

بَيْعَةُ الْإِسْلَامِ
فِي الثَّقَلَيْنِ عَلَى سَبْعِ الْمَكَائِبِ

مَشْرُوحَاتٌ

تَبَيَّنَتْ فِيهَا التَّوْحِيدُ وَمَا حَقَّ عَلَيْهِ مِنَ التَّوْحِيدِ
الَّذِي لَا يُشْرِكُ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَكْفُرُ بِهِ شَيْئًا
دَامَ ظِلُّهَا فِي الرُّوُقِّ

السَّيِّدَةُ عَلِيَّةُ ابْنَتُ أَبِي عَلِيٍّ

(الجزء الأول)

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

PAIR



32101 023674821

Princeton University Library

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

--	--

بَلْعَمِ الطَّالِبِ
فِي التَّعْلِيقِ عَلَى بَيْعِ الْمَكَّاسِبِ

تَقْرِيرٌ بِأَحْثُ

فَقِيهِ الْعَضْرُومَاتُ آيَةَ اللَّهِ الْعِظْمَى
السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْكَلْبِيَّ الْكَلْبِيَّ
دَامَ ظِلُّهُ الْوَارِثُ

بِقَلَمِ

السَّيِّدِ عَلِيِّ الْحُسَيْنِيِّ الْمِيلَانِيِّ

(الجزء الاول)

2264

.1185

.818

جزء 1

مطبعة الخيام - قم

٥١٣٩٩

212
13478

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين وصلى الله
 على افضل سفرائه المقربين محمد المبعوث رحمة للعالمين ثم الصلاة
 والسلام على الروعنة الطيبين الطاهرين واللغة على اعدائهم
 اليوم الدين ومجد فان شرف العلم لا يخفى وفضلنا لا يحصى
 قد وثقنا له من الانبياء وقد فضل الله مداد العلماء على دماء
 الشهداء فنالوا بذلك الدرجات العلى ومن سلك سبيل السلف
 الصالح في طلب العلم والفضيلة فضيلة العلامة ثقة الاسلام
 السيد على نخل العلامة حجة الاسلام السيد نور الدين وحفيد
 المرحوم الميرزا صاحب آية الله السيد محمد هادي الميلاني تعلقه الله
 برحمته فحضر اجازتنا الفقهية اعليا حضور تفهم وتحقيق
 وتعمق وتدقيق وصرف زهره تشابه واعين في كتابه وضبطا
 لمحاضراتنا في الحوزة العلمية بمدينة قم المقدسة وقد سرحنا
 النظر رغم تراكم الأعمال واشتغال البال - في قسم مادونه
 في هذا الكتاب (بلغنا الطالب في التعليق على بيع المكاتب
 للمرحوم المغفور له الشيخ المرتضى الأنصاري اعلى الله مقامه
 فرجناه وايضا بالمراد حسن التعبير يدع الاسلوب تبويبا
 ما يدل على ذكائه وعمقه فله تعالى جزه وعليه سبحانه اجره
 والله تبارك وتعالى اسأل ان يعرفه المرصين انه ولي التوفيق

والسلام عليه ورحمة الله وبركاته في هذا اليوم المبارك



غرة ربيع الثاني ١٣٩٩ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين ، ولعنة الله على أعدائهم اجمعين من الاولين والآخرين .
وبعد :

فهذه بحوث فقهية عالية وتحقيقات علمية شامخة ، دونتها من المحاضرات التي ألقاها سيدنا الاستاذ الاكبر الفقيه العظيم والمحقق الشهير آية الله العظمى السيد محمد رضا الموسوي الكلبي يگانى دام ظلّه العالی علی فضلاء الحوزة العلمية بجامعة العلم الكبرى (قم المقدسة) في كتاب البيع .

وقد تفضل سماحته دام ظلّه الشريف فلاحظها وأقرها وأبدى رأيه الكريم حولها .

ولما كان عنوان بحثه كتاب المكاسب لعلم التقى واستاذ الفقهاء الشيخ المرتضى الانصارى - أعلى الله مقامه - فقد حررت ما أفاده بطريق

التعليقة على الكتاب، وسميته بـ(بلغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب).
واني اذ أقدم هذه البحوث الى زملائي الفضلاء واخواني العلماء
ابتهل الى الله عزوجل أن يمتعنا - والامة الاسلامية - بدوام وجود سيدنا
الاستاذ ويمن علينا ببركاته انه سميع مجيب .

على الحسينى الميلانى

قم المقدسة

كتاب البيع

حقيقة البيع

قال الشيخ «قده»: البيع وهو في الاصل - كما عن المصباح -
مبادلة مال بمال .

أقول : لابد من الوقوف على معنى البيع وحقيقته في اللغة
والعرف ، وانه هل له حقيقة شرعية أولاً ، ليتسنى لنا التمسك بعمومات
البيع صحة وفساداً وغير ذلك .

قال في المصباح: « والاصل في البيع مبادلة مال بمال، لقولهم
بيع رابح وبيع خاسر، وذلك حقيقة في وصف الاعيان ، لكنه أطلق على
العقد مجازاً لانه سبب التملك والتملك . . الخ » فهو يرى أنه قد أخذ
في مفهوم البيع كون المال عيناً لامنفعة، وان اطلاقه على العقد مجاز من
باب اطلاق المسبب على السبب .

ولقد كثر الكلام حول حقيقة البيع ، فعبارة المصباح تفيد أن
البيع هو المبادلة بين الماليين ، بمعنى كون الثمن ملكاً للبائع بالبيع

وصيرورة المثلثين ملكاً للمشتري. الا أن ظاهر قول البائع «بعث» وقول المشتري «اشتريت» وعملهما هو التبديل، لكن الحاصل من ذلك هو المبادلة - وان لم تكن مقصودة لهما - بمعنى تحقق ملكية كل منهما لما كان ملكاً للآخر .

وبما ذكرنا ظهر اندفاع ما أورده بعضهم قائلًا : ان الاولى أن يقال «تبديل مال بمال»، وان كان التعريف بالتبديل صحيحاً أيضاً باعتبار النظر الى ماهو المقصود من المتبايعين .

وقيل : ان البيع تمليك مال بمال . واشكل عليه بأن التمليك ايجاد السلطنة وليس بيعاً .

وفيه: ان الباء هذه للمقابلة، أي جعل المال ملكاً في قبال الآخر، فهو كالتعريف بالمبادلة ولاغبار عليه، وكان الاشكال قد نشأ من توهم تعلق الباء بـ«تمليك . . .» وهو خلاف الظاهر .

والملكية - في اصطلاح الفقهاء - أمر اعتباري متقوم بالمالك والمملوك، فبالبيع الواحد تتحقق اضافة بين البائع والمثلث من جهة وبين المشتري والمثلث من جهة أخرى . وهى من الوضوح بحيث لو ارسل الصبي الى السوق لشراء شىء ما فهم ماهو المراد من البيع والشراء، وهو يعلم ان هذا الثمن سيصبح للبائع فى مقابل المثلث الذي سيأخذه منه، فالحاصل من البيع صيرورة مال البائع للمشتري ومال المشتري للبائع، وهذا المعنى يفهمه كل احد .

معانى البيع

ثم « البيع » يستعمل فى فعل البائع وفعل المشتري معاً ، وفي كتب اللغة انه موضوع لكل منهما، فهو من الاضداد. نعم الاكثر استعماله في الاول .

وأما الفقهاء : فتارة يريدون من البيع عمل البائع - أي بأذل السلعة - وأخرى المعاملة الخاصة المتحققة من فعل المتعاملين فى قبال المعاملات الأخرى كالصلح والاجارة . . . وهذا هو مرادهم من عنوانهم « كتاب البيع » في الكتب الفقهية ، وهو أيضاً المراد فى قوله تعالى « أحل الله البيع . . . » . وثالثة يقصدون من البيع السبب وهو «العقد» المركب من الأيجاب والقبول .

وكأن مراد صاحب المصباح هو المعنى الثانى من هذه المعانى وانما عبر بـ« المبادلة » لأنها عنوان منتزع من جعل كل من المتبايعين العلقه الحاصلة له بالنسبة الى ملكه للآخر ، فتعريفه ناظر الى هذا الامر الانتزاعي الحاصل من تحقق منشأ الانتزاع - كما أشرنا اليه سابقاً . هذا ، والظاهر أن البائع يقصد - أولاً وبالذات - نقل عينه الى المشتري وانتقال عين المشتري الى نفسه، وان المشتري يقبل ذلك وأما السلطنة والملكية لكل منهما بالنسبة الى مال الآخر فتحصل بالتبع ، فليسا مقصودين بالاصالة ، وهذا هو المرتكز العرفي وعليه سيرتهم . وعلى هذا فمن عرف البيع بـ« تملك مال بمال » فقد نظر الى

هذا الحث البنائي المقصود ، كما ان التعريف بـ « مبادلة مال بمال » ناظر الى المفهوم المنتزع من فعل المتبايعين وعقدهم كما تقدم ، وان التعريف بـ « العقد بينهما » ناظر الى سبب تحقق هذا الموضوع البنائي عند العرف والشرع - بناءً على اعتبار الصيغة - .

وبما ذكرناه ظهر أن اختلافهم في التعبير والتعريف إنما هو لاجل الاختلاف في النظر واللمحاض ، كما علم أن حقيقة البيع هو بناء كل من المتبايعين على إيجاد علة الملكية بالنسبة الى ماله للآخر .

تعريف البيع في الكتب الفقهية

هذا ، ولقد اختلفت كلمات الاصحاب في تعريف « البيع » :
ففى المبسوط « انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي » ، وفي النافع « الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر » ، وفي جامع المقاصد « والاقرب أن البيع هو نقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة » ، وفي المستند « نقل الملك بعوض من مالك الى آخر بعقد مخصوص » .
أما الشيخ « قدس » فقد عرفه - بعد مناقشة تلك الكلمات بقوله « فالاولى تعريفه بأنه انشاء تملك عين بمال » .

والظاهر أن المراد من « البيع » في قوله تعالى « أحل الله البيع » هو المعاملة المتداولة بين الناس ، لا خصوص ما يصدر من البائع أو المشتري . وهذا البيع بهذا المعنى يتحقق من اجرائهما العقد المخصوص ،

ثم العرف يعتبره بيعاً ويرتب عليه الاثر ، ثم الشارع كذلك - ان كان جامعاً للشرائط التي يعتبرها - .

وقد ذكر بعضهم : ان المتبادر من قول زيد « بعت داري لعمرو أمس » اجراؤه العقد معه ، وان المراد من قول الفقهاء « كتاب البيع » هو العقد الذي ترتب عليه الاثار فيما اذا كان جامعاً لشرائط الصحة وقبولها ، فكأن الباب معقود لذكر تلك الشرائط المعتبرة في الايجاب والقبول المتحقق بهما « البيع » وغير ذلك .

ثم المسبب من الايجاب والقبول فعل آخر ، وهو النقل - بالمعنى المصدرى - تارة والانتقال أخرى ، الا اذا أريد من النقل المعنى الاسم مصدرى ، فانه حينئذ والانتقال بمعنى واحد .

وعلى هذا فليس مراد الفقهاء من هذه الكلمات تعريف حقيقة البيع ، فالاشكال على « الانتقال » أو غيره في غير محله . وعندنا ان هذه التعاريف كلها صحيحة وقد لوحظ في كل واحد منها جهة من الجهات . وأما قول الشيخ « قده » بأنه « انشاء تمليك . . . » فغير واضح ، اذ ليس « بعت » بمعنى « أنشأت التمليك » . ولعله « قده » يريد انشاء تمليك عين بعقد مخصوص ، وهذا الانشاء من البائع يتوقف اعتباره عند العرف على تعقبه بانشاء من المشتري ، ثم الشارع يرتب الاثر عليهما ان كانا جامعين لشرائط الصحة المعتبرة . وعلى هذا فهو كالتعريف بأن « البيع عبارة عن الايجاب والقبول . . . الخ » اذ الايجاب والقبول مشروطان بالانشاء لامحالة .

المال وحقيقته

ثم انه لم يقيد في جملة من الكلمات بالمال ، بل قيدوا بالعين كما في المبسوط من أنه « انتقال عين مملوكة » و ظاهره عدم اشتراطهم المالية في المبيع ، فما هو المال ؟ وهل المالية شرط ؟

لقد قيل : المال ما يبذل بأزائه المال ، ولكن هذا لا يفيد مفهوم المال . وقيل : هو ما يعبر عنه في الفارسية بـ « پناه گاه » ، وهذا غير معلوم صحته . نعم لا يبعد تفسيره بالفارسية بـ « ارزش دار » . مثلاً : الماء على شاطئ البحر لا يقع عليه البيع لعدم المالية ولكن اذا حاز منه أحدي اناء وابتعد قليلاً عن البحر حصلت له مالية - ولذا لا يجوز التوضي به من دون رضا صاحبه - الا أن هذه المالية عارضة عليه من قبل غرض التوضي به - مثلاً - فهل يقع البيع عليه حينئذ عرفاً ؟

فديقال : ان مالية الاشياء كلها تابعة لاثارها وفوائدها - اما بالاصالة واما بالعرض - بالنسبة الى العرف والعقلاء بصورة عامة ، وأما حاجة أحد الافراد اليه لغرض شخصي تعلق به اتفاقاً فلا توجب أن يكون الشيء ذا ثمن ومالا عند العقلاء . وكل شيء لم يعتبره العقلاء مالا لم يصححوا بيعه وشراؤه ، وحينئذ لا يرتب عليه الشارع الاثر ، فيكون البيع باطلاً . فاذا ن لا بد من اشتراط المالية .

وقد يقال : يكفي في المالية وصحة المعاوضة كون الشيء متعلقاً للغرض - ولو بنحو الموجبة الجزئية - وعليه فلا يشترط المالية ويصح

تعريف الشيخ « قده » في المبسوط .
قلت : الامر راجع الى نظر العرف فليتأمل .

المبيع واختصاصه بالاعيان

ثم انه قد استظهر الشيخ « قده » اختصاص المعوض بالعين فقال
« والظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها » .
وأما العوض فجوّز أن يكون منفعة بلا اشكال قائلاً « وأما العوض فلا اشكال
في جواز كونه منفعة . . » لكن في كلام بعضهم اشترط كون العوضين
عيناً، وفي كلام آخرين صحة المعاملة حتى اذا كانا منفعة .
أقول: ان الادلة الشرعية منزلة هنا على ما هو الواقع عند العرف،
اذ لاحقيقة شرعية للفظ « البيع » وعدم قيام الاجماع على اشترط « العين »
في المبيع . . . فليراجع عمل العرف !
وقد وردت روايات في بيع سكنى الدار التي لا يعرف صاحبها^(١) .

(١) أما رواية بيع سكنى الدار التي لا يعرف صاحبها فهي ما رواه الشيخ
قدس سره باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن علي بن رثاب وعبدالله بن
جبلة عن اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال : سألته عن رجل في
يده دار ليست له ولم تزل في يده ويدآبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه
انها ليست لهم ، ولا يدرون لمن هي ، فيبيعها ويأخذ ثمنها ؟ قال : ما احب أن
يبيع ما ليس له . قلت : فانه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ، ولا أظنه
يجيء لها رب ابدأ . قال : ما احب ان يبيع ما ليس له . قلت : فيبيع سكانها أو

وفي بيع خدمة العبد المدبر^(١) . . .

وأجيب عن ذلك بأنه « مجاز بارادة الاجارة » .

وفيه نظر، اذ لو كان المراد من « البيع » هو « الاجارة » لردعه الامام عليه السلام عن التعبير بلفظ « البيع » في المقام وأمره بالاجارة ، بل المنافع تباع وتشتري في العرف كالاعيان ، والروايات مؤيدة لعملهم

مكانها في يده فيقول : أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال : نعم يبيعها على هذا .

وسائل الشيعة ٢٥٠/١٢ الباب الاول من ابواب عقد البيع من كتاب

التجارة .

وهذه الرواية موثقة باسحاق بن عمار وغيره .

(١) وهي روايات :

(منها) ما رواه الشيخ قدس سره باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن ابى مريم عن ابى عبدالله عليه السلام قال : سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر ، أيطأها ان شاء او ينكحها أو يبيع خدمتها حياته ؟ فقال : أى ذلك شاء فعل .

(ومنها) ما رواه عنه عن القاسم بن محمد عن على قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حياته . قال : ان أراد بيعها باع خدمتها في حياته ، فاذا مات اعتقت الجارية ، وان ولدت أولاداً فهم بمنزلتها .

(ومنها) ما رواه الشيخ « قده » باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابراهيم بن هاشم عن النوفلى عن السكونى عن جعفر بن محمد عن ابيه عن على عليه السلام قال : باع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خدمة المدبر ولم يبع رقبته .

وسائل الشيعة ٧٤/١٦ كتاب التدبير ، الباب الثالث .

ولاوجه لحملها على المجاز. والفرق بين «الاجارة» و « البيع » حينئذ هو أنه في البيع تباع المنفعة رأساً ، وأما في الاجارة فيسلط المستأجر على العين لاستيفاء منافعتها^١.

الكلام في بيع الكلي

وسواء كان البيع مختصاً بنقل الاعيان أو يعم المنفعة والحق ، فانهم قالوا بصحة بيع الكلي - سواء كان من قبيل النصف المشاع من الدار مثلاً ، أو من قبيل الصاع من الصبرة المعينة ، أو كان في الذمة كأن يبيع المقدار الكذائي من الحنطة ، فانه يصح حتى وان لم يكن مالكاً له حينئذ، بل لا يوجد في الخارج حنطة أصلاً حتى زمان التسليم. وكذا يصح فيما اذا كان المبيع كلياً في ذمة الغير وهو «الدين». وقد أشكل في بيع الكلي مطلقاً: بأن الملكية من الاعراض والعرض لا يحتاج الى المحل والكلي ليس موجوداً فكيف يباع ؟

وهذا الاشكال يأتي في الصلح والاجارة اذا كان مال الاجارة كلياً. وأشكل بالنسبة الى الكلي في الذمة خاصة: بأن البائع ليس مالكاً للحنطة الان « وان كانت ذمته معتبرة » ، وليس المبيع موجوداً مع أنه

١) قال السيد الاستاذ دام ظله في تعريف الاجارة : « الظاهر ان حقيقتها اعتبار اضافة بين العين والمستأجر مستتبعه لملك المنفعة أو العمل والتسلط على العين لاستيفائها، ولذا تستعمل ابدأ متعلقة بالاعيان ويقال : آجرت الدار مثلاً» -
تعلية العروة الوثقى .

- قد تقدم - أن البيع مبادلة مال بمال .

وأيضاً : انه لا يبيع الا في ملك ، فكيف يملك الانسان ما في ذمته ؟
وأجيب عن الاول بوجوه أصحها : ان الملكية وان كانت من
الاعراض لكنها ليست كالاعراض الخارجية كالسواد والبياض ، بل انها
في الحقيقة أمر اعتباري عقلائي . وحيث ان من الممكن اعتبار هذا
المبيع موجوداً ، فيعامل معاملة الموجود الخارجي حيث انه في عهدة
البائع ، وقد تعلقت الملكية بهذا الموجود ، ولا يلزم أن يكون متعلق
الملكية أمراً متحققاً في الخارج .

وأما بناءً على ما اختاره بعضهم من أن الملكية أمر واقعي - لكنها
كسائر الامور الواقعية التي لانتمكن من درك مفاهيمها كالنجاسة والطهارة -
فلاشكال غير مندفع كما هو واضح .

وقد أجاب المحقق النراقي « قده » : بأنه لا يلزم فعلية الملك عند
النقل بل اللازم هو فعلية النقل .

وفيه : ان النقل أيضاً من الامور ذات الاضافة ، فكيف يكون النقل
فعالياً والمنقول ليس فعالياً ؟

وأجيب : بأن الكلي موجود بوجود ما يفرض من أفراده .
وفيه : ان أريد وجوده في الخارج فربما لا يكون هناك له افراد
أصلاً ، وان أريد وجوده في الذهن فيرجع الى الاعتبار وهو الجواب
الاول .

وقد أجيب بوجوه اخرى ، وهي اما مخدوشة واما ترجع الى
الوجه الاول .

والجواب عن الثاني هو: ان المال في الذمة يعد مالا عند العقلاء
ولذا يبذلون بأزائه المال .

وعن الثالث : انه لما يتعهد تسليم الحنطة في حينه يعتبر العقلاء
ملكية للمتعهد به ويرتبون عليه الاثر ، كما يعتبرون الملكية آنأماً لمن
اشترى أحد عموديه لاجل أن ينعق عليه . . . (ولا يشترط تحقق المالية
للشيء قبل « البيع » بل يكفي تحققها بنفس التعهد في حين المعاملة ،
نظير عمل الحر ، فانه - كما ذكروا - لامالية له بالذات لكنها تتحقق له
بنفس تعهده للعمل) .

هذا كله - بالاضافة الى الاجماع القائم على صحة بيع الكلي
والدين .

فتلخص: ان البيع عندهم لنقل الاعيان بخلاف الاجارة فهي لنقل
المنافع .

وقد تقدم منا الاشكال فيه . وقد جاء في بعض الروايات وقوع
البيع على خدمة العبد المدبر^(١) ، كما استعمل لفظ البيع في الاراضى
الخراجية فى طائفة من الروايات^(٢) ، مع ان المنقول منافعتها لأعيانها ،
وكذا فى سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها ، حيث عبر بالبيع ، وقد قال

(١) تقدم فى الهامش سابقاً ذكر روايات فى ذلك .

(٢) راجع باب حكم الشراء من أرض الخراج والجزية ، وباب احكام
الارضين من كتاب الجهاد من وسائل الشيعة ١١٨/١١ - ١١٩ وتجد ذلك ايضاً فى
كتاب احياء الموات وغيره منه .

الشيخ « قده » في الجواب عن هذه الروايات « انها مسامحة فى التعبير »
لكنه دعوى بلا دليل كما تقدم .
وعلى هذا فلا مانع من أن يكون المبيع حقاً أو منفعة، نعم الاكثر كونه
عيناً كما انه لا مانع من نقل المنافع بالبيع ، كأن يقال « بعتك منفعة هذه
الدار » وان كان الاكثر نقلها بالاجارة وتتعلق حينئذ بنفس العين، فيقال
مثلاً « آجرتك الدار لمدة كذا » .

الكلام فى عوض المبيع

قال الشيخ « قده » : واما العوض فلا اشكال فى جواز كونه منفعة ..
أقول: ان جعل أحدهما عوضاً والاخر معوضاً جاء من قبل قولهم
« بعتك هذا بهذا » ، والا فان كلا منهما يعطى فى مقابل الاخر ، فالفارق
هو الاعتبار . فهم اعتبروا ما يحصل ملكيته بالايجاب معوضاً وما يحصل
تمليكه بالايجاب عوضاً . ولكن اعتبر اكثر الفقهاء العينية فى المعوض
ولم يشترطوها فى العوض ، فيصح عندهم أن يكون منفعة . ولما كانت
المنفعة مالا عرفاً صح وقوعها عوضاً عما يعد مالا، فيصدق حينئذ المبادلة
بين المالين ، فيقال « بعتك هذا الثوب بالخدمة الكذائية » ، الا ان هذا
عند العرف قليل ، بل الاكثر - فى مثل ذلك - الاجارة لا البيع . . لكن
ادعى انه لا خلاف بين الفقهاء فى صحة هذا البيع كما عن العلامة « قده » .
وعن بعضهم اشتراط العينية فيه كذلك . ولعله لندرة وقوع المنفعة
عوضاً فى البيع عند العرف كما هو كذلك .

واحتمل الشيخ «قده» كونه من جهة «ما اشتهر في كلامهم من أن البيع لنقل الاعيان» فأجاب بأن «الظاهر ارادتهم بيان المبيع . . .» .
وهذه المنفعة - المذكورة - يقال لمن يملكها انه ذو مال ، كما انه ليس فقيراً شرعاً .

هل يقع عمل الحر عوضاً ؟

وأما عمل الحر - وهو من المنافع - فهل يجوز وقوعه عوضاً ، كأن يقول «بعثك هذا الثوب بخياطة هذا الثوب» أو «بعثك هذا الثوب بكتابة هذا الكتاب» ؟

قالوا : ان عمل الحر بعد المعاوضة مال ، فتكون خياطة الثوب أو كتابة الكتاب ملكاً لصاحب الثوب ، ويجوز له حينئذ أن يبيع هذا العمل لثالث في مقابل شيء ، وانما الكلام في ماليتها قبل المعاوضة .
أقول : ان هذه المسألة تترتب عليها آثار كثيرة في موارد عديدة :
منها : انه ان كان عمله (سواء كان صنعة أو حرفة أو خدمة) مالاً لم يجزله الاخذ من الزكاة وتجب عليه الفطرة وان لم يكن ذا مال بالفعل اذ المفروض أنه يمكنه العمل وتحصيل المؤنة . وأما اذا اشترط المالية الفعلية فليس مالاً لشيء ، فيصدق عليه عنوان «الفقير» وتترتب الآثار المترتبة عليه .

ومنها : مسألة الحج . . .

ومنها : مسألة الحجر على المفلس ، فمن حجر عليه التصرف

في أمواله لاجل الافلاس فهل يحجر عليه التصرف والاستفادة من عمله
فيؤجر نفسه ويؤخذ مال الاجارة ويقسم بين الغرماء كسائر أمواله - كما
هو الشأن في العبد فان عمله لمالكة كنفسه - أو ان متعلق حق الغرماء
هو أمواله التي كانت له قبل الحجر وأما عمله فلنفسه والاجرة له ؟
وبالجملة : ان كان عمل الحر مالا صح وقوعه عوضاً لما تقدم
من تحقق المالية له بالتعهد ، والا فلا - بناءً على اشتراط المالية في
العوضين - .

والحق هو الاول ، فانه مال كعمل العبد بلا فرق بينهما من هذه
الجهة ، فكما يبذل المال بأزاء عمل العبد فانه يبذل بأزاء عمل الحر
عرفاً .

نعم في الحر أحكام توهم الفرق ، مثلاً لو حبس شخص عبداً
ضمن لمالكة عينه وعوض عمله ، دون الحر فانه لاضمان عليه .
لكن لعل عدم الضمان من جهة عدم القدرة على التسلط على
عمله بخلاف العبد .

فالحق هو القول الاول (وان احتمل الاجارة في مثل هذه الموارد
دون البيع) فان عمل الحر - في حد نفسه - مال سواء قبل المعاوضة
وبعدها ، ومجرد تعهده والتزامه يكفي لصحة المعاملة ويصلح العمل
للمالية . وبالجملة : المعاملة صحيحة بناءً على صحة وقوع المنفعة
عوضاً ، فانه - أي عمل الحر - مال بناءً على اشتراط المالية في العوضين
كما في عبارة المصباح .

نعم ، لو قيل ان العمل ليس مالا مطلقاً لم يقع عوضاً مطلقاً .

الكلام في الحقوق وأقسامها ووقوعها عوضاً

قال الشيخ « قده » : وأما الحقوق الاخر كحق الشفعة وحق الخيار

أقول : الفرق بين المعاوضة على « العين » والمعاوضة على « الحق » واضح ، ففي الاولى ينتقل الى المشتري متعلق السلطنة وفي الثانية ينتقل اليه نفس الحق الذي صح وقوعه عوضاً .

والحقوق على قسمين كما اشار اليه « قده » ، ولا بد أولاً من الوقوف على حقيقة « الحق » فنقول :

[الحق] سلطنة :

اما على العين الخارجية التي هي ملك للغير كتعلق حق المرتهن بمال الراهن ، فله « حق » استيفاء دينه ببيع مال الراهن فيما اذا لم يؤد الدين عند حلول الاجل المعين .

واما على مال ليس ملكاً لاحد كحق التحجير .

واما على عين خارجية لاتعد مالا شرعاً كالخمر ، فان من انقلب خله خمرأ له حق الاولوية في التصرف فيه من غيره ، فله أن يبقيه حتى ينقلب خلا أو يفعل به ماشاء - على قول - .

واما على شيء ليس عيناً في الخارج كحق القصاص ، قال الله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً . . »^(١)

واما على غير الشخص كحق الخيار ، فانه يتعلق بالعقد ، فذو

(١) سورة الاسراء : ٣٦ .

الخيار له أن يفسخ العقد وله ان لايفسخ .

وربما يقال في الاخيرين: انه حق متعلق بالعين، وهو الشخص الذي يكون مورد القصاص والمال الذي وقع العقد عليه واشترط فيه الخيار فيملكه بفسخ العقد . ومن هنا قيل : لو أتلّف غير ذي الخيار المال ضمنه له ان فسخ العقد ، لانه مال تعلق به حق الغير .

وفى حق القصاص تردد فهل هو متعلق بالشخص أو بالمال ؟

فان قلنا بجواز تقاص الدائن من مال المدين الممتنع من اداء الدين - مع اذن الحاكم أو بدونه على القولين - كان حقاً متعلقاً بالمال، وان قلنا بعدم جوازه كان متعلقاً بشخص المدين .

وأما الحكم باباحة التصرف في شيء فلايفيد تعلق حق به ، لان الاباحة ترخيص من قبل الشارع ، وليس هناك سلطنة مجعولة ولايعتبر العقلاء للمباح له حقاً، فلايقال : انه ذوحق بالنسبة الى الماء المباح له شربه ، بخلاف ماتعلق بالاثمار الممرور بها ، فانه سلطنة للمارعلى تلك الاثمار مجعولة من قبل الشارع ، ويعبر عنها بـ « حق المارة » .

ونظير المقام ماثبت من الفرق في مسألة الانفاق بين الوالدين والزوجة، فالانفاق على الوالدين حكم وعلى الزوجة حق، وتظهر الثمرة في صورة عدم الانفاق، فلو لم ينفق على الزوجة مدة ضمنه لها ، بخلاف نفقة الوالدين فلو لم يؤدلم يضمن ولم يكن مديناً .

الفرق بين « الحق » والحكم

والحاصل : ان « الحكم » جعل من الله تعالى من غير أن يكون

للمكلف سلطنة ، بخلاف « الحق » . ومن آثار ذلك: ان « الحق » يقبل النقل والاسقاط من قبل المكلف بخلاف « الحكم » فانه لا يتغير . اللهم الا أن يغير موضوعه لمتغير بتبعه ، كأن يسافر ليكون حكمه القصر بعد أن كان عليه الاتمام ، وأما « الحق » فيمكن تغييره حتى مع عدم تغيير الموضوع ، بأن يسقطه أو ينقله الى غيره .

لكن تشخيص « الحكم » عن « الحق » والتفريق بينهما مشكل ، لان بعض « الحق » لا يقبل الاسقاط كالحكم . نعم لو قام الدليل على عدم قبول أمر للاسقاط على وجه العموم كشف عن كونه « حكماً » أوقام على الضمان في مورد كشف عن وجود « الحق » ، لكن لو دل على « الحق » لم يدل على قبوله للاسقاط .

وبالجملة : فطريق التفريق هو الدليل ، والا فمشكل ولا بد من الرجوع الى الاصول .

ثم ان بعض الحقوق لا يقبل الاسقاط ولا الانتقال ولا المعاوضة عليه بمال أو غيره مثل حق الابوة .

وبعضها يقبل الاسقاط دون الانتقال ، كاسقاط المغتاب حقه عن استغابه^(١) . نعم يجوز له أخذ مال في مقابل الاسقاط ، لكنه ليس معاوضة الا اذا وسع مفهومها .

وبعضها يقبل الاسقاط والانتقال دون المعاوضة ، كحق القصاص

(١) هذا بناءً على عدم كفاية التوبة والاستغفار ، وكونه حقاً للناس بمعنى وجوب الاستحلال والبراءة ، قال الشيخ « قده » - بعد أن بحث المسألة بالتفصيل - « والاحوط الاستحلال ان تيسر والا فالاستغفار » .

فانه يجوز لصاحبه اسقاطه كما أنه يورث لكن لايباع- مثلا - نعم يجوز
المصالحة عليه .

وبعضها يقبل ذلك كله كحق التحجير .

قال الشيخ « قدده » : وأما الحقوق الاخر كحق الشفعة وحق

الخيار . . .

أقول : الظاهر أن كلمة « الاخر » زائدة وان وجهها بعضهم بناءً

على صحة النسخة .

وحق الشفعة هو : استحقاق الشريك تملك الحصه المبيعه في

شركته بمثل الثمن الذي وقع عليه عقد البيع ، وهو لايقبل المعاوضه

بالمال لكن يقبل الاسقاط وينتقل بموت الشفيع الى وراثته - فيقسم بينهم

كسائر الاموال - .

قلت : ويمكن أن يقال بتحقق الشفعة للوارث - بتملكه للحصه

لا بتورثه اياها . فتأمل .

واذا كان قوام « البيع » هو « المبادله » - بأن يدخل في ملك

كل من المتبايعين شيء بأزاء ما يبذله - فان الحقوق القابله للاسقاط دون

الانتقال لايصح وقوع البيع عليها ، فلو دفع اليه مالا في مقابل اسقاطه

حقاً له لم يتحقق بيع لعدم تحقق حقيقة المعامله وان لم يكن ذلك لغواً .

واما ان قيل بعدم شرطية ما ذكر بل يكفي حصول المنفعة لكل

من المتعاملين ووجود المصحح العقلاني فلا اشكال .

قال « قدده » : لان البيع تمليك الغير . . .

أقول : ان هذا يصح أن يكون علة لعدم جواز جعل المبيع حقاً
ولكن الكلام في العوض، اللهم الا أن يكون مراده أن البيع تمليك من
الطرفين لامن طرف البائع فقط ، وحيث ان الحق المزبور لا يقبل
التمليك فلا يجوز كونه عوضاً كما لا يصح كونه معوضاً ، وحيث أن يتم
التعليل بما ذكر ، وقد كان الاحسن التصريح بذلك .
وبالجملة، فيعلم من هذا التعليل - مع ما قررناه - أن مبناه «قده»
فى باب البيع هو دخول المبيع فى ملك المشتري والتمن فى ملك
البائع . فلا يجوز جعل الثمن الكذائى عوضاً وثنماً للمبيع .

هل يباع الدين على من هو عليه ؟

ثم قال قدس سره : « ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه ،
لانه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط . . . » .

أقول : يرد عليه أن البحث كان في جعل الحق عوضاً لافي جعله
معوضاً ، وبيع الدين على من هو عليه من الثاني . اللهم الا أن يقال بأن
الغرض هو التشبيه والتنظير . وبالجملة فقد أجاب الشيخ « قده » عن
النقض بالالتزام بكونه تمليكاً وعدم مانع منه ، وأثر هذا التمليك هو
السقوط .

ولكن يمكن أن يقال في مسألة بيع الدين على من هو عليه بأنه
ليس من باب بيع مافي ذمة أحد من نفسه ، بل هو من بيع الكلي ،

وحيث أن مثل هذا الكلي كان في ذمة المشتري للبائع فلذا يتبع التهاتر قهراً.
لا يقال : اذا جاز هذا بالنسبة الى مافي الذمة فليجز بالنسبة الى
الملكين الخارجيين .

لانه يقال : ان المشخصات الموجودة في الخارجيين يمنع من
التهاتر بينهما ، بخلاف مافي الذمة .

والانصاف : ان القول بالتهاتر لا يرفع الاشكال ، لانهم يصرون
ببيع نفس الدين ممن هو في ذمته ، لا يبيع كلي آخر مثله حتى يقع التهاتر .
فلنرجع الى ما ذكره الشيخ في الجواب ، فانه قال : « لا مانع من
كونه تمليكاً فيسقط » يعني : ان المشتري يصير مالكاً آنأماً وأثره سقوط
ما كان عليه ، بخلاف جعل الحق عوضاً فانه لا يمكن تحقق الملك فيه
حتى آنأماً .

ثم قال : « والحاصل انه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمته فيؤثر
تمليكه السقوط ، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه » ثم أضاف قوله « والسر
ان الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد ، بخلاف الملك
فانها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج الى من يملك عليه حتى
يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه » .

أقول : أي فرق بين مالكية الانسان لما في ذمته ونقل الحق اليه ،
وذلك : ان الملكية اضافة بين المالك والمملوك ونتيجتها سلطنته عليه ،
فالاضافة هنا بين المالك وماله لا بين المالك ومن عليه ، بخلاف الحق
فان حق القصاص مثلا حق للولي على من عليه الحق وهو القاتل ، فيمكن

في الملك الاضافة بين زيد المديون بمقدار معين من الحنطة وبين هذا المقدار ، فيكون زيد مالكاً له ، ولايمكن أن يكون له حق على نفسه . وبالجملة فحيث أن الاضافة في باب الحق تكون بين الشخصين - أحدهما المتسلط والآخر المتسلط عليه - فلذا لايمكن الاتحاد فيه ، بخلاف الملك فان الاضافة فيه بين المالك والمملوك بلالفاظ واعتبار الشخص ، فلذا يمكن تحققها بين الشخص ومافي ذمته .

ولكن هذا المحذور - وهو اتحاد من له الحق ومن عليه - انما يلزم فيما اذابيع الحق من خصوص من عليه الحق، وأمالونقله صاحب الحق الى ثالث وباعه منه فلاشكل فيه ، كما ترى أن حق التحجير ينتقل الى الاخر بلالزوم مثل هذا الاشكال، لانه اضافة بين الشخص والارض الكذائية المعينة بأن يحييها ويملكها . فهنايكون الحق قابلاً لان يجعل عوضاً في البيع ولايلزم المحذور المذكور .

وأورد المحقق الاصفهاني « قده » بما حاصله : ان معنى السلطنة على الغير كونه تحت يده ومتحرراً بارادته، وهذا المعنى جار في سلطنة الانسان على نفسه، لانه أولى بنفسه من كل أحد، نظير أن الانسان عالم بنفسه فهو عالم ومعلوم، والحق أيضاً كذلك ، فيمكن أن يكون الانسان مسلطاً ومسلطاً عليه بلامحذور .

أقول : فيه أنه قياس مع الفارق ، فان السلطنة اضافة لوحظ فيها العلو والاستعلاء ، ولازم ذلك وجود شيء آخر يكون مستعلى عليه - نظير الفوقية والتحتية ، فلايعقل أن يكون شيء فوق نفسه أو تحت

نفسه - فمن له السلطنة له التفوق على من عليه السلطنة اما من جميع الجهات أو من بعضها ، وأما المسلط عليه فهو في مرتبة دانية بالنسبة اليه، وكون الانسان مسلطاً على فعله معناه أن أمر فعله بيده ، فهو بنفسه مسلطاً وفعله - الذي هو شئ آخر - مسلط عليه، وأين هذا من كونه بنفسه مسلطاً ومسلطاً عليه ؟؟

فمن كان له التسلط على شخص - لافعل - لا يمكن اتحاده مطلقاً، فلا يمكن تحقق الاضافة المعبرة للمسلط للمسلط عليه في آن واحد .
هذا كله في الحقوق غير القابلة للانتقال . . .

هل تقع الحقوق القابلة للانتقال عوضاً ؟

قال الشيخ « قده » : وأما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه ، فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح الآن في جواز وقوعها عوضاً في البيع اشكالا . . .

أقول : حاصل اشكاله : ان الظاهر من الفقهاء كون المالية شرطاً في ثمن المبيع ، وكذا في أجرة الاجير في باب الاجارة، ولذا يقولون « البيع مبادلة مال بمال » ، وحيث أن الحق المذكور لا يعلم كونه مالا فلا يمكن الجزم بصحة البيع لو وقع عوضاً .

