ اہل بیت

و سیرتِ اہل بیت و سیرتِ اہل بیت

«إن العمدة في استكمال مراتب الفضيلة أربعة أشياء:

الأول: المعارف الالهية.

والثاني: التقوى.

والثالث: الفقه والاصول.

والرابع: مكارم الأخلاق.

فإن اجتماع هذه الأركان الأربعة في غاية الأهمية، وهو المستعان سبحانه

وتعالى.

وإن الدعاء والتوسل بمقام الولاية وطلب العناية المباركة لولي العصر

أرواحنا فداءه، هي الوسيلة العظمى لئيل تلك الأركان الأربعة. إن شاء الله تعالى».



وبالأخرة... دعاني إلى مشهد والكون بخدمته.

فقد كنت في النجف الأشرف، وأنا متهيئ منذ مدة لحضور بحث الخارج

على أعلامها، لكن الأوضاع مضطربة والأفكار مشوشة، وكان أهلي يفكرون لي

بالزواج، وربما خطبوا من بعض البيوت، وإذا بكتاب من السيد الجد إلى السيد

الوالد بتاريخ ٦ صفر سنة ١٣٩٣ يقول فيه: «إن كان في زواج السيد علي أو السيد

علي الأصغر تأخير، فمن المستحسن أن يأتي إلى المشهد المقدس ويدرس هنا

ويكون عوناً لي. وقد وصلني الكتاب الذي أرسله^(١)، وسررت بذلك. دام بقاءه

إن شاء الله تعالى».

(١) أرسلت إليه دفترأ شرحت فيه قول المحقق الحلي في شرائع الاسلام في غسل الأموات «وأقل ما يلحق

في الماء من السدر ما يقع عليه الاسم» في أكثر من خمسين صفحة، وكتاب (الإمام الثاني عشر) تأليف

العلامة الحجة السيد محمد سعيد آل صاحب المقات، الذي قدّمته للطبع بمقدمة وتعليق واستدراكات

قيمة، في النجف الأشرف.

سید شادان

کرمیہ
عمر حضرت

بسم علیک ایہ اللہ بروت ترست کثرت قبہ پیر درویش
بر سر علم و حکم و درجہ است این درویش و حرم و حرم

اگر درویش سید و درویش
در فرشتہ طلوع و غروب است
بہشت و سید و درویش
تقی و علم و حکم و درویش
در سید و درویش

فلما وصل هذا الكتاب، بادرت إلى السفر إلى إيران، ووصلت إلى محضره الشريف في شهر ربيع الثاني سنة ١٣٩٣.
فرحبت بي أئما ترحيب....

وقرر طاب ثراه أن أكون له معيناً في شؤنه العلميّة فقط.

فكان كلما أراد أن يطالع للدرس أو يجيب عن استفتاء، حضرت عنده، فكان تخريج كل ما يحتاج إليه من الروايات وأقوال الفقهاء على يدي، وإذا أراد مفهوم كلمة رجعت إلى كتب اللغة وأخرجت له كلمات اللغويين، وإذا أراد ترجمة راو من الرواة، أخرجتها له من الكتب الرجالية وقرأت عليه آراء علماء الرجال فيه، وهكذا... فكان يسجل خلاصة مطالعته وتحضيراته للدرس في أوراق تحت يده، وتلك الأوراق كلها - أو جلّها - محفوظة الآن، وكذا أجوبة الاستفتاءات المفصلة

التي أمر باستنساخها والاحتفاظ بها.

وهكذا، فقد كنت بخدمته هذه المرة، من أوائل السنة الدراسية ١٣٩٣، إلى أن مرض رحمه الله، وتعطلّ الدرس في شهر ربيع الثاني وكان بحثه في مسائل بيع الفضولي.

وما طال مرضه إلا شهوراً قلائل، حتى توفي في آخر شهر رجب عام ١٣٩٥. ثم إنّه - طاب ثراه - لمّا تعطلّ الدرس، وكأنّه كان عالماً بدئو أجله، قال لي في بعض الأيام: «إني وإن كنت أحب أن تكون عندي، لكن مواصلة الدرس أهم، وأخشى أن يضيع وقتك هنا، فالأولى أن تذهب إلى قم». فنزلت مدينة قم المقدسة، بعد أن تهّأت لي دار للسكن مستأجرة لمدة قليلة بأمر من السيّد الجدّ، وقد جعل لنا راتباً شهرياً:

قم مرة كل شهر
 بهر ماه بهر ماه در تهران و تبریز و مشهد و قم
 و ماه بهر ماه در قم و تبریز و مشهد و تهران
 و ماه بهر ماه در قم و تبریز و مشهد و تهران
 و ماه بهر ماه در قم و تبریز و مشهد و تهران
 و ماه بهر ماه در قم و تبریز و مشهد و تهران
 و ماه بهر ماه در قم و تبریز و مشهد و تهران

لقد حضرت في حوزة قم الكبرى على أعلام الطائفة وأساطين العلماء في الفقه والاصول، من كبار المراجع وغيرهم، وهم:

١- آية الله العظمى السيد محمد رضا الكلبيكاني قدس سره.

حضرت عليه في الحج والبيع والقضاء والشهادات والحدود.

وقررت بحثه في البيع، ودوّنته حاشيةً على المكاسب، وطبع باسم (بلغته

الطالب في التعليق على بيع المكاسب) إلى آخر المعاطاة، في مجلد واحد.

ثم قررت بحثه في القضاء والشهادات، وطبع بأمر منه كذلك، في ثلاث

مجلّدات.

٢- آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظلّه.

حضرت عليه دورة كاملة في الاصول.

وفي الفقه: حضرت عليه في أبواب كثيرة من العبادات والمعاملات، كإحياء

الموات والمكاسب المحرّمة والطهارة والصلاة والبيع والخيارات، وبعض

القواعد الفقهية.

ثم درست الاصول وطبع منه حتّى الآن مباحث الألفاظ في أربع مجلّدات.

٣- آية الله العظمى السيد محمد الروحاني قدس سره.

حضرت عليه في الاصول.

٤- آية الله العظمى الشيخ ميرزا محمد كاظم التبريزي، قدس سره.

حضرت عليه في الفقه.

٥- آية الله العظمى الشيخ مرتضى الحائري اليزدي، قدس سره.

حضرت عليه في الخيارات.

وبما ذكرت ظهر: أنّي حضرت في البيع على السيد الجّد والسيد الكلبيكاني

والشيخ الوحيد، إلا أن حضوري على شيخنا كان إلى آخر الكتاب.

ولقد طرحت أنظار السيد الجّد في بحث شيخنا دام بقاءه، ودخلت في كتابات

فضلاء الدّرس، واهتمّ بها الكثيرون منهم، فكنت من ذلك الوقت أشتغل على

مطالب السيد الجَدِّ وأمعن النَّظْرَ فيها، وأُضيف إليها ما استفدته من أبحاث سيدنا الاستاذ الغلباينگاني وشيخنا الاستاذ الوحيد، وما لم يتعرَّض له السيد الجَدُّ من مطالب الأكابر، وما في بعض الحواشي الأخرى كحاشية المحقق الإيرواني، وأنظار المحقق الخوئي من مصباح الفقاهة.

وخرَّجت في الهوامش ما جاء في بحثه من الآيات والأخبار والأقوال، ووضعت له العناوين، ورَتَّبته ونَقَّحته بالإصغاء إلى أشرطة البحث من جديد. فلما وصلت إلى آخر المعاطاة، وجدته قد اكتمل جزء، يصلح لأن ينتشر، فقدمته للطبع، خدمةً للعلم وأهله، وأداءً لبعض حقوق السيد الجَدِّ وإحياءً لذكره، وتقديرًا مني لما بذله من جهدٍ في تعليمي وتربيتي.

وَأَسْأَلُ اللَّهَ الْعَلِيِّ الْقَدِيرَ أَنْ يُوَفِّقَنِي لِإِتِمَامِ هَذَا الْعَمَلِ، وَأَنْ يَقْبَلَهُ بِأَحْسَنِ الْقَبُولِ. وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.

قم المقدسة

علي الحسيني الميلاني

كَلَامُ اللَّهِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.
وبعد، فقد كنت قد وعدت غير مرة بالبحث في المعاملات، وفي
خصوص البيع، من المكاسب للشيخ الأعظم قدس سره، فهذا أوان الوفاء
بالوعد والشروع في بحث البيع، وأحمد الله على التوفيق واستخيره في
ذلك:

البيع

معاملة إنشائية بين اثنين بنحو المعاوضة في الملكية

قولنا: «معاملة» لإخراج العبادة، وهي في الاصطلاح: الأمر الذي يتوقف ترتب الأثر عليه على قصد القربة، والمعاملة لا يتوقف ترتب الأثر فيها على قصد القربة. وبعبارة أخرى: المعاملة يترتب الأثر على وجودها الخارجي، وهو - أي الوجود الخارجي - علة تامة للأثر، فإن قصد القربة أعطي الثواب، وإلا فالأثر الخاص لها مترتب لا محالة، والعبادة أمر يقتضي الأثر المترتب عليه، لكنه مشروط بقصد القربة حتى تحصل الفعلية للأثر.

وقولنا: «إنشائية» في قبال التوصلات التي يطلق عليها العبادة بالمعنى الأعم، وليس فيها حيثية الإنشائية، كغسل اليد ونحو ذلك.

وقولنا: «بين اثنين» إحتراز عن المعاملة الإنشائية التي ليست كذلك، كالوقف العام مثلاً.

وقولنا: «بنحو المعاوضة» يخرج ما إذا كان معاملة إنشائية بين اثنين لا كذلك، كالهديّة.

وقولنا: «في الملكية» لإخراج المعاوضة بين التملّكين، كما هو الحال في الهبة المعوّضة، فإنها تمليك بعوض تمليك.

فالبيع معاملة خاصّة بهذه الخصوصيّات.

و«البيع» حيثما يطلق هذا اللفظ في مقابل الإجارة والنكاح وغيرهما... إسم لم يلحظ فيه جهة المصدريّة التي فيها النسبة الناقصة، فالمعنى المصدري الذي يقال في ماضيه: باع، وفي مضارعه يبيع، فيه جهة النسبة الناقصة المقابلة للنسبة التامة، أي: نسبة العرض إلى موضوعه، لكنّ لما نقول: البيع، الإجارة، النكاح، الهبة... فهي أسماء غير ملحوظ فيها جهة الإضافة إلى الفاعل، ففي مثل قوله عليه السّلام: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا، فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا وَجِبَ الْبَيْعُ»^(١) لا يقصد المعنى المصدري، وكذا في قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) وفي ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾^(٣)، بل المراد تلك المعاملة الخاصّة المسماة باسم البيع في قبال غيرها من المعاملات.

قال الشيخ قدّس سرّه:

وهو في الأصل - كما في المصباح - مبادلة مال بمال^(٤).

هذه عبارة المصباح المنير، وليس كذلك في الكتب اللغويّة الأخرى، كالمفردات والصّحاح والقاموس^(٥).

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٤.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٣) سورة النور: ٣٧.

(٤) المصباح المنير: ٦٩.

(٥) المفردات في غريب القرآن: ٦٧، صحاح اللّغة ٣ / ١٨٩، القاموس المحيط ٣ / ٨.

إشكال المحقق الخراساني:

فقال المحقق الخراساني رحمة الله عليه في الحاشية: التعبير بالمبادلة لا يخلو من مسامحة، وحقه أن يقال: تبديل مالٍ بمال، فإنه فعل الواحد لا الاثنين^(١).

الرد على الإشكال:

وهذا منه عجيب إنصافاً، لأن تبديل المال بالمال يتحقق بفعل الواحد ولا يتوقف على طرف، كأن يتلف الإنسان مالاً له، ثم يبدله بمالٍ آخر من أمواله، فإنه يصدق التبديل ولا علاقة له بالبيع. وبعبارة أخرى: «التبديل» أعم من «المبادلة». هذا أولاً.

وثانياً: إن المشتري وإن كان معطياً للبدل، لكن نفس البدل قائم بطرفين، إذ المشتري معط والبائع أخذ له، وحينئذٍ، يصح التعبير بالمبادلة.

تحقيق المحقق الإصفهاني في معنى هيئة المفاعلة:

وثالثاً: فإن التحقيق ما أفاده الشيخ الأستاذ قدس سره [١] من أن ظاهر الصّرفيين هو أن هيئة المفاعلة موضوعة لصدور المبدء من اثنين.

[١] وهذا نصّ عبارته: «...فتبين وجه التعبير عن البيع بالمبادلة دون التبديل. هذا بناءً على ما هو المعروف من تقوم المفاعلة بطرفين.

والتحقيق خلافه، كما تشهد به الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنية

وغيرها، كقوله: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ﴾^(١) ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢) ﴿يُزَازُنْ﴾^(٣) و﴿نَاقُوا﴾^(٤) و﴿تَسَاقُوا﴾^(٥)، وقولهم «عاجله بالعقوبة»، و«بارزه بالمحاربة»، و«ساعده التوفيق»، إلى غير ذلك مما لا يصح نسبة المادة إليهما، أو لا يراد منها ذلك، بل الظاهر أنَّ هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادة وإنهائها إلى الغير، مثلاً: الكتابة لا تقتضي إلا تعدية المادة إلى المكتوب، فيقال «كتب الحديث» من دون تعديتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم «كاتبه» فإنه يدل على تعديتها إلى الغير، بحيث لو أريد إفادة هذا المعنى بالمجرد ل قيل «كتب إليه».

وربما تدلُّ الهيئة المجردة على نسبة متعدية، كقولهم «ضرب زيد عمرواً»، إلا أنَّ إنهائها إلى المفعول غير ملحوظ في الهيئة، وإن كان لازم النسبة، بخلاف «ضارب زيد عمرواً»، فإنَّ التعدية والإنهاء إلى المفعول ملحوظ في مفاد الهيئة، فما هو لازم النسبة تارة ومفاد حرف من الحروف أخرى، مدلول مطابق لمفاد هيئة المفاعلة، ولذا ربَّما يفهم التعمُّد والتقصُّد إلى إيجاد المادة، فيفرَّق بين ضارٍّ ومضارٍّ وخدعه وخادعه ونحوهما.

وأما ما ذكره من الأصالة والتبعية، فغير صحيح ثبوتاً وإثباتاً، أمَّا في مقام الثبوت، فإنه لا بدَّ من فرض نسبتين، بحيث تكون إحداهما لازماً للأخرى، وليس «ضرب عمرو زيداً» لازماً خارجياً لـ «ضرب زيد عمرواً»، والهيئة الواحدة لها نسبة واحدة مدلولها المطابقي، ومع الوحدة لأصالة وتبعية؛ فإنها فرع الانثنية.

(١) سورة البقرة: ٩.

(٢) سورة النساء: ١٠٠.

(٣) سورة النساء: ١٤٢.

(٤) سورة آل عمران: ١٦٧.

(٥) سورة الأنفال: ١٣.

وأما في مقام الإثبات، فلأن الأصاله والتبعية في الدلالة فرع الأصاله والتبعية في المدلول، وقد عرفت عدمهما، وأما يصح في مثل المفهوم التابع للمنطوق إثباتاً لتبعيته له ثبوتاً، فإن لازم العلية المنحصرة - التي هي مدلول مطابق للجملة الشرطية - هو الانتفاء عند الانتفاء.

وأما هيئة التفاعل، فهي أيضاً لا تتكفل نسبتي، لأن الهيئة الواحدة لها مدلول واحد، نعم، هي نسبة خاصة لها طرفان، فهية التضارب ما يعبر عن مفادها في الفارسية بقولهم (بهمزدن) وهذه نسبة متقومة بطرفين، ويقية الكلام في غير المقام^(١).

وقال المحقق الخوئي:

«قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكاً آخر في معنى المفاعلة، وحاصله: أنه قد اشتهر بين الأدباء وغيرهم أن الفارق بين الهيئات المجردة، وبين هيئة المفاعلة، إنما هو تقوم المعنى في باب المفاعلة بطرفين.

إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم ومن الاستعمالات الصحيحة خلاف ذلك، كما في قوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾^(٢)، فإن الغرض من الآية الشريفة تصدي المنافقين لخديعة الله وخديعة المؤمنين فقط، وغير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعلة.

ويقال في الاستعمالات العرفية الصحيحة: عاجله بالعقوبة، وخالغ المرأة، وبارزه بالحرب، وساعده التوفيق، وواراه الأرض، وغير ذلك، فإن جميع ذلك بين مالاتصح نسبة المادّة فيه إلى الاثنين، وبين مالم يقصد فيه ذلك وإن صحت النسبة المزبورة.

(١) حاشية المكاسب ١ / ١٠ - ١١.

(٢) سورة البقرة: ٩.

وعليه، فلا بدّ من بيان الفارق بين هيئة الفعل المجرد، وبين هيئة المفاعلة. وتوضيح ذلك: أن الهيئات المجردة لم يلحظ فيها تجاوز المادّة عن الفاعل إلى غيره، بحسب وضع الراضع، بل التجاوز فيها إما ذاتي - كجملة من الأفعال المتعدية، نظير: ضرب، وخدع، ونصر، ونحوها - أو بواسطة الأداة: كما في الأفعال اللازمة مثل: جلس، وذهب، وأمثالهما، وقسم من الأفعال المتعدية، كلفظ: كتب ونظائره، بديهة أن تجاوز المادّة في القسمين الأخيرين إلى غير الفاعل إنما هو بواسطة الأداة، فيقال: جلس إليه، وكتب إليه.

نعم، لا شبهة في أن كلمة «كتب» تدلّ على تجاوز المادّة - وهي الكتابة - إلى المكتوب فقط، دون المكتوب إليه - الذي هو مورد بحثنا - وإذا أريد تجاوز تلك المادّة إلى المكتوب إليه، فلا بدّ من الاستعانة بكلمة إلى.

وأما هيئة المفاعلة، كخداع وضارب وقامر ونحوها، فإن حيثيّة تعدية المادّة عنها إلى غيرها ملحوظة فيها مطابقة في مقام إفادة النسبة، وهذا بخلاف الأفعال المجردة المتعدية، كضرب ونصر وخدع ونحوها، فإن التعدية فيها من ذاتيات مفادها.

وعليه، فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره، صدق عليه أنه خدعه. ولا يصدق عليه أنه خادعه إلا إذا تصدّى لخداعة غيره، وكذلك الحال في ضرب وضارب، ونصر وناصر، وأشباهاها من الأفعال المتعدية.

ومن هنا يفرّق بين ضار ومضار، فإن سمرة بن جندب لما أبى عن الاستئذان من الأنصاري عند الدخول على عذقه من منزل الأنصاري، قال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ»^(١): أي متصدّ لإضرار الأنصاري. والجواب عن ذلك:

وما ذكروه سهو، فإن صدور المبدء منهما -بحيث تدلّ عليه الهيئة- منحصر بالتفاعل، وأمّا المفاعلة، فإنّما تدلّ على صدور المبدء من الفاعل متعلّقاً بالغير، ولذا انحصرت صيغة المفاعلة بالأفعال المتعدية. وبعبارة أخرى: مادة «فَعَلَ» إنّما تدلّ على نسبة العرض إلى موضوعه، ولا تدلّ على شيء سواه من الزمان وغيره، بل هي مداليل خارجيّة، وذلك، لأن هذه المادّة تدلّ على الحدث، وهيئتها تدلّ على نسبة الفعل إلى الفاعل، ولذا كان «فَعَلَ» في اللازم والمتعدّي معاً، سواء وجد في الخارج ما يقع عليه الفعل أو لا، فهو صادق. نعم، في الأفعال المتعدية حيث نفهم الوقوع على

أن هيئة المفاعلة لا تتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين، لما عرفته آنفاً من دلالة المفاعلة على المشاركة في الغالب، وهي أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر به، لكي يكون كلّ منهما فاعلاً ومفعولاً، نحو ضارب زيد عمراً.

ومن الواضح: أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدّي أحدهما لإيجاد المادّة دون صاحبه، فلا يقال: ضارب زيد عمرواً، أو صارعه، أو جداله، فيما إذا تصدّى زيد لضرب عمرو، أو حربه، أو صارعه، أو جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه ومن صاحبه معاً، لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة. نعم، قد تكون هيئة المفاعلة بمعنى الفعل المجرد، نحو سافر زيد، وقاتله الله، وواراه في الأرض، وبارك في أمره، وأشباه ذلك من الأمثلة.

وقد تكون بمعنى الكثرة والمبالغة. ولعلّ من القليل الثاني قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لسمرة بن جندب: إنك رجل مضار، ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن^(١).

الغير، يكون من باب أن ذاك الحدث ليس قائماً بنفس الفاعل، بل هو متعّد منه بصدوره عنه ووقوعه على غيره، ولذا نفهم المفعول به من الخارج بالدلالة الإلزامية، ولا دلالة للهيئة على ذلك أصلاً.

وهذا المعنى - أعني الصّدور من الفاعل والوقوع على الغير - هو مدلول هيئة «فاعل»، فإنها نسبة خاصة بين العرض وموضوعه واقعاً على الغير، ولذا قلنا يكون دائماً من الفعل المتعدي ولا يكون من اللازم، فالهيئة المذكورة موضوعة لهذه النسبة، سواء صدر المبدء ممّن وقع عليه الحدث كذلك أو لم يصدر، ولذا يقال: خاطب زوجته، ظاهر امرأته، قال تعالى: ﴿يُزَاوَنُ النَّاسَ﴾^(١) سافر زيد، نافق عمرو... إلى غير ذلك من الاستعمالات الصحيحة الفصيحة.

فهذا هو التحقيق، واشتباه الصرفيين ليس بعزيز.

في هيئة التفاعل

وأما هيئة التفاعل، فقد ذكر شيخنا الأستاذ رحمه الله: بأن الهيئة الواحدة لها مدلول واحد، أي نسبة واحدة، لكن هيئة التفاعل - وهي واحدة - لها مدلولان، أي صدور المبدء من كلّ من الطرفين، فقال: هيئة التفاعل نسبة خاصة بين الطرفين.

قلت: الهيئة الواحدة لا تدلّ إلا على معنى واحد، فما ذكره متين جداً، لكنه لما وجد التفاعل دالاً على صدور المبدء من الطرفين، فيقال: تضارب زيد وعمرو. أو: زيد وعمرو تضاربا، بخلاف المفاعلة، فلا يقال: ضارب زيد

(١) سورة النساء: ١٤٢.

وعمرو، بل الصحيح ضارب زيد عمراً... لذا قال: بأن هذه الهيئة تدل على نسبة خاصة بين الطرفين. وهذا سهو من قلمه الشريف، لأن النسبة تكون دائماً بين الجوهر والعرض، ولا تعقل بين الجوهرين.

فالتحقيق: أن التفاعل هيئة واحدة ونسبة واحدة، هما معاً فاعل واحد، فهما بنحو المعية والوحدة طرف للنسبة، فالمنسوب إليه واحد مركب، والهيئة نسبة واحدة بين المبدء وذلك الواحد.

فستلخص: تعين التعبير بالمبادلة، والتعبير بالتبديل غير صحيح، والإعتراض على الشيخ في ذلك غير وارد [١].

[١] وقد أورد عليه بعض مشايخنا دام بقاءه وجهين:

الأول: إن هيئة المفاعلة واردة على الفعل اللازم والمتعدي، مثل ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(١) وقولنا: ساعده التوفيق، فلو كانت التعدية هي المدلول المطابقي للهيئة ولا دلالة لها إلا على تعدي المادة وإنهائها إلى الغير، فليس المدلول فعل الإثنين والشركة في المادة كما عليه المشهور، لزم تعدد الدال على التعدية في الفعل المتعدي، بأن تدل عليه المادة والهيئة معاً بلا موجب لذلك في حكمة الوضع.

والثاني: ما ذكره من أن هيئة المفاعلة تفيد مفاد «إلى»، فيه: إنه إذا كان كذلك فلماذا جاءت مع «إلى» في ﴿سَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٢) و ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ...﴾^(٣)؟

فما ذكره المحقق الخراساني لا يندفع بالإشكال المزبور.

(١) سورة النساء: ١٠٠.

(٢) سورة آل عمران: ١٣٣.

(٣) سورة النساء: ١٠٠.

وصيغة المفاعلة فعل الاثنين، بمعنى أنها تدلّ على النسبة الصّادرة من طرف الواقعة على الغير، فهي دالّة على حيث الوقوع على الغير - بخلاف صيغة فَعَلَ، فإنها متمحّضة في إفادة نسبة الفعل إلى فاعله والعرض إلى

أقول:

إن للبحث - في الموضوع له هيئة المفاعلة - جهتين، جهة نفي وجهة إثبات، وقد كان المهم في هذه النظرية جهة النفي.

لقد كان نظر المحقق الإصفهاني إلى كلام المحقق الخراساني - تبعاً للمشهور - بأن هيئة المفاعلة موضوعة لصدور الفعل من الاثنين، فأنبت بالتّبع لآيات القرآن الكريم والدقّة في الإستعمالات الفصيحة، أن ما ذكره علماء التصريف في وضع هذه الهيئة غير صحيح، فأشكّاه على الشيخ قدّس سرّه مندفع، وشيخنا الأستاذ لم يناقش كلام هذا المحقّق في تلك الجهة.

وأما جهة الإثبات، وأن الموضوع له الهيئة ما هو؟

قال المحقق الإصفهاني: «بل الظاهر أن هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادّة وإنهائها إلى الغير، مثلاً: الكتابة...» وقد أوضح السيّد الجّد ذلك: بأنّ المفاعلة تفيد الوقوع على الغير من غير دلالة على صدورهما من الغير كذلك، ثم مثّل بالكتابة، وهذا لا ينافي وجود «إلى» مع هيئة المفاعلة في كلام لعناية كما في الآيتين، نظير وجود «اللام» مع «سمع» في «سمع الله لمن حمده» مع أن سمع متعدية.

وقد أفاد بتمثيله بالكتابة حكمة الوضع في هيئة المفاعلة، فليس وضعها للتعدية والإنهاء إلى المفعول لغواً، وإن كان هذا المعنى لازم النسبة في بعض المواد.

وبهذا الذي استفدناه من كلام المحقق الإصفهاني ومن تبعه - كالسيّد الجّد

والمحقق الخوئي - يندفع الإشكالان، فتدبر.

موضوعه - فالمفاعلة تفيد وقوع المادّة على الغير، من غير دلالة على صدور الفعل من الغير أيضاً، بأن يكون المبدء صادراً من الطرفين، والذي يدلّ على هذه الحيثيّة هو صيغة التفاعل.

إشكال آخر على المحقق الخراساني:

ثم إنّ كون الشيء بدلاً عن شيء، لا بدّ أن يكون في جهة، كأن ينصب زيد بدلاً عن عمرو في إدارة المدرسة، وأن يكون لفظ بدلاً عن آخر في الاستعمال، وأن يجعل إناء بدلاً عن غيره في الانتفاع....

وهكذا... فالبدليّة دائماً بحاجة إلى جهة يكون الشيء بدلاً عن غيره في تلك الجهة... فالبدليّة في البيع حيث عرّف بـ «مبادلة مال بمال» في أيّ جهة؟ إنّ البدليّة لا محالة تكون في الملكية، لكنّ هذا من أين يستفاد؟ إنّ قلنا: بدّل المال بمالٍ تبديلاً، لم يكن فيه دلالة على الملكية، فقد يبدّل الإنسان مركوبه بمركوبٍ آخر، وملبوسه بملبوسٍ آخر... وهكذا... ليستفّع به ركوباً أو لبساً ونحو ذلك... وأمّا إنّ قلنا: بادل المال بمالٍ مبادلةً، دلّت الصيغة على وجود طرف، وأفادت أن المال الآخر مضاف إلى الغير، ومبادلة المال بمال الغير وجعل مال الغير بدلاً عن ماله لا تكون إلّا في الملكية.

وهذا أيضاً وجه آخر في الإشكال على التعريف بـ «تبديل مال بمال»، وهل المبادلة الحاصلة بالبيع تقع في الملكية، وهي إضافة اعتباريّة أو جودة اعتباريّة على ماسياتي إن شاء الله، فهي - على أيّ حال - إضافة خاصّة أو في المضاف وهو المال، أو في المضاف إليه وهو المالك؟ وجوه، والمختار هو الأول.

رأي المحقق النائيني في متعلق المبادلة:

وكان الميرزا الأستاذ قدس سره يصرف فقهاً وأصولاً [١] على أن التبدل في المعاملات يكون في طرف الإضافة، أما هي فمحافظة، وكان يشبهه المطلب بما إذا كان بيد الإنسان جبل مشدود طرفه بشيء، ثم يحل الحبل عنه ويشده بشيء آخر. فالحبل هو الحبل، والشيء المشدود به تبدل. قال رحمه الله: البيع هكذا. بخلاف الإرث، حيث الحبل والمشدود به محفوظان، والتبدل يقع في المضاف إليه حيث قام الوارث بموت مورثه مقامه، وبخلاف الهبة المعوضة، حيث التبادل واقع بين الإضافتين.

[١] وهذا نص عبارته ملخصة في حقيقة البيع: «الظاهر كونه عبارة عن تبديل المال بالمال، لا تبديل الملكية بالملكية، وتوضيحه يتوقف أولاً على بيان حقيقة الملكية فنقول:

إن الملكية في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، فإن لها مراتب... وحقيقتها هي علاقة حاصلة وإضافة مخصوصة بين المالك والمملوك، كخيط متصل بينهما، وهي موضوعة للأحكام الشرعية والعرفية، وهذا الخيط أمر اعتباري غير حسي موجود في عالم الاعتبار لا الاعتباري بمعنى أنياب الأغوال، بل له واقعية في نفس الأمر، فيمكن أن يكون التبدل بين المالكين أو يكون بين المالكيتين أو يكون بين المملوكين.

والتبدل بين المالكين هو بإلقاء مالك الخبز - مثلاً - طرف الخيط الاعتباري المتصل بينه وبين الخبز عن عنقه وجعله على عنق مالك الماء، وكذا عكسه في مالك الماء، فإنه يلقيه عن عنقه ويجعله على عنق مالك الخبز. هذا كله في عالم الاعتبار،

الإشكال عليه

وقد أوردنا عليه بالنقض والحل:

أما نقضاً: فما ذكره منتقض بالبيع نسيئة والبيع سلماً، ففي الثاني يبيع كلّي السلعة وفي النسيئة يكون الثمن كلّيّاً، والكلّي ذو مالية، لأنّ كلّ الموجودات الخارجية التي تسمّل إليها النفوس ولها قيمة فهي أموال، ولا يعتبر في مالية الشيء كونه مضافاً إلى أحد، بل هي قائمة بنفس الشيء، فالكلّي مال في حدّ ذاته، فمن باع كذا متناً من الحنطة سلماً أو اشتراه بكذا دراهم نسيئة، فقد جاء الكلّي إلى ذمته ملكاً للغير لا لصاحب الذمة، فيبادل طرف الإضافة إنما يتصوّر فيما إذا كانت الإضافة موجودة، وإنما تتحقق

وعلى هذا، فالخيطان الاعتباريان باقيان بنفسهما وبطرفهما المشدود المرتبط بالمالين، وإنما التحويل والتبديل بين الملكيتين، فهو بنقل الإضافة والخيطة الذي بين مالك الخبز وخبزه مكان الخيطة الذي بين الماء ومالكة، مع بقاء المال ومالكة على حالهما....

وأما التبديل بين المالين، فهو برفع مالك الخبز بطرف الخيطة المتصل بالمال وحله عن الخبز، وشده على الماء في عالم الاعتبار، وكذا عكسه في مالك الماء.... فاعلم: أن الدليل والاعتبار يساعدان مع كون التبديل بين المالين لا بين الإضافتين....^(١)

وأما في الأصول، فراجع تقرير بحثه^(٢).

(١) المكاسب والبيع ١ / ٨٤ - ٨٦.

(٢) فوائد الأصول ٤ / ٣٨٣.

الإضافة في البيع نسيئة وسلماً بالبيع، ويكون الكلّي الموجود في ذمة من عليه الدراهم أو الحنطة ملكاً للطرف الآخر.

وأما حلاً: فإنّ الإضافة تتشخص بطرفيها، وهي قائمة بها، وبمجرد انعدام أحدهما تنعدم الإضافة، وهكذا الأعراض، فإنها متقومة بموضوعاتها، ولهذا يستحيل انتقال العرض من موضوع إلى موضوع آخر، فكيف يعقل بقاء الإضافة بعد زوال المضاف؟ وتنظير المقام بالحبل تنظير للشيء بما يباينه، فإن الحبل جوهر موجود في الخارج، لا ينعدم بانعدام طرفيه المشدود بهما، وأما الإضافة إلى العرض فإنها تتغير بمجرد تغير العرض. فظهر أن القول المذكور مردود بالنقض والبرهان.

والحق: إن المبادلة واقعة في الملكية، وأن البيع مبادلة مال بمال في الملكية بتبدل المضاف بما هو مضاف [١].

[١] وخلاصة الكلام: إن الواقع في باب الإرث هو التبديل بين المالكين، فهل حقيقة البيع المبادلة أو التبادل بين الملكيتين أو المملوكين؟ اختار السيد الجّد قدس سرّه الأول، بخلافاً لأستاذه الميرزا، وتظهر ثمرة الخلاف في المسائل الآتية، كما لا يخفى.

وقد دافع بعض مشايخنا دام بقاءه عن رأي المحقق الثاني، فأجاب:

أما عن النقض، فبأنه ليس بنقض، إذ كان عليه أن يأتي بمورد من الفقه تبدلت فيه الإضافة أولاً وبالذات، فهو لم يذكر مورداً من هذا القبيل، وأما أن الكلّي يأتي إلى الذمة وهو للغير، فهذا لا ينافي كون التبدل في طرف الإضافة. لكنّه يندفع بالتأمل، فقد جاء في صريح الكلام أن الإضافة في بيع الكلّي تتحقّق بالبيع، وبذلك يستقرّ الكلّي في الذمة ملكاً للغير.

.....

وأما عن الحل، فذكر أن الحقّ معه في التكوينات، لكنّ إسرء أحكام التكوينات إلى الاعتباريات غير صحيح، ولا مانع في الاعتبار من زوال طرف الإضافة وحلول شيء آخر محلّه في الطرفيّة لها.

وفيه: إنه لا كلام في تقوّم الإضافة بطرفيها، ولا فرق في ذلك بين الأمور التكوينية كالأبوة والبنوة والأمور الاعتبارية كالملكيّة، وقد ذكر المحقّق الإصفهاني أنّ للملكيّة نحوين من الوجود، بأحد نحوه تكون مقولةً وبالأخر موجوداً بالاعتبار. فراجع^(١).

الكلام في المعوض

قوله:

والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم إبدال المستافع بغيرها، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع.

أقول:

في عبارة المصباح: مبادلة مال بمال. والمال عبارة عما تميل إليه النفس أو ما يبذل بأزائه شيء، وهذا صادق على المنفعة، فما ذكره الشيخ قدس سره ناظر إلى لفظ البيع، وكأنه اعترض على المصباح، لأن الشيخ يرى اختصاص المعوض بالعين وأن العوض يجوز أن يكون منفعة، ولازم كلامه أن يكون التعريف: مبادلة عين بمال.

وقد استدلل لهذا الاستظهار تارة: بالتبادر، لتبادر العين من لفظ البيع متى أطلق، وأخرى: بصحة السلب، فإنه إذا ملك منفعة صح أن يقال: زيد لم يبيع.

إشكال وجواب

وربما قيل^(١): إن البيع يباين الإجارة كما هو واضح، وهي تمليك المنفعة بعوض، فيكون البيع تمليكاً للعين فقط، والآ كانت الإجارة فرداً للبيع لا مباينة له.

ولا يخفى: أن المراد من العين ليس العين الإصطلاحية، أي الموجود الخارجي بما هو موجود في الخارج وجوهر، ولذا يجوز بيع الكلّي في

(١) بغية الطالب ١ / ٢٠.

الذمة، بل المراد ما لو وجد في الخارج لكان عيناً، سواء كان موجوداً بالفعل أو لا، في مقابل المنفعة والحق.

قلت: إن كان لهذا التبادر وصحة السلب واقعية لدى العرف العام، كما ذكر السيد اليزدي قدس سره^(١) فهو، وأمّا ما قيل من أن البيع يباين الإجارة... فغير تام، لما ذكرنا - في بحث الإجارة - من أن لفظ الإجارة يتعلّق بالعين، فيقال: أجرت الدار، ولا يكون المنفعة، والإجارة: جعل العين في يد الغير لأن ينتفع بها بعوض. بخلاف العارية حيث تكون كذلك مجاناً، فإذا ادّعينا أن هذا حقيقة الإجارة وليس تملك المنفعة بعوض، كان الفرق بين البيع والإجارة واضحاً، والمقابلة بينهما تامة، لأن البيع - بناءً على التبادر وصحة السلب المذكورين - جعل العين في يد الغير وتحت سلطته بقولٍ مطلق، والإجارة: جعلها كذلك لأن ينتفع بها بعوض. لكن الكلام في ثبوت التبادر وصحة السلب....

فإن ثبت ذلك، لم يكن مناص من التزام المجاز في الموارد التي استعمل فيها لفظ البيع وكان متعلّقه منفعة لا عيناً... كما في الأخبار الآتية، وإلا كان البيع كما عن المصباح مبادلة مالٍ بمالٍ، فهو عبارة عن التملك سواء تعلّق بالعين أو المنفعة لأن المال أعم منهما، والإجارة جعل العين بيد الغير لأن ينتفع بها بعوض.

فظهر الفرق بين الإجارة والبيع على كلا تقدير ثبوت التبادر وصحة السلب وعدم ثبوتهما، وأن الوجه الآخر مخدوش [١].

[١] لقد أشار طاب ثراه إلى مطلبين، أحدهما: دليل قول الشيخ قدس سره.

والثاني: المراد من «العين»، إلا أن الظاهر من كلامه هو التوقف، وينكشف السرّ في ذلك ببسط الكلام وشرح المقام، فنقول:

لقد اختلف الأصحاب في المسألة على قولين، فعن الشيخ وجماعة: اعتبار العين^(١)، بل في الجواهر دعوى الإجماع عليه^(٢)، وعن جماعة^(٣) - كالمحقق والعلامة في - بعض كتبه - والشهيد والرافعي في المستند^(٤) وغيرهم - التعبير بما هو ظاهر في الأعم، لكنّ الشهيد الثاني في المسالك^(٥) نزل كلمات هؤلاء على الاختصاص بالعين، ومع ذلك، فقد ادّعى المحقق الإيرواني^(٦) القطع بالأعم.

والعمدة للقول الثاني هو: ظواهر النصوص الآتية، مضافاً إلى الإطلاقات الكثيرة - كتاباً وسنةً - مثل ﴿يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾^(٧) و﴿يَشْتَرِي لَهُوَ الْحَدِيثُ﴾^(٨) و﴿لَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^(٩) ونحوها.

وقد أجاب الشيخ قدس سرّه - كما سيأتي - بأنها مسامحة في التعبير. لكنّ حمل هذه الكثرة من الاستعمالات على المسامحة، بعيد جدّاً، وكأنّه يريد

(١) المبسوط ٢ / ٧٦، السرائر ٢ / ٢٤٠، تذكرة الفقهاء ١٠ / ٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٠٨.

(٣) مفتاح الكرامة ١٢ / ٤٨٠.

(٤) مستند الشيعة ١٤ / ٢٤٣.

(٥) مسالك الأفهام ١ / ١٦١.

(٦) حاشية المكاسب: ٧٢.

(٧) سورة النساء: ٧٤.

(٨) سورة لقمان: ٦.

(٩) سورة المائدة: ٤٤.

الحمل على المجاز، إلا أنه لا توجد أية قرينة من حالٍ أو مقالٍ توجب الحمل على ذلك، فالقول بذلك مشكل، كالقول بحملها على الحقيقة، لأن الاستعمال أعم منها، ودعوى اقترانها بقرائن موجبة للحمل عليها، مدفوعة بعدم القرائن.

كما أن دعوى تبادر الأعم من لفظ البيع، دون إثباتها خرط القتاد. واستدلّ للقول الأول بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: أولاً: إنه لا إجماع في المسألة كما عرفت. وثانياً: مثل هذا الإجماع - على فرض ثبوته - ليس بحجة، لأنه في مسألة أصولية كما لا يخفى.

والثاني: التبادر وعدم صحة السلب.

وفيه نظر، لأن شرط التبادر أن يكون من حاقّ اللفظ، بأن يكون المتبادر فعلاً من لفظ «باع زيد» بيع العين، وأنه كذلك في زمن الأئمة عليهم السلام، وثبوت الأمرين مشكل، لاحتمال دخل كثرة الاستعمال وشهرته في العين في هذا التبادر.

وقد استدلّ بعضهم - لإثبات التبادر - بكلمات الفقهاء، فقد اشتهر بينهم أن البيع لنقل الأعيان^(١)، من جهة أنهم من أهل اللسان، فتدلّ كلماتهم على أن على ذلك عرف المتشركة.

لا يقال: لعلّ كلماتهم متخذة من أقوال أهل اللغة.

لأن اللغويين - إن لم يكن كلهم فأكثرهم - على أن البيع مبادلة مال بمال، فكلمات الفقهاء مستندة إلى حاقّ لفظ البيع.

(١) مفتاح الكرامة ١٢ / ٤٨١، جواهر الكلام ٢٢ / ٢٠٨ و ٢٠٩.

وفيه نظر، لأن كلماتهم فتاوى منهم بأن البيع يقع على العين، وأن الذي يقع على المنفعة هو الإجارة، فهم في كلماتهم بصدد هذا، ولا يقصدون بيان المعنى الحقيقي للفظ البيع، وأما عرف المتشرعة، فالظاهر كونه متخذاً من النصوص والفتاوى.

وعلى فرض التنزل، فإن ثبوت هذا المعنى في زمن الأئمة أول الكلام، وإن أريد الاستدلال له بالاستصحاب القهقرائي وأصالة عدم النقل^(١)، لما تقدم من كثرة استعمال لفظ البيع كتاباً وسنة في الأعم من العين.

الثالث: بعد التنزل عن دعوى التبادر: إن شمول إطلاقات البيع لغير العين مشكوك فيه. قاله المحقق النائيني وتبعه المحقق الخوئي^(٢).

وقد أشكل عليه بعض مشايخنا دام بقاءه: بأن لازمه الالتزام بالملك بلامالك، وذلك، لأنه: إذا وقع البيع على منفعة ولم يمكن تصحيحه بمثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٣)، تصل النوبة إلى استصحاب عدم البيع واستصحاب عدم جواز تصرف المتعاملين في العرضين، وبقاء كل منهما على ملك صاحبه، إلا أنها شبهة مفهومية للفظ البيع، والمحقق الخوئي لا يرى جريان الاستصحاب في الشبهات المفهومية، وأما بالنسبة إلى الحكم، فهي شبهة حكمية، وهو لا يرى جريانه في الشبهات الحكمية الكلية، فالمبيع إذا كان منفعة غير باقي على ملك صاحبه لعدم جريان الاستصحاب، والمعاملة لم تصحح بعموم ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ حتى يتقل المبيع إلى المشتري، فهو إذن - ملك مجهول المالك.

(١) مصابح الفقهاء ٢ / ١١، حاشية السيد البزدي ١ / ٢٧٢.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ٨٨، مصابح الفقهاء ٢ / ١١.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥.

ولو أريد التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).

توجّه الإشكال: بأن العقود تابعة للقصود، فإن وقع العقد تابعاً للقصد ثم شك في صحته، تم التمسك بالآية، لكن الذي أُدعي عليه الاتفاق بين الأصحاب، عدم صدق عنوان البيع إذا لم يكن المبيع عيناً، وعليه، فلا عقد حتى يصحّ التمسك بعموم الآية.

الرابع: دعوى إنصراف إطلاقات البيع عن المنفعة، لكونها منصرفاً إلى ما هو المعهود والمتعارف في المعاملات البيعية وهو العين. قاله الميرزا النائيني^(٢):

وقد يشكل عليه: بأن المقصود معرفة المعنى الحقيقي والمجازي للفظ البيع، والتمسك بالإطلاقات لا يفي بذلك.

وفيه: إنه لا مانع من التمسك بالإطلاقات لمعرفة المفاهيم الحقيقية لموضوعات الأحكام الشرعية، كما يتمسك بالتبادر وبالنصراف وغير ذلك.

بل الحق في الإشكال عليه: أن التحقيق - كما هو عليه أهله وهو منهم - أن المعهود والمتعارف لا يكون منشأ للإنصراف، والتفصيل في الأصول.

وتلخص: عدم تمامية شيء من أدلة القولين.

هذا بالنسبة إلى المطلب الأول.

وأما المطلب الثاني، أعني المراد من العين، فليس المراد العين الإصطلاحية، أي الموجود خارجاً بما هو موجود في الخارج، ولذا يجوز بيع الكلّي في الذمة، بل المراد هو ما لو وجد لكان عيناً، سواء كان موجوداً بالفعل أو لا، في قبال المنفعة والحق... كما ذكر السيد الجّد طاب ثراه.

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ٨٨.

إلا أنه قد وقع الإشكال في بعض الأقسام، وتوضيح ذلك هو: إن العين إما جزئية، وإما كلية وهي الكسر المشاع كالخمس مثلاً، وإما في المعين، وإما في الذمة. والتي في الذمة: إما أنها تأتي إلى الذمة على أثر المعاملة، وإما هي في الذمة من قبل فيقع عليها البيع. فأشكل في بيع الكلّي في الذمة من جهتين:

الجهة الاولى: بأنه لا ملكية في مورده، لأن الملكية أمر ذو إضافة وتعلق بشيء موجود، والكلّي في الذمة ليس بشيء موجود، فلا ملكية لتتقل بالمعاملة البيعية. أجاب عنه المحقق النراقي: بأن البيع حيث أنه بمعنى نقل الملك لا التملك، فلما محذور، لأن نقل الملك المتأخر في ظرف وجوده أمر معقول، والنقل ليس عرضاً حتى يعود المحذور... (١).

لكن النقل أيضاً من الامور ذات الإضافة.

وقال السيد الطباطبائي: بأن الملكية عرض ولكنها أمر اعتباري، فلا مانع من تعلقها بما ليس بموجود (٢).

فاعترض عليه المحقق الإصفهاني: كيف يجمع بين العرضية والاعتبارية؟

وقد وافق بعض مشايخنا السيد في جوابه ودافع عنه: بأنه لا يريد العرض الفلسفي حتى يرد عليه الإشكال، بل يريد أن الملكية وإن كانت متقومة بالطرف، إلا أنه لا مانع من عدم كونه موجوداً الآن بل يوجد بعد، لأن الملكية أمر اعتباري.

أقول: قد أفاد المحقق الإصفهاني: أن المراد من أن الملكية من مقولة الإضافة وهي اعتبارية، هو الاعتبارية المعجمة للمقولة، بمعنى وجود الشيء بوجود منشأ

(١) عوائد الأيام: ٣٨.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٢٧٧.

انتزاعه - في قبال الموجود بوجود ما بحذائه - لا الاعتبارية التي لا تتوقف على موضوع محقق في الخارج. فتدبر.

والجهة الثانية: بأنه ليس بمال، ويعتبر في المبيع أن يكون مالاً.
والجواب: إنه مال عرفاً.

وأجاب السيد الخونساري: بأن الكلّي في الذمة وإن لم يكن موجوداً قبل البيع وليس بمال، إلا أن البائع يتملّكه قبل البيع ثم يبيعه، فهو في الرتبة السابقة على البيع يصبح مالاً مملوكاً ثم يقع البيع عليه، نظير بيع ذي الخيار للمال، فإنه في الرتبة السابقة على بيعه، يتملّكه ثم يوقع عليه البيع^(١).

لكن صاحب الخيار يفسخ ثم يملك ثم يبيع، فيكون البيع في الرتبة الثالثة، فكيف يتحقّق البيع والفسخ كلاهما بفعل واحد؟

ثم إن التعبير بالمرتبة، في غير محلّه، لأنه يكون في العلل والمعلولات، بل المراد هو الملكية آنأ ما، نظير ملكية الولد لأحد عموديه آنأ ما ثم انعتاقه عليه... ويرد الإشكال بناءً عليه: بأنه يستلزم الالتزام بكون الفقير الذي باع كذا من المال في الذمة، غنياً في أن يتملّكه للمال، ولكن أهل العرف لا يرونه غنياً في هذه الحالة.

وتلخص: إن بيع الكلّي في الذمة مورد للإشكال من جهتين.

وقد أشكل على بيع الكلّي في المعين من جهتين كذلك:

إحداهما: أن الكلّي في المعين معدوم، لأنه غير متشخص، والشيء ما لم يتشخص لم يوجد.

وقد أجيب: بما تقدّم في سابقه، من كون الملكية أمراً اعتبارياً، والاعتبار

خفيف، المؤنة.

إلا أن ذلك -إن تمّ هناك- غير مجدٍ هنا، للافتراق الموضوعي بينهما، لأنّ المبيع هنا هو المَنّ في الصبرة من الحنطة، فمتعلّق الملكية شيء حقيقي في الخارج عند العرف، وإن لم يكن بموجود عقلي، فالإشكال باقٍ.

والجهة الثانية هي: إن القول بوجود الكلّي في المعيّن يستلزم الجمع بين النقيضين، أي: السالبة الكلّية والموجبة الجزئية، لأنّه لما يشير إلى الأجزاء العقلية من الصبرة، ينفي أن يكون شيء من الصبرة ملكاً له، ومع ذلك، له من هذه الصبرة من بنحو الموجبة الجزئية.

إلا أنه لا واقعية لهذا الإشكال، لتعدّد الموضوع كما هو واضح من بيان الإشكال، فموضوع السالبة الكلّية هو الأجزاء الشخصية الحقيقية، وموضوع الموجبة الجزئية هو الكلّي الذي يراه العرف، وإذا تعدّد الموضوع فلا تناقض.

ووقع الإشكال أيضاً في بيع الكسر المشاع، من جهة أنه لا وجود له، فلا يصح بيعه كذلك.

وأجيب: بأنّ الملكية من الاعتبار العقلانية، ولا مانع من اعتبارها في موضوع اعتباري^(١).

قال بعض مشايخنا: بأنه يتقضى بما إذا كانت الدار.. مثلاً.. ملكاً لزيد، فمات وانتقلت إلى ولدين له، فالدار موجودة في الخارج، لكنّ كلّاً من الأخوين يملك نصفاً منها على الإشاعة، والمفروض كونه اعتبارياً، وهذا معناه أن لا ينتقل إلى الوارث ما كان يملكه المورث.

(١) البيع للسيد الخميني ١/ ١٧.

قوله:

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار... والظاهر أنها مسامحة في التعبير، كما أن لفظة الإجارة تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة.
أقول:

من أخبار استعمال البيع في نقل غير الأعيان:

أما الأخبار، فهذه نصوص جملة منها:
فمما ورد في بيع خدمة المدبر:

- ١- السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه... عن علي عليه السلام: «باع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خدمة المدبر ولم يبع رقبته»^(١).
- ٢- أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أبطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال عليه السلام: أي ذلك شاء فعل»^(٢).
- ٣- «عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته. فقال عليه السلام: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت...»^(٣).

والتحقيق في الجواب: إن الكسر المشاع موجود خارجي بالوجود العرفي، ولا مانع من تعلق الملكية به، وكذا الكلام في الكسر المعين.

(١) وسائل الشريعة ٢٣ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب التدبير، الرقم: ٤.

(٢) وسائل الشريعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٣ / ١٢٠، الرقم: ٣.

ومما ورد في بيع سكنى الدار:

ما رواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السَّلام قال: «سألتُه عن رجلٍ في يده دار ليست له، ولم تزل في يده ويدَّ أبائُه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائِه أنها ليست لهم ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليه السَّلام: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنُّه يجيئ لها ربُّ أبداً. قال: ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم يبيعها على هذا»^(١).

وأما بيع حقِّه في الأرض الخراجية:

ففيه الخبر: «كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال عليه السَّلام: ومن يبيع ذلك؟ هي أرض المسلمين اقلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال عليه السَّلام: لا بأس، إشتري حقَّه منها ويحوِّل حقَّ المسلمين عليه...»^(٢).

ففي هذه الأخبار استعمل لفظ البيع - وكذا لفظ الشراء - في نقل المنفعة. وجاء في رواية سكنى الدار أنه قال عليه السَّلام: «ما أحبُّ أن يبيع ما ليس له».

فكيف أجاز بيع سكنها مع أنَّه ليس له، لأنَّ المفروض أن الدار ليست له، فليس له سكنها كذلك؟

الذي يختلج بالبال في حلِّ هذا الإشكال هو: أنَّ الدار كانت في أوَّل

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٣٦، الباب ١ من أبواب عقد البيع، الرقم: ٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٥ / ١٥٥، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الرقم: ١.

الأمر بنحو الرقبي لشخص وذريته، فأبأؤه الأولون كانوا يعلمون بالحال، حتى إذا وصلت إلى المتأخرين من ذريتهم جهلوا بالأمر، وأعلموا أولادهم بأنها ليست لهم... فمن هنا أجاز الإمام عليه السلام أن يبيع هذا الذي هي بيده سكنها، مع كونه ممنوعاً من بيعها.

وقول الشيخ: والظاهر أنها مسامحة في التعبير. أي مجاز، لما تقرر عنده من أن لفظ البيع لا يستعمل إلا في نقل الأعيان.

ومعنى ذلك: أن يكون قد أجراها لغرض استخدامها، فعبّر عن ذلك ببيع الخدمة مجازاً.

لكن فيه: أنه ليس بإجارة أيضاً، لأنه لم يقل: أجرتك الجارية، وإنما قال: بعثت خدمتها، فلا مناص من الالتزام بكونه بيعاً حقيقة، أو أن الواقع معاوضة
ثالثة.

وكذا الكلام في سكنى الدار ونحوه.

وقوله: كما أن لفظ الإجارة قد يستعمل في نقل الأعيان كالثمرة على الشجرة:

إن أراد - كما قيل - إجارة الشجرة الفاقدة للثمرة للانتفاع من ثمرتها فيما بعد، مع استعمال لفظ الإجارة، توجه عليه: أن الالتزام بالمجاز حينئذ يكون بناءً على أن الإجارة تملك المنفعة، لأن المنفعة مضادة للعين، لكن المبنى غير تام، لما تقدم من أن الإجارة عبارة عن التسليط على العين لأجل الانتفاع بها بأي نحو كان، فهو يستفيد مما تنتج هذه العين، سواء كان أمراً عرضياً أو جوهرياً خارجياً، كإجارة الشاة للبنها، والحمام للاغتسال بالماء الموجود فيه، والمرضعة لارتضاع الطفل من لبنها. فالإجارة هي التسليط على العين للانتفاع منها، والانتفاع من كل شيء بحسبه، فمن الدار سكنها، ومن الدابة

ركوبها، ومن الآنية الأكل فيها، ومن الشجرة ثمرتها.

وعليه، يكون استعمال لفظ الإجارة على حقيقته.

وإن أراد أن العرف يستعملون لفظ الإجارة في الانتفاع بالثمر الموجود على الشجر، بأن يقال: آجرتك ثمرة الشجرة. فالظاهر عدم وجود هكذا استعمال عند العرف أصلاً.

وإن أراد إجارة الشجرة للانتفاع بثمرتها الموجودة فعلاً عليها. فهنا لا تتحقق الإجارة الحقيقية، لأن الإجارة - كما قلنا - هي التسليط على العين للانتفاع بمنافعها المتجددة الناتجة عنها، وأما العين الموجودة بالفعل، فلا معنى لإجارتها. نعم، قد يقال في العرف: استأجرت هذه الشجرة... وهنا تكون المسامحة في التعبير.

وعلى الجملة، فإنه في الصورة الأولى حيث لاثمرة للشجرة فعلاً، تكون العبارة حقيقية والإجارة صحيحة على ما هو الحق في تعريفها، والحمل على المجاز لازم القول الآخر.

وقد أشكل على أصحاب هذا القول تصحيح إجارة المرضعة للبهن، والشجرة لثمرتها، والحمام للاغتسال بهائه، فاضطروا إلى التأويل، بأن المرضعة إنما تستأجر للإرضاع وهو فعلها وذاك منفعتها، وتلف اللبن تلف بلاضمان، والحمام يستأجر لغرض الاغتسال فيه وحصول تلك الجهة المعنوية، لكنه يتصرف في المال ويستعمله بلاضمان.

إلا أن هذه التأويلات لا تنأى في مثل إجارة الشاة والبقرة للبهن.

وفي الصورة الثانية، الظاهر أن لا استعمال عند العرف من هذا القبيل.

وفي الصورة الثالثة، قد يوجد هذا الاستعمال عندهم، وهو مجاز،

لكون المقصود حقيقة بيع تلك الثمرة.

الكلام في العوض

قوله:

وأما العوض، فلا إشكال في جواز كونه منفعة، كما في موضع من القواعد وعن التذكرة وجامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم، نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه، ولعله لما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان، والظاهر إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن الإجارة النقل الأعيان. أقول:

في مفتاح الكرامة: اعتبر بعض المتأخرين عينية العوضين في البيع، وهو وهم نشأ من قولهم: البيع لنقل الأعيان^(١). انتهى.

المنفعة:

لابد من التأمل في وقوع المنفعة عوضاً في البيع، فإن من يملك الدار لا يملك شيئين أحدهما الدار والآخر المنفعة، ومن يملك دابةً تسوى مائة درهم وإجارتها سنةً خمسمائة درهم، لا يكون مالاً الآن لستمائة درهم. إن من يملك عيناً من الأعيان لا يكون عنده مالان أحدهما العين والآخر منفعة العين، بل عنده الدابة مثلاً وله أن يستفع بمنافعها، وكذا الدار وغير ذلك... فله السلطنة على أن يستفع بمنافع العين، لأنه يملكها إلى جنب العين، ولو قلنا بأن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، اعتبر المآلية في العوض، لكن المنفعة ليست بمال.

(١) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ١٢ / ٤٨١.

وبيان أدق^(١):

إنه لا يجوز أن يقال: السكنى منفعة الدار، والركوب منفعة الدابة ونحو ذلك من القول، لأن السكنى والركوب عرضان قائمان بالسّاكن والراكب، وهو هنا البائع، ولا يعقل وقوعهما عوضاً وثمناً عن المبيع، أعني الدار أو الدابة.

إن منفعة الدار قابليتها لأن يتنفع بها، وكذا الدابة، وغيرهما، وقابلية كل شيء بحسبه، فحيثية القابلية هي المنفعة، وهي أمر قائم بذات العين ولا وجود لها في الخارج، لعدم كونها أمراً منحازاً عن العين حتى يملكها. فكان الأولى في سبب الخلاف المنسوب إلى بعض الأعيان، بدلاً عما ذكره بقوله: «ولعله لما اشتهر...» أن يقال: إنه ليس سكنى الدار - مثلاً - منفعة الدار، بل منفعتها قابليتها للإنتفاع، وهي ليست بأمرٍ منحازٍ عن العين حتى تملك كما تملك العين.

لكن من الممكن جعل المنفعة عوضاً - بناءً على ما أشرنا إليه - لأن تملك منفعة الدار يتحقق بجعلها في يد المشتري لأن يستنفع بها، وهذه حقيقة الإجارة، وفي البيع يجعلها بيده، وهذا الجعل هو الذي يقع عليه العقد ويؤخذ بأزائه الشيء، لأن جعل الدار كذلك له مآلية، والبيع مبادلة مال بمال، فالمنفعة تقع عوضاً في البيع [١].

[١] أقول: فبهذا الوجه صحح طاب ثراه كون العوض منفعة، وهو مبني على ما ذهب إليه - تبعاً لأستاذه المحقق الإصفهاني - في حقيقة الإجارة، من أنها ليست

(١) قال طاب ثراه: وتفصيله في بحثنا في كتاب الإجارة، كما أننا طرحنا هذا المطلب في بحثنا في المكاسب في النجف الأشرف.

عمل الحر

قوله:

وأما عمل الحر، فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال، فلا إشكال، وإلا ففيه إشكال، من حيث اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

أقول:

في كلامه قدس سره قيدان «الحرية» و«قبل المعاوضة»، وكأنه يقصد أنه بعد المعاوضة مال بلا كلام، مثلاً: إذا استأجر حرّاً ملك العمل المعين في ذمته، فإذا اشترى شيئاً قال اشتريته بالعمل الذي في ذمة الأجير، وكذا الكلام في العبد، حيث أن للمولى أن يشتري شيئاً ويجعل عوضه خدمة عبده. فمحط كلام الشيخ حيث يتحقق القيدان، كأن يشتري الحر نفسه شيئاً بعمل معين مدة معينة، فهنا «الحرية» و«قبل المعاوضة»، فإن كان هذا العمل يعد من الأموال فلا بأس، وإلا ففيه إشكال....

وجوه الإشكال

والإشكال من وجوه:

تمليكاً للمنفعة، بل هي جعل العين بيد الغير لغرض الإنتفاع بمنافعها، وفيما نحن فيه: يكون العوض في الحقيقة جعل العين بيد الغير للإنتفاع بها.

قال بعض مشايخنا: أن الأصل في هذا المبنى هو: أن ما يقع عليه الإجارة وتعلق به، هو العين، إذ يقول الموجر: أجرتك الدار، ولا يقول: أجرتك منفعة الدار. فأشكل:

أولاً: لابد أن يكون العوضان مالين، والمالية أمر ثبوتي، وثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له، فلو ثبتت المالية لعمل الحر، كان له ثبوت في الخارج، لكن عمله قبل وجوده لاشيء، وبعد وجوده معدوم، فمتى يُتصف بالمالية؟

وثانياً: المالية شيء يوجب الضمان والإستطاعة والغنى والحجر، فلو أفلس الحر حجر عليه جميع أمواله ولا حجر على عمله، ولو كان مالاً لحجر، ولو حبس جوراً عليه مدة، لم يضمن الجائر عمله في تلك المدة، ولو كان مالاً ضمن، لأن من أتلف مال الغير فهو له ضامن، ومن كان ذاملاً بقدر الاستطاعة وجب عليه الحج، ولا يصدق على الحر - بلحفاظ عمله في المستقبل - أنه مستطيع، ولو كان العمل مالاً لكان القادر على العمل من الفقراء غنياً، والحال أنه ليس كذلك، ومن هنا قلنا في بحث الزكاة أن المحترف الذي لا يفي دخله بمؤنة سنته، يجوز له الأخذ من الزكاة تتميماً

ماذا تقولون إن قال: ملكتك منفعة هذه الذار؟ هذا أولاً. وثانياً: كيف تقولون: بأن الإجارة هي التسليط على العين للإنتفاع بها، مع أن «الانتفاع» فرع تملك «المنفعة» وانتقالها، وكيف تتقل المنفعة وقد ذكرتم أنها عرض قائم؟

قلت: لكن الظاهر أن الأصل في مختارهم في حقيقة الإجارة هو: كون المنفعة معدومة والمعدوم لا يملك، لاتعلق الإجارة بالعين في متن العقد حتى يستتقض بما لو تعلقت بالمنفعة، بل هو صريح الشهيد إذ قال: «إن مورد الإجارة العين لاستيفاء المنفعة، لأن المنافع معدومة، ولأجله ربما يقال: بأن الإجارة تسليط على العين لاستيفاء المنفعة، لاتملك المنفعة»^(١).

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ١٥ / ١ عن القواعد ٢ / ٢٧٢.

لمعاشه، فلو كان العمل مالاً لم يجز له الأخذ، لفرض تمكنه من إيجار نفسه مدة فيكون غنياً.

وثالثاً: لو تنزلنا عن ذلك كله، فإنه يعتبر في تحقق البيع ومبادلة مالٍ بمالٍ في الملكية: أن يكون المالان مملوكين لطرفي المعاملة، فعلى فرض كون عمل الحر مالاً، فهو متسلط على عمله تكويناً، فلا يعقل أن يكون مسلطاً عليه اعتباراً أيضاً. وبعبارة أخرى: الملكية والسلطنة الاعتبارية إنما تتحقق حيث لا تكون موجودة تكويناً، وإلا لزم تحصيل الحاصل. هذا غاية ما يقال في هذا المقام.

ويمكن الجواب عن ذلك كله:

الجواب:

لأن المالية صفة ثبوتية، لكن ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له في أفق الثبوت، فإن كان الثبوت خارجياً، لزم ثبوت المثبت له في الخارج، وإن كان ذهنياً لزم ثبوته في الذهن، وإن كان اعتبارياً، لزم ثبوته في عالم الاعتبار، والمالية أمر اعتباري عقلاني يثبت للشيء بلحاظ أنه تميل إليه النفوس ويبذل بأزائه - لأجل أثره وفائده - شيء. وعمل الحر كذلك، فالمالية الاعتبارية ثابتة له، فهو وإن لم يكن له ثبوت في الخارج لكنه ثابت في عالم الاعتبار، وله المالية الاعتبارية باللحاظ المذكور.

وأما عدم الضمان والاستطاعة والحجر والغنى... فلأن الموضوع في هذه الموارد هو المال المضاف إلى المالك بإضافة الملكية، وعمل الحر مال، وليس له تلك الإضافة الاعتبارية.

وأما أن ظاهر عبارة المصباح «مبادلة مالٍ بمالٍ في الملكية» كون الملكية حاصلة للمال قبل المعاوضة، فلا دليل عليه، بل العبارة مطلقة، ودعوى

انصرافها إلى المال المضاف بإضافة الملكية بلا وجه.

فعمل الحرّ مال، فيبادل البائع عن متاعه بعمل الحرّ وإن كان غير مملوك له قبل البيع بالملكية الاعتبارية، نظير أن يجعل الكلّي ثمناً في البيع نسيئة حيث البائع يبيع متاعه بشيء كلّي في ذمة المشتري، سواء كان الثمن في بيع النسيئة نقداً من النقود كالدرهم والدينار، أو عيناً من الأعيان كالطعام، فالشياء الكلّي المَجْعُول ثمناً، ليس بموجود عند المشتري وليس ملكاً له ولا لغيره قبل المعاملة، إلا أنه يجعله عوضاً وثنماً يصير مملوكاً للبائع، فلا يلزم أن يكون المبيع والثمن ملكاً لهما قبل البيع، ولذا يصح السلم والنسيئة.

وعلى الجملة، فإن المحتاج إليه تأثير البيع في ملكية المالكين للطرفين، وهذا التأثير أعم من أن يكون المالكان قبل البيع ملكاً لهما أولاً.

فمبادلة مال بمالٍ صادقة في جعل عمل الحرّ عوضاً في البيع [١].

[١] لقد صحّح طاب ثراه وقوع عمل الحرّ عوضاً في البيع، وفاقاً للمشهور بل ادّعي عليه الإجماع، لأنه مالٌ عرفي مطلقاً، إذ لا فرق بينه وبين عمل العبد، مع أنه لا إشكال في كونه مالاً. وفي مقابله وجهان أو قولان، أحدهما: أنه لا يصدق عليه عنوان المال، والآخر: التفصيل بين الحرّ الكسوب وغير الكسوب، فيقال: إن الأول مال عرفي دون الثاني. قال السيّد الطباطبائي رحمه الله: «وهذا غير بعيد عن الصواب، للصدق العرفي في الأول دون الثاني»^(١).

ومن الصغريات المهمة لهذا البحث: مسألة ما لو حبس الحرّ ظلماً، والمفروض أن عمله مالٌ، فهل يضمن المحابس ما كان بإمكانه أن يعمل مدة حبسه؟

إنه يعتبر في ضمان عمل الحرّ أن يكون -بالإضافة إلى ماليته العرفية- مملوكاً له، ولذا لا يمكن الاستدلال للضمان بقاعدة الإتلاف، لأنّ موضوعها «مال الغير» وهو غير صادق على عمل الحرّ، ولا بقاعدة اليد، لعدم صدق «الأخذ» على الحبس.

قال بعض مشايخنا: نعم، في أخبار زكاة الفطرة ما ربما يدلّ على وجوب الزكاة عليه، لأنّ المكلف إن كان غنياً فعليه دفع الزكاة، وإن كان فقيراً فله أخذها، وفي الأخبار: «ليس على من لا يجد ما يتصدق به حرج»^(١)، ولا يقال عرفاً لصاحب الصنعة الكسوب: «لا يجد» حتى يقال بعدم وجوب الزكاة عليه بل يجوز له الأخذ منها.

إلاّ أنه يستتقص بمثل قوله صلى الله عليه وآله: «لبي الواجد يحلّ عقوبته وعرضه»^(٢)، فهل يصدق «الواجد» على مجرد كون الرجل صاحب صنعة، فتجوز عقوبته ويتعرض عرضه للخطر؟ وأمّا أخبار زكاة الفطرة، فالموضوع فيها مختلف، وقد جاء في خبرين منها عنوان «من لا يجد»^(٣).

ولذا استدرك قائلنا: بأنّ «الوجدان» كما في لسان العرب وغيره^(٤) يأتي بمعنى «القدرة» و«التمكن» وهو كذلك في آية الوضوء، كما في الأخبار^(٥). وحيثنّذ، لا يوصف الحرّ المحترف الكسوب بواجد المال.

كما لا يمكن الاستدلال للضمان بقاعدة لاضرر، لأن صدق عنوان الضّرر

(١) وسائل الشيعة ٩ / ٣٢١، الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة، الرقم: ٢.

(٢) عوالي اللآلي ٤ / ٧٢، الرقم: ٤٤ و ٤٥.

(٣) وسائل الشيعة ٩ / ٣٢١، الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة.

(٤) تاج العروس ٢ / ٥٢٤.

(٥) ولذا عنون في وسائل الشيعة الباب الخامس من أبواب التيمّم: باب جواز التيمّم مع عدم التمكن من

استعمال الماء لمرض... ج ٣ / ٣٤٦.

والضرار في هذا المقام أول الكلام....

وتبقى السيرة العقلانية، وقد استدلّ بها المحقق الخوئي للضمان حيث قال: «نعم، إذا كان الحرّ كسوباً وله عمل خاص يشتغل به كلّ يوم، كالبناية والنجارة والخياطة وغيرها، فإنّ منعه عن ذلك موجب للضمان، للسيرة القطعية العقلانية»^(١).

لكن القدر المتيقن من السيرة أن يكون الكسوب المذكور بحيث لو لم يقع في ضيقٍ وعسر، وذلك في خصوص مالٍ رخيص، وفاقاً لبعض مشايخنا دام بقاءه.

(١) مصباح الفقامة ٢ / ٣٦.

الكلام في الحقوق

قوله:

وأما الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال... فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل... وأما الحقوق القابلة للانتقال....

أقول:

لقد جعل الحقوق على ثلاثة أقسام:

فمنها: ما لا يقبل المعاوضة عليه أصلاً، سواء كان قابلاً للنقل أو لا، وقابلاً للإسقاط أولاً.

ومنها: ما يقبل المعاوضة عليه والإسقاط، ولا يقبل النقل والانتقال إلى الغير، كحق الرهانة وحق الشفعة.

ومنها: ما يقبل المعاوضة والانتقال.

أما الأول، فلا إشكال في عدم وقوعه عوضاً.

وأما الثاني، فقد ذكر قدس سره أنه لا يقع عوضاً كذلك، وعمل ذلك

بقوله:

لأن البيع تمليك الغير.

فما لا يقبل النقل لا يقع عليه البيع، إذ لازم عدم الانتقال إلى الغير أن لا يملكه الغير، فلا ينطبق عليه عنوان البيع الذي هو تمليك الغير.

وقد نقض عليه صاحب الجواهر قدس سره^(١) ببيع الذين على من هو

عليه، فإنه صحيح بالإجماع.

قال الشيخ: هذا النقض غير وارد، لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط.

دفع الإشكال عن كلام الشيخ

فأورد عليه المحقق الخراساني^(١) قدس سره: بأنه كلام مختل النظام، فإنه في مقام أنها تجعل عوضاً أم لا، فلا يناسبه التعليل بقوله: لأن البيع تمليك الغير، ولا النقض ببيع الدين أصلاً، فإنه إنما يناسب إذا كان بصدد بيان أنها لا تجعل معوضاً في البيع.

قلت:

وفيه: إن المراد من تمليك الغير هو التمليك عن الطرفين، فالبايع يبيع والمشتري يقبل فعل البائع، وهو بالدلالة الإلزامية مملك للثمن للبائع، وحيث كان من المناسب النقض ببيع الدين على من هو عليه، إذ لا يوجد هناك طرفان، فكما يصح التمليك للمبيع مع الوحدة، ففي العوض يتحقق ذلك بالأولوية، فكما لا منافاة في المعوض بين عنوان الوحدة وتحقيق البيع، كذلك في العوض.

فهذا وجه التعرض للنقض. إلا أنه لما ذكر في الجواب قضية السلطنة، توجه الإشكال عليه: بأنه قد يكون في مورد الحق مسلط عليه وقد لا يكون. إلا أنه يندفع بتمثيله قدس سره بحق الشفعة وحق الخيار، ولا بد فيهما من المسلط عليه دائماً.

فالإشكالان مندفعان.

وقد ذكر الشيخ في وجه عدم ورود النقض: أن المديون يملك هنا ما

(١) حاشية المكاسب: ٣.

في ذمته، والانتقال الملكي فيه حاصل، ونتيجته السقوط، وليس الأمر في الحق كذلك، لأن لازم تملكه ممن عليه الحق، اجتماع من له الحق ومن عليه الحق في شخص واحد، وهو غير معقول.

ويؤيده: أنه إذا نقل ما لا يقبل النقل من الحقوق، قلنا بأنه يعاوض عليه في قبال الإسقاط، فالإسقاط فعل من الأفعال، وقد قلنا بأن عمل الحر لا يقبل المعاوضة عليه.

وأما الثالث - وهو ما يقبل الانتقال والإسقاط - فلا يقبل المعاوضة عليه أيضاً، للإشكال في كونه مالاً، وقد اعتبرت المائنة في العوضين.

الإشكالات الواردة:

وأما الإشكال عليه فوجوه:

أولاً: إنه يرد على قوله: الحق سلطنة فعلية: أن الحق ليس هو السلطنة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وثانياً: قوله بأن الملكية لا تحتاج إلى من يملك عليه، متين، إلا أنها في مثل بيع الدين على من هو عليه محتاجة إليه.

وثالثاً: في بيع الدين، إن كان المبيع هو الكلي من غير تقييد له بكونه في الذمة، فلا مالية له، وإن كان مع التقييد بذلك، يلزم أن يكون المديون مديناً لنفسه بسبب شراء ما في ذمته، وهذا مما لا معنى له، وعلى فرض الصحة، كيف يعقل أن يكون السقوط وعدم الملكية أثراً للتملك؟

وعلى الجملة، فإن التملك والسقوط لا يجتمعان، إلا إذا كانا في أمرين متماثلين موجودين في الذمة، فيسقطان بالتهاتر.

ورابعاً: يرد على قوله: والسر أن هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام

طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك فإنه نسبة بين المالك والمملوك... أن ذلك إنما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأما إذا أريد نقله إلى غيره، فلا يلزم محذور اتحاد المسلط والمسلط عليه، فليس ما ذكره سرّاً لعدم الانتقال على كليته، بل السر في ذلك أن موضوع الحق المقوم له عنوان خاص، فلا يعقل أن ينتقل عنه، لا إلى من هو عليه ولا إلى غيره، فموضوع حق الخيار في الحيوان هو المشتري، وفي الغبن هو المغبون، فلا يعقل انتقال الحق إلى غير المشتري في الأول وغير المغبون في الثاني، وكذلك حق الشفعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الشريك، وحق المضاجعة، فإنه لا ينتقل إلى غير الضرّة، سواء كان الزوج أو المرأة الأجنبية.

وكلّما كان الموضوع لشيء من هذه الحقوق علّة تامّة له فهو غير قابل للإسقاط، كحق الوصاية والتولية، وكلّما لم يكن كذلك فيقبل الإسقاط.

حقيقة الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك

وتفصيل الكلام في الحق وحقيقته وأقسامه وأحكامها هو:

الحكم

إن «الحكم» تارة: تكليفي، وهو البعث والزجر والترخيص، وأخرى: وضعي، وهو اعتبار شرعي على طبق اعتبار العقلاء وله آثار. والحكم الوضعي غير الأمر الانتزاعي، إذ الأمر الانتزاعي موجود بوجود منشأ انتزاعه في الخارج، ولذا تكون الأمور الانتزاعية من المقولات العشر، وليست الأمور الاعتبارية معدودة منها، لعدم كونها منتزعة من الخارج، إلا أنها متقومة بما يصحح لها الاعتبار.

ثم الأمور التكوينية، قد تقع موقع الاعتبار أي يتعلّق بها الاعتبار - بلحاظ آثار ومصالح، فالزوجية - مثلاً - في اللغة عبارة عن «العِدْلِيَّة» في الخارج، فيعتبر هذا المعنى بين المرء وزوجته ويقال هما زوجان، والنكاح لغة هو «الاتصال»، فيعتبر هذا المعنى بين الرجل والمرأة. و«الملكيّة» في الخارج عبارة - كما قيل - عن الهيئة الخاصّة المعبر عنها بالجدة، فتقع هذه الواجديّة موقع الاعتبار ويقال: هو مالك وذاك مملوك.

الحق

و«الحق» له معنيان شائعان في الاستعمال:
أحدهما: أنّه اسم مصدر من حقّ يحقّ، بمعنى الأهلية وأنه ينبغي أن يكون كذا.
والثاني: أنّه صفة مشبهة، بمعنى كونه ذا واقعية، فهذا «حق» في قبال طرفه «الباطل».

ومن استعمالاته بالمعنى الثاني: قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقُّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ﴾^(١)، وقوله: ﴿الْحَقُّ مِنْ رَبِّكَ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ﴾^(٢)، وقد يكون فعلاً، مثل ﴿حَقَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ﴾^(٣)، وفاعلاً، مثل ﴿الْحَاقَّةُ﴾ ما الحاقّة واما أَذْرَاكَ مَا الْحَاقَّةُ^(٤)، ومفعولاً، مثل: هذا القول حق.

ومن استعمالاته بالمعنى الأول - وهو الأهلية واللياقة وما ينبغي أن

(١) سورة يونس: ٥٣.

(٢) سورة البقرة: ١٤٧.

(٣) سورة يونس: ٣٣.

