



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

بَعْدُ الْمَالِكِ

فِي التَّحْقِيقِ عَلَى سَبْعِ الْمَكَائِبِ

فَسَّرَ بِرَأْسِهَا

مَنْبَرُ الْعَضُدِ مِمَّا سَدَّ أَبْطَانُهَا الْعَطْفُ
السَّيِّدُ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الْكَلْبِ الْكَلْبِ
دَامَ ظِلُّهُ الْوَارِقُ

السِّيَرِيُّ عَلَى الْحُسَيْنِ الْمِيلَانِيِّ

(الجزء الأول)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب

كاتب:

آيت الله سيد محمدرضا گلپايگانى

نشرت فى الطباعة:

خيام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب
٩	اشاره
٩	اشاره
١١	مقدمه المؤلف
١٣	مقدمه المقرر
١٥	كتاب البيع
١٥	اشاره
١٧	حقيقه البيع
١٩	معانى البيع
٢٠	تعريف البيع فى الكتب الفقيهيه
٢٢	المال و حقيقته
٢٣	المبيع و اختصاصه بالأعيان
٢٥	الكلام فى بيع الكلى
٢٨	الكلام فى عوض المبيع
٢٩	هل يقع عمل الحر عوضا ؟
٣١	الكلام فى الحقوق و أقسامها و وقوعها عوضا
٣٢	الفرق بين "الحق" و "الحكم"
٣٥	هل يباع الدين على من هو عليه ؟
٣٨	هل تقع الحقوق القابله للانتقال عوضا ؟
٣٩	لا حقيقه شرعيه للفظ البيع
٤٠	الكلام حول تعريف البيع
٤٢	تعريف الشيخ للبيع
٤٣	الإشكالات حول تعريف الشيخ

- ٤٦ كلام المحقق الأصفهاني و ما يرد عليه
- ٤٧ الكلام على الإشكالات الأخرى على تعريف الشيخ
- ٥٠ الكلام في إخراج القرض عن تعريف الشيخ
- ٥١ المختار في تعريف البيع
- ٥٢ هل يشترط وجود العوضين منحايزين قبل البيع ؟
- ٥٤ معان للبيع ذكرها كاشف الغطاء و الكلام حولها
- ٥٦ حول وضع ألفاظ المعاملات
- ٥٨ التمسك بالإطلاق في المعاملات
- ٦٣ المعاطاه
- ٦٣ اشاره
- ٦٥ أنحاء المعاطاه و آثارها
- ٦٧ كلمات الفقهاء حول المعاطاه
- ٧٢ نتيجة البحث
- ٧٤ الأقوال في المسألة
- ٧٦ ادله القول الثاني
- ٨١ كلام كاشف الغطاء "فده" حول المعاطاه
- ٨٣ التحقيق فيما ذكره كاشف الغطاء
- ٩٩ لزوم المعاطاه
- ٩٩ اشاره
- ١٠١ [أدله لزوم المعاطاه]
- ١٠١ اشاره
- ١٠١ الأول:الأصل
- ١٠١ اشاره
- ١٠٣ استصحاب الفرد
- ١٠٩ كلام الشيخ في اثبات وحده الحقيقة
- ١١٠ الاستصحاب في الشبهه الموضوعيه

- الثاني:عموم "الناس مسلطون." ١١٢
- الثالث:قوله عليه السلام"لا يحل مال امرئ". ١١٤
- الرابع:آيه التجاره ١١٦
- الخامس:أدله خيار المجلس ١١٩
- السادس:قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ١١٩
- السابع:المؤمنون عند شروطهم ١٢٣
- نتيجه البحث ١٢٣
- اشاره ١٢٣
- الكلام فى قوله(ع)"انما يحلل الكلام و يحرم الكلام" ١٢٦
- الوجوه المحتمله فى الخبر ١٢٧
- روايات اخرى فى الباب. ١٣٠
- تنبيهات المعاطاه ١٣٣
- اشاره ١٣٣
- الامر الأول (هل يعتبر فى المعاطاه ما يعتبر فى البيع ؟) ١٣٥
- اشاره ١٣٥
- كلام الشهيد"فده" ١٤١
- الكلام فى جريان الربا فيها ١٤٤
- الكلام فى جريان الخيار فى المعاطاه ١٤٤
- الامر الثانى (فى بيان مورد المعاطاه) ١٤٩
- الامر الثالث (فى بيان تميز البائع من المشتري) ١٥٢
- الامر الرابع (فى الوجوه المتصوره بحسب قصد المتعاطيين) ١٥٥
- اشاره ١٥٥
- هل يجوز اباحه جميع التصرفات ١٦٢
- موارد النقض على ما ذكر ١٦٤
- هل يجب دخول كل من العوضين فى ملك مالك الأخر ؟ ١٦٥
- هل تصح الإباحه بالعوض ؟ ١٦٩

- ١٧٠ حكم الإباحه فى مقابل الإباحه
- ١٧٢ الامر الخامس (هل المعاطاه جاريه فى غير البيع ؟)
- ١٧٢ اشاره
- ١٧٣ هل تجرى فى الهبه و الرهن ؟
- ١٧٥ هل تجرى المعاطاه فى الوقف ؟
- ١٧٧ الامر السادس (فى ملزمات المعاطاه)
- ١٧٧ اشاره
- ١٧٧ التحقيق فى الأصل فى المسأله
- ١٨٢ الأصل بناء على الإباحه
- ١٨٥ هل تلف العوضين من الملزمات ؟
- ١٨٦ هل تلف احدهما ملزم ؟
- ١٨٨ اذا كان احد العوضين فى ذمه أحدهما
- ١٨٩ هل نقل احد العوضين أو كليهما ملزم ؟
- ١٩١ لو كان الناقل عقدا جائزا
- ١٩٢ لو وهب المباح له العين
- ١٩٨ لو باع العين ثالث فضولا
- ٢٠٣ لو امتزجت العينان
- ٢٠٩ لو جن أحد المتعاطيين
- ٢١١ الامر السابع (هل المعاطاه اللازمه بيع أو معامله مستقله ؟)
- ٢١٥ الامر الثامن (فى أثر الإنشاء القولى غير الصحيح)
- ٢١٥ اشاره
- ٢٢١ تذييلان
- ٢٢٩ تعريف مركز

بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب

اشاره

سرشناسه : گلپایگانی، محمدرضا، ۱۳۷۲ - ۱۲۷۷

عنوان و نام پدیدآور : بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب / تقرير محمدرضا الموسوى گلپایگانی؛ بقلم على الحسينى الميلانى

مشخصات نشر : [قم؟: ۱۳۹۹ق. = ۱۳۵۷ - (قم: مطبعه الخيام).

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : خرید و فروش (فقه)

شناسه افزوده : حسینی میلانی، علی

شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۸۱ - ۱۲۱۴ق. المكاسب. حاشیه

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف م ۱۳۵۷۷۰۳۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۶۵-۱۹۷۵

ص : ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ مَا لَيْكَ يَوْمَ الدِّينِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى أَفْضَلِ سَفَرَاءِهِ الْمُقْرَبِينَ مُحَمَّدِ الْمَبْعُوثِ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ثُمَّ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى آلِهِ وَعُتْرَتِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ وَاللَّعْنَةُ عَلَى أَعْدَائِهِمْ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ وَبَعْدَ فَا ن شَرَفَ الْعِلْمَ لَا- يَخْفَى وَفَضْلَهُ لَا- يَحْصَى قَدْ وَرَثَهُ أَهْلُهُ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ مَدَادَ الْعُلَمَاءِ عَلَى دِمَاءِ الشُّهَدَاءِ فَتَالُوا بِذَلِكَ الدَّرَجَاتِ الْعُلَى وَ مِمَّنْ مَلَكَ بِيَدِ السَّلَفِ الصَّالِحِ فِي طَلَبِ الْعِلْمِ وَالْفَضِيلَةِ فَضِيلَةَ الْعِلْمِ تَقَى الْإِسْلَامَ السَّيِّدَ عَلَى نَجْلِ الْعِلْمِ حُجَّةَ الْإِسْلَامِ السَّيِّدَ نُورَ الدِّينِ وَ حَفِيدَ الْمَرْحُومِ الْمَبْرُورِ سَمَاحَةَ آيَةِ اللَّهِ السَّيِّدِ مُحَمَّدِ هَادِي الْمِيلَانِيِّ تَعَمَّدَهُ اللَّهُ بِرَحْمَتِهِ فَحَضَرَ أَبْحَاثَنَا الْفَقْهِيَّةَ الْعُلَى حُضُورَ تَفْهَمٍ وَ تَحْقِيقٍ وَ تَعَمُّقٍ وَ تَدْقِيقٍ وَ صَرَفَ زَهْرَهُ شَبَابَهُ وَ اتَّعَبَ نَفْسَهُ كِتَابًا وَ ضَبَطَهَا لِمَحَاضِرَاتِنَا فِي الْحُوزَةِ الْعِلْمِيَّةِ بِمَدِينَةِ قَمِّ الْمَقْدَسَةِ وَ قَدْ سَرَحْنَا النَّظْرَ رَغْمَ تَرَكَمِ الْأَعْمَالِ وَ اشْتِغَالِ الْبَالِ فِي قِسْمٍ مِمَّا دُونَهُ فِي هَذَا الْكِتَابِ (بَلَّغَهُ الطَّالِبُ فِي التَّعْلِيقِ عَلَى بَيْعِ الْمَكَّاسِبِ) لِلْمَرْحُومِ الْمَغْفُورِ لَهُ الشَّيْخِ الْمُرْتَضَى الْأَنْصَارِيِّ أَعْلَى اللَّهِ مَقَامَهُ فَوَجَدْنَاهُ وَافِيًا بِالْمَرَادِ حَسَنَ التَّعْبِيرِ بِدَيْعِ الْأَسْلُوبِ تَبْوِيًّا مِمَّا يَدُلُّ عَلَى ذِكَاةٍ وَ تَعَمُّقِهِ فَلِلَّهِ تَعَالَى دَرَهُ وَ عَلَيْهِ سُبْحَانَهُ أَجْرَهُ وَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى أَسْأَلُ أَنْ يُوفِّقَهُ لِمَرْضِيهِ إِنَّهُ وَلِيُّ التَّوْفِيقِ وَ السَّلَامُ عَلَيْهِ وَ رَحْمَةُ اللَّهِ وَ بَرَكَاتُهُ. غَرَهُ رَيْبِعُ الثَّانِي ١٣٩٩ هـ. مُحَمَّدُ رِضَا الْكَلْبِيَايْكَانِي

مقدمه المقرر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و آله الطاهرين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين من الأولين و الآخرين.

و بعد: فهذه بحوث فقيهه عاليه و تحقيقات علميه شامخه، دونتها من المحاضرات التي ألقاها سيدنا الأستاذ الأكبر الفقيه العظيم و المحقق الشهير آية الله العظمى السيد محمد رضا الموسوي الكلبايكاني دام ظله العالی على فضلاء الحوزه العلميه بجامعة العلم الكبرى (قم المقدسه) في كتاب البيع.

و قد تفضل سماحته دام ظله الشريف فلاحظها و أقرها و أبدى رأيه الكريم حولها.

و لما كان عنوان بحثه كتاب المكاسب لعلم التقى و أستاذ الفقهاء الشيخ المرتضى الأنصاري أعلى الله مقامه فقد حررت ما أفاده بطريق

ص: ٥

التعليقه على الكتاب، وسميته ب(بلغه الطالب فى التعليق على بيع المكاسب).

و انى اذ أقدم هذه البحوث إلى زملائى الفضلاء و إخوانى العلماء ابتهل إلى الله عز و جل أن يمتعنا و الامه الإسلاميه بدوام وجود سيدنا الأستاذ و يمن علينا ببركاته انه سميع مجيب.

قم المقدسه على الحسينى الميلانى

ص: ٦

كتاب البيع

اشاره

ص: ٧

قال الشيخ "قده": "البيع و هو فى الأصل كما عن المصباح مبادله مال بمال.

أقول: لأبد من الوقوف على معنى البيع و حقيقته فى اللغه و العرف، و انه هل له حقيقه شرعيه أولاً، ليتسنى لنا التمسك بعمومات البيع صحه و فسادا و غير ذلك.

قال فى المصباح: "و الأصل فى البيع مبادله مال بمال، لقولهم بيع رابح و بيع خاسر، و ذلك حقيقه فى وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التمليك و التملك.. إلخ" فهو يرى أنه قد أخذ فى مفهوم البيع كون المال عيناً لا منفعه، و ان إطلاقه على العقد مجاز من باب إطلاق المسبب على السبب.

و لقد كثر الكلام حول حقيقه البيع، فعبارته المصباح تفيد أن البيع هو المبادله بين المالين، بمعنى كون الثمن ملكاً للبائع بالبيع

و صيروره المثلن ملكا للمشترى.الا أن ظاهر قول البائع "بعت" و قول المشترى "اشترت" و عملهما هو التبدال،لكن الحاصل من ذلك هو المبادل و ان لم تكن مقصوده لهما بمعنى تحقق ملكيه كل منهما لما كان ملكا للآخر.

و بما ذكرنا ظهر اندفاع ما أورده بعضهم قائلا:ان الاولى أن يقال "تبدال مال بمال"،و ان كان التعريف بالتبدال صحيحا أيضا باعتبار النظر إلى ما هو المقصود من المتبايعين.

و قيل:ان البيع تمليك مال بمال.و أشكل عليه بأن التمليك إيجاد السلطنه و ليس بيعا.

وفيه:ان الباء هذه للمقابل،أى جعل المال ملكا فى قبال الآخر، فهو كالتعريف بالمبادل و لا غبار عليه،و كان الاشكال قد نشأ من توهم تعلق الباء ب"تمليك.." و هو خلاف الظاهر.

و الملكيه فى اصطلاح الفقهاء أمر اعتبارى متقوم بالمالك و المملوك،فبالبيع الواحد تتحقق اضافته بين البائع و الثمن من جهه و بين المشترى و المثلن من جهه أخرى.و هى من الوضوح بحيث لو أرسل الصبى إلى السوق لشراء شىء ما فهم ما هو المراد من البيع و الشراء،و هو يعلم ان هذا الثمن سيصبح للبائع فى مقابل المثلن الذى سيأخذه منه،فالحاصل من البيع صيروره مال البائع للمشترى و مال المشترى للبائع،و هذا المعنى يفهمه كل احد.

ثمّ "البيع" يستعمل فى فعل البائع و فعل المشتري معا، و فى كتب اللغه انه موضوع لكل منهما، فهو من الأضداد. نعم الأكثر استعماله فى الأول.

و أما الفقهاء: فتارة يريدون من البيع عمل البائع أى باذل السلعه و أخرى المعامله الخاصه المتحققه من فعل المتعاملين فى قبال المعاملات الأخرى كالصلح و الإجاره.. و هذا هو مرادهم من عنوانهم "كتاب البيع" فى الكتب الفقهيه، و هو أيضا المراد فى قوله تعالى "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ..". و ثالثه يقصدون من البيع السبب و هو "العقد" المركب من الإيجاب و القبول.

و كان مراد صاحب المصباح هو المعنى الثانى من هذه المعانى و انما عبر ب"المبادله" لأنها عنوان منتزع من جعل كل من المتبايعين العلقه الحاصله له بالنسبه إلى ملكه للآخر، فتعريفه ناظر إلى هذا الامر الانتزاعى الحاصل من تحقق منشأ الانتزاع كما أشرنا اليه سابقا.

هذا، و الظاهر أن البائع يقصد أولا و بالذات نقل عينه إلى المشتري و انتقال عين المشتري إلى نفسه، و ان المشتري يقبل ذلك و أما السلطنه و الملكيه لكل منهما بالنسبه إلى ما للآخر فتحصل بالتبع، فليسا مقصودين بالأصالة، و هذا هو المرتكز العرفى و عليه سيرتهم.

و على هذا فمن عرف البيع ب"تمليك مال بمال" فقد نظر إلى

هذا حيث البنائي المقصود، كان ان التعريف ب"مبادله مال بمال" ناظر إلى المفهوم المنتزع من فعل المتبايعين و عقدهم كما تقدم، و ان التعريف ب"العقد بينهما" ناظر إلى سبب تحقق هذا الموضوع البنائي عند العرف و الشرع بناء على اعتبار الصيغه.

و بما ذكرناه ظهر أن اختلافهم في التعبير و التعريف انما هو لأجل الاختلاف في النظر و اللحاظ، كما علم أن حقيقه البيع هو بناء كل من المتبايعين على إيجاد علقه الملكيه بالنسبه إلى ماله للآخر.

تعريف البيع في الكتب الفقيهيه

هذا، و لقد اختلفت كلمات الأصحاب في تعريف "البيع":

ففي المبسوط "انتقال عين مملوكه من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي"، و في النافع "الإيجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكه من مالك إلى غيره بعوض مقدر"، و في جامع المقاصد "و الأقرب أن البيع هو نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغه مخصوصه"، و في المستند "نقل الملك بعوض من مالك إلى آخر بعقد مخصوص".

أما الشيخ "قده" فقد عرفه بعد مناقشه تلك الكلمات بقوله "فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال".

و الظاهر أن المراد من "البيع" في قوله تعالى "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" هو المعامله المتداوله بين الناس، لا خصوص ما يصدر من البائع أو المشتري. و هذا البيع بهذا المعنى يتحقق من اجرائهما العقد المخصوص،

ثمّ العرف يعتبره بيعا و يرتب عليه الاثر، ثمّ الشارع كذلك ان كان جامعا للشرائط التي يعتبرها.

و قد ذكر بعضهم: ان المتبادر من قول زيد "بعت دارى لعمر و أمس" إجراؤه العقد معه، و ان المراد من قول الفقهاء "كتاب البيع" هو العقد الذى تترتب عليه الإثارة فيما اذا كان جامعا لشرائط الصحة و قيودها، فكأن الباب معقود لذكر تلك الشرائط المعتره فى الإيجاب و القبول المتحقق بهما "البيع" و غير ذلك.

ثمّ المسبب من الإيجاب و القبول فعل آخر، و هو النقل بالمعنى المصدرى تاره و الانتقال أخرى، الا اذا أريد من النقل المعنى الاسم مصدرى، فانه حينئذ و الانتقال بمعنى واحد.

و على هذا فليس مراد الفقهاء من هذه الكلمات تعريف حقيقه البيع، فالإشكال على "الانتقال" أو غيره فى غير محله. و عندنا ان هذه التعاريف كلها صحيحه و قد لوحظ فى كل واحد منها جهه من الجهات.

و أما قول الشيخ "قده" بأنه "إنشاء تمليك" .. "فغير واضح، إذ ليس "بعت" بمعنى "أنشأت التمليك". و لعله "قده" يريد إنشاء تمليك عين بعقد مخصوص، و هذا الإنشاء من البائع يتوقف اعتباره عند العرف على تعقبه بإنشاء من المشتري، ثمّ الشارع يرتب الاثر عليهما ان كانا جامعين لشرائط الصحة المعتره. و على هذا فهو كالتعريف بأن "البيع عبارة عن الإيجاب و القبول.. إلخ" اذا الإيجاب و القبول مشروطان بالإنشاء لا محاله.

ثم انه لم يقيد فى جمله من الكلمات بالمال، بل قيدوا بالعين كما فى المبسوط من أنه "انتقال عين مملوكه" و ظاهره عدم اشتراطهم المالىه فى المبيع، فما هو المال ؟ و هل المالىه شرط ؟ لقد قيل: المال ما يبذل بإزائه المال، و لكن هذا لا يفيد مفهوم المال. و قيل: هو ما يعبر عنه فى الفارسيه بـ "پناهگاه"، و هذا غير معلوم صحته. نعم لا- يبعد تفسيره بالفارسيه بـ "ارزش دار". مثلا: الماء على شاطئ البحر لا يقع عليه البيع لعدم المالىه و لكن اذا حاز منه أحد فى اثناء و ابتعد قليلا عن البحر حصلت له مالىه و لذا لا يجوز التوضى به من دون رضا صاحبه الا أن هذه المالىه عارضه عليه من قبل غرض التوضى به مثلا فهل يقع البيع عليه حينئذ عرفا ؟ قد يقال: ان مالىه الأشياء كلها تابعه لآثارها و فوائدها اما بالأصالة و اما بالعرض بالنسبه إلى العرف و العقلاء بصوره عامه، و أما حاجه أحد الافراد اليه لغرض شخصى تعلق به اتفاقا فلا توجب أن يكون الشىء ذا ثمن و ما لا عند العقلاء. و كل شىء لم يعتبره العقلاء مالا لم يصححوا بيعه و شراؤه، و حينئذ لا يرتب عليه الشارع الاثر، فيكون البيع باطلا.

فاذن لا بد من اشتراط المالىه.

و قد يقال: يكفى فى المالىه و صحه المعاوضه كون الشىء متعلقا للغرض و لو بنحو الموجه الجزئيه و عليه فلا يشترط المالىه و يصح

تعريف الشيخ "قده" في المبسوط.

قلت: الامر راجع إلى نظر العرف فلي تأمل.

المبيع و اختصاصه بالأعيان

ثم انه قد استظهر الشيخ "قده" اختصاص المعوض بالعين فقال "و الظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها".
و أما العوض فجوز أن يكون منفعه بلا- اشكال قائلا- "و أما العوض فلا- اشكال في جواز كونه منفعه.. "لكن في كلام بعضهم
اشترط كون العوضين عينا، و في كلام آخرين صحه المعامله حتى اذا كانا منفعه.

أقول: ان الادله الشرعيه منزله هنا على ما هو الواقع عند العرف، إذ لا- حقيقه شرعيه للفظ "المبيع" و عدم قيام الإجماع على
اشترط "العين" في المبيع.. فليراجع عمل العرف! و قد وردت روايات في بيع سكنى الدار التي لا يعرف صاحبها. [\(١\)](#)

ص: ١٥

١ - ١) أما روايه بيع سكنى الدار التي لا يعرف صاحبها فهي ما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه
عن علي بن رثاب و عبد الله بن جبله عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل في يده دار ليست له و
لم تزل في يده وئد آبائه من قبله قد أعمله من مضى من آبائه انها ليست لهم، و لا يدرون لمن هي، فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما
أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فانه ليس يعرف صاحبها و لا يدري لمن هي، و لا أظنه يجيئ لها رب ابدا. قال: ما أحب ان يبيع ما
ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو

و فى بىع خدومه العبد المدبر (١) ..

و أجب عن ذلك بأنه "مجاز بإرادته الإجاره".

وفيه نظر، إذ لو كان المراد من "البيع" هو "الإجاره" لردعه الامام عليه السلام عن التعبير بلفظ "البيع" فى المقام و أمره بالإجاره، بل المنافع تباع و تشتري فى العرف كالأعيان، و الروايات مؤيده لعملهم مكانها فى يده فيقول: أبيعك سكنائى و تكون فى يدك كما هى فى يدى ؟ قال:

نعم يبيعه على هذا.

وسائل الشيعه ١٢ / ٢٥٠ الباب الأول من أبواب عقد البيع من كتاب التجاره.

و هذه الروايه موثقه بإسحاق بن عمار و غيره.

(١) و هى روايات:

(منها) ما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضاله عن ابان عن ابى مريم عن ابى عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل يعتق جاريتة عن دبر، أ يطؤها ان شاء او ينكحها أو يبيع خدمتها حياتة ؟ فقال: أى ذلك شاء فعل.

(و منها) ما رواه عنه عن القاسم بن محمد عن على قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حياتة. قال: ان أراد بيعها باع خدمتها فى حياتة، فإذا مات اعتقت الجارية، و ان ولدت أولادا فهم بمنزلتها.

(و منها) ما رواه الشيخ "قده" باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابراهيم بن هاشم عن النوفلى عن السكونى عن جعفر بن محمد عن ابىه عن على عليه السلام قال: باع رسول الله صلى الله عليه و آله خدومه المدبر و لم يبع رقبتة.

ص: ١٦

ولا- وجه لحملها على المجاز. و الفرق بين "الإجاره" و "البيع" حينئذ هو انه فى البيع تباع المنفعه رأسا، و أما فى الإجاره فيسلط المستأجر على العين لاستيفاء منافعها (١).

الكلام فى بيع الكلى

و سواء كان البيع مختصا بنقل الأعيان أو يعم المنفعه و الحق، فانهم قالوا بصحة بيع الكلى سواء كان من قبيل النصف المشاع من الدار مثلا، أو من قبيل الصاع من الصبره المعينه، أو كان فى الذمه كأن يبيع المقدار الكذائى من الحنطه، فانه يصح حتى و ان لم يكن مالكا له حينئذ، بل لا يوجد فى الخارج حنطه أصلا حتى زمان التسليم.

و كذا يصح فيما اذا كان المبيع كليا فى ذمه الغير و هو "الدين".

و قد أشكل فى بيع الكلى مطلقا: بأن الملكيه من الاعراض و العرض لا يحتاج إلى المحل و الكلى ليس موجودا فكيف يباع؟ و هذا الاشكال يأتى فى الصلح و الإجاره إذا كان مال الإجاره كليا.

و أشكل بالنسبه إلى الكلى فى الذمه خاصه: بأن البائع ليس مالكا للحنطه الآن" و ان كانت ذمته معتبره"، و ليس المبيع موجودا مع أنه

ص: ١٧

١ - ١) قال السيد الأستاذ دام ظلّه فى تعريف الإجاره: "الظاهر ان حقيقتها اعتبار اضافه بين العين و المستأجر مستتبعه لملك المنفعه أو العمل و التسلط على العين لاستيفائهما، و لذا تستعمل ابدا متعلقه بالأعيان و يقال: آجرت الدار مثلا" تعليقه العروه الوثقى.

قد تقدم أن البيع مبادله مال بمال.

و أيضا: انه لأبيع الا- فى ملكك، فكيف يملك الإنسان ما فى ذمته ؟ و أجيب عن الأول بوجه أصحها: ان الملكيه و ان كانت من الا-عراض لكنها ليست كالأعراض الخارجيه كالسواد و البياض، بل انها فى الحقيقه أمر اعتبارى عقلائى. و حينئذ فان من الممكن اعتبار هذا المبيع موجودا، فيعامل معاملة الموجود الخارجى حيث انه فى عهد البائع، و قد تعلقت الملكيه بهذا الموجود، و لا يلزم أن يكون متعلق الملكيه أمرا متحققا فى الخارج.

و أما بناء على ما اختاره بعضهم من أن الملكيه أمر واقعى لكنها كسائر الأمور الواقعيه التى لا-نتمكن من درك مفاهيمها كالنجاسه و الطهاره فالإشكال غير مندفع كما هو واضح.

و قد أجاب المحقق النراقى "قده" : بأنه لا يلزم فعليه الملك عند النقل بل اللازم هو فعليه النقل.

وفيه: ان النقل أيضا من الأمور ذات الإضافه، فكيف يكون النقل فعليا و المنقول ليس فعليا ؟ و أجيب: بأن الكلى موجود بوجود ما يفرض من أفراد.

وفيه: ان أريد وجوده فى الخارج فربما لا- يكون هناك له افراد أصلا، و ان أريد وجوده فى الذهن فيرجع إلى الاعتبار و هو الجواب الأول.

و قد أجيب بوجه اخرى، و هى اما مخدوشه و هى اما مخدوشه و اما ترجع إلى الوجه الأول.

و الجواب عن الثاني هو: ان المال فى الذمه يعد مالا عند العقلاء و لذا يبذلون بازائه المال.

و عن الثالث: انه لما يتعهد تسليم الحنطه فى حينه يعتبر العقلاء ملكيه للمتعهد به و يرتبون عليه الاثر، كما يعتبرون الملكيه آنا ما لمن اشترى أحد عموديه لأجل أن ينعق عليه.. (و لا يشترط تحقق المالىه للشىء قبل "البيع" يكفى تحققها بنفس التعهد فى حين المعامله، نظير عمل الحر، فانه كما ذكروا لا مالىه له بالذات لكنها تتحقق له بنفس تعهده للعمل).

هذا كله بالإضافة إلى الإجماع القائم على صحه بيع الكلى و الدين.

فتلخص: ان البيع عندهم لنقل الأعيان بخلاف الإجاره فهى لنقل المنافع.

و قد تقدم منا الاشكال فيه. و قد جاء فى بعض الروايات وقوع البيع على خدمه العبد المدبر (١)، كما استعمل لفظ البيع فى الأراضى الخراجيه فى طائفه من الروايات (٢)، مع ان المنقول منافعها لا- أعيانها، و كذا فى سكنى السدار التى لا- يعلم صاحبها، حيث عبر بالبيع، و قد قال

ص: ١٩

١-١) تقدم فى الهامش سابقا ذكر روايات فى ذلك.

٢-٢) راجع باب حكم الشراء من أرض الخراج و الجزيه، و باب احكام الأرضيين من كتاب الجهاد من وسائل الشيعه ١١ / ١١٨ و ١١٩ و تجد ذلك ايضا فى كتاب احياء الموات و غيره منه.

الشيخ "فده" فى الجواب عن هذه الروايات "انها مسامحه فى التعبير" لكنه دعوى بلا دليل كما تقدم.

و على هذا فلا- مانع من أن يكون المبيع حقا أو منفعه، نعم الأ-كثر كونه عينا كما انه لا- مانع من نقل المنافع بالمبيع، كأن يقال "بعتك منفعه هذه الدار" و ان كان الأكثر نقلها بالإجاره و تتعلق حينئذ بنفس العين، فيقال مثلا "آجرتك الدار لمدته كذا".

الكلام فى عوض المبيع

قال الشيخ "فده": و اما العوض فلا اشكال فى جواز كونه منفعه.

أقول: ان جعل أحدهما عوضا و الآخر معوضا جاء من قبل قولهم "بعتك هذا بهذا"، و الا- فان كلا منهما يعطى فى مقابل الأ-خر، فالفارق هو الاعتبار. فهم اعتبروا ما يحصل ملكيته بالإيجاب معوضا و ما يحصل تملكه بالإيجاب عوضا. و لكن اعتبر أكثر الفقهاء العينه فى المعوض و لم يشترطوها فى العوض، فيصح عندهم أن يكون منفعه. و لما كانت المنفعه مالا عرفا صح وقوعها عوضا عما يعد مالا، فيصدق حينئذ المبادله بين المالكين، فيقال "بعتك هذا الثوب بالخدمه الكذائيه"، الا ان هذا عند العرف قليل، بل الأكثر فى مثل ذلك الإجاره لا البيع. لكن ادعى انه لأخلاف بين الفقهاء فى صحه هذا البيع كما عن العلامة "فده".

و عن بعضهم اشتراط العينه فيه كذلك. و لعله لندره وقوع المنفعه عوضا فى البيع عند العرف كما هو كذلك.

و احتمال الشيخ "قده" كونه من جهه "ما اشتهر فى كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان" فأجاب بأن "الظاهر ارادتهم بيان المبيع".

و هذه المنفعه المذكوره يقال لمن يملكها انه ذو مال، كما انه ليس فقير شرعا.

هل يقع عمل الحر عوضا ؟

و أما عمل الحر و هو من المنافع فهل يجوز وقوعه عوضا، كأن يقول "بعتك هذا الثوب بخياطه هذا الثوب" أو "بعتك هذا الثوب بكتابه هذا الكتاب"؟ قالوا: ان عمل الحر بعد المعاوضه مال، فتكون خياطه الثوب أو كتابه الكتاب ملكا لصاحب الثوب، و يجوز له حينئذ أن يبيع هذا العمل لثالث فى مقابل شىء، و انما الكلام فى ماليتة قبل المعاوضه.

أقول: ان هذه المسأله تترتب عليها آثار كثيره فى موارد عديده:

منها: انه ان كان عمله (سواء كان صنعه أو حرفه أو خدمه) ما لألم يجز له الأخذ من الزكاه و تجب عليه الفطره و ان لم يكن ذا مال بالفعل إذ المفروض أنه يمكنه العمل و تحصيل المئونه. و أما اذا اشترط المالىه الفعلية فليس مالكا لشىء، فيصدق عليه عنوان "الفقير" و تترتب الإثار المترتبه عليه.

و منها: مسأله الحج..

و منها: مسأله الحجر على المفلس، فمن حجر عليه التصرف

فى أمواله لأجل الإفلاس فهل يحجر عليه التصرف و الاستفاده من عمله فيؤجر نفسه و يؤخذ مال الإجاره و يقسم بين الغرماء كسائر أمواله كما هو الشأن فى العبد فان عمله لمالكه كنفسه أو ان متعلق حق الغرماء هو أمواله التى كانت له قبل الحجر و أما عمله فلنفسه و الأجره له ؟ و بالجمله: ان كان عمل الحر مالا صح وقوعه عوضا لما تقدم من تحقق المالىه له بالتعهد، و الا فلا بناء على اشتراط المالىه فى العوضين.

و الحق هو الأول، فانه مال كعمل العبد بلا فرق بينهما من هذه الجهه، فكما يبذل المال بإزاء عمل العبد فانه يبذل بإزاء عمل الحر عرفا.

نعم فى الحر أحكام توهم الفرق، مثلا لو حبس شخص عبدا ضمن لمالكه عينه و عوض عمله، دون الحر فانه لا ضمان عليه.

لكن لعل عدم الضمان من جهه عدم القدره على التسلط على عمله بخلاف العبد.

فالحق هو القول الأول (و ان احتمل الإجاره فى مثل هذه الموارد دون البيع) فان عمل الحر فى حد نفسه مال سواء قبل المعاوضه و بعدها، و مجرد تعهده و التزامه يكفى لصحه المعامله و يصلح العمل للمالىه. و بالجمله: المعامله صحيحه بناء على صحه وقوع المنفعه عوضا، فانه أى عمل الحر مال بناء على اشتراط المالىه فى العوضين كما فى عبارته المصباح.

نعم، لو قيل ان العمل ليس مالا مطلقا لم يقع عوضا مطلقا.

الكلام فى الحقوق و أقسامها و وقوعها عوضا

قال الشيخ "فده": و أما الحقوق الأخر كحق الشفعة و حق الخيار...

أقول: الفرق بين المعاوضه على "العين" و المعاوضه على "الحق" واضح، ففى الأولى ينتقل إلى المشتري متعلق السلطنه و فى الثانية ينتقل إليه نفس الحق الذى صح وقوعه عوضا.

و الحقوق على قسمين كما أشار إليه "فده"، و لا بد أولاً من الوقوف على حقيقة "الحق" فنقول:

[الحق]

سلطنه:

أما على العين الخارجيه التى هى ملك للغير كتعلق حق المرتهن بمال الراهن، فله "حق" استيفاء دينه ببيع مال الراهن فيما اذا لم يؤد الدين عند حلول الأجل المعين.

و أما على مال ليس ملكاً لأحد كحق التحجير.

و أما على عين خارجيه لا تعد مالا شرعاً كالخمر، فان من انقلب خله خمراً له حق الأولويه فى التصرف فيه من غيره، فله أن يقيه حتى ينقلب خلاً أو يفعل به ما شاء على قول.

و أما على شئ ليس عينا فى الخارج كحق القصاص، قال الله تعالى " **وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوِئِيهِ سُلطاناً** ". (١)

و أما على غير الشخص كحق الخيار، فانه يتعلق بالعقد، فذو

ص: ٢٣

الخيار له أن يفسخ العقد و له ان لا يفسخ.

و ربما يقال فى الأخيرين: انه حق متعلق بالعين، و هو الشخص الذى يكون مورد القصاص و المال الذى وقع العقد عليه و اشترط فيه الخيار فيملكه بفسخ العقد. و من هنا قيل: لو أتلغ غير ذى الخيار المال ضمنه له ان فسح العقد، لأنه مال تعلق به حق الغير.

و فى حق القصاص تردد فهل هو متعلق بالشخص أو بالمال؟ فان قلنا بجواز تقاص الدائن من مال المدين الممتنع من أداء الدين مع اذن الحاكم أو بدونه على القولين كان حقا متعلقا بالمال، و ان قلنا بعدم جوازه كان متعلقا بشخص المدين.

و أما الحكم بإباحه التصرف فى شىء فلا يفيد تعلق حق به، لان الإباحه ترخيص من قبل الشارع، و ليس هناك سلطنه مجعوله و لا- يعتبر العقلاء للمباح له حقا، فلا- يقال: انه ذو حق بالنسبه إلى الماء المباح له شربه، بخلاف ما تعلق بالاثمار الممرور بها، فانه سلطنه للمار على تلك الأثمار مجعوله من قبل الشارع، و يعبر عنها ب "حق الماره".

و نظير المقام ما ثبت من الفرق فى مسأله الإنفاق بين الوالدين و الزوجه، فالإنفاق على الوالدين حكم و على الزوجه حق، و تظهر الثمره فى صوره عدم الإنفاق، فلو لم ينفق على الزوجه مده ضمنه لها، بخلاف نفقه الوالدين فلو لم يؤد لم يضمن و لم يكن مدينا.

الفرق بين "الحق" و "الحكم"

و الحاصل: ان "الحكم" جعل من الله تعالى من غير أن يكون

للمكلف سلطنه، بخلاف "الحق". و من آثار ذلك: ان "الحق" يقبل النقل و الاسقاط من قبل المكلف بخلاف "الحكم" فانه لا يتغير. اللهم الا- أن يغير موضوعه ليتغير بتبعه، كأن يسافر ليكون حكمه القصر بعد أن كان عليه الإتمام، و أما "الحق" فيمكن تغييره حتى مع عدم تغيير الموضوع، بأن يسقطه أو ينقله إلى غيره.

لكن تشخيص "الحكم" عن "الحق" و التفريق بينهما مشكل، لان بعض "الحق" لا يقبل الاسقاط كالحكم. نعم لو قام الدليل على عدم قبول أمر للاسقاط على وجه العموم كشف عن كونه "حكما" أو قام على الضمان في مورد كشف عن وجود "الحق"، لكن لو دل على "الحق" لم يدل على قبوله للاسقاط.

و بالجملة: فطريق التفريق هو الدليل، و الا فمشكل و لا بد من الرجوع إلى الأصول.

ثم ان بعض الحقوق لا يقبل الاسقاط و لا الانتقال و لا المعاوضه عليه بمال أو غيره مثل حق الأبوه.

و بعضها يقبل الاسقاط دون الانتقال، كإسقاط المغتاب حقه عن استغابه (1). نعم يجوز له أخذ مال في مقابل الاسقاط، لكنه ليس معاوضه الا اذا وسع مفهومها.

و بعضها يقبل الاسقاط و الانتقال دون المعاوضه، كحق القصاص

ص: ٢٥

١- ١) هذا بناء على عدم كفايه النوبه و الاستغفار، و كونه حقا للناس بمعنى وجوب الاستحلال و البراءه، قال الشيخ "قده" بعد أن بحث المسأله بالتفصيل " و الأحوط الاستحلال ان تيسر و الا فالاستغفار ".

فانه يجوز لصاحبه إسقاطه كما أنه يورث لكن لا يباع مثلا نعم يجوز المصالحه عليه.

و بعضها يقبل ذلك كله كحق التحجير.

قال الشيخ "قده": "و أما الحقوق الأخر كحق الشفعه و حق الخيار..

أقول:الظاهر أن كلمه "الأخر" زائده و ان وجهها بعضهم بناء على صحه النسخه.

و حق الشفعه هو:استحقاق الشريك تملك الحصه المبيعه فى شركته بمثل الثمن الذى وقع عليه عقد البيع،و هو لا- يقبل المعاوضه بالمال لكن يقبل الاسقاط و ينتقل بموت الشفيع إلى ورثته فيقسم بينهم كسائر الأموال.