ولكن يمكن الجواب عنه بأن المال هو ما يبذل بأزائه المال وهذا الحق كذلك فهو مال ، الا ان يريد «قده» عدم المالية عند أهل العرف ، اذ ليس كل ما يبذل بأزائه المال مالا عندهم، ألا ترى المناصب كالحكومات

وكذا الواجهة أن بين الناس مثلاً يبذل للوصول إليها المال وليست
مالاً... وبالجملة فلا بعد في عدم كون الحق مالاً عرفياً مع كون المنفعة
مالاً عندهم .

والحاصل : ان الحق ان كان شيئاً في مقابل المال - وكان إضافة
من آثارها السلطنة - لم يصح جعله عوضاً في البيع ، لان البيع مبادلة
مال بمال ، وان كان مالاً - باعتبار أنه يبذل بأزائه المال - صح جعله
كذلك ونفذ البيع . والتحقيق : الاشكال في صحة هذا البيع للفرق بين
الحق والملك ، وذلك أن ما يقع عليه البيع في «الملك» هو نفس المملوك
الخارجي ، أعني الدار والعقار ونحو ذلك ، لامتلكية الدار - مثلاً -
وهذا بخلاف «الحق» الذي صار أحد طرفي البيع ، فانه بنفسه يكون
متعلق البيع ، وهو الملاحظ في مقام البيع ، مع أن الحق سلطنة خاصة ،
وقد ذكرنا ان العقلاء لا يعتبرون بيع السلطنة أصلاً . نعم يجوز أخذ
شيء واسقاط الحق فيما اذا كان قابلاً له كحق القصاص ، وأما بيعه من
القاتل أو غيره فهو غير معقول . ووجهه يظهر بالتأمل .

لا حقيقة شرعية للفظ البيع

قال الشيخ « قده » : ثم الظاهر أن لفظ « البيع » ليس له حقيقة
شرعية ولا مشرعية . . .

أقول : أي ان المستعمل فيه هذا اللفظ في الكتاب والسنة وكلمات
الاصحاب هو المفهوم الذي يريد العرف منه .

لكن قال السيد « قدہ » : يمكن دعوى ان الفقهاء اصطلاحوا فيه
معنى آخر، وهو العقد المركب من الايجاب والقبول ، وان مرادهم من
قولهم « كتاب البيع » هو كتاب عقد البيع، ومن قولهم « شرائط البيع »
هو شرائط عقد البيع . . وهكذا .

قلت : هذه الدعوى - وكذا دعوى صاحب الجواهر « قدہ »
بالنسبة الى لفظ النكاح - ممنوعة ، فان ارادة « العقد » من « البيع »
و « النكاح » في بعض الاحيان لا يدل على النقل والاصطلاح ، بل ظاهر
بعض عباراتهم عدم ارادة غير المعنى العرفي ، والقول بمخالفتهم
للاصطلاح فيها كما ترى .

فالحق ما ذكره الشيخ « قدہ » .

الكلام حول تعريف البيع

نعم نراهم في مقام تعريف « البيع » يعرّفونه بتعاريف مختلفة:
ففي القواعد « البيع عبارة عن انتقال عين من شخص الى غيره
بعوض مقدر على وجه التراضي » وتبعه عليه جماعة ، مع ان « البيع »
فعل و « الانتقال » هو الاثر الحاصل منه ، ولا يكاد يتبادر الى الذهن من
« باع زيد متاعه » مفهوم الانتقال . . .

ومن هنا عدل جماعة الى تعريفه بأنه « الايجاب والقبول الدالان
على الانتقال » .

وقد أورد عليه الشيخ « قدہ » بأن هذا من مقولة اللفظ و « البيع »

من مقولة المعنى ، فهو فعل مسبب عن الايجاب والقبول .
واختار آخرون - كجامع المقاصد- القول بأنه « نقل العين . . » ،
فان أراد من « النقل » المعنى المصدري وافق « البيع » فانه فعل ، ثم
قالوا « بالصيغة المخصوصة . . » .

لكن أشكل الشيخ « قده » بأن « النقل » لا يرادف « البيع » بل
مرادف « البيع » هو « التمليك » ولازمه « النقل » . قال : ولذا صرح
في التذكرة بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ « نقلت » وجعله من الكنايات .
أي : ويشترط كون الايجاب باللفظ الصريح الدال على المقصود
بداته .

وأيضاً : « النقل » أعم من « البيع » فيشمل الصلح وغيره .
على أن قوله « بالصيغة المخصوصة » يخرج المعاطاة مع أنها
بيع عنده كما سيأتي .

كما ان في التعريف مسامحة من جهة جعله « الصيغة المخصوصة »
جزءاً للمنشأ ، قال الشيخ « قده » : ولا يندفع بأن المراد ان البيع
نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة ، فجعله مدلول الصيغة اشارة الى
تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول
« بعث » نقلت بالصيغة .

لانه ان أريد بالصيغة خصوص « بعث » لزم الدور ، لان المقصود
معرفة مادة « بعث » ، وان أريد بها مايشمل « ملكت » وجب الاقتصار
على مجرد التمليك والنقل .

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

تعريف الشيخ للمبيع

ثم ان الشيخ « قده » عرّف البيع بأنه « انشاء تملك عين بمال »
وقال : « ولا يلزم عليه شيء مما تقدم » .

أقول : ان ما أورده « قده » على تعريف جامع المقاصد - من
أنه اذا كان النقل بالصيغة جزءاً من المنشأ فان النقل بالصيغة لا يقبل
الانشاء (وان أجيب : بأن المنشأ هو النقل لا النقل بالصيغة) - هو نفسه
وارد على هذا التعريف ، ولا يجاب عنه بما أجيب عن ذلك ، لان
كلمة « الانشاء » لا يمكن الغض عنها كما أمكن غض النظر عن كلمة
« بالصيغة » هناك .

وايضاً: ان هذا التعريف يفيد « البيع » الذي هو في قبال « الشراء »
لا الذي يقابل « الاجارة » وغيرها ، لانه يصدق على فعل البائع ، وأما
المشتري فهو ينشئ « التملك » أو قبول « التملك » .

وقال السيد « قده » ماملخصه : ان الشيخ « قده » يريد أن البيع
تمليك انشائي من الموجب (وان لم يحصل به الملكية عند العرف
كبيع مالا مالية له ، وكذا عند الشارع كبيع الخمر) اذ مفهوم البيع
متحقق بمجرد انشاء الموجب في اعتباره . . . فهو انما قال « انشاء »
ليبان دخول هذا في التعريف وانه لا يشترط في مفهوم البيع امضاء

الشرع أو العرف أو كليهما .

أقول : فالصحيح اذن زيادة كلمة « انشاء » كما اعترف به السيد « قده » أيضاً، لكفاية « التملك » لانه أمر اعتباري انشائي، ولو فرض أنه « قده » اراد التصريح بهذه الناحية لكان الاولى أن يقول « البيع تملك انشائي . . . » .

وأما ما عن بعضهم : من ان الشيخ « قده » يريد من « الانشاء » ما يقابل « الاخبار » فانه ليس بيعاً .
ففيه ما لا يخفى .

وقال المحقق الخراساني « قده » : « ان انشاء التملك ليس ببيع كما أنه ليس بتملك ، نعم انما هو جزء سببه . . » .
أقول: هذا صحيح ، فان الانشاء من البائع والقبول من المشتري هما الجزآن المتمحقق بهما البيع .

ثم ان بعض الفقهاء يعرف البيع السببي وبعضهم البيع المسببي وظاهر تعريف الشيخ « قده » هو الاول ، فهو اذن كالتعريف بـ « الايجاب والقبول . . » فيرد عليه ما أورده « قده » على تعريفه .

الاشكالات حول تعريف الشيخ

هذا ، وقد أورد الشيخ « قده » نفسه على تعريفه بأمور :
منها : أنه موقوف على جواز الايجاب بلفظ « ملكت » والا لم يكن مرادفاً لها .

واجاب : بأنه الحق كما سيحىء .

أقول : ان الترادف بين « بعث » و « ملكت » بهذا المعنى غير مسلم . فهو ليس كالترادف بين « البشر » و « الانسان » بل هو أعم من البيع ، مثل الترادف بين « الانسان » و « الحيوان الناطق » ، فيكون « ملكت » مع القيود اللاحقة به مرادفاً للفظ « بعث » ، وبذلك يخرج التعريف عن عمومه ويختص ببيع العين بالمال ، فلا يشمل بيع المنفعة باسقاط الحق - مثلاً - .

ومنها : انه لايشمل بيع الدين على من هو عليه ، لأن الانسان لايملك مالا على نفسه .

وأجاب : أولاً : بإمكان تصوير مالكية الشخص لما في ذمته .

أقول : وذلك لان كل اضافة تتقوم بطرفيها ، والملكية لاتتحقق الا بالمالك والمملوك - كما تقدم - أما كون المملوك في الخارج وتشخص المالك . . . ونحو ذلك فخارج عن قوام المفهوم الاضافي ، ولذا يتحقق البيع بانشاء الفضولي له . وعلى هذا فلاريب في تحقق مفهوم البيع في هذا المقام لصحة تصور طرفي النسبة فيه ، ومن هذا القبيل ما اذا كان للمدين في ذمة الدائن نفس المقدار الذي في ذمته له .

وثانياً : بأنه لو لم يعقل التملك لم يعقل البيع .

ومنها : انه يشمل التملك بالمعاطاة .

وأجاب : بأنه يبيع وان مراد النافين نفي صحته .

أقول : أي هو عندهم من هذا الحيث كالبيع الغررى ، فانه وان

كان باطلا لكنه بيع عند الكل .

ومنها: صدقه على الشراء ، فان المشتري يقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع .

واجاب: بأن التمليك فيه ضمني ، وانما حقيقته التملك بعوض ، ولذا لايجوز الشراء بلفظ « ملكت » تقدم على الايجاب أو تأخر . . . وفيه نظر ، لان تعريفه « قده » يعم التمليك الضمني كذلك .

أقول : يرد عليه الاشكال ببيع السلف ، فان الفقهاء أجمعوا على جواز كون الايجاب فيه من المشتري والقبول من البائع ، فيكون تمليك البائع ضمناً وتمليك المشتري أصلياً .

ولا يندفع هذا الاشكال بما ذكره السيد « قده » من أن المراد من كون التمليك ضمناً أن يكون المتعلق فيه على وجه العوضية ، ومن كونه أصلياً أن يكون على وجه المعوضية ، وفي السلم - وان كان الايجاب من المشتري - الا انه يملك على وجه العوضية ، فكأنه قال « اعطيتك الدراهم عوضاً عن تمليكك الطعام » ، فالمملك الاصلي فيه هو البائع . وجه عدم الاندفاع : ان الشيخ « قده » لم يذكر في تعريفه سوى ان البيع انشاء تمليك عين بمال . وهذا يصدق على فعل المشتري هناك ، لانه يملك البائع ، وليس فيه اعتبار كونه على وجه المعوضية حتى يخرج تمليك المشتري في الباب المذكور .

كلام المحقق الاصفهاني وما يرد عليه

هذا وقد استشكل المحقق الاصفهاني في الالتزام بالتملك في

موارد :

منها : بيع العبد على من ينعق عليه .

أقول : انه لامانع عقلا وعقلاءً من اعتبار الاضافة الملكية بين العبد ومن ينعق عليه ، لكن المانع هو الشرع « كما لامانع من تملك الكافر للمسلم الا شرعاً فقد منع عنه مطلقاً » لكن المتبع هو الدليل ، فلا بد من النظر الى مدى دلالته فهل يمنع عنه مطلقاً أو يستثنى « الان » لعدم صدق « السبيل » المنفي في الكتاب^(١) عليه ؟ الحق هو الثاني ، فالاشكال مندفع .

قال : وأما الالتزام بالملك الحكمي ففيه : انه ليس بيعاً حقيقياً ، والعبد انما ينعق في هذه الحالة من ملك البائع لا المشتري ، لعدم تحقق الانتقال .

أقول : لقد دل الدليل على عدم امتناع الملك القصير .

قال : والمستفاد من بعض الاخبار أن العتق يترتب على مجرد الشراء ، ولازم ذلك عدم الملكية الانية .

أقول : الانعتاق بمجرد الشراء يعني انه بالشراء يتحقق الملك فالعتق ، لان العتق معلول للشراء .

(١) قال الله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » سورة

النساء . الاية ١٤١ .

ثم انه « قده » نسب الى صاحب الجواهر « قده » القول بتقدم الملك على الانعتاق تقدماً ذاتياً لازمانياً. واعترض عليه بأنه خلاف التحقيق، اذ لا اعتبار للملك الا في الزمان ، فالملك لافي زمان غير معقول . . . لكن صريح كلام صاحب الجواهر وجود الملك في زمان الانعتاق مقارناً له ومتقدماً عليه ذاتاً ، ولا يقول بأنه رتبى فقط كما نسب اليه فراجع .

الكلام على الاشكالات الاخرى على تعريف الشيخ

ثم قال الشيخ « قده » : وبه يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمن تمليك العين بمال أعنى المنفعة . يعني: ان المستأجر هنا وان كان يملك العين بمنفعة كسكنى الدار - مثلاً- الا ان الاجارة أولاً وبالذات اعتبار الموجر الاضافة بين الدار ومستأجرها التي لازمها صيرورة المنفعة ملكاً للمستأجر أو كونه مسلطاً عليها ، فالاجارة في حد ذاتها هي السلطنة الناقصة في قبال البيع الذي هو السلطنة التامة ، وتضمنها أحياناً لتمليك العين من طرف المستأجر لادخل له بحقيقة الاجارة .

قال: ومنها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال وبالهبه المعوضة . وأجاب بما حاصله : ان حقيقة الصلح - ولو تعلق بعين - ليس هو التمليك على وجه المقابلة والمعاوضة، بل معناه الاصلي هو التسالم، ولذا لا يتعدى بنفسه الى المال . نعم قديتضمن التمليك اذا تعلق بعين، لكنه ليس تمليكاً لما ذكر .

أقول: ان الغرض الاصيلي من الصلح هو قطع المشاجرة والتراضى بين المتنازعين ، قال في مجمع البحرين : وفيه « الصلح جائز بين المسلمين الاصلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » أراد بالصلح التراضي بين المتنازعين ، لانه عقد شرع لقطع المنازعة . . . قال بعض الافاضل : أنفع العقود الصلح لعموم فائدته ، فانه يفيد فائدة سائر عقود المعاوضات من البيع والاجارة والعارية ونحو ذلك ، ويصح على مافي الذمة من غير عوض ، لانه ليس من شرطه حصول العوض ، وانما شرع لقطع المنازعة - الخ .

وبالجملة ، فالصلح هو التسالم لابعنى تسليم كل من الطرفين شيئاً للآخر ، بل بمعنى التوافق ، وهو ما يعبر عنه بالفارسية بـ « سازش و سازگاری » ، ولذا لا تتعدى الصيغة الى المال بنفسها . فظهر أن الصلح أمر آخر غير البيع . نعم قد يستفاد منه فائدة البيع كما اذا أوقعا البيع بصورة الصلح - لاجل سقوط الخيار الخاص بالبيع كخيار المجلس حيث ورد « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » - صار كل منهما مالاً لما انتقل اليه فور وقوع الصلح ، وقد يفيد فائدة الاجارة لو تعلق بالمنفعة ، ولو تعلق بالحق أفاد الاسقاط .

ويدل على أن حقيقة الصلح ليست الاتسالم ، عدم اعتبار طلب الصلح من الخصم اقراراً بكون الشيء ملكاً للآخر ، بخلاف ما اذا طلب التمليك فانه يعتبر اقراراً .

قال « قده » : وبالهيئة المعوضة . . .

أقول : المراد من الهبة المعوضة هو أن يهبه الشيء ويشترط عليه الهبة - أمّا بصورة شرط الفعل أو بصورة شرط النتيجة - والاول كأن يقول « وهبتك هذا بشرط أن تهبني كذا » ، والثاني أن يقول « وهبتك هذا بشرط أن يكون ذاك ملكاً لي » . وأما لو وهبه شيئاً ووهبه الآخر شيئاً كذلك فهو من باب المقابلة بالاحسان، ولا ينتقض به على التعريف لعدم صدقه عليه أصلاً .

وقد أجاب الشيخ عن النقض بالهبة المعوضة : بأن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض غير المشترط فيها من حيث كونه تملكاً مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين .

توضيحه: ان البيع حقيقة تملك مال بمال، وبعبارة أخرى تبديل أحد المالين بالآخر . بخلاف الهبة المعوضة ، فانها وان اشتملت على العوض الا انه لم يقع أحد المالين مقابلاً للآخر، فان حقيقة الهبة الاعطاء بلا عوض ، غير أن لهذا الاعطاء المجاني داع البتة ، والداعي يختلف باختلاف الموارد ، فتارة هو طلب رضا الله عز وجل وتحصيل ثوابه ، وأخرى اضاء نفسه، وثالثة علمه بأن هذا الاعطاء بالمجان يدعو الطرف الآخر على أن يهبه شيئاً . ومانحن فيه من هذا القبيل، فهو من باب الداعي لا المقابلة ، وذكر العوض بهذا النحو غير مناف لمفهوم الهبة .

وقال السيد «قده» ماملخصه : ان حقيقة الهبة قوامها عدم العوض،

وأما الهبة المعوضة فهي عندهم أن يعطي الشيء للموهوب له ويشترط عليه أن يهبه شيئاً في مقابل هبته لافي مقابل العين التي وهبها ، ويصح أن يقول « وهبتك كذا بهبتك كذا » من غير اشتراط للعوض . . بأن تكون الهبة مقابلة بهبة .

أقول : انه في مورد الاشتراط يتحقق التزامان، فان وفي الاخر بما اشترط عليه والتزم به فهو والا فان الهبة من جهته صحيحة ، والسيد « قده » يصحح أن يقول: وهبتك كذا بهبتك كذا، ويترتب على ما ذكره أنه لو لم يهب الاخر بطلت الهبة من طرفه . . . كما صرح به ، لكن الصورة التي ذكرها « قده » لاتخلو من الجمع بين المتنافيين ، فانه ان كان هبة كيف يجعل في مقابله شيء ؟

وقد أوضح « قده » ما ذكره : بأن الهبة تكون تارة بنحو جعل شيء في مقابل شيء وهذا ليس هبة في الحقيقة بل انه بيع ، وأخرى يجعل فعله مقابلاً لمال يدفعه المتهب . . وهذه هبة معوضة .
أقول: هذا مما لا يمكن تعقله، لان انشاء الهبة معنى وجعل المال في مقابله يحتاج الى لحاظه بالمعنى الاسمي ، والجمع بين اللحاظين غير معقول .

الكلام في اخراج القرض عن تعريف الشيخ

قال الشيخ: وبقي القرض داخلاً في ظاهر الحد ويمكن اخراجه...
أقول: قد اخرج القرض بأنه - وان كان تمليكاً لامجاناً - لكنه

ليس فيه معاوضة ، فلذا يكفي أن يقول « اقرضتك هذا » بلا أن يقول بعده « بمثله أو بقيمته » . .

فهو يجعل الشيء ملكاً للاخر مع ضمانه بدفع عوضه اليه ان لم تكن عينه موجودة ، فلو تلفت توجه الضرر اليه لالي المقرض .

ومن هنا لايعتبر في القرض الربوي مايعتبر في البيع الربوي من كونه مكيلاً أو موزوناً ، كما أنه لاغرر في القرض ، فلايعتبر العلم بالوزن أو الكيل أو القيمة ، فلايضر الجهل ويكفي أن يقول « اقرضتك هذا » .

أقول: لكن عدم اعتبار العلم الي هذا الحد مشكل ، فمن المستبعد تصحيح العرف وامضاء الشارع معاملة أو عقداً لايعلم الطرفان مقدار المال أبدأ ، فانه يؤدي الي النزاع والاختلاف عند الاداء ويلزم الغرر . نعم لا يضر الجهل بالخصوصيات في حين العقد فيما اذا علم المقرض أو كلاهما بعدئذ بما ينتفي معه الغرر . اللهم الا ان يقال ان هذا جاز في الجهل بالوزن أيضاً .

نعم ما ذكره «قده» من عدم اعتبار مايعتبر في الربوي في القرض صحيح ، ولكن هذا لا يقتضي التغاير ، فلا يخرج به « القرض » عن حد « البيع » . نعم ليس القرض تملك مال بمال ، بل هو تملك مال لاعلى وجه المجاز .

المختار في تعريف البيع

وبالجملة ، ان تملك العين بمال هو البيع وليس صلحاً اجارة

وهبة . ولو علم به وشك في انه هل كان بيعاً أو غيره؟ فالاصل هو البيع وتترتب عليه آثاره دون غيره من المعاملات . . والمراد من الاصل هنا هو الغلبة .

ولو تلفظ بالبيع وشك هل أراد المعنى العرفي أو معنى مجازياً كالأجارة؟ رتب أثر الاول لاصالة الحقيقة . وأما لو ملك عيناً بمال بأن قال « ملكتك كذا بكذا » فشك في انه تمليك بيع أو صلح مثلاً؟ فلامعنى للاصل هنا ، لان احتمال الصلح ساقط ، فلا يقال : الاصل هو البيع ، لان تمليك العين بمال هو البيع في الحقيقة وهو حقيقة البيع . فتلخص : أنه في كل مورد كان تمليك مال بمال فهو بيع .

اقول: وربما يتبادل الناس فيما بينهم الاشياء وليس هناك عنوان « العوض » و « المعوض » وعنوان « البائع » و « المشتري » ، وهذا ما يقال له بالفارسية « سودا كردن » . فظاهر كلام الشيخ « قده » اعتباره بيعاً وترتيب آثاره عليه من الخيارات الخاصة بالبيع .

وربما يقال بعدم كونه بيعاً لفقد بعض شرائطه ، فليكن معاملة مستقلة تشملها أدلة الوفاء بالعقود ، وتترتب عليها الخيارات العامة مثل « خيار الغبن » . وهذا هو الاولى .

هل يشترط وجود العوضين منحازين قبل البيع ؟

هذا، وظاهر عبارة المصباح بل صريحها: وجود الثمن والمشمون منحازين ذهنياً او خارجاً وبغض النظر عن البيع والا لم ينعقد البيع ،

لانه بيع فاسد. لكن الفقهاء يقولون بفساد بيع «المزابنة» و «المحافلة»،
والمراد من الاول :

تارة : بيع التمر على النخل في مقابل التمر على النخل، وهذا
بيع لعدم الاتحاد بين الثمن والمثمن .

واخرى: بيع رطب هذه النخل بتمرها وهذا ليس بيعاً للاتحاد.
والمراد من الثاني : بيع السنبل ، وهو على نحوين :

فتارة يباع كله في مقابل حبه .

واخرى يباع السنبل بنفسه .

فالاول صحيح دون الثاني، للاتحاد وعدم تعقل طرفي الاضافة فيه،
اذ لا يعقل بيع الشيء بنفسه .

فالفقهاء يقولون بتحقق البيع في هذه لكنه فاسد (خلافاً لصاحب
المصباح حيث يقول بعدم تحقق مفهوم البيع، بل قد استثنوا من تحريم
بيع « المزابنة » بيع « العرية » للنص الوارد في ذلك^(١) .

ولكن الظاهر ان اطلاق « البيع » سواءً في الروايات وكلمات
الاصحاب على هذه المعاملات مجاز ولاسيما بيع العرية ، فكأنه يقول
له لك هذا التمر واعطني كذا تمرأ ، ويؤيد ذلك التعبير عنها بلفظ
« العرية »^(٢) .

(١) وسائل الشريعة ٢٥/١٣ الباب الرابع عشر من أبواب بيع الثمار من

كتاب التجارة .

(٢) ان كان مأخوذاً من الاعارة .

قال السيد « قده » : الا أن يقال بكفاية التعدد الاعتباري .
أقول : وفيه نظر لا يخفى .

معان للبيع ذكرها كاشف الغطاء والكلام حولها

ثم ان الشيخ « قده » نقل عن بعض من قارب عصره أنه قال :
يستعمل البيع في ثلاثة معان :
أولها - انه تمليك عين بمال بشرط تعقبه بالقبول . وعن بعض
مشايخه انه المراد من « البيع » في كلمات علمائنا ، ثم قال « قده » :
لعله للتبادر .

أقول : ان الشيخ « قده » يرى أن « البيع » يتحقق بنفس التمليك
ولا يشترط تعقبه بالقبول ، لكن هذا اللفظ ينصرف الى المتعقب بالقبول
عند الاطلاق ، باعتبار أنه الفرد المؤثر من البيع ، وأما الذي لم يتعقبه
فلا تترتب عليه الاثار وان كان مفهوم « البيع » متحققاً به .
قال : الثاني - انه الاثر الحاصل من الايجاب والقبول أو الاول
فقط وهو الانتقال .

والثالث - انه نفس الايجاب والقبول ، أي العقد . وقد ادعى
الاتفاق على أن المراد من قولهم كتاب البيع . . الصلح . . الاجارة هو
كتاب أحكام عقد البيع - الخ ، فما وضعت له هذه العناوين هو «العقد» .
قال السيد « قده » : شرائط البيع تارة شرط للتأثير فلو لم يتحقق
تحقق البيع والملكية ولكن في اعتبار البائع ولا أثر له شرعاً وعرفاً ،

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

وأخرى شرط لتحقيق الملكية ، كما اذا خاطب الحائط قائلاً بعتك كذا بكذا ، فان هذا ليس بيعاً حتى عند البائع نفسه ، لعدم صحة اعتبار المالكية للجدار، فهنا لم يتحقق البيع أصلاً .

أقول : والواضح من هذا المثال : انه لو خاطب في الظلام أحداً تخيلاً حضوره قائلاً « بعتك كذا بكذا » ثم لما زالت الظلمة ظهر أنه كان قد تخيل . فانه ليس بيعاً وان تحقق اعتبار التمليك من البائع . اذن في بعض الموارد ينتفي مفهوم البيع بعدم تعقب الايجاب بالقبول .

ثم أورد السيد « قده » على نفسه : بأنه يلزم - على هذا - أن يكون « بعت » في مورد الاخبار غيره في مورد الانشاء ، بأن يكون في الاول متعقباً بالقبول ولولاه لم يصدق الخبر دون الثاني ، لان القبول ليس بيده حتى يكون موجداً للبيع المتعقب بالقبول ، فربما لم يقبل الطرف الاخر .

وأجاب بأنه لا مانع من الالتزام بذلك ، فيختلف المعنى بالتعقب وعدمه .

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

وتعريف 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 موضوعة للصحيح أو الاعم منه والفاقد وعلى الثاني لاشكال في التمسك بقوله تعالى « أحل الله البيع » ونحوه من العمومات في مشكوك الصحة ، الا اذا قام دليل خاص على بطلان عقد أو معاملة . وعلى الاول فيه اشكال سيأتي الكلام عليه بالتفصيل . قال في المسالك : البيع موضوع للصحيح ، ولذا لو حلف على بيع شيء وأوقع البيع الفاسد فقد حنث وعليه الكفارة ، وكذا الكلام في سائر العقود والعبادات الا الحج لان الفاسد منه يجب المضي فيه . فلو حلف بترك الصلاة والصوم اكتفى بمسمى الصحة وهو الدخول فيهما ، فلو أفسدها بعد ذلك لم يقع الحنث ، ويحتمل عدمه لانه لا يسمى صلاة شرعاً ولا صوماً مع الفساد . وعليه الشهيد الاول « قده » أيضاً .

وقد أشكل على المسالك : بأنه اذا كانت « الصلاة » موضوعة للصحيحة وقد كان حلف على الترك فكيف لم يحنث ان أفسدها بعد الدخول فيها؟ وأيضاً : لو حلف على الترك لم يجز له الاتيان بمتعلق الحلف ، فلا يجوز له الدخول في الصلاة حينئذ ، فهي فاسدة من أول الامر . وأما الحج ففيه قولان : اختار بعضهم صحته ، وذهب آخرون

الى فسادہ - كما ذكرنا ذلك في محله بالتفصيل - وعلى الثاني فان الامر بالمضي والاتمام عقوبة لا يستلزم كونه حجاً .
وكيف كان، فقد استدل للقول الاول بالتبادر وبعدم صحة السلب عن الصحيح .

أقول : ان تم ذلك بالنسبة الى الصحيح فلا ينافي كون الفاسد موضوعاً له أيضاً . وهذا ما أورده في القوانين على المسالك .
واستدل الشيخ « قده » بصحة السلب عن الفاسد .

أقول : وفيه نظر، لان البيع الفاسد « بيع » عند العرف ، وفي الخبر ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الغرر^(١) فهو بيع لكنه فاسد .

واستدل للثاني بصحة التقسيم .
وأجيب : بأنه أعم من الحقيقة والمجاز .
وفيه : ان ظاهر التقسيم - في كل مورد - كونه على الحقيقة ، اذ التقسيم لا يناسب التجوز .

(١) قال في مجمع البحرين ٢٣/٣ : وفي الخبر « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر » .

وفي الوسائل ٢٦٦/١٢ عن الشيخ الصدوق قدس سره عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حديث المناهي قال : ونهى عن بيع وسلف ، ونهى عن بيعين في بيع ، ونهى عن بيع ما ليس عندك ، ونهى عن بيع ما لم يضمن .

وانظر ما بعده عن معاني الاخبار .

فالحق : أن الالتزام بالقول الاول مشكل .

التمسك بالاطلاق في المعاملات

وعلى الاول يشكل التمسك بالعمومات والاطلاقات فيما شك في كونه صحيحاً أو فاسداً ، كما اذا وقع العقد لا بالعربية - مثلاً - لانه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية .

وقد أجاب السيد « قده » عن ذلك بصحة التمسك بها - بناءً على الصحيح أيضاً ، في العقود بل العبادات كذلك ، اذ ليس المراد من الوضع للصحيح دخل مفهوم الصحة في الموضوع له بنحو الشرط أو القيد ، بل المراد ان الموضوع له هو الجامع لشرائط الصحة ، فلو شك في عقد بيع - مثلاً - يتمسك بالاطلاقات لانه بيع ، لا أنه ليس بيعاً حتى يكون تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية .

أقول : اذا كان موضوعاً للجامع لاجزاء الصحة وشرائطها شرعاً و عرفاً فشك في صحة بيع من جهة شرطية شيء فيه أو جزئية فقد شك في أنه بيع أولاً ، فان تمسك بالعام حيثئذ كان تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية .

فجوابه « قده » غير واضح .

وأجاب الشيخ « قده » بأنه يمكن أن يقال : ان « البيع » عند العرف يستعمل في الصحيح ، أي ما كان صحيحاً واقعاً ، لكن ما كان صحيحاً عرفاً صحيحاً شرعاً تارة وأخرى غير صحيح عنده - لعدم جامعته

لشروط الصحة المعتمدة عنده - كما أن بيع الهازل ليس بيعاً عرفياً .
والتمسك بالاطلاق يتم بناءً على الصحيح العرفي عند الشك في
الصحة الشرعية .

أقول : تارة يكون ما وضع له لفظ « البيع » حقيقة واحدة في
نظر الشارع والعرف معاً ، وهو البيع الجامع للأجزاء والشروط المعتمدة
لدى العرف والشرع ، غير أنه قد يشبه الأمر على العرف في مرحلة التطبيق
فيجعل البيع الربوي - مثلاً - من مصاديق هذا البيع والشرع يردعه
عن ذلك ويخطئه في تطبيقه .

وعلى هذا فالمراد من « البيع » في قوله تعالى « أحل الله البيع »
هو الجامع للأجزاء والشروط المعتمدة شرعاً وعرفياً . وحينئذ فإن اخطأ
العرف في التطبيق ردعه الشارع ، والا كان المراد من كلامه (أي الشارع)
نفس ما فهمه العرف ، فالمفاهيم منزلة على نظر العرف ما لم يخطئه .

أقول : وهذا إنما يتم بناءً على ما ذهب إليه الشيخ « قده » من
أن الملكية أمر حقيقي خارجي لا اعتباري جعلي .

وأخرى : يكون للعقود حقيقة شرعية - بأن يكون ما وضع له
اللفظ عند الشرع غير الموضوع له لدى العرف - وعليه ، فلا يجوز
التمسك بالاطلاقات .

وقد ذهب كثير من الأصحاب إلى أن الملكية أمر اعتباري لا
حقيقي ، فالعين هي نفسها في يد عمر و كما كانت في يد زيد من حيث
الخصوصيات وغيرها ، غير أن العقلاء اعتبروا للاختصاص بهذا - بعد

أن كان لذلك - اسباباً فيما بينهم حفظاً للنظام ودفعاً للهرج والمرج .
ومن هنا لو ردع الشارع عن بيع - كالبيع الربوي - (وان
كان بيعاً عند العرف) كان بياناً لما هو الموضوع له « البيع » عنده وانه
غير الذي وضع له عند العرف . وبعبارة أخرى : يكون للبيع حقيقة
شرعية ووضعه آخر غير وضع العرف ، وعلى هذا لا يمكن التمسك
بالاطلاقات عند الشك في صحة بيع .

فتلخص : انه بناءً على الوضع للصحيح يصح التمسك بالاطلاقات
عن طريق القول بأن العقد الصحيح عند العرف والشرع واحد وحقيقة
فاردة ، غير أن العرف قد يخطأ في التطبيق في مورد ما ثم الشارع يردعه
الا أن هذا يتم بناءً على أن الملكية أمر واقعي .

وأما بناءً على انها أمر اعتباري - وان المعتبر عند الشرع غيره
عند العرف - فيتمسك لان الخطابات الشرعية منزلة على المفاهيم العرفية
الا ما خرج بالدليل .

ويرد عليه ما ذكره السيد « قده » من أنه : فما فائدة وضع

الشارع حينئذ ؟

ويمكن أن يجاب عنه ، بأنه اذا كان « بيع » صحيحاً عند العرف
- وهو موضوع للاعم من الصحيح والفاسد - فانه يتمسك بالاطلاقات
عند الشك ، وأما اذا كان الوضع عندهم للصحيح فقط فانه هو الموضوع
له عند الشرع أيضاً (فليس الموضوع له الشرعي غير الموضوع له
العرفي) غير أنه لا جعل للشارع بالنسبة الى بعض الافراد التي يرى

العرف صحتها ، فالموضوع له واحد غير أن الشارع لا يمضي بعض
الأفراد . اذن يتمسك بالاطلاق الا في المورد الذي نص الشارع على
عدم ترتيبه الاثر عليه .

بقي اشكال السبب والمسبب :

وهو : أنه ان كان الشارع يريد من امضاء العقود في مثل «أوفوا
بالعقود» امضاء الاسباب ، فلا اشكال في التمسك بالاطلاق - والمراد
من « العقود » هي العقود العرفية - لان الخطابات الشرعية منزلة على
ما عند العرف ، وأما ان أراد من ذلك امضاء المسببات ، أي ما يحصل
منها - وهو النقل هو الممضى شرعاً - فان هذا لا يقتضي امضاء ما يعتبره
العرف سبباً للنقل ، فلا يمكن حينئذ التمسك باطلاق المسبب فيما شك
في كونه سبباً ناقلاً .

وأجاب بعض المحققين : بأنه ان كان المراد من « أوفوا بالعقود»
هو الامضاء فان امضاء المسبب يستلزم امضاء السبب ، وان كان المراد
منه جعل الحكم - أي وجوب الوفاء بالمسبب - فلا يستلزم الحكم
بالوفاء بالسبب .

أقول : الظاهر عدم الفرق بين الأمرين ، فانه يستلزم الوفاء بالسبب
الا اذا نصّ على عدم انفاذه بسبب من الاسباب ، فلا مانع من التمسك
بالاطلاق .

والمختار - بناءً على عدم الحقيقة الشرعية - ان المراد من
« البيع الصحيح » هو الصحيح العرفي الشرعي ، وبهذا صرح الشيخ

« قده » في آخر كلامه، وعليه فالمحلل في « أحل الله البيع » هو البيع العرفي . نعم يخطأ العرف في كل مورد لا يراه بيعاً صحيحاً ويردعهم عن ترتيب الاثر عليه .

ولولم يصح التمسك بالاطلاق يتمسك بالاطلاق المقامي المستفاد من الاية مع عدم التقييد مع كونه في مقام البيان ، بل هو في الواقع انفاذ وقبول لما يراه العرف بيعاً صحيحاً والالردع .
وعلى فرض عدم جواز التمسك به أيضاً فلاسبيل الى التمسك بالبراءة ، بل في موردالشك في تحقق الملكية بعقد ما يبنى على عدم الصحة ، وأما المسبب فان الاصل في العقود هو الفساد .

المعاطاة

لا ريب في عدم تحقق « البيع » بالاعتبار المجرد ، بل لابد له من مبرز، فان كان الابرار بالقول - وهو الايجاب والقبول - فلا اشكال ولاخلاف في تحقيقه بذلك ، وان كان بالفعل - وهو المعاطاة - فهو مورد البحث والكلام ، فهل تنفيذ المعاطاة الملك أو الاباحة؟ وعلى الاول فهل هو لازم أو جائز !

أنحاء المعاطاة وآثارها

والمعاطاة : ان كانت على وجه الاجبار لم تفد شيئاً ، اذلا اعتبار حينئذ ، ولا يمكن التعاطي من غير قصد ، وأما مع القصد فلا تخلو من ثلاثة أقسام :

- ١ - الاعطاء مع قصد الاباحة .
- ٢ - الاعطاء مع قصد التمليك .

٣ - الاعطاء مع قصد الامانة .

فالاول يفيد الاباحة ، والثاني التملك ، والثالث الامانة . وفي تعيين كل واحد منها لابد من قرينة زائدة على الاعطاء ولو كان معاملة مفهومة للمقصود حتى يؤثر فيه .

واما الاعطاء بلا قصد فعلى فرض امكانه لا يفيد شيئاً ، لان مجرد الاعطاء لا يكفي دليلاً على الرضا ويكون المال مغضوباً عند الاخذ ، فان قصد النقل (من غير قصد لنوع من انواعه بالخصوص) فلا اثر له أيضاً كذلك ، لان أقسام النقل معينة بعناوينها من البيع والهبة والاجارة ... فقصد الجنس دون الفصل غير ممكن - فتأمل .

وانما الكلام في التعاطي بيعاً وتمليكاً - بأن يعطي احدهما بقصد التملك بعوض ويقبل الاخر باعطاء العوض - أو اباحة - بأن يتعاطيا على نحو التراضي والاباحة في التصرف منهما بلاملك فهل يصح أو لا؟ هنا مطالب :

الاول : ماهو المتعارف بين الناس ؟ فيه قولان .

الثاني : ماهو الحكم في الحالين؟ ان قصد الاباحة لم يفد الملك كما هو واضح ، واما ان قصد التملك ففيه أقوال : فقيل انه يبيع لازم ، وقيل بل جائز ، والثالث انه يبيع فاسد لعدم الصيغة . والملك لملكه لكن يترتب عليه الاباحة تعبداً عند بعضهم ، وقيل بل من المالك ، وذهب بعضهم الى عدم جواز التصرف .

وأما اذا لم يقصد لا الاباحة ولا التملك فاما لا يعقل أصلاً ، واما لا يترتب عليه شيء . فيكون المعطى بحكم المغصوب .

كلمات الفقهاء حول المعاطاة

الثالث : ما المستفاد من كلمات الاصحاب في المقام ؟
قال المحقق الثاني «قده» : ان محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها التملك، ولذا فقد نزل الاباحة في كلام الفقهاء على الملك الجائز .
وقال صاحب الجواهر « قده » : ان محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة ، وأبقى الاباحة في كلامهم على ظاهرها .
ولنقل كلمات جماعة من الفقهاء في المقام ونذكر ما يمكن أن يستفاد منها ، فنقول :

قال في الخلاف : « اذا دفع قطعة الى البقلى أو الشارب فقال اعطني بها بقلا او ماء فأعطاه فانه لا يكون بيعاً ، وكذلك سائر المحقرات ، وانما يكون اباحة له ، فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه . . . » .

أقول: قوله «انما يكون اباحة» يحتمل أن يكون حكماً ويحتمل ارادة ان المتعاطيين يبيع كل منهما التصرف في ماله للاخر . وأما قوله « فيتصرف كل منهما » فصريح في عدم الملك .

وكلامه « قده » في المبسوط يحتمل فيه الوجهان المذكوران كذلك ، فقد قال هناك مانصه « فأما البيع : فان تقدم الايجاب . . . وان

تقدم القبول ... فاذ ثبت هذا فكل ما يجري بين الناس انما هو استباحات وتراض دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً ، مثل أن يعطي للخباز درهماً فيعطيه الخبز أو قطعة للبقلي فيناوله البقل ، وما أشبه ذلك . ولو أن كل واحد منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك ، لانه ليس بعقد صحيح هو بيع .»

لان ظاهر قوله «انما هو استباحات وتراض» عدم قصد المتعاطيين الملك ، وظاهر قوله «لانه ليس بعقد صحيح هو بيع» كونه بيعاً غير صحيح .

فظهر أنه لا يمكننا نفي ارادته «قده» كون المعاطاة مقصوداً بها الاباحة ، بمعنى استباحة كل من المتعاطيين التصرف في مال الاخر منه ، فما ذكره المحقق الثاني «قده» لا يساعده كلام الشيخ «قده» .

ثم قال في الخلاف - بعد العبارة المذكورة - « وفائدة ذلك أن البقلي اذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك ، لان الملك لم يحصل لهما . وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة يكون بيعاً صحيحاً وان لم يحصل الايجاب والقبول ، وقال ذلك في المحقرات دون غيرها .

دليلنا ، ان العقد حكم شرعي ولادلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت ، وأما الاباحة بذلك فهو مجمع عليها لا يختلف العلماء فيها .»

لكن الاستدلال - للحكم بالاباحة - بالاجماع غير تام ، لوجود
الخلاف فى المسألة .

* * *

وقال فى السرائر: « . . فاذا دفع قطعة الى البقلى أو الى الشارب
فقال «اعطني» فانه لا يكون بيعاً ولا عقداً ، لان الايجاب والقبول ما حصلوا ،
وكذلك سائر المحقرات وسائر الاشياء محقراً كان أو غير محقر من الثياب
والحيوان ، وانما يكون اباحة له ، فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً
مباحاً من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه ، ولكل منهما أن يرجع
فيما بذله ، لان الملك لم يحصل لهما . وليس ذلك من العقود الفاسدة
لانه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما ،
وانما ذلك على جهة الاباحة » .

أقول : وهذا ظاهر فى دعوى صاحب الجواهر « قده » ، اذ لو
كانا قاصدين للملك لكان عقداً فاسداً ، بل انهما يقصدان الاستباحة ،
ولذا كان لكل منهما أن يرجع فيما بذله .

* * *

وقال فى الغنية : « واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزاً عن
القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البائع ، بأن يقول
« بعنيه بألف » فيقول « بعتك بألف » ، فانه لا ينعقد بذلك ، بل لابد أن
يقول المشتري بعد ذلك « اشتريت » أو « قبلت » ، حتى ينعقد ، واحترزاً
أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة ، نحو أن يدفع الى البقلى قطعة ويقول

« اعطني بقلا » فيعطيه ، فان ذلك ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف .
يدل على ماقلناه الاجماع المشار اليه ، وأيضاً فما اعتبرناه مجمع
على صحة العقد به وليس على صحة ماعداه دليل ، ولما ذكرنا نهى
صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المنابذة والملامسة ، وعن بيع الحصاة
على التأويل الاخر ، ومعنى ذلك أن يجعل اللبس بشيء أو النبذ له والقاء
الحصاة بيعاً موجباً .

اقول : يعني انه كما لا ينعقد البيع فيما اذا لم يقل المشتري بعد
الايجاب « اشتريت » أو « قبلت » كذلك المعاطة لا ينعقد بها البيع مطلقاً ،
وهذا ظاهره قصد المتعاطيين التمليك لا الاباحة .

ويحتمل أن يكون في مقام بيان الفرق بين قول المشتري للبائع
« بعني » وقوله له « اعطني » ، فان كليهما لا ينعقد به البيع ، الا أن الثاني
يفيد الاباحة للتصرف .

والذي يظهر لي أن المراد من هذه « الاباحة » هي « الاباحة المالكية »
لا « الاباحة الشرعية » .

كما أن استدلاله بالادلة الثلاثة ظاهر في أن المفروض قصدهما
الملك ، والالكان الاولي أن يستدل لعدم انعقاده بعدم القصد ، لكن من
المحتمل استدلاله بها لعدم انعقاد البيع بقوله « بعني » لالعدم انعقاده
بقوله « اعطني » .

* * *

وقال الحلبي « قده » في الكافي بعد ذكر شروط صحة البيع :

« فان اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم ، وان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضي دون عقد البيع ويصح معه الرجوع » .

قال الشيخ « قده » : وهو في الظهور قريب من عبارة الغنية .
أقول : بل أظهر منها ، غير أنه لم يتعرض للمعاطاة ونفى كونها بيعاً بصراحة .

* * *

وقال المحقق في الشرائع : « ولا يكفي التقابض من غير لفظ وان حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع » .
أقول : أي لا ينعقد البيع بالتقابض سواء قصد المتقابضان البيع أولاً . . . وليس في عبارته ما يفيد اباحة التصرف حينئذ وعدمها .

* * *

وقال الشهيد « قده » بعد قوله قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي : « وأما المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الاباحة لا الملك وان كان في الحقير عندنا » .

أقول : قوله « فهي تفيد الاباحة لا الملك » صريح في عدم افادة المعاطاة الملك ، وأما افادتها الاباحة فهي بناءً على ما ذهب اليه « قده » من أن تسليط شخص غيره على ماله بالعقد الفاسد يفيد جواز تصرفه فيه وعدم ضمانه له اذا تلف ، ولا يستفاد من عبارته هذه ان قصد الملك افادت الاباحة دونه ، فلعله يقول بافادتها الاباحة من حيث أن

التسليط على الشيء مع العلم بفساد المعاملة يستلزم اباحة التصرف .
الا ان هذا مما لا يلتزم به الفقهاء، بل انهم يقولون في خصوص المعاطاة
بأن الفعل لا يقوم مقام القول، فتفيد الاباحة لكن لامطلقاً، كما لا يلتزمون
بعدم الضمان في المأخوذ بالعقد الفاسد ، الابعضهم مع علم المعطى
بفساد العقد .

نتيجة البحث

وبعد ، فقد ظهر ان عبارات الفقهاء في المقام مختلفة ، فلاسيبيل
الى جمعها على معنى واحد، وحينئذ نقول: لاشكال في جواز التصرف
فيما أخذ بالمعاطاة ان كان التعاطي بقصد الاباحة ، وانما الاشكال في
التصرفات الموقوفة على الملك . فقد قيل ، بأن الاذن بالتصرف يقتضي
الاذن في التملك أو لائم التصرف فيه بشتى انحائه، وقيل بعدم كفاية الاذن
لهذه الجهة .

ثم ان الشائع بين الناس في هذه الازمنة ليس غير الشائع بينهم
في عصر الشيخ الطوسي «قده» ، وعلى هذا فما يقصدونه هو الاستباحة
والتراض ، وأما ان قصدا الملك كان بيعاً عرفاً تشمله العمومات كقوله
تعالى « أحل الله البيع » وقوله « الا أن تكون تجارة عن تراض » . بل
مقتضاها افادة اللزوم أيضاً ، فلا بد للقاتل بعدمه من اقامة الدليل . اللهم
الا اذا قام الدليل على عدم انعقاد البيع بالمعاطاة .

قال الشيخ « قده » : قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة

في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، ومع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد وحاشية الارشاد انهم أرادوا بالاباحة الملك المتزلزل وزاد في الثاني « ان مقصود المتعاطيين اباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع ، فان حصل مقصودهما ثبت ماقلناه ، والاوجب أن لا تحصل اباحة بالكلية ، بل يتعين الحكم بالفساد ، اذ المقصود غير واقع ، فلو وقع غيره لوقع بغير قصد وهو باطل » .

وأجاب الشيخ « قده » عنه : بأن الفقهاء يحكمون بالاباحة المجردة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصدهما التملك ، وان الاباحة حصلت من استلزام اعطاء كل منهما سلعته مسلطاً عليها الاخر الاذن في التصرف فيه بوجوه التصرف .

وأجاب المحقق الاصفهاني « قده » عنه أيضاً : بأن ما وقع هنا ليس غير مقصود ، لان وقوع بعض المقصود كاف ، اذ الملكية ذات مراتب ، فعند ما يملكه الشيء يقول « ملكتك ذاته وتملكه الانتفاع به » ، فاذا اشترط الشارع الصيغة في تملك الذات والتملك بقي الانتفاع وهو حاصل بالمعاطاة مع قصد التملك .

أقول : ان الملكية أمر بسيط وليس الاملك الذات ، وأما ملك المنفعة وحق الانتفاع فانما يترتبان على تملك الذات وبتبعه فلا مراتب للملكية . وعليه فاذا زالت ملكية الذات زالت الامور المترتبة عليها ، ولذا لو باع المستعير (وهو مالك المنفعة بالاستعارة) الشيء فضولة لم يملك المشتري المنافع ، ومن هنا يظهر وجود التضاد بين العين والمنفعة مستقلاً .

وقال المحقق الخراساني « قده » : ان المعاطاة بيع يفيد الملك ،
الا أنه يؤثر التمليك شرعاً بشرط التصرف الملمزم .
وقد استلطف المحقق الاصفهاني « قده » هذا الوجه لكنه أجاب
عنه بعدم وقوفه على من وافقه عليه .

أقول : انه يقول بتأثير المعاطاة الملك بشرط تلف أحد العوضين
بالتصرفات الموقوفة على الملك كالتق والوطي والوقف . لكن الحق
أنه لا تعقل الملكية المقيدة بتلف العين ، لانه ان أريد أن التلف كاشف
عن الملكية من أول الامر - نظير الاجازة في عقد الفضولي على قول -
فالملكية تتحقق حينئذ لمن علم بتعقبها لذلك دون من لم يعلم به ، وهذا
لا يلتزم به احد . وان أريد أن التلف ناقل لا كاشف ، ففيه ما تقدم من
أن اعتبار الملكية بعد تلف العين غير معقول ، ولو سلم اعتبار العقلاء
للملكية بعد التلف - لاجل آثار ترتب عليها - فان اعتبارها مشروطة
بالتلف غير معقول ، وليس من شأن العقلاء جعل هكذا معاملة . فما ذكره
« قده » مخالف لكلمات العلماء وبناء العقلاء .

هذا ، والصحيح - كما قال المحقق الخراساني « قده » - انه لا
موجب ولاداعي للجمع بين هذه الكلمات .

الاقوال في المسألة

قال الشيخ « قده » : فالاقوال في المسألة ستة :
١ - انها تفيد الملك اللازم . . وقد نسب هذا القول الى الشيخ

المفيد « قده » ، وعن العلامة « قده » : الأشهر عندنا انه لا بد من الصيغة .
ومفهوم هذا الكلام ان افادتها للملك خلاف المشهور .

٢ - اللزوم بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظاً ،
حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني « قده » وبعض متأخري المحدثين .
قال الشيخ « قده » : لكن في عد هذا من الاقوال في المعاطاة
تأمل .

أقول : لا يريد القائل اشتراط الصيغة (الايجاب والقبول) فانه
ليس بمعاطاة ، بل المراد أن يتقاولا فيما بينهما ثم يتعاطيا عوضاً عن
الصيغة ، فلامجال لتأمل الشيخ « قده » .

٣ - الملك غير اللازم ، وقد ذهب اليه المحقق الثاني « قده » .

٤ - عدم الملك ، لكن التصرفات كلها - حتى المتوقفة على
الملك - مباحة ، قال الشيخ « قده » : وهو ظاهر عبائر كثيرة ..
٥ - عدم الملك مع اباحة التصرفات غير الموقوفة على الملك ،
نسبه الشيخ الى الشهيد .

٦ - عدم جواز التصرف مطلقاً ، أي أنه بيع فاسد ، نسب الى
العلامة « قده » ، قال الشيخ : لكن ثبت رجوعه عنه .
ونقل السيد « قده » عن كاشف الغطاء قوله : ان المعاطاة معاملة
مستقلة تفيد الملك كالبيع بالصيغة . وهذا قول سابع .

أقول : يتحصل من ذلك كله عدم الاتفاق على حكم في هذه
المسألة . نعم الظاهر اتفاقهم على جواز التصرف فيما أخذ بالمعاطاة

قبل تلف أحد العوضين - لأن المخالف ليس الا العلامة « قده » وقد عدل عنه - لكن الكلمات فى بيان وجه هذا الجواز مختلفة .

أدلة القول الثانى

وكيف كان فلا بد من النظر فى الأدلة :

لقد قوى الشيخ « قده » القول الثانى ، وهو أنها تقييد الملك

- فيما اذا قصدا التملك والتملك - واستدل على ذلك بوجوه :

(الاول : السيرة)

فالسيرة قائمة على معاملة ماأخذ بالمعاطاة معاملة الملك وترتيب

جميع الاثار عليه .

أقول : ان أراد الشيخ « قده » من السيرة سيرة المتشرعة ،

فلا بد من احراز استمرارها حتى زمن الامام عليه السلام ، فانها حينئذ

معتبرة ولا حاجة معها الى دليل آخر ، وان أراد سيرة العقلاء - بماهم

عقلاء - فلا بد من احراز امضاء الشارع لها ، ولا أقل من عدم ردعه

عنها .

أقول : ان العقلاء يعاملون ما أخذوه بالمعاطاة معاملة الملك ،

ولكن هل الملك المتزلزل ؟ الظاهر انه العكس ، فليس عملهم الا على

الملك المستقر ، ولذا لايرتضون بالفسخ والرد ، وليست الملكية عندهم

متوقفة على التصرف أو التلف . وهذه السيرة العقلائية بمجرد اتصالها

واستمرارها - لتشابه الازمنة - الى زمن المعصوم عليه السلام تكون

سيرة متشرعية لعدم الردع .

اللهم الا أن يثيب جواز التراد شرعاً بالدليل .

وعلى هذا الذي ذكرنا يصدق على هذه المعاملة عنوان «البيع»

عند العرف ، فيصح التمسك بالدليل :

(الثاني : عموم آية الحل)

وهي قوله تعالى : « أحل الله البيع » ، قال الشيخ : انها تدل

على جواز التصرفات المترتبة على البيع حتى المتوقفة على الملك ،

وعلى هذا تدل على أن المعاطاة تفيد الملك .

أقول : وهل « أحل » يدل على حل التصرفات بالمطابقة ، أو

هو كناية عن حلية هذه التصرفات ، أو أنه لما « أحل الله البيع » حلت

التصرفات بالمالزمة . والا فلا معنى لحلية البيع ، اذ تحليله انما هو

باعتبار الاثار المترتبة عليه ؟.

اذن لا يريد الشيخ « قده » من كلامه المتقدم دلالة الاية بالمطابقة

على جواز التصرفات .

وقال المحقق الخراساني « قده » : ان قوله بدلالته على جواز

التصرفات انما هو لان المسبب ليس أمراً اختيارياً حتى يجوز ويحلل .

ثم أورد عليه بأن اختيارية السبب كافية لاختيارية المسبب ،

فلا حراق - مثلاً - اختياري بايجاد سببه الاختياري .

وقال المحقق الاصفهاني « قده » : ان البيع لما كان حلالاً مطلقاً

- أي سبباً كان أو مسبباً - فلا يحرم « قول بعث » ، فان المحلل هو

التصرفات ، وهى مورد الحاجة ومحل الابتلاء . ثم أشكل عليه : بأن الحلية متعلقة بالبيع لانه فعل من أفعال المكلف ، وهذه الحلية التكليفية تدل على حلية التصرفات بالملازمة ، فلاوجه للقول بتوجه الحلية الى التصرفات أولاً وبالذات .

أقول : انما يتوجه ما ذكره قدس سرهما فيما اذا كانت عبارة الشيخ « قده » ظاهرة فى شيء من ذلك ، وقد تقدم أنها تحتل الاحتمالات الثلاثة المذكورة كلها .

ثم انه قد يقال : ان المراد من « أحل » هو الحكم الوضعي وهو « النفوذ » ، أي ان الله أنفذ البيع وأقره وأمضاه . . وان جعلناه بمعنى الحكم التكليفي كان المعنى : ان هذا السبب لمبادلة المال بمال - أي التبديل - حلال ، فهو اذن صحيح . وكذا ان أريد المسبب ، أي ان الله جّوز مبادلة المال بالمال ، فسواء كان بمعنى الحكم الوضعي أو التكليفي سبباً أو مسبباً دل على الصحة .

انما الكلام في أنه ان كان بمعنى السبب كان معناه : كل ما جعلتموه سبباً للمبادلة وكان بيعاً عندكم فهو حلال ، وحينئذ يتمسك بعمومه وتصح المعاطاة . وان كان بمعنى المسبب كان المعنى : أحل الله انتقال المال ومبادلته بالمال ، فلاعموم له ليشمل المعاطاة .

أقول : لكن مبادلة المال بالمال عند العرف لها أسباب عديدة ، والله تعالى أمضى وأنفذ المبادلة المسببة بها عدا المبادلة الحاصلة بالبيع الربوي مثلاً . وحينئذ يتمسك بالعموم لاجل المعاطاة التي لا جهة

ربوية فيها فالعموم يتمسك به في المقام سواء كان المراد امضاء السبب أو امضاء المسبب .

هذا ، ولا يقدح بعموم « أحل الله البيع » كونه في قبال « حرم الربا » كما لا يخفى . لان العرف يفهم من ذلك تخصيص البيع الربوي دون التخصص .

(الثالث : آية التجارة)

قال الله تعالى « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » اذ لا ريب في أن المعاطاة تجارة عن تراض وانها تفيد الملك . نعم لاتدل الآية على افادتها للزوم . .

(الرابع : دليل السلطنة)

وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « الناس مسلطون على أموالهم » . فقد استدل به بأن المراد من التسلط هو التسلط الوضعي والتكليفي معاً ، أي انها سلطنة مجعولة من الله تعالى للناس على أموالهم والتصرف فيها مطلقاً ، ومن التصرفات : المعاملات التي يتحقق بها النقل والانتقال عند العرف والتي أمضاها الشارع ورتب عليها الاثر ، ومن ذلك « المعاطاة » فانها بيع عرفاً يفيد الملك كالبيع بالصيغة .

قال الشيخ « قده » : لادلالة له على المدعى ، لان عمومه باعتبار أنواع السلطنة ، فهو انما يجدي فيما اذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك وماضية في حقه شرعاً أم لا ، وأما اذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كالتملك نافذة لكن شك في أن هذا التملك الخاص

يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال به .

وقال جماعة - منهم المحقق الخراساني «قده» - ان هذا الحديث لا يدل حتى على النوع المشكوك فيه ، فلو شك في امضاء الشارع لنوع من أنواع السلطنة لم يجز التمسك به ، وكذا اذا شك في صنف من نوع .

وبالجملة، انه يدل على سلطنة المالك على ملكه ونفوذ معاملاته المعلوم صحتها والماضية شرعاً في حقه . وبعبارة أخرى : انه يدل على عدم حجر الشارع للناس ، فلهم التصرف في أموالهم .

وقال آخرون - منهم السيد والمحقق الاصفهاني « قدهما » - بأن الحديث يدل على التصرفات النوعية والصنفيه معاً ، قال السيد : ليس مراد الشيخ « قده » من النوع هنا النوع المنطقي بل الاعم منه ومن الصنف ، فاذا كان الشارع قد أمضى التصرف بالنوع فانه قد أمضاه بالنسبة الى الصنف كذلك .

وقال المحقق الاصفهاني : التسليط عبارة عن اعطاء القدرة على التصرف ، وهذا يعني امضاء الشارع لجميع التصرفات المتعارفة بين الناس وترتيبه الاثار التي يرتبونها، فالمراد من «التسليط» هو «الامضاء» والمضى هو التصرفات الوضعية والتكليفية بجميع أنواعها وأقسامها وأصنافها المتداولة بين الناس .

أقول : وبما ذكره يندفع ما ذكره المحقق الخراساني « قده » .

نعم هنا احتمال آخر، وهو أن يكون هذا الحديث بمعنى الحديث الآخر « لا يجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره الا باذنه » أي الناس مسلطون على أموالهم فحسب دون أموال غيرهم ، فلا يجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره الا باذنه . وعلى هذا ينتفى « الامضاء » ودلالة الحديث في المقام، لانه على هذا الاطلاق له بل أنه حكم حيشي وليس في مقام بيان أقسام التسلط وأنواعه .

(الخامس : الاجماع المركب)

قال الشيخ « قده » : هذا مع امكان اثبات صحة المعاظة في الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتها وتتميمه في البيع بالاجماع المركب . وأورد عليه السيد « قده » : بأن الاطلاق الموجود هناك موجود مثله في باب البيع ، فلا حاجة الى الاجماع المركب . أقول : لعل نظر الشيخ « قده » الى وجود احتمالات آخر الى جنب احتمال الامضاء والصحة الوضعية ، وأما في الاجارة والهبة فليس الاطلاق ظاهراً الا في النفوذ والصحة .

كلام كاشف الغطاء « قده » حول المعاظة

قال الشيخ « قده » : هذا مع أن القول باباحة جميع التصرفات مع التزام حدود الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه ، ولذا ذكر بعض الاساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك

والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة :

منها : ان العقود وما قام مقامها لا تتبع القصور .

ومنهما : أن تكون ارادة التصرف من المملكات . قال : وأما

« أعتق عبدي عنك ، أو عبدك عني » فمعناه أنت وكيلي في تمليك

العبد اياي وقبول التمليك ثم عتقه عني . وكذا الاخر ، وهذا من باب

أن الاذن في الشيء اذن في مقدمته أو شرطه .

ومنهما : تعلق الخمس بما أخذ معاطاة ، وكذا الزكاة ، وهذا معناه

- بناءً على هذا القول - وجوب أداء الزكاة والخمس على غير صاحب

المال ، وكذا الامر في الاستطاعة والديون والنفقات ، وكذا في حق

الشفعة والمقاسمة ، والحال أنه - بناءً على ما ذكر - ليس ملكاً لمن

اشترى بالمعاطاة . وكذا توريث ما أخذ بالمعاطاة ، فانه يعني كون موت

أحد المتعاطيين مملكاً فينتقل الشيء الى وارثه . وكذا الامر في الربا ،

ومسألة الفقر والغنى فتترتب عليها الآثار .

وترتيب هذه الاحكام وغيرها مع القول بالاباحة يستلزم تأسيس

قواعد جديدة .

ومنهما : جعل التلف السماوي من جانب مملكاً للجانب الاخر ،

والتلف من الجانبين معيناً للمسمى من الطرفين ، ولا رجوع الى قيمة

المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت مع حصوله في يد الغاصب أو

تلفه فيها . فالقول بأنه المطالب لانه يملك بالغصب أو التلف في يد

الغاصب غريب ، والقول بعدم الملك بعيد جداً ، مع أن في التلف

القهري ان ملك التالف قبل التلف فعجيب ومعه بعيد لعدم قابليته حينئذ
وبعده ملك معدوم ، ومع عدم الدخول في المالك يكون ملك الاخر بغير
عوض ، ونفي الملك مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين .

ومنها : ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف
على النية فهو بعيد ، وان أوقفناه عليها كان الواطي للجارية من دونها
واطئاً بالشبهة ، والجاني عليه والمتلف جانياً على مال الغير ومتلفاً له .
ومنها : مسألة النماء الحادث قبل التصرف .

ومنها : قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن
المالك فيه اذن في التملك ، فيرجع الى كون المتصرف في تملك
نفسه موجباً قابلاً ، وذلك جار في القبض ، بل هو أولى منه لاقتترانه
بقصد التملك دونه .

التحقيق فيما ذكره كاشف الغطاء

هذه خلاصة ما ذكره كاشف الغطاء « قده » ، قال الشيخ « قده » :
هذه كلها استبعادات ، لأن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول
والعمومات ، اذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة . ثم أجاب عن الوجه
الاول :

أولاً : بأن المعاطة ليست من العقود وما يقوم مقامها عند القائل
بالاباحة .

وثانياً : بأن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير .

أقول : ان أراد الشيخ « قده » ان العقد في هذه الموارد اما باطل فلم يترتب عليه شيء ، واما صحيح فالشارع رتب عليه الاباحة والتصرفات المترتبة على الملك بالاجماع وان لم يكن ملكاً له فالجواب تام . وان أراد ترتب خلاف المقصود على هذا العقد - مع فرض صحته - فهذا لا يكون جواباً . . .

وأما الحكم بالضممان في المأخوذ بالعقد الفاسد فاما من جهة « قاعدة اليد » واما من جهة « قاعدة الاقدام » ، لأنه أثر للعقد نفسه مع قولهم بفساده .

وكذا الامر في مسألة الشرط الفاسد ، فالعقد صحيح غير أن الشرط فاسد لا أثر له - بناءً على انه لا يفسد العقد - لانه التزام في ضمن التزام ، فاذا لم يمض الشرع أحدهما بقي الاخر على نفوذه وترتب عليه الاثر ، فليس هناك تختلف عن القاعدة المذكورة ، وقد ذكرنا أن العقود الصحيحة التي أمضاها الشارع انما يترتب عليها الاثر المقصود ، وهذا معنى القاعدة المذكورة .

وكذا الامر في بيع ما يملك مع ما لا يملك ، كبيع الشاة مع الخنزير ، فان الشارع يمضي بيع الشاة دون الخنزير . ولا تخلف عن تلك القاعدة ، لان قوله « بعتك هذين » ينحل الى : بعتك هذا وهذا ، والشارع أمضى أحدهما مطابقاً للقصد دون الاخر ، لأن هنا بيعاً واحداً أمضى نصف المقصود به وأبطل النصف الاخر ليلزم التخلف .

ومثله الامر في بيع الفضولي لنفسه ، فان انشاءه المبادلة بين الثمن والمثمن يتوقف على اجازة المالك ، فان أجاز ترتب الاثر عليه

والا فلا . واما اعتبار نفسه مالاً فهو اعتبار لغو لا أثر له شرعاً ولا يضر بالعقد .

وأما النقص بانقلاب العقد المنقطع دائماً في حال ترك ذكر الاجل - والذي وافقه السيد « قده » عليه وان خالفه في سائر النقوض - فالظاهر عدم صحته كذلك ، لان التزويج يقتضي الدوام بذاته - كالتملك - مالم يقيد . وهذا مطابق للقاعدة ، لان العاقد قاصد للنكاح ، فلو ترك تقييده وتحديده الى أجل وقع المقصود الدال على الدوام وترتب عليه الاثر .

* * *

وقد أجاب الشيخ « قده » عما ذكره كاشف الغطاء من لزوم كون ارادة التصرف مملكاً بأنه لا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الاصل ودليل جواز التصرف المطلق وأدلة توقف بعض التصرفات على الملك .

وقال السيد « قده » في الجواب عما ذكره كاشف الغطاء « قده » : بأنه ليس كل من قال بالاباحة يقول بمملكية ارادة التصرف : بل يمكن القول بجواز التصرفات الموقوفة على الملك مع الاباحة ، بأن يكون « لا بيع الا في ملك » مثلاً مخصصاً بما نحن فيه ، فالاباحة مترتبة على البيع الذي جاز بالاجماع ، وهي كافية لجواز التصرفات .

أقول : وفيه ان كلام كاشف الغطاء « قده » متوجه الى القائلين بالاباحة مع قولهم بمملكية التصرف .

وقد أشكل السيد « قده » على الشيخ بمنع كون ذلك مقتضى

الجمع ، بل الاولى هو الحكم بالملكية من أول الامر ، فانه مقتضى الجمع لانه على هذا لا يلزم طرح شيء . نعم لازمه طرح الاصل المقتضي لعدم الملكية ، ولأبأس به لتقدم العمومات عليه ، ولو فرضنا تحقق الاجماع على عدم الملكية من أول الامر فالاولى طرح عموم ما دل على جواز التصرف والحكم بعدم شموله لما يكون موقوفاً على الملك ، ولو فرضنا تحقق الاجماع على جواز مثل هذا التصرف فالاولى طرح عموم ما دل على توقيفه على الملك والحكم بتخصيصه بغير المقام عملاً بقاعدة السلطنة . أقول : هذا يتوقف على عدم تقيد قاعدة السلطنة وبقيائها على اطلاقها ، أي شمولها لما منع عنه الشارع .

وقال المحقق الاصفهاني « قده » : ان كان غرض كاشف الغطاء عدم مساعدة قاعدة لسببية ارادة التصرف أو نفس التصرف للملكية ، فما ذكره « قده » في الجواب من أنه مقتضى الجمع بين القواعد وجيه ، اذ لافرق في كفاية الدليل على السببية بين اقتضاء دليل بالخصوص واقتضاء الجمع بين الادلة ، فالقاعدة المتصيدة من الجمع بين القواعد كافية .

وان كان غرضه أن اثبات السببية - ولو بالجمع بين القواعد - اثبات أمر غريب لانظير له في الشريعة ، فهي قاعدة جديدة . . فما أجاب به أجنبي عن الاشكال ، بل لا بد من اثبات نظيره في الشريعة حتى يخرج عن الغرابة .

ثم أجاب « قده » عما ذكره الشيخ نظيراً بالفرق بين البابين ،

ثم قال : « نعم الرجوع في الطلاق بناءً على حصوله بمجرد الاستمتاع ولو لم يقصد به الرجوع يكون نظيراً لما نحن فيه » .

أقول : بل يمكن القول بأن الطلاق الرجعي أيضاً ليس نظيراً لما نحن فيه ، فان الأدلة قائمة على أن المطلقة رجعيّاً زوجة الرجل ما لم تخرج عن العدة ، فلو مات أحدهما توارثا ، فلا تتحقق الزوجية بالاستمتاع هنا .

هذا مع ان الملك يتوقف على الوطء والوطء متوقف على الملك وهذا دور .

وعن بعضهم انكار توقف الوطء على الملك بل يكفي ملك الوطء . وقد أجاب المحقق القمي « قده » بأن هذا يستلزم جواز اجارة الامة للوطء .

واجيب عنه بالنسبة الى المعاطاة بأنه دفع للثمن في مقابل الاباحة . وفيه : ان الواقع هنا الاباحة في مقابل الاباحة .

* * *

وأجاب الشيخ « قده » عما ذكره كاشف الغطاء « قده » من تعلق الاخماس والزكوات بما أخذ بالمعاطاة بأنه استبعاد محض ، فلا مانع من الالتزام بذلك ، لان السيرة المستمرة قائمة على معاملة ما أخذ بالمعاطاة معاملة الملك .

أقول : قد يقال ان قيام الدليل على التعلق لا يخرج الحكم عن الغرابة ، بل يقتضي وضع قاعدة جديدة ، لكن لا يخفى أن القول بأن

السيرة كاشفة عن الملكية عندهم أولى من القول بأنه حكم تعبدى .
وقال السيد «قده» : معنى كلام الشيخ عدم تعلق الخمس والزكاة
بهذا المال ، فلا يجب على الاخذ لانه ليس مالا له ، ولا على مالكة لانه
ليس بيده .

ودعوى : انه مخالف للسيرة حيث انها جارية على التعلق .
مدفوعة بأنه على هذا تكون السيرة دليلاً على التعلق .

أقول : ان ما ذكره « قده » يخالف ظاهر عبارة الشيخ « قده » .
ثم ان الاستطاعة الموجبة للحج لا تتوقف على الملك ، بل يجب
عليه الحج كما اذا أبيع له التصرف بمال من غير معاطاة .

كما أن اداء الدين مما أبيع له التصرف فيه جائز ولا حاجة الى
كون المال ملكاً ، كما اذا تبرع متبرع بأداء الدين من غير معاطاة .
وكذا الانفاق على من يجب عليه ، فانه غير متوقف على الملك
بل يكفي فيه الاباحة . نعم لا يكون من تجب النفقة عليه ذا حق في
هذا المال .

وكذا مسألة الغنى والفقير ، فلا يجب أن يكون مالكاً حتى يكون
غنياً لا يجوز له الاخذ من الزكاة ، بل الغنى من كان عنده مؤونة السنة
ملكاً أو اباحة .

نعم الخمس والزكاة يتوقفان على الملك .

قال المحقق الاصفهاني « قده » بالنسبة الى خمس ربح التجارة
بالمأخوذ بالمعاطاة : انه يكون حصول الربح مسبقاً بالتكسب والتصرف

في المال ، فيكون مملكاً له ولاصله ، وليس هذا غريباً آخر مع غرابة مملكية التصرف .

أقول : لكن هناك فرض آخر، وهو أنه لو حسب ماله في آخر السنة فوجد الزائد نفس المأخوذ بالمعاطاة لم يجب عليه الخمس لانه لا يملكه . اللهم الا أن يقال: انه لما كان المال مباحاً له بالاباحة المطلقة وجب عليه دفع خمس هذا المال من قبل مالكة لو كان ربحاً له لكنه خلاف السيرة والفتوى . وكذا الزكاة، فلو ملك النصاب وحال عليه الحول عند الاخذ بالمعاطاة وجب على الاخذ دفع زكاته من قبل مالكة ، لانه أجاز له التصرفات فليكن منها دفع الزكاة عن صاحبه .

هذا ، وفي مسألة أداء الدين مما أخذ بالمعاطاة حيث قلنا بعدم توقفه على الملك - كما تقدم - اشكال من جهة أخرى، وذلك أنهم حكموا بتعلق حق الغرماء بهذا المال الذي أبيع للمدين التصرف فيه ، وهذا لا وجه له - بناءً على الاباحة - فهو حكم غريب .

بل ان الاشكالات التي ذكرها كاشف الغطاء «قده» في هذه الموارد واردة من جهة أخرى، وذلك لان مقتضى القواعد وجوب أداء الخمس والزكاة على المالك لا على الاخذ بالمعاطاة، وكذا تعلق الاستطاعة الموجبة للرجح بالنسبة الى صاحب المال، ومثله مسألة الفقر والغنى . فهذه الاحكام كلها تتوجه الى صاحب المال لا المباح له التصرف فيه، مع ان الفقهاء لم يتعرضوا اليها بالنسبة اليه . وهذا غريب .

وأما حق المقاسمة فان المباح له يطالب الشريك بالافراز من

جهة أن المالك أباح له التصرفات المطلقة ، ومن جملتها ذلك ، فكأنه مجاز أو وكيل من قبله فيه ، وهذا ليس مخالفاً للقاعدة . هذا ، لكن الواقع في الخارج هو المطالبة بالاستقلال لابعنوان الوكالة مثلاً .

وقد يقال : ان اباحة جميع التصرفات ليست حكماً صرفاً ، بل يترتب عليها تعلق حق للمباح له بالمال ، فهو حينئذ يراجع الشريك لاجل الافراز احقاقاً لحقه . لكن الالتزام به مشكل .

ومسألة حق الشفعة كذلك ، وقد نقل في منية الطالب عن المحقق الخراساني « قده » : ان حق الشفعة لا يتوقف على الملك بل الاباحة كافية فيه ، ثم قال : ولا يخفى صحته .

أقول: ظاهر أدلة الشفعة هو جواز الأخذ بها في حال كون الأخذ شريكاً في الملك لامباحه ، سواء كان شريكه المبيح له أو غيره . اللهم الابتساح المناط ، بأن يجعل المباح له كالمالك . وهو مشكل ، مع انه يستلزم كون حق الشفعة لاثنين أو أكثر في بيع واحد ، وهو ايضاً غريب .

* * *

ومن الأشكالات : توريث ما اخذ بالمعاطاة وتصرف الوارث فيه كسائر ما تركه مؤثره ، فاذا كان مباحاً له كان مقتضى القاعدة عدم جواز ذلك وارجاعه الى المبيح .

وقد أجابوا عن الاشكال بأن موت المباح له موجب للزوم الاباحة ، نظير الهبة حيث تلزم بموت أحد الطرفين ، وتلف العين المباحة حيث يستلزم الملكية آنأماً قبله . وفي المعاطاة تصبح الاباحة لازمة بموت

أحدهما أو تلف أحد المرضين ، وحينئذ تكون الإباحة اللازمة ملازمة للملكية ، لان الإباحة اللازمة تناقض عدم الملكية فلا يجتمعان .

ولم يستبعد المحقق الخراساني « قده » القول بالارث وصيرورة الوارث كالمورث فيما له من حق التصرف في المال ، فله ان يتصرف فيه التصرفات المطلقة التي كانت لمورثه على أثر الإباحة .

ولكن هذا مشكل ، فان الإباحة هذه ان كانت مالكية فهي لا تفيد الا التصرف ، وان كانت شرعية تعبدية فانها ليست ملازمة للملكية ولا للحق حتى يورث .

والانصاف: الاعتراف بأن الوارث يتصرف في هذا المال باعتبار كونه مالكاً لا إذا حق ، فما ذكره « قده » غير صحيح الامن باب الجمع بين الأدلة ، فان مقتضاه ثبوت الملكية آنأما .

* * *

ومن الاشكالات: مسألة الوصية . فكيف يوصي المباح له بصرف مال غيره في شؤونه ؟ وأيضاً : كيف يجعل مأخذه بالمعاطاة 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 وصرفه في كذا ، فليست الوصية موقوفة على الملك بل تجوز في مال الغير باذنه ، نظير سائر التصرفات . نعم لورجع المبيح عن الإباحة (ولم نقل بالملكية بالموت) فهو الا فالوصية نافذة .

اقول : وفيه انه يوصى بعنوان كونه مالا له لا لغيره ، وأيضاً لما يقول « اعطوا كذا لزيد بعد وفاتي » لا يصير المال لزيد ، بل يتوقف على موته ، - بل كونه ملكاً للموصي موقوف عليه كذلك - وهذا معناه : صيرورة الوصية بمال الغير سبباً للملكية موته المال لزيد وهو غريب . الآن نقول بالملكية آنأماً ، فيكون المال ملكاً له فيجوز الوصية به وتنفذ بالموت ، فليست في مال الغير . وعلى هذا تكون « الوصية » من صغريات الاشكال في التصرفات الموقوفة على الملك كالبيع والعتق ، وقد تقدم الجواب عنه .

* * *

وأما جريان الربا : فقد قال المحقق الاصفهاني « قده » : يمكن أن يقال ان المعاملة التي يملك المال بتصرفه فيه كالمعاملة التي يملك المال بقبضه موضوع لهذا الحكم .

أقول : انه « قده » لم يوافق المحقق الخراساني « قده » على هذا فيما تقدم - وان استلطفه - فلا وجه لهذا الجواب .

وقال في منية الطالب : ان الربا لا يجوز في تضمين المثل والقيمة فضلاً عن التضمين بالمسمى .

أقول : مراده من « تضمين المثل والقيمة » غير واضح ، فمن أئلف « مناً » من العنطة فلا يضمن الاكثر منه ، ولا يجوز ان يأخذ نصف « من » من العنطة الجيدة بدلا عن « المن » من الردية التي كانت له وان كان في قيمته . هذا تصوير ما ذكره ، فالربا في هذا المورد - حيث

لامسمى - لاتجوز فضلاً عن التضمين بالمسمى ، ولكن هل هذا من الربا والقيمة واحدة؟ على أن الربا انما تحرم في المعاملة، وهذا تضمين وبراء للذمة لامعاملة . . . الا اذا قام اجماع .