(٤) سورة الحاقة: ١ - ٣.

يكون الشيء عليه - قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ﴾ ^(١) أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ ^(٢)،
﴿وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ ^(٣) ويقال للناقاة: «حِقَّة» إذا حصل لها الأهلية والجدارة
لأن يستفاد منها.

فهل الحق في الاصطلاح حيث قلنا أنه أمر اعتباري، هو بمعنى اسم
المصدر، أي الأهلية وكونه حقيقة، أو هو صفة مشبهة بمعنى كونه ذا واقعية؟
وبعبارة أخرى: هل الحق الاعتباري اعتبار الأهلية أو اعتبار كونه ذا واقعية؟
الظاهر هو الأول، إذ نقول: له حق الشفعة، وهو ذو حق، فعلى كونه صفة
مشبهة، لا يصح أن يقال هو ذو حق، لأن الصفة المشبهة معناها كون الشيء
ذا مبدء، فلا يعقل إضافة «ذو» أو «له» إليه، فقولنا: هو ذو حق كذا، متخذ من
معنى الأهلية واللباقة والجدارة، فللقاضي حق القضاء، أي هو أهل لذلك،
وللحاكم حق التولية، أي: فيه أهلية التصدي لأمر الموقوفة مثلاً، وحق
القيومية معناه: الأهلية لتصدي أمور من هو قيم عليه... فهذا المعنى
الاعتباري الذي نعبر عنه بالأهلية، متخذ من الأمر التكويني المصدري.

وعلى الجملة، فإن الأمر الاعتباري منوط بمصحح الاعتبار، يقال: هذا
الكلام سيف قاطع، ويعتبر للكلام السيفية بلحاظ أثره، وفي حق الشفعة
وحق التولية وحق الرهانة وغيرها، ليس المعتبر كون هذه الأمور لها واقعية
وثبوت بالمعنى المقابل للبطلان، بل هو الأهلية، فمشتري الحيوان اعتبر له
حق الفسخ، وكذا المغبون، وفي حق الشفعة: اعتبر للشريك الأهلية لأن
يشفع، أي يضم إلى نفسه حصّة صاحبه، ولولي الدم له حق القصاص، أي هو

(١) في هذه الكلمة قراءة ثان: «علي» و«على» والأولى عندي أولى. منه قدس سره.

(٢) سورة الأعراف: ١٠٥.

(٣) سورة البقرة: ٢٢٨.

أهل لأن يقتص، والمجتهد العادل له حق القضاة، أي هو أهل لأن يقضي، ومن أخذ ماله غضباً له حق التقاض، أي هو أهل لأن يقتص.

فالمعنى المطرد في جميع هذه الموارد ما ذكرناه، وهذا هو المختار خلافاً للأكابر، كما سيجيء.

ثم «الحق» دائماً يتعلّق بفعلٍ من الأفعال، إمّا فعلاً يصدر منه، كحقّ الفسخ، وإمّا فعلاً يفعل لأجله، كحق النفقة، حيث اعتبر له الأهلية لأن ينفق عليه، فإن كان فعلاً صادراً منه يكون الحق «له»، وإن فعلاً يفعل لأجله يكون الحق «عليه»، فيقال لصاحب حق التولية مثلاً: حق له، ويقال لمن تجب عليه النفقة: حق عليه، وهذا الحق المعتبر للغير، قد يكون بإيجاب من الشخص على نفسه للغير، قال الله تعالى: ﴿وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(١). وليستأمل مدى رافة الله وعنايته بالمؤمنين!! فالله عز وجل «عليه الحق» أي: إن للمؤمنين الأهلية والجدارة لأن ينصرهم، فهو «عليه الحق» و «لهم الحق» لكن بجعل منه.

وفي زيارة الإمامين العسكريين عليهما السلام: «بحق من أوجبت حقّه عليك».

فمتعلّق الحق هو الفعل على كلّ حال، إلّا في مقام الإضافة، فإنه إلى الفعل فيقال: حق الفسخ، حق النفقة، حق التولية... وقد يضاف إلى سببه كحق الرهانة، بمعنى أن الوثيقة سبب لأن يكون له الأهلية لبيع العين المرهونة في قبال دينه، وكحق الأبوة، حيث أن الأبوة سبب يؤهل الأب لأن يطاع مثلاً. فالحق لا يتعلّق بالعين، بخلاف الملك، إذ يتعلّق بالعين ويتعلّق بالفعل،

(١) سورة الروم: ٤٧.

وهذا من موارد الفرق بين الحق والملك.

ثم إنه قد تقدم أنه إن كان موضوع هذا الأمر الاعتباري - أعني الأهلية والجدارة - عنواناً خاصاً، لم يعقل نقله إلى الغير.

هل يقبل الإسقاط والنقل؟

وأما قابليته للإسقاط، فتابعة للدليل.

وما قيل: من أن كل حق يقبل الإسقاط، فغير صحيح، لأن من الحق ما يكون علّة لموضوعه بمثابة العلة التامة له، ولا يعقل انفكاك المعلول عن علته التامة، فحقّ القضاة وحق الوصاية ونحوهما، لا يقبل الإسقاط.

وبعبارة أخرى: إذا أخذ عنوان خاص في موضوع الحق، فلا ينتقل، وأما الإسقاط، فالمتبع فيه الدليل، وحيث لا يكون دليل، كان مقتضى القاعدة العدم، لأنه متى شك في مورد بأنه يقبل الإسقاط أو لا، استصحب البقاء.

نعم، يمكن أن يقال: إن كل حق كان جعله لغبطة ذي الحق، فهو قابل للإسقاط، وكل حق كان جعله لانتفاع الغير، فلا يقبله....

فما عن الشهيد في القواعد ليس على كليته^(١).

هذا، وكثيراً ما يشك في أن هذا حق أو حكم، وفي حق من الحقوق، أنه يقبل النقل أو الاسقاط أو الانتقال أو الاشتراط على سقوطه ضمن العقد، أو لا؟

مثلاً:

رجوع الزوج في الزوجة المطلقة، حق أو حكم؟

طرح المدعي دعواه عند الحاكم، حق أو حكم؟

رجوع المختلة عما بذلت، حق أو حكم؟

رجوع الباذل في الحج، حق أو حكم؟

عزل الموكل الوكيل، حق أو حكم؟

إن كان حقاً، فيقبل الإسقاط والسقوط بالاشتراط، وإن كان حكماً،

فلا يقبل شيئاً من ذلك... فما هو مقتضى القاعدة؟

إن مقتضى القاعدة: عدم السقوط والنقل والانتقال، إذ يستصحب بقاؤه،

نعم لا يثبت أنه حكم، لأن نفي أحد الضدين بالاستصحاب لا يثبت الآخر إلا

على القول بالأصل المثبت. وعلى الجملة، فلا ترتب آثار الحق وإن

لم يترتب آثار الحكم.

وأما مع إحراز كونه حقاً والشك في قبوله لذلك ولو بالصلح، فالمحكي

عن الشهيد الثاني: الأصل في الحقوق جواز الصلح عليها، وعن المحقق

الثاني: الأصل في الحقوق المالية أن يقبل الصلح عليها.

ما هو مقتضى الأصل؟

فما المراد من هذا الأصل؟

لا يبعد أن يكون هو الإجماع، أو يقال بتجوزهم التمسك بالعام في

الشبهة المصدقية، بأن يقال -فيما لو اشترط سقوط الحق ضمن عقدٍ وشك

في نفوذ هذا الشرط وتأثيره- بالتمسك بعموم آية الوفاء بالعقود^(١)، وعموم

«المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

هذا غاية ما يمكن أن يقال.

أقول: تارة: يذكر عنوان ويُجعل موضوعاً ويرتب عليه الحق، كأن يقال: وليّ الدّم له حق القصاص، ومشتري الحيوان له حق الفسخ، والزوجة لها حق المضاجعة... وهكذا. ففي هذه الموارد، لو شك في قابلية الحق للنقل والسقوط والانتقال، رجع الشك إلى أنه هل هذا العنوان بمثابة علّة تامة أو أنه مقتض؟

قد ذكرنا أن كلّ حق -بأي معنى كان- جعل لعنوان كان ذلك العنوان بمثابة علّة تامة له، فلا يعقل سقوطه وإسقاطه ونقله، لاستحالة انفكاك المعلول عن علته. فإن شك في حال العنوان، كان مقتضى القاعدة بحسب التفاهم العرفي العقلاني -في كلّ عنوان جعل موضوعاً لحكم تكليفي أو وضعي ودار أمره بين العليّة والاقتضاء- هو كونه بنحو العليّة ودوران الحكم مداره، وعليه، يحكم بعدم قبوله لشيء من ذلك، ولا مجال للتمسك بالعمومات، لكونها أجنبية من جهة أن الشبهة تخصصيّة.

واخرى: يترتب الحق على موضوع، ولم يتحقّق هذا الاستظهار العرفي المتفاهم العقلاني، واحتمل أن يكون عنواناً إقتضائياً، كان التمسك بالعمومات -لأجل إثبات القابليّة للسقوط والإسقاط والنقل- من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقيّة.

وثالثة: يحرز كون العنوان اقتضائياً، وكون الحق مجعولاً للغبطة، وحينئذ يمكن التمسك بالعمومات، فلو شك في أن الشارع منع عن النقل والسقوط والإسقاط أو لا، رجع إلى الشك في مانعيّة شيء أو شرطيّة، والمشهور جواز التمسك بالعمومات حينئذ، وعليه، فيحكم بقابليّته لذلك.

أقسام الحق

فظهر أن الحق على خمسة أقسام:

١ - فمن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل والانتقال القهري بالإرث، كحق التحجير. ولعل حق السكنى والرقبى من هذا القبيل.

٢ - ومن الحق ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصاية وحق التولية.

٣ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والانتقال دون النقل، كحق الفسخ، وكذا حق الشفعة، لأنه إن نقل إلى الأجنبي، فهو ليس بموضوع لهذا الحق، إذ موضوعه هو الشريك، وإن نقله إلى الشريك الأول، فالمفروض خروجه بالبيع للغير عن كونه طرفاً للشركة، وإن نقله إلى المشتري كان معنى ذلك كونه مالكاً والحال أنه مالك بالبيع.

٤ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل دون الانتقال، كحق المضاجعة، فيمكن إسقاطه ونقله إلى الضرة، لأنها زوجة مثلها.

٥ - ومن الحق ما يقبل الإسقاط فقط، والظاهر أن حق القذف كذلك، إذ للمقذوف حق في أن يشتكي عند الحاكم، وله إسقاطه، لكن لا ينقل ولا ينتقل.

وتبقى أمور لا نعلم كونها حقاً أو حكماً، وقد تقدم الكلام عليها....

وقد ظهر ممّا ذكرنا:

أن الإسقاط هو إخراج من يجعل الحق لأجل غبطته نفسه عن الطرفية للحق، فهذا ما يمكن أن يقال في معنى الإسقاط، وإن كان لابد لعمل ذي الحق هذا من الإمضاء الشرعي.

وما معنى النقل؟

إن قلنا - كما ذكر الشيخ - إن البيع من النواقل، ولا بدّ من تملك الغير، انتقض بيع الدين على من هو عليه، وهو نقض متين جداً كما عن صاحب الجواهر، وما ذكره الشيخ في الجواب، فقد عرفت ما فيه:
أولاً: لا معنى لأن يصير الإنسان مديوناً لنفسه.

وثانياً: سلّمنا، لكنه يقول: أثره السقوط. وفيه: كيف يعقل أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟

فإن قلت: معنى أن أثره السقوط هو أنه لما كان ملكيته لِمَا فِي ذِمَّتِهِ بقاءً لغواً، فلا محالة يكون السقوط.

قلت: فَلَمْ حَدِّثْ هَذَا الْأَمْرَ الَّذِي لَا أَثْرَ لَهُ؟

الأقوال الأخرى في حقيقة الحق

ويبقى الكلام في الأقوال الأخرى في حقيقة الحق:

فالميرزا الأستاذ قدس سرّه كان يقول: بأن الحق مرتبة من الملك^(١).

والشيخ الأستاذ قدس سرّه كان يقول: بأن الحق هو الثبوت بالمعنى المصدري والثابت بالمعنى الإسم مصدري^(٢).

والمحقق الخراساني رحمه الله أراح نفسه فقال: الحق اعتبار خاص له آثار مخصوصة منها السلطنة^(٣).

والسيد اليزدي طاب ثراه - والظاهر أنه المشهور - على أن الحق هو السلطنة^(٤).

(١) المكاسب والبيع ١ / ٩٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٨.

(٣) حاشية المكاسب: ٤.

(٤) حاشية المكاسب ١ / ٢٨٠.

أقول:

قد عرفت أن المتبادر من الحق في جميع موارد استعماله أنه متخذ من القابلية والأهلية والجدارة، فيحق له أن يفعل كذا بمعنى: أنه أهل لأن يفعل كذا. وهذا هو المعنى في غيره من الشواهد التي ذكرناها سابقاً.

وهو يستعمل أيضاً بحسب اللغة فيما له الواقعية والثبوت، لكن لا مطلقاً، بل بخصوصية أن هذا له واقعية في مقابل الباطل إذ لا واقعية له، ومن هذا الباب: قولنا: الله حق، الإسلام حق، القرآن حق... فلا ريب في أنه يستعمل في الثابت، بالخصوصية المذكورة.

إنما الكلام في الحق بالمعنى الإسم المصدري، الذي له خصوصية الاعتبار الوضعي، فهو محل الكلام، لا الثبوت الذي ذكره الشيخ الأستاذ طاب ثراه، مضافاً إلى أنا نقول: ثبت الحق، فلو كان الحق بمعنى الثبوت، لزم إسناد الشيء إلى نفسه، ونقول: ثبوت الحق، والشيء لا يضاف إلى نفسه.

وأما ما ذهب إليه الميرزا الأستاذ قدس سره، فلا يمكن المساعدة عليه، لوجوه:

الأول: إن الملكية أمر اعتباري، وهو لا مراتب له، إذ المراتب مخصوصة بالمقولات، لا كلها بل بعضها.

والثاني: إن الحق والملكية متقابلان، فيقال: فلان ذو حق، وفلان ذو ملك.

والثالث: هناك موارد يوجد فيها الحق ولا تتصور الملكية، فمثلاً: حق الاختصاص متحقق لمن اتخذ الخمر للتخليل، وكذا في حق التخجير... فهنا حق ولا ملك.

ورابعاً: إنه لا معنى لأن يعتبر الملكية -ولو مرتبة منها- لما هو تحت

السلطنة تكويناً، كما سيجيء في قول المشهور.

وأما أنه السلطنة - كما هو المشهور - فإن أريد السلطنة التكوينية، فعندنا موارد فيها الحق ولاسلطنة، كما في المولى عليه، وموارد بالعكس، كما هو الحال بالنسبة إلى الولي. فبين السلطنة والحق عموم من وجه.

وأيضاً: الحق يضاف إلى ذي الحق فيقال: له حق الشفعة، ولا يعقل أن يكون للإنسان سلطنة اعتبارية على أعمال نفسه، وقد بينا أن قولهم: الحر مسلط على أعماله وأفعاله، غير صحيح.

وإن أريد السلطنة الاعتبارية، انتقض بموارد الإضافة إلى فعل ذي الحق وعمله، فإنها سلطنة تكوينية، وإذ يوجد السلطنة التكوينية، فلا يعقل اعتبار السلطنة.

هذا تمام الكلام في الحقوق وما يتعلق بها [١].

[١] أقول: لقد بحث طاب ثراه عن الحق وما يقبل النقل والإسقاط وما لا يقبل، وتعرض للأصل المحكم فيما لوشك، وذكر الأقوال في الحق واختار أنه «الجدارة» وانتقد الأقوال الأخرى، وأشار إلى الفرق بينه وبين الملك والحكم.

ونحن نشرح بعض الأمور ونضيف بعض الفوائد:

١ - لقد أشار إلى الفرق بين «الحق» و«الملك»، وسيأتي الكلام عن حقيقة الملكية، وأما بين «الحكم» و«الحق» فلم يتضح لنا رأيه، لأنه قسم الحكم إلى التكليفي والوضعي، وهو ما لا يقبل النقل والإسقاط كما هو معلوم، لكنه قرّر أن من الحقوق ما لا يقبل الإسقاط والنقل كذلك، فما هو الفرق بينهما؟

وأفاد سيدنا الأستاذ قدس سره: أن تشخيص الحكم عن الحق والتفريق بينهما

مشكل، لأن بعض الحق لا يقبل الإسقاط كالحكم^(١).

وقد أصرَّ المحقق الخوئي على عدم الفرق بين «الحق» و«الحكم» بل قال: «لا ينبغي الربيب في أن الحكم والحق متحدان حقيقةً، لأن قوامهما بالاعتبار الصرف» قال: «لا وجه لتقسيم المَجْعُول الشرعي أو العقلائي إلى الحق والحكم، لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلها حكم شرعي أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة... نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر...»^(٢).

وقد استدلَّ لذلك بوجوه:

الأول: كونهما اعتباريين.

والثاني: إن لفظ الحق بمعنى الثبوت.

والثالث: إن الحكم والحق يتعلّقان بالأفعال فقط، بخلاف الملك.

وفي الكل نظر:

أما الأول، ففيه: إن الملك أيضاً اعتباري، وقد قلتم أنهما غير الملك.

وأما الثاني، ففيه: إنه يصحّ القول: ثبت الحق، فلو كان الحقّ بمعنى الثبوت لكان

الكلام ثبت الثبوت، وهو غير صحيح.

وأما الثالث، ففيه: إن الحق قد يتعلّق بالعين أيضاً، مثل حق التحجير. قاله شيخنا

دام بقاءه.

لكن يمكن الجواب: بأن هذا إنما يقال في مقام الإضافة، وهو في الحقيقة من

التعلّق بالفعل، فمتعلّق الحق هو الفعل الذي يقع على الأرض.

(١) بلمة الطالب في التعليق على بيع المكاسب: ٢٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٢ / ٤٤.

هذا بالنسبة إلى الفرق بين الحكم والحق.

٢- وفي الأقوال، تعرّض سيّدنا الجدّ طاب ثراه لأقوال الأساطين في حقيقة الحقّ، وتكلّم عليها، إلّا أنّه لم يوضّح كلمة الشيخ قدّس سرّه إذ قال: «إنّ هذا الحق سلطنة فعليّة...» فما معنى «فعليّة»؟

قال شيخنا دام بقاءه: إنّ كلام الشيخ يفيد أنّ السلطنة منها فعليّة ومنها غير فعليّة، ومراده من الفعليّة -كما ذكر في قاعدة: من ملك شيئاً ملك الإقرار به- القدرة على التصرف، ومن غير الفعليّة الاعتباريّة. وعليه، فإن سلطنة المحجور عليه اعتباريّة لا فعليّة، أمّا غير المحجور عليه، فسلطته فعليّة، واللام في «الحق» تحتل الجنس والعهد، بأن يراد حق الخيار وحقّ الشفعة.

وتعرّض طاب ثراه لرأي المحقّق الثاني رحمه الله في الدورة الثانية وناقشه بوجوه، ولكنّ عبارته في الدورة الأولى تختلف عنها، فإنه قال: «إنه عبارة عن إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق، وأقواها إضافة مالكيّة العين، وأوسطها إضافة مالكيّة المنفعة. وبتعبير آخر: الحق سلطنة ضعيفة على المال، والسلطنة على المنفعة أقوى منها، والأقوى منهما السلطنة على العين فالجامع بين الملك والحق هو: الإضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الإضافة المعبر عنها بالواجدية، وكون زمام أمر الشيء بيد من جعل له وكونه ذا سلطنة وقدرة، وهذه الإضافة لو كانت من حيث نفسها ومن حيث متعلّقها تامّة، بأن تكون قابلةً لأنحاء التقلّبات، فتسمّى ملكاً، ولو كانت ضعيفة، إمّا لقصور الإضافة كحقّ المرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة، وإمّا لقصور في متعلّقه كحقّ التحجير... فتسمّى حقّاً»^(١).

لكن يشكل عليه كذلك، لأنه جعل الإضافة ذات مراتب، ثم جعل اختلاف مرتبة الإضافة على أثر اختلاف المتعلق، على أن بين جعل الحق «إضافة» و«سلطنة» تهاافتاً واضحاً... وهذا كله، بالإضافة إلى تهاافت كلامه في الدوريتين.

٣ - ملخص ما أفاده السيد الجذ طاب ثراه في ضابطة السقوط والنقل وعدمهما، أما في مقام الثبوت: كون نسبة العنوان الذي أخذ موضوعاً بالنسبة إلى الحق، نسبة العلة النامة إلى المعلول أو نسبة المقتضي إلى المقتضى، فإن كانت من القبيل الأول فالعدم، وإن كانت من القبيل فالجواز.

وأما في مقام الاثبات: فلا بد من ملاحظة دليل كل حق وما يحتف به من القرائن من الوجوه والمصالح والمناسبات بين الأحكام والموضوعات، فلذا لا يعقل شيء من الإسقاط والنقل والانتقال في بعضها، ويعقل السقوط دون غيره في البعض الآخر، ويعقل النقل دون الانتقال في ثالث، ويعقل النقل والانتقال معاً في رابع، ويعقل الانتقال دون النقل في خامس. ومع الشك في أنه حق فيقبل السقوط والنقل أو حكم فلا يقبل؟ استصحب البقاء، لأن الحق جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية. ومع الشك في أن حقاً من الحقوق يقبل ذلك أو لا؟

ذكر بعض الأكابر: أن لكل ذي حق إسقاط حقه. فأجيب: بأنه لا دليل عليه^(١)، وإن وصفه الشيخ بالقاعدة المسلمة^(٢).

واستدل للسقوط والنقل بعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣). فأجيب: بأنه من

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ٥١ / ١.

(٢) كتاب المكاسب: ٢٢١ مقطعات خيار المجلس ط الشهيدي.

(٣) سورة المائدة: ١.

الملك

قوله:

بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك.

أقول:

والظاهر أن حقيقة الملكية عبارة عن «الواجدية» في عالم الاعتبار، والسلطنة ملازمة لها، ولا يشترط أن تكون السلطنة بالمباشرة، فالصغير يملك لكن سلطنته على المملوك تتحقق بواسطة وليه المتصرف فيه، وفي قبالها: الملكية الحقّة الحقيقية، وهي لله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم، ولأوليائه الذين بهم الوجود، ولذا ورد عنهم عليهم السلام «إن الأرض وما فيها كلّها لنا»^(١) ونحوه غيره، وقد قام عليه البرهان أيضاً. والدليل على أن حقيقة الملكية هي «الواجدية»، هو الاستعمالات الكثيرة المتبادر منها ذلك.

وذهب شيخنا الأستاذ قدس سرّه إلى أنها «الحواية»^(٢).

التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

واستدلّ بعمومات أدلة البيع والصّح^(٣). فأجيب: بأنّه من التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية.

فالأصل: عدم القبول للنقل والإسقاط. والله العالم.

(١) وسائل الشيعة ٢٥ / ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الرقم: ٢.

(٢) حاشية المكاسب ٣١ / ١.

(٣) سورة البقرة: ٢٧٥، سورة النساء: ١٢٨.

وهذا قريبٌ مما ذكرناه.

ولا ريب أنه يقصد منها ما كان بنحو القيومية للمحوي وكون زمامه بيده، وإن لم تكن الحواية هي المعنى المتبادر من لفظ الملك، قال في المصباح: «حويت الشيء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محوي»^(١). والظاهر أن الاستيلاء من لوازم الحواية وليست مرادفةً لها، لكون تعديتها بـ«على» كما في عبارته.

وقيل: الملكية هي السُّلْطَنَةُ^(٢).

وفيه: ما ذكره شيخنا من أن السُّلْطَنَةُ تتعدى بـ«على» والملكية متعدية، فكيف يكون الترادف؟

وقيل: هي الجدة^(٣).

وفيه: إن مقولة الجدة هي الهيئة الحاصلة للشيء بسبب إحاطة شيء به، كالتقمص والتعم والتختم ونحو ذلك، ولا معنى لاعتبارها للمالك وهو من قام به المبدء، لأنه المحيط بالمملوك لا بالعكس. كما لا مجال لأن يقال: بأن الملكية هي الإحاطة الاعتبارية الموجبة لهيئة الجدة، لأن الإحاطة تتعدى بـ«الباء» وتعدية الملكية بنفسها.

وقيل: الملكية اعتبار من مقولة الإضافة، أي: إن الملكية لما لم تكن من قبيل الإضافة المقولية، لأن المقولة ما يقال على شيء موجود في الخارج، والإضافة تكون بين الأمرين المتضايفين اللذين لا ينفك تعقل أحدهما عن الآخر، كالفوقية والتحتية، فلذا عبر بأن الملكية اعتبار من مقولة الإضافة.

(١) المصباح المنير: ١٥٨.

(٢) حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢٨٩ / ١.

(٣) منية الطالب ٣ / ١.

وفيه: إن هذه المقولة هي النسبة المتكررة التي توجب انتزاع عنوانين متضائفين متكافئين في القوة والفعل، ولا بد لهذا الانتزاع من المنشأ، فإن كان هو السلطنة أو الجدة، فقد عرفت ما فيهما من الإشكال [١].

[١] قد ظهر ممّا أفاده السيّد الجدّ قدّس سرّه أنّ الأصحاب في حقيقة الملكية على قولين:

الأول: إنها أمر انتزاعي، ومنشأ الانتزاع هو الحكم التكليفي. وهذا ما ذهب إليه الشيخ في أصوله^(١) وقال هنا: هي نسبة بين المالك والمملوك، فتكون نسبة انتزاعية. وأورد عليه شيخنا دام بقاءه:

أولاً: إنّ هذا القول لا دليل عليه بل الدليل على خلافه، فقد جاء في الأدلة الشرعية جعل الملكية ولا منشأ لانتزاعها، مثل: من حاز ملك^(٢).

وثانياً: قد جعل الملك في بعض الأدلة موضوعاً لحكم شرعي، والموضوع مقدّم رتبةً على الحكم، مثل الخير: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه. فلو كانت الملكية متزعة - والأمر الانتزاعي متأخر رتبةً عن منشأ الانتزاع - لزم أن يكون الشيء الواحد متقدماً تارةً، ومتأخراً أخرى.

القول الثاني: إن الملكية أمر اعتباري، وهذا قول الأكابر، عدا الشيخ الأعظم، وقد اختلفت أقوالهم:

١ - قال المحقق النائيني قدّس سرّه: «وحاصل الكلام: إن الملكية عبارة عن إضافة حاصلة بين المالك والمملوك، وهي عبارة أخرى عن الجدة، غاية الأمر أن الجدة الحقيقية والواجدية الواقعية هي مخصوصة بمن له ملك السماوات والأرض، فإنه هو

(١) فرائد الأصول: ٣٠٥ ط الحجرية.

(٢) الظاهر أنها قاعدة فقهية متصيدة من الأخبار، وليست برواية.

الذي يقدر على الإيجاد والإعدام، فهو الواجد الحقيقي، والتعبير عن هذه الجدة بالإضافة الإشراقية يرجع إلى هذا المعنى. وكيف كان، لا شبهة أن من أعلى مراتب الجدة هذه الواجدية... وأما الملكية الاصطلاحية التي هي إحدى المقولات، فهي أضعف رتبة وأنزل درجة من الجدة الحقيقية. وأما الجدة الاعتبارية، فهي أضعف من المرتبتين السابقتين، ولكن لها نحو تحقق في عالم الاعتبار، وتكون منشأً للأثار...^(١). وقد أورد عليه السيد الجد طاب ثراه بما عرفت، ويضاف إلى ذلك: أن جعل ملكية مالك السماوات والأرض جلّ جلاله من مقولة الجدة، غريب جداً.

٢ - قال المحقق العراقي: إن الملكية أمر اعتباري مستقوم بالاعتبار من المعتبر حدوثاً، غير متقوم به بقاء بل هو باقٍ في عالم الاعتبار، نظير الملزومات الذاتية، كما في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾^(٢)، حيث أن الفساد ملازم لتعدد الآلهة، ويشهد بعدم حاجة الملكية إلى المعتبر بقاءً، أنها بعد الاعتبار تبقى وإن مات المعتبر^(٣). وأورد عليه: بأن الأمر الاعتباري محتاج إلى الاعتبار ومن له الاعتبار، حدوثاً وبقاءً، وقياس الملكية على الملزومات الذاتية مع الفارق.

٣ - وقال المحقق الخوئي: حقيقة الملكية إنما هي السلطنة والإحاطة... ولا ريب في أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان تارةً وبالأفعال أخرى... بخلاف الحق والحكم، فإنهما لا يتعلّقان إلا بالأفعال^(٤).

(١) منية الطالب ١ / ٣.

(٢) سورة الأنبياء: ٢٢.

(٣) نهاية الأفكار، القسم ١ من الجزء ٤ ص ١٠٢.

(٤) مصباح الفقاهة ٢ / ٤٤.

قوله:

إِلَّا أَنْ فِي جَوَازٍ وَقَوْعِهَا عَوْضًا لِلْبَيْعِ إِشْكَالًا، مِنْ أَخْذِ الْمَالِ فِي عَوْضِي الْمُبَايَعَةِ لُغَةً وَعَرَفًا، مَعَ ظَهْوَرِ كَلِمَاتِ الْفُقَهَاءِ عِنْدَ التَّعَرُّضِ لَشُرُوطِ الْعَوْضِينَ لِمَا يَصْغَحُ أَنْ يَكُونَ أَجْرَةً فِي الْإِجَارَةِ، فِي حَصْرِ الثَّمَنِ فِي الْمَالِ.
أقول:

الإشكال تارة: من حيث أن «الحق» لا يصدق عليه «المال» عرفاً، بل هما متقابلان. وأخرى: من حيث أن «المال» يختص بالأعيان الخارجية^(١).
ويندفع الإشكال بكلا الوجهين بأن: إطلاق المال على الشيء، إما هو لأجل ميل النفوس إليه وبذل الشيء بأزائه، أو - كما قال الراغب^(٢) - لأنه يميل إلى الزوال، وهو - على كل حال - صادق على الحق. ومع التنزل، فإن عبارة

وأورد عليه: بأن السلطنة مبينة للإحاطة، كما يدل على ذلك أداة التعدية فيهما.
فظهر: أن الصحيح في حقيقة الملكية هو ما اختاره السيد الجَدّ، فإنه الظاهر من الاستعمالات الصحيحة والمركز عرفاً وعقلاء، قال تعالى: ﴿أَشْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَبْدِكُمْ﴾^(٣) وقال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِينًا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾^(٤). وفي الحديث: «لِي الْوَاجِدَ يَحُلْ عَقْبَتَهُ وَعَرْضَهُ»^(٥). وقال في التاج: «يقال: وجدت المال وجداً ووجداً ووجداناً: أي صرت ذامالاً»^(٦).

(١) ذكرهما المحقق الإصفهاني ١ / ٥٧ والإشكال الثاني للمحقق الخراساني كما في تعليقه ص ٤.

(٢) المفردات في غريب القرآن: ٤٧٨.

(٣) سورة الطلاق: ٦.

(٤) سورة المائدة: ٨٩.

(٥) عوالي اللئالي ٤ / ٧٢، الرقم: ٤٤ و ٤٥.

(٦) تاج العروس ٢ / ٥٢٣.

المصباح محمولة على الغالب، لأنَّ البيع صادق على مبادلة المال بعوض. وأشكل شيخنا الميرزا: بأنه لو جاز المبادلة بين الملك والحق، بجعل الأول مبيعاً والآخر ثمناً، لزم انقلاب الملك حقّاً والحق ملكاً. والتالي باطل. بيان الملازمة: أن البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة وخروج كلٍّ من العوضين عن طرفيته للإضافة إلى من هو له، وصيرورته طرفاً لإضافة الآخر، فإذا وقعت المعاملة بين الملك والحق، صار ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق، وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكية. وهذا خارج عن حقيقة البيع^(١).

وفيه:

أولاً: إن أصل المبنى في حقيقة البيع لا يمكن المساعدة عليه. كما تقدّم سابقاً.

وثانياً: إنه يرى أنَّ الحقَّ مرتبة من الملك. وعليه: فإنَّ غاية ما يلزم هو اختلاف المرتبة في طرف الإضافة، ولا محذور فيه أصلاً.

(١) المكاسب والبيع ١ / ٩٣.

الكلام في تعريف البيع*

قوله:

ثم الظاهر: إن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشعبة، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه: ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها: إنتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بموضعٍ مقدّر على وجه التراضي^(١).

وحيث أن في هذا التعريف مسامحةً واضحةً، عدل آخرون إلى تعريفه بـ: الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال^(٢).

وحيث أن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ... عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بـ:

نقل العين بالصيغة المخصوصة^(٣).

ويرد عليه... ولا يندفع... لأنه: إن أريد بالصيغة خصوص «بعت»، لزم الدور، لأن المقصود معرفة مادة بعت، وإن أريد بها ما يشمل «ملكيت»، وجب الاختصار على مجرّد التملك والتقل.

أقول:

أما المسامحة في التعريف الأول، فلائذ الانتقال أثر البيع لا أنه البيع.

(٥) قد عرّف السيّد الجذّ البيع في أوّل الكتاب. فهو يتكلّم على تعاريف الفقهاء.

(١) المبسوط ٧٦ / ٢، السرائر ٢٤٠ / ٢، تذكرة الفقهاء ٥ / ١٠.

(٢) المختصر النافع: ١٨، الدروس الشرعية ١٩١ / ٣، التنقيح الرائع ٢٣ / ٢.

(٣) جامع المقاصد ٥٥ / ٤.

وأما الإشكال على التعريف الثاني، بأن: البيع من مقولة المعنى دون اللفظ، فلا يتوجّه إن أريد البيع المتحقق من البائع والمشتري بالإشياء منهما، نعم، يتوجّه النقض بالمعاطاة، حيث أخذ في التعريف جهة الدلالة، وهي من شئون اللفظ كما لا يخفى.

وأما قوله: إن أريد بالصيغة خصوص «بعت» لزم الدور، فيمكن دفعه بأن المراد هو البيع بما له من المعنى المرتكز أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف [١].

[١] أقول: معنى أن لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية... هو أن المعنى المستعمل فيه اللفظ في الكتاب والسنة وكلمات الأصحاب هو نفس المعنى الذي يقصده أهل العرف. لكن المحقق الطباطبائي قدس سره قال: يمكن دعوى أن خصوص الفقهاء اصطلاحوا فيه معنى آخر، وهو العقد المركّب من الإيجاب والقبول، ولذا نسب إلى المشهور تعريفه بالعقد، بل عن العلامة دعوى الإجماع عليه، وعنه في المختلف أن المتبادر منه ذلك، ويبعد ذلك منه بالنسبة إلى العرف العام، إذ من المعلوم أن المتبادر منه فيه ليس إلا النقل المخصوص، فدعواه الإجماع والتبادر كاشفة عن كون مراده ذلك بالنسبة إلى مصطلح الفقهاء في كتبهم الفقهية حيث يقولون: كتاب البيع، في مقابل كتاب الصلح وغيره من العقود... نظير ما ادّعاه في الجواهر من الإجماع على أن النكاح بمعنى العقد، على خلاف سائر المشتقات منه، وهو أيضاً ممنوع بالنسبة إلى العرف العام، وإن كان ظاهر صاحب الجواهر ذلك، بل القدر المسلّم منه كونه حقيقة في العقد في خصوص مصطلح الفقهاء... (١).

فأورد عليه سيدنا الأستاذ طاب ثراه: بأن هذه الدعوى -وكذا دعوى صاحب الجواهر في لفظ النكاح- ممنوعة، فإن إرادة العقد من البيع والنكاح في بعض الأحيان، لا يَدُل على النقل والإصطلاح، بل ظاهر بعض عباراتهم عدم إرادة غير المعنى العرفي، والقول بمخالفتهم حينئذٍ للإصطلاح فيها، كما ترى^(١).

وأما المسامحة في التعريف الأول، فقد بين المحقق الإصفهاني الوجه فيها بقوله: «فإن البيع -بما له من المعنى- أمر يقوم بالبايع لا بالعوضين، فهو إما نقل أو تمليك أو تبديل، لا الانتقال والبدلية، فإنهما يقومان بالعوضين»^(٢).

وقد ذكر المحقق الخوئي كلا الوجهين -ما أفاده السيدان الجد والأستاذ، وما أفاده المحقق الإصفهاني- في المسامحة^(٣).

فأورد المحقق الإيرواني^(٤) وتبعه شيخنا دام بقاء: بأن النسبة بين النقل والانتقال هي النسبة بين الإيجاد والوجود، فإنها إذا لوحظت النسبة إلى الفاعل فهو النقل، وإذا لوحظت إلى عوضين، فهو الانتقال، فافرق بين النقل والانتقال إلا في الاعتبار.

ويمكن الجواب: بأن ظاهر المستشكلين بما تقدّم أنهم جعلوا التعريف تعريفاً للبيع الشرعي الذي يترتب عليه الأثر، والسبب في ذلك، اشتماله على ما لا دخل له في المفهوم العرفي من «العوض المقدّر» و«على وجه التراضي»، فالتعريف ناظر إلى الانتقال المترتب على البيع -وهو فعل البايع- ترتب الحكم على موضوعه.

(١) بلغة الطالب: ٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٥٧.

(٣) مصباح الفقاهة ٢ / ٥٣.

(٤) حاشية المكاسب: ٧٣.

ويشهد بذلك، أن هؤلاء المحققين ملتفتون إلى أن المصدر واسم المصدر واحد في الحقيقة، وأنهما مختلفان اعتباراً، بل لقد وقع التصريح بذلك بشرح قول الشيخ: «وأما البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال» كما سيأتي.

وأما التعريف الثاني، فمحصل كلام سيدنا الجدّ ورود ما ذكره الشيخ عليه، لكنّ المحقق الخوئي قال: «هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف المصنّف أيضاً، لأنه أخذ الإنشاء في تعريف البيع»^(١).

لكنّه أيضاً قد أخذ الإنشاء في التعريف، إذ قال: «بأنه إنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهة الإضافة»^(٢).

ثم إنّ المحقق الرشتي ذهب -في قبال الشيخ القائل بأنّ البيع من مقولة المعنى- إلى أنه لا بدّ من أن يكون من مقولة اللفظ دون المعنى، وألا يلزم كونه كلاماً نفسياً، إذ لا تعقل من كونه من مقولة المعنى إلا جعله من باب النقل القلبي، وهو راجع إلى الكلام النفسي، وحيث يبين في علم الكلام بطلان الكلام النفسي، فلا بدّ من كون البيع من مقولة اللفظ^(٣). وقد استغرب المحقق اليزدي من هذا الكلام وأطال في الجواب عنه^(٤).

أما المحقق الإصفهاني فقال: قد بينا تفصيل القول فيه صغرى وكبرى في الأصول^(٥).
وأما التعريف الثالث، فقد أشكل عليه الشيخ بوجوه:
الأول: إن النقل ليس مرادفاً للبيع.

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٥٤.

(٢) مصباح الفقاهة ٢ / ٥٣.

(٣) أنظر: بدائع الأفكار: ٢٦٢ وحاشية الإشكوري ١ / ٣٤.

(٤) حاشية المكاسب ١ / ٢٩٣.

(٥) حاشية المكاسب ١ / ٦١، وراجع: نهاية الدراية في حاشية الكفاية ١ / ٢٧٤.

والثاني: إن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة.

والثالث: إن النقل بالصيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغة (قال الشيخ):

ولا يندفع هذا: بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لأنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بيعت: نقلت بالصيغة.

لأنه إن أريد بالصيغة خصوص بيعت، لزم الدور، لأن المقصود معرفة مادة بيعت، وإن أريد بها ما يشمل ملكت، وجب الاختصار على مجرد التملك والنقل.

ويجاب عن الأول: صحيح أن «النقل» أعم من «البيع» وليس مرادفاً له، إلا أن التعريف ينطبق على البيع وتزول الأعمية بالقيود اللاحقة، وكذلك كثير من التعريفات. وعن الثاني: بأن المعاطاة عند المحقق الثاني بيع، ويدعي الإجماع عليه، فهذا قرينة على أنه بصدد تعريف البيع بالصيغة. فتدبر.

وعن الثالث: بأن المعروف هو المعاملة المعهودة عند الناس والمرتكزة في الأذهان، والمراد من الصيغة المخصوصة لفظ بيعت، فالموقوف غير الموقوف عليه، وهذا ما أفاده السيد الجد وغيره من الأكابر.

واعترضه المحقق الإيرواني بقوله: لا يقال: إن المراد من الصيغة المخصوصة لفظ بيعت، والمعروف - بالفتح - معنى البيع، فلم يؤخذ المعروف في المعروف حتى يلزم الدور. لأننا نقول: إن لفظ بيعت بما هو هذا اللفظ لا أثر له في حصول النقل، وإنما النقل يحصل بهذا اللفظ قاصداً به إنشاء معناه، فيحتاج إلى العلم بمعناه، فيتهي إلى أخذ البيع في تعريف البيع^(١).

تعريف الشيخ

قوله:

فالأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليك عين بمال.

ولا يلزم عليه شيء مما تقدم.

أقول:

هذا التعريف يوافق ما عن العلامة الطباطبائي في مصابيح حيث قال:
 إن الأخصر الأسد تعريفه بأنه: إنشاء تمليك العين بعوض على وجه
 التراضي.

والظاهر أن الشيخ بذل كلمة العوض، بلحاظ أن إطلاقه يعم غير المال.
 ثم إن السر في التعبير بالإنشاء هو عموم التعريف وشموله للصحيح
 والفساد، لعدم كون لفظ البيع موضوعاً لخصوص الصحيح.

الإشكال عليه

ولو أن الشيخ عرّف البيع بأنه تمليك عين بمال، بأن يكون المراد منه
 الأعم من التمليك الحقيقي والإنشائي، لسلم تعريفه مما أورد عليه المحقق
 الخراساني:

أولاً: بأن المعنى في مشتقات البيع - من: باع يبيع - هو التمليك، لا إنشاء
 التمليك.

وفيه - كما تقدم في بعض كلمات السيد الجّد - أن المقصود تعريف ما هو
 المتعارف والمتداول بين الناس بعنوان البيع في مقابل سائر المعاملات، وإفادة أن هذه
 المعاملة تتحقّق بلفظ بيعت، وليس كذلك سائر المعاملات، وحيث لا يلزم الدور.

وثانياً: بأن البيع مما يقع في حيز الإنشاء، فإذا عُرِفَ بإنشاء التملك، لزم وقوع الإنشاء في حيز نفسه، وهو غير معقول.

لكن الظاهر: أن مراد الشيخ من التملك هو التملك الإنشائي، وإضافة الإنشاء إليه من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف، فلا يتوجه عليه الإشكال، وليس المراد من قولنا: التملك الإنشائي هو تقييده به، حتى يورد عليه بأن المقيد بالإنشاء لا يقع في حيز الإنشاء، بل المراد هو معنى التملك القابل لأن ينشأ [١].

[١] أقول: قد اختلفت أنظار الأكابر تجاه تعريف الشيخ، فالسيد الجد وإن رجح زيادة لفظة «الإنشاء» حتى يسلم التعريف من إشكال المحققين كالخراساني والنائيني والخوئي وغيرهم، إلا أنه دافع عنه بأن المراد هو التملك الإنشائي، ولكن يرد على الشيخ أنه إن أمكن هذا المعنى، فيصح الإتيان بلفظ الإنشاء، فلماذا أشكل على تعريف العلامة بالمعقد وجامع المقاصد بالصيغة المخصوصة؟ قال المحقق النائيني: يرد عليه الوجه الذي أورده على تعريف جامع المقاصد بعينه... (١).

وكذا قال سيدنا الأستاذ طاب ثراه (٢).

ثم إن غير واحد منهم أضاف إلى ذلك عدة إشكالات، فالمحقق الإيرواني قال: يتجه عليه:

أولاً: إن البيع ليس من مقولة الإنشاء، بل معاملة واقعية تحصل بالإنشاء.

وثانياً: إنه يشمل إنشاء العايب والأعني وإنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول،

(١) المكاسب والبيع ١ / ٩٩.

(٢) بلغة الطالب: ٣٤.

رد الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه

قوله:

من تعقل تملك ما على نفسه....

أقول:

قد تقدّم الكلام عليه، وبالجملّة: إن المبيع إن كان هو الكلّي من غير

مع أن شيئاً من ذلك ليس بيعاً بل إنشاء للبيع.

وثالثاً: العين تشمل الأعيان المتموّلة وغير المتموّلة كالخنافس والديدان.

ورابعاً: يشمل الإنشاء الصريح والضمني، مع أن مقصوده الإنشاء الصريح كيلا

يشمل القبول من المشتري، ولا يشمل قبول مستأجر العين، ولا يشمل الصلح.

وخامساً: يلزم تعلّق العجار في التعريف بالعين أو بصفة مقدّرة لها حتى يكون

تقدير الكلام: إنشاء تملك عين مقابل بالمال، مع أن ظاهره التعلّق بالتمليك، فإذا تعلّق

بالتمليك انطبق التعريف على الهبة، إذا كان عرضاً للفعل وهو التملك، لا عوضاً للعين

المتعلّق به التملك، والفارق بين البيع والهبة عند المصنّف رحمه الله هو هذا^(١).

ومن هنا قال بعضهم، كالإشكوري^(٢) والإيرواني: إن هذا التعريف أردء

التعاريف وأزيفها، وقال الميرزا: فأجود التعريفات هذا التعريف، لكنّ مع إسقاط كلمة

الإنشاء وتبدل لفظ التملك بالتبديل. وكيف كان، فإنّ تعريف الشيخ قدّس سرّه يلزم

عليه شيء ممّا تقدّم. وهذا هو القدر المتيقن.

ثم إنّ الشيخ طرح إشكالاتٍ قائلا: نعم، يبقى عليه أمور....

(١) حاشية المكاسب: ٧٤.

(٢) بغية الطالب ١ / ٣٦.

تقييد له بالكون في الذمة، فهذا لا مالة له، وإن قيد بكونه في ذمة المديون لزم كونه مديوناً لنفسه. نعم، لو باع البائع ما هو مساوٍ لذلك الكلّي في عهدة نفسه وتملكه المشتري، سقط بالتهاثر. لكنّه خارج عن مورد النقض [١].

[١] أقول: قد تقدّم الكلام عليه في التحقيق عمّا أورده صاحب الجواهر في مسألة وقوع الحق عوضاً، وقد ذكر الشيخ هناك أنه يعقل أن يكون الشخص مالكاً لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط.

وحاصل كلام السيد الجدّ طاب ثراه ورود النقض، للفرق الواضح بين الموردين، فهناك مالكان وملكان متحقّقان بسببين مختلفين فلا مانع عقلاً وعقلاء، وعليه المشهور بل ادّعي عليه الإجماع، بخلاف المقام، ولذا قال المحقق الثاني: إن هذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقة إلا أنه أشبه شيء به^(١)، وبذلك يظهر النظر في كلام المحقق الطباطبائي^(٢).

وبالجملة، فإن تعقل تملك الإنسان لما على نفسه، بأن يكون المديون مالكاً لما في ذمته آنأماً ثم يسقط، فلا يكون لملكه أثر إلا السقوط... أول الكلام.

وقرّر المحقق الخوئي الإشكال من جهة أخرى فقال: والتحقيق: إن مالكيّة الإنسان لذمته أمر ذاتي تكويني، من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري، بديهية أن الثبوت الاعتباري إنّما يصحّ فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي، وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً وتحصيلاً للحاصل. وعليه، فإذا ملك شخص شيئاً في ذمة غيره فقد ملكه بالملكيّة الاعتباريّة، وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه، تبدّلت الملكيّة الاعتباريّة بالملكيّة الذاتيّة التكوينيّة، لما عرفت من لغويّة الثبوت الاعتباري

(١) مئة الطالب ١ / ٤٣.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٢٩٩.

في موارد الثبوت الحقيقي.

وإذن، فلامجال للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه باستحالة ملك الإنسان لما في ذمته، كما لامجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك، بل يوجب البيع تبدل الإضافة الاعتبارية بالإضافة الذاتية.

فالحجر الأساسي للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه، إنما هو خلط الملكية الذاتية بالملكية الاعتبارية، وقد علمت الفارق بينهما^(١).

فأورد عليه شيخنا الأستاذ دام بقاءه: بأن الملكية القابلة للإنشاء هي الملكية الاعتبارية، فإذا باع المالك الدين على من هو عليه، فقد أنشأ الملكية الاعتبارية للمشتري، أما الملكية الذاتية، فلا تقبل الإنشاء، كما أن الملكية الذاتية غير قابلة للإعطاء من البائع لمن عليه الدين. ثم إن مفهوم «ملكته» في البيع على من عليه الدين وعلى غيره، واحد، فلامعنى للقول بأنه في الثاني اعتباري وفي الأول ذاتي تكويني.

قال شيخنا: إنه بعد أن ظهر أن بيع الدين على من هو عليه غير عقلائي، يدور الأمر بين أن يقال بأنه إبراء وليس بيعاً أو يقال بأنه بيع بالتعبد الشرعي، خاصة بالنظر إلى الإجماع المدعى، بأن تحصل الملكية أناماً وتسقط.

لا يقال: المحذور عقلي، إذ وجود الملكية علة لعدمها.

لأننا نقول: ليس الأمر كذلك، بل قد اعتبر وجود الملكية أناماً ثم اعتبر زوالها، فكانت الملكية ناشئة من الاعتبار وعدمها ناشئة من اعتبار من بيده الاعتبار كذلك.

الإشكال بصدقه على الشراء

قوله:

إن التمليك ضمني، وإنما حقيقة التملك بعوض.

أقول:

وفيه: أن التعريف بإطلاقه يعمّ الضمني.

والأولى أن يجاب: بأن المشتري إنما يُنشئ القبول والرضا بما فعله البائع من تمليك ماله في قبال ما يأخذه من المشتري، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشتري في مكانه اعتباراً، والمشتري إنما يقبل ذلك ولا إنشاء له للتمليك أصلاً، غير أنه لازم القبول منه في التحقق خارجاً.

فإن قلت: هذا في سائر أنواع البيع، وفي السلم مع تقدّم الإيجاب من البائع، وأما إن كان الإيجاب فيه من المشتري، كما إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم في كذا من الحنطة، أو قال: أسلفتك هذه في كذا، لم يكن منه إنشاء القبول حتى يتم ما ذكر أو يقال بأن التمليك ضمني.

قلت: ليس ما ذكرناه ولا القول بأن التمليك ضمني، تعبيراً عن قبول المشتري، بل إن جعله ما يملكه بدلاً وعوضاً عما يكون له من البائع رضاً منه وتمليك، وهذا حاصل منه، أي من المشتري، بلافق بين أن يكون موجباً أو قابلاً.

ثم إن النقض باستيجار العين بعين، إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمني الذي ذكره الشيخ فقال:

الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين

وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمالٍ أعني المنفعة. ولعل مراده من الضمنية هو ما ذكرناه، من كونه لازماً للمنشأ لأنه هو المنشأ، فليتدبر جيداً [١].

[١] أقول: قد تكلم المحققون على قول الشيخ قدس سره: إن التمليك فيه ضمني، فأورد الإصفهاني والإيرواني والخوئي -بألفاظ متقاربة- أن التمليك من البائع والتملك من المشتري على حد سواء وفي عرض واحد، فلا يعقل أن يكون أحدهما ضميّاً والآخر استقلالياً. هذا أولاً. وثانياً: إنه لو سلم ذلك، فإنه لا يرفع الإشكال، لأن التعريف شامل لكل من التملكين ولم يقيد بالتمليك الأصلي، ليخرج منه التمليك التبعية (١).

أما السيد الزدي، فقد طرح الإشكال النقضي ببيع السلم، فقال الإصفهاني: إن الكلام في أن البيع بالحمل الشائع يتقوم بتسبب من طرف وقبول من آخر، فلانظر هنا إلى أن السبب لا بد من أن يكون من طرف البائع بالإيجاب الإنشائي والقبول بإنشاء مفهوم القبول، حتى ينتقض بمثل بيع السلف....

لكن السيد نفسه قد أجاب عن الإشكال بقوله: يمكن دفع الإشكال: بأن المراد من كون التمليك ضميّاً أن يكون المتعلق فيه على وجه العوضيّة، ومن كونه أصليّاً على وجه المعوضيّة، وفي السلم وإن كان الإيجاب من المشتري إلا أنه يملك على وجه العوضيّة، فكأنه قال: أعطيتك الدراهم عوضاً عن التمليك الطعام. فالمملك الأصلي

(١) حاشية الإصفهاني ٦٨ / ١ حاشية الإيرواني: ٧٤ مصباح الفقاهة ٢ / ٦٠.

فيه هو البائع. والحاصل: إنه فرق بين أن يقول: ملكتك كذا عوضاً عن كذا. أو: ملكتك كذا بعوض كذا. فتدبر واغتنم^(١).

وكلام سيدنا الجدّ ناظرٌ إلى كلّ ما ذكره، وقد تصدّى للجواب عن الإشكال بما حاصله: أن جعل المشتري ما يملكه عوضاً عما يملكه البائع هو القبول والرضا. لكنه طاب ثراه قد أمر بالتدبر.

ولعلّه إشارة إلى أن العوض هو مال المشتري وليس عمله. كما أن السيد اليزدي أيضاً قد أمر بالتدبر، وكأنّه يريد الإشارة إلى أن الشيخ لم يقيد في تعريفه بالعوض والمعوض، فتعريفه شامل لكليهما، فيصدق على فعل المشتري. ولذا قال سيدنا الاستاذ رحمه الله: أن الإشكال لا يتدفع بما ذكره السيد، لأن تعريف الشيخ صادق على فعل المشتري^(٢).

وقد حاول شيخنا الاستاذ دام بقاءه في بحثه الشريف الدفاع عن الشيخ فأفاد: بأن مراده أن كلاً من البائع والمشتري يملك ويمتلك، لكنّ الذي يفعله البائع استقلالاً هو تملك المشتري، ويكون له بالضمن والتبع التملك لما يعطيه المشتري إياه، والذي يفعله المشتري هو العكس، أي: تملك البائع استقلالاً وأصلاً والتملك منه لما يعطيه ضمناً وتبعاً. فهذا مراد الشيخ، وهو لا ينافي كون التملك والتملك في عرض واحد ومرتبة واحدة.

قال: وأما النقض ببيع السلم، فالحق في الجواب هو: أن الشيخ ذكر بعد عبارة المصباح اعتبار كون المبيع المعوض عيناً، وأنه لا مانع من كون العوض منفعة أو عملاً.

(١) حاشية السيد اليزدي ١ / ٣٠٠.

(٢) بلغة الطالب: ٣٧.

فهو لما قال في تعريف البيع: إنشاء تمليك عين بمال، فقد أشرب في كلمة «عين» معنى «المعوضة»، وأما ما يعطيه المشتري سلماً، فليس بمعوض بل هو عوض، فالإشكال مندفع.

أقول: لا يخفى أن جميع ما ذكره من الأجوبة غير الخالية عن التكلّف، إنما هو فرع كون بيع المعرف فعل البائع، وأما بناءً على كونه المعاملة المتداولة التي قوامها بالطرفين كما هو الظاهر، فلا حاجة إليها أصلاً.

وأما ما ذكره شيخنا من عدم المنافاة بين مراد الشيخ وكون التمليك والتملك في مرتبة واحدة - وهو الجواب عن إشكال المحققين الإصفهاني والإيرواني - فينافي كلامه في مسألة بيع الذين على من هو عليه، فقد قلت هناك في الدرس - إن الإشكال مبني على أخذ «التمليك» في التعريف وكون السقوط على أثر التمليك، فإنه يقال: كيف يكون الشيء سبباً لعدم نفسه؟ وإما إذا كان التمليك من البائع والتملك من المشتري، وأن السقوط يكون على أثر التملك لا التمليك، فالإشكال يندفع، إذ لم يتسبب في انعدام نفسه.

فإجاب دام بقاء: بأن التمليك والتملك في مرتبة واحدة.

قلت: كونهما في مرتبة واحدة والحقيقة واحدة، لا ينافي ما ذكرت، فإن التمليك قائم بالبائع، والتملك قائم بالمشتري، وسقوط ما في ذمته يكون على أثر تملكه.

إنتقاض طرده بالصَّح

قوله:

وفيه: إن حقيقة الصَّح -ولو تعلَّق بالعين- ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الإصلي هو التسالم....

أقول: ملخَّص الجواب:

أولاً: إن الصَّح لا يتعدَّى إلى المال بنفسه ولا يقال: صالحتك هذا، بل على هذا، أو عن هذا، بخلاف التملك، وذلك أمانة الاختلاف بينهما مفهوماً.

وثانياً: إنه لا يجوز أن يورد النقص بخصوص مورد استعماله فيما يتعلَّق بالعين في مقابل العوض، لأن استعماله فيه وفي سائر الموارد إنما هو بجامع واحد وهو التسالم، ويشهد بذلك: أنه لو طالب خصمه أن يصالح عن شيء بشيء، لم يكن ذلك إقراراً بملكيتِهِ له، بخلاف ما لو طلب منه التملك فقال: ملكتني هذا، فإنه نظير أن يقول: بعني هذا ويكون إقراراً منه.

فائدة:

المصالحة: المسالمة، والتصالح: التسالم، فإن استعمل بهيئة المفاعلة تعدَّى إلى الطرف بنفسه فيقال: صالحته وسالمته، وبهيئة التفاعل: تصالحت معه وتسالمت معه، أو يقال: تصالحتا، قال الراغب: «السَّلام والسَّلْم والسَّلَم: الصَّح. قال تعالى ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَى إِلَيْكُمْ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا...﴾»^(١) وفي المنجد في اللغة: «الصَّح: السَّلْم، وهو اسم من المصالحة، وصالحه مصالحةً:

(١) المفردات في غريب ألفاظ القرآن: ٢٤٠.

وافقه، خلاف خاصمه، وتسالم القوم: تصالحو وتوافقوا^(١).

ثم إن كان الصلح في مقام رفع اليد عن الشيء يقال: صالحته عن حقوقي - مثلاً - بكذا، وربما يقدر ما يرفع اليد عنه على مبنى أمر معين فقال: صالحته على كذا، أو يتوافقان على قرار معين بينهما كما في الشريكين، بأن يكون الربح والخسران على أحدهما، أو بأن يكون الشراء من أحدهما والبيع من الآخر، أو بما يسدّ مسدّ المضاربة، فيقال: صالحتك على كذا، وربما يتصلح على أن يكون شيء في مقابل شيء، فيقال: صالحته على أن يكون كذا بكذا^[١].

[١] أقول: قد أجاب الشيخ عن النقص بالصلح بالوجهين الأساسيين اللذين ذكرهما السيد الجّد طاب ثراه. وأمّا الصلح، فإنه مغايرٌ مفهوماً مع البيع بلا كلام، ولكن هل معناه: السّلم كما ذكر الشيخ ووافقه السيّد الجّد، أو الموافقة والملائمة وقطع النزاع كما ذكر المحقق الإصفهاني^(٢) ووافقه سيّدنا الأستاذ^(٣)، أو التجاوز ورفع اليد عن متعلّق الصلح كما في حاشية الإشكوري^(٤)؟

أمّا الأول، فهو ظاهر الراغب الإصفهاني وغيره كما تقدّم، وأمّا الثاني، ففي مجمع البحرين: «وفيه: الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حراماً. أراد بالصلح التراضي بين المتنازعين، لأنه عقد شرع لقطع المنازعة...^(٥). وأمّا الثالث، فقد

(١) المنجد في اللغة: ٤٣٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٧٠.

(٣) بلغة الطالب: ٤٠.

(٤) بنية الطالب ١ / ٣٧.

(٥) مجمع البحرين ٢ / ٣٨٨.

هل يشمل الهبة المعوضة؟

قوله:

وأما الهبة المعوضة، والمراد بها هنا: ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة....

أقول:

الهبة المعوضة على قسمين، فتارة: يهب بلا قيد والمتَّهب يهب شيئاً كذلك. فهذه هبة معوضة تترتب عليها الآثار، وأخرى: أن يهب بشرط أن يعوضه. فقول الشيخ: والمراد بها... لإخراج القسم الأول، فإنه لا يحتمل أن ينتقض التعريف به.

وقوله: ليست إنشاء تمليك بعوض... يعني: ليس معاوضة بين الشئيين، بل هو معاوضة بين الهبتين، ويشهد بذلك أنه إذا أقبضه تملك وإن لم يكن الطرف الآخر قد وهب، فلو كان مقابلة بين المالين، لزم أن يكون مالكا لما يملكه الطرف ويريد أن يهبه.

فالهبة المعوضة ليست مقابلة بين المالين، وإنما هو شرط للعوض، وفيه تمليكان وأحد التملكيين بعوض الآخر مع الاشتراط، وكذلك في القسم الآخر ولكن بلا اشتراط.

قال المحقق الإصفهاني: سخيّف جداً^(١).

أقول: هذا بحسب ظاهر عباراتهم، ولعلهم يشيرون إلى معنى واحد.

وبالجملة، ففي الهبة المعوضة -بكلا قسميها- لا توجد مقابلة بين المالكين. نعم، بينهما فرق من جهة أنه حيث يشترط، يكون للواهب حق الفسخ....

هذا مقصود الشيخ.

وأقول: فالهبة المعوضة تنقسم إلى القسمين المذكورين، وأما إذا كانت بشرط النتيجة كأن يقول: وهبتك هذا بشرط أن يكون متاعك ملكاً لي، فبمجرد إقباض الواهب وملكيتته، يكون ملك المتَّهَب ملكاً للواهب، فما ذكره الشيخ من أنها هبة في مقابلة هبة، منقوض بما ذكرناه.

لكنَّ المهم: أن هذا إنما يملك بالشرط لا بالمعاوضة، فالفرق بين الهبة والبيع واضح، والنقض غير وارد.
قوله:

فقد تحقَّق ممَّا ذكرنا: أن حقيقة تملك العين بالموض، ليست إلا البيع....
فما قيل: من أنَّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالموض، فيقدَّم على الصِّلح والهبة المعوضة، محلٌّ تأمُّل بل منع، لما عرفت من أنَّ تملك الأعيان بالموض هو البيع لا غير... لكنَّ الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل....
أقول:

عبارته غير مستقيمة، وصحيحها: إنه لو قصد الصِّلح والهبة المعوضة، لم يكن الاستعمال على حقيقته في الأمرين ولم يكن بيع، إذ لا يعقل وقوعه بيعاً مع فرض قصد الصِّلح أو الهبة المعوضة وعدم قصد البيع. فمراده: إنه لو قال: ملكتك كذا بكذا، وقصد المعنى الحقيقي الذي هو عبارة عن المبادلة والمعاوضة، وقع بيعاً. ولو قال كذلك قاصداً الصِّلح أو الهبة، فإنه وإن لم يقع بيعاً، لا يقع صلحاً أو هبة، لعدم كون الكلام صريحاً فيهما، فالاستعمال

مجازي، إذ وقوعهما منوط بالقول بكفاية الألفاظ غير الصريحة في المعاملات المخصوصة، ولو شك في قصد البيع أو أحد الأمرين، كان مقتضى أصالة الحقيقة على أن مقصوده البيع.

فقول صاحب الجواهر: من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان... يقول الشيخ: ليس مراده أصالة الحقيقة الجارية في موارد الشك كما ذكرنا، أي: متى شك في أنه قصد البيع أو الصلح والهبة، فالأصل المذكور يقتضي الحمل على البيع لأنه الحقيقة.

أقول: نعم، ليس مراده ذلك، بل لعل نظره إلى أن تملك الأعيان أعم من التملك الصريح أو الضمني أو الالتزامي، فتمليك الأعيان معنى كلي ينطبق على البيع والصلح والهبة المعوضة، لوجود التملك فيهما ولو بنحو الضمنية والالتزامية، لكن لما كان الشائع في تملك الأعيان بالعوض هو البيع، كان تملكها بالعوض ظاهراً في البيع، فالمراد من «الأصل» هو «الظاهر».

لكن الشيخ لا يوافق على هذا، لأن حقيقة الصلح هو التسالم، وحقيقة الهبة المعوضة التملكان المستقلان، حيث يشترط أحدهما بالآخر وليس مقابلةً بين المالكين، فالأصل محل تأمل بل منع، لأن تملك الأعيان ليس معنى كلياً جامعاً بين المفاهيم، بل بينها تباين... وتمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

كيفية إخراج القرض

قوله:

بقي القرض داخلاً في ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجه بأن مفهومه ليس نفس

المعاوضة، بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمة لا معاوضة للعين بهما.
أقول:

لابد أولاً من بيان حقيقة القرض:

وهو في كلام الشيخ: تملك على وجه الضمان.

وقال المحقق الخراساني: المقصود من القرض هو التملك لا مجاناً بل بنحو الغرامة^(١).

وقال شيخنا الأستاذ: هو تملك ما له بدل واقعاً، فيقصد بتملكه عدم المجانية، لا جعله بأزاء شيء^(٢).

وقال الفاضل الإشكوري -وهو يقرر كلام أستاذه المحقق الرشتي- لا معاوضة في القرض أصلاً، بل هو عبارة عن تسليم تشخص العين مع بقاء ماليتها، بمعنى أن للعين جهة تشخص ومالية خاصة وجهة كلية ومالية كلية، فالمنتقل هي المالية الشخصية، وأما الكلية، فهي باقية على ذمة المقرض يرسم الأمانة، فلا معاوضة في البين، نظير حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ في ذمته وإن ذهب تشخصها^(٣).

قوله:

ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة ولا الفرر المنفي فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به. فتأمل.

أقول:

إنه لا يقدح الجهل بكون الشيء مثلياً أو قيمياً، بل لو قال له: أقرضتك ما

(١) حاشية المكاسب: ٦.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٧٢.

(٣) بنية الطالب ١ / ٣٩.

في الصندوق، وهو جاهل بمقداره، صحَّ على الأصحَّ.
والتحقيق: إن التملك أمر قصدي، وهو ليس بمقصود في القرض،
ويشهد بذلك كلمات أهل اللغة:

ففي المصباح المنير: «والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه»^(١).

وفي القاموس: «ما تعطيه لتقضاه»^(٢).

وفي المفردات: «وسمي ما يدفع إلى الإنسان بشرط ردِّ بدله قرضاً»^(٣).

وفي مجمع البحرين: «هو إعطاء شيء ليستعيد عوضه في وقت
آخر»^(٤).

مضافاً، إلى أنَّ التملك لا يخلو من أن يكون بلا عوض أو مع العوض
ولأثالث، وحيث أنَّ القرض ليس بهبة ولا معاوضة، إذ لا يلزم فيه ذكر
العوض، فليس هو تملكاً من المقرض. وأيضاً، فما ذكر من الضمان، ليس
من باب ضمان اليد، إذ ليس للمالك المطالبة بالشيء مع كونه موجوداً كما
هو المشهور، كما لا يجب على المقرض دفعه، بل له أن يؤذي مثله أو قيمته
حتى مع وجوده. وليس من باب ضمان الإتلاف، لأنَّ مودعه إتلاف مال الغير
بدون إذنه، فلا يشمل القرض، ولو أريد الأخذ بضمان الإتلاف، بمعنى أن
يعطيه الشيء لأنه يضمّنه لو أتلفه، لزم أن لا يكون مالكا له وإنما قد أبيح له
التصرف فيه، وإلا فلا معنى لضمان الإتلاف في ملك نفسه.

هذا بالنسبة إلى كلام الشيخ.

(١) المصباح المنير: ٤٩٧.

(٢) القاموس المحيط ٢ / ٣٤٢.

(٣) المفردات في غريب القرآن: ٤٠٠.

(٤) مجمع البحرين ٤ / ٢٣٦.

وأما ما ذكر من الغرامة، فالأمر أشكل، لأن الغرامة هي الخسارة، ولا موضوع لها في القرض.

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ، من أنه تملك ما له بدل واقعاً، ففيه: أنه لو قال ماله بدل بحسب الاتفاق بين الطرفين لكان أولى، على أنه يسأل: هل هذا البديل بنحو الغرامة أو العوض؟ وكلاهما غير تام.

فالقرض: إعطاء الانسان المال إلى الغير، بجعله في عهده مع قطع إضافته إلى نفسه، وهذا هو المناسب لمفهوم القرض لغةً، فإنه في اللغة بمعنى القطع، ومنه الحديث: «قرضوا لحومهم بالمقاريض»^(١)، ولازم ذلك تملك الغير الآخذ له، والعهدة أعم من العين وبدلها [١].

[١] أقول: قد ذكر الشيخ في مقام الجواب عن الإشكال وجوه الفرق بين البيع والقرض بالنظر إلى حقيقتيهما ثم بالنظر إلى آثارهما، وقد حمل السيد الجدّ طاب ثراه قوله: «على وجه ضمان المثل»، على الضمان الإصطلاحي، فيبين عدم انطباق أدلة الضمان على القرض، لكن المحقق الإصفهاني رحمه الله، قد أوضح مراد الشيخ بقوله: توضيحه: أن مجرد قصد العوض لا دخل له بالعوض التسيبي، فتارة: يكون الشخص في مقام تبديل ماله بشيء فهو بيع، وأخرى: في مقام تملك ماله ببدل واقعاً، فيقصد بتملكه عدم المجانية، لا بجعله بأزاء شيء فهو قرض. فهو في الحقيقة تملك على وجه التضمن، لا تملك محض ولا تضمن محض^(٢).

وعلى هذا، فمراد الشيخ من الضمان هو المعنى اللغوي، أي: عدم المجانية وكون الشيء في عهدة المقرض بأن يؤدّي العين أو بدلها، وهو ما اختاره السيد الجدّ.

(١) ذكره صاحب مجمع البحرين في «قرض» ٤ / ٢٢٧، قال: أي قطعوها.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٧٢.

وهذا هو مراد المحقق الخراساني من «الغرامة».

وهو مراد المحقق الإيرواني، من أن القرض عبارة عن تمليك العين وتأمين المالِية^(١).

لكنَّ السيّد الجدّ طاب ثراه لم يعرّ بالتمليك، وإنَّما قال: إنه الإعطاء بجعل الشيء في العهدة - أي لا مجاناً - مع قطع إضافته إلى نفسه، وقطع المعطي إضافة الشيء إلى نفسه هو واقع التمليك.

كما أنَّه قدَّس سرّه نفى أن يكون القرض معاوضةً تبعاً للشيخ، وهو رأي جماعة من الفقهاء، خلافاً لآخرين، كابن حمزة والشهيدين والأردبيلي وصاحب الرِّياض وغيرهم على ما حكى عنهم، وكيف كان، فإنه لا خلاف في أنَّ القرض ليس مجاناً، ولكنَّ ما هو العوض أو الذي في العهدة؟ هل المثل أو القيمة أو شيء آخر وهو العهدة كما عبّر السيّد الجدّ أو الضمان كما عبّر الشيخ الأستاذ؟

لكنَّ الظاهر: إنه لا عرفيّة لكون القرض معاوضةً، وعلى فرضه، فلا عرفيّة لكون العوض هو الضمان نفسه، ولذا قال السيّد الجدّ: أن العهدة أعمّ من العين وبدلها.

(١) حاشية المكاسب: ٧٤.

استعمال البيع في معانٍ أُخر

قوله:

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ أُخر غير ما ذكر:
أحدها: التملك المذكور، لكن بشرط تعقُّبه بتملك المشتري....
أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقَّب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلًا
للأول....

أقول:

هذه المعاني ذكرها الشيخ كاشف الغطاء قدس سره^(١). قال الشيخ:
ولعلّه لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن
المجرد، ولهذا لا يقال: باع فلان ماله، إلّا بعد أن يكون قد اشتراه غيره،
ويستفاد من قول القائل: بعث مالي، أنه اشتراه غيره، لأنه أوجب البيع فقط.
وبعبارة أخرى: إذا كان البيع إنشاء تملك عين بـمال، فإنه يتبادر منه
التملك الحقيقي، فيكون هناك تملك لا محالة، وإلّا كان تملكاً إنشائياً.
وبالجملة: فإن التملك الحقيقي -وهو المتبادر- لا ينفك عن تملك
المشتري.

وهذا المعنى الحقيقي هو المقصود أيضاً من الانتقال في المعنى الثاني،
أي: الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال.
وقوله في المعنى الثالث: «حتى الإجارة وشبهها...» معناه: أن لفظ «بعث»

(١) شرح القواعد ٢/ ٨ - ١١.

يكون في البيع جزءاً من العقد، لأنه إيجاب، وكذا «صالحته» في الصلح و«أنكحت» في النكاح. أما في الإجارة، فإن قوله: «أجرتك» ليس جزءاً من عقد الإجارة، لأن الإجارة ليست مصدر أجرتك وإنما هو الإيجار، بل الإجارة هي النتيجة الحاصلة من الإيجاب والقبول، فهذا مراده من قوله: «حتى الإجارة». وعلى الإجمال، يقول الشيخ بأن عناوين المعاملات - عدا الإجارة - هي من باب استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، أما في الإجارة، فالعنوان من باب استعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب.

قلت: فإذا كان «البيع» نفس الإيجاب والقبول، فما معنى قولهم: كتاب البيع ويجب فيه الإيجاب والقبول؟

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول

ثم إن الشيخ أشكل على المعنى الأول بما حاصله: عدم صحة أخذ قيد التعقب بالقبول في معنى البيع المصطلح، وإنما هو فرد أنصرف إليه لفظ البيع في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المؤثر - وهو ملكية المشتري - الذي لا ينفك عن المؤثر وهو التمليك، لأن التمليك متقوم بالملكية - ولولاها لم يصدق - والملكية الخارجية منوطة بقبول المشتري، وذلك يكون بقيام القرينة.

فهنا مرحلتان، مرحلة تأثير فعل البائع، وهو حصول الملكية، لأن الأثر لا ينفك عن المؤثر، ومرحلة الخارج، ومن الجائز أن لا تحصل الملكية في الخارج إلا بعد القبول، فكان القبول شرطاً لحصول الملكية الخارجية لأنه مقوم لمفهوم البيع، ولذا قال:

فالباع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما

تخيّله بعض. فتأمل.

أي: لأنّه يعقل الانفكاك بين الوجوب والإيجاب خارجاً، مثلاً: لو أوجب المولى شيئاً ولم تقم على المكلف حجةٌ وأجرى البراءة عن التكليف، تحقّق الإيجاب ولم يتحقّق الوجوب، لأنّ الوجوب عبارة عن ثبوت التكليف في ذمّة العبد، ولا تحقّق له إلّا بقيام الحجة، فكان البعث من المولى حاصلاً من غير أن يكون انبعاث من العبد، لعدم قيام الحجة، وكذلك الحال -بناءً على القول بالواجب المعلق- حيث يكون الإيجاب من المولى متحقّقاً، والوجوب غير موجود بل هو متأخّر عن القيد المعلق عليه، فما نحن فيه من هذا القبيل، وليس من قبيل الكسر والانكسار، إذ لا يعقل الكسر خارجاً وعدم تحقّق الانكسار.

هذا شرح كلام الشيخ، ويمكن تأييده بأنّه: لو كان معنى البيع مأخوذاً فيه التعقّب بالقبول، فإنّ كلّ مقيد يتوقف تحقّقه على تحقّق القيد، فلا تحقّق للبيع إلّا بعد القبول، لكنّ قبول البيع متوقف على تحقّق البيع، فيكون البيع متوقفاً على القبول، والقبول متوقفاً على البيع، وهذا دور. إلّا أنه ينبغي المزيد من الدقّة:

إن المفاهيم تارة: جوهرية، كالماء والتراب ونحوهما من الموجودات الخارجيّة، وهذه المفاهيم تارة لها وجود ذهني وأخرى وجود خارجي، وربما يحصل لها الوجود التنزيلي كما يقول السكاكي. والمفاهيم الجوهرية لا تقع في حيّز الإنشاء.

وأخرى: هي مفاهيم عرضية، وهذه على قسمين:

فالقسم الأول: ما يفيد مفاد المصدر، أي: النسبة الناقصة، وقد يكون له وجود ذهني، وقد يكون وجود خارجي بمعونة القرينة، فالأكل والشرب

ونحوهما هي من المفاهيم العرضية الرابطة، إلا أنها موجودة في الخارج أولاً، فإن ذاك خارج عن حد المفهوم فيها.

والقسم الثاني: ما يفيد مفاد الماضي والمضارع والأمر، فالماضي يدل على أن العرض له نسبة تحققية لموضوعه، مثل: أكل وشرب، ويكون لهذه النسبة وجود في الخارج لا محالة وإلا لم تكن تحققية، لأن الحقيقة ترادف الوجود كما ذكر المحقق الطوسي رضوان الله عليه، وكذا غيره من المشتقات.

وثالثة: مفاهيم اعتبارية، كالزوجية والملكية، وليس لها وجود، غير أنها تقبل الوقوع في حيز الإنشاء، وهي دائماً بحاجة إلى مصحح الاعتبار، وهو قد يكون شرعياً وقد يكون عقلانياً، وإن جاز أن يقال بأن العقلاني شرعي أيضاً، غير أن الشارع قد يمضي اعتبار العقلاء وقد لا يمضي.

فالملكية أمر اعتباري، فإذا ملك داره لزيد، فقد اعتبر ملكية الدار له، والعقلاء قد يمضون اعتباره وقد لا، والشارع قد يمضي اعتبارهم وقد لا يمضي.

إذا عرفت هذه المقدمة، ظهر لك أن تعقب البيع بالقبول بالنسبة إلى الملكية العقلانية والشرعية معتبر، إلا في الملكية القهرية، واعتبارها في البيع والشراء بدون تعقبه لا مصحح له عقلاء وشرعاً، ويبقى اعتبار المالك وحده، فهل يمكن الاعتبار منه والتملك المالك حيث يعلم أن لا وجود خارجي للطرف المقابل، أو له وجود ولكن لا يسمع، أو يسمع ولا يريد القبول؟

وبعبارة أخرى: لا ريب أن الإنشاء خفيف المؤنة، لأنه قصدٌ لثبوت المعنى باللفظ، فيعتبر السماء - مثلاً - مالاً للدار ويقول: ملكت السماء، ولكنه في مقام الجد وإرادة تملك الغير جداً، هل يعقل التملك المالك من

دون تحققٍ للقبول الخارجي؟

الإنصاف هو العدم، وإن التمليك المالكى بنحو الجدّ منوط بوجود قبولٍ في الخارج، وبالتفات البائع إلى أن الطرف المقابل سيقبل، فالقول بتقوّم مفهوم البيع بالقبول بعد الإيجاب قريبٌ جدّاً، والدّور الذي ذكرناه يشبه الدّور المعنى [١].