قلت:و يمكن أن يقال بتحقق الشفعه للوارث بتملكه للحصه لا بتورثه اياها.فتأمل.

و اذا كان قوام "البيع" هو "المبادله" بأن يدخل فى ملك كل من المتبايعين شىء بإزاء ما يبذله فان الحقوق القابله للاسقاط دون الانتقال لا- يصح وقوع البيع عليها،فلو دفع اليه مالا فى مقابل إسقاطه حقا له لم يتحقق بيع لعدم تحقق حقيقه معامله و ان لم يكن ذلك لغوا.

و اما ان قيل بعدم شرطيه ما ذكر بل يكفى حصول المنفعه لكل من المتعاملين و وجود المصحح العقلانى فلا اشكال.

قال "قده": "لان البيع تملك الغير.

أقول: إن هذا يصح أن يكون عله لعدم جواز جعل المبيع حقا و لكن الكلام فى العوض، اللهم الا أن يكون مراده أن البيع تمليك من الطرفين لا من طرف البائع فقط، و حيث ان الحق المزبور لا يقبل التمليك فلا يجوز كونه عوضا كما لا يصح كونه معوضا، و حينئذ يتم التعليل بما ذكر، و قد كان الأحسن التصريح بذلك.

و بالجمله، فيعلم من هذا التعليل مع ما قرناه أن مبناه "فده" فى باب البيع هو دخول المبيع فى ملك المشتري و الثمن فى ملك البائع. فلا يجوز جعل الثمن الكذائى عوضا و ثمنا للمبيع.

هل يباع الدين على من هو عليه ؟

ثم قال قدس سره: " و لا ينتقض بيع الدين على من هو عليه، لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط..".

أقول: يرد عليه أن البحث كان فى جعل الحق عوضا لأفى جعله معوضا، و بيع الدين على من هو عليه من الثانى. اللهم الا أن يقال بأن الغرض هو التشبيه و التنظير. و بالجمله فقد أجاب الشيخ "فده" عن النقص بالالتزام بكونه تمليكا و عدم مانع منه، و أثر هذا التمليك هو السقوط.

و لكن يمكن أن يقال فى مسأله بيع الدين على من هو عليه بأنه ليس من باب بيع ما فى ذمه أحد من نفسه، بل هو من بيع الكلى،

و حيث أن مثل هذا الكلى كان فى ذمه المشتري فلذا يقع التهاثر قهرا.

لا يقال: اذا جاز هذا بالنسبه إلى ما فى الذمه فليجز بالنسبه إلى الملكين الخارجيين.

لأنه يقال: ان المشخصات الموجوده فى الخارجيين يمنع من التهاثر بينهما، بخلاف ما فى الذمه.

و الانصاف: ان القول بالتهاثر لا يرفع الاشكال، لأنهم يصرحون ببيع نفس الدين ممن هو فى ذمته، لأبيع كلى آخر مثله حتى يقع التهاثر.

فلنرجع إلى ما ذكره الشيخ فى الجواب، فانه قال: "لا مانع من كونه تمليكا فيسقط" يعنى: ان المشتري يصير مالكا آنا ما و أثره سقوط ما كان عليه، بخلاف جعل الحق عوضا فانه لا يمكن تحقق الملك فيه حتى آنا ما.

ثم قال: "و الحاصل انه يعقل أن يكون مالكا لما فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط، و لا- يعقل أن يتسلط على نفسه" ثم أضاف قوله "و السر ان الحق سلطنه فعليه لا- يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك فإنها نسبه بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه".

أقول: أى فرق بين مالكيه الإنسان لما فى ذمته و نقل الحق اليه، و ذلك: ان الملكيه اضافه بين المالك و المملوك و نتيجتها سلطنته عليه، فالإضافه هنا بين المالك و ماله لا بين المالك و من عليه، بخلاف الحق فان حق القصاص مثلا حق للمولى على من عليه الحق و هو القاتل، فيمكن

فى الملك الإضافة بين زيد المديون بمقدار معين من الحنطه و بين هذا المقدار، فيكون زيد مالكا له، و لا يمكن أن يكون له حق على نفسه.

و بالجمله فحيث أن الإضافة فى باب الحق تكون بين الشخصين أحدهما المتسلط و الآخر المتسلط عليه فلذا لا يمكن الاتحاد فيه، بخلاف الملك فان الإضافة فيه بين المالك و المملوك بلا لحاظ و اعتبار الشخص، فلذا يمكن تحققها بين الشخص و ما فى ذمته.

و لكن هذا المحذور و هو اتحاد من له الحق و من عليه انما يلزم فيما إذا بيع الحق من خصوص من عليه الحق، و أما لو نقله صاحب الحق إلى ثالث و باعه منه فلا اشكال فيه، كما ترى أن حق التحجير ينتقل إلى الآخر بلا لزوم مثل هذا الاشكال، لأنه اضافة بين الشخص و الأرض الكذائيه المعينه بأن يحييها و يملكها. فهنا يكون الحق قابلا لان يجعل عوضا فى البيع و لا يلزم المحذور المذكور.

و أورد المحقق الأصفهاني "فده" بما حاصله: ان معنى السلطنه على الغير كونه تحت يده و متحركا بإرادته، و هذا المعنى جار فى سلطنه الإنسان على نفسه، لأنه أولى بنفسه من كل أحد، نظير أن الإنسان عالم بنفسه فهو عالم و معلوم، و الحق أيضا كذلك، فيمكن أن يكون الإنسان مسلطا و مسلطا عليه بلا محذور.

أقول: فيه أنه قياس مع الفارق، فان السلطنه اضافة لوحظ فيها العلو و الاستعلاء، و لازم ذلك وجود شىء آخر يكون مستعلى عليه نظير الفوقيه و التحتيه، فلا يعقل أن يكون شىء فوق نفسه أو تحت

نفسه فمن له السلطنه له التفوق على من عليه السلطنه اما من جميع الجهات أو من بعضها، و أما المسلط عليه فهو فى مرتبه دانيه بالنسبه اليه، و كون الإنسان مسلطاً على فعله معناه أن أمر فعله بيده، فهو بنفسه مسلط و فعله الذى هو شىء آخر مسلط عليه، و أين هذا من كونه بنفسه مسلطاً و مسلطاً عليه ؟ فمن كان له التسلط على شخص لأفعل لا- يمكن اتحاده مطلقاً، فلا يمكن تحقق الإضافه المعتبره للمسلط للمسلط عليه فى آن واحد.

هذا كله فى الحقوق غير القابله للانتقال..

هل تقع الحقوق القابله للانتقال عوضاً ؟

قال الشيخ "فده": و أما الحقوق للانتقال كحق التحجير و نحوه، فهى و ان قبلت النقل و قوبلت بالمال فى الصلح إلا أن فى جواز وقوعها عوضاً فى البيع اشكالاً..

أقول: حاصل اشكاله: ان الظاهر من الفقهاء كون المالىه شرطاً فى ثمن المبيع، و كذا فى أجره الأجير فى باب الإجاره، و لذا يقولون "البيع مبادلته مال بمال"، و حيث أن الحق المذكور لا يعلم كونه مالا فلا يمكن الجزم بصحة البيع لو وقع عوضاً.

و لكن يمكن الجواب عنه بأن المال هو ما يبذل بإزائه المال و هذا الحق كذلك فهو مال، الا ان يريد "فده" عدم المالىه عند أهل العرف، إذ ليس كل ما يبذل بإزائه المال مالا عندهم، ألا ترى المناصب كالحكومات

و كذا الوجهه أن بين الناس مثلا- يبذل للوصول إليها المال و ليست مالا..و بالجمله فلا بعد في عدم كون الحق مالا عرفا مع كون المنفعه مالا عندهم.

و الحاصل: ان الحق ان كان شيئا في مقابل المال و كان اضافه من آثارها السلطنه لم يصح جعله عوضا في البيع، لان البيع مبادله مال بمال، و ان كان مالا باعتبار أنه يبذل بإزائه المال صح جعله كذلك و نفذ البيع. و التحقيق: الاشكال في صحه هذا البيع للفرق بين الحق و الملك، و ذلك أن ما يقع عليه البيع في "الملك" هو نفس المملوك الخارجى، أعنى الدار و العقار و نحو ذلك، لا ملكيه الدار مثلا و هذا بخلاف "الحق" الذى صار أحد طرفى البيع، فانه بنفسه يكون متعلق البيع، و هو الملاحظ في مقام البيع، مع أن الحق سلطنه خاصه، و قد ذكرنا ان العقلاء لا يعتبرون بيع السلطنه أصلا. نعم يجوز أخذ شيء و اسقاط الحق فيما اذا كان قابلا له كحق القصاص، و أما بيعه من القاتل أو غيره فهو غير معقول. و وجهه يظهر بالتأمل.

لا حقيقه شرعيه للفظ البيع

قال الشيخ "فده": ثم الظاهر أن لفظ "البيع" ليس له حقيقه شرعيه و لا متشرعيه..

أقول: أى ان المستعمل فيه هذا اللفظ في الكتاب و السنه و كلمات الأصحاب هو المفهوم الذى يريد العرف منه.

لكن قال السيد "قده": يمكن دعوى ان الفقهاء اصطلاحوا فيه معنى آخر، و هو العقد المركب من الإيجاب و القبول، و ان مرادهم من قولهم "كتاب البيع" هو كتاب عقد البيع، و من قولهم "شروط البيع" هو شروط عقد البيع. و هكذا.

قلت: هذه الدعوى و كذا دعوى صاحب الجواهر "قده" بالنسبه إلى لفظ النكاح ممنوعه، فان اراده "العقد" من "البيع" و "النكاح" فى بعض الأحيان لا- يدل على النقل و الاصطلاح، بل ظاهر بعض عباراتهم عدم اراده غير المعنى العرفى، و القول بمخالفتهم للاصطلاح فيها كما ترى.

فالحق ما ذكره الشيخ "قده".

الكلام حول تعريف البيع

نعم نراهم فى مقام تعريف "البيع" يعرفونه بتعاريف مختلفه:

ففى القواعد "البيع عباره عن انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى" و تبعه عليه جماعه، مع ان "البيع" فعل و "الانتقال" هو الاثر الحاصل منه، و لا يكاد يتبادر إلى الذهن من "باع زيد متاعه" مفهوم الانتقال..

و من هنا عدل جماعه إلى تعريفه بانه "الإيجاب و القبول الدالان على الانتقال".

و قد أورد عليه الشيخ "قده" بأن هذا من مقوله اللفظ و "البيع"

من مقوله المعنى، فهو فعل مسبب عن الإيجاب و القبول.

و اختار آخرون كجامع المقاصد القول بأنه "نقل العين."، فان أراد من "النقل" المعنى المصدرى وافق "البيع" فانه فعل، ثم قالوا "بالصيغه المخصوصه."

لكن أشكل الشيخ "قده" بأن "النقل" لا يرادف "البيع" بل مرادف "البيع" هو "التمليك" و لازمه "النقل". قال: و لذا صرح فى التذكرة بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ "نقلت" و جعله من الكنايات.

أى: و يشترط كون الإيجاب باللفظ الصريح الدال على المقصود بذاته.

و أيضا: "النقل" أعم من "البيع" فيشمل الصلح و غيره.

على أن قوله "بالصيغه المخصوصه" يخرج المعاطاه مع أنها بيع عنده كما سيأتى.

كما ان فى التعريف مسامحه من جهه جعله "الصيغه المخصوصه" جزءا للمنشأ، قال الشيخ "قده": و لا يندفع بأن المرد ان البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغه، فجعله مدلول الصيغه اشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول "بعث" نقلت بالصيغه.

لأنه ان أريد بالصيغه خصوص "بعث" لزم الدور، لان المقصود معرفه ماده "بعث"، و ان أريد بها ما يشمل "ملكه" و جب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل.

قلت: كأنه "قده" يريد من قوله "لا يندفع" أصل الاشكال، لكن الظاهر اندفاعه غير أنه يلزم اشكال الدور.

تعريف الشيخ للبيع

ثم ان الشيخ "قده" عرف البيع بأنه "إنشاء تمليك عين بمال" و قال: "و لا يلزم عليه شيء مما تقدم".

أقول: ان ما أورده "قده" على تعريف جامع المقاصد من أنه اذا كان النقل بالصيغه جزءا من المنشأ فان النقل بالصيغه لا يقبل الإنشاء (و ان أجيب: بأن المنشأ هو النقل لا- النقل بالصيغه) هو نفسه وارد على هذا التعريف، و لا- يجاب عنه بما أجيب عن ذلك، لان كلمه "الإنشاء" لا يمكن الغض عنها هنا كما أمكن غرض النظر عن كلمه "بالصيغه" هناك.

و أيضا: ان هذا التعريف يفيد "البيع" الذى هو فى قبال "الشراء" لا الذى يقابل "الإجاره" و غيرها، لأنه يصدق على فعل البائع، و أما المشتري فهو ينشئ "التملك" أو قبول "التمليك".

و قال السيد "قده" ما ملخصه: ان الشيخ "قده" يريد أن البيع تمليك انشائي من الموجب (و ان لم يحصل به الملكيه عند العرف كبيع مالا- ماله له، و كذا عند الشارع كبيع الخمر) إذ مفهوم البيع متحقق بمجرد إنشاء الموجب فى اعتباره.. فهو انما قال "إنشاء" لبيان دخول هذا فى التعريف و انه لا يشترط فى مفهوم البيع إمضاء

الشرع أو العرف أو كليهما.

أقول: فالصحيح اذن زياده كلمه "إنشاء" كما اعترف به السيد "قده" أيضا، لكفايه "التمليك" لأنه أمر اعتبارى انشائي، و لو فرض أنه "قده" أراد التصريح بهذه الناحيه لكان الاولى أن يقول "البيع تمليك انشائي..".

و أما ما عن بعضهم: من ان الشيخ "قده" يريد من "الإنشاء" ما يقابل "الاخبار" فانه ليس بيعا. ففيه ما لا يخفى.

و قال المحقق الخراساني "قده": "ان إنشاء التمليك ليس ببيع كما أنه ليس بتمليك، نعم انما هو جزء سببه."

أقول: هذا صحيح، فان الإنشاء من البائع و القبول من المشتري هما الجزآن المتحقق بهما البيع.

ثم ان بعض الفقهاء يعرف البيع السببي و بعضهم البيع المسببي و ظاهر تعريف الشيخ "قده" هو الأول، فهو اذن كالتعريف ب"الإيجاب و القبول". فيرد عليه ما أورده "قده" على تعريفه.

الإشكالات حول تعريف الشيخ

هذا، و قد أورد الشيخ "قده" نفسه على تعريفه بأمور:

منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ "ملك" و الا لم يكن مرادفا لها.

و أجاب: بأنه الحق كما سيجىء .

أقول: ان الترادف بين "بعث" و "ملك" بهذا المعنى غير مسلم. فهو ليس كالترادف بين "البشر" و "الإنسان" بل هو أعم من البيع، مثل الترادف بين "الإنسان" و "الحيوان الناطق"، فيكون "ملك" مع القيود اللاحقه به مرادفا للفظ "بعث"، و بذلك يخرج التعريف عن عمومه و يختص ببيع العين بالمال، فلا يشمل بيع المنفعة بإسقاط الحق مثلا.

و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، لان الإنسان لا يملك مالا على نفسه.

و أجاب: أولا: بإمكان تصوير ملكيه الشخص لما فى ذمته.

أقول: وذلك لان كل اضافته تقوم بطرفيها، و الملكيه لا تتحقق الا بالمالك و المملوك كما تقدم أما كون المملوك فى الخارج و تشخص المالك.. و نحو ذلك فخارج عن قوام المفهوم الإضافى، و لذا يتحقق البيع بإنشاء الفضولى له. و على هذا فلا ريب فى تحقق مفهوم البيع فى هذا المقام لصحة تصور طرفى النسبه فيه، و من هذا القبيل ما اذا كان للمدين فى ذمه الدائن نفس المقدار الذى فى ذمته له.

و ثانيا: بأنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع.

و منها: انه يشمل التمليك بالمعاطاه.

و أجاب: بأنه بيع و ان مراد النافين نفى صحته.

أقول: أى هو عندهم من هذا الحيث كالبيع الغررى، فانه و ان

كان باطلا لكنه بيع عند الكل.

و منها: صدقه على الشراء، فان المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

و أجاب: بأن التمليك فيه ضمنى، و انما حقيقته التملك بعوض، و لذا لا يجوز الشراء بلفظ "ملك" تقدم على الإيجاب أو تأخر..

و فيه نظر، لان تعريفه "قده" يعم التمليك الضمنى كذلك.

أقول: يرد عليه الاشكال ببيع السلف، فان الفقهاء أجمعوا على جواز كون الإيجاب فيه من المشتري و القبول من البائع، فيكون تمليك البائع ضمنيا و تمليك المشتري أصليا.

و لا يندفع هذا الاشكال بما ذكره السيد "قده" من أن المراد من كون التمليك ضمنيا أن يكون المتعلق فيه على وجه العوضيه، و من كونه أصليا أن يكون على وجه المعوضيه، و فى السلم و ان كان الإيجاب من المشتري الا انه يملك على وجه العوضيه، فكأنه قال "أعطيتك الدراهم عوضا عن تمليك الطعام"، فالمملك الأصلي فيه هو البائع.

وجه عدم الاندفاع: ان الشيخ "قده" لم يذكر فى تعريفه سوى ان البيع إنشاء تمليك عين بمال. و هذا يصدق على فعل المشتري هناك، لأنه يملك البائع، و ليس فيه اعتبار كونه على وجه المعوضيه حتى يخرج تمليك المشتري فى الباب المذكور.

هذا وقد استشكل المحقق الأصفهاني في الالتزام بالتملك في موارد:

منها: بيع العبد على من يعتق عليه.

أقول: انه لا- مانع عقلا- و عقلاء- من اعتبار الإضافة المملكيه بين العبد و من يعتق عليه، لكن المانع هو الشرع "كما لا مانع تملك الكافر للمسلم الا- شرعا فقد منع عنه مطلقا" لكن المتبع هو الدليل، فلا- بد من النظر إلى مدى دلالاته فهل يمنع عنه مطلقا أو يستثنى "الآن" لعدم صدق "السبيل" المنفى في الكتاب (1) عليه؟ الحق هو الثاني، فالإشكال مندفع.

قال: و أما الالتزام بالملك الحكمي ففيه: انه ليس بيعا حقيقيا، و العبد انما يعتق في هذه الحاله من ملك البائع لا المشتري، لعدم تحقق الانتقال.

أقول: لقد دل الدليل على عدم امتناع الملك القصير.

قال: و الاستفادة من بعض الاخبار أن العتق يترتب على مجرد الشراء، و لازم ذلك عدم المملكيه الإنيه.

أقول: الانعتاق بمجرد الشراء يعنى انه بالشراء يتحقق الملك فالعتق، لا ان العتق معلول للشراء.

ص: ٣٨

١- ١) قال الله تعالى "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" سورة النساء. الآية ١٤١.

ثم انه "قده" نسب إلى صاحب الجواهر "قده" القول بتقدم الملك على الانعتاق تقدما ذاتيا لا زمانيا. و اعترض عليه بأنه خلاف التحقيق، إذ لا اعتبار للملك الا فى الزمان، فالملك لأفى زمان غير معقول..

لكن صريح كلام صاحب الجواهر وجود الملك فى زمان الانعتاق مقارنا له و متقدما عليه ذاتا، و لا يقول بأنه رتبى فقط كما نسب اليه فراجع.

الكلام على الإشكالات الأخرى على تعريف الشيخ

ثم قال الشيخ "قده": و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمن تملك العين بمال أعنى المنفعة.

يعنى: ان المستأجر هنا و ان كان بملك العين بمنفعه كسكنى الدار مثلا الا ان الإجاره أولا و بالذات اعتبار الموجر الإضافه بين الدار و مستأجرها التى لازمها صيروره المنفعه ملكا للمستأجر أو كونه مسلطا عليها، فالإجاره فى حد ذاتها هى السلطنه الناقصه فى قبال البيع الذى هو السلطنه التامه، و تضمنها أحيانا لتمليك العين من طرف المستأجر لأدخل له بحقيقه الإجاره.

قال: و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبه المعوضه.

و أجاب بما حاصله: ان حقيقه الصلح و لو تعلق بعين ليس هو التمليك على وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الأصلي هو التسالم، و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم قد يتضمن التمليك اذا تعلق بعين، لكنه ليس تمليكا لما ذكر.

أقول: إن الغرض الأصلي من الصلح هو قطع المشاجره و التراضى بين المتنازعين، قال فى مجمع البحرين: وفيه "الصلح جائز بين المسلمين الا- صلحا أحل حراما أو حرم حلالا" أراد بالصلح التراضى بين المتنازعين، لأنه عقد شرع لقطع المنازعه.. قال بعض الأفاضل:

أنفع العقود الصلح لعموم فائدته، فإنه يفيد فائده سائر عقود المعاوضات من البيع و الإجاره و العاربه و نحو ذلك، و يصح على ما فى الذمه من غير عوض، لأنه ليس من شرطه حصول العوض، و انما شرع لقطع المنازعه إلخ.

و بالجمله، فالصلح هو التسالم لا بمعنى تسليم كل من الطرفين شيئا للآخر، بل بمعنى التوافق، و هو ما يعبر عنه بالفارسيه ب "سازش و سازگارى"، و لذا لا تتعدى الصيغه إلى المال بنفسها. فظهر أن الصلح أمر آخر غير البيع. نعم قد يستفاد منه فائده البيع كما اذا أوقعا البيع بصوره الصلح لأجل سقوط الخيار الخاص بالبيع كخيار المجلس حيث ورد "البيعان بالخيار ما لم يفترقا" صار كل منهما مالكا لما انتقل اليه فور وقوع الصلح، و قد يفيد فائده الإجاره لو تعلق بالمنفعه، و لو تعلق بالحق أفاد الاسقاط.

و يدل على أن حقيقه الصلح ليست الا التسالم، عدم اعتبار طلب الصلح من الخصم إقرارا بكون الشىء ملكا للآخر، بخلاف ما اذا طلب التملك فانه يعتبر إقرارا.

قال "قده": و بالهبه المعوضه..

أقول: المراد من الهبة المعوضه هو أن يهبه الشيء و يشترط عليه الهبه اما بصوره شرط الفعل أو بصوره شرط النتيجة و الأول كأن يقول "وهبتك هذا بشرط أن تهبنى كذا"، و الثاني أن يقول "وهبتك هذا بشرط أن يكون ذاك ملكا لى". و أما لو وهبه شيئا و وهبه الآخر شيئا كذلك فهو من باب المقابله بالإحسان، و لا ينتقض به على التعريف لعدم صدقه عليه أصلا.

و قد أجاب الشيخ عن النقض بالهبه المعوضه: بأن التعويض المشترط فى الهبه كالتعويض غير المشترط فيها من حيث كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا، لان أن حقيقه المعاوضه و المقابله مقصوده فى كل من العوضين.

توضيحه: ان البيع حقيقه تمليك مال بمال، و بعباره أخرى تبديل أحد المالين بالآخر. بخلاف الهبه المعوضه، فإنها و ان أشتمك على العوض إلا انه لم يقع أحد المالين مقابلا للآخر، فان حقيقه الهبه الإعطاء بلا عوض، غير أن لهذا الإعطاء المجانى داع البته، و الداعى يختلف باختلاف الموارد، فتاره هو طلب رضا الله عز و جل و تحصيل ثوابه، و أخرى أضاء نفسه، و ثالثه علمه بأن هذا الإعطاء بالمجان يدعو الطرف الآخر على أن يهبه شيئا. و ما نحن فيه من هذا القبيل، فهو من باب الداعى لا المقابله، و ذكر العوض بهذا النحو غير مناف لمفهوم الهبه.

و قال السيد "فده" ما ملخصه: ان حقيقه الهبه قوامها عدم العوض،

و أما الهبه المعوضه فهى عندهم أن يعطى الشىء للموهوب له و يشترط عليه أن يهبه شيئاً فى مقابل هبته لأفى مقابل العين التى وهبها،و يصح أن يقول "وهبتك كذا بهبتك كذا" من غير اشتراط للعوض. بأن تكون الهبه مقابله بهبه.

أقول:انه فى مورد الا-شترط يتحقق التزامان،فان وفى الأ-خر بما اشترط عليه و التزم به فهو و الا- فان الهبه من جهته صحيحه،و السيد "قده" يصحح أن يقول:وهبتك كذا بهبتك كذا،و يترتب على ما ذكره أنه لو لم يهب الأخر بطلت الهبه من طرفه..كما صرح به،لكن الصوره التى ذكرها "قده" الا- تخلو من الجمع بين المتنافيين،فانه ان كان هبه كيف يجعل فى مقابله شىء ؟ و قد أوضح "قده" ما ذكره:بأن الهبه تكون تاره بنحو جعل شىء فى مقابل شىء و هذا ليس هبه فى الحقيقه بل انه بيع،و أخرى يجعل فعله مقابلا لمال يدفعه المتهب.و هذه هبه معوضه.

أقول:هذا مما لا- يمكن تعقله،لان إنشاء الهبه معنى و جعل المال فى مقابله يحتاج إلى لحاظه بالمعنى الاسمى،و الجمع بين اللحاظين غير معقول.

الكلام فى إخراج القرض عن تعريف الشيخ

قال الشيخ: و بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد و يمكن إخرجه..

أقول:قد اخرج القرض بأنه و ان كان تملك لا مجانا لكنه

ليس فيه معاوضه، فلذا يكفي أن يقول "أقرضتك هذا" بلا أن يقول بعده "بمثله أو بقيمته".

فهو يجعل الشيء ملكا للآخر مع ضمانه بدفع عوضه إليه ان لم تكن عينه موجوده، فلو تلفت توجه الضرر إليه لا إلى المقرض.

و من هنا لا يعتبر فى القرض الربوى ما يعتبر فى البيع الربوى من كونه مكيلا أو موزونا، كما أنه لا غرر فى القرض، فلا يعتبر العلم بالوزن أو الكيل أو القيمه، فلا يضر الجهل و يكفي أن يقول "أقرضتك هذا".

أقول: لكن عدم اعتبار العلم إلى هذا الحد مشكل، فمن المستبعد تصحيح العرف و إمضاء الشارع معاملة أو عقدا لا يعلم الطرفان مقدار المال أبدا، فانه يؤدي إلى النزاع و الاختلاف عند الأداء و يلزم الغرر.

نعم لا يضر الجهل بالخصوصيات فى حين العقد فيما اذا علم المقرض أو كلاهما بعدئذ بما ينتفى معه الغرر. اللهم الا ان يقال ان هذا جار فى الجهل بالوزن أيضا.

نعم ما ذكره "قده" من عدم اعتبار ما يعتبر فى الربوى فى القرض صحيح، و لكن هذا لا يقتضى التغاير، فلا يخرج به "القرض" عن حد "البيع". نعم ليس القرض تمليك مال بمال، بل هو تمليك مال لأعلى وجه المجان.

المختار فى تعريف البيع

و بالجمله، ان تمليك العين بمال هو البيع و ليس صلحا اجاره

و هبه. و لو علم به و شك في انه هل كان يباع أو غيره؟ فالأصل هو البيع و تترتب عليه آثاره دون غيره من المعاملات. و المراد من الأصل هنا هو الغلبه.

و لو تلفظ بالبيع و شك هل أراد المعنى العرفي أو معنى مجازيا كالإجاره؟ رتب أثر الأول لأصالة الحقيقة. و أما لو ملك عينا بمال بأن قال "ملكته كذا بكذا" فشك في انه تمليك بيع أو صلح مثلا؟ فلا معنى للأصل هنا، لان احتمال الصلح ساقط، فلا يقال: الأصل هو البيع، لان تمليك العين بمال هو البيع في الحقيقة و هو حقيقه البيع.

فتلخص: أنه في كل مورد كان تمليك مال بمال فهو بيع.

أقول: و ربما يتبادل الناس فيما بينهم الأشياء و ليس هناك عنوان "العوض" و "المعوض" و عنوان "البائع" و "المشتري"، و هذا ما يقال له بالفارسيه "سودا كردن". فظاهر كلام الشيخ "فده" اعتباره يباع و ترتب آثاره عليه من الخيارات الخاصه بالبيع.

و ربما يقال بعدم كونه يباع لفقد بعض شرائطه، فليكن معامله مستقله تشملها أدله الوفاء بالعقود، و تترتب عليها الخيارات العامه مثل "خيار الغبن". و هذا هو الاولى.

هل يشترط وجود العوضين منحاين قبل البيع؟

هذا، و ظاهر عبارته المصباح بل صريحها: وجود الثمن و المثل منحاين ذهنا او خارجا و بغض النظر عن البيع و الا لم ينعقد البيع،

لا انه بيع فاسد. لكن الفقهاء يقولون بفساد بيع "المزابه" و"المحاقله"، و المراد من الأول:

تاره: بيع التمر على النخل فى مقابل التمر على النخل، و هذا بيع لعدم الاتحاد بين الثمن و المثلث.

و أخرى: بيع رطب هذه النخل بتمرها و هذا ليس بيعا للاتحاد.

و المراد من الثانى: بيع السنبلى، و هو على نحوين:

فتاره يباع كله فى مقابل حبه.

و أخرى يباع السنبلى بنفسه.

فالأول صحيح دون الثانى، للاتحاد و عدم تعقل طرفى الإضافيه فيه، إذ لا يعقل بيع الشئء بنفسه.

فالفقهاء: يقولون بتحقق البيع فى هذه لكنه فاسد (خلافا لصاحب المصباح حيث يقول بعدم تحقق مفهوم البيع، بل قد استثنوا من تحريم بيع "المزابه" بيع "العريه" للنص الوارد فى ذلك (١).

و لكن الظاهر ان إطلاق "البيع" سواء فى الروايات و كلمات الأصحاب على هذه المعاملات مجاز و لا سيما بيع العريه، فكأنه يقول له لك هذا التمر و أعطنى كذا تمرا، و يؤيد ذلك التعبير عنها بلفظ "العريه" (٢).

ص: ٤٥

١- ١) وسائل الشيعه ١٣ / ٢٥ الباب الرابع عشر من أبواب بيع الثمار من كتاب التجاره.

٢- ٢) ان كان مأخوذا من الإعاره.

قال السيد "قده": "الا أن يقال بكفايه التعدد الاعتباري.

أقول: وفيه نظر لا يخفى.

معان للبيع ذكرها كاشف الغطاء و الكلام حولها

ثم ان الشيخ "قده" نقل عن بعض من قارب عصره أنه قال:

يستعمل البيع في ثلاثة معان:

أولها انه تملك عين بمال بشرط تعقبه بالقبول. و عن بعض مشايخه انه المراد من "البيع" في كلمات علمائنا، ثم قال "قده":

لعله للتبادر.

أقول: ان الشيخ "قده" يرى أن "البيع" يتحقق بنفس التملك و لا- يشترط تعقبه بالقبول، لكن هذا اللفظ ينصرف إلى المتعقب بالقبول عند الإطلاق، باعتبار أنه الفرد المؤثر من البيع، و أما الذي لم يتعقبه فلا تترتب عليه الإثارة و ان كان مفهوم "البيع" متحققا به.

قال: الثاني انه الاثر الحاصل من الإيجاب و القبول أو الأول فقط و هو الانتقال.

و الثالث انه نفس الإيجاب و القبول، أى العقد. و قد ادعى الاتفاق على أن المراد من قولهم كتاب البيع. الصلح. الإجاره هو كتاب أحكام عقد البيع إلخ، فما وضعت له هذه العناوين هو "العقد".

قال السيد "قده": "شرائط البيع تارة شرط للتأثير فلو لم يتحقق تحقق البيع و الملكيه و لكن في اعتبار البائع و لا أثر له شرعا و عرفا،

كما اذا باع الخمر أو الحفنه من تراب، فهنا يتحقق البيع لكن لا يترتب عليه الاثر شرعا.

و أخرى شرط لتحقق المملكه، كما اذا خاطب الحائط قائلا بعتك كذا بكذا، فان هذا ليس بيعا حتى عند البائع نفسه، لعدم صحه اعتبار المالكه للجدار، فهنا لم يتحقق البيع أصلا.

أقول: و الأوضح من هذا المثال: انه لو خاطب فى الظلام أحدا تخيلا حضوره قائلا "بعتك كذا بكذا" ثم لما زالت الظلمه ظهر أنه كان قد تخيل. فانه ليس بيعا و ان تحقق اعتبار التمليك من البائع.

اذن فى بعض الموارد ينتفى مفهوم البيع بعدم تعقب الإيجاب بالقبول.

ثم أورد السيد "قده" على نفسه: بأنه يلزم على هذا أن يكون "بعث" فى مورد الاخبار غيره فى مورد الإنشاء، بأن يكون فى الأول متعقبا بالقبول و لولاه لم يصدق الخبر دون الثانى، لان القبول ليس بيده حتى يكون موجدا للبيع المتعقب بالقبول، فربما لم يقبل الطرف الآخر.

و أجاب بأنه لا مانع من الالتزام بذلك، فيختلف المعنى بالتعقب و عدمه.

أقول: هذا نفس كلام الشيخ، فانه يقول بتحقيق المفهوم حينئذ بغض النظر عن التعقب.

أقول: الحق ان البيع عند العرف أوضح من كل هذه التعاريف.

و تعريف الشيخ "قده" كسائر التعاريف لا يخلو عن النظر، غير أنهم لم يكونوا بصدد التعريف الحقيقي كما هو ظاهر.

حول وضع ألفاظ المعاملات

□ ثم هل ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيح أو الأعم منه و الفاسد و على الثاني لا أشكال في التمسك بقوله تعالى " أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ " و نحوه من العمومات في مشكوك الصحة، الا- اذا قام دليل خاص على بطلان عقد أو معامله. و على الأول فيه اشكال سيأتي الكلام عليه بالتفصيل.

قال في المسالك: البيع موضوع للصحيح، و لذا لو حلف على بيع شيء و أوقع البيع الفاسد فقد حنث و عليه الكفاره، و كذا الكلام في سائر العقود و العبادات الا الحج لان الفاسد منه يجب المضى فيه.

فلو حلف بترك الصلاة و الصوم اكتفى بمسمى الصحة و هو الدخول فيهما، فلو أفسدها بعد ذلك لم يقع الحنث، و يحتمل عدمه لأنه لا يسمى صلاه شرعا و لا صوما مع الفساد.

و عليه الشهيد الأول "قده" أيضا.

و قد أشكل على المسالك: بأنه اذا كانت "الصلاه" موضوعه للصحيحه و قد كان حلف على الترك فكيف لم يحنث ان أفسدها بعد الدخول فيها؟ و أيضا: لو حلف على الترك لم يجز له الإتيان بمتعلق الحلف، فلا يجوز له الدخول في الصلاة حينئذ، فهي فاسده من أول الامر.

و أما الحج ففيه قولان: اختار بعضهم صحته، و ذهب آخرون

إلى فساده كما ذكرنا فى محله بالتفصيل و على الثانى فان الامر بالمضى و الإتمام عقوبه لا يستلزم حجا.

و كيف كان، فقد استدل للقول الأول بالتبادر و بعدم صحه السلب عن الصحيح.

أقول: ان تم ذلك بالنسبه إلى الصحيح فلا ينافى كون الفاسد موضوعا له أيضا. و هذا ما أورده فى القوانين على المسالك.

و استدل الشيخ "قده" بصحه السلب عن الفاسد.

أقول: وفيه نظر، لان البيع الفاسد "بيع" عند العرف، و فى الخبر ان النبى صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر (1) فهو بيع لكنه فاسد.

و استدل للثانى بصحه التقسيم.

و أجيب: بأنه أعم من الحقيقه و المجاز.

وفيه: ان ظاهر التقسيم فى كل مورد كونه على الحقيقه، إذ التقسيم لا يناسب التجوز.

ص: ٤٩

١-١) قال فى مجمع البحرين ٣ / ٤٢٣: و فى الخبر "نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر". و فى الوسائل ١٢ / ٢٦٦ عن الشيخ الصدوق قدس سره عن الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و آله فى حديث المناهى قال: و نهى عن بيع و سلف، و نهى عن بيعين فى بيع، و نهى عن بيع ما ليس عندك، و نهى عن بيع ما لم يضمن. و انظر ما بعده عن معانى الاخبار.

فالحق: أن الالتزام بالقول الأول مشكل.

التمسك بالإطلاق في المعاملات

و على الأول يشكل التمسك بالعمومات و الإطلاقات فيما شك في كونه صحيحا أو فاسدا، كما اذا وقع العقد لا بالعربيه مثلا لأنه تمسك بالعام في الشبهه المصداقيه.

و قد أجاب السيد "قده" عن ذلك بصحه التمسك بها بناء على الصحيح أيضا، في العقود بل العبادات كذلك، إذ ليس المراد من الوضع للصحيح دخل مفهوم الصحه في الموضوع له بنحو الشرط أو القيد، بل المراد ان الموضوع له هو الجامع لشرائط الصحه، فلو شك في عقد بيع مثلا يتمسك بالاطلاقات لأنه بيع، لا أنه ليس بيعا حتى يكون تمسكا بالعام في الشبهه المصداقيه.

أقول: اذا كان موضوعا للجامع لاجزاء الصحه و شرائطها شرعا و عرفا فشك في صحه بيع من جهه شرطيه شيء فيه أو جزئيه فقد شك في أنه بيع أولا، فان تمسك بالعام حينئذ كان تمسكا بالعام في الشبهه المصداقيه.

فجوابه "قده" غير واضح.

و أجاب الشيخ "قده" بأنه يمكن أن يقال: ان "البيع" عند العرف يستعمل في الصحيح، أي ما كان صحيحا واقعا، لكن ما كان صحيحا عرفا صحيح شرعا تاره و أخرى غير صحيح عنده لعدم جامعته

لشروط الصحة المعتبره عنده كما أن بيع الهازل ليس بيعا عرفا.

و التمسك بالإطلاق يتم بناء على الصحيح العرفى عند الشك فى الصحة الشرعيه.

أقول تاره يكون ما وضع له لفظ "البيع" حقيقه واحده فى نظر الشارع و العرف معا، و هو البيع الجامع للاجزاء و الشروط المعتبره لدى العرف و الشرع، غير أنه قد يشتهب الامر على العرف فى مرحله التطبيق فيجعل البيع الربوى مثلا من مصاديق هذا البيع و الشرع يردعه عن ذلك و يخطئه فى تطبيقه.

و على هذا فالمراد من "البيع" فى قوله تعالى "أحل الله البيع" هو الجامع للاجزاء و الشروط المعتبره شرعا و عرفا، و حينئذ فان أخطأ العرف فى التطبيق رده الشارع، و إلا كان المراد من كلامه (أى الشارع) نفس ما فهمه العرف، فالمفاهيم منزله على نظر العرف ما لم يخطئه.

أقول: و هذا انما يتم بناء على ما ذهب اليه الشيخ "فده" من ان الملكيه أمر حقيقى خارجى لا اعتبارى جعلى.

و أخرى: يكون للعقود حقيقه شرعيه بأن يكون ما وضع له اللفظ عند الشرع غير الموضوع له لدى العرف و عليه، فلا يجوز التمسك بالاطلاقات.