ولنصور ذلك في القرض ، فانه تمليك مال مع الضمان ، أي له القيمة أو المثل ، فان طلب شيئاً زائداً لزم الربا ، وهذا لايجوز على القول به ، ففي التضمين بالمسمى بالاولوية .

أقول: ان كانت هذه معاملة وأثرها كون المعوض المسمى ضمان العوض فيما اذا تلف . فانها معاملة واتلاف في مقابل اتلاف ، وان قلنا بعدم شمول الادلة لها كانت اباحة في الاتلاف في مقابل اباحة ، فالقول بلزوم الربا هنا يحتاج الى الدليل .

وأيضاً : يمكن أن يقال بالاباحة هنا للاجماع والسيرة القائمين على جواز التصرفات الموقوفة على الملك. نعم انهما لايشملان المعاطاة التي لو كانت معاملة بالصيغة لكانت باطلة من أجل الربا أو الغرر أو غير ذلك، فمورد الكلام هي المعاطاة الجامعة لشرائط البيع - عدد الصيغة - فالقول بالاباحة لا يستلزم ما ذكر ، والقائل بها لا يلتزم هنا بالصحة ، فالاشكال مندفع من هذه الناحية ، وهذا الجواب أولى مما ذكرنا .

* * *

ومن الاشكالات : كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الاخر وان لم يتصرف .

وأجاب الشيخ « قده » : بأنه مقتضى الجمع بين الادلة . لكن

قال السيد « قده » : انه لاجماع هنا على أن التصرف مملك للجانب الاخر، فليكن مباحاً له ، الا ان يقوم اجماع على الملازمة بين المالكيتين حينئذ .

أقول: وعلى الاباحة فانها اباحة لازمة، لعدم امكان التراد لتصرف أحدهما في ما بيده . وحاصل كلامه : عدم الدليل على هذه الملكية ، فلامورد لاشكال كاشف الغطاء « قده » .

وأجاب المحقق الاصفهاني « قده » : بأنه كما ان اباحة التصرف ملازمة للاباحة والاذن في التصرف ، فان اعتبار ملكيته لما بيده مقيد برضاه لان يتملك الاخر ما بيده .

أقول : ان هذا الرضا موجود اذا كان قصدهما حين المعاطاة الاباحة والتصرفات مطلقاً ، فهناك اباحة في مقابل اباحة ، ولكنه غير موجود بالنسبة الى قصد الملكية ، لما تقدم من أن الملكية أمر بسيط اذا انتفى انتفت الاباحة ، فما ذكره في الجواب عن كلام السيد « قده » غير تام . وبالجملة : ان قام الاجماع على الملازمة فهو والا فليس ذلك مقتضى الجمع بين الأدلة .

* * *

ومن الاشكالات : كون التلف السماوي مملكاً .

قال الشيخ « قده » : ان ثبت اجماع أو سيرة - كما هو الظاهر - كان كل من المالكين مضموناً بعوضه ، فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه - نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع - لان

هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع مع عموم على اليد ما أخذت،
وبين أصالة عدم الملك الا في الزمان المتيقن وقوعه فيه . . .
أقول : وتقريبه انه قد تحقق الاجماع على عدم ضمان المثل
والقيمة في باب المعاطاة لو تلف أحد العوضين، لكن مقتضى قاعدة اليد
هو ضمان أحدهما دون المسمى، فهنا يدور الامر - بالنسبة الى القاعدة -
بين التخصيص والتخصيص، لانه ان كان مانحن فيه من أفراد القاعدة
لزم ضمان المثل والقيمة لكن خصصت بالاجماع القائم على ضمان
المسمى هنا، وان كان التالف من ملك من تلف بيده لم تجر القاعدة
تخصيصاً .

وكونه من مال هذا يكون بأحد طريقتين بحسب مقام الثبوت :
أحدهما حصوله من أول الامر أي من حين المعاطاة ، والآخر حصوله
قبل التلف آنأماً . وحيث أن الاستصحاب يمنع من الاول فلامناس من
الالتزام بالثاني . هذا مع ما تقرر في محله من أنه لو دار الامر بين التخصيص
والتخصيص فالثاني هو الاولى .

وقد يورد على الالتزام بكون التالف من ملك من تلف بيده ،
بأنه متى تتحقق هذه الملكية ، فهل هو قبل التلف أو بعده أو مقارن له ؟
ان كان قبله فالمعنى كون التلف علة والملكية معلولاً لكن المعلول لا يتقدم
على العلة، وان كان مقارناً فالمعنى تقارن العلة والمعلول وهو غير معقول،
وان كان بعد فالملكية بعد التلف لامعنى لها . ولا بد - لدفع هذا الاشكال -
من أن نقول بمملكية الاخذ بالمعاطاة بوصف تعقبه بالتلف ، فالموجب

للملكية هو وصف «التعقب بالتلف» ، وحينئذ يدور الامر بين الملكية من أول الامر والملكية آنأما ، والاستصحاب مانع من الاول فالثاني .
ولكن الملك آنأما يخالف قاعدة السلطنة، فيقتضي الجمع تقدمها على الاستصحاب - قاله السيد .

وفيه انها مخصصة بمقتضى الجمع بين الأدلة .
وبعد ، فما الدليل على ملك الاخر للباقي في يده ؟
قال المحقق الاصفهاني « قده » : ان رضا ذلك من الاول بملك هذا للشئء مقيد بكون ما بيده عوضاً عما اعطاه .
أقول: ان هذا الرضا غير نافذ شرعاً، ولذا كانت قاعدة اليد تقتضي الضمان .

والواقع : انهم «قده» بحثوا عن ملك الذي تلف ما بيده وأثبتوه عن طريق الجمع بين الأدلة ، ولم يذكروا وجهاً تاماً لملك الاخر ، وليس الا لاجتماع على الملازمة - ان كان .

* * *

ومن الاشكالات : مسألة الغصب ، فان العين المأخوذة بالمعاطاة ان غصبت فان قلنا بأن الغصب يوجب الملك للمباح له فانه غريب ، وان قلنا بأن التلف عند الغاصب يوجب له فهو غريب، وان قلنا بأن التلف من مالكة الاول فهو غريب . ثم من الذي يطالب الغاصب ؟

قال الشيخ « قده » : يجوز لكل منهما المطالبة ، أما المالك فواضح، وأما المباح له فان ذلك من التصرفات المجاز فيها، وأما التلف

فهو من المباح له . قال : نعم لوقام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله له . لكن الذي يهون الخطب هو ان الذي ذكره الشيخ « قده » في الجواب بيان للحكم وليس رافعاً للغرابة .

* * *

ومن الاشكالات : النماء ، فان كان للمالك فهو خلاف السيرة ، وان كان للمباح له فكيف ذا والاصل ليس له ، وان كان النماء مملكاً للعين فهو غريب .

قال الشيخ « قده » : حكم النماء حكم الاصل ، فكما يجوز له التصرف فيه يجوز في النماء كذلك .

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

أقول : لم يجب الشيخ « قده » عن هذه الناحية ، وانما اكتفى بالقول بأن حكمه حكم الاصل ، ولعله يريد أن الاذن في الاصل اذن فيه وفيما يتعلق به ، وان هذا ليس خفياً عرفاً .

* * *

وبعد :

ان قام دليل على القول بالاباحة فلا بد من الالتزام بكل هذه الامور وترتيب آثار وأحكام الملك على ما ليس ملكاً ، والافان هذه لوازم فاسدة . فلنرجع الى الأدلة :

قال الشيخ « قده » : ان رفع اليد عن الاجماع واستصحاب عدم

حصول الملك بالمعاطاة مشكل . ومن جهة أخرى : رفع اليد عن السيرة
واجماع المحقق الثاني اشكل . فالقول الثاني لا يخلو عن قوة .
أقول : اما دعوى الاجماع من المحقق الثاني فغير تامة ، ولو سلم فهو
غير كاشف عن رأي المعصوم ، وكذا الاجماع الذي يدعيه القائل بالعدم .
بقي الاستصحاب من ذلك الجانب ، و « أحل الله البيع » من هذا
الجانب - فانهما عمدة أدلة الطرفين - ومن المعلوم أن الدليل مقدم
على الاصل .

فالحق : هو القول بالملك .

وهل هو لازم أو جائز أو فيه تفصيل ؟ وجوه ، والاقوى الاول .

لزوم المعاطاة

استدل للزوم بوجوه :

الاول : الاصل

فان الاصل في المعاملات هو اللزوم ، ومرجه استصحاب بقاء ملك المبيع للمشتري والتمن للبائع ، فيمتنع التراد ويكون البيع لازماً .
وقد أورد عليه : بأنه من قبيل القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي ، لان المستصحب اما اللازم واما الجائز ، فأما الثاني فمقطوع العدم بعد الفسخ ، وأما الاول فمشكوك فيه من الاول والاصل عدمه .
والجواب هو ما ذكره الشيخ «قده» من استصحاب القدر المشترك بينهما .

وقد اشكل السيد «قده» عليه : بأن الشك في بقاء الكلّي وارتفاعه مسبب عن الشك في بقاء اللازم وارتفاعه ، فاذا استصحب العدم انتفى الكلّي .

والجواب عنه : ما ذكره الشيخ «قده» في الاصول بأن ارتفاع

الكلي وبقائه ليس مسبباً عن ذلك ، لان لازم ارتفاع اللازم عقلاً وجود الجائز، وهذا أصل مثبت، بل ارتفاع الكلي من آثار كون الحادث ذلك المقطوع بارتفاعه . قال : نعم لازم عدم حدوث الفرد الطويل مثلاً عدم وجود ما في ضمنه من المشترك لا ارتفاع القدر المشترك بين الامرين . وقد أورد المحقق الخراساني « قده » على هذا الاستصحاب : بأنه يتم بناءً على جريانه مع الشك في المقتضي ، لكن الشيخ لا يرى حججته حيثئذ .

وفيه : ان الفسخ أو التراد في المعاطاة رافع للملكية ، فلو شك فيه كان الشك في الراجع لا المقتضي ، فالاشكال غير وارد . وقد يشكل عليه أيضاً : بأنه معارض باستصحاب بقاء علاقة المالك الاول .

وفيه : ان هذه العلاقة انما تتحقق بعد البيع كخيار الفسخ الحادث بعد البيع ، فلاحالة سابقة لها حتى تستصحب ، وأما ان أريد انها مرتبة ضعيفة من الملك ، فيجاب عنه بنفس الجواب المذكور ، على أن الملكية لا تقبل ذلك ، فالاستصحاب ساقط .

وقال السيد « قده » في جواب الشيخ « قده » : ان موضوع الحكم الشرعي - في الاستصحاب - ان كان ارتفاع الحادث وبقاؤه فما ذكره تام ، وأما ان كان الوجود والعدم ، بمعنى أن موضوع الحكم وجود الشيء وعدم وجوده لا البقاء والارتفاع - كما ان في استصحاب الطهارة

وجودها يصحح الصلاة وعدمها يبطلها ، لا ان البطلان مشروط بعدم ارتفاع الطهارة - فما ذكره غير تام .

وفيه : انه لاينعدم الكلبي بانعدام الفرد . نعم بوجوده يوجد ، فالشك في الكلبي موجود والاستصحاب جار .

ثم ان السيد « قده » بعد أن أورد هذا الاشكال جَوَّز استصحاب الفرد المردد ، فانه قبل الفسخ أو الرجوع كان فرد من الملك موجوداً وبعده يستصحاب ذاك الفرد لو شك في بقاءه .
أقول : ويبطله انه ليس للفرد المردد حقيقة .

استصحاب الفرد

وقد جَوَّز الشيخ « قده » استصحاب الفرد الشخصي، بتقريب انه ليس المتميز والمستقر حقيقتين متميزتين . نعم بينهما فرق من حيث الحكم وان المجعول الشرعي في أحدهما غير المجعول في الاخر فالاختلاف في الاسباب لاالمسببات ، كما أن الملك الحاصل من الهبة هو الحاصل من البيع ، غير أن السبب مختلف .

وأورد السيد « قده » عليه : بأن هذا الملك غير ذاك عند العرف .
أقول : لايبعد تمامية كلام الشيخ « قده » ، لكن الحاكم في المقام هو الوجدان . ويترتب على ذلك انه بناءً على انكار الاتحاد لا بد من استصحاب القدر المشترك الذي ذكره الشيخ « قده » أو الفرد المردد الذي ذكره السيد « قده » - لو تم - واما بناءً على تماميته فيتوقف

أيضاً - كما ذكر المحقق الاصفهاني - على عدم وجود مرتبتين في الملك من الشدة والضعف، فلو كان فلامناص من استصحاب الجامع كذلك ، لزوال الضعيف يقيناً والقوي مشكوك فيه ، وعلى أن لا يكون لكل من المتزلزل والمستقر خصوصية توجب تعدد الفرد ، فانه أيضاً مانع عن استصحاب الشخص وهو واضح .

قال « قده » : ان ما ذكره الشيخ من الاتحاد يمكن المساعدة عليه وكذا لأشدة وضعف في الملك - بل هو أمر اعتباري واحد - وأما الخصوصيات فيحتمل وجودها ، وحينئذ يفترقان من هذه الجهة .

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

أقول : هذا نظير ما اذا سافر زيد ثم شك في حياته فاستصحب والجهل بأبيه - هل هو عمرو أو بكر - لا يوجب تعدده ، أما اذا جهل خصوصية زوج امرأة فلم يعلم هل هو زيد بن بكر أو زيد بن عمرو - وقد علمنا بموت أحدهما - فان استصحب بقاء الزوج لا يفيد التعيين فاذاً لا يمكن استصحاب الفرد في هذه الصورة ، لانه ان كان زوجها ابن عمرو فقد فرض القطع بموته ، وان كان ابن بكر فهو مشكوك البقاء . هذا ، فان كان ما نحن فيه من قبيل الاول جاز استصحاب بقاء الشخص لان تعدد السبب لا يوجب تعدد المسبب ، وان كان من قبيل الثاني فلا يصح لتعدد المسبب أيضاً . والشيخ « قده » يجعله من قبيل الاول

فالموجود سابقاً شخص الملك - بغض النظر عن السبب - ومع الشك في بقائه وارتفاعه يستصحب بلا اشكال .

وقال المحقق الخراساني « قده » : هذا يتم فيما اذا كان الحكم للسبب ، لأن الشيخ « قده » ذكر - في الخيارات - ان جواز الرجوع وعدمه من أحكام الملك ، وحينئذ يتعدد الملك - المسبب - باختلاف الاحكام .

ويمكن الجواب عنه بأنه : صحيح ان اختلاف الحكم يكشف عن اختلاف الموضوع - لا بمعنى الموضوع المقيّد بالحكم كما ذكر تلميذه المحقق « قده » - فلكل منهما خصوصية ، لكن الخصوصية تارة ترفع برفعها موضوع الاستصحاب وأخرى لاترفع ، ولما كان موضوع الاستصحاب هو الفرد العرفي - لا العقلي - فان هذا الاختلاف هنا ليس مؤدياً الى تعدد الموضوع عرفاً حتى لايجري 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 واحداً وشك في بقائه وارتفاعه فهو مورد للاستصحاب بلا اشكال ، وان كان مردداً بين شيئين لكن شك في الباقي والمرتفع - مع العلم بارتفاع أحدهما - فلايجري لان الاستصحاب لا يصلح للتعين . وعلى هذا فان علمنا بأن طبيعة المستقر والمتزلزل مختلفة وشككنا في الباقي والمرتفع منهما فالاستصحاب لا يمكنه تعيين ذلك ، وان كان المسبب واحداً والتزلزل والاستقرار من

خصوصيات السبب جاز .

هذا ، وكل شك مركب من يقينين ، فالشك في النوم وعدمه متيقن من انتقاض طهارته على تقدير النوم ومن عدمه على تقدير عدمه ، فله يقينان تقديران وشك فعلي واحد . ومن هنا يتولد الشك في بقاء وارتفاع الطهارة فيستصحب .

وكذا فيما اذا تردد الخارج منه بين المنى والبول ، فانه ان توضحاً يتيقن بارتفاع الحدث ان كان بولا وعدمه ان كان منياً ، فهو شك في ارتفاع الحدث حيثئذ لكن غير شك بالنسبة الى شخص الاصغر لانه متيقن من ارتفاعه به ولا الاكبر لانه متيقن من بقائه . فلاشك في البقاء والارتفاع بخلاف الفرض الاول .

وبما ذكرنا ظهر الفرق بين الصورتين ، ولذا لايجري استصحاب الشخص في الثانية بخلاف الاولى .

وعلى هذا ان كان التزلزل والاستقرار من خصوصيات السبب جرى الاستصحاب ، وان كان من خصوصيات المسبب لم يجز . ولو شك في ذلك فالاقوى أيضاً جواز استصحاب الشخص لانه مع احتمال وحدة المسبب فالشخص محتمل البقاء .

والظاهر : ان الشك هنا في البقاء والارتفاع وانهما من خصوصيات السبب ، فلانواع من استصحاب الفرد .

وقد أورد السيد « قده » عليه بعدم احراز الموضوع .

قلت : كأنه يريد أن المورد شبهة مصداقية لدليل الاستصحاب ،

لتردد الموضوع بين الشك في الارتفاع والشك في التعمين . لكن يمكن الاجابة عنه بأنه يوجد هنا الشك الفعلي مع وجود اليقينين على تقديرين ، ووجودهما لا يضر بالشك الفعلي في البقاء والارتفاع ، فلا مانع من الاستصحاب .

والحاصل : ان الفرد المردد : تارة يكون مردداً بين اثنين ، بأن يعلم بدخول أحدهما - لا على التعمين - الدار مثلا ، فمع الشك يستصحب بقاء الداخل ويرتب عليه أثر البقاء . وهذا استصحاب شخصي لكنه مردد بين اثنين ، فلا يرتب عليه أثر أحد الرجلين بخصوصه .

وأخرى : يعلم بدخول أحدهما الدار مع العلم بأنه ان كان زيدا فهو باق فيها ، وان كان عمراً فهو الان خارج عنها . وفي هذه الصورة يستصحب الكلبي الجامع بين الرجلين ويرتب عليه آثاره ، وأما الفرد فمردد بين المقطوعين ولاشك فيه حتى يستصحب .

وثالثة : يعلم بدخول زيد بخصوصه ، لكن لا يدري هل هو ابن عمرو أو ابن بكر ، لانه ان كان الاول فقد خرج يقيناً وان كان الثاني فهو باق يقيناً ، فهل هذه الصورة تلحق بالاولى فيستصحب الشخص ، أو بالثانية فيستصحب الكلبي ؟ قيل بالاول وهو ظاهر كلام الشيخ « قده » ، لان التقدير مشكوك فيه ، وقيل بالثاني لعدم احراز موضوع الاستصحاب الشخصي . وبعبارة أخرى الشك في التعمين دون البقاء .

وأجاب عنه في منية الطالب بأنه لاشك في الموضوع في هذا

المقام ، لان الموضوع - وهو القدر المشترك - محرز قطعاً وهو أصل
تحقق الملك ، لكن تردده بين الامرين منشأً للشك في بقاءه فيستصحب .
ولان المورد شبهة مصداقية لدليل الاستصحاب ، فيما اذا كان زيد
في المثال مقطوع الخروج ان كان عمرو ، ومشكوك الخروج ان كان ابن
بكر ، ولا فرق بين المخصص اللبي واللفظي ، أورده السيد المحقق
الفشاركي وشيخنا الاستاذ^١ قدس سرهما .

وتوضيحه: ان الواجب في الاستصحاب هو ترتيب أثر في المتيقن
على المشكوك تبعداً ، كتنزيل الشك في تحقق النوم منزلة اليقين بعدمه ،
فيحكم ببقاء الطهارة ، فلو انكشف الخلاف وجب اعادة الصلاة التي
صلاها بتلك الطهارة ، لكن جعل الحكم الظاهري - هذا - مشروط
بقابلية المورد والا فلا يجعل .

ومحل الكلام من هذا القبيل ، فهو نظير ما اذا كان أمر الغائب
عن أهله مرددًا بين القطع ببقائه والقطع بموته ، فان هذا المورد لا يقبل
جعل الحكم الظاهري ، لان أمره يدور بين القطع بحياته فلا تقسم
أمواله ولا تعتد زوجته ، وبين القطع بموته فلا تترتب عليه آثار الحياة
لان كلا طرفيه مقطوعين ولا شك في البين ، وأما اذا كان أحد طرفيه
مقطوع البقاء أو الارتفاع والآخر مشكوك البقاء والارتفاع فهي شبهة
مصداقية لدليل الاستصحاب المجمعول لتنزيل المشكوك فيه منزلة المتيقن
به ، والتمسك به فيها غير جائز .

١) الفقيه الكبير آية الله الحاج الشيخ عبد الكريم الحائري اليزدي «قده».

وكذا اذا كان للشبهة طرفان ودار أمر أحدهما بين الامرين فانها شبهة مصداقية لدليل الاستصحاب فلا يجري كذلك .

كلام الشيخ في اثبات وحدة الحقيقة

ثم ان الشيخ « قده » تمسك لاثبات وحدة الحقيقة (بالوجدان) فقال: ان المحسوس بالوجدان ان انشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد .

قال السيد « قده » : ان أراد من «غيرها» البيع فلا نسلم الوحدة لان انشاء البيع المبني على اللزوم عند العرف غير انشائه في الهبة المبنيّة على الجواز عندهم ، وان أراد الهبة غير اللازمة فالامر كذلك، والاختلاف بينهما شرعي .

أقول : والاولى أن يقال - وان لم أره في كلام أحد - ان كانت الملكية المتزلزلة تغاير المستقرة كان معنى قولهم عليهم السلام «البيعتان بالخيار ما لم يفترقا» حدود ملكية أخرى عند الافتراق غير الملكية الحاصلة في المجلس ، والحال أن الامر ليس كذلك قطعاً ، بل المتزلزل نفسه يلزم بالافتراق ، فالملك حقيقة واحدة غير أنه متزلزل تارة ولازم أخرى .
(و بالبرهان) بأنه ان كانت خصوصية التزلزل أو الاستقرار من المالك - بمعنى أنه ينشأ بحيث يكون مستقراً أو متزلزلاً - فلا بد أن يختلف الملك باختلاف حالات المالك من حيث قصده الرجوع وقصد العدم وعدم القصد .

هذا كلامه « قده » . والاحسن أن يقال : انه ان قصد اللزوم فهو وان قصد العدم فالتزلزل والافهو ملك لا لازم ولامتزلزل - حتى لايرد عليه ان الشارع يحكم في العقد اللازم كالبيع باللزوم وان قصد الرجوع وبعده في الجائز كالهبة وان قصد اللزوم ، فالقول بتبعية الملك للقصد باطل .

وان كانت الخصوصية من قبل الشارع لزم امضاؤه العقد على غير ما يقصده المنشئ ، وهو باطل لما تقدم من أن العقود تابعة للقصد . أقول : وأما لو أنشأ المالك أصل الملك وعيّن الشارع الخصوصية لم يلزم التخلف ، لان المفروض اضافته القيد اليه لاوضع فرد غير ما قصده المنشئ . لكن ليس حيثئذ فردان بل الحقيقة واحدة والاختلاف حصل باختلاف الحكم .

فتلخص أن الحق صحة استصحاب بقاء الملك . هذا كله في الشبهة الحكمية للمعاطاة .

الاستصحاب في الشبهة الموضوعية

وأما اذا كانت الشبهة موضوعية - كأن يتعاطيا ثم يشك الطرفان أو أحدهما في أنه هل كان بعنوان المصالحة حتى تكون لازمة أو الهبة حتى تكون جائزة - فالحق جريان الاستصحاب كذلك ، لان الشك انما هو في بقاء نفس الملكية الحاصلة بالمعاطاة فتستصحب ، وأما كون الفرد الحاصل من الملكية في الهبة غير الفرد الحاصل في المصالحة

- لو سلم التغاير بينهما - فغير مانع من استصحاب شخص الملكية
الحاصلة من هذه المعاطاة ، وكذا لو تردد العقد الواقع بينهما بين البيع
والهبة . اذن أصالة اللزوم جارية في الشبهتين .

قال الشيخ « قده » : نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة.
أقول : لو تداعيا كان قول المنكر للرجوع موافقاً لأصالة اللزوم
وعليه اليمين ، وعلى الآخر البيّنة ، وقد يكون الاصل موافقاً لكليهما
معاً ، كما لو ادعى أحدهما الصلح وأنكره الآخر وادعى البيع فالموضوع
واحد وعليهما معاً اليمين ، لان كلا منهما منكر ومدع .

ووجه قوله « يحتمل » وقوع الكلام بينهم في أنه هل تلاحظ
النتيجة في مقام التداعي أو يلاحظ اللفظ ؟ فعلى الثاني يتحالفان في
مفروض المسألة ، وعلى الاول لما كان المدعى للصلح يدعي اللزوم
في المجلس والمنكر له ينكر اللزوم وجب اليمين على أحدهما دون
الآخر .

ووجه قوله « في الجملة » قيام الاصل الحاكم في بعض الموارد
كأن يقول أحدهما هبة ، والآخر يقول صدقة . فان كانت الثانية
فلا ترجع لانها في سبيل الله ، وان كانت الاولى فله الرجوع فيها ، فلا
تحالف حينئذ ، اذ يعتبر في الصدقة قصد القرية دون الهبة . فهذه جهة
زائدة في تلك على هذه ، فالمعطى المدعي للهبة ينكر قصده القرية ،
لانه ينكر الصدقة والآخر يدعي قصده لها ، فالقول قول المعطى لأصالة
عدم قصد القرية ، وله الرجوع حينئذ بحكومة هذا الاصل على أصالة
اللزوم .

هذا تمام الكلام في الوجه الاول ، وقد ظهر أن مقتضى الاصل
-مع قطع النظر عن الادلة - هو اللزوم .

الثاني : عموم « الناس مسلطون . . »

قال الشيخ « قده » : ويدل على اللزوم مضافاً الى ما ذكره عموم
قولهم « الناس مسلطون على أموالهم . . » .

أقول : استدل به بناءً على اعتباره بعمل الاصحاب به . ووجه
الاستدلال: ان مقتضى السلطنة أن لا يخرج المال عن ملكية المعطي له
بغير اختياره ، فجواز تملك المعطي بالرجوع فيه من دون رضاه مناف
لسلطنته المطلقة ، فالمعاطاة لازمة .

لكن يضعف الاستدلال به وجوه :

١ - أنه لما كانت المعاطاة جائزة لم يكن رجوع المالك الاصيلي
منافياً لسلطنة الاخر ، لانه قد أقدم من أول الامر على عقد جائز . نظير
جعل الخيار للبائع حين العقد ، فانه لو فسخ لم يكن منافياً لسلطنة
المشتري .

٢ - ما ذكره المحقق الخراساني « قده » من أنه يمكن أن يقال
انه ليس الا لبيان سلطنة المالك على ماله وتسلمه عليه وانه ليس
بمحمور ، لا لبيان انحصار أنحاء السلطنة له عليه دون غيره ليكون دليلاً
على اللزوم .

٣ - ما ذكره المحقق الاصفهاني « قده » من أن الحديث يفيد
سلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال دون غيرها من

أنحاء السلطنة ، فلا يفيد السلطنة على ابقاء أو ازالة الملكية .

ثم قال الشيخ - بعد التمسك بالحديث : فاندفع ما ربما يتوهم من أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه ، ولانسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الاصيلي .

أقول : غرضه « قده » دفع توهم أنه يريد من الحديث اطلاقه ليشمل ما بعد الرجوع ، حتى يكون تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية بل يريد أن تملك مال الغير عنه بالرجوع فيه بغير رضاه ينافي السلطنة التامة الثابتة له عليه بمقتضى الحديث . وهل بين التقريبين فرق بأن يكون التمسك به قبل الرجوع لا من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية ؟

أقول: معنى الحديث ان الناس مسلطون على أموالهم لاعلى أموال غيرهم ، وكون سلطنة من لا يخرج المال عن ملكه الا برضاه أتم من سلطنة من ليس له الا التصرف فيه معلوم، ولكن الحكم لا يثبت موضوعه بل يترتب على الموضوع الثابت من قبل ، فلا بد من دليلين أحدهما يثبت الموضوع والاخر يثبت الحكم عليه، وهذا الحديث يفيد السلطنة للمالك على ماله ويتكفل افادة بقاء الملكية، وظاهر عبارة الشيخ «قده» استفادة هذه الجهة - أيضاً - من هذا الحديث . فظهر بطلان التمسك بالحديث لاثبات الملك مطلقاً .

ويشهد بما ذكرنا أنا لم نجد أحداً من الاصحاب يقول بأن الادلة النافية للملك - كأدلة الخيار والشفعة - معارضة لقاعدة السلطنة، وذلك

لان هذه تقتضي سلطنة الشخص على المال مادام في ملكه ، وأما دليل الشفعة - مثلاً - فيفيد أنه ليس ملكاً له. فهو كالوارد على دليل السلطنة... كما أن أدلة الحجر - مثلاً - لاتعارض هذه القاعدة بل تخصصها كما هو ظاهر .

وهذا الاشكال نفسه وارد على المحقق « قده » في مسألة القرض ان كان وجه تمسكه به على النحو الذي تمسك به الشيخ « قده » .

الثالث : قوله عليه السلام « لا يحل مال امرىء »

قال الشيخ « قده » : ومنه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام « لا يحل مال امرىء الا عن طيب نفسه » .

أقول: ان كان هذا الحكم تكليفاً فالمراد لايجوز التصرف في مال امرىء الا عن طيب نفسه، وان كان وضعياً فالمعنى لاينفذ ولايصح. والاستدلال به في المقام يتوقف على ظهوره في الحكم الوضعي، حتى لايجوز الرجوع ، بمعنى عدم تأثيره الا عن طيب نفس المشتري . قيل : ان نسبت الحلية أو الحرمة الى المعاملات كانت ظاهرة في الحكم الوضعي - أي النفوذ - وان كان الموضوع عيناً خارجية كان ظاهراً في الحكم التكليفي ، مثل الخمر حرام أي شربه ولحم الخنزير حرام أي أكله. وعلى هذا يكون الحديث ظاهراً في الحكم التكليفي، أي لايجوز التصرف في مال الغير .

وقيل : ان نسبت الى عين لا بما هي مال فهو تكليفي مثل الخمر حرام ، وان نسبت اليها بما هي مال كان ظاهراً في الحكم الوضعي مثل « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » .

أقول : والصحيح أن ظاهره حرمة التصرف في مال الغير مطلقاً
الا برضاه .

قال الشيخ « قده » : وتوهم تعلق الحل بمال الغير، وكونه مال
الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم .

أقول : توضيح التوهم : ان هذا الحديث يجوز التمسك به فيما
إذا كان الموضوع معلوماً، وكون المال ملكاً له بعد الرجوع مشكوك
فيه ، فيكون من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية .

وتوضيح الدفع : ان تملكه عن الغير بالرجوع فيه تصرف في
ماله ، وهو غير جائز بمقتضى الحديث الشريف .

قال الشيخ « قده » : مع ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث
يشمل التملك أيضاً . . .

اقول: غرضه « قده » ان هذا الحديث يدل على الحكم الوضعي
- وهو الفساد - بالالتزام كذلك. والصحيح - كما قال السيد « قده » -
ان كلمة « مع » زائدة هنا، أي ان عموم « لا يحل . . . » يشمل جميع
التصرفات ومنها التملك ، فهو يقتضي عدم جواز التصرف الخارجي
وكذا التملك من أول الامر ، فلاشبهة مصداقية حينئذ .

ولكن يتوجه عليه ماأوردناه على الاستدلال بحديث السلطنة ،
فان الحديث لايتكفل الموضوع بل يقول : ان المال المفروض كونه
للغير لايجوز التصرف فيه الا برضاه - فتأمل .

الرابع : آية التجارة

قال الشيخ « قده » : ويمكن الاستدلال بقوله تعالى « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض . . . » .
أقول : ومما استدل به للزوم المعاطاة هذه الآية الشريفة باعتبار ان الرجوع فيما ملكه بالمعاطاة ليس تجارة عن تراض ، فيدخل في عموم المنع ، والمعنى بقريئة «تجارة عن تراض» لاتأكلوا مالا بعنوان التملك الا بالتجارة عن تراض. وبعبارة أخرى: المعنى ان سبب التملك منحصر بالتجارة عن تراض .

هذا اذا كان الاستدلال بجملة المستثنى بناء على دلالتها على الحصر.
قال الشيخ « قده » : والتوهم المتقدم في السابق جار هنا . . .
اقول: وفي نسخة «غير جار هنا» ، والظاهر أنها الاصح، وغرضه «قده» ان الشبهة المذكورة حول دلالة «الناس مسلطون على أموالهم» غير جارية هنا ، لان الحكم هنا ليس الا النهي عن تملك مال الغير الا بالتجارة عن تراض، والرجوع ليس من مصاديق التجارة عن تراض. ويمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها ، فيكون المعنى :
لاتتصرفوا بنحو من الانحاء في أموالكم الا عن طريق التجارة عن تراض.
أقول: هل الآية الكريمة تفيد لاتأكلوا أموالكم بوصف «أموالكم» اي بقيد الاضافة الى اصحابها ، أو لاتأكلوا أموال غيركم بعنوان أنها اموالكم ، او الاعم من كلا الامرين ؟
الظاهر ان المراد هو الثاني ، أي لاتأكلوا ما جعلونه ملكاً لكم

بزعمكم مما هو بأيديكم بسبب من الاسباب الا التجارة عن تراض .
وبعبارة أخرى : لاتتملكوا شيئاً من الاموال الا بالتجارة عن تراض...
فيكون أكل الوارث ماترك مورثه خارجاً عن مدلول الاية تخصصاً .

ثم ما المراد من الباطل ؟

ان كان المراد الباطل الشرعي دلت الاية على جواز الاكل المباح
وان لم تكن تجارة عن تراض ، كأكل المارة مما يمرون به - مثلاً -
وعلى هذا لايلزم التخصيص في الاية بذلك ، ويكون الرجوع جائزاً
فيما اذا اذن الشارع وان لم يكن تجارة عن تراض ، ويكون الاستثناء
حينئذ منقطعاً . والمختار عند جماعة عدم دلالة الاستثناء المنقطع على
الحصر ، فالاية تفيد النهي عن كل باطل ولا تفيد حصر غير الباطل في
التجارة عن تراض . وعليه فلو شك في جواز الرجوع وعدمه يكون
التمسك بالاية لعدم الجواز تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية لاحتمال
اذن الشارع ، اذ المفروض أن المراد من « الباطل » هو الباطل الشرعي ،
بمعنى ما لم يأذن به الشارع .

وان كان المراد الباطل العرفي - أي ما كان باطلا عندكم لا يكون
مملكاً لكم ، فلاتأكلوا ما أخذتموه بشيء من تلك الاسباب الا التجارة
عن تراض - فعلى هذا يكون اذن الشارع في بعض الموارد كحق المارة
والشفعة ونحوهما مخصصاً لهذا « الباطل » ، وكذا يكون نهيه عن بيع
المنابذة ونحوه مخصصاً لما هو « الصحيح » عندهم . . . والاستثناء
على هذا التقدير منقطع كذلك ولادلالة له على الحصر أيضاً .

وأما اذا جعل الاستثناء متصلاً كان تقدير المستثنى منه « بسبب من الاسباب » ، أى لائناً كلوا أموالكم بينكم بسبب من الاسباب المملكة عندكم الا بسبب التجارة عن تراض . . . دل على الحصر ، وكان « الباطل » قيماً توضيحياً وكأنه تعليل للنهي عن ما عدا التجارة عن تراض . ويلزم عليه تخصيص المستثنى منه ، لانفاذ الشارع جملة من الاسباب غيرها .

هذا ، والظاهر ان المراد من « الباطل » هو الباطل الشرعي ، وجملة الاستثناء لاتفيد الحصر حتى يلزم التخصيص ، فلو احتمل اذن الشارع في الرجوع في المعاطاة جاز له التصرف في المال بعده بما جاز له التصرف فيه قبلها ، لان معنى الاذن في الرجوع هو جعل المعاطاة كالعدم .

وبالجملة يتوقف الاستدلال بالاية على دلالتها على الحصر ، أو دلالتها على حرمة أكل المال بالاسباب الباطلة عند أهل العرف :
فأما الوجه الاول فان الشيخ « قده » - وان تمسك به هنا - قد نفاه في مبحث بيع الفضولي ، وذكر أن الاستثناء منقطع ولايفيد الحصر ، وجعله مثل « لاشيء من الغنم بحرام الا الارنب » ، فانه استثناء منقطع ولايفيد عدم حرمة ما عدا الارنب من الحيوانات . نعم الحكم في المستثنى منه عام ، فليس شيء من الغنم بحرام ، وليس شيء من الاكل بالباطل بحلال .

ولافرق في عدم الدلالة على الحصر بين أن يكون « الباطل »

شريعياً أو عرفياً : أما الاول فلان المفروض عدم معلومية بطلانه شرعاً ،
وأما الثاني فان هذا باطل عرفاً - كما ذكرنا - لكن الشيخ « قده »
نفسه قال : اذا أجاز المالك الحقيقي كان المورد نظير أكل المار من
الثمر الممرور به ، فانه حينئذ يخرج عن كونه باطلاً ، وعلى هذا لا يصح
التمسك بالجملة المستثنى منها هنا .

وأما الوجه الثاني ففيه أن ذلك أول الكلام ، على أنه يستلزم
التخصيص والتخصص ، بل الآية سياقها لا يناسب « الباطل » العرفي .
وبما ذكرنا ظهر عدم جواز التمسك بالآية للزوم المعاطاة .

الخامس : أدلة خيار المجلس

قال الشيخ « قده » : هذا كله مضافاً الى ما دل على لزوم خصوص
البيع ، مثل قوله عليه السلام « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » .
أقول : تقريب الاستدلال بهذه الاخبار هو : أن المعاطاة بيع
بالحمل الشائع ، فنشملها أدلتها وتترتب عليها أحكامه ، ومنها خيار المجلس ،
فالمتعاطيان بالخيار ما لم يفترقا ، فاذا افترقا لزمت المعاطاة .
والتمسك بهذه الاخبار لاجل عدم جواز الفسخ بعد تفرقهما عن
مجلس العقد تام كما هو واضح ، وأما بناءً على كون المعاطاة كالهبة
- في جواز التراد - لم يقتض ذلك المنع عن التراد .

السادس : قوله تعالى « أوفوا بالعقود »

قال الشيخ « قده » : وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى « أوفوا
بالعقود . . . » .

أقول : قال في مجمع البيان : وفى وأوفى بمعنى ، والثاني لغة أهل الحجاز . وتقريب الاستدلال - كما ذكر الشيخ - ان « العقد » هو « العهد » كما في الرواية^(١) ، ومبرز العهد أعم من اللفظ والفعل فيشمل المعاطاة ، وتكون صغرى لدليل وجوب الوفاء بالعقد فيجب الوفاء بالمعاطاة . ومقتضى اطلاق الآية وجوب الوفاء بها في جميع الازمنة ، فلايجوز التراد والرجوع .

وليست الآية ظاهرة في حرمة التصرف بمال الغير ، بل هي ظاهرة في عدم جواز الرجوع عن اعتبار الشيء ملكاً للغير ، ومنه ينتزع لزوم العقد - بناءً على أن الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية ، أو انه امضاء لعمل اهل العرف وبنائهم على اللزوم . هذا تقريب الاستدلال بالآية .