[١] قد ذكرنا دليل القولين، ويتلخّص دليل القول الأوّل كما ذكر الشيخ في وجهين: أحدهما: هو التبادر، والثاني: صحّة سلب البيع عن الإيجاب المجرد عن القبول.

فأجاب الشيخ: بأنّ الظاهر أنه ليس من جهة حاقّ لفظ البيع، وإنما هو لأن هذا اللفظ إذا أطلق ينصرف منه إلى الذهن الفرد المثمر وهو المتعقّب بالقبول.

ويقول الشيخ: بأنّه إذا أوجب البائع، تحقّقت الملكية في اعتباره، وإن لم يحصل النقل والانتقال في الخارج، فنسبة البيع إلى الأثر الحاصل منه نسبة الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار، على ما تقدّم.

وقد اختلفت أنظار الأعلام في هذه المسألة، ولغير واحدٍ منهم حاشية مطوّلة في هذا الموضع:

أمّا السيّد الجدّ، فقد وافق كاشف الغطاء وعليه السيّد البيهقي، قال مشيداً دعوى التبادر وصحة السلب: التحقيق: هو ما ذكره ذلك البعض من كون التعقّب معتبراً في تحقّق البيع بالمعنى المصطلح، وذلك: إما ذكره من التبادر وصحة السلب، فإن المتبادر من لفظ البيع وسائر تصرفاته هو: التمليك المتعقّب بالقبول، واعتبار لحوقه من باب الشرط المتأخّر، فلو قال: بعت دارى، والمفروض أنه لم يقبل المشتري يقال: إنه كاذب في إخباره. وما ذكره المصنّف رحمه الله من أن ذلك من جهة الإنصراف. فيه: إنه

لو كان كذلك، وجب أن يكون كذلك في فقد جميع الشرائط الشرعية، مع أنه لو تحقق القبول ولم يكن صحيحاً شرعياً من جهة فقد بعضها، يكون بيعاً قطعاً ولا يكون اللفظ منصرفاً عنه ولا يعد الإخبار به معه من الكذب. وأيضاً: لو قال: بعث وما قبل المشتري، يعد تناقضاً، أو يحمل قوله على إرادة قصد البيع، بخلاف ما لو قال بعث مع عدم تعيين المبيع أو الثمن أو نحوه من فقد سائر الشرائط، فإنه ليس تناقضاً قطعاً.

(قال): والحاصل... فالتملك بلا قبول لا يكون تملكاً وإيجاداً للملكية حتى في نظر البائع، بل يعد لغواً... البيع هو التملك الذي هو جزء من المعاملة، فإذا حصلت بطرفيها يقال لإيجابها البيع ولقبولها الشراء، فالبيع الفعلي ما يقابل الشراء الفعلي، ولو تحقق البيع بمجرد إنشاء البائع مع عدم قبول المشتري، لزم كونه من باب الإيقاع، مع أنه ليس كذلك بل هو من العقود، لا بمعنى أنه بنفسه عقد بل بمعنى أنه جزء العقد، والعقد ليس عبارة عن إيقاعين مستقلين بل إيقاعين مرتبطين.

(قال) فتحصل من جميع ما ذكرنا: أن الحق كون قيد التعقب معتبراً في حاق البيع المصطلح، من باب الشرط المتأخر... فالمقام نظير ما يقوله صاحب الفصول من أن الواجب من المقدمات هي الموصلة، وظني أن ما ذكرنا مراد جميع الفقهاء، وإنما لم يتعرضوا له لكمال وضوحه^(١).

وأشكل السيد الخوئي على رد الشيخ على كلام كاشف الغطاء بقوله: «يتوجه على هذه المناقشة وجوه:

الأول: ما ذكره السيد في حاشيته، فذكر خلاصة كلام السيد اليزدي المتقدم.

والثاني: إنه لا وجه صحيح لثفرقة المصنّف بين الإيجاب والوجوب وبين الكسر والانكسار، بديهية أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحداني لا تعدّد فيه بوجه، وإنّما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط، كالإيجاد والوجود... ودعوى: أن الوجوب ينفك عن الإيجاب، ولكنّ الكسر لا ينفك عن الإنكسار، جزائية، إذ الإيجاب أيضاً لا ينفك عن الوجوب، إلّا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر في نظر الأمر فقط، لا في الخارج وفي جميع الأنظار.

والثالث: إنّ البيع إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الإضافة، ومن الظاهر أنّ هذا المعنى لا يتحقّق إلّا بتعقّب الإنشاء بالقبول، وعليه، فلا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلّا عند تعقّبه بالقبول بنحو الشرط المتأخّر أو على سبيل القضية الحينيّة، وإذن، فينحلّ البيع في الحقيقة إلى قضية شرطية أو حينية، فمعنى قول البائع: «بعت المتاع الفلاني من زيد» أنه: بعتي إيّاه إنّ قبله أو حين قبوله. وقد يتوهم: أن ذلك يرجع إلى التعليق وهو مبطل للعقود بالضرورة، ولكنّ هذا التوهم بديهي الفساد....

وقد اتّضح لك ممّا بيّناه: أنه لا يوجد البيع في أيّ وعاءٍ من الأوعية بالإيجاب الخالص، ومن هنا، لا يطلق «البائع» على من أوجب البيع ولم يتعقّب ذلك بالقبول، وكذلك الحال في سائر العقود برمتها^(١).

وما ذكره أخيراً هو ما ذهب إليه أستاذه الميرزا الشافعي، بناءً على مختاره في تعريف البيع قال: «إنّ البيع عبارة عمّا يصدر من البائع لكنّ لا مطلقاً ولا مشروطاً بالتعقّب بالقبول، بل في ظرف تحقّق القبول، بمعنى إذا تحقّق جملة الإيجاب والقبول

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ٧٢ - ٧٤.

من البائع والمشتري، كان الصادر بيعاً والصادر من المشتري شراء....

إن حقيقة البيع عبارة عن التملك الصادر عن البائع في ظرف تملك المشتري، فالصادر أولاً عن البائع هو التملك ويتملك الثمن ضمناً، والصادر من المشتري أولاً هو تملك المبيع ويتضمن ذلك تملك الثمن، فالتملك والتملك صادران عن البائع والمشتري كليهما، إلا أنهما يتفاوتان في الصراحة والضمنية على ما بيناه، وعلى هذا، فالحق في تعريف البيع هو القول بأنه تملك عين بعوض أو تملك مال بعوض أو مع تبديل التملك بالتبديل^(١).

ووافق شيخنا دام بقاء الشيخ فيما ذهب إليه ودافع عنه، فأشكل على السيد بوجهين: أحدهما: إن من ألفاظ قبول البيع عنده - وعند السيد الخوئي - وهو «ابتعت»، فلو كان البيع هو الإيجاب المتعقب للقبول، فأى شيء قبله بهذا اللفظ؟

والثاني: الدور الذي ذكره سيدنا الجَدَّ تأييداً لقول الشيخ.

لكن السيد الجَدَّ طاب ثراه أجاب: بأن الدور المزبور يشبه الدور المعني، وهو جارٍ في كل متلازمين هما من قبيل الفاعل والقابل، كالإحراق والاحتراق والكسر والانكسار والتمليك والتملك والتعليم والتعلم والبعث والإنبعاث ونحوها.

وأما الوجه الأول، فيمكن الجواب عنه: بأن قوله: ابتعت قبولاً للبيع لا للإيجاب، وهذا يجتمع مع كون الإيجاب مشروطاً بالتعقب بالقبول وهذا هو البيع، خلافاً للشيخ القائل بأنه فعل البائع فقط، والإشكال بما ذكره مبتأً على مسلك الشيخ مصادرة.

وأجاب شيخنا عما ذكره السيد - وتبعه السيد الخوئي - بأنه إذا كان البيع هو

الإيجاب المجرد، كان البيع إيقاعاً، والحال أنه عقد عند جميع الفقهاء، بأن: العقد في الحقيقة إيقاع لكنه إيقاع مشروط بإيقاع، فلكل من البائع والمشتري إيقاع وبكليهما يتحقق العقد، بخلاف مثل الطلاق فهو إيقاع من طرف واحد.

ولكن الالتزام بما ذكر مشكل، إذ معناه أن لا يكون عندنا في الفقه عقد، بل الموجود هو الإيقاع غير أنه على قسمين، فيلزم تغيير ترتيب الفقه وتقسيم الأبواب الفقهية من جديد.

وأجاب عما ذكره المحقق الثاني - وجوزه تلميذه المحقق - بوجهين فقال: إن القبول - كالرد - إنما يصدق حيث يمكن مقابله فيقال: قيله، فيما إذا كان الرد ممكناً، ويقال: رده، فيما إذا كان القبول ممكناً، فلو كان البيع هو الإيجاب في حين القبول لم يكن للقبول معنى، لأنه لا بد أن يتعلق بالإيجاب. والمفروض أنه ليس إلا حين القبول. هذا أولاً. وثانياً: إن الإيجاب من البائع الملتفت إما يكون مقيداً بالقبول من المشتري وإما يكون مطلقاً لا بشرط وإما يكون مهملًا. أما الإهمال فخلف، والتقييد محال لأنه بأمر خارج عن الاختيار، يبقى كونه لا بشرط عن القبول وهو قول الشيخ، فالملكية يكفي في تحققها بإيجاب البائع وبمجرد اعتباره.

لكن يرد عليه: ما ذكره السيد الجد طاب ثراه من أن هذا الاعتبار غير ممضى من العقلاء، والشارع غير مصحح لهذا الاعتبار، وشيخنا لم يجب عن هذا الإشكال. وأما المحقق الإصفهاني قدس سره فذهب إلى: أن القول بتعقب الإيجاب بالقبول أجنبي عن مرحلة المفهوم الذي هو محل الكلام في مقام تحديد البيع، بل التعقب دخيل في التملك المعاملي البيعي. وقد ذكر لهذا المدعى مقدمات:

الأولى: إن الألفاظ كلها موضوعة لنفس المعاني المجردة عن جميع أنحاء

الوجود العيني والذهني والحقيقي والاعتباري والذاتي والعرضي الإنشائي، ضرورة أن فائدة الوضع والاستعمال هو الإنتقال من سماع اللفظ إلى معناه، والإنتقال وجود ادراكي، والموجود بأي وجود كان لا يقبل الوجود الآخر، مماثلاً كان أو مقابلاً، وعليه، فمعنى البيع إذا كان هو التملك فالموضوع له طبيعي التملك المقابل لجميع أنحاء الوجود، لا الطبيعي الموجود بوجود إنشائي ولا الطبيعي الموجود بوجود حقيقي.

وقد أورد شيخنا على هذه المقدمة، أما المبنى من أن الموضوع له اللفظ هو الطبيعي بغض النظر عن الوجود، ففيه: كيف ذا والله سبحانه يقول: ﴿وَلِلَّهِ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى﴾ والباري عز وجل وجود كله؟ وأما في التملك، فإن من الجائز وضعه للتملك الإنشائي والتملك الحقيقي غير المقيدين بالوجود.

الثانية: إنه بعد ما تقدّم من أن لفظ البيع موضوع للطبيعة المجردة من الوجود مطلقاً، يتّضح أن دعوى تبادر التملك الحقيقي أو الإنشائي منه بلا وجه، لعدم دخل الوجودين في الموضوع له والمستعمل فيه قطعاً.

لكن قد تقدّم أن الموضوع له ليس الإنشائي أو الحقيقي المقيّد بالوجود، فالتبادر تام.

الثالثة: إن البيع الحقيقي الذي يترتب عليه الآثار عرفاً وشرعاً، لا يوجد إلا بعد الإيجاب والقبول المستجمعين للشرائط العرفيّة والشرعيّة، إلا أن السبب والشرط من علل الوجود ومبادئه لا من علل القوام وما يتقوّم به طبيعي البيع في حدّ ذاته، وعليه، فتعقّب الإيجاب بالقبول لا خصوصيّة له في عدم دخوله في معناه، بل الإيجاب كذلك، كما أنه بالنظر إلى وجود البيع الحقيقي لا خصوصيّة لدخالة القبول بل جميع الشرائط، كما أنه بالنظر إلى التملك الإنشائي بما هو تملك إنشائي لا يعتبر إلا ما يتقوّم به إنشاء

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثاني

قوله:

وأما البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال، فلم يوجد في اللغة ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط، وقد يوجّه: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول، أعني المبيعية. وهو تكلف حسن.

الملكية وهو اللفظ المقصود به ثبوت المفهوم والمعنى تنزيلاً وعرضاً، ولا يعقل دخل إنشاء معنى في إنشاء معنى آخر، كما أنّ دخل إنشاء القبول في تحقّق العقد بما هو عقد يتقوّم بإيجاب وقبول من الواضحات.

ولعل الخلط بين علل الوجود وعلل القوام، أو الخلط بين الوجود الإنشائي والوجود الاعتباري، أوجب هذه الأوهام. وبالله الاعتصام^(١).

فأورد عليه شيخنا: بأن القبول من الأمور الإضافية، فبأي واحد من أقسام البيع الثلاثة - الطبيعي، والإنشائي وهو الوجود اللفظي، والحققي وهو المتحقّق بعد الإيجاب والقبول المستجمعين للشرائط - يتعلّق؟ أما البيع الحقيقي، فالمفروض أن تحقّقه فرع القبول، فلا يعقل تعلّق القبول بما هو فرع له، وأما البيع الإنشائي، فالمفروض أنه ليس إلّا وجود البيع بالجعل والمواضعة، والقبول لا يتعلّق بالوجود اللفظي للبيع والتملك، وأما طبيعي التملك والبيع، فلا وجود له حتى يتعلّق به القبول. وتلخص:

عدم تمامية ما ذهب إليه الشيخ وما ذهب إليه المحقّقان الإصفهاني والثاني، وما ذهب إليه السيّدان اليزدي والجدّ الأجد هو المختار، فتدبر.

(١) حاشية المكاسب ١ / ٧٦.

أقول:

قال شيخ الطائفة: البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي^(١).
والظاهر أنه أراد الانتقال الملكي الذي هو المسبّب، فقد استعمل اللفظ الموضوع للسبب في المسبّب، والأفالمبيعية هي المملوكة لا الملكية، فتعريف بالبيع بالانتقال تعريف للشيء الذي هو السبب بمسبّبه، نظير تعريف الشيء بلازمه، فهو شبيه للرسم.

الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث

قوله:

وأما البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية. والظاهر: إن المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع....

أقول:

حاصل إشكال الشيخ على هذا المعنى بناءً على مختاره في تعريف

البيع هو:

أن الإيجاب والقبول سبب للملكية، أي: إن التملك الذي يقصده المالك يحصل بواسطة الإيجاب والقبول، وليس البيع نفس الإيجاب والقبول. فقول القائل باعتبارهما هو بلحاظ أن المقصود من البيع هو ترتب الأثر في نظر الشارع، وهو المسبب من الإيجاب والقبول، وبهذا اللحاظ يقال: لزم البيع، وجب البيع، أقال البيع... وهكذا. وعلى الجملة، فالبيع هو إنشاء التملك لا الإيجاب والقبول، وهذا هو البيع الاصطلاحي.

(١) المبسوط في فقه الإمامية ٢ / ٧٦.

والحاصل: فإن المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحي حقيقة أو مجازاً، أي المعنى الاسم مصدري، وأمّا البيع بالمعنى اللغوي فهو النقل الإنشائي الحاصل من الموجب، ضرورة أن المنشأ لا يتفك عن إنشائه بل متحد معه [١].

[١] وأمّا قول القائل كما حكاه الشيخ عنه: «بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد». فقد أجاب عنه المحقق الإيرواني^(١): ليت شعري كيف يتفقون على ما هو واضح البطلان... وفي مصباح الفقاهة^(٢): «إنّا لم نجد مورداً يستعمل فيه لفظ البيع وغيره في الإيجاب والقبول، فلا وجه صحيح لحمل الألفاظ المذكورة في طليعة عناوين المعاملات على ذلك، بل إنّ ألفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفي العقد وهو الإيجاب. وأمّا الإجارة والوكالة، فلا يبعد أن تكوناً أيضاً من أسماء فعل الموجب...».

وأما ما نسبته الشيخ إلى الشهيد الثاني، ففي مصباح الفقاهة^(٣) أن هذه النسبة غير ثابتة، وقد قال السيد في الحاشية^(٤): «إن كان نظر المصنف في هذا الإسناد إلى كلامه في المسالك، فلا يخفى أنه أجنبي عن المقام، وإن كان إلى كلامه في مقام آخر فلم أعثر عليه ولا على من نقله».

قال في المسالك في هذا المقام: اختلفت عبارات الأصحاب في حقيقة البيع،

(١) حاشية المكاسب: ٧٤.

(٢) مصباح الفقاهة ٢ / ٧٦.

(٣) مصباح الفقاهة ٢ / ٧٧.

(٤) حاشية المكاسب ١ / ٣١٢.

فجعل جماعه - منهم المصنف في النافع والشهيد - نفس الإيجاب والقبول الناقلين لملك الأعيان، واحتجوا عليه بأن ذلك هو المتبادر عرفاً من معنى البيع، فيكون حقيقة فيه. وذهب آخرون إلى أنه أثر العقد وهو انتقال العين....

وردّه الشهيد في بعض تحقيقاته إلى الأول، نظراً إلى أن الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال، فأطلق اسم المسبب على السبب وعرف المعنى بالغاية.

وفيه نظر، لأن الإطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية، وأما التعريف بالغاية بهذا المعنى فغير جائز، لأن حملها على المعنى حمل المواطة - أعني حمل هو هو - الغاية مما لا يصح حملها عليه كذلك، وإنما يدخل الغاية في التعريفات على معنى أخذ لفظ يمكن حمله على المعروف مشيراً إلى الغاية وغيرها من العلل التي لا يصح عليه حمل المواطة، وهو هنا متف.

قال السيد: ولا يخفى أن قوله: وفيه نظر لأن الإطلاق المذكور مجازي. ناظر إلى ما صنعه الشهيد في ردّ تعريف البيع بالانتقال إلى تعريفه بالعقد، بدعوى أنه ذكر الانتقال وأريد منه العقد مجازاً، من باب إطلاق اسم المسبب - وهو الانتقال - على السبب وهو العقد، ولا دخل له بكون إطلاق البيع على العقد مجازاً، بل ظاهره أنه حقيقة فيه.

هذا، ولا يخفى أن ظاهر عبارة الشهيد الأول أن التعريف بالانتقال جامع للأمرين، من إطلاق اسم المسبب على السبب، ومن كونه تعريفاً للمعنى بالغاية، مع أنه ليس كذلك، بل إما من ذا أو من ذلك، وذلك لأنه إن أريد من الانتقال العقد مجازاً، كان من الأول، وإن أريد منه معناه الحقيقي، كان من الثاني، لأنه حيثئذ يكون من باب تعريف الشيء بلازمه المترتب عليه، فكان الأولى أن يعطف بـ «أو» دون «الواو».

هل البيع أسمٌ للصحيح؟

قوله:

ثم إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك^(١) على أنَّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد... وقال الشهيد الأوَّل في قواعد: الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلَّا الحجج^(٢)....

أقول

ذهب الشهيد إلى أنَّ عقد البيع وسائر العقود موضوعة لخصوص الصحيح، للتبادر وصحة السلب عن الفاسد - كما في تعبير الشيخ، وأما في عبارة المسالك فهو: عدم صحة السلب، وهو يرادف التبادر - ولأنَّه إذا قال: بعت داري لزيد، فقد أقرَّ على نفسه، حتى لو ادَّعى إرادة البيع الفاسد لم تسمع دعواه إجماعاً، ولو كان اللفظ موضوعاً للأعم من الصحيح والفاسد، لسمعت دعواه وقُبِلَ تفسيره بأحدهما، فمن عدم سماع ذلك منه يستكشف أنه موضوع لخصوص الصحيح. وكذلك الحال في سائر العقود، ولذا قال الشهيد: الماهيات الجعلية... وظاهره - كما قال الشيخ - إرادة الإطلاق الحقيقي، إلَّا الحجج، فإنه إذا قارب زوجته، قال جماعة: فسد حجه وعليه أنَّ يحجَّ من قابل، وقال آخرون - ولعلَّه الأصحَّ - بصحة حججه، لكنَّ عليه الحجج من قابل عقوبة^(٣).

(١) مسالك الأنهار ٢ / ١٥٩ ط الحجرية.

(٢) القواعد والفوائد ١ / ١٥٨.

(٣) وهو صريح صحيحة زرارة. وسائل الشيعة ١٣ / ١١٢، الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع: الرقم: ٩.

الإشكال على الشهيدين

قال الشيخ:

ويشكل ما ذكرناه: بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وإطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها، مع أنّ سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات. أقول:

وجه الإشكال في عدم جواز التمسك بإطلاق قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوه في مقام الشك في دخل شيء وجوداً أو عدماً واضح، لأنه إذا كان موضوعاً للصحيح المؤثر، كان مجرد احتمال دخل الشيء كافياً للشك في صدق عنوان «البيع» على ما وقع، وحينئذٍ لا يعزز الموضوع، فكيف يتمسك بالآية ويرتّب الأثر على البيع ويحكم بحليته؟

ثم ذكر وجهاً لما ذهب إليه الشهيدان، والوجه لتمسك العلماء بالإطلاقات كما سيأتي.

وأقول: إنّ «الصحيح» قد يطلق في مقابل المعيب، وقد يطلق في مقابل السقيم، وقد يطلق في مقابل الفاسد، وربما يقال الصحيح في مقابل الناقص، فيراد منه الكامل، والمراد منه في قبال الفاسد - ولعلّه في غيره أيضاً - هو ما يترتب عليه الأثر المترقب منه، فيكون الفاسد ما لا يترتب عليه الأثر المذكور، فالموصوف بالصحة والفساد يكون بالضرورة ممّا يمكن انفكاك الأثر منه، فأما ما لا ينفك عنه الأثر، فلا يعقل أن يوصف بالصحة تارة وبالفساد أخرى.

وعلى ما ذكرنا، فإنه إن كان تعريف البيع مبادلة مالٍ بمال، فإنّ المبادلة

يدور أمرها بين الوجود والعدم ولا تتصف بالصحة والفساد، وكذلك بناءً على أنه تملك عين بمالٍ، لأنه إما حاصل وإما لا، ولا يمكن أن يقال: تملك ولا ملكية، لأن النسبة بينهما نسبة الإيجاد والوجود، فالحقيقة واحدة والاختلاف مفهومي، من جهة تعدد النسبة، فإذا نسب الأمر إلى الفاعل فهو تملك، وإذا نسب إلى الشيء فهو ملكية، وكذلك الإيجاب والوجوب، ونحو ذلك.

والنسبة بين الصحة والفساد هي نسبة العدم والملكية، وما يكون أمره دائراً بين الوجود والعدم فالنسبة فيه نسبة السلب والإيجاب، و«مبادلة مالٍ بمالٍ» و«تملك عينٍ بمالٍ» من قبيل الثاني لا الأول، لأن المبادلة أو التملك إما موجود أو معدوم، فلا يصح أن يقال: هل حصلت الملكية بعد التملك أولاً؟ لأن عدم الملكية عدم التملك لعدم الانفكاك بينهما.

فإذن، لا مجال للبحث عن أن البيع حقيقة في الصحيح أو الأعم، بناءً على التعريفين المزبورين.

نعم، يصحُّ البحث عن ذلك بناءً على مختار الشيخ في التعريف، لأن إنشاء تملك عين بمالٍ، قد يؤثر في الملكية وقد لا يؤثر.

ثم إن المشهور - والظاهر أن عليه الشيخ أيضاً، ولذا أشكل على التمسك بالإطلاقات، ثم وجهه بما سيأتي، وآلا لم يكن حاجة إلى ذلك كما سنوضح - أن الملكية أمر ثابت في نفس الأمر، وكل من نظر العرف والشرع طريق إليه، فإذا قال الشارع ببطلان البيع الربوي، فقد خطأ العرف والعقلاء في الطريق إلى ذلك الأمر الواقعي.

ويقابله القول بأنها أمر اعتباري ولا واقعية لها أصلاً، وكل من بيده الاعتبار إذا اعتبر شيئاً، فإنه يتحقق في موطن الاعتبار، فإذا اعتبر العقلاء

الملكيّة تقرّرت في موطن اعتبارهم، ثم الشارع قد يطابق اعتباره ذلك الاعتبار، فتتحقق الملكيّة الشرعيّة مطابقةً للملكيّة العقلائيّة، وقد لا يوجد من الشارع الاعتبار المطابق لاعتبارهم، ولا تستفي الملكيّة حينئذٍ، لأن المفروض وجود الملكيّة الاعتباريّة.

وهذا القول هو الصحيح.

إنما الإشكال بناءً على قول المشهور، لأنه إذا كان البيع موضوعاً للمؤثر في الملكيّة الواقعيّة ثم شك في اعتبار العربيّة مثلاً في عقد البيع، ولاندري هل العقد الفاقد لها يؤثر أو لا، كان التمسك بالاطلاقات غير جائز كما تقدّم، بخلاف القول الثاني، فإنه بناءً عليه لا محذور في التمسك، لأن البيع موضوع لإنشاء التملك المؤثر في الاعتبار العقلائي، والألفاظ موضوعة للمعاني العرفيّة، وعليه، فمعنى الآية المباركة: إن كلّ عقد كان مؤثراً في الملكيّة الاعتباريّة العقلائيّة فهو حلال، فإذا قال: الغرر مفسد للبيع، فقد استثنى البيع الغرري من عموم ما أمضاه، لأن مقتضى الإطلاق مؤثريّة كلّ بيع عقلائي، فيكون دليل المنع من البيع الغرري مخصّصاً ويخرج به هذا النوع من تحت العام.

فقول الشيخ: ويشكل ما ذكرناه... مبنيّ على قول المشهور.

ثم قال الشيخ ما حاصله: البيع بالمعنى المصدري عبارة عن النقل الحاصل من البائع والواقع في حيّز الإنشاء، ويقابله المعنى الإسم المصدري وهو حصول النقل في الخارج، ومراد البائع من قوله بعث هو المعنى على النحو الثاني ولو في نظره، فإن طابق الواقع كان صحيحاً وإلا فهو فاسد، وأمّا الشارع، فإن كان مؤثراً في اعتباره كان بيعاً وإلا فلا، فبيع الهازل - مثلاً - ليس ببيع عند العرف، وكذلك لو باع وقصد حصول الملكيّة ولم يؤثر عند

الشارع - كبيع الغرر - فهو ليس ببيع.

وعلى هذا، فلا يتوجه على الشيخ ما أورده بعض الأكابر^(١) من أن النقل الإيسم مصدري يدور أمره بين الوجود والعدم ولا يتصف بالصحة والفساد. وبعبارة أخرى: إذا كان للملكية واقعية، وكانت مؤثرية الملكية الحاصلة من المصدر في تحقق الملكية الواقعية، موجبة لانطباق عنوان الصحة عليها، وعدم مؤثريتها في حصولها موجبة لانضافها بالفساد، لم يتوجه الإشكال عليه.

ويبقى الكلام في وجه التمسك بالإطلاقات في كل مورد شك في دخل شيء وجوداً أو عدماً في المؤثرية، وينحل كلام الشيخ هنا إلى وجهين: أحدهما: إن الشارع يخاطب العرف، وهو كأحدهم في مكالماته ومحاوراته معهم، فمراده من البيع في قوله «أحلَّ الله البيع» هو ما يراه العرف بيعاً، كما هو الحال في الألفاظ الأخرى من الماء والتراب وغيرهما، فمراده من البيع في الآية - وهو يكلم العرف ويتكلم بلسانهم - نفس ما يراه العرف بيعاً، فمعنى الآية حيثئذ: إن النقل الملكي الحاصل من المصدر المؤثر عند العرف في الملكية الواقعية، حلالٌ بالحلية الوضعية.

والثاني: إن «أحلَّ» تعبد من الشارع بالتأثير وجعله مؤثراً، فالبيع الذي هو مبدء المشتقات، هو الذي تعلق به الحل، أي جعل حلالاً ومؤثراً في الملكية الواقعية.

وحاصل الوجهين: إن البيع لم يستعمل في الآية في المؤثر في الملكية الشرعية، بل هو مستحيل، للزوم إثبات الشيء بنفسه.

(١) حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ٨٥ / ١.

ولو فرض كون الحلية بمعنى الترخيص لا الحلية الوضعية، فالأمر كذلك، إذ يكون المعنى: إنكم مرخصون في البيع الذي هو مؤثر عندكم في الملكية، فلولم يكن مؤثراً عندهم لم يعقل الترخيص فيه لهم، فالترخيص فيه ملازم لكونه مؤثراً، وليس الترخيص إلا الإمضاء والقبول.

هذا بيان كلام الشيخ وهو المقصود يقيناً، خلافاً لبعض الأكابر حيث فسره بنحو آخر غير مقبول عندنا.

وهذا بناءً على أن للملكية واقعية كما عليه المشهور، وحاصل الكلام بناءً عليه: إنه إن أثر ما صدر من البائع في الأمر الواقعي كان بيعاً وإلا فلا يكون بيعاً، ولذا يكون النهي من الشارع حكماً في مورد الغرر والزبائ. بمعنى أن البيع الواقع من المالك غير مؤثر، وإن كان مؤثراً عند العرف كذلك، كان الشارع مخطئاً للمالك والعرف في تلك الموارد؛ وحيث لا نهى منه فهو الإمضاء لما هو الموجود عند العرف.

وأما بناءً على أن لا واقعية للملكية يكون نظر الشارع والعقلاء طريقاً إليها، بل هي أمر اعتباري ولا حقيقة لها وراء الاعتبار، كان البيع أمراً قائماً بنفوس العقلاء واعتباراً آخر قائماً بنفس الشارع، فإذا نهى الشارع عن الغرر مثلاً، فالملكية موجودة، إلا أن الشارع لا يرتب الأثر الشرعي عليها.

وهذا المبنى هو الحق كما تقدم، وعليه يصح التمسك بالإطلاقات بكل وضوح، لأن لفظ البيع موضوع للمعنى اللغوي أي الملكية العقلانية، فإذا أحله الله فقد أحل البيع الذي هو مؤثر في الاعتبار العقلائي، فيكون للشارع اعتبار إلى جنب الاعتبار منهم، وإذا نهى عنه في مورد كان استثناءً عن العام أو المطلق الدال على حلية جميع الأقسام، فإن اشترط للمؤثرية شرطاً، أسقط

عن التأثير ما كان فاقداً لذلك الشرط، وهذا أيضاً تخصيصٌ للعام [١].

[١] لقد أجاد فيما أفاد، ويوافقه كلام سيدنا الأستاذ، فالله يرحمهما برحمته الواسعة. وينبغي التنبيه على أمور:

الأمر الأول: إنه لما كان اهتمامه بأصل المطلب، لم يتعرض لبعض ما يتعلق بكلام الشهيدين، واكتفى بالإشارة إلى البعض الآخر. وقد نقل الشيخ نص عبارة الشهيد الأول، أما عبارة الشهيد الثاني فقد جاء في ذيلها «وحيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّ بالفساد».

ولا يخفى التنافي الموجود في كلام ثاني الشهيدين بين الصدر والذيل، ففي الصدر يدعي التبادر وفي الذيل يقول بانصراف الإطلاق. هذا أولاً.

وثانياً: إنه يعتبر أن يكون التبادر من حاقّ اللفظ، لكنّ الظاهر من كلام الشهيد الثاني - في المسالك والروضة، في مسألة اختلاف المتبايعين، حيث قال: يقدم قول البائع، لأصالة الصحة^(١) - أن دعوى الوضع للصحيح مستندة إلى قاعدة حمل فعل المسلم على الصحة، فلا يكون التبادر ناشئاً عن حاقّ اللفظ. فتدبر.

وثالثاً: إنه إن تمّ ذلك بالنسبة إلى الصحيح، فلا ينافي كون الفاسد موضوعاً له أيضاً. وهذا ما أورده الميرزا القمي على المسالك قال: عدم صحة السلب عن الصحيح لا يثبت المجازية في الفساد، لأننا لانكر كونه حقيقةً في الصحيح، إنما الكلام في الاختصاص وهو لا يثبت^(٢).

لكنّ هذا الإشكال يتوجّه على ما في نسخة المسالك من «عدم صحة السلب» لكن في عبارة الشيخ قدس سرّه «صحة السلب»، ولعلّه وجد بعض نسخ المسالك

(١) مسالك الأفهام ١/ ١٨٦، الروضة البهية ٣/ ٥٤١.

(٢) قوانين الأصول ١/ ٥٢.

كذلك، وعليه، فلا مورد له.

هذا كله بالنسبة إلى أدلة القول الأول، وهو الوضع لخصوص الصحيح.

وذهب السيد إلى القول الثاني بقوله: لا ينبغي التأمل في كون «البيع» بل سائر المعاملات، أعم من الصحيح الشرعي، كيف وإلا يلزم القول بالحقيقة الشرعية أيضاً، وهو في غاية البعد. وما ذكره المسالك من التبادر وصحة السلب ممنوع، وحمل الإقرار على الصحيح لمكان الإنصراف، مع أن صحة التقسيم يدل على الأعمية، ودعوى المسالك كونها أعم كما ترى، إذ هو إنما يصح باعتبار نفس المفهوم والمعنى، لا بحسب ما أطلق عليه اللفظ ولو مجازاً، كما هو واضح.

بل أقول: الظاهر أنه أعم من الصحيح العرفي أيضاً، بمعنى أن الفساد في نظر العرف أيضاً بيع، فكل تمليك عين بعوض مع التعقب بالقبول، بيع، سواء أمضاه العرف والشرع، أم لا، وهذا واضح جداً^(١).

وقال سيدنا الاستاذ: استدل للثاني بصحة التقسيم.

وأجيب: بأنه أعم من الحقيقة والمجاز.

وفيه: إن ظاهر التقسيم - في أي مورد - كونه على الحقيقة، إذ التقسيم لا يناسب

التجزؤ.

فالحق: إن الإلتزام بالقول الأول مشكل^(٢).

الأمر الثاني: قالوا^(٣) إن توجيه الشيخ ما ذهب إليه الشهيدان، مأخوذ من كلام

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣١٥.

(٢) بلمغة الطالب: ٤٩.

(٣) حاشية الزيدي ١ / ٣١٩، بغية الطالب ١ / ٤٤.

المحقق التقني في حاشية المعالم في مسألة الصحيح والأعم، فإنه بعد ما نقل عن الشهيدين كلامهما كما تقدم قال: «فالأظهر أن يقال: بوضعها لخصوص الصحيحة، أي المعاملة الباعثة على الآثار المطلوبة منها، وإطلاقها على غيرها ليس إلا من جهة المشاكلة أو نحوها، على سبيل المجاز، لكن لا يلزم من ذلك أن يكون حقيقة في خصوص الصحيح الشرعي، حتى يلزم أن تكون توقيفية متوقفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها، بل المراد منها إذا وردت في كلام الشارع قبل ما يقوم دليل على فساد بعضها، هو العقود الباعثة على تلك الآثار المطلوبة في المتعارف بين الناس، فيكون حكم الشارع بحلها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً، فيطابق صحتها العرفية والشرعية، وإذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها، خرج ذلك عن مصداق تلك المعاملة في حكم الشرع وإن صدق عليه عند أهل العرف، مع فرض اتحاد العرفين وعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع، إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، وإنما الإختلاف هناك في المصداق، ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع، لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً، كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع. فظهر أنه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة، وكون المرجع في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية، من غير أن يحقق هناك حقيقة شرعية جديدة، فتأمل جيداً^(١).

أقول: وأنت إذا وقفت على هذا النص ونظرت في ما أفاد السيدان الجدّ والأستاذ،

(١) هداية المسترشدين في حاشية معالم الدين: ١١٣ ط الحجرية.

وجدت كلامهما هو البيان الصحيح لمرام الشيخ الأعظم وصاحب الحاشية، قدّس الله أسرارهم.

الأمر الثالث: الظاهر أن الإطلاق الذي وجهه الشيخ التمسك به، هو الإطلاق اللفظي، وقال المحقق الخوئي: بأنه إطلاق مقامي، ثم أورد عليه: بأنه إنما يجوز التمسك بالإطلاق المقامي فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقّنة، وإلا فينصرف إليها الإطلاق من دون أن تلزم اللغوية من الإهمال. ومن البين أن مقامنا من هذا القيل، لأننا كشفنا من مذاق الشارع كشفاً قطعياً - ولو من غير ناحية الإطلاقات الواردة في إمضاء العقود - أن بعض ما هو سبب للبيع عرفاً مؤثّر في الملكية جزماً. وإذن، فلا يبقى مجال للتمسك بالإطلاق المقامي صيانةً لكلام الشارع عن اللغوية^(١).

لكن لا مجال للإيراد المزبور، لأنّ الشيخ لا يريد الإطلاق المقامي. ويبقى الإشكال على الشيخ في أصل المبنى في الملكية، وقد أشار السيّد الجّد تبعاً للمحقق اليزدي^(٢) إلى منعه، وأنّ الصحيح أنها لا واقع لها إلا الاعتبار. وكذا الإشكال عليه في وضع ألفاظ العقود، فإنّ الصحيح كونها موضوعاً للأعم، ولذا قال سيّدنا الأستاذ: إن الحق أن الالتزام بالقول الأول مشكل^(٣).

وقال شيخنا دام بقاءه: لأنّ المراد من الموضوع له هو المصداق لا المفهوم، لأنّ المصداق هو القابل للتأصاف بالصحة والفساد، وهذا المصداق إمّا خصوص الصحيح وإمّا الفاسد وإمّا الأعم منهما، لكنّ الواضح ليس بمهملي ولا مجمل، وإذ لا دليل على

(١) مصباح الفقاعة ٢ / ٨٤

(٢) حاشية السيد اليزدي ١ / ٣٢٠.

(٣) بلغة الطالب: ٥٠.

الخصوص فالإطلاق.

الأمر الرابع: قد ذكر الشيخ في مباحث الألفاظ رأي المحقق التقي المزبور، وأشكل عليه ثم قال: ولعلَّ الله يحدث بعد ذلك أمراً^(١) لكنه وافقه في مكاسبه. أقول: قد ألف الشيخ كتاب المكاسب بعد الرسائل، وهو يحيل إلى مباحث الظن والقطع في مواضع من مطارح الأنظار. فليتدبر.

(١) مطارح الأنظار: ٤ - ٥ ط الحجرية.

المعاطاة

المعاطاة

قال الشيخ:

إعلم أنَّ المعاطاة -على ما فسره جماعة- أنَّ يعطي كلُّ من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر.
أقول:

تعريف المعاطاة

أي: إنَّ المعطي يعطي الشيء عوضاً عما سيأخذه من الآخذ الذي يعطي عوضاً عما أخذه، فالبايع يأخذ بعدَّ والمشتري يأخذ بالفعل.
وهذا الذي ذكره عبارة عن المعاوضة لا البيع بالتعاطي والمعاطاة البيعية التي تسدَّ مسدَّ البيع بالصيغة وتحلَّ محلَّه، فكأنَّه بصدد بيان المعنى اللغوي للمعاطاة، إذ يتحقَّق بإيجابين وقبولين، لأنَّ كلاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمَّا في البيع المعاطاتي، فإنَّ الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول، فالمقوم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشيء، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخلية في حقيقته لإعطاء المشتري، ولذا يستحقَّق نسيئته، حيث يعطي أحدهما بعوض يكون في ذمَّة الآخر إلى أجلٍ معيَّن، وذلك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لما تعهَّده.

فإن قلت: وفي النسيئة أيضاً، يكون الإعطاء مقوماً وإن كان بعد حين.
قلت: إذا يلزم في النسيئة أن لا يكون الآخذ للشيء مالكاً له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلَّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذَّر عليه دفعه عند حلوله لزم

القول بعدم حصول الملكية له فيما أخذه نسيئةً، مع أن الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشيء من حين أخذه.

فالصحيح أن يقال بأن: المعاطة أن يعطي أحدهما قاصداً التملك بعوضٍ ويأخذه الآخر.

فإن كان رحمه الله في مقام تعريف البيع بالتعاطي، توجه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلا بد من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللغوي، لا سيما بالنظر إلى قوله بعد ذلك: وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يقصد الإباحة، لأن قصد الإباحة أجنبي عن البيع.

لكن يبقى عليه ما تقدّم من أن هيئة المفاعلة غير موضوعة لغةً لصدور الفعل من الاثنين، وأن مدلولها صدور المبدء من الشخص متوجّهاً إلى الغير أعمّ من أن يصدر من الآخر كذلك أو لا يصدر، كما في خاطب زيد عمراً، ووارى الميت وخادع بكراً... وهكذا [١].

[١] أقول: حاصل كلامه طاب ثراه الاعتراض -كغيره من الأكابر- على التفسير المذكور، قالوا: إن لفظ المعاطة لم يرد في شيء من النصوص وغيرها من الأدلة ليجتاح إلى تفسيره. وأيضاً، فإن الفقهاء يريدون بالمعاطة كلّ معاملة لم تكن بالصيغة بالشروط المعتبرة شرعاً، وبعبارة أخرى: إنهم يقصدون أنه كما يتحقق البيع -مثلاً- بالإنشاء اللفظي ويترتب عليه الأثر، فهل يتحقق ذلك بالفعل أو لا؟ فهذا هو موضوع البحث، ولذا حمل السيد الجّد قدّس سرّه ما ذكره الشيخ رحمه الله على المعنى اللغوي حفظاً لمقامه العظيم، ولكن معنى المعاطة لغةً -وهو العطاء من الجانبين كما ذكروا- لا مساس له بالبيع، فليته قال: أن يعطي كل من اثنين عوضاً عما يأخذه من الآخر على وجه الملكية، حتّى ينطبق التعريف على البيع لغةً.

أقسام المعاطاة

قوله:

وهو يتصور على وجهين، أحدهما: أن يبيح كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظير إلى تملكه.

أقول:

في هذا المعنى إعطاء ان وإباحتان في التصرف، وليس في البين تملك، وهل هي إباحة مطلقة أو في جهة خاصة؟ ظاهره الأول، فيعم الانتفاع والإتلاف والتصرفات المتوقفة على الملك، فيقع الإشكال بأنه: مع قصد الإباحة كيف يعقل جواز سائر التصرفات المتوقفة على الملك، كالبيع والوقف ونحوهما؟

اللهم إلا أن يقال: بأن هذه الإباحة فعلية، ولما كانت مطلقة وشاملة لجميع أنحاء التصرف، كان للإباحة هذه دلالة التزامية على كونه وكيلاً من قبله في تملك الشيء لنفسه، حينما يريد أن يتصرف فيه التصرف الموقوف على الملك [١].

[١] وقال سيدنا الأستاذ قدس سره: وإنما الإشكال في التصرفات الموقوفة على الملك، فقد قيل: بأن الإذن بالتصرف يقتضي الإذن في التملك أولاً ثم التصرف فيه بشئ أنحائه، وقيل: بعدم كفاية الإذن لهذه الجهة^(١).

هذا كلامه، وظاهره التوقف.

لكن شيخنا الأستاذ دام بقاءه أجاب عما ذكره السيد الجّد بأنه غير دافع للإشكال،

قوله:

الثاني: أَنْ يتعاطيا على وجه التملك.

أقول:

ظاهره أن التعاطي على هذا الوجه هو الذي يحقق المعاوضة البيعية، فيرد عليه: ما تقدم من أَنَّ المعاوضة البيعية ليس «أن يتعاطيا»، بل إعطاء وأخذ وإلا يلزم أن يكون هناك تمليكاً وقبولاً. وبالجمله: المعاوضة إعطاء على وجه التملك وأخذ على وجه التملك، وما ذكره غير منطبق عليها أصلاً.

قوله:

وربما يذكر وجهان آخران، أحدهما: أن يقع النقل من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه. الثاني: أن يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

أقول:

الوجهان ذكرهما صاحب الجواهر رحمه الله بعد الوجهين السابقين،

لأن الوكالة عقد من العقود، وهنا ليس إلا فعل واحد، فبناءً على تحقق الوكالة بالفعل، كيف يكون الفعل الواحد مفيداً للإباحة والوكالة في مطلق التصرفات؟ وأيضاً، فإن الوكالة من الأمور القصدية، فلا بد وأن يكون المعطي ملتفتاً حين الإعطاء إلى توقف بعض التصرفات على الملك واحتمال قيام الأخذ بذلك حتى يوكّله فيه. فما ذكره لا يحل المشكلة، ولعل في قوله: اللهم إلا أن يقال، إشارة إلى ضعفه.

أقول: إنه بناءً على جريان المعاوضة في سائر العقود إلا النكاح، لا مانع من دلالة الفعل على الوكالة بالالتزام مع دلالة على الإباحة بالمطابقة، وظاهر التسليط على الشيء بلا قيد إلتفاته إلى جميع أنحاء التصرف، فهو وكيل فيها كلها.

فالوجوه عنده أربعة، قال في الجواهر: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطي البقال -مثلاً- شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه....

رابعها: أن يقصد الملك المطلق...»^(١).

فأشكل الشيخ على الأول:

قوله:

ويرد الأول: بامتناع خلق الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العناوين الخاصة.
أقول:

تقريب الإشكال هو: إن هذا الإعطاء فعل تكويني خارجي، والفعل لا يعقل أن يكون بلا داع، لأن الداعي من مبادي الإرادة، فإما هو انتفاع الطرف المقابل بالعين وكونها عارية عنده، وإما هو كونها عنده أمانة، وإما هو التملك مع الضمان فيكون قرضاً، أو لا يكون تملك بل ترخيص في التصرف فيكون إباحةً. فلا بد من أحد هذه العناوين، ولا يعقل تحقق الفعل منسلخاً منها. أما سائر العناوين، فلا مجال لاحتمال شيء منها، وأما التملك والإباحة، فقد ذكر أن لا قصد بالنسبة إليهما.

وعلى الجملة، الإعطاء الخارجي فعل اختياري، وهو مسبوق بالإرادة، وهي لا تكون بلا داع يكون هو الغرض من الفعل والعلّة الغائية، وهو لا يخلو من عنوان من العناوين.

والظاهر: أن هذا مراد الشيخ، لا ما ذكره السيّد -رحمه الله- من أن

الجنس بلا فصلٍ لا يتحقق [١].

إلا أنه مع الدقة والتأمل في كلام صاحب الجواهر يظهر عدم ورود الإشكال عليه، إنه يقول: «أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة... ولعل القائل باشتراط الصيغة في البيع يشرّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها

[١] وكذلك قرّب المحقق الخوئي - ووافقه شيخنا دام بقاءه - حيث قال: «ويتوجّه على الوجه الأول: أن الفعل الصادر من المتعاطيين ليس من الأفعال غير الاختيارية كحركة المرتعش، لكي يكون خالياً عن القصد والإرادة، وإنما هو فعل اختياري صادر من فاعله بالإرادة والاختيار، وعليه، فإذا قصد كلّ من المتعاطيين من إعطائه ماله لصاحبه خصوص إباحة التصرف، كان ذلك إباحة مصطلحة كما في الضيافة ونحوها، وإذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين مع حفظها عن التلف انتفاعاً مجانياً، كان ذلك عارية، وإذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض، كان ذلك بيعاً. وحيثئذٍ، فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاطاة غير العناوين المذكورة. وبذلك يظهر بطلان الوجه الثاني. وإذن، ينحصر البحث في المعاطاة بالوجهين الأولين^(١).

فهذا مراد الشيخ لا ما ذكره السيّد حيث قال: «ولعله من جهة امتناع إيجاد الجنس من دون فصلٍ، فإنّ الإيجاد الإنشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع... ولكنّ يمكن أن يقال: بعدم المانع من ذلك أيضاً، بأن لا يتوجّه ذهنه إلّا إلى القدر المشترك، والفرق بين الإيجاد الإنشائي والخارجي واضح...»^(٢).

(١) مصباح الفقاعة ٢ / ٨٦ - ٨٧.

(٢) الحاشية على المكاسب ١ / ٣٢٧ - ٣٢٨.

محتاج إلى قصدٍ آخر بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق^(١).
وتوضيحه: إن الإعطاء الخارجي عبارة عن إيجاد السلطنة خارجاً، فهو برفعه اليد عن متاعه وإدخاله إياه تحت يد الطرف الآخر، يسلطه سلطنةً تكوينيةً خارجيةً عليه، وهذا العمل الخارجي يصلح لأن يتعنون بشيء من العناوين، من البيع والهبة والعارية وغيرها، لكنه لما يفعل ذلك لا يقصد شيئاً منها بل يريد جعل الشيء تحت تصرف الآخر، ومثل هذا الفعل لا يكون عند الشرع والعقل إلا الإباحة.

وعلى هذا، فلا مجال لإشكال الشيخ عليه، لا بتقريب السيد، لأن الفعل الخارجي أمر تكويني، وليس للأمر التكويني جنس ولا فصل، ولا بتقريبنا، لأنه لو كان المقصود حصول عنوانٍ معينٍ من العناوين لتوجه عليه ذلك، لكن المقصود نفس الفعل الخارجي، أعني رفع اليد عن الشيء وجعله تحت تصرف المعطى وسلطته، ليكون مقدمةً إعداديةً لفعل الطرف الآخر مثل هذا الفعل في حقه [١].

[١] وأفاد شيخنا دام بقاءه -بعد أن ذكر أن مراد الشيخ ما في مصباح الفقاهة لا ما في حاشية السيد اليزدي- أن الحق عدم ورود الإشكال على الجواهر، فإنه ناشئ من عدم التأمل في كلامه، فنقل كلام الجواهر كما ذكرنا وقال بالتالي: إن صاحب الجواهر لا يقول بصدور الفعل الاختياري من غير قصد، بل إنه يقول بإمكان أن يكون المقصود هو التسليط المطلق.

وأشكل الشيخ على ثاني وجهي صاحب الجواهر:
قوله:

والثاني بما تقدّم في تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير.
أقول:

إشكاله على هذا الوجه - وإن لم يمنعه كما منع الأول - غير وارد كذلك، إذ ليس في كلام صاحب الجواهر كلمة «العوض». فإن كان مراده أن يقصد كلّ منهما الملكية المطلقة من غير تقييد بخصوصية الملكية الجامعة بين البيع وغيره من المملكات، لم يتوجّه عليه إلّا ما ذكره السيّد في الوجه السّابق من عدم معقوليّة قصد الجنس بلا فصل، وحينئذٍ، يجاب عنه بما أفاده السيّد من الفرق بين الإنشاءات والتكوينيّات، ففي الإيجاد الإنشائي يمكن قصد الجنس بلا فصل، نظير قولهم باستعمال صيغة الأمر في جامع الطلب من دون خصوصية الوجوب والندب.

وعلى هذا، يتحقّق الفرق بين هذا الوجه والوجه الثاني من وجهي الشيخ قدّس سرّه [١].

وهذا تمام الكلام في تعريف المعاوضة وأقسامه.

[١] وقال شيخنا دام بقاءه: بأن الظاهر ورود هذا الإشكال، إلّا بناءً على ما ذكره السيّد اليزدي والمحقق الإيرواني من أن يكون المراد معاوضة مستقلة.

قال السيّد معلّقاً على «بما تقدّم في البيع»: «قد عرفت أن التمليك قد يكون بقصد مجرد المبادلة والمعاوضة من غير أن يكون تمليكاً بعوض على وجه يكون أحدهما بايعاً والآخر مشترياً. والظاهر أن البيع ما يكون مقابله الشراء الذي هو التملك

حكم البيع المعاطاتي

قوله:

ثم إنَّ المعروف بين علمائنا في حكمها، أنها مفيدة لإباحة التصرف، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين. وعن المفيد وبعض العامة، القول بكونها لازمة كالبيع. وعن العلامة رحمه الله في النهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف ولا بد أولاً من ملاحظة أنَّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصّة والعامة هو المعنى الثاني.

أقول:

ذكر الشيخ قدس سره الأقوال في حكم المعاطاة، واستظهر أنَّ النزاع هو في المعاطاة المقصود بها التمليك، وهذا من الواضح بمكان، إذ لا يعقل -مع فرضه في المقصود بها الإباحة- القول بإفادتها للملكية اللازمة، والقول بأنها بيع فاسد. فمحلّ النزاع هو المعاطاة المقصود بها التمليك، وحينئذٍ، يقع الإشكال في أنه مع قصدهما التمليك، كيف ذهب المشهور إلى إفادتها الإباحة المالكية؟

بالعروض، فيمكن فرض التمليك على وجه لا يكون بيعاً^(١).

قال شيخنا: وهو كلام متين.

(١) حاشية السيد الزيدي ١ / ٣٢٨.

رأي المحقق الثاني في تحرير محل النزاع

وقد اختلفت الكلمات في توجيه فتوى المشهور:
قوله:

نزل المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، وأنه يلزم بذهاب إحدى الميئين، وحقق ذلك في شرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

أقول:

هذا الذي ذكره جامع المقاصد^(١) متين في نفسه، فإن الملكية المقصودة تقع لكتنها بنظر الشارع غير لازمة مادامت العينان باقيتين، كما يقصد المتبايعان الملكية منجزة، والشارع لا يحكم بلزومها بل يقول: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^(٢).

ومحصل كلامه رحمه الله: إن المعاطاة في كلمات الفقهاء هي المقصود بها البيع، ولولا ذلك لم يجوزوا التصرف مع أنهم قائلون بجوازه، وعليه، فهم يريدون من «الإباحة» معنى آخر غير المعنى المطابق لهذه الكلمة. هذا من جهة. ومن جهة أخرى: يقولون بأنها تفيد الملكية بمجرد تلف إحدى العينين، مع أن التلف ليس من الأسباب المملكة، فمرادهم من الإباحة هي الملكية من أول الأمر. ومن جهة ثالثة: الإباحة المقولة هنا في جواز التصرف الذي هو من آثار الملكية، ولونفي الملكية انتفى لازمها، وهو الإباحة

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ٤ / ٥٨ وانظر تعليقه الإرشاد: ٣٢٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٨ / ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

وجواز التصرف.

وبهذه الجهات الثلاثة يقول المحقق الثاني: إنَّ المراد من الإباحة ليس بالمعنى المصطلح بل هو الملكية المتزلزلة، وهذا التزلزل عنه في الخيارات، إذ هناك يفسخ العقد وهو هنا جواز التراذ، وجوازه موقوف على بقاء العينين، فإذا ذهب إحدهما استحال التراذ، وسقط الجواز لعدم موضوعه وتستقر الملكية.

وقد عثرنا على قائل بهذا قبله، وهو العلامة في التحرير حيث قال: «الأقوى أن المعاطاة غير لازمة، لكلُّ منهما فسخ المعاوضة مادامت العين باقية»^(١).

لكنَّ نسبة هذا القول إلى المشهور بعيدة، إذ لا وجه للتعبير عن الملك المتزلزل بالإباحة مع وضوح التقابل بين مفهوميهما. وأيضاً: فإنَّهم لم يعبروا بالإباحة في موارد الملكية المتزلزلة، فلا يقولون بالإباحة في مدَّة الخيار في بيع الحيوان، وما لم يفترقا في خيار المجلس، مع ثبوت الملكية المتزلزلة هناك، وإذ لا خصوصية للمقام تقتضي التعبير فيه بالإباحة، وعدم تعبيرهم بذلك في موارد الملكية المتزلزلة، يظهر أنَّ ليس مقصودهم من «الإباحة» الملكية المتزلزلة [١].

[١] وفي مصباح الفقاهة: قد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني وشيّد أركانه في محكّي تعليقاته على القواعد بما لا مزيد عليه، وحمل عليه كلمات القائلين بأنَّ المعاطاة تفيد الإباحة. وهذا الرأي وإنَّ لم يكن بعيداً في نفسه، إلّا أنه غريب عن مساق كلمات

القائلين بالإباحة^(١).

وكلمة «اخترع» ظاهرة في أنه لم يسبقه أحد في هذا القول. لكنك قد عرفت من كلام السيد الجّد أنه قد سبقه إليه العلامة في التحرير، وقال السيد: إن كلماتهم مختلفة، فبعضها ناظر إلى ما ذكره الكرّكي، كعبارة العلامة في التحرير... فإنّ هذا الكلام كالصّريح في الملك المتزلزل^(٢)، لكنّ الشيخ الأعظم ينفي دلالة كلام التحرير على ذلك، ويؤكد عدم وجود القائل به قبل المحقق الثاني^(٣) فتدبر.

ولنورد كلام المحقق الكرّكي هنا بنصّه:

قال في شرح القواعد: «المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع، وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد، سوى المصنّف في النهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها. وقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ عام إلا ما أخرجه الدليل.

وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر وبالذهاب يتحقّق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً، ولم يجز التصرف، وكافة الأصحاب على خلافه. وأيضاً، فإن الإباحة المحضّة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده؟ وإنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول .. لأنها

(١) مصباح الفقاعة ٢ / ٨٩

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٣) كتاب المكاسب ٣ / ٣٩ - ٤٠.

رأي صاحب الجواهر

قوله:

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه، التجأ إلى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، ورجح بقاء الإباحة في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، ونزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، وطعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التملك قائلاً: إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك، مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم.

أقول:

مراده من «بعض المعاصرين» هو صاحب الجواهر قدس سره، وهذا الذي ذكره عنه أبعد مما قال المحقق الكركي، إذ كيف تكون المعاطاة المقصود بها الإباحة هي محل النزاع بين الفقهاء، مع قول بعضهم بإفادتها الملك اللازم، وقول آخر بأنها بيع فاسداً

تدلّ بالقرائن -منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد مادام ممكناً، ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم، ويكفي تلف إحدى العينين، لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر.

وأضاف في حاشية الإرشاد: إن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، وإلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكيفية، بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد وهو باطل، وعليه يتفرع النماء وجواز وطء الجارية، ومن منع فقد أغرب.

لكنَّ المستفاد من كلام صاحب الجواهر - بل الظاهر - غير هذا الذي نسب إليه الشيخ، بل في الجواهر: إن القول بإفادة المعاطاة المقصود بها التمليك للإباحة لا ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم، فهو ينسب إلى المشهور القول بفساد هذه المعاملة، لاشتراطهم الإيجاب والقبول اللَّفْظِيَّين، ثم يستدرك قائلًا: بأنَّ كلماتهم - بل كلمات غيرهم أيضاً - لا تأبى عن إفادة الإباحة حيثُذ، بأنَّ تكون هذه المعاطاة مؤثَّرة في إباحة كُلِّ منهما التصرف للآخر في ماله على جهة المعاوضة... وأين هذا من جعل محلَّ النزاع بينهم المعاطاة المقصودة بها مجرد الإباحة كما نسب إليه الشيخ؟ [١]

[١] أقول: وهذا نصُّ كلام الجواهر: «وأما دعوى أنَّ النزاع فيما إذا قصد المتعاقدان بفعلهما البيع مثلاً، على حسب البيع بالصيغة، وكان جامِعاً للشرائط عدا الصيغة، فهل يقع بيعاً أو يكون إباحة أو يقع بيعاً فاسداً كما وقع من المتأخرين؟ فلا أعرف للثاني منهما وجهاً على هذا التقدير، فضلاً عن نسبه إلى المشهور بل الإجماع، ضرورة أنَّهم إنَّ أرادوا أنها من المالك، فالفرض عدمها، لكن المقصود له أمراً خاصاً لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه، وإنَّ أرادوا بها إباحةً شرعيةً فهو مع أنه من الغرائب، بعد أن جعل الشارع أمر المال إلى مالكة وأنه هو المسلط عليه وأنه لا يحلُّ إلا بطيب نفسه - لا دليل عليها»^(١).

فهل تصحُّ نسبة القول المذكور إليه؟ فتدبر.

رأي الشيخ الأنصاري

قوله:

والإنصاف: إن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب... إلّا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد في كلامهم أحد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى....

والذي يقوئ في النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التملك، وأنّ الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به في المسالك - من استلزام إعطاء كلّ منهما سلطته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات.

فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة، وحاصله: إن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف....

أقول:

منشأ هذا الإشكال..بعد أن كان محلّ النزاع هو المعاطاة المقصود بها التملك - هو منافية قول المشهور بالإباحة لقاعدتي: «العقود تابعة للمقصود» و«عدم جواز وقوع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع»، لأنّ العقد معاهدة وتقرير أمر بين الطرفين، فإذا لم يتبع العقد القصد لزم الخلف، فقاعدة تبعيّة العقود للمقصود أمرين، لأنّ الإنسان إنّما يعاهد على ما هو المقصود له، وكذا المعنى في القاعدة الأخرى، إذ ليس المراد من «وقع» هو الأمر الواقع منسوباً إلى المتعامل، بل المراد أن يقع منه ما يقصده، والإنسان لا يقع منه ما لم يقصده،

لكون الإيقاع تابعاً للقصد، فيمتنع أن يقع منه أمر غير مقصود له، فإذا كان غير مقصود فهو غير واقع منه.

هذا هو منشأ الإشكال، وهو لا يرتفع لا بما ذكره المحقق الكركي، لأنه بعيد عن ظواهر كلماتهم، ولا بما ينسب إلى صاحب الجواهر، ولا بما ذهب إليه المحقق الخراساني.

رأي المحقق الخراساني

فإنه ذكر - بلحاظ القاعدتين المذكورتين - أن محل النزاع هو المعاوضة المقصود بها الملكية، لكن الشارع لا يقول بأن الملكية غير حاصلة ليلزم تخلف ما وقع عما قصد، وإنما يقول بحصولها بشرط التصرف، نظير حكمه في بيع السلم، حيث يقصد المتعاملان حصول الملكية في آن العقد، إلا أن الشارع لا يعتبر ملكية الكلي المبيع إلا بعد قبض الثمن، وفي بيع الصرف يقصدان حصول الملكية في الحال، إلا أن الشارع لا يعتبرها إلا بعد قبض الثمن والمثمن، وفي المقام: لا ينفي اعتبار الشارع للملكية حتى يلزم الخلف، بل يقال بكون اعتباره مشروطاً بالتصرف، ومالم يتصرف فالإباحة الضمنية ثابتة.

هذا كلام المحقق الخراساني قدس سره [١]، والفرق بينه وبين كلام المحقق الكركي في حصول الملكية في حين المعاوضة لكن متزلزلة، وفي حصولها بشرط تحقق شرطها وهو التصرف. وفيه:

[١] وهذا نص عبارته: «بل يؤثر التملك غاية الأمر بشرط التصرف، كالقبض في

الصرف والسلف، أما الإباحة قبله، فليست شرعية بل مالكية ضمنية» (١).

أولاً: إن الفقهاء القائلين بالإباحة لا يريدون الإباحة الضمنية، لأن هذه الإباحة هي الرضا بالتصرف في ضمن الملكية الحاصلة بالنسبة إلى مال المعطى له لا مال المعطى نفسه، والرضا بالتصرف في مال المعطى له لا أثر له في حصول الإباحة.

وثانياً: إن هذا الذي ذكره لم يقل به أحد.

وثالثاً: وهو الأهم - إنه لا دليل عليه.

التحقيق في المقام

لكن الذي أوقعهم في هذا الإشكال وكثر فيه القيل والقال، هو: جعل «الإباحة» في كلام المشهور إباحة مالكية، فإنها التي تنافي القاعدتين... فإذا جعلناها شرعية ارتفع الإشكال... وبيان ذلك:

إن الملكية أمر اعتباري، والإعتبار زمامه بيد من له الإعتبار، والأمر الاعتباري ليس له وجود خارجي، وإنما قيامه بنفس المعتبر الذي له أهلية ذلك. ثم الملكية إما عقلانية وهي اعتبار عقلائي، وإما شرعية وهي اعتبار شرعي، وهما ربما يتطابقان وربما يتخالفان.

والبيع المفيد للملكية الشرعية اشترط فيه شروط منها الإيجاب والقبول اللفظيان، ولذا جاء عنوان «المعاطاة» في الكتب الفقهية بعد الفراغ عن أحكام العقد اللفظي، بلحاظ أنها فاقدة للصيغة، فيقولون هل تفيد الإباحة أو الملكية؟

والمشهور - لاشتراطهم الصيغة اللفظية - يقولون بأن الملكية الشرعية لا تحصل بالمعاطاة، أي إن الاعتبار الشرعي الموجود في البيع بالصيغة، غير موجود في المعاطاة، كما هو غير موجود في الصيغة الفاقدة لبعض

الشرائط المعتمدة.

فهم يقولون في المعاوضة المتداولة بين الناس التي تقع بينهم بقصد التمليك بأن هذا الفعل لا يفيد الملكية الشرعية عند الشارع -لاشتراطه الإيجاب والقبول اللفظيين في البيع- فليس له هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلاني، لكن له اعتبار الإباحة في التصرف، فهنا إباحة شرعية لا مالكية حتى يقال: بأن ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيضطر إلى حمل كلامهم على ما لا وجه لحمله عليه.

والدليل على هذه الإباحة الشرعية هو: أنه في البيع الفاسد -كالبيع الغرري مثلاً- يقولون بعدم حصول الملكية وبعدم جواز التصرف في العوضين، والوجه في الحكم بعدم جواز التصرف فيهما هو أن التسليم والتسلم الحاصلين بعد العقد إنما حصلوا من باب ترتيب الأثر عليه، فالبايع يسلم المبيع إلى المشتري لكونه -أي المشتري- مالكا له، فإذا تبين فساد العقد عند الشارع، ظهر أن المبيع لم يكن ملكاً للغير، فلا موضوع لهذا التسليم وجواز تصرف المشتري فيه.

أما في المعاوضة، فالمال ملك للمعطي، يعطيه للغير بطيب نفسه ويقصد التمليك، فإذا تبين فساد المعاملة -لكونها فاقدة للصيغة- وعلم أن الشارع لا يرتب على هذا الإعطاء أثر البيع، لم يكن مانع من الترخيص الشرعي في التصرف فيه، لأن المفروض كونه مسلطاً للغير على ملك نفسه بطيب نفسه، وأن هذا المعنى باقٍ بعد حكم الشارع بعدم الملكية، فيحكم الشارع بالإباحة، لتحقق موضوع حكمه وهو الرضا من المالك بتصرف الغير في ملكه.

فإن قلت: فلم لا تأتي هذه الإباحة الشرعية في البيع الفاسد.

قلت: قد ذكرنا أنه في البيع الفاسد إنما يعطي المال للمشتري بعنوان

كونه ملكاً للمشتري، فإذا أبطل الشارع البيع لم يبق موضوع للإعطاء ثم تصرف المشتري، بخلاف الحال في المعاطاة، فإنه يعطي ملكه للطرف الآخر بقصد التملك، فإذا لم يرتب الشارع آثار التملك على هذا الإعطاء، لم يكن مانع من أن يبيع للآخر التصرف فيه، لأن المفروض رضا المالك بهذا التصرف. فما قصد لم يقع لعدم شرعيته، وما وقع وهو الإباحة الشرعية لم يقصد، لكن قصد - بإعطائه ماله الغير - إدخاله في حيز تصرف الغير وجعله تحت يده، فيجوز له التصرف بحكم الشارع.

وعلى الجملة: نقول: مراد المشهور من «الإباحة» في المعاطاة المتداولة المقصود بها التملك هي الإباحة الشرعية، بمعنى أن شرط حصول الملكية شرعاً في البيع كونه بالضيعة اللفظية، فإذا فقدت لم يعتبر الشارع الملكية، لكن يتعبدنا بالإباحة، لأن من يدخل ماله تحت يد الغير بطيب نفسه بقصد الملكية، قد رفع يده عن ملكه، وإذا حكم الشارع بعدم حصول الملك حكم بالإباحة، لأن المال يحل للغير بطيب نفس ماله.

ولا يرد عليه النقض بعدم جواز التصرف في البيع الفاسد. لأن الرضا المقوم للبيع لم يمتص شرعاً، ولا رضا آخر غيره، فلا يجوز التصرف.

ولا يقال: فقد سلم ماله للطرف الآخر. لأنه إنما سلمه إياه بعنوان كونه مالاً للغير، وفي المعاطاة يسلمه حال كونه مذكاً لنفسه بطيب نفسه، وطيب النفس هو الملاك لجواز التصرف شرعاً.

فهذا هو التحقيق في بيان مذهب المشهور، ويمكن استفادته من كلام للشيخ في المبسوط - وإن حملة الأعظم على معنى آخر - وهذه عبارته بعد

بيان اشتراط الإيجاب والقبول:

«وكل ما جرى بين الناس إنما هي استباحات وتراض، دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً، مثل أن يعطي درهماً للخباز فيعطيه خبزاً أو قطعةً للبقلي فيناوله البقل، وما أشبه ذلك. ولو أن كلاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع»^(١) والله العالم.

وعلى الجملة، فإن محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها التملك، وأن المراد من الإباحة هي الإباحة الشرعية.

وبما ذكرنا ظهر النظر في كلمات الأعلام.

قوله:

لكن الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإن هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة....

أقول:

يعني: إن التزام الفقهاء بالملكية أنما في التصرفات المتوقعة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة، أهون من حمل كلماتهم على الملكية المتزلزلة، فله أن يبيع ما يأخذه بالمعاطاة مع أنه لا يبيع إلا في ملك، وأن يوقفه مع أنه لا وقف إلا في ملك، وأن يطأ الجارية مع أن الوطء لا يكون إلا في ملك، وهكذا. وبالجملة، فإنه مع الشك في سببية المعاطاة للتصرفات، فإن الأصل هو العدم، لكن الدليل من الإجماع والسيرة يقتضي جوازها، فيلتزم بحصول الملكية في أن التصرف الملكي.

(١) المبوط في فقه الإمامية ٢ / ٨٧.

لكن، إذا قام الدليل على جواز التصرف مطلقاً، فإنه سيكون رافعاً للشك ويقتضي القول بالملكية من أول الأمر، على أن الالتزام بالملكية في أن التصرف وإن أمكن في مثل وطىء الجارية، لأن المحرم هو الوطي في غير الملك ولا يشترط تقدم الملكية على الوطيء، إلا أنه في مثل البيع غير صحيح، لأن البيع تمليك الغير، فأن البيع أن ملكية الغير - لأن التمليك والملكية واحد في الحقيقة - فإذا كان مالكا للشيء في هذا الآن لزم اجتماع الضدين، وكذا في الوقف، لأن حقيقته الإخراج من الملك، فإذا قلنا بالملكية في أن الوقف لزم اجتماع الضدين كذلك، فالصحيح هو القول بالملكية من أول الأمر بمقتضى الدليل.

نعم، يمكن تصوير الملكية أنما بأن يجعل أن الإيجاب غير أن القبول، فيكون الشيء في أن الإيجاب ملكاً للبائع وفي أن القبول ملكاً للمشتري، وكذا في الوقف... إلا أنه لا حاجة إلى هذا التكلف بل التعسف مع وجود الدليل.

هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع؟

قوله:

ثم إن المعروف بين المتأخرين: إن من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة قال بأنها ليست بيعاً حقيقة، كما هو ظاهر بعض العباثر المتقدمة ومعقد إجماع الغنية. وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي لزوم. وكلاهما خلاف الظاهر. ويدفع الثاني تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار... وأما الأول....

أقول:

كان الأولى أن يدفع الأول: بأن الملكية ليس لها واقعية، وإنما هي أمر اعتباري، وكل أمر اعتباري فقوامه بنفس الاعتبار ولا وجود له إلا في عالم الاعتبار، وإذا كان البيع موضوعاً في الأمر الاعتباري كانت المعاطاة المفيدة لهذا الأمر الاعتباري بيعاً كذلك، غير أن الشارع إذا اعتبر العقد اللفظي، كانت النتيجة أنه بيع فاسد لا أنه ليس بيع.

وأما دفعه توجيه المحقق الثاني بما ذكره، فعجيب، لأنه يقول في التنبيه السادس - كما سيأتي - بأن عنوان جواز الترادّ الثابت في المعاطاة غير عنوان الفسخ الثابت في سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع في الهبة. وعليه، فالبيع المعاطاتي هنا متحقق، لكن الترادّ جائز.

وأيضاً، فإن صريح المحقق الثاني أنه يجوز التراد في المعاطاة مادام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادّ ويكون لازماً. فمراده من اللزوم جواز التراد ومن عدم اللزوم عدم جوازه.

فما ذكره غير دافع لكلام المحقق الثاني، لأن الذي فيه هو التراد لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك في التنبيه السادس، فالتراد جائز مع عدم الخيار.

الأقوال في المعاطاة

إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة: اللزوم مطلقاً... واللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعاملة لفظاً... والملك غير اللازم... وعدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك... وإباحة ما لا يتوقف على الملك... والقول بعدم إباحة التصرف مطلقاً. أقول:

قد اختار القول الأوّل من المتأخّرين: الفيض الكاشاني والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة، وقد ذكر شيخنا الجدّ قدّس سرّه قولهما بالتفصيل، وأجاد فيما أفاد^(١). وتأمله بالنسبة إلى القول الثاني في محله، لأنّ اشتراط ذلك عبارة أخرى عن عدم سببيّة المعاطاة للملكيّة.

والقول السادس هو أنّ المعاطاة لغو، وكأنّ القائل به يريد أنّها وإن كانت بيعاً عند العرف وتقيّد الملكيّة في اعتبارهم، لكنّها في اعتبار الشارع لا تقيّد الملكيّة ولا الإباحة، فلا يترتب عليها أيّ أثر بل هي بيع فاسد، وهذا على القول بأنّ الملكيّة أمر اعتباري واضح، لأنّ جواز التصرف الذي يكون التملك مقوماً له قد زال بعدم إمضاء التملك، ولا وجه غيره لجواز التصرف، وأمّا على مسلك الشيخ - من أنّه ليس للشارع اعتبار في مقابل اعتبار العقلاء، بل الملكيّة حقيقة واحدة ونظر الشارع والعرف طريق إليها، ففي كلّ مورد وقع الخلاف بينهما، فإنّه يخطأ العرف والعقلاء - فلا مانع من

(١) غاية الأمل في شرح المكاسب ١ / ١٧٨.

أن تكون المعاطاة - لا سيّما في حالكون الطرفين عالمين بعدم المؤثرية شرعاً - مفيدة للإباحة المالكية [١].

المختار: حصول الملك

قوله:

وذهب جماعة - تبعاً للمحقق الثاني - إلى حصول الملك، ولا يخلو عن قوة. للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه....

الاستدلال بالسيرة

أقول:

والاستدلال بالسيرة للقول بحصول الملك بالمعاطاة والتصرف في المأخوذ بها بالعتق والبيع والوطيء وغير ذلك من آثار الملك، يكون على نحوين:

سيرة المتشّعة بما هم متشّعة، فإن المرتكز في أذهانهم وعملهم على طبقه، يكشف عن تلقّيهم ذلك من الشارع، نظير الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم، فإن حصلنا في المسألة على مثل هذه السيرة من أهل الشرع، ملتزمين به في أفعالهم وتروكهم، كانت كاشفة، ولا مجال لاحتمال كونها

[١] وقال السيّد: «وهنا قول سابع، وهو: إنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية

وليست بيعاً وإن كانت في مقامه. حكى عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قدّس سرّه» (١).

ناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين [١].

إلا أن الكلام في المقام في الصغرى [٢].

وسيرة العقلاء، ولا ريب في قيامها في ما نحن فيه، فإن بناءهم قبل الشرع وإلى الآن، على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك، ولو لم تكن هذه السيرة مرضية عند الشارع لردع عنها، لأن عدم الردع يكشف عن الرضا بها ومطابقتها لغرضه، وألا يلزم نقض الغرض، نظير ما تقرّر في حجية الظواهر.

وعلى الجملة، فإن العقلاء يتصرفون بالتصرفات المتوقفة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة المقصود بها التملك، مضموناً بالثمن المسمّى - لا بالمثل والقيمة - وليس ذلك إلا من جهة كونها بيعاً صحيحاً مملّكاً، والشارع كان يرى هذه السيرة ولم يردع عنها، فهي بيع مملّك. هذا.

[١] وقال السيّد: «دعوى: أنه مبني على عدم المبالاة، كما ترى، بل من المعلوم أن الأئمة عليهم السلام وأصحابهم بل سائر الناس من العلماء والعوام، كانوا يتصرفون في الهدايا والعطايا تصرف المملّك، ولم يعهد من أحد منهم إجراء الصيغة فيها، مع أنه لا فرق بينها وبين البيع بناءً على اعتبارها في الملكية. فتدبر»^(١).

[٢] وحاصله الردّ على الشيخ والسيّد قدس سرهما، لأن حقيقة سيرة المتشرعة الإجماع العملي منهم المتخذ من صاحب الشريعة من حيث التزامهم بالدين، وتحقق ذلك مع وجود الشهرة القطعية - بل ادّعي الإجماع - على الإباحة أوّل الكلام، فالدليل هو السيرة العقلانية، لكن المهم فيها أن لا تكون مردوعة، وقد تعرض السيّد الجدل لما يحتمل رادعيته إلا الإجماع المذكور، وسيأتي الكلام حوله.

ولا يتوهم: أن ما دلّ على أن لا بيع أو وقف أو وطى إلا في ملك، رادع عن هذه السيرة.

لأن تلك الأدلة متأخرة في الرتبة، لأنها دلت على المنع من تلك التصرفات إلا في الملك، والسيرة أفادت بأن هذا ملك، فليسا في مرتبة واحدة حتى تتحقق الرادعية.

نعم، لو قام الدليل على عدم جواز التصرفات الملكية في المأخوذ بالمعاطاة، كأن يدلّ على أن المأخوذ بها لا يباع، أو قام على اعتبار الإيجاب والقبول اللفظين في حصول الملك، بأن يدلّ على أن لا بيع إلا بالإيجاب والقبول، لكان رادعاً عن السيرة، لكن المفروض عدم وجود دليل كذلك.