و قد ذهب كثير من الأصحاب إلى أن الملكيه أمر اعتبارى لا حقيقى، فالعين هى نفسها فى يد عمرو كما كانت فى يد زيد من حيث الخصوصيات و غيرها، غير أن العقلاء اعتبروا للاختصاص بهذا بعد

أن كان لذاك أسبابا فيما بينهم حفظا للنظام و دفعا للهرج و المرج.

و من هنا لو ردع الشارع عن بيع كالباع الربوى (و ان كان بيعا عند العرف) كان بيانا لما هو الموضوع له "البيع" عنده و انه غير الذى وضع له عند العرف. و بعبارة أخرى: يكون للبيع حقيقه شرعيه و وضع آخر غير وضع العرف، و على هذا لا يمكن التمسك بالاطلاقات عند الشك فى صحه بيع.

فتلخص: انه بناء على الوضع للصحيح يصح التمسك بالاطلاقات عن طريق القول بأن العقد الصحيح عند العرف و الشرع واحد و حقيقه فأرده، غير أن العرف قد يخطأ فى التطبيق فى مورد ما ثم الشارع يردعه الا أن هذا يتم بناء على أن الملكيه أمر واقعى.

و أما بناء على انها أمر اعتبارى و ان المعتبر عند الشرع غيره عند العرف فيتمسك لان الخطابات الشرعيه منزله على المفاهيم العرفيه الا ما خرج بالدليل.

و يرد عليه ما ذكره السيد "قده" من أنه: فما فائده وضع الشارع حينئذ؟ و يمكن أن يجاب عنه، بأنه اذا كان "بيع" صحيحا عند العرف و هو موضوع للأعم من الصحيح و الفاسد فانه يتمسك بالاطلاقات عند الشك، و أما اذا كان الوضع عندهم للصحيح فقط فانه هو الموضوع له عند الشرع أيضا (فليس الموضوع له الشرعى غير الموضوع له العرفى) غير أنه لأجعل للشارع بالنسبه إلى بعض الافراد التى يرى

العرف صحتها، فالموضوع له واحد غير أن الشارع لا يمضى بعض الافراد. اذن يتمسك بالإطلاق الا فى المورد الذى نص الشارع على عدم ترتيبه الاثر عليه.

بقى اشكال السبب و المسبب:

و هو: أنه ان كان الشارع يريد من إمضاء العقود فى مثل "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" إمضاء الأسباب، فلا اشكال فى التمسك بالإطلاق و المراد من "العقود" هى العقود العرفيه لان الخطابات الشرعيه منزله على ما عند العرف، و أما ان أراد من ذلك إمضاء المسببات، أى ما يحصل منها و هو النقل هو الممضى شرعا فان هذا لا يقتضى إمضاء ما يعتبره العرف سببا للنقل، فلا يمكن حينئذ التمسك بالإطلاق المسبب فيما شك فى كونه سببا ناقلا.

و أجاب بعض المحققين: بأنه ان كان المراد من "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" هو الإمضاء فان إمضاء المسبب يستلزم إمضاء السبب، و ان كان المراد منه جعل الحكم أى وجوب الوفاء بالمسبب فلا يستلزم الحكم بالوفاء بالسبب.

أقول: الظاهر عدم الفرق بين الأمرين، فانه يستلزم الوفاء بالسبب الا اذا نص على عدم إنفاذه بسبب من الأسباب، فلا مانع من التمسك بالإطلاق.

و المختار بناء على عدم الحقيقيه الشرعيه ان المراد من "البيع الصحيح" هو الصحيح العرفى الشرعى، و بهذا صرح الشيخ

"فده" فى آخر كلامه، و عليه فالمحلل فى "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" هو البيع العرفى. نعم يخطأ العرف فى كل مورد لا يراه بيعا صحيحا و يردعهم عن ترتيب الاثر عليه.

و لو لم يصح التمسك بالإطلاق يتمسك بالإطلاق المقامى المستفاد من الآيه مع عدم التقييد مع كونه فى مقام البيان، بل هو فى الواقع إنفاذ و قبول لما يراه العرف بيعا صحيحا و الال لردع.

و على فرض عدم جواز التمسك به أيضا فلا- سبيل إلى التمسك بالبراءة، بل فى مورد الشك فى تحقق الملكيه بعقد ما يبنى على عدم الصحة، و أما المسبب فان الأصل فى العقود هو الفساد.

المعاطاه

اشاره

...

ص: ٥٥

لا ريب في عدم تحقق "البيع" بالاعتبار المجرد، بل لأبد له من ميرز، فان كان الإبراز بالقول و هو الإيجاب و القبول فلا اشكال و لا خلاف في تحققه بذلك، و ان كان بالفعل و هو المعطاه فهو مورد البحث و الكلام، فهل تفيد المعطاه الملك أو الإباحه ؟ و على الأول فهل هو لازم أو جائز !

أنحاء المعطاه و آثارها

و المعطاه: ان كانت على وجه الإيجاب لم تفسد شيئاً، إذ لا اعتبار حينئذ، و لا يمكن التعاطى من غير قصد، و أما مع القصد فلا تخلو من ثلاثه أقسام:

١ الإعطاء مع قصد الإباحه.

٢ الإعطاء مع قصد التمليك.

ص: ٥٧

فالأول يفيد الإباحه، والثاني التمليك، والثالث الأمانة. و في تعيين كل واحد منها لأبد من قرينه زائده على الإعطاء و لو كان معامله مفهمه للمقصود حتى يؤثر فيه.

و اما الإعطاء بلا قصد فعلى فرض إمكانه لا يفيد شيئا، لان مجرد الإعطاء لا يكفى دليلا على الرضا و يكون المال مغصوبا عند الأخذ، فان قصد النقل (من غير قصد لنوع من أنواعه بالخصوص) فلا أثر له أيضا كذلك، لان أقسام النقل معينه بعناوينها من البيع و الهبه و الإجاره..

فقصد الجنس دون الفصل غير ممكن فتأمل.

و انما الكلام فى التعاطى بيعا و تمليكا بأن يعطى أحدهما بقصد التمليك بعوض و يقبل الآخر بإعطاء العوض أو اباحه بأن يتعاطيا على نحو التراضى و الإباحه فى التصرف منهما بلا تمليك فهل يصح أولا ؟ هنا مطالب:

الأول: ما هو المتعارف بين الناس ؟ فيه قولان.

الثانى: ما هو الحكم فى الحالين ؟ ان قصد الإباحه لم يفد الملك كما هو واضح، و اما ان قصد التمليك ففيه أقوال: ف قيل انه بيع لازم، و قيل بل جائز، و الثالث انه بيع فاسد لعدم الصيغه. و الملك لملكه لكن يترتب عليه الإباحه تعبدا عند بعضهم، و قيل بل من المالك، و ذهب بعضهم إلى عدم جواز التصرف.

و أما اذا لم يقصد لا الإباحه و لا التمليك فاما لا يعقل أصلا، و اما لا يترتب عليه شيء. فيكون المعطى بحكم المغصوب.

كلمات الفقهاء حول المعاطاه

الثالث: ما المستفاد من كلمات الأصحاب في المقام؟ قال المحقق الثاني "قده": ان محل النزاع هي المعاطاه المقصود بها التمليك، و لذا فقد نزل الإباحه في كلام الفقهاء على الملك الجائز.

و قال صاحب الجواهر "قده": ان محل النزاع هي المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه، و أبقى الإباحه في كلامهم على ظاهرها.

و لنقل كلمات جماعه من الفقهاء في المقام و نذكر ما يمكن أن يستفاد منها، فنقول:

قال في الخلاف: "اذا دفع قطعه إلى البقلى أو الشارب فقال أعطني بها بقالا- او ماء فأعطاه فانه لا- يكون بيعا، و كذلك سائر المحقرات، و انما يكون اباحه له، فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه..".

أقول: قوله "انما يكون اباحه" يحتمل أن يكون حكما و يحتمل اراده ان المتعاطيين يبيح كل منهما التصرف في ماله للآخر. و أما قوله "فيتصرف كل منهما" فصريح في عدم الملك.

و كلامه "قده" في المبسوط يحتمل فيه الوجهان المذكوران كذلك، فقد قال هناك ما نصه "فأما البيع: فان تقدم الإيجاب.. و ان

تقدم القبول.. فإذا ثبت هذا فكل ما يجرى بين الناس إنما هو استباحات و تراض دون أن يكون ذلك بيعا منعقدا، مثل أن يعطى للخباز درهما فيعطيه الخبز أو قطعه للبقل فيناوله البقل، و ما أشبه ذلك. و لو أن كل واحد منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع".

لان ظاهر قوله "انما هو استباحات و تراض" عدم قصد المتعاطين الملك، و ظاهر قوله "لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع" كونه بيعا غير صحيح.

فظهر أنه لا يمكننا نفى ارادته "قده" كون المعاطاه مقصودا بها الإباحه، بمعنى استباحه كل من المتعاطين التصرف في مال الآخر منه، فما ذكره المحقق الثاني "قده" لا يساعده كلام الشيخ "قده".

ثم قال في الخلاف بعد العبارة المذكوره "و فائده ذلك أن البقل اذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعه أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك، لان الملك لم يحصل لهما. و به قال الشافعى، و قال ابو حنيفه يكون بيعا صحيحا و ان لم يحصل الإيجاب و القبول، و قال ذلك في المحقرات دون غيرها.

دليلنا، ان العقد حكم شرعى و لا- دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا- يثبت، و أما الإباحه بذلك فهو مجمع عليها لا يختلف العلماء فيها".

لكن الاستدلال للحكم بالإباحة بالإجماع غير تام، لوجود الخلاف في المسألة.

وقال في السرائر: "فإذا دفع قطعه إلى البقلى أو إلى الشارب فقال "أعطني" فإنه لا يكون بيعا ولا عقدا، لان الإيجاب و القبول ما حصل، وكذلك سائر المحقرات و سائر الأشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان، و انما يكون اباحه له، فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، و لكل منهما أن يرجع فيما بذله، لان الملك لم يحصل لهما. و ليس ذلك من العقود الفاسده لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما، و انما ذلك على وجه الإباحة".

أقول: و هذا ظاهر في دعوى صاحب الجواهر "فده"، إذ لو كانا قاصدين للملك لكان عقدا فاسدا، بل انهما يقصدان الاستباحه، و لذا كان لكل منهما أن يرجع فيما بذله.

وقال في الغنيه: "و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، بأن يقول "بعنيه بألف" فيقول "بعتك بألف"، فإنه لا ينعقد بذلك، بل لأبد أن يقول المشتري بعد ذلك "اشتريت" أو "قبلت" حتى ينعقد، و احترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعه و يقول

"أعطني بقالاً" فيعطيه، فان ذلك ليس بيع و إنما هو إباحه للتصرف.

يدل على ما قلناه الإجماع المشار اليه، و أيضا فما اعتبرناه مجمع على صحه العقد به و ليس على سحه ما عداه دليل، و لما ذكرنا نهى صلى الله عليه و آله عن بيع المنابذه و الملامسه، و عن بيع الحصاه على التأويل الأخر، و معنى ذلك أن يجعل اللمس بشيء أو النبذ له و القاء الحصاه بيعا موجبا".

أقول: يعنى انه كما لا ينعقد البيع فيما اذا لم يقل المشتري بعد الإيجاب "اشتريت" أو "قبلت" كذلك المعاطاه لا ينعقد بها البيع مطلقا، و هذا ظاهره قصد المتعاطين التمليك لا الإباحه.

و يحتمل أن يكون فى مقام بيان الفرق بين قول المشتري للبائع "يعنى" و قوله له "أعطني"، فان كليهما لا ينعقد به البيع، الا أن الثانى يفيد الإباحه للتصرف.

و الذى يظهر لى أن المراد من هذه "الإباحه" هى "الإباحه المالكيه" لا "الإباحه الشرعيه".

كما أن استدلاله بالأدله الثلاثه ظاهر فى أن المفروض قصدهما الملك، و الا- لكان الاولى أن يستدل لعدم انعقاده بعدم القصد، لكن من المحتمل استدلاله بها لعدم انعقاد البيع بقوله "بمعنى" لا لعدم انعقاده بقوله "أعطني".

و قال الحلبي "فده" فى الكافى بعد ذكر شروط صحه البيع:

"فان اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم، و ان جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع".

قال الشيخ "قده": و هو فى الظهور قريب من عبارته الغنيه.

أقول: بل أظهر منها، غير أنه لم يتعرض للمعاطاه و نفى كونها بيعاً بصراحه.

و قال المحقق فى الشرائع: "و لا يكفى التقابض من غير لفظ و ان حصل من الامارات ما دل على اراده البيع".

أقول: أى لا ينعقد البيع بالتقابض سواء قصد المتقابضان البيع أولاً.. و ليس فى عبارته ما يفيد اباحه التصرف حينئذ و عدمها.

و قال الشهيد "قده" بعد قوله قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى: "و أما المعطاه فى المبيعات فهى تفيد الإباحه لا الملك و ان كان فى الحقيق عندنا".

أقول: قوله "فهى تفيد الإباحه لا- الملك" صريح فى عدم افاده المعطاه الملك، و أما إفادتها الإباحه فهى بناء على ما ذهب اليه "قده" من أن تسليط شخص غيره على ماله بالعقد الفاسد يفيد جواز تصرفه فيه و عدم ضمانه له اذا تلف، و لا يستفاد من عبارته هذه انها ان قصدا الملك أفادت الإباحه دونه، فلعله يقول بافادتها الإباحه من حيث أن

التسليط على الشيء مع العلم بفساد المعامله يستلزم اباحه التصرف.

الا- ان هذا مما لا- يلتزم به الفقهاء، بل انهم يقولون في خصوص المعاطاه بأن الفعل لا يقوم مقام القول، فتنفيذ الإباحه لكن لا مطلقا، كما لا يلتزمون بعدم الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد، الا بعضهم مع علم المعطى بفساد العقد.

نتيجه البحث

و بعد، فقد ظهر ان عبارات الفقهاء في المقام مختلفه، فلا سبيل إلى جمعها على معنى واحد، و حينئذ نقول: لا أشكال في جواز التصرف فيما أخذ بالمعاطاه ان كان التعاطى بقصد الإباحه، و انما الاشكال في التصرفات الموقوفه على الملك. فقد قيل، بأن الاذن بالتصرف يقتضى الاذن في التملك أولا ثم التصرف فيه بشتى انحاءه، و قيل بعدم كفايه الاذن لهذه الجبهه.

ثم ان الشائع بين الناس في هذه الأزمنه ليس غير الشائع بينهم في عصر الشيخ الطوسى "فده" و على هذا فما يقصدونه هو الاستباحه و التراض، و أما ان قصدا الملك كان بيعا عرفا تشمله العمومات كقوله تعالى "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" و قوله "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ". بل مقتضاها افاده اللزوم أيضا، فلا بد للقائل بعدمه من اقامه الدليل. اللهم الا اذا قام الدليل على عدم انعقاد البيع بالمعاطاه.

قال الشيخ "فده": قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمه

فى عدم حصول الملك، بل صراحه بعضها، و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد و حاشيه الإرشاد انهم أرادوا بالإباحه الملك المترزل و زاد فى الثانى "ان مقصود المتعاطيين اباحه مترتبه على ملك الرقبه كسائر البيوع، فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه، و الا و جب أن لا تحصل اباحه بالكليه، بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل".

و أجاب الشيخ "قده" عنه: بأن الفقهاء يحكمون بالإباحه المجرده عن الملك فى المعاطاه مع فرض قصدهما التملك، و ان الإباحه حصلت من استلزام إعطاء كل منهما سلطته مسلطا عليها الآخر الاذن فى التصرف فيه بوجه التصرف.

و أجاب المحقق الأصفهانى "قده" عنه أيضا: بأن ما وقع هنا ليس غير مقصود، لان وقوع بعض المقصود كاف، إذ الملكيه ذات مراتب، فعند ما يملكه الشىء يقول "ملكته ذاته و تملكه و الانتفاع به"، فإذا اشترط الشارع الصيغه فى تملك الذات و التملك بقى الانتفاع و هو حاصل بالمعاطاه مع قصد التملك.

أقول: ان الملكيه أمر بسيط و ليس الاملك الذات، و أما ملك المنفعه و حق الانتفاع فإنما يترتان على تملك الذات و بتبعه فلا مراتب للملكيه. و عليه فإذا زالت ملكيه الذات زالت الأمور المترتبه عليها، و لذا لو باع المستعير (و هو مالك المنفعه بالاستعاره) الشىء فضوله لم يملك المشتري المنافع، و من هنا يظهر وجود التضاد بين العين و المنفعه مستقلا.

و قال المحقق الخراساني "قده": ان المعاطاه بيع يفيد الملك، الا أنه يؤثر التمليك شرعا بشرط التصرف الملزم.

و قد أستلطف المحقق الأصفهاني "قده" هذا الوجه لكنه أجاب عنه بعدم وقوفه على من وافقه عليه.

أقول: انه يقول بتأثير المعاطاه الملك بشرط تلف أحد العوضين بالتصرفات الموقوفه على الملك كالتق و الوطى و الوقف. لكن الحق أنه لا- تعقل الملكيه المقيده بتلف العين، لأنه ان أريد أن التلف كاشف عن الملكيه من أول الامر نظير الإجازة في عقد الفضولى على قول فالملكيه تتحقق حينئذ لمن علم بتعقبها لذلك دون من لم يعلم به، و هذا لا يلتزم به احد. و ان أريد أن التلف ناقل لا كاشف، ففيه ما تقدم من أن اعتبار الملكيه بعد تلف العين غير معقول، و لو سلم اعتبار العقلاء للملكيه بعد التلف لأجل آثار ترتب عليها فان اعتبارها مشروطه بالتلف غير معقول، و ليس من شأن العقلاء جعل هكذا معامله. فما ذكره "قده" مخالف لكلمات العلماء و بناء العقلاء.

هذا، و الصحيح كما قال المحقق الخراساني "قده" أنه لا موجب و لا داعى للجمع بين هذه الكلمات.

الأقوال فى المسأله

قال الشيخ "قده": فالأقوال فى المسأله ستة:

١ انها تفيد الملك اللازم. و قد نسب هذا القول إلى الشيخ

المفيد "قده"، و عن العلامة "قده": الأشهر عندنا انه لأبد من الصيغه.

و مفهوم هذا الكلام ان إفادتها للملك خلاف المشهور.

٢ اللزوم بشرط كون الدال على التراضى أو المعامله لفظا، حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى "قده" و بعض متأخرى المحدثين.

قال الشيخ "قده": لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاه تأمل.

أقول: لا- يريد القائل اشتراط الصيغه (الإيجاب و القبول) فانه ليس بمعاطاه، بل المراد أن يتقاولا فيما بينهما ثم يتعاطيا عوضا عن الصيغه، فلا مجال لتأمل الشيخ "قده".

٣ الملك غير اللازم، و قد ذهب اليه المحقق الثانى "قده".

٤ عدم الملك، لكن التصرفات كلها حتى المتوقفه على الملك مباحه، قال الشيخ "قده": و هو ظاهر عبائر كثيره.

٥ عدم الملك مع إباحه التصرفات غير الموقوفه على الملك، نسبة الشيخ إلى الشهيد.

٦ عدم جواز التصرف مطلقا، أى أنه بيع فاسد، نسب إلى العلامة "قده"، قال الشيخ: لكن ثبت رجوعه عنه.

و نقل السيد "قده" عن كاشف الغطاء قوله: ان المعاطاه معامله مستقلة تفيد الملك كالبيع بالصيغه. و هذا قول سابع.

أقول: يتحصل من ذلك كله عدم الاتفاق على حكم فى هذه المسأله. نعم الظاهر اتفاقهم على جواز التصرف فيما أخذ بالمعاطاه

قبل تلف أحد العوضين لان المخالف ليس الا العلامه "قده" و قد عدل عنه لكن الكلمات فى بيان وجه هذا الجواز مختلفه.

ادله القول الثانى

و كيف كان فلا بد من النظر فى الادله:

لقد قوى الشيخ "قده" القول الثانى، و هو أنها تفيد الملك فيما اذا قصدا التمليك و التملك و استدل على ذلك بوجوه:

(الأول: السيره) فالسيه قائمه على معاملة ما أخذ بالمعاطاه معاملة الملك و ترتيب جميع الإثار عليه.

أقول ان أراد الشيخ "قده" من السيره سيره المتشرعه، فلا بد من احراز استمرارها حتى زمن الامام عليه السلام، فإنها حينئذ معتبره و لا- حاجه معها إلى دليل آخر، و ان أراد سيره العقلاء بما هم عقلاء فلا بد من احراز إمضاء الشارع لها، و لا أقل من عدم ردعه عنها.

أقول: ان العقلاء يعاملون ما أخذوه بالمعاطاه معاملة الملك، و لكن هل الملك المترزل؟ الظاهر انه العكس، فليس عملهم الا على الملك المستقر، و لذا لا- يرتضون بالفسخ و الرد، و ليست الملكيه عندهم متوقفه على التصرف أو التلف. و هذه السيره العقلانيه بمجرد اتصالها و استمرارها لتشابه الأزمنه إلى زمن المعصوم عليه السلام تكون

ص: ٦٨

سيره متشرعيه لعدم الردع.

اللهم الا أن يثيب جواز التراد شرعا بالدليل.

و على هذا الذى ذكرنا يصدق على هذه المعامله عنوان "البيع" عند العرف، فيصح التمسك بالدليل:

(الثانى: عموم آيه الحل) و هى قوله تعالى: "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" ، قال الشيخ انها تدل على جواز التصرفات المترتبه على البيع حتى المتوقفه على الملك، و على هذا تدل على أن المعاطاه تفيد الملك.

أقول: و هل "أَحَلَّ" يدل على حل التصرفات بالمطابقه، أو هو كناية عن حليه هذه التصرفات، أو أنه لما "أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ" حلت التصرفات بالملازمه. و الا فلا معنى لحليه البيع، إذ تحليله انما هو باعتبار الإثار المترتبه عليه؟.

اذن لا يريد الشيخ "قده" من كلامه المتقدم دلالة الآيه بالمطابقه على جواز التصرفات.

و قال المحقق الخراسانى "قده": ان قوله بدلالاتها على جواز التصرفات انما هو لان المسبب ليس أمرا اختياريا حتى يحوز و يحلل.

ثم أورد عليه بأن اختياريه السبب كافيه لاختياريه المسبب، فلاحراق مثلا اختيارى ييجاد سببه الاختيارى.

و قال المحقق الأصفهانى "قده": ان البيع لما كان حلالا مطلقا أى سببا كان أو مسببا) فلا يحرم "قول بعت"، فان المحلل هو

التصرفات، و هي مورد الحاجة و محل الابتلاء. ثم أشكل عليه: بأن الحليه متعلقه بالبيع لأنه فعل من أفعال المكلف، و هذه الحليه التكليفية تدل على حليه التصرفات بالملازمه، فلا وجه للقول بتوجه الحليه إلى التصرفات أولاً و بالذات.

أقول: انما يتوجه ما ذكره قدس سرهما فيما إذا كانت عباره الشيخ "قده" ظاهره فى شىء من ذلك، و قد تقدم أنها تحتل الاحتمالات الثلاثه المذكوره كلها.

ثم انه قد يقال: ان المراد من "أحلّ" هو الحكم الوضعى و هو "النفوذ"، أى ان الله أنفذ البيع و أقره و أمضاه. و ان جعلناه بمعنى الحكم التكليفى كان المعنى: ان هذا السبب لمبادله المال بمال أى التبديل حلال، فهو اذن صحيح. و كذا ان أريد المسبب، أى ان الله جوز مبادله المال بالمال، فسواء كان بمعنى الحكم الوضعى أو التكليفى سبباً أو مسبباً دل على الصحه.

انما الكلام فى أنه ان كان بمعنى السبب كان معناه: كل ما جعلتموه سبباً للمبادله و كان يباع عندكم فهو حلال، و حينئذ يتمسك بعمومه و تصح المعاطاه. و ان كان بمعنى المسبب كان المعنى: أحل الله انتقال:

المال و مبادلته بالمال، فلا عموم له ليشمل المعاطاه.

أقول: لكن مبادله المال بالمال عند العرف لها أسباب عديده، و الله تعالى أمضى و أنفذ المبادله المسببه بها عدا المبادله الحاصله بالبيع الربوى مثلاً. و حينئذ يتمسك بالعموم لأجل المعاطاه التى لا جهه

ربويه فيها فالعموم يتمسك به فى المقام سواء كان المراد إمضاء السبب أو إمضاء المسبب.

هذا، ولا- يقدح بعموم "أَحِيلَ اللَّهُ الْبَيْعَ" كونه فى قبال "حَرَّمَ الرَّبُّ" كما لا- يخفى. لان العرف يفهم من ذلك تخصيص البيع الربوى دون التخصص.

(الثالث: آيه التجاره) قال الله تعالى "لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ" إذ لا ريب فى أن المعاطاه تجاره عن تراض و انها تفيد الملك. نعم لا تدل الآيه على إفادتها للزوم.

(الرابع: دليل السلطنه) و هو قوله صلى الله عليه و آله: "الناس مسلطون على أموالهم". فقد استدل به بأن المراد من التسلط هو التسلط الوضعى و التكليفى معا، أى انها سلطنه مجعوله من الله تعالى للناس على أموالهم و التصرف فيها مطلقا، و من التصرفات: المعاملات التى يتحقق بها النقل و الانتقال عند العرف و التى أمضاها الشارع و رتب عليها الاثر، و من ذلك "المعاطاه" فإنها بيع عرفا يفيد الملك كالبيع بالصيغه.

قال الشيخ "قده": لا دلالة له على المدعى، لان عمومه باعتبار أنواع السلطنه، فهو انما يجدى فيما اذا شك فى أن هذا النوع من السلطنه ثابتة للمالك و ماضيه فى حقه شرعا أم لا، و أما اذا قطعنا بأن سلطنه خاصه كالتملك نافذه لكن شك فى أن هذا التملك الخاص

يحصل بمجرد التعاطى مع القصد أم لأبد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال به.

وقال جماعة منهم المحقق الخراسانى "قده" ان هذا الحديث لا يدل حتى على النوع المشكوك فيه، فلو شك فى إمضاء الشارع لنوع من أنواع السلطنة لم يجر التمسك به، وكذا اذا شك فى صنف من نوع.

و بالجمله، انه يدل على سلطنة المالك على ملكه و نفوذ معاملاته المعلوم صحتها و الماضيه شرعا فى حقه. و بعبارة أخرى: انه يدل على عدم حجر الشارع للناس، فلهم التصرف فى أموالهم.

وقال آخرون منهم السيد و المحقق الأصفهاني "قدس سرهما" بأن الحديث يدل على التصرفات النوعية و الصنفية معا، قال السيد:

ليس مراد الشيخ "قده" من النوع هنا النوع المنطقي بل الأعم منه و من الصنف، فإذا كان الشارع قد أمضى التصرف بالنوع فانه قد أمضاه بالنسبة إلى الصنف كذلك.

وقال المحقق الأصفهاني: التسليط عبارة عن إعطاء القدره على التصرف، و هذا يعنى إمضاء الشارع لجميع التصرفات المتعارفه بين الناس و ترتيبه الإثارة التى يرتبونها، فالمراد من "التسليط" هو "الإمضاء" و الممضى هو التصرفات الوضعية و التكليفية بجميع أنواعها و أقسامها و أصنافها المتداولة بين الناس.

أقول: و بما ذكره يندفع ما ذكره المحقق الخراسانى "قده".

نعم هنا احتمال آخر، وهو أن يكون هذا الحديث بمعنى الحديث الآخر "لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه" أى الناس مسلطون على أموالهم فحسب دون أموال غيرهم، فلا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه. وعلى هذا ينتفى "الإمضاء" ودلاله الحديث فى المقام، لأنه على هذا لا إطلاق له بل أنه حكم حثى و ليس فى مقام بيان أقسام التسلط و أنواعه.

(الخامس: الإجماع المركب) قال الشيخ "قده": هذا مع إمكان اثبات صحة المعاطاه فى الهبه و الإجاره ببعض اطلاقاتها و تتميمه فى البيع بالإجماع المركب.

و أورد عليه السيد "قده": بأن الإطلاق الموجود هناك موجود مثله فى باب البيع، فلا حاجة إلى الإجماع المركب.

أقول: لعل نظر الشيخ "قده" إلى وجود احتمالات آخر إلى جنب احتمال الإمضاء و الصحة الوضعيه، و أما فى الإجاره و الهبه فليس الإطلاق ظاهرا الا فى النفوذ و الصحة.

كلام كاشف الغطاء "قده" حول المعاطاه

قال الشيخ "قده": هذا مع أن القول بإباحه جميع التصرفات مع التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه، و لذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالإباحه المجرده مع قصد المتعاطيين التملك

و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديده:

منها: ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود.

و منها: أن تكون اراده التصرف من المملكات. قال: و أما "أعتق عبدى عنك، أو عبدك عنى" فمعناه أنت و كيلى فى تمليك العبد إياى و قبول التمليك ثم عتقه عنى. و كذا الأخر، و هذا من باب أن الاذن فى الشىء اذن فى مقدمته أو شرطه.

و منها: تعلق الخمس بما أخذ معاطاه، و كذا الزكاه، و هذا معناه بناء على هذا القول و جوب أداء الزكاه و الخمس على غير صاحب المال، و كذا الامر فى الاستطاعه و الديون و النفقات، و كذا فى حق الشفعه و المقاسمه، و الحال أنه بناء على ما ذكر ليس ملكا لمن اشترى بالمعاطاه. و كذا توريث ما أخذ بالمعاطاه، فانه يعنى كون موت أحد المتعاطيين مملكا فينتقل الشىء إلى وارثه. و كذا الامر فى الربا، و مسأله الفقر و الغنى فتترتب عليها الإثار.

و ترتيب هذه الاحكام و غيرها مع القول بالإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده.

و منها: جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر، و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين، و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها. فالقول بأنه المطالب لأنه يملك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب غريب، و القول بعدم الملك بعيد جدا، مع أن فى التلف

القهرى ان ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاطيين.

و منها: ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النيه فهو بعيد، و ان أوقفناه عليها كان الواطئ للجاريه من دونها واطئا بالشبهه، و الجانى عليه و المتلف جانيا على مال الغير و متلفا له.

و منها: مسأله النماء الحادث قبل التصرف.

و منها: قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى ان اذن المالك فيه اذن فى التمليك، فيرجع إلى كون المتصرف فى تمليك نفسه موجبا قابلا، و ذلك جار فى القبض، بل هو أولى منه لاقترانه بقصد التمليك دونه .

التحقيق فيما ذكره كاشف الغطاء

هذه خلاصه ما ذكره كاشف الغطاء "قده"، قال الشيخ "قده":

هذه كلها استبعادات، لا- أن الوجوه المذكوره تنهض فى مقابل الأصول و العمومات، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديده. ثم أجاب عن الوجه الأول:

أولا: بأن المعاطاه ليست من العقود و ما يقوم مقامها عند القائل بالإباحه.

و ثانيا: بأن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير.

أقول: إن أراد الشيخ "قده" أن العقد في هذه الموارد إما باطل فلم يترتب عليه شيء، وإما صحيح فالشارع رتب عليه الإباحة و التصرفات المترتبة على الملك بالإجماع و إن لم يكن ملكاً له فالجواب تام. و إن أراد ترتب خلاف المقصود على هذا العقد مع فرض صحته فهذا لا يكون جواباً..

و أما الحكم بالضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد فإما من جهة "قاعده اليد" و إما من جهة "قاعده الاقدام"، لا أنه أثر للعقد نفسه مع قولهم بفساده.

و كذا الأمر في مساله الشرط الفاسد، فالعقد صحيح غير أن الشرط فاسد لا أثر له بناء على انه لا يفسد العقد لأنه التزم في ضمن التزم، فإذا لم يمض الشرع أحدهما بقي الآخر على نفوذه و ترتب عليه الأثر، فليس هناك تخلف عن القاعده المذكوره، و قد ذكرنا أن العقود الصحيحه التي أمضاها الشارع إنما يترتب عليها الأثر المقصود، و هذا معنى القاعده المذكوره.

و كذا الأمر في بيع ما يملك مع ما لا يملك، كبيع الشاه مع الخنزير، فإن الشارع يمضى بيع الشاه دون الخنزير. و لا تخلف عن تلك القاعده، لأن قوله "بعتك هذين" ينحل إلى: بعتك هذا و هذا، و الشارع أمضى أحدهما مطابقاً للقصد دون الآخر، لا أن هنا بيعاً واحداً أمضى نصف المقصود به و أبطل النصف الآخر ليلزم التخلف.

و مثله الأمر في بيع الفضولي لنفسه، فإن انشاء المبادله بين الثمن و المثلن يتوقف على اجازة المالك، فإن أجاز ترتب الأثر عليه

و الا فلا. و اما اعتبار نفسه مالكا فهو اعتبار لغو لا أثر له شرعا و لا يضر بالعقد.

و أما النقض بانقلاب العقد المنقطع دائما فى حال ترك ذكر الأجل و الذى وافقه السيد "قده" عليه و ان خالفه فى سائر النقوض فالظاهر عدم صحته كذلك، لان التزويج يقتضى الدوام بذاته كالتملك ما لم يقيد. و هذا مطابق للقاعده، لان العاقد قاصد للنكاح، فلو ترك تقييده و تحديده إلى أجل وقع المقصود الدال على الدوام و ترتب عليه الاثر.

و قد أجاب الشيخ "قده" عما ذكره كاشف الغطاء من لزوم كون اراده التصرف مملكا بأنه لا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق و أدله توقف بعض التصرفات على الملك.

و قال السيد "قده" فى الجواب عما ذكره كاشف الغطاء "قده":

بأنه ليس كل من قال بالإباحه يقول بمملكيه اراده التصرف، بل يمكن القول بجواز التصرفات الموقوفه على الملك مع الإباحه، بأن يكون "لا- بيع الا- فى ملك" مثلا- مخصصا بما نحن فيه، فالإباحه مترتبه على البيع الذى جاز بالإجماع، و هى كافيه لجواز التصرفات.

أقول: وفيه ان كلام كاشف الغطاء "قده" متوجه إلى القائلين بالإباحه مع قولهم بمملكيه التصرف.

و قد أشكل السيد "قده" على الشيخ بمنع كون ذلك مقتضى

الجمع، بل الأولى هو الحكم بالملكه من أول الامر، فانه مقتضى الجمع لأنه على هذا لا يلزم طرح شىء. نعم لازمه طرح الأصل المقتضى لعدم الملكيه، ولا بأس به لتقدم العمومات عليه، ولو فرضنا تحقق الإجماع على عدم الملكيه من أول الامر فالأولى طرح عموم ما دل على جواز التصرف و الحكم بعدم شموله لما يكون موقوفا على الملك، ولو فرضنا تحقق الإجماع على جواز مثل هذا التصرف فالأولى طرح عموم ما دل على توقفه على الملك و الحكم بتخصيصه بغير المقام عملا بقاعده السلطنه.

أقول: هذا يتوقف على عدم تقييد قاعده السلطنه و بقائها على إطلاقها، أى شمولها لما منع عنه الشارع.

و قال المحقق الأصفهاني "قده": ان كان غرض كاشف الغطاء عدم مساعده لسببيه اراده التصرف أو نفس التصرف للملكيه، فما ذكره "قده" فى الجواب من أنه مقتضى الجمع بين القواعد وحيه، إذ لا فرق فى كفايه الدليل على السببيه بين اقتضاء دليل بالخصوص و اقتضاء الجمع بين الادله، فالقاعده المتصديه من الجمع بين القواعد كافيه.

و ان كان غرضه أن اثبات السببيه و لو بالجمع بين القواعد اثبات أمر غريب لا نظير له فى الشريعه، فى قاعده جديده. فما أجاب به أجنبى عن الاشكال، بل لأبد من اثبات نظيره فى الشريعه حتى يخرج عن الغرابه.

ثم أجاب "قده" عما ذكره الشيخ نظيرا بالفرق بين البابين،

ثم قال: "نعم الرجوع في الطلاق بناء على حصوله بمجرد الاستمتاع و لو لم يقصد به الرجوع يكون نظيرا لما نحن فيه".

أقول: بل يمكن القول بأن الطلاق الرجعي أيضا ليس نظيرا لما نحن فيه، فإن الأدلة قائمة على أن المطلقة رجعيًا زوجه الرجل ما لم تخرج عن العدة، فلو مات أحدهما توارثا، فلا تتحقق الزوجية بالاستمتاع هنا.

هذا مع أن الملك يتوقف على الوطى و الوطى متوقف على الملك و هذا دور.

و عن بعضهم انكار توقف الوطى على الملك بل يكفى ملك الوطى.

و قد أجاب المحقق القمي "قده" بأن هذا يستلزم جواز اجاره الامه للوطى.

و أجب عنه بالنسبه إلى المعاطاه بأنه دفع للثمن فى مقابل الإباحه.

وفيه: ان الواقع هنا الإباحه فى مقابل الإباحه.

و أجاب الشيخ "قده" عما ذكره كاشف الغطاء "قده" من تعلق الأحماس و الزكوات بما أخذ بالمعاطاه بأنه استبعاد محض، فلا مانع من الالتزام بذلك، لان السيره المستمره قائمه على معامله ما أخذ بالمعاطاه معامله الملك.

أقول: قد يقال ان قيام الدليل على التعلق لا يخرج الحكم عن الغرابه، بل يقتضى وضع قاعده جديده، لكن لا يخفى أن القول بأن

السيره كاشفه عن الملكيه عندهم أولى من القول بأنه حكم تعبدى.

وقال السيد "قده": معنى كلام الشيخ عدم تعلق الخمس و الزكاه بهذا المال، فلا يجب على الأخذ لأنه ليس ما لإله، ولا على مالكه لأنه ليس بيده.

و دعوى: انه مخالف للسيره حيث انها جاريه على التعلق.

مدفوعه بأنه على هذا تكون السيره دليلا على التعلق.

أقول: ان ما ذكره "قده" يخالف ظاهر عباره الشيخ "قده".

ثم ان الاستطاعه الموجهه للحج لا تتوقف على الملك، بل يجب عليه الحج كما اذا أبيع له التصرف بمال من غير معاطاه.

كما أن أداء الدين مما أبيع له التصرف فيه جائز و لا حاجه إلى كون المال ملكا، كما اذا تبرع متبرع بأداء الدين من غير معاطاه.

و كذا الإنفاق على من يجب عليه، فانه غير متوقف على الملك بل يكفى فيه الإباحه. نعم لا يكون من تجب النفقه عليه ذا حق فى هذا المال. و كذا مسأله الغنى و الفقر، فلا- يجب أن يكون مالكا حتى يكون غنيا لا يجوز له الأخذ من الزكاه، بل الغنى من كان عنده مئونه السنه ملكا أو اباحه.

نعم الخمس و الزكاه يتوقفان على الملك.

قال المحقق الأصفهاني "قده" بالنسبه إلى خمس ربح التجاره بالمأخوذ بالمعاطاه: انه يكون حصول الربح مسبقا بالتكسب و التصرف

فى المال، فىكون مملكا له و لأصله، و لىس هذا غربىا آخر مع غرباه مملكىه التصرف.