قال في منية الطالب ماملخصه : ان الآية تدل على اللزوم في العقود اللفظية ، وأما المعاطاة فلايمكن افادتها للزومها ثبوتاً - مضافاً الى قيام الاجماع على الجواز - لان اللزوم في العقود تارة شرعي تعبدى - كما في باب النكاح حيث حكم الشارع فيه حكماً تعدياً بعدم جواز الرجوع فيه بوجه من الوجوه - واخرى حقى - كما فى باب المعاملات اللفظية كالبيع حيث جعل الشارع فيه الحق للمتبايعين فى جعله لازماً

(١) قال الشيخ على بن ابراهيم : حدثنى أبى عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام : قوله «أوفوا بالعقود» قال : بالعهود . تفسير القمى ١٦٠/١ وهى اما صحيحة واما حسنة بابراهيم بن هاشم .

وجعله غير لازم باشتراط الخيار فيه .

وأما اذا كانت المعاملة بالمعاطاة فان الفعل يفيد المبادلة ولكن لا يفيد الالتزام بها، بل هو خارج بالتخصص عن عموم الآية الكريمة، لان العقد هو العهد والفعل قاصر عن افادة هذا المعنى .
أقول: لافرق لدى أهل العرف بين البيع بالصيغة والبيع بالفعل، ففى كليهما تملك من البائع وتملك من المشتري، ولازم هذا التملك والتملك عدم الرجوع . ومن هنا يمكن دعوى أن الالتزام موجود في القسمين .

وفى التبيان لشيخ الطائفة « قده » : أجمع المفسرون على أن المراد بالعقود العهود ، فيجب الوفاء بكل عهد حتى اذا كان قليلاً ، وحينئذ فدعوى الفرق بين دلالة الفعل ودلالة اللفظ ممنوعة . نعم اللفظ يكشف عما في الضمير وليس الفعل كذلك ولذا يمكنه انكار قصد التملك . .
لكن هذا أمر آخر ، فانا نقول : اذا علم تحقق أصل المعاملة من الطرفين علم اللزوم بالالتزام ، سواءً كانت باللفظ أو بالفعل .

وقيل : ان المعاطاة عقد، والعقد هو العهد، وقوله تعالى « أو فوا بالعقود » ظاهر في الحكم التكليفي ، والاستدلال به يختص بما اذا كان متعلق العقد (فعلاً) ، وأما اذا كان المتعلق (النتيجة) فلاوجه للاستدلال به ، لان هذه المعاهدة ان كانت جامعة للشرائط كانت النتيجة - وهي الملكية حاصلة ومقتضى طبعها البقاء الى أن يرفعها رافع - والا فلا ،

سواء كانت بالصيغة أو بالمعاطاة، وأما عدم جواز التصرف فلان المفروض يبيعه له ، ومن باع شيئاً وملكه لغيره فلا يجوز له التصرف فيه . وهذا من أحكام البيع ولا علاقة له بمسألة الوفاء مطلقاً ، وعلى هذا لا يجوز أن يتمسك بالاية للزوم المعاطاة وحرمة التصرف فيما أعطاه بالرجوع فيه .

وقد أجاب الشيخ «قده» في أول الخيارات عن ذلك بما حاصله: ان المراد بوجوب الوفاء هو العمل بما اقتضاه العقد في نفسه ، فاذا دل على التمليك وجب العمل بما يقتضيه من الاحكام والاثار من حرمة التصرف فيه ونحو ذلك .

أقول : وفيه ان عدم العمل بالحكم المترتب على النتيجة ليس مخالفة لدليل الوفاء ، فمن نذر أن يكون الشيء ملكاً لزيد فوفى بنذره وسلمه اياه ثم غصبه منه لم يحنث وان ارتكب محرماً .

فالاولى أن يقال في الجواب : ان مفاد دليل الوفاء لاتنقضوا عهودكم والتزموا بالاثار المترتبة عليها، وعليه فان بقي على عهددهو، وانفسخ ورجع فان أنفذ الشارع ذلك فهو، والافانه يأمر بالوفاء بالعقد والالتزام بالاحكام المترتبة عليه. وبهذا يندفع ما قيل من أن الاية الشريفة لاتشمل عقد النتيجة .

ثم انه اذا احتتمل في مورد ان الشارع جعل العقد بقول الشخص «فسخت» كلا عقد ، فلا عقد عندئذ حتى يتوجه اليه الامر بالوفاء . وبعبارة أخرى: تارة نشك في تخصيص العام فحينئذ نتمسك به، وأخرى

يقوم دليل يرفع موضوع العام فلا يجوز التمسك به . وعليه فان كان العقد موجوداً توجه اليه الحكم المذكور، وان فرض معدوماً شرعاً لم يجز التمسك بعموم دليل الوفاء، فظهر أن دليل الوفاء بالعقد تابع للعقد حدوداً وبقاءً ، ومع الشك في البقاء لم يجز التمسك به .

السابع : المؤمنون عند شروطهم

قال الشيخ «قده» : وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام «المؤمنون عند شروطهم» ، فان الشرط لغة مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ. أقول: فيه أنه يتوقف على القول بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائية، وقد قام الاجماع على خلافه على ما نقل عن غير واحد .

وأيضاً : ان كان المراد وجوب العمل بالشرط - فيكون حكماً تكليفاً - كان الاولى أن يقال : على المؤمنين الوفاء بشروطهم ، وان كان المراد هو الحكم الوضعي جاء فيه جميع ما تقدم في الدليل السابق. والظاهر أنه حديث أخلاقي كقولهم « المؤمن اذا وعد وفى ».

نتيجة البحث

قال الشيخ «قده» : والحاصل ان الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع مما لا ينكر .

أقول: ويدل على اللزوم - بالاضافة الى ما تقدم - أدلة الخيارات على أنواعها ، فانه بعموماتها تشمل ما كان بغير اللفظ .

ثم قال: الآن الظاهر - فيما نحن فيه - قيام الاجماع على عدم اللزوم في المعاطاة . . .

أقول : ولا يصلح الاجماع المدعى على عدم اللزوم لرفع اليد عن اطلاق الادلة المذكورة، لعدم تنصيب الاصحاب على عدم اللزوم، بل قال اكثرهم بعدم افادة المعاطاة للملك، فاللزوم سالبة بانتفاء الموضوع اذن لاجماع على عدم اللزوم بناءً على القول بالملك .

قال الشيخ « قده » : نعم يمكن أن يقال - بعد ثبوت الاتفاق المذكور - ان أصحابنا بين قائل بالملك الجائز وبين قائل بعدم الملك رأساً ، فالقول بالملك اللازم قول ثالث - فتأمل .

أقول : ولكن هذا انما يتم فيما اذا كان القول بعدم اللزوم مما أفتوا به صريحاً ، فلو اختلفوا على قولين في موضوع بالاستحباب والوجوب وأفتوا بعدم الحرمة كان القول بالحرمة احداث قول ثالث، وان كانت الفتوى بعدم الحرمة مقيدة بالفتوى بالاستحباب أو بالوجوب جاز القول بالحرمة . وبالجملة: ان نفي القولان الثالث كان القول به احداثاً والا فلا . وليس الاجماع المدعى - فيما نحن فيه - من الاجماع على النفي .

ثم قال « قده » : وكيف كان فتحصيل الاجماع . . . الخ .

أقول : ملخص كلامه قدس سره الظن بتحقيق الاجماع على عدم اللزوم . وفيه انه لا دليل على اعتبار هذا الظن ، اللهم الا أن يكون الظن بالاجماع الكاشف ظناً بقول المعصوم عليه السلام، الا أنه يتوقف على القول بحجية مطلق الظن برأي المعصوم عليه السلام، وهو غير ثابت . ثم قال : بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع

الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي. نعم ربما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع «بارك الله لك» أو ما دى هذا المعنى بالفارسية. نعم ، يكتفون بالتعاطي في المحقرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم ، الاكتفاء في اللزوم بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة ولغير واحد من الاخبار كما سيجىء انشاء الله تعالى فى شروط الصيغة. وقد أشكل عليه السيد «قده» بالنسبة الى المحقرات بأن ترادهم فيها ليس من جهة بنائهم على عدم اللزوم فيها ، بل لعله من جهة عدم قابليتها للاستنكاف عن التراد .

أقول : بل السيرة العقلائية قائمة على الاكتفاء بالتعاطي وعدم اشتراط الانشاء القولى مطلقاً .

الكلام

فى قوله (ع) « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام »

لقد استدل بهذا الخبر تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التصرف
وأخرى على عدم افادتها للزوم، جمعاً بينه وبين ما دل على صحة مطلق
البيع كما صنعه فى الرياض ، وهو ما روي عن خالد بن الحجاج أو
ابن نجيح^(١) قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يبيئني فيقول:
اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا . فقال : أليس ان شاء أخذ
وان شاء ترك؟ قلت : بلى . قال : لا بأس ، انما يحلل الكلام ويحرم
الكلام .

(١) رواه الشيخ الكليني «قده» فى باب بيع ما ليس عنده والشيخ الطوسى
فى باب النقد والنسيئة عن ابن أبى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن
الحجاج أو ابن نجيح وهو فى الوسائل ٣٧٦/٦ .

الوجوه المحتملة في الخبر

وقد احتل الشيخ قدس سره في قوله عليه السلام « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » وجوهاً أربعة :

الاول : أن يراد من « الكلام » في المقامين اللفظ الدال على التحريم والتحليل ، بمعنى أن تحريم شيء وتحليله لا يكون الا بالنطق فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام ، ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال .
الثاني : أن يراد من « الكلام » اللفظ مع مضمونه ، كقولهم « هذا الكلام صحيح ، وهذا الكلام باطل » ، ويكون المراد : ان المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي من حيث الحلية والحرمه باختلاف المضامين المؤداة بالكلام .

قال : وعلى هذا المعنى ورد قوله عليه السلام « انما يحرم الكلام » في عدة من روايات المزارعة .

وعلى هذا فالمراد - بالنسبة الى مورد السؤال - ان الكلام ان كان بمضمون البيع والشراء كان أثره الحلية ، بخلاف ما اذا كان بمضمون المواعدة والمقاوله ، وان كان المطلب واحداً .

الثالث : ان يراد من « الكلام » في الفقرتين الكلام الواحد ، ويكون الاختلاف في الحكم الشرعي باعتبار الوجود والعدم . قال : ويحتمل هذا الوجه في الروايات الواردة في المزارعة .

أي : الايجاب والقبول ان وجدا حل التصرف في مال الغير والا

فلا . اذن الافعال غير مؤثرة .

الرابع : أن يراد من « الكلام » المحلل خصوص المقابلة ،
ومن المحرم ايجاب البيع ، لانه وقع قبل الشراء وهو غير جائز .
أقول : لا اشكال في أن الراوي لا يريد السؤال عن حكم بيع
قد وقع بلا لفظ ، لانه يعلم بعدم تحقق البيع ، بل يقصد السؤال عن
أثر هذا اللفظ الدال على المواعدة والمقابلة ، اما من جهة احتمال
كون ذلك من مصاديق قوله عليه السلام « لاتبع ما ليس عندك » فقال
الامام عليه السلام : أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ؟ قال : بلى ، فقال
عليه السلام : لأبأس . . . أي : لأبأس بهذه المواعدة ما دام أمر القبول
والرد بيده بعد ، فانها ليست من مصاديق « لاتبع ما ليس عندك » .
واما من جهة احتمال أن هذه المقابلة توجب بطلان المعاملة التي ستقع
بينهما على الثوب ، فالامام عليه السلام يجيب بعدم البأس ، لان الرجل
ان شاء أخذ وان شاء ترك . هذا حكم المسألة .

وانما الكلام في تطبيق الكبرى على الصغرى ، وظاهر « انما يحلل
الكلام ويحرم الكلام » كون الكلام نفسه محللا ومحرمًا ، وأما الاحتمال
الثالث فخلاف الظاهر ، كما ان جعل « يحرم الكلام » بمعنى ان عدم
الكلام محرم خلاف الظاهر ، بل المحرم والمحلل اما بمعنى ان الايجاب
والقبول الصحيحين يسببان حلية المثلث للمشتري والثلث للبائع ، واما
بمعنى ان المؤثر في الحلية والحرمة هو وجود الكلام ، فالمؤثر في
حلية الوطى هو وجود صيغة النكاح ، والمؤثر في حرمة هو وجود صيغة

الطلاق . فالكلام نفسه محلل ونفسه محرم ، وأما ارادة غير ما ذكر
فمجاز ولا موجب لحمل الرواية عليه .

وعلى هذا فلا بيع في المقام حتى يبحث عن شرطية اللفظ وعدمها .
نعم يحتمل أن يراد من « الكلام » البيع بالايجاب والقبول ،
وبما أنه غير متحقق هنا فليس بمصداق لقوله عليه السلام « لا تبع ما ليس
عندك » ولذا قال عليه السلام « لا بأس » .
ولكنه خلاف الظاهر .

ويحتمل أن يراد ان البيع يتحقق بالايجاب والقبول وهو غير
متحقق قبل الشراء ، ولذا قال « لا بأس » ، اذ لو كان قبل الشراء بيع
لكان باطلا .

ولكنه خلاف الظاهر كذلك .

وبالجملة : ان الرواية مجملة ، وغاية ما يستفاد منها تأثير «الكلام»
في المعاملات . فالاستدلال بها في المقام غير تام .

ثم ان الشيخ «قده» - بعد أن ذكر أن الرواية لا تدل على انحصار
المعاملة في اللفظية - قال : نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب
البيع بوجه آخر - بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو ايجاب البيع -
بأن يقال : ان حصر المحلل والمحرم في الكلام لا يتأتى الا مع انحصار
ايجاب البيع في الكلام ، اذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل
والمحرم في الكلام . الا أن يقال : ان وجه انحصار البيع في الكلام
في مورد الرواية هو عدم امكان المعاطاة في خصوص المورد ، اذ

المفروض أن المبيع عند مالكة الاول ، فتأمل .
أقول : ولكن من الممكن أن يقال : ان للمورد هنا خصوصية ،
اذ المعاطاة لم تتحقق . والامام عليه السلام حصر البيع بالايجاب
والقبول معبراً بـ « الكلام » في مقابل المقابلة لا في مقابل المعاطاة ، اذ
الواقع هنا هو الكلام لا الفعل .
ويحتمل التعبير بـ « الكلام » من جهة الغلبة ، اذ الاغلب تحقق
البيع بالكلام .
وكيف كان فلا ظهور للرواية في مقابل ظواهر عمومات البيع ،
لتكون دالة على عدم افادة المعاطاة الملك أو اللزوم .

روايات اخرى في الباب

ثم انه « قده » قال : كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية اخرى
واردة في هذا الحكم أيضاً ، وهي رواية يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله
عليه السلام عن رجل قال لي : اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة وبعنيها
أربحك فيها كذا وكذا . قال : لا بأس بذلك ليشتريها ولا يواجبه البيع
قبل أن يستوجبها أو يشتريها^(١) .

أقول : يعني انه بقريئة هذه الرواية يفهم أن المراد من « الكلام »
في تلك هو البيع ، أي ان تحقق البيع قبل الشراء فحرام والافحلال ،
لانهما تشعر باشتراط الكلام ، لقوله عليه السلام « لا يواجبه البيع .. » .

(١) الوسائل ٣٧٨/٦ باختلاف يسير في اللفظ .

الا أن هذا لايفيد الحصر حتى يقال بعدم تأثير المعاطاة بل الامام عليه السلام تعرض في الجواب الى أحد فردي المعاملة لانه مورد السؤال ولا مفهوم لكلامه ليكون الفرد الاخر باطلا ، بل هو مسكوت عنه .

قال : ويشعر به أيضاً رواية العلاء الواردة في نسبة الربح الى أصل المال . قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول : أبيعك بده دوازه . فقال : لا بأس ، انما هي هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة^(١) . فان ظاهره - على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك في المقابلة التي قبل العقد وانما يكره حين العقد . أقول: ولكن من أين ثبت له المفهوم ليدل على الحصر، بل لعل الامام عليه السلام أجاب بهذا الجواب لكون المورد مورد القول، لان الراوي قال : فيقول . . .

قال «قده» وفي صحيحة ابن سنان: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك ، تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ، ثم توجه على نفسك ، ثم تبيعه منه بعد^(٢) .

أقول: وهذه كسابقتها في عدم الدلالة على الحصر، على أن قوله عليه السلام « ثم تبيعه » أعم من البيع اللفظي والمعاطاة .

(١) الوسائل ٣٨٦/٦ مع اختلاف في اللفظ .

(٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، ابواب احكام العقود ، الباب ٨ ج ٦ ص

تنبيهات المعاطاة

وينبغي التنبيه على أمور :

الامر الاول

(هل يعتبر في المعاطاة ما يعتبر في البيع ؟)

هل يعتبر في المعاطاة ما يعتبر في البيع من الشروط مطلقاً - أي سواء قلنا بافادتها الملك أو قلنا بافادتها الاباحة - أو لا يعتبر فيها من ذلك شيء كذلك ، أو لابد من التفصيل بين القول بافادتها الملك والقول بافادتها الاباحة ، أو التفصيل بين ما اذا قصد المتعاطيان الملك وما اذا قصد الاباحة؟ ان قلنا : بأن المعاطاة تفيد الملك - أعم من الجائز واللازم - فهي بيع ، ولازم ذلك شمول أحكام البيع لها - حتى بناءً على القول بأنه بيع فاسد شرعاً - .

وان قلنا : بافادتها الاباحة فهي بيع عرفاً ولا يؤثر شرعاً الا الاباحة ، وهل معنى هذا : انه ليس بيعاً شرعياً أو أنه بيع يفيد الاباحة؟ الظاهر هو الاول ، لان البيع ما يفيد الملك ، وما لا يفيد فليس بيعاً شرعياً لانه لا يفيد الملك ، ولا يخفى عدم الفرق بين هذا القول والقول بأنه بيع فاسد

لانه ايضاً لايفيد الملك، فجعل الاول بيعاً دون الثاني لواجه له .
قال السيد « قده » : قوله « بيع عرفاً لاشرعاً » ان أراد ان هذا
بيع مع قطع النظر عن حكم الشرع فهو صحيح ، وان اراد أنه بعد
لحاظ حكم الشرع من العرف هو بيع عندهم فليس كذلك .
أقول : ان كان المبني هو وحدة الموضوع له ، غير أن الشارع
يعطىء اهل العرف في بعض الموارد من حيث التطبيق فالتخطة تكشف
عن أن موردها ليس بيعاً عند المشرعة ايضاً فلايشمله أدلة الشرائط .
وان كان المبني هو ان اهل العرف قد وضعوا اللفظ لما يفيد
الملك عندهم - سواء أفاد عند الشارع أم لا - فانه يكون بيعاً عندهم ،
لكنهم - بما هم متشرعة - لا يرونه بيعاً لعدم امضاء الشارع له فيشمليه
ادلة الشروط حيث ان الاحكام تنزل على المفاهيم العرفية .
نعم لقائل ان يقول: بأننا نعلم - حتى بناءً على تغاير الموضوع
له - بأن الشارع لما جعل شرائط البيع ، جعلها لكل بيع مملك في
اعتباره ، وأما ما لم يكن كذلك فالبيع منصرف عنه في نظره وان كان
بيعاً في نظر أهل العرف .

ولكن هذا انما يصح فيما اذا أراد الشارع أن يجعل البيع العرفي
كلا بيع ، كما هو الشأن في البيع الربوي مثلاً . وأما اذا أراد ترتيب
أثر آخر عليه كالباحة بعد التصريح بعدم افادته الملك، فان أدلة الاشتراط
تشمليه وان كان الموضوع له عنده غير الموضوع له عند أهل العرف
لما مر .

وقال المحقق الخراساني «قده» ما توضيحه: أنه بيع عرفي لم يؤثر شرعاً قبل وجود أحد الملزمات كتلف أحد العوضين، فهو ليس بيعاً ابتداءً حتى يتحقق أحدها، فهو شرط افادته التملك والتملك. وحينئذ يكون بيعاً شرعاً و عرفاً، ونفى البيع عنها في كلام المشهور القائلين بالاباحة هو البيع الشرعي بمجرد لابعده وجود أحد الملزمات، فانه حينئذ يفيد الملك عندهم لا الاباحة الملزمة، ولذا يقولون بأن العوض الاخر الموجود ملك لمن هو بيده - في الفرض المذكور - فعليه هو بيع شرعي لكن بعد وجود أحد الملزمات، فيشمله أدلة الشرائط.

قال الشيخ: فنفي البيع عنها في كلامهم ومعاهد اجماعهم... . أقول: الظاهر أن هذه العبارة متفرعة على القول بالاباحة، فانه بناءً عليه ليس بيعاً شرعياً بل هو عرفي، ويكون المعنى حينئذ ان الاباحة تفيد الملك بالتسالي، ويحتمل كونها متفرعة على أول كلامه «قده»، أي: نفي البيع في كلامهم حتى على القول بالملك لان مقصودهم هو المؤثر في افادة اللزوم زائداً على الملك.

هذا كله بناءً على أن مقصود المتعاطيين التملك والتملك، وأما مع قصدهما الاباحة فليست بيعاً شرعاً ولا عرفاً، لان الاذن في التصرف ليس بيعاً، اذ البيع - كما قيل - مبادلة مال بمال... وعلى هذا فما هو دليل ترتيب أحكام البيع على المأخوذ بالمعاطاة مع عدم افادتها الملك وعدم قصدهما التملك والتملك؟

أما السيرة فانها دليل لبي، فلا بد من الاخذ بالقدر المتيقن، وهو

المورد الجامع لشرائط البيع . وهل هناك اطلاق يشمل محل الكلام؟
استدل بقوله عليه السلام « الناس مسلطون على اموالهم وانفسهم » ،
فانه يدل - باطلاقه - على افادة المعاطاة الاباحة مطلقاً .

أقول: لكن الاستدلال به يتوقف على كونه مشرعاً - كما هو مختار
السيد «قده» - فلو شك في اشتراط شيء في معاملة ما يتمسك به، والظاهر
- وفقاً للشيخ قده - خلافه ، بل الحديث يدل على سلطنة الناس على
أموالهم بالانحاء المشروعة فقط من البيع والصلح والاجارة والهبة ونحو
ذلك، فهو يفيد جواز بيعه واجارته وهبته . . . وغير ذلك من المعاملات
المشروعة من ذى قبل ، فلا اطلاق له حتى يتمسك به في موارد منع
الشارع أو الشك في تجويزه .

قال الشيخ «قده» : وأما على المختار من أن الكلام فيما قصد
به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على
القول بافادتها للملك والقول بعدم افادتها الا الاباحة؟ وجوه . . .

ثم استشهد قده للاول بأمور ، وخلاصة ذلك: ان المعاطاة بيع،
فالادلة شاملة لها، لانها منزلة على البيع العرفي، فيشترط في صحة ما يراه
أهل العرف بيعاً كونه جامعاً للشرائط الشرعية التي اعتبرها ، سواء كان
الاثر الملك او الاباحة .

وأورد عليه السيد «قده» : بأن البيع العرفي انما يصدق في ما
اذا لم يأت ردع عن الشارع، والاخرج عن كونه بيعاً عرفياً، فلما موضوع
تشملة أدلة الشرائط .

أقول : فيه انه لاحقيقة شرعية للفظ البيع، وليس هو من الامور 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 » ، فاذا قال : يشترط فيه كذا . . كان معناه : يشترط في هذا البيع المتعارف أن يكون كذا .

وأشكل المحقق الاصفهاني « قده » بأن دليل امضاء البيع لا يعقل ان يكون موضوعه الا البيع العرفي . فانه القابل للامضاء، 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 لنفوذه هو المنوط بكذا وكذا ، لا كل ما قصد به الملك .

فأدلة الشرائط - اذاً - لا تتوجه الى البيع العرفي .

أقول : أن أراد الشيخ ان أدلة الشرائط تخرج البيع العرفي عن كونه بيعاً عرفياً فيما اذا فقد أحدها ، كان الاشكال وارداً ، لان الشرط الشرعي لا يضيق المفهوم العرفي ولا يحدد اعتبار أهل العرف، لان المفروض اختلاف النظرين ، ولا يؤثر نظر أحد الشخصين في نظر الاخر .

وان أراد ان أدلة الشرائط تتوجه الى البيع العرفي لابعنى نفي البيعية ، بسل بمعنى أن هذا البيع لا يمضيه الشارع بدون هذا الشرط ، فمتى كان واجداً له كان مؤثراً شرعاً والا فلا . فالاشكال غير وارد ، اذ

لاتضييق للبيع العرفي حينئذ ، بل الأدلة تتوجه اليه نفسه وتضييق دائرة تأثيره فحسب ، فالتأثير هو للجوامع للشرائط الشرعية، لا أن موضوع الأدلة هو البيع الشرعي .

ثم ان الشيخ « قده » بعد أن ذكر وجه التفصيل المذكور ذكر تفصيلاً آخر، وهو: ان كانت أدلة الشروط ثابتة بالنصوص فتشمل المعاطاة، وان كانت بالاجماع فلا . مثلاً : كون الوزن معلوماً في الموزون قيل: انه ثابت بالاجماع، وقيل: لا يشترط فيما اذا انتفى الغرر . . . فان كان اجماع فهو منصرف الى البيع الشرعي ، وان كان نص فهو منزل على البيع العرفي .

ووجه الفرق: ان المجمعين انما يشترطون شيئاً في البيع من جهة انهم متشعبة، وأما النصوص فلعدم الحقيقة الشرعية تتوجه الى المفاهيم العرفية .

ثم قال الشيخ: والاحتمال الاول لا يخلو عن قوة. قال ماتوضيحه: اما بناءً على الملك فان هذا بيع تشمله الأدلة ، واما بناءً على أنه بيع عرفي يفيد الاباحة - فان الحكم الشرعي الثابت بقوله تعالى « أحل الله البيع » مقتضاه افادته الملك ان كان صحيحاً ، فان لم يفده فمن أين الاباحة ؟ انه عن طريق اشتراط الاصحاب الصيغة ، وكذا قوله عليه السلام « الكلام يحلل والكلام يحرم » ، ومن هنا يقولون بافادتها الاباحة. وعلى هذا لا يكون لكلماتهم من ان المعاطاة تفيد الاباحة اطلاقاً كالنصوص ليشمل الفاقد للشرائط - لاسيما مع اختلاف تعابيرهم - فيؤخذ بالتقدير

المتيقن ، وهو الجامع للشرائط - عدا الصيغة - فاذا كان كذلك افاد
الاباحة .

فسواء كانت المعاطاة تفيد الملك المتزلزل أو المستقر أو الاباحة
- على اختلاف الاقوال - فانه لا بد أن يكون جامعاً للشرائط ، لانه هو
القدر المتيقن من كلماتهم .
وهذا الذي ذكره قدس سره دليل آخر على الوجه الاول الذي
اختاره وقواه .

كلام الشهيد « قدس »

قال الشيخ قدس سره: ثم انه حكى عن الشهيد في حواشيه على
القواعد أنه بعدما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة
وثنم الهدى الابعد تلف العين - يعني العين الاخرى - ذكر: انه يجوز
أن يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين ، لانها ليست عقداً ،
وكذا جهالة الاجل ، وانه لو اشترى أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل
تلف الثمن .

قال الشيخ: وحكى عنه في باب الصرف أيضاً أنه لا يعتبر التقابض
في المجلس في معاطاة النقيدين .

وحيث ان الشيخ قدس سره يقول بكون المعاطاة بيعاً ، صار
بصدد اثبات وجوب اجتماع شرائط البيع هنا وان لم يكن عقداً على
ما ذهب اليه الشهيد قدس سره ، فقال في الجواب : حكمه بعدم جواز

اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة وعدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم افادتها للملك ، الا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف معللاً بأن المعاطاة ليست عقداً يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك، حيث أن المفيد للملك منحصر في العقد، وان يكون باعتبار عدم اللزوم، حيث ان الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم. ثم قال قدس سره ماملخصه: والاقوى اعتبارها وان قلنا بالاباحة، لانها بيع عرفي وان لم يفد شرعاً الا الاباحة، ومورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لخصوص العقدي ، ولان افادتها الاباحة تخالف القاعدة لان المفروض أن مقصود المتعاطين هو الملك - وحيث يجب الاقتصاد على القدر المتيقن، وهو المورد الجامع للشرائط عدا الصيغة .

لكن المحقق الاصفهاني «قده» قال : لا يعتبر شرائط البيع العقدي في المعاطاة على القول بافادتها للملك شرعاً ، اما لعدم مقتضي وهو قصور الدليل اللبى ، أو لوجود المانع وهو السيرة العملية على أوسع مما تقتضيه النصوص .

قال: ومنه يتبين حال المسألة على القول بافادتها الاباحة، لفرض دلالة دليل الشرط على اعتباره في البيع ، وما لا يفيد الملك فليس بيعاً شرعاً، وقد مر أن موضوع دليل الشرط هو البيع الشرعي دون العرفي. واما قصور دليل تأثير المعاطاة في الاباحة عن شموله لفاقد غير الصيغة أيضاً فهو خلاف المشاهد من سيرة المسلمين من عدم رعايتهم لما يعتبر

في العقد القولي كما عن كاشف الغطاء قدس سره .

أقول : وفيه أنا قد ذكرنا سابقاً ان أدلة الشرائط متعلقة بالبيع العرفي ، وليس للشارع وضع في قبال وضع أهل العرف ، فالمعاطاة بيع وان قلنا بالاباحة، فيجب رعاية الشروط المذكورة فيها شرعاً حتى يترتب الاثر المذكور .

نعم، ما أفاده من شمول اطلاقات الادلة للمعاطاة لكنها مقيدة بالسيرة القائمة على عدم رعايتها فيها محتمل ، وقد ذكره المحقق الخراساني قدس سره أيضاً ، فانه بعد ما صرح قاطعاً باعتبار الشرائط على القول بالملك لكونها بيعاً بلا اشكال قال : الا أن يقال ان السيرة قد ألفت بعض ما يعتبر بالاطلاق أو العموم ، لكنه رده بقوله وأنى لها بذلك .

والانصاف أن رده في محله، لعدم امكان اثبات سيرة من المتشعبة على القاء بعض الشرائط المعتبرة شرعاً (نعم قد يكون ذلك من غير المبالين بالاحكام الشرعية) ، ولأقل من الشك في تحقق هكذا سيرة ، فيكون الشك في التخصيص ، فيجب رعاية جميع الشرائط كما ذكر الشيخ قدس سره .

اللهم الا أن يقال بأن الشرائط هذه شرائط للبيع في حصول الملك ، فاذا قلنا بالاباحة كانت أجنبية عنها ، فلا يلزم رعايتها فيها بناءً على ذلك .

لكن الانصاف لزوم الشرائط بناءً على هذا أيضاً ، لان المتيقن من حصول الاباحة هو صورة اجتماعها فيها ، ومع عدمه لا يقطع بحصولها بها .

الكلام فى جريان الربا فيها

قال الشيخ « قده » : وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضاً وان خصصنا الحكم بالبيع ، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك ، لانها معاوضة عرفية وان لم تفد الملك ، بل معاوضة شرعية كما اعترف بها الشهيد رحمه الله .

أقول : وتوضيح المرام : ان المعاطاة اما هي بيع واما هي معاوضة مستقلة ، فان كانت بيعاً جرت فيها أدلة الربا مطلقاً - أي سواء أفادت الملك أو الاباحة - فالمعاطاة الربوية محرمة وباطلة أيضاً .

وان كانت معاملة مستقلة ، فان تمسكنا بما ذكرنا آنفاً من أن المتيقن من حصول الاباحة هو ما اذا كانت جامعة للشرائط ، فلا بد من أن يقال انه مع كونها ربوية لا تحصل الاباحة بل هي معاملة محرمة ، وان تمسكنا بالاطلاقات فحيث انها متوجهة الى البيع - والمفروض أن المعاطاة معاوضة مستقلة - فلا تجري فيها أدلة الربا الا على القول بجريانها في غير البيع من المعاملات كما هو الحق .

الكلام فى جريان الخيار فى المعاطاة

عبارة الشيخ هنا لاتخلو من اجمال واشكال ، لانه قدس سره قال وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور ، لانها جائزة عندهم فلامعنى للخيار .

أقول : قوله « قبل اللزوم » غير ظاهر المعنى ، لانه لا يعلم أن المراد منه جعل الخيار للفسخ قبل اللزوم أو جعله قبل اللزوم للاخذ به بعده . وبعبارة أخرى : هل المقصود جعله للاخذ به قبل اللزوم أو جعله قبله للاخذ به بعده ؟

ولم يتعرض الشيخ ولا أحد من المحشين لهذا الاشكال ، فان كان المراد : جعله للاخذ به قبل اللزوم كما هو الظاهر من قوله بعد ذلك : لامعنى للخيار ، لزم لغوية الجعل ، لان المعاطاة ليست لازمة بعد ، بل يجوز فيها الرجوع ، فما أثر جعل الخيار ؟

وأما ما يستفاد من بعض من الفرق بين جواز التصرف والتملك وبين جعل الخيار : بأن الاخذ بالخيار يصير العقد كالعدم بخلاف التصرف بدون الخيار فان البيع باق بعد ولم يقع فيه خلل .

ففيه : انه لا يرفع الاشكال ، لان المقصود هو جواز التصرف في هذه العين ، فاذا كان له التصرف فيها بدون جعل الخيار فجعله لغو . وان كان المراد جعله فعلا للاخذ به بعد لزومه فلا لغوية ، لعدم جواز الرجوع حينئذ الا به ، كما هو الامر في البيع بالصيغة .

وبالجملة فلا يصح الحكم بعدم المعنى لجعل الخيار بقول مطلق ، لانه يفيد لما بعد اللزوم ، وأما بالنسبة الى ما قبله فلا يصح سواء قلنا بالاباحة أو بالملك الجائز . وعلى هذا يناسب أن يكون « ان » في قوله « وان قلنا بافادة الملك » وصلية ، أي : لا معنى لجعل الخيار بدون اللزوم وان لم نقل بالاباحة بل قلنا بالملك الجائز ، لعدم الفرق بينهما

في جواز الرجوع .

لكن ينافي ذلك قوله بعدئذ « فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً . . » فان ظاهره كونها للتشقيق ، فكأنه يقول : يمكن نفي الخيار على المشهور من القول بالاباحة فلا معنى للخيار والحال هذه ، وأما على القول بالملك فيمكن القول بجواز جعل الخيار . وعلى هذا فيرد عليه أن الملاك في لغوية جعل الخيار وعدمها هو اللزوم وعدمه ، لا حصول الملك أو الاباحة ، ولذا لو قيل بحصول اللزوم بالتصرف على القول بالاباحة أيضاً لما كان جعل الخيار لغوياً .

وبالجملة فجعل الخيار في محله لما بعد اللزوم سواء قلنا بالاباحة أو بالملك الجائز ، ولا يصح لما قبله كذلك .

ثم لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا كون (الواو) استينافية و (ان) تشقيقية فانه يبقى الكلام في قوله بعد ذلك : « بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم » مع انه قدس سره كرر القول سابقاً ولاحقاً بأن المعاطاة بيع قبل اللزوم وبعده حتى على القول بالاباحة فانها بيع لا يؤثر شرعاً الا بالاباحة .

فان قيل : انه يتكلم على مبنى الاخرين .

قلنا : ليس الامر بأزيد من أن يقال بأن المعاطاة ليست بيعاً ، بل هي معاملة مستقلة ، فانها أيضاً لا تخلو عن أن تكون لازمة أو جائزة ، فعلى الاول يصح جعل الخيار ، وعلى الثاني لا يصح . وعلى هذا فلا معنى لهذه الجملة التي ذكرها في هذا المقام ، وكان الصحيح أن يقول

بناءً على صيرورتها لازمة بعد الملزم ، أي يصح جعل الخيار الان للاخذ به بعد ما صارت لازمة بوجود الملزم .

ثم ان في بعض النسخ لفظ « الاباحة » بدل لفظ « جائزة » وعبارته : وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور ، لانها اباحة عندهم فلامعنى للخيار .

ويرد عليه أيضاً : أن ملاك صحة جعل الخيار ولغويته ليس الاباحة وعدمها ، بل الملاك العام هو الجواز وعدمه ، فاذا كانت المعاطاة جائزة فلامعنى لجعل الخيار ، سواء قيل بالملك الجائز أو بالاباحة بلا فرق بينهما . فلو صارت المعاطاة لازمة بالتلف مثلاً فهناك ينفع الخيار المجعول قبل ذلك ، فيلزم دفع مثل التالف أو قيمته .

ومراده من الاطلاق في قوله « فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم » هو أنه اذا بيننا على صيرورتها بيعاً صح جعل الخيار ، سواء كان الخيار مخصوصاً بالبيع أولاً ، بل كان جارياً في كل المعاملات . هذا في مقابل التفصيل بين الخيارات المختصة به فلا تجري ، لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار ، وبين غيره كخيار الغبن والعيب بالنسبة الى الرد دون أخذ الارش فتجري لعموم أدلتها .

ويمكن أن يكون الاطلاق اشارة الى رد تفصيل آخر ، وهو التفصيل بين القول بكون المعاطاة بيعاً من أول الامر فيجري فيها أدلة الخيار ، وكونها بيعاً استدامة وبالمآل فلا تجري ، لانصراف الأدلة

عنه . فهو رحمه الله يقول بثبوت الخيار بناءً على صيرورتها بيعاً مطلقاً ،
أي سواء كان بيعاً من أول الامر أو بقاءً - في مقابل عدم جريانه لو لم
تكن المعاطاة بيعاً حتى بقاءً .

ثم انه قال قدس سره في ذيل كلامه : وأما حكم الخيار بعد
اللزوم فيأتي بعد ذكر الملزمات . .

أقول : هل كانت الاحكام المذكورة الى الان لما قبل اللزوم ؟
وعلى ذلك يتوجه الاشكال بعدم المعنى لثبوت الخيار مع عدم اللزوم
الا اذا كان جعله هناك للاخذ به بعد اللزوم كما ذكرنا . وبالجملة فالملاك
ما ذكرناه ، وهو أنه لو جعل لزمان اللزوم صح والا فهو لغو لا معنى له .

الامر الثاني

(في بيان مورد المعاظة)

قال الشيخ «قده»: المتيقن من مورد المعاظة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين، فالملك أو الاباحة في كل منهما يتحقق بالاعطاء منهما، فلو أعطى أحدهما ولم يعط الثاني فللمعاظة، ومقتضى القاعدة عدم تحقق الملك أو الاباحة. لكن عن جماعة من المتأخرين تبعاً للشهيد جعله من المعاظة . . .

أقول: ان البائع لما يعطي المثلثن يقصد تملكه للمشتري بأزاء المثلثن، فهو قاصد للملك والتملك معاً، فيكون مثل انشاء المبايعة بالقول، وقوله «بعث هذا بهذا» فانه بالاول يقصد التملك، وقوله «بهذا» تملك العوض، ثم المشتري لما يقول «قبلت» يقبل ماقصده البائع، وبذلك يتم البيع ويحصل الملك. فما ذكره الشيخ «قده» في المقام غير واضح، بل الاباحة أو التملك حاصل بفعل البائع وقصده فقط، واعطاء المشتري ليس الا وفاءً بما التزم به بأخذ المثلثن من البائع.