وهل يصلح دليل الاستصحاب بعمومه للرادعية عن السيرة المذكورة، إذ مع الشك في إفادة المعاطاة للملكية عند الشارع، نستصحب عدمها ويكون رادعاً عنها وتسقط بذلك عن الكاشفية؟

وكذلك الكلام في مبحث خبر الواحد، لأن من أدلة حجتيه سيرة العقلاء، وحجتيها منوطة بعدم الردع، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ رادع، فتسقط السيرة عن الدليلية.

وهكذا في مبحث الاستصحاب، حيث يستدلّ له بالسيرة العقلانية، فإنه يمكن القول برادعية الأدلة الناهية عن اتباع الظن عن الأخذ بالحالة السابقة.

والتحقيق: عدم الرادعية في الموارد المذكورة وتمامية الاستدلال بالسيرة، لما أفاد المحقق الخراساني في الجواب^(١) - وإن كان بين ما ذكره في مسألة خبر الواحد ومسألة الاستصحاب، فرق - من أن جريان قوله عليه

السلام: «لا تنقض اليقين بالشك» يتوقف على أن لا تكون السيرة العملية القائمة على مملكيّة المعاطاة ممضأةً شرعاً، وكونها غير ممضأة من الشارع يتوقف على جريان «لا تنقض»، وهذا دور، فالرأعيّة ممتنعة.

فإن قلت: كون السيرة ممضأةً موقوف على عدم الرادع، وعدمه موقوف على عدم جريان الإستصحاب، وعدم جريانه موقوف على وجود السيرة الممضأة، وهذا دور كذلك.

قلت: كون السيرة ممضأةً، غير موقوف على عدم جريان الاستصحاب، بل هو موقوف على عدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ في الإمضاء، لكنّ جريان الإستصحاب لا يكفي فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشك، وإحرازه منوط بكون السيرة ممضأة، فيلزم الدور هناك ولا يلزم هنا. وهذا جواب علمي دقيق.

ولكنّ الأدق والأمتن منه هو: إن قوله عليه السّلام: «لا تنقض اليقين بالشك» من الظواهر، وحجّة الظواهر ثابتة بالسيرة العقلانيّة، فلا مدرك لحجّة دليل الإستصحاب إلّا السيرة، بخلاف المقام، حيث يوجد الدليل غير السيرة أيضاً، وكذا في باب حجّة خبر الواحد. وإذا كانت السيرة القائمة على حجّة الظواهر ممضأة، فالقائمة على المعاطاة ممضأة كذلك، إلّا أن هذه حاكمة على تلك [١].

[١] ولنا أن نقول: إن هذه السيرة محرزة بالفعل ومتصلة بزمان المعصوم عليه السلام يقيناً، ولما كانت من البناءات الراسخة في أذهان عموم العقلاء، وهي جارية عندهم في جميع الأزمنة، حيث يرون الإعطاء بقصد التحليك بعوضٍ بيعاً حقيقياً ويرتّبون عليه كلّ الآثار، كما يرتّبونها على البيع العقدي، فإنّ الرادع عن مثلها لا بدّ وأن

وتلخص: تمامية الاستدلال بالسيرة العقلانية [١].

يكون بمثابة في القوة والآ لم يصلح للرادعية، ولذا وجدنا الشارع لا يكتفي في الردع عن العمل بالقياس بالمنع عنه مرةً أو مرّات، حتى بلغت النصوص في تحريمه إلى المئات، وفيما نحن فيه، لا تصلح روايات الاستصحاب للرادعية، لكونها أخباراً معدودة، وكيف يصلح خبر الواحد للرادعية عن مثل هذه السيرة؟

هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنّ حجية خبر الواحد محلّ بحث عند العقلاء. على أن مورد البحث هنا من استصحاب عدم الأزلي، لأن الملكية لم تكن في الأزل، وحصولها بالمعاطاة في الشريعة مشكوك فيه، فيستصحب عدم، لكنّ حجية استصحاب عدم الأزلي محلّ البحث والخلاف بين العلماء.

وأيضاً، فإنّه من موارد الشبهات الحكمية، وجريان الاستصحاب فيه محلّ خلاف وبحث كذلك.

أمّا السيرة القائمة على إفادة المعاطاة للملكية، فهي -بالإضافة إلى ما أشرنا إليه- معتمدة بأدلة أخرى من الكتاب والسنة، فمثل الاستصحاب المذكور لا يصلح للرادعية عن مثل هذه السيرة.

[١] ويبقى الكلام في رادعية الشهرة بل الإجماع على أن المعاطاة تفيد الإباحة لا الملكية.

أمّا السيّد اليزدي، فقد ذكر الإجماع في أدلة إفادة المعاطاة للملكية قائلاً: «ثانيها: إجماع العلماء على جواز التصرفات حتى الموقوفة على الملك، والعلامة قد رجع عن ما ذكره في النهاية. وهذا لا يجتمع مع عدم حصول الملكية، إلا ببعض التوجيهات الآتية التي لا ينبغي صدورها عن الفقيه»^(١).

قوله:

ويدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾... بل قد يقال: بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي، لكنه محلّ تأمل....

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾

أقول:

بعد أن ثبت أن المعاطاة بيع، وأن إنكار كونها بيعاً مكابرة، فإنها تكون

لكن لا يخفى: أن الفتوى بجواز التصرفات مطلقاً لا تلازم القول بإفادة المعاطاة الملكية.

وأما السيد الخوئي، فأجاب بأنه لم يتم إجماع تعبدّي على ذلك، غاية الأمر أنه نقل الإجماع عليه، وقد نقّحنا في علم الاصول عدم حجّيته إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأي المعصوم عليه السلام. ومن المحتمل القريب أن يكون استنادهم في فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتي إلى الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في البيع^(١).

وأما السيد الجّد، فمفاد كلامه عدم ثبوت الإجماع على الإباحة من أصله، بل لقد استظهر من كلام شيخ الطائفة القول بالملكية، بل صريح السيد اليزدي إن دعوى الغنية بالإجماع إنما هي على عدم كون المعاطاة بيعاً، فقال بأنها ممّا لا يصنّى إليها.

وتبقى الشهرة، ومن أجلها ذهب بعض مشايخنا إلى عدم تمامية الاستدلال بالسيرة، لصلاحيّتها للردع عنها، لكنّ الكلام في السيرة العقلانيّة، ورادعيّة الشهرة الفتوائية عنها - مع عدم وضوح كاشفيّتها عن رأي المعصوم، واحتمال كونها مستندة إلى ما ليس باعتباره بمعلوم - أوّل الكلام.

صغرى لكبرى قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، و«الحلّية» هذه بمعنى الترخيص، وفي مقابلها الحرمة وهي المنع وعدم الرخصة، وهي الحلّية التكليفية، والبيع عبارة عن: إنشاء تمليك عينٍ بمال، كما تقدّم، فيكون معنى الآية: أحلّ الله التصرفات المترتبة على البيع، فيعمّ المتوقفة على الملك، وتدُلُّ بالالتزام على أن البيع يوجب التمليك، لأن تحليل التصرفات مستلزم لأن يكون بيعاً والمعاطاة بيع، فهي تفيد التمليك من أول الأمر.

والحاصل: إنّه لما كانت الحلّية تكليفية وهي لا تتعلق بالبيع، فلا بدّ من تقدير «التصرف»، فدلّت الآية على أن التمليك المالكى ووجود الملكية مرخّص فيه شرعاً. هذا تقريب الاستدلال بناءً على ما استظهره الشيخ منها، وإن قال بالتالي:

فالأولى حيثنّ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً.

لكنّ لقائل أن يقول بعدم وفاء الاستدلال على ما ذكر بالمدعى، لأن غاية ما تدل عليه الآية هو الترخيص في البيع، فمن أين يثبت الإطلاق في البيع ليعمّ المعاطاة، وهو متوقّف على كون الآية في مقام بيان الحكم الفعلي، وإذا كانت في مقام التشريع فهي مجمّلة، والقدر المتيقّن ما كان بالضيفة؟ ويمكن الجواب: بأن الظهور الأولي للقضايا المتعلقة بالأحكام في الكتاب والسنة، أن تكون لبيان الحكم الفعلي، إلّا إذا قامت القرينة على كونها للحكم للتشريعي، وعلى هذا الظهور تتحكّم أصالة الإطلاق. هذا أولاً.

وثانياً: استدلال الإمام عليه الصّلاة والسّلام - فيما رواه الصّدوق والشيخ - بالآية المباركة، يفيد ظهورها في الحكم الفعلي، فعن عمر بن يزيد

بيّاع السّابري قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: جعلت فداك، إن الناس زعموا أن الريح على المضطرّ حرام.

فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غنياً أو فقيراً - إلا من ضرورة؟

يا عمر، قد أحلّ الله البيع وحرّم الربا، فاربح ولا ترب.

فقلت: وما الربا؟

قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحنطة بحنطة مثلين بمثل»^(١).

أقول: لكنّ الأولى في وجه الاستدلال أن يقال: إنّ الحليّة إمّا تكليفيّة بمعنى الرخصة والجواز، وإمّا وضعيّة بمعنى النفوذ وأن الشارع قد اعتبر أن البيع قد وقع في محلّه، والمراد من البيع: إمّا هو المبداء الذي يسند إلى الفاعل في باع يبيع، وإمّا التمليك الإنشائي، وبناءً على تعريف الشيخ: إنشاء تمليك عين بمال.

فالوجه أربعة.

فإن كانت الحليّة تكليفيّة والمراد من البيع مبداء المشتقات، أي: البيع المسبّب والملكيّة الحاصلة، كان المراد ترخيص المسبّب وجوازه، وإن كان بما هو مسبّب غير مقدور بنفسه بل هو مقدور بالواسطة، ومعنى هذا الترخيص هو الوقوع، وذلك يرادف الصّحة، إذ الفساد معناه عدم الوقوع، فلو كان مما لا يقع لم يكن معنى لتجويزه والترخيص فيه.

وإن كانت الحليّة تكليفيّة والمراد من البيع هو التمليك الإنشائي، فقد دلّ بالالتزام على مؤثريّة إنشاء التمليك في الملكيّة، وإلا لزم تجويز أمر لغو.

(١) تهذيب الأحكام ١٨ / ٧، الباب ١ من أبواب التجارات، الرقم: ٧٨ ونحوه في وسائل الشيعة ١٨ / ١٣٣،

الباب ٦ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

وتلخص: إن الآية الكريمة تدلّ -بناءً على الحليّة التكليفيّة- على إفادة المعاطاة للملكيّة، إمّا مطابقةً كما في الوجه الأول، وإمّا التزاماً كما في الوجه الثاني.

وإن كانت الحليّة وضعيّة، والمراد من البيع هو المسبب، فالآية تدلّ بالمطابقة على اعتبار الشارع للملكيّة في المعاطاة بعد الفراغ عن كونها بيعاً. وإن كانت الحليّة وضعيّة، والمراد من البيع هو السبب -أي التمليك الإنشائي فإنّ حليّة البيع وضعاً ليس إلا اعتبار المؤثرية، وهي ليست إلا الملكيّة.

فالآية دالّة على المدعى بالوجوه الأربعة كلّها.

وأما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً -كابن زهرة في الغنية- فقد أجاب الشيخ بما حاصله: إنهم لا ينفون أصل بيعيّة المعاطاة، فهي عندهم بيع لكنه ليس ببيع صحيح شرعي، إلّا أن لفظ البيع حقيقة في الأعمّ من الصّحيح والفساد، فمرادهم -لا محالة- هو المعاملة اللازمة التي هي إحدى العقود، قال الشيخ: ولذا صرّح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحة البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها [١].

[١] أقول: إن ما أفاده -طاب ثراه- ناظر إلى كلمات الأكابر في المقام، وقد بيّن وجه الاستدلال بالآية على جميع الوجوه، فالمرزا المحقق رحمه الله على أن المراد من الحلّ في الآية هو الوضع، بقرينة تعلّقه بالأعيان، قال: وبيان ذلك: إن المصنّف قدّس سرّه استظهر من الآية الكريمة كون الحليّة هي التكليفيّة لا الوضعيّة، وذلك بقرينة المقابلة مع حرمة الرّبا، فإنّ المراد من حرمة الرّبا هي الحرمة التكليفيّة، فعليه،

لا يتم الاستدلال بالآية على صحة المعاطاة.

لكن الإنصاف: عدم تمامية ما استظهره، بالمنع عن كون المراد من الحرمة في قوله تعالى ﴿حَرَّمَ الرِّبَا﴾ هي التكليفية، بل يراد بها الوضع، بقرينة مقابلتها مع حلية البيع الظاهرة في الوضع، وليس العكس - أعني رفع اليد عن ظهور آية الحل في الوضع بقرينة آية الحل الظاهرة في الوضع، مع أن الإنصاف ظهور كلتا الفترتين في الوضع، بواسطة إسناد الحل والحرمة فيهما إلى البيع والربا، لا إلى الأفعال المترتبة عليهما. والحلية والحرمة إذا اسندتا إلى الأعيان يراد بهما الوضع، لأن إرادة التكليف منهما محتاجة إلى مؤنة زائدة، وهي تقدير الفعل، لكون فعل المكلف هو الموضوع للحل والحرمة لانفس الأعيان^(١).

ولا يمكن المساعدة على ما ذهب إليه، لأن «البيع» ليس من الأعيان، وإنما هو الأمور الاعتبارية، فما ذكره غير منطبق. هذا أولاً.

وثانياً: ظاهر السياق في الآيات هو الحكم التكليفي لا الرضعي، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ * يَسْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلُ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ * إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ * يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَكُّوا مَا بُيِّئَ مِنَ الرِّبَا إِنَّ كُنُتُمْ مُؤْمِنِينَ^(٢).

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٣٢.

(٢) سورة البقرة: ٢٧٥ - ٢٧٨.

ويشهد بذلك الأخبار الواردة في ذيلها^(١).

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقَالَ: بَأَنَّ الْحِلْيَةَ وَالْحَرَمَةَ وَإِنْ كَانَتَا ظَاهِرَتَيْنِ فِي التَّكْلِيفِيَّةِ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِذَا تَعَلَّقْنَا بِأَمْرٍ عَتَبَارِي، كَانَ لِهَمَا ظَهْوَرٌ ثَانَوِيٌّ فِي الْوَضْعِ - كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي الْأَوَامِرِ وَالنَّوَاحِي الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمَرْكَبَاتِ كَالصَّلَاةِ، فَإِنَّهَا تَكُونُ ظَاهِرَةً فِي الْجَزْئِيَّةِ وَالْمَانِعِيَّةِ - لَكُنْ فِيهِ: إِنَّ ذَلِكَ أَوَّلُ الْكَلَامِ، بَلِ الْأَلْفَاظِ وَالْخَطَابَاتِ بَاقِيَةً عَلَى ظَهْوَرِهَا الْأَوَّلِيِّ، إِلَّا إِذَا قَامَتْ الْقَرِينَةُ.

وذهب المحقق الإصفهاني إلى أَنَّهَا وَضْعِيَّةٌ بَيَانٌ آخِرٌ وَهُوَ: إِنَّ الْآيَةَ تَدُلُّ بِالمُطَابَقَةِ عَلَى الصَّحَّةِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْحِلْيَةَ أَمْرٌ يَنَاسِبُ التَّكْلِيفَ وَالْوَضْعَ، وَلِذَا وَرَدَ فِي بَابِ الصَّلَاةِ: «حَلَّتْ الصَّلَاةُ فِيهِ» أَيُ جَازَتْ وَوَقَعَتْ فِي مُحَلِّهَا، فَالْحِلْيَةُ مَنْسُوبَةٌ إِلَى نَفْسِ الْبَيْعِ بِمَا هُوَ تَسَبُّبٌ إِلَى الْمَلَكِيَّةِ، وَالْمَرَادُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ تَعَالَى أَحَلَّهُ مُحَلَّهُ وَأَقَرَّهُ مَقَرَّهُ وَلَمْ يَجْعَلْهُ كَالْقِمَارِ بِحُكْمِ الْعَدَمِ.

وَأَمَّا جَعْلُهُ مِنَ الْحَلِّ فِي قِبَالِ الشَّدِّ، بِمَعْنَى أَنَّهُ لَمْ يَصْدَعْ عَنْهُ وَجَعَلَهُ مَرخِي الْعِنَانِ فِي تَأْثِيرِهِ، فَغَيْرُ وَجِيهِ، لِأَنَّ الْحَلَّ فِي قِبَالِ الشَّدِّ يَتَعَدَّى بِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ أَحَلِّ مِنَ الْحُلُولِ. وَالْمَرَادُ مِنْ دَلَالَةِ الْآيَةِ بِالمُطَابَقَةِ فِي كَلَامِهِ وَجَعْلَهُ مُحَلًّا لِلتَّأَمُّلِ هَذَا الْوَجْهِ، الَّذِي مَرَجَعُهُ إِلَى إِرَادَةِ الْوَضْعِ مِنَ الْحِلْيَةِ دُونَ التَّكْلِيفِ^(٢).

وَلَا يُمْكِنُ الْمُسَاعَدَةُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ كَذَلِكَ، لِوُضُوحِ الْفَرْقِ بَيْنَ «الْحِلِّ» وَ«الْحَلِّ» وَ«الْحُلُولِ» وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْآيَةِ دُونَ الْآخَرَيْنِ، وَخَاصَّةً بِالنَّظَرِ إِلَى الْمُقَابَلَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ تَحْرِيمِ الرِّبَا، كَمَا لَا يَخْفَى.

(١) كنز الدقائق ١ / ٦٦٤ - ٦٦٩.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٠٥ - ١٠٦.

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...﴾

قوله:

ومما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

أقول:

الظاهر من ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ أنها استعارة تخيلية، فشبه المال بالطعام وذكر لازم المشبه به وهو الأكل، والمراد منه -ظاهراً- هو

وذهب المحقق الخوئي إلى أن الآية تدلّ على صحة البيع المعاطاتي بالدلالة المطابقة، لأن معنى الحلّ في اللغة هو الإطلاق والإرسال، ويقابله التحريم فإنه بمعنى المنع والحجر، ولا ريب أن الحلّ بهذا المعنى يناسب الحلّيّة الوضعيّة والتكليفية معاً. وعليه، فكما يصحّ استعمال لفظ الحلّ في خصوص الحلّيّة الوضعيّة أو التكليفية، كذلك يصحّ استعماله في كليتهما معاً، ويختلف ذلك حسب الموارد والقرائن، وهكذا الحال في لفظ التحريم -الذي هو مقابل الحلّ- فإنه يعمّ التحريم الوضعي والتحريم التكلفي كليهما، وإرادة خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحية القرائن الحاليّة أو المقاليّة.

ولا يمكن المساعدة عليه، كذلك، إذ يتوجّه عليه -كما أفاد بعض مشايخنا أيضاً- النقص بما اختاره في الخبر «كلّ شيء لك حلال» من أنه لا يشمل الأحكام الوضعيّة فتأمل. وأمّا حلاً: فإنّ الخطابات الشرعيّة ملقاة إلى العرف والمقصود منها ما هو المنسب منها عندهم، فالمراد من الحلّيّة هي المؤثريّة المعبر عنها بالصحة، في قبال الفساد، أي عدم المؤثريّة، وعليه، فلا تحمل الحلّيّة والحرمة على الصحة والفساد لكونهما اصطلاحان في العرف الخاص.

الانحاذ للنفس، والباطل ما يقابل الحق، ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ إذ التجارة عن تراض حق، والاستثناء متصل ولا محذور من جعله منقطعاً. والتجارة - كما قال الراغب - «... طلباً للريح».

فالآية المباركة دالة بالمطابقة على مملكية المعاطاة، لكونها تجارة بلا ريب، إذ التاجر يجعل رأس ماله في مجرى الاسترباح، فكل معاطاة تجارة، والأكل التجاري مرخص فيه، فالأكل المعاطاتي مرخص فيه.

وإن كان «الأكل» بمعنى التصرف، دلت الآية على جواز مطلق التصرفات، وإذا كان منها التصرفات المتوقفة على الملك، فهي دالة بالالتزام على مملكية المعاطاة [١].

[١] أشار طاب ثراه في كلامه الموجز إلى النكات الموجودة في الآية والتي لها الدخول في الإستدلال بها، فأشار إلى أن المراد من لفظ «الأكل» فيها ليس المفهوم اللغوي، وإنما المقصود هو الكناية، فجوز أن يكون كناية عن «التملك» وعن «التصرف».

وأشار إلى أن الاستثناء متصل، ولا مانع من جعله منقطعاً.

وأن التجارة طلب الربح كما في المفردات^(١).

فيكون معنى قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢): لا تملكوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب غير العقلانية، إلا أن يكون السبب تجارة عن تراض بينكم، أو إلا التجارة والمعاطاة تجارة عند العرف، أو أن المعنى: لا تصرفوا في أموالكم....

(١) المفردات لمي غريب القرآن: ٧٣.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

والدلالة بناءً على الأول مطابقة، وعلى الثاني التزامية.

ومبنى الدلالة الالتزامية هي الملازمة العرفية بين حلية التصرفات على الإطلاق والملكية - لا الشرعية، ليرد إشكال الشيخ بعدم وجود الإجماع - وحيث، تدل الآية على الملكية من أول الأمر، وتكون دلالتها على ذلك أظهر من الآية السابقة، لكون المعاطاة تجارة عن تراض، والتجارة أعم من البيع، كما ذكر المحقق النائيني^(١).

وبما ذكرنا يتدفع إيراد المحقق الإيرواني^(٢).

لكن أخذ الاستثناء في الآية على الإتصال يستلزم التقدير الكثير، والأصل عدمه، فيتعارض الأصلان. هذا أولاً.

وثانياً: إن حمل الاستثناء على الإتصال يستلزم التخصيص المستهجن، لأن أسباب حل الأكل ليس منحصراً عن تراض، بل يحل ذلك بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا وأروش الجنائيات وسائر النواقل الشرعية والإباحات، سواء كانت الإباحة مالكية أم كانت شرعية، فلاملازمة بين أكل المال بالباطل وبين ما لا يكون تجارة عن تراض.

وأجاب المحقق الخوئي: بأن جملة من الموارد المذكورة قسم من التجارة عن تراض، كالهبات والإجارة والجمالة ونحوها، والإلتزام بخروج البقية لا يستلزم كثرة التخصيص، مضافاً إلى أن المستثنى منه في الآية إنما هو أكل مال الغير بعنوان التملك، بأن يملك الإنسان باختياره مال غيره بغير التجارة عن تراض، وما لا يكون كذلك كالوقوف والزكوات، خارج عن حدود المستثنى والمستثنى منه تخصصاً

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٣٥.

(٢) حاشية المكاسب: ٨١.

الاستدلال بحديث السلطنة

قوله:

وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم، فلا دلالة فيه على المدعى، لأنَّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنما يجدي فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضية شرعاً في حقّه أم لا؟... أما إذا... شك في أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ عليه، فلا....

أقول:

وحاصل إشكاله: أن الحديث مسوق بإطلاقه لتشريع أنواع السلطنة لا لدفع شرطية شيء يشك في دخله في تأثير نوع من أنواعها، فمع الشك في

لاتخصيصاً^(١).

وقد أورد شيخنا عليه: بأنَّ الأخبار المعتبرة طبقت الآية المباركة على موارد التملك والتملك لا التملك فقط، ففي الخبر تطبيقها على القمار^(٢) وهو تملك وتملك بالباطل.

ثم إنَّ «التجارة» لا تصدق عرفاً ولغةً على مثل الوصية والهبة، وإن كانت أعم من البيع بلحاظ قوله تعالى ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾^(٣). وقد عرفت أنَّ الأكثر على انقطاع الاستثناء في الآية المباركة. والله العالم.

(١) مصباح الفقاهة ٢ / ١٠٤.

(٢) كنز الدقائق ٢ / ٤١١.

(٣) سورة النور: ٣٧.

شرطية الإيجاب والقبول البلفظيين في ترتب الأثر على البيع، لا يجوز التمسك به لرفع الشرط حتى تثبت سببية المعاطاة للتمليك.

وأشكل المحقق الخراساني بوجه آخر، فقال: وهذا في الحقيقة رد للاستدلال بالحديث لإفادة المعاطاة الملك، ورد على الشيخ في تجويزه التمسك به لو شك في مشروعية نوع من أنواع السلطنة^(١).

وأشكل المحقق الرشتي -على ما نقل عنه مقرر الفاضل الإشكوري- بأن مقتضى الجمود على الظاهر هو التسلط على التصرف في موضوع المال، وإخراج المال عن الملكية والمالية الثابتة للمالك ليس تصرفاً في المال^(٢).

وحاصله: إنه مع التصرف التمليكي وإيجاد الملكية للغير على ماله يكون الشيء ملكاً للغير، ولا يعقل أن يكون باقياً على ملكه، فلا يشمل الحديث هذا التصرف، خلافاً للشيخ.

ولبعض الأكابر إشكال آخر وهو: إن الملكية علة للسلطنة، فإذا كانت السلطنة علة لزوال الملكية، لزم غلبة الشيء لعدم نفسه بالآخرة، وهو محال^(٣).

والتحقيق: صحة التمسك بالحديث، وذلك: لأن التسلط عبارة عن التمكن عن قهر -كما في المفردات ومجمع البحرين-^(٤)، فالسلطنة هي القاهرة، وكون الناس مسلطين على أموالهم معناه: أن زمام أمور أموالهم

(١) حاشية المكاسب: ١٢.

(٢) بنية الطالب ١ / ٥٦.

(٣) حاشية المكاسب للمحقق الإصفهاني ١ / ١١١.

(٤) المفردات في غريب القرآن: ٢٣٨، مجمع البحرين ٤ / ٢٥٥.

بأيديهم، ولا دخل لإرادة أحد في ذلك، حتى لو كان للمسلط عليه إرادة أيضاً، كانت إرادته مندكة. هذا أولاً.

وثانياً: إن عنوان القاهرية من الأمور الوضعية، والحديث في مقام جعله، لأن الظاهر في الخطابات الشرعية أن تكون تشريعية لا إخبارية، فالحديث مسوق لجعل هذا الأمر الوضعي.

وثالثاً: إن من آثار قاهرية للمال أن يكون له نقله من وعاء إلى وعاء آخر مع حفظ ماله، ولازم انتقال الشيء من محل إلى آخر عدمه في المحل الأول، وحينئذ، فإن الأمر العدمي غير متأثر عن شيء وإنما هو لازم الأمر الوجودي، وهو الانتقال إلى الغير، فلم يكن العدم معلولاً للسلطنة.

ورابعاً: إن الإطلاق تارة أفراد، وأخرى أحوال، فإذا قال: أكرم الإنسان، شمل بإطلاقه الإنسان بجميع أفراد وأصنافه من العربي والعجمي وغير ذلك، وبجميع أحواله من السفر والحضر والقيام والقعود وغير ذلك، لأن المفروض كون الموضوع طبيعي الإنسان، فإذا لم يشمل فرداً أو شمله ولم يشمل حالاً من أحواله، لزم الخلف.

وإذا عرفت هذه الأمور، ظهر لك معنى الحديث ودلالته على المدعى، لأنه أفاد قاهرية الناس لأموالهم، فلهم أن يملكوها للغير، والمعاطاة تمليك كالبيع اللفظي - غير أنه بالفعل - ومقتضى الإطلاق شمول الإمضاء الشرعي المدلول عليه بالحديث لكلاً نحوي التمليك، ولا يعقل أن يكون مطلقاً بالنسبة إلى بعض الأنواع ولا يكون كذلك بالنسبة إلى أحوالها، كما لا يعقل تخصيصه بنوع دون نوع أو حال دون آخر.

وعليه، فلا يعقل أن لا يكون الحديث نافياً لشرطية شيء مشكوك في شرطيته، نعم، ينفيه بالالتزام لا بالمطابقة، لأن التسلط حكم وضعي مشروع

متوجّه إلى جميع أنحاء التملك، فيشمل التملك المعاطاتي، لكونه في حيّز السّلطنة المجعولة للمالك، ولأزم ذلك نفى شرطية كلّ شيء مشكوك في شرطيته، ولا يعقل عدم نفيه لذلك.

هذا بالنسبة إلى إشكال الشيخ.

وأما ما ذكره المحقق الخراساني، فعجيب جداً، لأنّ المحجورية تكون تارة للمالك، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، وأخرى: للملك كما لو كان وقفاً أو مرهوناً، ونفي الحجر يكون دائماً بنفي أسبابه وعمله، والحديث يثبت السّلطنة، وأين هذا من الدلالة على نفي أسباب المحجورية؟

وأما ما ذكره المحقق الرشتي، ففيه: إنّ موضوعيّة الإضافة التي ذكرها، إنما هي للتسلّط لا للتصرّف، وهذا هو معنى الحديث. وحيثُ، فعدم الموضوع في أنّ التصرّف لا ينفي وجوده في أنّ التسلّط، فالموضوع حيث تكون السّلطنة محفوظ، والتصرّف بنقل المال من مكانٍ إلى آخر من آثار السّلطنة، وانعدام الإضافة في أنّ التصرّف لا يضرّ بتحقيق السّلطنة.

وأما الإشكال الأخير، فالجواب عنه هو: إنه لا ريب في أنّ الموضوع ذاتية اقتضاء بالنسبة إلى الحكم، لأنّه دخيل في الملاك أو هو تمام الملاك له، فالسّلطنة المجعولة إنما جعلت لكون المال ملكاً. وأيضاً: السّلطنة هي شرط تأثير الملكية للغير، لكنّ ذلك لازم ارتفاع الملكية لأنّ هذا الارتفاع مسبب عن السّلطنة، إذ لا يعقل أنّ يكون الأمر العدمي مسبباً عن الأمر الوجودي، إنما العدم من لوازم الأمر الوجودي، فلا مانع من أن تكون الإضافة الملكية علّةً للسّلطنة المجعولة، وهي شرط لتأثير التملك، لكن ملكية الغير الحاصلة بالسّلطنة لازمة لا مسببة، فلم يكن عدم الشيء معلولاً للشيء، ونظير هذا كثير، مثلاً: مديونية الإنسان تقتضي وجوب أداء الدين،

وجوب الأداء يقتضي الأداء، وبفعليّة الأداء تنتفي المديونية ولا محذور في ذلك.

وبالجملة، فإن «أموالهم» موضوع للسلطنة، وشرطيّة السلطنة لتأثير تملك الغير بأن يكون لازمه انتفاء الإضافة الملكية لا مانع عنها [١].

[١] أقول: قد وقع الكلام بين الأعلام في الاستدلال بحديث السلطنة على إفادة المعاطاة الملك. بعد قطع النظر عن السند لكونه مرسلًا^(١)، فمنهم من قال بعدم دلالة على ذلك، ومنهم من قال بدلالته، واختلفت أنظارهم في وجه الإثبات والتّفي، فمن النافين: الشيخ الأعظم، فإنه قال بعدم دلالة على المدعى، لما ذكره في المتن. وقد وافقه الميرزا فقال: إن الاستدلال به لا يصحّ على صحّة المعاطاة، لأن عمومه يدلّ على صحّة تصرف المالك في ملكه بالبيع ونحوه، وأما أنه مسلّط في إيقاع البيع بأيّ لفظ يريد أو بأيّ فعل يشاء، فهذا أجنبى عن عمومه، فإذا توقّف وقوع البيع على إيجاده بأسباب خاصّة، فمقتضى السلطنة على المال هو بيعه بأسبابه، بأن لا يكون ممنوعاً عن بيعه، لا تسلّطه في بيعه بغير تلك الأسباب، ولا أظنّ أحداً استدلّ به في المقام...^(٢).

والمحقّق الرشدي، وتبعه المحقّق الإيرواني^(٣).

والمحقّق الخراساني وتبعه المحقّق الخوئي^(٤) وبعض مشايخنا.

كلّ بوجه....

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٣٦.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ١٣٦.

(٣) حاشية المكاسب: ٧٧.

(٤) مصباح الفقاهة ٢ / ١٠٢.

وقد أجاب سيّدنا الجدّ عمّا ذكره....

كما أجاب عن وجهٍ آخر، أورده المحقّقان الإصفهاني واليزدي، وأجاب عنه كذلك^(١).

وسيّدنا الاستاذ قدّس سرّه -بعد أن وافق على القول بالدلالة- قال: نعم، هنا احتمال آخر، وهو أن يكون هذا الحديث بمعنى قوله عليه السلام: «لا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه» أي: إن الناس مسلّطون على أموالهم فقط، ولا سلطنة لهم على أموال غيرهم، فلا يجوز لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه -وعلى هذا، يتفني «الإمضاء» ولا دلالة للحديث على المدّعى، إذ لا يكون له إطلاق، لعدم كونه في مقام بيان أقسام التسلّط وأنواعه، بل هو مجرد حكم حيثي^(٢).

أقول: والإنصاف أن بين الحديثين فرقاً واضحاً، أمّا الخبر: لا يحلّ... فلا إطلاق له أصلاً، لكنه في حديث السلطنة متحقّق، وهو ظاهر في لحاظ النبي صلّى الله عليه وآله -بناءً على صدوره - لانقسامات الموضوع، وحيثيّ، لا يعقل لحاظه للانقسامات النوعيّة وعدم لحاظ الانقسامات الصنفيّة والأحواليّة، فهو كما لو قال: اعتق رقبةً في الدلالة على الإطلاق من الناحيتين.

وذهب السيّد والمحقّق الإصفهاني والسيّد الجدّ إلى دلالة الحديث على المدّعى، كلّ بوجه:

فقال السيّد: الإنصاف تماميّة الدلالة فيه أيضاً، لأنّ ظاهره إثبات سلطتهم بأنواع السلطنة على النحو المتداول بين العرف، فإذا كانت المعاطاة متداولةً بينهم في مقام

(١) حاشية المكاسب ١/ ١١١ - ١١٢، حاشية المكاسب ١/ ٣٤١ - ٣٤٢.

(٢) بلفظ الطالب: ٧٣.

البيع يشملها الحكم، مع أنه يمكن أن يقال إنها أحد الأنواع، إذ ليس المراد منها النوع المنطقي، بل أعم منه ومن الصنف، ومن ذلك يظهر أنه يمكن إثبات جواز إخراج المال عن الملكية بالإعراض إذا كان متداولاً بين الناس بناءً على الاختصاص، وإلا فلو قلنا إنه أعم منه ومن غير المتداول، فالأمر أوضح^(١).

وقال المحقق الإصفهاني ما حاصله: إن الحديث مطلق من الناحيتين، إذ السُّلْطَنَة ليست إلا القدرة على التصرفات المعاملية هنا المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً أو وضعاً، فتحقق بالتخصيص تكليفاً القدرة على إيجادها بما هي عمل من الأعمال، وبالترخيص وضعاً وإنفاذاً ما يتصدى له ذو المال القدرة على المعاملة بما هي معاملة مؤثرة في مضمونها، فالتصرفات متعلقات السُّلْطَنَة لأعينها وأنواعها. نعم، السُّلْطَنَة على البيع باعتبار تخصصها بمتعلقها حصّة من طبيعي السُّلْطَنَة، وحيث عرفت أن البيع البتّحقق بالمعاطاة حصّة من طبيعي البيع، فالسُّلْطَنَة على هذه الحصّة من طبيعي السُّلْطَنَة، فلا يكون الإطلاق بلحاظ الكم فقط، بل يتضمن الإطلاق بلحاظ الكيف أيضاً، لما عرفت من أن السُّلْطَنَة تنزع بلحاظ الترخيص التكليفي والوضعي معاً، بل الثاني أقوى الجهتين وأظهر الحثيثتين في المعاملات، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي والوضعي لذي المال وهو المحقق لحقيقة السُّلْطَنَة، فلأمر حاله تكون الأسباب إما ملحوظة ابتداءً وبفسها أو بتبع لحاظ المسميات المفروضة حصصاً، وبهذا الاعتبار لها نفوذ ومضي، كما هو مقتضى عبارته قدس سرّه: ثابتة للمالك وماضية في حقّه شرعاً، ولا مضي ولا نفوذ إلا بملاحظة الأسباب، ولو من ناحية القيدية

المَحْصَصَة للتَمْلِك والمَحْصَصَة للسلطنة.

والظاهر من هذا الكلام جعل السلطنة بالترخيص تكليفاً ووضعاً، لا مجرد الإخبار بأن حقائق المعاملات للمالك في قبال عدمها، فإنه أجنبي عن عنوان السلطنة المتقومة بالترخيص تكليفاً أو وضعاً^(١).

وأورد عليه بعض مشايخنا - بعد أن أقرّ باندفاع كلام الشيخ الأعظم به - بأن: لازم الترخيص تكليفاً ووضعاً هو جواب شرب المالك العصير العنبي الذي غلا، سواء قبل ذهاب ثلثيه أو بعده، لأن ذلك مقتضى الإطلاق من الناحيتين، وليس دليل النهي عن شربه بمقتيد لهذا الإطلاق بصورة بعد ذهاب الثلثين، لأن دليل النهي أيضاً مطلق، لكون النهي عن الشرب أعم من أن يكون من المالك أو غيره، فتكون النسبة بينه وحديث السلطنة العموم من وجه، وإذا لا يمكن لدليل النهي التخصيص والتقييد، يلزم الفتوى بالجواز مطلقاً بقاعدة السلطنة، وهو خلاف الضرورة من المذهب.

لكن ما ذكره دام بقاءه من الإطلاق والعموم لدليل النهي ممّا لا يمكن المساعدة عليه، إذ لا معنى لأن يقال: شرب العصير العنبي الذي هو ملك للغير، أو شربه سواء كان ملكاً للشارب أو غيره، حرام إن لم يذهب ثلثه، بل إن مثل هذا الدليل متوجه من أول الأمر إلى المالك، لأن عدم جواز التصرف في مال الغير مطلقاً مفروغ عنه.

ثم إنه اعترض على مسلك سيّدنا الجدّ في وجه الاستدلال: بأن الإطلاق مقتيد بأدلة التجارة عن تراض، فكلّ تجارة كانت غير باطلة شرعاً فللناس السلطنة عليها، فإن شك في أن الأمر الكذائي تجارة عن تراض أولاً، كان من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية.

(١) حاشية المكاسب ١/ ١٠٨ - ١٠٩.

قوله:

وكيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفاية. اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك... وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة... فالأولى حينئذ التمسك في المطلب: بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً....

أقول:

حاصله: عدم تمامية دلالة الآيتين على الملكية من أول الأمر، وعدم تمامية السيرة.

وقد ذكرنا أن الآيتين تدلان على الأمر الوضعي، وهو مؤثرية البيع

فإن قيل: المعاطاة تجارة عن تراض بلا إشكال.

قلنا: هذا رجوع من الاستدلال بالحديث إلى الآية المباركة.

أقول:

قد عرفت أن السيد الجذ يقول: بأن البيع مورد من موارد قاهرية المالك بالنسبة إلى ملكه، فهذا النوع جائز له، وهذا ما اعترف به الشيخ أيضاً، ثم إن هذا النوع له إطلاق أحوالي، فيكون شاملاً للمعاطاة ويتم الاستدلال.

فإن قيل: لابد من إثبات أن المعاطاة أكمل للمال بالحق.

قلت: هذا ما أثبتته رحمه الله سابقاً في ذيل الآية المباركة.

فإن قيل: إذن، يرجع الاستدلال إلى الآية.

قلت: لا يرجع، لأن الحديث يفيد أصل القاهرية بجميع أنحاءها، والآية تفيد أنه

يعتبر في الأنحاء أن تكون حقّة، والمفروض كون المعاطاة كذلك.

والتجارة.

فقد قلنا في آية الحل: أنها تفيد مؤثرية البيع على كل تقدير، والمفروض أن المعاطاة بيع كما نصّ عليه الشيخ وغيره، فهي دالة على أن المعاطاة توجب الملكية من أول الأمر.

وقلنا في آية التجارة: إن الأكل المنهي عنه كناية عن الأخذ للنفس، فلا يؤخذ المال للنفس: إلا بالتجارة، فالتجارة مفيدة للملكية.

وأما السيرة - والمراد منها السيرة العقلانية لا سيرة المتشربة - فلا ريب في انتهائها إلى زمن المعصوم ولا ردع عن هذه السيرة. فلا استدلال بالآيتين والسيرة تام بلا إشكال.

كما أن الاستدلال بحديث السلطنة تام، والإشكالات مندفة.

ولو تنزلنا عن ذلك كله وقلنا: بأن المعاطاة تفيد الإباحة، فلا ريب في أن الإباحة حكم مترتب على التصرفات، فكل تصرف حتى المتوقف على الملك مباح، ففي حين المعاطاة تجوز جميع التصرفات وتباح للمالك، فإذا كانت الآيتان دالتين على الإباحة، وقد أضيفت إلى كل واحد من التصرفات التي ستقع على المال، ومنها البيع والعق وغير ذلك، فقد دلّنا على التمليك. وكذا الكلام في حديث السلطنة والسيرة العقلانية. فالمعاطاة مملّكة.

قوله:

مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتهما [١]، وتبميمه في البيع بالإجماع المركّب.

مؤثقة سماعة: سألت عن رجل أعطى أمه عطيةً فماتت وقد كانت قبضت الذي أعطاه وبنات به؟ قال عليه السلام: «هو الورثة فيها سواء»^(١).

وجه الاستدلال: أن «الإعطاء» إن لم يكن نصاً في الإعطاء الفعلي الخارجي، فلا ريب في شموله له بإطلاقه، وإذا كان الأثر يترتب على الهدية الفعلية، ففي البيع المعاطاتي كذلك بالإجماع المركب.

ومكاتبة اليقطيني إلى أبي الحسن العسكري عليه السلام في رجل دفع ابنه إلى رجلٍ وسلمه منه سنةً بأجرة معلومة ليخيط له، ثم جاء رجل فقال: سلم ابنك مني سنةً بزيادة، هل له الخيار في ذلك...؟ فكتب عليه السلام: «يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لابنه مرض أو ضعف»^(٢).

فإذا كانت الإجارة نافذة بالدفع والتسليم، فكذلك البيع بالإجماع المركب. وعن الجراح المدائني: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده، قال: «إذا أعطاه في صحته جاز»^(٣).

فإن الإعطاء ظاهر في الفعل إن لم يكن نصاً. وعن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يعطي الثوب ليصبغه... فقال: «كل عامل أعطيته أجراً ليصلح فأفسد فهو له ضامن»^(٤).

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٢٠٩، الباب ١٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الرقم: ٦، ٢٣٥/١٩، الباب ٥ من أبواب الهبات، الرقم: ٣.

(٢) وسائل الشريعة ١٩ / ١١٨، الباب ١٥ من أبواب الإجارة، الرقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ١٩ / ٢٤٥، الباب ١١ من أبواب الهبات، الرقم: ٥.

(٤) وسائل الشريعة ١٩ / ١٤٧، الباب ٢٩ من أبواب الإجارة، الرقم: ١٩.

أقول:

هذا الاستدلال لا أثر له، لأن الإجماع المركّب فيه ما فيه [١].

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

هذا، ولم يستدل الشيخ هنا بأية الوفاء بالعقود، مع استدلاله بها على لزوم المعاطاة.

والحق، صحّة الاستدلال بها هنا كذلك، إذ ليس المراد من «العقد» فيها خصوص الإيجاب والقبول، لأن العقد أعم، يقال: عقد القلب، وعقد زيد الإحرام... إن العقد كما هو المتفاهم لغة وعرفاً ما يقال له في الفارسيّة «بيوستگی» و«بستگی». وفي صحيحة عبد الله بن سنان في الآية: «أي العهود»^(١)، وما يكون بين البائع والمشتري من هذا القبيل، إذ كلّ منهما يقرّر

والإنصاف: إن هذه العمومات قويّة جدّاً، ولا مجال لإخراج المعاطاة من تحتها، ولا يوجد مثلها في باب البيع، فلا يرد على الشيخ قول السيّد: بأنّ الإطلاق الموجود هناك موجود مثله في باب البيع، فلاحاجة إلى الإجماع المركّب^(٢)، ولذا قال السيّد الاستاذ في جوابه: لعلّ نظر الشيخ إلى وجود احتمالات أخرى إلى جنب احتمال الإمضاء والصحة الوضعية، وأمّا في الإجارة والهبة، فليس الإطلاق ظاهراً إلّا في النفوذ والصحة^(٣).

[١] إذ لا بدّ من تتبّع كلماتهم للحصول على أنّ كلّ من قال بالمعاطاة في الهبة والإجارة فهو قائل بها في البيع، ومن إثبات حجّة الإجماع، بأنّ يكون محصلاً

(١) تفسير الصافي ٥ / ٢.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٤٤.

(٣) بلغة الطالب: ٧٣.

أن يكون ماله للآخر، وفي مقابله هو الإيقاع، فإنه الإيجاد.
ثم إن هذا العهد والالتزام المعبر عنه بالعقد، ينكشف باللفظ تارة
وبالفعل أخرى، فكل منهما يكشف عن المراد. فالمعاطاة عقد يكشف عن
الإرتباط بين البائع والمشتري، والوفاء بالعقد أو العهد أو النذر أو اليمين أو
الوعد، معناه: ترتيب المقتضى على مقتضيه، ويقابله الخلف. وعليه، فالوفاء
بالعقد - أي الارتباط بين البائع والمشتري في التملك والتملك - هو ترتيب
الأثر والمقتضى على المواضعة الواقعة بينهما على ما حصل.
فتدل الآية المباركة على وجوب ترتيب الأثر على التملك، سواء كان
بالإيجاب والقبول أو المعاطاة، ووجوب الوفاء هذا - وإن كان تكليفاً مولوياً
لا وضعياً - إلا أنه يدل بالدلالة الالتزامية على إمضاء الشارع هذا المعنى
الوضعي الحاصل بينهما وتحققه عنده، وإلا لم يعقل الحكم بالوفاء به.
فالاستدلال بهذه الآية أيضاً على إفادة المعاطاة للملكية، تام بلا إشكال [١].

لا منقولاً، ولا يكون مستنداً إلى الأدلة الموجودة.

[١] وبقي الكلام في وجه عدم استدلال الشيخ بالآية هنا مع استدلاله بها في
مسألة لزوم المعاطاة كما سيأتي، وهو أنه لما استدلل بها هناك قال: «إن الظاهر فيما نحن
فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاء صريحاً بعض الأساطين في شرح
القواعد» وعليه، فيكون الإجماع قرينة منفصلة على عدم شمول الآية للمعاطاة، فنسقط
دلالة الآية على لزوم المعاطاة، وإذا سقطت الدلالة المطابقة سقطت الدلالة الالتزامية
على صحة المعاملة المعاطاتية، لما تفرّر في محله من تبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة.
لكن التحقيق: عدم ثبوت الإجماع المذكور، فعموم الآية أو إطلاقها بالنسبة إلى
المعاطاة باق، والدالتان محفوظتان.

أدلة القول باعتبار الصيغة

وذكر السيّد رحمه الله^(١) وجوه الاستدلال للقول بعدم إفادة المعاطاة للملكية وأنه يعتبر الصيغة:

أحدها: الإجماع.

وفيه: إنه غير ثابت، وهو منقول، ومعلوم المدرك.

الثاني: بعض الأخبار المشتملة على ذكر الصيغة المدعى دلالة على اشتراطها مثل:

قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تشتري كتاب الله عز وجل، ولكن اشتر الحديد والورق أو الدفتين وقل: اشتريت منك هذا بكذا وكذا»^(٢).

وقوله عليه السلام: «لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والجلود وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا»^(٣).

وقوله عليه السلام في خبر: «رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن... فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن. فقال المشتري: قد قبلت ورضيت...»^(٤).

أما الأخير، فلا مجال للاستدلال به.

ويبقى الأولان، فقد يتوهم منهما اعتبار اللفظ، وأنه لولا ذلك لقال الإمام عليه السلام: أعطه كذا وكذا وخذ كتاب الله... فمن قوله: «قل...» الظاهر

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٧.

(٢) وسائل الشريعة ١٧ / ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتب به، الرقم: ١ و ٢.

(٤) وسائل الشريعة ١٧ / ٣٦٥، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الرقم: ١.

في الوجوب الشرطي - لأن الأوامر في هذه الموارد ظاهرة بالظهور الثانوي في الشرطية - يستفاد اعتبار اللفظ وعدم كفاية الفعل.

لكن فيه: إن الإمام عليه السلام في مقام بيان أن القرآن المجيد لا يباع، وأن الذي يقع مورد المعاملة هو الورق والجلد، فهما مسوقان لأمر آخر غير شرطية اللفظ في البيع، فلا يستدل بهما لهذه الجهة.

الثالث: ماورد في النهي عن بيع المنابذة والملامسة ونحو ذلك^(١)، باعتبار أن ملاك النهي فيها هو عدم اللفظ، وهو موجود في البيع المعاطاتي. مضافاً: إلى أن المنابذة من النبذ وهو الطرح، وهو نحو من التعاطي، فأدلة النهي عن هذه البيوع آتية في المعاطاة بالملاك أو بالمطابقة.

وقد أجاب السيد وغيره: بأن البيع لم يكن بالنبذ أو اللمس ونحو ذلك، بل النبذ ونحوه إنما كان لتعيين المبيع^(٢).

لكن الشيخ الصدوق يقول: «المنابذة يقال: إنها أن يقول لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع، أو أنبذه إليك، وقد وجب البيع بكذا....»

ويقال: إنما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع، وهو معنى قوله: نهى عن بيع الحصاة.

والملامسة أن يقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك، فقد وجب البيع بكذا. ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر فيه فيقع البيع على ذلك.

وهذه بيوع كان الناس على عهد الجاهلية يتبايعونها، فمنهى رسول الله

(١) وسائل الشريعة ١٧ / ٣٥٧، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ٣٣٨.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْهَا، لَأَنْهَا غَرَّرَ كُلَّهَا»^(١).

فمن هذه العبارة يفهم أَنَّ النهي إنما هو من أجل لزوم الغرر، لا لأجل اعتبار اللَّفْظ.

والرابع: قوله عليه السَّلام إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام^(٢). و«إنما» تدلّ على الحصر، والمعاطاة ليست بكلام، فهي لا تفيد حتى الإباحة.

وقد تعرّض الشيخ لهذا الخبر وذكر في معناه أربعة وجوه. لكن سيأتي أن معناه: أَنَّ لا أثر للمقابلة السابقة على البيع وَأَنَّ المؤثّر هو تنجيز البيع. وعلى هذا - الذي سنذكره - لا مجال للاستدلال به لاعتبار اللَّفْظ في البيع، بل جميع الآثار تترتب على تنجيزه، وهو كما يحصل باللفظ يحصل بالفعل.

(١) معاني الأخبار: ٢٧٨، وسائل الشيعة ١٧ / ٣٥٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب العقود، الرقم: ٤.

كلام كاشف الغطاء

والبحث حوله

قوله:

هذا، مع ما ذكر من أن التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد - في مقام الاستبعاد - أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين الملك والبيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

منها: أن العقود ومآقام مقامها لا تتبع القصود.

القاعدة الأولى

أقول:

إن من المسلّمات في الفقه أن العقد تابع للقصد، فإن لم تفتد المعاوضة الملكية يلزم انخراط هذه القاعدة.

والتبعية تارة ماهوية، وهي تبعية المعلول للعلّة، وأخرى: تبعية الشيء لشيء في أثره، فهل التبعية هنا ماهوية أو في الأثر؟

كلاهما جائز، فقد ذكرنا آنفاً في مفاد قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أن العقدية عبارة عن الارتباط بين التملّيكين، حيث يقرّر الطرفان ويتعاهدان على أن يملّك كلّ منهما ماله إلى الآخر على نحو المقابلة، وهذا المعنى لا يحصل بلا قصد، لكونه من الأمور الإرادية.

إن قوام عقدية العقد هو القصد فلا يتحقّق إلّا به، فالمعنى الأوّل صحيح. ويصحّ أن نقول: بأن العقود تتبع القصود في تأثيرها، فالأثر الذي

يقصده الإنسان يفيد العقد، فهو يؤثر فيما قصد ولا يؤثر فيما لا يقصد، إذ لو أراد التأثير فيما لم يقصد لم تكن التبعية، فالتبعية في التأثير مستلزمة للأمرين الإيجابي والسلبي معاً.

وعلى هذا، فالإباحة التي يقول القائلون بها غير مقصودة، والملكية التي قصدها المتبايعان لم تقع. وهذا ينافي القاعدة المسلمة عند الكل.
هذا بيان ما ذكره كاشف الغطاء رحمه الله.
قوله:

أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للقصور، ففيها: أولاً: إن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود....
أقول:

جوابه متين، وإن كان لا يخلو من إجمال، ولذا أشكلوا عليه، وحاصل كلامه:

إن المعاطاة عند القائلين بإفادتها الإباحة، ليست عقداً شرعياً ليكون سبباً للتملك، ولا دليل على صحتها حتى تتم التبعية فيها، وإنما يقولون بالإباحة بها بدليل مستقل. وبعبارة أخرى: إنه ما لم يقم الدليل الشرعي على الصحة، فالعقد فاسد ولا يترتب عليه الأثر، والتبعية إنما تكون حيث يقوم الدليل على الصحة، ومع عدمه فلامجال للقول بوقوع التخلف. وأيضاً، فإن المقصود من العقد في القاعدة هو العقد الكاشف عن التسبب والتسبب وهو اللفظي، والفعل ليس له هذه الكاشفية فليس بعقد.

وبما ذكرنا ظهر أن الشيخ لا يقول بإفادة المعاطاة للإباحة كالعقد اللفظي، فلاضير في عدم تبعيةها للقصد، حتى يشكل عليه: بأن قاعدة التبعية تعم اللفظ والقول.

كما لا مجال حيثثُ لقول المحقق الخراساني رحمه الله من: أنه يمكن أن يكون مقصود القائلين بالإباحة أن إفادة الملكية مشروطة بالتصرف أو التلف، فلا أثر غير منفيك عن العقد، غير أن الملكية منوطة بحكم الشرع بشرط، كما هو الحال في بيع الصرف^(١)... إذ لا تساعد كلماتهم على هذا التأويل.

قال: «نعم، إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به وإن لم يكن مقصوداً» هذا كله في الجواب الأول.

قوله:

وثانياً: إن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير.

أقول:

مقصوده: إن هذا السنخ من التخلف -بمعنى أن لا يمضي الشارع ما قصده المتبايعان ويترتب حكم آخر على ما أوقعاه- كثير. أي: إنه تخلف صورة لا على حقيقته، وإن كانت عبارته موهمة لكنه لا يريد ذلك قطعاً. فذكر من موارد النقص خمسة:

النقص الأول

قوله:

فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة، لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم كما يقتضيه صحيحه... وتوهم: أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد، مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم....

(١) حاشية المكاسب: ١٦.

أقول:

لقد أجمعوا على الضمان بالقيمة في العقد الفاسد، مع أن مقصود المتبايعين هو الضمان بالمسمى، ولا يتوهم أن دليل الضمان قاعدة اليد، وبيان دفعه بحيث لا يتوجه عليه الإشكال^(١) هو: إن تلك القاعدة إنما تجري حيث يتحقق موضوعها وهو «مأخذت» وهنا لا يوجد الأخذ وإنما الإقباض من البائع، فلا موضوع للقاعدة حتى تكون هي الموجبة للضمان. إنه لم يكن التملك من هذا بالمجان بل كان على نحو تضمينه بالبدل، وكان التملك من ذاك على أن أقدم على الأخذ بنحو ضمان البدل، ولما كان العقد باطلاً فخصوصية البدل المسمى فاسدة عند الشارع، لكن انتفاؤها لا ينتج انتفاء سبب الضمان من أصله.

وبعبارة أخرى: إن الواقع إما هو التسبب بالعقد على شيء، بمعنى أن الإنسان يتسبب بالعقد للضمان بالقيمة، وهذا منتف هنا، لأن المقصود منهما لم يكن التضمن بالقيمة، وإما المسبب الذي قصده وهو التضمن بالمسمى، والمفروض إنه غير متحقق، لفساد العقد. فيبقى الوجه الثالث وهو: سببية شيء لشيء، فالشارع يقول: المعاملة الفاسدة لها سببية وهي موضوع للضمان بالقيمة، وسر ذلك: عدم كون التملك مجاناً، بل كان بنحو التضمن، وألغيت الخصوصية وبقي الأصل، وضمان كل شيء بمثله أو ببذله أو بقيمته.

فيكون هذا نظير مورد المعاملة بالمعاطاة، فكما أن العقد الفاسد موضوع للضمان بلحاظ عدم المجانية - لكن بالقيمة بعد إلغاء الشارع كونه

(١) أنظر: حاشية السيد الزدي ٣٤٩/١، حاشية المحقق الإصفهاني ١١٦/١، المكاسب والبيع ١/١٤٤.

بالمسمى - كذلك المعاوضة موضوع للإباحة بعد إلغاء الشارع إفادتها للملكية.

النقض الثاني:

قوله:

وكذا الشرط الفاسد، لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به، غير مفسد عند أكثر القدماء.

أقول:

إذا كان الشرط على خلاف الكتاب والسنة فهو فاسد ولا يلزم الوفاء به، لكن العقد صحيح، وعليه أكثر القدماء، مع أن المتعاملين قد أنطا المعاملة بالشرط، فكان مقصودهما التملك المقيد ولم يقع، ووقع التملك المطلق الذي لم يكن مقصوداً لهما، فتخلف العقد عن القصد.

وقد ذكرنا أن هذا التخلف صوري ولا يضر بالقاعدة المسلمة، والسر في ذلك هو: إنه لا يعقل أن يكون القيد قيداً للملكية، إذ التقييد لابد وأن يكون بأمر غير حاصل فعلاً، فإذا باع بشرط الكتابة مثلاً، لم يكن تقييد التملك بها بمعنى القيدية للملكية، وإلا لزم عدم حصولها قبل حصول الكتابة، إذ لا يعقل تحقق المقيد قبل حصول القيد، والمفروض صحة المعاملة، فالشرط إنما هو عبارة عن الالتزام في ضمن العقد، لا أن مضمون العقد مقيد به.

وكان الميرزا الأستاذ رضوان الله عليه يقول: بأن الإنسان لما يبيع الشيء يكون ثباته على المعاملة والتزامه بما فعل، مملكاً للطرف، فهو يملك التزامه لصاحبه ويجعله مسلطاً على التزامه، لكن هذا الالتزام - عندما يجعل في العقد شرطاً - منوط بقيام طرفه بالشرط، وإلا كان إلتزامه باقياً

تحت تصرّفه.

فالتخلّف عن الشرط بصورة كلية - أي سواء كان فاسداً أو صحيحاً لكن لم يف به الطرف - يوجب الخيار، فله أن يفسخ العقد ويحلّه [١].

النقض الثالث

قوله:

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل

[١] وقال المحقق الخوئي: والتحقيق أنّ الشرط قد يكون قيداً لأصل العقد، بحيث يكون الإنشاء معلّقاً على حصول الشرط، بأن قال البائع: بعثك المتاع الفلاني إن قدم الحاج وإلا فلا أبيع، وقد يكون الشرط إلزاماً آخر في ضمن الالتزام العقدي من دون أن يكون الملزم به قيداً لأصل العقد. وعلى الأول، فالتعليق يوجب فساد العقد وإن لم يكن فاسداً، لقيام الإجماع على بطلان التعليق في العقود. وعلى الثاني، فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلّف المقصود عن القصد. وتفصيل الكلام في محلّه^(١).

وقد أشكل عليه بعض مشايخنا دام بقاءه: بأن هذا الإلزام الحاصل أمر إضافي، فهو التزام بالأمر المعلّق عليه، وحينئذ يعود الإشكال.

وقد أوردنا على هذا: بأنه يتقضى بما ذكره في الجواب عن إشكال السيّد الجدّ على الميرزا في حقيقة البيع: بأن البيع أمر اعتباري، ولا مانع من أن يكون بلا طرف، فتدبر.

أقول:

قال المشهور - بل الكل - بأن البيع يقع فيما له ويكون بالنسبة إلى ما لغيره موقوفاً على إجازة المالك، فإن لم يجز كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، فالبيع يقع فيما يملك فقط، مع أن المقصود هو بيع المجموع بما هو مجموع.

وبعبارة أخرى: قد قصد بيع الكل، والذي وقع بيع الجزء - والجزء يغاير الكل - فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

ولكن هذا لا ينقض القاعدة، لأن الحل هو: أنه قد أنشأ التمليك، وهو إنما يؤثر في المورد القابل، والقابلية هنا إنما هي لما هو مملوك له دون غيره. وبعبارة أخرى: إن الأمور المتعددة لا يعقل قيام الملكية الواحدة بها، فإن شأن الملكية هنا شأن العرض، ولا يعقل قيام العرض الواحد - لبساطته - بالمتعدد، فعندما يبيع عشرة أشياء - مثلاً - يوجد في الحقيقة عشرة ملكيات، فلو كان بعض المبيع غير مملوك له، فقد ملك المملوك وغيره بملكيتين، لكن أحدهما النافذة شرعاً تتحقق، والأخرى غير النافذة شرعاً لا تتحقق. فالمقصود - وهو إحدى الملكيتين المتعلقة بما يملك - واقع، والمقصود الآخر بلحاظ أنه لم يكن ملكاً له، غير واقع [١].

[١] وأشكل بعض مشايخنا: بالنقض بلحاظ الشيء الواحد ذي الأجزاء كالدار مثلاً، فإن اللحاظ لا يتعدد بتعدد أجزاء الدار... فهذا في الأمر الحقيقي الواقعي، وكذلك في الأمر الاعتباري كالصلاة، فإنها ذات أجزاء ارتباطية ولا لحاظ لكل جزء منها. وأما حلاً، فإن الملكية أمر اعتباري، ولا مانع من تعلقه بالمتعدد.

فنقض الشيخ وارد.

قلت: إن كان المبيع شيئين مستقلّين، فقد باع شيئين وصدر منه تمليك، وأما مثال الدار ونحوه، فهناك وحدة معتبرة لها دخل في المطلب. فالتنقض غير وارد. وأما الحلّ، فأول الكلام، لأنّ السيّد الجذّ يقول بأن حكم الملكية حكم العرض، والعرض الواحد لا يعرض على الأكثر من الواحد.

وقال المحقق الخوئي: بأن البيع المذكور وإن كان واحداً بحسب الصورة، ولكنه منحلّ إلى بيعين، غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزاً والآخر صحيح مشروطاً بإجازة المالك، والسّر في ذلك: إن حقيقة البيع متقوّمة بإنشاء تبديل شيء من الأعيان يعوض في جهة الإضافة كما تقدّم، ومن البديهي الذي لا ريب فيه أنّ هذا المعنى لا يربط له بقصد المالكين ومعرفتهما، وعليه، فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع، وإذن، فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه. نعم، مع عدم إجازة المالك يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة، ولكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذي هو محلّ الكلام^(١).

وأشكل عليه شيخنا دام بقاءه: بأنّ هذا لا يرفع الإشكال، لأنّ المفروض أن البائع قد باع المالكين بشرط الانضمام، فيكون المقصود كلا المالكين كذلك، والواقع أحدهما دون الآخر، فالتخلف حاصل.

قلت: هل المراد كون المبيع واحداً ذا أجزاء، أو مالين مستقلّين يضمّ أحدهما بالآخر، أو مالين غير مستقلّين بينهما انضمام كزوج حذاء مثلاً؟
قد مثل شيخنا بالثالث، وليس بمراد، كما أن الأول ليس بمراد، بل المراد هو الثاني، وحيثنّذ، ينطبق عليه كلام المحقق الخوئي.

النقض الرابع

قوله:

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

أقول:

إن الذي وقع عليه العقد هو البيع لنفسه حتى يدخل العوض في ملكه، لكنهم يقولون بوقوع العقد للمالك وكون العوض له، فما قصده الغاصب لم يقع وما وقع لم يقصده.

وحلّ المطلب هو: إن الغاصب تارة: غير قاصد للمعاملة ولا ينشئ البيع، وقوله: بعثك هذا، كلامٌ صوري، ومثله خارج عن محلّ الكلام وليس بموضوع للإجازة.

وأخرى: يقصد التمليك وينشؤه حقيقةً لنفسه، وهنا قولان:

أحدهما: فساد المعاملة وأنه لا أثر للإجازة من المالك، إذ لا يعقل القول بحصول الملكية للغاصب لأنه ليس بمالكٍ للشيء، ولا للمجيز، لأنه إنما يجيز العقد الواقع وقد وقع للغاصب، فلو أجاز المالك لم يقع البيع له بل الغاصب.

والثاني: وهو المشهور: إنه يكون للمالك بإجازته. فيقع الكلام في

تصويره:

قال الشيخ -وقرّبه الميرزا الأستاذ^(١)- بأن الغاصب لما يبيع الشيء يدّعي كونه ملكاً له، فهو يبيعه بناءً على أنه المالك، فأما حيثية كونه المالك فلفو، وأما حيثية كون البيع عن المالك، فتتوقف على الإجازة، فإذا أجاز

(١) المكاسب والبيع ١ / ١٥٨.

المالك أثرت أثرها ويكون البيع له.

وقال السيد^(١): إن البيع عبارة عن مبادلة مالٍ بمال، وليس في البين تعرض للمالك، كما ليس لحبيثة المالكية دخل مطلقاً في حقيقة البيع، فإذا أجاز المالك فقد أنفذ المبادلة الحاصلة ويقع البيع له.

أقول: وكلامه - بحسب الظاهر - جيدٌ ولعله مقبول عند غيره أيضاً، إلا أن الذي أخذته من شيخنا الأستاذ رحمه الله - وإن كان للعمر وفاء بيته بالتفصيل في بحث الفضولي - هو: إن بدلية الشيء عن الشيء والمبادلة بينهما يحتاج إلى محل، لأن البدلية ليست بمهمة بل هي في شيء، وهو هنا الملكية، والملكية ربط قائم بين المالك والمملوك، والغاصب عندما يبيع إنما يبدل المال بمالٍ في الملكية التي يراها لنفسه، فما ذكره الشيخ هو الصحيح.

وعلى المسلكين، فإن البيع يقع للمالك الحقيقي، فلم يخرج المورد عن القاعدة، لأن الغاصب قد قصد البيع للمالك، وقد وقع بالإجازة للمالك، فما قصد قد وقع ولا تخلف.

والتحقيق: عدم صحة التبريبين كليهما، وبيان ذلك باختصار هو:

الواسطة تارة: هي في الثبوت، وأخرى: في العروض، فإن كان للوصف العنوانى وساطة في ثبوت الحكم على الموضوع - والمقوم للموضوع هو الذات - فهو الواسطة في الثبوت، وإن كان له دخل في الحكم والمحمول المترتب على الموضوع، فهو الواسطة في العروض.

فإذا باع الغاصب لنفسه، كانت حبيثة المالكية الإدعائية واسطة في

الثبوت لا في العروض، لأنه يبيع الشيء بعنوان أنه هو المالك، لا أنه يبيعه عن المالك ليقال أن البيع قد وقع للمالك غير أنه يدعي كونه هو المصداق وادّعاؤه لغو.

فالحل الصحيح يبتني على ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ في تعريف البيع من أنه عبارة عن تملك شيء بشيء، فإنه إذا أجاز المالك فقد أجاز هذا المعنى، فيقع للمالك. والتفصيل في محله.

وتلخص: أن ما ذكره الشيخ ليس نقضاً.

النقض الخامس

قوله:

وترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قول....

أقول:

هذا هو المشهور وبه نص [١]، وإن قال المحقق الخراساني في فوائده (١): إذا لم يذكر الأجل في العقد المنقطع لا ينقلب دائماً، ويحمل النص على معنى آخر، مع كونه على القاعدة وعليه المشهور، كما ذكرنا. وحلّ المطلب خلافاً له هو:

[١] وهو موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز». وقال: إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات» (٢).

(١) الفوائد ط مع حاشية الرسائل: ٢٩١.

(٢) الكافي ٥ / ٤٥٦.

إنَّ الزوجية حقيقة واحدة ومعناها النكاح، والدوام ليس قيداً لها بل هو عبارة عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحققت الزوجية دامت، ودوامها عبارة عن وجودها وثباتها، والمدة تحتاج إلى قصدٍ آخر ولا بدَّ من إظهارها، فما لم تظهر المدة -التي هي محدّدة للزوجية- كانت الزوجية المقصودة على حقيقتها. فالمقصود واقع ولا تخلف [١].

هذا تمام الكلام على القاعدة الأولى.

[١] وقال المحقق الخوئي: إنه إذا كان بناء العاقد قبل مباشرته بإيقاع العقد على إنشاء نكاح المتعة، ولكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء وقصد الزواج الدائم، فلا شبهة في أن الواقع -حيثئذٍ- يكون نكاحاً دائماً، وعليه، فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، وإذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعة حتى في مقام الإنشاء والاشتغال بإجراء الصيغة، ومع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلّفظ أو تركه عمداً، فإن الظاهر حيثئذٍ بطلان العقد، بداهة أن الزواج الدائم لم يقصد ولم ينشأ، لأن الإنشاء عبارة عن إبراز الأمر النفساني في الخارج، وإذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزاً باللفظ، وأمّا الزواج المنقطع فلا يقع أيضاً في الخارج، إذ يعتبر في صحة ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات، والمفروض أنه مفقود في المقام^(١).

لكنَّ هذا خلاف ظاهر في المسألة عن أبان بن تغلب، حيث سأل الإمام عليه السّلام عن العقد على امرأة متعة، فاستحى أن يذكر الأجل. فقال عليه السّلام: «لأنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة وكانت وارثاً...»^(٢)، فإنه ظاهر في أن الدوام لا يحتاج إلى قصد.

(١) مصباح الفقاهة ١٠٩/٢.

(٢) وسائل الشريعة ٢١ / ٤٧ - ٤٨، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الرقم: ٢.

القاعدة الثانية

قوله:

ومنها: أن يكون إرادة التصرف من المملكات....

أقول:

القاعدة الثانية التي ذكر بعض الأساطين يلزم تأسيسها بناءً على القول بأن المعاوضة تفيد الإباحة دون الملك هو: أن يكون إرادة التصرفات من المملكات.

وذلك: لأن التصرفات التي تقع من المتعاطين جائزة مطلقاً، إلا أنها تنقسم إلى قسمين، فمنها: لبس الشيء أو ركوبه أو الجلوس عليه ونحو ذلك، مما لا يتوقف على أن يكون المتصرف مالكاً. ومنها: ما يتوقف على ذلك، كأن يوقف الشيء، أو العبد يعتقه، أو الجارية يطؤها، لأنه لا بيع إلا في ملك، ولا وقف إلا في ملك، ولا عتق إلا في ملك أو بعد ملك - كما في الخبر - ولا وطي إلا في ملك، فإذا لم تغد المعاوضة الملكية، فلماذا جازت هذه التصرفات، ولم يخطر ببال المالك الإذن في شيء منها، وأنه لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه؟

فالقول بجواز تلك التصرفات يستلزم أن يقال بأن إرادة التصرف سبب لمالكية المتصرف. وهذه قاعدة جديدة.

ثم إن الشيخ أجاب عن سؤال مقدّر بقوله:

بخلاف من قال: أعتق عبدك عني وتصدق بمالي عنك.

وذلك: لوجود الإذن منه في هذين الموردين، لأنه في الحقيقة إذن في التمليك في الأول ثم العتق، وفي التملك ثم التصديق في الثاني.

ثم إن ما ذكره في الموردين، مبني على أن يكون المعتق عنه والمتصدق عنه مالكا، وأما بناءً على عدم اعتبار ذلك - كما في بعض النصوص في العتق والتصدق عن الميت - فلا مجال لما ذكر. ووجه التردد حيث قال:

بإرادة التصرف أو معه.

هو: إن من التصرفات ما لا يعتبر فيه سبق الملكية على التصرف، مثل وطء الجارية المأخوذة بالمعاطاة، فيمكن أن يكون مالكا لها في آن الوطي، بخلاف مثل البيع، فإنه لا يعقل المالكية في آن البيع، لأن تحققها في هذا الآن يستلزم الجمع بين الضدين، فإذا تحقق ملكية الغير لم يعقل تحقق الملكية لنفسه فيه، وكذا في العتق، فإنه يلزم تأثير الشيء في المتناقضين، لأن العتق سبب زوال الملك، فإذا قلنا بحصول الملكية في حينه، لزم الجمع بين تحقق الشيء وزواله وهو محال، ففي مثل هذين الموردين، لابد من اختلاف الآتين.

فإن قلنا بأنه في الآن الأول ملك، وفي الثاني باع أو أعتق أو ملك في آن التصرف كما في الوطي، لزم الالتزام بقاعدة جديدة هي مملكية الإرادة. إذن، لابد من القول بإفادة المعاطاة من أول الأمر.

هذا بيان مراد الشيخ الكبير، وسأزيده بيانا فيما بعد.

وقد أجاب الشيخ عن ذلك بقوله:

وأما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل ودليل جواز التصرف المطلق وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك....

وحاصل كلامه: الالتزام بمملكية الإرادة وعدم استلزام ذلك تأسيس قاعدة جديدة، فكلامه ناظر إلى الجهتين، فما في كلام بعضهم من أنه

لم يُجب عن استلزام تأسيس قاعدة جديدة، ليس في محلّه. وقد جاء في كلامه ثلاثة أمور:

أحدها: إنه لا دليل على إفادة المعاوضة الملكيّة، ومقتضى الإستصحاب بقاء المأخوذ بها في ملك مالكه.

والثاني: إنه قد قام الدليل على جواز مطلق التصرفات في المأخوذ حتى المتوقفة على المالك.

والثالث: إنه لا بيع إلا في ملك، وكذا العتق والوطي....

وهذه الأمور تدلّ -بدلالة الإقتضاء- على كون إرادة التصرف أو التصرف موجباً للملك، لأنّا إن قلنا: بأنّ التصرف أو إرادته غير مملّك، لزم بطلان: لا بيع إلا في ملك ونحوه، وإن قلنا: بأنّ التصرفات المتوقفة على الملك غير جائزة، لزم ردّ السيرة وغيرها من الأدلة القائمة على حليّة تلك التصرفات وغيرها، وإن قلنا: إن المعاوضة توجب الملكيّة، فالمفروض عدم الدليل عليه. فيستكشف من هذه الأمور أنّ إرادة التصرف -أو نفس التصرف- موجب للملكيّة. ولا بدّ حينئذٍ من الالتزام بكون: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه، ونحوه من الأدلة، مخصّصاً بالدلالة الاقتضائية المذكورة.

قوله:

فيكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطي والبيع والعتق وشبهها.

فما نحن فيه نظير تلك الموارد، فإنّ ذا الخيار يدخل مال الغير في ملكه عملاً، وكذا الهبة لغير ذي رحم مع بقاء العين، فلا يكون ما ذكره هنا في المعاوضة شيئاً جديداً.

أقول:

لكن الإنصاف عدم تمامية التنظير المزبور، إذ فرق بين حصول الملكية بالتصرف أو إرادته، وبين ارتفاع سبب ملكية الغير - وهو العقد - بالتصرف، وتصرف ذي الخيار والواهب من قبيل الثاني. فالحق أن ما نحن فيه لا نظير له [١].

[١] وقال المحقق الإصفهاني: وما يترأى أنه نظير له هو تصرف ذي الخيار أو من له الرجوع كما في الهبة، لما تسالموا عليه من حصول الفسخ والرجوع بالفعل، إما بعنوان السبب أو بعنوان الكاشف عن قصد الفسخ والرجوع على الخلاف المحرر في محله. والجواب: إن باب التصرف في الفسخ والرجوع باب الفسخ الذي يقصد بالتصرف أو الرجوع، فهناك إما فعل قصد بنفسه الفسخ - مثلاً أو يكشف عن قصد الفسخ، وأما هنا، فنفس التصرف مملوك قهري، لأنه به يقصد التملك ولأنه كاشف عن قصد التملك، فلا يقاس ما نحن فيه باب الفسخ والرجوع، لعدم دوران حصول الملكية مدار التسبب إليها بنفس التصرف أو بما هو كاشف عن قصد حصولها، فسيبئة التصرف وقصده باقية على غرابتهما.

نعم، الرجوع في الطلاق - بناءً على حصوله بمجرد الاستمتاع ولو لم يقصد به الرجوع - يكون نظيراً لما نحن فيه ^(١).

وقد أشار بما ذكره أخيراً إلى ما رواه محمد بن قاسم عن الإمام عليه السلام أنه قال: «من غشي امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد، وإن غشيها قبل انقضاء العدة كان غشياناً إياها رجعة» ^(٢).

(١) حاشية المكاسب ١ / ١١٩ - ١٢٠.

(٢) وسائل الشريعة ٢٨ / ١٣١، الباب ٢٩ من أبواب حد الزنا، الرقم: ١.

القاعدة الثالثة

قوله:

ومنها: أن الأخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وحقّ المقاسمة والشفعة والمواريث والزبا والوصايا، تتعلّق بما في اليد، مع العلم ببقاء مقابله....

أقول:

قد عرفت أنّ المقصود من هذه البحوث هو الاستدلال لإفادة المعاطاة الملك، بأنّه لولا ذلك يلزم تأسيس قواعد جديدة، فمنها: لزوم هذه الأمور -التي تتعلّق بالأملاك- في غير الأملاك.

فمن أخذ شيئاً من الأنعام الثلاثة أو النقدين أو غيرها ممّا تجب فيه الزكاة، بالمعاطاة، وحال الحول والنصاب حاصل، وجب عليه الزكاة، مع أنّ الذي حصل عنده كان بالمعاطاة، والمفروض أنها لا تنفد الملك.

وكذا الخمس، فيلزم تعلّقه بما ليس بملك له.

وكذا يلزم حصول الاستطاعة بالزاد والزاحلة التي لغيره، لأنّ المفروض أن ما عنده مأخوذ بالمعاطاة وليس ملكاً له.

وكذا يلزم تعلّق الديون بغير الملك، كأنّ يقسم الغرماء بينهم ما كان عند الغريم من أموال الناس، لأنّ المفروض أخذه ذلك منهم بالمعاطاة. وأيضاً: المدين إذا مات، تعلّق دينه بما تركه، فيلزم تعلّق دينه بأموال الناس لا بأمواله. وأيضاً: لو باع شيئاً بالمعاطاة وأخذ الثمن، كان أداء دينه من هذا الثمن أداءً من أموال الناس.