أقول: لكن هناك فرض آخر، و هو أنه لو حسب ماله فى آخر السنه فوجد الزائد نفس المأخوذ بالمعاطاه لم يجب علىه الخمس لأنه لا- يملكه. اللهم الا- أن يقال: انه لما كان المال مباحا له بالإباحه المطلقه و جب علىه دفع خمس هذا المال من قبل مالكه لو كان ربعا له لكنه خلاف السيره و الفتوى. و كذا الزكاه، فلو ملك النصاب و حال علىه الحول عند الأخذ بالمعاطاه و جب على الأخذ دفع زكاته من قبل مالكه، لأنه أجاز له التصرفات فلىكن منها دفع الزكاه عن صاحبه.

هذا، و فى مسأله أداء الدين مما أخذ بالمعاطاه حيث قلنا بعدم توقفه على الملك كما تقدم اشكال من جهه أخرى، و ذلك أنهم حكموا بتعلق حق الغرماء بهذا المال الذى أبيض للمدين التصرف فيه، و هذا لا وجه له بناء على الإباحه فهو حكم غربى.

بل ان الإشكالات التى ذكرها كاشف الغطاء "قده" فى هذه الموارد وارده من جهه أخرى، و ذلك لان مقتضى القواعد و جوب أداء الخمس و الزكاه على المالك لا على الأخذ بالمعاطاه، و كذا تعلق الاستطاعه الموجهه للحج بالنسبه إلى صاحب المال، و مثله مسأله الفقر و الغنى. فهذه الاحكام كلها تتوجه إلى صاحب المال لا المباح له التصرف فيه، مع ان الفقهاء لم يتعرضوا اليها بالنسبه اليه. و هذا غربى.

و أما حق المقاسمه فان المباح له يطالب الشريك بالافراز من

جهه أن المالك أباح له التصرفات المطلقة، و من جملتها ذلك، فكأنه مجاز أو وكيل من قبله فيه، و هذا ليس مخالفا للقاعده. هذا، لكن الواقع في الخارج هو المطالبه بالاستقلال لا بعنوان الوكاله مثلا.

و قد يقال: ان اباحه جميع التصرفات ليست حكما صرفا، بل يترتب عليها تعلق حق للمباح له بالمال، فهو حينئذ يراجع الشريك لأجل الافراز احقاقا لحقه. لكن الالتزام به مشكل.

و مسأله حق الشفعه كذلك، و قد نقل في منيه الطالب عن المحقق الخراساني "قده": ان حق الشفعه لا يتوقف على الملك بل الإباحه كافيه فيه، ثم قال: و لا يخفى صحته.

أقول: ظاهر أدله الشفعه هو جواز الأخذ بها في حال كون الأخذ شريكا في الملك لا مباحا له، سواء كان شريكه المبيح له أو غيره. اللهم الا- بتنقيح المناط، بأن يجعل المباح له كالمالك. و هو مشكل، مع انه يستلزم كون حق الشفعه لا-ثنين أو اكثر بيع واحد، و هو ايضا غريب.

و من الإشكالات: توريث ما أخذ بالمعاطاه و تصرف الوارث فيه كسائر ما تركه مورثه، فإذا كان مباحا له كان مقتضى القاعده عدم جواز ذلك و إرجاعه إلى المبيح.

و قد أجابوا عن الاشكال بأن موت المباح له موجب للزوم الإباحه، نظير الهبه حيث تلزم بموت أحد الطرفين، و تلف العين المباحه حيث يستلزم الملكيه أنا ما قبله. و في المعاطاه تصبح الإباحه لازمه بموت

أحدهما أو تلف أحد العوضين، وحينئذ تكون الإباحة اللازمة ملازمه للملكية، لأن الإباحة اللازمة تناقض عدم الملكية فلا يجتمعان.

و لم يستبعد المحقق الخراساني "قده" القول بالإرث و صيروره الوارث كالمورث فيما له من حق التصرف في المال، فله ان يتصرف فيه التصرفات المطلقة التي كانت لمورثه على أثر الإباحة.

و لكن هذا مشكل، فان الإباحة هذه ان كانت مالكيه فهي لا تفيد الا التصرف، و ان كانت شرعيه تعبيديه فإنها ليست ملازمه للملكيه و لا للحق حتى يورث.

و الانصاف: الاعتراف بأن الوارث يتصرف في هذا المال باعتبار كونه مالكا لإذا حق، فما ذكره "قده" غير صحيح الأمن باب الجمع بين الأدله، فان مقتضاه ثبوت الملكية آنا ما.

و من الإشكالات: مسأله الوصيه.

فكيف يوصى المباح له بصرف مال غيره في شئونه؟ و أيضا: كيف يجعل ما أخذه بالمعاطاه ضمن ثلثه فيما اذا أوصى بصرف الثلث في كذا؟ فالحكمان غريان.

قال المحقق الخراساني "قده": انه لما أذن له في جميع التصرفات، شمل جعل المال من الثلث و صرفه في كذا، فليست الوصيه موقوفه على الملك بل تجوز في مال الغير باذنه، نظير سائر التصرفات. نعم لو رجع المبيح عن الإباحه (و لم نقل بالملكيه بالموت) فهو و الا فالوصيه نافذه.

أقول: وفيه انه يوصى بعنوان كونه مالا له لا لغيره، و أيضا لما يقول "اعطوا كذا لزريد بعد وفاتي" لا يصير المال لزريد، بل يتوقف على موته، بل كونه ملكا للموصى موقوف عليه كذلك و هذا معناه:

صيروره الوصيه بمال الغير سببا لمملكه موته المال لزريد و هو غريب.

الا- أن نقول بالملكه أنا ما، فيكون المال ملكا له فيجوز الوصيه به و تنفذ بالموت، فليست في مال الغير. و على هذا تكون "الوصيه" من صغريات الاشكال في التصرفات الموقوفه على الملك كالبيع و العتق، و قد تقدم الجواب عنه.

و أما جريان الربا: فقد قال المحقق الأصفهاني "قده": يمكن أن يقال ان المعامله التي يملك المال بتصرفه فيه كالمعامله التي يملك المال بقبضه موضوع لهذا الحكم.

أقول: انه "قده" لم يوافق المحقق الخراساني "قده" على هذا فيما تقدم و ان استلطفه فلا وجه لهذا الجواب.

و قال في منيه الطالب: ان الربا لا يجوز في تضمين المثل و القيمه فضلا عن التضمين بالمسمى.

أقول: مراده من "تضمين المثل و القيمه" غير واضح، فمن أتلف "منا" من الحنطه فلا يضمن الأكثر منه، و لا يجوز ان يأخذ نصف "من" من الحنطه الجيده بدلا عن "المن" من الرديه التي كانت له و ان كان في قيمته. هذا تصوير ما ذكره، فالربا في هذا المورد

حيث

لا مسمى لا تجوز فضلا عن التضمين بالمسمى، و لكن هل هذا من الربا و قيمه واحده ؟ على أن الربا انما تحرم فى المعامله، و هذا تضمين و إبراء للذمه لا معامله..الا اذا قام اجماع.

و لنصور ذلك فى القرض، فانه تمليك مال مع الضمان، أى له قيمه أو المثل، فان طلب شيئا زائدا لزم الربا، و هذا لا يجوز على القول به، ففى التضمين بالمسمى بالأولويه.

أقول: ان كانت هذه معامله و أثرها كون المعوض المسمى ضمان العوض فيما اذا تلف. فإنها معامله و إتلاف فى مقابل إتلاف، و ان قلنا بعدم شمول الادله لها كانت اباحه فى الإتلاف فى مقابل اباحه، فالقول بلزوم الربا هنا يحتاج إلى الدليل.

و أيضا: يمكن أن يقال بالإباحه هنا للإجماع و السيره القائمين على جواز التصرفات الموقوفه على الملك. نعم انهما لا يشملان المعاطاه التى لو كانت معامله بالصيغه لكانت باطله من أجل الربا أو الغرر أو غير ذلك، فمورد الكلام هى المعاطاه الجامعه لشرائط البيع عدا الصيغه فالقول بالإباحه لا يستلزم ما ذكر، و القائل بها لا يلتزم هنا بالصحه، فالإشكال مندفع من هذه الناحيه، و هذا الجواب أولى مما ذكروا.

و من الإشكالات: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر و ان لم يتصرف.

و أجاب الشيخ "قده" : بأنه مقتضى الجمع بين الادله. لكن

قال السيد "قده": انه لا- اجماع هنا على أن التصرف مملك للجانب الآخر، فليكن مباحا له، الا ان يقوم اجماع على الملازمه بين الملكيتين حينئذ.

أقول: و على الإباحه فإنها اباحه لازمه، لعدم إمكان التراد لتصرف أحدهما في ما بيده. و حاصل كلامه: عدم الدليل على هذه الملكيه، فلا مورد لأشكال كاشف الغطاء "قده".

و أجاب المحقق الأصفهاني "قده": بأنه كما ان اباحه التصرف ملازمه للإباحه و الاذن في التصرف، فان اعتبار ملكيته لما بيده مقيد برضاه لان يتملك الآخر ما بيده.

أقول: ان هذا الرضا موجود اذا كان قصدهما حين المعاطاه الإباحه و التصرفات مطلقا، فهناك اباحه في مقابل اباحه، و لكنه غير موجود بالنسبه إلى قصد الملكيه، لما تقدم من أن الملكيه أمر بسيط اذا انتفى انتفت الإباحه، فما ذكره في الجواب عن كلام السيد "قده" غير تام.

و بالجملة: ان قام الإجماع على الملازمه فهو و الا فليس ذلك مقتضى الجمع بين الادله.

و من الإشكالات: كون التلف السماوى مملكا.

قال الشيخ "قده": ان ثبت اجماع أو سيره كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع لان

هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع مع عموم على اليد ما أخذت، و بين أصاله عدم الملك الا فى الزمان المتيقن وقوعه فيه..

أقول: و تقريره انه قد تحقق الإجماع على عدم ضمان المثل و قيمه فى باب المعاطاه لو تلف أحد العوضين، لكن مقتضى قاعده اليد هو ضمان أحدهما دون المسمى، فهنا يدور الامر بالنسبه إلى القاعده بين التخصيص و التخصص، لأنه ان كان ما نحن فيه من أفراد القاعده لزم ضمان المثل و قيمه لكن خصصت بالإجماع القائم على ضمان المسمى هنا، و ان كان التالف من ملك من تلف بيده لم تجر القاعده تخصصا.

و كونه من مال هذا يكون بأحد طريقين بحسب مقام الثبوت:

أحدهما حصوله من أول الامر أى من حين المعاطاه، و الآخر حصوله قبل التلف آنا ما. و حيث أن الاستصحاب يمنع من الأول فلا مناص من الالتزام بالثانى. هذا مع ما تقرر فى محله من أنه لو دار الامر بين التخصيص و التخصص فالثانى هو الاولى.

و قد يورد على الالتزام بكون التالف من ملك من تلف بيده، بأنه متى تتحقق هذه الملكيه، فهل هو قبل التلف أو بعده أو مقارن له ؟ ان كان قبله فالمعنى كون التلف عله و الملكيه معلولا لكن المعلول لا يتقدم على العله، و ان كان مقارنا فالمعنى تقارن العله و المعلول و هو غير معقول، و ان كان بعد فالملكيه بعد التلف لا معنى لها. و لا بد لدفع هذا الاشكال من أن نقول بمملكه الأخذ بالمعاطاه بوصف تعقبه بالتلف، فالموجب

للملكيه هو وصف "التعقب بالتلف"، وحينئذ يدور الامر بين الملكيه من أول الامر و الملكيه آنا ما، و الاستصحاب مانع من الأول فالثاني.

و لكن الملك آنا ما يخالف قاعده السلطنه، فيقتضى الجمع تقدمها على الاستصحاب قاله السيد.

وفيه انها مخصصه بمقتضى الجمع بين الادله.

و بعد، فما الدليل على ملك الآخر للباقي في يده؟ قال المحقق الأصفهاني "قده": ان رضا ذاك من الأول بملك هذا للشيء مقيد بكون ما بيده عوضا عما أعطاه.

أقول: ان هذا الرضا غير نافذ شرعا، و لذا كانت قاعده اليد تقتضى الضمان.

و الواقع: انهم "قده" بحثوا عن ملك الذى تلف ما بيده و أثبتوه عن طريق الجمع بين الادله، و لم يذكروا وجها تاما لملك الآخر، و ليس الا الإجماع على الملازمه ان كان.

و من الإشكالات: مسأله الغصب، فان العين المأخوذه بالمعاطاه ان غصبت فان قلنا بأن الغصب يوجب الملك للمباح له فانه غريب، و ان قلنا بأن التلف عند الغاصب يوجب له فهو غريب، و ان قلنا بأن التلف من مالكة الأول فهو غريب. ثم من الذى يطالب الغاصب؟ قال الشيخ "قده": يجوز لكل منهما المطالبه، أما المالك فواضح، و أما المباح له فان ذلك من التصرفات المجاز فيها، و أما التلف

فهو من المباح له. قال: نعم لو قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله له. لكن الذى يهون الخطب هو ان الذى ذكره الشيخ "قده" فى الجواب بيان للحكم و ليس رافعا للغرابه.

و من الإشكالات: النماء، فان كان للمالك فهو خلاف السيره، و ان كان للمباح له فكيف ذا و الأصل ليس له، و ان كان النماء مملكا للعين فهو غريب.

قال الشيخ "قده": "حكم النماء حكم الأصل، فكما يجوز له التصرف فيه يجوز فى النماء كذلك.

قال كاشف الغطاء: ما الدليل على جواز التصرف فى النماء؟ ان شمول الاذن له خفى..

أقول: لم يجب الشيخ "قده" عن هذه الناحيه، و انما اكتفى بالقول بأن حكمه حكم الأصل، و لعله يريد أن الاذن فى الأصل اذن فيه و فيما يتعلق به، و ان هذا ليس خفيا عرفا.

و بعد:

ان قام دليل على القول بالإباحه فلا بد من الالتزام بكل هذه الأمور و ترتيب آثار و أحكام الملك على ما ليس ملكا، و إلا فإن هذه لوازم فاسده.

فلنرجع إلى الادله:

قال الشيخ "قده": "ان رفع اليد عن الإجماع و استصحاب عدم

ص: ٨٩

حصول الملك بالمعاطاه مشكل. و من جهه أخرى:رفع اليد عن السيره و اجماع المحقق الثانى أشكال.فالقول الثانى لا يخلو عن قوه.

أقول:اما دعوى الإجماع من المحقق الثانى فغير تامه،و لو سلم فهو غير كاشف عن رأى المعصوم،و كذا الإجماع الذى يدعيه القائل بالعدم.

بقى الاستصحاب من ذاك الجانب،و "أحل الله البيع" من هذا الجانب فإنهما عمده أدله الطرفين و من المعلوم أن الدليل مقدم على الأصل.

فالحق:هو القول بالملك.

و هل هو لازم أو جائز أوفيه تفصيل ؟ وجوه،و الأقوى الأول.

ص : ٩٠

لزوم المعاطاه

اشاره

ص: ٩١

اشاره

استدل للزوم بوجوه:

الأول:الأصل

اشاره

فان الأصل فى المعاملات هو اللزوم، و مرجعه استصحاب بقاء ملك المبيع للمشتري و الثمن للبائع، فيمتنع التراد و يكون البيع لازما.

و قد أورد عليه: بأنه من قبيل القسم الثانى من أقسام استصحاب الكلى، لان المستصحب اما اللازم و اما الجائر، فأما الثانى فمقطوع العدم بعد الفسخ، و أما الأول فمشكوك فيه من الأول و الأصل عدمه.

و الجواب هو ما ذكره الشيخ "فده" من استصحاب القدر المشترك بينهما.

و قد استشكل السيد "فده" عليه: بأن الشك فى بقاء الكلى و ارتفاعه مسبب عن الشك فى بقاء اللازم و ارتفاعه، فإذا استصحب العدم انتفى الكلى.

و الجواب عنه: ما ذكره الشيخ "فده" فى الأصول بأن ارتفاع

الكلية و بقاءه ليس مسيبا عن ذلك، لان لازم ارتفاع عقلا وجود الجائز، و هذا أصل مثبت، بل ارتفاع الكلية من آثار كون الحادث ذلك المقطوع بارتفاعه. قال: نعم لازم عدم حدوث الفرد الطويل مثلا عدم وجود ما في ضمنه من المشترك لا ارتفاع القدر المشترك بين الأمرين.

و قد أورد المحقق الخراساني "قده" على هذا الاستصحاب:

بأنه يتم بناء على جريانه مع الشك في المقتضى، لكن الشيخ لا يرى حججه حينئذ.

وفيه: ان الفسخ أو التراد في المعاطاه رافع للملكيه، فلو شك فيه كان الشك في الرفع لا المقتضى، فالإشكال غير وارد.

و قد يشكل عليه أيضا: بأنه معارض باستصحاب بقاء علاقه المالك الأول.

وفيه: ان هذه العلاقه انما تتحقق بعد البيع كخيار الفسخ الحادث بعد البيع، فلا حاله سابقه لها حتى تستصحب، و أما ان أريد انها مرتبه ضعيفه من الملك، فيجاب عنه بنفس الجواب المذكور، على أن الملكيه لا تقبل ذلك، فلا استصحاب ساقط.

و قال السيد "قده" في جواب الشيخ "قده": ان موضوع الحكم الشرعى فى الاستصحاب ان كان ارتفاع الحادث و بقاءه فما ذكره تام، و أما ان كان الوجود و العدم، بمعنى أن موضوع الحكم وجود الشئ و عدم وجوده لا- البقاء و الارتفاع كما ان فى استصحاب الطهاره

وجودها يصحح الصلاة و عدمها يبطلها، لا ان البطلان مشروط بعدم ارتفاع الطهاره فما ذكره غير تام.

وفيه: انه لا ينعدم الكلى بانعدام الفرد. نعم بوجوده يوجد، فالشك فى الكلى موجود و الاستصحاب جار.

ثم ان السيد "قده" بعد أن أورد هذا الاشكال جوز استصحاب الفرد المردد، فانه قبل الفسخ أو الرجوع كان فرد من الملك موجودا و بعده يستصحب ذاك الفرد لو شك فى بقاءه.

أقول: و يبطله انه ليس للفرد المردد حقيقه.

استصحاب الفرد

و قد جوز الشيخ "قده" استصحاب الفرد الشخصى، بتقريب انه ليس المتزلزل و المستقر حقيقتين متميزتين. نعم بينهما فرق من حيث الحكم و ان المجعول الشرعى فى أحدهما غير المجعول فى الآخر فالاختلاف فى الأسباب لا المسببات، كما أن الملك الحاصل من الهبه هو الحاصل من البيع، غير أن السبب مختلف.

و أورد السيد "قده" عليه: بأن هذا الملك غير ذاك عند العرف.

أقول: لا يبعد تماميه كلام الشيخ "قده"، لكن الحاكم فى المقام هو الوجدان. و يترتب على ذلك انه بناء على انكار الاتحاد لأبد من استصحاب القدر المشترك الذى ذكره الشيخ "قده" أو الفرد المردد الذى ذكره السيد "قده" لو تم و اما بناء على تماميته فيتوقف

أيضا كما ذكر المحقق الأصفهاني على عدم وجود مرتبتين في الملك من الشده و الضعف، فلو كان فلا مناص من استصحاب الجامع كذلك، لزوال الضعيف يقينا و القوى مشكوك فيه، و على أن لا يكون لكل من المترزل و المستقر خصوصيه توجب تعدد الفرد، فانه أيضا مانع عن استصحاب الشخص و هو واضح.

قال "قده": ان ما ذكره الشيخ من الاتحاد يمكن المساعدة عليه و كذا لا شده و ضعف في الملك بل هو أمر اعتباري واحد و أما الخصوصيات فيحتمل وجودها، و حينئذ يفترقان من هذه الجهه.

قال الشيخ "قده": ان جواز الرجوع في أحدهما دون الآخر لا ينافي الاتحاد، لان هذا حكم شرعي للسبب، و اختلاف السبب من حيث الحكم لا يوجب اختلاف المسبب و تعدده.

أقول: هذا نظير ما اذا سافر زيد ثم شك في حياته فتستصحب و الجهل بأبيه هل هو عمرو أو بكر لا يوجب تعدده، أما اذا جهل خصوصيه زوج امرأه فلم يعلم هل هو زيد بن بكر أو زيد بن عمرو و قد علمنا بموت أحدهما فان استصحب بقاء الزوج لا يفيد التعيين فإذا لا يمكن استصحاب الفرد في هذه الصوره، لأنه ان كان زوجها ابن عمرو فقد فرض القطع بموته، و ان كان ابن بكر فهو مشكوك البقاء.

هذا، فان كان ما نحن فيه من قبيل الأول جاز استصحاب بقاء الشخص لان تعدد السبب لا يوجب تعدد المسبب، و ان كان من قبيل الثاني فلا يصح لتعدد المسبب أيضا. و الشيخ "قده" يجعله من قبيل الأول

فالموجود سابقا شخص الملك بغض النظر عن السبب و مع الشك في بقاءه و ارتفاعه يستصحب بلا اشكال.

و قال المحقق الخراساني "قده": هذا يتم فيما اذا كان الحكم للسبب، الا أن الشيخ "قده" ذكر في الخيارات ان جواز الرجوع و عدمه من أحكام الملك، و حينئذ يتعدد الملك المسبب باختلاف الاحكام.

و يمكن الجواب عنه بأنه: صحيح ان اختلاف الحكم يكشف عن اختلاف الموضوع لا بمعنى الموضوع المقيد بالحكم كما ذكر تلميذه المحقق "قده" فلكل منهما خصوصيه، لكن الخصوصيه تاره ترفع برفعها موضوع الاستصحاب و أخرى لا ترفع، و لما كان موضوع الاستصحاب هو الفرد العرفي لا-العقلي فان هذا الاختلاف هنا ليس مؤديا إلى تعدد الموضوع عرفا حتى لا-يجرى الاستصحاب.

ثم قال الشيخ "قده": مع أن الشك في كونه من خصوصيات السبب أو المسبب كاف لاستصحاب اللزوم.

أقول: قد ذكرنا أنه ان كان المتيقن السابق واحدا و شك في بقاءه و ارتفاعه فهو مورد للاستصحاب بلا اشكال، و ان كان مرددا بين شيئين لكن شك في الباقي و المرتفع مع العلم بارتفاع أحدهما فلا يجرى لان الاستصحاب لا يصلح للتعين. و على هذا فان علمنا بأن طبيعه المستقر و المتزلزل مختلفه و شككنا في الباقي و المرتفع منهما فالاستصحاب لا يمكنه تعيين ذلك، و ان كان المسبب واحدا و التزلزل و الاستقرار من

خصوصيات السبب جاز.

هذا، و كل شك مركب من يقينين، فالشاك في النوم و عدمه متيقن من انتقاض طهارته على تقدير النوم و من عدمه على تقدير عدمه، فله يقينان تقديرين و شك فعلي واحد. و من هنا يتولد الشك في بقاء و ارتفاع الطهاره فيستصحب.

و كذا فيما اذا تردد الخارج منه بين المنى و البول، فانه ان توضحاً يتيقن بارتفاع الحدث ان كان بولا و بعدمه ان كان منياً، فهو شاك في ارتفاع الحدث حينئذ لكن غير شاك بالنسبه إلى شخص الأصغر لأنه متيقن من ارتفاعه به و لا الأكبر لأنه متيقن من بقاءه. فلا شك في البقاء و الارتفاع بخلاف الفرض الأول.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين الصورتين، و لذا لا يجرى استصحاب الشخص في الثانيه بخلاف الاولى.

و على هذا ان كان التزلزل و الاستقرار من خصوصيات السبب جرى الاستصحاب، و ان كان من خصوصيات المسبب لم يجر. و لو شك في ذلك فالأقوى أيضاً جواز استصحاب الشخص لأنه مع احتمال وحده المسبب فالشخص محتمل البقاء.

و الظاهر: ان الشك هنا في البقاء و الارتفاع و انهما من خصوصيات السبب، فلا مانع من استصحاب الفرد.

و قد أورد السيد "قده" عليه بعدم احراز الموضوع.

قلت: كأنه يريد أن المورد شبهه مصداقيه لدليل الاستصحاب،

لتردد الموضوع بين الشك في الارتفاع و الشك في التعيين. لكن يمكن الإجابة عنه بأنه يوجد هنا الشك الفعلي مع وجود اليقين على تقديرين، ووجودهما لا يضر بالشك الفعلي في البقاء و الارتفاع، فلا مانع من الاستصحاب.

و الحاصل: ان الفرد المردد: تاره يكون مرددا بين اثنين، بأن يعلم بدخول أحدهما لا على التعيين الدار مثلا، فمع الشك يستصحب بقاء الداخل و يرتب عليه أثر البقاء. و هذا استصحاب شخصي لكنه مردد بين اثنين، فلا يرتب عليه اثر أحد الرجلين بخصوصه.

و أخرى: يعلم بدخول أحدهما الدار مع العلم بأنه ان كان زيدا فهو باق فيها، و ان كان عمرا فهو الآن خارج عنها. و في هذه الصورة يستصحب الكلى الجامع بين الرجلين و يترتب عليه آثاره، و أما الفرد فمردد بين المقطوعين و لا شك فيه حتى يستصحب.

و ثالثه: يعلم بدخول زيد بخصوصه، لكن لا يدري هل هو ابن عمرو أو ابن بكر، لأنه ان كان الأول فقد خرج يقينا و ان كان الثاني فهو باق يقينا، فهل هذه الصورة تلحق بالأولى فيستصحب الشخص، أو بالثانيه فيستصحب الكلى ؟ قيل بالأول و هو ظاهر كلام الشيخ "قده"، لان التقدير مشكوك فيه، و قيل بالثاني لعدم احراز موضوع الاستصحاب الشخصي. و بعبارة أخرى الشك في التعيين دون البقاء.

و أجاب عنه في منيه الطالب بأنه لا شك في الموضوع في هذا

المقام، لان الموضوع و هو القدر المشترك محرز قطعاً و هو أصل تحقق الملك، لكن تردده بين الأمرين منشأ للشك في بقاءه فيستصحب.

و لان المورد شبهه مصداقيه لدليل الاستصحاب، فيما إذا كان زيد في المثال مقطوع الخروج ان كان عمرو، و مشكوك الخروج ان كان ابن بكر، و لا فرق بين المخصص اللبي و اللفظي، أو رده السيد المحقق الفشاركي و شيخنا الأستاذ (1) قدس سرهما.

و توضيحه: ان الواجب في الاستصحاب هو ترتيب أثر في المتيقن على المشكوك تعبدًا، كتنزيل الشك في تحقق النوم منزله اليقين بعدمه، فيحكم ببقاء الطهاره، فلو انكشف الخلاف و جب اعاده الصلاه التي صلاحها بتلك الطهاره، لكن جعل الحكم الظاهري هذا مشروط بقابليه المورد و الا فلا يجعل.

و محل الكلام من هذا القبيل، فهو نظير ما اذا كان أمر الغائب عن أهله مرددا بين القطع ببقائه و القطع بموته، فان هذا المورد لا يقبل جعل الحكم الظاهري لان أمره يدور بين القطع بحياته فلا تقسم أمواله و لا تعتد زوجته، و بين القطع بموته فلا تترتب عليه آثار الحياه لان كلا طرفيه مقطوعين و لا شك في البين، و أما اذا كان أحد طرفيه مقطوع البقاء أو الارتفاع و الآخر مشكوك البقاء و الارتفاع فهي شبهه مصداقيه لدليل الاستصحاب المجعول لتنزيل المشكوك فيه منزله المتيقن به، و التمسك به فيها غير جائز.

ص: ١٠٠

١-١) الفقيه الكبير آية الله الحاج الشيخ عبد الكريم الحائري اليزدي "فده".

و كذا اذا كان للشبهه طرفان و دار أمر أحدهما بين الأمرين فإنها شبهه مصداقيه لدليل الاستصحاب فلا يجرى كذلك.

كلام الشيخ فى اثبات وحده الحقيقه

ثم ان الشيخ "قده" تمسك لإثبات وحده الحقيقه (بالوجدان) فقال: ان المحسوس بالوجدان ان إنشاء الملك فى الهبه اللازمه و غيرها على نهج واحد.

قال السيد "قده": ان أراد من "غيرها" البيع فلا- نسلم الوحده لان إنشاء البيع المبنى على اللزوم عند العرف غير إنشائه فى الهبه المبنيه على الجواز عندهم، و ان أراد الهبه غير اللازمه فالأمر كذلك، و الاختلاف بينهما شرعى.

أقول: و الاولى أن يقال و ان لم أره فى كلام أحد: ان كانت الملكيه المترزله تغاير المستقره كان معنى قولهم عليهم السلام "البيعان بالخيار ما لم يفترقا" حدوث ملكيه أخرى عند الافتراق غير الملكيه الحاصله فى المجلس، و الحال أن الامر ليس كذلك قطعاً، بل المترزل نفسه يلزم بالافتراق، فالملك حقيقه واحده غير أنه مترزل تاره و لازم أخرى.

و(بالبرهان) بأنه ان كانت خصوصيه التزلزل أو الاستقرار من المالك بمعنى أنه ينشئ بحيث يكون مستقراً أو مترزلاً فلا بد أن يختلف الملك باختلاف حالات المالك من حيث قصده الرجوع و قصد العدم و عدم القصد.

هذا كلامه "قده". و الأحسن أن يقال: انه ان قصد اللزوم فهو و ان قصد العدم فالترزل و إلا فهو ملك لا لازم و لا مترزل حتى لا يرد عليه ان الشارع يحكم فى العقد اللازم كالبيع باللزوم و ان قصد الرجوع و بعده فى الجائر كالهبة و ان قصد اللزوم، فالقول بتبعيه الملك للقصد باطل.

و ان كانت الخصوصية من قبل الشارع لزم إمضاؤه العقد على غير ما يقصده المنشئ، و هو باطل لما تقدم من أن العقود تابعه للقصد.

أقول: و أما لو أنشأ المالك أصل الملك و عين الشارع الخصوصية لم يلزم التخلف، لان المفروض إضافته القيد اليه لا وضع فرد غير ما قصده المنشئ. لكن ليس حينئذ فردان بل التحقيقه واحده و الاختلاف حصل باختلاف الحكم.

فتلخص أن الحق صحه استصحاب بقاء الملك. هذا كله فى الشبهه الحكميه للمعاطاه.

الاستصحاب فى الشبهه الموضوعيه

و أما اذا كانت الشبهه موضوعيه كأن يتعاطيا ثم يشك الطرفان أو أحدهما فى أنه هل كان بعنوان المصالحه حتى تكون لازمه أو الهبه حتى تكون جائزه فالحق جريان الاستصحاب كذلك، لان الشك انما هو فى بقاء نفس الملكيه الحاصله بالمعاطاه فتستصحب، و أما كون الفرد الحاصل من الملكيه فى الهبه غير الفرد الحاصل فى المصالحه

لو سلم التغير بينهما فغير مانع من استصحاب الملكية الحاصلة من هذه المعاطاة، وكذا لو تردد العقد الواقع بينهما بين البيع والهبة. اذن أصاله اللزوم جاريه فى الشبهتين.

قال الشيخ "فده": نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة.

أقول: لو تداعيا كان قول المنكر للرجوع موافقا لأصاله اللزوم و عليه اليمين، و على الآخر البيئه، و قد يكون الأصل موافقا لكليهما معا، كما لو ادعى أحدهما الصلح و أنكره الآخر و ادعى البيع فالموضوع واحد و عليهما معا اليمين، لان كلا منهما منكر و مدع.

و وجه قوله "يحتمل" وقوع الكلام بينهم فى أنه هل تلحظ النتيجة فى مقام التداعى أو يلحظ اللفظ؟ فعلى الثانى يتحالفان فى مفروض المسأله، و على الأول لما كان المدعى للصلح يدعى اللزوم فى المجلس و المنكر له ينكر اللزوم و جب اليمين على أحدهما دون الآخر.

و وجه قوله "فى الجملة" قيام الأصل الحاكم فى بعض الموارد كأن يقول أحدهما هذه هبه، و الآخر يقول صدقه. فان كانت الثانى فلا ترجع لأنها فى سبيل الله، و ان كانت الاولى فله الرجوع فيها، فلا تحالف حينئذ، إذ يعتبر فى الصدقه قصد القربه دون الهبه. فهذه وجه زائده فى تلك على هذه، فالمعطى المدعى للهبه ينكر قصده القربه، لأنه ينكر الصدقه و الآخر يدعى قصده لها، فالقول قول المعطى لأصاله عدم قصد القربه، و له الرجوع حينئذ بحكمه هذا الأصل على أصاله اللزوم.

هذا تمام الكلام فى الوجه الأول، وقد ظهر أن مقتضى الأصل مع قطع النظر عن الأدله هو اللزوم.

الثانى: عموم "الناس مسلطون."

قال الشيخ "قده": و يدل على اللزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قولهم "الناس مسلطون على أموالهم."

أقول: استدلال به بناء على اعتباره بعمل الأصحاب به. و وجه الاستدلال: ان مقتضى السلطنة أن لا يخرج المال عن ملكيه المعطى له بغير اختياره، فجواز تملك المعطى بالرجوع فيه من دون رضاه مناف لسلطنته المطلقة، فالمعاطاه لازمه.

لكن يضعف الاستدلال به وجوه:

١ أنه لما كانت المعاطاه جائزه لم يكن رجوع المالك الأصلي منافيا لسلطنته الأخر، لأنه قد أقدم من أول الامر على عقد جائز. نظير جعل الخيار للبائع حين العقد، فانه لو فسخ لم يكن منافيا لسلطنته المشترى.

٢ ما ذكره المحقق الخراسانى "قده" من أنه يمكن أن يقال انه ليس الا لبيان سلطنته المالك على ماله و تسلطه عليه و انه ليس بمحجور، لا لبيان انحصار أنحاء السلطنة له عليه دون غيره ليكون دليلا على اللزوم.

٣ ما ذكره المحقق الأصفهانى "قده" من أن الحديث يفيد سلطنته المالك على جميع التصرفات الواردة على المال دون غيرها من

أنحاء السلطنة، فلا يفيد السلطنة على إبقاء أو ازاله الملكيه.

ثم قال الشيخ بعد التمسك بالحديث: فاندفع ما ربما يتوهم من أن غايه مدلول الروايه سلطنه الشخص على ملكه، و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي.

أقول: غرضه "قده" دفع توهم أنه يريد من الحديث إطلاقه ليشمل ما بعد الرجوع، حتى يكون تمسكا بالعام في الشبهه المصداقيه بل يريد أن تملك مال الغير عنه بالرجوع فيه بغير رضاه ينافي السلطنة التامه الثابته له عليه بمقتضى الحديث. و هل بين التقريبين فرق بأن يكون التمسك به قبل الرجوع لا من قبيل التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه؟ أقول: معنى الحديث ان الناس مسطون على أموالهم لأعلى أموال غيرهم، و كون سلطنه من لا يخرج المال عن ملكه الا برضاه أتم من سلطنه من ليس له الا التصرف فيه معلوم، و لكن الحكم لا- يثبت موضوعه بل يترتب على الموضوع الثابت من قبل، فلا- بد من دليلين أحدهما يثبت الموضوع و الآخر يثبت الحكم عليه، و هذا الحديث يفيد السلطنة للمالك على ماله و يتكفل افاده بقاء الملكيه، و ظاهر عباره الشيخ "قده" استفاده هذه الجهه أيضا من هذا الحديث. فظهر بطلان التمسك بالحديث لإثبات الملك مطلقا.

و يشهد بما ذكرنا أنا لم نجد أحدا من الأصحاب يقول بأن الادله النافيه للملك كأدله الخيار و الشفعه معارضه لقاعده السلطنة، و ذلك

لان هذه تقتضى سلطنه الشخص على المال ما دام فى ملكه، و أما دليل الشفعه مثلا فيفيد أنه ليس ملكا له. فهو كالوارد على دليل السلطنه..

كما أن أدله الحجر مثلا لا تعارض هذه القاعده بل تخصصها كما هو ظاهر.

و هذا الاشكال نفسه وارد على المحقق "قده" فى مسأله القرض ان كان وجه تمسكه به على النحو الذى تمسك به الشيخ "قده".

الثالث: قوله عليه السلام "لا يحل مال امرئ".

قال الشيخ "قده": "و منه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام "لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه".

أقول: ان كان هذا الحكم تكليفيا فالمراد لا يجوز التصرف فى مال امرئ الا عن طيب نفسه، و ان كان وضعيا فالمعنى لا ينفذ و لا يصح.

و الاستدلال به فى المقام يتوقف على ظهوره فى الحكم الوضعى، حتى لا- يجوز الرجوع، بمعنى عدم تأثيره الا عن طيب نفس المشتري.

قيل: ان نسبت الحليه أو الحرمة إلى المعاملات كانت ظاهره فى الحكم الوضعى أى النفوذ و ان كان الموضوع عينا خارجيه كان ظاهرا فى الحكم التكليفى، مثلا الخمر حرام أى شربه و لحم الخنزير حرام أى أكله. و على هذا يكون الحديث ظاهرا فى الحكم التكليفى، أى لا يجوز التصرف فى مال الغير.

و قيل: ان نسبت إلى عين لا بما هى مال فهو تكليفى مثل الخمر حرام، و ان نسبت إليها بما هى مال كان ظاهرا فى الحكم الوضعى مثل "لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ".

أقول:أقول:و الصحيح أن ظاهره حرمة التصرف في مال الغير مطلقا الا برضاه.

قال الشيخ "قده": و توهم تعلق الحل بمال الغير، و كونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم.

أقول:توضيح التوهم:ان هذا الحديث يجوز التمسك به فيما اذا كان الموضوع معلوما، و كون المال ملكا له بعد الرجوع مشكوك فيه،فيكون من التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه.

و توضيح الدفع:ان تملكه عن الغير بالرجوع فيه تصرف في ماله،و هو غير جائز بمقتضى الحديث الشريف.

قال الشيخ "قده": مع ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك أيضا..

أقول:غرضه "قده" ان هذا الحديث يدل على الحكم الوضعي و هو الفساد بالالتزام كذلك.و الصحيح كما قال السيد "قده" ان كلمه "مع" زائده هنا،أى ان عموم "لا يحل.."يشمل جميع التصرفات و منها التملك،فهو يقتضى عدم جواز التصرف الخارجى و كذا التملك من أول الامر،فلا شبهه مصداقيه حينئذ.

و لكن يتوجه ما أوردناه على الاستدلال بحديث السلطنة، فان الحديث لا يتكفل الموضوع بل يقول:ان المال المفروض كونه للغير لا يجوز التصرف فيه الا برضاه فتأمل.

قال الشيخ "فده": "ويمكن الاستدلال بقوله تعالى "لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ..".

أقول: و مما استدل به للزوم المعطاه هذه الآيه الشريفه باعتبار ان الرجوع فيما ملكه بالمعطاه ليس تجاره عن تراض، فيدخل في عموم المنع، و المعنى بقربنه "تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ" لا- تأكلوا مالا- بعنوان التملك الا بالتجاره عن تراض. و بعباره أخرى: المعنى ان سبب التملك منحصر بالتجاره عن تراض.

هذا اذا كان الاستدلال بجمله المستثنى بناء على دلالتها على الحصر.

قال الشيخ "فده": "و التوهم المتقدم فى السابق جار هنا..