اللهم الا أن يقال بأن المعاطاة فعل، فلا بد من ايجابين وقبولين،
كما في منية الطالب - لكنه عدل عنه في الحاشية ، لان الفعل أضعف
في الدلالة من القول ، فيلزم التكرار حتى تتم الدلالة .

لكن الامر ليس كذلك في الواقع ، ولذا من يشتري بالمعاطاة
نسبته ويأخذ الشيء الان يبنى على تمامية المعاملة وصحتها ، مع أنه لم
يعط الثمن حين الاخذ .

ثم قال الشيخ « قده » : ولاريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة ...
أقول: هذا صحيح، ولكن نفس ما يتحقق بالمعاطاة النقدية يتحقق
بالمعاطاة نسبته ، فكلاهما بيع .

قال: ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملكاً واضحة...
وأما على القول بالاباحة فيشكل . . . اللهم الا أن يدعى قيام السيرة...
أقول : الانصاف عدم الفرق ، على أن السيرة قائمة بلاريب .

قال : وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن وأخذ
المثمن من غير صدق اعطاء أصلاً فضلاً عن التعاطى ، كما تعارف أخذ
الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلاس في المكان المعد له . . .

أقول: الظاهر كون هذه الموارد من باب الأذن والرضا، والسيرة
غير قائمة على عنوان التملك والتملك فيها ، فهو يشرب الماء مع علمه
بأنه ملك للسقاء ، غير أنه يضمن عوضه فيجعله في محله . وأشكل من
ذلك مسألة الحمام ، فهل هو شراء للماء الذي اغتسل به أو انه اجارة
(مع انعدام الموضوع بالاستعمال) ؟ بل الظاهر أنه من باب الرضا والاذن
مع ضمان العوض .

نعم يمكن أن يكون فتح باب الحمام - مثلاً - بمنزلة الاعطاء ،
ووضع الفلوس في المكان المعين بمنزلة القبول، فيكون معاطاة. ولكنه
بعيد أيضاً ، لانه يستلزم الاعطاء لغير المعين - فتأمل .

ولو أردنا صدق عنوان المعاملة عليه فلاسيب الا القول بالوكالة،
نظير قول ولي الصغير للبقال - مثلاً - متى جاء هذا الصغير بالفلوس
فأنت وكيل في انشاء المعاملة، بأن تأخذ الفلوس منه وتعطيه الشيء المطلوب.
قال : ثم لو قلنا بأن اللفظ غير المعبر في العقد كالفعل في امكان
المعاطاة ، أمكن خلو المعاطاة من الاعطاء والايصال رأساً ، فيتقاولان
على مبادلة شيء بشيء من غير ايبصال ، ولايبعد صحته . . .

أقول : يمكن أن يكون مراده انه كما أن الفعل يقصد به التمليك
كذلك اللفظ غير الصحيح ، فهو يقصد انشاء التمليك بلفظ غير مؤثر
شرعاً. وعلى هذا يمكن أن يكون معاملة صحيحة، حتى ولو قال المشتري
في القبول لفظاً غير مؤثر كذلك مع قصده القبول ، وذلك لتحقق البيع
بذلك عند العرف ، والسيرة قائمة على كونه كالفعل .

ويمكن أن يكون مراده من المقابلة أن يتقاولا فيما بينهما حول
المعاملة ، ثم يتعاملا بناءً عليه ، فان كون هذا لهذا وذلك للاخر ليس
فعلاً حتى يكون معاملة، الا اذا أراد تحققها بأخذ كل منهما ما كان له بقصد
التملك ، ولكن كلامه « قده » قاصر عن افادة هذا المعنى .

ثم أقول: ان كان هذا بيعاً عرفياً فلا فرق بين القول بالملك والاباحة
والقدر المتيقن عند وجود اللفظ غير المعبر في العقد كونه معاملة تقوم
مقام المعاطاة ، وهي بيع عند أهل العرف .

الامر الثالث

(في بيان تميز البائع من المشتري)

قال الشيخ «قده»: تميز البائع من المشتري في المعاطة الفعلية مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً - كالدرهم والدنانير والفلوس المسكوكة - واضح، فان صاحب الثمن هو المشتري (وصاحب الثمن هو البائع) ما لم يصرح بالخلاف .

أقول: هذا صحيح بالنسبة الى مقام الاثبات ، فلو ادعى صاحب الدرهم بأنه لم يقصد الشراء بل باع درهمه بالمتاع ، وادعى صاحب المتاع يبيعه اياه بالدرهم لاشراءه له بالمتاع، أمكن القول بمخالفة دعوى الاول للاصل ، لان المتعارف جعل الدرهم ثمناً لامثماً .

وأما في مقام الثبوت فلا ، لان كون صاحب المتاع بائعاً وصاحب الثمن مشترياً - وان كان متعارفاً الا انه - يتبع قصدهما ، فانهما ربما يقصدان ماليس متعارفاً بين الناس .

قال: وأما مع كون أحد العوضين من غيرها فالثمن ما قصد اقيامه مقام الثمن في العوضية . . .

أقول: هذا في مقام الثبوت، وأما في مقام الإثبات لو تداعيا وادعى كل منهما أنه البائع والآخر المشتري، فلا ظهور يرجع إليه، بل يرجع الأمر حينئذ إلى الحاكم فيحكم فيه بحسب قواعد التداعي .
وقيل : المشتري من يلاحظ في عوض ماله المعطى خصوصية زائدة على ماليته ، والبائع من لا يلاحظ فيه إلا المالية ، فالمشتري من يعطي ماله ويأخذ اللحم مثلا - لحاجته إليه لا لماليته فقط - بخلاف القصاب فإنه يعطي اللحم ويأخذ عوضه لالخصوصية فيه بل بالنظر إلى مالية العوض ، فلو أعطى حنطة بدل اللحم أخذه لابعنوان كونه حنطة بل لكونه مالا .

قال : ولو لم يلاحظ الاكون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن . . .

أقول : وأما إذا لم يقصدا شيئا ، بل كل منهما يريد تمليك الآخر من دون قصد ل أحد العوض ، فوجوه :

١ - كون كل واحد منهما بائعا ومشتريا ، ويترتب على ذلك عدم انطباق الاحكام الخاصة بالبائع على أحدهما، لأنها منصرفه إلى البائع الذي ليس مشتريا .

٢ - كون المعطى أولا هو البائع ، فيكون الآخر المشتري .

٣ - كونها مصالحة ومسالمة ، كما جاء في الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه « لك ما عندك ولي ما عندي » حيث حملوها على التصالح .

٤ - كونها معاوضة مستقلة، وهي التي يعبر عنها بالفارسية « سودا كردن » .

أقول : وهل يتعقل الوجه الاول ؟ انه لما يملك أحدهما فهل الاخر يقبل ثم يملك أو انه يقبل التملك والتملك ثم يعطي ماله وفاءً بما التزم ؟ الظاهر هو الثاني، لان الاول تحصيل للحاصل ، لان القبول يفيد تملكه ماله اياه .

ثم ان الشيخ اختار الوجه الثاني، ووجهه : كونه المتعارف في مقام الاثبات ، وأما في مقام الثبوت فالامر يتبع قصدهما .

وأما الوجهان الثالث والرابع فغير صحيحين ، لعدم عرفية انعقاد المعاملة بقول كل منهما « صالحت » أو ايجاب كل واحد . فالعقلاء لم يبنوا على كون الايجاب قبولا ، فالايجابان - وكذا القبولان - لا يترتب عليهما أثر عند العقلاء سواء في البيع أو غيره من المعاملات المتعارفة ..

الامر الرابع

(في الوجوه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين)

قال الشيخ : ان اصل المعاطاة - وهي اعطاء كل منهما الاخر ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه :

(أحدها) ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الاخر ، فيكون الاخر في أخذه قابلاً ومتملكاً بأزاء مايدفعه .

أقول : ولا يخفى ان كلا منهما غير قاصد للتمليك بالاستقلال، بل المراد من قصد التمليك هو التمليك الاستقلالي والضميني، فحق العبارة أن يقال: فيكون أحدهما مملكاً باعطاء ماله والاخر بأخذه قابلاً ومتملكاً بأزاء مايدفعه .

قال : فلو مات الاخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة .

أقول : واذا كان كذلك توجه عليه الاشكال بما ذكره في الامر الثاني من أن القدر المتيقن من المعاطاة تحقّقها من الطرفين . الا أن

يقال: بأن مراده « قده » من « القدر المتيقن » هو أن التعاطي تارة يكون في مجلس واحد ، وأخرى يكون العوض نسيئة ، فالقدر المتيقن من المعاطاة هو المعاطاة النقدية ، لوقوع الخلاف في غيرها .

وفيه : انه لا يريد هذا المعنى البتة ، لتصريحه هناك بأنه اذا لم يعط الاخر لم تتحقق المعاطاة ، وتصريحه هنا - في الامر الرابع - بأنه لومات الاخذ قبل دفع ماله مات بعد تمامها .

وقد أشكل بعضهم بأنه لا يتعين هذا على هذا الوجه ، لامكان ان لا يقصد بأخذه التمليك بل بدفعه ، وانما أخذ مقدمة لقبوله بدفع العوض ، فلومات قبل الدفع مات قبل تمام المعاطاة .

أقول : ان معنى الاعطاء بقصد التمليك ليس اخطار التمليك بالبال ، بل مجرد اعطائه بقصد أن يكون له كاف . نعم يمكن أن لا يقصد التمليك بالاخذ بل يقصده بالاعطاء ، لكن الواقع في الخارج خلافه . (الوجه الثاني) ان يكون تمليك بأزاء تمليك .

أقول: هذا يتصور على وجوه : ١ - ان يكون مقابلة بالاحسان . ٢ - أن يكون شرطاً ، فيكون كالهبة المشروطة بالعوض . ٣ - أن يكون مقابلة بالتمليك كتمليك الدرهم في مقابل تمليك الخياطة .

وهل التمليك يقبل التمليك ، بأن يكون الانسان مالكاً لتمليك غيره ماله اياه ؟

ان « التمليك » لا مالية له حتى يتملك أو يملك ، ولا يدفع العقلاء

شيئاً بأزائه. على أن البائع للفعل «كالخياطة» يراه قبل الايجاب موجوداً تحت سلطنته ثم يرفع سلطنته ليسلط غيره عليه، وليس «التمليك» كذلك. ومن هنا قال « قده » : وهذا بعيد عن معنى البيع .

أي: لان تمليك خياطة الثوب بكتابة الكتاب ليس بيعاً، اذ البيع مبادلة مال بمال، ولما لم يكن بيعاً فما هو؟ صلح أو هبة أو معاملة مستقلة؟ قال : وقريب الى الهبة المعوضة .

وذلك لانه ليس في الهبة مال في مقابل مال، بل هبة في مقابل هبة. قال : لكن اجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل .

لانا قلنا في مسألة الهبة المعوضة بلزوم أن يكون الداعي هو الهبة . أو يشترط الهبة في مقابل الهبة بأن يقول « وهبتك هذا بشرط ان تهب لي ذلك » ، فيشترط فيها ايجابان وقبولان، وتكون الهبة الثانية وفاءً بالشرط الموجود في ضمن الاولى . ولذا لو وهب الاول كان الشيء ملكاً للثاني ، فان وفي الثاني كان ماله ملكاً للاول والا فلا . بخلاف المقام، اذ المفروض هو التمليك بأزاء التمليك، فالمعوضة بين تمليكين، وعلى هذا لا يحتاج التمليك الثاني الى ايجاب وقبول ، ولذا لو لم يملك الثاني لم يترتب الاثر على التمليك الاول . اذن ، لاتشبه مسألتنا هذه مسألة الهبة المعوضة .

هذا ، وقيل اذا جاز جعل العوض في الهبة صح أن يجعل مالا، بمعنى جعل المال في مقابل الهبة، فيقول: وهبتك هذا بشرط أن يكون هذا المال لي، فان قبل الهبة الاولى كان المال ملكاً للواهب ، فلا حاجة

الى أن يقول صاحب المال بعد ذلك « وهبتك » .
أقول : وفيه ان مفهوم « الهبة » هو التملك لبعوض ، فاشترطه
فيها ينافي مفهومها .

نعم يمكن أن يقال بأن المال اعطي مجاناً، لكن نفس الهبة « أي
الاعطاء » ليس مجاناً ، لانه فعل من الافعال فلا يكون بلا داع ، فليكن
الداعي هنا تملك ذلك المال .

هذا والشيخ « قده » يقول بالتمليك في مقابل التملك ، وقال
السيد « قده » : يمكن أن يكون اعطاء الثاني وفاءً بالعقد ، وأما قبوله
فهو يتحقق بأخذ الملك الاول . وحينئذ يصح للاول أن يطالب الثاني
بتسليم ماله .

قال الشيخ « قده » : فالاولى أن يقال انها مصالحة وتسالم على
أمر معين أو معاوضة مستقلة .

أقول: قد ذكرنا انه لا يعقل المعاوضة بين التملكين . نعم يمكن
اشترط تملك جزاءً لتمليكه في ضمن عقد صلح ، فيجب على الثاني
التمليك وفاءً بالشرط .

(الوجه الثالث) أن يقصد الاول الاباحة بعوض ، فيقبل الاخر
بأخذه اياه ، فالذي يعطي أولاً يقول « أبحت لك هذا بدرهم » مثلاً ،
وبذلك يبيح له جميع التصرفات في الشيء ، لكنه يملك الدرهم بأزاء
هذه الاباحة .

ويأتي فيه الاشكال السابق، فان انشاء المعاوضة بين الاباحة والمال
غير معقول .

(الوجه الرابع) ان يقصد كل منهما الاباحة بأزاء اباحة الاخر ،
فكل منهما يقصد اباحة جميع التصرفات ، أعم من أن يبيح بداعي الاباحة
أو أن تكون اباحة معوضة .

هذا ، وقد استشكل الشيخ « قده » في هذين الوجهين الاخيرين
من الوجوه الاربعة فقط ، من جهة عدم جواز اباحة جميع التصرفات
حتى الموقوفة على الملك ، كما أن السيد « قده » صور في المقام وجوهاً
أخرى وصححها جميعاً ، وانما أشكل فيها من الجهة المذكورة ، لان
هذا النوع من التصرف لايسوغ لغير المالك ، واذنه ليس مشرعاً .

أقول: انهم تعرضوا لهذا الاشكال، ولم يتعرضوا لاشكال التملك
بأزاء التملك . ويمكن أن يقال في دفعه : بأنه ليس المراد من ذلك الا
لحاظ ان المملك يملك مع لحاظ تحقق تملك الاخر ، أي ان المراد
من التملك هنا هو التملك المقيد بتعقب تملك المالك الاخر ، فلو
لم يتحقق تملك الثاني لم يترتب عليه أثره لعدم لحاظه حينئذ ، نظير
المقدمة الموصلة التي ذكرها صاحب الفصول .

وقد اشكل المحقق الاصفهاني « قده » على قول الشيخ في الوجه
الثاني « فيكون تملك بأزاء تملك ، فالمقابلة بين التملكين لا المملكين ،
والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين . . . » بما حاصله : ان اراد انه
لما أعطى الاول ولم يعط الثاني فملك الثاني لم يكن ملكاً للاول فهو
صحيح ، لان المفروض أن هذا ملكه بأزاء تملك ذلك ، فما لم يملك لم
يكن ملكه ، وان كان غرضه ان مال الاول ليس ملكاً للثاني فهو مخدوش ،

لانه قد ملكه تملكاً صحيحاً . . .

أقول : المفروض كون المعطي منشأ باعطائه الايجاب ، والاخذ بأخذه ينشئ القبول والتمليك ، فالثاني يعطى بعنوان الوفاء وتسليم ماله اليه . هذا في الوجه الاول ، وفي الثاني يقول الشيخ «قده» انه بالاعطائين يتم التعاطي ، فالاعطاء الثاني قبول لاوفاء بالالتزام . . .

فالاشكال اجنبي عن المقام ، لان المعاملة مالم يعط الثاني غير متحققه ، فلانقل ولاانتقال من الطرفين . نعم في نظر المعطي قد حصل التملك بانشاءه وبه ملك تملك الاخر ، ولكنها في الواقع غير تامة ، لانه في هذه الصورة يكون ايجاب بلاقبول .

ثم قال «قده» ما حاصله : ويمكن دفع الاشكال وتقوية كلام الشيخ «قده» : بأن هذا لما كان تملكاً بأزاء تملك ، فانه مالم يتحقق ذلك لم يتحقق هذا ، لان التملك تارة يكون تسببياً (أي ايجاد العمل الموجب لحصول الملكية ، كأن يعطي بقصد التملك) وأخرى تسببياً (أي ايجاد حصول الملك) . وبعبارة أخرى: ايجاد نفس الاضافة الملكية ، وحينئذ تارة يوجد اضافة الملكية لماله الى غيره فان هذا يتحقق بالانشاء الصحيح ، وأخرى يوجد اضافة الملكية بأزاء اضافة الملكية ، فهو ينشئ لايجاد الاضافتين ، وحينئذ يتوقف على تحقق كليهما ، ولاأثر لاحدهما من دون الاخر .

فالتمليك ان كان تسببياً - بأن يوجد هذا السبب في مقابل ايجاد السبب - فان هذا السبب وحده ان وجد اثر أثره ، وان كان تسببياً فليس

كذلك. فان أراد الثاني فالاشكال غير وارد، وان اراد الاول ورد الاشكال.
أقول : وكيف كان فما لم يأت القبول لم تتحقق الاضافة أصلاً .
وقال السيد « قده » معلقاً على قوله « والمعاملة متقومة بالاعطاء
من الطرفين » : ويمكن أن يكون القبول بالاختذ، فيكون التملك واجباً
على الثاني من باب الوفاء ، بل يمكن أن يقال: ان هذا هو المتعين ...
وأورد عليه: بأن الشيخ قد فرض كون اعطاء الثاني قبولا، فكيف
يكون الاختذ قبولا ؟

أقول : والحق مع السيد «قده» ، فان الانشاء مركب من أمرين،
فهو تملك ومعاوضة معاً، ويكون قبول ذلك بالاختذ، ويجب عليه تملك
ماله اياه من باب الوفاء .

ثم هل يمكن جعل الاعطائين بمعنى كون اعطاء الاول ايجاباً
واعطاء الثاني قبولا؟ ان معنى جعل اعطاء الثاني قبولا هو أن يعطي بقصد
التملك في مقابل اعطاء الاول به ، فكل منهما يقصد تملك ماله بأزاء
تملك الاخر ، فاذا كان عطاء الثاني ايجاباً للتملك وقبولا للتملك معاً
لزم محذور الجمع بين للحاظين متضادين ، لوضوح أن أحدهما فعل
والاخر انفعال .

هذا، ويتوجه المحذور المذكور الى الوجهين - الثالث والرابع -
فيما اذا أريد انشاء الاباحة والمعاوضة بين الاباحتين، بأن يلتزم كل منهما
باباحة ماله للاخر، نظير الاباحة والصلح على التزام الطرفين بالاباحة،
لانه يستلزم الجمع بين للحاظين ، اذ أحدهما آلي والاخر استقلالي .
وأما اذا أريد الاباحة بداعي الاباحة ، او أن يكون الغرض من

العوضيّة كون الإباحة من الأول مقيدة بإباحة الثاني، بأن يبيح له التصرف في ماله فيما إذا أباح الآخر كذلك والا فلا ، لم يتوجه المحذور .

هل يجوز إباحة جميع التصرفات

لكن الشيخ « قده » يستشكل في أصل إباحة جميع التصرفات، سواء كانت بأزاء مال أو إباحة ، فهل للمالك أن يبيح جميع التصرفات حتى الموقوفة على المملك مع عدم تملكه المال إياه ؟ وهل له أن يبيح ماله بأزاء مال، بأن يكون مالاً للعوضين وللآخر التصرف في مال هذا فحسب ؟

لقد قال رحمه الله بعدم الجواز، لأن إذن المالك في التصرف ليس مشرعاً ، وإنما يؤثر إذنه في كل مورد لم يرد فيه منع من قبل الشارع. وعليه فقوله : ابحت لك عتق عبدي عنك ، او نكاح أمتي ، أو وقف مالي . . . ونحو ذلك . . لا أثر له ، لقول الشارع : لا عتق الا في ملك ، ولا وقف الا في ملك ، ولا وطي الا في ملك ، ولا بيع الا في ملك . . . مع ان البيع مبادلة مال بمال عرفاً ، أي كون البائع مالكاً للثمن في مقابل ملكه ، والمشتري مالكاً للثمن عوض ملكه وهو الثمن ، فكل منهما يتبدل ملكه بملك الآخر، وهذا المفهوم غير متحقق في هذه الصورة، إذ المفروض كون المال الذي في يد الآخر ملكاً للمبيح .

قال : نعم يمكن رفع الاشكال بأحد وجهين مفقودين هنا :
الأول: أن يقصد بقوله «اعتق عبدي عنك» مثلاً أمرين: احدهما

تملك المخاطب العبد أولاً ، والثاني بيعه بعد ذلك . فيكون معنى هذا الكلام : اعتقه العتق الصحيح شرعاً ، أي أنت وكيلي في تملكه ، فاذا تملكته فلك عتقه عنك ، أو اقصد تملكه أولاً ثم اعتقه عنك .

وبالجملة: اذا كان يقصد الاذن في العتق الصحيح فانه قاصد للاذن في مقدمة هذا العتق، لان الاذن في ذي المقدمة اذن في المقدمة كذلك .

الثاني: أن يدل دليل شرعي على كون الشيء ملكاً له قبل التصرف الموقوف على الملك - وأما اذا كان الدليل القائم عقلياً فاللازم الالتزام بالملكية آنأماً - وليس الدليل الشرعي المقتضي لذلك الاقاعدة السلطنة.

قال الشيخ «قده»: وكلا الوجهين مفقود هنا: اما الاول : فلان المفروض عدم قصد شيء الاباحة التصرفات، واما الثاني: فلان القاعدة المذكورة لاتفيد جواز الاذن في بيع مع عدم الملك ، لانها لاتجوز مالايجوز شرعاً، وان قوله عليه السلام «لايبيع الا في ملك» حاكم عليه .

اقول: فالحاصل ان الشيخ «قده» لايجتزئ الاباحة في التصرفات على اطلاقها بدون التملك ، الا أن يوكله في النقل والانتقال كما قال العلامة «قده» في مسألة «اعتق عبدك عنى» ، حيث صحح هذا العتق بأنه استدعاء للتمليك ثم عتق العبد ، فالاستدعاء هذا متضمن للتوكيل في التملك والقبول من طرفه ثم عتق عبده من قبله ، فالعتق عنه قبول للاستدعاء وتمليك له . . . ففي الحقيقة هذا بيع ضمني غير مشروط بشرائط البيع ، وكذا الامر لو قال «اعتق عبدي عنك» . . .

وأما اذا لم يكن في البين توكيل فالاباحة غير صحيحة . 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 صحيحة ، فلو باع الشيء كان لنفس المالك للبايع المباح له ويكون عقده موقوفاً على اجازة المالك كالفضولي .

لا يقال: اذا جاز أن يكون « اعتق عبدك عني » متضمناً للتوكيل، فليكن « اشتر بمالي لك كذا » كذلك .

لانه يقال: ان استدعاء العتق لازمه التوكيل-في المثال المذكور- لعلمه بعدم وقوعه بدونه وهو يريد العتق لامحالة، فيدل بالدلالة الاقتضائية على ايجاد المقدمة ثم العتق . وأما اذا كان بصدد الاباحة مستقلة فهو ينشئ الاباحة لانه يستدعي العتق، فانه لا يترتب على هذه الاباحة شيء . الا أن يقال: ان الاباحة مستلزمة للاذن في التملك، فيكون البحث صغرياً ، وصورته : لو قصد الاباحة فقط فهل له دلالة اقتضائية ؟ يقول الشيخ : لا ، ويقول بعضهم : نعم .

أقول: القول بظهور دلالة الاقتضاء في المقام يتوقف على القصد، والمفروض أنه لا قصد هنا ، فكأنه يقول بأني لأريد التملك بل ابيع لك بيع هذا المال، فلا دلالة اقتضائية حينئذ، فالحق مع الشيخ «قده».

موارد النقض على ما ذكر

هذا ، وربما يتوهم خلاف ما ذكر في موارد، ولكن ليس الامر كذلك في الواقع :

منها : مسألة دية الميت ، فان الميت لم يكن مالكاً لها ، لكنها تكون لوارثه بموته (مع أن : كلما ترك الميت من مال أو حق فهو لوارثه) فمقتضى الجمع بين الأدلة ثبوت الملك التقديري ، والقول بتملك الميت لها آنأماً قبل الموت .

ومنها : مسألة بيع من ينعق عليه ، فمقتضى الجمع بين (لاعتق الا في ملك) وبين ما يدل على أنه (لا يملك الانسان أحد عموديه) هو الملكية آنأماً قبل العتق .

ومنها : مسألة الهبة ، فلو وهب ماله الى غيره ثم باعه - والعين باقية - قبل الرجوع في الهبة صح بيعه ، لان هذا البيع رجوع في الحقيقة عن الهبة لو كانت لغير ذي رحم ، فكأنه قد رجع في الهبة ثم باع ، فالبيع واقع في ملكه ولا حاجة الى الالتزام بالملكية آنأماً قبله كما هو واضح .
ومنها : مسألة بيع ذي الخيار ، فلو باع المتاع قبل فسخ عقد البيع صح بيعه ، لان هذا البيع يكشف عن تحقق الفسخ قبله ، ولذا لو بنى على عدم الفسخ وباع المتاع باعتبار كونه لطرفه لم يقل أحد بصحة بيعه .

هل يجب دخول كل من العوضين في ملك مالك الاخر؟

هذا ، وقد ذهب بعضهم بكفاية صدق « البيع » على المعاوضة والمبادلة الشرعية ، وانه لا يلزم دخول الثمن في ملك البائع والمثمن في ملك المشتري بالبيع . خلافاً للشيخ « قده » ، وادعى وقوع ذلك

في موارد ، منها مسألة المهر ، فانه عوض عن البضع ويصح أن يبذل الرجل المهر وتكون المرأة زوجة غيره ، ويصدق على ذلك عنوان المعاوضة .

(أقول) وفيه :

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

وثانياً : المهر ليس عوضاً عن البضع^(١) ، اذ لو كان عوضاً كان مقتضى القاعدة عدم تحقق النكاح عند انتفاء المهر ، والحال انه يجوز العقد على المرأة قبل تعيين المهر لو كانت مفوضة المهر ، ثم انه يعين مهرها والا فيجب دفع مهر المثل شرعاً .

نعم يجوز أن يعقد ولي الصغير له على امرأة ويضمن هو مهرها لو لم يكن للطفل مال ، ولكن هل يضمن الولي المهر للمرأة ابتداءً أو أنه يثبت في عهدة الصغير ويضمنه الولي ؟ وعلى الثاني : لاختصاص للحكم بهذا المورد ، فلو عقد على امرأة بمهر في الذمة ثم طولب به جاز أن يضمنه غيره عنه ولو قلنا بأن الضمان نقل الذمة من الذمة .

اللهم الا أن يريد القائل صدق العوضية في بعض الموارد عرفاً ، ولكن هذا العوض ليس عوضاً معاملياً .

ومنها : ما لو قال « خط لزيد ثوباً وعلي العوض » ، فانه تصدق

(١) ومما يدل على ذلك قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ... »

سورة النساء : ٤ .

العوضية مع أن المعوض - وهو خياطة الثوب - لزيد لا البادل العوض .
(أقول) وفيه :

أولاً : ان هذا ليس معاوضة ، بل هو من قبيل الضمان .
وثانياً : سلمنا صدق المعاوضة عرفاً ، لكن الخياطة هنا ليست ملكاً لزيد ، بل باذل العوض مالك للعمل ، غير أن زيداً ينتفع من هذا العمل ، ويشهد بذلك صحة مطالبة البازل العمل من الخياط دون زيد .
ومنها : مسألة أداء الدين ، بأن يؤدي زيد دين عمرو لدائنه .
وفيه : انه ابراء واسقاط وليس فيه معاوضة .

أقول : فالظاهر ان الحق مع الشيخ «قده» خلافاً للقوم ، ولأقل من الشك في صدق عنوان « البيع » على هذه الموارد ، فلاتشملها أدلة البيع .

على أن الاصحاب ذهبوا الى أنه لو باع مال الغير فضولة لنفسه فأجاز المالك الاصيلي كان العوض للمالك دون البائع ، ولو كان مجرد المعاوضة كافيماً لصدق البيع كان الثمن للفضولي ، والحال أنه لم يقل به أحد هناك حتى هؤلاء المخالفون للشيخ « قده » هنا .

ولكن عن جماعة من الاصحاب في باب بيع الغاصب : انه لو اشترى المال المغصوب - مع علمه بالحال - وسلط الغاصب على الثمن كان للغاصب أن يشتري به شيئاً لنفسه وليس لصاحب المال أن يطالب البائع الغاصب به . ومقتضى هذا تجويزهم شراء الشيء بمال الغير ، لان بيع الغاصب باطل وهو لا يملك ثمن المبيع المغصوب ، فقولهم

بملكيته لما يشتريه بهذا الثمن يقتضي أنهم يقولون بتملكه لعوض هذا الثمن الذي أباحه له المشتري وسلطه عليه .

وكذا الامر في الفرع الاخر الذي نقله الشيخ «قده» عن المختلف، ومن هنا قال الشيخ بعد أن ذكرهما : ومقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره . . .

أقول: ويمكن أن يكون ذلك من جهة أن تسليط المشتري البائع على ماله مع علمه بالحال تمليك له في الحقيقة ، ولما كان ملكه كان عوضه الذي اشترى به ملكاً له ، فلا يكون من قبيل المقام حينئذ .

وكيف كان ، فان الحكم بذلك من الجماعة مشكل ، لانه يستلزم حلية المال لاكله بالباطل في كل مورد علم مالكة المعطي بالحال ، كموارد القمار والزنا والربا وبيع الخمر ولحم الخنزير . . . ونحوها، بأن يقال بأن تسليط الشخص غيره فيها على ماله مع علمه ببطلان المعاملة وعدم استحقاق الغير له يفيد حلية المال له أو تملكه اياه، هذا كله نقضاً .
وأما حلالا فان هذا التسليط ليس مجاناً بل هو مبني على تلك المعاملة الفاسدة وعوض عن الشيء المأخوذ ، ومقتضى ذلك عدم التملك في الفرع الاول وعدم جواز وطى الجارية في الفرع الثاني .

فظهر ان ما ذهب اليه الشيخ « قده » لا ينتقض بما ذكره قدست أسرارهم .

نعم لو علم ببطلان المعاملة وأباح - أو ملك - المال بغض النظر عنها وبلا استناد اليها فلا مانع من ذلك .

هل تصح الاباحة بالعموض ؟

قال الشيخ « قده » : وأما الكلام في صحة الاباحة بالعموض . . .
فيشكل الامر فيه . . .

أقول: هذا ان ثبت انصراف أدلة المعاملات عن مثل هذه المعاملة
ولكن لو قلنا بأن خروج هذه المعاوضة عن المعاوضات المعهودة ليس
بحيث يوجب انصراف جميع الأدلة عنها كانت نوعاً من أنواع التجارة،
كأن يعطي الشخص مالا في مقابل حق العبور من ملك الغير مثلاً ،
وقد يدفع الانسان مالا للحصول على اباحة التصرف في شيء لترتب
نفع له على ذلك .

ويمكن أن يقال بشمول قوله تعالى « أوفوا بالعقود » له أيضاً .
نعم في صدق عنوان « البيع » عليه تأمل من جهة اشتراط كون
المشمن عيناً . وقد تقدم البحث عن ذلك سابقاً ، أما لو كان بالعكس
كأن يقول «ملكته هذه الدراهم باباحتك هذه الدار» صح لعدم اشتراط
العينية في الثمن .

قال : ولو كانت معاملة مستقلة . . .

أقول : استدل « قده » بـ« الناس مسلطون على أموالهم » على
صحة هذه المعاملة ، لأنها تصرف في المال غير ممنوع عنه شرعاً ،
وبـ« المؤمنون عند شروطهم » أي بناءً على عمومته للشروط الابتدائية.
وقد يستدل في المقام بـ« أوفوا بالعقود » بناءً على أن المعاطة

عقد - لأن العقد هو العهد - وان الانشاء الفعلي كالانشاء القولى ، غير
أن الشيخ لم يستدل به اما للتأمل في كون المعاطاة عقداً ، واما لان
« أوفوا بالعقود » لايعم العقود غير المتعارفة ، وفي هذا بحث وله آثار .
قال : وعلى تقدير الصحة . . .

أقول : الاقوى هو الوجه الاول وهو اللزوم ولكن فيما اذا كان
اخذ العوض فى مقابل الاباحة الابدية ، فيجب عليه البقاء على اباحته
والالتزام بها ولكن تكليفاً لاوضعاً ، وأما لو أخذ العوض بأزاء الاباحة
الفعلية كان له الرجوع عنها لعموم « الناس مسلطون على أموالهم » .
وأما الاخر الذي ملك العوض فليس له الرجوع ، لانه قد ملكه
ياه ، وعليه الوفاء بما التزم به .

نعم ، لو كان تمليكه في مقابل الاباحة الابدية وبناءً عليها كان له
الرجوع فى ماله لورجع الاخر عن تلك الاباحة .

حكم الاباحة فى مقابل الاباحة

قال الشيخ : وأما حكم الاباحة بالاباحة . . .

أقول : الفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة واضح ، فان
« الناس مسلطون على أموالهم » جار بالنسبة الى الطرفين ، اللهم الا
ان يلتزما معاً بالاباحة الابدية فيجب الوفاء بذلك عليهما لعموم « المؤمنون
عند شروطهم » على ماتقدم .

وقد وقع الكلام بين الاصحاب فى الوكالة فى ضمن عقد لازم

أنه هل ينعزل الوكيل برجع الموكل أو أنها تقتضي الدوام فلا ينعزل
بذلك ؟

ومثلها مسألة توكيل الزوجة في الطلاق فيما لو سجن الزوج مؤبداً
فعلى القول بلزوم هذه الوكالة يصح طلاقها حينذاك ، وأما على القول
بأن الوكالة من الامور الاذنية فلا .
وعندنا أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل .

الامر الخامس

(هل المعاطاة جارية في غير البيع ؟)

هل المعاطاة جارية في غير البيع من العقود؟ أما بالنسبة الى العقود التي لا بد فيها من الصيغة بالالفاظ المخصوصة كالنكاح فلا بحث .
قال جامع المقاصد: ان في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة وكذا في الهبة ، وذلك أنه اذا أمره بعمل على عوض معين وعمله استحق الاجرة ، ولو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل ولم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ، وظاهرهم الجواز بذلك . وكذا لو وهب بغير عقد ، فان ظاهرهم جواز الاتلاف ، ولو كانت هبة فاسدة لم يجز ، بل يمنع من مطلق التصرف وهو ملحظ وجيه .

قال الشيخ : وفيه : ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب المحقق الثاني الحكم بملك المأمور الاجر المعين على الامر ، وملك الامر العمل المعين على المأمور به ، ولم نجد من صرح به في

المعاطاة . وأما قوله « فلو كانت اجارة فاسدة لم يجزله العمل » موضع نظر ، لان فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل ، سيما اذا لم يكن العمل تصرفاً في عين أموال المستأجر . وقوله « لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد » ممنوع ، لان الظاهر ثبوت أجرة المثل ، لانه لم يقصد التبرع ، وانما قصد عوضاً لم يسلم له .

أقول : انما لا يحرم العمل فيما اذا لم يكن العمل تصرفاً ، كأن يكون أجيراً للصلاة ، وأما اذا قال « خط لي هذا الثوب ولك كذا » ، فانه ان كان العقد باطلا لم يجز له الخياطة ، الا أن يأذن له بالخياطة بالخصوص حتى على فرض بطلان الاجارة ، فالحق التفصيل .

ثم انه ان أوجد العمل ، فان كان نظير الصلاة فان صرف ايجادها اعطاء ، وفراغ ذمة الاخر بمنزلة الاخذ ، فيستحق الاجير الاجرة وعلى الموجر دفعها ، وان كان نظير الخياطة فهو يأذن بايجاد العمل فبتحقق الخياطة يتحقق الاعطاء ، وباعطاء الاجرة من صاحب الثوب تتم المعاطاة . وقد جعل الشيخ « قده » الاجرة هنا نظير المأخوذ بالعقد الفاسد . والحق الفرق بين المقامين ، فانه في العين المأخوذة بالعقد الفاسد حيث لا قصد لايجاد العمل تبرعاً - يقتضي قاعدة اليد الضمان ، وأما في العمل فلا وجه للضمان ، لان العامل هو الموجب لهتك حرمة عمله ، فلا يستحق الاجرة .

هل تجرى في الهبة والرهن ؟

وأما الهبة ففي جامع المقاصد : ان وهب من غير عقد فقد قالوا بجواز

اتلاف المال الموهوب ، ولو كان باطلا لما جاز ، ومن هنا يعلم جواز الهبة المعاطاتية عند الاصحاب. قال الشيخ: هذا يدل على صحة المعاطاة فيها بناءً على الاباحة، وأما على القول بافادتها الملك - كما عليه جامع المقاصد نفسه - فلا يتم، لان الاصحاب يقولون بأن ما لم يكن فيه ايجاب وقبول لفظاً فلا يفيد الملك ، فالقول بأن الهبة المعاطاتية تفيد الملك يخالف الاجماع .

وعن التذكرة : اذا كانت المعاطاة صحيحة فلا فرق بين البيع وسائر المعاملات . وأشكل عليه في رهن جامع المقاصد بأنها غير صحيحة فيه عندهم ، قال : ويمكن أن يكون حكمهم بعدم الصحة في الرهن من جهة ان مقتضى ذات الرهن هو اللزوم ، والمعاطاة - سواء قلنا بالاباحة أو الملك الجائز - لا تتم فيه، لان الرهن لا يفيد الملك والاباحة لاتناسبه .

قال الشيخ : الاظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره من الاجارة والهبة . . .

أقول : أي تجري المعاطاة في كل مورد جرت فيه أدلة الصحة، فتارة يتمسك لجريانها في البيع بصدق « البيع » وأخرى بـ « السيرة » وثالثة بـ « الاجماع ». فان كان الاستدلال لجريانها فيه بالاول ، فانه يجري في القرض مثلاً لصدق « القرض » على القرض المعاطاتي ، وفي الهبة لصدق « الهبة » على الهبة المعاطاتية . فيحكم بالصحة ، لانه كما يتحقق ذلك بالقول عند أهل العرف يتحقق بالفعل ، فكل دليل قام على صحة ما كان بالقول فهو يدل فيما اذا كان بالفعل .

وان كان الاستدلال لذلك بالاجماع والسيره فلا بد من احرازهما
في غير البيع ، ولذا قال جامع المقاصد بالنسبة الى الرهن : انه
لا اجماع فيه .

ويكفي للصحة الصدق العرفي . نعم لو قام اجماع على أن
المعاطاة تفيد الجواز في كل مورد لا اللزوم أشكل الامر في الرهن ،
لعدم صحته بل لزوم ، ولان المفروض افادة المعاطاة الجواز لا اللزوم .
الا أن يقال : ان القول بافادة المعاطاة الجواز كان مع قطع النظر عن
المورد الذي لا تتم فيه المعاملة لولا اللزوم كالرهن ، أي ان اللزوم ملازم
لحقيقة المعاملة ، ولولا له لم تتحقق حقيقة الرهن . فالاجماع بمعزل عن
هكذا مورد ، وحينئذ نقول : صدق « الرهن » على الرهن المعاطاتي
مع قيام السيره عليه دليل الصحة .