وكذا يلزم تعلّق حقّ النفقة بالنسبة إلى أموال الناس، لأنّ المال الذي بيد

الزوج مأخوذ بالمعاطاة، مع أن حق النفقة يتعلّق بملك الزوج.

وكذا في حقّ المقاسمة، فإذا حصل الشيء لهما واشتركا فيه وثبت لهما حقّ لهما فيه حقّ المقاسمة، كان معنى ذلك حصول هذا الحق في مال الغير. وكذا في حقّ الشفعة، فمن باع نصف ملكه لزيد بالمعاطاة وباع النصف الآخر من عمرو، جاز لزيد أن يشفع في النصف الآخر، مع أن النصف الذي بيده ليس ملكاً له بل هو باق على ملك صاحبه، فكيف أخذ بالشفعة؟

وكذا لو باع بالمعاطاة المكيل والموزون بمثله بالتفاضل، فالرّبا ثابتة، ولولم تكن المعاطاة مملّكة لم يكن لثبوت الرّبا وجه، وإلا لزم ثبوتها في مال الغير.

وكذا الذي أوصى بصرف كذا وكذا من ثلثه، فوصيّته نافذة، ولولم تغد المعاطاة الملك لزم نفوذ الوصيّة في ملك الغير.

وكذا لا شبهة في أن من مات انتقلت أمواله إلى ورثته، فلو كان جميع ما حصل عنده مأخوذاً بالمعاطاة، فإنهم يكونون قد ورثوا أموال الناس بموت مورّثهم.

وكذا الكلام في الغنى والفقر، فمن حصل عنده بالمعاطاة ما يكفي لمؤنة سسته، صدق عليه الغنى وترتب عليه أحكامه، فلولم يكن ما أخذه بالمعاطاة ملكاً له، فقد أصبح غنياً بأموال الناس، ولو وهب هذا الشخص كلّ ما عنده عدّ فقيراً، مع أن الأشياء غير خارجة عن ملكه، لأن المفروض وقوع الهبة منه معاطاةً.

هذا كلّه، مع العلم ببقاء المال المقابل عند الطرف الآخر، ولو شك في بقاءه استصحب.

وتلخص: إن ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار

المتعلقة بها، وهذه قاعدة جديدة.

هذا ما أفاده بعض الأساطين.

فأجاب الشيخ:

قوله:

وأما ما ذكره من تعلق الأخماس والزكوات. إلى آخر ما ذكره، فهو استبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها، مع أن تعلق الإستطاعة الموجبة للحج وتحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقفان على الملك.

أقول:

إذن، يلتزم بتحقيق هذه الأمور في غير الملك ويكون بحكم الملك.

واختلفت الأنظار في مراده من قوله: «ودفعه بمخالفته...» والضمير يرجع إلى «التعلق» وفي بعض النسخ: «ودفعها بمخالفتها...» ومرجع الضمير «المقالة»:

فقال السيد رحمه الله: «الظاهر أن مراده أن الحكم بعدم تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، استبعاد محض، فلنا أن نلتزم بعدم التعلق، ولا بأس به، ودعوى أنه مخالف للسيرة حيث أنها جارية على التعلق، مدفوعة بأنه على هذا تكون السيرة دليلاً على التعلق وإن كان مخالفاً للقاعدة، لأنها دليل على تخصيصها، ولا بأس بالالتزام به»^(١).

فاعترض عليه شيخنا الأستاذ: «بأن كاشف الغطاء رحمه الله لم يستبعد عدم التعلق، بل استبعد تعلقها مع عدم الملك حيث قال: فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: أعلم أن مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه

«إن تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة أمر مفروغ منه ولذا استبعد تعلقها به مع عدم الملك...»^(١).

وهو متين جداً.

وعلى الجملة، فإنه لا مانع من تعلق المذكورات بغير الملك، وليس في المقابل إلا الاستبعاد.

فإن قيل: هذا ينافي السيرة القائمة على أن المعاطاة تفيد الملك، وأنهم يرون تعلق هذه الأمور بالملك.

قلنا: هذا رجوع إلى السيرة، ولا لزوم لتأسيس القواعد الجديدة، وقد جعل هذا اللزوم دليلاً مستقلاً بعد الكتاب والسنة والسيرة - على إفادة المعاطاة للملك.

وحلّ المطلب هو:

أما في الأخماس والزكوات، فإنها تتعلق بشرط الحول والنصاب، وكون الآخذ بالمعاطاة غير مالك لا يضر، لوجود المالك الأصلي المتوجه إليه الخطاب بالخمس والزكاة، فلم يكن التعلق بغير الملك، غير أن الذي بيده ليس هو المالك المخاطب بالأداء. ولوقيل: بأن وجوب الأداء عليه حيثئذ دون المالك هو الذي عليه السيرة، فالجواب: إن هذا رجوع إلى السيرة.

وبعبارة أخرى: إن كان المحذور سقوط الخمس والزكاة، فإنه غير وارد، لأنهما يتعلّقان بالملك، وغاية الأمر هنا هو توجه التكليف إلى المالك دون الآخذ بالمعاطاة.

وأما في الإستطاعة، فإن المناطق فيها هو التمكن من الذهاب إلى الحج،

(١) حاشية المكاسب ١ / ١٢١.

ولا دليل على اعتبار الملكية في الزاد والراحلة، ومن كان بيده الزاد والراحلة فهو متمكن ويجب عليه الحج.

وأما في الديون، فإن مثال تعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاة هو ما لو أخذ الشخص بالمعاطاة شيئاً في مقابل شيء أعطاه، ثم مات والمالان باقيان، فإن المأخوذ بالمعاطاة يكون من جملة تركته والدين يكون متعلقاً بهذا المال.

والظاهر أن لا مورد لتعلق الدين بالمأخوذ بالمعاطاة إلا ما ذكرناه، وما في كلام بعض الأكابر^(١) من أنه لا مانع من أداء الدين الذي في ذمته مما كان بيده من مال غيره المأذون في التصرف فيه، فليس جواباً عن إشكال الشيخ الكبير، لأن الكلام هو في تعلق الدين بمال، فمنشأ الإشكال هو «التعلق»، لأن الدين إنما يتعلق بذمة المدين مادام حياً، فإذا مات تعلق بما تركه، فكيف يتعلق دين الدائن بما هو لغير المدين؟ نظير المفلس، حيث أن الغرماء يقتسمون ما في يده من الأموال، فإذا كان فيها شيء مأخوذ بالمعاطاة، والمفروض أنها لا تفيد إلا الإباحة، لم يكن لهم تقسيمه، إذ لا يتعلق حق الغرماء إلا بما هو ملك للمفلس، وإن أمكن القول بجواز أخذهم المال، لأنه عوض عن ملك الغريم الموجود بيد المتعاطي معه.

وبالجملة، فالمثال الذي ذكرناه، هو الذي ينطبق عليه البحث تماماً. ولنا أن نقول في الجواب: إن الفتوى في الهبة الجائزة التي للواهب أن يرجع فيما وهبه، هي لزوم بموت الموهوب له، فلم لا يكون الموت سبباً في ملكية المال المباح كذلك؟ وبعبارة أخرى: إنه لا ريب في ملكية التصرف المالكي والإتلاف، والمناط في التصرف المالكي هو الخروج عن

الملك، وبالموت يتحقق الخروج عن الملك ويتعلق الدين بالتركة. وأما النفقات، فلا دليل على أنها تتعلق بالملك، بل على الزوج المتمكّن أن ينفق على من تجب النفقة عليه، من أي مال يجوز له أن ينفق منه، سواء كان مباحاً له أو ملكاً.

وأما المقاسمة: بأن يكون شخصان شريكين في مالٍ على نحو الإشاعة، فلكلّ منهما الحق في المطالبة بتقسيم المال، فلو كان المال مأخوذاً بالمعاطاة -وهي تفيد الإباحة- لم يكن لأحدهما الحق في مطالبة الإفراز، لأنّ هذا الحق يختص بالمالك في ملكه.

والجواب هو: إن نفس التقسيم تصرف مخرج عن الملك، لأن حصّة كلّ واحد هو النصف المشاع بما هو مشاع، ولا تعيّن للملكيّة خارجاً، ومجرّد إيجاد التعيّن بالإفراز مخرج عن الملك، ولا أقلّ من أنه يوجب تملك الطرف المقابل لما أخذه، فالتقسيم كالبيع وغيره من التصرفات المخرجة عن الملك، والمفروض إباحة جميع التصرفات. نعم، يتوجّه هنا ما أوردناه سابقاً من لزوم اجتماع الضدين، لكنّا نتكلّم هنا على ما مشى عليه القوم.

وأما حق الشفعة، فإذا أخذ شيئاً بالمعاطاة مشاعاً وأراد صاحبه أن يبيع سهمه، كان لهذا الحق في الأخذ بالشفعة، لكنّ المفروض أنه مباح له وليس بمالك حتى يجوز له الأخذ بها.

والجواب: إنه إن جاز القول بأنّ له الأخذ بالشفعة في ظرف تصرف المتعاطي فيما بيده، بأن يكون الحق ثابتاً له بشرط تصرف الطرف، كما ذكر المحقق الخراساني: من أن المعاطاة مملّكة بشرط التصرف أو التلف، نظير بيع الصرف والسلم، فهو، وإلا فلا مناص من التسليم بالإشكال.

وأما الرِّبَا، فإن المفروض قصدهما البيع وأنَّ الشارع قد رتب الإباحة، لكنَّ ترتيبه الإباحة إنما يكون في المعاطاة الشرعيَّة الصحيحة، فإذا كانت المعاوضة ربويَّة فهي منهيٌّ عنها، لأنَّ أدلَّة حرمة الربا جارية في كلِّ معاوضة بين المتجانسين مع التفاضل، فتكون جارية في المعاطاة، وحيثُذ، لا معنى لترتّب الإباحة عليها.

وأما الوصايا، فالجواب عن الإشكال فيها ظاهر ممَّا سبق، إذ نلتزم بأنَّه بالموت يعتبر الملكيّة.

وأما الغنى والفقر، فالغني من كان واجداً للمؤنة السنة، سواء كان مالكا أو مباحاً له، والفقير من ليس واجداً للمؤنة مطلقاً.

القاعدة الثالثة

قوله:

ومنها: كون التصرف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف.

أقول:

فالغرابة من جهتين: أمّا الجهة الأولى فهي: أن يكون تصرف أحدهما التصرف المخرج عن الملكيّة - كالبيع - سبباً لتملّك الآخر لما في يده، وهذا ليس بغريبٍ فقط بل هو مستحيل، لأنَّه إذا باع ما أخذه بالمعاطاة، فقد أوجد ببيعه السبب لملكيّة نفسه ولملكيّة غيره، فيلزم اجتماع الضدّين في آن واحد، وإذا أعتق ما أخذه بالمعاطاة، فقد أوجد بتصرفه العتقي ما يكون سبباً لملكيّة نفسه وللخروج عنها، فيلزم اجتماع النقيضين، ولو أوقفه فالألزام اجتماع الضدّين، إن كان الوقف تمليكاً، أو اجتماع النقيضين إن كان تحريراً.

وأما الجهة الثانية، فبيانها: إنه لو تصرف أحدهما، فإن بقي الشيء في الجانب الآخر على إباحته، لزم جواز رجوع المتصرف في إباحته، لأن كل مباح فيجوز أن يسترجعه المبيع، فيكون الشيء الذي كان ملكاً له بالتصرف قد دخل في ملكه مجاناً، وإن كان تصرفه موجباً لتملك الآخر للشيء الذي بيده، لزم دخول الشيء في الملك بلا سبب.

وقد أجاب الشيخ:

وأما كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.
أقول:

يريد رحمه الله: أن ذلك مقتضى الجمع بين أصالة عدم الملك أو استصحاب بقاء كل من المالكين في ملك صاحبه ومادّل على جواز مطلق التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة، وأدلة أن لا بيع ولا عتق ولا وطى إلا في ملك، فإنه بالجمع بينها يستكشف أن الشارع قد اعتبر الملكية أناماً قبل حصول التصرف المخرج عن الملكية.

وعلى الجملة، ليس التصرف بنفسه مملّكاً، بل إن مقتضى الجمع بين الأدلة المزبورة، هو الاستكشاف عن دليل.

وهذا هو الجواب عن الجهة الثانية.

وأما الجهة الأولى، فلم يجب عنها.

ويمكن أن يقال: إنه ليس للدليل القائم على ملكية التصرف دلالة على كون ذلك بالمجان، بل هو مملّك بالعوض، فيدلّ بالإلتزام على أن ما بيد الطرف الآخر ملك له كذلك، أو يقال - كما ذكر المحقق الخراساني - بأن المعاطاة تفيد الملكية بشرط التصرف من أحدهما فيما بيده، كما في الصرف والسلم حيث يشترط الملكية فيها بالقبض، إلا أنا لم نوافق على ما ذهب إليه.

القاعدة الرابعة

قوله:

ومنها: جَعَلَ التَّلَفَ السَّامَوِيَّ مِنْ جَانِبِ مَمْلُكَاً لِلْجَانِبِ الْآخَرِ....

أقول:

ما قال هنا: مع غرابة أن يكون التلف مملُكاً، لأنَّ حصول الملكية بالتلف مستحيل، إذ لا معنى لها في أن التلف، وبعده لا موضوع لها.

ووجه الإشكال هو: إن التلف بيد أحدهما ليس بسبب لتملك الآخر لما بيده، وحينئذٍ يكون صاحب المال الموجود مالاً لما بيده بلا سبب شرعي. وقد أجاب الشيخ قدس سره:

قوله:

وَأَمَّا كَوْنُ التَّلَفِ مَمْلُكَاً لِلْجَانِبَيْنِ، فَإِنَّ ثَبْتَ يَاجْمَاعٍ أَوْ سِيرَةٍ - كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ - كَانَتْ كُلُّ مِنَ الْمَالَيْنِ مَضْمُوناً بَعْوَضِهِ....

أقول:

أي: إن مقتضى قاعدة على اليد أن يكون كل ما حلَّ في يد أحدهما مضموناً عليه، وعليه تسليمه إلى صاحبه، فإن تلف كان عليه المثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة، فما في كلام بعضهم^(١) من تفسير الحديث بمطلق الضمان، سهو من القلم.

لكنَّ الإجماع قائم على وجوب المثل أو القيمة في مورد المعاوضة، ومقتضى الاستصحاب عدم الملكية، والجمع بين قاعدة اليد والإجماع

(١) حاشية الإسنهاني ١/ ١٢٥.

والإستصحاب يكشف عن حصول الملكية آنأماً قبل التلف.

قوله:

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع، لأن هذا هو مقتضى الجمع....

أقول:

فقد ورد النص على أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه^(١)، حيث أن ما بيد البائع ملك للمشتري، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع إياه كان من مال البائع، وعليه إرجاع الثمن الذي أخذه من المشتري، مع أن مقتضى القاعدة أنه إن كانت يده أمانة فلا شيء عليه، وإن كانت عدوانية فالمثل أو القيمة، فمن النص يستكشف أن البيع ينحل قبل التلف آنأماً، ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف في ملكه وعليه رد الثمن.

والحاصل: إن التلف في يد أحدهما يكشف عن حصول الملكية له قبله آنأماً، وحصول الملكية لهذا يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبة إلى ما بيده، فالتلف من أحدهما يكون مملكاً للآخر.

قوله:

ومع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنه تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جداً، مع أن في التلف القهري، إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب، ومعه بعيد لعدم قابليته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول في الملك، يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطين.

(١) عوالي اللآلي ٣ / ٢١٢، باب التجارة، الرقم: ٦٩.

أقول:

فههنا إشكالات:

أحدها: أنه لو غصب المال من يد المتعاطي، كان له المطالبة مع أن الفرض كونه مباحاً له وليس بملك.

والثاني: إن له أخذ المثل أو القيمة من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حق المالك وهو ليس بمالك.

أجاب الشيخ:

وأما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أن لكل منهما المطالبة مادام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه، نعم، لو قام كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

أقول:

توضيحه: إن المفروض كون المعاطاة مفيدة للإباحة، فالمال الذي بيد المتعاطي ملك الغير، فإذا تلف بالتلف السماوي كان مقتضى قاعدة اليد دفع المثل أو القيمة، لكن الإجماع قام على عدم الضمان مطلقاً، فإما يخصص به عموم القاعدة، بأن يكون المعنى: إلا التالف بيد الآخذ بالمعاطاة، وإما أن يكون المورد خارجاً بالتخصيص، بأن يكون الإجماع كاشفاً عن حصول الملكية آنما قبل التلف، فالمال تالف في ملكه وهو خارج موضوعاً عن القاعدة، فيكون أمر الإجماع دائراً بين التخصيص والتخصيص، وقد تقرر تقدّم التخصيص، فهو نظير ما تقدّم من أن كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه.

وجه الالتزام بالملكية آنما لا الملكية على إطلاقها. هو الجمع بين

ما ذكر والاستصحاب، المقتضي بقاء المالكين في ملك صاحبيهما. وقد كان يلزم ضمّ أمر آخر، وهو: إنّه لما كان تلف المال واقعاً في ملك من كان بيده، فإنّ هناك ملازمة بين مالكيّة هذا ومالكيّة الطرف لما بيده، فيكون مالكاً للمال الموجود عنده..

أقول:

أمّا التنظير، ففيه: إن النّص يدلّ بالمطابقة على حصول اعتبار كون التالف من مال البائع حقيقةً، فكأن لزوم البيع كان منوطاً بعدم التلف، فإذا تلف كان منحلّاً.

وأما أصل المطلب، ففيه: إنه لا مجال للتمسك هنا بقاعدة اليد، لأن لفظ الخبر أنّ على اليد «ما أخذت» لا «ما أعطيت» كما نحن فيه، فلو أعطى شخص ماله غير الذهب والفضّة لآخر عاريةً وحصل فيه تلف قهري، فلا ضمان، لأن مدلول الحديث ثبوته فيما لو أخذت اليد مال الغير بدون إذنه، ومانحن فيه ليس كذلك، لأن المفروض حصول المعاطاة. وبالجملّة، لا مجرى هنا للقاعدة أصلاً، ولا نعلم للتمسك بها وجهاً. هذا أولاً.

وثانياً: لو سلّمنا جريان القاعدة، فما أفاده الأكابر - ومنهم بعض الأساتيد^(١) - من أن مقتضى التمسك بعموم «على اليد» وهو من الأمارات، ثبوت لازمه وهو التخصّص والخروج الموضوعي، فيه: إنّ الدليل اللفظي إنّما يثبت لازمه في ثلاثة موارد فقط، وهي:

١ - أن يكون بين اللازم وملزومه عليّة، لكون الحجّة على اللازم حجّة على الملزوم وبالعكس.

(١) حاشية المكاسب للإصفهاني ١/ ١٢٤.

٢- أن يكونا ضدين لا ثالث لهما، فالحجة القائمة على أحدهما حجة على عدم الآخر.

٣- أن يكونا معلولين لعلّة واحدة، ومرجعه إلى الأول، والسرّ واضح، لأن الحجة على أحد المعلولين حجة على العلة، والحجة على العلة حجة على المعلول الآخر.

وفي دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، كما لو قال: أكرم العلماء ثم قال: يضرب زيداً، ودار أمره بين العالم والجاهل، لم يجز التمسك بالعام، لتكون النتيجة وجوب ضرب زيد الجاهل، لعدم وجود الملاك الذي ذكرناه، وأنه لا يعقل الإثبات في غير الموارد الثلاثة.

وإذن، لا وجه لإثبات الملكية آنأماً قبل التلف، على ما ذكره الشيخ وتبعه عليه غيره.

هذا كلّه في الإشكال الأول.

والإشكال الثاني هو: إن للمتعاطي أن يأخذ المثل أو القيمة من الغاصب في حال تلف العين عنده، مع أن ذلك من حقّ المالك وهو ليس بمالك. أجاب الشيخ:

بأنّ للمالك أن يطالب لكونه مالكاً، وللمتعاطي أن يطالب لكونه مباحاً له.

وهذا الجواب وجيه، فما نحن فيه نظير مطالبة الآخذ عارية، حيث أن لكلّ من المالك والآخذ حق المطالبة، هذا فيما إذا كانت العين موجودة بيد الغاصب، ومع تلفها بإطلاق كلامهم بأنّ التلف يوجب الملكية شامل لما نحن فيه، فيكون للمتعاطي المطالبة بالمثل أو القيمة لكونه المالك حينئذٍ.

والإشكال الثالث هو: إنه إذا كان التلف سبباً للملكية، فمتى تكون هذه

السبب؟

إن كان حصول الملكية متقدماً على التلف الحاصل بعدها، لزم تأخر العلة عن المعلول.

. وإن كان حصولها مقارناً للتلف، لزم عروض الملكية على المحل في آن انعدامه.

وإن كان حصولها بعد التلف، لزم تعلق الملك بالمعدوم.

والجواب - على مسلك الشيخ - إن التلف كاشف عن الملكية المتقدمة، ولا مانع من تأخر الكاشف عن المنكشف. والله العالم.
قوله:

فالقول الثاني لا يخلو عن قوة.

أقول:

كأنه قد تردّد بين المشكل والأشكال، فمقتضى أصالة عدم الملكية بسبب المعاطاة، والشهرة القائمة، عدم إفادتها ذلك، ورفع اليد عن الشهرة والأصل مشكل. لكن عموم آية الحلّ والتجارة يقتضيان إفادة المعاطاة الملكية، ورفع اليد عنه أشكل.

فقال: لا يخلو الثاني عن قوة.

أقول: بل هو الأقوى، لأن الأصل لا يقاوم الأمانة، ولأن الشهرة الفتوائية ليست بحجة.

لزوم المعاطاة

لزوم المعاطاة

قوله:

وعليه، فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً كما حكى عن ظاهر المفيد، أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني وقواه جماعة من متأخري المحدثين، أو هي غير لازمة مطلقاً، فيجوز لكلّ منهما الرجوع في ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت؟ وجوه.

أوفقها بالقواعد هو الأول.

أقول:

في المسألة ثلاثة أقوال، اللزوم وعدمه والتفصيل.

ولم يذكر الدليل على التفصيل، ولعلّه مقتضى الجمع بين عموم قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ الدالّ على صحّة البيع وإفادته الملكيّة مع اللفظ وبدونه، والإجماع القائم على عدم حصول الملكيّة إلّا بالإيجاب والقبول اللَّفْظِيِّين، بأنّ يكون القدر المتيقّن من الإجماع وقوع البيع بالفعل المجرّد عن اللفظ مطلقاً، وأمّا لو كان الدالّ على التراضي لفظاً، فذاك باقٍ تحت عموم الآية. وبعبارة أخرى: المخصّص القائم على عدم تأثير الفعل - وهو الإجماع - دليل لبيّ، فيؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو الفعل المجرّد من أيّ لفظٍ دالّ على التراضي، وأمّا غيره، فالمرجع فيه عموم الآية.

وكيف كان، فالعمدة القولان الأول والثالث، وقد اختار الشّيخ الأول، واستدلّ له بوجوه.

الاستدلال للزوم بالأصل

قوله:

بناءً على أصالة اللزوم في الملك، للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي، ودعوى أن الثابت هو الملك المشترك... بل ربما يزداد استصحاب بقاء علة المالك الأول، مدفوعة. مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب - فتأمل - بأن: انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنما هو باعتبار حكم الشارع عليه....

أقول:

قد استدل رحمه الله بأصالة اللزوم، لأنه مع رجوع المعطي يشك في زوال الملكية الحاصلة بالمعاطاة للمتعاطي، فيستصحب بقاؤها وعدم زوالها برجوع المالك الأول.

ثم أشكل على هذا الاستدلال: بأن الملكية الثابتة كانت - على الفرض - مرددة بين الملكية اللازمة والجائزة، فإن كانت الملكية اللازمة المستقرة، فحدوثها مشكوك فيه، وإن كانت الحادثة بالمعاطاة فارتفاعها بالرجوع متيقن، فلا يوجد شيء متيقن به مشكوك في بقائه، فلا ينفع الاستصحاب.

قال: بل ربما يزداد... لأننا نشك بأن علة الملكية الثابتة للمالك الأول قبل المعاطاة هل زالت بالكلية أولاً، فإن كانت زائلة فالملكية الحاصلة للمتعاطي مستقرة، وإلا كان له استرداد ما أعطاه، فإذا استصحب بقاء العلة تعبدنا بأن رجوعه يؤثر في زوال ملكية المتعاطي، وبه يرتفع الشك في ناحية ملكية الطرف الآخر بعد رجوع المالك، وإذا جرى الاستصحاب فيه، تقدّم بالحكومة على استصحاب بقاء ملكية المتعاطي، لأن الشك في بقاء ملكيته

بعد رجوع المالك، مسبب عن الشك في بقاء علقه المالك، وقد تقرر تقدّم الأصل السببي على الأصل المسببي.

والشيخ لم يُجب عن هذه الزيادة، ولا يبعد أنه لوضوح بطلان استصحاب علقه المالك الأول، لأن العلقه المتصورة عبارة إما عن الملكية نفسها أو العلقه التي هي من آثار الملكية أي السيطرة والسلطنة، أو أن للملكية مراتب، فيحتمل بقاء بعضها بعد المعاطاة، ولارابع، فهل المراد من العلقه نفس الملكية أو آثارها أو بعض مراتبها؟

أما أن يكون للملكية مراتب، فهذا غير معقول، لأنها أمر اعتباري ولا يعقل المرتبة للأمر الإعتباري، وأما أن يكون المراد بقاء علقه المالك الأول، فهذا معناه تحقق الملكيتين في الشيء الواحد، لأن المفروض أن المعاطاة قد أفادت الملكية للآخذ، فمع فرض بقاء علقه الأول يلزم اجتماع المثليين وهو محال. وأما آثار الملكية بأن تبقى للمالك الأول مع انتفاء علقته بالمعاطاة، فمعناه ثبوت الأثر بلا موضوع.

وتلخص: أنه لا مجال لاستصحاب بقاء علقه المالك الأول [١].

[١] وربما يتوهم أن الواهب مثلاً له السلطنة على ماله، وله السلطنة على تسليطه الغير حدوثاً وبقاءً، وبالعلة زالت السلطنة الأولى وبقيت الاخرى، فله إبقاء سلطنة الغير وله إزالتها.

ذكره المحقق الإصفهاني وأجاب: ويندفع بأنه: لا معنى للسلطنة على المال المستفادة من دليل السلطنة إلا القدرة على التصرفات المتحققة بالترخيص التكليفي والوضعي، والسلطنة على رد الملك سلطنة جديدة غير منبثقة عن الملكية، كيف وهي في ظرف عدمها؟ فكيف يعقل أن يكون من شئونها، ومع الشك في ثبوتها، فالأصل

ثم إنَّ الشيخ قد أجاب عن الإشكال بجوابين:

أحدهما: كفاية استصحاب القدر المشترك بين اللزوم والجواز، لأنَّ هذا الجامع بين الملكيتين متيقَّن الحدوث ومشكوك البقاء، فأركان الإستصحاب فيه تامة، وهو من قبيل القسم الثاني من أقسام الكلِّي. وقد اختلفت الأنظار في وجه التأمل:

قال المحقق الخراساني: لا مجال لدعوى الكفاية على مختاره من عدم حجِّية الإستصحاب مع الشك في المقتضي^(١).

لكنَّ الشيخ يرى جريان الاستصحاب في القسم الثاني، فإنَّ أراد المحقق المذكور من الشك في المقتضي الشك في كون ملاك اعتبار الملكية سبباً لاستمرار ودوام الملكية وعدم كونه كذلك، فهذا مما لا يقال، إذ ليس المراد من الشك في المقتضي في الإستصحاب هو الشك في الملاكات، بل المراد هو الشك في قابلية المستصحب في حد ذاته للثبات والاستمرار في عمود الزمان، لكنَّ الملكية أمر يدوم كذلك ما لم يأتِ الراجع. وإنَّ أراد تصوير سنخين للملكية وتقسيمها إلى قصيرة العمر وهي الملكية المحدودة بعدم رجوع المالك، وطويلة العمر وهي الملكية التي لا تكون محدودة بذلك، فتكون المحدودية بعدم رجوع المالك من مقومات ذات الملكية. لكنَّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأنَّ الملكية متى تحققت دامت، غير أنَّ الشك

عدمها. مع أنه لا ترتب شرعاً لعدم بقاء ملك الموهوب له على سلطنة الواهب على الردِّ حتى يكون إستصحاب السلطنة حاكماً على استصحاب الملك^(٢).

(١) حاشية المكاسب: ١٣.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٢٩ - ١٣٠.

في أنه برجوع المالك الأول ترتفع أو لا؟ فالشك هو في الزوال والارتفاع لا في استعداد المتيقن من حيث البقاء في الزمان، كما في الزوجية المرددة بين الدائمة والانقطاعية إلى أجل معين، فإنه بعد الأجل لا يستصحب بقاء الزوجية، للشك في استعدادها للبقاء في عمود الزمان.

وما نحن فيه من قبيل ما إذا دار الأمر بين البول والمنى، فإنه إذا توضأ ووقع الشك في بقاء الحدث لأنه إن كان الخارج هو البول فقد ارتفع، وإن كان المنى لم يرتفع، فهنا يستصحب بقاء الحدث المشترك بين الأكبر والأصغر، لأن الحدث ممّا إذا وجد يبقى، فإذا شك في زواله بالوضوء استصحب.

وقيل في وجه التأمل: إن استصحاب بقاء الملكية للأخذ وهو القدر المشترك، مسبب عن الشك في حدوث الملكية اللازمة، وحيث يجري استصحاب عدم حدوث اللازمة، كان هذا الإستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الملكية^(١).

وفيه:

أولاً: ليس الشك مسبباً عن أن الملكية اللازمة حاصلة أو لا، بل هو في أن الملكية الحاصلة لازمة أو جائزة، وليس هناك أصل ينفخ أن الملكية الحاصلة خارجاً من أي القسمين.

وثانياً: سلمنا، لكن حكومة الأصل السببي على المسببي مشروطة بكون التسبب شرعياً، والسببية هنا حتمية، ولا يجري الاستصحاب فيها، لأنه أصل مثبت.

(١) أنظر حاشية السيد اليزدي ١ / ٣٥٥.

وقال الميرزا الأستاذ: لعل وجهه هو: أن المقصود من الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام الكلّي ترتيب أثر الكلّي، إذ لا معنى لترتيب أثر كل من الفردين، لأن كلاً منهما مشكوك فيه، وهنا إذا كان مفاد الاستصحاب هو التعبد ببقاء القدر المشترك وهو كلّي الملكية، كان معناه ترتيب أثر أحد الفردين وهو الملكية اللازمة، إذ ليس التعبد ببقاء الملكية إلّا لزومها، فترتب أثر الفرد باستصحاب القدر المشترك، وهو خارج عن استصحاب الكلّي، لأنه تعبد بالفرد لا بالكلّي^(١).

وهذا الوجه - وإن كان لا يخلو عن دقة - إلّا أن فيه:

أولاً: إن الغرض التعبد ببقاء القدر المشترك - أي أصل الملكية - في الزمان اللاحق، غير أنه بسبب الاقتران الاتفاقي لعدم تأثير رجوع المالك الأول، أفاد الملكية اللازمة، لأن هذا التعبد عين استصحاب الفرد.

وثانياً: سلّمنا، لكن يكفي استصحاب القدر المتيقّن لجواز تصرف الآخذ فيما انتقل إليه بالمعاطاة، إذ الملكية حكم وضعي، والاستصحاب جارٍ عندنا في الأحكام الوضعية إلّا في مورد واحد، وغير جارٍ في الأحكام التكليفية إلّا في مورد واحد، والتفصيل في الأصول.

وتلخص: صحة ما ذكره الشيخ في الجواب الأول، وقد ظهر أن لا وجه للتأمل فيه [١].

[١] ولذا لم يتأمل في الأصول في جريان هذا الاستصحاب، فقد قال بعد تقسيم استصحاب المتيقّن السابق إذا كان كلياً في ضمن فرد وشك في بقائه مشيراً إلى القسم

اللَّهُمَّ إِلَّا ما ذكره المحقق الخراساني، بتقريب: أنه قد تقرر في الأصول أن الشك في الغاية في الشبهات الحكمية شك في المقتضي، وفي الشبهات المصادقية شك في الرفع، فمتى شك في تحقق مصداق الغاية خارجاً يستصحب، ولو شك في أن المستصحب معني بغاية شرعاً أولاً؟ فإنه لما كانت الشبهة حكمية، يرجع الشك إلى المقتضي، فلا يجري الاستصحاب.

الجواب الثاني - وهو متين جداً - ومحصله: إن الملكية - بأي معنى كانت، وقد تقدم أن الظاهر كونها «الواجدية» - أمر اعتباري، ولا اختلاف في

الذي هو من قبيل مسألتنا، قال: وأما الثاني، فالظاهر جواز الاستصحاب في الكلّي مطلقاً على المشهور. نعم، لا يتعين بذلك أحكام الفرد الذي يستلزم بقاء الكلّي بقاء ذلك الفرد في الواقع، سواء كان الشك من جهة الرفع، كما إذا علم بحدوث البول أو المتني ولم يعلم الحالة السابقة، فإنه يجب الجمع بين الطهارتين، فإذا فعل احدهما وشك في رفع الحدث فالأصل بقاءه، وإن كان الأصل عدم تحقق الجنابة فيجوز له ما يحرم على الجنب، أم كان الشك من جهة المقتضي، كما لو تردد الموجود في الدار، بين كونه حيواناً لا يعيش إلا سنةً وكونه حيواناً يعيش مائة سنة، فيجوز بعد السنة الأولى استصحاب الكلّي المشترك بين الحيوانين، كما في الشبهة المحصورة.

وتوهم عدم جريان الأصل في القدر المشترك، من حيث دورانه بين ما هو مقطوع الانتفاء وما هو مشكوك الحدوث ومحكوم بالانتفاء بحكم الأصل، مدفوع: بأنه لا يقدر ذلك في استصحابه بعد فرض الشك في بقاءه وارتفاعه، إما لعدم استعداده، وإما لوجود الرفع^(١).

(١) فرائد الأصول: ٣٧١ ط الحجرية.

هويتها وحقيقتها، وإنما الاختلاف باعتبار حكم الشارع عليه، كأن يحكم بعد تحقق الملكية بأن للمشتري أن يحل العقد ويفسخه، وهذا في خيار الحيوان، أو يحكم بأن لكل من البائع والمشتري ذلك، كما في خيار المجلس، أو يحكم في الهبة -لغير ذي رحم والتي غير معوضة- بجواز الاسترداد. ف سواء كان الحكم بحل العقد أو بجواز الاسترداد، فهو حكم شرعي، مع أن الملكية متحققة في جميع الموارد.

وبعبارة أخرى: ليس الجواز وال لزوم من قبيل الفصل المقوم للماهية، ليلزم تعدد النوع، بل انقسام الملك إليهما انقسام بالعرض، وهما حكمان يطريان على الملك وليسا بخصوصيتين منوعتين له، إذ الحكم الشرعي -سواء الوضعي والتكليفي- قائم بنظر الشارع ولا يكون مصنفاً أو منوعاً.

وعلى هذا، فالمستصحب هو شخص الملكية الحاصلة بالمعاطاة، فهل للشارع حكم بارتفاع هذا الفرد الشخصي من الملكية إذا رجع المالك الأصلي عنها وأنه يجوز الاسترداد أو لا؟ فنقول: الأصل بقاءها وعدم جواز الاسترداد.

هذا، ولا يخفى أن المراد من الجواز في قولنا الملك الجائز، هو جواز التراد أو حل العقد، والملك اللازم عبارة عن عدم جواز التراد فيه أو حل العقد، فما في كلام المحقق الخراساني^(١) من أنه جواز التراد، ولا علاقة للبحث بجهة الخيار حتى يقال بأن هذا من خصوصيات السبب المملك، فإنه لو كانت الملكية هنا عبارة عن جواز حل العقد، أمكن القول بأنه من خصوصيات السبب المملك، لكن سيأتي أن الجواز المعطائي عبارة عن

جواز ترادّ العينين، فيكون من خصوصيات الملكية - غير مستقيم.
لأن الكلام ليس في متعلّق الترادّ أو الرجوع حتى يقال: بأن الرجوع في العقد موضوعه هو العقد، فيكون الرجوع حله وهو من خصوصيات السبب، والموضوع في ترادّ العينين هو العين، فهو من خصوصيات الملكية، وإنما الكلام في الجواز الوضعي، أي رجوع المالك فيما أعطاه، حتى يكون الشارع مُعتبراً ملكيةً جديدةً للمالك الأول وسقوط ملكية الآخذ، وهذا الأمر الاعتباري في مرتبة متأخرة، ولا يعقل أن يكون من الخصوصيات المنوعة أو المصنّفة للموضوع في المرتبة المتقدمة.

فالكلام في أن الملكية صنفان أو أمر واحد؟ ولما كان جواز الترادّ - بأيّ معنى كان - في مرتبة متأخرة عن الموضوع وهو الملكية، فإنه يستحيل أن يكون ما هو في المرتبة المتأخرة مقسماً أو مقوماً ماهوياً للموضوع في المرتبة المتقدمة، إذ الموضوع بجميع خصوصياته ولوازمه متقدّم رتبة، والحكم الشرعي المتأخّر رتبة لا يمكن أن يكون من الخصوصيات المقومة للموضوع.

إنا لا نقول: بأن حكم المعاطاة حلّ العقد وفسخه، بل هو جواز الترادّ، لكن هذا الجواز الشرعي ليس من خصوصيات الملكية، وإنه موجب للانقسام الحقيقي، بل هو حكم شرعي يرجع إلى كيفية السبب، فإن الشارع يحكم بجواز الترادّ إذا كان البيع بالفعل.

فقله: موضوع الترادّ هو العين وموضوع الفسخ هو العقد، لا وجه له في هذا المقام.

ثم إن الشيخ استدلّ لعدم اختلاف حقيقة الملكية، وأن منشأ الاختلاف وانقسامها إلى الجائزة واللازمة هو الحكم الشرعي، بأمور:

قوله:

ويدل عليه -مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات أو من لوازم السبب الممك، ومع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد- أن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، فإما أن يكون....

أقول:

ذكر رحمه الله ثلاثة وجوه:

أحدها: قوله: يكفي في الإستصحاب....

فاعترض^(١) عليه: بأن العبارة قاصرة، لأن هذا الكلام ليس بدليل، وإنما هو عبارة أخرى عن عدم الحاجة إلى الاستدلال، بل يكفي في جريان الإستصحاب عدم العلم بأن الجواز واللزوم من خصوصيات السبب أو المسبب، وحيث يقال: كيف يعقل كفاية الشك في الاستصحاب مع احتمال أن يكون الشك في المقتضي -لا احتمال كونهما من خصوصيات المسبب- والشيخ لا يرى جريان الاستصحاب معه.

والذي أظن: أن غرضه قدس سره: أن الشك في المقتضي هو من باب التخصيص اللبّي، ففي موارد التخصيص اللبّي لا بدّ من إحراز المخصّص كي لا يتمسك بالعام، ومع الشك في تحقق عنوان المخصّص اللبّي يجوز التمسك به. فمراده: إنه يكفي في الإستصحاب الشك في كون الجواز واللزوم من خصوصيات المسبب أو السبب الممك، مع أنه على تقدير كونهما من خصوصيات المسبب، يكون الشك في المقتضي، لأن

(١) انظر: المكاسب والبيع ١/ ١٦٨.

المختص المخرج للشك في المقتضي لبّي لا لفظي، وحينئذ يتمسك بعموم: لا تنقض اليقين بالشك، ويجري الإستصحاب مع الشك في كونهما من خصوصيات السبب أو المسبب.

لكن غير واحد من الأكابر اعترض عليه: بأنه لا معنى لأن يكون الشك المذكور كافياً لجريان الإستصحاب، مع أنه بناءً على كونهما من خصوصيات الملك غير جارٍ عنده، لأمره بالتأمل، فيدور الأمر بين أن يكون من مصاديق مورد جريان الإستصحاب أو من مصاديق مورد عدم جريانه، فكيف يعقل كفاية الشك للجريان؟

والظاهر: أن مراد الشيخ، كما ذكرنا في استصحاب القدر المشترك، من أنه إنما يتم لو كان الأثر مترتباً على القدر المشترك نفسه، فكذلك هنا، إذ الأمر في الملكية يدور بين الجائزة حتى تكون مرتفعة واللازمة حتى تكون باقية، فإن استصحاب البقاء عبارة أخرى عن التبعّد بالملك اللازم، وهذا غير جائز، وحينئذ نقول: إن هذا المعنى أي عدم جواز جريان الإستصحاب في هكذا مورد - دليل لبّي، وفي موارد الدليل اللبّي في مورد الشك يجري الإستصحاب. ففي نفس الوقت الذي نشك في أن الجواز واللزوم من خصوصيات السبب أو الملك، نستصحب، لأنه في مورد كونه من خصوصيات الملك إنما لا يجري الإستصحاب بمقتضى الدليل اللبّي، ولما كان مورد الدليل اللبّي غير محرز، فالإستصحاب جار.

الثاني: هو الوجدان، إذ أن الهبة اللازمة والجائزة على نسقٍ واحد. يريد: أن اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك، لوقع الاختلاف في مقام الإنشاء، فهما ليسا من خصوصياته بل من الأحكام الشرعية للسبب.

وفيه: إنه لو كانا من خصوصيات السبب، لزم ترتب الأثر على الإنشاء المجمل.

الثالث: إنهما لو كانا من خصوصيات الملك، فلامحالة يكونان زائدين على مفهوم الملكية، وحينئذ يقال: هل هذه الزيادة هي بجعل من المالك أو من الشارع؟

إن كان من المالك، لزم القول بأنها -أي الملكية- في مورد قصده الرجوع، جائزة، وفي مورد قصده عدم الرجوع لازمة، وهي في مورد لا قصد عنده لا لازمة ولا جائزة، فيدور أمر اللزوم وعدمه مدار قصد المالك. وعليه، فلو قصد الرجوع في الهبة لذي رحم كانت الملكية جائزة، والحال أن الهبة لذي رحم لازمة بالضرورة من الفقه، وهي للأجنبي جائزة كذلك، سواء قصد الرجوع أو لا.

فالخصوصيتان لا يناطان بقصد المالك.

وإن كان بجعل من الشارع، بأن يختلف اعتباره للملكية، لزم عدم تبعية العقود للقصور، وهذا محال، لأن العقود كلها إمضائية، والإمضاء يكون دائماً على طبق الممضى، ولا تختلف دائرته عن دائرته. وقوله:

وأمكن القول بالتخلف هنا في مسألة المعاطة....

سهو من قلمه الشريف، لأن المعاطة إن لم تفد الملك جاز التخلف، بأن يقصد الملك والشارع لا يمضي، لكن البحث هنا في اللزوم وعدمه على مبنى إفادتها للملكية، وحينئذ فلا معنى للتخلف [١].

[١] وقال المحقق الإيرواني: «قد عرفت عدم إمكان ذلك القول، وأن دليل التبعية

وتحصّل: إن اللزوم والجواز ليسا من خصوصيات الملك، بل هما حكمان شرعيّان تكليفيّان مولويّان، وعليه، فالمستصحب هو شخص الملك - لا الجامع بين الجواز واللزوم - إن شك في بقاء ملكيّة الأخذ بالمعاطاة برجع المالك الأول فيما أعطاه، فيفيد بقاء الملكية وعدم تأثير الرجوع. قوله:

وبالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقد شك في لزومه شرعاً [١].

وهو خطاب ﴿أَوْفُوا﴾ يشمل المقام كما يشمل العقود المنشأة باللفظ، ولو فرضنا عدم الشمول كفى شمول ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تَجَاوَزَ عَنْ تَرَاضٍ﴾ في إثبات التبعية، مع أن إنكار التبعية بعد الاعتراف بحصول الملك لا محلّ له، ومحلّ هذا الإنكار هو المقام المتقدّم، فلا محيص هنا من الالتزام بالتبعية قضاءً لحقّ الأدلة الناهضة بإثبات الملكية^(١).

[١] قد شرح المحقق الثاني قدس سرّه هذه القاعدة الكلية^(٢) وأوضحها شيخنا دام بقاء بما ملّخصه: إنّ العقود الشرعية على قسمين، فمنها: إذنيّة ومنها: عهديّة، والعهديّة على قسمين: منها تنجزية ومنها تعليقية، والمقصود من هذه الموجبة الكلية هي العهديّة - لأنّ العقود الإذنيّة لا شك في كونها جائزة غير لازمة - بقسميها كالبيع والصلح ونحوهما من الأوّل، والسبق والرماية والجمالة ونحوها من الثاني، فالأصل في الجميع لو شك في لزومه شرعاً هو اللزوم.

قال العلامة في بيع التذكرة^(٣) بأن الأصل اللزوم في البيع، للإستصحاب يعني

(١) حاشية المكاسب: ٨٠.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ١٧٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٥ / ١١.

وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض والهبة.

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

أقول:

إن أصالة اللزوم أصل محكم في الشبهات الحكمية والموضوعية معاً، فلو شك في أن حكم الهبة المعوضة هو اللزوم أو الجواز، جرت أصالة اللزوم، ولو شك في أن الملك الحاصل بالمعاطاة جائز أو لازم، فهي جارية كذلك، وهكذا في كل مورد يشك في الحكم من حيث اللزوم وعدمه.

استصحاب بقاء الملك.

لكنه خالف في السبق والرماية من المختلف^(١) فقال في الشك في اللزوم والجواز، بأن الأصل عدم اللزوم.

فهو مفصل بين التنجيزي والتعليقي، وقد وافقه الشيخ على كلامه في السبق والرماية، وهذا هو المهم، فإنه ينافي هذه الكلية التي نص عليها في المقام، وإذا كان الوجه في اختلاف كلامه كون المستصحب في البيع ونحوه هو الملك، ولا ملك في السبق والرماية ونحوهما حتى يستصحب، كان عليه أن يقول: كل عقد مملك شك في لزومه....

لكن مقتضى ما ذهب إليه في الأصول من جريان الاستصحاب في الأحكام التعليقية مثل: «العنب إذا غلا يحرم» هو عدم التفصيل، لأن المنشأ في مثل السبق والرماية أيضاً هو الملكية التعليقية، وكذا في الجمالة وغيرها.

وكذا في الشبهات الموضوعية، حيث يعلم بوقوع العقد ويشك في أن الملكية الحاصلة لازمة أو جائزة، فإنه يستصحب عدم ملكية الراجع عن الملكية، وهو مرادف لأصالة اللزوم معنى.

قال: لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.

مقتضى القاعدة الأولية أن يكون المدعي هو من يدعي الهبة، لأن مآل دعواه ثبوت حق الرجوع، وأن يكون مدعي البيع منكرًا، لأن مآل دعواه إلى إنكار حق الرجوع، وعلى المنكر الحلف، فإذا حلف تقدّم قوله. لكن قد يحتمل التداعي، إذ ربما يكون لكل من الدعويين أثر خاص، ويدعي كل منهما ترتيب الأثر، وحينئذ يقع التداعي. فقوله «في الجملة» أي: في بعض الأحوال، وهو ما أشرنا إليه [١].

[١] توضيحه: إن قول الشيخ: «احتمل التحالف في الجملة» يشتمل على كلمتين

«احتمل» و«في الجملة».

أما الوجه في قوله «احتمل» فهو: أنه قد اختلف العلماء في أن مورد اللحاظ في مقام التداعي هو النتيجة أو اللفظ؟ فعلى الثاني يتحالفان في مفروض المسألة، أما على الأول، فحيث أن المدعي للصلح يدعي اللزوم والمنكر له ينكر اللزوم، فإن الواجب هو اليمين على أحدهما دون الآخر.

وأما الوجه في قوله «في الجملة» فهو: قيام الأصل الحاكم في بعض الموارد، كأن يقول أحدهما: هذه هبة، والآخر يقول: هي صدقة. فإن كانت صدقة لم يرجع فيها لأنها في سبيل الله، وإن كانت هبة جاز له الرجوع فيها، فلا تحالف حينئذ، إذ يعتبر في الصدقة قصد القرية دون الهبة، وهذه جهة زائدة في الصدقة على الهبة، فالمعطي المدعي للهبة ينكر قصده القرية، لأنه ينكر الصدقة، والآخر يدعي قصده لها، فالقول

فظهر أنه إن كان النزاع - في أن الواقع بيع أو هبة - بلحاظ الجواز واللزوم، كان من قبيل المدعي والمنكر، ومقتضى أصالة اللزوم تقدم قول المنكر بيمينه، وإن كان بلحاظ أثر آخر، كان من قبيل التداعي ولا بد من التحالف. وهذا تمام الكلام في الاستدلال بالأصل للقول بلزوم المعاطاة.

الاستدلال بحديث السلطنة

قوله:

ويدل على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم، فإن مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافي للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم....

أقول:

الظاهر أن غرضه هو الاستدلال بحديث السلطنة في خصوص المورد وهو الشبهة الحكمية، وإلا فقاعدة السلطنة غير جارية في الشبهة الموضوعية حتى وإن دل الحديث على اللزوم، فلوشك في أن العقد الواقع ببيع فلا رجوع أو هبة فله ذلك؟ لم يتمسك بعمومه، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية للمخصص، لضرورة خروج الهبة عن تحت

قول المعطي صدقة لأصالة عدم قصد القرية، وله الرجوع حينئذٍ، لحكومة هذا الأصل على أصالة اللزوم. وقد ذكرنا هذا في بلغة الطالب^(١).

(١) بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب: ١٠٣.

العام، والمفروض هو الجهل بالعقد الواقع وأنه مصداق للخارج أو للبيع الباقي تحته.

فمراده من «يدلّ على اللزوم» أي في خصوص الشبهة الحكمية، بخلاف الإستصحاب حيث كان يجري في كلتا الشبهتين - ووجه التمسك به هو:

إنّ الحديث يدلّ على السلطنة بقول مطلق، بمعنى أنّ جميع شئون السلطنة وأنحائها ثابتة لصاحب المال ومنها منع الغير عن المزاحمة معه فيها، ولازم ذلك عدم تأثير تلك المزاحمة في ملكيته له، فلا أثر لرجوع المعطي، وهو المقصود من اللزوم.

هذا، ولا يصحّ التمسك به بتقريب: أنه يدلّ على السلطنة في جميع الأحوال والأزمنة، ومن ذلك زمان وحال رجوع المالك فيما انتقل عنه. إذ يرد عليه: إنّ موضوع السلطنة كما هو ظاهر كلمة «أموالهم» هو المال المضاف إلى الناس بإضافة الملكية، فلا بدّ من لحاظ حيثية «مالهم»، وعندما يرجع المعطي فيما أعطاه، نشكّ في خروج المال وعدم خروجه عن كونه ملكاً للآخذ، فالموضوع مشكوك فيه، والتمسك بالحديث من أجل إثبات عدم الخروج، تمسك بالحكم في حال عدم إحراز موضوعه. فالقول بعموم الحديث للأزمنة والأحوال تام، إلّا أنه لا يصلح لإثبات الموضوع في المقام.

وأما الإشكال: بأن معنى الحديث: أنّ الناس غير محجورين من التصرف في أموالهم، ولا مساس له بهذا البحث، كما في تعليقه المحقق الخراساني^(١).

(١) حاشية المكاسب: ١٤.

فقد تقدّم الجواب عنه، بأن الحديث مسوق لإثبات السّلطنة، ومعناها التمكن من الشيء عن قهر، فهو يفيد القاهرية وهو أمر وجودي وليس في مقام النفي، نعم، لازم القاهرية عدم المحجورية.

والمهمّ ما أورده بعض الأكابر بما توضيحه: إنّ الموضوع في الحديث هو «أموالهم»، ومادام هذا الموضوع ثابتاً فالحكم وهو «السّلطنة» موجود، وإذا كان للطرف المقابل حق التملّك، فذاك إخراج موضوعي، ولا مزاحمة أبداً بين دليل الإخراج الموضوعي والحكم المترتب على الموضوع، ولذا، فقد تقرّر في الأصول أنه لو قال: أكرم العلماء، وجب إكرام زيد وعمرو وبكر... فلو قال: لا تكرم زيدا، وقع التعارض وتقدّم على العام إذا كان أظهر منه وإلا فلا، أمّا لو قال: زيد ليس بعالم، فإنه يتقدّم عليه حتى وإن كان أضعف منه ظهوراً، لأنه يزاحمه في الموضوع ورافع له. وأيضاً، فقد تقرّر تقدّم الأصل السببي على المسببي بالحكومة، والسّر في ذلك أنه رافع للموضوع في المسببي. وأيضاً، تقرّر أن الأمانة واردة أو حاكمة على الأصل، وذلك لأن موضوع الأصل هو الشك والأمانة رافعة له، ولذا لا يقع التزاحم بين الأصل والأمانة أبداً.

وعلى هذا، فمدلول الحديث أنه ما دامت الإضافة الملكية موجودة، فالسلطنة ثابتة، أمّا لو قام الدليل على جواز التراد في المعاطاة، أفاد أن للمعطي أن يرفع عنوان «أموالهم»، أي الإضافة الحاصلة للآخذ بالمعاطاة، فيكون مقدّماً على السّلطنة بالحكومة أو الورود.

والحاصل: عدم دلالة الحديث على إبقاء الإضافة، لأنّ الحكم لا يتكفل الموضوع لا حدوثاً ولا بقاءً، ومع عدم الموضوع وهو «أموالهم» - كما تقدّم - لا وجه للمزاحمة.

أقول: وهذا الإشكال دقيق، إلا أن الإنصاف عدم وروده كذلك، لأن مفاد الحديث حكم وضعي، لأنه اعتبار للسلطنة على أموالهم، وقد عرفت أن المراد منها ثبوت جميع مراتبها، فإذا رجع المالك الأول، هل تتحقق الملكية له في ذلك الآن أو في الآن المتأخر عنه؟ إنه لا ريب في أن الملكية مسببة عن الرجوع، فهو في مرتبة سابقة عليها، وعنوان «أموالهم» في تلك المرتبة محفوظ والقاهرية موجودة، وحينئذٍ تتحقق المزاخمة بين مدلول الحديث والرجوع، ويكون الحديث مانعاً عن تأثيره.

وتلخص: تمامية الاستدلال بالحديث على الوجه الذي ذكره الشيخ [١].

[١] وتوضيح كلامه طاب ثراه في تقريب الاستدلال بالحديث أن يقال:

إنه بمجرد تحقق الإضافة والمصادقية لـ «أموالهم» يترتب الحكم وهو «السلطنة» مطلقاً، أي: فله السلطنة على ماله وله منع الغير من المزاخمة معه فيه، وكأن الحديث -بتعبير المحقق النائيني^(١)- يتضمن عقدين، أحدهما: العقد الإيجابي، وهو سلطنة المالك على ماله بجميع أنحاء السلطنة، وثانيهما: العقد السلبي، وهو نفي سلطنة الغير عن ماله بجميع أنحاء السلطنة، وهذا العقد السلبي لازم لعقده الإيجابي، لأنه مقتضى عموم وإطلاق سلطنة المالك على ملكه. وبذلك يظهر أن لا مجال لتوهم أن هذا الاستدلال من قبيل التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، نعم، لو كان التمسك بعد الرجوع لتوجه الإشكال المذكور، وهذا وجه الاستدلال، كما عليه الشيخ ومن تبعه.

كما أن ظهور الحديث ليس إثبات الاستقلال في التصرف وعدم المحجورية،

كما ذهب إليه المحقق الخراساني^(١)، حتى يكون أجنبيّاً عما نحن فيه.

ويبقى الإشكال المهمّ - كما وصفه السيّد الجدّ - وهو للمحقّق الإصفهاني^(٢)، وتبعه المحقق الإيرواني^(٣)، وقربه بقوله: إنّ السّلطنة في الحديث متفرّعة على مالّية المال للشخص تفرّع الحكم على موضوعه، وكلّ إطلاق مهمّاً بلغت سعته لا تتجاوز سعته عن سعة موضوعه، فغاية الإطلاق ونهاية استيعاب الحكم شموله تمام أطوار موضوعه، ونحن نقول بذلك ههنا، لكن لا يجدي ذلك في إثبات المقصود واستنتاج عدم خروج المال عن ملك الشخص بفسخ الجانب المقابل قهراً عليه، فإن غاية إطلاق دليل السّلطنة ثبوت السّلطنة وشيوعها لكافة شعب التصرفات، لكن في مرتبة متأخرة عن انحفاظ مالّية المال له، وأمّا نفس انحفاظ المالّية، فلا يدخل في مدلول إثبات السّلطنة ولا يندرج في حيلة إطلاقها، فلذلك لم يكن رفعها برفع المالّية عن المال قصراً لإطلاق دليل السّلطنة. وإن كنت في ريب من هذا، فانظر إلى إطلاق دليل قيمومة الأب على ولده الصغير، تجد أنّ ليس من وسع هذا الدليل السّلطنة على حفظ صغره حتى يكون خروجه عن الصّغر قهراً عليه قصراً لسلطانه وتقييداً لقيمومته....

وهذا ما أجاب عنه السيّد الجدّ.

وقد أجاب عنه بعض مشايخنا دام بقاءه بوجه آخر وهو: إنه وإن كان الفسخ والرجوع موجباً للشك في انحفاظ الموضوع وليس بإمكان الحكم أن يثبت موضوعه، لكنّ هذا مقتضى الدقة العقليّة، والمعيّار هو النظر العرفي، ولا ريب في وجود المنافاة

(١) حاشية المكاسب: ١٤.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٣٩.

(٣) حاشية المكاسب: ٨٠.

الاستدلال برواية: لا يحل مال امرئ

قوله:

ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه. حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضا. وتوهم: تعلّق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام. مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلّق الحلّ بالمال يفيد العموم.... أقول:

الموجود في الأخبار: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» وفي رواية: «لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه» وفي الثالثة: «لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه» [١].

عرفاً بين جعل السلطنة المطلقة على المال وتملك الغير له بدون إذن من صاحب السلطنة.

أقول: وأما ما أفاده سيّدنا الاستاذ^(١) قدس سرّه: من النسبة بين أدلة الخيارات والشفعة والحجر وحديث السلطنة، من أنها واردة عليه أو مخصصة له، ولم نجد أحداً من الأصحاب يقول بالمعارضة بينه وبينها، فيمكن الجواب عنه: بأن السلطنة الثابتة بمقتضى الحديث في تلك الموارد معلّقة من أوّل الأمر بجعل من الشارع على عدم الأخذ بالخيار أو بالشفعة، وليست بمطلقة حتى يتقضى كلام الشيخ بذلك في المقام. فندبر.

[١] في الكافي بسنده: «كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله عن الإذن في الخمس. فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم...

ووجه الاستدلال - كما ذكر الشيخ - إن حليّة مال الشخص لغيره منوطة بطيب نفس صاحب المال، فليس للمالك الأول الرجوع في مال بدون طيب نفس الآخذ واسترجاعه منه؛ وليس الاستدلال بعموم الخبر بمعنى: أنّه لا يحلّ في جميع الحالات والأزمنة، حتى يقال: بأن التمسك بالحديث مع الشك في بقاء الإضافة المالكية بعد رجوع المالك الأول، من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بل إنّ مفاد الخبر: انحصار سبب الحليّة بطيب النفس، وعليه، فليس للمالك الأول حليّة في المال إلّا بطيب نفس الآخذ. وبعبارة أخرى: إذا حصلت المعاطاة وتحققت الإضافة المالكية للآخذ وكان مصداقاً

لا يحلّ مالٌ إلّا من وجهٍ أحله الله^(١).

وفي الوسائل بسنده عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها، فإنه لا يحلّ دم امرئ مسلم أو ماله إلّا بطيبة نفسه منه»^(٢). وفي غوالي اللثالي مرسلًا: «المسلم أخو المسلم، لا يحلّ ماله إلّا عن طيب نفسه منه»^(٣).

وفي تحف العقول مرسلًا: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيها الناس، إنما المؤمنون إخوة ولا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه»^(٤). وفي الإحتجاج عن صاحب الزمان عليه السلام: «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ٩ / ٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأتقال وما يختص بالإمام، الرقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الرقم: ١.

(٣) غوالي اللثالي ٣ / ١٨٤، باب الجهاد، الرقم: ٩.

(٤) وسائل الشيعة ٥ / ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الرقم: ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢٤ / ٢٣٤، الباب ٦٩ من أبواب الأطعمة المحرمة، الرقم: ٣.

له مال امرىء»، كان رجوع المعطي تملكاً للمال بدون رضا المالك. وقول الشيخ في دفع التوهم: «مع أن...» معناه: عدم نفوذ التصرف وعدم حلية التملك، فهو يعمّ الحكمين: الوضعي والتكليفي، فليس لأحد إخراج المال عن ملكية صاحبه.

أقول:

ليس المراد هو الحلية اللغوية، لتكون أعمّ من التصرف والتملك، لأنّ قوله عليه السلام: لا يحلّ... قد وقع في حيّز الإنشاء، وهو إمّا إنشاء للحكم التكليفي أو إنشاء للحكم الوضعي، فالمراد أحد الحكمين، فإن كان الحكم التكليفي، عاد الإشكال، إذ التصرف في مال الغير لا يجوز، والرجوع يخرج الملك عن كونه للغير، وإن كان الحكم الوضعي، تمّ الاستدلال، إلا أنه لا دليل على تعيينه.

وبعبارة أخرى: إنّ الظاهر كون الاستدلال بما روي عن صاحب العصر عجل الله فرجه من أنه «لا يحلّ لأحد أن يتصرف...» فإن كان المراد الجواز التكليفي، فهو أجنبي عن البحث، وإن كان المراد الجواز الوضعي ليدلّ على لزوم ما يشكّ في لزومه وجوازه، فلا إشكال فيه، لكن تردّد الخبر بين المعنيين مانع من الاستدلال.

وتلخص: إنه لا يعمّ الحكمين، خلافاً للشيخ.

وقد يمكن توجيه الاستدلال بأنه: لا مجال مع إسناد عدم الحلية والجواز إلى المال لتقدير لفظ التصرف ونحوه، وعدم حلية المال عبارة عن عدم تملكه، فهو ظاهر في الحكم الوضعي بلا تردد.

والإنصاف: أن الاستدلال بالخبر مشكل، لأنّه مبنيّ على أن تكون الحلية وضعيّة، مع أنّ التكليفية أيضاً مرادة يقيناً، فيكون اللفظ الواحد مستعملاً في

معنيين متباينين، وهو محال. هذا أولاً.
وثانياً: إن الحكم - وهو «لا يحل» - لا يكون حافظاً لموضوعه، وهو
الإضافة المالكية المدلول عليها بقوله: «مال امرئ».

الاستدلال بالآية ﴿لَا تَأْكُلُوا...﴾

قوله:

ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإِثْبَاطٍ إِلَّا أَنْ
تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١). ولا ريب أن الرجوع ليس تجارة ولا عن تراض،
فلا يجوز أكل المال.

والتوهم المتقدم في السابق....

أقول:

إن الأكل كناية عن التصرف، التملكي، فلا يجوز في المعاملات إلا أن
تكون تجارة عن تراض، فإذا وقعت المعاملة وأصبح الطرف المقابل مالكا،
لم يجز للمعطي الرجوع أو الفسخ والتملك لما أعطاه، إلا أن تكون تجارة عن
تراض.

والتوهم السابق جارٍ هنا، بأن يقال: لِمَ لا يكون رجوعه جائزاً وموجباً
لخروج المال عن كونه للغير؟ فأجاب الشيخ:

لأن حصر مجوز أكل المال في التجارة إنما يراد به أكله على أن يكون ملكاً
للأكل لا لغيره.

أي: نستدل بجملة المستثنى الدالة على انحصار الأكل التملكي في

التجارة عن تراض، فإذا لم تكن، كذلك كان التملك أكلاً بالباطل، فالرجوع لا عن تراض منهياً عنه.

وقال السيد في التعليق على قول الشيخ: «والتوهم السابق جارٍ هنا» قال: يعني مع دفعه^(١).

أقول: لقد كان التوهم السابق أنه لا دلالة على اللزوم، لأنه بالرجوع والفسخ يرتفع الموضوع وهو كون المال للغير، وكل حكم يدور مدار ثبوت موضوعه ولا يعقل أن يكون مثبتاً له، لا حدوداً ولا بقاءً، ولا منافاة بين خروج المال عن كونه للغير بنحوٍ من الأنحاء، سواء كان بالرجوع أو الفسخ أو غير ذلك، فهي ناهية عن أكل مال الغير بالمعنى الأعم من التصرف فيه وتملكه، إلا بالتجارة عن تراض.

لكن شيخنا الأستاذ قال: وفي بعض النسخ المصححة: والتوهم المتقدم في السابق غير جارٍ هنا^(٢).

أقول: وهذا ليس ببعيد، لأن مساق كلام الشيخ: إن هذا أكل بنحو التملك، والآية تحصر الأكل كذلك بأن يكون تجارة عن تراض. والحاصل: إن الرجوع والفسخ ليس من التملك عن تراض، فهو غير جائز ونافذ. قوله:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها....

أقول:

ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها، فإنه - بقتضى الفهم العرفي - يكون الرجوع في المال بغير رضا المالك تصرفاً وأكلاً بالباطل.

(١) حاشية المكاسب ١ / ٣٥٩.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٤١.

قوله:

نعم، بعد أن أذن المالك الحقيقي وهو الشارع....

أقول:

اللَّهُمَّ! إِنْ فِي كُلِّ مَوْرِدٍ أَذْنُ الشَّارِعِ فِيهِ بِالتَّصَرُّفِ، كَمَا فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، فَإِنَّهُ -لَوْلَايَتِهِ الْعَامَّةُ الْمَطْلُوقَةُ- قَدْ أَذِنَ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَامِلِينَ بِفَسْخِ الْمَعَامِلَةِ مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الطَّرَفُ الْآخَرُ، وَكَذَا فِي خِيَارِ الْحَيَوَانِ، حَيْثُ جَعَلَ لِلْمُشْتَرِي السُّلْطَانَةَ عَلَى فَسْخِ الْمَعَامِلَةِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْبَائِعُ، وَكَذَا فِي الشَّفْعَةِ، حَيْثُ يَكُونُ لِلشَّرِيكَ تَمَلُّكُ الْحَصَّةِ الْمَبِيعَةِ بِدَفْعِ ثَمَنِهَا لِلْبَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْمُشْتَرِي.

قال:

ولذا كان أكل المارّة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل، لولا إذن المالك

الحقيقي.

وبالجملة، فإنه في الموارد التي جعل صاحب الولاية الخيار أو السلطنة على الرجوع، تكون الآية المباركة مخصصة، أمّا في غيرها، فهي دالة على عدم الجواز.

فهذا وجه الاستدلال، والإنصاف أنه لا بأس به [١].

[١] هكذا قال السيّد الجذّ، وكأنّه غير جازم بتماميّة الاستدلال، لأنّه يتوقف على أن يكون الاستثناء متّصلاً دائماً على الحصر، أو يكون المراد من «الباطل» في الآية هو الباطل العرفي، وفي كلا الأمرين كلام، ولذا اختلفت أنظار الأكابر، فمنهم من وافق الشيخ في الاستدلال ومنهم من خالفه.

بل لقد اختلفت كلمات الشيخ نفسه في هذا الإستثناء، فذهب في شرائط

العوضين في بحثه مع جامع المقاصد وصاحب الكفاية إلى أنه منقطع، قال: «لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع إنا بمفهوم الحصر وإنا بمفهوم الوصف كما لا يخفى، ممنوعة لأن الإستثناء منقطع».

وفي بيع الفضولي كذلك، إذ قال: «إن دلالة على الحصر ممنوعة، لانقطاع الإستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين...»^(١).

وأيضاً، فإن القول بالاستثناء المتصل والدلالة على الحصر، يستلزم تخصيص الأكثر، وجعل تلك الموارد كلها «تجارة» عرفاً مشكلاً، وقد حاول المحقق الإصفهاني^(٢) إخراج بعضها بالتخصيص، بأن الموضوع في الآية - بقرينة كلمة «بينكم» - هو المعاملات المعاوضة، فلا يلزم المحذور، فأشكل عليه شيخنا بما ورد في النصوص من تطبيق الإمام عليه السلام هذه الآية على القمار فقال: «كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله عن ذلك»^(٣) والقمار ليس معاوضة، وفيه تأمل، فإنه لا يبعد كونه عندهم نوعاً من المعاوضة والمقابلة، غير أن الشارع نهاهم عن ذلك.

ووقع الكلام بين العلماء في المراد من «الباطل» في الآية، فإنه إن كان الباطل عند العرف، فالاستدلال صحيح، وإن كان الباطل الشرعي فلا، لأننا نحتمل احتمالاً عقلياً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية، وعليه، فيكون التمسك بالآية في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. قاله المحقق الخوئي^(٤).

(١) المكاسب: ١٢٧ ط الشهيد.

(٢) حاشية المكاسب ١ / ١٤٢.

(٣) وسائل الشريعة ١٧ / ١٦٥، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الرقم: ١.

(٤) مصباح الفقاهة ٢ / ١٤١.

الاستدلال بأدلة خيار المجلس

قوله:

«مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا. أقول:

إنّ التعاطي بيع بالحمل الشائع، فالمتعاطيان بَيْعَان، فلهما الخيار ما لم يفترقا، وإنّ كان هذا الخيار قهراً عليهما من الشارع، إلّا أنه محدود بما دام كونهما في المجلس، فإذا افترقا فلا خيار لهما ووجب البيع. فالخبر يدلّ على أنّ لا تأثير للرجوع بعد التفرّق من المجلس، وهذا هو اللزوم.

نعم، هذا الاستدلال يتوقف على أن يكون «الخيار» في الخبر أعمّ من فسخ العقد والتراد، أمّا لو قيل بأنّ المراد منه خصوص الفسخ فقط، أشكل الاستدلال به لمنع الرجوع في المعاطاة، إلّا أنه يمكن دفعه بتنقيح المناط. فلا بأس بالاستدلال بالخبر للزوم المعاطاة.

الاستدلال بالآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

قوله:

وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بناءً على أنّ العقد هو

لكن يرد عليه: إنه لما كانت الخطابات الشرعية ملقاةً إلى العرف، فالمراد منها لا محالة ما هو الظاهر عندهم من الألفاظ، فلو أراد الشارع منها معنى آخر غيره، لزم عليه إقامة القرينة كما هو واضح، ووجودها هنا أوّل الكلام.

مطلق العهد كما في صحيحة عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة. وكيف كان، فلا يختص باللفظ، فيشمل المعاطاة.
أقول:

في تفسير الصافي^(١) عن القمي رحمه الله عن الصادق عليه السلام: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي: بالعهود.

ونقل الشيخ عن بعض أهل اللغة أن العقد هو العهد المشدد^(٢).

وفي المفردات: العقد: الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة، كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني، نحو عقد البيع والعهد وغيرهما...^(٣).

وعلى الجملة، فإن العقد هو العهد المرتبط والمشدود بعهد آخر، ولا منافاة بين ذلك المذكور في الكتب اللغوية وما جاء في النص الصحيح.

ومما يشهد بذلك إسناده «الوفاء» بالعهد في موارد كثيرة من القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾^(٤) و﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^(٥) و﴿بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى﴾^(٦) و﴿الْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾^(٧) إلى غير ذلك.

فهل المعاطاة عقد؟ وما المراد من الوفاء؟ وهل هذا الأمر إرشادي أو

(١) تفسير الصافي ٥ / ٢ عن تفسير القمي ١ / ١٦٠.

(٢) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

(٣) المفردات في غريب القرآن: ٣٤١.

(٤) سورة البقرة: ٤٠.

(٥) سورة النحل: ٩١.

(٦) سورة آل عمران: ٧٦.

(٧) سورة البقرة: ١٧٧.

مولوي؟ وعلى الثاني وضعي أو تكليفي؟

قيل: العقد - وهو عبارة عن العهد المشدد أو الميثاق المبرم - يعتبر أن يكون باللفظ، والمعاطاة لا تسمى عقداً.

ولكن كلاً من اللفظ والفعل يصلح لأن يكون مظهراً للميثاق الذي تقرره النفس الناطقة الإنسانية، والمفروض هو المعاطاة الحاصلة بقصد التمليك، فكل من الطرفين يقر أن يكون ماله للآخر، أو فقل: البائع يقر بالمعاطاة أن يكون ملكه للمشتري بعوض، وذلك يقبل بأخذه الشيء ويدفع العوض وفاءً. وعلى الجملة، فإن العقد بالمعنى المذكور في الرواية واللغة، صادق على المعاطاة.

وأما الوفاء، فهو عبارة عن ترتيب أثر المقتضي على طبق اقتضائه على وجه الكمال والتمام، في مقابل النقض أو النقص.

وربما يتوهم: أن المقتضى - وهو التمليك والتملك - أثره هو التسليم والتسليم، فيكون «أوفوا» أمراً بتسليم ماملّكه.

لكنه يندفع: بأن الأمر بالوفاء في الآية مطلق، وإطلاقه يعم جميع الآثار، ومنها التسليم والتسليم، فمن ملك غيره شيئاً وجب عليه تسليمه ماملّكه، لكن عدم التصرف في مال الغير وتوقفه على الإذن من الآثار كذلك، فالآية غير ظاهرة في خصوص التسليم والتسليم.

وربما يتوهم أيضاً: أن إيجاب الوفاء بالعقد يدور مدار ثبوت العقد ووجوده، والرجوع والفسخ يحل العقد فلا يبقى موضوع للوفاء، فالآية غير دالة على لزوم العقد.

والظاهر: أن هذا التوهم قد نشأ من أخذ العقد في الآية بالمعنى الاسم مصدري، لكنه بالمعنى المصدري، لأن الإنسان يملك الشيء عند ما ينشئ

العقد لفظاً أو فعلاً، وقولنا: هذا العقد باق، اعتبار. والبقاء الاعتباري غير العقد الذي وجد في الخارج.

فمعنى الآية المباركة: إن العقد الذي حققتموه في الخارج يجب عليكم الوفاء به، وليس معناها أن الأمر الاعتباري الذي جعل له البقاء اعتباراً يجب الوفاء به، حتى يقال بارتفاعه بالرجوع أو الفسخ. وبالجمله، فإن ارتفاع الموضوع بما ذكر إنما يتم لو كان المراد من العقد في الآية هو المعنى الاعتباري الاسم مصدري الذي يعتبر له البقاء، وقد عرفت أن المراد منها ليس إلا المعنى المصدري، وحيثئذ، يكون الشيء للطرف ولا يجوز المعارضة معه بوجه، والرجوع نقض للعهد ومخالف للوفاء، فهو منهى عنه. وأما أن الأمر فيها إرشادي أو مولوي؟ فقد كان للميرزا الاستاذ رحمه الله قاعدة كلية في أن الأوامر المتعلقة بالعبادات لها ظهور ثانوي في الجزئية والشرطية، فقوله: إركع، إرشاد إلى أن الركوع جزء من الصلاة، وقوله: توضأ للصلاة، إرشاد إلى شرطية لها، وكذا الكلام في النواهي، فقوله: لا تصل في الحرير، لا تصل فيما لا يؤكل لحمه، إرشاد إلى المانعية.

وأما في المعاملات، فالأمر والنهي بيان لاعتبار وجود خصوصية أو عدم وجودها، فإذا قال: لا تغز في البيع، كان المعنى: أن الغرر مفسد للبيع، وإذا قال: بع بالكيل، كان المعنى: إن الكيل شرط.

وعليه، فالآية المباركة إرشاد إلى صحة العقود وأنها مؤثرة شرعاً، وعليه، فلا دلالة لها على اللزوم.

لكن الإنصاف عدم إمكان المساعدة على ما ذكره بنحو الإطلاق، وقد كنّا نخالفه في الدرس ونقول: بأن رفع اليد عن ظاهر الكلام في المولوية لا يكون إلا بالقرينة، فلولو القرينة على الإرشادية، فإن مقتضى القاعدة إبقاؤه

على الظهور الأولي في البعث والزجر.

وقد أوجب الشارع بالآية المباركة ترتيب الأثر على العقد ترتيباً كاملاً، وهو يدل بالالتزام على الصحة، إذ لا يعقل أن يكون الشيء الفاسد يجب الوفاء به وترتيب الأثر عليه، وإذا دلت الآية على الصحة، أمكن القول بدلتها على اللزوم، لأنه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء، أي: في جميع الآثار والأزمنة والحالات، فالعقد لازم سواء فسخ أو رجع أو لا.

فالأمر في بدو الأمر حكم تكليفي، ويدل بالالتزام على الصحة، وهو من جهة الإطلاق، يدل على وجوب ترتيب الآثار كلها، وهذا معنى اللزوم. وكان الميرزا الاستاذ يقول: بأن قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بنفسه اعتباراً للحكم الوضعي، أي اللزوم.

وهذا وإن كان جائزاً، بأن يكون من باب ذكر اللازم وإرادة الملزوم، لكن لا دليل عليه، بل الصحيح ما ذكرناه.

وتلخص: أن الآية تدل على أن كل عقد شك في جوازه ولزومه، فهو لازم، وشمولها للمعاطاة موقوف على صدق «العقد» عليها، وقد تقدم بيان ذلك. لكن شيخنا الميرزا كان يقول: بأنها تدل على اللزوم في العقود اللفظية فحسب، ولا تشمل المعاطاة لعدم كونها عقداً، وتوضيح كلامه قدس سره يتم ضمن أمور:

١- إن تملك الشيء مع الالتزام بذلك بعدم نقضه هو العهد، ولولا هذا الالتزام القلبي لم يصدق عليه عنوان العقد، بل يكون مجرد مبادلة مال بمال، فالعقدية منوطة بجهة الالتزام القلبي الباطني المذكور.

٢- والأمور الباطنة لا يترتب عليها أثر ما لم تبرز خارجاً، ولذا لا أثر للنيات والعزائم المجردة.

٣- والدلالة الالتزامية من أحكام الألفاظ، وأمّا الأفعال فلا دلالة لها. وعلى ما ذكر، فلو أنشأ مبادلة مالٍ بمالٍ باللفظ، دلّ بالالتزام على الأمر الباطني المزبور، ولذا يسمّى بالعقد، وأمّا لو أنشأ ذلك بالفعل الخارجي، فقد حقّق المبادلة، لكنّ الدلالة الالتزامية غير موجودة، فلا تسمّى بالعقد وإن كانت تمليكاً.