أقول: و فى نسخه "غير جار هنا"، و الظاهر أنها الأصح، و غرضه "فده" ان الشبهه المذكوره حول دلالة "الناس مسلطون على أموالهم" غير جاريه هنا، لان الحكم هنا ليس الا النهى عن تملك مال الغير الا بالتجاره عن تراض، و الرجوع ليس من مصاديق التجاره عن تراض.

و يمكن التمسك أيضا بالجمله المستثنى منها، فيكون المعنى:

لا تتصرفوا بنحو من الأنحاء فى أموالكم الا عن طريق التجاره عن تراض.

أقول: هل الآيه الكريمه تفيد لا- تأكلوا أموالكم بوصف "أَمْوَالِكُمْ" اى بقيده الإضافه إلى أصحابها، أو لا تأكلوا أموال غيركم بعنوان أنها أموالكم، أو الأعم من كلا الأمرين؟ الظاهر ان المراد هو الثانى، أى لا تأكلوا ما تجعلونه ملكا لكم

بزعمكم مما هو بأيديكم بسبب من الأسباب الا التجاره عن تراض.

و بعباره أخرى:لا تملكوا شيئاً من الأموال الا بالتجاره عن تراض..

فيكون أكل الوارث ما ترك مورثه خارجا عن مدلول الآيه تخصصا.

ثمّ ما المراد من الباطل ؟ ان كان المراد الباطل الشرعى دلت الآيه على جواز الأكل المباح و ان لم تكن تجاره عن تراض، كأكل الماره مما يمرون به مثلا و على هذا لا يلزم التخصيص فى الآيه بذلك،و يكون الرجوع جائزا فيما اذا اذن الشارع و ان لم يكن تجاره عن تراض،و يكون الاستثناء حينئذ منقطعاً.و المختار عند جماعه عدم دلالة الاستثناء المنقطع على الحصر،فالآيه تفيد النهى عن كل باطل و لا تفيد حصر غير الباطل فى التجاره عن تراض.و عليه فلو شك فى جواز الرجوع و عدمه يكون التمسك بالآيه لعدم الجواز تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لاحتمال اذن الشارع،اذا المفروض أن المراد من "الباطل" هو الباطل الشرعى، بمعنى ما لم يأذن به الشارع.

و ان كان المراد الباطل العرفى أى ما كان باطلا عندكم لا يكون مملكا لكم،فلا تأكلوا ما أخذتموه بشيء من تلك الأسباب الا التجاره عن تراض فعلى هذا يكون اذن الشارع فى بعض الموارد كحق الماره و الشفعه و نحوهما مخصصا لهذا "الباطل"، و كذا يكون نهيه عن بيع المنابذه و نحوه مخصصا لما هو "الصحيح" عندهم..و الاستثناء على هذا التقدير منقطع كذلك و لا دلالة له على الحصر أيضا.

و أما اذا جعل الاستثناء متصلا كان تقدير المستثنى منه "بسبب من الأسباب"، أى لا تأكلوا أموالكم بينكم بسبب من الأسباب المملكه عندكم الا- بسبب التجاره عن تراض..دل على الحصر،و كان "الباطل"قيدا توضيحيا و كأنه تعليل للنهى عن ما عدا التجاره عن تراض.و يلزم عليه تخصيص المستثنى منه،لإنفاذ الشارع جملة من الأسباب غيرها.

هذا،و الظاهر ان المراد من "الباطل" هو الباطل الشرعى، و جملة الاستثناء لا تفيد الحصر حتى يلزم التخصيص،فلو احتمل اذن الشارع فى الرجوع فى المعاطاه جاز له التصرف فى المال بعده بما جاز له التصرف فيه قبلها،لان معنى الاذن فى الرجوع هو جعل المعاطاه كالعدم.

و بالجملة يتوقف الاستدلال بالآيه على دلالتها على الحصر،أو دلالتها على حرمه أكل المال بالأسباب الباطله عند أهل العرف:

فأما الوجه الأول فان الشيخ "قده" و ان تمسك به هنا قد نفاه فى مبحث بيع الفضولى،و ذكر أن الاستثناء منقطع و لا يفيد الحصر، و جعله مثل "لأشى من الغنم بحرام الا الأرنب"،فانه استثناء منقطع و لا يفيد عدم حرمه ما عدا الأرنب من الحيوانات.نعم الحكم فى المستثنى منه عام،فليس شىء من الغنم بحرام،و ليس شىء من الأكل بالباطل بحلال.

و لا فرق فى عدم الدلاله على الحصر بين أن يكون "الباطل"

شرعياً أو عرفياً: أما الأول فلأن المفروض عدم معلوميه بطلانه شرعاً، و أما الثاني فإن هذا باطل عرفاً كما ذكرنا لكن الشيخ "قده" نفسه قال: إذا أجاز المالك الحقيقي كان المورد نظير أكل المار من الثمر الممرور به، فإنه حينئذ يخرج عن كونه باطلاً، و على هذا لا يصح التمسك بالجمله المستثنى منها هنا.

و أما الوجه الثاني ففيه أن ذلك أول الكلام، على أنه يستلزم التخصيص و التخصص، بل الآيه سياقها لا يناسب "الباطل" العرفي. و بما ذكرنا ظهر عدم جواز التمسك بالآيه للزوم المعاطاه.

الخامس: أدله خيار المجلس

قال الشيخ "قده": هذا كله مضافاً إلى ما دل على لزوم خصوص البيع، مثل قوله عليه السلام "البيعان بالخيار ما لم يفترقا".

أقول: تقريب الاستدلال بهذه الاخبار هو: أن المعاطاه بيع بالحمل الشائع، فتشملها أدلته و تترتب عليها أحكامه، و منها خيار المجلس، فالمتعاطيان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا لزمت المعاطاه.

و التمسك بهذه الاخبار لأجل عدم جواز الفسخ بعد تفرقهما عن مجلس العقد تام كما هو واضح، و أما بناء على كون المعاطاه كالهبة في جواز التراد لم يقتض ذلك المنع عن التراد.

السادس: قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"

قال الشيخ "قده": و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ..".

أقول قال في مجمع البيان: وفي و أوفى بمعنى، و الثاني لغه أهل الحجاز. و تقريب الاستدلال كما ذكر الشيخ ان "العقد" هو "العهد" كما في الروايه (١)، و مبرز العهد أعم من اللفظ و الفعل فيشمل المعاطاه، و تكون صغرى لدليل وجوب الوفاء بالعقد فيجب الوفاء بالمعاطاه. و مقتضى إطلاق الآيه وجوب الوفاء بها في جميع الأزمنه، فلا يجوز التراد و الرجوع.

و ليست الآيه ظاهره في حرمه التصرف بمال الغير، بل هي ظاهره في عدم جواز الرجوع عن اعتبار الشيء ملكا للغير، و منه ينتزع لزوم العقد بناء على أن الاحكام الوضعيه منتزعه من الاحكام التكليفيه، أو انه إمضاء لعمل اهل العرف و بنائهم على اللزوم. هذا تقريب الاستدلال بالآيه.

قال في منيه الطالب ما ملخصه: ان الآيه تدل على اللزوم في العقود اللفظيه، و أما المعاطاه فلا يمكن إفادتها للزومها ثبوتا مضافا إلى قيام الإجماع على الجواز لان اللزوم في العقود تاره شرعى تعبدى كما في باب النكاح حيث حكم الشارع فيه حكما تعبديا بعدم جواز الرجوع فيه بوجه من الوجوه و أخرى حقى كما في باب المعاملات اللفظيه كالبيع حيث جعل الشارع فيه الحق للمتبايعين في جعله لازما

ص: ١١٢

١- ١) قال الشيخ على بن ابراهيم: حدثني أبي عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: قوله "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" قال: بالعهود. تفسير القمي ١ / ١٦٠ و هي اما صحيحه و اما حسنه بإبراهيم بن هاشم.

و جعله غير لازم باشرط الخيار فيه.

و أما اذا كانت المعامله بالمعاطاه فان الفعل يفيد المبادله و لكن لا يفيد الالتزام بها، بل هو خارج بالتخصص عن عموم الآيه الكريمه، لان العقد هو العهد و الفعل قاصر عن افاده هذا المعنى.

أقول: لأففرق لدى أهل العرف بين البيع بالصيغه و البيع بالفعل، ففي كليهما تمليك من البائع و تملك من المشتري، و لازم هذا التمليك و التملك عدم الرجوع، و من هنا يمكن دعوى أن الالتزام موجود فى القسمين.

و فى التبيان لشيخ الطائفه "فده": أجمع المفسرون على أن المراد بالعقود العهود، فيجب الوفاء بكل عهد حتى اذا كان قلبيا، و حينئذ فدعوى الفرق بين دلالة الفعل و دلالة اللفظ ممنوعه. نعم اللفظ يكشف عما فى الضمير و ليس الفعل كذلك و لذا يمكنه انكار قصد التمليك.

لكن هذا أمر آخر، فانا نقول: اذا علم تحقق أصل المعامله من الطرفين علم اللزوم بالالتزام، سواء كانت باللفظ أو بالفعل.

و قيل: ان المعاطاه عقد، و العقد هو العهد، و قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ظاهر فى الحكم التكليفى، و الاستدلال به يختص بما اذا كان متعلق العقد (فعلا)، و أما اذا كان المتعلق (النتيجه) فلا وجه للاستدلال به، لان هذه المعاهده ان كانت جامعته للشرائط كانت النتيجه و هى الملكيه حاصله و مقتضى طبعها البقاء إلى أن يرفعها إلى أن يرفعها رافع و الا فلا،

سواء كانت بالصيغه أو بالمعاطاه، و أما عدم جواز التصرف فلان المفروض بيعه له، و من باع شيئاً و ملكه لغيره فلا يجوز له التصرف فيه.

و هذا من أحكام البيع و لا علاقته له بمسأله الوفاء مطلقاً، و على هذا لا يجوز أن يتمسك بالآيه للزوم المعاطاه و حرمة التصرف فيما أعطاه بالرجوع فيه.

و قد أجاب الشيخ "قده" في أول الخيارات عن ذلك بما حاصله:

ان المراد بوجوب الوفاء هو العمل بما اقتضاه العقد في نفسه، فإذا دل على التمليك و جب العمل بما يقتضيه من الاحكام والآثار من حرمة التصرف فيه و نحو ذلك.

أقول: وفيه ان عدم العمل بالحكم المترتب على النتيجة ليس مخالفه لدليل الوفاء، فمن نذر أن يكون الشيء ملكاً لزيد فوفى بنذره و سلمه اياه ثم غصبه منه لم يحث و ان ارتكب محرماً.

فالأولى أن يقال في الجواب: ان مفاد دليل الوفاء لا تنقضوا عهدكم و التزموا بالآثار المترتبة عليها، و عليه فان بقى على عهده فهو، و ان فسخ و رجع فان أنفذ الشارع ذلك فهو، و الا فانه يأمر بالوفاء بالعقد و الالتزام بالأحكام المترتبة عليه. و بهذا يندفع ما قيل من أن الآيه الشريفه لا تشمل عقد النتيجة.

ثم انه اذا احتل في مورد ان الشارع جعل العقد بقول الشخص "فسخت" كلاً عقداً، فلا عقد عندئذ حتى يتوجه اليه الامر بالوفاء.

و بعبارة أخرى: تاره نشك في تخصيص العام فحينئذ نتمسك به، و أخرى

يقوم دليل يرفع موضوع العام فلا يجوز التمسك به. و عليه فان كان العقد موجودا توجه اليه الحكم المذكور، و ان فرض معدوما شرعا لم يجز التمسك بعموم دليل الوفاء، فظهر أن دليل الوفاء بالعقد تابع للعقد حدوثا و بقاء، و مع الشك في البقاء لم يجز التمسك به.

السابع: المؤمنون عند شروطهم

قال الشيخ "فده": و كذلك قوله عليه الصلاه و السلام "المؤمنون عند شروطهم"، فان الشرط لغه مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

أقول: فيه أنه يتوقف على القول بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائية، و قد قام الإجماع على خلافه على ما نقل عن غير واحد. و أيضا: ان كان المراد وجوب العمل بالشرط فيكون حكما تكليفيا كان الاولي أن يقال: على المؤمنين الوفاء بشروطهم، و ان كان المراد هو الحكم الوضعي جاء فيه جميع ما تقدم في الدليل السابق. و الظاهر أنه حديث أخلاقي كقولهم "المؤمن اذا وعد وفى".

نتيجه البحث

اشاره

قال الشيخ "فده": و الحاصل ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك و فى خصوص البيع مما لا ينكر. أقول: و يدل على اللزوم بالإضافه إلى ما تقدم أدله الخيارات على أنواعها، فانه بعموماتها تشمل ما كان بغير اللفظ. ثم قال: الا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم اللزوم فى المعاطاه..

أقول: ولا يصلح الإجماع المدعى على عدم اللزوم لرفع اليد عن إطلاق الأدله المذكوره، لعدم تنصيب الأصحاب على عدم اللزوم، بل قال أكثرهم بعدم افاده المعاطاه للملك، فاللزوم سالبه بانتفاء الموضوع اذن لا اجماع على عدم اللزوم بناء على القول بالملك.

قال الشيخ "قده": نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور ان أصحابنا بين قائل بالملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأسا، فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل.

أقول: ولكن هذا انما يتم فيما اذا كان القول بعدم اللزوم مما أفتوا به صريحا، فلو اختلفوا على قولين فى موضوع بالاستحباب و الوجوب و أفتوا بعد الحرمة كان القول بالحرمة احداث قول ثالث، و ان كانت الفتوى بعدم الحرمة مقيدة بالفتوى بالاستحباب أو بالوجوب جاز القول بالحرمة. و بالجملة: ان نفى القولان الثالث كان القول به أحيانا و الا فلا. و ليس الإجماع المدعى فيما نحن فيه من الإجماع على النفى.

ثم قال "قده": و كيف كان فتحصيل الإجماع.. إلخ.

أقول: ملخص كلامه قدس سره الظن بتحقيق الإجماع على عدم اللزوم. وفيه انه لا دليل اعتبار هذا الظن، اللهم الا أن يكون الظن بالإجماع الكاشف ظنا بقول المعصوم عليه السلام، الا أنه يتوقف على القول بحجيه مطلق الظن برأى المعصوم عليه السلام، و هو غير ثابت.

ثم قال: بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى البيوع

الخطيره التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضى. نعم ربما يكتفون بالمصافقه، فيقول البائع "بارك الله لك" أو ما ادى هذا المعنى بالفارسيه.

نعم، يكتفون بالتعاطى فى المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين.

نعم، الاكتفاء فى اللزوم بمطلق الإنشاء القولى غير بعيد للسيره و لغير واحد من الاخبار كما سيجىء إنشاء الله تعالى فى شروط الصيغه.

و قد أشكل عليه السيد "قده" بالنسبه إلى المحقرات بأن ترادهم فيها ليس من جهه بنائهم على عدم اللزوم فيها، بل لعله من جهه عدم قابليتها للاستنكاف عن التراد.

أقول: بل السيره العقلانيه قائمه على الاكتفاء بالتعاطى و عدم اشتراط الإنشاء القولى مطلقا.

الكلام فى قوله (ع) "انما يحلل الكلام و يحرم الكلام"

لقد استدلل بهذا الخبر تاره على عدم افاده المعاطاه اباحه التصرف و اخرى على عدم إفادتها اللزوم، جمعا بينه و بين ما دل على صحه مطلق البيع كما صنعه فى الرياض، و هو ما روى عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيح (1) قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئنى فيقول:

اشتر لى هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك ؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، انما يحلل الكلام و يحرم الكلام.

ص: ١١٨

١-١) رواه الشيخ الكلينى "قده" فى باب بيع ما ليس عنده و الشيخ الطوسى فى باب النقد و النسيئه عن ابن أبى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجيح و هو فى الوسائل ٦ / ٣٧٦.

و قد احتمل الشيخ قدس سره في قوله عليه السلام "انما يحلل الكلام و يحرم الكلام" وجوها أربعة:

الأول: أن يراد من "الكلام" في المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل، بمعنى أن تحريم شيء و تحليله لا يكون الا بالنطق فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال.

الثاني: أن يراد من "الكلام" اللفظ مع مضمونه، كقولهم "هذا الكلام صحيح، و هذا الكلام باطل"، و يكون المراد: ان المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي من حيث الحليه و الحرمة باختلاف المضامين المؤداه بالكلام.

قال: و على هذا المعنى ورد قوله عليه السلام "انما يحرم الكلام" في عدة من روايات المزارعه.

و على هذا فالمراد بالنسبه إلى مورد السؤال ان الكلام ان كان بمضمون البيع و الشراء كان أثره الحليه، بخلاف ما اذا كان بمضمون المواعده و المقاوله، و ان كان المطلب واحدا.

الثالث: ان يراد من "الكلام" في الفقرتين الكلام الواحد، و يكون الاختلاف في الحكم الشرعي باعتبار الوجود و العدم. قال:

و يحتمل هذا الوجه في الروايات الوارده في المزارعه.

أى: الإيجاب و القبول ان وجدا حل التصرف في مال الغير و الا

الرابع: أن يراد من "الكلام" المحلل خصوص المقاوله، و من المحرم إيجاب البيع، لأنه وقع قبل الشراء و هو غير جائز.

أقول: لا اشكال فى أن الراوى لا يريد السؤال عن حكم بيع قد وقع بلا لفظ، لأنه يعلم بعدم تحقق البيع، بل يقصد السؤال عن أثر هذا اللفظ الدال على المواعده و المقاوله، اما من جهه احتماله كون ذلك من مصاديق قوله عليه السلام "لأتبع ما ليس عندك" فقال الامام عليه السلام: أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك ؟ قال: بلى، فقال عليه السلام: لا بأس.. أى: لا بأس بهذه المواعده ما دام أمر القبول و الرد بيده بعد، فإنها ليست من مصاديق "لأتبع ما ليس عندك".

و اما من جهه احتماله أن هذه المقاوله توجب بطلان المعامله التى ستقع بينهما على الثوب، فالإمام عليه السلام يجب بعدم البأس، لان الرجل ان شاء أخذ و ان شاء ترك. هذا حكم المسأله.

و انما الكلام فى تطبيق الكبرى على الصغرى، و ظاهر "انما يحلل الكلام و يحرم الكلام" كون الكلام نفسه محلا و محرما، و أما الاحتمال الثالث فخلاف الظاهر، كما ان جعل "يحرم الكلام" بمعنى ان عدم الكلام محرم خلاف الظاهر، بل المحرم و المحلل اما بمعنى ان الإيجاب و القبول الصحيحين يسببان حليه المثلن للمشتري و الثمن للبائع، و اما بمعنى ان المؤثر فى الحليه و الحرمة هو وجود الكلام، فالمؤثر فى حليه الوطى هو وجود صيغه النكاح، و المؤثر فى حرمة هو وجود صيغه

الطلاق. فالكلام نفسه محلل و نفسه محرم، و أما اراده غير ما ذكر فمجاز و لا موجب لحمل الروايه عليه.

و على هذا فلا بيع فى المقام حتى يبحث عن شرطيه اللفظ و عدمها.

نعم يحتمل أن يراد من "الكلام" البيع بالإيجاب و القبول، و بما أنه غير متحقق هنا فليس بمصداق لقوله عليه السلام "لأتبع ما ليس عندك" و لذا قال عليه السلام "لا بأس".

و لكنه خلاف الظاهر.

و يحتمل أن يراد ان البيع يتحقق بالإيجاب و القبول و هو غير متحقق قبل الشراء، و لذا قال "لا بأس"، إذ لو كان قبل الشراء بيع لكان باطلا.

و لكنه خلاف الظاهر كذلك.

و بالجملة: ان الروايه مجمله، و غايه ما يستفاد منها تأثير "الكلام" فى المعاملات. فالاستدلال بها فى المقام غير تام.

ثم ان الشيخ "قده" بعد أن ذكر أن الروايه لا تدل على انحصار المعامله فى اللفظيه قال: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع بأن يقال: ان حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى إلا- مع انحصار إيجاب البيع فى الكلام، إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام. الا أن يقال: ان وجه انحصار البيع فى الكلام فى مورد الروايه هو عدم إمكان المعاطاه فى خصوص المورد، إذ

المفروض أن المبيع عند مالكة الأول، فتأمل.

أقول: ولكن من الممكن أن يقال: إن للمورد هنا خصوصية، إذ المعاطاه لم تتحقق. و الامام عليه السلام حصر البيع بالإيجاب و القبول معبراً بـ "الكلام" في مقابل المقاوله لا في مقابل المعاطاه، إذ الواقع هنا هو الكلام لا الفعل.

و يحتمل التعبير بـ "الكلام" من جهه الغلبه، إذ الأغلب تحقق البيع بالكلام.

و كيف كان فلا ظهور للروايه في مقابل ظواهر عمومات البيع، لتكون داله على عدم افاده المعاطاه الملك أو اللزوم.

روايات اخرى فى الباب.

ثم انه "فده" قال: كما يشعر به قوله عليه السلام فى روايه أخرى وارده فى هذا الحكم أيضاً، و هى روايه يحيى بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب أو هذه الدابه و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك ليشتريها و لا يواجبه البيع قبل أن يستوجبها أو يشتريها (١).

أقول: يعنى انه بقرينه هذه الروايه يفهم أن المراد من "الكلام" فى تلك هو البيع، أى ان تحقق البيع قبل الشراء فحرام و الا فحلل، لأنها تشعر باشتراط الكلام، لقوله عليه السلام "لا يواجبه البيع".

ص: ١٢٢

الا أن هذا لا يفيد الحصر حتى يقال بعدم تأثير المعاطاه بل الامام عليه السلام تعرض فى الجواب إلى أحد فردى المعامله لأنه مورد السؤال و لا مفهوم لكلامه ليكون الفرد الآخر باطلا، بل هو مسكوت عنه.

قال: و يشعر به أيضا روايه العلاء الوارده فى نسبه الربح إلى أصل المال. قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول: أبيعك بده دوازه. فقال: لا بأس، انما هى هذه المراوضه فإذا جمع البيع جعله جمله واحده (١). فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك فى المقاوله التى قبل العقد و انما يكره حين العقد.

أقول: و لكن من أين نثبت له المفهوم ليدل على الحصر، بل لعل الامام عليه السلام أجاب بهذا الجواب لكون المورد مورد القول، لان الراوى قال: فيقول..

قال "قده": و فى صحيحه ابن سنان: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الذى طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبعه منه بعد (٢).

أقول: و هذه كسابقتها فى عدم الدلاله على الحصر، على أن قوله عليه السلام "ثم تبعه" أعم من البيع اللفظى و المعاطاه.

ص: ١٢٣

١-١) الوسائل ٦ / ٣٨٦ مع اختلاف فى اللفظ.

٢-٢) الوسائل، كتاب التجاره، أبواب احكام العقود، الباب ٨ ج ٦ ص ٣٧٥.

اشاره

و ينبغي التنبيه على أمور:

ص: ١٢٥

هل يعتبر في المعاطاه ما يعتبر في البيع من الشروط مطلقا أى سواء قلنا بافادتها الملك أو قلنا بافادتها الإباحه أولا يعتبر فيها من ذلك شىء كذلك، أو لأبد من التفصيل بين القول بافادتها الملك و القول بافادتها الإباحه، أو التفصيل بين ما اذا قصد المتعاطيان الملك و ما اذا قصدا الإباحه ؟ ان قلنا: بأن المعاطاه تفيد الملك أعم من الجائز و اللازم فهى بيع، و لازم ذلك شمول أحكام البيع لها حتى بناء على القول بأنه بيع فاسد شرعا.

و ان قلنا بافادتها الإباحه فهى بيع عرفا و لا يؤثر شرعا الا الإباحه، و هل معنى هذا: انه ليس بيعا شرعيا أو انه بيع يفيد الإباحه ؟ الظاهر هو الأول، لان البيع ما يفيد الملك، و ما لا يفيد فليس بيعا شرعيا لأنه لا يفيد الملك، و لا يخفى عدم الفرق بين هذا القول و القول بأنه بيع فاسد

لأنه أيضا لا يفيد الملك، فجعل الأول بيعا دون الثاني لأوجه له.

قال السيد "قده" بقوله "بيع عرفا لا شرعا" ان أراد ان هذا بيع مع قطع النظر عن حكم الشرع فهو صحيح، و ان أراد أنه بعد لحاظ حكم الشرع من العرف هو بيع عندهم فليس كذلك.

أقول: ان كان المبنى هو وحده الموضوع له، غير أن الشارع يخطئ اهل العرف في بعض الموارد من حيث التطبيق فالتخطئه تكشف عن أن موردها ليس بيعا عند المشرع أيضا فلا يشمل أدله الشرائط.

و ان كان المبنى هو ان اهل العرف قد وضعوا اللفظ لما يفيد الملك عندهم سواء أفاد عند الشارع أم لا فإنه يكون بيعا عندهم، لكنهم بما هم متشرع لا يرونه بيعا لعدم إمضاء الشارع له فيشملة ادله الشروط حيث ان الاحكام تنزل على المفاهيم العرفيه.

نعم لقائل ان يقول: بأننا نعلم حتى بناء على تغاير الموضوع له بأن الشارع لما جعل شرائط البيع، جعلها لكل بيع مملك في اعتباره، و أما ما لم يكن كذلك فالبيع منصرف عنه في نظره و ان كان بيعا في نظر أهل العرف.

و لكن هذا انما يصح فيما اذا أراد الشارع أن يجعل البيع العرفي كلا بيع، كما هو الشأن في البيع الربوي مثلا. و أما اذا أراد ترتيب اثر آخر عليه كالأباحه بعد التصريح بعدم افادته الملك، فان أدله الاشتراط تشمله و ان كان الموضوع له عنده غير الموضوع له عند أهل العرف لما مر.

وقال المحقق الخراساني "فده" ما توضيحه: أنه بيع عرفي لم يؤثر شرعا قبل وجود أحد الملزمات كتلف أحد العوضين، فهو ليس بيعا ابتداء حتى يتحقق أحدها، فهو شرط افادته التمليك و التملك. و حينئذ يكون بيعا شرعا و عرفا، و في البيع عنها في كلام المشهور القائلين بالإباحه هو البيع الشرعي بمجرد لأبد وجود أحد الملزمات، فإنه حينئذ يفيد الملك عندهم لا الإباحه الملزمه، و لذا يقولون بأن العوض الآخر الموجود ملك لمن هو بيده في الفرض المذكور فعليه هو بيع شرعي لكن بعد وجود أحد الملزمات، فيشملة أدله الشرائط.

قال الشيخ: فنفي البيع عنها في كلامهم و معاقد إجماعهم..

أقول: الظاهر أن هذه العبارة متفرعه على القول بالإباحه، فإنه بناء عليه ليس بيعا شرعيا بل هو عرفي، و يكون المعنى حينئذ ان الإباحه تفيد الملك بالتالي، و يحتمل كونها متفرعه على أول كلامه "فده"، أي: نفي البيع في كلامهم حتى على القول بالملك لان مقصودهم هو المؤثر في افاده اللزوم زائدا على الملك.

هذا كله بناء على أن مقصود المتعاطيين و التملك، و أما مع قصدهما الإباحه فليست بيعا شرعا و لا عرفا، لان الاذن في التصرف ليس بيعا، اذا البيع كما قيل مبادله مال بمال.. و على هذا فما هو دليل ترتيب أحكام البيع على المأخوذ بالمعاطاه مع عدم إفادتها الملك و عدم قصدهما التمليك و التملك؟ أما السيره فإنها دليل لبي، فلا بد من الأخذ بالقدر المتيقن، و هو

المورد الجامع لشروط البيع. و هل هناك إطلاق يشمل محل الكلام؟ استدل بقوله عليه السلام "الناس مسلطون على أموالهم و أنفسهم"، فانه يدل بإطلاقه على افاده المعاطاه الإباحه مطلقا.

أقول: لكن الاستدلال به يتوقف على كونه مشرعا كما هو مختار السيد "قده" فلو شك في اشتراط شيء في معامله ما يتمسك به، و الظاهر وفاقا للشيخ قده خلافه، بل الحديث يدل على سلطنه الناس على أموالهم بالانحاء المشروعه فقط من البيع و الصلح و الإجاره و الهبه و نحو ذلك، فهو يفيد جواز بيعه و إجارته و هبته.. و غير ذلك من المعاملات المشروعه من ذى قبل، فلا إطلاق له حتى يتمسك به في موارد منع الشارع أو الشك في تجويزه.

قال الشيخ "قده": "و أما على المختار من أن الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بافادتها للملك و القول بعدم إفادتها الا الإباحه؟ وجوه..

ثم استشهد قده للأول بأمور، و خلاصه ذلك: ان المعاطاه بيع، فالأدله شامله لها، لأنها منزله على البيع العرفى، فيشترط في صحه ما يراه أهل العرف بيعا كونه جامعا للشرائط الشرعيه التى اعتبرها، سواء كان الاثر الملك او الإباحه.

و أورد عليه السيد "قده": "بأن البيع العرفى انما يصدق فى ما اذا لم يأت ردع عن الشارع، و إلا- خرج عن كونه بيعا عرفيا، فلا موضوع تشمله أدله الشرائط.

أقول:فيه انه لا- حقيقه شرعيه للفظ البيع،و ليس هو من الأمور التي اخترعها الشارع،بل امر متداول عند اهل العرف،فكما ان المفهوم من لفظ "الماء" في لسان الشارع هو نفس المفهوم منه عند أهل العرف فكذلك "البيع"، فإذا قال:يشترط فيه كذا. كان معناه:يشترط في هذا البيع المتعارف أن يكون كذا.

و أشكال المحقق الأصفهاني "قده" بأن دليل إمضاء البيع لا يعقل ان يكون موضوعه الا البيع العرفي.فانه القابل للإمضاء،بخلاف دليل اعتبار شيء في البيع،فانه لا يعقل أن يكون موضوعه البيع العرفي بما هو لان اعتبار احد لا ينوط بنظر شخص آخر،فلا يعقل أن يكون الموضوع حينئذ غير البيع الشرعي،فانه المنوط في نظره بشيء،فالبيع المساوق وجوده لنفوذ هو المنوط بكذا و كذا،لأكل ما قصد به الملك.

فأدله الشرائط اذا لا تتوجه إلى البيع العرفي.

أقول:أن أراد الشيخ ان أدله الشرائط تخرج البيع العرفي عن كونه بيعا عرفيا فيما اذا فقد أحدها،كان الاشكال واردا،لان الشرط الشرعي لا يضيق المفهوم العرفي و لا يحدد اعتبار أهل العرف،لان المفروض اختلاف النظريين،و لا يؤثر نظر أحد الشخصين في نظر الآخر.

و ان أراد ان أدله الشرائط تتوجه إلى البيع العرفي لا- بمعنى نفى البيعيه،بل بمعنى أن هذا البيع لا- يمضيه الشارع بدون هذا الشرط،فمتى كان واجدا له كان مؤثرا شرعا و الا فلا.فالأشكال غير وارد،إذ

لا- تضييق للبيع العرفي حينئذ، بل الأدلة تتوجه إليه نفسه و تضييق دائره تأثيره فحسب، فالتأثير هو للجامع للشرائط الشرعيه، لا أن موضوع الأدله هو البيع الشرعى.

ثم ان الشيخ "فده" بعد أن ذكر وجه التفصيل المذكور ذكر تفصيلا آخر، و هو: ان كانت ادله الشروط ثابتة بالنصوص فتشمل المعاطاه، و ان كانت بالإجماع فلا. مثلا: كون الوزن معلوما فى الموزون قيل:

انه ثابت بالإجماع، و قيل: لا يشترط فيما اذا انتفى الغرر.. فان كان اجماع فهو منصرف إلى البيع الشرعى، و ان كان نص فهو منزل على البيع العرفى.

و وجه الفرق: ان المجمعين انما يشترطون شيئا فى البيع من جهه انهم متشرعه، و أما النصوص فلعدم الحقيقه الشرعيه تتوجه إلى المفاهيم العرفيه.

ثم قال الشيخ: و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوه. قال ما توضيحه:

اما بناءً على الملك فان هذا بيع تشمله الأدله، و اما بناء على أنه بيع عرفى يفيد الإباحه فان الحكم الشرعى الثابت بقوله تعالى "أحلَّ اللهُ البَيْعَ" مقتضاه افادته الملك ان كان صحيحا، فان لم يفده فمن أين الإباحه ؟ انه عن طريق اشتراط الأصحاب الصيغه، و كذا قوله عليه السلام "الكلام يحلل و الكلام يحرم"، و من هنا يقولون بافادتها الإباحه.

و على هذا لا- يكون لكلماتهم من ان المعاطاه تفيد الإباحه إطلاقا كالنصوص ليشمل الفاقد للشرائط لا سيما مع اختلاف تعابيرهم فيؤخذ بالقدر

المتيقن، و هو الجامع للشرائط عدا الصيغه فإذا كان كذلك أفاد الإباحه.

فسواء كانت المعاطاه تفيد الملك المتزلزل أو المستقر أو الإباحه على اختلاف الأقوال فانه لأبد أن يكون جامعا للشرائط، لأنه هو القدر المتيقن من كلماتهم.

و هذا الذى ذكره قدس سره دليل آخر على الوجه الأول الذى اختاره و قواه.

كلام الشهيد "قده"

قال الشيخ قدس سره: ثم انه حكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى الأبعد تلف العين يعنى العين الأخرى ذكر: انه يجوز أن يكون الثمن و المضمن فى المعاطاه مجهولين، لأنها ليست عقدا، و كذا جهاله الأجل، و انه لو اشترى أمه بالمعاطاه لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن.

قال الشيخ: و حكى عنه فى باب الصرف أيضا أنه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاه النقدين.

و حيث ان الشيخ قدس سره يقول بكون المعاطاه بيعا، صار بصدد اثبات وجوب اجتماع شرائط البيع هنا و ان لم يكن عقدا على ما ذهب اليه الشهيد قدس سره، فقال فى الجواب: حكمه بعدم جواز

إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الصدقات الواجبه و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح فى عدم إفادتها للملك،الا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكوره للبيع و الصرف معللا- بأن المعاطاه ليست عقدا يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك،حيث أن المفيد للملك منحصر فى العقد،و ان يكون باعتبار عدم اللزوم،حيث ان الشروط المذكوره شرائط للبيع العقدى اللازم.

ثم قال قدس سره ما ملخصه: و الأقوى اعتبارها و ان قلنا بالإباحه، لأنها بيع عرفى و ان لم يفد شرعا الا الإباحه،و مورد الادله الداله على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لا خصوص العقدى،و لان إفادتها الإباحه تخالف القاعده لان المفروض أن مقصود المتعاطيين هو الملك و حينئذ يجب الاقتصار على القدر المتيقن،و هو المورد الجامع للشرائط عدا الصيغه.

لكن المحقق الأصفهانى "قده" قال:لا يعتبر شرائط البيع العقدى فى المعاطاه على القول بافادتها الملك شرعا،اما لعدم المقتضى و هو قصور الدليل اللبى،أو لوجود المانع و هو السيره العمليه على أوسع مما تقتضيه النصوص.

قال:و منه يتبين حال المسأله على القول بافادتها الإباحه،لفرض دلاله دليل الشرط على اعتباره فى البيع،و ما لا يفيد الملك فليس بيعا شرعا،و قد مر أن موضوع دليل الشرط هو البيع الشرعى دون العرفى.

و اما قصور دليل تأثير المعاطاه فى الإباحه عن شموله لفاقد غير الصيغه أيضا فهو خلاف المشاهد من سيره المسلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر

فى العقد القولى كما عن كاشف الغطاء قدس سره.

أقول:وفيه أنا قد ذكرنا سابقا ان أدله الشرائط متعلقه بالبيع العرفى،و ليس للشارع وضع فى قبال وضع أهل العرف،فالمعاطاه بيع و ان قلنا بالإباحه،فيجب رعايه الشروط المذكوره فيها شرعا حتى يترتب الاثر المذكور.

نعم،ما أفاده من شمول إطلاقات الأدله للمعاطاه لكنها مقيده بالسيره القائمه على عدم رعايتها فيها محتمل،و قد ذكره المحقق الخراسانى قدس سره أيضا،فانه بعد ما صرح قاطعا باعتبار الشرائط على القول بالملك لكونها بيعا بلا اشكال قال:الا أن يقال ان السيره قد ألفت بعض ما يعتبر بالإطلاق أو العموم،لكنه رده بقوله و أنى لها بذلك.

و الانصاف أن رده فى محله،لعدم إمكان اثبات سيره من المتشرعه على القاء بعض الشرائط المعتره شرعا(نعم قد يكون ذلك من غير المباليين بالأحكام الشرعيه)،و لا أقل من الشك فى تحقق هكذا سيره، فيكون الشك فى التخصيص،فيجب رعايه جميع الشرائط كما ذكر الشيخ قدس سره.

اللهم الا أن يقال بأن الشرائط هذه شرائط للبيع فى حصول الملك،فإذا قلنا بالإباحه كانت أجنيبه عنها،فلا يلزم رعايتها فيها بناء على ذلك.لكن الانصاف لزوم الشرائط بناء على هذا أيضا،لان المتيقن من حصول الإباحه هو صوره اجتماعها فيها،و مع عدمه لا يقطع بحصولها بها.

ص: ١٣٥

الكلام فى جريان الربا فيها

قال الشيخ "فده": و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا و ان خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك، لأنها معاوضه عرفيه و ان لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيه كما اعترف بها الشهيد رحمه الله.

أقول: و توضيح المرام: ان المعاطاه اما هي بيع و اما هي معاوضه مستقله، فان كانت بيعا جرت فيها أدله الربا مطلقا أى سواء أفادت الملك أو الإباحه فالمعاطاه الربويه محرمة و باطله أيضا.

و ان كانت معامله مستقله، فان تمسكنا بما ذكرنا آنفا من أن المتيقن من حصول الإباحه هو ما اذا كانت جامعته للشرائط، فلا بد من أن يقال انه مع كونها ربويه لا تحصل الإباحه بل هي معامله محرمة، و ان تمسكنا بالاطلاقات فحيث انها متوجهه إلى البيع و المفروض أن المعاطاه معاوضه مستقله فلا تجرى فيها أدله الربا الا على القول بجريانها فى غير البيع من المعاملات كما هو الحق.

الكلام فى جريان الخيار فى المعاطاه

عباره الشيخ هنا لا- تخلو من اجمال و اشكال، لأنه قدس سره قال و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور، لأنها جائزه عندهم فلا معنى للخيار.

أقول: قوله "قبل اللزوم" غير ظاهر المعنى، لأنه لا يعلم أن المراد منه جعل الخيار للفسخ قبل اللزوم أو جعله قبل اللزوم للأخذ به بعده. وعبارة أخرى: هل المقصود جعله للأخذ به قبل اللزوم أو جعله قبله للأخذ به بعده؟ و لم يتعرض الشيخ و لا أحد من المحشين لهذا الاشكال، فان كان المراد: جعله للأخذ به قبل اللزوم كما هو الظاهر من قوله بعد ذلك:

لا- معنى للخيار، لزم لغويه الجعل، لان المعاطاه ليست لازمه بعد، بل يجوز فيها الرجوع، فما أثر جعل الخيار؟ و أما ما يستفاد من بعض من الفرق بين جواز التصرف و التملك و بين جعل الخيار: بأن الأخذ بالخيار يصير العقد كالعدم بخلاف التصرف بدون الخيار فان البيع باق بعد و لم يقع فيه خلل.