هل تجرى المعاطاة في الوقف ؟

قال الشيخ « قده » : ولاجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان
المعاطاة في الوقف ، بأن يكفي فيه بالاقباض ، لان القول فيه باللزوم
مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ ، والجواز غير
معروف في الوقف من الشارع . فتأمل (لعل وجهه : ان « عدم المعروفية »
لا يكفي لمنع الرجوع) .

أقول : في الوقف المعاطاتي بحثان :

(الاول في صحته) يمكن أن يقال بالصحة للسيره التي صح بها

البيع المعاطاتي والهبة . وقد أفتى فى العروة وجماعة بترتب أحكام المسجد على ماوقف مسجداً بدون صيغة، بل ان المسجد الحرام ومسجد النبى صلى الله عليه وآله وسلم وسائر المساجد التى بنيت فى زمن الأئمة عليهم السلام كذلك ، اذ لو وقفت بالصيغة لنقل اليها ذلك ، ولو فرض قيام الاجماع على عدم لزوم العقد بلا صيغة لما منع عن الصحة .

(الثانى فى لزومه) وحيث ان وقف الشىء بمعنى الحبس والسكون، فهل السكون يستلزم اللزوم - وبعبارة اخرى: هل الرجوع ينافى الحبس فى حقيقته؟ - ان قلنا بذلك كان « الحبس » مثل « الرهن » ، وجاء فيه الاشكال المذكور فى الرهن، وان قلنا بأن «الحبس» نظير « التملك » كان له الرجوع فيه - لكن أحكام الحبس من عدم جواز البيع ونحوه جارية فيه - الا أن يقوم اجماع على عدم جوازه ، أو يقوم دليل تعبدى مثل «الراجع فى صدقته كالراجع فى قيئه» و «ما كان لله فلا رجعة فيه» ، مع أن رجوع الواقف غير معروف - كما أشار اليه الشيخ « قده » - فيمكن دعوى قيام السيرة عليه . هذا كله بناءً على ان الوقف عبارة عن حبس العين .

واما اذا كان الوقف عبارة عن ايقاف التصرفات فيه الا الموقوف لاجله كان الرجوع منافياً لاصل الوقف وحقيقته كما هو واضح .

الامر السادس

(في ملزمات المعاطاة)

هناك موارد تلزم فيها المعاطاة اجماعاً ، وموارد قد وقع فيها الكلام بين الاصحاب قدست أسرارهم .
وقد أسس الشيخ « قده » الاصل في المسألة - قبل كل شيء -
ليتمسك به في موارد الشك، فقال: اعلم أن الاصل على القول بالملك
(اللزوم) ، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة .

التحقيق في الاصل في المسألة

أقول: لكنه « قده » خدش في الوجوه الثمانية، الا « الاستصحاب »،
وأما العمومات فلو فرض صحة التمسك بها هناك ، فان التمسك بها هنا
مشكل، لان البحث هنا في الملزمات ، أي ان المعاملة غير لازمة من أول
الامر، وانما يبحث عما يوجب اللزوم، فيقال-مثلاً-: هل تلف بعض المبيع
يوجب اللزوم أم لا؟ وهل تغير أوصاف المبيع يوجب اللزوم أم لا؟

ونحو ذلك .

وأيضاً فإن التمسك بها في المقام يبنتى على كون الزمان مفرداً للعام لاظرفاً، وقد عنون الشيخ «قده» هذه المسألة في خيار الغبن - وفي أصوله - وملخص ذلك : انه لو ورد عام ثم خصص بالنسبة الى زمان ، فشك في تخصيصه بالنسبة الى زمان آخر فهل يجوز التمسك بالعام بالنسبة اليه أو لايجوز؟ مثاله : اذا قال المولى « اكرم العلماء » ثم قال « لا تكرم زيدا يوم الجمعة » - من دون أن يصرح بأن « يوم الجمعة » قيد للاطلاق الازماني في العام، الدال باطلاقه على عدم تقييد وجوب الاكرام بزمان خاص ، بخلاف ما اذا صرح به ، مثل « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » ومثل « صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام » ، فانه يتمسك بعمومات وجوب الوفاء بالعقد بمجرد الافتراق في الاول وانقضاء الثلاثة أيام في الثاني، لان الدليل يصرح بالتقييد بالزمان، فلاوجه لاحتمال دلالة على خروج الفرد من أفراد العام - فهل يتمسك بالعام بعد ذلك الزمان؟ وجهان: ان كان « اكرم العلماء » مكثراً للزمان - بأن يكون بمعنى وجوب الاكرام في كل آن آن - جاز التمسك به بالنسبة الى يوم السبت، لان الامر يتعدد بعدد أفراد الزمان، فيجب اكرام زيد حينئذ، وان كان الملحوظ في العام هو الافراد الشامل لها والزمان لوحظ واحداً ظرفاً له لم يعجز التمسك به بالنسبة الى يوم السبت مثلاً ، لان المخرج من تحت العام هو الفرد « زيد » .

وقد اختار الشيخ «قده» الوجه الثاني ، وقد ذهب - بناءً عليه - الى عدم اختصاص خيار الفسخ بأول أزمنة ظهور الغبن، فاذا ظهر الغبن

بعد البيع انقلب جائزاً لخيار الغبن ، لعدم جواز التمسك بدليل الوفاء بعد الان الاول لاثبات لزومه فيما اذا لم يأخذ بالخيار .

وأما اذا كان دليل الخيار قاعدة الضرر، فلا ريب في سقوطه بعدم الاخذ به في حينه، لانه يكون كالمقدم على شراء الشيء بأعلى من ثمنه . وعلى هذا الاساس ، لما كانت المعاطاة تفيد الملك الجائز ، فلو شككنا فيها بالنسبة الى زمان أو بسبب تغير حال المبيع أو نحو ذلك لم يجز التمسك بعموم «أوفوا . . .» و «المؤمنون ...» وغيرهما ليتم اللزوم . اذن لا يتمسك بالعمومات .

ولا يتمسك بالاجماع كذلك، لان مفروض الكلام هو مورد الشك . وكذا لا يتمسك بالسيرة، لان المتيقن قيامها في غير هذا المورد . اذن لا طريق الى اللزوم الا التمسك بالاستصحاب، فهو المرجع في مورد الشك ، فيستصحب الملك، لكن استصحب الجواز المتيقن سابقاً 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 يقتضي البقاء حتى يزيله شيء ، ولكن جواز المعاطاة من قبيل الشك في المقتضي - مع عدم شمول الاجماع لمحل الكلام - فيجري الاستصحاب الاول دون الثاني .

فاستصحب بقاء الملك للمشتري محكم، وليس للبائع الرجوع بعد التغير . فهذا هو الاصل بناءً على القول بالملك .

وقد وافق المحقق الخراساني «قده» هنا وفي الخيارات والاصول على مبنى الشيخ «قده» ، لكنه قال ما حصله : ان هذا في صورة كون الدليل المخرج مخرجاً في البين ، نظير خيار الغبن بناءً على خروج العقد من تحت العام عند ظهور الغبن ، فانه لما ظهر خرج الفرد من تحت أدلة الوفاء بعنوان اللزوم ، لان شمولها له ضرري . فلو لم يأخذ بالخيار لم يتمسك بالعام في الزمان اللاحق ، وأما اذا خرج فرد من تحت العام من أول الامر نظير خيار المجلس حيث قال « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » فيتمسك . ومثله المعاطاة ، فانه اذا وقع ما يشك معه في بقاء اللزوم وعدمه يتمسك بأصالة اللزوم .

أقول : لم يذكر «قده» وجه هذا التفصيل ، ولعله لان في الصورة الاولى تقييد لاتخصيص ليمسك بالعام عند الشك في التخصيص ، وأما في الثانية فهو شك في التخصيص فيتمسك فيها بالعام . والذي يخالفه الجني أن التخصيص في البين لامعنى له ، لان التخصيص خروج الفرد من البدء الى الختم ، وأما الخروج بعد الدخول في زمان فهو تقييد لاتخصيص . ثم انه «قده» يقول بالتمسك فيما اذا خرج الفرد من أول الامر مع تصديقه باستمرار الزمان ، قال : وكذا لو خرج في آخر الزمان ثم تردد بين الأقل والاكثر ، بأن شك في خروج الساعة التي قبل الاخيرة مع اليقين بخروجها ، قال : يتمسك بالعموم أيضاً .

أقول : وهذا لاوجه له كذلك ، وما احتملناه بالنسبة الى أول الوقت غير آت هنا .

هذا ، وقد أشكل السيد وبعضهم على هذا الأصل من أصله بما
حاصله : ان هذا الأصل انما يفيد لاجل الرجوع اليه في موارد الشك ،
ولكن الأدلة الثمانية لاتصلح لذلك - اللهم الا الاستصحاب على ماسياتى -
لانها مخصصة بالاجماع على جواز المعاطاة حين الانعقاد - كما هو
المفروض - ومع الشك يستصحب حكم المخصص .

وأما استصحاب الملكية فلان منع من التمسك به ، الا أنه محكوم
باستصحاب بقاء الجواز الثابت من أول الامر حين الانعقاد ، ويترتب
عليه جواز الرجوع ، الا أنه من الشك في المقتضي ، وفي حججه خلاف .
أقول : هذا يتم فيما اذا كان الجواز المستصحب جواز الرجوع ،
وأما اذا قيل بأن القدر المتيقن منه هو جواز تراد العينين ، وهو يتوقف
على بقائهما معاً ، ومع تلفهما أو تلف أحدهما فلا تراد ، فلا جواز كي
يستصحب .

وتقريب ذلك : ان الجواز هنا حكم تعبدي برجوع العين ،
فالمعاطاة لازمة ، ولا منافاة بين لزومها والحكم برجوع العينين - كما
لامنافاة بين عقد النكاح اللازم وجعل حكم الطلاق فالعقد لازم والطلاق
يرفع الزوجية - وذلك لا يضر بلزوم العقد وبقائه ، فلو تلف العينان أو
أحدهما ارتفع الحكم ، ومع الشك يستصحب بقاء الملك ولزوم المعاطاة .
الأأن يقال : بأن لازم الحكم بجواز الرجوع هو فسخ المعاطاة ،
بل هو المتبادر منه عرفاً ، وعليه فلما كان العقد من قبل جائزاً ثم شك
فانه يستصحب هذا الجواز .

الآن يجب : بأن الحكم بالجواز قد يقيد بأمر لو زال زال ،
فلو صالح بماله و شرط الخيار لنفسه - بأن يفسخ العقد بلسانه في حضور
زيد - سقط الخيار بانتفاء احد القيدين ، وهنا يتحقق الفسخ بالرجوع
وأخذ العين نفسها ، فان كان ذلك لم يبق مجال لاستصحاب الجواز بعد
التلف .

هذا، ولعلنا نجيب عن أصل الاشكال في الاصل فيما سيأتي انشاء
الله تعالى .

هذا كله بناءً على القول بالملك .

الاصل بناءً على الاباحة

وأما على القول بالاباحة فالاصل هو الجواز، قال الشيخ «قده»:
لقاعدة تسلط الناس على أموالهم ، وأصالة سلطنة المالك الثابتة قبل
المعاطاة . . .

أي: فانها تستصحب الان بعد وقوع المعاطاة و اباحة المال للمعطي
له ، فهي تقتضي انه متى أراد الرجوع عن الاباحة وأخذ العين كان له
ذلك ، سواء كانت العين باقية أولاً . اللهم الا أن يقوم دليل تعبدى على
اللزوم في مورد ، كما اذا قام على أن تلف العينين موجب للزوم ، والا
كان استصحاب السلطنة وقاعدتها دليلاً على جواز الرجوع وعدم خروج
المال عن ملكه بالمعاطاة ، اذ المفروض أنها تفيد الاباحة لا الملك .

أقول: لكنه « قده » فصل في التنبيه الرابع وقال بأنه لو قصد أحد

المتعاطين الاباحة بعوض التملك ففي المسألة ثلاثة وجوه ، ثم قوى
الاول - وهو اللزوم - وكذا قال فيما اذا أباح في مقابل الاباحة . ولعل
وجه اختياره اللزوم في الثاني دليل « المؤمنون عند شروطهم » ، فانه
يقتضي عدم جواز رجوعه عما اشترط على نفسه .

لكن الحق أن يقال: لو كانت الاباحة اباحة مالكية وأمضاها الشارع
فقال « لا يحل مال امرىء الا بطيب نفسه » لم يدخل التمسك بـ « المؤمنون
عند شروطهم » لاجل اللزوم من اشكال، لان العقود الاذنية لا تلزم أبداً،
فلو رجع المالك عن اباحته لم يجز التصرف للمباح له في المال .
نظير الوكالة ، فانها عقد جائز ، وقد وقع البحث بينهم في لزومها لو
وقعت شرطاً في ضمن عقد لازم ، فذهب بعضهم الى لزومها حينئذ ،
وقال آخرون : يصح عزل الوكيل عنها مطلقاً ، لانها عقد اذني (وان كان
يحرم على الموكل ذلك تكليفاً) ، فالاباحة ان كانت مالكية وقد رتب
عليها الشارع الاثر وأنفذها كان الرجوع عنها مؤثراً البتة .

فالشيخ « قده » قد حكم هناك باللزوم لان « المؤمنون . . . »
يقتضي وجوب الوفاء تكليفاً ، وهنا يحكم بالجواز الوضعي .
فهذا توجيه ما صدر منه « قده » ، والافالقول بغفلته عما ذكر هناك
مشكل ، والله سبحانه العالم .

وبالجملة : ان كانت الاباحة مالكية فالاصل هو الجواز ، فمتى
أراد الرجوع عن اباحته كان له ذلك ، سواء بقيت العينان أو لا . اللهم
الا على القول بأن العقود الاذنية ان أنشأت في ضمن عقد لازم لزمتم ،

وهو قول ليس بالقوي ، لقاعدة السلطنة واستصحابها. وأما استصحاب
الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك عن اباحته - فمحكوم بالقاعدة
واستصحاب السلطنة، وأما اعتبار السلطنة بعد التلف فمعناه ضمان المباح
له بدل العين التالفة .

هذا، لكن الرجوع عن الاباحة بعد التلف لامحصل له، لانه لو كان
المقصود الرجوع عن الاباحة لما قبل التلف فهو غير ممكن ، لان ما
وقع وقع ولا ينقلب عما وقع عليه، فكيف يترتب عليه الاثر وهو ضمان
البذل ، وان كان المقصود الرجوع عن الاباحة بعد التلف فبقاء اباحة
التصرف في العين بعد التلف لغولا معنى له حتى يصح الرجوع عنه .

وأما اذا كانت الاباحة شرعية مستندة الى رضا المالك بالتصرف
بانشائه الاباحة ، أو انشائه الملكية بالاعطاء ، فأباح الشارع التصرف
تعبداً مع عدم امضاء التمليك :

فأما في الصورة الاولى فان قاعدة السلطنة محكمة، لان المفروض
أن حكم الشارع مستند الى رضاه ، فمتى رجع عن ذلك رجع الشارع
عن اباحته . اذن فالاصل في هذه الصورة الجواز كذلك .

وأما في الصورة الثانية - حيث الاباحة شرعية تعبدية - فلامجال
للقاعدة المذكورة ، لان الحكم فيها وارد من قبل الشارع بالاستقلال
وليس للقاعدة رفع حكم الشارع ، اذ المفروض أنه قد رفع السلطنة
بحكمه باباحة التصرف للمباح له ، ففي هذه الصورة ليس الاصل هو
الجواز ، لكن المسلم أنه بعد التعاطي وتحقق الاباحة يجوز الرجوع

مادامت العين باقية بالاجماع . وهذا الجواز يستصحب الى بعد تلف العين لوشك في جواز الرجوع وعدمه بذلك .

هل تلف العوضين من الملزمات ؟

قال الشيخ « قده » : ان تلف العوضين ملزم اجماعاً . . اما على القول بالاباحة فواضح . . .

أقول: وجه الوضوح ان تلفه من مال مالكة ولادليل على الضمان، وأما « على اليد . . » فلايجري هنا، لان المفروض أن الشيء كان مباحاً للآخر اما من مالكة واما من جهة الشارع ، فاليد ليست عدوانية حتى يشملها دليل « على اليد . . . » .

وأما على القول بالملك - وان أمكن الفسخ بعد التلف كفسخ العقد الخياري - لكن اللزوم ثابت من جهة اقتضاء « أوفوا بالعقود » . وأشكل عليه: بأن هذا الدليل انما يفيد فيما اذا كان شاملاً للموضوع من أول الامر ، والمفروض أنه لايشمل المعاطاة ، وهي جائزة مادامت العينان باقيتين بالاجماع ، فالدليل غير شامل والجواز السابق باق .

قال الشيخ « قده » : ان كان هذا الجواز جواز فسخ العقد فان الاستصحاب يقتضي بقاءه بعد التلف ، وان كان الاجماع منعقداً على جواز تراد العينين - لاجواز فسخ العقد - فانه مادامت موجودتين كان الجواز بحاله وبعد التلف فلاموضوع للتراد فلاجواز للرجوع، ويبقى « أوفوا بالعقود » مقتضياً للزوم .

والظاهر أن متعلق « الجواز » هو « تراد العينين » لاتراد الملك حتى ينفسخ به التمليك ، وبناءً على ما ذكره الشيخ « قده » يندفع الاشكال الذي أورده بعضهم على الاصل فيما تقدم بأنه ينافي مبناه في التمسك بالعام وكون الزمان غير مفرد ، فراجع .

وظهر أن جواز الرجوع هنا ليس كجواز الرجوع في العقد الخياري ، فلا يمكنه الفسخ ، بل له استرجاع العين من دون فسخ العقد . وكان الشيخ « قده » استفاد ذلك من الاجماع .

أقول: لكن الفقهاء لا يوافقون على هذا ، فان رجوع العين عندهم ليس كالطلاق الراجع للزوجية مع بقاء عقد النكاح ، فمن المستبعد أن يكون هذا حكماً تعديلاً ، بأن يقول الشارع بجواز تراد العينين مع بقاء العقد ، وذلك لان المستفاد عرفاً من جواز التراد فسخ العقد ، ولكن التراد وان كان مستلزماً لانفساخ العقد الا أن الشارع جعل امكان الفسخ مادام التراد ممكناً . وعلى هذا فان تلفت العينان لم يكن له الفسخ ، وتكون المعاملة لازمة ، فالاصل هنا هو اللزوم بناءً على الملك ، ولكن يجوز الفسخ بتراد العينين ، أي مادامتا موجودتين . فالاشكال المذكور سابقاً مندفع .

هل تلف احدهما ملزم ؟

ومن هنا يعلم أن الحكم هو اللزوم أيضاً لو تلف احد العينين ، لعدم امكان التراد الذي هو المستلزم للانفساخ . كما أن القدر المتيقن من

الاجماع هو وجودهما وترادهما، بل لوبقي بعض كل واحد من العينين لم يفسخ العقد بترادهما ، لعدم امكان ترادهما بتمامهما .

وأما لو تلفت أحدهما دون الاخرى وبنينا على افادة المعاواة

الاباحة لا الملك فهل الحكم هو اللزوم ؟

قيل بالجواز لاستصحاب بقاء السلطنة .

وأورد عليه الشيخ « قده » : بأنه معارض بأصالة براءة ذمته عن

البديل مثلاً أو قيمة ، وذلك لأنه اذا استرجع ماله وجب عليه دفع مثل

أوقية العين التي تلفت بيده، ولما كان الاصل براءة ذمته عن ذلك وقع

التعارض بين هذا الاصل واستصحاب بقاء السلطنة على المال ، وعلى

هذا يعلم اجمالا ببطلان أحد الاصلين .

قال الشيخ «قده» : ويمكن أن يقال: ان أصالة بقاء السلطنة حاكمة

على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة . . . لان معنى السلطنة هو جواز

الرجوع في الاباحة في مقابل الاباحة، فلورجع عن اباحته تحقق رجوع

الاخر عن اباحته كذلك ، ولازم ذلك ارجاع عين الاخر ، واذا تلفت

فمثلها أو قيمتها . . .

أقول : ويمكن أن يقال : بأننا نعلم باشتغال ذمته اما بالعين واما

بالبديل، فاذا تلفت العين فالبديل، والاشتغال اليقيني يقتضى البراءة اليقينية .

اذن أصالة البراءة غير جارية من أصلها حتى تكون معارضة أو محكومة

وتبقى السلطنة ويترتب عليها لازمها ، اما المثل واما القيمة لثبوت ذلك

بالاجماع ، أو لان الرجوع في العين معناه ارجاع عين الاخر، فان تلفت

فعليه المثل أو القيمة .

قال: ويمكن دعوى أن معنى « الناس مسلطون . . . » هو السلطنة على استرجاع العين ان بقيت والافوضها ، فتكون قاعدة السلطنة مثل « على اليد . . . » في الدلالة على الضمان .

أقول: هذا مشكل جداً، ولذا لم يستدل أحد من الفقهاء به بالاثبات ضمان الغاصب، بل ظاهرها أن العين مادامت موجودة يجوز له جميع التصرفات المشروعة فيها ، وليس معنى ذلك انها ان تلفت عند المباح له فله أن يطالب بعوضها .

على أن التسلط على المال ان كان حين التلف - بأن يأخذ البدل ممن تلف بيده - فلاشكال في عدم اقتضاء القاعدة لذلك، لان المفروض أنه قد اعطاه المال بنفسه واذن له في التصرف فيه . نعم له استرجاعها مادامت باقية ، وان كان بعد التلف فلأمال ليتسلط عليه .

إذا كان احد العوضين في ذمة احدهما

وأما اذا كان أحد العوضين في ذمة أحد المتعاطيين ، بأن يعطيه المال عوض مافي ذمته ، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته ويكون الاخذ مالكا للمال ، فيكون المورد من قبيل تلف أحد العوضين ، وهل يجوز التراد حيثئذ؟

لاتراد في هذه الصورة ، لان سقوط مافي الذمة بحكم التلف ، والساقط لايعود ، فالمعاملة لازمة .

قال الشيخ « قده » : ويحتمل العود وهو ضعيف .

قال السيد « قده » : بل لاوجه له .

أقول : وجه الاحتمال الفرق بين التلف الحقيقي وسقوط ما في
الذمة ، فانه في هذه الصورة يكون التراد بما لكيته لما في ذمة الاخر
مرة أخرى وارجاع ماله اليه .

ووجه الضعف: ان مال كيته هذه غير ما كان أولاً، فلم يتحقق التراد.
مع ان القدر المتيقن من دليل جواز التراد هو صورة وجود العوضين
في الخارج .

قال الشيخ : والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالاباحة ...
أقول : وذلك لان الاباحة في مقابل الاباحة لا يتحقق في المورد،
لعدم امكان التصرف بما في الذمة ، لكن التصرف بالاسقاط ممكن ،
وحينئذ فما لم يسقط لم تلزم المعاملة - لانه كبقاء العينين - فلاوجه لقوله
« وكذا . . . » .

نعم يصح ذلك ان كانت اباحة في مقابل العين .
انما الكلام في جواز رجوع صاحب العين الموجودة، فهل الامر
على القول بالاباحة كما هو على القول بالملك ؟ أقول : لافرق بين
المسألين من هذه الجهة .

هل نقل احد العوضين أو كليهما ملزم ؟

ولو نقل العينان أو أحدهما بعقد لازم فتحكمه حكم التلف بناءً

على القول بالملك، لامتناع التراد حينئذ ، ولو فرض أنه فسخ المعاملة (وان كانت لازمة ، لتجدد خيار الفسخ بظهور العيب - مثلاً - حيث قال جماعة بأنه موجب للفسخ من حينه) فقيهه وجهان : الرجوع ، لامكان التراد ، لاسيما على القول بأن الفسخ يجعل العقد كلا عقد . والعدم ، لان الملك الحاصل بعد الفسخ غير الملك الحاصل له بالمعاطاة ، فأدلة اللزوم جارية في هذه الصورة بعد الشك في شمول ادلة التراد . بل الاستصحاب يقتضي عدم جواز الرجوع ، لانه بالعقد اللازم يسقط موضوع الجواز ، فلو شك بعد الفسخ يستصحب عدم الجواز .

وأما بناءً على القول بالاباحة ، فان لازم نقله للغير كون العين ملكاً له ثم النقل ، اذ لا يبيع الا في ملك ، وكذا غير البيع من التصرفات المتوقعة على الملك . فعلى هذا تكون المعاملة لازمة ، ولا يجوز الرجوع لامتناع التراد ، كقول بالملك . فان فسخ فهل تعود العين ملكاً للبائع أو مباحة له كما كان مقتضى المعاطاة؟ الظاهر الاول ، لان المفروض أنها صارت ملكاً له وباعها - مثلاً - فلو فسخ البيع بقيت على ملكه ، ولا دليل على رجوعها مباحة .

نعم يجوز الرجوع للمعطي في صورتين :

احدهما: أن يكون عقد المعاطاة هو الذي كشف عن كون العين ملكاً للمعطي له قبل النقل ، وبعد الفسخ ورجوع المعطي لا يبقى سبب لملكية المعطي له . وكأن المراد من الكشف هنا كشف العلة عن المعلول ، بأن يكون عقد المعاطاة علة للتملك والانتقال معاً ، فان فسخ المعطي

الانتقال زال التملك ، وحينئذ جاز رجوع المعطي عن معاطاته لقاعدة السلطنة ، وكذا اذا كان جزءاً للعلمة ، واما اذا كان سبب الملكية ارادة المعطي له التملك أو كون التملك بحكم شرعي خارجي لم يجز التراد بالفسخ .

الثانية: ان يبيع المعطي له مال المبيع ويكون الثمن للمعطي له، بناءً على ماذهب اليه جماعة من جواز كون المثلن لزيد فيبيعه عمرو ويكون الثمن لعمرو البائع ، وحينئذ لو فسخ عاد المال ملكاً للمعطي ، فيجوز له الرجوع لدليل « الناس مسلطون . . . » .
قال الشيخ « قده » : لكن الوجهين ضعيفان ، بل الاقوى رجوعه بالفسخ الى البائع .

أقول : وحاصل ذلك عدم جواز الرجوع ، وانه بالفسخ يكون المال ملكاً للمباح له ، وهي ملكية متجددة ، فعقد المعاطاة لازم .

لو كان الناقل عقداً جائزاً

قال: ولو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه الى عينه ، فالتراد غير متحقق وتحصيله غير واجب .

أقول : ووجه ذلك أن العين لو عادت بالفسخ كانت ملكاً للمباح له ، وذلك في حكم التلف ، فلا يتحقق معه التراد .

لو وهب المباح له العين

ولو وهب المباح له العين الى غيره فصارت ملكاً له بلا عوض، فعلى القول بالاباحة : ان قلنا بجواز هبة ملك الغير من غير أن يكون المال ملكاً للواهب آنأماً قبل الهبة جاز التراد برجوعه في هبته، لرجوع العين مباحة للواهب حينئذ ، وهي مادامت موجودة يجوز التراد فيها . لكن لا يخفى أن الرجوع في تلك الهبة حق للمالك دون الواهب ، فرجوع الواهب يحتاج الى اذن ليكون وكيلا عنه في الرجوع .

أقول : ولكن الحق هو التفصيل بين ما اذا كانت الهبة من قبل المالك المعطي - وما اذا كانت من قبل نفسه ، فان كان المالك قد أذن له في الهبة من قبل نفسه كان لازمه التملك ثم الهبة ، وان كانت الاباحة شرعية - لاملكية - كان نظير اباحة تصرف الاب والجد في مال الصغير . ويترتب على ذلك أنه لو رجع عن هبته كان المال ملكاً للواهب ، فلا رجوع للمعطي .

وان كانت الهبة من قبل المعطي - وكان الواهب كالوكيل فيها - عادت الاباحة المعاطاتية برجوع المعطي عن الهبة - واتجه حينئذ التراد وهو الاشكال في رجوع المعطي في الفرض .

وقال المحقق الخراساني « قدسه » في التعليق على كلام الشيخ « نعم . . . اتجه الحكم بجواز التراد . . . » قال : لا يخفى أن المتجه عدم جوازه ، فان تملك المالك للعين الموهوبة تملك بوجه آخر غير

التملك بالرد في المعاطاة ليجب رد الاخرى الى مالکها حتى يحصل التراد ويلزم الجمع بين العوضين . . .

أي : ان ادلة جواز التراد لاتشمل هذه الصورة، والقدر المتيقن منها هو حال كون هذا المال ملكاً قبل الهبة .

أقول : لكن هذا يتجه بناءً على القول بالملك ، وأما بناءً على القول بالاباحة - كما هو المفروض - فلا ، وقد صرح الشيخ « قده » بعدم ملكية الواهب للمال قبل الهبة .

اللهم الا أن يقال يكفي في مغايرة الملك بعد التراد مع ملك الاول صيرورة الموهوب ملكاً للمتهب .

نعم كلامه « قده » يتم بناءً على ماذهب اليه من أن المعاطاة تفيد الملك بشرط التلف ، والهبة بحكم التلف ، فبعد الرجوع عنها تكون هذه الملكية غير الملكية الاولى .

ووجه ما ذكره من لزوم الجمع بين العوضين هو : أن الواهب بمجرد هبته للمال الذي بيده يكون ماله الذي بيد المعطي ملكاً للمعطي ، لان الهبة بحكم التلف وبه يستقر ضمان المثل ، فان رجع عن الهبة ورجعت العين الى ملك مالکها الاول لزم الجمع بين العوضين .

وحاصل اشكاله « قده » هو : أن الرجوع يكون للواهب للمالك ، لان المفروض أنه لم يكن الواهب لامباشرة ولاتسبيياً . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لامانع من أن يكون الواهب غير المالك ، ولا يشترط التملك للمال قبلها ، نظير تمليك الحر عمله بالاجارة لغيره ، والحال

أنه لا يملكه قبلها . . . هذا رأيه «قده» خلافاً للقوم ، فانهم يقولون لاهبة
الافى ملك .

أقول : أما ان المالك لم يكن الواهب لامباشرة ولا تسيبياً . ففيه :
انه ان كانت الاباحة للواهب مالكية فان من جملة التصرفات المباحة له
هي « الهبة » ، فهي واقعة باذنه وهو الواهب في الحقيقة لكن تسيبياً ،
وان كانت الاباحة شرعية - أي ان الشارع رتب اباحة جميع التصرفات
على هذه الاباحة وان كان المالك قد انشأ التمليك - كانت الهبة مباحة له
من قبل الشارع ، ويكون الواهب هو المباح له لا المالك في هذه
الصورة ، وليس للمالك حينئذ الرجوع - بناءً على أن حق الرجوع
للوهاب لا للمالك - لكن الواهب لما يرجع عن الهبة يرجع المال
الى ملك المالك لالى نفسه ، هذا لو لم نقل ان المتيقن جواز الرجوع
للوهاب المالك دون المباح له ، والا فليس لكل منهما الرجوع لان
المالك ليس بواهب والواهب ليس بمالك .

واما أنه لا يلزم أن يكون الواهب مالكا للمال ، والتنظير بتمليك
ما في الذمة وتمليك العمل . فهذا غير واضح ، لان الذمة والعمل
حيث يكون باختيار البائع والحر مع التعهد يعامل معه معاملة الملك عند
العقلاء .

ولو سلم عدم لزوم كون المال ملكاً له ، فان هذا المال ليس له
بل هو للغير ، و فرق بين عدم الملكية و كون المال ملكاً للغير .
على أن مقتضى قاعدة السلطنة وغيرها كون اختيار نقل المال بيد مالكة

فالشارع لا يبيح التصرف في مال الغير . ومن هنا لا يجوز للمالك الحقيقي أن يبيح ما لم يبيحه الشارع ، وعليه فالاباحة الشرعية لاتشمل المورد ، فليس للمباح له الهبة ، لان المفروض عدم شمول الاباحة الشرعية لما لم يكن شرعياً ، فالتصرف في مال الغير بدون اذنه غير جائز والاباحة الشرعية لاتشمله ، والهبة من هذا القبيل .

هذا ، وبناءً على ما ذكره الشيخ « قده » من أن الراجع هو الواهب لا المالك ، لابد من ملكية الواهب للمال آنأما . لما ذكرنا من عدم تشريع الشارع نقل مال الغير بدون رضاه واذنه .

على أن المعاطاة لزومها بالهبة وكون العوض ملكاً للمالك الاوول يستلزم دخول العوض في ملك من لم يخرج المعوض عن ملكه . وهذا الاشكال وارد على الشيخ ، ودفعه (وتامة لزوم المعاطاة بالهبة بمجرد هبة المباح له كما ذكر قده) يتوقف على الالتزام بكون المال ملكاً للواهب آنأما قبل الهبة .

قال الشيخ « قده » : اتجه الحكم بجواز التراد . .

أقول : هل التراد بنفس الرجوع أو أنه يرجع الى ملكه ثم يكون التراد ؟ ان أراد الاوول فهو ليس تراداً ، لان التراد لا يتحقق بمجرد الرجوع عن الهبة ، بل التراد يتحقق بالاضافة الى المعاطاة ، مع ان الرجوع لابد أن يكون من الواهب . وثالثاً ان هذه الملكية متجددة وهي غير الاوولى . ورابعاً ان دليل تصرفه حينئذ - على مبنى الشيخ - هو قاعدة السلطنة لا أدلة التراد .

وان أراد الفسخ ، فان الفاسخ يجب أن يكون الواهب للمالك
على أن المحكم هنا عنده قاعدة السلطنة لأدلة التراد كما تقدم . وبعد
الهيئة لامال له حتى يكون مسلطاً عليه .

وقال المحقق الاصفهاني « قده » ما ملخصه : انه ان وهب أحد
المتعاطين ما بيده الى الآخر ، وقلنا بعدم امكان الرجوع في الهيئة للمالك
بل الواهب يمكنه الرجوع فهل للواهب الرجوع في عينه الموجودة
بيد المعطي أو لا ؟ يمكن أن يقال يمكنه الرجوع ، لان الموهوب لا
يصدق عليه التلف ، اذ المفروض جواز رجوعه ، وما دامت العينان موجودتين
يجوز الرجوع عن الاباحة اذ لم يتحقق الملزم . ويمكن أن يقال بالعدم ،
لانه قد وهب المال لثالث ، وبمجرد ذلك يتعين كون ما بيد الاول
ملكاً له عوضاً عن ماله الذي وهبه الواهب ، فلا يجوز له الرجوع ، لان
موضوع قاعدة السلطنة حيثئذ غير محرز .

أقول : انا اذا قلنا بأن الموهوب بحكم التلف خرج ما كان له
بيد الاول عن ملكه ، لانه وجه الضمان ، فلا رجوع . لكن المحقق
المذكور « قده » قوى الاول « لانه مع تمكن الواهب من الرجوع في
الهيئة لا يكون الموهوب بحكم التلف ليتدارك ببدلية العين الباقية ،
وعلى فرض احتمالها يمكن التمسك بأصالة السلطنة ، لما مر مراراً من
أن الملكية جهة تعليلية في نظر العرف لاجهة تقييدية » .

وفيه : أنه ليس الامر كذلك ، فان الملكية جهة تقييدية ، وكذلك
سائر الامور الاعتبارية التي تترتب عليها الاحكام الشرعية من الزوجية

والطهارة والنجاسة ونحوها . نعم هو كذلك في الامور الخارجية، مثل « الماء » في « الماء المتغيّر ينجس » فان التغير علة ، أي أنه ينجس للتغير . فقاعدة السلطنة معناها عرفاً : الناس مسلطون على أموالهم المملوكة لهم .

ثم الضمان الذي ذكره في ذيل كلامه ان كان لاجل التلف ، فقد صرح من قبل بأن الموهوب لا يكون بحكم التلف ، اللهم الا أن يقال: الواهب يمكنه الرجوع دون المالك - لكن ليس واجباً عليه - فيكون الموهوب بحكم التلف بالنسبة الى المالك . لكن لو كان كذلك لضمن الواهب المسمى لا المثل والقيمة كما صرح به .

بقي اشكال الجمع بين العوضين - الذي ذكره المحقق الخراساني قدس سره - والجواب : ان الملكية للعين الموجودة ان كانت عوض انشاء الهبة فالمعاطاة لازمة ، ثم الواهب يرجع في الهبة فلا يجتمعان . وان كانت عوض نقل الواهب ماله الى الموهوب له ، فانه متى رجع الواهب في هبته رجعت عينه التي بيد الاول ملكاً له ، لانها عوض فلا يجتمع العوضان . .

أقول : وهذا الجواب يتوقف على كون الرجوع في الهبة جاعلاً ايها كالعدم ، وأما اذا قلنا بأنه تملك جديد اجتمع العوضان في ملك المالك الاول .

ثم قال الشيخ « قده » : أو عوده الى مالكه بهذا النحو من العود . .
أقول : الصحيح في معنى العبارة : انه لو وهب كلاً للمتعاطين ورجعا في هبتهما اتجه التراد كذلك .

لو باع العين ثالث فضولا

قال الشيخ « قده » : ولو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الاول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيعته وسائر تصرفاته الناقلة ولو أجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، وينعكس الحكم اشكالا ووضوحاً على القول بالاباحة .

أقول : أما على القول بالملك فلا اشكال في اجازة الثاني ، لانه المالك للعين ، وأما اجازة الاول فانها اجازة في تصرف الثالث في مال الثاني وهي غير نافذة ، و « لم يبعد » كون اجازته رجوعاً ، حتى تعود العين الى ملكه ، فتكون بالنسبة الى ملكه بتنفيذ حيثئذ . ولماذا قال « لم يبعد » ؟ لان فيه اشكالين :

أحدهما : وهو مشترك بين ما نحن فيه وبين ما يبيع بالعقد الخياري ، فلو باع ذو الخيار الشيء فقد صدر منه أمران : أحدهما فسخ العقد ، والاخر يبيع الشيء . وترتيب الاثرين المختلفين في المرتبة على الفعل الواحد غير ممكن ، ولذا قال بعضهم بتحقيق الفسخ بالارادة والبيع بالفعل والانشاء ، وقيل : انه ببعض الانشاء يتحقق الفسخ ، وبتماميته يتحقق البيع . وهذا الاشكال بعينه جار في المقام ، ولذا قال « لم يبعد » .

فهذا ما ذكره السيد قدس سره .

والثاني : انه « ره » يستشكل في كون الاجازة كالتصرفات الناقلة.

وهذا ما استظهره المحقق الاصفهاني « قده » ، وهو الاظهر ، فكيف تكون الاجازة كالتصرفات الناقلة مع أن متعلق الاجازة تصرف الغير؟ قال « لم يبعد » أن تكون كذلك، لان الاجازة لمن كان له اختيار العقد والبيع موجودة ، وحينئذ ينزل الشارع تلك الاجازة منزلة التصرف الناقل، فالناقل في الحقيقة هو المميز .

فظهر لزوم التمثل لتصحيح اجازة الاول وترتيب الاثر عليها ، بخلاف اجازة الثاني، فلذا قال بالنسبة الى الاول « لم يبعد » وفي الثانية حكم بالصحة وترتيب الاثر بلا اشكال .

وأما على القول بالاباحة فان الثاني قد أبيع له التصرف بالمال فاجازته فيها اشكال ، وأما الاول فهو المالك المبيع واجازته نافذة بلا اشكال .