لكنّ التحقيق: إن العقد عبارة عن الارتباط بين الشيئين، وهو العهد، ولما كان التمليك من الأمور الإنشائية الناشئة من النفس الإنسانية الناطقة، كان عهداً من العهود، ولا حاجة معه إلى عهدٍ والتزام زائد. وقوله رحمه الله: بأنّ العقد له مدلولان: مطابقي، وهو عبارة عن مضمون العقد الذي ينشؤه العاقد كمبادلة مالٍ بمالٍ الذي هو البيع، والتزامي، وهو عبارة عن التعهّد والالتزام بالمضمون.

فيه: أنه إذا كانت العهدية بلحاظ أنّ مبدء الإنشاء الصادر هو ما في الضمير، وأنّ التمليك الذي يحقّقه إنما هو مقتضى عزمه والتزامه، فحيث إنّ لا فرق بين أن يكون المظهر له قولاً أو فعلاً، وسيأتي في مباحث الخيار - في أنه إذا شرط في ضمن العقد وتخلّف الشرط: أنّ التحقيق ثبوت الخيار وعدم بطلان العقد، لأنّ التمليك الحاصل من البائع - مثلاً - يشتمل على التزام باطني بما فعله، والدليل على ذلك هو ظاهر الحال لا اللفظ، خلافاً للاستاذ قدّس سرّه، وشرط الخيار يرتبط بظاهر الحال، لا أنّ الملكية منوطة بالشرط حتى تنتفي بانتفائه ويبطل العقد، بل الالتزام منوط به، فيكون العقد على حاله مع ثبوت الخيار [١].

[١] أقول: لقد أجاد - طاب ثراه - في بيان كيفية الاستدلال بالآية المباركة لإثبات

لزوم المعاطاة، وكلامه ناظر إلى جميع جهات البحث.

أما بالنسبة إلى الموضوع وهو «العقد»، فقد أفاد أنه بحسب الرواية الصحيحة^(١) وكلمات أهل اللغة هو: «العهد» المرتبط بعهد آخر، وذكر أن هذا صادق على المعاطاة. وتوضيح المطلب هو: أن «العقد» مقابل للحل، قال تعالى عن لسان موسى عليه السلام: ﴿وَاخْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي﴾^(٢)، وأما العهد، فهو الالتزام والميثاق، وموارد استعماله في القرآن وغيره كثيرة، قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ وَإِنِّي قَارِئٌ بِكُمْ﴾^(٣) ويقابله الغدر. فهما مفهوماً متغايران، وإن قال ابن منظور: «المعاقدة المعاهدة»^(٤)، لكنهما متصادقان كما في مورد «المعاطاة».

وذكر رحمه الله: إن كلاً من اللفظ والفعل يصلح لأن يكون مظهراً للميثاق والالتزام الذي تقرره النفس الناطقة الإنسانية. وفيه إشارة إلى بحث بين العلماء وخلاصته: أنه هل للإبراز والإظهار بالإنشاء دخل في مفهوم الميثاق الباطني أو أنه غير متقوم به، فظاهر كلامه هو الثاني وفاقاً لشيخه المحقق الإصفهاني^(٥)، خلافاً للمعتزليين عن بعض أهل اللغة، من أنه إذا ملك داره قلباً ولم ينشئ ذلك ولم يبرزه، فلا يصدق العهد والعقد.

وأما بالنسبة إلى الحكم وهو «وجوب الوفاء»، فقد أفاد رحمه الله مطالب: أحدها: مفهوم المادة، فأشار إلى أن مفهوم «الوفاء» عبارة عن التمام، وهذا هو

(١) تفسير الصافي ٥ / ٢ عن تفسير القمي ١ / ١٦٠.

(٢) سورة طه: ٢٧.

(٣) سورة البقرة: ٤٠.

(٤) لسان العرب ٩ / ٣٠٩.

(٥) حاشية المكاسب ١ / ١٤٤.

المستفاد من الآيات القرآنية المذكورة وغيرها.

والثاني: في مدلول الهيئة، وأنه الحكم التكليفي، خلافاً لبعض الأعلام، وتعرض لخلافه مع شيخه المحقق النائيني في مسألة كبروية وفي تطبيقها على ما نحن فيه، وعلى الجملة، فمعنى الآية وجوب ترتيب مقتضى العقد والالتزام به عملاً، وهذا يستلزم حكماً وضعياً وهو لزوم العقد.

وقد أشكل بعض المحققين كالإيرواني، بأن الآية لاتجدي لإثبات اللزوم عموماً، وإنما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلقاً بالفعل، لا في العقد على النتيجة الذي منه المقام، إذ العقد على النتيجة، إما أن يكون مؤثراً في وقوع تلك النتيجة أو لا يكون مؤثراً، وعلى كل حال، لاعمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب بخطاب أوفوا. (قال): وأما التسليم للعوضين، فذلك ليس لأجل أنه مصداق للوفاء، وإنما هو من جهة أنه بالعقد صار ملكاً للغير، فلا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، فالمتعاقدان والأجانب في وجوب معاملة ملكية من انتقل إليه المال، على حد سواء... (١).

وهذا ما أشار السيد الجدل إليه وأجاب عنه بقوله: فمعنى الآية المباركة: إن العقد الذي حققتموه في الخارج... فهو يريد أن الأمر بالوفاء في الآية معناه هو: إنكم بعد التزامكم القلبي بأن يكون الشيء لغيركم، لا يجوز لكم أن تنظروا إليه بعنوان أنه مأل لكم فيجوز لكم استرجاعه والتصرف فيه، بل يجب عليكم ترتيب الأثر على ما أوقعتموه والنظر إلى الشيء بعنوان أنه للغير، ولا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه.

الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم

قوله:

وكذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وآلِهِ: المؤمنون عند شروطهم، فَإِنَّ الشرط لَفَتْ مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللَّفْظ.

أقول:

تقريب الاستدلال - سواء كان لفظ الحديث: «المؤمنون»^(١) أو «المسلمون»^(٢) - أن المؤمن إذا اشترط شرطاً يقف عنده ولا يتخلَّف عنه، وهذا هو المدلول المطابقي، وهو حكم تكليفي ظاهراً، فيجب الوفاء بالشرط ولا يجوز رفع اليد عنه.

والقول بأنه^(٣) كناية عن صحّة الشرط أو لزومه: خلاف الظاهر. إنما الكلام في الصغرى، إذ المعاطاة بيع، ولكن هل البيع شرطٌ حتى يجب الوقوف عنده؟

قد اختلفت كلمات أهل اللغة في معنى الشرط، ف قيل: هو الإلزام والالتزام، وقيل: العهدة، وقيل: التعليق، وقيل: الربط. وفي القاموس: قرار

والمطلب الثالث: ظهور الآية في الإطلاق... وهو ما نصّ عليه بقوله: «لأنّه مقتضى إطلاق الأمر بالوفاء...» فلاّية إطلاق أفرادي وأزماني، فبمجرد تحقّق العقد يجب الالتزام والعمل بمقتضاه، حتى بالنسبة إلى ما بعد الفسخ.

(١) وسائل الشيعة ١٥ / ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الرقم: ١.

(٣) حاشية المكاسب للإصفهاني ١ / ١٤٨.

يرتبط بالبيع، ولا يبعد أن يكون الأول، ولذا يقال في التكوينية: الشرط في نمو النبات شروق الشمس عليه، أو الشرط في تحوّل الماء بخاراً إصابة النار. أي يلزم ذلك.

وبعبارة أخرى: اللزوم تارة: تكويني، فيقال: شرط المشي كذا، وشرط الجلوس كذا، وشرط الطبخ كذا... وأخرى: جعلي، فيقال: الوضوء، ستر العورة، الاستقبال، شرط للصلاة... فالصلاة مرتبطة بهذه الأمور، وثالثة: اللزوم الحاصل بحسب الجعل، بأن يقيّد المتعاقدان التزامهما بالبيع - مثلاً - بشيء كخياطة الثوب.

وعلى ما ذكر، فإن كان الالتزام الابتدائي مصداقاً للشرط، كان البيع شرطاً، إلا أن ذلك غير ثابت لغة، بل القدر المتيقن من الشرط أن يكون العمل مرتبطاً بعمل آخر، فيتحقق اللزوم والالتزام بين العاملين.

فظهر: أن صدق عنوان «الشرط» على «البيع» غير واضح، ففي الاستدلال بالحديث على لزومه نظر [١].

[١] ويتلخص الكلام في المقام: في توقّف الاستدلال على صدق «الشرط» على ما كان من الالتزام بغير اللفظ، وعلى صدقه على الالتزام الابتدائي والضميني. وبعبارة أخرى: يتوقّف الاستدلال بالحديث على أن يكون «الشرط» فيه مطلقاً من الجهتين، فإذا كان ذلك وكان الحديث ظاهراً في التكليف، تمّ الاستدلال به على لزوم المعاطاة. أمّا أن الشرط في اللغة هو «الالتزام»، فلا كلام فيه. وأمّا أنه يعمّ ما كان بغير اللفظ، فكذلك.

وأما أنه يعمّ الابتدائي والضميني، وأن الحديث ظاهراً في التكليف، فمحلّ خلاف: قال المحقّق الإيرواني: هذا الاستدلال مبنيّ على صدق الشرط على الالتزام

الابتدائي، وهو محلّ نظر بل منع. وأيضاً: على استفادة الوجوب من خطاب المؤمنون... وهو محلّ نظر، بل يمكن أن يدعى أن خطاب «المؤمنون عند شروطهم» نظير «المؤمنون» إذا وعد وفى»^(١) خطاب أخلاقي مسوّق لما يقتضيه الإيمان ويقود إليه.

ومن العجب اختلاف كلمات الشيخ في معنى الحديث:

قال في بحث الخيارات: لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبة... وقوله عليه السلام في أوّل دعاء الندبة... مع أن كلام بعض أهل اللغة على ما اذعينا من الاختصاص، ففي القاموس: الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه»^(٢).

وقال في بحث الشروط: الشرط يطلق في العرف على معينين، أحدهما: المعنى الحديثي، وهو بهذا المعنى مصدر شرط... وفي القاموس: إنه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره. وظاهره كون استعماله في الإلزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح...»^(٣). وكذلك كلمات الفقهاء....

وكلمات اللّغويين أيضاً مختلفة، فمنهم من قال بأنه مطلق الالتزام، ومنهم من قال بأنه التزام في التزام... كما أشار السيّد الجّد قدّس سرّه، فراجع.

هذا، والنصوص أيضاً مختلفة، فمتها: ما هو ظاهر في الشرط الابتدائي، كحديث بريرة: «الولاء لمن أعتق وشرط الله آكد»^(٤). ومنها: ما هو ظاهر في الشرط الضمني،

(١) دعائم الإسلام ١ / ٦٤ في حديث.

(٢) المكاسب: ٢١٦ ط الشهيدي.

(٣) المكاسب: ٢٧٥ ط الشهيدي.

(٤) مستدرک الوسائل ١٥ / ٣١، الباب ٣٦ من أبواب كتاب النكاح، الرقم: ٢.

في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟

قوله:

والحاصل أنَّ الحكم باللزوم.... إلّا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة....

أقول:

والحاصل: إنه كلما شك في لزومه وجوازه، فإنه يبنى على لزومه بلاريب. إلّا أن في خصوص المعاطاة - مع كونها بيعاً مفيداً للتملك - دعوى الإجماع على عدم اللزوم، وقد ذكر الشيخ بعض الكلمات. والإجماع في المقام تارة: بسيطٌ قد ادّعاه بعض الأساطين^(١) وجامع المقاصد^(٢)، وادّعى أن لكل من الطرفين الرجوع. وأخرى: مركّب، لأن

كرواية منصور بن يونس عن عبد صالح قال: «قلت له إن رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبّت عليه إلّا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوّج عليها، فأعطاه ذلك، ثم بدّله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال: بش ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمراة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

وإذا كان لفظ الشرط مجعلاً مردداً بين الأقل والأكثر، فاللّزوم هو الأخذ بالقدر المتيقن، وهو ما نصّ عليه السيّد الجّد رحمه الله.

(١) شرح القواعد ١٥ / ٢.

(٢) جامع المقاصد ٣٠٩ / ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرقم: ٤.

الأصحاب بين قائل: بأن المعاطاة تفيد الملك، وقائل: بأنها لا تفيده، فالقول بأنها تفيد الملك اللازم إحداث لقول ثالث.

إلا أن الإجماع المركّب، إنما يتحقّق - كما تقرّر في محله - فيما إذا كان للقولين دلالة التزاميّة على نفي القول الثالث، وإلا فلا أثر لكون الأمة على قولين، ولا مانع من إحداث القول الثالث، وما نحن فيه من هذا القليل.

وبعبارة أخرى: إنه مع عدم الدلالة الالتزاميّة على نفي الثالث، يكون الفقهاء ساكتين عنه، فيكون حكمه حكم الإجماع السكوتي الذي لا كاشفيّة له عن رأي المعصوم أو الدليل المعتمد، ولا يوجد في المقام هذا الاستكشاف الذي هو ملاك الحجّة، كما لا يخفى.

وأما دعوى الإجماع البسيط ففيها:

أولاً: لقد ذكر العلامة: أن الأشهر عندنا أنه لا بدّ من الصيغة، وهذه العبارة - كعبارتيه في المختلف والتحرير^(١) - ظاهرة في عدم تحقّق الصغرى.

وثانياً: سلّمنا، لكنّه إجماع منقول، وهو ليس بحجّة.

وقال الشيخ: إن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم....

ومجرّد الظنّ بالإجماع - ولو كان حجّة - ليس بحجّة.

في دعوى السيرة على عدم اللزوم؟

قوله:

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي....

أقول:

الإنصاف عدم الفرق - في السيرة المتعارفة بين العقلاء - بين الأمور

(١) تذكرة الفقهاء ٧/١٠، مختلف الشبهة ٥١/٥، تحرير الأحكام ١/١٦٤.

الخطيرة والمحقرة.

وقوله: نعم، ربما يكتفون بالمصافقة....

فيه: إن لفظ بارك الله لك ونحوه، ليس إنشاءً للتملك، فإذا كانوا يكتفون بذلك، فهم بالمعاطاة ينشأون التملك، والمصافقة وقولهم ذلك يكون بعد الإنشاء.

وقوله: بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع....

فيه: إن الأمر ليس كذلك، بل يقال للراجع أنك قد بعت وقضي الأمر فلا ترجع، ولذا نرى أن الرافع يلتبس من الطرف الآخر الموافقة على التراجع. وتلخص: أن لا مشكلة من ناحية الإجماع والسيرة. وأن الأدلة على لزوم المعاطاة محكمة.

وقد ذهب شيخنا الميرزا إلى أن مقتضى القاعدة عدم لزوم المعاطاة، فقال بأن الجواز أو اللزوم:

تارة: حكم شرعي، فالشارع هو الحاكم بلزوم العقد أو جوازه بمقتضى الملاك، وفي مثله لا يعقل ارتفاع الحكم أو تحقق ما يخالف الحكم الشرعي من المتعاقدين، ومن ذلك عقد النكاح وعقد الضمان وجميع موارد الإيقاعات إلا ما شذ من اللوازم، وكالهيئة غير المعوضة ولغير ذي رحم، ونحو الهبة من موارد العقود الجائزة بحكم الشرع.

واخرى: حقّي، بأن يكون له الحق في الرجوع أو لا يكون له ذلك، وهذا قد يكون بجعل من الشارع، وقد يكون بجعل من المتعاقدين.

والقاعدة الكلية هي: أنه كلما لا يقبل الإقالة، فلا يقبل الخيار وحق الرجوع، وكلما يكون قابلاً لذلك بجعل من الشارع أو منها، فهو قابل للخيار والرجوع.

ثم قال:

إن المتعاملين لما يملكان المال، فكلُّ منهما يملك الآخر التزامه بما أنشأه ويكون مسلطاً عليه، إلا أن يرفع يده عن تسلطه، وهذا هو الإقالة، ولو اشترط الخيار، فإن كان لكلِّ منهما، فلا تمليك للالتزام، وإن كان لواحد، كان من له الخيار مالكاً للالتزام نفسه دون الآخر الذي لم يشترط له الخيار، فإن التزامه ملك للطرف.

وعليه، ففي مورد الالتزامات الحقيقيّة، إذا لم يكن دليل على اللزوم الحقيقي من ناحية الشارع، فلا بدّ من الدليل عليه من ناحية المتعاملين، فإن كان الإنشاء لفظياً، دلّ بالالتزام على تسليطه الطرف الآخر على التزامه بالمنشأ، وأما إن كان التمليك بالتعاطي، فلا توجد تلك الدلالة، وتبقى المعاملة قابلة للإقالة والتراذ، ولا دليل على لزومها.

فمقتضى القاعدة: عدم لزوم المعاطاة.

أقول:

إننا لو سلّمنا جميع المقدمات، فإن الدليل الشرعي قائم على لزوم المعاطاة إذا افترقا، وهو قوله عليه وآله الصلوة والسلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع. وبعد التنزّل، فالإستصحاب.

فالمعاطاة - بما هي هي - على تقدير التسليم بالمقدمات، وستكتّم عليها في الخيارات - غير مقتضية بنفسها اللزوم الحقيقي والحكمي، ولكن حيث لا دليل على جوازها، فإن مقتضى الأدلة والإستصحاب أنها الملك اللازم، ويكون القول بالجواز محتاجاً إلى الدليل. والله العالم.

الكلام في الرواية: إنَّما يحلُّ الكلام...

قوله:

بقي الكلام في الخبر الذي تمسَّك به في باب المعاطاة، تارةً على عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف، وأخرى على عدم إفادتها اللزوم... وهو قوله صلى الله عليه وآله: إنَّما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام. وتوضيح المراد منه....

أقول:

عن خالد بن الحجاج - كما في التهذيب^(١) - أو ابن نجيب كما في الكافي^(٢) قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس. إنَّما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام^(٣).

وليس قوله: اشتر لي هذا الثوب... توكيلاً له في الشراء، وإلا لقال: لك أجرة كذا وكذا، بدلاً عن: أربحك كذا وكذا.

وفي قوله: «اشتر لي» احتمالان، أحدهما: إلزامه بالشراء، كنايةً عن أنني قد اشتريت منك بالفعل ما ليس عندك بربح. والثاني: الطلب منه لأن يشتري لنفسه ثم يبيعه الشيء بربح، فلا تكون المعاملة واقعةً بالفعل وإنما هي

(١) تهذيب الأحكام ٥٠ / ٧، الرقم: ٢١٦.

(٢) الكافي ٥ / ٢٠١، الرقم: ٦.

(٣) وسائل الشريعة ١٨ / ٥٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الرقم: ٤.

مواعدة ومقاولة. والثاني، لا إشكال فيه دون الأول.

قوله:

إن هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الرواية - تحتل وجوهاً....

أقول:

فذكر أربعة وجوه.

وقوله: مع قطع النظر... إشارة إلى أنه لا مجال لشيء من الاحتمالات بالنظر إلى صدر الرواية، لأن الذي فيه هو الكلام المعاملي لا مطلق الكلام واللفظ.

وأما الوجوه:

فالأول: أن تكون الحلية والحرمة منوطين بالتلفظ، فلا بد من النطق الدال، سواء بالدلالة المطابقة أو الالتزامية، وأنه لا يكفي القصد والنية ولا العمل الخارجي، فيكون مدلول الخبر: عدم إفادة المعاطاة الملكية.

لكن هذا المعنى ليس بمراد كما ذكر الشيخ، إذ مفاد الخبر أنه ليس له أن يبيع الشيء قبل أن يشتريه، وأن الكلام الواقع في المعاملة محلل تارة ومحرم أخرى إذا وقع قبله، كما في الصحيحة: «عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة ويعنيها، أربحك فيها كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(١).

وأورد الشيخ على الوجه الأول:

أولاً: إن قوله: إنما يحلّل الكلام... بمثابة التعليل للجواب عن السؤال، فلو كان الوجه الأول هو المراد، لما كان له ارتباط بالسؤال والجواب.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٥٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الرقم: ١٣.

وثانياً: إن انحصار المحلل والمحرم باللفظ يستلزم تخصيص الأكثر، لأن الحيابة محللة، والمعاطاة محللة، وغلان العصور العنبي محرم وذهاب ثلثيه محلل، الهدية والهبة والضيافة محلل، والسفر محلل، والحضر محرم، فالمحللات والمحرمات غير اللفظية كثيرة في الشريعة. وكلامه متين جداً.

والثاني: أن يكون المعنى: إن الكلام بماله من المضمون، أي المضمون الذي يؤدي بالكلام، إن كان على الموازين الشرعية، كان محللاً، وإلا كان محرماً، نظير الخبر في المزارعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر. فقال: لا ينبغي أن يسمي بذرًا ولا بقرًا، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذرًا ولا بقرًا، فإنما يحرم الكلام»^(١).

أي: فإذا كان مضمون المزارعة هو المشاركة في الزرع بأن يكون لكل منهما نصيب، كان الكلام محللاً، وإن لم يكن كذلك فالكلام محرم.

وفيه - كما ذكر الشيخ - أن المورد ليس من المقصود الواحد الذي ينشأ بمضمونين، بل الذي وقع السؤال والجواب عنه هو المعاملة مع من ليس بمالك للشيء، بل عليه أن يشتريه ويبيعه ويربح. فهذا المعنى لا مناسبة له بالخبر أصلاً.

والثالث: أن يكون الكلام الواحد محللاً إن وقع في محله، كما في العقد على المرأة الخلية، ومحرماً إن وقع في غير محله، كما في العقد على المرأة

(١) وسائل الشريعة ١٩ / ٤٣، الباب ٨ من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة، الرقم: ١٠.

المعتدة. أو يكون وجوده محللاً، كما لو أذن في التصرف، وعدمه محرماً، كما لو لم يأذن بذلك.

وفي الوافي^(١): المراد من الكلام إيجاب البيع، فلما لم يكن عنده الشيء، كان إيجابه محرماً وعدم إيجابه محللاً.

وقد اختار الشيخ هذا المعنى على وجه الوجود والعدم.

وفيه: أن القضية الحقيقية عبارة عن أخذ الكلّي الطبيعي في الموضوع بإضافة الأمر الوجودي، وليس عندنا قضية حقيقية أخذ في موضوعها الأعم من الوجود والعدم، على أن المحمول الثبوتي يترتب على موضوع له وجود، وإذا لا يعقل أن يكون المعدوم طرفاً للإسناد، لأن النسبة سنخ من الوجود يتقوم بطرفين ثبوتيين، فإسناد «يحلل» و«يحرم» - وهما أمران ثبوتيان - إلى «الكلام»، إنما هو إسناد إليه بماله من الوجود، فتارة يؤثر في الحلية، وأخرى في الحرمة، ولا يعقل أن يكون المراد من الكلام هنا الأعم من الموجود والمعدوم.

وأما الوجه الأول من المعنى الثالث، ففيه أيضاً: إنه ليس الأمر في الغالب كذلك، لأن الكلام لا يكون سبباً للحرمة أو الحلية بل كل منهما بسببه، فإن لم يكن سبب الحلية جامعاً لشرائط التأثير ومنها كون الكلام في محله، أو وجد المانع عنه، فهو غير حاصل، وكان عدم حصوله هو السبب لعدم الحلية، لا أن الحرمة مسندة إلى الكلام في غير محله، نعم قد يكون كذلك نادراً، كما في عقد الزواج، فإنه بالنسبة للخلية محلل، وللمعتدة أو ذات البعل أو التي في حال الإحرام محرّم.

وتلخص: عدم تمامية الوجه الثالث.

وقد وافق شيخنا الميرزا على هذا المعنى، لكن ببيان آخر^(١) هو: إن الكلام إذا استجمع شرائط التحليل يحل، وإذا لم يستجمعها أو اقترن بشيء من الموانع يحرم.

ويمكن تأييده بأنه: إذا لم يستجمع الشرائط أو لم تفقد الموانع، لم يكن المحرم هو الكلام، مثلاً: في بيع ما ليس عنده، ليس إيجاب البيع محرماً، بل الواقع عدم الحلية لعدم سببها، لا أن الحاصل بالكلام هو الحرمة، إلا أنه لما كان ارتفاع التحريم موقوفاً على وجود سبب الحلية - وهو اللفظ المستجمع - فإنه إذا عدم سببها أسندت الحرمة إليه، كما تقدم.

وكيف كان، فالمعنى الثالث أيضاً لا يمكن المساعدة عليه.

والرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة والمواعدة، ومن الكلام المحرم إيجاب البيع وإيقاعه.

لكن فيه: إنه عند المقابلة لا يوجد الكلام المعاملي حتى يقال بأن الكلام يحل.

وتلخص:

إن الشيخ قدس سره قد ذكر للخبر أربعة وجوه.

فعلى الأول: هناك كلامان ومدلولان. وحاصله: أن للفظ موضوعية في التحليل والتحريم.

وعلى الثاني: هما كلامان والموضوعية للمضمون، فالمضمون الكذائي محلل والكذائي محرم، وإن كان المقصود في كليهما واحداً.

وعلى الثالث: هما كلام واحد بما له من المعنى، لكن الاختلاف هو من حيث الوجود والعدم تارة، ومن حيث وقوعه في محله وعدم وقوعه في محله أخرى.

وعلى الرابع: هما كلام واحد، لكن السنخ مختلف، بأنه إن كان كان مقابلةً فمحلل وإن كان معاملة فمحرم.

وقد ظهر، أن لا شيء من الوجوه صحيح.

وذكر المحقق الخراساني وجهاً خامساً^(١)، واختاره شيخنا الاستاذ^(٢) ونسبه إلى صاحب الجواهر^(٣) وهو:

إن الكلام يحل ويحرم بالإضافة إلى الشخصين وإلى المالين، فإذا أوجب البيع، فالمبيع حلال للمشتري وحرام للبائع، والتمن بعد البيع حلال للبائع وحرام للمشتري.

وهذا مبني على أن تكون الحلية والحرمة تكليفيين.

وهناك وجه سادس، وهو جعل الحلية والحرمة وضعيين. وتوضيحه: إن القول أعم من الكلام، لأن الكلام هو القول المتضمن للبت والجزم، وهو تارة: موجب للصحة، وأخرى: موجب للفساد، فالصحة والفساد مستندان إلى الأمر المنشأ بالكلام.

وحينئذ، فمعنى الخبر أحد المعنيين الأخيرين، بأن يكون المقصود هو السؤال عن حكم القضية، فيقول الإمام عليه السلام: إن كان قوله لا يوجب سلب الاختيار عنه - بأن يكون أن شاء أخذ وإن شاء ترك - فلا بأس، إنما يحل

(١) حاشية المكاسب: ١٥.

(٢) حاشية المكاسب: ١٤٩.

(٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢١٧.

الكلام بالنسبة إلى ما انتقل إليه ويحرّم بالنسبة إلى ما انتقل عنه، فالمدار في الحلية والحرمة على إيجاب البيع وهو غير متحقّق الآن، ولذا قال عليه السّلام: لا بأس.

وهذا هو المعنى الأوّل منهما، ولا بأس به، إلّا أن فيه كلفة التقدير، بأن تجعل الحلية، مضافةً إلى ما انتقل إليه والحرمة إلى ما انتقل عنه.

فالأوجه هو الثاني من هذين الوجهين، يقول عليه السّلام: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، أي أن اختياره محفوظ، وحفظ الاختيار كاشف عن عدم تحقّق الكلام البتّي الجزمي، وهو الموجب للصّحة إن كان واجداً للشرائط، والفساد إن لم يكن كذلك.

وعلى الجملة، فإن مقتضى القاعدة مطابقة الجواب للسؤال، وقد كان السؤال عن حكم المعاملة، مع من ليس عنده الثوب فعلاً، بأن يشتريه له ويربّحه فيه كذا وكذا.

فأجاب الإمام عليه السّلام: بأنه إن قصد من «إشتر لي» إيجاب البيع معه بالقطع على الثوب الذي ليس عنده، فهذا باطل، وإن قصد من ذلك الطلب منه، بأن يشتري الثوب فيبيعه منه لا من غيره في مقابل ربح معيّن، فلا بأس، والمهمّ هو أن الأمر بالاشتراء مختار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، لأنه يطلب من الرجل أن يشتري لنفسه ثم يبيعه منه، وهذا لا مانع منه، وإلّا فقد أوقع المعاملة على القطع والبتّ على شيء غير موجود عند البائع، وهذا غير صحيح.

فالقول المتضمّن للبتّ والجزم - وهو معنى «الكلام» لغةً - في هكذا موردٍ مبطل، وإلّا فلا بأس.

هذا معنى الخبر، والظاهر تعدّد الكلام لا وحدته، إلّا بناءً على ما ذكره

ابن هشام في المغني^(١)، من أنه إذا أعيدت المعرفة، فالمراد شيء واحد، وإذا أعيدت النكرة، فالمعنى متعدد، ومثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾^{*} إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا^{*}.

فإنه بالنظر إليه يتوجه ما ذكرناه، وهو: إن القول على وجه الإبرام والجزم، قد يكون محللاً وقد يكون محرماً، فالكلام في المزارعة إذا قيل: لصاحب الأرض كذا وللزارع كذا، محلل، وكذلك إن قال: بعث، كان محللاً، وإن قال: فسخت، كان محرماً.

فهما سنخان من الكلام، أحدهما محلل والآخر محرّم. هذا، والخبر - على كل حال - أجنبني عن بحث المعاطاة مطلقاً بعد سقوط المعنى الأول من المعاني التي ذكرها الشيخ. قوله:

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر... بأن يقال.... أقول:

أولاً: إن هذا مبني على المعنيين الثالث والرابع من المعاني الأربعة، وأمّا بالنظر إلى غيرهما، كالذي ذهب إليه المحقق الخراساني أو الذي اخترناه، فلا يتم.

وثانياً: إن هذا الحصر إضافي، فلا يستظهر منه الذي ذكره، نعم، لو كان حصراً مطلقاً لأمكن. قوله:

إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع... فتأمل.

(١) مغني اللبيب ٢ / ٦٥٦، الباب السادس.

أقول:

يمكن أن يكون إشارة إلى ما سيذكره في التنبيه الثاني من التنبيهات - من أنه يتحقق المعاطاة بإعطاء الثمن من المشتري وأخذه من البائع، فإن أخذ الثمن بيع للمثمن - وحيث لا تكون الرواية أجنبية عن المعاطاة، هذا أولاً. وثانياً: من أين نستكشف كون الشيء بيد هذا الشخص ملك أو لا، فلعله كان بيده، لكن لا ملكاً له بل أمانةً وضعها المالك عنده، فيشتره منه لنفسه ثم يبيعه للرجل الذي طلب منه ذلك.

تنبيهات المعاطاة

قوله:

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول

الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع... وأما على القول بإفادتها للإباحة، فالظاهر أنها بيع عرفي... وأما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محل الكلام هو ما إذا قصد الإباحة، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً....

أقول:

موضوع هذا التنبيه هو البحث عن أن الشرائط المعتبرة شرعاً في البيع، من معلومية العوضين، ومعلومية الكيل والوزن إن كانا مآ يكال أو يوزن، ومن القبض كما لو كان صرفاً أو سلماً... إلى غير ذلك، معتبرة في المعاطاة أو لا؟

أما على القول الثالث - وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر - من أن محل الكلام في المعاطاة ما إذا قصد مجرد الإباحة، فلا يعتبر شيء من الشروط، لأن الواقع ليس ببيع لا شرعاً ولا عرفاً.

إلا أن الكلام في دليل الإباحة الشرعية مع قصدهما الإباحة، فقال الشيخ: بأن الدليل هو حديث السلطنة، الدالّ بعمومه على أن لكل من المتعاطيين إباحة ماله للآخر.

فأشكل على الشيخ: بأنه لا يرى المشرعية لحديث السلطنة، فلا يدل

على السببية الشرعية لشيء من الأسباب.

ولكنه سهو، لأنهما مع قصدها الإباحة، قد أباح كل منهما ماله للآخر، فهي إباحة مالكية وترخيص صرف، فليس في اليمين سبب حتى نبحث عن دليل سببيته.

بل الإشكال الوارد على الشيخ - ولم يتعرض له أحد فيما أعلم - أن هذا الترخيص في التصرف إنما هو على وجه التضمن، وكل منهما يضمن صاحبه بالمسمّى، سواء كان أكثر من المثل أو القيمة أو أقل أو كانا متساويين، ولا يعقل أن يكون حديث السلطنة هو الدليل على هذا التضمن، لأن السلطنة على المال أمر وجعل البذل عن المال أمر آخر.

فلا مناص من تصحيح هذا التضمن بالتمسك بحديث: «المسلمون عند شروطهم» بأن يكون التضمن المذكور تقييداً للإباحة، والتقييد شأنه شأن الشروط، فيشمله الحديث المزبور، ويمكن أن يقال أيضاً بكون التضمن من العهود، فيشمله عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي بالعهود [١].

[١] واستدل بعض المحشّين - كالمحقّق الإيرواني^(١) - بدليل حلّ التصرف في مال الغير برضا صاحبه، بدعوى أن كل تصرف يكون برضا المالك مشروعاً، لكنّ ظاهر ذلك الدليل هو إناطة التصرفات المشروعة برضاه، قال بعض مشايخنا: لو كان المراد أن كل تصرف يشرع إن كان برضا المالك، لزم جواز اللواط بالعبد بإباحة مولاه ورضاه بذلك.

(١) حاشية الإيرواني: ٨٣.

وعلى الجملة، فإنه من الممكن تصحيح هذا التّضمين، لكن أدلة شرائط البيع لا تجري في المعاطاة بناءً على هذا القول، لعدم كون الواقع بيعاً بل هو إباحة بعوض.

هل يعتبر في المعاطاة شرائط البيع؟

قوله:

وأما على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتني على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلا الإباحة؟ وجوه.

أقول:

ذكر هنا ثلاثة وجوه:

الأول: اعتبار جميع الشروط، سواء على القول بإفادتها للملك أو الإباحة، وسواء كان دليل اعتبار الشرط هو النصّ أو الإجماع.

والثاني: عدم اعتبارها مطلقاً كذلك.

والثالث: اعتبارها على القول بالملكية مطلقاً وعدم اعتبارها على القول بالإباحة.

وهناك وجه رابع ذكره بقوله:

ويمكن الفرق بين الشرط الذي ثبت اعتباره في البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفي وإن لم يقد عند الشارع إلا الإباحة، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتبارها في البيع بناءً على انصراف البيع في كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

قوله:

يشهد للأول كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطها في

البيع، ويؤيده....

أقول:

الوجه الأول هو المختار عند الشيخ، قال مرة: «لا يخلو عن قوة» ثم قال بعد ذلك: «الأقوى اعتبارها» سواء على القول بإفادة المعاوضة الملكية شرعاً كما هو المختار، أو القول بإفادتها الإباحة الشرعية كما عن المشهور، لأنّ الحاصل هو البيع العرفي، والموضوع لأدلة اعتبار الشروط هو ما يصدق عليه عنوان البيع عند العرف... هذا كلامه قدس سره.

لكنّا قد أوضحنا سابقاً أنّ انطباق تلك الأدلة موقوف على ثبوت الموضوعية عند الشارع أيضاً، فلا بدّ من قبوله إفادتها الملكية كذلك، وإلاّ فلا يمكن الشمول والانطباق، إذ لا معنى لأنّ يرتّب الآثار الشرعية على ما لا يراه - أو يراه غيره - موضوعاً لها.

فما ذكره سهو من قلمه.

وذكر دليلاً آخر حيث قال:

ولما عرفت من أنّ الأصل في المعاوضة بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم، وهو المعاملة الجامعة للشروط عدا الضيعة، وبقي الباقي.

فهما وإن قصدا البيع لكنّ الشارع لم يمتض ذلك، فهو بيع فاسد ولا يترتب عليه شيء من الآثار، لكنّ مقتضى الإجماع القائم على الإباحة الشرعية في صورة استجماع الشرائط عدا الضيعة، هو القول بالإباحة.

وبتقرير آخر: إنهما لما قصدا التملك، فكلّ من الطرفين تسلّم ماله إلى الآخر بعنوان أنه ملك له، وتكون تصرفاته واقعة في ملكه، فكان كلّ منهما مملّكاً لا مرخصاً، إلّا أنه قد قام الدليل الخارجي على الإباحة، لكنه الإجماع

وهو دليلٌ لبيٍّ - فلو كان لفظياً لشمل فاقد الشروط أيضاً - والقدر المتيقن من الإباحة هو ما إذا كانت المعاطاة التي ليست ببيع واجدةً لجميع شرائط البيع. إلا أنه قد تقدّم أن الدليل العمدة في المعاطاة هو السيرة العقلائية المتصلة بزمان المعصوم وغير المردوعة منه، فإن كانت قائمة على جواز التصرف فيما أخذ بها حتى في صورة فقد الشرائط المعتبرة في البيع، كانت حجةً شرعيةً صالحةً لتخصيص الأدلة اللفظية المعتبرة للشرائط، وللتقدم على دليل اعتبارها إن كان لبيّاً، لقصوره عن الشمول لمورد السيرة، فتكون السيرة حينئذٍ هي الدليل على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة الفاقدة لبعض الشرائط.

وبالجملة، إن تمّ قيام السيرة على جواز التصرف مع فقد بعض الشرائط، فهي الدليل على القول بالإباحة، خلافاً للشيخ القائل بعدم الدليل، وأما على القول بإفادتها الملكية، والأدلة المعتبرة للشرائط لفظية، فالسيرة مخصصة.

فإن قلت: لِمَ لا تكون الأدلة المعتبرة للشرائط في البيع رادعةً، لأن المعاطاة بيع.

قلت: رادعتها عن السيرة منوطة بعدم كونها مخصصةً بها، لكنّ عدم التخصيص منوط بكونها رادعة... وهذا دور.

فإن قلت: حجّة السيرة هنا متوقفة على كونها مخصصةً للعمومات المعتبرة للشرائط، وكونها كذلك موقوف على عدم شمول العمومات لمورد السيرة، وهذا موقوف على كونها مخصصةً، فكون السيرة مخصصةً دوري.

قلت: قد أجبنا عن ذلك في الاصول في مباحث خبر الواحد، وفي

الإستصحاب، وذكرنا ملخص ذلك في المباحث المتقدمة.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في المقام.

لكن الإنصاف عدم تمامية ما ذكر، لأن السيرة بما هي ليست بحجة، وإنما حجيتها من أجل كاشفيتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائية أو قوله إن كانت متشرعية، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجية، وهو مع وجود العمومات المعتبرة للشرائط في البيع - والمفروض كون المعاطاة بيعاً - مشكل.

ولافرق بين القول بأن المعاطاة تفيد الملك اللازم أو الجائز، والقول بأن حصول الملكية شرعاً منوط بالتصرف أو التلف، والقول بعدم الإناطة كما هو الحق.

وأما بناءً على ما ذهب إليه بعض الأكابر من أنها معاوضة مستقلة تفيد الملك، وما ذهب إليه المشهور من أنها تفيد الإباحة لا الملك، فالمعاطاة ليست ببيع، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فيه.

ثم إن الشرائط المعتبرة في البيع على ثلاثة أقسام، لأن الدليل على اعتباره، إما هو النص المعتبر، أو النص غير المعتبر، أو الإجماع. فهل جميع الشرائط معتبرة في المعاطاة أو فيه تفصيل؟

أما ما قام على اعتباره النص المعتبر، فلا إشكال في اعتباره في المعاطاة مع قصدهما البيع وكونها بيعاً شرعاً.

وأما ما ثبت بالإجماع، فربما يقال بأن القدر المتيقن منه هو ما إذا كان المعاطاة بيعاً لازماً، وأما على القول بكونها بيعاً جائزاً - كما عليه المشهور - ففي تقيده حليته الوضعية بما قام عليه الإجماع شك، والأصل عدمه.

وأما ما ثبت منها برواية ضعيفة عمل بها المشهور، فإن كان عمل

المشهور بها كاشفاً عن صدورها عن المعصوم، كانت كالنصّ المعتبر سنداً،
والأبل يظنّ بصدورها بسبب عمل المشهور بها، فحكمها حكم الدليل
اللّبي، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما إذا قلنا بأنّه بيع لازم.
وهذا تمام الكلام في المقام.

هل يجري حكم الرّبا في المعاطاة؟

قوله:

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيها أيضاً وإنّ خصّصنا الحكم بالبيع، بل
الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك، لأنّها معاوضة عرفيّة وإنّ لم تفد
الملك، بل معاوضة شرعيّة كما اعترف بها الشهيد....
أقول:

وهل يجري الرّبا في معاطاة المكيل والموزون؟
الأقوال في المعاطاة أربعة:

أحدها: إنّ المتعاطيين ينشأن البيع والتملك، لكنّها لا تفيد شرعاً إلاّ
الإباحة.

والثاني: إنّها تفيد البيع والتملك شرعاً، وهل هو لازم أو جائز؟ قولان.
والثالث: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة وليست ببيع.

والرابع: إنّهما يتعاطيان بقصد الإباحة لا البيع والتملك.

أمّا على القول: بأنّها بيع وتفيد الملكيّة - مع قصد المتعاطيين ذلك -
فلا إشكال في جريان الرّبا، لأنّ القدر المتيقّن من الرّبا كونها في البيع،
والمفروض أنّ المعاطاة - على التقدير المذكور - بيع، ولا فرق بين أن تكون
الملكيّة جائزة أو لازمة، ولا فرق أيضاً بين أن تجعل الملكيّة منوطّة

بالتصرف أو التلف، فإنه إذا كانت بيعاً ترتب الحكم.

وأما على القول: بأنها معاوضة مستقلة، فجرى أن الربا مبني على الخلاف في أن الربا مختصة بالبيع أو تجري في مطلق المعاوضات، فعن ابن إدريس والعلامة في الإرشاد: الأول، والمشهور هو الثاني، لقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١)، لأن الربا هي الزيادة على رأس المال وقد حرم الله الربا، سواء كانت المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلة، ومن النصوص الدالة على ذلك:

١ - خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «إن علي بن أبي طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر، لأن تمر المدينة أجودهما، ولم يكن على يكره الحلال»^(٢).

٢ - وعن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل: «أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل...»^(٣).

والحنطة والشعير في باب الربا جنس واحد، كما لا يخفى.

٣ - وفي صحيح الحلبي: «الفضة بالفضة، مثلاً بمثل، ليس فيه زيادة ولا نقصان، الزائد والمستزيد في النار»^(٤).

فالربا جارية في المعاطاة حتى على القول بكونها معاملة مستقلة.

وأما على القول: بأنها تفيد الإباحة شرعاً وإن قصد البيع والتملك، فرُبما يقال بعدم جريان الربا، لعدم الملكية، لكن لحرمة الربا جهة التكليف والوضع معاً، فبناءً على هذا القول تثبت الحرمة التكليفية، وهي بيع فاسد،

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

(٢) رسائل الشيعة ١٨ / ١٥١، الباب ١٥ من أبواب الربا، الرقم: ١، وفيه «أجودهما» بدل «أجودهما».

(٣) ورسائل الشيعة ١٨ / ١٢٨، الباب ٨ من أبواب الربا، الرقم: ٢.

(٤) ورسائل الشيعة ١٨ / ١٦٥، الباب ١ من أبواب الصرف، الرقم: ١.

وحينئذٍ، لا موضوع للبحث عن الحرمة الوضعيّة.

قوله:

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضة عرفاً. فتأمل.

أقول:

وهذا هو القول الأخير، وتقريب الجريان هو: إنه وإن قصدوا الإباحة إلا أنها بعوض، فبناءً على جريان الرّبا في المعاطاة حتى على القول بأنها معاملة مستقلة تكون جارية هنا أيضاً، لما تقدّم من حرمة الرّبا في مطلق المعاوضات.

لكنّه أمر بالتأمل.

ولعل وجهه: إن المراد من «يستبدل» في الرواية: إن كان الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحة أو الملك، كانت الحرمة ثابتة، لكنّ ظاهر اللفظ هو بدليّة الشيء عن الشيء في حدّ نفسه من جهة المكان لا من حيث عروض شيء عليه، والبدليّة الإباحيّة ليست بدليّة عن الشيء في حدّ نفسه، لأنّ في الإباحة حيثيّة الترخيص من المالك وليس أحد المالكين بدلاً عن الآخر، فالإباحة بالعوض ليست إباحة مطلقة مجانية، لكنّ لا دليل على جريان الرّبا في الإباحة بالعوض، لعدم الاطلاق في «الاستبدال». وبالجمله، فإنّ الرّبا تجري في مطلق المعاوضات المملكيّة، لا الأعم من المملكيّة والإباحيّة.

وتلخص: إن المعاطاة بيع، والقدر المتيقّن من أدلة تحريم الرّبا هو البيع،

فهي جارية في المعاطاة.

هل تجري أحكام الخيار في المعاطة؟

قوله:

وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحة عندهم، فلا معنى للخيار، وإن قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار... إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم... ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع....

أقول:

عبارته مجملة، ولذا أشكل عليه بعض الأكابر^(١): بأنها إن أفادت الملك فهي بيع قبل اللزوم، فلماذا قال بعد اللزوم؟

لكن الظاهر غفلة المستشكل عما سيذكره الشيخ في التنبيه السابع، حيث نقل عن الشهيد الثاني في المسالك قوله: «اللهم إلا أن يجعل المعاطة جزء السبب والتلف تمامه»، فمن ملزمات المعاطة التصرف، ومنها التلف، وعلى هذا، فإن المعاطة جزء لسبب، وبعد تحقق الجزء الآخر - وهو التصرف أو التلف - يصدق البيع بالحمل الشائع، وأما قبل ذلك، فقد تحقق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

فالإشكال مندفع.

ويمكن أن يحمل كلام الشيخ على أن المراد هو: إن المعاطة تفيد الملك الجائز ويجري فيه الخيار، فإن لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخيار، لأن الخيار يناسب اللزوم.

هذا، وتفصيل الكلام بالنظر إلى الأقوال في المعاطة أن يقال:

(١) حاشية الإصفهاني ١٥٥/١.

أما على القول: بأن المتعاطيين ينشأن الإباحة من أول الأمر، كما ذهب إليه صاحب الجواهر، فلا معنى للخيار مطلقاً.

وأما على القول: بأنها معاوضة مستقلة، كما حكي عن الشيخ الكبير، ثبت فيها الخيارات الجارية في مطلق المعاوضات دون المختصة بالبيع.

وأما على القول: بأنهما ينشأن البيع، لكن الشارع لا يرتب إلا الإباحة، كما هو ظاهر المشهور، فلا تجري الخيارات، لأنه بيع فاسد لا يفيد إلا الإباحة الشرعية، والملكية إنما تحصل بسبب حادث لا بالمعاطاة.

ولا يتوهم: أن موضوع أدلة الخيارات هو البيع العرفي، وهو صادق عرفاً على فصل المتعاطيين، فلا بد من جريان تلك الأدلة.

وذلك: لأن الشارع لا يرتب حكماً من أحكامه على شيء لم يجعله موضوعاً لذلك الحكم، والمفروض هنا أن المعاطاة عند الشارع بيع فاسد، وإن كانت عند العرف بيعاً، ولا يعقل أن يرتب حكماً من أحكام البيع على ما هو موضوع عند غيره وليس بموضوع عندها.

وأما على القول: بأن المعاطاة بيع لكنها جزء السبب، والجزء الآخر هو التصرف الناقل أو التلف، كما حكاها الشيخ عن المسالك، -بمعنى أن يقتضي صدق عنوان البيع لكنه لا يتم إلا بأحد الأمرين، أو هو جزء للمقتضي وأحدهما الجزء الآخر، والتعبير الأول أجود، وقريب منه كلام المحقق الخراساني، إذ جعل المقام نظيراً لبيع السلف كما تقدم. وبالجمله، فإنه بالتصرف أو التلف يكون بيعاً شرعياً - فقال الشيخ: بثبوت الخيار وأن أثره يظهر بعد لزوم.

والإنصاف: أنه لا يمكن المساعدة عليه، لأنه إذا ثبت ظهر أثره عند ثبوته، إذ لا معنى لانفكاك الأثر عن ذي الأثر، وأما إن لم يكن ثابتاً وإنما

المقتضي له موجود، فتحققه يكون بعد اللزوم.

وأما على القول: بأنهما ينشآن البيع والتملك، والملكية الشرعية متحققّة من أول الأمر، لكنها بيع جائز حتى يجيء شيء من الملزمات فيلزم، كما عليه الشيخ، فالظاهر أن عمومات أدلة الخيار في البيع مثل: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» نعم البيع اللازم والجائز، وكذا قوله عليه السلام: «صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام» فإنه يعمّ المعاطاة المفيدة للملكية. لكن الإجماع قائم على عدم اللزوم، فجعل الخيار من الشارع يستلزم اللغوّة وهو محال.

فالخيارات البيعية غير جارية في المعاطاة، على القول المختار. اللهم إلا أن يقال: بأن الخيار حقّ وموضوعه عبارة عن حلّ العقد، والجواز - في قولنا: المعاطاة تفيد الملك الجائز - حكمّ وموضوعه هو التراد، فالخيار غير الجواز موضوعاً وحكماً، ولا يخفى الفرق بين الحق والحكم، من حيث أن الأول يصلح عليه ويقبل السقوط والانتقال، بخلاف الحكم. وربما يقال: لو فرضنا أن الخيار والجواز واحد، فلم لا يكونان سببين لمسبّب واحد هو جواز التراد، وقد أجاز الشيخ في الخيارات أن يكون للخيار الواحد سببان؟

التنبيه الثاني

قوله:

إِنَّ الْمُتَيْقِنَ مِنْ مَوْرَدِ الْمَعَاطَةِ هُوَ: حَصُولُ التَّعَاطِي فِعْلاً مِنَ الطَّرْفَيْنِ، فَالْمَلِكُ أَوْ الْإِبَاحَةُ مِنْ كُلِّ مِنْهُمَا بِالْإِعْطَاءِ، فَلَوْ حَصَلَ الْإِعْطَاءُ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ لَمْ يَحْصُلْ مَا يَوْجِبُ إِبَاحَةَ الْآخَرِ أَوْ مِلْكِيَّتَهُ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْمَعَاوِضَةُ وَلَا الْإِبَاحَةُ رَأْسًا... إِلَّا أَنْ الظَّاهِرَ مِنْ جَمَاعَةٍ... جَعَلَهُ مِنَ الْمَعَاطَةِ... وَرَبَّمَا يَدْعَى انْتِقَادَ الْمَعَاطَةِ بِمَجْرَدِ إِيصَالِ الثَّمَنِ وَأَخْذِ الْمُثْمَنِ... ثُمَّ إِنَّهُ لَوْ قُلْنَا... أُمْكِنَ خَلْقُ الْمَعَاطَةِ مِنَ الْإِعْطَاءِ وَالْإِيصَالِ رَأْسًا...

أقول:

الوجه التبي ذكرها الشيخ أربعة:

الـأول: - هو القدر المتيقن كما قال: - الإعطاء فعلاً من الطرفين، سواء قلنا بإفادته المِلْكِيَّةَ أَوْ الْإِبَاحَةَ.

والثاني: أن يكون الإعطاء من طرفٍ واحدٍ، فهو من هذا الطرف إيجاب، وأخذ الآخر هو القبول، فتحقق البيع بإعطاء الواحد، وهو وإن لم يصدق عليه عنوان المعاطاة، لكنّه في حكمها، إذ لفظ «المعاطاة» غير وارد في آية أو رواية حتى يدور الحكم مداره، وإنما صحّحنا المعاطاة بعمومات أدلة البيع، حيث قلنا بأنّها تعم الإيجاب الفعلي كالقول.

والثالث: أن لا يكون في البين لفظ ولا إعطاء فعلي، بل الحاصل مجرد إيصال الثمن، كدخول الحمام ووضع الفلوس في الكوز، ونحو ذلك.

والرابع: أن لا يكون شيء من الإعطاء والإيصال أصلاً، وإنما الحاصل مجرد المقابلة بقصد البيع....

بماذا يتحقق المعاوضة؟

والتحقيق:

إن للوجه الأول ثلاثة صور:

الاولى: الإعطاء من الطرفين والتمن غير متشخص في الخارج وإن كان نقداً من النقود.

والثانية: الإعطاء منهما، والتمن متشخص كذلك، فيعطي الشيء في مقابل التمن، وهذه الصورة على قسمين، لأنه:

تارة: يكون أخذاً بقصد التملك ويعطي التمن في مقابله.

وأخرى: يكون أخذاً لا بقصد التملك لكن يقصده عندما يدفع التمن المتشخص المتعين.

أما الصورة الاولى حيث الإعطاء من كليهما، بأن يسأله مثلاً: بكم هذا؟ فيقول: بعشرة، فيأخذه ثم يخرج العشرة من كيسه، فيكون دفع البائع المال إيجاباً وأخذه من المشتري قبلاً، وأما إعطاء العشرة فأداء لما في الذمة.

وأما الصورة الثانية، حيث التمن متشخص في الخارج، فيعطي المال في مقابل العشرة التي بيد المشتري، فإن أخذه بقصد التملك بالعوض، فقد تحقق القبول وتم البيع، وكان إعطاء العشرة تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول. وإن أخذه لا بقصد التملك بالعوض وإنما كان مجرد تناول خارجي للشيء، وأعطى العشرة بقصد التملك، كان القبول متحققاً بإعطائها.

فالإعطاء هو القبول، وعلى هذا، فلو أعطاه العشرة بقصد التملك

لا التملك بالعوض، وقع فاسداً، لأن المتحقق في الخارج تملكاً وإيجاباً لا تملك وقبول.

هذا بالنسبة إلى الوجه الأول.

والوجه الثاني يتصور بثلاثة صور كذلك:

الاولى: أن يعطي المتاع والتمن نسيئة إلى أجل معين....

فإعطاء هذا إيجاب والأخذ من ذاك قبول، وذمته مشغولة بالتمن.

الثانية: أن يعطي المشتري التمن فيوجب ويكون التمن في ذمة البائع إلى أجل، ويكون بأخذه قابلاً، وهذا بيع سلم.

والثالثة: أن يعطي المشتري التمن عوضاً بعنوان الاشتراء، ويأخذه الآخر على أن يكون بيعاً للتمن الذي في ذمته.

وهذا ما صورّه الشيخ، ونحن لا يمكننا تصوّره، لأن ذلك قد أعطى بعنوان الاشتراء والأخذ قد أخذ العوض، وكيف يكون أخذ العوض بيعاً للعوض، مع أنه لم يحقق إنشاءً لفعلاً ولا قولاً بالنسبة إلى بيعه؟ نعم، القرائن الخارجيّة تفيد ذلك، لكنّ إنشاء التملك يحتاج إلى دالّ يدلّ عليه من فعلٍ أو قولٍ، وهو غير موجود.

وأضيف هنا صورة رابعة، وذلك: إنه ربما يكون التمن في يد المشتري، كما لو كان قد استأجر داراً ثم جاء إلى المالك يشتريها منه، فيعطيه التمن وهو في الدار، يقول الشيخ: يكون إعطاؤه التمن اشتراءً وأخذ المالك التمن بيع، وهذا عندنا غير تام، لأن البيع يحتاج إلى إنشاء قولاً أو فعلاً وهو مفقود.

نعم، إن التملك من عالم النفس، فإن كان حقيقة البيع عبارة عن العزيمة النفسانية فقط، والإنشاء قولاً أو فعلاً كاشف ومبرز لتلك العزيمة، تمّ ما ذكره

الشيخ من أنه بالأخذ من المالك يتحقق.

وأما بناءً على أن البيع هو أن يتحقق للعزيمة المزبورة خارجية، والخارجية لا تتحقق إلا بالفعل أو القول، فلا يتم ما ذكره.

إذن، لاتفق على كلام الشيخ، لافي السلم ولا في هذه الصورة.

وصورة خامسة وهي: أن يكون الثمن موجوداً من قبل عند مالك الدار، فلا إعطاء للثمن من المشتري، غير أن المالك يعطي الدار، فهو موجب والمشتري قابل بالأخذ. وهذا لا إشكال فيه أصلاً.

الوجه الثالث، أن يكون وصول وإيصال بلا قول وفعل، وقد مثل الشيخ بما تعارف بين الناس من أخذ الماء مع غيبة السقاء والخضروات ونحوها ووضع الفلوس في المكان المعد له، وكدخول الحمام ووضع الأجرة في الكوز مع غيبة الحمامي.

ولقد كان الأولى أن يقسم هذا الوجه إلى قسمين. وسيأتي.

ومن أمثلة المقام: وضع الأجناس في المكان الخاص بها وأسعارها مكتوبة عليها، فيأتي المشتري ويأخذ ما يريد منها ويضع الثمن في محله المعين له.

قوله:

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث....

أقول:

ربما يدعى أن هذا بيع، لأن المناط في البيع وصول العوضين إلى طرفي المعاملة مع تراضيهما، فلا حاجة إلى قول أو فعل.

لكن البيع إنشاء تمليك عين بعوض، فلا بد من الإنشاء، ولا يحققه إلا الفعل أو القول وهذا هو البيع لغة وعرفاً، وهو المتسالم عليه بين الأصحاب،

فمجرد الوصول والإيصال ليس ببيع.

نعم، يمكن أن يقال: إن وضع المتاع وسعره مكتوب عليه إذن عام لمن يريد المعاملة، بأن يضع الثمن المعين في المكان المعد له ويأخذ المتاع ويتملكه عوضاً عن الثمن الذي يضعه، فإن تم استكشاف هذا الإذن في تملك المشتري، فما ذكره الشيخ تام.

أللهم إلا أن يقال: بأنه لا يعتبر في المعاملة المعاطاتية كل ما يعتبر في اللفظية، بل إن نفس وضع المتاع هناك بيع وإعطاء لكلّي المشتري، ثم يتعين هذا الكلّي بمجيء الشخص وأخذه ووضع القيمة في مكانه. فإن صحّ بشيء من هذه التكاليف فهو، وإلا، فالوصول والإيصال لا يحقق البيع.

وأما لو كان وصول ولا إيصال، كما لو كانت الدار عند المشتري، وكان لهذا المستأجر مال عند صاحب الدار، فتراضيا بأن تكون الدار للمشتري والثمن هو المال الموجود من قبل لدى صاحبها. فهذه الصورة لا تسمى بيعاً أصلاً.

الوجه الرابع:

قال الشيخ:

لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأما على القول بالإباحة، فالإشكال المتقدم هنا أكد.

والإنصاف: إن المقابلة بمالها من المفهوم مباينة للمعاملة، والقول بأنها نحو من المعاملة ممنوع. نعم، لو كان في ضمن المقابلة إنشاء تملك وإن لم يكن بلفظ بيع وملك، كان بيعاً، بناءً على عدم لزوم لفظ خاص في البيع وأنه يكفي كلما يتمشئ به البيع.

وهذا تمام الكلام في الوجوه.

ولا يخفى أنه مبني على إفادة المعاطاة الملك، وأما بناءً على القول بإفادتها الإباحة، فإن كان المراد الإباحة المالكية فلا بأس، لأنها مؤثرة بأي نحوٍ من الإنحاء أفيدت، وإن كان المراد الإباحة الشرعية، أشكل الأمر في كثير من الصور.

التنبيه الثالث

قوله:

تميّز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، كالدرهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف. وأمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضيّة... فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدنار هو الثمن وصاحبه هو المشتري.

أقول:

إنه لما كانت المعاطاة بالإعطائين - كما ذكر الشيخ - فلا بدّ من طريقي لتمييز أحدهما عن الآخر، بخلاف المعاملة اللفظية، فإنّه باللفظ يتمييزان، فعقد هذا التنبيه لهذا الغرض [١].

فتارة: يكون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، فصاحب الثمن هو

[١] وقال المحقق الخوئي: إنّ الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري، لأنهما من الأمور الواضحة التي لا تحتاج إلى البيان، ضرورة أن من أنشأ البيع يسمّى بائعاً ومن يقبل ذلك يسمّى مشترياً، ولأنّ الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر في الشبهات المصادقية، بأنّ يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولم يميّز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية، بديهة أن ذلك راجع إلى باب المرافعات ولا صلة له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنّما هو التعرّض لمفهومَي البائع والمشتري سعةً وضيقاً، لكي يستوضح مقدار صدقهما...

المشتري فالتَّمييز حاصل.

قال الراغب: المشتري دافع الثمن وأخذ المثل، والبائع دافع المثل وأخذ الثمن^(١).

لكن هذا بالنظر إلى الغالب، إذ الثمن غالباً متمخض في جهة المآلية، كالدرهم والدنانير، والمثل غالباً هو المتاع الذي يطلبه الإنسان لرفع الحاجة، كالثوب يشتريه لأن يلبسه والطعام لأن يأكله، بخلاف الدرهم فإنه بشخصه غير رافع لحاجة من الحاجات.

وأخرى: يكون العوضان عينين، قال الشيخ: فالثلث ما قصدا قيامه مقام المثل في العوضيّة، كما لو أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أن هذا

ومرجعه في الحقيقة إلى الشبهة المفهوميّة^(٢).

وفيه: إن الشبهة المفهوميّة إنما هي حيث يكون قدر متيقن، فيشك في دخول الزائد عليه في المفهوم وعدم دخوله، وإذا كان البائع هو من أنشأ البيع والمشتري هو من يقبل ذلك، فالأمر دائر بين الوجود والعدم، لأن البائع إما يكون قد أنشأ البيع أولاً. فليس المورد من الشبهة المفهوميّة. فتدبر.

وأما قول المحقق الخراساني: بأن هذا ليس من تنبيهات المعاطاة لعدم اختصاصه بها...^(٣) ففيه: أن الشيخ يعتبر في ألفاظ البيع انعقاد الظهور في اللفظ حتى يتحقق العقد وإلا فلا يصح، وعليه، فإن كان ظهور فالتَّمييز حاصل، وإلا فالعقد باطل ولا حاجة معه إلى التميز.

(١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠.

(٢) مصباح الفقاعة ١ / ١٧٢.

(٣) حاشية المكاسب: ١٧.

المقدار من الحنطة يساوي درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنه اشترى اللحم بالحنطة.

هذا كلامه.

فإن قيل: أي تأثير لقصد أن هذا المقدار من الحنطة يساوي درهماً في أن يكون هذا هو المثلث دون الآخر؟

قلت: لعله يريد أن الذي يقصد ذلك يلحظ الحنطة مالاً من الأموال ويجزئها عن خصوصيتها، فيكون شأنها شأن الدرهم والدينار، فتكون هي الثمن لا محالة.

وبهذا البيان يتضح مراده من قوله: وإذا انعكس انعكس الصّدق.
قوله:

ولو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، أو لوحظ القيمة في كليهما... ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة كلّ منهما... أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً... أو كونها معاطاة مصلحة... أو كونها معاوضة مستقلة... وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوة....

أقول:

قد ذكر أربعة وجوه:

أولها: كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ منهما، وهذا موافق لكلام الراغب حيث قال: المشتري دافع الثمن وأخذ المثلث والبائع دافع المثلث وأخذ الثمن. هذا إذا كانت المبايعة والمشاركة بناضٍ وسلعة، فأما إذا كانت بيع سلعة بسلعة صحّ أن يتصور كلّ واحدٍ منهما مشترياً وبائعاً...^(١)

(١) المفردات في غريب القرآن: ٢٦٠.

إلا أن كون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين غير واضح، لأن البائع هو الذي يملك بالعوض والمشتري هو الذي يقبل ما فعله البائع، وعليه، فعنوان البائع والمشتري متقابلان، والمتقابلان لا يجتمعان برهاناً، فكيف يعقل أن يكون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين؟
يقول الشيخ:

والإشتراء ترك شيء والأخذ بغيره....

وفيه: إنه يصدق على البائع والمشتري كليهما، بل الاشتراء قبول الشراء بمعنى البيع، فما ذكره لا يمكن المساعدة عليه.
والثاني: كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطي أولاً، يعني: إنه يتحقق التمييز بينهما بالأولوية والثانوية، لأن الذي يعطي أولاً يكون إعطاؤه دالاً على التمليك، والمشتري يقبل تمليك ذاك ثم يعطي ماله إياه وفاءً لما التزم به.
أقول: هذا الوجه متين جداً، سواء كان العوضان مما تعارف جعله ثمناً كالدرهم والدنانير، أو كان أحدهما من ذلك دون الآخر، أو كان كلاهما من غيرهما.

لكنه ينتقض: بما لو وقع الإعطاء من كليهما في آنٍ واحد.

الثالث: كونه معاطاة مصالحة، لأن المصالحة بمعنى التسالم على شيء، ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك، ولي ما عندي، على الصلح.
أقول:

فيه: إنه يتوقف على أنه يكون الصلح غير محتاج إلى الإيجاب والقبول، وأنه يكفي قولهما تصالحن، فإن قلنا بذلك، فلأمانع، وأما على القول: بأن الصلح يحتاج إلى القبول كما عليه الأصحاب، فأيهما هنا الموجب

وأيهما القابل؟
هذا أولاً.

وثانياً: إن الصّٰلِح له معنى خاصّ لا بدّ من انشائه، ولا يكفي التسالم الحاصل خارجاً فإنه نتيجة التّصالِح، والإعطاء لادلالة له على التّصالِح والتّسالم، ولا يصلح لأن يكون انشاءً.

الرابع: كونه معاوضة مستقلة خارجة عن العناوين المتعارفة.

وهذا يتوقف على شمول العمومات لمثل هذه المعاملة.

وبعد أن ذكرنا الوجوه الأربعة في المسألة، نقول:

هل المراد من الامتياز هو الامتياز الواقعي أو الامتياز في مقام الإحراز؟

ظاهر كلامه - فيما لو كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً أن يكون صاحب الثمن هو المشتري - أنه يريد استكشاف الامتياز بينهما في مقام الإحراز والعلم، لكنّ كلامه - فيما لو كان العوضان من غير الدراهم والدنانير، حيث قال بأن الثمن ما قصد قيامه مقام المثل في العوضيّة - ينافي ذلك، لأنّ القصد وعدمه يتعلّق بالواقع، ولا ربط له بمقام الاستكشاف والإحراز.

وأيضاً، كيف يكون الإحراز والاستكشاف فيما لو كان العوضان من الدراهم والدنانير، أو كان الاعطاء من الطرفين معاً في آن واحد؟

وتفقيح المقام: أن تملك المال بعوض يدخل في ملكه، هو البيع، والبائع من هو متلبّس بهذا المبدء، والمشتري من يقبل فعل البائع ويكون مطاوعاً له، وهكذا يتحقّق التمييز الواقعي بينهما، لكن الداعي يختلف، فالبايع غالباً يريد تحصيل الربح، والمشتري غالباً يريد رفع الحاجة بما يأخذ، فالامتياز الواقعي موجود، والامتياز في الدواعي موجود غالباً، ومقابل الغالب ما ربما يكون للطرفين غرض رفع الحاجة، إلّا أن توافق الداعي

لا يقتضي ارتفاع التمييز الواقعي بينهما.

لكن ما هو الطريق إلى استكشاف هذا التمييز الواقعي؟

الوجهان الأول والثاني، يمكن المساعدة عليهما، فإن ظاهر الحال أن يكون معطي الثمن هو المشتري، حيث يعطيه ليأخذ المتاع ويرفع به حاجته، وصاحب المتاع يريد بيعه وتحصيل الربح بذلك.

فإن قلت: ظهور الحال لا يوجب إلا الظن، والظن في الموضوعات لا أثر له، بل لابد فيها من أمارة شرعية من البيّنة أو اليد.

قلت: لا يبعد أن يكون الدالّ على حجية ظواهر الألفاظ - وهو السيرة العقلانية - دالّاً على حجية ظواهر الأحوال والأفعال، وكذا الذي يقصد قيام ما بيده مقام المثلّث في العوضيّة، إن كان ظاهر حاله هو الإعطاء لأخذ المتاع لرفع الحاجة.

وأما حيث يكون كلّ منهما عنده متاع، أو عنده الدرهم والدينار، ولا ندري أيهما المعطي ليأخذ ويرفع به الحاجة، وأيهما المعطي بقصد الاسترباح، فلا يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين، لأن معنى البيع هو التملك بالعوض ودخول العوض في ملكه، فيقبل المشتري ذلك، فلو كان هذا البائع مشترياً أيضاً كان معناه اشتراء ما تملكه، وهذا غير معقول. مضافاً إلى أن الاشتراء قبول الشراء كما تقدّم، وأن عنوان البائع والمشتري متقابلان لا يجتمعان.

أما أن يكون المعطي الأول هو البائع والأخذ هو المشتري، فقد قوّاه الشيخ، وأيده بعض مشايخنا رضوان الله تعالى عليهم [١].

[١] قال المحقق النابني: إذا كان التعاطي تدريجياً يكون الأول بائعاً والمعطي

لكن الإنصاف أن لا دليل عليه، لأن المفروض هو الجهل بقصدهما التمليك بالعوض، أو أن أيهما الذي قصد ذلك وأيهما القابل... نعم، غاية ما في الباب هو أن ظاهر الإعطاء الأول هو التمليك الابتدائي، والإعطاء الثاني ليس فيه هذا الظهور، لكن ليس فيه ظهور أن يكون قبولاً كذلك، ومجرد عدم الظهور في التمليك الابتدائي لا يكفي لأن يكون ظاهراً في القبول والمطاوعة، ولو فرضنا حصول الظن بذلك، فإن هذا الظن ليس بحجة. هذا، مضافاً إلى انتقاضه بما لو أعطي معاً.

أخيراً مشترياً، وفيما إذا وقع التعاطي دفعةً، ففي تمييز البائع عن المشتري إشكال، بمعنى أنه مشكل واقعاً، لأن البائع متميز عن المشتري واقعاً وغير معين بل لا واقع له إلا الإبهام، لأن كل واحد من الإعطائين صالح لأن يقع به الإيجاب والقبول واقعاً، ولا معين في البين بحسب الواقع، فيكون تخصيص أحدهما لأن يقع به الإيجاب والآخر القبول، تخصيصاً من غير مخصص، وحيث لا بد من الحكم بوقوع البيع، لأنه المتيقن ورفع اليد عن ترتيب الآثار المختصة على خصوص البيع أو الشراء والبائع أو المشتري^(١).

أقول: أما ما ذكره أولاً، فقد ذكر السيد الجّد الإشكال فيه.

وأما ما ذكره بالنسبة إلى وقوع التعاطي دفعةً، ففيه: إن مسلكه في حقيقة البيع هو أنه عبارة عن التبدل في طرفي الإضافة، فيكون البائع هو من يقوم بذلك، والمشتري هو من يطاوعه فيه، وحيث لا يتحقق التمييز، بل إن قوله «لا بد من الحكم بوقوع البيع لأنه المتيقن» صريح في ذلك، فأين المشكل؟

فإن علمنا بأن أحدهما المعين قصد التملك بعوض، فواضح أن يكون هذا هو البائع وطرفه هو المشتري، سواء كان هذا القاصد دافعاً أولاً أو ثانياً، دفع ديناراً مثلاً أو متاعاً.

وإن علمنا بأن أحدهما غير المعين قاصد لذلك، فهنا علم إجمالي بأن أحدهما بائع والآخر مشتر ولا أكثر.

وإن علمنا أن أحداً منهما لم يقصد ذلك، احتمال أن تكون معاوضة مستقلة [١].

لكن يتوقف صحتها على شمول عمومات المعاملات لمثل ذلك، فإن قلنا باختصاصها بالمعاملات المتداولة - كما ذهب إليه جمع - كان الواقع باطلاً، وإن قلنا بعدم الاختصاص بذلك، فلا مانع.

[١] بل اختاره المحقق الخوئي، إذ قال: أن يكون ذلك معاوضة مستقلة، من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفة، وهذا هو الصحيح عندنا، وتدل على صحته آية التجارة عن تراض، ولا ريب أن أمثال هذه المعاملة كثيرة في العرف^(١). وإلى الآية المباركة ونحوها أشار السيد الجدل كما لا يخفى.

التنبيه الرابع

قال الشيخ قدس سره:

إن أصل المعاطاة - وهو إعطاء كل منهما الآخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه....

أقول:

ذكر الشيخ وجوهاً أربعة، إلا أن الوجوه بحسب التصور أكثر من ذلك: لأن المعطي، إما قاصد للتملك وإما قاصد للإباحة، وعلى كل منهما: العوض، إما عوض عن المال الذي يملكه أو يبيحه الطرف، وإما عوض عن نفس التملك أو الإباحة، والأول - العوض عن المال - إما هو مال، بأن يملك مالا عن مال، وإما هو فعل من الأفعال.

والعمدة من هذه الوجوه: أن يملك مالا بعوض، أعم من أن يكون العوض مالا، أو يكون فعلاً كهبة مال، أو يكون إباحة له في تصرف له في مال من أمواله.

ونحن نتعرض لما تعرض له الشيخ.

ففي الوجه الأول، قال الشيخ:

أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه....

أقول:

يعني: أن تملكه بعوض إيجاب، وأخذ الطرف قبول وبه يتم البيع،

وإعطاء الثمن بعد ذلك وفاء لما التزم به على نفسه، فمقوم البيع المعطائي هو الإعطاء والأخذ، ولا دخل لإعطاء المشتري في حقيقة البيع، وعلى هذا، فلو لم يدفع المشتري الثمن لم يضر بمالكية البائع، ولو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة....

فلو كان الإعطاء الثاني قبولاً، لم تكن المعاملة متحققة بامتناع المشتري من ذلك أو موته أو إفلاسه.

وهنا إشكال: إذ التعبير عن الإعطاء والأخذ بالمعاطاة مسامحة عند الشيخ نفسه، إذ تسمية هذه المعاملة بالمعاطاة إنما هو اصطلاح في عرف الفقهاء - مع عدم صدق ذلك عليها لغة - يريدون به المعاملة الفعلية في قبال القولية، وكأن نظره الشريف إلى ما قرره النحاة والصرفيون في هيئة المفاعلة من أنه: يقتسمان فاعلاً ومفعولاً لفظاً ويشتركان معنى، هذا هو المشهور بينهم، حتى أنني أتذكر أن الشيخ نجم الأئمة^(١) أيضاً موافق على هذا، وهم يقصدون من ذلك: أن هيئة فعل إنما تدل على قيام المبدء بفاعله، وهيئة فاعل تدل على قيام المبدء باثنين، فنقول: ضارب زيد عمرأ، فزيد فاعل وعمر مفعول، لكن هذه الفاعلية والمفعولية صورية، أما في المعنى فهما شريكان، أي كل منهما فاعل ومفعول، في قبال التفاعل حيث نقول: تضارب زيد وعمر، تضارب زيد مع عمرو، تضاربا، إذ لا يقال: ضارب زيد وعمر، ضارب زيد مع عمرو، ضاربا.

(١) هو الشيخ رضي الدين محمد بن الحسن الاسترآبادي الإمامي، المتوفى سنة ٦٨٦، الملقب بنجم الأئمة، كما في كتاب (بغية الرواة في طبقات اللغويين والنحاة) للحافظ جلال الدين السيوطي، له شرح الكافية في النحو، وشرح الشافية في الصرف، انظر كلامه في شرح الشافية ١ / ٩٦ - ١٠٤، الطبعة المحققة الحديثة.

فما ذكره الشيخ قدس سره مبني على هذا المشهور بين الصّرفيين. لكن الإنصاف: أن الأمر ليس كذلك، ففي الكتاب والسنة واستعمالات الفصحاء موارد كثيرة قد استعملت فيها هيئة فاعل في المبدء القائم بواحد فقط، مثل: طالع زيد الكتاب، خاطب زيد القوم، ساعد زيد ﴿كَيْفَ يُؤَارِي سَوْأَةَ أَخِيهِ﴾^(١) ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً﴾^(٢) فما ذهب إليه الصّرفيون هنا اشتباه. نعم، التفاعل يصدر من اثنين، أما المفاعلة: فقيام المبدء بواحد متوجّهاً إلى الغير، فالنسبة قوامها بالاثنين لأن الفعل يصدر من كليهما. وتلخص: إن المعاطاة هنا صادقة حقيقة لا اصطلاحاً أو مسامحة. فالإشكال مندفع.

وأورد الميرزا الاستاذ قدس سره بما هذا شرحه: إن البائع والمشتري كلّ منهما مالك لما بيده، فلما يبيع البائع يبذل طرف الإضافة في ملكيته، فتملكه محفوظ، وإضافة الملكية إلى نفسه محفوظة، لكن المتبدّل بالبيع هو طرف الإضافة.

مثلاً: إضافة الملكية كانت متعلّقة بالدار، فالإضافة محفوظة وهو المالك، لكن طرف الإضافة، أي الدار، تبدّل إلى شيء آخر، بخلاف الإرث، فإن المتبدّل هناك هو المضاف، والملكية والمملوك، محفوظان، وبخلاف الهبة، فإن المتبدّل نفس الإضافة، فبالهبة تنقطع الإضافة منه وتتصل بغيره. ثم إنّه إن كان البيع لفظياً، كان معناه تملك المتاع بعوض الثمن، فقد بدّل المتاع بالثمن ووضع الثمن في مكان المتاع، فمعنى بعت هذا بذاك: ملكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا في ملكيتي، فالبايع يورد ملك المشتري في

(١) سورة المائدة: ٣١.

(٢) سورة الأعراف: ١٤٢.

ملكيته عوضاً عما أخرجه... والمشتري إذا قبل، فقد قبل هذا الذي فعله البائع.

وأما العمل الخارجي، فهو ليس إلا الإعطاء، ولا يدلّ إلا على التسليط الخارجي، ولا يدلّ على غير التمليك، أما دلالته على أنه تمليك في مقابل عوض يقوم مقام هذا المال المعطى، فلا، فكون العوض قائماً مقام الملك لا دليل عليه لفظي، والفعل لا لسان له.

ثمّ الأخذ، إن كان أخذه بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوض، فلا دليل عليه، وإن كان أخذه بقصد ضمان المثل أو القيمة، فهذا قرض، وإن كان أخذ لا بقصد الضمان فهو قبول للهبة، والمفروض أن البائع لا يقصد القرض والهبة.