ففيه: انه لا يرفع الاشكال، لان المقصود هو جواز التصرف في هذه العين، فإذا كان له التصرف فيها بدون جعل الخيار فجعله لغو.

و ان كان المراد جعله فعلا للأخذ به بعد لزومه فلا لغويه، لعدم جواز الرجوع حينئذ الا به، كما هو الامر في البيع بالصيغه.

و بالجمله فلا يصح الحكم بعدم المعنى لجعل الخيار بقول مطلق، لأنه يفيد لما بعد اللزوم، و أما بالنسبه إلى ما قبله فلا يصح سواء قلنا بالإباحه أو بالملك الجائر. و على هذا يناسب أن يكون "ان" في قوله " و ان قلنا بإفاده الملك" وصيغه، أى: لا معنى لجعل الخيار بدون اللزوم و ان لم نقل بالإباحه بل قلنا بالملك الجائر، لعدم الفرق بينهما

فى جواز الرجوع.

لكن ینافى ذلك قوله بعدئذ "فيمكن القول بثبوت الخيار فىه مطلقا." فان ظاهره كونها للتشقیق، فكأنه یقول: يمكن نفى الخيار على المشهور من القول بالإباحه فلا معنى للخيار و الحال هذه، و أما على القول بالملك فمكن القول بجواز جعل الخيار. و على هذا فیرد علیه أن الملاك فى لغویه جعل الخيار و عدمها هو اللزوم و عدمه، لا حصول الملك أو الإباحه، و لذا لو قیل بحصول اللزوم بالتصرف على القول بالإباحه ایضا لما كان جعل الخيار لغوا.

و بالجمله فجعل الخيار فى محله لما بعد اللزوم سواء قلنا بالإباحه أو بالملك الجائز، و لا یصح لما قبله كذلك.

ثم لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا كون (الواو) استثنافیه و (ان) تشقیقیه فانه یبقى الكلام فى قوله بعد ذلك: "بناء على صیورتها بیعا بعد اللزوم" مع انه قدس سره كرر القول سابقا و لاحقا بأن المعاطاه بیع قبل اللزوم و بعده حتى على القول بالإباحه فإنها بیع لا یؤثر شرعا الا الإباحه.

فان قیل: انه یتكلم على مبنى الآخرفن.

قلنا: لیس الامر بأزفد من أن یقال بأن المعاطاه لیس بیعا، بل هی معامله مستقله، فإنها ایضا لا تخلو عن أن تكون لازمه أو جائزه، فعلى الأول یصح جعل الخيار، و على الثانى لا یصح. و على هذا فلا معنى لهذه الجملة التى ذكرها فى هذا المقام، و كان الصحیح أن یقول

ص: ۱۳۸

بناء على صيرورتها لازمه بعد الملزم، أى يصح جعل الخيار الآن للأخذ به بعد ما صارت لازمه بوجود الملزم.

ثم ان فى بعض النسخ لفظ "الإباحه" بدل لفظ "جائزه" و عبارته: و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور، لأنها اباحه عندهم فلا معنى للخيار.

و يرد عليه أيضا: أن ملاك صحه جعل الخيار و لغويته ليس الإباحه و عدمها، بل الملاك العام هو الجواز و عدمه، فإذا كانت المعاطاه جائزه فلا معنى لجعل الخيار، سواء قيل بالملك الجائز أو بالإباحه بلا فرق بينهما. فلو صارت المعاطاه لازمه بالتلف مثلا فهناك ينفع الخيار المجعول قبل ذلك، فيلزم دفع مثل التالف أو قيمته.

و مراده من الإطلاق فى قوله "فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم" هو أنه اذا بنينا على صيرورتها بيعا صح جعل الخيار، سواء كان الخيار مخصوصا بالبيع أولا، بل كان جاريا فى كل المعاملات. هذا فى مقابل التفصيل بين الخيارات المختصه به فلا تجرى، لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهه الخيار، و بين غيره كخيار الغبن و العيب بالنسبه إلى الرد دون أخذ الأرش فتجرى لعموم أدلتها.

و يمكن أن يكون الإطلاق اشاره إلى رد تفصيل آخر، و هو التفصيل بين القول بكون المعاطاه بيعا من أول الامر فيجرى فيها أدله الخيار، و كونها بيعا استداهمه و بالمآل فلا تجرى، لانصراف الأدله

عنه.فهو رحمه الله يقول بثبوت الخيار بناء على صيرورتها بيعا مطلقا، أى سواء كان بيعا من أول الامر أو بقاء فى مقابل عدم جريانه لو لم تكن المعاطاه بيعا حتى بقاء.

ثم انه قال قدس سره فى ذيل كلامه: و أما حكم الخيار بعد اللزوم فيأتى بعد ذكر الملزمات.

أقول:هل كانت الاحكام المذكوره إلى الآن لما قبل اللزوم؟ و على ذلك يتوجه الاشكال بعدم المعنى لثبوت الخيار مع عدم اللزوم الا اذا كان جعله هناك للأخذ به بعد اللزوم كما ذكرنا.و بالجمله فالملاك ما ذكرناه،و هو أنه لو جعل لزمان اللزوم صح و الا فهو لغو لا معنى له.

ص: ١٤٠

الامر الثاني (في بيان مورد المعاطاه)

قال الشيخ "فده": المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا- من الطرفين، فالملك أو الإباحه فى كل منهما يتحقق بالإعطاء منهما، فلو أعطى أحدهما و لم يعط الثانى فلا معاطاه، و مقتضى القاعده عدم تحقق الملك أو الإباحه. لكن عن جماعه من المتأخرين تبعاً للشهيد جعله من المعاطاه..

أقول: ان البائع لما يعطى المثلثن يقصد تمليكه للمشتري بإزاء الثمن، فهو قاصد للتمليك و التملك معا، فيكون مثل إنشاء المبيعه بالقول، و قوله "بعث هذا بهذا" فانه بالأول يقصد التمليك، و بقوله "بهذا" تملك العوض، ثم المشتري لما يقول "قبلت" يقبل ما قصده البائع، و بذلك يتم البيع و يحصل الملك. فما ذكره الشيخ "فده" فى المقام غير واضح، بل الإباحه أو التمليك حاصل بفعل البائع و قصده فقط، و إعطاء المشتري ليس الا وفاء بما التزم به بأخذ المثلثن من البائع.

ص: ١٤١

اللهم الا- أن يقال بأن المعاطاه فعل، فلا- بد من ايجابين و قبولين، كما في منيه الطالب لكنه عدل عنه في الحاشيه، لان الفعل أضعف في الدلاله من القول، فيلزم التكرار حتى تتم الدلاله.

لكن الامر ليس كذلك في الواقع، و لذا من يشتري بالمعاطاه نسيئه و يأخذ الشيء الآن يبني على تماميه المعامله و صحتها، مع أنه لم يعط الثمن حين الأخذ.

ثم قال الشيخ "فده": و لا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاه..

أقول: هذا صحيح، و لكن نفس ما يتحقق بالمعاطاه النقديه يتحقق بالمعاطاه نسيئه، فكلاهما بيع.

قال: ثم صحه هذا على القول بكون المعاطاه بيعا مملكا واضحه..

و أما على القول بالإباحه فيشكل..

اللهم الا أن يدعى قيام السيره..

أقول: الانصاف عدم الفرق، على أن السيره قائمه بلا ريب.

قال: و ربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن و اخذ المثل من غير صدق إعطاء أصلا فضلا عن التعاطى، كما تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء و وضع الفلوس في المكان المعد له..

أقول: الظاهر كون هذه الموارد من باب الاذن و الرضا، و السيره غير قائمه على عنوان التمليك و التملك فيها، فهو يشرب الماء مع علمه بأنه ملك للسقاء، غير أنه يضمن عوضه فيجعله في محله. و أشكال من ذلك مسأله الحمام، فهل هو شراء للماء الذي اغتسل به أو انه اجاره (مع انعدام الموضوع بالاستعمال)؟ بل الظاهر أنه من باب الرضا و الاذن مع ضمنا العوض.

نعم يمكن أن يكون فتح باب الحمام مثلا بمنزله الإعطاء، و وضع الفلوس فى المكان المعين بمنزله القبول، فيكون معاطاه. و لكنه بعيد أيضا، لأنه يستلزم الإعطاء لغير المعين فتأمل.

و لو أردنا صدق عنوان المعامله عليه فلا سبيل الا القول بالوكاله، نظير قول ولى الصغير للبقال مثلا متى جاء هذا الصغير بالفلوس فأنت وكيل فى إنشاء المعامله، بأن تأخذ الفلوس منه و تعطيه الشىء المطلوب.

قال: ثمّ لو قلنا بأن اللفظ غير المعتبر فى العقد كالفعل فى إمكان المعاطاه، أمكن خلوا المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأسا، فيتقاولان على مبادله شىء بشىء من غير إيصال، و لا يبعد صحته..

أقول: يمكن أن يكون مراده انه كما أن الفعل يقصد به التمليك كذلك اللفظ غير الصحيح، فهو يقصد إنشاء التمليك بلفظ غير مؤثر شرعا. و على هذا يمكن أن يكون معاملة صحيحه، حتى و لو قال المشتري فى القبول لفظا غير مؤثر كذلك مع قصده القبول، و ذلك لتحقق البيع بذلك عند العرف، و السيره قائمه على كونه كالفعل.

و يمكن أن يكون مراده من المقاوله أو يتقاولا- فيما بينهما حول المعامله، ثم يتعاملا بناء عليه، فان كون هذا لهذا و ذاك للآخر ليس فعلا حتى يكون معاملة، الا اذا أراد تحققها بأخذ كل منهما ما كان له بقصد التملك، و لكن كلامه "قده" قاصر عن افاده هذا المعنى.

ثمّ أقول: ان كان هذا بيعا عرفا فلا فرق بين القول بالملك و الإباحه و القدر المتيقن عند وجود اللفظ غير المعتبر فى العقد كونه معاملة تقوم مقام المعاطاه، و هى بيع عند أهل العرف.

الامر الثالث (فى بيان تميز البائع من المشتري)

قال الشيخ "فده": تميز البائع من المشتري فى المعاطاه الفعلية مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكه واضح، فان صاحب الثمن هو المشتري (و صاحب المثلن هو البائع) ما لم يصرح بالخلاف.

أقول: هذا صحيح بالنسبه إلى مقام الاثبات، فلو ادعى صاحب الدراهم بأنه لم يقصد الشراء بل باع درهمه بالمتاع، و ادعى صاحب المتاع يبعه اياه بالدرهم لا شراءه له بالمتاع، أمكن القول بمخالفه دعوى الأول للأصل، لان المتعارف جعل الدرهم ثمنا لا مثننا.

و أما فى مقام الثبوت فلا، لان كون صاحب المتاع بائعا و صاحب المثلن مشتريا و ان كان متعارفا الا انه يتبع قصدهما، فإنهما ربما يقصدان ما ليس متعارفا بين الناس.

قال: و أما مع كون أحد العوضين من غيرها فالثلن ما قصدا قيامه مقام المثلن فى العوضيه..

أقول: هذا في مقام الثبوت، و أما في مقام الاثبات لو تداعيا و ادعى كل منهما أنه البائع و الآخر المشتري، فلا ظهور يرجع اليه، بل يرجع الامر حينئذ إلى الحاكم فيحكم فيه بحسب قواعد التداعي.

و قيل: المشتري من يلحظ في عوض ماله معطى خصوصيه زائده على مالته، و البائع من لا يلحظ فيه الا المالىه، فالمشتري من يعطى ماله و يأخذ اللحم مثلا لحاجته اليه لا لمالته فقط بخلاف القصاب فانه يعطى اللحم و يأخذ عوضه لا لخصوصيه فيه بل بالنظر إلى مالىه العوض، فلو أعطى حنطه بدل اللحم أخذه لا بعنوان كونه حنطه بل لكونه مالا.

قال: و لو لم يلاحظ الا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نيه قيام أحدهما مقام الثمن..

أقول: و أما اذا لم يقصدا شيئا، بل كل منهما يريد تمليك الآخر من دون قصد لأحد العوض، فوجوه:

١ كون كل واحد منهما بائعا و مشتريا، و يترتب على ذلك عدم انطباق الاحكام الخاصه بالبائع على أحدهما، لأنها منصرفه إلى البائع الذى ليس مشتريا.

٢ كون المعطى أولا هو البائع، فيكون الآخر المشتري.

٣ كونها مصالحه و مسالمة، كما جاء في الروايه الوارده في قول أحد الشريكين لصاحبه "لك ما عندك ولى ما عندى" حيث حملوها على التصالح.

٤ كونها معاوضه مستقله، و هي التي يعبر عنها بالفارسيه "سودا كردن".

أقول: و هل يتعقل الوجه الأول؟ انه لما يملك أحدهما فهل الآخر يقبل ثم يملك أو انه يقبل التملك و التملك ثم يعطى ماله و فاء بما التزم؟ الظاهر هو الثاني، لان الأول تحصيل للحاصل، لان القبول يفيد تملكه ماله اياه.

ثم ان الشيخ اختار الوجه الثاني، و وجهه: كونه المتعارف في مقام الاثبات، و أما في مقام الثبوت فالأمر يتبع قصدهما.

و أما الوجهان الثالث و الرابع فغير صحيحين، لعدم عرفيه انعقاد المعامله بقول كل منهما "صالحت" أو إيجاب كل واحد. فالعقلاء لم يبنوا على كون الإيجاب قبولاً، فالإيجابان و كذا القبولان لا يترتب عليهما أثر عند العقلاء سواء في البيع أو غيره من المعاملات المتعارفه.

ص: ١٤٦

قال الشيخ: ان اصل المعاطاه و هى إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه:

(أحدها) ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر فى أخذه قابلا و ممتلكا بإزاء ما يدفعه.

أقول: و لا يخفى ان كلا- منهما غير قاصد للتمليك بالاستقلال، بل المراد من قصد التمليك هو التمليك الاستقلالى و الضمنى، فحق العبارة أن يقال: فيكون أحدهما مملكا بإعطاء ماله و الآخر بأخذه قابلا و ممتلكا بإزاء ما يدفعه.

قال: فلو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه.

أقول: و اذا كان كذلك توجه عليه الأشكال بما ذكره فى الامر الثانى من أن القدر المتيقن من المعاطاه تحققها من الطرفين. الا أن

يقال: بأن مراده "فده" من "القدر المتيقن" هو أن التعاطي تاره يكون فى مجلس واحد، و أخرى يكون العوض نسيئه، فالقدر المتيقن من المعاطاه هو المعاطاه النقديه، لوقوع الخلاف فى غيرها.

وفيه: انه لا يريد هذا المعنى البته، لتصريحه هناك بأنه اذا لم يعط الآخر لم تتحقق المعاطاه، و تصريحه هنا فى الامر الرابع بأنه لو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمامها.

و قد أشكل بعضهم بأنه لا يتعين هذا على هذا الوجه، لإمكان ان لا يقصد بأخذه التمليك بل بدفعه، و انما أخذ مقدمه لقبوله بدفع العوض، فلو مات قبل الدفع مات قبل تمام المعاطاه.

أقول: ان معنى الإعطاء بقصد التمليك ليس اخطار التمليك بالبال، بل مجرد إعطائه بقصد أن يكون له كاف. نعم يمكن أن لا يقصد التملك بالأخذ بل يقصده بالإعطاء، لكن الواقع فى الخارج خلافه.

(الوجه الثانى) ان يكون تمليك بإزاء تمليك.

أقول: هذا يتصور على وجوه: ١ ان يكون مقابله بالإحسان.

٢ أن يكون شرطاً، فيكون كالهبه المشروطه بالعوض. ٣ أن يكون مقابله بالتمليك كتمليك الدرهم فى مقابل تمليك الخياطه.

و هل التمليك يقبل التمليك، بأن يكون الإنسان مالكا لتمليك غيره ماله اياه ؟ ان "التمليك" لا ماله له حتى يتملك أو يملك، و لا يدفع العقلاء

شيئا بإزائه. على أن البائع للفعل "كالخياطه" يراه قبل الإيجاب موجودا تحت سلطنته ثم يرفع سلطنته ليسلط غيره عليه، و ليس "التمليك" كذلك.

و من هنا قال "فده": و هذا بعيد عن معنى البيع.

أى: لان تمليك خياطه الثوب بكتابه الكتاب ليس بيعا، إذ البيع مبادله مال بمال، و لما لم يكن بيعا فما هو؟ صلح أو هبه أو معامله مستقلة؟ قال: و قريب إلى الهبه المعوضه.

و ذلك لأنه ليس فى الهبه مال فى مقابل مال، بل هبه فى مقابل هبه.

قال: لكن اجراء حكم الهبه المعوضه عليه مشكل.

لأننا قلنا فى مسأله الهبه المعوضه بلزوم أن يكون الداعى هو الهبه. أو يشترط الهبه فى مقابل الهبه بأن يقول "وهبتك هذا بشرط ان تهب لى ذاك"، فيشترط فيها ايجابان و قبولان، و تكون الهبه الثانيه وفاء بالشرط الموجود فى ضمن الاولى. و لذا لو وهب الأول كان الشىء ملكا للثانى، فان وفى الثانى كان ماله ملكا للأول و الا فلا. بخلاف المقام، إذ المفروض هو التمليك بإزاء التمليك، فالمعروضه بين تملكين، و على هذا لا يحتاج التمليك الثانى إلى ايجاب و قبول، و لذا لو لم يملك الثانى لم يترتب الاثر على التمليك الأول. اذن، لا تشبه مسألتنا هذه مسأله الهبه المعوضه.

هذا، و قيل اذا جاز جعل العوض على الهبه صح أن يجعل مالا، بمعنى جعل المال فى مقابل الهبه، فيقول: وهبتك هذا بشرط أن يكون هذا المال لى، فان قبل الهبه الاولى كان المال ملكا للواهب، فلا حاجه

إلى أن يقول صاحب المال بعد ذلك "وهبتك".

أقول: وفيه ان مفهوم "الهبه" هو التملك لا بعوض، فاشترطه فيها ينافى مفهومها.

نعم يمكن أن يقال بأن المال اعطى مجاناً، لكن نفس الهبه "أى الإعطاء" ليس مجاناً، لأنه فعل من الافعال فلا يكون بلا داع، فليكن الداعى هنا تملك ذاك المال.

هذا و الشيخ "قده" يقول بالتمليك فى مقابل التملك، و قال السيد "قده": يمكن أن يكون إعطاء الثانى وفاء بالعقد، و أما قبوله فهو يتحقق بأخذ الملك الأول. و حينئذ يصح للأول أن يطالب الثانى بتسليم ماله.

قال الشيخ "قده": فالأولى أن يقال انها مصالحه و تسالم على أمر معين أو معاوضه مستقلة.

أقول: قد ذكرنا انه لا يعقل المعاوضه بين التملكين. نعم يمكن اشتراط تملك جزاء لتمليكه فى ضمن عقد صلح، فيجب على الثانى التملك وفاء بالشرط.

(الوجه الثالث) أن يقصد الأول الإباحه بعوض، فيقبل الآخر بأخذه اياه، فالذى يعطى أولاً يقول "أبحت لك هذا بدرهم" مثلاً، و بذلك يبيح له جميع التصرفات فى الشئ، لكنه يملك الدرهم بإزاء هذه الإباحه.

و يأتى فيه الاشكال السابق، فان إنشاء المعاوضه بين الإباحه و المال غير معقول.

(الوجه الرابع) ان يقصد كل منهما الإباحه بإزاء اباحه الآخر، فكل منهما يقصد اباحه جميع التصرفات، أعم من أن يبيح بداعى الإباحه أو أن تكون اباحه معوضه.

هذا، و قد استشكل الشيخ "قده" فى هذين الوجهين الأخيرين من الوجوه الاربعه فقط، من جهه عدم جواز اباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملك، كما أن السيد "قده" صور فى المقام وجوها أخرى و صححها جميعا، و انما أشكل فيها من الجهه المذكوره، لان هذا النوع من التصرف لا يسوغ لغير المالك، و اذنه ليس مشرعا.

أقول: انهم تعرضوا لهذا الاشكال، و لم يتعرضوا لأشكال التملك بإزاء التملك. و يمكن أن يقال فى دفعه: بأنه ليس المراد من ذلك الا- لحاظ ان المملك يملك مع لحاظ تحقق تملك الآخر، أى ان المراد من التملك هنا هو التملك المقيد بتعقب تملك المالك الآخر، فلو لم يتحقق تملك الثانى لم يترتب عليه أثره لعدم لحاظه حينئذ، نظير المقدمه الموصله التى ذكرها صاحب الفصول.

و قد أشكل المحقق الأصفهانى "قده" على قول الشيخ فى الوجه الثانى "فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابله بين التملكين لا الملكين، و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين.. "بما حاصله: ان أراد انه لما أعطى الأول و لم يعط الثانى فملك الثانى لم يكن ملكا للأول فهو صحيح، لان المفروض أن هذا ملكه بإزاء تملك ذاك، فما لم يملك لم يكن ملكه، و ان كان غرضه ان مال الأول ليس ملكا للثانى فهو مخدوش،

لأنه قد ملكه تمليكاً صحيحاً..

أقول: المفروض كون المعطى منشأ بإعطائه الإيجاب، والأخذ بأخذه ينشئ القبول و التمليك، فالثاني يعطى بعنوان الوفاء و تسليم ماله اليه. هذا في الوجه الأول، و في الثاني يقول الشيخ "قده" انه بالاعطاء ين يتم التعاطي، فالإعطاء الثاني قبول لا وفاء بالالتزام..

فالإشكال اجنبي عن المقام، لأن المعامله ما لم يعط الثاني غير متحققه، فلا نقل و لا انتقال من الطرفين. نعم في نظر المعطى قد حصل التمليك بإنشائه و به ملك تمليك الأخر، ولكنها في الواقع غير تامه، لأنه في هذه الصوره يكون إيجاب بلا قبول.

ثم قال "قده" ما حاصله: و يمكن دفع الاشكال و تقويه كلام الشيخ "قده": بأن هذا لما كان تمليكاً بإزاء تمليك، فانه ما لم يتحقق ذاك لم يتحقق هذا، لأن التمليك تاره يكون تسيبياً (أى إيجاد العمل الموجب لحصول الملكيه، كأن يعطى بقصد التمليك) و أخرى تسيبياً (أى إيجاد حصول الملك). و بعبارة أخرى: إيجاد نفس الإضافه الملكيه، و حينئذ تاره يوجد اضافه الملكيه لماله إلى غيره فان هذا يتحقق بالإنشاء الصحيح، و أخرى يوجد اضافه الملكيه بإزاء اضافه الملكيه، فهو ينشئ لإيجاد الإضافتين، و حينئذ يتوقف على تحقق كليهما، و لا أثر لأحدهما من دون الأخر.

فالتمليك ان كان تسيبياً بأن يوجد هذا السبب في مقابل إيجاد السبب فان هذا السبب وحده ان وجد اثر أثره، و ان كان تسيبياً فليس

ص: ١٥٢

كذلك. فان أراد الثاني فالإشكال غير وارد، و ان أراد الأول ورد الاشكال.

أقول: و كيف كان فما لم يأت القبول لم تتحقق الإضافه أصلا.

و قال السيد "قده" معلقا على قوله "و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين": و يمكن أن يكون القبول بالأخذ، فيكون التمليك واجبا على الثاني من باب الوفاء، بل يمكن أن يقال: ان هذا هو المتعين..

و أورد عليه: بأن الشيخ قد فرض كون إعطاء الثاني قبولا، فكيف يكون الأخذ قبولا؟ أقول: و الحق مع السيد "قده"، فان الإنشاء مركب من أمرين، فهو تمليك و معاوضه معا، و يكون قبول ذلك بالأخذ، و يجب عليه تمليك ماله اياه من باب الوفاء.

ثم هل يمكن جعل الاعطاءين بمعنى كون إعطاء الأول إيجابا و إعطاء الثاني قبولا؟ ان معنى جعل إعطاء الثاني قبولا هو أن يعطى بقصد التمليك فى مقابل إعطاء الأول به، فكل منهما يقصد تمليك ماله بإزاء تمليك الآخر، فإذا كان عطاء الثاني إيجابا للتمليك و قبولا- للتملك معا لزم محذور الجمع بين لحاظين متضادين، لوضوح أن أحدهما فعل و الآخر انفعال. هذا، و يتوجه المحذور المذكور إلى الوجهين الثالث و الرابع فيما اذا أريد إنشاء الإباحه و المعاوضه بين الإباحتين، بأن يلتزم كل منهما بإباحه ماله للآخر، نظير الإباحه و الصلاح على التزام الطرفين بالإباحه لأنه يستلزم الجمع بين اللحاظين، إذ أحدهما آلى و الآخر استقلالى.

و أما اذا أريد الإباحه بداعى الإباحه، او أن يكون الغرض من

العوضيه كون الإباحه من الأول مقيده بإباحه الثانى، بأن يبيح له التصرف فى ماله فيما اذا أباح الآخر كذلك و الا فلا، لم يتوجه المخدور.

هل يجوز اباحه جميع التصرفات

لكن الشيخ "قده" يستشكل فى أصل اباحه جميع التصرفات، سواء كانت بإزاء مال أو اباحه، فهل للمالك أن يبيح جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملك مع عدم تملكه المال اياه؟ و هل له أن يبيح ماله بإزاء مال، بأن يكون مالكا للعوضين و للآخر التصرف فى مال هذا فحسب؟ لقد قال رحمه الله بعدم الجواز، لان اذن المالك فى التصرف ليس مشرعا، و انما يؤثر اذنه فى كل مورد لم يرد فيه من قبل الشارع.

و عليه فقوله: أبحث لك عتق عبدى عنك، او نكاح أمتى، أو وقف مالى.. و نحو ذلك. لا أثر له، لقول الشارع: لا عتق الا فى ملك، و لا وقف الا فى ملك، و لا وطى الا فى ملك، و لا بيع الا فى ملك..

مع ان البيع مبادله مال بمال عرفا، أى كون البائع مالكا للثمن فى مقابل ملكه، و المشتري مالكا للثمن عوض ملكه و هو الثمن، فكل منهما يتبدل ملكه بملك الآخر، و هذا المفهوم غير متحقق فى هذه الصوره، إذ المفروض كون المال الذى فى يد الآخر ملكا للمبيح.

قال: نعم يمكن رفع الاشكال بأحد وجهين مفقودين هنا:

الأول: أن يقصد بقوله "أعتق عبدى عنك" مثلا أمرين: أحدهما

تملك المخاطب العبد أولاً والثاني يبعه بعد ذلك. فيكون معنى هذا الكلام: اعتقه العتق الصحيح شرعاً، أنت وكيلى فى تملكه، فإذا تملكته فلك عتقه عنك، أو اقصد تملكه أو لإثم اعتقه عنك.

و بالجمله: إذا كان يقصد الاذن فى العتق الصحيح فانه قاصد للاذن فى مقدمه هذا العتق، لان الاذن فى ذى المقدمه اذن فى المقدمه كذلك.

الثانى: أن يدل دليل شرعى على كون الشىء ملكاً له قبل التصرف الموقوف على الملك و أما اذا كان الدليل القائم عقلياً فاللازم الالتزام بالملكه أنا ما و ليس الدليل الشرعى المقتضى لذلك الا قاعده السلطنه.

قال الشيخ "قده": "و كلاً- الوجهين مفقود هنا: اما الأول: فلان المفروض عدم قصد شىء الا إباحه التصرفات، و اما الثانى: فلان القاعده المذكوره لا تفيد جواز الاذن فى بيع مع عدم الملك، لأنها لا تجوز ما لا يجوز شرعاً، و ان قوله عليه السلام "لا بيع الا فى ملك" حاكم عليه.

أقول: فالحاصل ان الشيخ "قده" لا يجوز الإباحه فى التصرفات على إطلاقها بدون التمليك، الا أن يوكله فى النقل و الانتقال كما قال العلامة "قده" فى مسأله "اعتق عبدك عنى"، حيث صحح هذا العتق بأنه استدعاء للتمليك ثم عتق العبد، فالاستدعاء هذا متضمن للتوكيل فى التمليك و القبول من طرفه ثم عتق عبده من قبله، فالعتق عنه قبول للاستدعاء و تمليك له.. ففى الحقيقه هذا بيع ضمنى غير مشروط بشرائط البيع، و كذا الامر لو قال "اعتق عبدى عنك" ..

و أما اذا لم يكن فى البين توكيل فالاباحه غير صحيحه. فلو

اذن له في أن يتصرف في ملكه مطلق التصرفات لم يصح، سواء كان التصرف بعنوان شخصي كأن يقول "اشتر بمالي لك كذا"، أو بنحو العموم كأن يقول "أبحث لك جميع التصرفات". فان تصرفاته غير صحيحه، فلو باع الشيء كان لنفس المالك لا للبائع المباح له و يكون عقده موقوفا على اجازة المالك كالفضولي.

لا يقال: اذا جاز أن يكون "أعتق عبدك عنى" متضمنا للتوكيل، فليكن "اشتر بمالي لك كذا" كذلك.

لأنه يقال: ان استدعاء العتق لازمه التوكيل في المثال المذكور لعلمه بعدم وقوعه بدونه و هو يريد العتق لا محاله، فيدل بالدلالة الاقتضائية على إيجاد المقدمه ثم العتق. و أما اذا كان بصدد الإباحه مستقلة فهو ينشئ الإباحه لا انه يستدعى العتق، فانه لا يترتب على هذه الإباحه شيء.

الا أن يقال: ان الإباحه مستلزمه للاذن في التملك، فيكون البحث صغويا، و صورته: لو قصد الإباحه فقط فهل له دلاله اقتضائية؟ يقول الشيخ: لا، و يقول بعضهم: نعم.

أقول القول بظهور دلاله الاقتضاء في المقام يتوقف على القصد، و المفروض أنه لأقصد هنا، فكأنه يقول بأنى لا أريد التمليك بل أبيع لك بيع هذا المال، فلا دلاله اقتضائية حينئذ، فالحق مع الشيخ "قده".

موارد النقض على ما ذكر

هذا، و ربما يتوهم خلاف ما ذكر في موارد، و لكن ليس الامر كذلك في الواقع:

منها:مسأله ديه الميٲ،فان الميٲ لم يكن مالكا لها،لكنها تكون لوارثه بموته(مع أن:كلما ترك الميٲ من مال أو حق فهو لوارثه)فمقتضى الجمع بين الادله ثبوت الملك التقديرى،و القول بتملك الميٲ لها آنا ما قبل الموت.

و منها:مسأله بيع من يعتق عليه،فمقتضى الجمع بين(لا-عتق الا- فى ملكك)و بين ما يدل على أنه(لا- يملك الإنسان أحد عموديه)هو الملكيه آنا ما قبل العتق.

و منها:مسأله الهبه،فلو وهب ماله إلى غيره ثم باعه و العين باقيه قبل الرجوع فى الهبه صح بيعه،لان هذا البيع رجوع فى الحقيقه عن الهبه لو كانت لغير ذى رحم،فكأنه قد رجع فى الهبه ثم باع، فالبيع واقع فى ملكه و لا حاجه إلى الالتزام بالملكيه آنا ما قبله كما هو واضح.

و منها:مسأله بيع ذى الخيار،فلو باع المتاع قبل فسخ عقد البيع صح بيعه،لان هذا البيع يكشف عن تحقق الفسخ قبله،ولذا لو بنى على عدم الفسخ و باع المتاع باعتبار كونه لطرفه لم يقل أحد بصره بيعه.

هل يجب دخول كل من العوضين فى ملك مالك الأخر ؟

هذا،و قد ذهب بعضهم بكفايه صدق "البيع" على المعاوضه و المبادله الشرعيه،و انه لا يلزم دخول الثمن فى ملك البائع و المثلن فى ملك المشتري بالبيع.خلافا للشيخ "قده"،و ادعى وقوع ذلك

فى موارد، منها مسأله المهر، فانه عوض عن البضع و يصح أن يبذل الرجل المهر و تكون المرأه زوجه غيره، و يصدق على ذلك عنوان المعاوضه.

(أقول) وفيه:

أولاً: جعل المورد من قبيل المعاوضه مشكل، لان البضع ليس مالا حتى تكون مبادله بين المالين.

و ثانياً: المهر ليس عوضاً عن البضع (1)، إذ لو كان عوضاً كان مقتضى القاعده عدم تحقق النكاح عند انتفاء المهر، و الحال انه يجوز العقد على المرأه قبل تعيين المهر لو كانت مفوضه المهر، ثم انه يعين مهرها و الا فيجب دفع مهر المثل شرعاً.

نعم يجوز أن يعقد ولى الصغير له على امرأه و يضمّن هو مهرها لو لم يكن للطفل مال، و لكن هل يضمّن الولى المهر للمرأه ابتداءً أو أنه يثبت فى عهده الصغير و يضمّنه الولى؟ و على الثانى: لا اختصاص للحكم بهذا المورد، فلو عقد على امرأه بمهر فى الذمه ثم طولب به جاز أن يضمّنه غيره عنه و لو قلنا بأن الضمان نقل الذمه من الذمه.

اللهم الا أن يريد القائل صدق العوضيه فى بعض الموارد عرفاً، و لكن هذا العوض ليس عوضاً معاملياً.

و منها: ما لو قال "خط لزيد ثوبا و على العوض"، فانه تصدق

ص: ١٥٨

١-١) و مما يدل على ذلك قوله تعالى "و آتوا النساء صدقاتهنّ نحلهً.." سورة النساء: ٤.

العوضيه مع أن المعوض و هو خياطه الثوب لزيد لا لبازل العوض.

(أقول)وفيه:

أولاً:ان هذا ليس معاوضه،بل هو من قبيل الضمان.

و ثانياً:سلمنا صدق المعاوضه عرفاً،لكن الخياطه هنا ليست ملكاً لزيد،بل باذل العوض مالك للعمل،غير أن زيدا ينتفع من هذا العمل،و يشهد بذلك صحه مطالبه البازل العمل من الخياط دون زيد.

و منها:مسأله أداء الدين،بأن يؤدي زيد دين عمرو لدائنه.

وفيه:انه إبراء و اسقاط و ليس فيه معاوضه.

أقول:فالظاهر ان الحق مع الشيخ"قده"خلافاً للقوم،و لا أقل من الشك في صدق عنوان"البيع"على هذه الموارد،فلا تشملها أدله البيع.

على أن الأصحاب ذهبوا إلى أنه لو باع مال الغير فضوله لنفسه فأجاز المالك الأصلي كان العوض للمالك دون البائع،و لو كان مجرد المعاوضه كافياً لصدق البيع كان الثمن للفضولي،و الحال أنه لم يقل به أحد هناك حتى هؤلاء المخالفون للشيخ"قده"هنا.

و لكن عن جماعه من الأصحاب في باب بيع الغاصب:انه لو اشترى المال المغصوب مع علمه بالحال و سلط الغاصب على الثمن كان للغاصب أن يشتري به شيئاً لنفسه و ليس لصاحب المال أن يطالب البائع الغاصب به.و مقتضى هذا تجوزهم شراء الشيء بمال الغير، لان بيع الغاصب باطل و هو لا يملك ثمن المبيع المغصوب،فقولهم

ص: ١٥٩

بملكيتيه لما يشتريه بهذا الثمن يقتضى أنهم يقولون بتملكه لعوض هذا الثمن الذى أباحه له المشتري و سلطه عليه.

و كذا الامر فى الفرع الآخر الذى نقله الشيخ "قده" عن المختلف، و من هنا قال الشيخ بعد أن ذكرهما: و مقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره..

أقول: و يمكن أن يكون ذلك من جهة أن تسليط المشتري البائع على ماله مع علمه بالحال تمليك له فى الحقيقة، و لما كان ملكه كان عوضه الذى اشترى به ملكا له، فلا يكون من قبيل المقام حينئذ.

و كيف كان، فان الحكم بذلك من الجماعه مشكل، لأنه يستلزم حليه المال لأ- كله بالباطل فى كل مورد علم مالكة المعطى بالحال، كموارد القمار و الزنا و الربا و بيع الخمر و لحم الخنزير.. و نحوها، بأن يقال بأن تسليط الشخص غيره فيها على ماله مع علمه ببطلان المعامله و عدم استحقاق الغير له يفيد حليه المال له أو تملكه اياه، هذا كله نقضا.

و أما حلا فان هذا التسليط ليس مجانا بل هو مبنى على تلك المعامله الفاسده و عوض عن الشئ المأخوذ، و مقتضى ذلك عدم التملك فى الفرع الأول و عدم جواز وطى الجاربه فى الفرع الثانى.

فظهر ان ما ذهب اليه الشيخ "قده" لا ينتقض بما ذكره قدست أسرارهم.

نعم لو علم ببطلان المعامله و أباح أو ملك المال بغض النظر عنها و بلا استناد اليها فلا مانع من ذلك.

هل تصح الإباحه بالعوض ؟

قال الشيخ "قده": و أما الكلام فى صحه الإباحه بالعوض..

فیشکل الامر فيه..

أقول: هذا ان ثبت انصراف أدله المعاملات عن مثل هذه المعامله و لكن لو قلنا بأن خروج هذه المعاوضه عن المعاوضات المعهوده ليس بحيث يوجب انصراف جميع الأدله عنها كانت نوعا من أنواع التجاره، كأن يعطى الشخص مالا فى مقابل حق العبور من ملك الغير مثلا، و قد يدفع الإنسان مالا للحصول على اباحه التصرف فى شىء لترتب نفع له على ذلك.

و يمكن أن يقال بشمول قوله تعالى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" له أيضا.

نعم فى صدق عنوان "البيع" عليه تأمل من جهه اشتراط كون المثلث عينا. و قد تقدم البحث عن ذلك سابقا، أما لو كان بالعكس كأن يقول "ملكك هذه الدراهم باباحتك هذه الدار" صح لعدم اشتراط العينه فى الثمن.

قال: و لو كانت معامله مستقله..

أقول: استدل "قده" ب"الناس مسلطون على أموالهم" على صحه هذه المعامله، لأنها تصرف فى المال غير ممنوع عنه شرعا، و ب"المؤمنون عند شروطهم" أى بناء على عمومه للشروط الابتدائيه.

و قد يستدل فى المقام ب" "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" " بناء على أن المعاطاه

عقد لان العقد هو العهد و ان الإنشاء الفعلى كالإنشاء القولى،غير أن الشيخ لم يستدل به اما للتأمل فى كون المعاطاه عقدا،و اما لان "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" لا يعم العقود غير المتعارفه،و فى هذا بحث و له آثار.

قال: و على تقدير الصحه..

أقول:الأقوى هو الوجه الأول و هو اللزوم و لكن فيما اذا كان أخذ العوض فى مقابل الإباحه الأبدية،فيجب عليه البقاء على اباحته و الالتزام بها و لكن تكليفا لا وضعاء،و أما لو أخذ العوض بإزاء الإباحه الفعلية كان له الرجوع عنها لعموم "الناس مسلطون على أموالهم".

و أما الآخر الذى ملك العوض فليس له الرجوع،لأنه قد ملكه اياه،و عليه الوفاء بما التزم به.

نعم،لو كان تمليكه فى مقابل الإباحه الأبدية و بناء عليها كان له الرجوع فى ماله لو رجع الآخر عن تلك الإباحه.

حكم الإباحه فى مقابل الإباحه

قال الشيخ: و أما حكم الإباحه بالإباحه..