ويمكن تصحيح اجازة الثاني بأن يقال : حيث ان الاجازة بمنزلة البيع فانه لو كان قد باع المال بنفسه لنفذ بيعه بمقتضى اباحة التصرفات له في المال ، فليكن اجازته لمعاملة الفضولي بمنزلة معاملة نفسه ، فتأمل . هذا ، ولم يتعرض الشيخ « قده » الى صورة اجازتهما معاً في آن واحد ، لانه ان كانت اجازة المالك نافذة ، يكون بيع الفضولي بيع المالك وتبطل المعاطاة ويكون الثمن للمالك الاول ، وان نفذت اجازة الثاني لزمتم المعاطاة ثم كون المال ملكاً له حتى يكون الثمن له باجازه . فلو أجازا بيع الفضولي معاً ، فهل تتعارض الاجازتان وتتساقطان أو تتقدم احدهما ؟

قال المحقق الاصفهاني «قده» : تتقدم اجازة المالك الاول حينئذ لان تصرف ذي الخيار فيما باعه بالبيع الخياري يتوقف على تملكه للمتاع قبل التصرف (ويكون التملك اما بالارادة ، واما بالجزء الاول من الانشاء - كما تقدم) وفيما نحن فيه على القول بالملك لابدأن يرجع عن تملك العين ثم يجيز ، والثاني يريد الاجازة للفضولي ، فلو تقارنتا فانه في الان الاول وبمجرد ارادة المالك الاول أو بأول جزء من انشائه تنتقل العين الى ملكه فيجيز بيع الفضولي ، وتلغو اجازة الثاني. فاجازة الاول اثرها متقدم زماناً على اجازة الثاني .

وبالجملة ، ان الشيخ « قده » لم يستبعد - على القول بالملك - كون اجازة الاول نافذة كسائر تصرفاته ، وأما اجازة الثاني فنافذة بلا اشكال . ووجه الاشكال في اجازة الاول كونها متعلقة بعقد واقع على ملك الغير ، وهي لا تؤثر كما هو واضح . وقد يرتفع بأن يرجع عن تملكه أولاً ثم يجيز بيع الفضولي . وهل المراد من الاجازة هذه أنها من حين العقد أو من حينها ؟ فلومات المالك الاول وقصد الوارث الاجازة فمن أي زمان تؤثر اجازته ؟ اذا قلنا بكفاية الاجازة من حينها - بأن يرجع عن التملك ثم يجيز - لم يبعد النفوذ .

وقد ذكرنا أن اجازة الاول أثرها بطلان المعاطاة ، بخلاف اجازة الثاني فان أثرها لزومها وعدم امكان رجوعه في عينه التي بيد الاول وعلى اللزوم لافرق بين أن نقول بأنه كان يجوز له بيع مال الغير فالاباحة لازمة ، أو نقول بأنه قد باع ما كان له بمقتضى المعاطاة .

وعلى القول بالاباحة لا اشكال فى اجازة المالك الاول، لان العين ملكه والعقد واقع عليه ، ولم يبعد اجازة الثاني ، لان المباح له حين يجيز العقد الواقع على ملك الغير يملك العين ثم يجيز - بناءً على كفاية الاجازة من حينها - أو يملكها آنأما . وأما بناءً على عدم التملك آنأما وعدم المالكية حين الاجازة فيشكل فيه من جهة أخرى ، وهي لزوم خروج المضمن عن ملك المالك الاول ودخول ثمنه في ملك الثاني المجيز ، وهذا لا يوافق عليه الشيخ ، فنفوذ اجازته حينئذ «بعيد» .

هذا ، ولو رجع المالك الاول عن المعاطاة وأجاز بيع الفضولي وقد أجاز الثاني حينئذ أيضاً ، فيمكن ادخال هذا الفرع فى الفرع الاتي من أن الاجازة كاشفة أو نافذة .

ثم قال الشيخ « قده » : ولكل منهما رده قبل اجازة الآخر .
أقول : معنى الرد عدم ترتيب الاثار مبنياً على الملك ، أما الاول فلا بد من الرجوع عن المعاطاة ثم الرد ، وأما الثاني فان رده مؤثر بلا اشكال لانه ملكه .

وهل يكفي لرد الاول كونه من حينه أو لابد منه فى حين العقد؟
ان قلنا بالاول فهو ، والا فلا أثر لرده .
ثم ان أثر رد الاول بالنسبة الى المعاطاة بطلانها ، وأما رد الثاني فلا أثر له بالنسبة اليها لابطالاناً ولا لزوماً .

ولو تقارن الردان فأيهما المؤثر؟ لاتعارض هنا بين الردين ،
بالنسبة الى بطلان بيع الثاني ، ولكن رد الاول يوجب بطلان المعاطاة،

لان رد الثاني لأثر له بالنسبة اليهامع رد الاول ، ولا ينازع ما ليس له
أثر مع المؤثر .

قال « قده » : ولو رجع الاول فأجاز الثاني فان جعلنا الاجازة
كاشفة لغا الرجوع ، ويحتمل عدمه ، لانه رجوع قبل تصرف الاخر
ويفسد ويلغو الاجازة ، وان جعلناها ناقلة لغت الاجازة قطعاً .

أقول: على القول بالملك لورجع الاول عن معاطاته فأجاز الثاني
بيع الفضولي ، فان قلنا بأن الاجازة كاشفة لغا رجوع الاول، والكشف
عند بعضهم نظير العلم ، فكما أنه لو علم الان بالعقد لم يؤثر فيه ، بل
المؤثر وتام العلة هو العقد من حينه ، فعلى هذا لأثر للاجازة ، لانها
لاجزء للعلة ولا شرط، بل بالاجازة يكشف ويعلم بالانتقال بالبيع الصادر من
الفضولي من حين العقد ، فالمالك الاول لم يؤثر رجوعه شيئاً ، اذ
المعاطاة لزمّت بواسطة النقل اللّازم الذي كشفت عنه الاجازة .

ويحتمل تأثير الرجوع ، لانه رجوع قبل تصرف الاخر، ومعنى
هذا أن الاجازة هي الكاشفة ، أي مالم يكشف بالاجازة لم يتحقق العقد.
أقول : والحق مع الشيخ في هذا التردد ، لان الجزم في المقام
متعسر. ولكن الانصاف ان الاجازة ليست كاشفة مطلقاً، بل يشترط كون
العقد قابلاً للرد وكون الموضوع محفوظاً ، وليس الواقع في المورد
كذلك .

وان قلنا بأن الاجازة ناقلة ، أو كاشفة بمعنى الكشف الحكمي
- أي ترتيب آثار النقل من حين العقد تعبداً فكل أثر أمكن التعبد به
فهو والا فلا - فلا أثر للاجازة قطعاً ، لعدم وجود الملك حتى يجيز .

ولسو تقارن الرجوع والاجازة فعلى الكشف لأثر الرجوع ،
ويحتمل عدم الاثر للاجازة، لانه مع الرجوع لاملك للثاني حتى يجيز،
وعلى النقل يتعارض الاجازة والرجوع، ولوأراد المالك الاول الرجوع
والاجازة تقدم .

لو امتزجت العينان

قال الشيخ «قده» : ولو امتزجت العينان أو أحدهما سقط الرجوع
على القول بالملك ، لامتناع التراد .
أقول: تارة يكون المزج بحيث ينحفظ معه ملك كل واحد منهما،
وانما يقع الاشتباه بين الملكين، وأخرى لا يمكن معه تمييز أحد الملكين
عن الآخر ، وفي الصورة الثانية يمتنع التراد الخارجي ، وربما يقال
بالتراد الملكي ، ولكن اعتبار الملكية هنا بعيد عرفاً .
ثم المزج تارة يكون مع مال ثالث، وأخرى مع مال المشتري،
وثالثة مع مال البائع . فان امتزج المأخوذ بالمعاطاة بمال ثالث تحققت
الشركة بين صاحب المال والثالث ، فيتبدل ملكه المفروز بملك مشاع
بين المالكين، فلورجع المالك الاول عن معاطاته فان أراد التراد الخارجي
فهو غير ممكن، وان أراد التراد الملكي فالمفروض عدم صلاحية المال
حينئذ للتمييز والتملك ثانياً ، وان أراد التراد في الشركة فان الشركة لم
تكن حاصلة بالمعاطاة حتى يرجع فيها ، فظهر سقوط الرجوع .
وان امتزج المأخوذ بالمعاطاة عند المشتري بماله الشخصي ،

فهو يملك بوحده مجموع المالمين، فلا شركة. فلو أراد المعطي الرجوع في معاطاته لم يمكن التراد الخارجي ولا الملكي لعدم التمييز، ولا الملك بالاشاعة لتغير سبب الملكية، وكذا الملكية نفسها.

وان امتزج بمال البائع كان المتعاطيان شريكين، لكن هذه الملكية جاءت بسبب الامتزاج بين المالمين، فهي ملكية مشاعة لكل واحد منهما، وليس للبائع الرجوع لتغير سبب الملكية، فانه حينئذ هو الشركة بعد أن كان التعاطي.

ثم قال الشيخ « قده » : ويحتمل الشركة، وهو ضعيف. أقول : ان كان وجه الاحتمال التراد أولاً - بالتراد الملكي - ثم الشركة، فقد ذكرنا عدم امكان التراد لعدم التمييز، وان كان التراد بمعنى ارجاع النصف المشاع - بأن يقال عرفاً بأنه رجع ما كان له اليه - فهذا لا يمكن التصديق به. فاحتمال الشركة ضعيف.

قال الشيخ « قده » : أما على القول بالاباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به. نعم لو كان المزج ملحقاً له بالانلاف جرى عليه حكم التلف.

أقول : الامتزاج يوجب الشركة قهراً، لانه كان يملك - من قبل - ماله المفروز، والان - بعد المزج - يشترك مع مالك المال الاخر في المجموع، فكل واحد منهما يشارك الاخر في ملكية كل جزء جزء من مجموع المالمين، نظير مالو باع الانسان النصف المشاع من ماله، فانه والمشتري يشتركان في تملكه مشاعاً، وعليه فالامتزاج ليس بحكم التلف.

نعم، لو كان المزج ملحقاً للمال بالاتلاف جرى عليه حكم التلّف،
كأن يمزج نصف كيلو من الجلاب بعشرة أمان من اللبن، فإنه يجري
عليه حكم التلّف لصدقه عليه .

فعلى الاباحة تتمحق الشركة كما ذكر ، ولكل واحد التصرف
في المال ، لقاعدة السلطنة المحكمة في المقام بلا اشكال، من دون حاجة
الى استصحاب السلطنة، بل لايجري استصحابها، لان ما كان يملكه سابقاً
كان مفروضاً أو الان مشاع فالموضوع متبدل . فظهر ما في قوله قده «فلاصل ..»
هذا بناءً على التسلط الحكمي .

وأما بناءً على التسلط الخارجي فلا تجري القاعدة، لان التصرف
في المال الخارجي يستلزم التصرف في مال الغير ، لفرض الاشاعة في
كل جزء جزء ، ولذا نحكم بلزوم الاذن له به من شريكه . كما أن
استصحابها لايجري في هذه الصورة أيضاً كذلك .

هذا بناءً على ان الاباحة للمباح له بمعنى اباحة جميع التصرفات،
بحيث يسقط المبيح سلطنة نفسه على ماله الا من جهة الفسخ نظير الوكالة،
حيث يجعل الوكيل قائماً مقامه في جميع الشئون ، لكن له عزله عن
الوكالة، لكن الوكالة لا تنافي اختيار الموكل في الموكل عليه كما هو
واضح .

وأما بناءً على كون الاباحة هذه كإباحة الطعام للاكل ، فلأمانع
من التصرف من غير توقف على الاذن ، ومجرد هذا التصرف منه مبطل
للإباحة كما لا يخفى .

لو تصرف في العين تصرفاً مغيباً

قال : ولو تصرف في العين تصرفاً مغيباً للصورة . . . فلا لزوم على القول بالاباحة .

أقول: وجه عدم اللزوم بناءً على القول بالاباحة، هو بقاء الاباحة المعاطاتية وجواز الرجوع فيها. ويحتمل أن يكون الوجه في ذلك عدم تغير المأخوذ بالمعاطاة بتغير الوصف، بل أهل العرف يحكمون بوحده، فالاباحة باقية وله الرجوع عنها . نعم لو رأى المغايرة وقال بأن الذي أعطيت وأبحت التصرف فيه كان حنطة وهذا طحين وليس بحنطة ، لم تبق الاباحة ألبتة .

وكيف كان فان التصرف المبيح في هذا المال جائز ، لان له الرجوع عن الاباحة لو كانت باقية ، ومع عدمها فانه ماله ، فيكون نظير الاذن بالتصرف في ماله خالصاً ثم امتزاجه بغيره حيث لم يأذن بالتصرف فيه حينئذ .

قال : وعلى القول بالملك ففي اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد .

أقول : لقد كان جواز التراد متعلقاً بالحنطة ، لانها التي وقعت عليها المعاملة، وبعد الطحن يمكن الحكم ثبوتاً بجواز التراد لبقاء العينين ولو مع تغير حالهما ، ويمكن الحكم بجوازه في حال بقائهما على حالهما .

ومع الشك في كيفية الحكم اثباتاً يتوقف جواز التراد على جريان
استصحابه حالكون المأخوذ متغيراً في صورته .
قال : ومنشأ الاشكال أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو
حقيقي .

وأورد عليه في منية الطالب: بأن استصحاب جواز التراد معارض
باستصحاب بقاء سلطنة المباح له واستصحاب بقاء المسمى على العوضية،
وليس بينهما سببية ومسببية، لكون كل منهما مسبباً عن نحو الجعل الشرعي
ثبوتاً .

أقول: على القول بعرفية الموضوع وتم الاستصحاب أمكن القول
- ظاهراً - بسببية بقاء الجواز الفعلي لخروج الملك ، فلو رجع عاد
الملك والا فلا . نعم يبقى عليه أنه اذا كان هذا الاستصحاب نظير
استصحاب الكلي ، بأن يقال : ان كان المراد هو الجواز المقيد فقد
زال قطعاً ، وان كان المراد الجواز غير المقيد بتغير الصورة فهو باق
قطعاً . فالحكم نفسه يدور أمره بين الامرين ، فلو أردنا اجراء الاستصحاب
لزم استصحاب الجامع وترتيب آثاره ، لكن استصحاب جامع الحكم
وكليه فيه اشكال وخلاف .

والانصاف عدم ورود هذا الاشكال لعدم المعارضة ، لان جواز
التراد أثره الشرعي - في الحقيقة - كون المال ملكاً له بالرد ، لان هذا
معنى الجواز .

هذا ، ولا يرد على الشيخ «قده» الاعتراض بعدم الفرق بين الطحن

والمزج ، حيث قال باللزوم في الثاني بناءً على الملك بخلاف الاول
فاحتمل فيه الوجهين ، وذلك لامتناع التراد هناك بخلاف المقام ،
فالفرق معلوم .

ثم انه بناءً على التراد لوجه للضمان بالمسمى - لو فرض تنزل
قيمة الشيء بتغير صورته - خلافاً لبعضهم حيث حكم بذلك .
قال الشيخ «قده» : ثم انك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز
الرجوع في مسألة المعاطة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث
بالموت ويسقط بالاسقاط .

أقول : ان جواز الرجوع في المعاطة ليس كالفسخ في العقود ،
لان الفسخ حق لذي الخيار ، وأما في المعاطة فان الرجوع والتراد
حكم ، فلا يورث بالموت . فلو مات أحد المتعاطيين لم يكن لوارثه
الرجوع فيها ، كما انه لا يسقط بالاسقاط كسائر الاحكام ، فهو نظير الرجوع
في الهبة ، فانه لا يسقط بالاسقاط ، وللوهاب الرجوع فيها مادامت العين
موجودة .

هذا على القول بالملك ، وأما على القول بالاباحة فهو نظير
الرجوع في اباحة الطعام للاكل ، بحيث ينافي الحكم فيه بالرضا الباطني
من المالك .

وفيما اذا مات أحد المتعاطيين وانتقل المأخوذ بالمعاطة الى
وارثه ، لم يكن للمالك الاول الرجوع - بناءً على القول بالملك -
لانه وان كان له الرجوع سابقاً ، لكن جواز التراد له كان بالنسبة الى

طرفه الذي ملكه بالمعاطاة ، والوارث قد ملك العين بالارث ، نظير ما اذا باع أحدهما ما بيده لثالث، فانه ليس للاول مراجعة الثالث ، لانه قد ملكها بالبيع والشراء ، وقد كان جواز التراد الثابت له بالنسبة الى طرفه الذي ملكه اياها بالمعاطاة .

وأيضاً فان « التراد » يتقوم برد الملك من الطرفين، والمفروض موت أحدهما ، وانتقال ملكه الى الوارث ، فالموضوع منتف .

لوجن أحد المتعاطيين

قال الشيخ « قده » : ولو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين .

أقول : لوجن أحد المتعاطيين ، فعلى القول بالملك قيل يشترط في بقاء جواز الرجوع عدم تغير وصف المتعاطيين أو أحدهما - كالمالين - فلو جن لم يجز . وفيه نظر ، واستصحاب جواز الرجوع موجود ، غير أن المباشر به هو وليه .

وأما على القول بالاباحة ففيه اشكال بناءً على مختار الشيخ « قده » من أنه كالاذن في أكل الطعام ، اذ لا اشكال في بطلان الاذن في الاكل بالجنون ، وحينئذ ليس لوليه الاذن من جهة المعاطاة ، وكذا جميع العقود الاذنية . وهل لوليه التصرف في مال الاخر حينئذ ؟ فيه اشكال ، لان الاباحة اذا بطلت من طرف بطلت من الطرف الاخر ، لانها اباحة في مقابل اباحة .

هذا بناءً على الاباحة المالكية ، وأما بناءً على الاباحة الشرعية
فيمكن أن يقال : ان الشارع جعل حكم الاباحة للمتعاظنين بأن يكون
مال كل منهما مباحاً للآخر ، فان كان تغير وصفهما أو أحدهما مانعاً من
الرجوع فهو الافلامانع، ولو شك استصحب جواز الرجوع، وليست
المباشرة فيها شرطاً ، فلوليه ذلك .

الامر السابع

(هل المعاطة اللازمة بيع او معاملة مستقلة؟)

وهل تكون المعاطة اللازمة بأحد الامور المذكورة بيعاً أو تكون معاوضة مستقلة؟

قال الشهيد الثاني « قده » : يحتمل الاول ، لان المعاوضات محصورة وليست هذه احداها ، وكونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل . ويحتمل الثاني ، لاطباقهم على أن المعاطة ليست حال وقوعها بيعاً ، فكيف تصير بيعاً بعد التلف .

قال الشيخ « قده » : وهذا يتم بناءً على القول بالاباحة ، وأما على القول بالملك فانه من أول الامر يبيع يفيد الملك المتزلزل ، فاذا لزم بتحقيق أحد الملزمات ترتبت عليه آثار البيع من الخيارات وغيرها . اللهم الا ما كان مختصاً منها بالبيع اللازم من أول الامر .

أقول: وعلى الاباحة فان كانت من طرف واحد فللمعاوضة، وان

كانت من الطرفين فهي معاوضة، وهل هي بيع؟ لقد تقدم أن البيع مبادلة مال بمال، وهذه ليست كذلك، فتكون معاوضة مستقلة، لكن المعاوضات محصورة وليست هذه احداها ، فتكون ملحقة بالبيع .

ويجري النزاع - على القول بالاباحة - بناءً على حصول الملكية آنامًا قبل التلف ونحوه - لان التضمين بالمسمى تتحقق به المعاوضة، ولكن هل هو بيع؟ يمكن أن يقال بأنه بيع، وذلك لتحقق ملاكه هنا، ويمكن أن يقال بأن التملك يجب أن يكون بالانشاء ولا يكون التلف مملكاً .

هذا ، فان كانت الاباحة مالكية من الطرفين فليست بيعاً ، بل هي معاوضة مستقلة ، ويمكن دعوى لزومها بعد التلف للسيرة القائمة على التضمين بالمسمى بالتلف . نعم يجري البحث المذكور فيما اذا قلنا بالملكية آنامًا قبله .

وان كانت الاباحة شرعية ، فان قلنا بأن الشارع يصحح ويمضي ماقصده - وهو التملك عند التلف - فانه بيع وتترتب عليه الآثار (فكأن الشارع يشترط في نفوذ مقصودهما تحقق أحد الملزمات ، نظير شرطية القبض في المجلس في الصرف والسلم) . اللهم الا أن يقوم دليل على ثبوت خيار في البيع اللازم من حين الانعقاد .

قال الشيخ « قده » : عندما استفيد من دليسه ثبوته للبيع

العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار .

أقول : أي لانه ليس هنا بيع عقدي بل معاطاة ، وهي جائزة

لا لازمة شرعاً .

قال : وقد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار .

قال المحقق الاصفهاني « قدد » : وفيه أن الجواز المقابل للزوم حيث أنه فيها بمعنى جواز التراد فقط، فهي لازمة في قبال جواز فسخ السبب ، فتندرج تحت عنوان البيع اللازم لولا الخيار .

أقول : ان كان التراد نظير الاخذ بالشفعة - حيث يتملك الشفيع ولا يفسخ معاملة شفيعه البائع - فيكون لازماً ويأتي فيه الخيار . صح كلامه « قدده » ، للفرق بين جواز الفسخ وجواز التراد . الأأنه قد تقدم أن الدليل ان استفيد منه كونه في البيع السذي مبناه على اللزوم لولا الخيار لم يثبت الخيار ، اذ لا اثر لجعله في مورد يجوز فيه التراد .

قال الشيخ « قدده » : وكيف كان فالاقوى أنها على القول بالاباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع ولم يمضه الا بعد تلف . . .

أقول : يعني انها على القول بالملك بيع تترتب عليه الاثار ، عدا ما اختص منها بالبيع العقدي الذي بنى على اللزوم، وأما على القول بالاباحة فالاقوى انها بيع ، لكن لم يصححه الشارع ولم يمضه قبل تحقق أحد الملزمات، مع قصدهما البيع والتمليك - وبعد الملزم تترتب عليه الاثار عدا ما كان منها مختصاً بالبيع الواقع صحيحاً من أول الامر .

وبالجملة لا اشكال في جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة للسيرة والاجماع، ويتوقف ترتب الاثار - على الاباحة مطلقاً - على تلف أحد العينين أو نحو ذلك ، عدا ما كان مختصاً بما ذكر .

هذا، ولا معنى لثبوت الخيار في المورد الذي لا يجب الوفاء فيه،

ولذا نقول ان عبارة الشيخ « قده » توضيحية. نعم يمكن أن يقال بصحة جعله في مورد يكون فيه اللزوم ، سواء بالذات كالبيع العقدي ، أو بالعرض كالمعاطاة التي تلزم بالتلف .

والمحكي عن حواشي الشهيد ان المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة . وفيه : ان القائل باللزوم يقول بأنها بيع ، فلا تكون معاوضة مستقلة . نعم لعله يريد الجواز قبل التلف واللزوم بعده .

وذكر الشيخ «قده» تنزيل كلامه على القول بالاباحة ، ثم حمل «اللزوم» على «الاباحة اللازمة» ، ولا تلازم بين القول باللزوم وافادة الملك . . . فهو عقد مستقل لا يفيد الملك ، فان لزم كانت اباحة لازمة . وقد أورد عليه بأنه بناءً على هذا كيف يتصرف فيه التصرفات الموقوفة على الملك ؟ فلا بد من القول بأنه بيع يفيد الملك .

وقد يجاب بالالتزام بالملكية آنأما قبل التصرف ، ولكن هذه الملكية حاصلة لا بالمعاملة ، بل بسبب نفس التصرف والاذن فيه بمعنى ان الاذن في التصرف الموقوف على الملك اذن في التملك قبل التصرف.

الامر الثامن

(فى أثر الانشاء القولى غير الصحيح)

لاشكال فى تحقق المعاطاة بما اذا تحقق انشاء التملك أو الاباحة بالفعل ، وهو قبض العينين واقباضهما من الطرفين ، كما لاشكال فى تحقق البيع بالانشاء القولى الجامع للشرائط المعتبرة .

أما لو انشأ بالقول غير الصحيح فهل يترتب عليه الاثر كالانشاء بالصحيح؟ وان لم يكن كالصحيح فهل يكون كالفعل بأن تكون المعاطاة اعم حكماً من الفعل والقول غير الصحيح؟ وان كان كالمعاطاة فهل يشترط القبض والقباض بعد القول - كما هو فى المعاطاة - أو لا يشترط؟ او أنه لا يترتب على القول غير الصحيح شىء اصلاً؟

قال الشيخ بأنه بيع عرفي ، والقدر المتيقن من الاجماع على اشتراط اللزوم بالقول وجود اللفظ ، فهو بيع عرفي لفظي ، ويترتب عليه الاثر كالعقد الصحيح .

وذهب المشهور السى اشتراط وجود اللفظ الصحيح الجامع
للشرائط المعتبرة ، فلا يفيد الملك اللازم ، فهل يفيد الملك المتزلزل
- كالمعاطاة - او أنه باطل ؟ قال جماعة بالاول ، منهم المحقق الثاني
فى صيغ العقود ، قال : لو وقع العقد بغير ما ذكر كان معاطاة ، أي سواء
حصل القبض والاقباض أولاً ، وفى الروضة الاخرس يترتب على اشارته
حكم المعاطاة .

وقيل : انه عقد فاسد ، والمأخوذ به فيه الضمان كسائر العقود
الفاسدة .

وقد أورد المحقق الخراساني « قده » على قول الشيخ : « فان قلنا
بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الانشاء اللفظي كما قويناه سابقاً ،
فلا اشكال فى صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً » فقال : بأنه خلف
للفرض ، لانه ان كان فاقداً لشرائط اللزوم لم يبق مورد لقولكم « فان
قلنا . . . » والا فهو لازم .

قال : ثم ان الفاقد لشرائط اللزوم ان كان واجداً لجميع ما يعتبر
فى الصحة عند الجميع فلا يعقل أن يحتمل أن يكون من باب المعاطاة
التي هي محل الخلاف ، وان كان فاقداً لبعض ما يعتبر فيها كذلك
فكذلك ، وان كان فاقداً لبعض ما يعتبر عند البعض دون الاخر فيكون
فاسداً عند من اعتبره وصحيحاً عند غيره فكذلك أيضاً . فلا وجه للتريد
المذكور .

أقول : ظاهر عبارة الشيخ بقرينة قوله « وان قلنا بمقالة المشهور »

انه أراد من قوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم هو غير الجامع على المشهور . وعليه فاندفاع هذا الايراد ظاهر ، لان الشيخ « قده » يريد أنه - على تقدير عدم اشتراط غير اللفظ للزوم - كما هو المختار لو فقد اللفظ الصحيح كان العقد لازماً ، أي أن العقد الفاقد للفظ الصحيح يترتب عليه الاثر كالواجب ، فلاخلف . واما بناءً على اعتبار أمور غير اللفظ في اللزوم - كما عليه المشهور - فما هو مقتضى القاعدة لو فقد اللفظ الصحيح ؟ .

ثم قال المحقق المذكور: وانما يصح الترييد في تمشية النزاع والخلاف في الانشاء القولي فيما اذا جعل المحل الانشاء بصيغة كذا أو بغير صيغة كذا ، فيصح حينئذ أن يردد في أنه كالانشاء بالمعاطاة . . . أقول : ان الشيخ « قده » لما يقول : هل هو كالمعاطاة أولا ؟ لايقصد فرض الصحة أو فرض عدمها ، فليس لكلامه مفهوم ، بل يريد أنه مع فقد شرائط اللزوم هل يكون كالمعاطاة - أي هو صحيح - أو هو فاسد ؟ وبعبارة أخرى: انه مع عدم اللزوم هل الصحة موجودة - فيكون كالمعاطاة - أو الصحة منتفية أيضاً ؟ فليس البحث مع العلم بوجوده شرائط الصحة أو فقدته لها حتى يرد اشكاله ثم يقول : وانما يصح الترييد . . .

وقد أجاب المحقق الاصفهاني « قده » عن الاشكال بأن الشيخ لايجعل في هذا الكلام شرائط اللزوم عنواناً ، بل هو معرف . فمراده من فقدان شرائط اللزوم انه ان وقعت الصيغة لابلغظ الماضي - مثلاً -

فهل يكون العقد هذا كالمعاطاة أولاً؟

أقول : لقد وجهه هذا المحقق عبارة الشيخ بحيث يرتفع الاشكال عنها ، ويكون مراده كمراد المحقق الخراساني في قوله « وانما يصح .. » لكن جعل « شرائط اللزوم » معرفاً لاعتواناً خلاف الظاهر .

* * *

ثم انه لا يصح الجمع بين كلام المحقق الثاني والروضة وبين القول بفساد هذا العقد وكونه المأخوذ به مضموناً عليه ، بأن يقال بأن الاول ناظر الى المورد الواجد لسائر الشرائط الا الانشاء الصحيح ، والثاني الى ماليس كذلك ، ووجه العدم أن الحكم بالفساد - في القول الثاني - جاء بعد ذكر شرائط العقد .

وربما يجمع بينهما بأن القائل بأنه معاطاة يقول به في صورة تحقق الاعطاء من الطرفين ولو مبنياً على العقد، أي - بقصد الوفاء به - مع الرضا بالتصرف لو علما أو علم أحدهما بالفساد ، والقائل بالبطلان يقول به في صورة كون الرضا بالتصرف مقيداً بصحة العقد ونفوزه .

وقد أشكل عليه الشيخ « قده » بأن الرضا بعد العقد ان كان بعنوان التعاطي فهو معاطاة جديدة وأثرها الاباحة، فيكون الانشاء حينئذ بلاأثر وان كان بعنوان الوفاء بالعقد فلاأثر للرضا .

أقول : على أنه لا يخلو من تناقض ، لانه مع العلم بالفساد كيف تكون المعاملة صحيحة؟ هذا ان أراد المعاملة السابقة ، وان أراد من المعاملة الصحيحة معاملة جديدة فهو خروج عن البحث .

قال المحقق الخراساني : يمكن أن يكون المراد من الصحة أولاً هو صحة العقد ، وإذا انتفت هذه الصحة تمت صحة البيع المعاطاتي .
أقول : وهذا الحمل خلاف صريح العبارة ، فإن مراده من انتفاء الصحة هو انتفاء الملكية لا انتفاء صحة العقد . ولكن كلامه « قده » صحيح في حد نفسه ، وهو نفس كلام السيد « قده » في وجه الجمع الآتي ذكره .

قال السيد ما ملخصه : انه ان باع بالصيغة الفاقدة للشرائط وكان مقصوده ايجاد البيع اللازم - ولذا اختار البيع بالصيغة دون البيع بالفعل - كان عقداً غير لازم عند المشهور ، وكان المأخوذ به كالمأخوذ بالعقد الفاسد ، وان باع وانشأ العقد كذلك لكنه غير قاصد للزوم بل انشأ التملك فقط لم يكن مانع من الصحة ، لان القدر المتيقن من مذهب المشهور عدم اللزوم ، فهو بيع صحيح متزلزل .

* * *

قال الشيخ « قده » : وتفصيل الكلام . . .

أقول : مورد البحث ما اذا انشأ المتعاملان بالعقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة وحصل تقابضهما . فان كان التقابض منهما أمراً مستقلاً عن الانشاء الناقص الصادر منهما أفاد المعاطاة وترتب عليه الاثر ، لان سبق عقد باطل غير ضار به وان كان بعنوان الوفاء بالعقد - مع جهلها ببطالانه ، أو علمها به ولكن فعلاه تشريعاً - كان مورد الكلام في ترتب أثر المعاطاة وعدمه مطلقاً أو على تقدير - .

تارة يكون التقابض مع الرضا بالتصرف من الطرفين مبنياً على حصول التملك والتملك بسبب العقد ووفاءً به جهلاً أو تشريعاً، وهذا لا يترتب عليه أثر المعاطاة، بل حكمه حكم المأخوذ بالعقد الفاسد. وأخرى يكون التقابض والرضا، لكن الرضا منهما مطلق - أي سواء أفاد العقد السابق شيئاً أولاً - وبدون قصد للتملك والتملك، فهل يترتب عليه أثر المعاطاة؟

قيل: بكفاية هذا الرضا، لعموم «لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه» - وانما لم يتمسك بأدلة البيع لانه ليس ببيع - ولكن هل مجرد طيب النفس كاف لحصول الملكية حتى يتمكن من التصرفات الموقوفة عليها؟ التحقيق عدم افادة الاستثناء لهذا العموم، بخلاف الجملة المستثنى منها. وعليه فطيب النفس يؤثر في التصرفات غير الموقوفة على الملك.

اذن لا مانع من القول بأن الاقباض مع الرضا كالمعاطاة وترتيب أثرها عليه ان أريد منه الاباحة المالكية، وأما لو أريد الاباحة الشرعية فلا، فلا يترتب جميع أحكام المعاطاة من كون ملزماتها ملزمة هنا، ونحو ذلك.

لكن الشيخ «قده» لم يستبعد ذلك، وقد جعل المورد نظير - التصرف في الماء وأخذ البقل من الدكان ووضع الثمن في الكوز. . . والانصاف انه مشكل، والفرق بين الموردین واضح، لوجود الانشاء هناك من طرف، ولاحتمال التوكيل بالتصرف. بخلاف الامر في المقام كما لا يخفى.

تذنيبان

. (الاول) لم يتعرض الشيخ « قده » لحكم نماء المأخوذ بالمعاطاة وقد تعرض له السيد « قده » ، فنقول : أما على القول بالملك فلا اشكال في أنه للاخذ ، فلو فسخ لم يكن له استرجاع النماء المنفصل ، وأما المتصل فان كان من قبيل السمن فيعود تبعاً للعين بالفسخ الى المالك الاول - كما هو الحكم في البيع الخياري - وان كان من قبيل الشعر واللبن ففيه قولان ، ولو شك فالاصل عدم العود الى المالك الاول .
وأما على القول بالاباحة فلا اشكال في ان النماء للمالك الاول مطلقاً .

(الثاني) قيل بالفرق بين المعاطاة في البيع والمعاطاة في القرض بعدم الاشكال في الاول بخلاف الثاني فلا بد من أن يكون بالصيغة والا لم يتملك المأخوذ .
أقول : ان أريد أن أدلة المعاطاة تجرى في كل مورد كان فيه العطاء من الطرفين ، فلا تشمل المورد الذي يكون فيه احدهما معطياً والآخر آخذاً ، فيمكن قبول الفرق بين البابين . وعليه لانجرى في بيع النسيئة أيضاً لعدم التعاطي من الطرفين .
وان أريد غير ذلك فلا فرق بين البابين من جهة أخرى أصلاً ، والاثار كلها مترتبة على القرض المعاطاتي .

* * *

قال الميلاني : هذا آخر الجزء الاول من الكتاب ، ونسأل الله
عز وجل أن يطيل بقاء سيدنا الاستاذ وان يوفقنا لمزيد الاستفادة من
محضره الشريف . وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين .
وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين .

فهرس الكتاب

٥	مقدمة المؤلف
	(كتاب البيع)
٩	حقيقة البيع
١١	معانى البيع
١٢	تعريف البيع فى الكتب الفقهيّة
١٤	المال وحقيقته
١٥	المبيع واختصاصه بالاعيان
١٧	الكلام فى بيع الكلى
٢٠	الكلام فى عوض المبيع
٢١	هل يقع عمل الحر عوضاً

٢٣	الحقوق وأقسامها ووقوعها عوضاً
٢٤	الفرق بين الحق والحكم
٢٧	هل يباع الدين على من هو عليه ؟
٣٠	هل تقع الحقوق القابلة للانتقال عوضاً ؟
٣١	لاحقيقة شرعية للفظ البيع
٣٢	الكلام حول تعريف البيع
٣٤	تعريف الشيخ للبيع
٣٥	الاشكالات حول تعريف الشيخ
٣٨	كلام المحقق الاصفهاني ومايرد عليه
٣٩	الاشكالات الاخرى على تعريف الشيخ
٤٢	اخراج القرض عن تعريف الشيخ
٤٣	المختار في تعريف البيع
٤٤	هل يشترط وجود العوضين منحاين قبل البيع
٤٦	معان للبيع ذكرها كاشف الغطاء
٤٨	حول وضع الفاظ المعاملات
٥٠	التمسك بالاطلاق في المعاملات

(المعاطاة)

٥٧	انحاء المعاطاة وآثارها
٥٩	كلمات الفقهاء حول المعاطاة

٦٤	نتيجة البحث
٦٦	الاقوال فى المسألة
٦٨	أدلة القول الثانى
٧٣	كلام كاشف الغطاء حول المعاطاة
٧٥	التحقيق فيما ذكره كاشف الغطاء

(لزوم المعاطاة)

٩٣	أدلة لزوم المعاطاة
٩٣	الاول : الاصل
٩٥	استصحاب الفرد
١٠١	كلام الشيخ فى اثبات وحدة الحقيقة
١٠٢	الاستصحاب فى الشبهة الموضوعية
١٠٤	الثانى : عموم « الناس مسلطون . . »
١٠٦	الثالث : قوله « لا يحل مال امرىء . . »
١٠٨	الرابع : آية التجارة
١١١	الخامس : أدلة خيار المجلس
١١١	السادس : قوله « أوفوا بالعقود »
١١٥	السابع : المؤمنون عند شروطهم
١١٥	نتيجة البحث
١١٨	فى قوله « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام »

- ١١٩ الوجوه المحتملة فى الخبر
١٢٢ روايات أخرى فى الباب

(تنبيهات المعاطاة)

- ١٢٧ ١ - هل يعتبر فى المعاطاة ما يعتبر فى البيع
١٣٣ كلام الشهيد « قده »
١٣٦ الكلام فى جريان الربا فى المعاطاة
١٣٦ جريان الخيار فى المعاطاة
١٤١ ٢ - فى بيان مورد المعاطاة
١٤٤ ٣ - فى بيان تمييز البائع من المشتري
١٤٧ ٤ - الوجوه المتصورة بحسب قصد المتعاطيين
١٥٤ هل يجوز اباحة جميع التصرفات
١٥٦ موارد النقض على ما ذكر
١٥٧ هل يجب دخول كل من العوضين فى ملك مالك الآخر
١٦١ هل تصح الاباحة بالعوض
١٦٢ حكم الاباحة فى مقابل الاباحة
١٦٤ ٥ - هل المعاطاة جارية فى غير البيع
١٦٥ هل تجرى فى الهبة والرهن
١٦٧ هل تجرى المعاطاة فى الوقف
١٦٩ ٦ - فى ملزمات المعاطاة

- ١٦٩ التحقيق في الاصل في المسألة
- ١٧٤ الاصل بناءً على الاباحة
- ١٧٧ هل تلف العوضين من الملزمات
- ١٧٨ هل تلف احدهما ملزم
- ١٨٠ اذا كان أحد العوضين في ذمة أحدهما
- ١٨١ هل نقل أحد العوضين أو كليهما ملزم
- ١٨٣ لو كان الناقل عقداً جائزاً
- ١٨٤ لو وهب المباح له العين
- ١٩٠ لو باع العين ثالث فصولاً
- ١٩٥ لو امتزجت العينان
- ١٩٨ لو تصرف في العين تصرفاً مغيراً
- ٢٠١ لو جن أحد المتعاطيين
- ٢٠٣ ٧ - هل المعاوضة اللازمة يبيع أو معاملة مستقلة
- ٢٠٧ ٨ - في أثر الانشاء القولي غير الصحيح
- ٢١٣ تذييلان

اخطاء مطبعية

صواب	خطأ	س	ص
يحتاج	لايحتاج	١٢	١٧
التفاصيل	القصاص	٦	٢٤
بين الناس	أن بين الناس	١	٣١
ارضاء	اضاء	١٦	٤١
ولننقل	ولنقل	٩	٥٩
الكلام	الكلام	٢	١١٨