إذن، الأخذ ليس قبولاً... فيكون الأخذ مقدّمة لإعطاء الثمن، وإعطاء الثمن هو القبول.

إذن، لا بدّ من التعاطي من الطرفين، ولا يكفي الإعطاء والأخذ، ولذا، فلو مات - مثلاً - قبل إعطاء الثمن بطلت المعاملة، خلافاً للشيخ القائل بتحققها. لكنّ الإنصاف: أن الحق مع الشيخ، فالإعطاء إيجاب والأخذ قبول، والمعاطاة صادقة.

أما أن الفعل الخارجي ليس له لسان، فهذا متين، والمحقق خارجاً هو التسليط من البائع، حيث يدخل متاعه في ملك المشتري.

تقولون: أخذه للمتاع ليس بقبول، بل القبول يحصل بأن يعطى المشتري الثمن ويدخله في ملك البائع.

نقول: إذا كان إعطاء البائع إيجاباً منه، وأخذ المشتري ليس بقبول، فإن أعطى المشتري، فقد ملك البائع الثمن وهو يملكه بالأخذ، والمفروض أن

أخذ البائع الثمن ليس بقبول، فهنا قد تحقق إيجاب من البائع بلاقبول من المشتري، وإيجاب من المشتري بلاقبول من البائع، فهنا إيجابان، وما الدليل على أن يكون إعطاء المشتري قبولا ولا يكون إيجاباً، مع أن الفعل لالسان له كما ذكرتم؟

فإن قيل: هنا قرينة على أن إعطاء المشتري قبول، وأن الذي يعطيه عوض عما أخذه.

قلنا: نفس القرينة موجودة على أن إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوضة عما سيعطيه المشتري.

وبالجملة، إذا كان البائع يعطي المتاع بقصد المعوضة عن مال المشتري، والمشتري يأخذ المتاع على ما قصده البائع، فأخذه قبول، وإن لم يعط البائع بقصد المعوضة، أو كان الأخذ من المشتري لا على ما قصده البائع، فالبيع غير حاصل.

فالحق مع الشيخ قدس سره.

وفي الوجه الثاني، قال الشيخ قدس سره:

أن يقصد كلُّ منهما تملك الآخر ماله بأزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملكاً بأزاء تملك، فالمقولة بين التملكين لا الملكين....

فقال المحقق الخراساني قدس سره: كأن مراد الشيخ أن يملك المال في مقابل فعل الطرف الآخر الذي هو عبارة عن التملك، كما ذكرنا في عمل الحر.

لكن هذا الاحتمال غير آتٍ في كلام الشيخ، إذ كلامه نص صريح في أنه تملكان، أحدهما بأزاء الآخر.

إنه في هذا الوجه لا يكون الأخذ الطرف الآخر قبولا، بخلاف الوجه

الأول - لأنّ تملك هذا الجانب منوط بتمليك الجانب الآخر، فما لم يملك ذلك لم يتحقق التملك من هذا.

قال الشيخ: هذا بعيد عن معنى البيع....

لأنّ البيع هو ما يكون فيه المقابلة بين الملكين، وليس بهبة معوضة، إذ فيها يحصل الملكية للطرف الآخذ بمجرد الأخذ، وإنما يصدر منه التملك عوضاً عن تملك الأول، فليس كهبة معاوضة بين التملكين. يبقى أنه إمّا مصالحة وإمّا معاوضة مستقلة. هذا ملخص كلامه قدس سره.

وأقول:

تارة: يعطي الشيء بقصد التملك في مقابل تملك الآخر الثمن، وتكون المعاوضة بين المتاع والفعل، كما يملك المال بأزاء خياطة الآخر للثوب. وأخرى: يملك مالاً بعوض تملك الغير، بمعنى أن يكون المال من الغير عوضاً عن تملك هذا، فلمّا يملك يجعل فعله - وهو التملك - معوضاً للمال الذي يعطيه الطرف الآخر.

وهاتان الصورتان خارجتان عن كلام الشيخ، وستكلم عليهما فيما

بعد.

وثالثة: يجعل تملك الغير معوضاً عن تملك نفسه، فالعوض والمعوض كلاهما هو التملك.

وهذه هي الصورة التي يقصدها، والبحث فيها في مراحل:

الأولى: هل يعقل جعل التملك نفسه معوضاً؟

كأنّ الشيخ فارغ عن إمكان هذا.

والثانية: إنه على تقدير المعقولة، هل يأخذ الطرف المقابل يتحقّق

القبول أو لا بدّ من التملك الآخر؟

يقول السيّد بالتحقق خلافاً للشيخ، والحق مع الشيخ، وما ذكره السيّد سهو من قلمه.

والثالثة: إنه على تقدير الصحة، هل هو بيع أو هبة معوضة أو صلح أو معاملة مستقلة؟

وتفصيل ذلك:

أما في المرحلة الأولى:

فهل المراد من «التمليك» هو المصدر، فالمعنى المصدري هو المجمعول معوضاً عن المعنى المصدري، أو المعنى الاسم مصدري أعني الملكيتين؟

ظاهر الشيخ الأول.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه غير معقول، قال: إن التملك بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوضاً يحتاج إلى لحاظ استقلاله، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين في ملحوظ واحد. توضيح كلامه قدس سره:

المعاملة تسبب إلى تحقّق المضمون، أي معوضيّة شيء لشيء، فلا محالة كون الشيء معوضاً مقصوداً بالأصالة والاستقلال، والسبب - وهو الإنشاء - دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد، لكنّه في مرحلة التأثير يكون ملحوظاً آلة للمسبّب، فهو ملحوظ آلة إلى تحقّق شيء آخر، فإذا كان نفس التملك معوضاً، يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آلة لكونه سبباً، واجتماع اللّحاظين في آن واحد في شيء واحد محال.

وهذا نظير ما ذكر في الاصول، من عدم معقوليّة استعمال اللفظ في

نفسه، فدائماً المستعمل فيه ملحوظ بالاستقلال، واللفظ ملحوظ آلياً، فاستعمال اللفظ في نفسه يستلزم اجتماع اللّحاظين.

فإن أريد من التملك المعنى الاسم المصدري، يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكره الشيخ الاستاذ - إنه يلزم أن يكون الإنسان مالكاً لملكية نفسه، الملكية نحو من السلطنة، ولا معنى لأن يكون متسلطاً على سلطنته [١].

[١] وإليه ذهب المحقق الخوئي إذ قال: وأما القسم الثاني - أعني به وقوع المبادلة بين التملكين - فلانقل له معنى محصلاً، بديهية أن حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كل من العوضين وإيجاد إضافة أخرى مالكية في كل منهما، من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة أخرى، لكي يحتاج إلى وجود سلطنة ثانية، وهكذا حتى يلزم منه التسلسل، وهذا بخلاف مقابلة التملك بالتملك، فإنها تحتاج إلى وقوع المقابلة بين السلطتين، وهو يحتاج إلى سلطنة أخرى، وهكذا إلى غير النهاية. وإذن، فمقابلة التملك بالتملك بعيد عن حدود البيع....

إلا أنه قال بعد ذلك: بإمكان نقل التملك بإنشاء آخر يتضمن ذلك، كقوله: ملكتك تملكي العين الفلانية، أو بأن يشترط التملك في ضمن عقد لازم، بأن باع داره من شخص واشترط في ضمن البيع أن يملكه ماله الفلاني، بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك^(١).

وهذا غير واضح، لأنه إذا كان التملك بإزاء التملك هو المبادلة بين السلطتين، وهي مستحيلة، للزوم التسلسل، فهل بوقوع شرط ضمن عقد، يخرج عنه كونه مبادلة بين سلطتين ولا يلزم المحذور؟

وأما في المرحلة الثانية:

فالحق مع الشيخ خلافاً للسيد، لأنه بمجرد الأخذ لا يتحقق القبول، لأنه قد أخذ المتاع، والمفروض أنه ليس المعوض، بل المعوض نفس التمليك. فأخذ المال لا صلة له بأخذ المعوض، والقبول إنما يكون قبولاً لو أخذ المعوض.

ثم هل التمليك الثاني قبول التمليك من الأول؟

إن الثاني بتمليكه ينشئ، فما يصدر منه إيجاب، فلو كان قبولاً - مع ذلك - لزم اجتماع الإيجاب والقبول، وهما صفتان متقابلتان لا يجتمعان في واحد.

فما ذكره الشيخ لا يوافق عليه.

وهنا يصل البحث إلى:

المرحلة الثالثة:

وقد ظهر أن هذا ليس ببيع، لأن التبديل أو المبادلة بين فعلين لا المالين. على أنه لم يتمكن من تصوّر الإيجاب والقبول، بل الحاصل إيجابان لتمليكين أو ملكيتين.

وليس بهبة معوضة، لما ذكره الشيخ، وهو متين جداً، لأن الهبة المعوضة هي أن يملك المال وبمجرد ذلك تحصل الملكية للمتهب، لكن بشرط ضمنى، وهو أن يهب ذاك شيئاً من طرفه، فلو لم يفعل كان له الخيار... وليس ما نحن فيه كذلك، فإنه لا تحصل الملكية للطرف بإنشاء هذا للتمليك.

نعم، يقرب من الهبة المعوضة، من جهة أن هنا تمليكين وملكيتين، والمعاوضة بينهما تنتهي إلى المعاوضة بين المالين.

وليس بصلح، لأن الصلح عقد إنشائي، فلا بد من وقوع التصالح والتسالم في حيز الإنشاء، ولا يكفي مجرد وقوعه مصداقاً للصلح، وإلا فإن الصلح موجود في جميع المعاوضات. يبقى أن يكون معاوضة مستقلة.

فإن شملت العمومات، ولم تكن خاصة بالمعاملات المتعارفة، فهو، وإلا فهي معاملة باطلة.

قال الشيخ:

إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا الموض، فلا يقدح تخلفه.

أي: التملك الأول هبة، والطرف يملك بالأخذ، ولا يقدح تخلفه عن الهبة وعدم حصول الداعي للأول إلى التملك.

وربما يتوهم: أن تملك هذا بهذا الداعي إنما كان بالنسبة إلى شخص مقيد بصفة أنه سيملك ماله، فلو لم يفعل لم يتحقق الموضوع، فتبطل المبادلة.

لكن قد ذكرنا في الاصول مراراً: أن العناوين والأوصاف في القضايا الشخصية ليس تخلفها موجباً للبطلان، نعم، في القضايا الحقيقية، الأمر كذلك، لأن القضية الحقيقية: مجنى الحكم على الكلّي الطبيعي بإضافة صرف الوجود إليه، فما عن أهل المنطق من أن القضية الحقيقية عبارة عن القضية التي تتوجه إلى الأفراد المحققة الوجود والمقدرة الوجود، غير صحيح. بل الواقع ما ذكرناه، والموضوع هو صرف الوجود للكلّي الطبيعي، وصرف الوجود يشمل الأفراد الموجودة فعلاً والأفراد التي ستوجد، فالأفراد الموجودة والمقدرة ليس الموضوع للحكم، بل هي لازم الموضوع.

ففي القضايا الكلية، العنوان يوجب رفع الحكم، لكن في القضية الخارجية يأتي الحكم على الموضوع وهو نفس الذات، والعنوان يكون داعياً فقط، وارتفاعه غير مضر، ولذا يوجب الخيار لا البطلان. وحاصل هذا الوجه: أن يملك بداعي أن يكون تملكه سبباً لتمليك الغير، فلو لم يملك الغير لم يضر.

وفي الوجه الثالث قال الشيخ:

أن يقصد الأول إباحة ماله بمعرض فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالمعرض ومن الثاني - بقبوله لها - التمليك، كما لو صرح.... أقول:

جميع ما نتعرض له في هذه البحوث تعم ما لو كان بالمعاطاة أو باللفظ. وفي الوجه الرابع، قال الشيخ:

أن يقصد كل منهما الإباحة بأزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بأزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة....

وذكر الشيخ في الوجهين الأخيرين إشكالين، الأول منهما مشترك بين الوجهين، والثاني مختص بالوجه الثالث. قال:

أولاً: الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف... فالظاهر إنها لا تجوز.

أمّا الإشكال الأول: فإن إباحة التصرفات إباحة مطلقة تشمل المتوقفة على الملك كالبيع والعق والوطي... لا يعقل، لأن البيع وغيره مما ذكر... لا بد من أن يكون في الملك... وكأن يعطي هذا المال تفريغاً لذمته من الزكاة، ويجعله هدياً في الحج من قبل نفسه....

إن هذه الإباحة غير جائزة، حتى لو صرح قائلاً: أبحت لك كل تصرف...

نعم، ينفذ فيما عدا التصرفات المتوقفة على الملك... وذلك، لأن الإذن والإباحة من المالك لا يكون مشرعاً ومجوزاً لما هو غير جائز شرعاً.

قال:

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه - بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟

أقول:

وربما يمكن إقامة البرهان على ما ذكره الشيخ، من أن البيع معاوضة بين المالين، والمعوضيّة والعوضيّة متضائفان، والمتضائفان متكافئان، إذن، لا بدّ من أن يكونا في جهة واحدة.

أو يقال: إن مبادلة مالٍ بمالٍ لا بدّ وأن تكون في وعاء الإباحة، والإباحة لا تفيد الملكية، فكيف تكون الملكية بالنسبة إلى المثلث للمبيح المالك، وتكون الملكية بالنسبة إلى الثمن للمباح له؟

وأيضاً: مقتضى: لا بيع إلا في ملك، هو أن من ليس بمالكٍ للشيء فلا بيع له.

إذن، مجرد إباحة التصرفات لا يشمل البيع وتملك الثمن، وكذلك في الثمن، فالأخبار كثيرة يجمعها إنه: لا عتق إلا في ملك، والمباح له ليس بمالكٍ، وتصرفه بعتق الرّق لا معنى له، وكذلك في الزكاة، فإنه يعتبر أن يعطي الإنسان ما يملكه زكاةً عن نفسه.

أقول:

كلّ هذا يصحّ فيما لو كان معنى المبادلة ما ذكر.

أما لو قلنا: بأن معنى: البيع مبادلة مالٍ بمالٍ: هو أن البيع لا يتحقق إلا

بالمعاوضة، فلا يتحقق مجاناً. أما اعتبار دخول الثمن في كيس من خرج المثل من كيسه فمن أين؟ إنه لا دليل على دخول الثمن في ملك من خرج المثل من ملكه.

وأيضاً: عنوان التضائف بين المعوض والعوض موجود، وهو يتحقق حتى لو لم تكن العوضيّة والمعاوضيّة في جهة الملكية، ولا دليل على أن يكون ذلك في جهة الملكية خاصّة. وبعبارة أخرى: العنوان يصدق حتى لو لم يدخل العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه، كأن يعطي الإنسان شيئاً من النقود لشخص من غير أن يملكه إياه فيقول له: اشتر به خبزاً لنفسك وكله، فهذا صحيح لا مانع منه.

وفي المضاربة، يعطي المالك النقود للعامل ليشتري بها كذا، وتكون له حصّة من الربح، فلا يقول له: هذه النقود ملك لي واشتر بها كذا وبعه والربح لي، ولك كذا عوضاً عن عملك، وإنما يقول له من أول الأمر: بع مالي والحصّة من الربح تنعقد من الأول في ملكك.

فهذا كله صحيح عندنا، خلافاً للشيخ تبعاً للقواعد.

نعم، هو بناء على مبنى شيخنا الميرزا - في حقيقة البيع - غير معقول، ولكن قد تقدّم في محلّه ما في هذا المبنى.

وعلى كلّ حال، فالكلام فعلاً في مقام الثبوت، والمقصود أنه لا مانع من تحقق البيع من غير دخول العوض في كيس من خرج المعوض من كيسه، وأما في مقام الإثبات، فيكفي عمومات ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿المؤمنون عند شروطهم﴾.

وقد تقدّم الإشكال الأول المشترك بين الوجهين الثالث والرابع.

قوله:

نعم، يصحُّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود:
أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبع مالي لنفسك، أن يُنشأ
توكيلاً في بيع ماله... كما صرح في التذكرة... فيكون هذا بيعاً ضمناً....
أقول:

إن إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك، موقوفة على تحقق
موضوع الملك، وتحقيق الملكية إما هو: بنحو الضمنية أو التقييد أو الملازمة،
فالموضوع لا بد من تحققه بأحد الأنحاء بعد أن لم يكن بالصرحة.
أما النحو الأول، فهو حيث تكون دلالة الإقتضاء -أي: ما يتوقف عليه
صحة كلام المتكلم- متحققة، مثلاً: يقول علماء النحو بأن الفعل المسند إن
لم يكن قابلاً للتعليق بالمسند إليه، فلا بد من أن يكون هناك مسند إليه مقدّر
في الكلام، كما في قوله تعالى ﴿وَسْتَلِ الْقَرْيَةَ﴾^(١) فإن التقدير: أهل القرية، إذ
يتوقف صحة الكلام على تقدير هذا المضاف وإلا لم يصح. وفي الأمثلة
الشرعية تقول: أعتق عبدك عني، فإن العتق يتوقف على الملك، ولا يمكن
عتق العبد حال كونه مضافاً إلى كاف الخطاب، فلا بد من التقدير، وكذا في:
إذبح غنمي هدياً لنفسك، مع اشتراط كون الهدي في الملك، فإن معنى ذلك:
ملكه لي ثم أعتقه عني، وملكه لنفسك ثم اذبحه. إذن، فالملكية الضمنية
متحققة بدلالة الإقتضاء في المثاليين، بلحاظ الكبريات الكلية الدالة على أن
هذه التصرفات يجب أن تكون في الملك، فهي تكشف عن أن المراد من مثل
العبارة المذكورة هو التملك ثم العتق، أو التملك ثم البيع، كما لو قال: بيع

مالي لنفسك.

وفيما نحن فيه، لا ريب في أنه لما يقول: أبحت لك كل تصرف، لا يقصد التملك والتملك، وإنما يريد بهذه العبارة إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك.
فالملكية الضمنية غير حاصلة [١].

[١] خلافاً للمحقق الإيرواني الذي أصرَّ على إمكان ذلك، قال: «ويندفع هذا الإشكال بتفسير الملكية وشرح معنى إذن المالك في التصرف في ملكه، فنقول: معنى قول المالك: أبحت لك التصرف في مالي، هو رفعت المنع الشرعي عنك، برفعي لما هو الموضوع في هذا المنع، وهو عدم رضاي بالتصرف، وقلب عدم رضاي برضاي فتكون إباحة الملكية، فإذا فرضنا أن إباحة المالك هذه اختصت بالتصرفات غير الموقوفة على الملك، الكافي فيها إذن المالك، كفي في تسويغ تلك التصرفات شرعاً هذه الإباحة، إذ ليس موضع ذاك إلا هذا. وأما إذا عمت كل التصرفات حتى المتوقفة منها على الملك، لم تكن رخصته الملكية مسوغاً لتلك التصرفات، إذ كان موضوع جواز تلك التصرفات شرعاً هو الملك، فإذا حصل جازت وإلا لم تجز، فلا جرم كانت إباحتها متضمنة لأمر آخر، وهو جعل موضوع تلك التصرفات، أعني التملك فكما أن أعتق عبدي عنك، متضمن للتمليك وتمليك بعبارة الإذن في العتق، كذلك: أبحت لك عتق عبدي، ووطي جاريتي، وبيع داري، ووقف حمامي، تملك بعبارة الإذن في التصرف، ومثله لفظ عام اندرج فيه كل المذكورات، فما وجه الإشكال في هذه وعدم في أعتق عبدي عنك، بل بالنسبة إلى إباحة العتق في المقام ومثال الإذن في العتق واحد لا يختلفان....

ثم إن ما قلناه من التملك الضمني، لا يتوقف على الإلتفات إلى توقف

التصرفات المأذون فيها على الملك، بل التملك الضمني حاصل ولو مع الجهل بذلك التوقف، كما أن الإذن في الشيء إذن في لوائمه على سبيل الإجمال وإن جهل بلوائمه، بل جهل بوجود اللازم له. نعم، مع اعتقاد العدم وأنه لا لازم له، يشكل كونه إذا فيه. هذا كله في تصوير الجعل المالكي للملكية جعلاً ضمناً مضمراً في عبارة: أبحت لك كل التصرفات.

ولنا أن نلتزم بالجعل التعبدية الشرعي أيضاً، بيانه: إن دليل السلطنة بعمومه وشموله لكل تصرف، يقتضي جواز إذن المالك في التصرفات المتوقفة على الملك، ولا مانع من الأخذ بهذا العموم سوى دليل توقف تلك التصرفات على الملك، وهذا لا يصلح أن يكون مانعاً من الأخذ بهذا العموم، بل يؤخذ بالعموم ويستكشف حصول الملك الشرعي التعبدية في موضوع إذن المالك في تلك التصرفات، وإن لم يخطر ببال المالك ولا قصده، وكل دليلين كانا كذلك، بأن أمكن الأخذ بعمومها وإن لم من الأخذ بعمومها استكشاف أمر آخر، أخذ بعمومها واستكشف ذلك الأمر...^(١).

وفيه: كما ذكر الشيخ وأوضحه السيد الجدد: إنه لا سبيل إلى الالتزام بالتملك الضمني إلا دلالة الاقتضاء، وهي متوقفة على أن يكون المبيع ملتفتاً إلى توقف العتق على الملك، وأن يكون متعبداً بالحكم الشرعي، وإلا فلا دليل على ترتب الأثر على تملكه، وقوله: التملك الضمني لا يتوقف على الالتفات... غريب، لأن التملك أمر قصدي وفعل اعتباري اختياري، فهو متوقف على الالتفات ولو ارتكازاً، وكيف يعقل الالتزام بلوائم الشيء مع عدم الالتفات المطلق؟

قوله:

الثاني: أن يدلّ دليلٌ على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأماً... فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص... وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه....

أقول:

أما النحو الثاني، مثل: الرجل لا يملك عموده وإنما يعتقان عليه، ومن ناحية أخرى: يدلّ الدليل على أن المبيع يدخل في ملكه في مقابل الثمن الذي يدفعه، ومقتضى الجمع بين الدليلين حصول الملكية التقديرية، فالشارع اعتبر هناك ملكيةً آنأماً، ثم يحصل العتق في الملك.

وهنا لا يوجد هكذا دلالة، لأنه لا يوجد دليل خاص يستعبد الشارع به كما جاء في: أن الإنسان لا يملك عموده، فهو لما يقول: قد أبحت لك كلّ تصرّف، الظاهر في العموم ليشمل المتوقفة على الملك، لا يوجد دليل على أن تلك التصرفات تجوز بنفس هذه الإباحة.

فإن قلت: إن عموم قوله: «الناس مسلّطون على أموالهم» معناه: أن لهم أن يفعلوا فيها ما يشاؤون، ومن ذلك الإباحة للغير في أن يتصرّف في ماله

وأما قوله: ولنا أن نلتزم بالجعل التعبدية الشرعي....

ففيه: إن هذا مبنيّ على عدم تقدّم: «لا عتق إلا في ملك» ونحوه على «الناس مسلّطون على أموالهم» بالحكومة، وهو أوّل الكلام، وعلى فرض عدم الحكومة، فلا يخلو حديث السلطنة، عن أن يكون مطلقاً أو لا يكون، أما إن كان مطلقاً، فلا حاجة إلى إثبات الملكية الشرعية بالاستكشاف، وإن لم يكن مطلقاً، فهو من أوّل الأمر محدوداً، ويكون «لا عتق إلا في ملك» هو المحكّم، وحيثنّ، لا تعارض بينهما أصلاً.

التصرف الموقوف على الملك، فالعموم يشمل هذا، ومن ناحية أخرى: ظاهر «لا بيع إلا في ملك» هو أن التصرف البيعي غير جائز، لتوقفه على الملك، والمفروض انتفاؤه، ومقتضى الجمع بين الدليلين تقدير الملكية آنأماً. فإذن، لاجابة إلى دليل خاص، لأن مقتضى الجمع بين العمومين المذكورين هو مفاد الدليل الخاص.

قلت: النسبة بين الدليلين هو العموم من وجه، لأن حديث السلطنة يشمل التصرفات المتوقفة على الملك، و«لا بيع إلا في ملك» يشمل المباح والمملوك، لكن دليل السلطنة قد جاء ليجعلها على الأموال المضافة إضافة ملكية، مضافاً إلى أنه إنما يجوز السلطنة المشروعة دون غيرها وإلا لزم التناقض، فلا محالة، يكون دليل «لا بيع إلا في ملك» حاكماً في مادة الاجتماع، والحاكم مقدم على المحكوم، إذن، فدليل السلطنة غير شامل لبالخصيص بل بالمحكومية، فيكون باقياً على عمومه في قدره، أي في التصرفات المشروعة.

والحاصل، إنه ببرهان لزوم التناقض، يكون مفاد قاعدة السلطنة محدوداً من أول الأمر بالتسلط المشروع على الأموال، ودليل: «لا بيع إلا في ملك» يقول: لا تسلط للمالك على ماله في الإذن لغيره بالتصرف فيه التصرف الموقوف على الملك، فإنه غير مشروع. إذن، لا معنى للملكية التقديرية.

وأما النحو الثالث، بأن تستكشف الملكية إنأً، كما لو باع ذو الخيار في زمن الخيار المال المنتقل عنه، أو باع الواهب المال الموهوب إلى غير ذي رحم، فإنه من صحة البيع يستكشف إنأً تحقق الملكية بالرجوع عن الهبة قبل البيع من الواهب، وذو الخيار له الملكية بأخذه بالخيار، ففي آن واحد يملك

وبيع ولا إشكال فيه، لأن العلة والمعلول يكونان في آنٍ واحد، لكن هذا موقوف على أن يقصد الواهب الرجوع، لأن الرجوع يحتاج إلى القصد، وكذا الفسخ من ذي الخيار، وإنما يكون بالرجوع والفسخ صحيحاً، لأن إنشاء أحد الضدين رافع للضد الآخر، فهو لما ينشئ الملكية للأجنبي - وهي مضادة لملكية المتهب - يكون راجعاً في هبته، وكذا في فسخ ذي الخيار، ولا حاجة في إنشاء الفسخ والرجوع إلى أزيد من ذلك.

هذا شرح كلام الشيخ قدس سره.

ونحن قد تكلمنا على أصل الإشكال، وهو عندنا منحلٌ على مختارنا في حقيقة البيع، ومعنى: «لا بيع إلا في ملك». وهذا تمام الكلام على الإشكال الأول. قوله:

وثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك. أقول:

الإشكال الثاني:

هو الإشكال في صحة الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة وتمليك. وهنا بحوث في جهات أربع:

١ - هل هذا بيع أو إجارة أو عارية أو صلح، أو هي معاملة مستقلة؟

٢ - الإباحة المعوضة صحيحة أو فاسدة؟

٣ - وعلى تقدير الصحة، هل هي لازمة أو جائزة؟

٤ - وعلى تقدير اللزوم، هل هو لزوم تكليفي أو وضعي؟

الجهة الأولى:

هذه المعاملة ليست ببيع، لأن البيع: تمليك مالٍ بعوض، لا مبادلة مالٍ بمالٍ بنحو الإطلاق وهي ليست بالإجارة، بناءً على المشهور في تعريفها، من أنها تمليك المنفعة بعوض، لأن هذه إباحة وإذن في التصرف والانتفاع لا تمليك للمنفعة.

وهي ليست بعارية، إذ العارية تمليك الانتفاع، وهنا لا يوجد إلا الإذن والترخيص، فهو لا يوجد للطرف استحقاق الانتفاع ولا تمليكه.
قوله:

...إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة له لغة، لأنه في معنى التسالم على أمرٍ بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الأخبار....
أقول:

والمختار عند الشيخ أن هذه المعاملة صلح، بالنظر إلى صحیحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

«في رجلين، كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا يدري كل واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحدٍ منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي. فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^(١).

قال بعض الأكابر: الصلح عقد من العقود، وكل عقد فهو يحتاج إلى الإنشاء، فلا بد من إنشاء مفهوم التصالح والتسالم. وقوله: لك ما عندك ولي ما عندي، ليس بإنشاء للصلح^(٢).

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٤٥، الباب ٥ من أبواب كتاب الصلح، الرقم: ١.

(٢) المكاسب والبيع ١ / ٢١٨.

والظاهر أنه سهو، فإن هذه الجملة كناية، فهما يذكران اللّازم ويريدان الملزوم، فينشآن مفهوم التصالح والتسالم بنحو الكناية، ولا بأس بذلك، إذ لا يعتبر في العقود الصّراحة في اللفظ بل المعتبر صراحة المعنى.
أقول:

إنما الإشكال في أنه لماذا نجعل الإباحة المعوّضة صلحاً؟ فإنه يأذن بالتصرّف في مقابل عوض، ولا دلالة فيه، لا بالصّراحة ولا بالكناية، على إنشاء مفهوم التصالح، فبين الصّحيحة وما نحن فيه فرق واضح.
فالحق: أنها معاملة مستقلة.

الجهة الثانية:

إنه على تقدير كونها مصالحة، فمقتضى أدلة الصّح هو الصّحة، وأمّا بناءً على أنها معاملة مستقلة، فقد استدّل الشيخ بعموم قاعدة السّلطنة و«المؤمنون عند شروطهم» وهو غير موافق على الاستدلال بآية التجارة، لعدم صدق عنوان التجارة على هذا.
قوله:

ولو كانت معاملة مستقلة، كفى فيها عموم: الناس... والمؤمنون....
أقول:

مقتضى دليل السّلطنة أن المبيع له على السّلطنة على ماله، فله أن يرخّص الطرف في التصرّف في ماله في مقابل العوض، فالعموم يشمل ما نحن فيه.

وربما يتوهم: أن الشيخ قد منع من الاستدلال بحديث السّلطنة في صحّة المعاطاة وعدم شرطية الإيجاب والقبول اللفظيين، فكيف يوافق هنا

على الاستدلال به؟

والإنصاف: أنه غفلة عن كلام الشيخ، فهو هناك قال: بأن دليل السلطنة يشمل كل نوع من أنواع التصرف يشك في كونه نافذاً أولاً، وأما حيث نعلم بأنه نوع قد أنفذه الشارع ثم شكنا في اعتبار اللفظ وعدم اعتباره، فإنه لا وجه للتمسك بالدليل لنفي الشرطية.

وفيما نحن فيه: المشكوك فيه هو نفوذ هذا التصرف وعدم نفوذه، فلا مانع من التمسك به.

وربما يتوهم: أن الشرط عبارة عن الإلزام والالتزام في ضمن شيء، وليس الإباحة في مقابل العوض كذلك، فلا وجه للتمسك به «المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: إن المراد من الإلزام والالتزام هو الارتباط، وإباحة هذا مرتبطة بتمليك الطرف للعوض.

أقول:

بل لا يبعد صدق «التجارة» هنا أيضاً، وإن استشكل الشيخ، لأن التجارة هي الاسترباح، وهو هنا حاصل [١].

وتلخص: صحة هذه المعاملة المستقلة على المختار.

[١] قال الراغب: التجارة التصرف في رأس المال طلباً للربح^(١)، وظاهره أنها أعم من البيع، وهو ظاهر الكتاب إذ جاء فيه: «وَرِجَالٌ لَا تُلْهِيمُهُمْ تِجَارَةً وَلَا بَيْعًا عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ»^(٢)، إلا أن الكلام في صدق «التصرف في رأس المال» على مثل ما نحن فيه؟

(١) المفردات في غريب القرآن: ٧٣.

(٢) سورة النور: ٣٧.

الجهة الثالثة:

بناءً على الصّحة، هل هي لازمة أو جائزة؟ وبناءً على الأول، هل اللّزوم مطلقاً أو من طرف المباح له فقط؟
قوله:

وعلى تقدير الصّحة ففي لزومها مطلقاً... أو من طرف المباح له... أو جوازها مطلقاً؟ وجوه، أقواها أولها ثم أوسطها.
أقول:

دليل القول باللّزوم مطلقاً: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، فكأنه قد اعتبر ثباتهم على شروطهم والتزاماتهم، و«الشرط» يصدق مع كون طرفٍ إباحةً والآخر تمليكاً، قال: هو الأقوى.

ودليل اللّزوم للمباح له دون المبيع هو: إن المال المباح باقٍ على ملك المبيع، فبمقتضى دليل السّلطنة له أن يسترجعه، وأمّا المباح له الذي ملّك، فقد خرج المال عن ملكه وليس مضافاً إليه.

وقد اختار الشيخ هذا الوجه بعد ذلك، وكأنّ نظره إلى أن دليل السّلطنة عام، وفي مقابله: «المؤمنون عند شروطهم»، فيقع التعارض بينهما بنحو العموم من وجه، ففي الإباحة المعوّضة مقتضى: المؤمنون... هو اللّزوم من الطرفين، لكن عموم: «الناس مسلّطون...» يقتضي عدمه من طرف المبيع، فيتعارضان في مادة الاجتماع هذه ويتساقطان.
أقول:

أولاً: حديث «الناس مسلّطون...» إنما يجري في موضوع يراد إيجاده وهو قابلٌ لأن يرجع، أمّا لو أوجد شيئاً بسلطنته وحكم على ذلك الشيء

باللّزوم، فلامعنى للرجوع فيه أخذاً بالقاعدة، حتى يكون معارضاً للحكم المترتب على الموضوع الذي وجد بواسطتها، وآلا يلزم أن يكون الشيء سبباً لعدم نفسه، أو يلزم من وجوده عدمه.

لقد أثبتنا بقاعدة السلطنة أن له أن يوجد الإباحة المعوضة، وهي محكومة باللّزوم بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». وحيث لا يمكن أن يكون حديث السلطنة معارضاً له.

وثانياً: سلمنا أنهما يتعارضان ويتساقطان، لكن المرجع حيث هو عموم أدلة الوفاء بالعقود، كآلية المباركة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) فإنها بعمومها الاستغراقي شاملة للإباحة المعوضة، وهي تدل على الصحة واللّزوم من الطرفين معاً.

فالصحيح هو: اللّزوم من الطرفين، بمقتضى الآية والحديث: المؤمنون....

ثم إن الشيخ بعد أن استدلل بما تقدّم لما ذهب إليه من الصّح، قال:

ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين

يريد الخبر عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن قول الله عز وجل ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا يُتْرَكُ أَوْ إِغْرَاضًا﴾ فقال عليه السلام: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرها فيقول لها: إني أريد أن أطلقك، فتقول له: لا تفعل، إني أكره أن تشمت بي، ولكن انظر في ليلتي، فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي، فهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ وهذا هو الصّح»^(٢).

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/ ٣٤٩ - ٣٥٠، الباب ١١ من أبواب القسم والنشور، الرقم: ١.

فقد أطلق «الصِّلح» على تنازل المرأة عن حقوقها في مقابل رفع الرجل يده عمّا أراده.
أقول:

إن ما ذكرناه في الصحيحة السابقة آتٍ هنا، فإن «اصنع ما شئت ودعني على حالتي» هو إنشاء للتصالح.
وفيما نحن فيه: إن الذي أنشأه هو الإباحة والترخيص، ولا يمكن أن يكون مصداقاً للصِّلح، والصِّلح أمر إنشائي، فلا بدّ من الإنشاء الدالّ عليه بالمطابقة أو بالالتزام.
وبالجملة، فإنها معاملة مستقلة صحيحة ولازمة من الطرفين كما تقدم.

الجهة الرابعة:

هل اللزوم تكليفي، أي يجب عليه البقاء على الإباحة ويحرم الرجوع، أو وضعي، بمعنى عدم الأثر للرجوع؟
ولم يتعرض الشيخ وغيره لهذه الجهة.
ربما يقال: لا معنى للزوم الوضعي في الإباحة المعوضة، لأن الإباحة ترخيص، فله الرجوع، فيكون الحكم تكليفيّاً، فإنّ خالف ورجع لم يكن للمباح له التصرف، إذ «لا يحلّ مال امرئ إلا بطيب نفسه»^(١).
لكن الظاهر: إن هذه الإباحة عقدية وليست مجرد الترخيص، وحيث إنّ، فله الحكم الوضعي مجال، أي: لا يمكنه الرجوع والفسخ، ولا أثر لذلك، لفرض كونه معاملة لازمة، كما تقرّر في الجهة السابقة.

(١) تقدم في الكتاب بالفاظه.

وتوضيحه: إنه إذا قال: أبحت لك التصرف بالعوض، فهل يكون العوض في مقابل الإباحة أو التصرف من نفسه أو غيره في مال المبيع؟ وعلى الثاني، هل المراد هو التصرف الخارجي أو إمكان التصرف؟ وعلى الأول، هل المراد إباحة التصرف في الجهة، بأن يكون له الرجوع متى ما أراد، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية في ملكه، فله أن يبيع الشيء - مثلاً - فيستفي الموضوع، أو إباحة التصرف مادامت العين باقية في الخارج؟ وأيضاً: التصرفات تارة: متلفة للعين، كأن يباح أكله أو شربه بعوض - كما هو الحال في المطاعم - أو صرف الماء بعوض كما هو الحال في الحمامات، وأخرى: غير متلفة لها، كما يباح الجلوس على الفرش والسكنى في الدار بالعوض.

وهذه الصور تختلف من حيث التكليف والوضع، وتختلف أيضاً من حيث الآثار الخارجية. فمثلاً: لو لم يأكل الطعام في المطعم بعد أن أبيح له الأكل بالعوض، لم يطالب بشيء، أما لو لم يسكن في الغرفة بعد أن أبيح له السكن فيها بعوض، فإنه يطالب بالعوض المعين.

لا يبعد أن يقال: بأنه إن كان العوض في مقابل نفس الإباحة، فاللزام تكليفي، فللرجوع أثر وإن عصي، إذ ليس هناك شيء إلا فعله وهو الإباحة. وإن كان في مقابل التصرف المرخص فيه، فاللزام وضعي. فالأمر يختلف باختلاف الصور. فليتأمل.

ولو استأجر الغرفة بعوض معين لكل ليلة، فالمشهور على بطلان هذه الإجارة، للجهل بالمدة، إنما الكلام في حكم الليلة الأولى، فقال العلامة بالصحة فيها. وكيف كان، فإنه بالنسبة إلى ما عدا الليلة الأولى إباحة بالعوض، فإن كان العوض في مقابل التصرف الخارجي، لم يكن عليه شيء إن لم

يسكن في الغرفة، وإن كان في مقابل إمكان التصرف الخارجي، فالعوض واجب:

قوله:

وأما حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر مما ذكرنا في سابقه، والأقوى فيها أيضاً الصحة واللزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط. أقول:

يعني: إنه لا ينطبق عليه عنوان من عناوين المعاملات إلا الصلح. وفيه: إن الصلح العقدي هو ما لو أنشأ مفهوم التسالم، وكونه مصداقاً للتسالم لا يجعله عقد صلح.

فهي معاملة مستقلة، وصحيحة، للعمومات.

أما اللزوم، فقد اختاره الشيخ، لكنه جوز الجواز من الطرفين أيضاً. دليل اللزوم هو: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم». ودليل الجواز من الطرفين هو: أصالة السلطنة، وهو للطرفين لا للطرف دون آخر، كما في الفرع السابق، إذ كلاهما مبيح. لكن المختار هو: اللزوم من الطرفين.

التنبيه الخامس

في حكم جريان المعاوضة في غير البيع من العقود وعدمه

ذكر من العقود: الإجارة والهدية والهبة والوقف، ولم يتعرض لغيرها، كما أنه عنون «العقود» دون «الإيقاعات» مع عدم الفرق بينها، لوحدة المناط. ونحن نبحت عما ذكره فقط، فنقول:

العنوان تارة: غير قابل للإنشاء بالفعل، وأخرى: يقبل، لكن الشارع قد اعتبر له لفظاً معيناً، وثالثة: تكون المعاوضة منافية لمضمون ما يريدان إنشائه. وكل فعل يكون اللازم الخارجي للمقصود مع قصد المضمون، فإنه لا يتحقق المعاوضة به، إذ لا مجال للمعاوضة بالكناية، لأن الفعل لازم أعم. مثلاً: إخراج العبد من الدار ملازم لأن يكون معتقاً، لكنه لازم أعم فلا يصلح لأن ينشئ به إيقاع العتق.

وفي الأوقاف العامة، لو خرج المالك عن الملك وراح ولم يرجع، لم يكن فعله وقفاً، لأن ذلك الخروج قد يكون ملازماً للوقف، لكنه لازم أعم، فإذن، لا يترتب الأثر على لوازم الأفعال، إذ لا كناية في الأفعال، نعم، في مثل وقف الفرش للمسجد، لا يبعد كفاية فرش فيه.

في النكاح؟

والنكاح في اللغة العقد، يقال: تناكحت الأشجار، أي تعاقدت، وهذا المعنى يقبل الاعتبار الوضعي، فهل يتحقق ذلك بالاضطرار مع الأجنبية بقصد إنشاء الزوجية معها؟ ربما يقال بذلك، لكن لا يجوز النكاح في الشرع

بلا لفظ، ولا أثر للمعاطاة فيه، بل لقد اعتبر الشارع فيه اللفظ الخاص.

وربما يتوهم: أنه لا يعقل تحقيق معنى الزوجية بالاضطجاع الخارجي، لأن حلية الاضطجاع متوقفة على الزوجية، والمفروض تحقيقها بالاضطجاع، فحليته موقوفة على الزوجية وهي متوقفة على الاضطجاع، وهذا غير معقول، لأن الحكم له حيثية السببية لوجود المتعلق، فلا يعقل تأخره عنه. وبعبارة أخرى: ارتفاع حرمة الاضطجاع مع الأجنبية منوط بالزوجية، فلو أنيطت الزوجية بالاضطجاع الخارجي، لزم أن يكون الموضوع رافعاً لحكمه، وتوضيحه:

إن الحكم في مرحلة التعلق معلول للمتعلق، لأن الملاك قائم بالمتعلق، والحكم معلول للملاك، فهو معلول للمتعلق في مقام نفس الأمر، لكن وجود المتعلق خارجاً مسبب عن الحكم والحكم سبب له، مثلاً: وجوب الصوم معلول للملاك، ولكن في مقام الوجود الخارجي للصوم يكون الوجوب هو الموضوع للوجود، إذ لولا الوجوب لما وجد، فالمتعلق في الخارج معلول للحكم، فلا يعقل أن يتوقف الحكم على وجود متعلقه.

وتلخص: إن هذا يكون محذوراً عقلياً لتحقيق الزوجية بالفعل، وهو الاضطجاع.

هذا هو الوهم.

ويندفع: بما ذكرناه مراراً من أن الاختلاف بين السبب والمسبب يكون بتخلل ألفاء فقط، وليس بينهما اختلاف في الزمان، وفيما نحن فيه: الحلية متعلقة بالمضاجعة التي تتحقق بها الزوجية في آن واحد، فقبل التحقق الخارجي للمضاجعة المقصود بها الزوجية، كانت المضاجعة محللة في الاعتبار الشرعي، لأن الحلية منوطة بالتحقق الخارجي للمضاجعة،

فلا يلزم الدّور.

ثمّ إنّّه لا بدّ من تعميم البحث، ليشمل الإيقاعات أيضاً، فنقول:
إنّ جريان المعاطاة في العقود والإيقاعات يبتني على عدم وجود الدليل الشرعي على اعتبار اللفظ فيها، وكذا عدم قيام البرهان العقلي على امتناع جريانها فيه، فإنّه - مع عدم وجود الدليل على اعتبار اللفظ وعدم البرهان على الامتناع - مقتضى القاعدة هو الجريان، لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه. فإنّ كان الدليل على العموم هو السيرة، فقد يشكل بعدم قيامها في بعض الموارد.

وهذه قاعدة كلّية تنطبق على كلّ فعلٍ خارجيّ معنون بالعنوان المقصود، وإلا فلا وجه للبحث عنه.

لكنّ يقع البحث في تشخيص المصاديق، من حيث وجود الدليل الشرعي أو البرهان العقلي على الإمتناع.

وقد ذكرنا وجود الدليل الشرعي على اعتبار اللفظ في النكاح، وأنه لا يتحقّق إنشاؤه بالمضاجعة، ولولاه لقلنا بجريان المعاطاة فيه، لعدم البرهان العقلي على امتناعه، وقد عرفت الجواب عن الوجه العقلي المذكور.

في الرّهن؟

وفي الرّهن، قد يقال: بأنّ المعاطاة في الرّهن أن يسلم الرّاهن العين المرهونة إلى المرتهن، والحال أنّ إقباض العين المرهونة وقبضها شرط في الرّهن، وكذا الكلام في الوقف والقرض، فلو كانت المعاطاة الفعلية - القبض والإقباض - محققة له هذه الأمور، يلزم اتّحاد الشّرط والمشروط، وهو مستحيل، لأنّ الشّرط يغيّر المقتضي وهو دخيل في فعلية ترتّب المقتضي

على المقتضي، فكيف يعقل وحدة الشروط مع شرطه؟

فهذا البرهان العقلي مانع من تحقق العقود المذكورة بالمعاطاة.

لكن يمكن الجواب عنه: بأن القبض والإقباض -من قبيل الوجود والإيجاد- فعل واحد خارجي له نسبتان، نسبة إلى الفاعل فيكون إقباضاً، ونسبة إلى نفس الفعل، فيقال قبض، فلم لا يكون بما أنه إقباض رهناً وبما أنه قبض ارتهاناً، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدد النسبة.

نعم، لو يشكل في جريان المعاطاة في الرهن، بأنه وثيقة الدين، والعين المرهونة تبقى محبوسة، وليس للرهن أن يتصرف فيها، فلو جرت المعاطاة -وهي معاملة جائزة على المشهور- في الرهن، كان له التصرف فيها، وهذا ينافي حقيقة الرهن، لكان إشكالاً وارداً.

ثم إنه يعتبر في القرض أن يكون هناك قرينة على أنه تملك بنحو الضمان، وإلا، فإن الفعل الخارجي -وهو إعطاء المال- أعم من أن يكون قرضاً أو هبة أو غير ذلك.

قال الشيخ:

إعلم أنه قد ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد -على ما حكى عنه- أن في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة، وكذا في الهبة. وذلك....

وحاصل كلام جامع المقاصد هو: إن المعاطاة جارية في الإجارة والهبة، لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله، فقد استحق الأجرة، ولو كانت الإجارة فاسدة لم يجز العمل في العين التي استؤجر للعمل فيها كأن يغسلها مثلاً.

وكذا لو وهب بغير عقد، فإن ظاهر الفقهاء جواز الإتلاف، ولو كانت

هبة فاسدة لم يجوز، بل منع من مطلق التصرف.
فأشكل عليه الشيخ بقوله:

في الهبة؟

وفيه: إن معنى جريان المعاطاة في الإجارة على مذهب المحقق الثاني:
الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر، وملك الأمر العمل المعين به، ولم
نجد من صرح به في المعاطاة.

أي: لم لا يجوز له العمل، بل يجوز، وفساد المعاملة لا يوجب منعه عن
العمل، لا سيما فيما كان العمل في شيء آخر ليس ملكاً للموَجَّر، كالكتابة
وقراءة القرآن مثلاً، ويستحق أجره المثل، لأنه لم يقصد التبَرُّع، وإنما قصد
عوضاً لم يسلم له.
قوله:

وأما مسألة الهبة، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان
المعاطاة فيها، إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة....

وحاصل الكلام في الهبة هو: إن المحقق الثاني القائل بإفادة المعاطاة
للملك، لا يمكنه الاستدلال لجواز الهبة المعاطاتية، لأن إفادتها للملك
متوقفة على اللَّفْظ، للإجماع على اعتبار اللَّفْظ في المعاملة اللازمة، فإذا
لا تجري المعاطاة في الهبة إلا على مبنى القائلين بإفادتها بالإباحة.

في الإجارة؟

أقول:

أما في إجارة الأعيان كالذَّار والبستان، فالمعاطاة جارية، لصدق عنوان

الإجارة على المعاطاة الخارجية، وكذلك في الهبة - وهي في الأعيان دائماً - للصدق بلا إشكال.

إنما الكلام في إجارة الأعمال، والإنصاف أنه مشكّل، للإشكال في تحقّق مضمون الإجارة بالمعاطاة، لأنّ إجارة العمل هي أن يملك المستأجر العمل في ذمّة الأجير، والإيجاب في الإجارة يكون دائماً من طرف الأجير، فأما قبل العمل، فلا دليل على كونه ملكاً للمستأجر حتى يوجد الأجير، وأما بعد العمل، فلا شيء حتى يكون ملكاً للمستأجر. والقول بأنه لو أخذ الأجير الأجرة قبل العمل - مع أنه لا يستحقّها - كان الأخذ بمنزلة الإيجاب منه لتمليك العمل في ذمّة للمستأجر المعطي للأجرة، والإعطاء بمنزلة القبول، وكذا لو جاء بالثوب مثلاً إلى الخياط، فإنه بمنزلة القبول، وأخذ الخياط الثوب إيجاباً منه لتمليك الخياطة لصاحب الثوب، تكلف.

وتلخص: جريان المعاطاة في الهبة.

وأما في الإجارة، فلا بدّ من التفصيل بين الأعيان، فتجري، والأعمال فلا تجري، فظهر ما في إطلاق قول الشيخ:

الأظهر بناءً على جريانها في البيع جريانها في غيره من الإجارة والهبة....

وتعرّض للرهن فقال:

وظاهر المحكي عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن... لكن استشكله في محكي جامع المقاصد... ولعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع....

وحاصل كلامه: عدم جريانها في الرهن على جميع الأقوال، لأنه إن كان المقصود بالمعاطاة هو الإباحة، كما عليه صاحب الجواهر، فهذا خلاف المقصود من الرهن، إذ المقصود منه تصرف المرتهن فيما يأخذه، وإن كانت

المعاطاة مفيدة للإباحة - وإن قصد بها التملك - كما عليه المشهور، فكذا، وإن كانت مفيدة للملكية الجائزة، فهي مباينة للوثاقة الرهنية. وأما القول بأن المعاطاة في خصوص الرهن مفيدة للزوم، فهذا خلاف الإجماع على أن العقود اللازمة يعتبر فيها اللفظ.

أقول:

وهو كلام متين جداً، لكن لنا أن نقول: المعاطاة تفيد الملكية، ونسلم بأنها الملكية الجائزة، لكن هذا الجواز إنما جاء من ناحية الإجماع، والآ فمقتضى القاعدة هو الزوم، وعلى هذا، فكل عقد أمكن فيه الجواز والزلوم، كان الإجماع مانعاً فيه عن الزوم، وكل عقد لا يتحقق فيه حقيقة العقد إلا بالزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاة جارية فيه وهي معاملة لازمة.

قوله:

ولأجل ما ذكرنا في الرهن، يمنع من جريان المعاطاة في الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لأن القول فيه بالزوم منافٍ لم اشتهر بينهم من توقف الزوم على اللفظ، والجواز غير معروف في الوقف من الشارع. فتأمل....

أي: إن الوقف حبس العين وتسهيل المنفعة، فحقيقة الوقف ليس الإباحة بل هو الحبس، وإفادة المعاطاة جواز الوقف لالزومه يتنافى حقيقته، وإن قلنا بإفادتها للزوم، كان مخالفاً لما أطبق عليه الأصحاب من الاحتياج إلى اللفظ.

في الوقف؟

أقول:

إن حقيقة الوقف من الوقوف، فهو إيقاف للملك وحبس للعين عن الانتقال، لأن الملك في حد ذاته قابل للانتقال، والوقف سواء على الأولاد أو على العامة، وسواء كان تحريراً للملك كما يعتق العبد، أو تمليكاً لجهة، فلا انتقال فيه ولا جريان، بل هو على كل تقدير إيقاف للعين، فإن لم يُعتبر فيه قصد القرية، جاز الوقف المعاطاتي، وكان له الرجوع فيه، إلا أن يقوم الإجماع على عدم الجواز، وإن اعتبر فيه القصد - كما هو المشهور - فالدليل الشرعي قائم على الحبس وهو ما دلّ على أن «ما كان لله لا يرد». فالدليل على اللزوم هو الدليل الشرعي الخاص.

فظهر الفرق بين الوقف والرهن، إذ الرجوع والجواز ينافي حقيقة الرهن ولا ينافي حقيقة الوقف، لكن المانع ما ذكرناه.

والحاصل: إن المعاطاة جارية في الرهن والوقف، وهي لازمة في كليهما. والجواب عن الإجماع على الجواز في المعاطاة قد تقدّم.

التَّنبِيهُ السَّادِسُ

في ملزمات المعاطاة على كُلِّ من القول بالملك والقول بالإباحة

قال الشيخ:

إِعلم أَنَّ الأصل على القول بالملك: اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة، وَأَمَّا على القول بالإباحة، فالأصل عدم اللزوم، لقاعدة تسلط الناس على أموالهم....

أقول:

أَمَّا بناءً على إفادة المعاطاة الملك، فَإِنَّ الوجوه الثمانية تفيد اللزوم، وهي:

قاعدة السُّلْطَنَةِ، فالأخذ مالك وله السُّلْطَنَةُ، وليس للمعطي الرجوع والتصرف على خلاف سلطنة الآخذ.

وقوله: لا يحل... ووجه الاستدلال كسابقه.

وآية التجارة، فإنها تدلُّ على اللزوم بكلتا الجملتين.

وآية الوفاء بالعقود، ومقتضاها أَنَّ يكون المعطي واقفاً على العقد الذي أوجده وأن يفي به، فلو رجع عن عقده فقد خالف الأمر بالوفاء.

والبَّيْعَانُ بالخيار... فإنه مع الافتراق لا رجوع له. وفي بعض الألفاظ: وجب البيع.

والمؤمنون عند شروطهم، دلَّ على أَنَّ المؤمنين واقفون عند شروطهم، ملتزمون بها، لا يخالفونها، والرجوع ينافي هذا المعنى. والاستصحاب، فَإِنَّ مقتضاه بقاء ملكية الآخذ.

وأما بناءً على إفادتها الإباحة، فمقتضى القاعدة هو الجواز، وأن للمعطي الرجوع فيما أعطاه، لعموم: «الناس مسلطون على أموالهم» واستصحاب السُّلْطَنَةِ الموجودة من قبل المعاطاة، فإنه لو شك بأن هذه الإباحة تنزِيلُ السُّلْطَنَةِ أَوْلا؟ يستصحب بقاؤها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب الإباحة الحاصلة للآخذ قبل رجوع المعطي.

إلى هنا كلام الشيخ.

فأقول:

إن ما ذكره بناءً على القول بالملك تام، لكن كلامه بناءً على القول بالإباحة مجمل جداً، بل الإنصاف عدم خلّوّه من الإشكال، لأن الإباحة في المعاطاة على أنحاء:

١ - الإباحة المالكية المقصودة للمتعاطيين، وهو مختار صاحب

الجواهر.

٢ - المعاطاة المقصود بها الملك، لم يعتبر الشارع فيها الملكية واعتبر

الإباحة المالكية الضمنية الحاصلة ضمن التملك المقصود.

٣ - المعاطاة بعنوان التملك، وكان الرضا تملكاً ولم يكن هناك رضا

بالإباحة في الضمن، والشارع لم يمض هذا الرضا، وإذا سقط التملك لعدم اعتبار الشارع، سقط الرضا تبعاً له، إلا أن الشارع قد اعتبر الإباحة، فهي إباحة شرعية تعبدية محضة، فكأن الشارع يقول: من أعطى ماله إلى غيره بقصد التملك، فهذا الإعطاء عندي سبب لترخيصه في التصرف، وإن كان تصرفه على خلاف رضا المالك، نظير المعاملة الفاسدة، حيث أن الشارع لم يعتبر الملكية في العقد الفاسد، ولا يوجد هناك رضا من المالك بالتصرف، لكن يوجد في المعاطاة هكذا تعبد من الشارع.

فإن كانت الإباحة من قبيل الأول، فللمعطي الرجوع، لقاعدة السلطنة، لأن الشيء باق على ملكه ولم يقصد هو التملك ولا جاء من قبل الشارع ملكية تعبدية، وحيثنذ، لا معنى لأن يجمع الشيخ بين القاعدة والاستصحاب، لأن مقتضى القاعدة كون المال مالاً له، ولا شك في بقاء الملكية، مضافاً إلى أنه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أن استصحاب الإباحة أيضاً لا معنى له، حتى يكون ذاك حاكماً عليه، لأنه قد أباح ثم رجع. وإن كانت الإباحة ضمنية حاصلة من المالك وقد اعتبرها الشارع، فإنه - وإن زعم أن المال خارج عن ملكيته - لا يزال المال في ملكه بحكم الشارع، فالإضافة الملكية موجودة وعلى أساسها تجري قاعدة السلطنة، وله الرجوع، فلا تصل النوبة إلى استصحاب السلطنة السابقة، ولا تجري أصالة الإباحة حتى يكون محكوماً.

وإن كانت الإباحة شرعية تعبدية - بأن يقول: إنه وإن لم يملك المتعاطيان المالين، ولا رضا منهما بالتصرف أصلاً، فهما متعبدان بإباحة التصرف فيما أخذه - فإنه يستصحب بقاؤهما بعد المعاطاة ورجوع المالك، لأنه يشك في أنه بالرجوع قد ارتفعت بالإباحة الشرعية أولاً؟ فالأصل بقاؤها، وهذا الأصل لا يمكن أن يكون محكوماً. نعم، قاعدة السلطنة محفوظة، فله التصرف في ماله، كأن يبيعه مثلاً فيرتفع الموضوع، لكن مادام هو موجوداً فالشارع تعبد بجواز التصرف للأخذ، وكلما يقول: لست براض بتصرفاتك، لم يكن مؤثراً، لأنها إباحة شرعية لا مالكية، والمالكية هي التي ترتفع بالرجوع.

فإذن، ليس هناك منافاة بين قاعدة السلطنة واستصحاب بقاء الإباحة، فضلاً عن أن يوجد التنافي بين استصحابهما فيقال بتقدم ذلك على

هذا بالحكومة.

وعلى فرض جريان استصحاب السلطنة، فإنه يفيد لأن يتصرف المالك في ملكه التصرفات الناقلة أو المتلفة، وأما مادام المال موجوداً، فالحكم بالإباحة الشرعية موجود، ومع الشك في بقائه يستصحب.

تلف العوضين

قوله:

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظاهر المصرح به في بعض العبارات. أما على القول بالإباحة فواضح، لأن تلفه من مال المالك، ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه. وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجي.

أقول:

توضيح كلامه وتقريب مرامه هو: إن سبب الضمان إما الإتلاف أو اليد، أما قاعدة الإتلاف - من أتلف مال الغير فهو له ضامن - فمصطادة من موارد عديدة من الشريعة، لكن كل قاعدة مصطادة كذلك، فلا بد وأن يكون لها جهة يشترك فيها جميع الموارد، والجامع بينهما هنا هو عدم وجود الإباحة الشرعية، فلو كان الإتلاف من ناحية الإباحة، فلا ضمان، فالإتلاف الذي هو سبب الضمان يكون حيث لا إباحة، والمفروض هنا وجود إباحة التصرف شرعاً، فلا تجري القاعدة.

وأما قاعدة اليد - على اليد ما أخذت حتى تؤدى - فهي موجبة للضمان عند التلف، فيما لو كان الإنسان مخاطباً برّد العين حال وجودها، والمتعاطيان لم يكونا مكلفين بالأداء، فهما في حال التلف ليسا بمكلفين

بأداء المثل أو القيمة. ولذا قال الشيخ: لأن تلفه من مال مالكة ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه.

لكن يرد عليه:

أولاً: قوله على الإباحة.

فإن القول بالإباحة - وهو قول المشهور - مبني على أن المعاطاة بيع فاسد، وسيأتي أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلماذا قال بعدم الضمان؟

وثانياً: قد تقدّم في الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه الله، من أن القول بإفادة المعاطاة للإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة - قول الشيخ: بأنه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاة نستكشف الملكية قبله آنأماً، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كل منهما في ماله، فإذاً، لا موضوع للضمان. فما أفاده هنا ينافي كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما.

نعم، لو قيل في البحث عن تلك القاعدة، بأن الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمان المثل أو القيمة بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنه لا يقول بذلك.

قوله:

وأما على القول بالملك، فلما عرفت من أصالة اللزوم، والمتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، وحيث ارتفع مورد التراد امتنع....

أقول:

إن القدر المتيقن من الخروج من الأصل، هو صورة وجود العينين، وأما مع تلفهما فالقاعدة محكمة.

قال بهذا، والحال أن مسلكه أنه لو كان الحكم مترتباً على عام، ومتعلق

الحكم أمر زمني ولكن كانت حيثية الاستمرار الزمني فيه من ناحية الإطلاق، وبعبارة أخرى: الحكم متوجّه إلى المتعلّق الذي له استمرار في الزمان، وكان الزمان ظرفاً للمتعلّق - لا مفرداً للحكم - فلو كان للمتعلّق حكم في زمانٍ على خلاف حكم ذلك العام، فإنه مع الشك بعد ذلك الزمان لا يتمسك بالعام، فكيف يقول هنا بالتمسك بالعمومات؟

ولقد تعرّضنا لهذا المطلب في بحثنا الأصولية، ولنا فيه مسلك خاص، توضيحه:

إنه لو قال: «أكرم العلماء» كان ظاهراً في إكرامهم في كلّ زمانٍ وبأنحاء الإكرام، لكنّ هذه الأنحاء غير مأخوذة في اللفظ، بل هذا الاستمرار مستفاد من الإطلاق، بخلاف ما لو قال: «أكرم العلماء في كلّ يوم»، فإنّ الحكم متوجّه إلى أفراد الإكرام المتعدّدة بعد الأيام، فإكرام كلّ يوم متعلّق للإيجاب، فإنّ قال بعد القول المذكور: «لا تكرم زيدا العالم في يوم الجمعة»، فقد أخرج يوم الجمعة وبقي وجوب إكرامه في سائر الأيام، لأنّ المفروض هو تعدّد الإكرام، ولو شك في وجوب إكرامه في غير الجمعة، تمسك بالعام بلا كلام. أمّا لو كان قوله: «لا تكرم زيدا العالم في يوم الجمعة» بعد قوله: «أكرم العلماء» وكان استمرار الإكرام من باب أنّ الزمان ظرف للإكرام، فإنه لا يتمسك بالعام لدى الشك في إكرامه عدا يوم الجمعة، لأنّ قوله: «يوم الجمعة» ليس مخصّصاً للعموم الأزمني، إذ المفروض أنّ لا عموم أزمني، فلا محالة، يكون «لا تكرم» مخصّصاً لـ «العلماء». فزيد يخرج من تحت العلماء يوم الجمعة، ولا يتمسك بوجوب الإكرام بالنسبة إلى يوم السبت مثلاً، بل يستصحب حكم يوم الجمعة.

هذا مسلك الشيخ رحمه الله، كما في التنبيه العاشر من تنبيهات

الاستصحاب^(١) وكذا في خيار الغبن^(٢).

وفيما نحن فيه، مقتضى الآية المباركة ﴿أَوْزَنُوا بِالْقَوْلِ﴾ هو الإستمرار الأزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام الدليل على جواز المعاطاة مع وجود العينين، كان مخصصاً للعموم ودالاً على عدم وجوب الوفاء في زمان وجود العينين، فتسقط حينئذ أصالة اللزوم، ويستصحب حكم المخصص، وإذا سقطت دلالة الآية، سقط غيرها من الأدلة بالأولوية، ولا مجال للإستصحاب، لأن الملكية السابقة كانت جائزة، واستصحاب بقاء هذه الملكية لا يفيد اللزوم.

لكن الحق - كما ذكرنا في الاصول - أن الزمان في الأدلة قيد للمتعلق، إذ الإكرام إنما يقع في الزمان، فإذا ورد عام وتعلق بحكم كآية الوفاء، كان ظاهراً في الإطلاق بحسب الأزمنة، والزمان ظرف للوفاء لا للحكم، وإنما ترفع اليد بقدر المخصص، وعليه، فالوفاء واجب إلا في ظرف وجود العينين.

فما ذهب إليه الشيخ هنا صحيح على هذا المسلك المحقق، لا على مسلكه فقهاً وأصولاً، وإن اختاره بعض مشايخنا، فإذا تم ما ذكرنا في الآية، كان جارياً في غيره من العمومات، لأن المخصص هو الإجماع، وهو دليل لبي يؤخذ منه بالقدر المتيقن، وهو حال وجود العوضين كما ذكر، والمرجع في غيره هو العمومات.

هذا، وقال المحقق الخراساني معلقاً^(٣) على قول الشيخ: والمتيقن من مخالفتها جواز تراذ العينين، ما ملخصه: أن المراد ليس انتقال العينين من

(١) فرائد الاصول: ٣٩٥ ط الحجرية.

(٢) المكاسب: ٢٤٣ ط الشهيدي.

(٣) حاشية المكاسب: ٢٢.

مكانٍ إلى آخر خارجاً، بل هو الترادف في الملكية، وهو عبارة أخرى عن حمل العقد، ولذا قال ابن إدريس: بأن المعاطاة يجوز فيها الفسخ. فالترادف ملكاً يرادف جواز الفسخ، وحينئذٍ يترتب عليه الرجوع إلى البدل.

وفيه:

أولاً: إن كان المراد هو الترادف في الملكية، فهل الموضوع ترادف طبيعيّ العوضين أو خصوصهما؟ إن كان الأول، فالإشكال وارد، لكن الموضوع لجواز الترادف هو العينان بوصف وجودهما الخارجي، وبمجرد التلف يرتفع موضوع الحكم وبارتفاعه يرتفع الحكم، وحينئذٍ تتحكم أدلة اللزوم.

وثانياً: أنا لو تنزلنا عن أن الموضوع مقيد بوصف الوجود، فلا أقل من الشك.

لكن لا يتوهم دخوله في القسم الثاني من استصحاب الكلّي، بأن يكون الجواز مردداً بين فردين، أحدهما زائل وهو الترادف المتصف بالوجود والآخر باق، وهو ترادف طبيعيّ العوضين، فيستصحب جواز الترادف الثابت قبل التلف، فيكون الحق ما ذكره المحقق الخراساني.

إذ فيه: إنه لا مانع من استصحاب الكلّي القسم الثاني في الموضوعات، لكنّه في الأحكام موقوف على إحراز الموضوع، لأن وحدة الموضوع في الاستصحاب شرط، لكن الموضوع مشكوك فيه، فلا يجري الاستصحاب، ومن هنا يمكن القول بأن الاستصحاب من القسم المذكور منحصر في الموضوعات.

قوله:

ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياريّ حتّى يستصحب بعد التلف، لأنّ ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من

بقائه... بخلاف ما نحن فيه....

أقول:

إن معنى اللزوم بعد التلف هو أن لا يرجع إلى البذل من المثل أو القيمة،
وبيان ذلك:

أما على بالإباحة، فإن الإباحة على أربعة وجوه:

أما على ما ذهب إليه صاحب الجواهر، من أن المتعاطين يقصدان
الإباحة من أول الأمر، فلأنه إذا تلف العوضان، فهما تالفان في ملك المالك،
فلا تكون يد الآخذ يد ضمان حتى يضمن بعد التلف بالرجوع إلى البذل، بل
اللزوم حاصل.

وأما على ما ذهب إليه الشهيد الثاني - وتبعه المحقق الخراساني - من أن
المعاطاة تفيد الملك بشرط تلف العوضين، فإن كان بنحو الشرط المتأخر،
فإنه يستكشف منه حصول الملكية من أول الأمر وأن الإباحة كانت ظاهرة،
وإن كان بنحو الشرط المقارن، بأن تحصل الملكية مقارنة للتلف، فالإباحة
قبل التلف ثابتة بالدليل الخارجي، أو أن تسليط المعطي فيه إباحة مالكية
ضمنية، فإذا تلفت العين كان التلف واقعاً في ملكه، فلا موضوع للضمان.

وأما القول: بأن المتعاطين وإن قصدوا التملك لكن الشارع لم يضمنه
وأن البيع فاسد، إلا أن التسليط الودي الحاصل يفيد الإباحة المالكية الضمنية،
فالعين غير تالفة في ملك من كانت عنده، بل هي من مال المالك الأول، إلا أنه
لا ضمان، لعدم جريان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ووجه
عدم الجريان هو: إن تلك القاعدة إنما تجري حيث لا إباحة مالكية.

وأما على القول: بإفادة المعاطاة للإباحة بالتعبد الشرعي، بأن يكون
الشارع متعبداً بها بعد عدم إمضاء ما قصده من التملك، فلا ضمان كذلك،

لما أفاده الشيخ سابقاً من أن الإجماع على عدم الضمان يكشف عن أن الإباحة كانت إلى وقت ما قبل التلف، فإذا حصل تحققت الملكية، فيكون التلف في الملك، فلاموضوع للضمان، وعلى فرض عدم قبول ما ذكره، المبني على مقتضى الجمع بين الأدلة، أمكن القول بأن القاعدة المتقدمة غير جارية هنا كذلك، لأنها إنما تجري حيث لا إباحة مطلقاً، والمفروض في المقام وجود الإباحة الشرعية التعبدية.

وهذا كله بناءً على الإباحة.

وأما على الملك، بمعنى أن المعاطاة تفيد الملكية وقد أمضاها الشارع، فيكون كل واحد مالكا للعوض الذي يأخذه، مع جواز التراد، فقد ذكر الشيخ أن جوازه محدود بالإمكان، وهو حيث يكون العوضان موجودين، فعلى هذا، يصح التمسك بأصالة اللزوم، لأن القدر المتيقن خروجه هو حال وجود العوضين.

وقد أورد عليه بعض الأكابر بوجهين مهمين:

أحدهما: إن أصالة اللزوم مستندة إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» والمؤمنون عند شروطهم، لكن زمان وجود العوضين ظرف للحكم لا قيد، وقد قرّر الشيخ أن في مثله لا يتمسك بالعام بل يستصحب حكم الخاص، فالمرجع حينئذٍ استصحاب جواز التراد.

والثاني: إن المراد من الجواز في المعاطاة عبارة عن جواز الرجوع في العوضين، نظير رجوع الواهب في الهبة، فليس جواز التراد على نحو جواز الفسخ. هذا ما ذكره الشيخ. فيرد عليه: إن ذلك عبارة أخرى عن حل العقد وفسخه، إذ لا معنى لبقاء العقد بعد استرداد كل منهما ما أعطاه وإرجاعه إلى ملكه، ولازم انحلال العقد هو الرجوع إلى المثل أو القيمة، فلماذا لا يقول

الشيخ بذلك؟

أقول:

إن المعاطاة هي الإعطاء والأخذ، والتراذ عبارة عن الاسترجاع لما أعطي وأخذ، وجوازه حكم ثابت بالإجماع، فموضوع جواز التراذ هو استرداد العوضين إلى الملك، ولازم ذلك انحلال العقد، لأن جواز التراذ عين فسخ العقد وحله، ففرق بين فسخ العقد - كما في الخيار - ولازمه التراذ، وجواز التراذ الذي يكون فسخ العقد لازماً له، فهما متغايران متعاكسان. وإذا علمت هذا، فمن الواضح أن جواز التراذ للعوضين إنما يكون مع وجودهما، فإذا انتفيا فلا حكم بالجواز لعدم بقاء الحكم بعد ارتفاع الموضوع.

وعلى هذا، فلا مجال للبحث عن انحلال العقد، لأنه إنما كان على أثر جواز التراذ، وإذا امتنع فلا يبحاث عنه، حتى يقال بأن لازم الإنحلال هو الرجوع إلى المثل أو القيمة.

وبما ذكرنا ظهر: أن الشيخ لا يريد التمسك بالعموم، حتى يقال بأنه من التمسك بالعام بعد انقضاء زمان المخصص. فالإشكالان مندفعان.

تلف احدي العينين

قوله:

ومنه يعلم حكم ما لو تلف احدي العينين أو بعضها على القول بالملك.

أقول:

لأن القدر المتيقن من الجواز بناءً على الملك هو وجود العينين، لأن التراذ كان في صورة وجودهما بتمامهما، وأما مع تلف أحدهما أو بعضه،

فالمرجع عمومات اللزوم.

قوله:

وأما على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا - وفاقاً لبعض معاصريه
تبعاً للممالك - أصالة عدم اللزوم، لأصالة بقاء سلطنة مالك....

أقول:

وجه القول بعدم اللزوم هو: إن كلاً منهما كان يجوز له التصرف بما في
يده، فلو تلف أحد العوضين فلا دليل على تملك الآخر، بل إن الذي تلف ما
كان بيده يحكم عليه بدفع البدل، عملاً بدليل السلطنة الثابتة للطرف المقابل.
قوله:

وفيه: أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف أو قيمته....

أقول:

قال السيد: لا معارضة بين الأصل والدليل، بل الدليل مقدم.
لكنه غفلة عن كلام الشيخ، فقد تمسك بأصالة السلطنة لاقاعدتها، لأنه
بعد تلف إحدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيد الآخر ملكاً له،
فلا مجرى للقاعدة، لعدم إحراز كونه مالكا له، فصدق «أموالهم» عليه غير
معلوم، لكنه مجرى للاستصحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكية
السابقة وترتب عليه السلطنة، وتكون ذمة من تلف بيده مشغولة بالبدل،
فلا يرد الإشكال، وما ذكره هو الصحيح.

إلا أنه يقع التعارض بين الاستصحاب وأصالة عدم اشتغال ذمة من تلف
عنده المال عن المثل والقيمة، فيتساقطان، ولا يبقى دليل للرجوع في العين
الموجودة.

ومما ذكرنا ظهر أن الصحيح هو التعبير بأصالة عدم اشتغال الذمة

لابراءتها، لأن أصالة البراءة أصل حكمي ولا يجري الأصل الحكمي مع وجود الأصل الموضوعي، لاسيما الاستصحاب، إلا أن يكون مراده ما ذكرناه.

قوله:

والتمسك بمعوم على اليد هنا في غير محلّه، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده، إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع، إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

أقول:

حاصله: إن الضمان إنما يكون فيما لو كانت اليد يد ضمان من أول الأمر، ولكنها ليست كذلك. وأيضاً، لو لم يرد صاحب المتاع الرجوع لأخذه فذمته غير مشغولة بالبدل، إنما يكون الإشتغال لو أراد الرجوع، وعلى هذا، فمعنى التمسك بالقاعدة هو أن يده على الثمن كانت يد ضمانٍ تعليلي، والقاعدة لا تفيد الضمان التعليلي أصلاً.

وتلخص: لزوم هذه المعاملة.

وقوله:

لكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاکمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، مع أن ضمان التالف يبده معلوم، إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة أو البدل الجملي، أعني العين الموجودة، فلا أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال... فتدبر.

أقول:

مراده تأييد ما ذهب إليه صاحب المسالك ومن تبعه، ودفع

المعارضة التي ذكرها: بأن أصالة السلطنة أصل سببي وأصالة البراءة أصل مسببي، والأصل السببي حاكم على المسببي، لأن مفاد أصالة السلطنة هو جواز الرجوع في المال، وعليه، فلما كنا نعلم بأن مال أحد لا يذهب مجاناً، فلا محالة يكون بعد رجوعه في المال الموجود، ضامناً لمثل التالف أو قيمته للطرف المقابل، فثبوت اشتغال ذمة من تلف عنده المال لا يبغي مجالاً لجريان أصالة البراءة. هذا ما ذكره أولاً.

ثم قال: بأننا نعلم إجمالاً بأن صاحب المال ضامن، لأن المال الذي أتلفه لم يكن مجاناً، بل كان إباحةً بعوض، فهو ضامن إما للعين الموجودة وعليه دفعها للطرف ولا رجوع له فيها أو لمثل التالف أو قيمته. ومع هذا العلم الإجمالي لا يجري أصالة البراءة عن الضمان، فتكون أصالة السلطنة جارية بلا معارض.

أقول: لقد كان الأولى أن يقول: عندنا علم إجمالي بثبوت الضمان، فالأصلان - أصالة عدم اشتغال ذمته، بتسليم العين الموجودة، وأصالة عدم اشتغالها بالمثل أو القيمة - يتعارضان ويتساقطان.

ثم قال: إن صاحب العين التالفة له سلطنة على ماله الموجود بيد الطرف، ومقتضى عموم «الناس مسلطون» أن يكون له إرجاعه، والطرف المقابل المالك للثمن يرجع على من تلف عنده، بمقتضى عموم السلطنة، فيطالبه بالبدل بعد تلفه.

هذا تمام كلام الشيخ في المقام.

وفيما ذكره نظر من جهات:

الأولى: الذي في المسالك أنه يقوي لزوم بصراحة، وأما عدمه، فقد احتمله احتمالاً، وهذا نص عبارته حيث قال: لو تلف أحدهما خاصة، فقد

صرّح جماعة بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقي عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى بقاء الملك وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال فقد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإن كان مغايراً له في الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك^(١).

والثانية: لقد كان الأولى أن يتمسّكوا بقاعدة اليد فيقولوا: لا تجري البراءة ولا معارض لقاعدة السلطنة، لأنه من تعليق الحكم بموضوعه، لكنّ الأحكام - وضعيّة كانت أو تكليفيّة - معلقة على ثبوت الموضوع، ومعنى: لو رجع ضمن، أنه لو رجع انحلّ العقد، أي: إنه إن كان المال موجوداً أخذه وإن لم يكن موجوداً أخذ بدله، نظير رجوع ذي الخيار في زمنه على من تلف المال بيده بأخذ البديل، مع أن يده عند التلف لم تكن يد ضمان. وبعبارة اخرى: فإنّ معنى: على اليد ما أخذت... أنه إن كانت العين موجودة وجب عليه أداؤها، وإلا وجب عليه أداء البديل عنها.

فيرد على الشيخ:

أولاً: اليد يد ضمان، لأن الإباحة كانت معوضة، فقله: «ليست يد ضمان» غير تام.

وثانياً: قوله: إنه لو رجع ضمن بالبديل، معناه: إنه إن رجع يكون الطرف ضامناً، ومعنى الرجوع هو الفسخ، فيأخذ العين إن كانت وإلا فبديلها، وكان الأولى أن يقال: أصالة السلطنة معتزدة بقاعدة اليد.

وعلى ما ذكرنا في تصحيح كلام الجماعة، فلا حاجة إلى الوجوه التي

(١) مسالك الأفهام ١/ ١٦٥ - ١٦٦ ط الحجرية.