أقول:الفرق بين هذه المسأله و المسأله السابقه واضح،فان "الناس مسلطون على أموالهم" جار بالنسبه إلى الطرفين،اللهم الا ان يلتزما بالإباحه الأبدية فيجب الوفاء بذلك عليهما لعموم "المؤمنون عند شروطهم" على ما تقدم.

و قد وقع الكلام بين الأصحاب فى الوكاله فى ضمن عقد لازم

ص: ١٦٢

أنه هل ينعزل الوكيل برجوع الموكل أو أنها تقتضى الدوام فلا ينعزل بذلك؟ و مثلها مسأله توكيل الزوجه فى الطلاق فيما لو سجن الزوج مؤبدا فعلى القول بلزوم هذه الوكاله يصح طلاقها حينذاك، و أما على القول بأن الوكاله من الأمور الاذنيه فلا.

و عندنا أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل.

ص: ١٦٣

هل المعاطاه جاريه فى غير البيع من العقود ؟ أما بالنسبه إلى العقود التى لأبد فيها من الصيغه بالألفاظ المخصوصه كالنكاح فلا بحث.

قال جامع المقاصد: ان فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره و كذا فى الهبه، و ذلك أنه اذا أمره بعمل على عوض معين و عمله استحق الأجره، و لو كانت هذه اجاره فاسده لم يجز له العمل و لم يستحق أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك. كذا لو وهب بغير عقد، فان ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم يجز، بل يمنع من مطلق التصرف و هو ملحظ وجيه.

قال الشيخ: و فيه: ان معنى جريان المعاطاه فى الإجاره على مذهب المحقق الثانى الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الامر، و ملك الامر العمل المعين على المأمور به، و لم نجد من صرح به فى

المعاطاه. و أما قوله "فلو كانت اجاره فاسده لم يجز له العمل" موضع نظر، لان فساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل، سيما اذا لم يكن العمل تصرفا فى عين أموال المستأجر. وقوله "لم يستحق اجره مع علمه بالفساد" ممنوع، لان الظاهر ثبوت أجره المثل، لأنه لم يقصد التبرع، و انما قصد عوضا لم يسلم له.

أقول: انما لا يحرم العمل فيما اذا لم يكن العمل تصرفا، كأن يكون أجيرا للصلاه، و أما اذا قال "خط لى هذا الثوب و لك كذا"، فانه ان كان العقد باطلا لم يجز له الخياطه، الا أن يأذن له بالخياطه بالخصوص حتى على فرض بطلان الإجاره، فالحق التفصيل.

ثم انه ان أوجد العمل، فان كان نظير الصلاه فان صرف إيجادها إعطاء، و فراغ ذمه الآخر بمنزله الأخذ، فيستحق الأجير الأجره و على الموجر دفعها، و ان كان نظير الخياطه فهو يأذن بإيجاد العمل فبتحقق الخياطه يتحقق الإعطاء، و بإعطاء الأجره من صاحب الثوب تتم المعاطاه.

و قد جعل الشيخ "فده" الأجره هنا نظير المأخوذ بالعقد الفاسد. و الحق الفرق بين المقامين، فانه فى العين المأخوذه بالعقد الفاسد حيث لأقصد لإيجاد العمل تبرعا يقتضى قاعده اليد الضمان، و أما فى العمل فلا وجه للضمان، لان العامل هو الموجب لهتك حرمه عمله، فلا يستحق الأجره.

هل تجرى فى الهبه و الرهن ؟

و أما الهبه ففى جامع المقاصد: ان وهب من غير عقد فقد قالوا بجواز

إتلاف المال الموهوب، و لو كان باطلا لما جاز، و من هنا يعلم جواز الهبة المعاطية عند الأصحاب. قال الشيخ: هذا يدل على صحة المعاطاه فيها بناء على الإباحه، و أما على القول بإفادتها الملك كما عليه جامع المقاصد نفسه فلا يتم، لان الأصحاب يقولون بأن ما لم يكن فيه إيجاب و قبول لفظا فلا يفيد الملك، فالقول بأن الهبة المعاطية تفيد الملك يخالف الإجماع.

و عن التذكرة: إذا كانت المعاطاه صحيحه فلا فرق بين البيع و سائر المعاملات. و أشكال عليه في رهن جامع المقاصد بأنها غير صحيحه فيه عندهم، قال: و يمكن أن يكون حكمهم بعدم الصحه في الرهن من جهه ان مقتضى ذات الرهن هو اللزوم، و المعاطاه سواء قلنا بالإباحه أو الملك الجائر لا تتم فيه، لان الرهن لا يفيد الملك و الإباحه لا تناسبه.

قال الشيخ: الأظهر بناء على جريان المعاطاه فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره و الهبه..

أقول: أى تجرى المعاطاه فى كل مورد جرت فيه أدله الصحه، فتاره يتمسك لجريانها فى البيع بصدق "البيع" و أخرى ب"السيره" و ثالثه ب"الإجماع". فان كان الاستدلال لجريانها فيه بالأول، فانه يجرى فى القرض مثلا- لصدق "القرض" على القرض المعاطاتى، و فى الهبه لصدق "الهبه" على الهبه المعاطاتيه. فيحكم بالصحه، لأنه كما يتحقق ذلك بالقول عند أهل العرف يتحقق بالفعل، فكل دليل قام على صحه ما كان بالقول فهو يدل فيما اذا كان بالفعل.

و ان كان الاستدلال لذلك بالإجماع و السيره فلا بد من احرازهما فى غير البيع، و لذا قال جامع المقاصد بالنسبه إلى الرهن: انه لا اجماع فيه.

و يكفى للصحه الصدق العرفى. نعم لو قام اجماع على أن المعاطاه تفيد الجواز فى كل مورد لا اللزوم أشكال الامر فى الرهن، لعدم صحته بلا لزوم، و لان المفروض افاده المعاطاه الجواز لا اللزوم.

الا- أن يقال: ان القول بإفاده المعاطاه الجواز كان مع قطع النظر عن المورد الذى لا تتم فيه المعامله لو لا اللزوم كالرهن، أى ان اللزوم ملازم لحقيقه المعامله، و لولاه لم تتحقق حقيقه الرهن. فالإجماع بمعزل عن هكذا مورد، و حينئذ نقول: صدق "الرهن" على الرهن المعاطاتى مع قيام السيره عليه دليل الصحه.

هل تجرى المعاطاه فى الوقف ؟

قال الشيخ "قده": و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف، بأن يكتفى فيه بالإقباض، لان القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع. فتأمل (لعل وجهه: ان "عدم المعروفيه" لا يكفى لمنع الرجوع).

أقول: فى الوقف المعاطاتى بحثان:

(الأول فى صحته) يمكن أن يقال بالصحه للسيره التى صح بها

البيع المعاطاتي و الهبه.وقد أفتى فى العروه و جماعه بترتب أحكام المسجد على ما وقف مسجدا بدون صيغه،بل ان المسجد الحرام و مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سائر المساجد التى بنيت فى زمن الأئمه عليهم السلام كذلك،إذ لو وقفت بالصيغه لنقل إلينا ذلك،و لو فرض قيام الإجماع على عدم لزوم العقد بلا صيغه لما منع عن الصحه.

(الثانى فى لزومه)و حيث ان وقف الشىء بمعنى الحبس و السكون، فهل السكون يستلزم اللزوم و بعباره اخرى:هل الرجوع ينافى الحبس فى حقيقته؟ ان قلنا بذلك كان "الحبس" مثل "الرهن"،و جاء فيه الاشكال المذكور فى الرهن،و ان قلنا بأن "الحبس" نظير "التملك" كان له الرجوع فيه لكن أحكام الحبس من عدم جواز البيع و نحوه جاربه فيه الا أن يقوم اجماع على عدم جوازه،أو يقوم دليل تعبدى مثل "الراجع فى صدقته كالراجع فى قيئه" و "ما كان لله فلا رجعه فيه"، مع أن رجوع الواقف غير معروف كما أشار اليه الشيخ "قده" فيمكن دعوى قيام السيره عليه.هذا كله بناء على ان الوقف عباره عن حبس العين.

و اما اذا كان الوقف عباره عن إيقاف التصرفات فيه الا-الموقوف لأجله كان الرجوع منافيا لأصل الوقف و حقيقته كما هو واضح.

اشاره

هناك موارد تلزم فيها المعاطاه اجماعا، و موارد قد وقع فيها الكلام بين الأصحاب قدست أسرارهم.

و قد أسس الشيخ "قده" الأصل في المسأله قبل كل شىء لىتمسك به فى موارد الشك، فقال: اعلم أن الأصل على القول بالملك (اللزوم)، لما عرفت من الوجوه الثمانيه المتقدمه.

التحقيق فى الأصل فى المسأله

أقول: لكنه "قده" خدش فى الوجوه الثمانيه، الا "الاستصحاب"، و أما العمومات فلو فرض صحه التمسك بها هناك، فان التمسك بها هنا مشكل، لان البحث هنا فى الملزمات، أى ان المعامله غير لازمه من أول الامر، و انما يبحث عما يوجب اللزوم، فيقال مثلا: هل تلف بعض المبيع يوجب اللزوم أم لا؟ و هل تغير أوصاف المبيع يوجب اللزوم أم لا؟

و نحو ذلك.

و أيضا فان التمسك بها فى المقام يبتنى على كون الزمان مفرد للعام لا ظرفا، و قد عنون الشيخ "قده" هذه المسأله فى خيار الغبن و فى أصوله و ملخص ذلك: انه لو ورد عام ثم خصص بالنسبه إلى زمان، فشك فى تخصيصه بالنسبه إلى زمان آخر فهل يجوز التمسك للعام بالنسبه اليه أو لا- يجوز؟ مثاله: اذا قال المولى "إكرام العلماء" ثم قال "لا تكرم زيدا يوم الجمعة" من دون أن يصرح بأن "يوم الجمعة" قيد للإطلاق الازمانى فى العام، الدال بإطلاقه على عدم تقييد وجوب الإكرام بزمان خاص، بخلاف ما اذا صرح به، مثل "اليعان بالخيار ما لم يفترقا" و مثل "صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام"، فانه يتمسك بعمومات وجوب الوفاء بالعقد بمجرد الافتراق فى الأول و انقضاء الثلاثه أيام فى الثانى، لان الدليل يصرح بالتقييد بالزمان، فلا وجه لاحتمال دلالتة على خروج الفرد من أفراد العام فهل يتمسك للعام بعد ذاك الزمان؟ وجهان:

ان كان "أكرم العلماء" مكثرا للزمان بأن يكون بمعنى وجوب الإكرام فى كل آن آن جاز التمسك به بالنسبه إلى يوم السبت، لان الامر يتعدد بعدد أفراد الزمان، فيجب إكرام زيد حينئذ، و ان كان الملحوظ فى العام هو الافراد الشامل لها و الزمان لوحظ واحدا ظرفا له لم يجز التمسك به بالنسبه إلى يوم السبت مثلا، لان المخرج من تحت العام هو الفرد "زيد".

و قد اختار الشيخ "قده" الوجه الثانى، و قد ذهب بناء عليه إلى عدم اختصاص خيار الفسخ بأول أزمنه ظهور الغبن، فإذا ظهر الغبن

بعد البيع انقلب جائزا لخيار الغبن، لعدم جواز التمسك بدليل الوفاء بعد الآن الأول لإثبات لزومه فيما إذا لم يأخذ بالخيار.

و أما إذا كان دليل الخيار قاعده الضرر، فلا ريب في سقوطه بعدم الأخذ به في حينه، لأنه يكون كالمقدم على شراء الشيء بأعلى من ثمنه.

و على هذا الاساس، لما كانت المعاطاه تفيد الملك الجائز، فلو شككنا فيها بالنسبه إلى زمان أو بسبب تغير حال المبيع أو نحو ذلك لم يجز التمسك بعموم "أوفوا." و "المؤمنون.." و غيرهما ل يتم اللزوم. اذن لا يتمسك بالعمومات.

و لا يتمسك بالإجماع كذلك، لان مفروض الكلام هو مورد الشك.

و كذا لا يتمسك بالسيره، لان المتيقن قيامها في غير هذا المورد.

اذن لا- طريق إلى اللزوم الا- التمسك بالاستصحاب، فهو المرجع في مورد الشك، فيستصحب الملك، لكن استصحاب الجواز المتيقن سابقا مقدم على استصحاب الملك، لان الشك في بقاء الملك بعد الفسخ مسبب عن الشك في بقاء الجواز.

نعم، قد يمكن أن يقال على مبنى الشيخ "قده" بأن الملك يقتضى البقاء حتى يزيله شيء، و لكن جواز المعاطاه من قبيل الشك في المقتضى مع عدم شمول الإجماع لمحل الكلام فيجوز الاستصحاب الأول دون الثانى.

فاستصحاب بقاء الملك للمشتري محكم، و ليس للبائع الرجوع بعد التغير. فهذا هو الأصل بناء على القول بالملك.

وقد وافق المحقق الخراساني "قده" هنا و في الخيارات و الأصول على مبنى الشيخ "قده"، لكنه قال ما حاصله: ان هذا في صورته كون الدليل المخرج مخرجا في البين، نظير خيار الغبن بناء على خروج العقد من تحت العام عند ظهور الغبن، فانه لما ظهر خرج الفرد من تحت أدله الوفاء بعنوان اللزوم، لان شمولها له ضررى. فلو لم يأخذ بالخيار لم يتمسك بالعام في الزمان اللاحق، و أما اذا خرج فرد من تحت العام من أول الامر نظير خيار المجلس حيث قال "البيعان بالخيار ما لم يفترقا" ف يتمسك. و مثله المعاطاه، فانه اذا وقع ما يشك معه في بقاء اللزوم و عدمه يتمسك بأصالة اللزوم.

أقول: لم يذكر "قده" وجه هذا التفصيل، و لعله لان في الصورة الاولى تقييد لا- تخصيص ل يتمسك بالعام عند الشك في التخصيص، و أما في الثانيه فهو شك في التخصيص ف يتمسك فيها بالعام. و الذى يخالجنى أن التخصيص في البين لا معنى له، لان التخصيص خروج الفرد من البدء إلى الختم، و أما الخروج بعد الدخول في زمان فهو تقييد لا تخصيص.

ثم انه "قده" يقول بالتمسك فيما اذا خرج الفرد من أول الامر مع تصديقه باستمرار الزمان، قال: و كذا لو خرج في آخر الزمان ثم تردد بين الأقل و الأكثر، بأن شك في خروج الساعه التى قبل الأخيره مع اليقين بخروجها، قال: يتمسك بالعموم أيضا.

أقول: هذا لأوجه له كذلك، و ما احتملناه بالنسبه إلى أول الوقت غير آت هنا.

هذا، وقد أشكل السيد و بعضهم على هذا الأصل من أصله بما حاصله: ان هذا الأصل انما يفيد لأجل الرجوع اليه في موارد الشك، و لكن الادله الثمانية لا تصلح لذلك اللهم الا الاستصحاب على ما سيأتى لأنها مخصصه بالإجماع على جواز المعاطاه حين الانعقاد كما هو المفروض و مع الشك يستصحب حكم المخصص.

و أما استصحاب الملكيه فلا- مانع من التمسك به، الا أنه محكوم باستصحاب بقاء الجواز الثابت من أول الامر حين الانعقاد، و يترتب عليه جواز الرجوع، الا انه من الشك في المقتضى، و فى حججه خلاف.

أقول: هذا يتم فيما اذا كان الجواز المستصحب جواز الرجوع، و أما اذا قيل بأن القدر المتيقن منه هو جواز تراد العينين، و هو يتوقف على بقائهما معا، و مع تلفهما أو تلف أحدهما فلا تراد، فلا جواز كى يستصحب.

و تقريب ذلك: ان الجواز هنا حكم تعبدى برجوع العين، فالمعاطاه لازمه، و لا منافاه بين لزومها و الحكم برجوع العينين كما لا منافاه بين عقد النكاح اللازم و جعل حكم الطلاق فالعقد لازم و الطلاق يرفع الزوجيه و ذلك لا يضر بلزوم العقد و بقائه، فلو تلف العينان أو أحدهما ارتفع الحكم، و مع الشك يستصحب بقاء الملك و لزوم المعاطاه.

إلا- أن يقال: بأن لازم الحكم بجواز الرجوع هو فسخ المعاطاه، بل هو المتبادر منه عرفاً، و عليه فلما كان العقد من قبل جائزاً ثم شك فانه يستصحب هذا الجواز.

الا أن يجاب: بأن الحكم بالجواز قد يقيد بأمر لو زال زال، فلو صالح بماله و شرط الخيار لنفسه بأن يفسخ العقد بلسانه فى حضور زيد سقط الخيار بانتفاء احد القيدين، و هنا يتحقق الفسخ بالرجوع واخذ العين نفسها، فان كان ذلك لم يبق مجال لاستصحاب الجواز بعد التلف.

هذا، و لعلنا نجيب عن أصل الاشكال فى الأصل فيما سيأتى إنشاء الله تعالى.

هذا كله بناء على القول بالملك.

الأصل بناء على الإباحه

و أما على القول بالإباحه فالأصل هو الجواز، قال الشيخ "قده":

لقاعده تسلط الناس على أموالهم، و أصله سلطنه المالك الثابته قبل المعاطاه..

أى: فإنها تستصحب الآن بعد وقوع المعاطاه و اباحه المال للمعطى له، فهى تقتضى انه متى أراد الرجوع عن الإباحه واخذ العين كان له ذلك، سواء كانت العين باقيه أو لا. اللهم الا أن يقوم دليل تعبدى على اللزوم فى مورد، كما اذا قام على أن تلف العينين موجب للزوم، و الا- كان استصحاب السلطنه و قاعدتها دليلا- على جواز الرجوع و عدم خروج المال عن ملكه بالمعاطاه، إذ المفروض أنها تفيد الإباحه لا الملك.

أقول: لكنه "قده" فصل فى التنبيه الرابع و قال بأنه لو قصد أحد

المتعاطيين الإباحه بعوض التمليك ففي المسأله ثلاثه وجوه، ثم قوى الأول و هو اللزوم و كذا قال فيما اذا أباح فى مقابل الإباحه. و لعل وجه اختياره اللزوم فى الثانى دليل "المؤمنون عند شروطهم"، فانه يقتضى عدم جواز رجوعه عما اشترط على نفسه.

لكن الحق أن يقال: لو كانت الإباحه مالكيه و أمضاها الشارع فقال "لا- يحل مال امرئ الا- بطيب نفسه" لم يخل التمسك ب"المؤمنون عند شروطهم" لأجل اللزوم من اشكال، لان العقود الاذنيه لا تلزم أبدا، فلو رجع المالك عن اباحته لم يجر التصرف للمباح له فى المال.

نظير الوكاله، فإنها عقد جائز، و قد وقع البحث بينهم فى لزومها لو وقعت شرطا فى ضمن عقد لازم، فذهب بعضهم إلى لزومها حينئذ، و قال آخرون: يصح عزل الوكيل عنها مطلقا، لأنها عقد اذنى (و ان كان يحرم على الموكل ذلك تكليفا)، فالإباحه ان كانت مالكيه و قد رتب عليها الشارع الاثر و أنفذها كان الرجوع عنها مؤثرا البته.

فالشيخ "قده" قد حكم هناك باللزوم لان "المؤمنون.. " يقتضى وجوب الوفاء تكليفا، و هنا يحكم بالجواز الوضعى.

فهذا توجيه ما صدر منه "قده"، و الا فالقول بغفلته عما ذكر هناك مشكل، و الله سبحانه العالم.

و بالجملة: ان كانت الإباحه مالكيه فالأصل هو الجواز، فمتى أراد الرجوع عن اباحته كان له ذلك، سواء بقيت العينان أولا. اللهم الا على القول بأن العقود الاذنيه ان أنشأت فى ضمن عقد لازم لزمتم،

و هو قول ليس بالقوى،لقاعده السلطنه و استصحابها.و أما استصحاب الإباحه الثابته قبل رجوع المالك عن اباحته فمحكوم بالقاعده و استصحاب السلطنه،و أما اعتبار السلطنه بعد التلف فمعناه ضمان المباح له بدل العين التالفه.

هذا،لكن الرجوع عن الإباحه بعد التلف لا- محصل له،لأنه لو كان المقصود الرجوع عن الإباحه لما قبل التلف فهو غير ممكن،لأن ما وقع وقع و لا- ينقلب عما وقع عليه،فكيف يترتب عليه الاثر و هو ضمان البديل،و ان كان المقصود الرجوع عن الإباحه بعد التلف فبقاء اباحه التصرف فى العين بعد التلف لغو لا معنى له حتى يصح الرجوع عنه.

و أما اذا كانت الإباحه شرعيه مستنده إلى رضا المالك بالتصرف بإنشائه الإباحه،أو إنشائه الملكيه بالإعطاء،فأباح الشارع التصرف تبعدا مع عدم إمضاء التمليك:

فأما فى الصوره الاولى فان قاعده السلطنه محكمه،لان المفروض أن حكم الشارع مستند إلى رضاه،فمتى رجع عن ذلك رجع الشارع عن اباحته.اذن فالأصل فى هذه الصوره الجواز كذلك.

و أما فى الصوره الثانيه حيث الإباحه شرعيه تعديده فلا مجال للقاعده المذكوره،لان الحكم فيها وارد من قبل الشارع بالاستقلال و ليس للقاعده رفع حكم الشارع،إذ المفروض أنه قد رفع السلطنه بحكمه بإباحه التصرف للمباح له،ففى هذه الصوره ليس الأصل هو الجواز،لكن المسلم أنه بعد التعاطى و تحقق الإباحه يجوز الرجوع

ما دامت العين باقيه بالإجماع. و هذا الجواز يستصحب إلى بعد تلف العين لو شك في جواز الرجوع و عدمه بذلك.

هل تلف العوضين من الملزمات ؟

قال الشيخ "قده": ان تلف العوضين ملزم اجماعا . اما على القول بالإباحه فواضح..

أقول:وجه الوضوح ان تلفه من مال مالكة و لا دليل على الضمان، و أما "على اليد." فلا يجرى هنا، لان المفروض أن الشيء كان مباحا للآخر إما من مالكة و اما من جهة الشارع، فاليد ليست عدوانيه حتى يشملها دليل "على اليد..".

و أما على القول بالملك و ان أمكن الفسخ بعد التلف كفسخ العقد الخياري لكن اللزوم ثابت من جهة اقتضاء "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ".

و أشكل عليه: بأن هذا الدليل انما يفيد فيما اذا كان شاملا للموضوع من أول الامر، و المفروض أنه لا يشمل المعاطاه، و هي جائزه ما دامت العينان باقيتين بالإجماع فالدليل غير شامل و الجواز سابق باق.

قال الشيخ "قده": ان كان هذا الجواز جواز فسخ العقد فان الاستصحاب يقتضى بقاءه بعد التلف، و ان كان الإجماع منعقدا على جواز تراد العينين لا- جواز فسخ العقد فانه ما دامتا موجودتين كان الجواز بحاله و بعد التلف فلا- موضوع للتراد فلا- جواز للرجوع، و يبقى "أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" مقتضيا للزوم.

و الظاهر أن متعلق "الجواز" هو "تراد العينين" لا- تراد الملك حتى يفسخ به التملك، و بناء على ما ذكره الشيخ "قده" يندفع الاشكال الذى أورده بعضهم على الأصل فيما تقدم بأنه ينافى مبناه فى التمسك بالعام و كون الزمان غير مفرد، فراجع.

و ظهر أن جواز الرجوع هنا ليس كجواز الرجوع فى العقد الخيارى، فلا يمكنه الفسخ، بل له استرجاع العين من دون فسخ العقد.

و كان الشيخ "قده" استفاد ذلك من الإجماع.

أقول: لكن الفقهاء لا يوافقون على هذا، فان رجوع العين عندهم ليس كالطلاق الراجع للزوجيه مع بقاء عقد النكاح، فمن المستبعد أن يكون هذا حكما تعبديا، بأن يقول الشارع بجواز تراد العينين مع بقاء العقد، و ذلك لان الاستفادة عرفا من جواز التراد فسخ العقد، و لكن التراد و ان كان مستلزما لانفساخ العقد الا أن الشارع جعل إمكان الفسخ ما دام التراد ممكنا. و على هذا فان تلفت العينان لم يكن له الفسخ، و تكون المعامله لازمه، فالأصل هنا هو اللزوم بناء على الملك، و لكن يجوز الفسخ بتراد العينين، أى ما دامت موجودتين. فالإشكال المذكور سابقا مندفع.

هل تلف احدهما ملزم ؟

و من هنا يعلم أن الحكم هو اللزوم أيضا لو تلف احد العينين، لعدم إمكان التراد الذى هو المستلزم للانفساخ. كما أن القدر المتيقن من

الإجماع هو وجودهما، و ترادهما بل لو بقى بعض كل واحد من العينين لم يفسخ العقد بترادهما، لعدم إمكان ترادهما بتمامهما.

و أما لو تلفت إحداهما دون الأخرى و بنينا على افاده المعاطاه الإباحه لا- الملك فهل الحكم هو اللزوم ؟ قيل بالجواز لاستصحاب بقاء السلطنه.

و أورد عليه الشيخ "قده": بأنه معارض بأصالة براءة ذمته عن البديل مثلا أو قيمه، و ذلك لأنه اذا استرجع ماله و جب عليه دفع مثل أو قيمه العين التى تلفت بيده، و لما كان الأصل براءة ذمته عن ذلك وقع التعارض بين هذا الأصل و استصحاب بقاء السلطنه على المال، و على هذا يعلم إجمالا ببطان أحد الأصلين.

قال الشيخ "قده": و يمكن أن يقال: ان أصاله بقاء السلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو قيمه.. لان معنى السلطنه هو جواز الرجوع فى الإباحه فى مقابل الإباحه، فلو رجع عن اباحتها تحقق رجوع الأخر عن اباحتها كذلك، و لازم ذلك إرجاع عين الأخر، و اذا تلفت فمثلها أو قيمتها..

أقول: و يمكن أن يقال: بأننا نعلم باشتغال ذمته اما بالعين و اما بالبديل، فإذا تلفت العين فالبديل، و الاشتغال اليقيني يقتضى البراءه اليقينه.

اذن أصاله البراءه غير جاريه من أصلها حتى تكون معارضه أو محكوموه و تبقى السلطنه و يترتب عليها لازمها، اما المثل و اما القيمه لثبوت ذلك بالإجماع، أو لان الرجوع فى العين معناه إرجاع عين الأخر، فان تلفت فعليه المثل أو القيمه.

قال: و يمكن دعوى أن معنى "الناس مسلطون.. "هو السلطنة على استرجاع العين ان بقيت و الا فعوضها، فتكون قاعده السلطنة مثل "على اليد.. "فى الدلاله على الضمان.

أقول: هذا مشكل جدا، و لذا لم يستدل أحد من الفقهاء بها لإثبات ضمان الغاصب، بل ظاهرها أن العين ما دامت موجوده يجوز له جميع التصرفات المشروعه فيها، و ليس معنى ذلك انها ان تلفت عند المباح له فله أن يطالب بعوضها.

على أن التسلط على المال ان كان حين التلف بأن يأخذ البديل ممن تلف بيده فلا اشكال فى عدم اقتضاء القاعده لذلك، لان المفروض أنه قد أعطاه المال بنفسه و اذن له فى التصرف فيه. نعم له استرجاعها ما دامت باقيه، و ان كان بعد التلف فلا مال ليتسلط عليه.

اذا كان احد العوضين فى ذمه أحدهما

و أما كان أحد العوضين فى ذمه أحد المتعاطيين، بأن يعطيه المال عوض ما فى ذمته، فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته و يكون الأخذ مالكا للمال، فيكون المورد من قبيل تلف أحد العوضين، و هل يجوز التراد حينئذ؟ لا تراد فى هذه الصوره، لان سقوط ما فى الذمه بحكم التلف، و الساقط لا يعود، فالمعامله لازمه.

قال الشيخ "فده": و يحتمل العود و هو ضعيف.

قال السيد "قده": بل لأوجه له.

أقول: وجه الاحتمال الفرق بين التلف الحقيقي و سقوط ما فى الذمه، فانه فى هذه الصورة يكون التراد بمالكته لما فى ذمه الآخر مره أخرى و إرجاع ماله اليه.

و وجه الضعف: ان مالكته هذه غير ما كان أولاً، فلم يتحقق التراد.

مع ان القدر المتيقن من دليل جواز التراد هو صورته وجود العوضين فى الخارج.

قال الشيخ: و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه..

أقول: و ذلك لان الإباحه فى مقابل الإباحه لا يتحقق فى المورد، لعدم إمكان التصرف بما فى الذمه، لكن التصرف بالإسقاط ممكن، و حينئذ فما لم يسقط لم تلزم المعامله لأنه كبقاء العينين فلا وجه لقوله "و كذا".

نعم يصح ذلك ان كانت اباحه فى مقابل العين.

انما الكلام فى جواز رجوع صاحب العين الموجوده، فهل الامر على القول بالإباحه كما هو على القول بالملك؟ أقول: لأفرق بين المسألتين من هذه الجهه.

هل نقل احد العوضين أو كليهما ملزم؟

و لو نقل العينان أو إحداهما بعقد لازم فحكمه حكم التلف بناء

ص: ١٨١

على القول بالملك، لامتناع التراد حينئذ، و لو فرض أنه فسخ معامله (و ان كانت لازمه، لتجدد خيار الفسخ بظهور العيب مثلا حيث قال جماعة بأنه موجب للفسخ من حينه) ففيه وجهان: الرجوع، لإمكان التراد، لا سيما على القول بأن الفسخ يجعل العقد كالا عقد. و العدم، لان الملك الحاصل بعد الفسخ غير الملك الحاصل له بالمعاطاه، فأدله اللزوم جاريه فى هذه الصوره بعد الشك فى شمول ادله التراد. بل الاستصحاب يقتضى عدم جواز الرجوع، لأنه بالعقد اللازم يسقط موضوع الجواز، فلو شك بعد الفسخ يستصحب عدم الجواز.

و أما بناء على القول بالإباحه، فان لازم نقله للغير كون العين ملكا له ثم النقل، إذ لأبيع الا فى ملك، و كذا غير البيع من التصرفات المتوقفه على الملك. فعلى هذا تكون معامله لازمه، و لا يجوز الرجوع لامتناع التراد، كالقول بالملك. فان فسخ فهل تعود العين ملكا للبائع أو مباحه له كما كان مقتضى المعاطاه؟ الظاهر الأول، لان المفروض أنها صارت ملكا له و باعها مثلا فلو فسخ البيع بقيت على ملكه و لا دليل على رجوعها مباحه.

نعم يجوز الرجوع للمعطى فى صورتين:

احدهما: أن يكون عقد المعاطاه هو الذى كشف عن كون العين ملكا للمعطى له قبل النقل، و بعد الفسخ و رجوع المعطى لا يبقى سبب لملكيه المعطى له. و كان المراد من الكشف هنا كشف العله عن المعلول، بأن يكون عقد المعاطاه عله للتملك و الانتقال معا، فان فسخ المعطى

الانتقال زال التملك، و حينئذ جاز رجوع المعطى عن معاطاته لقاعده السلطنه، و كذا اذا كان جزءا للعله، و اما اذا كان سبب الملكيه اراده المعطى له التملك أو كون التملك بحكم شرعى خارجى لم يجر التراد بالفسخ.

الثانيه: ان يبيع المعطى له مال المبيح و يكون الثمن للمعطى له، بناء على ما ذهب اليه جماعه من جواز كون المثلث لزيد فيبيعه عمرو و يكون الثمن لعمرو البائع، و حينئذ لو فسخ عاد المال ملكا للمعطى، فيجوز له الرجوع لدليل "الناس مسلطون..".

قال الشيخ "فده": "لكن الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

أقول: و حاصل ذلك عدم جواز الرجوع، و انه بالفسخ يكون المال ملكا للمباح له، و هى ملكيه متجدده، فعقد المعاطاه لازم.

لو كان الناقل عقدا جائزا

قال: و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقيه الزام الناقل بالرجوع فيه و لا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب.

أقول: و وجه ذلك أن العين لو عادت بالفسخ كانت ملكا للمباح له، و ذلك فى حكم التلف، فلا يتحقق معه التراد.

و لو وهب المباح له العين إلى غيره فصارت ملكا له بلا عوض، فعلى القول بالإباحه: ان قلنا بجواز هبه ملك الغير من غير أن يكون المال ملكا للواهب آنا ما قبل الهبه جاز التراد برجوعه فى هبته، لرجوع العين مباحه للواهب حينئذ، و هى ما دامت موجوده يجوز التراد فيها.

لكن لا يخفى أن الرجوع فى تلك الهبه حق للمالك دون الواهب، فرجوع الواهب يحتاج إلى اذن ليكون وكيلا عنه فى الرجوع.

أقول: و لكن الحق هو التفصيل بين ما إذا كانت الهبه من قبل المالك المعطى و ما إذا كانت من قبل نفسه، فان كان المالك قد اذن له فى الهبه من قبل نفسه كان لازمه التملك ثم الهبه، و ان كانت الإباحه شرعيه لا مالكيه كان نظير اباحه تصرف الأب و الجد فى مال الصغير.

و يترتب على ذلك أنه لو رجع عن هبته كان المال ملكا للواهب، فلا رجوع للمعطى.

و ان كانت الهبه من قبل المعطى و كان الواهب كالوكيل فيها عادت الإباحه المعاطاتيه برجوع المعطى عن الهبه و اتجه حينئذ التراد و هو الاشكال فى رجوع المعطى فى الفرض.

و قال المحقق الخراسانى "قده" فى التعليق على كلام الشيخ "نعم.. اتجه الحكم بجواز التراد.. "قال: لا- يخفى أن المتجه عدم جوازه، فان تملك المالك للعين الموهوبه تملك بوجه آخر غير

التملك بالرد فى المعاطاه ليجب رد الأخرى إلى مالکها حتى يحصل التراد و يلزم الجمع بين العوضين..

أى:ان ادله جواز التردد لا تشمل هذه الصوره،و القدر المتيقن منها هو حال كون هذا المال ملكا قبل الهبه.

أقول:لكن هذا يتجه بناء على القول بالملك،و أما بناء على القول بالإباحه كما هو المفروض فلا،و قد صرح الشيخ "قده" بعدم ملكيه الواهب للمال قبل الهبه.

اللهم الا أن يقال يكفى فى مغايره الملك بعد التراد مع ملك الأول صيروره الموهب ملكا للمتهب.

نعم كلامه "قده" يتم بناء على ما ذهب اليه من أن المعاطاه تفيد الملك بشرط التلف،و الهبه بحكم التلف،فبعد الرجوع عنها تكون هذه الملكيه غير الملكيه الاولى.

و وجه ما ذكره من لزوم الجمع بين العوضين هو:أن الواهب بمجرد هبته للمال الذى بيده يكون ماله الذى بيد المعطى ملكا للمعطى، لان الهبه بحكم التلف و به يستقر ضمان المثل،فان رجع عن الهبه و رجعت العين إلى ملك مالکها الأول لزم الجمع بين العوضين.

و حاصل اشكاله "قده" هو:أن الرجوع يكون للواهب لا للمالك، لان المفروض أنه لم يكن الواهب لا مباشره و لا تسيبيا.هذا من جهه، و من جهه أخرى لا- مانع من أن يكون الواهب غير المالك،و لا- يشترط التملك للمال قبلها،نظير تمليك الحر عمله بالإجاره لغيره،و الحال

أنه لا يملكه قبلها.. هذا رأيه "قده" خلافا للقوم، فانهم يقولون لأهبه الا فى ملك.

أقول: أما ان المالك لم يكن الواهب لا مباشره و لا تسيبا.ففيه:

انه ان كانت الإباحه للواهب مالكيه فان من جمله التصرفات المباحه له هى "الهبه"، فهى واقعه باذنه و هو الواهب فى الحقيقه لكن تسيبا، و ان كانت الإباحه شرعيه أى ان الشارع رتب اباحه جميع التصرفات على هذه الإباحه و ان كان المالك قد أنشأ التمليك كانت الهبه مباحه له من قبل الشارع، و يكون الواهب هو المباح له لا المالك فى هذه الصوره، و ليس للمالك حينئذ الرجوع بناء على أن حق الرجوع للواهب لا- للمالك لكن الواهب لما يرجع عن الهبه يرجع المال إلى ملك المالك لا- إلى نفسه، هذا لو لم نقل ان المتيقن جواز الرجوع للواهب المالك دون المباح له، و الا فليس لكل منهما الرجوع لان المالك ليس بواهب و الواهب ليس بمالك.

و اما أنه لا يلزم أن يكون الواهب مالكا للمال، و التنظير بتمليك ما فى الذمه و تمليك العمل. فهذا غير واضح، لان الذمه و العمل حيث يكون باختيار البائع و الحر مع التعهد يعامل معه معامله الملك عند العقلاء.

و لو سلم عدم لزوم كون المال ملكا له، فان هذا المال ليس له بل هو للغير، و فرق بين عدم لزوم الملكيه و كون المال ملكا للغير.

على أن مقتضى قاعده السلطنه و غيرها كون اختيار نقل المال بيد مالكة

فالشارع لا يبيح التصرف في مال الغير. و من هنا لا يجوز للمالك الحقيقي أن يبيح ما لم يبيحه الشارع، و عليه فالإباحه الشرعيه لا تشمل المورد، فليس للمباح له الهبه، لان المفروض عدم شمول الإباحه الشرعيه لما لم يكن شرعياً، فالتصرف في مال الغير بدون اذنه غير جائز و الإباحه الشرعيه لا تشملها، و الهبه من هذا القبيل.

هذا، و بناء على ما ذكره الشيخ "فده" من أن الراجع هو الواهب لا المالك،، لأبد من ملكيه الواهب للمال آنا ما. لما ذكرنا من عدم تشريع الشارع نقل مال الغير بدون رضاه و اذنه.

على أن المعاطاه لزومها بالهبه و كون العوض ملكاً للمالك الأول يستلزم دخول العوض في ملك من لم يخرج المعوض عن ملكه. و هذا الاشكال وارد على الشيخ، و دفعه (و تماميه لزوم المعاطاه بالهبه بمجرد هبه المباح له كما ذكر قده) يتوقف على الالتزام بكون المال ملكاً للواهب آنا ما قبل الهبه.

قال الشيخ "فده": "اتجه الحكم بجواز التراد.."

أقول: هل التراد بنفس الرجوع أو أنه يرجع إلى ملكه ثم يكون التراد؟ ان أراد الأول فهو ليس تراداً، لان التراد لا يتحقق بمجرد الرجوع عن الهبه، بل التراد يتحقق بالإضافة إلى المعاطاه، مع ان الرجوع لأبد أن يكون من الواهب. و ثالثاً ان هذه الملكيه متجدده و هي غير الاولى. و رابعاً ان دليل تصرفه حينئذ على مبنى الشيخ هو قاعده السلطنه لا أدله التراد.

و ان أراد الفسخ، فان الفاسخ يجب أن يكون الواهب لا المالك على أن المحكم هنا قاعده السلطنه لا أدله التراد كما تقدم. و بعد الهبه لا مال له حتى يكون مسلطا عليه.