أقامها الشيخ رحمه الله لتأييد ما ذهبوا إليه.

الثالثة: والوجوه هي:

١- إن أصالة بقاء السّلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة. وتقريبه: إن الشك في اشتغال ذمته وعدمه، مسبّب عن أن يكون له حق الرجوع أو لا يكون، وقاعدة السّلطنة تفيد أن له الرجوع، وإذا جرى الأصل في ناحية السبب لم يبق شك في اشتغال الذمة.

وفيه: عدم جريان الحكومة هنا، لأنها مشروطة بأن تكون السببية شرعية وهي هنا عقلية، بل الأصل هنا في الحقيقة مثبت، لأن أصالة السّلطنة تثبت حق الرجوع، وإذا لا يكون مال الآخر مجّاناً، فلازم السّلطنة براءة الذمة. بل لو أردنا إحراز قانون الشك السببي والمسببي مع النظر إلى اللّوازم، جاز أن يكون المورد بالعكس، بأن يكون الشك في الرجوع وعدمه مسبباً عن الشك في اشتغال الذمة بالبدل وعدمه، ويكون الحاكم استصحاب عدم الضمان.

٢- إن ضمان التالف يبدله معلوم، إلّا أن الكلام في أن البدل هو....

فإما يريد: أنا لما نعلم بالإجمال بالضمان، فلا أصل يعيّن ضمان البدل الجعلي وهو المسمّى، أو البدل الحقيقي وهو المثل أو القيمة، حتّى يجري أصالة عدم ضمان الآخر، فلا تجري البراءة عن المثل أو القيمة. أو يريد: إنا لما نعلم إجمالاً بالضمان، فإن أصالة عدم ضمان المسمّى تتعارض مع أصالة عدم ضمان البدل الحقيقي، وإذا تساقطا، فلا أصل يكون معارضاً لأصالة السّلطنة.

وفي كلا الوجهين إشكال، وإن كان ظاهر بيان السيّد وروده على أحدهما فقط، لعدم جريان أصالة السّلطنة على كلّ تقدير، لأن معنى جعل

الشارع البذل - وهو المسمى أي العين الموجودة - كونها بدلاً عن الملك التالف بيد الآخر، لأنه قبل التلف صار ملكاً لمن تلف، عنده آناءً، فتكون العين الموجودة ملكاً للطرف بحكم الشارع، وحينئذٍ، فقول الشيخ بالمعارضة - بين أصالة عدم جعل الشارع العين الموجودة بدلاً، وأصالة عدم اشتغال الذمة بالمثل والقيمة، وأنهما يتساقطان وتبقى أصالة السلطنة بلا معارض - فيه:

إننا قد ذكرنا سابقاً أن الأصل بقاء الملكية، والسلطنة من آثارها وأحكامها - وقد احتملنا أن يكون هذا مراد الشيخ من أصالة السلطنة - ومقتضى ذلك هو عدم كون هذا الموجود بدلاً مجعولاً من الشارع، لكن هذا الاستصحاب معارضٌ بأصالة عدم اشتغال الذمة بالمثل والقيمة، فيتساقطان، ولا يبقى موضوع لأصالة السلطنة.

وإن أريد من البذل الجعلي ما جعله المتعاطيان بدلاً، دار الأمر بين أن يكون الموجود بدلاً عن التالف أو يكون من تلف ما عنده مشغول الذمة بالمثل أو القيمة، وحينئذٍ نقول: إن بدلية هذا الموجود حاصلة من المتعاملين، والشارع قد أمضى ذلك، ومع الشك نستصحب بدلية العين الموجودة، ونستصحب أيضاً الحالة السابقة لجعل المثل والقيمة بدلاً، وهي عدم البدلية، فالأصل كون العين الموجودة بدلاً، والأصل عدم اشتغال الذمة بالقيمة والمثل، فالأصلان يجريان ولا منافاة بينهما.

ولو تعبدنا بكون العين الموجودة هي البذل، فلامعنى للسلطنة، لأنها لا تجري في الملك المضمون به.

وتلخص: إنه إن كان المراد جعل الشارع، فلا موضوع لأصالة السلطنة، وإن كان المراد جعل المتعاطيين، فلا مجرى لأصالة السلطنة.

فهذا الوجه لعدم اللزوم ساقط كذلك.

٣- إن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذه بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة. فتدبر.

أي: ومعه، لا مجال لجريان أصالة البراءة عن البديل، لأن القاعدة دليل اجتهادي حاكم عليها، ولا معارض للقاعدة، فلا لزوم.

وفيه: إن الموضوع في الحديث هو «أموالهم» وهذه الإضافة مالكية، وكل متلبس بالإضافة فهو ظاهر في الفعلية، ففقه الحديث هو كون الناس مسلطين على أموالهم التي هي أموالهم بالفعل، فيكون ظرف السلطنة هو ظرف الملكية، فلا يعقل أن يقال: بأن الإنسان مسلط الآن على ما كان مالا له سابقاً وهو تالف الآن، لأن الإضافة تنعدم بانعدام طرفها، والتالف ليس الآن مصداقاً لـ«أموالهم»، وأما كونه مسلطاً الآن على بدل التالف، فهذا معناه أن يكون الحكم محققاً لموضوعه، وهذا باطل.

إذن، لا وجه للتمسك بعموم قاعدة السلطنة لوجوب البديل، ولعله الوجه في الأمر بالتدبر.

والمختار: إن التلف مطلقاً مفيد للزوم، سواء على القول بالملك أو الإباحة، -إلا على قول صاحب الجواهر من قصدهما الإباحة من أول الأمر- لأن القدر المتيقن من دليل الجواز -وهو الإجماع- وجود العوضين. قوله:

ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطين....

أقول:

هذا الكلام مبني على عدم لزوم صدور الفعل من الطرفين في المعاطاة،

وهذا هو الصحيح.

وأيضاً: فإنه إن كان من عليه الدين هو المشتري، فذاك يوجب، والمشتري يأخذه يقبل، وما في الذمة هو الثمن، وإن كان العكس، بأن كان البائع هو الدين، فالمبيع ما في الذمة والذي يدفع خارجاً هو الثمن، فالمديون المشتري يعطي الثمن والبائع يأخذه والمبيع غير معطى، فإعطاء المديون الثمن قبول مقدّم وأخذ ذاك إيجاب، مؤخر، فقول الشيخ: لو كان أحد العوضين ديناً، يراعى فيه أمران: أحدهما كفاية الفعل من طرف واحد، والآخر كفاية القبول المقدّم والإيجاب المؤخر.

قوله:

فعلى القول بالملك، يملكه من في ذمته فيسقط عنه، والظاهر أنه في حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

أقول

كون الإنسان مالكا لما في ذمته غير ممكن، إلا أن يملكه فيسقط، نظير تملك الإنسان لأحد عموده أناماً وانعتاقه عليه، وهذا يبتني على أن البيع عبارة عن التملك، بأن يكون حقيقة البيع تملك العوضين، فإنه يملك أنا فيسقط، بمعنى أنه غير معقول حدوثاً وهو اعتبار عقلائي، وأما بقاء، فلا يعقل بل يسقط.

فيرد عليه الإشكال: بأنه لا يعقل أن يكون ثبوت الشيء علّة لسقوط

نفسه؟

ولكن يمكن أن يقال: بأن لا حاجة إلى الإيراد بذلك، لأن البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط، إذ السقوط بحكم التلف في إيجابه اللزوم من أول الأمر، فلا ملزم للقول بالملكية أناماً ليرد عليه ما تقدّم.

وقد علّل رحمه الله كون هذا السقوط في حكم التلف بأن: الساقط لا يعود، والسّر في ذلك هو: إن عود الشيء ملازم لوحده، ووحدته مبيّنة لتخلّل العدم، فإذا انعدم الشيء لم يكن العائد هو هو بل هو مثله.
قوله:

ويحتمل العود وهو ضعيف.

أقول:

قال السيّد: بل لا وجه له.

لكنّ الإنصاف أنه يمكن توجيهه بوجهين: بأن يقال بأن الذمّة عبارة عن عهدة الإنسان، وأي مانع من أن يعود إلى العهدة مرّة أخرى ما خرج عنها؟ أو لأنّ وجود الحنطة - مثلاً - في الذمّة اعتباري، وملكيّتها أيضاً اعتباري، فما كان وجوده وملكيّته اعتبارياً لم لا يكون عائداً اعتباراً كذلك؟ والبرهان الذي ذكرناه يختصّ بالامور التكوينيّة.

إذن يحتمل العود.

لكنّه ضعيف، لأنّ قوام العهدة مملوكيّة الحنطة، فإذا زالت المملوكيّة ارتفعت العهدة، فلا تكون العهدة أمراً منفصلاً عن مملوكيّة الحنطة، حتى يقال بخروج الحنطة عن العهدة ثم عودها إليها، فالوجه الأوّل ضعيف.
والوجه الثاني ضعيف كذلك، لأنّه إذا فرضنا قابليّة الشيء للعود، فإنّ صرف القابليّة لا يكفي دليلاً على إثباته، فإن كان المثبت للعود الاعتباري هو جواز المعاطاة، فهذا دور، وإن كان غير الجواز، فما هو؟ وعلى الجملة، فلا دليل مثبت له، ومجرّد الإمكان لا يكفي دليلاً.

وبعبارة أخرى: إنّ العهدة ليست بأمر ثابت كان فيه شيء فخرج عنه ثم عاد إليه، بل العهدة واعتبار الذمّة بمشغوليّتها بالدين، فإذا سقط الدين

فلا ثبوت للذمة والعهدة، لاحقيقة ولا اعتباراً.

فإن قلت: نعتبر ثبوت الدين بالفعل، فإنه بالفسخ يعود ويعتبر.
قلت: إن مفهوم العود هو أن يكون الشيء موجوداً فينتقل من مكان إلى آخر، فاعتبار العود ملازم لاعتبار البقاء، إذ لا يتحقق مفهوم العود إلا مع بقاء الشيء، وإلا كان حدوداً جديداً، فلا بد من أن يقال بأن الدين الساقط باق اعتباراً في ظرف السقوط ثم يعتبر عوده إلى الذمة، ولكن اعتباره باقياً في ظرف السقوط غير معقول.

فإن قلت: لِمَ لا يكون كما لو فسخ أو استقال؟
قلت: بعد الفسخ والإقالة تتحقق ملكية جديدة، لأنه تعود الملكية السابقة.

فإن قلت: لِمَ لا يكون ما نحن فيه كذلك؟

قلت: لا مانع، لكن لا دليل.

فإن قلت: الدليل جواز المعاطة.

قلت: إثبات إمكان العود بجواز المعاطة يستلزم الدور، لأن الجواز متوقف على هذا الإمكان، فإن ثبت الإمكان من ناحية الجواز فهذا دور.
فإن قلت: لم لا يجري الاستصحاب؟ إذ المعاطة كانت جائزة ونشك بسبب سقوط الدين في ارتفاع الجواز ولزوم المعاطة، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العین الموجودة وذلك المماثل لما في الذمة.

قلت: أولاً: هذه المعاطة مشكوك في جوازها من أول الأمر، فلا حالة متيقنة سابقة. وثانياً: الجواز الذي كان - على تقديره - جواز رد الشيء إلى الملك، وما في الذمة ليس له وجود خارجي ليعود بعد السقوط.

قوله:

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة. فافهم.

أقول:

يعني: إن إباحة الذين عبارة أخرى عن سقوطه، وإذا صدق السقوط كان بحكم التلف، والمقصود منها هو الإباحة الشرعية، فإن كان المراد إباحة الانتفاع فقط بالدين، فلامعنى للانتفاع بما في الذمة، وإن أراد إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك من البيع وغيره، فإن المفروض أنها إباحة، فلا مناص من الحكم ببطلان هذه المعاطاة.

أللهم إلا أن يقال: إن هذه الإباحة عبارة أخرى عن الإسقاط، كما قال المحقق الخراساني.

لكن هذا يحتاج إلى دليل.

وحينئذ، نبقي والأدلة الدالة على إباحة المعاطاة، فإنها تدل على ذلك في كل مورد ممكن، وما نحن فيه لا يمكن الإباحة فيه. فعلى القول بالإباحة لا مناص من البطلان. لكننا في سعة، لأننا نقول بإفادتها الملك.

نقل العينين أو احدهما؟

قوله:

ولو نقل العينان أو احدهما بعقد لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع التراد. وكذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة.

أقول

النقل إما يكون لأحدهما أو كليهما، وعلى كل إما بعقد لازم أو جائز،

وعلى الأول، فإن عادت العين بحدوث حق الفسخ - كما لو ظهر الغبن - أو بإقالة أو إرث أو هبة أو ابتياع جديد أو بتقاص، وبالجملية، فالمراد العود الملكي، فما هو الحكم؟ وهل يجري الاستصحاب؟

إن حصل النقل بناقل لازم، فعلى القول بالملك - وكذا على الإباحة بناءً على قيام دليل يجوز له التصرف الناقل - فهل الحكم هو اللزوم، أو الجواز، بأن يجوز الرجوع وأخذ البدل، أو التفصيل بين ما لو باع - مثلاً - أحدهما فالجواز وما لو باع كلاهما فاللزوم؟

التحقيق: أنه إن كان النقل الحاصل نقلاً ملكياً مطلقاً، فإنه يلتزم على كلا القولين بالملكية آناءً، فيكون مالاً قبل النقل والعوض الآخر ملك لمن هو بيده، وإلا يلزم اجتماع العوض والمعوّض في ملك الواحد، ووجه اللزوم هو: انتفاء موضوع جواز تراذ العينين المملوكين، بالخروج عن الملكية بالنقل اللازم.

فإن قلت: المراد من الجواز في المعاطاة أن يثبت لكل منهما الحق في استرجاع العين، فيكون النقل بمنزلة جعل الخيار للأجنبي. وبعبارة أخرى: إنه إذا نقل العين المتعلقة بها حق للغير فقد باع ملكاً غير طلق، فالجواز مانع عن تحقق موضوع العقد اللازم.

قلت: إن الجواز - والإباحة - في المعاطاة حكم وليس بحق، فالمراد منه جواز التراذ بحكم الشارع، فليست العين متعلقة لحق الغير حتى لا تكون طلقاً.

قوله:

ولو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراذ على القول بالملك لإمكانه، فيستصحب، وعدمه لأن المتيقن من التراذ هو المحقق قبل خروج العين عن ملك

مالكه، وجهان، أجودهما ذلك.

أقول:

أما لو عادت العين بابتياح ونحوه، فمن الواضح عدم جواز التراد، لأنها ملكية جديدة بسبب جديد ولا يربط لها بالمعاطاة، لأن العين التي كانت موضوع الجواز هي التي تملك بالمعاطاة، وأما لو عادت بفسخ كخيار الغبن أو الإقالة، فيمكن أن يقال: بأن الفسخ عبارة عن حل العقد، فالعوضان يرجعان إلى ما كانا عليه من الملكية الأولى، ويكون الداخل في الملك بعد الخروج كأن لم يخرج، ويرد: أن الفسخ إن كان مملكاً - كما عليه جمع - فهذا تملك جديد، نظير ما لو عادت بابتياح ونحوه، وآلا، فإن هذه الملكية ليست الأولى، لأن الملكية من الإضافات، وهي تشخص بطرفها، فبمجرد زوال الطرف تزول الإضافة، والذي قام الدليل على جواز التراد فيه هو الملكية الأولى، والمفروض زوالها، فالحكم هو اللزوم.

قوله:

فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

أقول:

قال السيد: لاشك في البقاء.

ويمكن تقريبه: بأن المعاطاة قد اقتضت جواز تراد العينين، ثم حصل المانع وهو النقل اللازم إلى الغير، فلما ارتفع المانع أثر المقتضي أثره. فأجاب الشيخ: بأن الموضوع في الحالة السابقة المتيقنة للجواز، والدليل عليه هو الإجماع، هو وجود العينين على الملكية الأولية، فلما عادت العينان فقد عادتا إلى ملكية مغايرة للملكية السابقة، ولأقل من الشك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب، والمقتضي غير باقي حتى يؤثر أثره

بعد ارتفاع المانع.

وبعبارة أخرى: هل الفسخ سبب للملكية الجديدة كما يقول المشهور أولاً بل إنَّما يؤثر في رجوع العقد إلى حالته السابقة؟ فعلى القول الأول، لا يجري الاستصحاب، وعلى القول الثاني يجري إنَّ أحرز الموضوع، والشيخ يقول بعدم إحرازه، وهذا هو الصحيح.
قوله:

وكذا على القول بالإباحة، لأنَّ التصرف الناقل يكشف....

أقول:

لأنَّ المباح له قد حصل له الملكية آنماً قبل وقوع الناقل المملزم، وإذا فسخ فقد عاد إلى الملكية قبل النقل، ولادليل على كون هذه الملكية جائزة، فلما مجال لاستصحاب الجواز.

إلا أنَّ هنا شبهة هي: إن هذه الإباحة كانت شرعية مع قصد هما الملكية، وهي إباحة معوضة، فهي من شئون المعاطاة، فيمكن استصحابها بعد الفسخ.

لكنَّها تندفع: بأنَّ جواز الترادُّ قد كان بما هما مباحان، وبعد التملك آنماً خرجا عن الجواز، فالموضوع غير محرز.
قوله:

نعم، لو قلنا: بأنَّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول وإنَّ كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز الترادُّ....

أقول:

ليس المراد: أن الفسخ حلَّ العقد من أصله فالملكية من أول الأمر غير

حاصلة. وإن قيل بذلك، لأن الفسخ حله من حينه، فالملكيّة حاصلة. هذا أولاً.
 وثانياً: على فرض كونه من أصله، فليس بمعنى أنّه لم يكن له ملكاً
 حقيقةً من أول الأمر، وإنما هو تعبد، بمثابة أنه لم يكن بملك من الأول،
 فالملك حاصل حقيقةً، والتعبد من بعد بعدمه لا أثر له بالنسبة إلى ما تقدّم.
 وثالثاً: لو سلّمنا عدم الملكيّة من أول الأمر، كان لازمه أن نقول بأن
 الملكيّة كانت مشروطة بعدم مجئ الفسخ بعد ذلك، والشرط المتأخّر
 بلا وجه.

ورابعاً: لو كان معنى العبارة ذلك فقوله «بارتفاعه» غير صحيح، لأنه
 عدم لارتفاع. وأيضاً: قوله «عاد الملك» لا معنى له، لكونه حيثنّذ باقياً في
 ملك المالك الأول.

فالمعنى المذكور مردود بما ذكرناه، وغير منسجم مع عباراته.
 بل يمكن أن يكون المراد: إن المباح له كان يجوز له البيع، فيكون
 إنشاؤه للبيع سبباً لأن يملك هو العين، ففي آن الإيجاب يكون مالكا للعين،
 والمشتري في آن القبول يتلقّى الملكيّة من المباح له المالك قبل آن القبول،
 ثم بعد الفسخ يرتفع السبب - وهو البيع - ويرتفع المسببان أي ملكيته هو
 وملكيّة المشتري، ويتحقّق جواز التراد.

وهل أنه مع ملكيته لما بيده بإيجابه البيع عليه، يبقى مالكا لما أباحه
 للطرف الآخر، وإنما يضمن له المثل أو القيمة للعين التي تملكها من جهة أن
 بيعها بمنزلة التلف، أو أنه بمجرد إيجابه للبيع والتملك يصير ذاك ملكاً
 للطرف الآخر؟ وجهان.

قوله:

وكذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف

والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع.
أقول:

قد تقدّم هناك أنّ الذي يستظهر من جماعة - منهم قطب الدين والشهيد - في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء - قال الشيخ: - ويظهر أيضاً من محكي المختلف....

وفيما نحن فيه: المباح له يجوز له أن يبيع مال الغير من دون وكالة أو إذن ويتملك الثمن، فلو فسخ العقد رجع الثمن إلى المشتري والمبيع إلى المالك الأول وجاز الترداد.

وحاصله: ثبوت جواز الترداد في هذين الوجهين.
قوله:

لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.
أقول:

وهو كما قال، أمّا ضعف الوجه الأول، فلأنه بالفسخ يرتفع ملكية المشتري، ولا وجه لارتفاع ملكية المباح له البائع. وأمّا ضعف الوجه الثاني، فلأنّ الشيخ يرى اعتبار دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلث.
قوله:

ولو كان الناقل عقدًا جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترداد غير متحقق وتحصيله غير واجب.
أقول:

إنه لو كان لأحدهما الخيار بالذات، كخيار الحيوان - وثبوتة لكليهما

لالمشتري فقط غير بعيد - أو بالشرط، فإنه يسقط جواز التراد، لخروج الشيء بالبيع عن ملكه، لأن جواز التراد هو استرجاع المملوك بالتعاطي، فإذا باع ارتفع موضوع الجواز، وحينئذ، لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه.

بل مقتضى الدقة أنه إذا أرجع البائع الملك إلى نفسه بالفسخ، فإنه لا يرجع جواز التراد، لأن هذه الملكية الحاصلة بالفسخ غير الملكية السابقة التي حصلت بالمعاطاة.

قوله:

وكذا على القول بالإباحة، لكون المعارضة كاشفة عن سبق الملك.

أقول:

إن العقد التمليكي الجائز الذي يوقعه، إنما هو بعد تملكه قبل العقد، فالمباح له قد تملك فباع، فلو رجع بالفسخ فلا دليل على جواز التراد حينئذ، بل إن جواز التراد ساقط بسقوط موضوعه.

قوله:

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، وقلنا بأن التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك... أتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى أو عودها....

أقول:

لو كان العقد الجائز لا بعقد معاوضة كالهبة، فقد خرج الشيء عن ملك المالك، لكن الشيخ يرى جواز التراد بأن هذه الهبة إنما وقعت في مال الغير - ولم يملك العين قبل الهبة - وللمالك حق الرجوع في الهبة، فإذا رجع عن الهبة لكون الشيء ملكاً له، تحقق موضوع التراد في الرجوع عن المعاطاة. هكذا نوضح كلام الشيخ، بأن يكون الرجوع في الهبة مقدماً للرجوع

في المعاطاة، لأن بالرجوع عن الهبة يتحقق التراد.

هذا، وقد تقدّم أن التراد ردّ كلّ منهما واسترداده في الملكية، فلا بدّ من المملوكيّة والتراّد من الطرفين، وهذا معقد الإجماع، فيتوجّه عليه: إن المالك ليس له حق الرجوع، لأن مقتضى الأدلّة أن الحق للواهب، فهل الواهب الذي له الحق مقيدّ بكونه مالكا؟ فهنا ليس لأحدهما الرجوع، وإن كان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذي يرجع لا المالك، فما ذكره الشيخ غير تام.

اللّهم إلّا أن يقال: المستفاد من الأدلّة ثبوت حقّ الرجوع في الهبة للواهب المالك، ثم يدعى أن العلّة التامة لهذا الحق هو حيث المالكية لا حيث الواهبيّة، وإذا كان كذلك فللمالك الرجوع وإن لم يكن هو الواهب. ولا يخفى أنه تكلف وتعسف. هذا أولاً.

وثانياً: قوله أن يرجع المالك يتحقّق موضوع التراد.

فيه: إنه لما يرجع المالك عن الهبة التي وقعت من المباح له، فإن العين ترجع إلى المالك على ما ذكره رحمه الله، ولكن ما الدليل على عود الإباحة التعبدية الشرعية التي اعتبرها الشارع في المعاطاة؟ إن جواز التراد قد جعله الشارع في النقل والانتقال المعاطاتي، والحاصل بعد الهبة رجوع إلى الملكية.

وثالثاً: إذا وهب المباح له، كانت هبته صحيحة مؤثّرة في الملكية، وبذلك تخرج العين عن ملك المبيع، ولكن هل خرجت بالمجان أو بالعوض؟ إنه لم يكن خروجه مجاناً، بل الواقع في مورد المعاطاة هو الإباحة الشرعية مع قصد هما الملك، فلو خرجت العين من يد المباح له بهبة إلى

الشخص الثالث، فقد خرجت من ملك المبيع، ودخل في ملكه عوضاً عنها ما كان بيده ملكاً للمباح له الواهب، لكون الواهب ضامناً بهبته مال المبيع بالمسمى والآ فبالمثل أو القيمة، وإذا أخذ المالك العوض لم يكن له استرداد العين الموهوبة إلى ملكه، والآ يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فجواز الرجوع محال.

وتلخص: أنه إن كان العقد الناقل جائزاً غير معاوضي، فالمعاطاة لازمة كالصورة السابقة.

لو باع الفضول العين؟

قوله:

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كبيعته وسائر تصرفاته الناقلة.
أقول:

إنه بناءً على القول بالملك، لا إشكال في نفوذ إجازة المالك الثاني. أما إجازة الأول، فقال الشيخ: لم يبعد كونه رجوعاً كبيعته. أي: إنه لو رجع عن المعاطاة فأجاز فلا إشكال، لأنها إجازة في ملكه.

إنما الكلام فيما لو أجاز من دون رجوع سابق، فقد يقال: إجازته لغو، إذ كان له حق الرجوع في المعاطاة، والإجازة لبيع الفضول إنما هي من المالك، وهذا ليس بمالك الآن، نعم، له الرجوع فيما ملكه، لكن الرجوع شيء والإجازة شيء آخر.

قلت: إن كان الإشكال من هذه الناحية، أمكن الجواب: بأن المفروض كون هذا الشخص الذي له الرجوع ملتفتاً إلى أنه ليس بمالك حتى يجيز، فإذا

أجاز مع ذلك، دلت إجازته بالدلالة الالتزامية على الرجوع قبلها ووقوعها في ملكه.

بل الإشكال هو: أنه في بيع الفضول يعتبر الإجازة من المالك، وهذا الشخص بإجازته يريد الرجوع فيما ملكه، بإجازته محققة للرجوع وتملكه، فإن كانت الإجازة في نفس الوقت منفذة لبيع الفضول، لزم أن تؤثر الإجازة أثرين متناقضين، هما كونه رجوعاً وتملكاً، وكونه خروجاً للمال عن ملكه. وبعبارة أخرى: يلزم أن يكون الرجوع مفيداً لملكية نفسه وملكته المشتري من الفضول، وهذا غير ممكن، لأن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً في وقت واحد لمالكين اثنين.

لكن الشيخ جعل رجوعه كبيعه، والإنصاف هو الفرق، لأنه لو كان هو البائع، فإن كان بيعه بالإيجاب والقبول اللفظيين، كان الإيجاب منه محققاً لرجوعه وبقبول المشتري يتحقق البيع والملكية له، فهما ملكيتان في وقت واحد، أما في البيع بالمعاطاة، فيتوقف على الاسترجاع من الطرف والإعطاء للمشتري، بأن يكون الاسترجاع رجوعاً والإعطاء بيعاً، لكن الإجازة أمر واحد وليس بمرتب مثل البيع.

ويمكن الجواب: بأن أساس البحوث في المعاطاة هو الإنشاء، وهو يتحقق باللفظ أو الفعل، فإذن، لا أثر لتمليك الغير وإنشاء ملكيته للشيء في عالم الذهن، وعليه، فمن يجيز المعاملة بقصد الرجوع ولا يريد العبث واللغو، يكون دخول الشيء في ملكه مسبباً عن إرادته، وأما تمليكه الغير فمسبب عن إجازته، فهنا علتان ومعلولان، وقد تحققت في وقتين، فكان القصد أولاً ثم كان التمليك والإخراج عن الملك.

فإن قلت: الإرادة الباطنية لا أثر لها، بل لا بد من الكاشف، وهو

الإنشاء لا غير.

قلت: إنه لا بد من الكاشف كما أشرنا من قبل، لكن لا حاجة في الإجازة والرجوع ونحوهما إلى خصوص الإنشاء، بل يكفي الكاشف كيفما كان. وتلخص: أن الإجازة كاشفة عن الإرادة، وهي سبب الدخول في الملك، والإجازة سبب النقل إلى الغير، فلم يجتمع في آن واحد ضدان أو نقيضان.

فإن قلت: إن الإجازة متوقفة على مالكة المجيز، وهي متوقفة على رجوعه، فلو كانت الإجازة رجوعاً، لزم الدور. قلت: لا دور، لتعدد الحيثية، لأن كون الإجازة رجوعاً يتوقف على حيثية صدورها، لكن المتوقف على الرجوع هو تأثيرها، فذاك التوقف من حيث الوجود وهذا من حيث التأثير.

وببقى الإشكال: بأن إرادة الرجوع تؤثر في عود الملك إلى المالك الأول، لوجود الكاشف، فمؤثرية الإرادة مشروطة بمجئ الإجازة الكاشفة، فيكون الأثر في حين تحقق الشرط، فلا فعلية للرجوع إلا في زمان الإجازة، وزمانها هو زمان تأثير عقد الفضول، فيعود المحذور.

والجواب عنه - وهو دقيق - هو: إنه لا مانع من تأثير الشيء الواحد أثرين بنحو المعية في مقام التأثير، وفيما نحن فيه، إنما يرد الإشكال لو كانت الملكيتان متحققتين معاً في الوجود، لكن الإجازة تؤثر أولاً في ملكية المالك، وهي مقدمة بالتقدم الطبيعي على ملكية المشتري، لوضوح أن ملكية المالك شرط لملكيتها، فهي متأخرة عنها طبعاً.

قوله:

ولو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

أقول:

نعم، لا إشكال فيه، وهو واضح.

قوله:

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحة.

أقول:

أما إجازة المبيع، فلا ريب في تأثيرها، لأنه المالك، والمفروض بقاء العين في ملكه وكونه مباحاً عند الطرف. وأما إجازة المباح له، ففيها الإشكال، لكونه مباحاً له التصرف، ولم يتصرف التصرف الناقل، ولا تؤثر الإجازة منه لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إن واقع التصرف من المجيز لا من المتصرف، لأن قوام البيع بالإجازة، وبعبارة أخرى: كما كان له إنشاء حقيقة البيع بلفظه، كذلك له إيجاد حقيقة البيع بالإجازة لبيع الفضول، فلا فرق بين الإجازة والإنشاء.

قوله:

ولكل منهما رده قبل إجازة الآخر.

أقول:

أما بناءً على القول بالملك، فلو رد المالك الثاني، فلا إشكال في تأثيره، لأنه قد ردّ بيعاً واقعاً في ملكه، وأما الأول، فلا يؤثر رده، لعدم كونه مالكاً. نعم، يمكن أن يقال: إنه لما يرد، فهو ملتفت إلى أن الرد إنما يؤثر مع حق الإجازة، والإجازة إنما تؤثر مع المالكية، وحيثئذٍ، فلما يرد، فلا بد من أنه برده قصد الرجوع عن المعاطاة وإعادة الملك إلى نفسه، ويكون رده مؤثراً، فإن تم هذا فهو، وإلا فلا وجه لتصحيح تأثير رده.

وأما بناءً على الإباحة، فردّ المبيع لإشكال فيه كما هو واضح، وأما ردّ المباح له، ففيه الإشكال المتقدم، إلا أن يقال: كما أن المباح له أن يتصرف بالتصرف البيعي، كذلك له أن يمنع الغير عن البيع ورفعه، لأن رفع البيع نحو من أنهاء التصرف، فإن تمّ هذا فهو وإلا فلا أثر لردّه.

قوله:

ولو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفةً لغا الرجوع، ويحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ وتلغو الإجازة، وإن جعلناها ناقلةً لغت الإجازة قطعاً.

أقول:

للكشف أربعة أنحاء:

فتارة: حقيقي محض، حيث أن الفضول لمّا باع فقد أثر بيعه حين وقوعه، وليس للإجازة اللاحقة إلا الكاشفية عن مؤثرية بيع الفضول، وحينئذٍ، فلا فائدة في الردّ والرجوع، لأنه إنّما يؤثر في حال بقاء الملك على ملكه، والمفروض تأثير البيع وخروج الملك عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري، بل يكون الرجوع رجوعاً في ملك الغير، لأن موضوعه هو ملك المتعاطيين، فالردّ لغو والإجازة تؤثر في الكاشفية، فما أفاده الشيخ متين جداً.

وأخرى: أن تكون الإجازة المتأخّرة في مؤثّرة في صحّة عقد الفضول، بأن تكون الإجازة المتأخّرة شرطاً للصحة، سواء قلنا بأن المتأخّر بما هو متأخّر شرط، أو قلنا بأن الشرط هو التعقّب، على ما سيأتي في محله إن شاء الله.

وثالثة: الكشف الحكمي، بمعنى أن لا أثر للعقد في حينه، غير أن الشارع

قد تعبدنا بترتيب آثار الملكية من حين العقد بعد الإجازة.

ورابعة: هو الكشف الانقلابي، فإنه من حين الإجازة يعتبر الملكية من أول الأمر.

أما على القول بكون الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي، فإن اللازم القول بلغوية إجازة الثاني وأن الرجوع مؤثر، فإنه في الشرط المتأخر ما لم يتحقق الشرط لا يحكم بتأثيره، فإذا رجع المالك الأول لم يبق مجالاً لرجوع الثاني لعدم كونه مالكاً. وإن قلنا بأنه حكمي أو انقلابي فبالأولوية، لأنه ما لم يجز فلا أثر للعقد، فإذا جازت حكم الشارع أو انقلب، والمفروض أن المتعاطي قد رجع، وعليه، فالمجيز غير مالك ولا أثر لإجازة غيره.

هذا كله بناءً على الملك.

وأما بناءً على الإباحة - وإن قصدا التملك - فبإباحة ثالثة فضولة المال المباح، فإن رجع المبيع في المعاطاة وأجاز المباح له، أثر الرجوع ولا أثر للإجازة، لأنه بالرجوع قد خرج المال من تحت سلطنة المباح له، وهذا بناءً على الكشف الحقيقي واضح، وأما بناءً على النقل، فالإجازة لاغية. وكذا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتأخر أو الكشف الحكمي أو الانقلابي.

لو امتزجت العينان أو احدهما

قوله:

ولو امتزجت العينان أو احدهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركة وهو ضعيف. أما على القول بالإباحة، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج....

أقول: لابد من تقديم أمور:

الأول: المقصود من الامتزاج هنا أن تكون الصور النوعية للأجزاء محفوظة ولا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتزاج، وأن لا يكون الامتزاج سبباً لاستهلاك الأجزاء بحسب الحمل الشائع المتعارف.

والثاني: الامتزاج يقع تارةً بين العينين، وأخرى: بين ما أخذه وسائر أمواله، وثالثة: بين المأخوذ وملك شخص ثالث، ورابعة: بينه وبين سائر أموال المعطي.

وس يظهر عدم امكان المساعدة مع الشيخ في أكثر الصور.

والثالث: إذا وقع الامتزاج بين العينين، فهما شريكان على القول بالملك والقول بالإباحة، وعلى تقدير أن يمتزج ما كان في يد أحدهما مع مالٍ لثالث، فصاحب المال الممتزج شريك معه على القولين. وأما لو امتزج ما بيد الآخذ مع سائر أمواله، فلا شركة بناءً على الملك كما هو واضح، وبناءً على الإباحة، فالشركة حاصلة. نعم، لو رجع المعطي، فهل تحصل الشركة أولاً؟ فذاك بحث آخر. وعلى العكس فالعكس، فإنه لو امتزج ما في يد الآخذ مع سائر أموال المعطي فلا شركة بناءً على الإباحة، وبناءً على الملك فالشركة.

والرابع: قد اختلفت الأنظار في حقيقة الشركة، هل هي الملكية الواحدة لمالكين مثلاً، فالملكية الواحدة قائمة باثنين، لكون الملكية من الأمور الاعتبارية، فتقبل القيام بأكثر من واحد، وأما على القول بكونها من مقولة الجدة أو الإضافة كما توهم، فلا يعقل قيامها بموضوعين.

وهذا قول المشهور.

أو أنها ملكيتان والمملوك واحد، فلكل منهما ملكية ناقصة بالنسبة إلى

المملوك الواحد، فإن حصل الإفراز، فلكلّ الملكية التامة. وهذا قول آخر. والمشهور على أنّ حقيقة الشركة هي: أن الشيء الواحد في حدّ نفسه قابلٌ للانقسام بحسب الكسور، فالملكيّة واحدة والمالك متعدّد وكذا المملوك وهو الكسور، فكان للملكيّة سنخين، استقلاليّة وإشاعيّة. والخامس: الشركة الإشاعيّة تارة: هي كذلك من أوّل الأمر، كما لو ورث جماعة المال الواحد، وأخرى: تحصل الشركة بالامتزاج. وعلى الثاني: فوجهان، إذ يحتمل أن تبقى الأجزاء الواقعيّة على ملك صاحبها إلا أن الامتياز بينها في الخارج غير ممكن، أو أنها - كما عليه المشهور - تخرج عن الملكيّة الاستقلاليّة وتصير كلّها إشاعيّة؟

والسادس: إن مورد الكلام المتعاطيان اللذان قصدا الملك، وقد قلنا بأن مقتضى العمومات كونه بيعاً ولازماً، وأنّ القول بالإباحة والملك الجائز خلاف ما تدلّ عليه العمومات والإطلاقات. وعليه، فعندنا أصلان أحدهما أصالة الملك والآخر أصالة اللزوم، وهما المرجع في كلّ ما كان خارجاً عن القدر المتيقّن من دليل الإباحة أو الجواز وبعد:

لقد كان لكلّ من المتعاطيين ملك انفرادي استقلالي متعيّن في الخارج، والقدر المتيقّن من جواز الترادّ أن يرجع العينان على ما كانا عليه من الأوصاف والملكيّة، ولكن قد تغيّر الوصف بالامتزاج، وتبدّلت الملكيّة الاستقلاليّة إلى الاشتراكيّة، فإذن: يمتنع الترادّ....

وأما على القول بالإباحة، فقد قال الشيخ ببقاء أصالة السلطنة، وظاهره ثبوت الشركة في جميع الصّور الأربعة.

ولكنّ التحقيق: ثبوت الإباحة - على القول بها - فيما لو بقيت العينان

على ما هما عليه، ومع الامتزاج لابقاء كذلك، فالمرجع الأصلان المذكوران،
إلا في صورة امتزاج المأخوذ بمال المعطي، فيمكن الموافقة مع الشيخ فيها
فقط.

لو وقع التصرف المغير في العين؟

قوله:

ولو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة، كطحن الحنطة وفصل الشوب،
فلا لزوم على القول بالإباحة، وعلى القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....
أقول:

إن الشيء غير تالف، والصورة النوعية محفوظة، والمال موجود عنده،
غير أن هيئة الشيء قد تغيرت، فعلى القول بالإباحة يجوز الرجوع، وعلى
القول بالملك، ففي اللزوم وجهان....

يعني: إن جواز التراد كان ثابتاً قبل التصرف المغير، فيقع الشك على أثر
التغير في بقاءه، فهل يجري الاستصحاب أولاً؟ وقد ذكر الشيخ: منشأ
الإشكال: أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

وقد حكى الشهيد الثاني عن بعض الأصحاب - فيما لو صبغ الثوب أو
فصل - القول باللزوم، لامتناع التراد بسبب الأثر المتجدد.

فأقول: لو ملك الإنسان شيئاً بسبب من الأسباب، ثم تصرف فيه تصرفاً
يوجب إزدياد قيمته، فلو كان للمالك الأول خياراً وأخذ به، أو كان هبةً فرجع،
فإنه يكون شريكاً في الماليتة، كما عليه جماعة كالمحقق، وقيل باحتمال
الشركة في العين.

أما بناءً على أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة، فإن التغيير إن سبب ازدياد

القيمة، حصلت الشركة في المالية، ولا تراذ حينئذٍ، سواء كانت الشركة في المالية أو العين، وإن سبب النقص في القيمة كان مضموناً، لأن المعاطاة كانت بنحو التضمين في التصرفات ضماناً بالمسمى.

وأما بناءً على الإباحة، ففي إزدياد القيمة، الشركة، وفي نقصانها، الإباحة بالضمان كذلك.

وعلى كل تقدير، فالعوضان غير باقيين على ما هما عليه، وقد تقدّم أن مقتضى العمومات والإطلاقات أن هذا بيع عرفي، غير أن الإجماع قد قام على الجواز أو الإباحة، إلا أنه دليل منفصل مجمل، والقدر المتيقن منه صورة بقاء العوضين بعينهما، والمفروض عدمه، وعليه، فلا إباحة أو ملك جائز، ويدل عليه ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام:

«في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً. فقال عليه السلام: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العين»^(١).

فما ذهب إليه بعض الأصحاب - كما حكى الشهيد الثاني - هو المختار. فسواء كان الموضوع حقيقياً أو عرفياً، لا يجري الاستصحاب بالنظر إلى العمومات. وبعبارة أخرى: لا تصل النوبة إلى الأصل مع وجود الدليل.

هل يورث جواز الرجوع؟

قوله:

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٠، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالإسقاط....
أقول:

لم يصرح بذلك من قبل، ولعله يريد قوله في مسألة لزوم بالتلف من أن جواز الرجوع من عوارض العوضين لا من عوارض العقد.
إن خيار الفسخ من الحقوق وله آثار، منها الانتقال بالإرث وقبوله للإسقاط، لكن جواز التراد حكم شرعي، فلا يقبل الإسقاط مطلقاً.
ولو قيل: بأن الرجوع في المعاطاة فسخ للعقد أيضاً، ولذا جاء في بعض العبارات في مسألة المعاطاة كلمة: يجوز الفسخ، فلم لا يكون الرجوع حقاً كذلك؟

قلنا: فرق بين حل العقد وفسخه بالخيار، وجواز تراد العوضين، فذاك يكون بالمطابقة، وهذا بالملازمة من جهة ارتفاع الموضوع به، فكلما كان الفسخ فيه بالمطابقة فهو حق، وكلما كان بالالتزام فهو حكم.
ولو شككنا في أن جواز الرجوع حكم أو حق، رجع الشك إلى حدوث آثار الحق، والأصل العدم.

فالحاصل: إن جواز الرجوع لا يورث بالموت ولا يسقط بالإسقاط مطلقاً، لأنه حكم، ولا يشمل النبوي: «ما كان للميت من ملك أو حق فهو لوارثه»^(١) ومع الشك، يستصحب عدم الانتقال وعدم السقوط بالإسقاط. وبالجمله، فإنه لو لم يكن حكماً، فإن آثار الحق لا ترتب عليه.
قوله:

بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، وعلى القول بالإباحة نظير

(١) رواه السيد الزيدي عن النبي صلى الله عليه وآله مرسلًا بلفظ «ما ترك الميت من مالي...» حاشية المكاسب

الرجوع في الطعام، بحيث ينافي الحكم فيه بالرضا الباطني....
أقول:

أما على القول بالملك، فكذلك. أما على القول بالإباحة، ففيما ذكر نظري:
أما أولاً: فلأن لازمه رجوع كل مال مأخوذ بالمعاطاة إلى صاحبه بموت
الآخذ، لأن المفروض كونه إباحة له، وقد مات، وليس هناك إباحة لورثته،
فالتنظير بإباحة الطعام في غير محله، وهو خلاف السيرة القطعية.

وأما ثانياً: فإن مفهوم الإناطة بالرضا الباطني عدم الإباحة مع الكراهة
الباطنية، وهذا عجيب جداً، لأن هذه إباحة قام الإجماع ونحوه على شرعيتها
أو أنها إباحة من المتعاطين في ضمن التملك منهما، فأمضاها الشارع دون
التمليك، فهي - على كل حال - إباحة تعبدية شرعية، ولا وجه لإناطتها
بالرضا الباطني، ولو شك، فإنها تستصحب.

فما ذكره سهو من قلمه قطعاً.

قوله:

فلو مات أحد المالكين لم يجرز لوارثه الرجوع....

أقول:

لأن جواز الرجوع حكم، والحكم لا يورث، ولو شك فالأصل عدمه،
كما لا جواز للرجوع في الطرف المقابل، بأن يرجع على الوارث، لأنه كان
يجوز له الرجوع على الآخذ بالمعاطاة لا على الوارث المالك بالإرث، ولو
شك، فالأصل عدم كذلك.

لكن مفهوم كلامه هو جواز رجوع الوارث، على القول بالإباحة.
وفيه: إنها كانت إباحة معاوضة، وقد تقدم أن كلاً من العيين مضمون
بما يقابله، فلو أراد الرجوع اعتبر بقاؤهما على ما هما عليه، والحال أنه

ليس كذلك.

ولامجال للتمسك بقاعدة السلطنة هنا، لما تقدّم من لزوم المعاطاة قبل الموت بالملكية آنأما.

فالحق: عدم جواز رجوع الوارث، على كلا القولين.

لو جنّ أحد المتعاطيين؟

قوله:

ولو جنّ أحدهما....

أقول:

وهذا أيضاً عجيب.

أما على القول بالملك، فإن الولي له حق التصرف في أموال المولى عليه، وقد تقدّم أن جواز الرجوع ليس من الأموال بل هو حكم شرعي.

وأما على القول بالإباحة، فيمكن تقريبه: بأن المال الذي بيد المجنون للطرف المقابل، فللولي الرجوع - من باب الغبطة - فيأخذ المال من الطرف ويسلمه ملكه الذي بيد المجنون.

فقوله «على القولين» لا يمكن المساعدة عليه.

القَنْبِيَةُ السَّابِعُ

قال الشيخ:

إن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاوضة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة....
أقول:

هل تجري الخيارات في المعاوضة؟

موضوع هذا التنبيه جريان الخيارات في المعاوضة وعدمه.
ولا يخفى: أن الخيار هو حل العقد، ونتيجته: رجوع كل من المالكين إلى ملك صاحبه، وهذا المعنى موجود في المعاوضة قبل مجئ شيء من الملزمات، فهو تحصيل للحاصل.

ولا يتوهم، جواز اجتماع سببين من أسباب الخيار في المورد الواحد، بأن يجوز التراذ والخيار معاً، وذلك: لوضوح الفرق بين البايين، فهناك النتيجة غير حاصلة، بخلاف ما نحن فيه، فإن جواز التراذ موجود.

وما ذكره الشهيد الثاني مبني على ما عليه المشهور من إفادة المعاوضة للإباحة، فللفقهاء فيها مسالك ثلاثة: أنها تفيد الملك الجائز، وأنها تفيد الإباحة وتلزم بالتلف ونحوه، وأنها بيع والملكية منوطة بالتلف ونحوه، كما في الصّرف والسلم، وهذا ما احتمله الشهيد الثاني واختاره المحقق الخراساني، وربما يظهر من بعض كلمات الشيخ.

ويقابل هذه الأقوال: القول بأنها معاوضة مستقلة.

هذا، وقد قال الشهيد بالتفصيل:

أما خيار العيب والغبن، فأثبتهما، لأن أصالة السلامة في العوضين تقتضي عدم العيب، وأصالة التساوي بينهما تقتضي عدم الغبن، وهذان الأصلان جاريان في كل عقد من العقود.

وأما خيار الحيوان، مع تلف الثمن أو بعضه، فجريانه مشكل - أما مع تلف الحيوان، فلا خيار، بل المعاملة باطلة، لأن كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له -، إذ يحتمل أن تكون معاملةً مستقلةً أو بيعاً مع الخيار، وعلى الخيار، فهل هو من حين المعاطاة أو التلف؟

قال: اللهم إلا أن يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه.

أي: فيكون نظير بيع الصرف، حيث الإنشاء جزء السبب والقبض في المجلس تمامه.

وأما خيار المجلس فقال بأنه منتف.

ولعله من جهة أنه قبل التلف لم يكن بيع، وبعده لا مجلس.
قوله:

وكيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه إلا....
أقول:

إن من يرتب الأثر على التلف من الفقهاء لا يرتبه من باب أن المعاطاة بيع، بل هو بلحاظ أن الإمضاء الشرعي للبيع المعاطاتي ليس إلا بعد التلف.
ثم إنه ذكر المحكي عن الشهيد الأول من أنها معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة. أي بحسب حالتها المعاطاة، فهي ليست ببيع بل إباحة معوضة، فأورد عليه: بأنه كيف تحصل الملكية، بل عليكم أن تقولوا بأنها إباحة حصل لها اللزوم.

والتحقيق أن يقال:

بناءً على القول بالملك:

في خيار المجلس بناءً على الملك

أما خيار المجلس، فلو وقع التلف في المجلس، فالخيار ثابت، لأن التلف وإن كان يقتضي لزوم، لكن وقوعه في المجلس واقتترانه بخياره يقتضي الخيار.

ولا يخفى أن هذا مبني على اختصاص قاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ويوجب بطلان البيع» بخيار الحيوان والشروط، إذ لا دليل على جريانها في غيرها من الخيارات، لعدم الزمان إلا فيهما، فلو جرى في خيار المجلس أيضاً انحلال العقد، ولم يبق بيع حتى يثبت فيه الخيار.

فإن قلت: إن المعاطاة تلزم بسبب التلف في المجلس ويرتفع جوازها، لكنه لزوم يفيد الخيار، فيلزم من وجوده عدمه.

قلت: إنه بالتلف يرتفع جواز التراد وهو الجواز الحكمي، ويتحقق بارتفاعه الجواز الحقيقي، ولا مانع من الالتزام بذلك.

ولو وقع التلف بعد المجلس، فقبل التلف فلا خيار، لوجود التراد، فهو تحصيل للحاصل، وبعده لا خيار لعدم المجلس.

في خيار الحيوان بناءً على الملك

وأما خيار الحيوان، فقد يكون التالف هو الثمن، قبل الثلاثة أيام من حين المعاطاة أو بعدها، وقد يكون هو الحيوان، قبلها أو بعدها.

فإن تلف الثمن عند البائع في الثلاثة أيام، فما دام لم يتلف فلا خيار، وإذا

تلف لزمت المعاملة بالنسبة إلى البائع وللمشتري الخيار، وإن تلف بعدها فلا خيار لهما، أما البائع، فواضح، وأما المشتري، فلمضي الثلاثة أيام. وإن تلف الحيوان، فلا خيار أصلاً، لأنه إن كان بعد الثلاثة فواضح، وإن كان فيها، فالعقد باطل، لأن تلف المبيع في زمن الخيار ممن لا خيار له، فخيار الحيوان ليس إلا في تلف الثمن في الثلاثة أيام، وهو للمشتري فقط.

في خيار العيب والغبن بناءً على الملك

وأما خيار العيب والغبن، فإن كان التلف قبل ظهورهما، فلا خيار أصلاً، وإن كان بعد ظهور العيب، فبناءً على عدم جريان القاعدة في خيار العيب كما هو المتسالم عليه، فلا خيار للردّ وإنما يثبت الخيار الأرشى، وأما خيار الغبن، فهو ثابت.

وأما خيار تأخير الثمن، فلا موضوع له في المعاطاة، كما لا يخفى. وأما خيار الشرط، فتارةً هو: خيار تخلف الشرط، كأن يشترط شرطاً في زمن معين فلا يتحقق، فهنا يثبت الخيار بعد التلف. وأخرى: يكون قد شرط خيار الفسخ إلى شهر مثلاً، فإنه إذا تلف في المدة بطل العقد ولا موضوع للخيار. ومما ذكرنا، يظهر الحكم في سائر الخيارات. وهذا كله بناءً على القول بالملك.

وأما بناءً على القول بالإباحة الشرعية وإن قصد البيع والتمليك، فالتلف قد يكون سبباً لتحقيق البيع، وقد لا يكون وتبقى الإباحة:

في خيار المجلس بناءً على الإباحة

فأما خيار المجلس، فإن وقع التلف في المجلس لم يتحقق البيع شرعاً،

وإذا كان التلف محققاً للبيع ووقع بعد المجلس، فلا خيار لعدم المجلس. إلا أن يقال: المعاوضة لم تكن بيعاً وقد وقع التلف في المجلس، فزمان تحقق التلف هو زمان تحقق البيع، فالخيار ثابت.

في خيار الحيوان بناءً على الإباحة

وأما خيار الحيوان، فإن تلف الحيوان في الأيام الثلاثة وكان موجباً لتحقيق البيع، فهو يتحقق في آن التلف، وحيث إن ينحل العقد، لأن التلف في زمن الخيار، فيلزم من كونه بيعاً عدم كونه بيعاً، فلا يعقل ثبوت خيار الحيوان في هذه الصورة.

وأما بناءً على قول المشهور من أن المعاوضة تفيد الإباحة وتلزم وتحصل الملكية بالتلف ونحوه، فلا يثبت شيء من الخيارات، لأن المفروض أن المعاوضة ليست ببيع شرعي، والتلف ونحوه ليس ببيع بل هو سبب كسائر الأسباب من الإرث والحيازة وغيرهما.

وأما بناءً على قول الشيخ هنا، من أنها على القول بالإباحة بيع عرفي... فنقول:

إنه ما لم يتحقق التصرف أو التلف، فلا ملكية، وإذا تحقق أمضى الشارع بيعية المعاوضة، فيكون التلف الجزء الأخير للسبب التام، كما قال الشهيد الثاني، ففي آن التلف أو التصرف يتحقق البيع ويتم الموضوع لأحكامه، وعلى هذا: ففي خيار الحيوان لابد من التفصيل بين المشتري والبائع، وبين أن يكون المتمم للسبب هو التلف أو التصرف. فلو تصرف البائع في الثمن أو تلف عنده، ففي ذلك الحين يتحقق البيع المعاوضاتي، وهو مبدء الثلاثة الأيام، فلو فسخ كان له بدل التالف.

وأما إذا وقع التصرف أو التلف في الحيوان، فلا بدّ من التفصيل، لأنه إن كان التلف، فلا يعقل تمامية المعاطاة به، لوقوعه في زمن الخيار، فيلزم من إثبات البيعة به عدم البيعة، لأنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له، فلا يعقل حدوث الخيار بالتلف، وإن كان الواقع في الحيوان هو التصرف الملزم من المشتري، ففي آن التصرف يتحقّق المقتضي للخيار، ولكنّ خيار الحيوان يسقط بالتصرّف، للنصّ^(١)، فلا يمكن ثبوت الخيار بالتصرّف، لأنّه كلّما كان رافعاً لشيء فوجوده قبله مانع عن حدوثه.

وفي خيار المجلس، إن كانا في المجلس ولا تصرّف ولا تلف، فلا بيع حتّى يثبت الخيار، وإن وقع في المجلس شيء من ذلك، فلا ريب في ثبوته. ولو انقضى المجلس ثم اجتمعا في مكان ووقع التلف أو التصرف في حال اجتماعهما، أشكل ثبوت الخيار، لعدم انطباق أدلّة خيار المجلس على هذا الاجتماع.

في خيار الغبن والعيب على الإباحة

وفي خيار العيب، إن كان التلف أو التصرف قبل ظهوره أو بعده، فإنه بمجرد وقوع أحدهما يلزم البيع ولا رجوع، لكنّ يثبت الأرش. وفي خيار الغبن، إن كان وقوع التلف أو التصرف قبل ظهوره، فإنه يثبت الخيار بظهوره، وإن كان بعده، فلا خيار على القول بفوريته، وهو ثابت على القول بعدمها.

وأما بقية الخيارات، فالقاعدة الكلية هي: إن كلّ خيار كان التلف أو التصرف مسقطاً له، فلا حدوث له، وكلّ خيار لا يسقطه أحد الأمرين فالبيع محقق والخيار ثابت.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٣، باب سقوط خيار المشتري بتصرّفه في الحيوان.

التنبيه الثامن

هل العقد اللفظي الفاقد لبعض الشروط المعتمدة - كالعربية والماضوية وغيرهما - حكمه حكم المعاملة المعاطاتية، بأن يكون مفيداً للملكية على القول بالملك والإباحة على القول بها، إلا أنه غير لازم، بناءً على أن المعاطاة غير لازمة، إلا إذا حصل شيء من الملزمات فيتحقق الضمان بالعوض المسمى؟

هل حكم العقد الفاقد لبعض الشروط حكم المعاطاة؟

المحكى عن المحقق والشهيد الثانيين وغيرهما: أن القول الفاقد لبعض الشروط معاطاة، ولعلهم يريدون أنه بمنزلة المعاطاة وحكمه حكمها، وعليه، فكيف يجمع بين هذا الكلام وما اتفقوا عليه من أن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها شيء ووجودها كالعدم؟

قال الشيخ:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قوينا سابقاً... فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً، وإن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقاً؟

أقول:

ينبغي تقديم مقدمة فيها أمور:

الأول: إن اللزوم والجواز من عوارض العقد، وأما الشروط المتعلقة بالعوضين أو المتعاقدين، فلا علاقة لها باللزوم والجواز، بل لها ربط بعالم

الصحة والفساد، ففقدان شرائط اللزوم أمر، وفقدان شرائط العوضين مثلاً أمر آخر، اللهم إلا أن يقال بكفاية الرضا المستكشف -ولو ضمناً- فيتعدى إلى المورد الفاقد لشرائط العوضين مثلاً.

وعلى الجملة، فإن موضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللزوم، ولا دخل للأمور الأخرى في البحث.

والثاني: إن المعاوضة عبارة عن جعل العوضيّة، وجعل العوضيّة أمرٌ وجعل الرخصة في التصرف أمر آخر، والفرق بينهما واضح.

والثالث: التمليك وغيره من مضامين المعاملات أمور إرادية قصدية، لكن لا الإرادة الباطنية، ولا هي مع إبرازها في الخارج بأي نحو، بل هي إيجاد ما في الضمير في الخارج على النحو المعبر، المعبر عنه بالإنشاء، فهو يوجد مراده النفساني وينشؤه في الخارج، وعليه، فالمناط هو المراد النفساني والجاعل له النفس الناطقة الإنسانية، لكن مع الجعل خارجاً، فإن اعتبرنا اللفظ الخاص فهو، وإن قلنا بكفاية أي مبرز كان -كما عليه السيد رحمه الله- كفت المصافقة والكتابة والإشارة والإمضاء.

والرابع: المتعاملان، تارة: يقصدان التسبب إلى الاعتبار الشرعي للملكية واللزوم، وهما يعتقدان بأن العقد الفاقد الذي أو جداه سبب لما يعتبره الشارع، وأخرى: هما غير ملتفتين إلى السببية الشرعية وعدمها، أو هما جاهلان بما يراه الشارع سبباً. وأما أن يوجد عقداً كذلك وينسبانه إلى الشارع مع العلم بعدم مشروعيته، فبعيد جداً.

والخامس: إن الإنشاء بالقول الفاقد لبعض الشرائط، تارة: غير متعقب بوصول العوضين وإيصالهما، فهذا لا أثر له إلا على قول الشهيد والمحقق، الثانيين من أن القول الفاقد لبعض الشرائط وإن لم يكن عقداً لازماً إلا أنه

معاطاة، فيكون لمثله اقتضاء التأثير، ولكل من الطرفين أن يتصدى لأن يتناول ما تقاولا عليه، وحيثنذ يترتب عليه أحكام المعاطاة من الملزمات وغيرها، فلو نقل أحدهما الشيء قبل أن يتناوله بنقل لازم إلى ثالث لزمّت المعاملة. واخلرى: يتحقق الوصول مع تراضيهما من دون إيصالٍ منهما. وثالثة: يتحقق الوصول بغير رضا منهما، كأن يكون قهراً عليهما وإجباراً لهما.

ورابعة: يتعقب بالإيصال بعنوان الجري على مقتضى العقد. وخامسة: يتحقق إنشاء التمليك ثم يتعقبه الإقباض والإيصال بقصد التمليك عملاً، إحتياطاً أو تأكيداً للإنشاء القولي.

وسادسة: أن ينشئ العقد ثم يقبض الشيء بداعي الإذن في التصرف حتى لو كان العقد القولي فاسداً، مع علمه بفساد العقد أو جهله بذلك.

فالتصور ستة. نعم، تبقى صورة ما إذا تحقق الإيصال بلا عقد لفظي مطلقاً ولا معاطاة من الطرفين، كدخول الحمام ووضع الفلوس في كوز الحمامي، حيث لم يستبعد الشيخ أن يكون معاطاة، وسيأتي التحقيق فيها.

أما في صورة عدم الإيصال والوصول، فقد قال المحقق والشهيد الثانيان بكونه معاطاة. قال الأول: وإن كان غير ما قلناه يكون معاطاة^(١): أي: إن نفس العقد الفاقد للشرائط يكون معاطاة مع الرضا بالتصرف، حتى لو جاء وأخذ ولم يكن إعطاء من الطرفين أصلاً. وفيه:

أولاً: إن المعاطاة مفاعلة من العطاء، والمفروض عدم تحققه، فلذا عبرا بالمعاطاة، أللهم إلا أن يكون المراد أنه في حكم المعاطاة، كما ذكرنا.

وثانياً: الشرائط التي ذكرها هي الشرائط التي يذكرها الفقهاء للعقد المؤثر شرعاً، فلولم تكن الشرائط فلا ملكية ولا إباحة. أما الملكية، فلعدم الشرائط، وأما الإباحة، فلعدم الشرائط، وأما الإباحة، فلعدم التسليم الخارجي حتى يكون متضمناً للإباحة المالكية، فبأي وجه يكون ترتب حكم المعاطاة. وثالثاً: قوله مع الرضا بالتصرف. إن أراد الرضا الباطني، فلا دليل على تأثيره، اللهم إلا من باب شاهد الحال، لكن هذا لا ربط له بالمعاطاة لأنها معاوضة، بحيث لو تحقق شيء من الملزمات ثبت الضمان بالمسمى، أما الرضا الباطني المستكشف من شاهد الحال، فلا وجه لأن يكون معاطاة.

فالقول المذكور ساقط. اللهم إلا أن نتأوله بأن العقد الفاقد لبعض الشرائط تشمله العمومات، والمراد من الشرائط هي شرائط اللزوم، فإذا فقد بعضها أفاد العقد الملكية غير اللازمة، وهذا هو حكم المعاطاة. لكن مقتضى العمومات المستدل بها على المعاطاة هو الملكية اللازمة، سواء تحقق الإيصال والوصول أو لم يتحقق.

وأما إذا تحقق العقد اللفظي الفاقد لبعض الشرائط، ثم حصل الإعطاء بداعي التملك، إما تأكيداً للعقد اللفظي أو احتياطاً أو علم بأن الإنشاء اللفظي غير مؤثر، فهذا معاطاة بلا ريب.

وأما الإيصال بمقتضى الجري على المعاملة، أو الوصول بلا إيصال من الطرف بل قهراً عليه، ففي هاتين الصورتين قالوا: بالفساد، لعدم كونه مؤثراً في الملكية والإيصال لم يكن برضى مستقل، فهو لغو، والوصول القهري فاسد بالأولوية. قال الشيخ.

وهذان الوجهان مما لا اشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين.

إلا أن ما ذهبوا إليه إنما يصح فيما إذا كانت الشرائط شرائط للصحة، وأما

على القول بكونها شرائط اللزوم، فالصحيح هو القول بحصول الملكية الجائزة في الصورة الأولى من الصورتين.
وأما الصورتان الباقيتان:

بأن ينشئ العقد ثم يعطي العوض عن رضا لكن لا بالرضا العاملي، ومن دون قصد إنشاء تمليك به، ومن دون أن يكون الإعطاء جرياً على العقد، بل يعطي بقطع النظر عن العقد، فهو راضٍ حتى لو بُعِثَ على فساد العقد.
أو بأن ينشئ العقد ثم يصل العوض وهو راضٍ بذلك.

فالمفروض أن العقد فاقد للشرائط ولا أثر له، والإيصال الحاصل لم يكن بقصد الإنشاء ولا جرياً على العقد، فإذن، لا يوجد الإنشاء لا قولاً ولا فعلاً، لكن المعاملة متقومة بالإنشاء كما هو معلوم، ومجرد الرضا لا يحقق المعاملة، فمقتضى القاعدة عدم تحققها.
قوله:

فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين: الأول: كفاية هذا الرضا المركز في النفس بل الرضا الشأني... الثاني: إنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض... بل يكفي وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر... وفيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع... ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي... وأن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة....
أقول:

قد ذكر الشيخ في التنبيه الرابع أن مجرد الإباحة من المالك لا يكفي لجواز التصرفات المتوقفة على الملك، فليس للمالك إباحة جميعها، فهل يقصد فيما نحن فيه التصرفات المتوقفة على الملك أيضاً؟
إنه إن لم تكن التصرفات المذكورة جائزة، فهذا لا صلة له بالمعاطاة،

لأنَّ القائلين بإفادتها الإباحة يقولون بجوازها، وقد ذكرنا أن مقتضى التحقيق بناءً على هذا القول، أن تكون المعاطاة مفيدة للملكية بشرط التلف أو التصرفات، وكلام الشيخ ناظر إلى هذا. وعلى الجملة، فهم يقولون بجواز التصرفات وأن المعاطاة تلزم بحصول واحدٍ منها.

وإن كان راضياً بذلك، فقد ذكر الشيخ - في التنبيه السابع - أن الرضا لا يكون مشرعاً، وعليه، فلا أثر للرّضا أصلاً، فكيف يقول هنا في آخر كلامه:

هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟

فالمعيار في المعاطاة: وصول المالكين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس يبعد على القول بالإباحة.

اللهم إلّا في الموارد التي قامت السيرة عليها وتم استكشاف رأي المعصوم بتلك السيرة، فالمعاطاة متحققة فيها فقط، ولا يجوز التعدي عنها إلى غيرها، أخذاً بالقدر المتيقن من السيرة.

والحاصل: أن ما قال «ليس ببعيد» بعيد جداً.

وتحرير الكلام في المقام:

إنَّ المعاوضة بين المالكين: جعل أحدهما عوضاً عن الآخر في جهة، وأما الإباحة في مقابل الإباحة، فإنها معاوضة بين الإباحتين لا بين المالكين، وهذا إشكال آخر على كلام الشيخ رحمه الله، وقد تقدّم أن التملك أمر إراديّ ينشؤه الإنسان ويوجد في الخارج، ويسمى إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ فقد جعل المعاوضة بين المالكين في الملكية، وعندنا أن هذا بيع عرفيٍّ والعمومات والإطلاقات شاملة له، وأما الشرائط، فلا دليل على دخلها في إفادة الملكية - بخلاف شرائط العوضين والمتعاقدين - وعليه، فلا وجه

للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط، بل العقد صحيح، فإن كانت دخيلة في لزومه، فالعقد الفاقد لبعضها جائز غير لازم وحكمه حكم المعاطاة، وإن لم يكن لها دخل في اللزوم، فما أنشأه بالقول مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين بيع لازم.

وعلى ما ذكرنا، فلا حاجة إلى الجمع بين كلمات المحقق والعلامة، وقول المحقق والشهيد الثانيين.

قوله:

وربما يجمع... فيقال:

أقول:

هذا الجمع من صاحب مفتاح الكرامة، وحاصله: إن من قال: بأن مثل هذه الصيغة حكمها حكم المعاطاة، قال بذلك فيما إذا كان الإقباض من باب الرضا المطلق، ومن قال: بأنه فاسد ولا يجوز التصرف في المأخوذ، قال بذلك فيما إذا أنشأ التمليك فاقدًا للشرائط وكان إقباضه جرياً على مقتضى العقد.

وبعبارة أخرى: إن كان رضاه منوطاً بالعقد، فلا أثر له، وإن لم يكن منوطاً به، كان مؤثراً وبحكم المعاطاة.

قوله:

المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحداً هو التمليك، ومن المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، والموجود بعده....

أقول:

هذا إشكال الشيخ على وجه الجمع المذكور.

وبيانٍ أوفى: إنَّ المفروض عندهم أنَّ الشرائط دخيلة في صَحَّة العقد، فلا أثر للعقد الفاقد لبعض الشرائط، لكنَّ إنحلال إنشاء التملك إلى إنشائين أحدهما التملك والآخر الرضا بالتصرف، غير معقول، على أن إنشاء الرضا بتصرف الغير فيما يملكه لغو.

وعلى الجملة، فإنَّ الانشاء أمر بسيط، وليس بمركب، والإقباض رضا بالتصرف، فإنَّ كان رضئ بفعل نفسه حيث أوصل مال الغير إلى صاحبه، فهذا باطل، وإنَّ كان إقباضه بقصد التملك، فهو معاطاة خارجية صحيحة قد اقترنت بعقد فاسد، ولا يضرُّ بها اقترانها به، وإنَّ كان إباحة في مقابل إباحة، فهذا ليس من المعاطاة في شيء ولا أثر له، كما تقدَّم في التنبيه الرابع، وإنَّ كان رضئ بالتصرف بشاهد الحال، فيترتب عليه آثار الإباحة المجانية ولا ربط له بالمعاطاة حتى تترتب عليه آثارها.

وتلخص: إنَّ العقد فاسد، ولا أثر للإقباض الحاصل بعده أصلاً.
وقال المحقق الخراساني: إنَّ الصيغة المفروضة وإنَّ لم تتضمن إلَّا إنشاءً واحداً، والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلَّا أنَّ الصحَّة والفساد لما كان من الأمور الإضافية كما أشرنا إليه في بعض الحواشي السابقة، كان فساد الصيغة المنشأ بها التملك بما هي عقد البيع، ولا يترتب عليها شيء ممَّا يكون من آثار العقد، من اللزوم وغيره، لا ينافي كونها معاطاة وداخلة في المسألة التي تكون معركة الآراء وصحيحة بما هو بيع عند بعض وإباحة عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضممان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزل على أنه حكم اقتضائي لافعلي، بمعنى أن قضية فساد ما هو عقد ذلك لو لم يجئ في البين الحكم بصحَّته بوجه آخر، أي بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر في

المقامين. فتفتن^(١).

وخلاصته: إن العقد الواقع فاسد من حيث العقدية، وصحيح من حيث المعاطاتية، والضمان هو من باب الإقتضاء وعدم الضمان من حيث المعاطاتية. وما ذكره في غاية البعد عن كلام القوم، فإن حكمهم بالفساد مطلق لا حيثي، وقولهم بالضمان هو بالفعل لا بمجرد الإقتضاء.

وبعد، فقد ذكرنا سابقاً أن التملك أمر إرادي إلا أنه يؤثر إذا أنشأه، فإن قلنا في تحقق المعاطاة بكفاية إعطاء كل منهما ماله للآخر، فإن العقد اللفظي الفاقد للشرائط وإن كان فاسداً من حيث التأثير، إلا أنه يكفي لأن يكون مبرزاً للإرادة النفسانية للتملك، فإذا تحقق الإنشاء والإبراز لما في الضمير والتعاطي في الخارج، فقد تحققت المعاطاة، وهذا مراد المحقق والشهيد الثانيين، وحيث يكون الواقع معاطاة حقيقة لا بحكم المعاطاة كما تقدم منا.

وعلى الجملة، إنه لا يعتبر في المعاطاة آلية الفعل للإنشاء، بل المعتبر فيها أن تكون واجدةً للتعاطي والإنشاء، والمركب منهما محقق للمعاطاة، والمفروض تحقق الأمرين في هذه الصورة، فالمعاطاة محققة.

والحاصل: إنه فاسد إن لم يكن التعاطي بعد الإنشاء أو كان الوصول قهرياً، وهو صحيح إن كان جامعاً للشرائط وإن لم يكن إيصال. أما لو وقع العقد الفاسد لفقد بعض الشرائط ولكن تحقق الإيصال بعده، فقد تحققت المعاطاة.

وهكذا يتم الجمع بين القولين.

وهذا تمام الكلام في المعاطاة.

انتهى الجزء الأول وسيتلوه الجزء الثاني.

المحتويات

٥٠.....	مقدمة الكتاب.....
٢٧.....	البيع: معاملة إنشائية بين اثنين بنحو المعاوضة في الملكية.....
٢٨.....	قول الشيخ: وهو مبادلة مالٍ بمال.....
٢٩.....	إشكال المحقق الخراساني على الشيخ.....
٢٩.....	الردّ على الإشكال.....
٢٩.....	تحقيق المحقق الإصفهاني في معنى هيئة المفاعلة.....
٣٤.....	في هيئة التفاعل.....!
٣٧.....	إشكال آخر على المحقق الخراساني.....
٣٨.....	رأي المحقق الثاني في متعلّق المبادلة.....
٣٩.....	الإشكال عليه.....
٤٢.....	الكلام في المعوّض.....
٤٢.....	هل يختصّ المعوّض بالعين فلا يعمّ المنفعة؟.....
٤٢.....	إشكالٌ وجواب.....
٤٤.....	في المسألة قولان.....
٤٧.....	في المراد من العين.....
٥١.....	من أخبار استعمال البيع في نقل غير الأعيان.....

٥٥.....	الكلام في العوض
٥٥.....	المنفعة
٥٧.....	عمل الحر
٥٧.....	وجوه الإشكال
٥٩.....	الجواب
٦٣.....	الكلام في الحقوق
٦٤.....	دفع الاشكال عن كلام الشيخ
٦٥.....	الإشكالات الواردة
٦٦.....	حقيقة الحق والفرق بينه وبين الحكم والملك
٦٦.....	الحكم
٦٧.....	الحق
٧٠.....	هل يقبل الإسقاط والنقل؟
٧١.....	ما هو مقتضى الأصل؟
٧٣.....	أقسام الحق
٧٤.....	الأقوال الأخرى في حقيقة الحق
٨٠.....	الملك
٨٢.....	في حقيقة الملكية
٨٦.....	الكلام في تعريف البيع
٩١.....	تعريف الشيخ
٩١.....	الإشكال عليه
٩٣.....	رد الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه
٩٦.....	الإشكال بصدقه على الشراء
٩٧.....	الإشكال بانتفاضه بمستأجر العين بعين

- ١٠٠..... إنتفاض طرده بالصِّلح
- ١٠٢..... هل يشمل الهبة المعوضة؟
- ١٠٤..... كيفية إخراج القرض
- ١٠٩..... استعمال البيع في معانٍ أخر
- ١١٠..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأول
- ١١٩..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثاني
- ١٢٠..... الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثالث
- ١٢٣..... هل البيع اسمٌ للصحيح؟
- ١٢٤..... الإشكال على الشهيدين
- ١٢٧..... وجه التمسك بالإطلاقات
- ١٣٥..... المعاطاة
- ١٣٧..... تعريف المعاطاة
- ١٣٩..... أقسام المعاطاة
- ١٤٥..... حكم البيع المعاطاتي
- ١٤٦..... رأي المحقق الثاني في تحرير محل النزاع
- ١٤٩..... رأي صاحب الجواهر
- ١٥١..... رأي الشيخ الأنصاري
- ١٥٢..... رأي المحقق الخراساني
- ١٥٣..... التحقيق في المقام
- ١٥٧..... هل المعاطاة على القول بالإباحة بيع؟
- ١٥٩..... الأقوال في المعاطاة
- ١٦٠..... المختار: حصول الملك
- ١٦٠..... الاستدلال بالسيرة

- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ١٦٥
- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً...﴾ ١٧١
- الاستدلال بحديث السلطنة ١٧٤
- الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ١٨٥
- أدلة القول باعتبار الضيفة وأن المعاوضة لا تفيد الملك ١٨٧
- كلام كاشف الغطاء والبحث حوله ١٩٠
- القاعدة الأولى ١٩٠
- النقض الأول ١٩٢
- النقض الثاني ١٩٤
- النقض الثالث ١٩٥
- النقض الرابع ١٩٨
- النقض الخامس ٢٠٠
- القاعدة الثانية ٢٠٢
- القاعدة الثالثة ٢٠٦
- القاعدة الثالثة ٢١٢
- القاعدة الرابعة ٢١٤
- لزوم المعاوضة ٢٢١
- الاستدلال للزوم بالأصل ٢٢٤
- الاستدلال بحديث السلطنة ٢٣٨
- الاستدلال برواية: لا يحل مال امرئ ٢٤٣
- الاستدلال بالآية ﴿لَا تَأْكُلُوا...﴾ ٢٤٦
- الاستدلال بأدلة خيار المجلس ٢٥٠
- الاستدلال بالآية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ٢٥٠

- الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم..... ٢٥٨
- في دعوى الإجماع على عدم اللزوم؟..... ٢٦١
- في دعوى السيرة على عدم اللزوم؟..... ٢٦٢
- الكلام في الرواية: إنما يحلّل الكلام..... ٢٦٥
- تنبيهات المعاطاة..... ٢٧٥
- التنبيه الأول..... ٢٧٧
- هل يعتبر في المعاطاة شرائط البيع؟..... ٢٧٩
- هل يجري حكم الرّبا في المعاطاة؟..... ٢٨٣
- هل تجري أحكام الخيار في المعاطاة؟..... ٢٨٦
- التنبيه الثاني..... ٢٨٩
- بماذا يتحقق المعاطاة؟..... ٢٩٠
- التنبيه الثالث: في تميّز البائع من المشتري وتميّز العوضين..... ٢٩٥
- التنبيه الرابع: يتصوّر المعاطاة بحسب قصد المتعاطين على أربعة وجوه، والكلام عليها بالتفصيل..... ٣٠٣
- التنبيه الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود وعدمه..... ٣٣٠
- في النكاح؟..... ٣٣٠
- في الرهن؟..... ٣٣٢
- في الهبة؟..... ٣٣٤
- في الإجارة؟..... ٣٣٤
- في الوقف؟..... ٣٣٧
- التنبيه السادس: في ملزومات المعاطاة على كلّ من القول بالملك والقول بالإباحة..... ٣٣٨
- تلف العوضين..... ٣٤١
- تلف احدي العينين..... ٣٤٨

- نقل العينين أو أحدهما؟ ٣٥٩
- لو باع الفضول العين؟ ٣٦٧
- لو امتزجت العينان أو أحدهما ٣٧٢
- لو وقع التصرف المتغير في العين؟ ٣٧٥
- هل يورث جواز الرجوع؟ ٣٧٦
- لو جُنَّ أحد المتعاطيين؟ ٣٧٩
- التَّنبِيهُ السَّابِع: هل تجري الخيارات في المعاوضة؟ ٣٨٠
- في خيار المجلس بناءً على الملك ٣٨٢
- في خيار الحيوان بناءً على الملك ٣٨٢
- في خيار العيب والغبن بناءً على الملك ٣٨٣
- في خيار المجلس بناءً على الإباحة ٣٨٣
- في خيار الحيوان بناءً على الإباحة ٣٨٤
- في خيار الغبن والعيب على الإباحة ٣٨٥
- التَّنبِيهُ الثَّامِن ٣٨٦
- هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاوضة؟ ٣٨٦
- هل يكفي وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟ ٣٩١
- المحتويات ٣٩٥