و قال المحقق الأصفهاني "قده" ما ملخصه: انه ان وهب أحد المتعاطيين ما بيده إلى الآخر، و قلنا بعدم إمكان الرجوع في الهبه للمالك بل الواهب يمكنه الرجوع فهل للواهب الرجوع في عينه الموجوده بيد المعطى أولا؟ يمكن أن يقال يمكنه الرجوع، لان الموهوب لا يصدق عليه التلف، اذا المفروض جواز رجوعه، و ما دامت العينان موجودتين يجوز الرجوع عن الإباحه إذ لم يتحقق الملزم. و يمكن أن يقال بالعدم، لأنه قد وهب المال لثالث، و بمجرد ذلك يتعين كون ما بيد الأول ملكا له عوضا عن ماله الذي وهبه الواهب، فلا يجوز له الرجوع، لان موضوع قاعده السلطنه حينئذ غير محرز.

أقول: انا اذا قلنا بأن الموهوب بحكم التلف خرج ما كان له بيد الأول عن ملكه، لأنه وجه الضمان، فلا رجوع. لكن المحقق المذكور "قده" قوى الأول "لأنه مع تمكن الواهب من الرجوع في الهبه لا يكون الموهوب بحكم التلف ليتدارك ببديله العين الباقية، و على فرض احتمالها يمكن التمسك بأصالة السلطنه، لما مر مرارا من أن الملكيه جهه تعليليه في نظر العرف لا جهه تقييده".

وفيه: أنه ليس الامر كذلك، فان الملكيه جهه تقييده، و كذلك سائر الأمور الاعتباريه التي تترتب عليها الاحكام الشرعيه من الزوجيه

و الطهاره و النجاسه و نحوها. نعم هو كذلك فى الأمور الخارجيه، مثل "الماء" فى "الماء المتغير ينجس" فان التغير عله، أى أنه ينجس للتغير. فقاعده السلطنه معناها عرفا: الناس مسلطون على أموالهم المملوكه لهم.

ثم الضمان الذى ذكره فى ذيل كلامه ان كان لأجل التلف، فقد صرح من قبل بأن الموهوب لا يكون بحكم التلف، اللهم إلا أن يقال:

الواهب يمكنه الرجوع دون المالك لكن ليس واجبا عليه فيكون الموهوب بحكم التلف بالنسبه إلى المالك. لكن لو كان كذلك لضمن الواهب المسمى لا المثل و القيمه كما صرح به. بقى اشكال الجمع بين العوضين الذى ذكره المحقق الخراسانى قدس سره و الجواب: ان الملكيه للعين الموجوده ان كانت عوض إنشاء الهبه فالمعاطاه لازمه، ثم الواهب يرجع فى الهبه فلا يجتمعان.

و ان كانت عوض نقل الواهب ماله إلى الموهوب له، فانه متى رجع الواهب فى هبته رجعت عينه التى بيد الأول ملكا له، لأنها عوض فلا يجتمع العوضان.

أقول: وهذا الجواب يتوقف على كون الرجوع فى الهبه جاعلا- اياها كالعدم، و أما اذا قلنا بأنه تملك جديد اجتمع العوضان فى ملك المالك الأول.

ثم قال الشيخ "قده": أو عوده إلى مالكة بهذا النحو من العود.

أقول: الصحيح فى معنى العبارة: انه لو وهب كلا المتعاطيين و رجعا فى هبتهما اتجه التراد كذلك.

قال الشيخ "قده": و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كييعه و سائر تصرفاته الناقله و لو أجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالإباحه.

أقول: أما على القول بالملك فلا اشكال في اجازته الثاني، لأنه المالك للعين، و أما اجازته الأول فإنها اجازته في تصرف الثالث في مال الثاني و هي غير نافذه، و "لم يبعد" كون اجازته رجوعا، حتى تعود العين إلى ملكه، فتكون بالنسبه إلى ملكه فتنفذ حينئذ. و لما ذا قال "لم يبعد"؟ لان فيه إشكالين:

أحدهما: و هو مشترك بين ما نحن فيه و بين ما يبع بالعقد الخيارى، فلو باع ذو الخيار الشىء فقد صدر منه أمران: أحدهما فسخ العقد، و الآخر بيع الشىء. و ترتيب الأثرين المختلفين فى المرتبه على الفعل الواحد غير ممكن، و لذا قال بعضهم بتحقق الفسخ بالإراداه و البيع بالفعل و الإنشاء. و قيل: انه ببعض الإنشاء يتحقق الفسخ، و بتماميته يتحقق البيع. و هذا الاشكال بعينه جار فى المقام، و لذا قال "لم يبعد".

فهذا ما ذكره السيد قدس سره.

و الثاني: انه "ره" يستشكل فى كون الإجازة كالتصرفات الناقله.

و هذا ما استظهره المحقق الأصفهاني "قده"، و هو الأظهر، فكيف تكون الإجازة كالتصرفات الناقله مع أن متعلق الإجازة تصرف الغير؟ قال "لم يبعد" أن تكون كذلك، لان الإجازة لمن كان له اختيار العقد و البيع موجوده، و حينئذ ينزل الشارع تلك الإجازة منزله التصرف الناقل، فالناقل في الحقيقه هو المميز.

فظهر لزوم التمحل لتصحيح اجازة الأول و ترتيب الاثر عليها، بخلاف اجازة الثاني، فلذا قال بالنسبه إلى الأول "لم يبعد" و في الثانيه حكم بالصحة و ترتيب الاثر بلا اشكال.

و أما على القول بالإباحه فان الثاني قد أبيع له التصرف بالمال فاجازته فيها اشكال، و أما الأول فهو المالك المبيح و اجازته نافذه بلا اشكال.

و يمكن تصحيح اجازة الثاني بأن يقال: حيث ان الإجازة بمنزله البيع فانه لو كان قد باع المال بنفسه لنفذ بيعه بمقتضى اباحه التصرفات له في المال، فليكن اجازته لمعامله الفضولى بمنزله معامله نفسه، فتأمل.

هذا، و لم يتعرض الشيخ "قده" إلى صورته اجازتهما معا في آن واحد، لأنه ان كانت اجازة المالك نافذه، يكون بيع الفضولى بيع المالك و تبطل المعاطاه و يكون الثمن للمالك الأول، و ان نفذت اجازة الثاني لزمتم المعاطاه ثم كون المال ملكا له حتى يكون الثمن له بإجازته. فلو أجازا بيع الفضولى معا، فهل تتعارض الإجازتان و تتساقطان أو تتقدم احدهما؟

قال المحقق الأصفهاني "قده": "تتقدم اجازته المالك الأول حينئذ لان تصرف ذى الخيار فيما باعه بالبيع الخيارى يتوقف على تملكه للمتعاقب قبل التصرف (و يكون التملك اما بالإرادته، و اما بالجزء الأول من الإنشاء كما تقدم) و فيما نحن فيه على القول بالملك لأبد أن يرجع عن تمليك العين ثم يجيز، و الثانى يريد الإجازة للفضولى، فلو تقارنتا فانه فى الآن الأول و بمجرد اراده المالك الأول أو بأول جزء من إنشائه تنتقل العين إلى ملكه فيجيز بيع الفضولى، و تلغو اجازته الثانى. فأجازته الأول اثرها متقدم زمانا على اجازته الثانى.

و بالجمله، ان الشيخ "قده" لم يستبعد على القول بالملك كون اجازته الأول نافذه كسائر تصرفاته، و أما اجازته الثانى فنافذه بلا اشكال. و وجه الاشكال فى اجازته الأول كونها متعلقه بعقد واقع على ملك الغير، و هى لا تؤثر كما هو واضح. و قد يرتفع بأن يرجع عن تمليكه أولا- ثم يجيز بيع الفضولى. و هل المراد من الإجازة هذه أنها من حين العقد أو من حينها؟ فلو مات المالك الأول و قصد الوارث الإجازة فمن أى زمان تؤثر اجازته؟ اذا قلنا بكفايه الإجازة من حينها بأن يرجع عن التمليك ثم يجيز لم يبعد النفوذ.

و قد ذكرنا أن اجازته الأول أثرها بطلان المعاطاه، بخلاف اجازته الثانى فان أثرها لزومها و عدم إمكان رجوعه فى عينه التى بيد الأول و على اللزوم لأفرك بين أن نقول بأنه كان يجوز له بيع مال الغير فالاباحه لازمه، أو نقول بأنه قد باع ما كان له بمقتضى المعاطاه.

و على القول بالإباحه لا اشكال فى اجازة المالك الأول، لان العين ملكه و العقد واقع عليه، و لم يبعد اجازة الثانى، لان المباح له حين يجيز العقد الواقع على ملك الغير يملك العين ثم يجيز بناء على كفايه الاجازة من حينها أو يملكها أنا ما. و أما بناء على عدم التملك أنا ما و عدم المالكية حين الاجازة فيشكل فيه من جهة أخرى، و هى لزوم خروج المثلث عن ملك المالك الأول و دخول ثمنه فى ملك الثانى المجيز، و هذا لا يوافق عليه الشيخ، فننوذ اجازته حينئذ "بعيد".

هذا، و لو رجع المالك الأول عن المعاطاه و أجاز بيع الفضولى و قد أجاز الثانى حينئذ أيضا، فيمكن إدخال هذا الفرع فى الفرع الأتى من أن الاجازة كاشفه أو ناقله.

ثم قال الشيخ "فده": و لكل منهما رده قبل اجازة الآخر.

أقول: معنى الرد عدم ترتيب الإثارة مبنيا على الملك، أما الأول فلا بد من الرجوع عن المعاطاه ثم الرد، و أما الثانى فان رده مؤثر بلا اشكال لأنه ملكه.

و هل يكفى لرد الأول كونه من حينه أو لأبد منه فى حين العقد؟ ان قلنا بالأول فهو، و الا فلا أثر لرده.

ثم ان أثر رد الأول بالنسبة إلى المعاطاه بطلانها، و أما رد الثانى فلا أثر له بالنسبة إليها لا بطلانا و لا لزوما.

و لو تقارن الردان فأيهما المؤثر؟ لا- تعارض هنا بين الردين، بالنسبة إلى بطلان بيع الثانى، و لكن رد الاول يوجب بطلان المعاطاه،

لان رد الثانى لا أثر له بالنسبه اليها مع رد الأول،و لا ينازع ما ليس له أثر مع المؤثر.

قال "فده": و لو رجع الأول فأجاز الثانى فان جعلنا الإجازة كاشفه لغا الرجوع،و يحتمل عدمه،لأنه رجوع قبل تصرف الآخر و يفسد و يلغوا الإجازة،و ان جعلناها ناقله لغت الإجازة قطعاً.

أقول:على القول بالملك لو رجع الأول عن معاطاته فأجاز الثانى بيع الفضولى،فان قلنا بأن الإجازة كاشفه لغا رجوع الأول،و الكشف عند بعضهم نظير العلم،فكما أنه لو علم الآن بالعقد لم يؤثر فيه،بل المؤثر و تمام العله هو العقد من حينه،فعلى هذا لا أثر للإجازة،لأنها لا جزء للعله و لا شرط،بل بالإجازة يكشف و يعلم بالانتقال بالبيع الصادر من الفضولى من حين العقد،فالمالك الأول لم يؤثر رجوعه شيئاً،إذ المعاطاه لزمّت بواسطة النقل اللازم الذى كشفت عنه الإجازة.

و يحتمل تأثير الرجوع،لأنه رجوع قبل تصرف الآخر،و معنى هذا أن الإجازة هى الكاشفه،أى ما لم يكشف بالإجازة لم يتحقق العقد.

أقول:و الحق مع الشيخ فى هذا التردد،لان الجزم فى المقام متعسر.و لكن الانصاف ان الإجازة ليست كاشفه مطلقاً،بل يشترط كون العقد قابلاً للرد و كون الموضوع محفوظاً،و ليس الواقع فى المورد كذلك.

و ان قلنا بأن الإجازة ناقله،أو كاشفه بمعنى الكشف الحكمى أى ترتيب آثار النقل من حين العقد تعبداً فكل أثر أمكن التعبد به فهو و الا فلا فلا أثر للإجازة قطعاً،لعدم وجود الملك حتى يجيز.

و لو تقارن الرجوع و الإجازة فعلى الكشف لا أثر للرجوع، و يحتمل عدم الاثر للإجازة، لأنه مع الرجوع لأملك للثانى حتى يجيز، و على النقل يتعارض الإجازة و الرجوع، و لو أراد المالك الأول الرجوع و الإجازة تقدم.

لو امتزجت العينان

قال الشيخ "فده": و لو امتزجت العينان أو أحدهما سقط الرجوع على القول بالملك، لا امتناع التراد . أقول: تاره يكون المزج بحيث ينحفظ معه ملك كل واحد منها، و انما يقع الاشتباه بين الملكين، و أخرى لا يمكن معه تمييز أحد الملكين عن الآخر، و فى الصورة الثانية يمتنع التراد الخارجى، و ربما يقال بالتراد الملكى، و لكن اعتبار الملكيه هنا بعيد عرفا.

ثم المزج تاره يكون مع مال ثالث، و أخرى مع مال المشتري، و ثالثه مع مال البائع. فان امتزج المأخوذ بالمعاطاه بمال ثالث تحققت الشركه بين صاحب المال و الثالث، فيتبدل ملكه المفروز بملك مشاع بين المالين، فلو رجع المالك الأول عن معاطاه فان أراد التراد الخارجى فهو غير ممكن، و ان أراد التراد الملكى فالمفروض عدم صلاحية المال حينئذ للتمييز و التملك ثانيا، و ان أراد التراد فى الشركه فان الشركه لم تكن حاصله بالمعاطاه حتى يرجع فيها، فظهر سقوط الرجوع.

و ان امتزج المأخوذ بالمعاطاه عند المشتري بماله الشخصى، أقول: يعنى انها على القول بالملك بيع تترتب عليه الإثار، عدا ما اختص منها بالبيع العقدى الذى بنى على اللزوم، و أما على القول بالإباحه فالأقوى انها بيع، لكن لم يصححه الشارع و لم يمضه قبل تحقق أحد الملزمات، مع قصدهما البيع و التمليك و بعد الملزم تترتب عليه الإثار عدا ما كان منها مختصا بالبيع الواقع صحيحا من أول الامر.

و بالجمله لا- أشكال فى جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه للسيره و الإجماع، و يتوقف ترتب الإثار على الإباحه مطلقا على تلف أحد العينين أو نحو ذلك، عدا ما كان مختصا بما ذكر.

هذا، و لا معنى لثبوت الخيار فى المورد الذى لا يجب الوفاء فيه ؟

فهو يملك بوحده مجموع المالكين، فلا شركة. فلو أراد المعطى الرجوع فى معاطاته لم يمكن التراد الخارجى و لا الملكى لعدم التمييز، و لا الملك بالاشاعه لتغير سبب الملكيه، و كذا الملكيه نفسها.

و ان امتزج بمال البائع كان المتعاطيان شريكين، لكن هذه الملكيه جاءت بسبب الامتزاج بين المالكين، فهى ملكيه مشاعه لكل واحد منهما، و ليس للبائع الرجوع لتغير سبب الملكيه، فانه حينئذ هو الشركه بعد أن كان التعاطى.

ثم قال الشيخ "فده": و يحتمل الشركه، و هو ضعيف.

أقول: ان كان وجه الاحتمال التراد أولا بالتراد الملكى ثم الشركه، فقد ذكرنا عدم إمكان التراد لعدم التمييز، و ان كان التراد بمعنى إرجاع النصف المشاع بأن يقال عرفا بأنه رجوع ما كان له اليه فهذا لا يمكن التصديق به. فاحتمال الشركه ضعيف.

قال الشيخ "فده": أما على القول بالإباحه فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به. نعم لو كان المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

أقول: الامتزاج يوجب الشركه قهرا، لأنه كان يملك من قبل ماله المفروز، و الآن بعد المزج يشترك مع مالك المال الآخر فى المجموع، فكل واحد منهما يشارك الآخر فى ملكيه كل جزء جزء من مجموع المالكين، نظير ما لو باع الإنسان النصف المشاع من ماله، فانه و المشتري يشتركان فى تملكه مشاعا، و عليه فالامتزاج ليس بحكم التلف.

نعم، لو كان المزج ملحقاً للمال بالاتلاف جرى عليه حكم التلف، كأن يمزج نصف كيلو من الجلاب بعشره أمان من اللبن، فإنه يجرى عليه حكم التلف لصدقه عليه.

فعلى الإباحة تتحقق الشركة كما ذكر، و لكل واحد التصرف فى المال، لقاعده السلطنه المحكمه فى المقام بلا اشكال، من دون حاجه إلى استصحاب السلطنه، بل لا يجرى استصحابها، لان ما كان يملكه سابقا كان مفروزا و الآن مشاع فالموضوع متبدل. فظهر ما فى قوله قده "فالأصل." هذا بناء على التسلط الحكمى.

و أما بناء على التسلط الخارجى فلا تجرى القاعده، لان التصرف فى المال الخارجى يستلزم التصرف فى مال الغير، لفرض الإشاعه فى كل جزء جزء، و لذا نحكم بلزوم الاذن له به من شريكه. كما أن استصحابها لا يجرى فى هذه الصوره أيضا كذلك.

هذا بناء على ان الإباحه للمباح له بمعنى اباحه جميعا التصرفات، بحيث يسقط المبيح سلطنه نفسه على ماله الا من جهه الفسخ نظير الوكاله، حيث يجعل الوكيل قائما مقامه فى جميع الشئون، لكن له عزله عن الوكاله، لكن الوكاله لا تنافى اختيار الموكل فى الموكل عليه كما هو واضح.

و أما بناء على كون الإباحه هذه كإباحه الطعام للأكل، فلا مانع من التصرف من غير توقف على الاذن، و مجرد هذا التصرف منه مبطل للإباحه كما لا يخفى.

لو تصرف فى العين تصرفا مغيرا قال: و لو تصرف فى العين تصرفا مغيرا للصوره..فلا لزوم على القول بالإباحه.

أقول:وجه عدم اللزوم بناء على القول بالإباحه،هو بقاء الإباحه المعاطاتيه و جواز الرجوع فيها.و يحتمل أن يكون الوجه فى ذلك عدم تغير المأخوذ بالمعاطاه بتغير الوصف،بل أهل العرف يحكمون بوحدته، فالإباحه باقيه و له الرجوع عنها.نعم لو رأى المغايره و قال بأن الذى أعطيت و أبحت التصرف فيه كان حنطه و هذا طحين و ليس بحنطه،لم تبق الإباحه البته.

و كيف كان فان التصرف المبيح فى هذا المال جائز،لان له الرجوع عن الإباحه لو كانت باقيه،و مع عدمها فانه ماله،فيكون نظير الاذن بالتصرف فى ماله خالصا ثم امتزاجه بغيره حيث لم يأذن بالتصرف فيه حينئذ.

قال: و على القول بالملك ففى اللزوم و جهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد.

أقول:لقد كان جواز التراد متعلقا بالحنطه،لأنها التى وقعت عليها المعامله،و بعد الطحن يمكن الحكم ثبوتا بجواز التراد لبقاء العينين و لو مع تغير حالهما،و يمكن الحكم بجوازه فى حال بقائهما على حالهما.

و مع الشك في كيفية الحكم إثباتا يتوقف جواز التراد على جريان استصحابه حال كون المأخوذ متغيرا في صورته.

قال: و منشأ الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

و أورد عليه في منية الطالب: بأن استصحاب جواز التراد معارض باستصحاب بقاء سلطنه المباح له و استصحاب بقاء المسمى على العوضيه، و ليس بينهما سببيه و مسببيه، لكون كل منهما مسببا عن نحو الجعل الشرعي ثبوتا.

أقول: على القول بعرفيه الموضوع و تم الاستصحاب أمكن القول ظاهرا بسببيه بقاء الجواز الفعلي لخروج الملك، فلو رجع عاد الملك و الا- فلا. نعم يبقى عليه أنه اذا كان هذا الاستصحاب نظير استصحاب الكلبي، بأن يقال: ان كان المراد هو الجواز المقيد فقد زال قطعاً، و ان كان المراد الجواز غير المقيد بتغير صورته فهو باق قطعاً. فالحكم نفسه يدور أمره بين الأمرين، فلو أردنا اجراء الاستصحاب لزم استصحاب الجامع و ترتيب آثاره، لكن استصحاب جامع الحكم و كليه فيه اشكال و خلاف.

و الانصاف عدم ورود هذا الاشكال لعدم المعارضه، لان جواز التراد أثره الشرعي في الحقيقه كون المال ملكا له بالرد، لان هذا معنى الجواز.

هذا، و لا يرد على الشيخ "قده" الاعتراض بعدم الفرق بين الطحن

و المزج، حيث قال باللزوم فى الثانى بناء على الملك بخلاف الأول فاحتمل فيه الوجهين، و ذلك لامتناع التراد هناك بخلاف المقام، فالفرق معلوم.

ثم انه بناء على التراد لأوجه للضمان بالمسمى لو فرض تنزل قيمه الشىء بتغير صورته خلافا لبعضهم حيث حكم بذلك.

قال الشيخ "قده": ثم انك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير الفسخ فى العقود اللازمه حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط.

أقول: ان جواز الرجوع فى المعاطاه ليس كالفسخ فى العقود، لان الفسخ حق لذى الخيار، و أما فى المعاطاه فان الرجوع و التراد حكم، فلا- يورث بالموت. فلو مات أحد المتعاطيين لم يكن لوارثه الرجوع فيها، كما انه لا يسقط بالإسقاط كسائر الاحكام، فهو نظير الرجوع فى الهبه، فانه لا يسقط بالإسقاط، و للواهب الرجوع فيها ما دامت العين موجوده.

هذا على القول بالملك، و أما على القول بالإباحه فهو نظير الرجوع فى اباحه الطعام للأكل، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطنى من المالك.

و فيما اذا مات أحد المتعاطيين و انتقل المأخوذ بالمعاطاه إلى وارثه، لم يكن للمالك الأول الرجوع بناء على القول بالملك لأنه و ان كان له الرجوع سابقا، لكن جواز التراد له كان بالنسبه إلى

طرفه الذى ملكه بالمعاطاه،و الوارث قد ملك العين بالإرث،نظير ما إذا باع أحدهما ما بيده لثالث،فانه ليس للأول مراجعه الثالث،لأنه قد ملكها بالبيع و الشراء،و قد كان جواز التراد الثابت له بالنسبه إلى طرفه الذى ملكه اياها بالمعاطاه.

و أيضا فان "التراد" يتقوم برد الملك من الطرفين،و المفروض موت أحدهما،و انتقال ملكه إلى الوارث،فالموضوع منتف.

لو جن أحد المتعاطيين

قال الشيخ "فده": و لو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين.

أقول:لو جن أحد المتعاطيين،فعلى القول بالملك قيل يشترط فى بقاء جواز الرجوع عدم تغير وصف المتعاطيين أو أحدهما كالمالين فلو جن لم يجز.وفيه نظر،و استصحاب جواز الرجوع موجود، غير أن المباشر به هو وليه.

و أما على بالإباحه ففيه اشكال بناء على مختار الشيخ "فده" من أنه كالأذن فى أكل الطعام،إذ لا اشكال فى بطلان الاذن فى الأكل بالجنون،و حينئذ ليس لوليه الاذن من جهه المعاطاه،و كذا جميع العقود الاذنيه.و هل لوليه التصرف فى مال الآخر حينئذ؟ فيه اشكال،لان الإباحه اذا بطلت من طرف الأخر،لأنها اباحه فى مقابل اباحه.

هذا بناء على الإباحه المالكيه، و أما بناء على الإباحه الشرعيه فيمكن أن يقال: ان الشارع جعل حكم الإباحه للمتعاطين بأن يكون مال كل منهما مباحا للآخر، فان كان تغير وصفهما أو أحدهما مانعا من الرجوع فهو و الا فلا مانع، و لو شك استصحب جواز الرجوع، و ليست المباشره فيها شرطا، فلوليه ذلك.

ص: ٢٠٢

الامر السابع (هل المعاطاه اللازمه بيع او معامله مستقله ؟)

و هل تكون المعاطاه اللازمه بأحد الأمور المذكوره بيعا أو تكون معاوضه مستقله ؟ قال الشهيد الثاني "فده": يحتمل الأول، لان المعاوضات محصوره و ليست هذه أحدها، و كونها معاوضه برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثاني، لاطباقهم على أن المعاطاه ليست حال وقوعها بيعا، فيكف تصير بيعا بعد التلف.

قال الشيخ "فده": و هذا يتم بناء على القول بالإباحه، و أما على القول بالملك فانه من أول الامر بيع يفيد الملك المتزلزل، فإذا لزم بتحقيق أحد الملزمات ترتبت عليه آثار البيع من الخيارات و غيرها.

اللهم الا ما كان مختصا منها بالبيع اللازم من أول الامر.

أقول: و على الإباحه فان كانت من طرف واحد فلا معاوضه، و ان

كانت من الطرفين فهي معاوضه، و هل هي بيع ؟ لقد تقدم أن البيع مبادله مال بمال، و هذه ليست كذلك، فتكون معاوضه مستقلة، لكن المعاوضات محصوره و ليست هذه إحداها، فتكون ملحقه بالبيع.

و يجرى النزاع على القول بالإباحه بناء على حصول الملكيه أنا ما قبل التلف و نحوه لأن التضمين بالمسمى تتحقق به المعاوضه، و لكن هل هو بيع ؟ يمكن أن يقال بأنه بيع، و ذلك لتحقق ملاكه هنا، و يمكن أن يقال بأن التمليك يجب أن يكون بالإنشاء و لا يكون التلف مملكا.

هذا، فان كانت الإباحه مالكيه من الطرفين فليست بيعا، بل هي معاوضه مستقلة، و يمكن دعوى لزومها بعد التلف للسيره القائمه على التضمين بالمسمى بالتلف. نعم يجرى البحث المذكور فيما اذا قلنا بالملكيه أنا ما قبله.

و ان كانت الإباحه شرعيه، فان قلنا بأن الشارع يصحح و يمضى ما قصدها و هو التمليك عند التلف فانه بيع و تترتب عليه الآثار (فكأن الشارع يشترط في نفوذ مقصودهما تحقق أحد الملزمات، نظير شرطيه القبض في المجلس في الصرف و السلم).

اللهم الا أن يقوم دليل على ثبوت خيار في البيع اللازم من حين الانعقاد.

قال الشيخ "فده"... عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار.

أقول: أي لأنه ليس هنا بيع عقدي بل معاطاه، و هي جائزه لا لازمه شرعا.

قال: و قد تقدم أن الجواز هنا لإيراد به ثبوت الخيار.

قال المحقق الأصفهاني "قده": وفيه أن الجواز المقابل للزوم حيث أنه فيها بمعنى جواز التراد فقط، فهي لازمه في قبال جواز فسخ السبب، فتدرج تحت عنوان البيع اللازم لو لا الخيار.

أقول: إن كان التراد نظير الأخذ بالشفعه حيث يمتلك الشفيع و لا يفسخ معامله شفيعه البائع فيكون لازما و يأتي فيه الخيار. صح كلامه "قده"، للفرق بين جواز الفسخ و جواز التراد. إلا أنه قد تقدم أن الدليل ان استفيد منه كونه في البيع الذي مبناه على الزوم لو لا الخيار لم يثبت الخيار، إذ لا اثر لجعله في مورد يجوز فيه التراد.

قال الشيخ "قده": و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحه بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف..

ص: ٢٠٥

و لذا نقول ان عبارته الشيخ "قده" توضيحيه. نعم يمكن أن يقال بصحة جعله في مورد يكون فيه اللزوم، سواء بالذات كالبيع العقدي، أو بالعرض كالمعاطاه التي تلزم بالتلف.

و المحكى عن حواشى الشهيد ان المعاطاه معاوضه مستقلة جائزه أو لازمه. وفيه: ان القائل باللزوم يقول بأنها بيع، فلا- تكون معاوضه مستقلة. نعم لعله يريد الجواز قبل التلف و اللزوم بعده.

و ذكر الشيخ "قده" تنزيل كلامه على القول بالإباحه، ثم حمل "اللزوم" على "الإباحه اللازمه"، و لا تلازم بين القول باللزوم و إفاده الملك.. فهو عقد مستقل لا يفيد الملك، فان لزم كانت اباحه لازمه.

و قد أورد عليه بأنه بناء على هذا كيف يتصرف فيه التصرفات الموقوفه على الملك ؟ فلا بد من القول بأنه بيع يفيد الملك.

و قد يجاب بالالتزام بالملكه أنا ما قبل التصرف، و لكن هذه الملكيه حاصله لا بالمعامله، بل بسبب نفس التصرف و الاذن فيه بمعنى ان الاذن فى التصرف الموقوف على الملك اذن فى التملك قبل التصرف.

لا- أشكال فى تحقق المعاطاه بما اذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل، و هو قبض العينين و اقباضهما من الطرفين، كما لا أشكال فى تحقق البيع بالإنشاء القولى الجامع للشرائط المعتره.

أما لو أنشأ بالقول غير الصحيح فهل يترتب عليه الاثر كالإنشاء بالصحيح ؟ و ان لم يكن كالصحيح فهل يكون كالفعل بأن تكون المعاطاه أعم حكما من الفعل و القول غير الصحيح ؟ و ان كان كالمعاطاه فهل يشترط القبض و الإقباض بعد القول كما هو فى المعاطاه أولا- يشترط ؟ او أنه لا- يترتب على القول غير الصحيح شىء أصلا ؟ قال الشيخ بأنه بيع عرفى، و القدر المتيقن من الإجماع على اشتراط اللزوم بالقول وجود اللفظ، فهو بيع عرفى لفظى، و يترتب عليه الاثر كالعقد الصحيح.

و ذهب المشهور إلى اشتراط وجود اللفظ الصحيح الجامع للشرائط المعتمده، فلا يفيد الملك اللازم، فهل يفيد الملك المترلزل كالمعاطاه او أنه باطل؟ قال جماعه بالأول، منهم المحقق الثاني فى صيغ العقود، قال: لو وقع العقد بغير ما ذكر كان معاطاه، أى سواء حصل القبض و الإقباض أولاً، و فى الروضه الأخرس يترتب على إشارته حكم المعاطاه.

و قيل: انه عقد فاسد، و المأخوذ به فيه الضمان كسائر العقود الفاسده.

و قد أورد المحقق الخراسانى "قده" على قول الشيخ: "فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء زائد على الإنشاء اللفظى كما قويناه سابقاً، فلا اشكال فى صيروره المعامله بذلك عقدا لازماً" فقال: بأنه خلف للفرض، لأنه ان كان فاقدا لشرائط اللزوم لم يبق مورد لقولكم "فان قلنا." و الا فهو لازم.

قال: ثم ان الفاقدا لشرائط اللزوم ان كان واجدا لجميع ما يعتبر فى الصحه عند الجميع فلا يعقل أن يحتمل أن يكون من باب المعاطاه التى هى محل الخلاف، و ان كان فاقدا لبعض ما يعتبر فيها كذلك فكذلك، و ان كان فاقدا لبعض ما يعتبر عند البعض دون الآخر فيكون فاسدا عند من اعتبره و صحيحا عند غيره فكذلك أيضا. فلا وجه للترديد المذكور.

أقول: ظاهر عباره الشيخ بقريته قوله "و ان قلنا بمقاله المشهور"

انه أراد من قوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم هو غير الجامع على المشهور. و عليه فاندفاع هذا الإيراد ظاهر، لان الشيخ "قده" يريد أنه على تقدير عدم اشتراط غير اللفظ للزوم كما هو المختار لو فقد اللفظ الصحيح كان العقد لازماً، أى أن العقد الفاقد للفظ الصحيح يترتب عليه الاثر كالواجد، فلا خلف. و اما بناء على اعتبار أمور غير اللفظ في اللزوم كما عليه المشهور فما هو مقتضى القاعده لو فقد اللفظ الصحيح؟.

ثم قال المحقق المذكور: و انما يصح الترديد في تمشيه النزاع و الخلاف في الإنشاء القولى فيما اذا جعل المحل الإنشاء بصيغته كذا أو بغير صيغته كذا، فيصح حينئذ أن يردد في أنه كالإنشاء بالمعاطاه.

أقول: ان الشيخ "قده" لما يقول: هل هو كالمعاطاه أولاً؟ لا يقصد فرض الصحة أو فرض عدمها، فليس لكلامه مفهوم، بل يريد أنه مع فقد شرائط اللزوم هل يكون كالمعاطاه أى هو صحيح أو هو فاسد؟ و بعبارة أخرى: انه مع عدم اللزوم هل الصحة موجوده فيكون كالمعاطاه أو الصحة منتفيه أيضاً؟ فليس البحث مع العلم بوجوده شرائط الصحة أو فقدته لها حتى يرد اشكاله ثم يقول: و انما يصح الترديد.

و قد أجاب المحقق الأصفهاني "قده" عن الاشكال بأن الشيخ لا يجعل في هذا الكلام شرائط اللزوم عنواناً، بل هو معرف. فمراده من فقدان شرائط اللزوم انه ان وقعت الصيغته لا بلفظ الماضى مثلاً

فهل يكون العقد هذا كالمعاطاه أو لا ؟ أقول: لقد وجه هذا المحقق عبارته الشيخ بحيث يرتفع الاشكال عنها، و يكون مراده كمراد المحقق الخراساني في قوله "و انما يصح." لكن جعل "شرائط اللزوم" معرفا لا عنوانا خلاف الظاهر.

ثم انه لا يصح الجمع بين كلام المحقق الثاني و الروضه و بين القول بفساد هذا العقد و كونه المأخوذ به مضمونا عليه، بأن يقال بأن الأول ناظر إلى المورد الواحد لسائر الشرائط الا الإنشاء الصحيح، و الثاني إلى ما ليس كذلك، و وجه العدم أن الحكم بالفساد في القول الثاني جاء بعد ذكر شرائط العقد.

و ربما يجمع بينهما بأن القائل بأنه معاطاه يقول به في صورته تحقق الإعطاء من الطرفين و لو مبني على العقد، أى بقصد الوفاء به مع الرضا بالتصرف لو علما أو علم أحدهما بالفساد، و القائل بالبطان يقول به في صورته كون الرضا بالتصرف مقيدا بصحة العقد و نفوذه.

و قد أشكل عليه الشيخ "فده" بأن الرضا بعد العقد ان كان بعنوان التعاطى فهو معاطاه جديده و أثرها الإباحه، فيكون الإنشاء حينئذ بلا أثر و ان كان بعنوان الوفاء بالعقد فلا أثر للرضا.

أقول: على أنه لا يخلو من تناقض، لأنه مع العلم بالفساد كيف تكون المعامله صحيحه ؟ هذا ان أراد المعامله السابقه، و ان أراد من المعامله الصحيحه معامله جديده فهو خروج عن البحث.

قال المحقق الخراساني: يمكن أن يكون المراد من الصحة أولا- هو صحة العقد، و إذا انتفت هذه الصحة تمت صحة البيع المعاطاتي.

أقول: و هذا الحمل خلاف صريح العبارة، فان مراده من انتفاء الصحة هو انتفاء الملكية لا انتفاء صحة العقد. و لكن كلامه "قده" صحيح في حد نفسه، و هو نفس كلام السيد "قده" في وجه الجمع الأتي ذكره.

قال السيد ما ملخصه: انه ان باع بالصيغة الفاقده للشرائط و كان مقصوده إيجاد البيع اللازم و لذا اختار البيع بالصيغة دون البيع بالفعل كان عقدا غير لازم عند المشهور، و كان المأخوذ به كالمأخوذ بالعقد الفاسد، و ان باع و أنشأ العقد كذلك لكنه غير قاصد للزوم بل أنشأ التمليك فقط لم يكن مانع من الصحة، لان القدر المتيقن من مذهب المشهور عدم اللزوم، فهو بيع صحيح متزلزل.

قال الشيخ "قده": و تفصيل الكلام..

أقول: مورد البحث ما اذا أنشأ المتعاملان بالعقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة و حصل تقابضهما. فان كان التقابض منهما أمرا مستقلا عن الإنشاء الناقص الصادر منهما أفاد المعاطاه و ترتب عليه الاثر، لان سبق عقد باطل غير ضار به و ان كان بعنوان الوفاء بالعقد مع جهلهاما ببطلانه، أو علمهما به و لكن فعلاه تشريعا كان مورد الكلام في ترتب أثر المعاطاه و عدمه مطلقا أو على تقدير.

تاره يكون التقابض مع الرضا بالتصرف من الطرفين مبنيا على حصول التمليك و التملك بسبب العقد و وفاء به جهلا- أو تشريعا، وهذا لا يترتب عليه أثر المعاطاه، بل حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد.

و أخرى يكون التقابض و الرضا، لكن الرضا منهما مطلق أى سواء أفاد العقد السابق شيئا أو لا- و بدون قصد للتمليك و التمليك، فهل يترتب عليه أثر المعاطاه؟ قيل: بكفايه هذا الرضا، لعموم "لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه" و انما لم يتمسك بأدله البيع لأنه ليس بيع و لكن هل مجرد طيب النفس كاف لحصول الملكيه حتى يتمكن من التصرفات الموقوفه عليها؟ التحقيق عدم افاده الاستثناء لهذا العموم، بخلاف الجملة المستثنى منها. و عليه فطيب النفس يؤثر فى التصرفات غير الموقوفه على الملك.

اذن لا- مانع من القول بأن الإقباض مع الرضا كالمعاطاه و ترتيب أثرها عليه ان أريد منه الإباحه المالكيه، و أما لو أريد الإباحه الشرعيه فلا، فلا يترتب جميع أحكام المعاطاه من كون ملزماتها ملزمه هنا، و نحو ذلك.

لكن الشيخ "قده" لم يستبعد ذلك، و قد جعل المورد نظير التصرف فى الماء و اخذ البقل من الدكان و وضع الثمن فى الكوز.

و الانصاف انه مشكل، و الفرق بين الموردين واضح، لوجود الإنشاء هناك من طرف، و لاحتمال التوكيل بالتصرف. بخلاف الامر فى المقام كما لا يخفى.

(الأول) لم يتعرض الشيخ "قده" لحكم نماء المأخوذ بالمعاطاه و قد تعرض له السيد "قده"، فنقول: أما على القول بالملك فلا اشكال في أنه للأخذ، فلو فسخ لم يكن له استرجاع النماء المنفصل، و أما المتصل فان كان من قبيل السمن فيعود تبعا للعين بالفسخ إلى المالك الأول كما هو الحكم في البيع الخيارى و ان كان من قبيل الشعر و اللبن ففيه قولان، و لو شك فالأصل عدم العود إلى المالك الأول.

و أما على القول بالإباحه فلا اشكال في ان النماء للمالك الأول مطلقا.

(الثانى) قيل بالفرق بين المعاطاه فى البيع و المعاطاه فى القرض بعدم الاشكال فى الأول بخلاف الثانى فلا بد من أن يكون بالصيغه و الا لم يملك المأخوذ.

أقول: ان أريد أن أدله المعاطاه تجرى فى كل مورد كان فيه العطاء من الطرفين، فلا تشمل المورد الذى يكون فيه أحدهما معطيا و الآخر آخذا، فيمكن قبول الفرق بين البابين. و عليه لا تجرى فى بيع النسيئه أيضا لعدم التعاطى من الطرفين.

و ان أريد غير ذلك فلا فرق بين البابين من جهه أخرى أصلا، و الآثار كلها مترتبه على القرض المعاطاتى.

قال الميلاني: هذا آخر الجزء الأول من الكتاب، ونسأل الله عز و جل أن يطيل بقاء سيدنا الأستاذ و ان يوفقنا لمزيد الاستفادة من محضره الشريف. و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين.

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

ص: ٢١٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